

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU

ARDA ŞAHANKAYA

ŞUBAT 2021

ÖZET
ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU

ŞAHANKAYA, Arda
Yüksek Lisans Tezi
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Cemal OĞUZ
Şubat 2021, 111 sayfa

Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi günlük hayatta pek çok şekilde ortaya çıkmaktadır. Yapımı uzun süren, ekip çalışması ve uzmanlık gerektiren, büyük, kapsamlı eserlerin ve yapıların (köprü, otoyol, hastane, havaalanı, tünel, viyadük, baraj, makine vb.) meydana getirilmesinin yanında bir terziye gömlek diktirmek, bir ayakkabıcıya ayakkabı yaptırmakta eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Eser sözleşmesinde, iş sahibi ödediği bedel karşılığında, yükleniciden sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip ve kendisinden beklenen yararı tam olarak gerçekleştirmeye elverişli bir eser meydana getirmesini ve bu eseri teslim etmesini beklemektedir. Ancak bazen iş sahibinin sözleşmeyi yapmaktaki amacı ve beklentisi karşılanmaz ve yüklenici tarafından ayıplı bir eser teslim edilmiş olur. İş sahibinin beklentisini karşılamayan ve kabul edilemeyecek eserler için iş sahibinin yükleniciye karşı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde seçimlik hakları düzenlenmiştir. İş sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerine gidebilmesi için eseri gözden geçirmesi(muayene) ve varsa ayıpları yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Seçimlik hakların kullanılması kanunda özel şartlara tabi kılınmıştır. İş sahibince tercih edilecek seçimlik hak, eserdeki ayıbın niteliğine ve önemine göre değişiklik gösterecektir. Ayrıca seçimlik hakların kullanılmasına rağmen giderilemeyen zararlar için de yüklenicinin kusurlu olması şartıyla iş sahibinin tazminat hakkı bulunmaktadır.

Çalışmada, eser sözleşmesinin hukuki niteliği, tarafları, unsurları ve şekli eserde ayıp kavramı, ayıbın çeşitleri, ayıbın benzer kavramlardan farkı, yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için aranan şartlar ve iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle yükleniciye karşı sahip olduğu haklar doktrinindeki farklı görüşler ve güncel Yargıtay kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : Eser, Eser Sözleşmesi, Yüklenici, İş Sahibi, Ayıp, Sorumluluk

ABSTRACT

LIABILITY OF THE CONTRACTOR FOR THE DEFECTIVE IN THE WORK CONTRACT

ŞAHANKAYA, Arda

Institute of Social Science

Department of Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

February 2021, 111 pages

The contract of work, which is a business contract, appears in many ways in daily life. In addition to the construction of large, comprehensive works and structures (bridges, highways, hospitals, airports, tunnels, viaducts, dams, machinery, etc.) that take a long time to build, requiring teamwork and expertise, it is also the subject of the contract of work to have a tailor make a shirt or a shoemaker make a shoe.

In the contract of work, the employer expects the contractor to create and deliver a work that has the qualifications agreed with the contract and is suitable for realizing the expected benefit in full. However, sometimes the purpose and expectation of the employer in making the contract are not fulfilled and a defective work is delivered by the contractor. For works that do not meet the expectations of the employer and cannot be accepted, the rights of the employer against the contractor are regulated in the 475th article of the Turkish Code of Obligations No. 6098. The employer is required to review the work (inspection) and report any defects to the contractor in order to meet the provisions of the contractor's liability arising from defects. The exercise of optional rights is subject to special conditions in the law. The employer's optional right will vary according to the nature and significance of the defect in the work. Additionally, the employer has the right to receive compensation for the damages that cannot be compensated despite the exercise of optional rights, provided that the contractor is at fault.

In the study, the legal nature of the contract of work, its parties, its elements and form, the concept of defect in the work, the types of defect, the difference of the defect from similar concepts, the required qualifications for the contractor to be held responsible for the defect and the rights of the employer to the contractor due to the defective work has been examined accordingly the different several options in the doctrine and the current Supreme Court decisions.

Keywords : Work, Contract of Work, Contractor, Business Owner, Defective, Liability

TEŞEKKÜR

Bu alıŐmanın yűrűtűlmesi sűrecinde yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yűnlendiren tez danıŐmanım kıymetli Hocam Prof. Dr. Cemal OĐUZ'a teŐekkűrlerimi sunarım.

Birlikte çalıŐtıĐımız annem Av. C. Sezgi ŞAHANKAYA'ya, babam Av. Veli ŞAHANKAYA'ya ve ağabeyim Av. Dr. Sarp ŞAHANKAYA'ya bu çalışma hakkındaki fikirleri ile yardımcı oldukları ve verdikleri destek nedeniyle minnettarım.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL OLMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I.....	3
ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ DÜZENLEMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI, UNSURLARI, ŞEKLİ.....	3
1.1 ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ DÜZENLEMESİ.....	3
1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	5
1.3. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	9
1.3.1. İş Sahibi.....	9
1.3.2. Yüklenici.....	10
1.4. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	16
1.4.1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi.....	16
1.4.1.1. Eser Kavramı.....	16
1.4.1.2. Meydana Getirme Kavramı.....	19
1.4.1.2.1. Yeni Bir Eser Meydana Getirme.....	20
1.4.1.2.2. Mevcut Bir Eseri Değiştirme.....	20
1.4.1.2.3. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma.....	20
1.4.2. Tarafların Anlaşması.....	21

1.4.3. Bedel(Ücret) Ödeme Vaadi	22
1.5. ESER SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	27
BÖLÜM II	30
ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI	30
2.1. AYIP KAVRAMI	30
2.2. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SAYILAN DURUMLAR.....	31
2.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıfların Eksikliği.....	31
2.2.2. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği.....	33
2.3. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP ÇEŞİTLERİ.....	34
2.3.1. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp	34
2.3.2. Açık Ayıp-Gizli Ayıp	36
2.3.3. Tam Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp	37
2.3.4. Asli Ayıp-İkincil Ayıp.....	39
2.3.5. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp	40
2.4. AYIPLI İFANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	41
2.4.1. Ayıp-Aliud Farkı.....	41
2.4.2. Ayıp- Eksik İş Farkı	41
2.4.3. Teslim Edilmiş Eserin Kötüleşmesi.....	43
BÖLÜM III.....	44
ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU ..	44
VE KOŞULLARI	44
3.1. YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ	44
3.2. YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI.....	44
3.2.1. Maddi Şartları.....	44
3.2.1.1. Eser Ayıplı Olmalıdır.....	45
3.2.1.2. Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır	46
3.2.1.3. Ayıp İş Sahibinden Kaynaklanmamış Olmalıdır	49

3.2.1.3.1. Genel Olarak	49
3.2.1.3.2. Şartları	50
3.2.1.3.2.1 Ayıp, İş Sahibinin Talimatından veya İş Sahibine Yüklenilecek Bir Sebepden Kaynaklanmalıdır	50
3.2.1.3.2.2 Yüklenici Aydınlatma ve Uyarma Borcunu Yerine Getirmelidir	52
3.2.1.3.2.3 Eserdeki Ayıp İle İş Sahibinin Talimatı veya Kişisel Kusuru Arasında Uygun İliyet Bağı Bulunmalıdır.....	55
3.2.1.3.3 Hüküm ve Sonuçları	56
3.2.1.4. İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır	57
3.2.2. Şekli Şartlar	58
3.2.2.1. İş Sahibinin Gözden Geçirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması	60
3.2.2.2. İş Sahibinin Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması.	64
3.2.2.3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması	68
3.2.2.4. Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğramaması	68
BÖLÜM IV	70
ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPLI İFA DOLAYISIYLA YÜKLENCİYE KARŞI SAHİP OLDUĞU HAKLAR.....	70
4.1. GENEL OLARAK	70
4.2. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI	72
4.2.1. Genel Olarak	72
4.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması.....	72
4.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Koşulları.....	73
4.2.3.1. Eserin Kullanılamaz Olması	74
4.2.3.2. Hakkaniyet Gereği Kabulün Beklenemez Olması	75
4.2.3.3. Eserin Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olması.....	76
4.2.4. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmayacağı Durumlar.....	77

4.2.5. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	78
4.3. İŞ SAHİBİNİN AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (ONARIM HAKKI).....	80
4.3.1 Genel Olarak	80
4.3.2. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması	81
4.3.3. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Koşulları.....	82
4.3.3.1. Eserdeki Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması	82
4.3.3.2. Eserdeki Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Bir Masraf Gerektirmemesi	83
4.3.4. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları... ..	84
4.4. İŞ SAHİBİNİN BEDEL İNDİRİMİ YAPILMASINI İSTEME HAKKI. 87	87
4.4.1. Genel Olarak.....	87
4.4.2. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması	87
4.4.3. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Koşulları	88
4.4.3.1. Eserin Ayıp Nedeniyle Kıymet Noksanının Meydana Gelmesi ...	88
4.4.3.2. Eserdeki Ayıp Nedeniyle Eserin Tamamen Değersiz Hale Gelmemesi.....	89
4.4.4. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması.....	90
4.4.5. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları.....	91
4.5. İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT İSTEME HAKKI.....	92
4.5.1. Genel Olarak	92
4.5.2. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kavramı	93
4.5.3. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkının Şartları	94
4.5.3.1. Eser Ayıplı Olmalıdır.....	94

4.5.3.2. İş Sahibi Zarara Uğramış Olmalıdır	94
4.5.3.3. Ayıpla Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır	95
4.5.3.4. Yüklenici Kusurlu Olmalıdır	95
4.5.4. İş Sahibinin Tazminini Talep Edebileceği Zarar Kalemleri.....	96
SONUÇ.....	99
KAYNAKÇA	106
ÖZGEÇMİŞ.....	111

KISALTMALAR

b.	: Bent.
Bkz.	: Bakınız.
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt.
c.	: Cümle.
E.	: Esas.
f.	: Fıkra.
HD.	: Hukuk Dairesi.
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
K.	: Karar.
m.	: Madde.
s.	: Sayfa.
S.	: Sayı.
T.	: Tarih.
TBK	: Türk Borçlar Kanunu.
TMK	: Türk Medeni Kanunu.
TTK	: Türk Ticaret Kanunu.
Vb.	: Ve benzeri.
Vd.	: Ve devamı.
Y.	: Yargıtay
YHGK .	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBGK .	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu.

GİRİŞ

Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. Bölümünde "Eser Sözleşmesi" başlığı altında 470. ila 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi, TBK m. 470'de, "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi türü olduğundan, her iş görme sözleşmesinde olduğu gibi iş gören ile iş gördüren taraf vardır. Eser sözleşmesinde iş gördüren taraf iş sahibi, iş gören taraf yüklenicidir.

İş sahibi ödediği bedel karşılığında, yükleniciden, sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip ve kendisinden beklenen yararı tam olarak gerçekleştirmeye elverişli bir eser meydana getirmesini ve bu eseri teslim etmesini beklemektedir. Ancak bazen iş sahibinin sözleşmeyi yapmaktaki amacı ve beklentisi karşılanmaz ve yüklenici tarafından ayıplı bir eser teslim edilmiş olur. Ayıp; eserde, yüklenicinin sözleşmede bildirdiği nitelikleri, sözleşmeyle taahhüt ettiği vasıfları veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen unsurları taşımasıdır.

Çalışmamızın konusunu "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu" oluşturmaktadır. Çalışmada doktrindeki farklı görüşlere yer verilmiş, Yargıtay kararları ile somut olaylardaki uygulamalar incelenmiş, örneklendirilmiştir.

Tez çalışmamız dört bölümden oluşup, çalışmanın birinci bölümünde eser sözleşmesinin tanımı ve hukuki düzenlemesine yer verilmiş, devamında eser sözleşmesinin hukuki niteliğine, sözleşmenin taraflarına, unsurlarına ve şekil şartına değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ayıp kavramı açıklanmış, ayıp çeşitleri incelenmiş, eser sözleşmesinde ayıp sayılan durumlara değinilmiş ve ayıpla benzer kavramların farklılıkları ortaya konulmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümünde eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna genel bir bakış yapılmış ve yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için aranan koşullara yer verilmiştir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla yükleniciye karşı sahip olduğu haklar detaylı olarak incelenmiş ve tez çalışmamız sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

BÖLÜM I

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ DÜZENLEMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI, UNSURLARI, ŞEKLİ

1.1 ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ DÜZENLEMESİ

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. Bölümünde "Eser Sözleşmesi" başlığı altında 470. ila 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi, TBK m. 470'de, "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır.

Mülga Kanun olan 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 355'e göre ise eser sözleşmesi; " istisna bir akittir ki onunla bir taraf diğer tarafın vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imâlini iltizam eder" şeklinde tanımlanmıştır.

TBK m.470 madde gerekçesinde, "Bu tanımla, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 355 inci maddesindeki tanımda kullanılan "semen mukabilinde" ve "bir şey imalini" şeklindeki hatalı ibareler düzeltilmiş olmaktadır. Gerçekten "semen" teriminin, satış bedelini ifade etmek için kullanılması yerinde olmakla birlikte, yükleniciye ödenecek karşılığın, "bedel" terimiyle ifade edilmesi gerekir. "Bir şey imali" şeklindeki ifade yerine, "bir eser meydana getirme" den söz edilmesi yerinde olur. Çünkü burada "şey" ile "eser" kastedilmekte, ayrıca "imal" sözcüğü yerine, mevcut bir eser üzerinde yapılacak değişikliklerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabildiği sebebiyle "meydana getirme" sözcüklerinin kullanılması daha uygun düşmektedir" ifadeleriyle kanun hükmünde yapılan değişiklikler gerekçelendirilmiştir. BK'da yer alan, "semen", "imal", "şey" kavramlarına eser sözleşmesinin tanımında ve kapsamında yetersiz kaldıkları gerekçesiyle doktrindeki yazarlarında eleştirileri bulunmaktadır¹.

¹ ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesi Ders Notları, <http://huseyinaltas.net/dersler/borclar-hukuku-ozel-hukumler/istisna-sozlesmesi-eskiyeni/>s. 2-3, BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları 3. Baskı Ankara 2019 s. 34, KARATAŞ, İzzet, Eser(Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2004 s. 23, ÖZ, M. Turgut. Yeni Borçlar "Kanununun Getirdiği Başlıca

TBK'daki hükümler dışında kamu hukuku kökenli kanun ve düzenlemelerde de eser sözleşmesine ilişkin hükümler mevcuttur². Bunların başında, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idareler ve belediyelerin inşaat işlerinin düzenlendiği 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu gelmektedir. Yine kamu ihale sözleşmelerinin ilişkin yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esas ve usulleri içeren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m.53/b fıkrasının ikinci bendine dayanılarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi de eser sözleşmesine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Bakanlar Kurulu'nun 29.08.1984 Tarih ve 8/8/8520 sayılı Kararı ile yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Devlet İhale Kanununa tabi eser sözleşmeleri yönünden büyük önem arz etmektedir³.

Doktrinde ise eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği sözleşmenin iki tarafı için hak doğuran, rızai ve borç yükleyen bir sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Burada geçen eser meydana getirme deyiminin kapsamına yeni bir eser meydana getirmenin yanında, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı

Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık 2. Baskı İstanbul 2012 s.108-109, ÖZTÜRK, Muammer/GÖZÜTOK, Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2019 s.1-2, TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II İstisna(Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 4. Tıpkı Basım, İstanbul 1989 s. 1-2, UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003 s. 24-31, ÜREM, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017 s. 16, YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta yayınları 11. Baskı İstanbul 2012 s. 436

² EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları 6. Baskı, Ankara 2018 s. 584, KAPLAN, İbrahim. İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları 1. Baskı, Ankara 2013 s.43

³ EREN, Borçlar Özel s. 584, , KILIÇOĞLU, Ahmet. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019 s.442, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 435

⁴ ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları 11. Baskı, Ankara 2018 s. 359, EREN, Borçlar Özel s. 583-584, GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II(Eser, Vekalet, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefaret ve Garanti), Vedat Kitapçılık 3. Baskı İstanbul 2014 s. 1, KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 s. 58, KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları 9. Baskı, İstanbul 2015 s. 17, SEÇER, Öz. Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 s. 25, ŞENOCAK, Zarife. Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 s. 5, ZEVKLİLER Aydın, GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkisi, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, Ankara 2018 s. 461

veya ortadan kaldırılması(yıkımı, imhası) da girer⁵. Buna göre, iş sahibinin vermeyi üstlendiği bedel karşılığında yüklenici, bir şeyi(yapıt-eser) imal(yapılması, üretilmesi, değiştirilmesi, onarılması) etmekle yükümlüdür⁶.

1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesi bir “*borç doğuran*” sözleşmelerdir. Yüklenicinin bir eser meydana getirmesi ve meydana getirdiği eseri teslim etmesi borcu karşılığında iş sahibinin bir bedel ödeme borcunu içerdiği için bu sözleşmede, asli edimlerin değişimi amaçlanmaktadır⁷.

Tarafların sözleşmeyle üstlendiği bu asli edimler, birbirlerinin karşılığını oluşturduğu için eser sözleşmesi “*tam iki tarafa borç yükleyen*” bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edimi olan meydana getirilen eserin teslimi borcu ile iş sahibinin asli edimi olan bedel ödeme borcu karşılıklılık ilişkisi içindedir⁸.

Yüklenicinin bir eseri meydana getirip teslim borcunun karşılığı olarak, iş sahibinin bedel ödeme borcunun doğması sebebiyle “*ivazlılık*” özelliğine sahip olan eser sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğu için “*rızai*” bir sözleşmedir⁹. Eser sözleşmesinin kurulması, tarafların borçlandıkları eserin meydana getirilip teslimine, bedelin ödenmesine bağlı değildir. Tarafların karşılıklı irade beyanları sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olduğu

⁵ ARAL/AYRANCI s. 359, AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı Ankara 2016 s.27, ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989 s.8, SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978 s. 6, ŞENOCAK s. 13-14

⁶ARAL/AYRANCI s 359, BÜYÜKAY s.33, EREN, Borçlar Özel s.583, ERZURUMLUOĞLU, Erzan. Sözleşmeler Hukuku(Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları 4. Baskı, Ankara 2014 s. 169, RUHİ, Ahmet Cemal. Sözleşmeler Hukuku Cilt-1, Seçkin Yayınları 2. Baskı, Ankara 2013 s. 1130, SELİMOĞLU, Yaşar. İstisna(Eser Sözleşmesi), Adalet yayınevi, Ankara 2010 s.1, ŞENOCAK s. 5

⁷ ARAL/AYRANCI s. 359, EREN, Borçlar Özel s. 585

⁸ BÜYÜKAY s. 44, EREN, Borçlar Özel s. 585, GÜMÜŞ s. 2, KARATAŞ s. 24, KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku Cilt I, Beta Basım, İstanbul 1997 s. 52, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 448, KIRMIZI s. 90, KOSTAKOĞLU s. 19, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 2, ŞENOCAK s. 5, UYGUR, Turgut, İnşaat Hukuku(Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi) Cilt I, Adil Yayınevi, Ankara 1998 s. 256, ÜREM s. 28, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 477, ZEYBEK, Ramazan. Taşınmaz Satımında Eksik İfa ve Ayıp, Adalet Yayınevi, Ankara 2019 s.13

⁹ ALTAŞ, Hüseyin, “Eserin Teslimden Önce Telef Olması(B.K. mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002 s. 49, ARAL/AYRANCI s 360, EREN, Borçlar Özel s.585-587, KIRMIZI s. 90, SEÇER s. 41, ÜREM s. 82-29, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 479

takdirde sözleşme kurulur¹⁰. İş sahibinin bedel ödeme borcu karşılığında yüklenicinin eser meydana getirip teslim etmesi tarafların sözleşmeyle borçlandığı edimlerin ifasıyla ilgili bir konudur¹¹.

Sözleşmeler, doktrinde ifa süreleri dikkate alındığında üçlü bir hukuki ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna ayrıma göre, borçlunun asli edim yükümlülüğünü zaman içinde bir defa yerine getirdiği borç sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler; borçlunun borç konusunu bir kez yerine getirmekle borçtan kurtulamadığı, borç ilişkisinin devam ettiği sözleşmeler sürekli sözleşmeler; borçlanılan edimin zaman içinde dönemsel olarak birden çok defa yerine getirildiği sözleşmeler ise dönemsel sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır¹². Bu ayrıma göre eser sözleşmesinin âni edimli borç ilişkisi mi, sürekli borç ilişkisi mi, yoksa karma görüş olarak nitelendirilen geçici-sürekli borç ilişkisi mi olduğu hususunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde hakim olan görüşe göre, eser sözleşmesi “*ani edimli*” bir sözleşmedir¹³. Bu sözleşme ile yüklenicinin borçlandığı edimin ifası, sürekli olarak zamana yayılmış değildir. Bu görüşe göre, iş görmenin sonucu, başka bir deyişle edim sonucu, yüklenicinin meydana getirdiği eserin teslim etmesi ile aynı anda gerçekleştiğinden(dolayısıyla borcun ifası zamana yaygın olmadığından) eser sözleşmesini ani edimli bir sözleşme ilişkisi olarak kabul etmek gerekir¹⁴. Bazı eser sözleşmelerinde, eserin konusunu oluşturan edim sonucunun tam olarak ifa edilmesi uzun bir süreye ihtiyaç duyabilir. Ancak bu durum yüklenicinin ifa için yaptığı hazırlama faaliyetleri olarak nitelendirildiğinden, borçlanılan eserin meydana getirilmesi uzun zamana ihtiyaç duysa bile sözleşmenin ani edimli niteliği değişmez¹⁵. Yani yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmemesi halinde, eserin meydana getirilmesine yönelik çalışmalar ne kadar ilermiş olursa olsun, yüklenicinin kısmi ifada bulunduğu bahsedilemez¹⁶. Örneğin, bir terzinin bir ceket dikip teslim

¹⁰ ARAL/AYRANCI s 360, EREN, Borçlar Özel s.587, TANDOĞAN s. 28

¹¹ ALTAŞ, Telef Olma s. 49, ARAL/AYRANCI s 360, EREN, Borçlar Özel s.587

¹² EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları 19. Baskı, Ankara 2015 s. 213, KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi 16. Baskı Ankara 2012 s. 6

¹³ ALTAŞ, Telef Olma s.50, ARAL/AYRANCI s 360, AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008 s. 46, EREN, Borçlar Özel s.587, GÜMÜŞ s. 3, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 448, KIRMIZI s. 58, UYGUR s. 253, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438-439

¹⁴ SELİMOĞLU s. 29, ŞENOCAK s. 7,

¹⁵ ARAL/AYRANCI s 360, BÜYÜKAY s. 46-47, GÜMÜŞ s. 2, KIRMIZI s. 59, ÜREM s. 33

¹⁶ ÖZ, Dönme s. 20-21, SEÇER s. 42, ÜREM s. 32

etme borcunda, yüklenicinin ceketi dikerken bir süre çalışması ancak bu ceketin iş sahibine teslimi halinde değer taşıyacaktır. Yüklenicinin ceketi meydana getirmeye yönelik çalışmaları, eserin teslimi sonucuna ulaşmaya hizmet eden hazırlık faaliyetidir. Yine örneğin yüklenicinin bir binayı yapımı aşamasında, her kat çıktığında yüklenicinin borcunu ifa ettiği söylenemez¹⁷. Eser sözleşmesinde yüklenici edim fiilini değil, edim sonucu üstlenir¹⁸.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, eserin meydana getirilmesi borcu bir iş görme edimi içerdiğinden, eser sözleşmesinin sürekli edimli sözleşme ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır¹⁹. Bu görüşe göre, yüklenici sadece sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucun gerçekleşmesini için faaliyette bulunma yükümü altına da girmektedir²⁰. Bunun nedeni, köprü, hastane, liman, otoyol, viyadük, tünel, demir yolu, baraj veya havaalanı gibi yapımı uzun bir süreye ihtiyaç duyan büyük ve kapsamlı inşa eserlerinde, yüklenicinin edimi sadece eserin teslimi olmayıp; eserde yapılan çalışmaların yani eserin meydana getirilmesi sürecini de kapsamıdır. Eserin meydana getirilmesi safhası da, ifayı oluşturan teslimden önce taraflar arasında yine akdi bir ilişki kurulmasına neden olmaktadır²¹. Ancak kanaatimizce bu görüş, borçlanılan edimin ifasına yönelik faaliyetlerinin zamana yayıldığı, başka bir deyişle zamanın uzunluğu yönünden bir benzetme olup, eser sözleşmesinin sürekli bir sözleşme niteliğinde olduğunu ifade etmez.

Karma görüş olarak nitelendirilen üçüncü bir görüş ise, eser sözleşmesinin sürekli ve ani edimli sözleşme ilişkilerinin bir birleşimi olduğunu ileri sürmektedir²². Bu görüşe göre, eser sözleşmesi, âni ve sürekli sözleşmelerin özelliklerini taşır ve yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyeti, borçlanılmış edimin dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyet olarak görülemez. Burada bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce edimler, zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir²³.

¹⁷ UYGUR s. 254

¹⁸ GÜMÜŞ s.2, SELİMOĞLU s. 29

¹⁹ ACAR, Faruk. Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, www.e-akademi.org, , Sayı 134 Aralık 2013 s. 2, ÖZ, Dönme s. 16

²⁰ ACAR s. 2, BÜYÜKAY s.47, GÜMÜŞ s.2, ÖZ, Dönme s. 16

²¹ EREN, Borçlar Özel s. 587, GÜMÜŞ s.2, SELİMOĞLU s. 30, ŞENOCAK s. 7

²² BÜYÜKAY s. 47, GÜMÜŞ s. 2, SEROZAN, Rona. Sözleşmeden Dönme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975 s. 173-174, ŞENOCAK s. 8, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 477 vd.

²³ BÜYÜKAY s. 48, ÖZ, Dönme s. 19, SEROZAN s. 174, ŞENOCAK s. 8-9, ÜREM s. 34

Eserin ücreti, meydana getirilen eseri kapsadığı gibi eserin meydana getirilmesi sürecindeki çalışmaların da karşılığıdır²⁴. Bu yönüyle eser sözleşmesi, eserin teslimiyle yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü zaman içinde bir defa yerine getirdiği ani edimli sözleşmelerden ayrılmaktadır. Diğer taraftan, yüklenici, eserin meydana getirmeye yönelik çalışmaları tamamlamayıp eseri iş sahibine teslim etmedikçe, asli edim borcundan kurtulamayacağına göre, ortada sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden de bahsedilemez. Bu halde ortada karma bir sözleşme vardır²⁵. YİBGK kararında da, “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak âni 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 yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O hâlde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri geçici sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır...” hükmüyle, eser sözleşmesini sürekli-geçici bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirmiştir²⁶.

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği açısından doktrinde mevcut bu görüşlere yer verdikten ve inceledikten sonra, kanımızca eser sözleşmesi hukuki, niteliği açısından kural olarak âni edimli bir sözleşmedir. Ancak bazı durumlarda eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliği taşıdığı durumlar olabilir. İşte sözleşmenin tarafları arasındaki ihtilafa bakacak hâkimce yapılması gereken, önüne gelen her olaya ayrı ayrı değerlendirme yapmak ve eser sözleşmesinin konusunu bazı durumlarda âni edimli sözleşme niteliğini bazı durumlarda ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme özelliklerini taşıyabileceğini kabul ederek, tarafların bu sözleşmeyi yapma amacına ve çıkarlarına uygun şekilde önüne gelen olayı çözümlenektir²⁷. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, taraflar arasındaki husumetin giderilmesinde

²⁴ SEROZAN s. 174, ŞENOCAK s. 8-9, ÜREM s. 34

²⁵ KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 s. 51, ŞENOCAK s. 8-9

²⁶ YİBGK., 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. Sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

²⁷ ALTAŞ, Telef Olma s. 50, ÖZ, Dönme s. 19

dürüstlük kuralı gereğince tarafların müşterek amacına ve çıkarına uygun çözümlene yapılmasına hükmetmiştir²⁸.

1.3. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi türü olduğundan, her iş görme sözleşmesinde olduğu gibi iş gören ile iş gördüren taraf vardır. TBK eser sözleşmesinde iş gören kişiye “yüklenici”, iş gördüren kişiye ise “iş sahibi” adını vermiştir²⁹.

1.3.1. İş Sahibi

İş sahibi, ödeyeceği bedel karşılığında yükleniciden bir eser meydana getirmesini isteyen kişidir³⁰. Diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi eser sözleşmesinde de işin görülmesini talep eden iş sahibi, deyim yerindeyse “işin efendisidir”³¹. Asıl yüklenici, sözleşmeyle üstlendiği edimin ifasını, kendi ad hesabına yerine getirmesi için bir alt yükleniciye vermişse, bu durumda asıl yüklenici de iş sahibi sıfatını taşıyabilir³².

İş sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Hem özel hukuk hem de kamu hukuku tüzel kişileri iş sahibi olarak sözleşmede taraf olabilirler³³. Kamu tüzel kişileri iş sahibi oldukları takdirde yapılan sözleşme yine eser sözleşmesi olup bu sözleşmeyle esas itibarıyla TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmakla birlikte ihale vs. yönünden Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulur³⁴.

²⁸ Y.15HD., 30.5.1994 T., 1993/5125 E., 1994 / 3380 K. Sayılı kararı, özetle: “.. *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu nun 25.01.1984 tarih ve 1984 / 3 E., 1984 / 1 K., sayılı ilamında arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri geçici-süreklî karmaşığı özelliği taşımaktadır, arsa sahibi açısından ifa ancak son teslimle yerine getirilmiş olsa dahi, yüklenici yönünden edim yükümü uzunca bir zamana yayılmıştır. Bu süre zarfında sözleşmenin konusu ve amacı ortak eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına (MK. md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır. Çıkan çekişmenin giderilmesinde de-işin teknik yönü bakımından bilirkişiye başvurulması bir yana bırakıldığında-değerlendirmenin öncelikle dürüstlük kuralı gözetilerek yanların müşterek amacına ve çıkarlar dengesine uygun yapılması gerekir.*” Sinerji Mevzuat

²⁹ GÜMÜŞ s. 7, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 442, KIRMIZI s. 106, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 18, SEÇER s. 34

³⁰ EREN, Borçlar Özel s. 605, SEÇER s. 39, UÇAR s. 28

³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 474

³² EREN, Borçlar Özel s. 605, TANDOĞAN s. 82, UÇAR s. 28-29

³³ EREN, Borçlar Özel s. 605, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 442, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 18, UÇAR s. 29, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 435, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 474

³⁴ EREN, Borçlar Özel s. 605, GÜMÜŞ s. 8, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 435

1.3.2. Yüklenici

Yüklenici, ısmarlanan, sipariş verilen eseri meydana getirme ve teslim etme borcu altında olan kişidir³⁵. Eser sözleşmesi anlamında yüklenici pek çok şekilde ortaya çıkabilir. Bir ressamın portre yapması, bir nikah veya düğün gününü kayda alan fotoğrafçı, yapı eseri yapan inşaat mühendisi, bir tiyatro oyunun yazarı, estetik ameliyat yapan bir doktor, sahnede şarkı söyleyen ses sanatçısı, eser sözleşmesi kapsamında yüklenici sayılmaktadır³⁶.

Yüklenici, gerçek veya tüzel kişi olabilir³⁷. Yüklenicinin tacir olması, ticaret siciline kaydının bulunması ya da eserin ticari bir gaye ile meydana getirilmesi önemli değildir. Fakat yüklenicinin, hizmet sözleşmesinin tarafı olan işçinin durumundan farklı olarak, iş sahibi ile bağımlılık ilişkisi içinde olmaması, iş sahibinden bağımsız iş görmesi gerekir³⁸.

Yüklenici tek bir kişi olabileceği gibi, bir grup halinde birden çok yüklenici de bir arada bulunabilir³⁹. Bu takdirde ya her bir yüklenici iş sahibiyle bireysel(ferdi) bir ilişki ya da bir ortaklık ilişkisi içinde bulunur⁴⁰. Bu halde yükleniciler bir konsorsiyum veya joint venture, bir iş ortaklığı oluşturdukları için aralarında genellikle adi ortaklık hükümleri söz konusu olur⁴¹. Özellikle büyük inşaat işlerinde birden çok yüklenicinin bir araya gelmesiyle adi ortaklık şeklinde bir konsorsiyum veya joint venture kurarak yüklenici sıfatını kazandıkları görülmektedir⁴². Çoğunlukla kabul edildiğine göre, yüklenici ortakların aldıkları inşaat işinin hangi bölümlerini hangi ortağın yaptığı

³⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 474

³⁶ ARAL/AYRANCI s 363, EREN, Borçlar Özel s. 589, UÇAR s. 24

³⁷ AKBULUT, Pakize Ezgi, Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, Haziran 2020 s. 86, AYDEMİR s.190, BÜYÜKAY s. 41, EREN, Borçlar Özel s. 605, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 442, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 18, SEÇER s. 34, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 474

³⁸ ARAL/AYRANCI s. 372-373, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s 447, KURT s. 38, TANDOĞAN s. 96

³⁹ AYDEMİR s.190, BÜYÜKAY s. 41, EREN, Borçlar Özel s. 605, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 18, SELİÇİ s. 18, UÇAR s. 24-25, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 474

⁴⁰ AKBULUT s. 86, EREN, Borçlar Özel s. 605

⁴¹ AKBULUT s. 86, BÜYÜKAY s. 41, EREN, Borçlar Özel s. 605, KIRMIZI s. 106, SELİÇİ s. 18, UÇAR s. 25, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 448, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁴² EREN, Borçlar Özel s. 606, KURT s. 39, SELİÇİ s. 18, UÇAR s. 25, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475-476

kararlaştırılmış ise konsorsiyum, bütün yükleniciler elbirliği ile tüm işleri üstlenirse joint venture söz konusu olacaktır⁴³.

TBK. m. 83'e göre, borçlu kural olarak şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadiğı halde, TBK m. 471/III c.1'e göre "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür." hükmüyle, yüklenicinin eser meydana getirme borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiřtir⁴⁴. Bu hükme göre yüklenici eseri doğrudan doğruya kendisi meydana getirmek veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Meydana getirilmesi istenen eserin, sadece seçilen yüklenicinin şahsi yeteneğiyle, tecrübesiyle ve becerisiyle yapılabileceği ve başkalarının aynı eseri yüklenicinin yönetimi ve sorumluluğu altında dahi meydana getiremeyeceği eserlerin yapımında (mesela bir sanat eserinin yapımı) şahsen ifa yükümü söz konusu olur⁴⁵. Burada iş sahibi, yüklenicinin kişiliğini, yeteneğini, becerilerini ve tecrübelerini dikkate alarak ve bunlara itimat ederek eser sözleşmesinin tarafı olmaktadır⁴⁶. Eser özgün yapısını ve değerini yüklenicinin kişisel özelliklerden alır ve yerine başkası konulamaz⁴⁷. Bu halde yüklenici eserin yapımını denetimi altında olan ifa yardımcısına devredemeyeceği gibi, alt yükleniciye de devredemez⁴⁸. İşin niteliği, yüklenicinin üstlendiği edime göre belirlenir ve eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel niteliklerinin önemli olup olmamasına göre işin başkasına yaptırılıp yaptırılmayacağı belirlenir⁴⁹. Yüklenicinin eseri kendi yönetiminde yaptıramayacağını, onu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğunu iddia eden iş sahibi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür⁵⁰. Diğer taraftan eserin yapılmasının kendisinin kişisel

⁴³ BÜYÜKAY s.41, KURT s. 39-40

⁴⁴ AKBULUT s. 89, EREN, Borçlar Özel s. 610, TUTAR, Elce, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Yıl 2018, s. 296, UÇAR s. 25, UYGUR s. 351, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 506

⁴⁵ ARAL/AYRANCI s. 370, AVCI, Mehmet Özgür s. 307, EREN, Borçlar Özel s. 608, KIRMIZI s. 124, SELİMOğLU s. 90, şENOCAK s. 19, TANDOğAN s. 71, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 446-447, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 506-507

⁴⁶ EREN, Borçlar Özel s. 608, GüMüş s. 11, KILIÇOğLU, Borçlar Özel s. 452

⁴⁷ TANDOğAN s. 71, UYGUR s. 351

⁴⁸ AKBULUT s. 90, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 507

⁴⁹ AKBULUT s. 93, TANDOğAN s. 71

⁵⁰ ARAL/AYRANCI s. 370, UÇAR s. 25, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 508

niteliklerine bağılı olmadığını iddia eden yüklenici de, bu durumu ispatla yükümlüdür⁵¹.

Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önem taşımakla birlikte, eserin meydana getirilmesinde şahsen ifa yükümünün olmadığı, diğeri bir ifadeyle kişiye sıkı sıkıya bağılı bir özellik arz etmediği durumlarda ise yüklenici eseri bizzat kendisi meydana getirmek zorunda olmayıp, yönetim ve sorumluluğu altında üçüncü bir kişiye yaptırabilir⁵². Örneğin bir alüminyum tekne yapımını üstlenen usta, yanında çalışan işçileri ile birlikte ve kendi yönetimi ve sorumluluğu altında bu teknenin yapımını gerçekleştirebilir⁵³. Bu halde, yüklenici eseri sadece kendisi ile tabiyet ilişkisi içerisinde olan bağımlı ifa yardımcılara yaptırabilir, bağımsız bir ifa yardımcısı olan alt yükleniciye devredemez⁵⁴. Yüklenici bu durumda eser yapımını(çalışmanın planlanması, çalışmayla ilgili talimatlar verilmesi, personelin denetimi vb.) yönetmektedir⁵⁵. Eserin yüklenicinin yönetimi altında yardımcı kişi kullanılarak meydana getirildiği hallerde yüklenicinin, yardımcı kişiyi seçmede işin niteliğine uygun kişileri seçmesi ve bu seçimde özenli davranmak, yardımcı kişileri ve eserin yapımında kullanılacak önemli araç-gereci ve ekipmanı hazır bulundurmak, yardımcı kişilere gerekli talimatları vermek ve işin yapılmasını denetleme yükümleri mevcuttur⁵⁶. Yüklenici, eserin meydana getirilmesi çalışmalarında kullandığı yardımcı kişilerin işi hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararlardan TBK m. 116 uyarınca sorumludur⁵⁷.

Ancak modern ekonomideki iş bölümü anlayışına uygun olarak, günümüzde büyük ölçekli işlerin fazlaşması neticesinde yükleniciden oldukça kapsamlı bir eseri bizzat yaratması beklenemez⁵⁸. İşte TBK m. 471/III c.2'ye göre, "*Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*" Burada yer alan yüklenicinin kişisel özellikleri ifadesi, yüklenicinin

⁵¹AKBULUT s. 89, ARAL/AYRANCI s. 370, AVCI, Mehmet Özgür s. 306, TANDOĞAN s. 72, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 446, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 508

⁵²AKBULUT s. 90, EREN, Borçlar Özel s. 609, GÜMÜŞ s. 11, ŞENOCAK s. 20, TUTAR s. 297

⁵³SELİMOĞLU s. 90

⁵⁴GÜMÜŞ s. 11, ŞENOCAK s. 20

⁵⁵AVCI, Mehmet Özgür s. 309, EREN, Borçlar Özel s. 609, ŞENOCAK s. 20

⁵⁶AKBULUT s. 90, ARAL/AYRANCI s. 370

⁵⁷AVCI, Mehmet Özgür s. 309, SELİÇİ s. 124

⁵⁸BÜYÜKAY s. 86, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 452, SELİMOĞLU s. 91, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 447

edimleri göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir yani burada sözleşme konusuyla ilgili teamül ve uygulama önemli olup; yüklenici ile iş sahibi arasındaki şahsi ilişki(arkadaşlık, akrabalık) önemli değildir⁵⁹. Bu hüküm uyarınca görülecek işin niteliğine göre, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemi yok ise, asıl yüklenici alt eser sözleşmesiyle alt yüklenicilik ilişkisi kurabilir ve asıl yüklenici eserin tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye yani bir alt yükleniciye yaptırabilir⁶⁰.

Bir yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borçlarının tamamını veya bir kısmını kendi ad ve hesabına yerine getirmesi için sözleşme yaptığı yükleniciye alt yüklenici denir⁶¹. Alt yüklenici, asıl yükleniciye oranla kendi alanında daha çok uzmanlığa sahiptir⁶². Asıl yükleniciyle alt yüklenici arasında yapılan sözleşme de ilk eser sözleşmesinden tamamen bağımsız bir eser sözleşmesi olup iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir eser sözleşmesi bulunmamaktadır⁶³. Buna göre, asıl iş sahibi, alt yükleniciden eser meydana getirmesini ve eserin kendisine teslim etmesini talep edemez⁶⁴. Alt yüklenici sözleşmesi, inşa eserinin tamamını veya belirli kısımlarının yapımını içerebilir⁶⁵. Örnek olarak, bir yüklenicinin yapımını üstlendiği bir binanın temelini veya doğrama ya da elektrik işlerinin bir başka yüklenici tarafından yapılması, bir mobilyacıya verilen koltuk siparişinin yüklenici tarafından başka bir mobilyacıya yaptırılması için onunla kurduğu sözleşme, alt yüklenici sözleşmesidir⁶⁶.

Asıl yüklenicinin, üstlendiği işin yapımının tamamını veya bir bölümünü alt yükleniciye devretme yetkisi ya sözleşmede taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılır veya iş sahibinin rızasına, iznine bırakılır ya da işin niteliği gereği başkası tarafından da yapılmasının uygun ve elverişli olmasına bağlıdır. Asıl yükleniciye, işin yapımının tamamının veya bir bölümünün alt yükleniciye devir yetkisi eser sözleşmesinin yapıldığı anda verilebileceği gibi, daha sonra bu devir yetkisi ayrı bir sözleşme ile de verilebilir. Eğer işin yapımının tamamının veya bir bölümünün alt yükleniciye devredilebileceği

⁵⁹ ARAL/AYRANCI s. 371

⁶⁰ EREN, Borçlar Özel s. 610, GÜMÜŞ s. 11-12, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 453, KIRMIZI s. 125, ÖZ, Dönme s. 9-10, TUTAR s. 297

⁶¹ AKBULUT s. 92, AVCI, Mehmet Özgür s. 307, BÜYÜKAY s. 85, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 448-449

⁶² AKBULUT s. 92, SELİMOĞLU s. 91

⁶³ AVCI, Mehmet Özgür s. 315, ÖZ, Dönme s. 10, SEÇER s. 35, UÇAR s. 27, UYGUR s. 353

⁶⁴ ARAL/AYRANCI s.373, AVCI, Mehmet Özgür s. 315, KIRMIZI s. 126, SEÇER s. 36, TUTAR s. 298

⁶⁵ ARAL/AYRANCI s.372, EREN s. Borçlar Özel s. 607, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁶⁶ AYDEMİR s. 199, EREN, Borçlar Özel s. 607

hususlu iş sahibinin iznine tabi tutulmuşsa, devir için iş sahibinin iznini alınması şarttır. Bu izin açık olarak verilebileceği gibi örtülü olarak da verilebilir. Ancak ilerde doğabilecek ihtilaflara karşı iznin yazılı olarak alınması tavsiye edilebilir.⁶⁷.

Asıl yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye devretmeye yetkisi bulunmaktaysa, alt yüklenici asıl yüklenicinin ifa yardımcısı sayılır ve bunların eylemlerinden dolayı asıl yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 116'ya göre sorumlu olur⁶⁸. Asıl yüklenici, yetkisi olmadığı halde işi alt yükleniciye devretmiş ise bu durum sözleşmenin müsbet ihlali sayılır ve yetkisi olmadan alt yüklenici kullanan asıl yüklenici, alt yüklenicinin sebep olduğu zararlardan ötürü, iş sahibine karşı hem TBK m.112 hem TBK m.116 hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁶⁹. Bu durumda taleplerin yarışması hali vardır⁷⁰.

Taraflar, eserin başkası tarafında da yapılabileceği bir işin yapılmasını bizzat yüklenicinin meydana getirmesini ya da yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa bile eserin yüklenicinin yönetimi altında yaptırılmasını kararlaştırabilir. Tersine, eserin meydana getirmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyor olsa bile, eserin bir alt yükleniciye yaptırılabilmesi de iş sahibi ve yüklenicinin anlaşmasıyla mümkündür⁷¹.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yükleniciler, kısmi yüklenici, genel yüklenici, tam yüklenici, yan yüklenici ve alt yüklenici olmak üzere çeşitli türlere ayrılırlar⁷². Alt yüklenici kavramına yukarıda ayrıntılı incelendiğinden tekrar değinilmeyecektir.

Kısmi yüklenici, inşaat sözleşmelerinde en çok görülen yüklenici türüdür. Uygulamada inşaat yüklenicisine verilen isimdir. Kısmi yüklenici, bir inşaat eserinin temelini, kaba inşaatını, çatısını, elektrik, sıhhi tesisat, istinat duvarı gibi herhangi bir kısmının yapımını diğer kısmi-ferdi yüklenicilerle birlikte üstlenen yüklenicidir⁷³. Kısmi yüklenici, inşaat sahibiyle kendi yüklenmeyi üstlendiği işle ilgili kısmi

⁶⁷ EREN, Borçlar Özel s. 611

⁶⁸ ARAL/AYRANCI s. 374, EREN, Borçlar Özel s. 614, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 453, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 450, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 511

⁶⁹ ARAL/AYRANCI s. 374-375, AVCI, Mehmet Özgür s. 318, GÜMÜŞ s. 13, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 449

⁷⁰ AKBULUT s. 91, GÜMÜŞ s. 13, ŞENOCAK s. 22

⁷¹ TANDOĞAN s. 73, TUTAR s. 296

⁷² AKBULUT s. 86, EREN, Borçlar Özel s. 606, GÜMÜŞ s. 8

⁷³ AKBULUT s. 87, EREN, Borçlar Özel s. 606, GÜMÜŞ s. 8, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 475

yüklenici sözleşmesini yapar. Bu sözleşme eser sözleşmesinin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Kısmi yüklenicinin kendisiyle sözleşme yaptığı taraf, inşaat sahibi olabileceği gibi, böyle bir sözleşmenin yüklenicisi de olabilir. Kısmi yüklenicinin asıl yükleniciyle sözleşme yapması halinde kısmi yüklenici, bir alt yüklenicidir⁷⁴.

Eserin sadece bir kısmını meydana getiren, birden fazla kısmi yüklenicinin bir arada bulunmasıyla olan ve kısmi yükleniciden farklı olarak doğrudan iş sahibine karşı sorumluluğu olan yükleniciye ise yan yüklenici denmektedir. Örneğin iş sahibi, fabrika binasını inşası için bir yükleniciyle, bu binanın elektrik ve doğalgaz tesisatının yapımı için bir başka yükleniciyle ayrı ayrı sözleşme yapıldığı hallerde yan yüklenicilik söz konusudur⁷⁵.

Bir inşaat eserinin tamamının yapımını üstlenen yüklenici genel yüklenici olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. Genel yüklenici kısmi yüklenicilerin yaptığı işlerin tamamını, mesela birden fazla yükleniciye yaptırılacak bir binanın yapımını tamamını üstlenen yüklenicidir⁷⁷. Genel yüklenici, üstlendiği inşaatın plan ve projelerini kendisi yapmaz, inşaat eserinin yapımını üçüncü kişinin, genellikle inşaat sahibi tarafından çizdirilen plan ve projelerine uygun olarak çalışmalarını yapar⁷⁸. Genel yüklenicinin inşaat sahibiyle yaptığı sözleşmenin adı genel yüklenici sözleşmesidir. Bu sözleşme, hukuki niteliği itibariyle eser sözleşmesidir. Genel yüklenici uygun şartlarda ve isterse, inşaatın belirli kısımlarının veya tamamının yapılmasını alt yüklenicilere verebilir⁷⁹.

Genel yüklenici, aynı zamanda projeleri de hazırlamakla, yani bir inşaa eserinin tamamının, plan ve projeleriyle birlikte yapımını üstlenen yüklenici ise tam(toptan) yüklenici olarak isimlendirilir⁸⁰. Yukarıda da açıklandığı üzere, tam yüklenici, genel yükleniciden farklı olarak, inşaa eserinin plan ve projelerini de yapmaktadır. İnşaat sahibiyle yapılan tam yüklenici sözleşmesi de niteliği itibariyle eser sözleşmesidir⁸¹.

⁷⁴ EREN, Borçlar Özel s. 605, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁷⁵ AKBULUT s. 87, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁷⁶ AKBULUT s. 87, SELİÇİ s. 16, SEÇER s. 37

⁷⁷ AKBULUT s. 87, AYAN s. 27, EREN, Borçlar Özel s. 606, GÜMÜŞ s. 8, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁷⁸ AKBULUT s. 87, EREN, Borçlar Özel s. 605, GÜMÜŞ s. 8, SEÇER s. 37

⁷⁹ AKBULUT s. 87, EREN, Borçlar Özel s. 606-607, SELİÇİ s. 17, SEÇER s.37-38

⁸⁰ AKBULUT s. 87, AYAN s. 27, EREN, Borçlar Özel s. 607, GÜMÜŞ s. 8, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

⁸¹ EREN, Borçlar Özel s. 607, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 475

1.4. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Eser sözleşmesinin unsurlarını, bir eserin meydana getirilmesi, tarafların anlaşması ve bedelin ödenmesi şeklinde sıralamak mümkündür⁸². Yargıtay da konuya ilişkin kararında, eser sözleşmesinin unsurlarını eser meydana getirme, bedel ve sözleşmenin varlığı olarak yine bu şekilde saymıştır⁸³.

1.4.1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi

1.4.1.1. Eser Kavramı

Eser sözleşmesinin en tipik unsuru “*eser*” unsurudur. Bu husus TBK m. 470’de açık şekilde hükme bağlanmıştır. Eserin meydana getirilmesi eser sözleşmesinde yüklenicinin temel edimidir. Kanunda “*eser*” terimiyle belirlenen bu öge, sözleşmeyle yüklenicinin iş sahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı üstlendiği iş görme sonucudur⁸⁴.

TBK’da ifade edilen eser ile 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun’da ifade edilen eser kavramları nitelikleri bakımından farklılık teşkil etmektedir. FSEK m. 1/B a’da eser, “*Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, kanunda belirtilen eser kategorilerine girmenin yanında, ortaya konulan eserin sahibinin hususiyetlerini taşıması gerekir. Halbuki TBK’da düzenlenen eser sözleşmesinde her iki şartta aranmamaktadır⁸⁵.

TBK’da eser kavramı tanımlanmamıştır, bu sebeple doktrinde eser kavramı kapsamına nelerin gireceği hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş; TBK m. 470 anlamında eseri dar yorumlar ve eser kavramını sadece maddi varlığı olan ve bir cisim şeklinde meydana gelen şeylerle sınırlar. Bu görüşü savunanlara göre; TBK m. 470

⁸² AYDEMİR s. 26, BÜYÜKAY s. 34, ERDOĞAN, İhsan. İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, 1990 s. 135, KIRMIZI s. 59

⁸³ Y.15HD., 05.07.2012 T., 2011/3349 E., 2012/5149 K. sayılı kararı: “...*eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla yüklenici eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Eser sözleşmesinin bu yasal tanımına göre unsurları: bir eser meydana getirme, bedel ve sözleşmenin varlığıdır.*”, Sinerji Mevzuat

⁸⁴ ARAL/AYRANCI s. 361, AYDEMİR s. 27, EREN, Borçlar Özel s.588, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 443, SEÇER s. 25, ŞENOCAK s. 12, UÇAR s. 30, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 436, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 462

⁸⁵ BÜYÜKAY s. 36-37, KIRMIZI s. 62-63, SEÇER s. 28-29, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 466

anlamında eser, iş sahibi ya da yüklenici tarafından sağlanan malzemenin işlenmesi ile belli bir şekilde maddi varlığı bulunan, bir çalışmanın ürünü olan, başkasına devri ve teslimi mümkün olan şeydir⁸⁶. Bu görüşe göre, fikrî veya sanatsal nitelikteki iş görme sonuçları eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz (mimarî proje, yapı ve makine planı, , şarkı söyleme hesap işlemleri, beste yapma, senaryo yazma, kitap yazma gibi)⁸⁷. Ayrıca, maddi varlığı bulunmayan iş görme sonucunun, gözden geçirilmesi ve incelenmesi için iş sahibine teslimi mümkün olmadığından, ilaveten bu çalışma sonucunun değerinin objektif şekilde belirlenmesi zorluk doğuracağından, bu iş görme sonuçlarına TBK'da düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması uygun olmaz⁸⁸. Bilimsel ya da sanatsal nitelikteki iş görme sonuçları, maddîlik kazansa bile(kağıda dökülmüş şiir, senaryo, beste, inşaat planı), yüklenicinin esas itibariyle üstlenmiş olduğu iş görme faaliyeti fikirselsel ve düşünsel anlamda olduğundan, bunların maddî dünyaya aktarıldığı kâğıt, yağlı boya tablosu, bestelenen şarkı notaları vs. TBK m. 470 anlamında eser sayılmaz. Bu tür iş görme faaliyetleri ancak hizmet veya vekâlet sözleşmesine konu olabilir⁸⁹.

Doktrinde hakim olan görüş ise, eser kavramı geniş yorumlayarak, eserin maddi varlığı olabileceği gibi, maddi (cismani) varlığı olmayan edimlerin sonucunu da TBK m. 470 kapsamında eser kavramına dahil etmektedir. Bu görüşe göre yüklenici maddi bir eseri meydana getirmeyi üstleneceği gibi maddi olmayan, mesela fikri bir eseri meydana getirmeyi de borçlanabilir⁹⁰. Yani ısmarlanan iş, bir terzinin ısmarlanan ceketini dikmesi veya bir deri paltoyu yenilemesi, bir mobilyacının ısmarlanan mobilyaları imal veya tamir etmesi, bir pastacının ısmarlanan nişan pastasını yapması, dövmeçinin dövme yapması olabileceği gibi; nesnel varlığı olmayan sonuçlar da, örneğin bir reklam kuruluşunun yürüteceği kampanya, bir oyuncu grubunun sahneye koyacağı oyun, bir sanatçının konser vermesi, bilimsel veya sanatsal bir kitabın yazılması biçiminde de olabilir⁹¹. Kısaca insan emeği ürünü olan, bir bütün

⁸⁶ EREN, Borçlar Özel s 588-589, ŞENOCAK s.15, UÇAR s. 31

⁸⁷ GÜMÜŞ s.5, SEÇER s. 26, ŞENOCAK s. 15, UÇAR s. 31

⁸⁸ KURT s. 28, ÖZ, Dönme s. 4-5

⁸⁹ GÜMÜŞ s. 5, ÖZ, Dönme s. 4, UÇAR s. 31-32

⁹⁰ ALTAŞ, Telef Olma s. 52-53, ARAL/AYRANCI s. 361, BÜYÜKAY s. 34, EREN, Borçlar Özel s. 589, GÜMÜŞ s. 5, KARAHASAN s. 64, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 443, KURT s. 28-29, SELİMOĞLU s. 15, ŞENOCAK s. 17, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 436, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 462

⁹¹ EREN, Borçlar Özel s. 589, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 443, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 463, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 436

görünümüne sahip, objektif olarak tespiti mümkün ve ekonomik bir kıymeti bulunan her hukuki varlık maddi nitelikte olsun veya olmasın, eser sayılmalıdır⁹². Yargıtay da konuya ilişkin kararında, maddi varlığı bulunan eserler yanında, maddi (cismani) varlığı bulunmayan edim sonuçlarının da bir bütün teşkil etmesi ve ekonomik değeri olması şartıyla eser kabul edileceği görüşündedir⁹³.

Buna karşılık, maddi varlığı olmasa da bir bütünlük oluşturmayan, belirli bir şekilde ortaya çıkmayan iş görme sonuçları, mesela bir doktorun hastasının kalbine stent takmasının üstlenilmesi durumunda eser sözleşmesi söz konusu olmayacaktır⁹⁴. Bu kapsamda, taraflar arasında vekalet sözleşmesinin hüküm ve sonuçları uygulanacaktır⁹⁵. Ancak sonucun kesin olarak vaat edilebildiği bir estetik ameliyat

⁹² AVCI, Ali, Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2015 s. 289, ERZURUMLUOĞLU s. 167, KARAHASAN s. 64, KIRMIZI s. 61, SEÇER s. 25-26, UÇAR s. 33, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 463

⁹³ YHGK., 18.11.2009 T. 2009/15-459 E., 2009/541 K. Sayılı kararı: “Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği görüşü gerek öğretide ve gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir. Bu suretle İsviçre mahkeme içtihatları şu hallerde bir istisna akdinin varlığını kabul etmektedirler: Bir gazeteye bir ilan konulması, radyo, televizyon reklamları, ışıkla reklam, bir reklam kampanyasının bir müşavir tarafından planlanması, bir mağaza vitrinin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda bir tek konser vermesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, kızak yarışı, bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi, şefiyle sözleşme yapılarak tutulan ve akitte kimlikleri belirtilmeyen, diğer çalgıcılarının ücretleri şef tarafından verilen bir dans orkestrasının bir lokalde çalışması, bir yarış atının eğitilmesi, bütün bu hallerde, maddi bir şey imalini veya böyle bir şeyin değiştirilmesini gerektirmeyen, fakat bir insan emeğinin tek bir bütün görüntüsünü taşıyan sonuçları karşısında bulunmaktadır. Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır.” Sinerji Mevzuat

⁹⁴ EREN, Borçlar Özel s. 592, , ÖZ, Dönme s. 6, TANDOĞAN s. 5, UÇAR s. 34, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 436

⁹⁵ İNAL, H. Tamer. Borca Aykırılık(Dönme ve Fesih), Seçkin Yayınları 4. Baskı, Ankara 2014 s. 160-161, ÖZ, Dönme s. 6

eser sözleşmesi kabul edilecektir⁹⁶. Yargıtay da estetik ameliyatların eser sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir⁹⁷.

1.4.1.2. Meydana Getirme Kavramı

TBK m. 470'te "meydana getirme" ifadesi kullanılmıştır. Yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği bir eser meydana getirme borcu bir iş görme sonucudur⁹⁸. Buna göre hizmet sözleşmesinde işçinin ve vekalet sözleşmesinde vekilin iş görme borcunun aksine, yüklenicinin eser meydana getirme borcu bir edim fiili değil, edim sonucudur. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin bu edim yükümü, bir sonuç borcudur⁹⁹. Meydana getirme deyiminin içine, yeni bir eser meydana getirme girdiği gibi, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması(yıkımı, imhası) da girer¹⁰⁰. Burada önemli olan, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği edim sonucunda eskisinden farklı bir sonucu ortaya çıkarmasıdır¹⁰¹. Sadece yer değiştirme (nakil), eser sözleşmesinin değil taşıma sözleşmesinin konusunu teşkil eder¹⁰². Ancak bu taşıma eğer bir bütün teşkil eden iş görme ediminin bir kısmını oluşturuyorsa, bu halde edimin tamamı için eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır¹⁰³.

Bazı durumlarda meydana getirme borcu ifası dışında, teslimden sonra belirli aralıklarla eserin denetlenmesi, bakımı, temizlenmesi de sözleşmeye dahil edilirse, bu

⁹⁶ KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 443

⁹⁷ Y.15HD., 07.11.2017 T., 2017/2286 E., 2017/3847 K. sayılı kararı: "Davada herhangi bir tıbbi rahatsızlıktan bahsedilmeksizin estetik amaçlı kepçe kulak ameliyatı yaptırıldığı, davalı yüklenicilerin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle davacının maddi ve manevi zarara uğradığı ileri sürülmektedir. Kepçe kulak diye tabir edilen kulağın görünümündeki normal dışı büyüklüğün giderilip kulak ve yüze güzel bir görünüm kazandırılması işlemi estetik bir işlem olduğu ve sonuç olarak tedavi değil güzelleşme amaçlandığından tarafların arasındaki ilişki hizmet ilişkisi değil sözleşme ve ilk müdahale yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ve devamı ile 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir.", www.kararara.com

⁹⁸ ACAR s. 2, ARAL/AYRANCI s 361, GÜMÜŞ s. 2, ÖZ, Dönme s. 8

⁹⁹ ARAL/AYRANCI s. 361, GÜMÜŞ s. 2, SEÇER s. 29, SELİÇİ s. 5

¹⁰⁰ ARAL/AYRANCI s.359, AVCI, Mehmet Özgür, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Aralık 2016 s. 305, AYDEMİR s. 27, EREN, Borçlar Özel s. 594, GÜMÜŞ s. 4, KIRMIZI s. 60, SEÇER s. 29, TANDOĞAN s. 23, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 3, UYGUR s 257, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 466

¹⁰¹ GÜMÜŞ s. 4, KIRMIZI s. 60, SEÇER s. 30

¹⁰² ÖZ, Dönme s. 7, TANDOĞAN s. 24, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹⁰³ TANDOĞAN s. 24

durumda ise ortada sadece bir eser sözleşmesi mevcut olmayıp, genellikle isimsiz karma bir sözleşme mevcuttur¹⁰⁴.

1.4.1.2.1. Yeni Bir Eser Meydana Getirme

Eser meydana getirme, her şeyden önce maddi veya maddi olmayan yeni bir eser meydana getirmeyi kapsar. Burada yüklenici böyle bir eseri ilk defa meydana getirir. Bir bina veya makine ya da kıyafet yapılması, bu anlamda yeni bir eser meydana getirmeyi ifade eder¹⁰⁵.

1.4.1.2.2. Mevcut Bir Eseri Değiştirme

Mevcut bir eserin şeklinin değiştirilmesi de bir eser meydana getirmedir. Yine mevcut bir eserin temizlenmesi, düzeltilmesi de bu anlamda eserdir¹⁰⁶. Bir otomobilin veya binanın tamir edilmesi, bir ceketin kuru temizlemeye verilmesi, bir duvarın veya kumaşın boyatılması mevcut bir eserin değiştirilmesidir. Örneklerden görüldüğü üzere eser meydana getirme deyimine ve kapsamına tamir, bakım, takviye, şekil değişikliği veya yenileme şeklindeki çalışma sonuçları girer¹⁰⁷. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, mevcut bir eserin şeklinin değiştirilmesiyle, işlenmesiyle ve biçimlendirilmesiyle de bir eser meydana getirildiği ve hükmetmiştir¹⁰⁸.

1.4.1.2.3. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma

Mevcut bir eserin yıkılması, imha edilmesi, ortadan kaldırılması da meydana getirme kavramı içinde yer almaktadır. Örneğin bir fabrikanın yıktırılması, ağaçların

¹⁰⁴ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 468

¹⁰⁵EREN, Borçlar Özel s. 594, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹⁰⁶ARAL/AYRANCI s.365, EREN, Borçlar Özel s. 594-595, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 466

¹⁰⁷ARAL/AYRANCI s. 365, EREN, Borçlar Özel s. 594, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 466-467

¹⁰⁸Y.22HD., 22.10.2019 T., 2016/20628 E., 2019/19667 K. Sayılı kararı: “Eser sözleşmesinde işi yapmayı üstlenen, eser meydana getirmekten ibaret bir iş görme edimini borçlanmaktadır. Eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla beraber burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuçtur. İş yapmayı üstlenen, iş sahibi ile sözleşmesi ilişkiye girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Kuşkusuz bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimler de eser kavramına dahil sayılır ve istisna sözleşmesinin konusunu oluştururlar.”, Sinerji Mevzuat

kestirilmesi, zehirleyici ürünlerin tahribi de bu anlamda eser meydana getirmedir¹⁰⁹. Çünkü örneklerde olduğu gibi mevcut durum yıkılarak, kesilerek, temizlenerek yeni bir değer ve yeni bir oluşum kazanmaktadır¹¹⁰. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, mevcut bir eserin ortadan kaldırılmasının da eser meydana getirme kavramı içinde olacağına hükmetmiştir¹¹¹.

1.4.2. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesi niteliği itibariyle rızai bir sözleşme niteliği taşıdığından, yüklenicinin iş sahibi adına bedel karşılığında bir eser yaratacağı yani iş görme sonucu üzerinde tarafların anlaşmış olmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir¹¹². Yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcu ve iş sahibinin bedel ödeme borcu bu anlaşmanın kendiliğinden doğan sonuçlarıdır¹¹³.

Tarafların icap ve kabul beyanları, açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹¹⁴. Bir kırtasiyeye bir kitabın kırtasiyeci ile görüşülmeden ciltlenmek üzere bırakılması ve onun da kitabı ciltlemesi¹¹⁵ veya astarı sökülen bir ceketin onarımı için terziye bırakılması ve terzinin sessiz kalması fakat ceketin onarımını gerçekleştirmesi¹¹⁶, kirli pantolonların yıkanması ve ütülenmesi için kuru temizlemeciye bırakılması¹¹⁷, örtülü irade beyanına misal gösterilebilir.

TBK. m. 2/I'e göre, *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”*. Sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan unsurlara sözleşmenin esaslı unsurları denmektedir. Bu esaslı unsurları bir sözleşmenin kurulabilmesi için, yani bir

¹⁰⁹ ARAL/AYRANCI s. 366, AYDEMİR s.28, EREN, Borçlar Özel s. 595, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 466

¹¹⁰ AYDEMİR s.28

¹¹¹ YHGK., 14.02.2019 T., 2017/424 E., 2019/143 K. Sayılı kararı: *“Eser sözleşmesinin konusu, meydana getirilmesi istenen sonuçtur. İstenen sonuç, bir şeyin yapılmasına ilişkin olabileceği gibi, ortadan kaldırılmasına, iyileştirilmesine veya montajına ilişkin de olabilecektir.”*, Sinerji Mevzuat

¹¹²ARAL/AYRANCI s. 366-367, EREN, Borçlar Özel s. 595, GÜMÜŞ s. 7, KIRMIZI s. 79, TANDOĞAN s. 28, ÜREM s. 23, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹¹³ KIRMIZI s. 79, TANDOĞAN s. 28

¹¹⁴ ARAL/AYRANCI s.366-367, EREN, Borçlar Özel s. 595, GÜMÜŞ s. 7, TANDOĞAN s. 28-29, ÜREM s. 24, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹¹⁵ EREN, Borçlar Özel s. 595-596

¹¹⁶ ÜREM s. 24

¹¹⁷ TANDOĞAN s. 29

sözleşmenin varlığından söz edebilmek için sözleşmede bulunması zorunlu olan asgari unsurlardır¹¹⁸. Eser sözleşmesinde bu unsurlar, bir eser meydana getirme ve bedel ödeme vaadidir¹¹⁹. Taraflar bu iki unsurda anlaşmışlar, ancak ikinci derecedeki hususlar üzerinde hiç durmamışlar, bu noktalara ilişkin anlaşmayı ileri bir tarihe bırakmışlar ve bu tarihte de bu hususta anlaşma sağlayamazlarsa, bu durum sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engellemeyecek; ancak bu halde ortada bir sözleşme boşluğu olacaktır. Hakim bu boşluğu TBK m. 2/II “İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.” hükmü gereğince dolduracaktır¹²⁰.

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, tarafların irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğine ve sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile eser sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı görüşündedir¹²¹.

Sözleşmenin taraflarından biri, hata, hile veya tehdit suretiyle iradesinin sakatlandığı iddiasıyla sözleşmenin geçersizliği için dava açarsa, dava sonuçlanana kadar davayı açan tarafın iradesinin askıda olduğu kabul edilmeli, dava açan tarafın üzerine düşen edimi yerine getirmesi beklenmemelidir¹²².

1.4.3. Bedel(Ücret) Ödeme Vaadi

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin yüklenicinin meydana getireceği eser karşılığında bedel ödeyeceğini taahhüt etmesi, bu sözleşmenin asli yükümlülüklerindedir. Eser sözleşmesi, karşılıklı(ivazlı) olduğundan, bedel de

¹¹⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi 16. Baskı Ankara 2012 s. 56, ÜREM s. 7

¹¹⁹ARAL/AYRANCI s.366-367, BÜYÜKAY s. 39, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹²⁰ BÜYÜKAY s.40, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 9, ÜREM s. 27

¹²¹ Y.15HD., 02.05.2016 T., 2015/3854 E., 2016/2503 K. Sayılı kararı: “Davacı taraflar arasında eser sözleşmesi olduğunu, işin yapılmış olmasına rağmen bakiye iş bedelinin ödenmediğini... Sözleşme tarihine göre uygulanması gereken 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu 1 ve devamı maddelerinde sözleşmenin kurulması ve hükümleri düzenlenmiş olup; sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla (rızalarını beyan etmeleriyle) kurulur (BK 1/1). İrade açıklaması, açık veya örtülü (zımni) olabilir (BK 1/2). Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır (BK 2/1). İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar (BK 2/2). İcap ve kabul ile yani önerinin diğer tarafça kabul edilmesi ile birbirine uygun karşılıklı irade açıklaması gerçekleştiğinden sözleşme ilişkisi kurulmuş olur.”, Sinerji Mevzuat

¹²² AVCI, Ali s. 290

sözleşmenin asli ögesini oluşturmaktadır¹²³. İş sahibinin bedel ödeme borcu, yüklenicinin eser meydana getirme borcu ile mübadele ilişkisi içerisinde. Kanun koyucu, burada 'ücret' yerine 'bedel' kavramını kullanarak, eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesini bedel unsuru bakımından da birbirinden ayırmıştır¹²⁴. Yani harcanan emek karşılığı bir bedel ödenmektedir.

İş sahibinin bedel taahhüt etmeksizin yüklenici ile bir eserin meydana getirilmesi konusunda yapacağı anlaşma eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹²⁵. Meydana getirilen eser, bir bedel karşılığında yapılmamışsa, bu halde ortada vekalet sözleşmesi veya isimsiz(karma) bir iş görme sözleşmesi vardır¹²⁶. Eser sözleşmesinde taraflar bedeli diledikleri gibi belirleyebilir¹²⁷. Bedel ilke olarak bir miktar paradır¹²⁸. Ancak doktrinde iş sahibinin meydana getirdiği eser karşılığında karşı edim olarak başka bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmesi eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹²⁹. Meydana getirilecek eser karşılığında iş sahibinin bir miktar para ödemeyi taahhüt etmemesi veya bir eser meydana getirmekten başka bir iş görme edimini ifa etmeyi taahhüt etmesi halinde, eser sözleşmesinden varlığından söz edilemeyecek, ortada karma bir sözleşme olduğu kabul edilecektir¹³⁰. Bu tip sözleşmelerin tipik örneğini de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri oluşturur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli karma sözleşme olarak kabul edilmektedir. İnşaat yapılarak bağımsız bölümlerin teslimi eser sözleşmesinin; karşı edim olarak arsanın belirli payının mülkiyetinin geçirilmesi ise taşınmaz satımının veya taşınmaz satım vaaadinin unsurudur¹³¹. Uyuşmazlık halinde eserin meydana getirilmesinin bir bedel karşılığında kararlaştırılmış olduğu, yüklenici tarafından kanıtlanmalıdır¹³².

¹²³ ALTAŞ, Telef Olma s. 43, ARAL/AYRANCI s.366, GÜMÜŞ s. 77, GÜRPINAR Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması Ve Eksiltilmesi, 1. Bası, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006 s. 41, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹²⁴ ARAL/AYRANCI s. 366, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 446

¹²⁵ ARAL/AYRANCI s 359, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 3, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 470

¹²⁶ ARAL/AYRANCI s. 366, EREN, Borçlar Özel s. 595, GÜMÜŞ s. 6, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 448, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 470

¹²⁷ EREN, Borçlar Özel s. 595, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹²⁸ EREN, Borçlar Özel s. 59, ERZURUMLUOĞLU s. 167, GÜMÜŞ s. 7, KURT s. 37

¹²⁹ KURT s. 37, ÖZ, Dönme s. 2, SELİÇİ s. 7, TANDOĞAN s. 28, , YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹³⁰ KURT s. 37, SELİÇİ s. 7, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 469, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437

¹³¹ SELİÇİ s. 7-8, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 469

¹³² BÜYÜKAY s. 163, EREN, Borçlar Özel s. 656

Eser sözleşmesinde taraflar, bedelin ücret olarak ödenmesi halinde, bedeli başlıca iki şekilde belirleyebilir. Eser sözleşmesinde bedel ya götürü (sabit, kesin) olarak kararlaştırılır veya yaklaşık biçimde tayin edilir¹³³. Bununla beraber tarafların aynı sözleşmede bazı edimler için götürü bedel, diğerleri için yaklaşık bedel kararlaştırmaları da mümkündür¹³⁴.

TBK m. 480, eser sözleşmesinde bedelin götürü olarak kararlaştırılabileceğini öngörmüştür. Kesin olarak tayin edilen bedel, götürü bedel olarak adlandırılır ve bunun artırılması kural olarak istenemez¹³⁵. Uygulamada buna “*anahtar teslimi bedel*” adı da verilmektedir¹³⁶. Götürü bedel, yüklenicinin karını da kapsayacak şekilde genel ve ayrıntılı bir maliyet hesabına(malzeme, işçilik vb.) dayalıdır¹³⁷. Götürü bedelde iki unsur belirgindir. Birinci unsur, bedelin önceden belirlenmesidir. Belirleme zamanı, sözleşmenin kurulduğu tarih olabileceği gibi, eserin ifasından önce herhangi bir tarih de olabilir. İkinci unsur, bedelin kesin(sabit) olup, ilke olarak değiştirilememesidir¹³⁸. Bu husus TBK m. 480/III, “*Eser, öngörülenden az emek ve masraf gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.*” hükmüyle belirlenmiştir. Bu hükme göre iş sahibi yüklenicinin eseri öngörülenden daha az emek ve masrafla imal etmesi durumunda bedelin indirilmesini isteyemeyecek, yüklenici de öngörülenden fazla emek gösterdiği ve masraf yaptığı için bedelin artırılmasını talep edemeyecektir¹³⁹. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, götürü bedelin sabit olduğunu, yüklenicinin fazla emek göstermiş ve masraf etmiş olsa bile belirlenen bedelin artırılmasını isteyemeyeceğine hükmetmiştir¹⁴⁰. Ancak

¹³³ ARAL/AYRANCI s. 415, BÜYÜKAY s. 164, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 478, ŞENOCAK s.7, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 464-465, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 469

¹³⁴ ARAL/AYRANCI s. 415, BÜYÜKAY s. 164, KIRMIZI s. 319

¹³⁵ ACAR s. 8, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 240, GÜRPINAR s. 59, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 469

¹³⁶ KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 479

¹³⁷ KIRMIZI s. 320, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 240

¹³⁸ ACAR s. 8, EREN, Borçlar Özel s. 657, GÜMÜŞ s. 80

¹³⁹ ACAR s. 8, GÜMÜŞ s. 80, ERZURUMLUOĞLU s. 169, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.479, KIRMIZI s. 321, SELİÇİ s. 6

¹⁴⁰ Y.15HD., 06.02.2020 T., 2019/2630 E., 2020/308 K. sayılı kararı: “*Taraflar arasında 24.01.2008 tarihli eser sözleşmesi imzalanmış olup sözleşmenin 15. maddesinde yapılacak işlerin fiyat listesi ve dökümü hüküm altına alınmış, yapılacak sekiz kalem işin bedeli 108.000,00 TL olarak belirlenmiştir. Bu haliyle sözleşmedeki bedel, sözleşme tarihi itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı BK'nın 365. maddesinde (6098 sayılı TBK'nın 480. m) tanımlanan götürü bedeldir. Eser sözleşmesinde bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve*

öngörülemeyen olağanüstü durumlarda bu kural uygulanmaz¹⁴¹. Sözleşmenin taraflarından biri, bedelin götürü bedel olarak kararlaştırıldığını iddia ediyorsa bu iddiasını yazılı belge ile ispatlamalıdır. Eğer bu husus ispatlanamazsa, işin bedeli TBK m.481 hükmüne göre hesaplanacaktır¹⁴².

Yaklaşık bedel ise, yüklenici sözleşme konusu eseri, belirli bir bedel ile meydana getirmeyi değil, eserin tamamlandığı tarihe kadar yüklenici tarafından yapılan harcamalara ve eserin iş sahibine teslim edildiği anda yapıldığı yer ve zamandaki işin değerine göre belirlenen bir bedeldir¹⁴³. Sözleşme bedelinin yaklaşık bedel belirlenmesi, meydana getirilmesi uzun zamana yayılan, kapsamlı eser sözleşmeleri için gündeme gelebilir. Eserin yaratılması, uzun zamana ihtiyaç duyduğundan, yüklenicinin işçilik ve malzemelerinin maliyetinin ne kadar olacağını sözleşmenin yapıldığı sırada bilinmesi güçtür. Sözleşmenin akdedildiği tarihte kararlaştırılan götürü bedel yüksek tutulursa, bundan iş sahibi zarar görür, düşük tutulursa, yüklenicinin eseri bu bedelle tamamlaması tehlikeye girebilir. Bunun dışında sözleşme konusu kapsamlı olan eserin yaratılması için harcama kalemleri değişebilir. İşte yaklaşık bedelin tercih edilmesinin sebebi, yükleniciyi götürü bedelin sakıncalarından ve altından kalkamayacağı ağır yükümlülüklerden korumak, götürü bedel taahhüdü altına girmek istememesi, iş sahibinin de gireceği yükümlülüğü önceden bilmek istemesidir. Kısaca yaklaşık bedelde, bedelin taraflara yüklediği sakıncaları bertaraf etmek için, her iki tarafın istekleri kısmen yerine getirilmektedir¹⁴⁴. Bedelin yaklaşık olarak ödenmesi kararlaştırılan eser sözleşmelerinde, iş sahibinin ödeyeceği bedel eserin tamamlanmasından sonra yapılacak keşif veya inceleme ile tespit edilecektir¹⁴⁵. Dolayısıyla tarafların yükleniciye verilecek bedel konusunda açıkça anlaşmış olmaları, bedelin önceden tespit edilmiş bulunması zorunlu değildir. Burada önem arz eden husus eser karşılığında bir bedel ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasıdır¹⁴⁶. Yaklaşık bedelde taraflar sözleşmede genellikle asgari veya azami bir

masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.”, Sinerji Mevzuat

¹⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. BÜYÜKAY s. 171-185, EREN, Borçlar Özel s. 658-670, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 479-483, KOSTAKOĞLU s.918-920

¹⁴² AVCI, Ali s.318-319

¹⁴³ KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 483, KIRMIZI s. 342, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 239, SELİMOĞLU s. 167, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 469

¹⁴⁴ BÜYÜKAY s. 165, GÜRPINAR s. 45, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 483, KIRMIZI s. 343

¹⁴⁵ BÜYÜKAY s. 165

¹⁴⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 469

miktar ya da oran gösterirler. Örneğin, en az 75.000 TL veya en çok 100.000 TL ya da 100.000 TL/ +%10 veya -%10 gibi¹⁴⁷. İsviçre ve Alman Hukukunda yaklaşık bedelin %10'u oranının altında ya da üstünde bir bedelin ödenmesi gerektiği görüşü hakimdir¹⁴⁸.

Eser sözleşmesinde ödenecek bedel sözleşmede kararlaştırılmamış veya kararlaştırılmış olmakla birlikte miktarın belirtilmediği durumlarda, TBK'nın 481. maddesindeki yaklaşık(takribi) bedel ile ilgili kurallara göre, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine göre bedelin ne kadar olacağı belirlenir¹⁴⁹. Hatta bedel verileceği hiç kararlaştırılmamış olsa da, bedel verilmesi karine olarak kabul edilebildiği durumlarda, bedel karşılığı meydana getirilen eserler için verilecek alışagelmış ücretin verilmesinin gerektiği kabul edilebilir. Bu, TBK'nın 481. maddesinden de anlaşılmaktadır¹⁵⁰. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, bedelin kararlaştırılmadığı durumda iş bedelinin yapıldığı yılın mahalli piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵¹.

¹⁴⁷ EREN, Borçlar Özel s. 672, GÜMÜŞ s. 81

¹⁴⁸ GÜRPINAR s. 70

¹⁴⁹ ARAL/AYRANCI s.366, BÜYÜKAY s. 41-42, EREN, Borçlar Özel s. 595, GÜMÜŞ s. 79, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 468-469

¹⁵⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.465, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 469

¹⁵¹Y.15HD., 02.11.2017 T., 2016/5060 E., 2017/3793 K. sayılı kararı: “Taraflar arasında 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu çekişmesizdir. Eser sözleşmelerinde, kural olarak yapılan işin miktar ve değerini ispat yükü yüklenicidedir, iş bedelinin ödendiğini ispat yükü ise iş sahibindedir. Bir başka deyişle yüklenici yaptığı işin tutarını, iş sahibi de iş bedelini ödediğini kanıtlamak zorundadır. Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 481. maddesinde; Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir düzenlemesine yer verilmiştir. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmayıp, iş bedeli konusunda da anlaşmamışlarsa, iş bedelinin, yasanın sözü edilen bu hükmü uyarınca, yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu genel açıklamalar ışığında somut olaya gelince, taraflar arasında çekişme konusu olan husus; iş bedelinin hesaplanmasından kaynaklanmaktadır. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmasa da sözlü eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu konusunda bir ihtilaf yoktur. İhtilaf, iş bedelinde toplanmaktadır. Bu sebeple, taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığından ve işin bedeli önceden kararlaştırılmayıp iş bedeli taraflar arasında çekişme konusu olduğuna göre dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 481. maddesi uyarınca iş bedelinin yapıldığı yılın mahalli piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi ve belirlenen bu iş bedelinden de iş sahibi tarafından yasal delillerle ispatlanan ödemelerin düşülerek sonuca gidilmesi gerekir. ...”, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 05.04.2020

Bedel ancak eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesinden sonra ödenir¹⁵². Ancak bu kuraldan vazgeçmek anlaşma ile mümkündür¹⁵³. Bedelin kısım kısım ödeneceği öngörülmüşse, bu hususun özel olarak kararlaştırılmış olması gerekir ve bu gereklilik, eserin kısım kısım teslim edileceği durumlarda da geçerlidir¹⁵⁴. Örneğin 5000 adet masanın imal edilmesi, bunların her biri 1000 adetten oluşan beş partide teslim edilmesi ve her bir parti için 5.000 TL ödeme yapılması, toplamda ise 25.000 TL bedelin tespit edilmesi halinde, yüklenici ilk parti olan 1000 adet masayı teslim etmesiyle birlikte genel bedel 25.000 TL'nin bir kısmını ifade eden 5.000 TL'yi ödeme borcu muaccel olacaktır¹⁵⁵.

1.5. ESER SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

TBK m. 12/I'de; “ sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü ile sözleşmelerin geçerliliğinin bir şekil şartına bağlı kılınmadığı hüküm altına alınmıştır. Eser sözleşmesine ilişkin de TBK'da ayrıca bir şekil şartına yer verilmemiştir. Buna göre, eser sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurması bakımından bir geçerlilik şartına tabi değildir¹⁵⁶. Taraflar isterlerse yasal şekle tabi olmayan eser sözleşmesini TBK m.17'e göre iradi yazılı veya resmi şekle de tabi tutabilirler¹⁵⁷. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200'e göre belli meblağı geçen¹⁵⁸ hukuki işlemlerin varlığının yazılı belge ile ispatı zorunlu olduğundan ve taraflardan birinin hukukî ilişkiyi inkâr etmesi durumunda, tanık

¹⁵² ACAR s. 9, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 477, GÜMÜŞ s. 88, SELİMOĞLU s. 171, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹⁵³ ACAR s. 9, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹⁵⁴ SELİMOĞLU s. 171, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹⁵⁵ ACAR s. 9

¹⁵⁶ AVCI, Ali s. 290, BÜYÜKAY s. 58, EREN, Borçlar Özel s. 596, GÜMÜŞ s. 7, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 447, TANDOĞAN s. 28-29, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438

¹⁵⁷ BÜYÜKAY s. 62, KIRMIZI s. 80, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 10, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438, ZEYBEK s.16

¹⁵⁸ 2020 yılı için senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin parasal sınır 4.480 TL olup, 521 nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile 2021 yılı için %9,11 oranında artırılarak uygulanacaktır. Şu durumda 2021 yılı için senetle ispat zorunluluğuna ve senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin parasal sınır, $4.480 \times \% 9,11 = 408,128 + 4.480 = 4.888,128$ TL.'dir. Ancak 6763 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 uyarınca her takvim yılı başından itibaren yeniden değerlendirme oranı uygulanarak belirlenen bu parasal sınırın on Türk lirasını aşmayan kısımlarının dikkate alınmaması öngörülmüştür. Buna göre, maddedeki parasal sınır, 2021 yılı için 4.880 TL olarak belirlenmiştir.(<https://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2020-yili/3009245/>)

dinletmenin mümkün olmaması karşısında, ispat bakımından eser sözleşmesinin yazılı olarak yapılması önemlidir¹⁵⁹. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, eser sözleşmesinin kural olarak şekil koşuluna bağlı olmadığını ancak sözleşme ilişkisi inkar edildiğinde takdirde, HMK. m. 200 hükmü çerçevesinde yazılı delille ispata ilişkin kuralların gözetilmesi gerektiği görüşündedir¹⁶⁰.

Eser sözleşmesinin geçerliliğinin ilke olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı hususuna yukarıda yer vermiştik. Ancak eser sözleşmesinde şekil serbestisi prensibinin istisnaları vardır. Yüklenicinin aynı zamanda taşınmaz mülkiyetini devretme borcu olduğu eser sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekir¹⁶¹.

Aynı şekilde, arsa sahibiyle yüklenici arasında yapılan arsa karşılığı inşaat sözleşmesi de taşınmaksızın yani bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının mülkiyetinin geçirilmesi amaçlandığından, sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır¹⁶². Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmeleri, hukuki niteliği itibarıyla bir karma sözleşmedir.

¹⁵⁹ AVCI, Ali s. 310, KOSTAKOĞLU s. 21, KURT s. 43, GÜMÜŞ s.7, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 438

¹⁶⁰ Y.15HD., 16.05.2017 T., 2016/2411 E., 2017/2066 K. sayılı kararı: “*Dava, eser sözleşmesi nedeniyle alacak istemine ilişkin olup; mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. ...-Davalı şirket yönünden yapılan incelemede; mahkemece akdî ilişkinin kanıtlandığı kabul edilerek dava kısmen kabul edilmiştir. Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir. Sözleşmenin kurulması için yazılı şekil şartı yok ise de davalı tarafından sözleşme ilişkisi inkâr edildiği takdirde yazılı delille ispata ilişkin kuralların gözetilmesi gerekir. Yazılı sözleşme olmasa da sözleşmenin varlığını ortaya koyan davalının veya O'nun adına hareket eden kişinin imzasını taşıyan teslim belgesi, irsaliyeli fatura ya da başka iş nedeniyle yapıldığı ispatlanmayan ödemenin varlığının kanıtlanması ile de sözleşme ilişkisinin ispatı mümkündür. Delil olarak dayanılmış ise ticari defter kayıtları da incelenerek sözleşme ilişkisi ispatlanabilir. Yazılı delil niteliğinde olmayan ancak kesin delil niteliğindeki ikrar, yemin delilleri ile de sözleşme ilişkisi ispatlanabilir. Tüm bu delillerle de sözleşme ilişkisi ispatlanmış değilse HMK'nın 200. maddedeki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir. Açık muvafakat olmazsa tanıkla sözleşme ilişkisi ispatlanamaz. Bunun da istisnası olan HMK'nın 202. maddeye göre senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir. Somut olayda davacı yasal delillerle, davalı şirket ile arasında akdî ilişki bulunduğunu kanıtlayamamış olup bu davalı hakkında davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.*”, Sinerji Mevzuat

¹⁶¹ ARAL/AYRANCI s. 367, AVCI, Ali s. 308, EREN, Borçlar Özel s. 596, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 447, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 437, ZEYBEK s. 16

¹⁶² AVCI, Ali s. 304, SELİÇİ s. 14, SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Can. Borçlar Hukuku Özel Bölüm On İki Levha Yayıncılık 4. Baskı İstanbul 2019 s. 250, KURT s. 43-44, TANDOĞAN s. 29, SEÇER s. 40

Bu tür inşaat sözleşmeleri arsa payının yükleniciye devir borcunu(taşınmaz satış vaadini) içerdikleri için, resmi şekilde yapılmaları zorunludur. Bu şekil geçerlilik şartı olup, arsa payı karşılığı sözleşmeyi yapan noterin sözleşmeyi düzenleme şeklinde yapması gerekir, imza onaması yeterli değildir¹⁶³.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m.53/I'e göre genel bütçeye dahil olan daireler, katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyelerin inşaat işlerine ilişkin ihaleleri sözleşmeye bağlamalıdır. Aynı Kanunun 57. Maddesine göre de söz konusu sözleşmelerin noterlerce tescil edilmesi gerekir. Sözleşme tescilleri bir geçerlilik şartı olup, ayrıca sözleşmedeki imzaların da noterlikçe tasdik edilmesi gerekir¹⁶⁴. Bu husus sözleşmenin geçerlilik şartıdır ve hakim tarafından resen gözetilmelidir¹⁶⁵.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, bu kanun hükümlerine tabi kurum ve kuruluşlara ait yapım işlerinin sözleşmeye bağlanmasına ilişkin, m.46'ya göre de yapılan ihaleler sözleşmeye bağlanır ve sözleşmeyi yapanların imzaları noterlere onaylatılarak sözleşme tescil ettirilir¹⁶⁶.

¹⁶³ ARAL/AYRANCI s. 368, EREN, Borçlar Özel s. 596, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 472
¹⁶⁴ARAL/AYRANCI s. 367, AVCI, Ali s. 300, BÜYÜKAY s. 59, EREN, Borçlar Özel s. 596, KIRMIZI s. 81, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 13, SEÇER s. 39, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471

¹⁶⁵ AVCI, Ali s. 301

¹⁶⁶ ARAL/AYRANCI s. 368, AVCI, Ali s. 302, EREN, Borçlar Özel s. 597-598, GÜMÜŞ s. 7, KIRMIZI s. 80, KURT s. 43, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 471-472

BÖLÜM II

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

2.1. AYIP KAVRAMI

TBK’da ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine yer verilmiş ancak bir eserin ayıplı olmasının tanımı yapılmamıştır. Ayıp; eserde, yüklenicinin sözleşmede bildirdiği nitelikleri, sözleşmeyle taahhüt ettiği vasıfları veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen unsurları taşımamasıdır¹⁶⁷. Daha kısa bir anlatımla, ayıp olması gereken(beklenen) nitelikten sapmadır¹⁶⁸. Buna göre ayıplı bir eserin meydana getirilmesi ve teslimi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini, kötü ifa edildiğini gösterir¹⁶⁹. Yargıtay da ayıbın tanımını, “*Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır.*” şeklinde yapmaktadır¹⁷⁰.

Eserin ayıpsız sayılmasında, sözleşme ve kanun hükümleri, iş sahibinin sözleşmeyi yapmaktaki amacı, eserin meydana getirilmesinde kullanılan yöntem ve kullanılan araç- gereç, malzemeler ile teknik ve fen kuralları en önemli etkenlerdir. Sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklere, iş sahibinin amaç ve beklentisini karşılayacak şekilde, uygun araç-gereçler ile fen ve teknik kurallara uyularak meydana getirilmiş eser ayıpsız sayılacaktır. Eserin sözleşmede kararlaştırılan biçimde ve amaca uygun olarak meydana getirilmemiş olması, eserin ayıplı(kusurlu) olduğunu gösterir¹⁷¹.

¹⁶⁷ ACUN, Hüseyin. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerin Yarışması, Seçkin Yayınları, Ankara 2018 s. 19-20, ARAL/AYRANCI s.400, EREN, Borçlar Özel s. 634, DUMAN, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara 2013 s. 743, ÖZ, Dönme s. 92, ÖZCAN, Zeynep, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı Ve Eksik İfası, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.11, Haziran 2018, s. 323, ŞENOCAK s.93, TANDOĞAN s. 161, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 521

¹⁶⁸ SEROZAN/BAYSAL/SANLI s. 199

¹⁶⁹ ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011 s. 112

¹⁷⁰ Y.15HD., 10.12.2018 T., 2018/2168 E., 2018/4954 K. Sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

¹⁷¹ AYDEMİR s. 342

Ayıbın tespiti aşama aşama şu şekilde yapılacaktır. Öncelikle, sözleşmenin taraflarının, eserin vasıfları konusunda açık bir anlaşma yapıp yapmadığı incelenecektir. Taraflar arasında bu şekilde bir açık anlaşmanın varlığı tespit edilemezse zımnen yapılan bir anlaşmanın varlığı araştırılacaktır. Zımnen yapılan bir anlaşma da mevcut değilse, sözleşmenin içeriği dikkate alındığında dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenen vasıfları taşıyıp taşımadığına bakılacaktır¹⁷².

Eserdeki ayıplar; ayıbın niteliğine göre, tarafların ayıplı ifadan sorumluluğunun sınırları ve ayıplı ifa ile ilgili haklar bakımından çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Doktrinde bu konuda maddi-hukuki, açık-gizli, önemli-daha az önemli, asli-ikincil, kasten gizlenen-kasten gizlenmeyen ayıplar gibi bazı ayrımlar yapılmaktadır¹⁷³.

2.2. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SAYILAN DURUMLAR

Eserdeki ayıbın, yüklenicinin; sözleşmede bildirdiği nitelikleri, sözleşmeyle taahhüt ettiği vasıfları veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen unsurları taşıyamaması olduğundan bahsetmiştik.

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, *“Taraflar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup davanın çözümlenmesinde uygulanması gereken hükümler, 6098 sayılı TBK'nun 470 ve devamı maddeleridir. Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, TBK'nun 474-478 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK'nun 475. maddesi ayıbı için kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp eserde olması gereken lüzumlu vasıfların veya sözleşmede kararlaştırılan vasıfların eksikliğini ifade etmektedir.”* hükmüyle eserde ayıplı sayılacak durumları göstermiştir¹⁷⁴.

2.2.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıfların Eksikliği

Taraflar eser sözleşmesini yaparken sözleşmede meydana getirilmesi istenen eserin taşıyacağı vasıflar hakkında da açık ya da örtülü şekilde anlaşma yaparlar. Bu

¹⁷² KIRMIZI s. 193, ÖZ, Dönme s. 92, ŞENOCAK s. 94, TURANBOY, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, S.1, Yıl 1990, s. 159

¹⁷³ EREN, Borçlar Özel s. 635, KIRMIZI s. 194, TANDOĞAN s. 166-167, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

¹⁷⁴ Y.15HD., 18.02.2019 T., 2018/2504 E., 2019/642 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

anlaşmalar, eserin genel niteliklerine de özel niteliklerine de ilişkin olabilir¹⁷⁵. Uygulamada taşınmaz yapılar için taraflarca genellikle sözleşmelerin eki niteliğinde eserin sahip olması gereken niteliklere ayrıntılı olarak yer verilen teknik şartnameler hazırlanmaktadır. Bu şartnamelerde belirlenen niteliklere sahip olmayan eserler ayıplı sayılır¹⁷⁶.

Genel vasıflar, eserin şekli, ölçüsü, rengi, işin görülüş tarzı gibi eseri somut olarak belirleyen vasıflardır¹⁷⁷. Örneğin, binanın sıvasının gri renge boyanacağı kararlaştırılmış ve fakat bina mavi renge boyanmış ise bina (eser) ayıplıdır. Aynı şekilde; evin kapılarının meşe tahtasından yapılması hususunda anlaşılması ve fakat sadece meşe kaplama yapılmışsa; evin banyosunun mermer ile döşenmesi kararlaştırılmış ve fakat banyo ahşap parke ile döşenmiş ise¹⁷⁸, sportif müsabakalar için kullanılacak olimpik bir yüzme havuz standart uzunlukta değilse¹⁷⁹, bir dokuma tezgahı çelik yerine tahtadan imal edilmişse, bu eserler ayıplıdır.

Özel vasıflar ise, genel vasıflar itibariyle belirlenen eseri daha yakından tanımlayan özelliklerdir¹⁸⁰. Örneğin, bir çatının veya yüzme havuzunun su geçirmezliği¹⁸¹, bir makinenin veya tesisatın hassasiyet derecesi, bir makinenin üretim kapasitesi, klima tesisatının ısıtma ve soğutma derecesi, bir köprünün belirli bir taşıma kapasitesi, bir tesisatın harcayacağı elektriğin belli bir miktarı geçmemesi gibi vasıflar özel vasıf niteliği taşır¹⁸². Eser sözleşmede kararlaştırılan bu özel vasıfları taşıyorsa da ayıplıdır.¹⁸³ Sözleşmede özel olarak kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği durumunda, bu eser tekniğin genel kabul görmüş kurallarına uygun şekilde meydana getirilmiş olsa dahi ayıplıdır¹⁸⁴. Örneğin, teknenin sözleşmede kararlaştırılandan başka bir renge boyanmış olması ya da makinenin sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir malzeme ile imal edilmiş olması halinde, eser ayıplıdır. Sözleşmeye göre bulunması

¹⁷⁵ ŞAHİNİZ s. 101-102, ŞENOCAK s. 94

¹⁷⁶ BÜYÜKAY s. 104, DUMAN s. 743, ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 192 (İnşaat Sözleşmesi), TANDOĞAN s. 162, UÇAR s. 126

¹⁷⁷ BÜYÜKAY s. 104, DUMAN s. 743, KIRMIZI s. 191, ŞENOCAK s. 94, TANDOĞAN s. 162, UÇAR s. 126, UYGUR s. 528

¹⁷⁸ ŞENOCAK s. 94

¹⁷⁹ UÇAR s. 125

¹⁸⁰ DUMAN s. 743, TANDOĞAN s. 162, ŞENOCAK s. 94, UÇAR s. 126

¹⁸¹ TANDOĞAN s. 162,

¹⁸² ŞENOCAK s.95

¹⁸³ ŞAHİNİZ s. 102, ŞENOCAK s. 94

¹⁸⁴ KIRMIZI s. 191-192, ŞENOCAK s. 95

gereken bir vasfın bulunmaması halinde, bu eser kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanıma elverişli olsa dahi ayıplı sayılır. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan laminat parke yerine masif parke kullanılması durumunda dahi eser ayıplı sayılacaktır. Eserin bu haliyle daha değerli ve kullanıma daha elverişli olması da bu durumu değiştirmez. Ancak böyle durumlarda, eserin ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılması veya ayıbın giderilmesi haklarının (TBK m. 475/F 1) şartları bulunmayabilir ve dolayısıyla iş sahibi meydana getirilen eserle yetinmek zorunda kalabilir. Ayrıca, bu tip durumlarda, bu seçimlik hakların kullanılması hakkın kötüye kullanılması da oluşturabilir¹⁸⁵.

Taraflar bazen, sözleşmede bulunması istenen vasıfların asgari sınırlarını belirler veya bu vasıflar için belli oranda tolerans tanıyabilirler. Bu asgari sınırların üstünde olan veya tolerans sınırları içinde kalan vasıflara sahip olan eserler ayıplı sayılmayacaktır¹⁸⁶.

Tarafların, eserin belli bir vasfının eserde olması gerektiği hakkında anlaşma sağlayıp sağlamadıkları veya hangi vasıflar üzerinde anlaşmış oldukları her somut olay için ayrı değerlendirilir. Bu değerlendirme, sözleşmenin amacı ve lafzı dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılır. Ayrıca iş çevrelerinde yaygın olarak bilinen teamüller de dikkate alınır¹⁸⁷.

2.2.2. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği

Meydana getirilen eser, sözleşmede açık yada örtülü olarak kararlaştırılmış olan vasıfların yanında, ayrıca sözleşmenin içeriğine ve yüklenici tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken tahsis(kullanım) amacına göre lüzumlu bazı vasıfları da taşımalıdır¹⁸⁸. Zira dürüstlük kuralı gereğince, bu vasıflar sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile, yüklenici iş sahibinin kullanımına uygun ve düzgün bir eserin niteliklerini taşıyan bir eser teslim etmelidir¹⁸⁹.

Buna göre, eserin taşıyacağı genel ve özel vasıflar sözleşmede belirlenmemişse, yüklenici, sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli, orta ve normal kalitede bir eser meydana getirmekle yükümlüdür. Bu husus TBK m. 86

¹⁸⁵ ŞAHİNİZ s.102-103, ŞENOCAK s. 95-96

¹⁸⁶ TANDOĞAN s. 164, UÇAR s. 127

¹⁸⁷ ŞAHİNİZ s. 102, ŞENOCAK s. 96

¹⁸⁸ DUMAN s. 745, ŞENOCAK s. 97, UÇAR s. 128

¹⁸⁹ ŞENOCAK s. 97, UÇAR s. 128

hükmünden çıkarılabilir. Eser, vasıfları itibariyle orta kalitenin altındaysa, iş sahibinin kullanım amacına uygun değilse, bu eser sahip olması gereken normal vasıfları taşımamaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin tarafları arasında bu hususta özel bir anlaşma olmadığı sürece, yüklenici, orta kalitede bir malzeme kullanarak, fen ve teknik kurallara uyarak sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun bir eser meydana getirmeli ve bu eseri teslim etmelidir. Yüklenici bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa ayıplı bir eser meydana getirmiş ve teslim etmiş olur¹⁹⁰. Örneğin, bir fabrikanın çatısının kaplanması işinde taraflar boyalı sac trapez levha kullanılması konusunda anlaşmış ancak sacın kalınlığını belirlememişlerse, yüklenici bu kaplama işinde orta kaliteden daha düşük ve olması gerekenden daha ince sac kullanamaz. Aksi takdirde eser ayıplı ifa edilmiş sayılır¹⁹¹.

Eserin kullanım amacı, ilk planda somut sözleşmenin muhtevasına göre tespit edilir. Bunun için tarafların bu hususta açık bir anlaşma yapmaları gerekmez. İş sahibinin eseri hangi amaçla kullanacağını yüklenici tarafından anlaşılabilir olması yeterlidir. Tarafların açık ya da örtülü olarak sözleşmede belirli bir kullanım amacı öngörmeleri halinde, eser bu amaçta kullanılmaya elverişli olmalıdır. Sözleşmede açık ya da örtülü olarak bir kullanım amacı kararlaştırılmadığı takdirde ise, eserin dahil olduğu çeşide göre olağan kullanıma elverişli olması gerekir¹⁹². Örneğin, belirli bir ürünün üretimi veya işlenmesi için imal edilen makinenin söz konusu ürünü üretmeye veya işletmeye elverişli olması gerekir; imal edilen soğutucu soğutmaya elverişli olmalıdır; imal edilen kalorifer tesisatı ısıtmaya elverişli olmalıdır¹⁹³. Eserin olağan kullanıma elverişli olup olmadığı objektif kriterlere, yani dürüstlük ve iyiniyet kurallarına ve iş çevrelerinde yaygın olan görüşlere göre tespit edilecektir¹⁹⁴.

2.3. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP ÇEŞİTLERİ

2.3.1. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp

Ayıbın niteliğine göre maddi ve hukukî ayıp olmak üzere iki türe ayrılmaktadır¹⁹⁵. Uygulamada en çok ortaya çıkan ayıp maddi ayıp, eserin

¹⁹⁰ BÜYÜKAY s. 104, DUMAN s. 746-747, ŞAHİNİZ s. 104, ŞENOCAK s. 97-98, TANDOĞAN s. 164

¹⁹¹ BÜYÜKAY s. 104

¹⁹² ŞENOCAK s. 98, TURANBOY s. 159

¹⁹³ ŞAHİNİZ s. 99

¹⁹⁴ ŞENOCAK s. 98-99

¹⁹⁵ GÜMÜŞ s. 52, ŞENOCAK s. 103

görünüşünde ve yapısında olan fiziksel niteliğine ilişkin ayıptır¹⁹⁶. Maddi ayıp; eserin sahip olması gereken fiziksel, teknik veya kimyasal vasıflara(niteliklere) sahip olmamasını ifade eder¹⁹⁷. Örneğin; imal edilen makinenin bozuk olması, gerekli üretim kapasitesine sahip olmaması; inşa edilen binanın duvarlarının çatlak olması; dikilen elbisenin paçasının kısa olması, dikişlerinin hatalı olması¹⁹⁸, tabana veya duvara döşenmiş çatlak karo ve seramik malzemesindeki ayıp, pencere veya kapının eğri veya duvara bombeli yapılmış olması¹⁹⁹, maddi ayıba örnek olarak verilebilir. Eserde maddi ayıp bulunup bulunmadığı, taraflar arasında yapılan sözleşmeye, dürüstlük kuralına, eserin kullanım amacına ve kanuna göre tespit edilir²⁰⁰.

Hukuki ayıp ise, meydana getirilen eserden yararlanmayı ve bunu kullanmayı ve/veya işletmeyi ciddi bir biçimde sınırlayan veya ortadan kaldıran güvenlik ve diğer kamu hukuku kurallarının varlığı durumunda söz konusu olur²⁰¹. Hukuki ayıp; “*yasak*” kavramı ile ilişkilidir ve birlikte ele alınmaktadır. Buna göre hukuki ayıp, iş sahibinin eserden yararlanmasını ve eser üzerinde tasarrufta bulunmasını sınırlayan veya ortadan kaldıran kamu hukuku veya özel hukuk kaynaklı sınırlamalardır²⁰². Örneğin, üretilen bir makinenin kamu hukuku kaynaklı güvenlik kurallarına aykırı olarak imal edilmiş olması, imal edilen eserin teslim edileceği ülkenin ithalat rejimine aykırılık taşıması, yüklenicinin oturma(iskan) ruhsatını almayı üstlendiği yapıyı, oturma(iskan) ruhsatı almadan teslim etmesi hallerinde eserde hukuki ayıbın varlığı söz konusu olur²⁰³.

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, “*Maddi ayıp bir malda madden hata bulunmasıdır (örneğin malın yırtık, kırık, bozuk, lekeli olması gibi). Hukuki ayıp malın kullanımının hukukten sınırlandırılmış olmasıdır (malın üzerinde rehin, haciz, intifa hakkı gibi kısıtlamalar bulunması gibi).*” maddi ve hukuki ayıbı tanımlamış ve

¹⁹⁶ BÜYÜKAY s. 105, DUMAN s. 751, GÜMÜŞ s. 52, KIRMIZI s. 195, ŞENOCAK s. 103

¹⁹⁷ GÜMÜŞ s. 52, SEROZAN/BAYSAL/SANLI s. 200, ŞENOCAK s. 103, UÇAR s. 133

¹⁹⁸ GÜMÜŞ s. 52, ŞAHİNİZ s. 105

¹⁹⁹ AYDEMİR s. 343

²⁰⁰ BÜYÜKAY s. 105, UÇAR s. 133

²⁰¹ ÇELİK, Çelik Ahmet, Eser Sözleşmesi (Yapım, Bakım, Onarım Ve Yükümlenim Sözleşmeleri), http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/425_eser-sozlesmeleri.pdf, s. 20, DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinden Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 4. Baskı, Ankara 2008 s. 52

GÜMÜŞ s. 52, SEROZAN/BAYSAL/SANLI s. 201, ŞENOCAK s. 103, UÇAR s. 133

²⁰² ŞENOCAK s. 103

²⁰³ GÜMÜŞ s. 53, TURANBOY s. 158

örneklendirmiştir²⁰⁴. Gerek maddi ayıplar, gerek hukuki ayıplar, yüklenicinin iş sahibine karşı ayıplı ifadan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olmasına yol açarlar²⁰⁵.

2.3.2. Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Açık ayıp, eserin tesliminden sonra olağan bir muayene(gözden geçirme) neticesinde ortaya çıkan, çıplak gözle bakıldığında fark edilebilen, anlaşılabilen ayıptır²⁰⁶. Örneğin taburenin bir bacağının kısa olması, duvar boyasının dalgalı yapılmış olması, kapının çatlak olması, teslim edilen konuttaki asansörün çalışmaması vb. gibi²⁰⁷.

Gizli ayıp ise, eserin tesliminden sonra yapılacak olağan bir muayene ile anlaşılmayan, eserin kullanılmasıyla veya zamanın geçmesiyle ortaya çıkan ayıp türüdür²⁰⁸. Örneğin, kullanılan malzemenin kalitesiz olması sebebiyle kaplamaların dökülmesi, kapı veya pencere ahşaplarının, hava alanı pistinin çatlaması, sipariş edilen altın takının 22 ayar değil 18 ayar olması v.b. gibi²⁰⁹.

Yargıtay da bir kararında, “*Davada açık ayıp ve gizli ayıp kavramlarına uygun ayırım yapılmak suretiyle inceleme yapılması gerekir. Açık ayıp, eserde dikkatli bir inceleme sonunda görülebilen ve anlaşılabilen bozuklukları, gizli ayıp ise dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan ve sonradan kullanılmakla ortaya çıkan ayıpları ifade eder.*” hükmüyle gizli ayıp-açık ayıp ayrımını ortaya koymuştur²¹⁰.

Eser sözleşmesinde açık ayıp-gizli ayıp ayrımı büyük önem arz etmektedir. Bu önemin nedeni, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirimde bulunma yükümlülüğü noktasında kendini göstermektedir²¹¹. Eserde bir açık ayıbın varlığı halinde, iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri muayene etmek ve varsa eserdeki ayıbı bunu uygun bir süre içinde yükleniciye ihbar

²⁰⁴ YHGK., 20.06.2019 T., 2017/1657 E., 2019/744 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

²⁰⁵ ŞAHİNİZ s. 105

²⁰⁶ AYDEMİR s. 346, BÜYÜKAY s. 107, GÜMÜŞ s. 55, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 465, KOSTAKOĞLU s. 451, ŞENOCAK s. 104, UÇAR s. 130, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

²⁰⁷ AYDEMİR s. 346, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 465 KOSTAKOĞLU s. 448, TURANBOY s. 161

²⁰⁸ BÜYÜKAY s. 107, EREN, Borçlar Özel s. 645, GÜMÜŞ s. 55, ŞENOCAK s. 104, TURANBOY s. 159, UÇAR s. 130, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

²⁰⁹ AYDEMİR s. 350, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 465

²¹⁰ Y.3HD., 06.07.2017 T., 2016/822 E., 2017/11251 K. Sayılı kararı, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=414502>) E.T:17.05.2020

²¹¹ BÜYÜKAY s. 107, KIRMIZI s. 196, TURANBOY s. 160, UÇAR s. 130

etmekle mükelleftir; aksi takdirde eseri ayıplı şekilde kabul etmiş sayılır ve yükleniciyi eserdeki bu ayıptan sorumlu tutma hakkını kaybeder²¹². Eserde gizli ayıp ortaya çıktığında iş sahibi, gecikmeksizin bu ayıbın varlığını yükleniciye ihbar etmekle mükelleftir; aksi takdirde eseri ayıbı ile birlikte kabul etmiş sayılır ve dolayısıyla da yükleniciyi eserdeki bu ayıptan dolayı sorumlu tutma hakkını kaybeder²¹³.

Yargıtay da bir kararında, “Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imâl etmeyi yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda TBK'nun 474. maddesi, gizli ayıplarda ise TBK'nun 477. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, anılan kanununun 475. maddesinde tanınan hakları kullanabilir. ... Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır.” hükmüyle, iş sahibinin eserde açık ayıp varsa teslimden sonra yapılacak incelemede tespit edilen ayıbı uygun sürede ayıbı yükleniciye bildirmesini, gizli ayıp halinde ise ayıbın tespitinin ardından gecikmeksizin yükleniciye bu ayıbı ihbar etmesi gerektiğini, ayıp bildirimini bu sürelerde yapmaması halinde iş sahibinin eserin örtülü olarak kabul etmiş sayılacağına hükmetmiştir²¹⁴.

2.3.3. Tam Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp

Eserdeki ayının tam önemli-daha az önemli ayıp olup olmaması, iş sahibinin kullanabileceği seçimlik hakların belirlenmesinde önem arz etmektedir. Bu ayırımın kaynağı TBK 475/I olarak ele alınabilir. Eserin tam önemli ayıbının olması, daha sert bir yaptırım olan sözleşmeden dönmenin ön şartıdır²¹⁵.

Tam önemli ayıp, dürüstlük kuralı gereğince, eserin iş sahibi tarafından kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamaz kılan ayıptır²¹⁶. Eserdeki

²¹² ŞAHİNİZ s. 107, UÇAR s. 130

²¹³ ŞENOCAK s. 104, UÇAR s. 130, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 457

²¹⁴ Y.23HD., 05.07.2018 T., 2015/8370 E., 2018/4016K. Sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

²¹⁵ BÜYÜKAY s. 108, UÇAR s. 131, ŞENOCAK s. 104

²¹⁶ ALTAŞ İstisna Sözleşmesi s. 19, GÜMÜŞ s. 53, ŞAHİNİZ s. 108, ŞENOCAK s. 104, TANDOĞAN s. 167, UÇAR s. 47, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

ayıbın tam önemli ayıp niteliğinde olması halinde, TBK 475/I hükmü gereğince, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip olur²¹⁷.

Daha az önemli ayıp ise, eseri iş sahibi tarafından kullanılamaz veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamaz kılmayan, kısa zamanda ortadan kaldırılacak ayıplardır²¹⁸. Diğer bir ifadeyle TBK 475/I kapsamı dışında kalan, tam önemli olmayan ayıplardır. Genellikle bu ayıplar eserin bir kısmında görülür. Eserdeki ayıbın daha az önemli ayıp olması durumunda, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaz. Diğer seçimlik hakları olan bedelden indirim isteme ve ayıbın giderilmesi haklarını kullanmak zorunda kalır²¹⁹. Eserdeki ayıbın önemsiz olması durumunda, iş sahibinin ayıplı ifaya dayanarak bedelden indirim yapılmasını veya ayıbın giderilmesini talep etmesi, münferit olayda hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Bu halde iş sahibi kendisine tanınan hakları kullanamaz²²⁰.

Tam önemli–daha az önemli ayıp ayrımında ilk kıstas, iş sahibinin o eseri kullanıp kullanamayacağı iken, ikinci kıstas iş sahibinin eseri kabul etmesinin beklenip beklenemeyeceği hususu olup, bu kıstasların ayrı ayrı değerlendirmeye tâbi tutulması gerekir²²¹. Uygulamada eserde mevcut olan ayıpların hangilerinin tam önemli, hangilerinin daha az önemli ayıp niteliğinde olduğunun tespiti bilirkişi veya bilirkişi heyeti raporlarına göre yapılmakta ve bu ayıplarla ilgili alınan rapora göre hukukî sonuçlar kararlaştırılmaktadır²²².

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, meydana getirilen eserin iş sahibi tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı veya dürüstlük kuralı gereği eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyeceği ayıpların önemli ayıp olarak sayılacağını, önemsiz ayıbı ise eserin iş sahibi için eseri kullanılamaz hale getirmeyen, iş sahibince eserin kabulü için red gerekçelerini haklı göstermeyen ve düzeltilebilecek ayıplar olarak nitelendirmiş ve ancak eserde önemli ayıpların olduğu durumlarda eserden dönülebileceğine hükmetmiştir²²³.

²¹⁷ BÜYÜKAY s. 108, ŞAHİNİZ s. 108, ŞENOCAK s. 104, UÇAR s. 131

²¹⁸ BÜYÜKAY s. 108, GÜMÜŞ s. 53, UÇAR s. 131

²¹⁹ BÜYÜKAY s. 108, GÜMÜŞ s. 53, ŞENOCAK s. 104-105, TURANBOY s. 162, UÇAR s. 131

²²⁰ ŞENOCAK s. 105

²²¹ ALTAŞ, İstisna Sözleşmesi s. 19

²²² TURANBOY s. 162

²²³ YHGK., 26.02.2020 T., 2017/252 E., 2020/224 K. Sayılı kararı: “Mülga 818 BK’nın 360. maddesi önemli ayıbı, eserin iş sahibi için kullanılması olanağının bulunmadığı veya dürüstlük kuralı gereği eseri kabul etmesinin kendisinden beklenmeyeceği bir durum olarak

2.3.4. Asli Ayıp-İkincil Ayıp

Asli ayıp, eserin tesliminde eserde mevcut olan ayıptır²²⁴. Bir başka deyişle, gözden geçirme esnasında mevcut bulunan ve “*kaynak*” vasfı arz eden öncelikli ayıba, asli ayıp denmektedir²²⁵.

İkincil ayıp ise, eserin teslimi sırasında eserde mevcut olan ayıbın sonradan yol açtığı ayıptır; yani asli ayıbın etkisiyle sonradan ortaya çıkan ayıptır²²⁶. İkincil ayıplar bu yönüyle gizli ayıbın bir türünü oluşturmaktadır²²⁷. Örneğin bir makinede var olan imalat hatası nedeniyle makinenin zaman içinde bozulması olayında, imalat hatası asli ayıptır, makinenin bozulması ise ikincil ayıptır²²⁸.

Asli ayıplar gibi ikincil ayıplar da yüklenicinin sorumluluğuna yol açarlar. Ancak, eserin teslimi sırasında eserde mevcut herhangi bir asli ayıp bulunmamasına rağmen, eser zamanla olağan eskime neticesinde veya iş sahibinin eserin kullanımında ve/veya muhafazasında gerekli özeni göstermemesi neticesinde bazı niteliklerini kaybeder ya da bozulma meydana gelirse, bu durum ikincil ayıp oluşturmaz. Dolayısıyla yüklenicinin ayıplı ifadan kaynaklanan bir sorumluluğu doğmaz²²⁹. Kısaca, ikincil ayıbın kaynağı asli ayıp olmalı, asli ve ikincil ayıplar arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır²³⁰.

Doktrinde bir görüşe göre, ikincil ayıbın bulunması halinde iş sahibi, asli ayıpla ikincil ayıp arasındaki illiyet bağına bakmaksızın yüklenicinin ikincil ayıptan dolayı yüklenicinin ayıptan sorumluluğu hükümlerine başvurulabilir²³¹. İş sahibi gözden geçirme külfetini yerine getirirken sözleşme konusu eserin çeşidi ve önemine uygun bir özen göstermek zorundadır. Bu özen, bu tür eserle ilgili bilgisi olan, makul, orta

kabul etmektedir. Dolayısı ile önemli ayıplar eseri iş sahibi için tamamen ve kesin olarak kullanılamaz veya kabule zorlanamaz kılan ayıplardır. Bununla birlikte, eseri kullanılamaz hâle getirmeyen, iş sahibince eserin kabulünün reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla düzelebilecek ayıplar daha az önemli ayıplardır. Kanun'da yapılan bu ayırım, iş sahibinin yararlanabileceği hakların türünü belirlediğinden büyük önem taşımaktadır. Önemli ayıplar iş sahibince sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmasına karşılık daha az önemli ayıplar durumunda iş sahibi, sözleşmeden dönme yetkisine sahip değildir.”

Sinerji Mevzuat

²²⁴ KIRMIZI s. 196, UÇAR s. 134

²²⁵ BÜYÜKAY s. 108, GÜMÜŞ s. 55, UÇAR s. 134

²²⁶ BÜYÜKAY s. 108, GÜMÜŞ s. 55, KIRMIZI s. 196, UÇAR s. 134

²²⁷ GÜMÜŞ s. 55

²²⁸ ŞAHİNİZ s. 108

²²⁹ KIRMIZI s. 196, ŞAHİNİZ s. 108

²³⁰ KIRMIZI s. 196, UÇAR s. 134

²³¹ GÜMÜŞ s. 55

zekada dürüst bir iş sahibinin göstereceği özendir²³². Kanımızca iş sahibi bu özen yükümlülüğü doğrultusunda, eğer asli ayıbın zamanla eserde meydana getirebileceği ikincil ayıpları öngörebilmesi kendisinden beklenebiliyor ve iş sahibi asli ayıplı eseri kabul etmiş ise, ikincil ayıplar hakkında yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidilememelidir.

2.3.5. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp

Kasten gizlenen ayıp, eserin teslimi sırasında yüklenicinin eserdeki ayıbı bildiği ancak bilinçli şekilde iş sahibine açıklamaktan, belirtmekten kaçındığı açık veya gizli ayıptır²³³. Bir ayıbın kasten gizlenmiş ayıp olarak kabul edilebilmesi için eserin teslimi sırasında iş sahibi tarafından olağan bir inceleme ile tespit edilebilecek bir ayıp mevcut olmamalı ve yüklenici kötünietli olmalıdır²³⁴. Eserdeki ayıp yüklenici tarafından kasten gizlendiği takdirde, iş sahibi eseri açıkça veya örtülü olarak kabul etse(mesela muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese) bile, kasten gizlenen ayıplar yönünden yükleniciyi sorumlu tutma hakkına sahip olur; yani iş sahibi ayıplı eseri kabul ettiği için yüklenicinin sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaz²³⁵. Ancak iş sahibi eserin kendisine teslimi sırasında, yüklenicinin kasten gizlediği ayıbı biliyorsa ve buna rağmen eseri teslim alırsa artık yükleniciyi ayıp sebebiyle sorumlu tutamayacaktır²³⁶.

Yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi, bizzat kendisinin bildiği ve açıklamaktan kaçındığı ayıplara ilişkin olabileceği gibi, iş sahibinin ifa yardımcılarının bildiği ayıplara ilişkin de olabilir. İfa yardımcısının bir ayıbı sakladığını iş sahibine bildirmeyen yüklenici, o ayıbı kasten gizlemiş sayılır. Yüklenicinin ifa yardımcısı ile planlı hareket etme, işbirliği içerisinde olup olmaması bir önem taşımaz²³⁷. İş sahibi, teslim sırasında yüklenicinin kasten gizlediği ayıbı bilerek teslim almışsa, bu durum, eseri kabul sayılacağından, ayıptan doğan haklarını kaybedecektir²³⁸.

²³² EREN, Borçlar Özel s. 631

²³³ ŞAHİNİZ s. 108

²³⁴ GÜMÜŞ s. 55

²³⁵ EREN, Borçlar Özel s. 646, ÖZ, Dönme s. 116, ŞAHİNİZ s. 109

²³⁶ ŞAHİNİZ s. 109

²³⁷ EREN, Borçlar Özel s. 646, ŞAHİNİZ s. 109

²³⁸ EREN, Borçlar Özel s. 646

Kasten gizlenmeyen ayıbın varlığı halinde ise, iş sahibi ayıplı eseri açık veya örtülü olarak kabul ederse, artık yükleniciyi bu ayıplardan dolayı sorumlu tutma hakkını kaybedecek, yüklenici ayıplı ifadan doğan sorumluluktan kurtulacaktır²³⁹.

2.4. AYIPLI İFANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

2.4.1. Ayıp-Aliud Farkı

Aliud ifa(yanlış edim) yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eser yerine tamamen farklı bir eser meydana getirip bu eseri teslim etmesidir²⁴⁰. Örneğin, yüklenici mevcut bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmayı taahhüt etmişse, buna rağmen mevcut binayı yıkmaksızın onararak iş sahibine teslim ederse²⁴¹, bir terzi ceket yerine gömlek dikerse aliud ifada bulunmuş olur.

Yargıtay da, *“Davalının davacıya sipariş ettiği malların niteliği açıkça belirtilmiş olup, davacının davalıya bu mallar dışında başka mallar teslim ettiği anlaşılmaktadır. Buradaki teslim aliud teslimdir.”* hükmüyle aliud ifanın *“başka”* bir şeyin ifası olduğu şeklinde tanımlamıştır²⁴².

Aliud ifa halinde ayıba karşı sorumluluk hükümleri değil, borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir. Böylece iş sahibi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerinden bahsedilemeyecek, iş sahibi için genel zamanaşımı süreleri söz konusu olacaktır²⁴³. Teslim edilen eserin ayıplı bir eser mi aliud ifa mı olduğunun tespitinde, somut olay bakımından hakimin takdir yetkisi önemlidir. Hakim bu husustaki kararını verirken, yardım almak adına ilgili alanın iş çevrelerinde hakim olan görüşü dikkate almalıdır²⁴⁴.

2.4.2. Ayıp- Eksik İş Farkı

Eserin tamamlanmamış hali ile ayıplı olması karıştırılmamalıdır. Eksik iş, yüklenicinin sözleşmeyle borçlandığı edimi tamamlanmamış olması ya da dürüstlük

²³⁹ ŞAHİNİZ s. 109

²⁴⁰ KIRMIZI s. 199, SEROZAN/BAYSAL/SANLI s. 204, ŞENOCAK s. 105, TANDOĞAN s. 166

²⁴¹ GÜMÜŞ s. 55

²⁴² Y.15HD., 14.10.2018 T., 2017/4118 E., 2018/635 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

²⁴³ BÜYÜKAY s. 113, GÜMÜŞ s. 55, KIRMIZI s. 200, ŞENOCAK s. 105, TANDOĞAN s. 166

²⁴⁴ ŞENOCAK s. 106, TANDOĞAN s. 166

kuralı gereği yapması gerekli olan bir işi yapmayı eksik bırakmasıdır²⁴⁵. Eksik iş ile ayıplı ifa arasındaki ayrımı yapmak her durumda kolay değildir. Doktrinde bu iki kavramın ayrımı için önerilen kıstasa göre, eserde mevcut olan aykırılık, eserin geri kalanına ve o ana kadar ki yapılmış olan çalışmalarına zarar verilmeden düzeltilebilecekse eksik işten, sözleşmeye aykırılık ancak daha önce yapılan çalışmalara ve eserin geri kalanına zarar verilerek düzeltilebilecekse ayıplı ifa söz edilecektir²⁴⁶. Örneğin inşa edilen evde pencerelerin takılmaması eksik iş, pencerelerin boyasının bozuk veya köşelerinin kırık olması ayıplı ifadır²⁴⁷, yine bir makinenin soğutma sisteminin olmaması eksik iş; makinenin soğutma sistemindeki pompanın yanlış takılmış olması ayıplı ifadır.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında özetle, “...dava konusu olayda ayıplı ifa mı yoksa eksik ifanın mı söz konusu olduğu; burada varılacak sonuca göre satıcının sorumluluğuna gidilebilecek ihbar ve zaman aşımı süreleri ile talep hakkının kapsamının ne olduğu noktalarında toplanmaktadır. ... Ayıp kavramı ile eksik iş birbirinden farklıdır. Ayıp, yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise sözleşme konusu işlerin yapılmaması yani hiç yapılmayan işlerdir. Örneğin; inşa edilen evde kapıların takılmaması eksik ifa iken; kapıların boyasının bozuk veya köşelerinin kırık olması ayıplı ifadır.” hükmüyle ayıplı ifa-eksik iş ayrımını yapmıştır²⁴⁸.

Doktrindeki hakim görüşe göre, bir eserin teslim edilmiş kabul edilmesi için eserin meydana getirilmiş olması şarttır. Tam olarak meydana gelmemiş, yani eksik bir eserin iş sahibine teslim edilmesi halinde, teknik-hukuki anlamda bir eserin teslimi gerçekleşmiş olmaz, böylece iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidemez²⁴⁹. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, eksik ifa halinde teslimin gerçekleşmeyeceği kuralını dürüstlük kuralı ile sınırlamaktadır. Yani mevcut eksik işin kısa bir çalışmayla giderilebilecek kadar önemsiz olduğu durumlarda, eksik iş nedeniyle teslimin gerçekleşmediği yönündeki bir iddia hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur²⁵⁰.

²⁴⁵ ACAR s.7, AYDEMİR s. 333, BÜYÜKAY s. 110, KIRMIZI s. 197, ŞAHİNİZ s. 40, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 522

²⁴⁶ BÜYÜKAY s. 110, KIRMIZI s. 197-198, KURT s. 72

²⁴⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 522

²⁴⁸ Y.13HD., 26.11.2015 T., 2014/38936 E., 2015/34668 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

²⁴⁹ GÜMÜŞ s. 30, KOSTAKOĞLU s. 447, UÇAR s. 103, ÖZCAN s. 326

²⁵⁰ GÜMÜŞ s. 30, EREN, Borçlar Özel s. 621, ÖZCAN s. 326, SELİÇİ s. 40, UÇAR s. 130

Eksik iş bulunması durumunda, iş sahibi ayıptan sorumluluk hükümlerine göre değil, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 hükümlerine göre haklarını kullanacaktır²⁵¹. İş sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için aranan eserin gözden geçirilmesi ve ayıbı bildirme külfetleri eksik iş nedeniyle yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için aranmaz²⁵².

2.4.3. Teslim Edilmiş Eserin Kötüleşmesi

Eserin, teslimden sonra kötüleştirmiş olması halinde ayıplı bir ifadan söz edilemez. Eseri uygun biçimde meydana getiren yüklenicinin, eseri teslimden sonra eseri sözleşmeye uygun bir durumda koruma yükümlüğü yoktur²⁵³. Buna karşın, eserin sonradan kötüleştirmesi, eserin teslimi sırasında mevcut olan bir ayıba bağlı ise, yani ikincil bir ayıp söz konusu ise, ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olur²⁵⁴.

Yüklenici sözleşmeyle belirli ya da belirsiz süre için eseri kontrol etme ve bakımını yapmaya ilişkin bir yan edim yükümü üstlenmiş ve bu yükümlülüğü ihlal sonucu eser kötüleştirmişse bu durumda sözleşmenin ihlaline ilişkin genel hükümlere başvurulmalıdır²⁵⁵.

²⁵¹ BÜYÜKAY s. 112, GÜMÜŞ s. 30, KIRMIZI s. 197, ÖZCAN s. 326

²⁵² ÖZCAN s. 327

²⁵³ DUMAN s. 747

²⁵⁴ DUMAN s. 747, ŞENOCAK s. 107

²⁵⁵ DUMAN s. 747, ŞENOCAK s. 107

BÖLÜM III

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU VE KOŞULLARI

3.1. YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu, TBK'nın 474 ila 478. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İş sahibinin ödediği bedel karşılığında, yüklenici, sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip ve kendisinden beklenen yararı tam olarak gerçekleştirilmeye elverişli bir eser meydana getirmek ve bu eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür²⁵⁶. Teslim edilen eser bu nitelikleri haiz değilse, iş sahibinin sözleşmeden beklediği ifa menfaati gerçekleşmemiş olur. Bu durum ise, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortaya çıkarır²⁵⁷. Aynen satış sözleşmesinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de yüklenici ayıplı eser tesliminden sorumlu olur ve iş sahibi üzerine düşen borçlarını ve sorumluluklarını yerine getirmek suretiyle kendine tanınan haklardan faydalanabilir²⁵⁸. Ayrıca, yüklenicinin kusurunun varlığı hâlinde, ayıplı eser nedeniyle uğramış olduğu zararı da yükleniciden talep edebilir²⁵⁹.

3.2. YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

3.2.1. Maddi Şartları

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu bazı maddi şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Yüklenicinin ayıptan sorumlu olması için bu maddi şartlar; eserin ayıplı

²⁵⁶ BÜYÜKAY s. 99, EREN, Borçlar Özel s. 634 ŞAHİN, Turan, Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.2, Yıl 2011, s. 136, ŞENOCAK s.32, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 521

²⁵⁷ ŞENOCAK s.30, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

²⁵⁸ EREN, Borçlar Özel s. 633, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

²⁵⁹ EREN, Borçlar Özel s. 652, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 527

olması, eserdeki ayıbın iş sahibine yükletilememesi ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul etmemesi gerekir²⁶⁰.

3.2.1.1. Eser Ayıplı Olmalıdır

Yüklenicinin ayıptan sorumlu olması için, öncelikle eser ayıplı olmalıdır. Ayıp, eserde, yüklenicinin; sözleşmede bildirdiği niteliklerden, sözleşmeyle taahhüt ettiği vasıflardan veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen unsurları taşımamasıdır²⁶¹. Diğer bir ifadeyle teslim edilen eserdeki nitelik eksikliğine ya da sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre “olması gereken durumu” ile “fiilen mevcut olan durumu” arasındaki farka ayıplı eser denir²⁶². Ayıbın kaynağı önemli değildir. Ayıp bizzat yükleniciden kaynaklanabileceği gibi yardımcılarından da kaynaklanabilir. Eserin ayıplı olduğunu ispat, iş sahibine aittir²⁶³.

Ayıplı olan eserlerde, ya sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereğince eserin kullanılabilirliği açısından bulunması gereken bir nitelik eksiktir. Sözleşmede tarafların üzerinde uyduğu nitelikler, yer, biçim, ölçü, imal ve tarzı ve renk gibi, somut eseri belirlemeye yarayan genel nitelikler ya da genel olarak belirlemiş eseri daha yakından tanımlayan özel nitelikler olabilir. Bunun tespiti için sözleşmede aranılan niteliklerle mevcut eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırmada, iş sahibinin sözleşmenin muhtevasına ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır²⁶⁴. Eser sözleşmesinde istenilen niteliklerin asgari sınırları belirtilir veya bu nitelikler için belli ölçüde tolerans tanımlanabilir. Bu asgari sınırların üstünde olan ya da tolerans sınırı içinde kalan niteliklere sahip eser, ayıplı sayılmayacaktır. Eser sözleşmesinin tarafları, sözleşme konusu eserin taşımaması gereken nitelikleri belirlemek suretiyle olumsuz, yani eserde olmaması istenen nitelikleri belirten bir anlaşma yapabilir. Bu durumda tarafların yaptığı anlaşma gereği eserde olmaması istenen özellikleri taşıyan eser ayıplı sayılacaktır²⁶⁵.

²⁶⁰ EREN, Borçlar Özel s. 634, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s.140

²⁶¹ ARAL/AYRANCI s. 400, EREN Borçlar Özel s. 634, GÜMÜŞ s. 51, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 464, ŞAHİN s. 138, ŞENOCAK s. 93, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 521

²⁶² ARAL/AYRANCI s. 400, EREN, Borçlar Özel s. 634, GÜMÜŞ s. 51

²⁶³ EREN, Borçlar Özel s. 634, ŞENOCAK s. 79

²⁶⁴ UÇAR s. 134, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 456

²⁶⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 457

3.2.1.2. Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır

TBK’da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri açıkça yüklenicinin bir teslim borcunun varlığından bahsetmemektedir. Ancak TBK m. 473/I, m. 474/I, m. 478/I, m. 479/I ve m. 483/I hükümlerinde görüleceği kanun koyucu “*teslimden*” bahsederek yüklenicinin teslim borcunu zımnen kabul etmektedir²⁶⁶. Eser sözleşmesi ile sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun bir eser meydana getirme ve iş sahibine teslim etme yükümlülüğü altında olan yüklenici, bu borcunun sona ermesi için sözleşmede belirlenen niteliklere uygun olarak meydana getirdiği eseri ayıpsız bir şekilde tamamlamış ve iş sahibine teslim etmiş olmalıdır²⁶⁷. Buna göre, ayıbın tespit edilebilmesi için her şeyden önce eserin meydana getirilip teslim edilmesi gerekir. Bu yüklenicinin asli edimidir²⁶⁸. Eserin teslimi olmadan, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 474 vd. hükümlere başvurulması mümkün değildir. Teslimin gerçekleşmesi için aranan öncelikli şart ise eserin tamamlanmış olmasıdır. Henüz meydana getirilmemiş, tamamlanmamış, bitirilmemiş bir eser teslim edilemez²⁶⁹.

Teslim, yüklenicinin tamamlandığı eseri iş sahibine arz etmesi²⁷⁰ ve iş sahibinin kullanmasına elverecek şekilde fiilî hâkimiyet alanına, diğer bir ifade ile tasarruf alanına sokmasıdır²⁷¹. İş sahibinin kabulüne arz edilmedikçe eser teslim edilmiş olmaz²⁷². Teslim alma kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Teslim alma açık, örtülü veya farazi olarak gerçekleşebilir²⁷³.

Teslim kavramına, gerektiği takdirde, tamamlanan eserin montajının yapılması veya eserin kullanıma hazır hale getirilmesi faaliyetleri de dahildir. Örneğin bir makinenin teslim borcu, sadece makinenin iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasıyla sona ermez, o makinenin montajının yapılması, gerekiyorsa makinenin

²⁶⁶ ARAL/AYRANCI s. 393, BÜYÜKAY s. 76, EREN, Borçlar Özel s. 621, GÜMÜŞ s. 28, KIRMIZI s. 471, KURT s. 67, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 137, TANDOĞAN s. 67, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 484, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 454

²⁶⁷ ŞENOCAK s. 78

²⁶⁸ EREN, Borçlar Özel s. 634, GÜMÜŞ s. 50, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 464, ŞENOCAK s. 78, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 483

²⁶⁹ ACAR s. 7, EREN, Borçlar Özel s. 634, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 464, ŞENOCAK s. 78, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 483

²⁷⁰ UÇAR s. 91, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 521,

²⁷¹ EREN, Borçlar Özel s. 621, KIRMIZI s. 471

²⁷² UÇAR s. 90, ŞENOCAK s. 83

²⁷³ KURT s. 68, ŞENOCAK s. 80, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 485

çalışması ve işleyişi hakkında iş sahibine bilgilendirme yapılması da teslim borcu kapmasına girer²⁷⁴.

Eseri teslim borcunun ifa zamanının taraflar sözleşmede diledikleri gibi belirleyebilirler²⁷⁵. Taraflar, teslim tarihi belirli bir takvim günü belirterek veya belirli bir süre belirleyip bu süre sonunda eserin teslim edileceğini öngörerek (mesela, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 3 ay içinde) kararlaştırabilir.²⁷⁶ Ancak taraflar sözleşme ile eserin teslim tarihi hususunda bir tarih kararlaştırmamışlarsa, işin niteliği, tarafların farazi iradeleri ile makul, dürüst, orta zekada bir iş sahibinin talep ettiği bir eseri teslim almayı bekleyebileceği, keza makul, dürüst ve orta zekada bir yüklenicinin de mutad çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak üstlendiği eseri tamamlayabileceği zaman, teslim zamanı olarak değerlendirilebilir²⁷⁷. İş sahibinin, eserin bütünü dikkate alındığında, küçük ve tamamlanması kısa zamanda yapılabilecek bazı işlerin henüz tamamlanmadığı, eksik olduğundan bahisle eseri teslim almaktan kaçınması bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Tali ve önemsiz sayılabilecek işlerdeki eksiklik, eserin teslim edilmiş sayılmasına engel değildir²⁷⁸. İş sahibi bundan imtina ederse alacaklı temerrüdü hükümlerine gidilebilir²⁷⁹.

Teslimin önemli sonuçları vardır. Yüklenicinin ücret alacağı, teslimle birlikte muaccel hale gelecektir. Yine iş sahibinin eseri gözden geçirme ve varsa eserdeki ayıpları bildirme yükümlülüğü eserin teslimi ile başlayacaktır²⁸⁰. Aynı şekilde, iş sahibinin ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurması yönünden zamanaşımı süresi de eserin iş sahibine teslim edildiği tarihten işlemeye başlayacaktır²⁸¹.

²⁷⁴ UÇAR s. 108

²⁷⁵ ARAL/AYRANCI s. 394, EREN, Borçlar Özel s.622, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 490, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 454

²⁷⁶ ARAL/AYRANCI s. 394, BÜYÜKAY s. 80, KIRMIZI s. 476, UÇAR s. 112

²⁷⁷ ARAL/AYRANCI s. 394-395, EREN, Borçlar Özel s. 622-623, UÇAR s. 112-113, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 490, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 454

²⁷⁸ EREN, Borçlar Özel s.622, TANDOĞAN s. 126, TURANBOY s. 154-155, UÇAR s. 103

²⁷⁹ EREN, Borçlar Özel s.622, TURANBOY s. 154-155, UÇAR s. 103

²⁸⁰ ARAL/AYRANCI s. 394, EREN, Borçlar Özel s. 622, KURT s. 84, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 485

²⁸¹ ARAL/AYRANCI s. 394, EREN, Borçlar Özel s. 622, KURT s. 84, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 485, Y.15HD. 22.05.2019 T., 2018/457 E., 2019/2458 K. sayılı kararı özetle: "...dosya kapsamından sözleşme konusu işin yüklenici tarafından tamamlanarak 1995 yılı Ağustos ayında iş sahibine teslim edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre eserdeki eksik ve kusurlu işlerle ilgili alacaklar teslim ile muaccel-istenebilir hale geldiğinden zamanaşımı süresi 1995 yılı Ağustos ayı sonundan itibaren işlemeye başlamıştır."

Eserin türü ve niteliği teslimin gerçekleştirilme şeklini belirler. Bu çerçevede eserin tesliminin nasıl gerçekleştiği taşınır eserler, bağımsız maddi varlığı bulunmayan eserler, taşınmaz eserler ve fikri eserler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir²⁸².

Taşınır eserlerde eseri teslim borcu, yüklenicinin eseri iş sahibinin hakimiyet alanına maddi olarak geçirmesi, iş sahibinin doğrudan doğruya zilyet kılması ile yerine getirilir²⁸³. Taşınır eserlerde, eseri yüklenicinin hâkimiyet alanında meydana getirilebileceği gibi, iş sahibinin hâkimiyet alanında da meydana getirilebilir²⁸⁴. Eser sözleşmesinin konusunun, yüklenicinin taşınır bir eseri kendi malzemesi ile meydana getirmesi olduğu durumlara teslim, bu eserin tamamlandıktan sonra mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi şeklinde gerçekleşecektir. Eserin yapımında kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından temin edildiği taşınır bir eserin meydana getirilmesine yönelik sözleşmelerde ise, yüklenici esere malik olmadığından mülkiyeti iş sahibine geçirmesi söz konusu olmaz. Burada teslim, iş sahibinin yüklenici tarafından taşınır esere zilyet kılması ile gerçekleşir. Meydana getirilen eserin mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi hususunda anlaşarak zilyetliğin iş sahibine devri yoluyla olur²⁸⁵.

Bağımsız maddi varlığı bulunmayan tamir, boyama gibi bir eserin onarılması ve değiştirilmesi istenen eserlerde, bu çalışmalar iş sahibinin hakimiyet alanında gerçekleştiği takdirde, teknik anlamda bir teslimden söz edilemeyecektir. Bu durumda yüklenici iş sahibine eseri tamamlandığını açık veya örtülü şekilde bildirdiğinde, bu durum teslim anlamını taşıyacaktı²⁸⁶. İş sahibinin bir taşınırı onarılması veya değişiklik yapılması için yükleniciye bıraktığı yani eseri yüklenicinin hakimiyet alanında bulunduğu durumlarda ise, teslim, yüklenicinin çalışmasını tamamladıktan sonra, taşınırı iade etmesi, iş sahibinin zilyetliğine devretmesi ile gerçekleşir²⁸⁷.

Taşınmaz eserlerin teslimi, eserin iş sahibinin mi, yoksa yüklenicinin arsasında mı meydana getirildiğine göre farklılar gösterir. Taşınmaz, iş sahibinin arsasında meydana getirilirse, teslim, yüklenicinin eseri tamamladığını açıkça veya örtülü olarak

²⁸² KURT s. 80

²⁸³ ARAL/AYRANCI s. 393, BÜYÜKAY s. 79, EREN, Borçlar Özel s. 623, ÖZ, Dönme s. 166, KURT s. 80, TURANBOY s. 154, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 487

²⁸⁴ UÇAR s. 103

²⁸⁵ KIRMIZI s. 472, KURT s. 80, ÖZ. Dönme s. 166

²⁸⁶ KURT s. 81, ŞENOCAK s. 85

²⁸⁷ ALTAŞ, Telef Olma, s. 83, EREN, Borçlar Özel s. 623, KURT s. 82, ÖZ. Dönme s. 168, ŞENOCAK s. 82

iş sahibine veya yetkili temsilcisine bildirmesiyle gerçekleşir²⁸⁸. Ancak yüklenici, iş sahibinin yapıyı kullanması veya yapı üzerinde tasarruf etmesini engelleyen unsurları ortadan kaldırmadıkça, eseri tamamladığını iş sahibine bildirmesine rağmen, eseri teslim borcunu ifa ettiği kabul görmeyecektir²⁸⁹. Örneğin inşaatın iskelelerinin sökülmediği, arsaya yığılan demir, kum, vb. inşaat malzemelerinin toplanmadığı durumlarda, iş sahibi yapıyı sınırlı şekilde kullanabileceğinden, eseri teslim borcunu ifa etmiş olmaz²⁹⁰. Yüklenicinin kendi mülkiyetindeki bir arazi üzerinde yapacağı yapının mevcut eser(inşaat) sözleşmesi kapsamında teslimi ise, ilgili arsanın veya arsa payının mülkiyetinin tapuda tescil yoluyla iş sahibine nakledilmesi ve aynı zamanda yapı üzerindeki fiili zilyetliğin devri ile gerçekleşir²⁹¹.

Fikri bir eser, maddi bir şey üzerinde somutlaştırılmışsa, eserin somutlaştığı biçimlendiği şeyin mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi yönünde anlaşmak suretiyle elden teslim ya da iş sahibinin yetkili temsilcisine teslimi yoluyla gerçekleşecektir²⁹². Örneğin bir bilgisayar yazılımının kaydedildiği CD'nin iş sahibine teslim edilmesi ile fikri eser teslim edilmiş olacaktır²⁹³. Buna karşılık, cismani bir şey üzerinde somutlaştırılmamış fikri eserlerin teslimi söz konusu olmayacağından, iş sahibi, fikri bir eserin meydana getirilmesi tamamlandığında, iş görme sonucunu elde etmiş olur. Bir konserin icrası tamamlandığında, iş sahibi yüklenici tarafından taahhüt edilmiş sonucu elde etmiş olur²⁹⁴.

3.2.1.3. Ayıp İş Sahibinden Kaynaklanmamış Olmalıdır

3.2.1.3.1. Genel Olarak

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu olması için, eserdeki ayıp iş sahibine yüklenememelidir²⁹⁵. Bu husus 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.*" denilmek suretiyle hükme bağlanmıştır.

²⁸⁸ BÜYÜKAY s. 79, KURT s. 82,

²⁸⁹ KURT s. 82, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 137, UÇAR s. 110

²⁹⁰ KURT s. 82, UÇAR s. 110

²⁹¹ GÜMÜŞ s. 33, KURT s. 83

²⁹² BÜYÜKAY s. 79, GÜMÜŞ s. 33, UÇAR s. 105, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 488

²⁹³ KURT s. 84

²⁹⁴ KURT s. 84

²⁹⁵ ARAL/AYRANCI s. 400, EREN, Borçlar Özel s. 635, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 522

Satış sözleşmesinde mevcut olmayan TBK m. 476 hükmü, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecinde aktif bir role sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Çünkü eser sözleşmesinde, kural olarak meydana getirilmesi istenen eserin plan ve projeleri temin eden, talimat veren ve bazen malzemeleri sağlayan iş sahibidir. Buna göre iş sahibinin eserin meydana gelmesinde aktif rol oynadığı düşüncesine dayanıldığında, eserdeki ayıp iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanıyorsa, yüklenici sorumlu tutulmamalıdır²⁹⁶.

TBK m. 476'ya göre, eserdeki ayıba iş sahibinin kusuru neden olmuşsa, ayıptan doğan haklar tamamen veya kısmen ortadan kalkacaktır zira burada iş sahibinin “*ortak kusuru*” söz konusudur. TBK m. 476, TBK m.52/I'in özel bir uygulamasıdır. İş sahibinin kusuruyla eserdeki ayıp arasında bir illiyet bağı varsa, ayıp iş sahibinin ortak kusurundan kaynaklanıyorsa, bu durum iş sahibinin tazminat isteme hakkını etkileyeceği gibi, ayıptan doğan diğer haklarını da direkt etkileyecektir²⁹⁷

3.2.1.3.2. Şartları

3.2.1.3.2.1 Ayıp, İş Sahibinin Talimatından veya İş Sahibine Yüklenebilecek Bir Sebepden Kaynaklanmalıdır

Ayıp iş sahibinin bir talimatından veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanmalıdır. İş sahibi, eserin yapılış şekli, yapılacak işlerin sırası, eserde kullanılmasını istediği malzeme gibi çeşitli hususlarda iş yükleniciye talimatlar verebilir²⁹⁸. Talimattan anlaşılması gereken, iş sahibinin eser sözleşmesi çerçevesinde eserin yapımına yönelik yükleniciye verdiği her türlü bağlayıcı emir ve direktiftir. Bu talimat, yüklenici için emredici ve bağlayıcı nitelikte olmalıdır²⁹⁹. İş sahibinin yükleniciye verdiği talimat, yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Keza talimatı iş sahibi bizzat kendisi ya da yetkili bir yardımcı kanalıyla verebilir³⁰⁰.

İş sahibinin eserin meydana getiriliş şekli ile ilgili olarak bağlayıcı olmayan teklif, öneri ve tavsiye niteliğindeki bildirimler talimat olarak değerlendirilemez³⁰¹. İş sahibinin verdiği talimat, eserdeki çalışmaların yürütülmesine, usul ve yöntemine veya

²⁹⁶ ARAL/AYRANCI s. 400-401

²⁹⁷ ARAL/AYRANCI s. 401, EREN, Borçlar Özel s. 635, TANDOĞAN s. 209

²⁹⁸ TANDOĞAN s. 210

²⁹⁹ EREN, Borçlar Özel s. 635-636

³⁰⁰ ARAL/AYRANCI s. 401, EREN, Borçlar Özel s. 636, TANDOĞAN s. 210

³⁰¹ ARAL/AYRANCI s. 401, BÜYÜKAY s. 125, GÜMÜŞ s. 61, EREN, Borçlar Özel s. 636, ŞENOCAK s. 137, TANDOĞAN s. 210

eserin yapımında kullanılmasını istediği malzemeye ilişkin olmalıdır. İş sahibi, işin alt yükleniciye verilmesi hususunda da yükleniciye talimat verebilir. Ancak böyle bir durumda yüklenici, alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi yönünden yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığı hususunda iş sahibini uyarılmış, iş sahibi talimatında ısrar etmişse, yüklenici alt yüklenicinin sebep olduğu ayıptan sorumlu tutulamaz. Burada önemli olan yüklenicinin uyarıda bulunmuş olmasıdır³⁰².

İş sahibi, talimatlarını genellikle sözleşmenin kurulmasından sonra eserin yapım aşamasında verir. Ancak, talimatların sözleşme metni içerisinde veya daha önce hazırlanan ihale şartnamesinde yer alması da mümkündür³⁰³. Bu durumda yüklenicinin hiçbir sorumluluğunun doğmayacağı hususu kabul edilmeden önce, yüklenicinin mesleki birikim ve tecrübesinin gerektirdiği özen borcunun bulunup bulunmadığı hususun tespiti gerekir. Buna göre, yalnızca taraflar arasında yapılan bir sözleşme hükmü ve bu hüküm gereğince uygulanacak bir talimatın mevcut olduğu gerekçesiyle yükleniciyi sorumluluk dışında bırakmak doğru olmayacaktır³⁰⁴. Buna göre, tarafların işin görülmesine ilişkin olarak sözleşmeyle yaptığı her anlaşma, TBK m. 476 anlamında talimat olarak değerlendirilmemelidir³⁰⁵. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, sözleşme eki ve teknik resimlerde karşılaştırılan şekilde imalatın yapılması halinde iş sahibi zarara ve üretim kaybına uğrayacaksa, işinin ehli olan yüklenicinin bu hususta iş sahibini uyararak yükümlü olduğuna hükmetmiştir.³⁰⁶

³⁰² ŞENOCAK s. 138, EREN, Borçlar Özel s. 636, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 473

³⁰³ BÜYÜKAY s. 125, ŞAHİNİZ s. 126, ŞENOCAK s. 137, TANDOĞAN s. 210

³⁰⁴ BÜYÜKAY s. 125

³⁰⁵ BÜYÜKAY s. 125, ŞAHİNİZ s. 126, ŞENOCAK s. 137

³⁰⁶ Y.15HD., 29.09.2020 T., 2020/865 E., 2020/2608 K. Sayılı kararı özetle: “...Davalı yüklenici işinin ehli olup basiretli bir tacir olarak sözleşme ve eki teknik resimlerde tırnak derinliği olması gerekenden fazla gösterilmiş ise özen borcu gereği sözleşme ve teknik resme uyularak imalat yapılması halinde çekiçlerin kırılıp iş sahibine zarar vereceği ve üretim kaybına uğranacağını bilmesi gerektiğinden, sözleşme ve teknik resimde belirtilen derinlikte imalat yapılması halinde oluşacak sonuçlar konusunda davacı iş sahibini uyararak zorundadır. Dosya kapsamında davacı yüklenicinin bu şekilde ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiği ileri sürülüp ispatlanmamıştır. Mahkemenin yüklenici tarafından eserin iş sahibine tesliminden sonra iş sahibinin çekiçlerdeki tırnak derinliklerini artırmadığı bir kısım tırnak derinliklerini düzelterek kullandığı kabul ve gerekçesine karşı tarafların bir itiraz ve temyizi de bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, öncelikle davacı iş sahibine hakim davayı aydınlatma ödevi kapsamında, talep ettiği 150.000,00 TL maddi zararından, hangi zarar kalemi için ne miktarda talepte bulunduğu hususunda, açıklama dilekçesi vermek üzere süre verilip gerekli açıklama yapıldıktan sonra, davalı yüklenici teknik resimdeki derinlikle yapılması halinde eserin gereği gibi meydana getirilmesini tehlikeye düşüreceği ve iş sahibinin eserden beklediği yararı sağlamayacağını iş sahibine bildirmemesi nedeniyle, BK 356-357 ve dava tarihinden sonra yürürlüğe giren TBK 471 ve 472 maddeleri gereğince bundan doğan zararlardan sorumlu olacağından, mahkemece davacının bu nedenle uğradığı

TBK m.476'ya göre, iş sahibinin yükleniciye verdiği talimat yanında iş sahibine yüklenebilecek diğer herhangi bir sebep de eserdeki ayıbın nedeni olabilir. Burada iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebebe çok farklı şekilde rastlanabilir. Buna göre her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeli, “iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebep” somut olaya göre tespit edilmelidir³⁰⁷. İş sahibi tarafından eserin yapımından kullanılacak malzemenin veya arsanın eserin ayıplı olması sonucunu doğurması, iş sahibine yüklenecek herhangi bir sebep olarak değerlendirilebilir³⁰⁸. Ancak bu gibi durumlarda yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için TBK m.472/II ve III'e uygun olarak iş sahibine, malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunu bildirmiş, bu hususta ona açıklayıcı ve yeterli bir uyarıda bulunmuş olması gerekir³⁰⁹. Ayrıca, eserdeki ayıbın göze çarpacak derecede açık olması veya yüklenici tarafından olağan bir inceleme sonunda anlaşılabilir nitelikte olması hallerinde ayıbı bilmediği için bildirimde bulunmayan yüklenici, doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır³¹⁰.

İş sahibinin kendi eylemlerinin yanında TBK m. 116 uyarınca yardımcılarının eylemleri de iş sahibine yüklenir. Bu yardımcıları iş sahibinin vasıfsız yardımcılarını olabileceği gibi, iş sahibinin inşaatta görevlendirdiği mimar ve mühendis de olabilir.³¹¹.

Eserin ayıplı olmasının iş sahibinin talimatından veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklandığı ve iş sahibinin bu hususta uyarıldığının ispatı, sorumluluğun ve kusurun kendisinde olmadığını iddia eden yükleniciye düşer³¹².

3.2.1.3.2.2 Yüklenici Aydınlatma ve Uyarma Borcunu Yerine Getirmelidir

Yüklenici, iş sahibinin verdiği talimatlarına karşı aydınlatma ve özellikle bu talimatından yanlışlığı hususunda uyarma borcunu yerine getirmeli, ancak bu uyarıya

zarar ve miktarı konusunda, uzman teknik bilirkişiden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, davacının vereceği açıklama dilekçesindeki talep ve açıklamaları da dikkate alınıp, değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, davacı yüklenicinin işinin ehli ve basiretli bir tacir olarak genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği gözden kaçırılarak, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”, Sinerji Mevzuat

³⁰⁷ ÖZ, Dönme s. 111

³⁰⁸ BÜYÜKAY s. 128, EREN, Borçlar Özel s. 636

³⁰⁹ ARAL/AYRANCI s. 401, EREN, Borçlar Özel s. 636

³¹⁰ ARAL/AYRANCI s. 401-402

³¹¹ EREN, Borçlar Özel s. 636, GÜMÜŞ s. 61

³¹² KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 473

rağmen iş sahibi verdiği talimatın uygulanması yönünde ısrar etmelidir. TBK m. 476 hükmü ile yükleniciye yükletilen bu aydınlatma ve uyarı ödevi, TBK m. 471'deki özen yükümlülüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir³¹³. Yargıtay da bu özen yükümlülüğü doğrultusunda işinin ehli yüklenicinin iş sahibini uyarmakla yükümlü olduğunu, proje hatalarına ilişkin iş sahibine uyarı yapmayan yüklenicinin ayıptan doğan zararın oluşmasında tam kusurlu olduğuna hükmetmiştir³¹⁴.

Yüklenicinin aydınlatma ve uyarı ödevini yerine getirmiş sayılması için, aldığı talimatın yanlışlığı ve elverişsizliği hakkında içerik olarak iş sahibini yeterli ölçüde aydınlatıp, uyarması gerekir. Buna göre genel bir eleştiri veya aydınlatma yeterli değildir, yüklenici, özellikle iş sahibinin verdiği talimata ilgili şüphe ve endişelerine neden olan olayları ayrıntılı biçimde anlatmalıdır³¹⁵. Uyarının içeriği, iş sahibinin verdiği talimatın yanlış veya tutarsız olduğu, bu talimatlara uyulması halinde eserin ayıplı olabileceğini ve bu ayıptan doğan zararları kabul etmeyeceğini, ilgili talimatın değiştirilmesine veya geri alınmasına ve doğru şekilde düzeltilmesine yönelik şüpheden uzak açıklayıcı olmalıdır³¹⁶. Yüklenicinin iş sahibinin talimatının uygulanmasından ısrar ederse sorumluluk kabul etmeyeceğini belirtmesine gerek yoktur³¹⁷.

³¹³ EREN, Borçlar Özel s. 637, GÜMÜŞ s. 19

³¹⁴ Y.15HD., 10.10.2019 T., 2019/2734 E., 2019/3887 K. Sayılı kararı: “...Eser sözleşmelerinde; yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici, iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Yüklenici genel özen ve sadakat yükümünün gereği olarak kendisine teslim edilen malzemeyi muayene etmeli, eserin meydana gelmesine elverişli bulunmadığını öğrenir öğrenmez iş sahibine bildirmeli ve onun talimatına uygun şekilde hareket etmelidir. Sözleşmeyi imzalayan davalı yüklenici işinin ehli olup, kendisinden basiretli bir tacir gibi davranması beklenir. Somut olayda mahkemece hükme esas alınan raporda davacı iş sahibi idare ile dava dışı proje müellifi şirket de yüklenici ile birlikte kusurlu bulunmuştur. Oysa davalı yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği işi fen, sanat ve tekniğine uygun olarak yapma yükümlülüğü kapsamında proje hataları da dahil olmak üzere iş sahibi idareyi uyarıma yükümlülüğü vardır. Dosya kapsamında yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünü ve uyarı görevini yerine getirdiğine ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı gibi, davalı tarafça da proje hatalarıyla ilgili iş sahibine uyarının yapıldığı kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece kusurun tamamının yüklenicide olduğunun kabulü ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekir iken, kısmen kabulü doğru olmamış, açıklanan nedenlerle hükmün bozulması uygun bulunmuştur.”, Sinerji Mevzuat

³¹⁵ EREN, Borçlar Özel s. 637, ŞENOCAK s. 140-141

³¹⁶ ARAL/AYRANCI s. 402, EREN, Borçlar Özel s. 637, ŞAHİNİZ s. 127, ŞENOCAK s. 140, TANDOĞAN s. 211

³¹⁷ TANDOĞAN s. 211

Uyarı, bizzat yüklenici veya yüklenicinin yetkili yardımcısı tarafından iş sahibine yapılabileceği gibi, iş sahibinin yetkili yardımcılara da yapılabilir³¹⁸. Uyarı iş sahibinin yetkili temsilcisinin bir yanlış talimatı yüzünden yapılmış, ancak bu uyarı yetkili temsilci tarafından dikkate alınmamışsa, yüklenici özen borcunun gereği olarak bir kez de iş sahibini uyarmalıdır³¹⁹. İş sahibinin yetkili olmayan yardımcısına yapılan uyarı yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır³²⁰. Yüklenici, iş sahibini uyardıktan sonra, iş sahibinin talimatın uygulanmasında ısrar edip etmeyeceğinin anlaşılması için talimatı uygulamaya geçmeden önce uygun bir süre beklemelidir³²¹. Uyarı, yazılı şekilde yapılabileceği gibi, taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça sözlü şekilde de yapılabilir³²².

TBK m.476'nın lafzından, yüklenicinin iş sahibinin verdiği her talimata karşı iş sahibini aydınlatma ve uyarmayla yükümlü olduğu gibi bir sonuç çıkartılıyorsa da, yüklenicinin bu türden bir genel uyarı yükümlülüğü yoktur. Yüklenicinin aydınlatma ve uyarma yükümlülüğü, genel özen yükümlülüğünün bir sonucudur. Yüklenicinin uyarma ve aydınlatma yükümlülüğü, ancak iş sahibinin verdiği talimatının işin görülmesi için uygun olmadığını bildiği ya da bilmesinin gerektiği durumlarda söz konusu olur. Talimattaki yanlışlığın açık olduğu, diğer bir ifadeyle işinde uzman ve belli bir tecrübeye, bilgi birikime sahip ortalama bir yüklenicinin bu yanlışlığı tespit edebileceği durumlarda yüklenicinin, iş sahibinin bu talimatının elverişsizliğini bilmesi gerektiği kabul edilir. Yüklenicinin talimatın elverişsizliğini bilmesinin gerekip gerekmediği bu husus dışında, yüklenicinin iş sahibinin verdiği talimatın uygunluğunu tetkik etmek durumunda olup olmadığına veya böyle bir tetkikin ne dereceye kadar zorunlu olduğuna bağlıdır. Eğer iş sahibi yapılacak işin uzmanı değilse yüklenicinin talimatından elverişli olup olmadığını tetkik etmelidir. Buna karşın, iş sahibi yapılacak iş konusunda bir uzmanlığa sahipse, yüklenici aldığı talimatın doğru olduğu varsayımından çalışmasını bu talimata uygun şekilde yapmaya hakkı vardır. Böylece yüklenici, iş sahibinin uzmanı olduğu işle ilgili aldığı talimatı uygulaması sonucunda ortaya çıkan ayıplardan sorumlu tutulamayacaktır³²³.

³¹⁸ EREN, Borçlar Özel s. 637, ŞAHİNİZ s. 127, ŞENOCAK s. 141

³¹⁹ TANDOĞAN s. 211

³²⁰ ŞAHİNİZ s. 127, ŞENOCAK s. 141, TANDOĞAN s. 211

³²¹ GÜMÜŞ s. 20, ŞAHİNİZ s. 128, ŞENOCAK s. 141

³²² ŞAHİNİZ s. 127, ŞENOCAK s. 141

³²³ ŞENOCAK s. 138-139

Doktrinde, yüklenici, iş sahibine, talimatların yanlış olduğu, bu talimatların uygulanması sonucunda eserin ayıplı olacağı hususunda bir uyarıda bulunmuş olmamasına rağmen, böyle bir uyarıda bulunmuş olsa dahi, iş sahibinin yanlış talimatının uygulanmasını ısrarla isteyeceği ve sonuçta eserin ayıplı olacağını ispat etmesi halinde ayıp sorumluluğundan kurtulma imkanı tanınmaktadır. Örneğin, iş sahibinin de uzman olması ve verdiği talimatların tekniğe(uzmanlığa) uymaması halinde durum böyledir³²⁴. Özellikle iş sahibi, danışmanı ya da iş sahibinin temsilcisi verdikleri talimatlar yönünden gerekli uzmanlığa sahip olup, talimatların doğruluğunu denetleyecek ve eserde olması muhtemel bir ayıbı görebilecek durumdaysalar, yüklenici de verilen talimatın yanlışlığını bilmediği gibi, bilmesi de beklenemeyecek bir durum varsa, böyle bir sorumsuzluk kabul edilmelidir. Buna karşılık, yüklenici talimatın yanlışlığını biliyor veya bilecek durumda bulunuyorsa, iş sahibinin yanlış talimatı artık ayıbın tek sebebinin oluşturmadığı için, yüklenicinin TBK m.476 uyarınca sorumluluktan tamamen kurtulması söz konusu olmaz³²⁵.

3.2.1.3.2.3 Eserdeki Ayıp İle İş Sahibinin Talimatı veya Kişisel Kusuru Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

Eserdeki ayıp, iş sahibinin yükleniciye verdiği talimattan veya iş sahibine yüklenebilecek diğer bir hukuki sebepten kaynaklanmalıdır. Ayıbın meydana gelmesinde iş sahibinin talimat veya kusurunun ortak sebep olarak belirli bir role sahip olması yeterli değildir. Uygun illiyet bağından anlaşılması gereken, iş sahibinin talimatı yahut ona yüklenebilen sebebin, eserdeki ayıbın meydana gelmesinin tek sebebi olmasıdır. Bu şartın gerçekleşmesi için iş sahibinin kanundan veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi de şart değildir³²⁶.

İş sahibinin yükleniciyi eserin meydana getirilmesi konusunda denetleme yükümlülüğü değil, uyum ve düzen sağlama yükümlülüğü vardır. Bu nedenle, Eserdeki ayıp, iş sahibinin yükleniciyi denetlememesinden meydana gelse bile, iş sahibinin kusurundan söz edilemeyecektir.³²⁷

³²⁴ EREN, Borçlar Özel s. 638

³²⁵ ARAL/AYRANCI s. 402, EREN, Borçlar Özel s. 638

³²⁶ ARAL/AYRANCI s. 402, EREN, Borçlar Özel s. 638

³²⁷ ARAL/AYRANCI s. 403, EREN, Borçlar Özel s. 638

3.2.1.3.3 Hüküm ve Sonuçları

TBK m. 476'ya göre, eserdeki ayıp, yüklenicinin uyarısına rağmen iş sahibinin ısrarla uygulanmasını talep ettiği talimatından doğmuş veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilir ise, iş sahibi yüklenicinin ayıptan sorumlu olduğunu ileri süremeyecek ve ayıptan doğan sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve ayıbının giderilmesini isteme hakları, kendiliğinden, bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın ortadan kalkacaktır. Ayıbı takip eden zararın tazminini isteme hakkı yönünden de durum aynıdır³²⁸. Bu durumda bir sebep sorumluluğu söz konusudur. Eserde mevcut olan ayıp, iş sahibinin şahsi kusurundan ileri gelmekte ve ayıbın tek sebebi ise, iş sahibi artık bu hakları kullanamayacaktır³²⁹.

Eğer iş sahibinin kusuru veya iş sahibine yüklenilebilecek herhangi bir durum, ayıbın doğmasında tek sebep değil de ortak sebeplerinden birisi ise iş sahibi, yükleniciye karşı ayıptan doğan haklarının tamamını kaybetmez; böyle bir halde TBK. m.476 uygulanmaz, ancak TBK m.114 vasıtasıyla TBK m.52 uygulanır ve yüklenici ayıp dolayısıyla kısmen sorumlu olur. Bu halde iş sahibince istenen tazminata, hem de ayıp karşısında kullandığı TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklara indirim uygulanmalıdır³³⁰. Örneğin, bedelden indirim istenmişse bedelden daha az bir indirim yapılmalıdır. Eserdeki ayıbın giderilmesi istenmişse, iş sahibi onarımın masraflarının bir kısmına katılmalıdır. Buna karşılık eğer iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, tasfiye ilişkisi belirlenirken, iş sahibinin yükleniciye ödemiş olduğu bedelin bir kısmının yüklenicide kalmasına, yani iş sahibine iadesi gereken bedelden uygun bir indirim yapılmasına karar verilmelidir³³¹. Bunlarla birlikte, indirimin ne ölçüde yapılması gerektiği ise hakimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur³³².

Eserdeki ayıbın iş sahibin uygulanmasında ısrar ettiği talimatından veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten meydana geldiği hususundaki ispat yükü yükleniciye aittir³³³.

³²⁸ EREN, Borçlar Özel s. 639, ŞAHİNİZ s. 134-135, ŞENOCAK s. 144-145,

³²⁹ EREN, Borçlar Özel s. 639

³³⁰ EREN, Borçlar Özel s. 635-636, ŞAHİNİZ s. 135

³³¹ ŞAHİNİZ s. 133-134, ŞENOCAK s. 145-146

³³² ŞENOCAK s. 146

³³³ ŞAHİNİZ s. 135, ŞENOCAK s. 144

3.2.1.4. İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır

Bu husus TBK m. 477/I'de hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur”. Öncelikle, eserin kabulünden bahsedebilmek için, yüklenicinin tamamladığı eseri iş sahibine teslim etmesi ya da tamamlanmamış bir eser teslim edilse bile iş sahibinin haklarını saklı tutmadan eseri kabul etmesi gerekir³³⁴.

İş sahibi teslim edilen eseri açık veya örtülü olarak kabul ederse, yüklenici eserdeki ayıbın sorumluluğundan kurtulur³³⁵. Ancak TBK m. 477/I'e göre, iş sahibi ayıplı eseri kabul etmiş olsa bile, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ve usulüne göre yapılacak bir muayene sırasında fark edilmeyecek ayıplar(gizli ayıplar) için sorumluluğu devam eder³³⁶. Eserin kabulü, hukuki niteliği itibariyle bir irade beyanıdır. Bu beyanla iş sahibi, teslimi yapılan eserin sözleşmeye uygun olduğunu yani eserde bir ayıbın mevcut olmadığını yükleniciye bildirmiş olur³³⁷. Kabul beyanı yüklenici tarafından öğrenildikten sonra geri alınamaz³³⁸. Ancak iş sahibinin iradesini sakatlayan sebeplerden biri mevcutsa bu kabul beyanının iptali ve sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkündür³³⁹.

Kabul beyanı koşula bağlı yapılabilir³⁴⁰. Örneğin eserdeki ayıbın artma ihtimali varsa, bu ayıbın belli noktaya ulaşmaması şartıyla bu eser kabul edilebilir³⁴¹.

Eserin kabulünün geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, kabul açık olabileceği gibi, örtülü de yapılabilir. Hatta kabul irade faaliyetiyle de gerçekleşebilir. Açık kabul, iş sahibi veya yetkili temsilcisinin irade faaliyetiyle de gerçekleşebilir³⁴². İş sahibi eserin açıkça kabulünü, “*Teslim edilen eserin ayıpsız olduğunu kabul ediyorum*” veya “*Ayıpsız teslim edilen eser sonucunda yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu yoktur*” gibi benzer ifadeler içeren beyanlarla yapabilir³⁴³. Açık kabulde, iş sahibi veya yetkili temsilcisi irade beyanını doğrudan doğruya yükleniciye yöneltir.

³³⁴ EREN, Borçlar Özel s. 640, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 523

³³⁵ BÜYÜKAY s. 115, , ŞAHİNİZ s. 123, ÖZ, Dönme s. 119

³³⁶ ARAL/AYRANCI s. 403, BÜYÜKAY s. 115, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 465, ŞAHİNİZ s. 124, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 523

³³⁷ EREN, Borçlar Özel s. 640, GÜMÜŞ s. 60

³³⁸ BÜYÜKAY s. 116, GÜMÜŞ s. 60, ÖZ, Dönme s. 120

³³⁹ GÜMÜŞ s. 60, ÖZ, Dönme s. 120

³⁴⁰ BÜYÜKAY s. 116, GÜMÜŞ s. 60, ÖZ, Dönme s. 121

³⁴¹ ÖZ, Dönme s. 121

³⁴² EREN, Borçlar Özel s. 640

³⁴³ ŞAHİNİZ s. 124

İş sahibinin yetkilendirmediği ifa yardımcılarında olan mimar veya mühendisin işin yapımına ilişkin faturaları kabulü veya iş sahibine ödeme yazısı yazması, bunların bir kopyasının yükleniciye verilmiş olması eserin iş sahibi tarafından kabulü anlamına gelmeyecektir³⁴⁴. Bu durumun aksini yani eserin iş sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından kabul edildiğini yüklenici ispat etmelidir³⁴⁵.

Kabul, örtülü de olabilir³⁴⁶. Örtülü kabul, susma veya iradeyi gösteren bir davranışla olabilir. İş sahibinin ayıplı olduğunu bildiği bir eseri haklarını saklı tutmadan, ihtirazi kayıt koymadan teslim alması, örtülü kabul sayılır³⁴⁷. Örneğin, iş sahibinin yaptırmış olduğu ceketleri ayıplı olduklarını bildiği halde teslim alması ve bunlara ilişkin tüm faturaları ödemesi, ceketlerin örtülü olarak kabul edildiğine ve ayıptan doğan haklardan feragat edildiği anlamına gelir. Yine iş sahibinin eseri haklarını saklı tutmadan teslim alıp üzerinde fiili veya hukuki tasarrufta bulunduğu eserlerde de örtülü kabul vardır. Örneğin iş sahibi, teslim aldığı eseri kullanmış, üzerinde değişiklikler yapmış, bir başkasına satmış veya bağışlamış ise eseri örtülü olarak kabul etmiş sayılacaktır. Buna karşılık, iş sahibinin eseri kuvvet kullanarak zilyetliğine geçirmesi ya da teslim edilen faturalara itiraz etmemesi, örtülü kabul sayılmaz³⁴⁸.

Ayrıca TBK m. 477/II'ye göre, iş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri zımnen kabul etmiş sayılacaktır. Bu halde aksi ispat edilemeyen kesin bir karine söz konusudur³⁴⁹.

3.2.2. Şekli Şartlar

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutabilmesi için bazı şekli şartlar aranır. Bu şartlar, iş sahibinin eseri gözden geçirmesi ve varsa eserdeki ayıbı yükleniciye bildirilmesi külfetleriyle, hakkın zamanaşımı süresinde kullanılması ve taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının bulunmamasıdır³⁵⁰.

İş sahibinin eserin gözden geçirilmesi ve ayıbın yükleniciye bildirilmesi külfetleri, TBK m. 474/I'de açıklanmıştır. Ayrıca TBK m. 477'de de bu külfetlere yer

³⁴⁴ EREN, Borçlar Özel s. 640

³⁴⁵ BÜYÜKAY s. 117

³⁴⁶ ÖZ, Dönme s. 120

³⁴⁷ EREN, Borçlar Özel s. 640, ŞAHİNİZ s. 124

³⁴⁸ EREN, Borçlar Özel s. 640-641

³⁴⁹ BÜYÜKAY s. 115, EREN, Borçlar Özel s. 641, GÜMÜŞ s. 56, ŞAHİNİZ s. 124

³⁵⁰ EREN, Borçlar Özel s. 641

verilmiştir. İş sahibinin eseri gözden geçirmesi ve eserdeki ayıbı yükleniciye bildirilmesi yükümlülüğü hukuki niteliği itibarıyla külfettir³⁵¹. Dolayısıyla, iş sahibi bu külfetleri yerine getirmemesi durumunda yükleniciye karşı sorumluluğu olmaz. Yüklenici bu külfetler yerine getirilmediği için iş sahibini temerrüde düşüremez, bu sebeple, söz konusu külfetleri yerine getirmeyen iş sahibi, aynen ifa veya tazminata mahkum edilemez³⁵².

Eseri gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirmeyen iş sahibi eseri kabul etmiş sayılarak ayıptan doğan haklarını kaybeder³⁵³. Çünkü, “*külfet, bir şey yapmaya zorlamaz, fakat kaybettirir*”³⁵⁴. Bu söylenenlere uygun olarak TBK m. 477/II’de, teslim aldığı eseri gözden geçirmeyen ya da eserde mevcut olan ayıbı yükleniciye bildirmeyen iş sahibinin, eseri kabul etmiş sayılacağı ve yükleniciyi sorumlu tutamayacağını bildirmektedir³⁵⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri daha çok yükleniciyi koruma amaçlıdır. Çünkü iş sahibine yüklenen bu külfetler, yüklenicinin menfaatlerini koruması, kendini savunması ve iş sahibinin iddialarına karşı aksiyon alabilmesi için olabildiğince hızlı ve erken bir şekilde iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği hususunda bilgi sahibi olabilmesini sağlamakta, yüklenici bu bildirim itiraz edebilme imkanına kavuşmaktadır³⁵⁶. Doktrindeki bu görüşe karşı bir görüş ise, yüklenicinin ayıplı bir eser teslim etmesinin, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin zamanında yerine getirmemesinden daha haksız bir davranış teşkil ettiğini, bu külfetleri yerine getirmeyen iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kaybetmesinin ağır bir sonuç olduğunu, bu külfetlerin yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken iş sahibi lehine yorum yapılması gerektiği görüşündedir.³⁵⁷

³⁵¹ BÜYÜKAY s. 118, EREN, Borçlar Özel s. 641, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 466, ŞENOCAK s. 108, TURANBOY s. 164, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 458

³⁵² BÜYÜKAY s. 118, EREN, Borçlar Özel s. 642, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.466, KIRMIZI s. 200, TURANBOY s. 163, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 458

³⁵³ DAYINLARLI s. 54, EREN, Borçlar Özel s. 642, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.466, TURANBOY s. 163, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 458

³⁵⁴ EREN, Borçlar Özel s. 642

³⁵⁵ EREN, Borçlar Özel s. 642, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.466

³⁵⁶ EREN, Borçlar Özel s. 642, KIRMIZI s. 200, ŞENOCAK s. 108

³⁵⁷ ACUN s. 49, TANDOĞAN s. 168

3.2.2.1. İş Sahibinin Gözden Geçirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

TBK. m. 474/I-II, “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. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre iş sahibinin gözden geçirme külfetini yerine getirebilmesi için yüklenicinin her şeyden önce eseri tamamen bitirmiş olması ve eseri iş sahibine teslim etmesi gerekir³⁵⁸. Yüklenici, bir evin inşasını tamamlayıp anahtar teslimini taahhüt etmiş ve sonra inşaata ait çeşitli işleri bazı alt yüklenicilere yaptırmışsa, eseri gözden geçirme süresi, bu işlerin her biri için ayrı ayrı kısımlarının tamamlanmasından itibaren değil evin bütün işleri tamamlanıp teslim edilmesinden sonra başlayacaktır³⁵⁹.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamına giren yapı işlerinde yüklenicinin, iş sahibi idareye teslim ettiği eserin hangi aşamalarda nasıl kabul edileceğini Yapı İşleri Genel Şartnamesinin 42. ve 45. maddelerinde düzenlenmiştir. Şartname işin kabulü ile ilgili kurumun oluşturduğu komisyonlar tarafından yapılacağını, bu kapsamdaki yapım işlerinde eserin kabulünün iki aşamada oluşacağını, ilk aşamanın geçici kabul aşaması olduğunu kabul etmiştir. Meydana getirilen eser, işin bütünü itibariyle belli bir seviyeye geldiğinde, geçici kabul yapılabilir. Geçici kabulün yapılabilmesi için toplam iş miktarının toplam işin yüzde beşinden fazla olmaması gerekir. Bu halde, bu sınırlı kapsam ve miktarlardaki ayıplara rağmen işin geçici kabulü yapılır. Ayıplar bu kapsam ve miktarını üzerinde ise geçici kabul yapılmaz³⁶⁰.

Gözden geçirme külfeti, yüklenici tarafından tamamlanıp teslim edilen eserin, sözleşmede kararlaştırılan özellik ve nitelikleri taşıyıp taşımadığı, dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması gerekli vasıfların bulunup bulunmadığı hususunda iş sahibinin eseri araştırıp tespit edilmesidir³⁶¹. Gözden geçirmenin başlıca iki amacı vardır. Bunlardan ilki, eserin ayıplı olup olmadığını tespit etmek için incelenmesidir.

³⁵⁸ AKTÜRK YÜCER, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 s. 123, ARAL/AYRANCI s. 404, EREN, Borçlar Özel s. 42, GÜMÜŞ s. 56, TURANBOY s. 163

³⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 458

³⁶⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 467

³⁶¹ AKTÜRK YÜCER s. 42, EREN, Borçlar Özel s. 642, SELİÇİ s. 146, ŞENOCAK s. 116, UÇAR s. 139

İkinci amaç ise, eserdeki ayıbın somutlaştırılması ve iş sahibinin bildirim yükümlülüğüne ilişkin yapacağı bildirim içeriğinin doldurulmasıdır³⁶².

İş sahibi gözden geçirme külfetini yerine getirirken incelenecek eserin niteliği, türü, özellikleri ve önemine uygun bir özen göstermek zorundadır³⁶³. Doktrindeki bir görüş bu özenin, bu tür eserden anlayan, makul, orta zekada dürüst bir iş sahibinin göstereceği özen olması gerektiği görüşündedir³⁶⁴. Bu özen ölçüsünün tespitinin, iş sahibinin gözden geçirme külfetini yerine getirirken beklenen dikkati gösterip göstermediği noktasındadır. İş sahibinin eserle ilgili ortalama bir bilgiye sahip olması yeterlidir. Eserin kendisinden beklenen dikkat ile gözden geçirmiş iş sahibi, gözden geçirme külfetini özenle yerine getirmiş sayılır. Zira bu görüşe göre zaten yüklenici gözden geçirme ve bildirim külfetleriyle yeterince korunmaktadır. İş sahibinin bu külfetlerini daha da ağırlaştırarak yüklenicinin daha fazla korunması kabul edilmemelidir³⁶⁵. İş sahibinin uzman olması şart değildir³⁶⁶. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırılmamış veya teamül gerektirmedikçe, iş sahibi eserdeki incelemeyi bir uzmana veya bir bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir. Ancak, iş sahibi veya yüklenici, masrafları karşılamak kaydıyla eserin bir bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla tespitini isteyebilir³⁶⁷. Bu bilirkişinin her ne kadar kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da, mahkeme tarafından tayin edilmiş bir bilirkişi olması gerektiği ileri sürülmektedir³⁶⁸. Bilirkişinin raporu geç hazırlayıp vermesi, gözden geçirme külfetini zamanında yerine getirilmemiş olduğu iddiasına yol açmamalıdır, bu gecikme iş sahibine yüklenmemeli, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının düşmesine sebep olmamalıdır³⁶⁹. Ayrıca bilirkişinin tespit etmesi gerektiği halde tespit edemediği ayıplar yönünden de iş sahibinin hakları düşmemelidir³⁷⁰.

³⁶² AKTÜRK YÜCER s. 45

³⁶³ ARAL/AYRANCI s.404, EREN, Borçlar Özel s. 643

³⁶⁴ BÜYÜKAY s. 119, EREN, Borçlar Özel s. 643

³⁶⁵ AKTÜRK YÜCER s. 99

³⁶⁶ EREN, Borçlar Özel s. 643

³⁶⁷ ARAL/AYRANCI s.404, BÜYÜKAY s. 120, EREN, Borçlar Özel s. 643, GÜMÜŞ s. 57, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.467, KOSTAKOĞLU s. 449, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 143, TURANBOY s. 164, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 525

³⁶⁸ BÜYÜKAY s. 120, KIRMIZI s. 205, KOSTAKOĞLU s. 449, SELİÇİ s. 148, ÖZ, Dönme s. 115, TURANBOY s. 164, UÇAR s. 140, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 458

³⁶⁹ BÜYÜKAY s. 120, KIRMIZI s. 205, ÖZ, Dönme s. 115, SELİÇİ s. 149, TURANBOY s. 164, UÇAR s. 140

³⁷⁰ ÖZ, Dönme s. 115

TBK m. 474/I gereğince iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmeye başlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu iş sahibinin eserin gözden geçirmeye ne zaman başlayacağını ve gözden geçirmenin ne kadar süreceğini kesin ifadelerle belirtmemiştir³⁷¹. Doktrinde bir görüş burada kasıtlı susmanın olduğuna işaret ederek, somut olaya göre sürenin farklı tutulması gerekliliğinin doğabileceğinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğünün ileri sürmektedir³⁷². Bu halde, her olayda gözden geçirme süresi, gözden geçirmenin külfetinin ne zaman başlaması ne zaman sona ermesi gerektiği, iş hayatındaki teamüllere, yerel adetlere, sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiye, eserin önemi, çeşidi ve büyüklüğü esas alınarak belirlenecektir. O zaman iş sahibi, eserin teslim aldıktan sonra şartlara, eserin tür, önem ve miktarına göre gözden geçirmenin objektif olarak mümkün olduğu ve bunu iş sahibinden beklemenin dürüstlük kurallarına uygun düştüğü anda eseri gözden geçirmeye başlamalıdır³⁷³.

Gözden geçirme külfeti yukarıda açıklananlara göre eserin tesliminden daha sonraki bir zamana ertelenmesini gerekli kılabilir. Buna göre, teslim edilen eser belirli bir amaç için kullanılacak olup, eserin bu amaç doğrultusunda kullanılması ancak belirli bir zaman aralığında veya belirli hava şartlarında mümkünse muayenenin bu tarihlere ertelenmesi gecikme oluşturmaz³⁷⁴. Örneğin yazın teslim edilen taşınmazın(yapının) ısı yalıtım sisteminde bir eksiklik olup olmadığına ilişkin muayeneye ancak kış mevsiminde başlanabileceğinden³⁷⁵ ya da meydana getirilen klima sisteminde bir eksiklik olup olmadığına yönelik muayeneye ancak yaz mevsiminde başlanabileceğinden, gözden geçirmenin o mevsime kadar ertelenmesi gecikme sayılmaz³⁷⁶.

İş sahibi hastalık, kaza, tatil, işletme organizasyonundaki eksiklik gibi tamamen kendinden kaynaklanan sebeplerden dolayı eseri gözden geçirmeye başlamazsa TBK m. 475’de kendisine tanınan seçimlik hakları kullanamayacaktır³⁷⁷. Bu tür durumlarda, iş sahibinden eserin gözden geçirilmesi için üçüncü bir şahsı

³⁷¹ AKTÜRK YÜCER s. 121, EREN, Borçlar Özel s. 643, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.466

³⁷² ŞENOCAK s. 110, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.466, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 525

³⁷³ EREN, Borçlar Özel s. 643, GÜMÜŞ s. 56, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.467, ŞENOCAK s. 111

³⁷⁴ GÜMÜŞ s. 57, ŞENOCAK s. 111, TANDOĞAN s. 169, UÇAR s. 142

³⁷⁵ GÜMÜŞ s. 57

³⁷⁶ ŞAHİNİZ s. 111-112,

³⁷⁷ ŞAHİNİZ s. 112, ŞENOCAK s. 111

görevlendirmesi beklenir. Buna karşılık, teknik aksaklıklar, genel tatil günleri, su baskını ya da grev gibi iş sahibinin şahsından kaynaklanmayan bir nedenle iş sahibinin eseri gözden geçirmeye başlayamaması, iş sahibinin gözden geçirme külfetini yerine getirmede geciktiği anlamına gelmeyecektir. Ayrıca, yüklenicinin kusuru sebebiyle eserin gözden geçirilmesinde yaşanan gecikmelerden de dürüstlük kuralı uyarınca iş sahibi sorumlu tutulamaz³⁷⁸.

İşlerin olağan gidişine göre incelemenin yapılabileceği süre, eser sözleşmesine katılan, tacir olsun veya olmasın, kişiler arasında mevcut olan teamüle dayanarak tespit edilir. İncelenecek eserin niteliği ve özellikleri göz önünde tutularak, makul ve özenli bir inceleme için gerekli bir sürenin iş sahibine tanınması gerekir³⁷⁹. Örneğin teslim edilen eser, kolaylıkla bozulabilir nitelikte ise veya fiyatı kurdan kaynaklı önemli dalgalanmalara tabi olan bir mal ise, muayene süresi de bununla bağlantılı olarak kısa tutulmalıdır³⁸⁰.

Gözden geçirme süresinin tespitinde mümkün olduğu kadar geniş davranılması gerekir; özellikle iş sahibinin tacir olmadığı veya yeterli deneyime sahip olmadığı durumlarda böyle bir tolerans gösterilmesi gerekir³⁸¹. Muayene süresi yönünden bir teamül veya iş çevrelerinde yaygın bir uygulama olmadığı duruda ise, sadece “*imkan bulur bulmaz*” unsuruna dayanmak yeterli olacaktır. Bunun için, somut olayın koşullarına göre normal bir iş sahibinin bu eserin muayenesini özenle yapması için ne kadar süreye ihtiyaç duyacağına bakılmalıdır³⁸².

TBK. m. 471/I’de eserin gözden geçirileceği yer belirlenmemiştir. Bu durumda taraflar eserin gözden geçirme yerini sözleşmede açık veya örtülü olarak belirleyebilir³⁸³. Taraflar sözleşmede böyle bir yer kararlaştırılmamışsa, gözden geçirme yeri, kural olarak iş sahibinin tasarruf güç ve yetkisini kullanabileceği yer, yani eserin teslim edileceği yerdir³⁸⁴. TBK.’nın genel hükümlerine göre belirlenir. Bu hususta genel hüküm TBK. m. 89’dur. Aksine sözleşme yoksa eserin teslim edildiği yerdir³⁸⁵. Somut olayın özellikleri de, eserin gözden geçirilmesinin teslim alınan eserin

³⁷⁸ DUMAN s. 762, ŞENOCAK s. 111-112

³⁷⁹ ŞENOCAK 112, UÇAR s. 143

³⁸⁰ AKTÜRK YÜCER s. 133, ŞENOCAK s. 112

³⁸¹ ARAL/AYRANCI s. 404, ŞENOCAK s. 112

³⁸² UÇAR s. 144

³⁸³ AKTÜRK YÜCER s. 145, ŞENOCAK s. 113

³⁸⁴ AKTÜRK YÜCER s. 145, EREN, Borçlar Özel s. 644, ŞAHİNİZ s. 112

³⁸⁵ EREN, Borçlar Özel s. 644

teslim edilen yerde başka bir yerde, yapılmasını haklı gösterebilir. Özellikle, eserin muayenesi için gerekli olan alet, araç, makine vb. teknik imkanlara iş sahibinin sahip olmaması ya da muayenenin eserin teslim alındığı yerde yapılmasının mümkün olmaması gibi bir nedenle, iş sahibi muayeneyi başka bir yerde yapabilir³⁸⁶.

3.2.2.2. İş Sahibinin Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

TBK. m. 474/I'e göre iş sahibi, eseri gözden geçirdikten ve inceledikten sonra eserdeki ayıpları yükleniciye bildirmek, ihbar etmek zorundadır. Ayıbı bildirmenin bir külfet olduğunu bahsetmiştik. Dolayısıyla, iş sahibi eseri gözden geçirdikten sonra eserde tespit ettiği ayıbı yükleniciye bildirmezse, eseri ayıplı haliyle kabul etmiş sayılacak ve eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kaybedecektir³⁸⁷. İş sahibinin ayıbı bildirme külfeti, iş sahibinin eserin ayıplı olması sebebiyle, haklarını kaybetmemek için yükleniciye yönelik yaptığı bir açıklama olarak tanımlanabilir³⁸⁸. İş sahibinin, herhangi bir gözden geçirmeye ihtiyaç duymayan ve çıplak gözle fark edilebilen açık ayıpları da yükleniciye bildirmesi gerekir³⁸⁹. Kısaca, iş sahibi tespit ettiği her türlü ayıbı, ister bu ayıp teslim edilen eserin gözden geçirilmesi sırasında fark edilmiş olsun, ister sonradan öğrenilmiş olsun, yükleniciye bildirmek zorundadır³⁹⁰.

TBK m. 474/I'de ayıp bildiriminde uygun süre açıkça ifa edilmemiştir. Doktrinde bir görüşe göre, burada söz konusu olan ayıpların açık ayıpların bildirimini için öngörülmüş olduğudur³⁹¹. Eserin teslim alındığı sırada gözden geçirmeye gerek kalmaksızın görülen ayıpla, olağan bir gözden geçirme sonunda tespit edilen ayıbın açık ayıp olduğundan bahsetmiştik. Burada olağan gözden geçirmeden amaç, orta seviyede bir iş sahibinin, göstereceği özen ve dikkat sonunda görülebilecek ayıptır. Olağan gözden geçirmede iş sahibinin işin uzmanı olması şart değildir. Bu görüşe göre, uygun süre, somut olayın özellik ve gereklerine göre makul, orta zekada dürüst bir iş

³⁸⁶ AKTÜRK YÜCER s. 147, ŞENOCAK s. 113-114

³⁸⁷ BÜYÜKAY s. 118, EREN, Borçlar Özel s. 644, ÖZ, Dönme s. 116

³⁸⁸ AKTÜRK YÜCER 51-52

³⁸⁹ BÜYÜKAY s. 121, EREN, Borçlar Özel s. 644, ŞENOCAK s. 121, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 143

³⁹⁰ ARAL/AYRANCI s. 404, BÜYÜKAY s. 121, DUMAN s. 765, ŞENOCAK s. 121, TANDOĞAN s. 172

³⁹¹ EREN, Borçlar Özel s. 645, UÇAR s. 137

sahibinin böyle bir ayıbı bildireceği süredir³⁹². Başka bir görüşe göre ise ayıp bildirimının, eserde yapılan incelemenin tamamlanmasından sonra hemen yapılacağıdır³⁹³. Ancak eserin türü, büyüklüğü ve önemine göre, eserin incelenmesinin uzun zaman alacağı durumlarda, iş sahibi inceleme sırasında bir ayıp tespit ederse ve bu ayıp doğrultusunda eserde ayıbın büyümesi veya ayıbı takip eden zararların artması tehlikesi varsa, ayıp bildirimini yapmak için inceleme süresinin tamamlanması beklenmeden, yükleniciye bildirim yapılması uygun olur³⁹⁴. Aynı şekilde incelemeye başlanmadan önce veya incelemenin başında açıkça belli olan ayıplarda, iş sahibi incelemenin tamamlanması beklemeden ayıp bildirimini derhal yapmalıdır³⁹⁵.

Olağan bir gözden geçirme sırasında görülemeyip, eser kullanılmaya başlandıktan sonra ortaya çıkan ayıbın da, gizli ayıp olduğundan bahsetmiştik. TBK m. 477/III'e göre iş sahibi, gizli ayıpları gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir³⁹⁶. Buradaki "gecikmeksizin" sözcüğünden amaç, çok acele bir şekilde değil, düşünme, değerlendirme, bildirme için iletişim aracını seçme vb. hususları da içeren makul bir süredir³⁹⁷. Yargıtay bir kararında gizli ayıbın tespitinden sonra 8 günlük makul bir süre içerisinde ihtarnameyle ayıp ihbarından bulunulmasının usule uygun olduğunda hükmetmiştir³⁹⁸.

³⁹² EREN, Borçlar Özel s. 645

³⁹³ ARAL/AYRANCI s. 405, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 526

³⁹⁴ ARAL/AYRANCI s. 405, DUMAN s. 765, KIRMIZI s. 209, ÖZ, Dönme s. 116, ŞENOCAK s. 123, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 526

³⁹⁵ ARAL/AYRANCI s. 405, ŞENOCAK s. 122

³⁹⁶ BÜYÜKAY s. 121, DUMAN s. 766, EREN, Borçlar Özel s. 645-646, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 468, ÖZ, Dönme s. 117, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 144

³⁹⁷ EREN, Borçlar Özel s. 645

³⁹⁸ Y.15HD., 12.02.2014 T., 2013/831 E., 2014/896 K. sayılı kararı: "Alınan bilirkişi raporunda römorkun hatalı üretildiği ve bu durumun gizli ayıp niteliğinde olduğu, bu nedenle davacı zararının 6.220,56TL hesaplandığı, bilirkişi raporu içeriğinin hesap şekli açısından usul ve yasaya uygun olup Yargıtay denetimine de elverişli olduğu, bilirkişi kurulunca belirlenen gizli ayıbın, aracın 16.12.2010 tarihinde trafikte yapılan muayenesi sırasında saptandığı ve aracın trafikten men edildiği, bu durumda gizli ayıbın varlığının her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde açıklık kazandığı, 16.12.2010 muayene tarihinden sonra 8 günlük makul süre içerisinde 24.12.2010 tarihinde ihtarname gönderilerek ayıp ihbarında bulunulduğu, bu nedenle ayıp ihbarının süresi açısından da herhangi bir usulsüzlüğün bulunmadığı dikkate alınarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerel mahkemece, imalattaki ayıbın açık ayıp niteliğinde bulunduğu, 04.12.2009 teslim tarihine göre 14 ay sonra ayıp ihbarında bulunulduğu, bu durumun hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle karar bozulmuştur.", Sinerji mevzuat

Yüklenici tarafından kasten gizlenmiş ayıpların geç bildirilmesinde iş sahibinin ihmali olsa bile, bu durum eseri kabul anlamına gelmez³⁹⁹. Başka bir ifadeyle, kasten gizlenmiş ayıplarda yüklenicinin sorumluluğu, iş sahibinin bildirim yükümlülüğü aranmaksızın devam eder⁴⁰⁰. Ancak, bu durumda da iş sahibinin haklarını gecikmeksizin tam olarak kullanmak, ispat sorunlarıyla karşılaşmamak için söz konusu bildirim yapması yararına olacaktır. İş sahibi, teslim sırasında yüklenicinin kasten gizlediği ayıbı biliyorsa buna rağmen eseri teslim alırsa ayıptan doğan haklarını kaybeder⁴⁰¹.

Ayıbın bildirim ile amaçlanan, iş sahibinin eserdeki ayıplardan dolayı yükleniciyi sorumlu tutulacağına ilişkin irade açıklamasının yükleniciye ulaştırılmasıdır. Bu ayıp bildirim iş sahibinin ayıptan doğan haklardan hangisini kullanacağını bildirmesi gerekmemektedir. Bu seçimlik haklar süresi içinde ayrıca ileri sürülebilir⁴⁰².

Ayıp bildirim iki unsurdan oluşmaktadır. İlk unsur, eserde bir ayıbın bulunduğu yükleniciye bildirilmesidir. Bu bildirim, bir fikir, bir bilgi bildirimidir. İkinci unsur ise, iş sahibinin eserin ayıplı olduğu, yüklenicinin sözleşmeye uymadığından bahisle eserdeki ayıptan sorumlu olduğuna ilişkin irade beyanıdır. Ayıp bildirim özünü, niteliği itibarıyla bir irade beyanından oluşan bu unsurdur⁴⁰³. Dolayısıyla, TBK m. 474/I'de "*bildirme*" ifadesi kullanılsa da, burada bir tasavvur açıklaması değil, iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılanlara aykırı olan ayıplı eseri kabul etmeyeceğini ve yüklenicinin eserdeki ayıplardan sorumlu kılmak istediğini gösteren bir irade açıklaması söz konusudur⁴⁰⁴.

Ayıp bildiriminde iş sahibi, ayıbı tam olarak anlatmalı, ayıp hakkında yeterli ayrıntı, tanım ve bilgileri yükleniciye bildirmelidir. "*Eser ayıplıdır*" veya "*eser sözleşmeye uygun yapılmamıştır*" tarzındaki genel ve soyut ifadeler yeterli değildir⁴⁰⁵. Buna göre, yüklenici iş sahibinin kendisine ilettiği ayıp bildiriminden, meydana getirilen eserde ne gibi ayıplar bulunduğunu, iş sahibinin kendisini hangi noktalarda

³⁹⁹ EREN, Borçlar Özel s. 646, KIRMIZI s. 210

⁴⁰⁰ DUMAN s. 766, GÜMÜŞ s. 59, ŞENOCAK s. 124

⁴⁰¹ EREN, Borçlar Özel s. 646

⁴⁰² BÜYÜKAY s. 123, SELİÇİ s. 151, UÇAR s. 148-149

⁴⁰³ EREN, Borçlar Özel s. 644-645

⁴⁰⁴ ARAL/AYRANCI s. 405, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 526

⁴⁰⁵ ARAL/AYRANCI s. 405, EREN, Borçlar Özel s. 644, KIRMIZI s. 200, ÖZ, Dönme s. 117, TURANBOY s. 165

sorumlu tutacağını açıkça öğrenmelidir⁴⁰⁶. Eser birden fazla ayıp içeriyorsa, iş sahibi her bir ayıp hakkında yeterli bilgi ve açıklamayı yapmak zorundadır, aksi halde bildirilmeyen ayıplar için iş sahibinin bu ayıplara muvafakat ettiği kabul edilecek ve ayıptan doğan sorumluluktan doğan hakları düşecektir⁴⁰⁷. Ancak iş sahibinin ayıp veya ayıpların sebeplerini bildirmesine veya teknik yönden doğru ve ayrıntılı olarak açıklamasına gerek yoktur⁴⁰⁸. İş sahibi böyle bir zorunluluğu olmamasına rağmen, eserdeki ayıplarla beraber ayıpların neden kaynaklandığını da belirtmiş, fakat bu hususta yanılığa düşmüşse, bu yanılığın aleyhine bir sonuç doğmayacaktır⁴⁰⁹.

Ayıp bildirimini yapılması herhangi bir şekilde tabii değildir. Buna göre, ayıp bildirimini resmi veya yazılı şekilde değil sözlü olarak da yapılabilir⁴¹⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında ayıp ihbarının her türlü delille ve tanık beyanlarıyla ispatlanabileceğine hükmetmiştir⁴¹¹. Ayıp bildirimini, örneğin iş sahibinin susması gibi pasif bir davranışla yerine getirilemez⁴¹². Ancak, taraflar arasında doğabilecek ihtilafta ispat sorunu yaşanmaması için işin ayıp bildirimini noter kanalıyla resmi şekilde, en azından yazılı şekilde yapılması yararlı olacaktır⁴¹³. Ayıp bildirimini doğrudan iş sahibi tarafından yapılabileceği gibi, onun yetkili bir temsilcisi tarafından veya bir aracı vasıtasıyla da yapılabilir⁴¹⁴. Aynı şekilde ayıp bildirimini yüklenicinin kendisine yapılabileceği gibi yetkili temsilcisine de yapılabilir⁴¹⁵.

Ayıp bildirimini süresinde yapılmaması hakkı düşüren bir vakıdır. Bildirim zamanında yapılmadığı iddiasını ileri sürmek yükleniciye düşmektedir; zira hakim bildirim zamanında yapıp yapılmadığını kendiliğinden araştıramaz⁴¹⁶.

⁴⁰⁶ UÇAR s. 147

⁴⁰⁷ GÜMÜŞ S. 59, KIRMIZI s. 206, TURANBOY s. 165

⁴⁰⁸ SELİÇİ s. 152, ŞENOCAK s. 126

⁴⁰⁹ ŞENOCAK s. 126

⁴¹⁰ ARAL/AYRANCI s. 405, BÜYÜKAY s. 123, EREN, Borçlar Özel s. 645, KIRMIZI s. 208, ŞENOCAK s. 125, TANDOĞAN s. 173

⁴¹¹ Y.15HD., 11.12.2019 T., 2019/300 E., 2020/5105 K. Sayılı kararı: “Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir. Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. Yine ayıp bedelinin de ayıbın ortaya çıktığından itibaren geçecek makul süre dikkate alınarak hesaplanması gerekir.”, Sinerji Mevzuat

⁴¹² AKTÜRK YÜCER s. 185

⁴¹³ AKTÜRK YÜCER s. 185, DUMAN s. 772, EREN, Borçlar Özel s. 645, SELİÇİ s. 151, TURANBOY s. 165

⁴¹⁴ AKTÜRK YÜCER s. 209, ŞENOCAK s. 125,

⁴¹⁵ AKTÜRK YÜCER s. 211, ŞAHİNİZ s. 117

⁴¹⁶ AKTÜRK YÜCER s. 226, DUMAN s. 772, KIRMIZI s. 210, ŞENOCAK s. 129, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 526

3.2.2.3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Alacaklı ve borçlunun, sözleşmenin ihlal edilmesinden doğan zararlar ortaya çıkmadan önce, ana sözleşmeden bağımsız veya ana sözleşme ek olarak açık veya örtülü olarak yaptıkları ve ilerleyen zamanda alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan anlaşmaya sorumsuzluk anlaşması denir⁴¹⁷.

Taraflar bu anlaşmayla, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği edimin bizzat kendisi veya ifa yardımcıları tarafından, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı bir zarar meydana geldiği takdirde, bundan bizzat yüklenicinin sorumlu tutulmayacağını kararlaştırabilmektedir⁴¹⁸.

Yüklenicinin ayıplı ifa hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için için sorumluluğunun tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılmamış veya sınırlandırılmamış olması gerekir. Taraflar eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluklarını sözleşme ile sınırlandırabilirler veya kaldırabilirler. Bu anlamda yapılan sözleşmeler TBK m. 115 anlamında geçerlidir. Ancak, yüklenici eserdeki ayıba ağır kusuru ile saklarsa, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmalar geçersiz sayılacaktır. Satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 221 hükmü burada kıyasen uygulanmalıdır. Ayrıca TBK m. 477 uyarınca yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne uygun gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğunun devam edeceği hüküm altına alınmıştır⁴¹⁹.

3.2.2.4. Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğramaması

Ayıplı eserin iş sahibine teslimi sonrasında, iş sahibinin eseri gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirip, eseri kabul etmemesi üzerine, yükleniciye karşı sahip olduğu haklar süresi içinde kullanılmazsa bu haklar zamanaşımına uğrayacaktır⁴²⁰.

İş sahibinin, yükleniciye karşı ayıplı ifadan doğan hakları kullanması için öngörülen zamanaşımı süreleri, kanunda özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 478, *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim*

⁴¹⁷ EREN, Borçlar Genel s. 1085-1086

⁴¹⁸ İNAL s. 461

⁴¹⁹ GÜMÜŞ s. 62, ŞAHİNİZ s. 137

⁴²⁰ BÜYÜKAY s. 130

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

Böylece, taşınmaz yapılar dışındaki eserler bakımından eserin tesliminden itibaren iki yıl, taşınmaz yapılarda beş yıl geçmekle iş sahibinin hakları zamanaşımına uğrayacaktır. Eserdeki ayıbın ağır kusura dayanması halinde ise kısa zamanaşımı göz önünde tutulmaz, yirmi yıllık zamanaşımı işler⁴²¹.

Taraflar isterlerse TBK hükümleriyle getirilen zamanaşımı sürelerinin anlaşarak kısaltılıp uzatılabilirler. Ancak eserdeki ayıba yüklenicinin ağır kusuru sebep olduysa bu durumda zamanaşımı süresinin kısaltmasına ilişkin anlaşmalar geçerli kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ileri sürmesi hakkaniyete aykırı şekilde zorlaştıran veya imkansız kılan süre kısaltmaları da uygun değildir. Sözleşmede kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresinin tanınması, zamanaşımı süresinin de garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı anlamına gelebilir; şüphe halinde yüklenicinin lehine olan yorum tercih edilmelidir. Diğer taraftan iş sahibi, iş zamanında eserdeki ayıpları bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması şartıyla, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını zamanaşımı sürelerinin geçmesine rağmen def’i yoluyla ileri sürebilecektir⁴²².

Ayıptan doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süreleri eserin tesliminden itibaren işlemeye başlar⁴²³. Yargıtay da konuya ilişkin kararında, eser sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili talepli davalarda, zamanaşımı süresinin işin yüklenici tarafından iş sahibine teslim edildiği tarihten itibaren başladığı görüşündedir⁴²⁴.

⁴²¹ ARAL/AYRANCI s. 412, GÜMÜŞ s. 72-73, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.460

⁴²² BÜYÜKAY s. 131, TANDOĞAN s. 227, UÇAR s. 279, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.460

⁴²³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.460

⁴²⁴ Y.8HD., 04.03.2015 T., 2014/2124 E., 2015/1172 K. sayılı kararı özetle: “...eser sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili talepli davalarda zamanaşımı süresinin başlangıcının eserin teslim edilip edilmemesine ve sözleşmenin feshedilip edilmemesi haline bağlı olarak değiştiği gözden uzak tutulmamalıdır. Gerek mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 364. maddesinde, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 479. maddesinde eser sözleşmelerinde iş sahibinin edimini oluşturan iş bedelinin muacceliyeti teslim şartına bağlanmıştır. Bu nedenle, eser sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedelinin tahsili talepli davalarda, zamanaşımı süresinin işin yüklenici tarafından iş sahibine teslim edildiği tarihten itibaren başladığı kabul edilmektedir. Dairemizin yerleşmiş uygulamalarında kabul edildiği ve 30.11.2011 tarih ve 2011/6282-7054 Esas ve Karar sayılı ilamında net bir

BÖLÜM IV

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPLI İFA DOLAYISIYLA YÜKLENCİYE KARŞI SAHİP OLDUĞU HAKLAR

4.1. GENEL OLARAK

Yüklenici sözleşmeyle kararlaştırılan ve dürüstlük kuralı gereğince taşıması gereken vasıflara sahip bir eser meydana getirmek ve bunu iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Teslim edilen eser bu vasıfları taşımadığında yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortaya çıkar.

TBK m. 475, eserdeki ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin yukarıda açıklanan maddi ve şekli şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibine sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini(onarım) isteme, bedelden indirim isteme ve tazminat talep etme haklarını tanımaktadır. Kanun koyucu bu haklardan ilk üçünü seçimlik haklar olarak kabul etmiştir, buna göre iş sahibi bunlardan birini kullanabilir. Tazminat isteme hakkı ise, iş sahibinin zarar görmesi şartıyla her üç seçimlik hakla birlikte istenebilir. Bu haklar sınırlı olarak sayılmış olduğu için genişletilemez⁴²⁵.

Sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini(onarım) isteme, bedelden indirim isteme haklarının kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir⁴²⁶. Bunlardan dolayı yüklenici kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumludur. Buna karşılık yüklenici, ayıbı takip eden zararda, kusuru bulunduğu takdirde tazminat ödemekle yükümlüdür⁴²⁷.

Seçimlik hakların birbiriyle alternatif bir yarışma ilişkisi içerisindedir. Yani zaman açısından bir öncelik-sonralık ilişkisi mevcut değildir. İş sahibi önce yükleniciye ayıbın giderilmesi için süre vermek, yüklenicinin bu sürede çalışmalara

şekilde Eser sözleşmelerinde zamanaşımının başladığı tarih, eserin sözleşmesine uygun biçimde teslim edildiği tarihtir ifadesine yer verilmek suretiyle vurgulandığı üzere zamanaşımı, teslimden itibaren başlar”, Sinerji Mevzuat

⁴²⁵ EREN, Borçlar Özel s. 646, UÇAR s. 165

⁴²⁶ KIRMIZI s. 231, SELİÇİ s. 157, ŞENOCAK s. 33

⁴²⁷ ARAL/AYRANCI s. 406, ŞAHİN s. 142, ŞENOCAK s. 33, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 527, UÇAR s.165-166

başlamaması halinde sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim yapılması yolunu seçmek zorunda değildir⁴²⁸.

İş sahibine tanınan seçimlik haklar, tazminat dışında nitelikleri itibariyle yenilik doğuran haklardır⁴²⁹. Yenilik doğurucu haklar, hak sahibinin tek taraflı bir irade açıklamasıyla yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasını, mevcut bir hukuki ilişkinin değiştirilmesini ya da sona erdirilmesini sağlayan, kısaca yeni bir hukuki durum yaratan kayıt ve koşula bağlanamayan, kullanıldıktan sonra kendisinden dönülemeyen haklardır⁴³⁰. İş sahibi, seçimlik hakkı yükleniciye varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanır. Buna göre, iş sahibinin kendisine tanınan seçimlik haklardan birini seçip kullanması, yükleniciyle anlaşmayı gerektirmediği gibi, dava açılmasını da gerektirmez. İş sahibi seçimlik hakkını tek taraflı varması gereken bir irade beyanıyla kullandığından bu haklardan hangisini seçeceği konusunda yetki hakimde değil, kendisindedir⁴³¹. Ancak, iş sahibinin seçimlik haklar arasındaki seçim hakkı, çalışmanın devamında ayrıntılı inceleneceği üzere kısmen sınırlıdır. İş sahibi, bazı sınırlamalar dışında bu haklardan herhangi birini seçebilir.

İş sahibi tarafından tercih edilen seçimlik hak, kullanılır kullanılmaz kesin hak niteliği alacak ve tercih edilmeyen diğer haklar ortadan kalkacaktır. Seçimlik haklardan birini seçme hakkı, hakkın kullanılması sırasında belirsizlik yaratacağından bu hakların kullanımı şarta bağlanamaz, ayrıca bu haklar kullanıldıktan sonra geri alınamaz, bu haklardan tek taraflı dönülemez ve bu haklar dürüstlük kuralına aykırı kullanılamaz⁴³².

Sözleşmeden dönme hakkı ile bedelden indirim isteme hakkı, bu haklar iş sahibi ile yüklenici arasındaki hukuki ilişkiden doğduğu için, iş sahibi bu haklarını üçüncü kişiye devredemeyecektir. Ayıbın giderilmesini isteme hakkı ise üçüncü kişiye devredilebilir⁴³³.

⁴²⁸ ŞENOCAK s. 33

⁴²⁹BÜYÜKAY s. 133, EREN, Borçlar Özel s 647, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 468, SELİÇİ s. 158, ŞENOCAK s. 34, UÇAR s. 166

⁴³⁰ EREN, Borçlar Genel s. 61, KILIÇOĞLU. Borçlar Genel, s. 21

⁴³¹ EREN, Borçlar Özel s. 647

⁴³² EREN, Borçlar Özel s. 647, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 468, SELİÇİ s. 158-159

⁴³³ EREN, Borçlar Özel s. 647

4.2. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

4.2.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde dönme hakkı, TBK m. 475/I' de "İş sahibinin seçimlik hakkı" başlığı altında iş sahibinin, ayıplı ifa hâlinde kullanabileceği hakların başında düzenlenmiştir. Bu hak, TBK m. 475/I' de "*Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: 1.Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme...*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

4.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması

Sözleşmeden dönme hakkı, hukuki niteliği itibariyle; tek taraflı, hukuki işlem benzeri bir irade beyanı ile kullanılan ve hüküm ifade etmesi için karşı tarafa ulaşması gereken yenilik doğurucu bir haktır⁴³⁴. Yargıtay da sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğuna hükmetmiştir⁴³⁵.

İş sahibi dönme beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz yüklenicinin kabulüne gerek kalmaksızın hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden doğurur⁴³⁶. Dönme hakkının kullanılması için hakim kararına ihtiyaç yoktur. Dönme hakkıyla ilgili olarak taraflar arasında bir ihtilaf halinde, hakimin vereceği karar dönme hakkının geçerli olarak kullanıp kullanılmadığı ve dönme şartlarının oluşup oluşmadığı hususunda vereceği bir tespit hükmü olacaktır⁴³⁷.

Dönme hakkının kullanılması, herhangi bir şekil şartına tabi değildir; yazılı yapılabileceği gibi sözlü de olabilir⁴³⁸. Ancak taraflar arasında doğabilecek bir ihtilafta, dönme hakkın kullanımı yönünden ispat sorunu yaşanmaması için bu beyanın yazılı yapılması şekilde yapılması yararlı olacaktır⁴³⁹. Yalnız tacirler arasındaki dönme

⁴³⁴ ARAL/AYRANCI s. 407, GÜMÜŞ s. 63, EREN, Borçlar Özel s. 648, KIRMIZI s. 231, ŞAHİNİZ s. 139, ŞENOCAK s. 48, TANDOĞAN s. 177, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 147

⁴³⁵ Y.15HD, 09.01.2019 T., 2018/5160 E., 2019/94 K. sayılı kararı: "*Ayrıca yasalarda sözleşmenin feshinin bazı koşullara bağlı tutulduğu istisnalar dışında, sözleşmeden dönme (fesih), mahkeme kararına gerek olmaksızın ileri sürülebilen, karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı geri alınması mümkün bulunmayan bozucu yenilik doğuran tek taraflı irade beyanıdır.*", Sinerji Mevzuat

⁴³⁶ EREN, Borçlar Özel s. 648, GÜMÜŞ s. 63, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.461

⁴³⁷ KIRMIZI s. 232, ŞENOCAK s. 49

⁴³⁸ GÜMÜŞ s. 63, UÇAR s. 180, SELİÇİ s. 161, TURANBOY s. 169

⁴³⁹ TURANBOY s. 169

beyanının TTK'nın 18/III. Maddesi hükmüne uygun olarak noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla ya da güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması ispat bakımından şarttır⁴⁴⁰.

Dönme beyanı açık veya örtülü(eserin kullanılamaz olduğunu bildirerek eseri yükleniciye geri yollaması, iş sahibinin yükleniciye ödemiş olduğu bedeli geri istemesi)yapılabilir⁴⁴¹. Sözleşmeden dönme beyanının, iş sahibinin açtığı dava dilekçesinde yapılması ya da yüklenicinin açtığı davada iş sahibince itiraz yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür⁴⁴².

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından farklı değerlendirme yapılacağı belirtilmelidir. Yargıtay bir kararında, *“tüm kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin getirilip incelenmesi, fesih ve tasfiyesinin de mahkemece yapılması gerekir.”* kararıyla taraflar anlaşamadığı takdirde kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmek isteyen tarafın mutlaka bu hakkını dava yoluyla kullanması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴³. Bunun gerekçesi olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönme beyanının aynı etkileri bulunduğu, sözleşmenin taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu da ihtiva ettiği ve dolayısıyla geçerliliğinin kanun tarafından resmi şekle tabi kılınması gösterilmektedir⁴⁴⁴. Buna göre, yüklenici iş sahibinin sözleşmeden dönmesini kabul etmezse, iş sahibi dönme hakkını kullanmak için dava açacak, mahkeme bu davanın sonunda dönme hakkının yasal koşullarının oluştuğu sonucuna varırsa, sözleşme mahkemenin vereceği bozucu yenilik doğuran bir kararla sona erecektir. Açılan bu davanın reddi hâlinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme talebi mahkeme tarafından yerinde görülmemiş sayılacağı için sözleşme yürürlükte kalmaya devam eder⁴⁴⁵.

4.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Koşulları

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, eseri kabul etmeyip reddetmesi olduğu için, bu durum yüklenici açısından ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, bu hakkın kullanılabilmesi, ayıptan doğan sorumluluk için gerekli olan genel şartlardan başka,

⁴⁴⁰ DUMAN s. 821, KIRMIZI s. 232, ŞAHİNİZ s. 141, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 528

⁴⁴¹ EREN, Borçlar Özel s. 647, GÜMÜŞ s. 63, SELİÇİ s. 161, ŞAHİNİZ s. 141, TANDOĞAN s. 178, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 528

⁴⁴² DUMAN s. 821, KIRMIZI s. 232, ŞAHİNİZ s. 141, TANDOĞAN s. 178

⁴⁴³ Y.15HD. 05.07.2018 T. , 2018/1283 E., 2018/2923 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

⁴⁴⁴ BÜYÜKAY s. 134, ŞAHİNİZ s.139, ŞENOCAK s. 49

⁴⁴⁵ ŞAHİNİZ s.139, ŞENOCAK s. 49

TBK m. 475/I-1'de yer alan ve meydana getirilen eserin iş sahibi için “kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ve sözleşmeye aykırı olması” özel şartına bağlamıştır⁴⁴⁶. Bu şartlar için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz. Ayıptan sorumluluk bir sebep sorumluluğu halidir. Eserde ağır ayıp veya sözleşmeye ağır ölçüde aykırılık yoksa iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Ağır ayıbın ve sözleşmeye ağır ölçüde aykırılığın takdirini hakime yapacaktır⁴⁴⁷.

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, “Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir.” hükmüyle hem özel koşullara hem de eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde sözleşmeden dönülemeyeceğine hükmetmiştir.⁴⁴⁸

Eserdeki ayıbın bu derecede önemli olmadığı durumlarda ise, iş sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanamayacak, şartların varlığı hâlinde ücretten indirim ve ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından birini kullanabilecektir⁴⁴⁹.

4.2.3.1. Eserin Kullanılamaz Olması

İş sahibinin eseri kabule zorlanamayacağı hallerden birisi eserin kullanılamaz durumda olmasıdır. Eserdeki ayıp, eseri iş sahibi açısından kullanılamayacak bir duruma getirmişse, iş sahibi eseri kabul etmekten kaçınabilir. Bu durumda iş sahibinden böyle bir eseri kabul etmesi de beklenemez olmalıdır⁴⁵⁰.

Eserin ayıp nedeniyle kullanılamaz olup olmadığı kriterinden ne anlaşılacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, objektif bakış açısıyla bir eserin tümüyle, yani hiçbir şekilde kullanılamazlığını⁴⁵¹ ararken doktrindeki diğer görüş

⁴⁴⁶ ARAL/AYRANCI s. 407, EREN, Borçlar Özel s. 647-648, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s.469-470, ŞAHİN s. 142, TURANBOY s. 168-169, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK s. 147

⁴⁴⁷ EREN, Borçlar Özel s. 648, ŞAHİN s. 142

⁴⁴⁸ Y.15HD., 18.02.2019 T., 2018/2504 E., 2019/624 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

⁴⁴⁹ GÜMÜŞ s. 64, SELİÇİ s. 157

⁴⁵⁰ DUMAN s. 812, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 469

⁴⁵¹ GÜMÜŞ s. 64

sübjektif bakış açısıyla iş sahibinin özel ihtiyaçları esas alınmak suretiyle tayin edilmesi gerektiği görüşündedir⁴⁵².

Subjektif bakış açısına göre, özellikle ayıplı eser, sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara veya eserde olması gereken lüzumlu vasıflara sahip değilse ya da dürüstlük kuralı gereğince kullanıma elverişli olmadığı takdirde bu şart gerçekleşmiş olur. Bu nedenle bir başkası tarafından kullanılabilir, faydalanabilir olan eser, somut olayda iş sahibinin kullanımına elverişli değilse bu kullanılamazlık şartı gerçekleşmiş olur ve dolayısıyla iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Örneğin, metal kesme işi ile uğraşan bir iş sahibinin metal kesmesi için yüklenici tarafından imal edilmiş olan bir profil kesme makinesi, sadece tahta kesmeye elverişli ise, kullanılamazlık şartı gerçekleşmiş olur. Bu durumda ayıplı eser, somut olaydaki eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibi bakımından kullanılamaz niteliktedir⁴⁵³.

Tabi ki, ayıplı eser başka bir iş sahibinin kullanımı içinde elverişsiz bir durumda ise, yani meydana getirilen eser tamamen ve kesin şekilde kullanılamaz bir ve bu ayıp hiçbir şekilde giderilemez durumda ise, kullanılamazlık şartı zaten gerçekleşmiş olur. Örneğin ısıtma tesisatının hatalı imalatı ve montajı yüzünden ısınamayan bir yapı, hem somut olaydaki hem de diğer iş sahipleri için kullanılamaz derecede ayıplıdır⁴⁵⁴.

Eserin kullanılamaz olması hali, mutlaka sözleşmeden dönmeye olanak verecek şekilde de düşünülmemelidir. Bazı durumlarda eserde yapılacak ufak müdahaleler veya düzeltmeler eserin kullanılamaz halini ortadan kaldırabilir. İşte böyle bir durumda eser, basit ve kolay bir müdahale ile kullanılabilir bir hale getirilebilirse, dürüstlük kuralı gereğince bu ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar ağır olmayacağı sonucuna varılabilir⁴⁵⁵.

4.2.3.2. Hakkaniyet Gereği Kabulün Beklenemez Olması

Ayıplı eser, somut olaydaki iş sahibi veya başka bir iş sahibinin de kullanılamayacağı nitelikte olmamakla beraber, somut olaydaki iş sahibinin bu ayıplı eseri hakkaniyet gereğince kabul etmesi beklenemez ise, bu şart gerçekleşmiş olur ve dolayısıyla sözleşmeden dönülebilir. Buradaki ayıbın iş sahibi tarafından kabulünün

⁴⁵² GÜMÜŞ s. 64, SEÇER s. 165-166, ŞAHİNİZ s. 142, ŞENOCAK s. 52

⁴⁵³ ŞAHİNİZ s. 142

⁴⁵⁴ ŞAHİNİZ s. 142-143

⁴⁵⁵ ÖZ, Dönme s.106, SELİÇİ s. 163

beklenip beklenemeyeceği, somut olayın hal ve şartlarının dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilmesi suretiyle tayin edilecektir⁴⁵⁶.

Örneğin lüks bir semtte inşa edilmiş olan bir apartman dairesinde düşük kalitede mutfak tezgahı, banyo takımları veya kapılar kullanılmışsa ve taraflar sözleşmede bunların düşük kaliteli olacağını kararlaştırmamışlarsa bu ayıplı eserin iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecektir⁴⁵⁷.

4.2.3.3. Eserin Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olması

Eser sözleşmesinde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanıyan diğer bir şart, eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmamasıdır. Bu husus TBK m. 475/I' de "...ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa..." denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre, meydana getirilen eser her ne kadar lüzumlu vasıfları taşısa da, kararlaştırılan özel veya genel vasıflara sahip değilse ve bu eksiklikler eserin kullanılmasını engelleyen ya da hakkaniyet gereği kabulünün beklenemeyecek olması halinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır. Bu çerçevede, her türlü sözleşmeye aykırılık, sözleşmeden dönme için yeterli değildir. Eserin sözleşmede belirtilmiş olan niteliklerindeki bir ayıbın, dürüstlük kuralına göre önemli bir ayıp teşkil edip etmediği taraflar arası menfaat dengesi de dikkate alınarak belirlenmeli ve dürüstlük kuralı gereğince iş sahibinin eseri kabul edip edemeyeceği saptanmalıdır⁴⁵⁸.

Örneğin, inşa edilecek yapının banyo ve mutfağında, pahalı ve kaliteli olan İngiliz malı A marka malzemeler(mutfak tezgahı, banyo dolabı, lavabo vs.) kullanılması sözleşmede kararlaştırılmış olduğu halde, ucuz ve kalitesiz Çin malı B marka malzemeler kullanıldığı takdirde, eser hakkaniyet gereği kabulü beklenemez ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı(ayıplı) sayılacaktır. Yine örneğin, imal edilecek yumurta ambalaj makinesinin bir saat içinde 50 koli yumurta paketi kaplama işlemini tamamlayacak kapasitede olması sözleşmede kararlaştırılmış olduğu halde, makine bir saat içinde 30 koli yumurtayı kaplayacak vasıfta imal edilmiş olduğu takdirde, eser kullanılamaz ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı(ayıplı) sayılacaktır. Çünkü bu

⁴⁵⁶ ARAL/AYRANCI s. 407, ÖZ, Dönme s. 106, SEÇER s. 165, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.461

⁴⁵⁷ ŞAHİNİZ s. 144

⁴⁵⁸ ŞAHİNİZ s. 147, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 528

makineyle iş sahibinin, planladığı miktarda ürün işlemesi ve dolayısıyla planladığı kazancı sağlaması mümkün değildir⁴⁵⁹.

4.2.4. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmayacağı Durumlar

TBK m. 475/III uyarınca, eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılması halinde, eserin kaldırılması veya yıkılması aşırı bir zararı gerektiriyorsa, iş sahibi, ancak bedelin indirilmesini veya eserin onarılmasını isteyebilir⁴⁶⁰. Hüküm de sadece iş sahibinin arsasına yapılan eserler esas alınsa da, bu hüküm eserin iş sahibine ait olmayan bir arsaya yapıldığı durumları da kapsayacaktır. Alt yüklenicinin, asıl eser sözleşmesindeki iş sahibinin arsasında eser meydana getirdiği durumlarda da TBK m. 475/III uygulama alanı bulacaktır⁴⁶¹. Bu sınırlamaya göre, ekonomik bir değeri olan yapının olabildiğince korunması ve yıkılmaması amaçlanmaktadır⁴⁶². Ancak eser iş sahibi tarafından hiçbir şekilde (tamamen) kullanılmayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanmayacak derecede ayıplı ise dönme hakkı sınırlanmamalı, eserin sökülüp kaldırılması yükleniciye aşırı maliyete ve zarara yol açacak olsa da iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁴⁶³. Örneğin, inşa edilen bir apartmanın taşıyıcı kolonlarında yapım hatası mevcut ve binanın yıkılma tehlikesi varsa iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁴⁶⁴.

İş sahibi, eserdeki ayıbın varlığını bilerek veya bilmeyerek, eserin mülkiyetini bir başkasına geçirir veya eser üzerinde bir ayni hak tesis eder ya da eserin şeklinde bir değişikliğe yol açarsa TBK m. 228/II hükmü kıyasen uygulanarak sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁵.

İş sahibi eserin ayıplı olduğunu bilmesine rağmen, eseri kullanmışsa, iş sahibinin bu tercihi çelişkili olacağından ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağından

⁴⁵⁹ ŞAHİNİZ s. 147

⁴⁶⁰ ARAL/AYRANCI s. 407, GÜMÜŞ s. 65, KARAHASAN s. 285, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 470, ÖZ, Dönme s. 125, ŞENOCAK s. 53, TANDOĞAN s. 183, TURANBOY s. 170, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁴⁶¹ GÜMÜŞ s. 66, KIRMIZI s. 234, ŞAHİNİZ s. 148, ŞENOCAK s. 53

⁴⁶² ARAL/AYRANCI s. 407, BÜYÜKAY s. 138, TANDOĞAN s.183, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 528

⁴⁶³ BÜYÜKAY s. 138, SEÇER s. 165, ŞAHİNİZ s. 149

⁴⁶⁴ GÜMÜŞ s. 66, KOSTAKOĞLU s. 452-453

⁴⁶⁵ DUMAN s. 821, ŞAHİNİZ s. 154, ŞENOCAK s. 56, TANDOĞAN s. 185, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 529

sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır⁴⁶⁶. Ancak ayıplı eserin kullanılmasında doğabilecek başka zararların ortaya çıkması engellenecekse veya iş sahibi zorunluluk yüzünden ayıplı eseri kullanmak zorunda kalmışsa sözleşmeden dönebilmelidir⁴⁶⁷.

Meydana getirilen eser, iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebep sonucunda yok olur veya esaslı şekilde tahrip olursa TBK m. 228/II hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle dönme hakkının ortadan kalkacağı, iş sahibinin sadece bedel indirimi ve ayıp sonucu uğranılan zararın tazmini talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Eserin yok olması veya esaslı şekilde bozulmasında iş sahibinin kusuru aranmayacaktır⁴⁶⁹.

4.2.5. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır ve yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz yüklenicinin kabulüne gerek kalmaksızın hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden doğurur⁴⁷⁰. Dönme hakkının kullanılmasıyla artık iş sahibi bunu geri alamaz. İş sahibi dönme hakkını kullanmakla birlikte artık ayıbın giderilmesi ve bedelden indirim haklarını kullanmaktan vazgeçmiş olur⁴⁷¹.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını sonucu, geçmişe etkili şekilde ortadan kalkması sonucu yüklenicinin iade borcunun kapsamı ve iadenin hangi hükümlere göre yapılacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkmaktadır⁴⁷². Bozucu yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla, adeta hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmeden doğan hak ve borçlar da doğmamış sayılır. Bu görüşe göre sözleşmenin tarafları, henüz ifa etmedikleri borçlarından kurtulacak, sözleşme uyarınca ifa ettikleri edimlerin iadesi ise sebepsiz zenginleşme(TBK m.77 vd.)hükümleri uyarınca talep edilebilecektir.

⁴⁶⁶ ŞAHİN s. 144, ŞAHİNİZ s. 154, TANDOĞAN s. 185 vd., ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁴⁶⁷ ŞAHİNİZ s. 154-155, TANDOĞAN s. 185 vd.

⁴⁶⁸ ŞAHİN s. 144, ŞAHİNİZ s. 152, ŞENOCAK s. 55, TANDOĞAN s. 184, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁴⁶⁹ TANDOĞAN s. 184

⁴⁷⁰ EREN, Borçlar Özel s. 648, GÜMÜŞ s. 63, ŞENOCAK s. 48, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.461

⁴⁷¹ DUMAN s. 821, EREN, Borçlar Özel s. 647, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 468

⁴⁷² KIRMIZI s. 532, KURT s. 292, ÖZ, Dönme s. 39, UÇAR s. 175

Buna göre, iade talepleri için sebepsiz zenginleşme davası için öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁴⁷³.

Doktrindeki diğer görüşe göre, dönmenin sonuçları yeni dönme(dönüşüm) görüşüne göre ele alınmalıdır⁴⁷⁴. Bu görüşe göre, iş sahibinin dönme beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz iş sahibi ile yüklenici arasında kendiliğinden sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi kurulur⁴⁷⁵. Buna göre sözleşmeden dönme ile eser sözleşmesi hiç var olmamış gibi ortadan kalkmaz ve fakat sözleşmenin içeriği geri verme yükümlülüğüyle değiştirilmiş olur⁴⁷⁶. Kısaca dönülen sözleşme ile tarafların iade borçlarının sağlanması için varlığını sürdürmektedir. Buna göre bir taraftan, henüz ifa edilmemiş edimlerin yerine getirilmesi yükümlülüğü ortadan kalkarken, diğer taraftan tarafların daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme ya da aynı istihkak hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre geri verme zorunlulukları doğar⁴⁷⁷. Taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri birbirlerine geri vermek zorundadırlar. Burada aynı anda ifa kuralı geçerlidir⁴⁷⁸. Dolayısıyla yüklenici aldığı eserin bedelini, faizi ile birlikte iade etmek; iş sahibi de, eseri, bundan elde ettiği yararlarla birlikte yükleniciye geri vermekle yükümlüdür. Yüklenicinin eseri geri isteme hakkı, aynı bir hak değil, sözleşmeden doğan bir alacak hakkıdır⁴⁷⁹.

Doktrindeki yasal borç ilişkisi görüşüne göre ise, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkmakta ve taraflar arasında artık yasal bir borç ilişkisi doğmaktadır. Taraflar önceden ifa ettikleri edimler bakımından TBK m.125/III uyarınca bir iade borcu bulunmaktadır. Bu görüşe göre iade borcuna, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iki yıllık süre değil, genel zamanaşımı süresi TBK m.146 on yıllık sürenin uygulanması gerekecektir⁴⁸⁰.

İş sahibinin, sözleşmeden dönmesiyle, yüklenici almış olduğu bedeli, kendisine ödeme yapıldığı tarihten itibaren işleyecek faizle iade etme borcu altına girer⁴⁸¹. Bu

⁴⁷³ BÜYÜKAY s. 135, UÇAR s. 175

⁴⁷⁴ BÜYÜKAY s. 136, EREN, Borçlar Özel s. 648, KIRMIZI s. 533, SELİÇİ s. 162, ŞENOCAK s. 49

⁴⁷⁵ ARAL/AYRANCI s. 407, EREN, Borçlar Özel s. 648, KURT s. 285, ŞENOCAK s. 49, UÇAR s. 176, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁴⁷⁶ KIRMIZI s. 533, ŞENOCAK s. 48-49

⁴⁷⁷ EREN, Borçlar Özel s. 648

⁴⁷⁸ ARAL/AYRANCI s. 407, EREN, Borçlar Özel s. 649, ŞENOCAK s. 55

⁴⁷⁹ EREN, Borçlar Özel s. 649

⁴⁸⁰ EREN, Borçlar Özel s. 649, BÜYÜKAY s. 135, KURT s. 293, ÖZ, Dönme s. 36, UÇAR s. 175-176

⁴⁸¹ EREN, Borçlar Özel s. 649, GÜMÜŞ s. 65, ŞAHİNİZ s 164

faiz, aksi taraflarca karşılaştırılmamışsa 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun birinci maddesindeki yasal faiz oranı üzerinden, ticari işlerde ise iş sahibinin talebiyle T.C. Merkez Bankasının avans faizi oranı üzerinden hesaplanır⁴⁸². Dönme hakkının kullanılmasıyla da iş sahibi eseri, eserden elde ettiği yararlarla birlikte geri vermekle yükümlü olacaktır⁴⁸³.

Dönme kısmi değil tam olur. Dolayısıyla, iş sahibi sözleşmeden kısmen dönemez⁴⁸⁴. Diğer deyişle yüklenici, iş sahibin uygun bir bedel karşılığında eserin ayıpsız bir kısmını kabule de zorlayamaz. Ancak; birlikte bir bütünün parçalarını teşkil etmeyen ve bağımsız nitelikte birden fazla eserin sadece bir kısmı ayıplı ise, iş sahibinin yalnızca ayıplı eserler bakımından sözleşmeden dönmesi, ayıpsız olanları kabul etmesinin mümkün olacağı belirtilmektedir⁴⁸⁵. Taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışlarsa, iş sahibi, yükleniciden dönme yerine, ayıpsız başka bir eser yapmasını isteyemez⁴⁸⁶.

4.3. İŞ SAHİBİNİN AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (ONARIM HAKKI)

4.3.1 Genel Olarak

Sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek derecedeki ayıbın varlığı halinde iş sahibine tanınmış seçimlik haklardan biri, ayıplı kısmın bedelsiz olarak onarılmasını istemektir⁴⁸⁷. Ayıbın giderilmesi, yüklenicinin eserin ayıplı olmasından dolayı kısmen başarısız ifa girişimini, düzeltmek uygun hale getirmek onarma çalışmaları yapması şeklinde tanımlanabilir. Ayıbın giderilmesi, çoğunlukla ayıplı eserin ya da parçalarının onarılması veya düzeltilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁸. Bu husus TBK m. 475/I, b.3 maddesinde “*Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklarını kullanabilir: ...3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

⁴⁸² ŞAHİNİZ s 164

⁴⁸³ EREN, Borçlar Özel s. 649

⁴⁸⁴ EREN, Borçlar Özel s.650, TANDOĞAN s. 180

⁴⁸⁵ ACUN s. 68, TANDOĞAN s. 180

⁴⁸⁶ EREN, Borçlar Özel s. 649, ŞAHİN s. 145

⁴⁸⁷ EREN, Borçlar Özel s.650

⁴⁸⁸ ŞAHİN s. 145, ŞENOCAK s. 36

4.3.2. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı hukukî niteliği itibariyle doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın olan bizim de katıldığımız görüşe göre ayıbın giderilmesi hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir⁴⁸⁹. Bu hakkın yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bu hak bir defa kullanıldıktan sonra bu haktan dönülemeyeceği gibi şarta bağlı olarak da kullanılamaz⁴⁹⁰. İş sahibinin beyanı yükleniciye ulaştıktan sonra, iş sahibi ancak yüklenicinin muvafakati ile bu beyandan vazgeçebilir. Ayıbın giderilmesi hakkı, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır. İrade beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına ulaştığında iş sahibiyle yüklenici arasında onarım hakkı doğar⁴⁹¹. Bu anlamda iş sahibinin eserin ayıplı olması durumunda sahip olduğu diğer seçimlik haklardan hukukî nitelik bakımından farklılık arz etmez. Bu hakkın kullanılabilmesi şekle tâbi değildir. Bu anlamda bu hakkın yazılı veya sözlü olarak kullanılması mümkündür. Tarafların tacir olması da bu sonucu değiştirmez. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kabulüne ya da mahkeme kararına ihtiyaç yoktur⁴⁹². İş sahibinin açacağı muhtemel bir davada, ayıbın giderilmesi verilecek hüküm tespit hükmü niteliğinde olur⁴⁹³.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise; ayıbın giderilmesini isteme hakkı bir alacak hakkıdır. Bu görüşe göre, ayıbın giderilmesinin talep edilmesi yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme yükümlülüğünün devamıdır⁴⁹⁴. Nitekim iş sahibi bu hak ile yükleniciden ediminin ifasını talep eder. Eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin talep ile yüklenici açısından yeni bir borç doğmaz. Bu borç, yüklenicinin eksiksiz ifa borcunun devamı niteliğinde olup, yüklenicinin ayıpsız eser teslim etme borcu, teslimle birlikte sona ermez. Bu görüşe göre, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğinde olmadığından, iş sahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullandığı takdirde, diğer seçimlik hakları olan sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları düşmez. Sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakkı, yüklenici tarafından fiilî olarak ayıp giderildiği anda düşer. İş sahibi ayıbın giderilmesi hakkını talep ettikten

⁴⁸⁹ BÜYÜKAY s. 139, EREN, Borçlar Özel s.651, GÜMÜŞ s. 63, ŞENOCAK s.37, TANDOĞAN s. 192, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463

⁴⁹⁰ KIRMIZI s. 243, ŞENOCAK s. 39

⁴⁹¹ BÜYÜKAY s. 140, EREN, Borçlar Özel s.651, GÜMÜŞ s. 63 ŞENOCAK s.38-39

⁴⁹² KIRMIZI s. 243, ŞAHİNİZ s. 189, ŞENOCAK s. 38-39

⁴⁹³ KIRMIZI s. 243, ŞAHİNİZ s. 190, TANDOĞAN s. 196

⁴⁹⁴ BÜYÜKAY s. 139, SELİÇİ s. 173, ÖZ, Dönme s. 97

sonra, ancak yüklenici onarım borcunu yerine getirmediği takdirde diğer seçimlik haklarını kullanabilir⁴⁹⁵.

Ayıbın giderilmesine ilişkin masraflara kural olarak yüklenici katlanır⁴⁹⁶. Ancak bu kuralın hakkaniyet ilkesinden doğan istisnaları vardır. Örneğin, başlangıçta ayıpsız bir eser teslim edilse dahi iş sahibinin yapması gereken masraflar varsa, onarım sırasında da bu masraflar iş sahibine ait olacaktır. Masraf kavramı doğrudan ayıbın giderilmesine yönelik masraflar olduğu gibi, eşlik eden masrafları da kapsar⁴⁹⁷. Örneğin, bir evin mutfağındaki su borusunun patlak olması sebebiyle alt kata su sızması durumunda ayıbın giderilmesi için yapılacak masraf sadece su borusunun değişim değil, su borusunun değişimi için kırılacak fayansları da kapsayacaktır⁴⁹⁸. Aynı şekilde, ayıbın giderilmesi için iş sahibinin ifa yardımcılarının da çalışması gerekiyorsa yüklenici bunları da üstlenmek zorundadır⁴⁹⁹.

4.3.3. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Koşulları

İş sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebilmesi için, diğer seçimlik haklar için geçerli olan genel şartlar dışında, eserdeki ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesi özel şartlarını da taşıması gerekmektedir⁵⁰⁰.

4.3.3.1. Eserdeki Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması

Ayıbın giderilmesi talebinin kullanılması için, ayıbın giderilmesinin mümkün olması şartının, madde metninde açıkça ifade edilmemiş olsa bile, aranmaktadır⁵⁰¹. Ayıbın giderilmesinin tamamen imkansız olması durumuna uygulamada pek fazla rastlanmaz. Buna karşılık, ayıbın giderilmesine ilişkin olarak kısmi imkansızlık daha sık rastlanır bir durumdur. Kısmi imkansızlıktan anlaşılması gereken, ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olmasıdır. Bu ifadeye göre, eser sözleşmede kararlaştırılan niteliklere tamamen uygun hale getirilmese bile, eserin ayıbın giderilmesinden sonraki durumu, ayıbın giderilmesi çalışmalarına başlanmadan

⁴⁹⁵ BÜYÜKAY s. 139, ŞENOCAK s. 39, TURANBOY s. 175, ÖZ, Dönme s. 97

⁴⁹⁶ GÜMÜŞ s. 68, ŞENOCAK s. 40, UÇAR s. 197

⁴⁹⁷ GÜMÜŞ s. 68, KIRMIZI s. 247, KOSTAKOĞLU s. 454, TANDOĞAN s.194-195

⁴⁹⁸ GÜMÜŞ s. 68

⁴⁹⁹ ŞAHİNİZ s. 195

⁵⁰⁰ ARAL/AYRANCI s. 409, BÜYÜKAY s. 140, EREN, Borçlar Özel s.651, ŞENOCAK s. 148, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463, ZEVLİLER/GÖKYAYLA s. 530

⁵⁰¹ BÜYÜKAY s. 140, GÜMÜŞ s. 67, ŞENOCAK s. 148

önceki haline kıyasla sözleşmeye daha uygundur⁵⁰². Bu tür bir durumda iş sahibi ayıbın giderilmesine ilaveten, eserin kısmen giderilemeyen ayıpları için de bedelden indirim yapılmasını talep edebilir⁵⁰³. İş sahibi kısmi imkansızlık halinde, ayıbın giderilmesini ve bedelden indirim yapılmasını isteme hakkını ve bu şekilde kümülatif olarak kullanmak yerine, şartları varsa sözleşmeden dönme hakkını veya tek başına bedel indirimi yapılmasını isteme hakkını kullanabilir⁵⁰⁴.

4.3.3.2. Eserdeki Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Bir Masraf Gerektirmemesi

İş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı, TBK m. 475/I, b.3'te ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesi şartına tabi kılınmıştır. Buna göre, iş sahibi ayıbın giderilmesini talep etmiş olsa bile, yüklenici, bu talebin yerine getirilmesi somut olayda aşırı masraf yapılmasını gerektiriyorsa ayıbı gidermekten kaçınabilir⁵⁰⁵.

Ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı menfaat ile yüklenicinin bu menfaati sağlamak için yapmak zorunda kaldığı masraflar arasında açık oransızlık varsa, bu aşırılık şartı gerçekleşmiş olur⁵⁰⁶.

Ayıbın giderilmesine ilişkin masrafların aşırı olup olmadığını, yani iş sahibinin eserdeki ayıpların giderilmesini isteyip isteyemeyeceği konusunda ortaya çıkan anlaşmazlık durumunda hakim, takdir hakkını kullanarak somut olayın özelliklerine göre durumu değerlendirecek ve taraflar arasındaki çıkar dengesi bu suretle sağlanacaktır⁵⁰⁷.

Ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, doğrudan doğruya ayıbı gidermeye ilişkin yapılan masraflar değil, ayıbın giderilmesi çalışmaları için yapılan zorunluk hazırlık ve eski hale getirme masrafları gibi eşlik eden masraflar da dikkate alınır⁵⁰⁸. Örneğin, bir evin mutfağındaki su borusunun patlak olması sebebiyle alt kata su sızması durumunda ayıbın giderilmesi için yapılacak

⁵⁰² ŞENOCAK s. 149

⁵⁰³ DUMAN s. 839, ŞENOCAK s. 149

⁵⁰⁴ ŞENOCAK s. 149

⁵⁰⁵ ARAL/AYRANCI s. 409, KARAHASAN s. 290, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 472, ŞENOCAK s. 149, TURANBOY s. 173

⁵⁰⁶ ARAL/AYRANCI s. 409, GÜMÜŞ s. 68, ÖZ, Dönme s. 97, ŞAHİNİZ s. 142

⁵⁰⁷ ŞENOCAK s. 149, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel s. 472

⁵⁰⁸ ŞAHİNİZ s. 192, ŞENOCAK s. 151

masraf sadece su borusunun değişim değil, su borusunun değişimi için kırılacak fayansları da kapsayacaktır⁵⁰⁹.

Eserdeki ayıbın giderim masraflarının aşırı olduğunu ispat yükü yükleniciye aittir. Yüklenici, kendisine açılan davada iddiasına dayanak teşkil eden maddi vakıaları ispat etmek zorundadır. Eğer yüklenici, iş sahibinin ayıbın giderilmesine ilişkin talebine açık veya örtülü şekilde onay verdiği takdirde, bundan sonra yapacağı masrafların aşırı olacağını iddia ederek ayıbı gidermekten kaçınmaz⁵¹⁰.

4.3.4. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Ayıbın giderilmesini talep etme hakkının hukukî sonuçları, ayıbın giderilmesinin “*alacak hakkı*” veya “*yenilik doğuran hak*” olarak kabul edilmesine göre farklılık gösterir.

Ayıbın giderilmesinin alacak hakkı olarak kabul edilmesi hâlinde, bu hakkın kullanılması ile birlikte, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklar düşmeyecektir. İş sahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullanmaktan vazgeçip diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Ayıbın giderilmesi borcunun yüklenici tarafından ifa edilmesi ile birlikte ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklar düşecektir⁵¹¹.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi hâlinde ise, bu hakkın kullanımı ile diğer seçimlik haklar düşecektir. Bu hak iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı ile kullanılır⁵¹². Ancak yüklenici ayıbı giderme reddederse, zamanında onarıma başlamazsa veya eseri yine ayıplı olarak teslim ederse, iş sahibi dönme ve bedelden indirim haklarını kullanabilecektir⁵¹³. İş sahibinin eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin yenilik doğuran hakkını kullanmasıyla birlikte yüklenici eserdeki ayıbı ücret talep etmeksizin onarma borcu altına girer. Yüklenicinin bu borcu hakkında, eser sözleşmesine ile ilgili kanunda mevcut olan özel hükümlerin alanına girmediği ölçüde, TBK'nın borçların ifasına ve ifa edilmemesine ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulur.

⁵⁰⁹ ŞENOCAK s. 151

⁵¹⁰ ŞAHİNİZ s. 192-193, ŞENCAOK s. 154, TURANBOY s. 173

⁵¹¹ TURANBOY s. 175

⁵¹² BÜYÜKAY s. 140, ŞAHİNİZ s. 189

⁵¹³ BÜYÜKAY s. 140, KARAHASAN s. 290

Yüklenicinin onarım borcunun içeriğini, eserde var olan ayıpların giderilmesi, eserin sonradan sözleşmede belirlenen ve olması gereken niteliklere uygun hale getirilmesi oluşturur. Bu nedenle, iş sahibi ayıbın giderilmesi sonucu, kendisini başlangıçta ayıpsız bir eser teslim edilmiş olsaydı içinde bulunacağı durumdan ne daha iyi, ne de daha kötü bir hale sokulmalıdır⁵¹⁴. Bu açıdan, yüklenici ayıbın giderilmesi borcunu ifa ederken, eserin sözleşmede kararlaştırılan ve olması gereken niteliklere uygun hale gelmesi için nasıl bir çalışma yapılması gerekiyorsa onu yapmak zorundadır ve çalışmalarını özenle ifa etmelidir. Ayıbın giderilmesi için nasıl bir çalışma yapılması gerektiği yüklenicinin sorumluluğundadır ve izlenecek yöntem konusunda karar verme yetkisi yükleniciye aittir. İş sahibi, aralarında aksine bir anlaşma olmadıkça, yükleniciye nasıl bir çalışma yapılması gerektiği yönünde talimat veremez⁵¹⁵. Bu çerçevede, eserdeki ayıbı giderilmesi için yapılacak masraflar kendisine ait olan yüklenici, eserin tesliminden sonra, örneğin enflasyona bağlı olarak meydana gelen masraf artış tehlikesini de kendisi taşır. Buna karşılık iş sahibi de, ayıplı eser teslimini öne sürerek, sözleşmede belirtilmemiş değişiklikler yapılmasını isteme hakkına sahip değildir. Böyle bir talep, iki taraf arasında yapılacak bir anlaşmayla sözleşmede değişiklik yapılmasını gerektirir⁵¹⁶.

İş sahibi, yüklenicinin eserdeki ayıpları gidermekten kaçınması veya verilen uygun süre içinde eserdeki ayıpları giderecek durumu olmaması durumunda TBK m.113/I hükmü uyarınca giderler yükleniciye ait olmak üzere eserdeki ayıbın giderilmesini üçüncü bir kişiye yaptırabilir⁵¹⁷. Bu hakkın kullanılması için mahkemeden karar alınıp alınmaması hususta doktrinde farklı görüşler vardır. Doktrindeki bir görüşe göre, bu hakkın kullanılması için hakimnin izninin alınması şarttır⁵¹⁸. Zira mevcut durumda eser teslim edilmiş ve bu halde eserin sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklere aykırı olarak meydana getirilmesinde engellenmesi gereken acil bir durumdan bahsedilemez⁵¹⁹. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, bu hususta TBK m.473/II hükmü kıyasen uygulanacağından mahkeme kararına ihtiyaç

⁵¹⁴ ŞAHİNİZ s. 193, ŞENOCAK s. 156

⁵¹⁵ DUMAN s. 842, ŞAHİNİZ s.194, ŞENOCAK s. 156, UÇAR s. 197-198

⁵¹⁶ ŞAHİNİZ s.194, ŞENOCAK s. 156

⁵¹⁷ ARAL/AYRANCI s. 409-410, BÜYÜKAY s. 140, EREN, Borçlar Özel s. 651, ŞAHİNİZ s. 199

⁵¹⁸ TANDOĞAN s. 200, UÇAR s. 205

⁵¹⁹ ŞENOCAK s. 197

bulunmamaktadır⁵²⁰. Bu görüşe göre, ayıbın üçüncü bir kişiye onarımının yaptırılması ya da eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi imkanı, kanun koyucu tarafından eserde mevcut ayıpların doğması muhtemel diğer ayıplar ve büyüme tehlikesi olan zararların bir an önce engellenmesi amacıyla iş sahibine tanınmıştır⁵²¹.

İş sahibi yükleniciden eserdeki ayıbın gidermesini isteyince, yüklenici vakit kaybetmeden eserdeki onarma ve düzeltme çalışmalarına başlamak ve normal bir yükleniciden objektif olarak beklenebilen bir süre içinde bu çalışmalarını tamamlamalıdır⁵²². Yüklenici objektif olarak beklenen süre içerisinde e eserdeki ayıbı giderme çalışmalarını tamamlayamaz ve eseri uygun bir şekilde teslim etmezse iş sahibi borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Buna göre iş sahibi yükleniciyi ihtarla temerrüde düşürebilir, eğer iş sahibi ayıbın giderilmesi için yükleniciye uygun bir süre vermişse, burada TBK m. 117/II hükmü kıyasen uygulanacak, yüklenici bu süre sonunda ihtara gerek olmadan temerrüde düşecektir⁵²³. Yüklenici ayıbı giderme çalışmalarına zamanında başlamazsa veya geciktirirse veya iş sahibinin kusuru olmaksızın bu çalışmanın zamanında bitirilemeyeceği anlaşılırsa, TBK m. 473/II hükmü kıyasen uygulanır ve iş sahibi yükleniciyi sürenin dolmasından önce temerrüde düşürebilir⁵²⁴.

İş sahibi temerrüde düşen yükleniciye TBK m. 123 gereğince uygun bir süre verir ve bu sürenin sonunda TBK m. 125/II'deki seçimlik hakları eser sözleşmesine ilişkin özellikleri göz önünde tutmak kaydıyla kullanabilir⁵²⁵. Buna göre iş sahibi süre vermeye gerek duymadan, her zaman aynen ifayı(eserdeki ayıpların giderilmesini) ve gecikme tazminatı ödenmesini talep edebilir. Ayrıca TBK m.125/II'de öngörülen aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkını ve menfi zararının tazminini talep edebilir. Ancak iş sahibi dönme hakkını TBK m. 475/I b.1 çerçevesinde kullanabilir⁵²⁶. Aynı şekilde, yüklenici de eserdeki ayıpların oluşmasında kusuru olmadığını kanıtlayarak müspet zararın tazmininden

⁵²⁰ ARAL/AYRANCI s. 410, EREN, Borçlar Özel s. 651

⁵²¹ ŞAHİNİZ s. 199, ŞENOCAK s. 197

⁵²² ARAL/AYRANCI s. 410, KIRMIZI s. 246, UÇAR s. 201

⁵²³ ARAL/AYRANCI s. 410, KIRMIZI s. 246, ŞAHİNİZ s. 198, UÇAR s. 203

⁵²⁴ ARAL/AYRANCI s. 410, UÇAR s. 203

⁵²⁵ ARAL/AYRANCI s. 410, GÜMÜŞ s. 68, ŞAHİNİZ s. 198

⁵²⁶ ARAL/AYRANCI s. 410, GÜMÜŞ s. 68, ŞAHİNİZ s. 198-199

kurtulabilir, böylece iş sahibi tekrar bedelden indirim yapılmasını isteme hakkını elde eder⁵²⁷.

Yüklenici eserdeki çalışmalarını tamamlamasına rağmen eseri yine ayıplı olarak teslim ederse iş sahibi tekrar TBK m. 475’de öngörülen seçimlik hakları elde edecektir; ancak bu hakların kullanılması için gözden geçirme ve ayıbı bildirim külfetini yine yerine getirmesi gerekir⁵²⁸.

4.4. İŞ SAHİBİNİN BEDEL İNDİRİMİ YAPILMASINI İSTEME HAKKI

4.4.1. Genel Olarak

Meydana getirilen eserdeki ayıp, sözleşmeden dönme hakkına imkan verecek derecede önemli olmadığı takdirde, yani eserdeki ayıp iş sahibinin eseri kullanabileceği ya da dürüstlük kuralı gereğince kabul edebileceği ölçüde ise, iş sahibi, eserin değerindeki eksiklik oranında bedelin indirilmesini talep edebilir⁵²⁹. Bu husus TBK m. 475/I b.2 maddesinde “*Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklarını kullanabilir: ...2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim istememe*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Buna göre; bedelden indirim yapılabilmesi için, ayıp sebebiyle eserin değerinde bir eksiklik meydana gelmiş olmalıdır. Eserdeki değer eksikliği, ayıplı olarak teslim edilen eser ile ayıpsız olarak teslim edilseydi eserin taşıyacağı arasındaki farktır. Diğer bir ifadeyle, ayıpsız olarak düşünülen eserin mal varlığı açısından ayıplı eserden daha değerli olması söz konusudur⁵³⁰.

4.4.2. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması

Bedel indirimi hakkı, yenilik doğuran hak niteliğindedir⁵³¹. Bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla iş sahibinin sözleşmeden dönme ve ayıbın giderilmesini

⁵²⁷ ARAL/AYRANCI s. 410, ŞAHİNİZ s. 198-199

⁵²⁸ ARAL/AYRANCI s. 410-411, GÜMÜŞ s. 68, KIRMIZI s. 246-247, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 531

⁵²⁹ ARAL/AYRANCI s. 408, BÜYÜKAY s. 142, EREN, Borçlar Özel s.651, TURANBOY s. 171, UÇAR s. 185

⁵³⁰ ARAL/AYRANCI s. 408, EREN, Borçlar Özel s.651, TURANBOY s. 171

⁵³¹ BÜYÜKAY s. 142, DUMAN s. 833, KIRMIZI s. 237, ÖZ, Dönme s. 95, SELİÇİ s. 168, UÇAR s. 186

isteme hakları ortadan kalkacaktır⁵³². Bu hak yükleniciye varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılır. İş sahibi, ücretten indirim hakkını kullandıktan sonra tek taraflı olarak bu beyanını geri alamaz. Bedelden indirim isteme hakkının kullanılması için öngörölmüş bir şekil kuralı yoktur ve bu hakkın kullanımı açık ya da örtülü irade beyanıyla gerçekleştirilebilir⁵³³. Tacirler arasında yapılacak bedelden indirim isteme beyanı da, TTK m. 18/III'te sayılan hallerden olmadığından burada öngörölmüş şekil koşuluna tabi olmaz⁵³⁴. Ancak çalışmada daha önce de yer verildiği üzere, taraflar arasında çıkabilecek ihtilaflarda ispat kolaylığı sağlaması açısından bu hakkın noterden yazılı şekilde kullanılması iş sahibinin yararına olacaktır.

Bedel indirimi hakkı dava dışında(iş sahibinin karşı tarafa yöneltilen tek taraflı irade beyanıyla kullanılabileceği gibi, dava yoluyla da kullanılabilir. Dava yoluyla kullanılması halinde, hakimin bu hakkın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ya da şartları gerçekleşmiş ise bedelden hangi tutarda indirim yapılması gerektiği hususunda vereceği karar yenilik doğuran bir karar olmayıp, tespit niteliğindedir⁵³⁵.

4.4.3. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Koşulları

Bedel indirimi yapılmasını isteme hakkının kullanılması için kanunda özel bir şart aranmamaktadır. Böyle olmakla birlikte doktrinde hakim olan görüşe göre, iş sahibinin bedelden indirim seçimlik hakkını kullanabilmesi için genel şartlarla birlikte özel şartların bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Özel şartlardan ilki, ayıp nedeniyle eserde kıymet noksanının meydana gelmesi; ikincisi, ayıp sonucu eserin değerini tamamen kaybetmemiş olması, eserin az ya da çok bir değer taşımasıdır⁵³⁶.

4.4.3.1. Eserin Ayıp Nedeniyle Kıymet Noksanının Meydana Gelmesi

İş sahibinin bedelden indirim yapılmasını isteme hakkının kullanılması için eserdeki ayıbın eserde değer kaybına neden olması gerekir. Eserdeki kıymet noksanı, ayıplı olarak teslim edilen eser ile ayıpsız olarak düşünölen eser arasındaki farktır. Başka bir ifadeyle, burada, ayıpsız olarak düşünölen eserin malvarlığı açısından ayıplı

⁵³² DUMAN s. 833-834, UÇAR s. 186

⁵³³ BÜYÜKAY s. 142, ŞENOCAK s. 57-58, TURANBOY s. 171, UÇAR s. 186, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 462

⁵³⁴ ŞAHİNİZ s. 177, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁵³⁵ ŞAHİNİZ s. 176-177, ŞENOCAK s. 58

⁵³⁶ KIRMIZI s. 238, ŞAHİN s. 147, ŞENOCAK s. 58, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.463-464

eserden daha değerli olması söz konusudur⁵³⁷. Eserdeki değer kaybı objektif değere göre belirlenir. Yani kıymet noksanı, eserin iş sahibi ya da yüklenici için arz ettiği subjektif değer değil, satış(piyasa) değerine göre belirlenir⁵³⁸. Kıymet noksanının belirlenmesinde açık ayıplarda eserin teslimi anındaki, gizli ayıplarda ise ayıbın oraya çıktığı andaki piyasa rayıçları dikkate alınmalıdır⁵³⁹.

Eser ayıplı olmasına rağmen objektif değerinde hiçbir eksilme yoksa, iş sahibinin bedelden indirim hakkını kullanıp kullanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre eser ayıplı olmasına rağmen objektif değerinde bir eksilme yoksa iş sahibi bedelden indirim hakkını kullanmayacaktır⁵⁴⁰. Örneğin meydana getirilen eser sözleşmeyle kararlaştırılan renkten başka bir renge boyanmışsa, eseri ayıplı fakat objektif değerinde bir azalma olmadığında, bedelde indirim istenemeyecek, ayıbın giderilmesi ve sözleşmeden dönme hakları kullanılabilir⁵⁴¹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, böyle bir durumda bedel indirimi hakkı kullanılabilir. Kanunda da bu hakkın talep edilmesini engelleyecek bir hüküm mevcut değildir. Ayrıca iş sahibi bedelden indirim yapılmasını tercih etmekte ve bu hak somut olayda iş sahibinin menfaatine uygun olabilir bu sebeple iş sahibinin bu yararı elde etmesine engel olmanın haklı bir gerekçesi de yoktur. Bu görüşe göre, burada eserin objektif değerinde bir azalma olmadığından, bedel indiriminin tutarı, ayıbın giderilmesi için gerekli olacak malzeme ve işçilik masrafları tutarına uygun bir bedel indirimi olacaktır⁵⁴².

4.4.3.2. Eserdeki Ayıp Nedeniyle Eserin Tamamen Değersiz Hale Gelmemesi

İş sahibinin bedel indirim hakkının kullanılabilmesi için ayıplı eserin tamamen değersiz olmaması, az çok bir değerinin bulunması gerekir. Ayıplı eserin değerinin kalmadığı durumda iş sahibi yükleniciye bedel ödemekle yükümlü olmayacaktır. İş sahibi, eserdeki ayıbın kendisine sözleşmeden dönme hakkı verecek derecede önemli olması halinde de bedelin indirilmesini talep edebilir. Ancak ayıplı eserin objektif olarak değerini tamamen kaybettiği hallerde, satış sözleşmesine ilişkin TBK. m. 227

⁵³⁷ ARAL/AYRANCI s. 408, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529, UÇAR s. 188

⁵³⁸ ARAL/AYRANCI s. 408, EREN, Borçlar Özel s. 650, GÜMÜŞ s. 67, ŞENOCAK s.59, TANDOĞAN s. 188, UÇAR s. 188

⁵³⁹ DUMAN s. 835, UÇAR s. 189

⁵⁴⁰ ÖZ, Dönme s. 96-97, TANDOĞAN s. 189, UÇAR s. 188

⁵⁴¹ SELİÇİ s. 166, TANDOĞAN s. 189, UÇAR s. 188

⁵⁴² ŞAHİNİZ s. 173, UÇAR s. 189

b.4'e kıyasen iş sahibinin sadece dönme hakkı kullanılabilceği kabul edilmektedir⁵⁴³. Yine bedelden indirilecek tutarın bedele eşit olduğu durumlarda da bedel indirim hakkı kullanılamayacak, dönme hakkının kullanılması gerekecektir⁵⁴⁴.

4.4.4. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması

Yapılacak bedel indiriminin nasıl yapılacağına ilişkin olarak kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulama ve doktrine bakıldığında, bedelden indirilecek tutarın hesaplanmasında kullanılacak dört yöntem olduğu görülmektedir. Bunlar tazminat yöntemi⁵⁴⁵, nisbi yöntem(nisbi metod), mutlak yöntem(mutlak metod)⁵⁴⁶, maliyete göre hesaplama⁵⁴⁷ yöntemidir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, bedelden indirilecek miktarın hesabı, satış sözleşmesindeki nisbi metoda göre yapılır⁵⁴⁸. Bu yöntemde, eserin ayıpsız halinin taşıyacağı değer ile ayıplı halinin taşıdığı değer arasında orantı kurulmakta, bu orantı sözleşmede belirlenen veya kanuna göre tayin edilen bedele uygulanarak indirilecek bedel saptanmaktadır⁵⁴⁹. Eserin değerinin eksikliği, yüklenicinin ayıplı olarak teslim ettiği eser ile ayıpsız olması gereken eser arasındaki farkın karşılığıdır⁵⁵⁰. Eserin değerinin belirlenmesinde eserin objektif değeri esas alınmalıdır. Bu objektif esas değer eserin iş sahibi veya yüklenici için arz ettiği değer değil, eserin piyasa değeri ya da satış değeridir⁵⁵¹.

Buna göre;

$$\text{İndirilmiş Bedel} = \frac{\text{Kararlaştırılan Bedel x Eserin Ayıplı Değeri}}{\text{Eserin Ayıpsız Değeri}}$$

⁵⁴³ ARAL/AYRANCI s. 408, EREN, Borçlar Özel s. 650, ŞAHİN s. 147-148, ŞAHİNİZ s. 172, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463

⁵⁴⁴ ARAL/AYRANCI s. 408, TANDOĞAN s. 189, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463

⁵⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. ŞAHİNİZ s. 177-178-179

⁵⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. ŞAHİNİZ s. 180-181

⁵⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. ŞAHİNİZ s.181

⁵⁴⁸ ARAL/AYRANCI s. 408-409, EREN, Borçlar Özel s. 650, GÜMÜŞ s. 67, ŞENOCAK s. 62, TANDOĞAN s. 191, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 530

⁵⁴⁹ ARAL/AYRANCI s. 408-409, EREN, Borçlar Özel s. 650, GÜMÜŞ s. 67, UÇAR s. 190, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463

⁵⁵⁰ ŞENOCAK s. 58, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529

⁵⁵¹ ARAL/AYRANCI s. 408-409, GÜMÜŞ s. 67, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 529-530

formülü ile bulunur⁵⁵².

Örneğin; ayıplı haliyle 600.000,00 TL değerindeki bir makine ayıpsız olsaydı 800.000,00 TL piyasa değerine sahip olacak ise ve sözleşmedeki bedel 400.000,00 TL ise yukarıdaki formül uygulanarak;

$$\text{İNDİRİLMİŞ BEDEL} = \frac{400.000,00\text{TL} \times 600.000,00\text{ TL}}{800.000,00\text{ TL}}$$

indirilmiş yeni bedel 300.000,00 TL olarak bulunacaktır⁵⁵³. (İndirilen miktar 100.000,00 TL)

Yargıtay da konuya ilişkin kararında, “Mahkemece yapılması gereken iş, yukarıda açıklanan genel kural ve ilkelere göre yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde yeniden keşif de yapılarak alınan raporlar arasındaki ayıpla ilgili çelişkiyi de giderecek biçimde ve davalı-birleşen dosya davacısı iş sahibi tarafından eser reddedilmeyerek birleşen davada ayıpların giderim bedeli ile ilgili dava açıldığı dikkate alınarak ayıbın niteliği, giderim bedeli ve bedelde indirim gerekiyorsa indirimi gereken bedel konusunda nispi metot uygulaması diye adlandırılan

Kararlaştırılan Ücret x Ayıplı Ücret

$$\text{Ödenecek İndirilmiş Ücret} = \frac{\text{Kararlaştırılan Ücret} \times \text{Ayıplı Ücret}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

yöntemine göre birleşen davada ayıbın giderim bedeli ya da tenzili gereken bedel konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp değerlendirilerek...” kararıyla bedelden indirilecek miktarın hesabının nisbi metoda göre yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁵⁴.

4.4.5. Bedel İndirimi Yapılmasını İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

İş sahibi, eserin ayıplı olacağını bilmediği için indirilmiş bedelden daha fazlasını iş sahibine ödediği takdirde, indirim beyanı yükleniciye ulaşınca, yüklenici aldığı fazladan bedeli faizi ile birlikte iş sahibine ödemekle yükümlüdür⁵⁵⁵. Bu faiz,

⁵⁵² ARAL/AYRANCI s. 409, TANDOĞAN s. 191, TURANBOY s. 172, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.460

⁵⁵³ ŞAHİNİZ s. 180

⁵⁵⁴ Y.15HD. , 20.01.2020 T, 2019/1698 E., 2020/120 K. sayılı kararı, Sinerji Mevzuat

⁵⁵⁵ GÜMÜŞ s. 66, ŞAHİNİZ s. 176, ŞENOCAK s. 57, TANDOĞAN s. 187

aksi taraflarca karşılaştırılmamışsa 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun birinci maddesindeki yasal faiz oranı üzerinden, ticari işlerde ise iş sahibinin talebiyle T.C. Merkez Bankasının avans faizi oranı üzerinden hesaplanır⁵⁵⁶. İş sahibine tanınan bu hak sözleşmeden kaynaklanır ve TBK m. 478' deki zamanaşımı sürelerine tâbidir. İş sahibinin bu hakkı sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kaynaklamaz ve sebepsiz zenginleşmenin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri de bu hâlde uygulama alanı bulamayacaktır⁵⁵⁷.

Arsa payı kat karşılığı sözleşmelerinde bedel indirim miktarının nasıl belirleneceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre yüklenicinin bedel indirim hakkının kullanılması halinde, iş sahibince yükleniciye devredilecek arsa paylarının düşen değeri oranında indirim söz konusu olacaktır⁵⁵⁸. Yani bedel indirim hakkının kullanılmasıyla, yükleniciye verilecek arsa payı ve bağımsız bölümler ayıp oranında azalacaktır. Eğer indirilecek bedel, bağımsız bölüm adetine denk gelmezse bu halde yüklenici ve iş sahibi arasında bağımsız bölümler üzerinde paylı mülkiyet kurulacaktır⁵⁵⁹. Doktrindeki diğer görüşe göre, arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla, sözleşmeyle yükleniciye ayrılan arsa payının ayıp oranında indirilmesi mümkün olmayıp, arsa sahibi değer düşüklüğünü para olarak talep edebilecektir⁵⁶⁰.

4.5. İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT İSTEME HAKKI

4.5.1. Genel Olarak

TBK. m. 475/II hükmü gereğince, ayıplı eser tesliminden dolayı iş sahibi, yükleniciden sözleşmeden dönme, ücretten indirim veya eserin onarılmasını isteme haklarını yanında ayrıca ayıplı eserin sebep olduğu zararın tazminini de isteyebilir⁵⁶¹. Burada bahsedilen genel hükümler ile TBK m. 112 hükmü kastedilmektedir. TBK m. 112 hükmü sözleşme ihlalden doğan sorumluluğun temel kuralını düzenlemektedir⁵⁶². Zararın tazminini isteme hakkı, seçimlik hakların yerine geçen

⁵⁵⁶ ŞAHİNİZ s 176

⁵⁵⁷ ÖZ, Dönme s. 96, SELİÇİ s. 168

⁵⁵⁸ DUMAN s. 830-831, ŞAHİNİZ s. 174, ÖZ, Dönme s. 96

⁵⁵⁹ ŞAHİNİZ s. 174

⁵⁶⁰ SELİÇİ s. 170

⁵⁶¹ ARAL/AYRANCI s. 411, EREN, Borçlar Özel s. 652, ŞAHİN s. 148

⁵⁶² ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 1. Baskı, İstanbul 2017 s. 193, GÜMÜŞ s. 69

seçimlik bir hak değil, bilakis onlarla birlikte istenebilen, onlara eklenen(kümülatif) bir haktır⁵⁶³.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesi için, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, tazminat istenebilmesi için iş sahibinin ayıbı yükleniciye zamanında ihbar etmesi gerekir⁵⁶⁴. Doktrindeki ve bizimde benimsediğimiz diğer görüşe göre, TBK m. 112 hükümlerine başvurulabilmesi için gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü aranmadığından, iş sahibi bu yükümlülükleri yerine getirmese de veya bu yükümlülükleri yerine getirmeden de tazminat talebinde bulunabilecektir⁵⁶⁵.

İş sahibi dilerse, kullandığı seçimlik hakla birlikte genel hükümlere göre tazminat talep edebileceği gibi sadece tazminat isteme hakkını da kullanabilir⁵⁶⁶. Ancak iş sahibi bu tazminat talebine ayıptan doğan diğer hakların yerini almak üzere başvuramayacaktır⁵⁶⁷.

4.5.2. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kavramı

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, eserde bulunan ayıptan kaynaklanan ve iş sahibinin sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarını kullanmasına rağmen giderilemeyen, ayıp ile arasında uygun illiyet bağı bulunan zarardır⁵⁶⁸. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararda dikkat edilecek husus, zararın yüklenicinin kusuru sonucunda eserde değil ve fakat iş sahibinin eser dışındaki diğer mal veya şahıs varlığı değerlerinde bir zarara sebebiyet vermesidir. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, yüklenicinin yardımcılarının davranışından ileri gelmesi halinde, TBK m. 116 uyarınca kusursuz sorumluluk söz konusu olur⁵⁶⁹.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, yeni inşa edilen evin ayıbı giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, ayıplı makinenin onarımı sırasında işlemedeki üretimin

⁵⁶³ ARAL/AYRANCI s. 411, BÜYÜKAY s. 144, EREN, Borçlar Özel s. 652, GÜMÜŞ s. 69, ŞENOCAK s.64, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.463

⁵⁶⁴ EREN, Borçlar Özel s. 652

⁵⁶⁵ GÜMÜŞ s. 69, ŞAHİNİZ s. 207, ŞENOCAK s. 68, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 552

⁵⁶⁶ ŞAHİN s. 149, ŞENOCAK s. 64

⁵⁶⁷ ŞAHİN s. 149, ŞAHİNİZ s. 207

⁵⁶⁸ ŞAHİN s. 149, ŞENOCAK s. 65, TANDOĞAN s. 204, TURANBOY s. 177, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.463

⁵⁶⁹ ARAL/AYRANCI s. 412, GÜMÜŞ s. 69

durmasından doğan kar kaybı gibi kar mahrumiyeti biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, iş sahibinin uzman bir kişiye eseri incelettirmek için yaptığı masraf, ayıplı bir duman borusunun yangına ve hasara sebep açması veya ayıplı merdivenin bunu kullananın bacağının kırılmasına ve tedavi masraflarına sebep olması, ayıp sebebiyle iş sahibinin hammaddelerinin yanması, gibi fiili zarar biçiminde de ortaya çıkabilir⁵⁷⁰.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar müspet zarar veya menfi zarar olabilir. Tazmin edilecek zararın menfi zarar mı, yoksa müspet zarar mı olacağı hususu, hangi seçimlik hakkın kullanıldığına bağlıdır⁵⁷¹. İş sahibinin hangi seçimlik haklara hangi tür zarar kalemlerini talep edebileceği konusuna çalışmanın devamında değinilecektir.

Ayıp zararı ise, ayıplı eserin değeri ile eser ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer arasındaki fark ayıp zararını oluşturur⁵⁷². Ayıp zararı kavramının içinde ayıbı takip eden zarar yer almadığı gibi, ayıbı takip eden zarar da ayıp zararını kapsamaz. Ayıp zararı, iş sahibinin sözleşmeyle öngördüğü değerde bir eser elde etmesinin ve bu eserle menfaatinin ihlal edilmesine yol açar. Ayıp zararı iş sahibine tanınmış olan seçimlik hakların kullanılması ile birlikte tazmin edilmiş olmaktadır⁵⁷³.

4.5.3. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkının Şartları

İş sahibinin tazminat isteme hakkının şartları eserin ayıplı olması, iş sahibinin zarara uğramış olması, ayıplı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve yüklenicinin kusurlu olmasıdır⁵⁷⁴.

4.5.3.1. Eser Ayıplı Olmalıdır

İş sahibinin tazminat isteme hakkını kullanabilmesi için eser ayıplı olmalıdır. Eserin ayıplı olması ayrıntılı olarak incelenmiş olduğundan, tekrardan kaçınmak için burada sadece eserin ayıplı olma şartına değiniyoruz.

4.5.3.2. İş Sahibi Zarara Uğramış Olmalıdır

TBK. m. 475/II'ye göre burada yalnız eserin ayıplı olmasından doğan zararın tazmini istenebilir. Bu zarar ve tazminata TBK. m. 112 uygulanmaz. Buna karşılık

⁵⁷⁰ ARAL/AYRANCI s. 411

⁵⁷¹ ŞENOCAK s. 67

⁵⁷² ŞAHİNİZ s. 203, ŞENOCAK s. 65

⁵⁷³ ŞENOCAK s. 65

⁵⁷⁴ EREN, Borçlar Özel s. 652

eserin ifa edilmemesinden, mesela eserin teslim edilmemesinden doğan zararların tazmininde TBK m. 112'ye dayanmak mümkündür⁵⁷⁵.

4.5.3.3. Ayıpla Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

Zarara, eserdeki ayıp sebep olmalı, eserde mevcut olan ayıpla ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Dolayısıyla, eserdeki ayıp, niteliği itibariyle somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Eserdeki ayıpla uygun illiyet bağı bulunmayan zararlar tazmin edilmez⁵⁷⁶.

4.5.3.4. Yüklenici Kusurlu Olmalıdır

TBK m. 475' de iş sahibine tanınan seçimlik hakların kullanılmasında yüklenicinin kusuru aranmasa da, yüklenici, ayıplı eserin sebep olduğu zararlardan kusur sorumluluğu devreye girmektedir. Dolayısıyla, ayıbın neden olduğu zarardan sorumlu olması için yüklenicinin kusurlu olması gerekir⁵⁷⁷. Burada akdi zarar söz konusu olduğu için yüklenici aleyhine kusur karinesi vardır. Yüklenicinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi, kusursuz olduğunu ispat etmesine bağlıdır. Yüklenici bu kusura, kasten sebep olabileceği gibi, ihmali davranışlarıyla da sebebiyet verebilir. İhmal, ister hafif ihmal ister ağır ihmal olsun, objektif nitelikte olmalıdır⁵⁷⁸.

Satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır. Kısaca doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı, zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan zarar, diğer zararlar ise dolaylı zararlar şeklinde yapılmaktadır⁵⁷⁹. Eserdeki zararlar uygun illiyet bağı içinde kusurlu olan yüklenici, iş sahibinin ayıplı eser teslimi nedeniyle uğramış olduğu hem doğrudan hem de dolaylı zararlarından sorumludur. Satış sözleşmesinde TBK m. 229'da yapılan doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımına ilişkin hüküm kıyasen de olsa burada uygulanamaz⁵⁸⁰. Diğer bir husus ise, TBK. m. 475/II uyarınca iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Buna göre, aynı satış

⁵⁷⁵ EREN, Borçlar Özel s. 652, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 531-532

⁵⁷⁶ EREN, Borçlar Özel s. 653, TURANBOY s. 177

⁵⁷⁷ EREN, Borçlar Özel s. 652, ŞAHİN s. 150, ŞENOCAK s. 67, TURANBOY s. 177, YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 463

⁵⁷⁸ EREN, Borçlar Özel s. 653

⁵⁷⁹ EREN, Borçlar Genel s. 529, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA s. 532

⁵⁸⁰ ARAL/AYRANCI s. 411, EREN, Borçlar Özel s. 653, ŞENOCAK s. 67, TURANBOY s. 178

sözleşmesinde olduğu gibi, eğer şartlar gerçekleşmişse, eser sözleşmesinde de ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel hükümlere göre sorumluluk hükümleri birbirleriyle yarışabilir. Aynı şekilde tazminat isteme hakkının haksız fiilden doğan sorumlulukla da yarışması mümkündür⁵⁸¹.

Bazı hallerde, yüklenicinin kusuru olmasa da, yüklenici ayıp sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumlu olabilir. Şöyle ki, eserdeki ayıp ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan zarar, yüklenicinin yardımcılarının davranışlarından kaynaklandığı takdirde, yüklenici TBK m. 116 hükmü uyarınca kusursuz olarak sorumlu olur⁵⁸². Bu durumda yüklenici, yardımcısının yerinde kendisi olsaydı da kusurlu sayılmayacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁵⁸³.

Yüklenicinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumluluğunu, onun kusurlu olması şartına bağlayan TBK m. 475/II, satış sözleşmesinden farklı olarak, bu hususta doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımı yapmamıştır. Ancak, ayıbı takip eden zararların yüklenicinin yardımcılarının davranışlarından ileri gelmesi halinde, TBK m. 116 uyarınca kusursuz sorumluluk söz konusu olur⁵⁸⁴.

Zararın tazmini bakımından, yüklenicinin kusurunun ispatı hususunda, TBK m. 112 hükmüne göre zararın tazmini bakımından yüklenicinin kusurlu olduğunu iş sahibi ispat etmek zorunda olmayıp; bilakis yüklenici kusursuz olduğunu ispat etmelidir. Buna karşılık öğretilerdeki diğer görüş yüklenicinin kusurunu ispat yükünün iş sahibine ait olduğu yönündedir⁵⁸⁵.

4.5.4. İş Sahibinin Tazminini Talep Edebileceği Zarar Kalemleri

İş sahibinin ayıbı takip eden zarar çerçevesinde müspet zararını mı menfi zararını mı talep edebileceği kullanılacak seçimlik hak doğrultusunda değişkenlik gösterecektir⁵⁸⁶. Ayıbın giderilmesi ve bedelin indirmesi talebi haklarının kullanılması halinde tarafların sözleşmeyle başlangıçta kararlaştırdığı edimler karşılıklı olarak yerine getirildiğinden, iş sahibinin tazminini talep edebileceği zararlar müspet zararlarıdır⁵⁸⁷. Buna karşın, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda iş

⁵⁸¹ EREN, Borçlar Özel s. 653-654

⁵⁸² ARAL/AYRANCI s. 412

⁵⁸³ EREN, Borçlar Özel s. 614

⁵⁸⁴ ARAL/AYRANCI s. 412, EREN, Borçlar Özel s. 653-654, ŞENOCAK s. 68

⁵⁸⁵ GÜMÜŞ s.70-71

⁵⁸⁶ GÜMÜŞ s. 70, ŞENOCAK s. 70

⁵⁸⁷ ŞAHİNİZ s. 210, ŞENOCAK s. 70

sahibi ifayı kabul etmediği için tazmin edilecek zarar müspet zarar değil menfi zarardır⁵⁸⁸. Çünkü iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması, sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan durumun yeniden sağlanmasına yönelik bir haktır. Buna göre iş sahibinin ayıp sonucu ortaya çıkan zarar çerçevesinde sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi ifasına olan menfaatinin temin edilmesini talep etmesi birbiriyle çelişki teşkil edecektir⁵⁸⁹.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte iş sahibinin tazminini talep edebileceği menfi zarar kalemlerine örnek olarak; sözleşmenin kurulması sırasında iş sahibinin yaptığı masraflar, sözleşmeden dönme ile iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıbı bildirmek için yaptığı masrafları ve özellikle yüklenicinin ayıbın varlığını kabul etmemesi ya da etmeyeceğinin anlaşılması üzerine TBK m. 474/II uyarınca yapılan bilirkişi(delil masrafı) masrafları, ayıplı eser teslimi nedeniyle üçüncü kişilere karşı görülen davalara ilişkin yargılama masrafları; iş sahibinin sattığı ayıplı eser nedeniyle üçüncü kişilere(kendi müşterilerine) ödemek zorunda kaldığı tazminat ve diğer ödemeler(örneğin cezai şart ödemesi); dönülen sözleşmeye güvenilerek iş sahibinin bir başka yüklenici ile daha karlı bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zararlar verilebilir⁵⁹⁰.

Bedelden indirim yapılması halinde tazmini talep edilebilecek müspet zarar kalemlerine örnek olarak; TBK m.474/I'de öngörülmüş olan zorunlu muayene ve ihbar masrafları kapsamına girmeyen bilirkişi masrafları, yani yüklenicinin eserdeki ayıbın varlığını kabul etmemesi(inkar etmesi) ya da kabul etmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle TBK m. 474/II uyarınca yapılan bilirkişi(mahkemece yapılan delil tespiti) masrafları, eserdeki ayıp nedeniyle uğranılan kazanç kaybı, eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin bu eseri satmış olduğu üçüncü kişilere(kendi müşterilerine) ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şart gösterilebilir⁵⁹¹.

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasıyla beraber iş sahibinin tazminini talep edilebileceği müspet zarar kalemlerine örnek olarak, TBK m. 474/I'de öngörülmüş olan zorunlu muayene ve ihbar masrafları kapsamına girmeyen bilirkişi masrafları, yani yüklenicinin eserdeki ayıbın varlığını kabul etmemesi(inkar etmesi) ya da kabul etmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle TBK m. 474/II uyarınca yapılan

⁵⁸⁸ AYDEMİR s. 353, ŞAHİNİZ s. 210, ŞENOCAK s. 70

⁵⁸⁹ ŞENOCAK s. 70

⁵⁹⁰ GÜMÜŞ s. 70, ŞAHİNİZ s. 210-211, ŞENOCAK s. 71

⁵⁹¹ GÜMÜŞ s. 70, ŞAHİNİZ s. 211-212, ŞENOCAK s. 72-73

bilirkişi(mahkemece yapılan delil tespiti) masrafları, iş sahibinin yükleniciden eserdeki ayıpları gidermesini talep etmesi sonucu ayıp giderildikten sonra eseri yeniden gözden geçirme ve ayıpları bildirme külfetine ilişkin masrafları(tekrar yapılan zorunlu muayene ve ihbar masrafları), eserdeki ayıp nedeniyle uğranılan kazanç kaybı, ayıbın giderilmesi sırasında eserin kiraya verilememesi sebebiyle uğranılan gelir kaybı, ayıplı eser nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar ve cezai şartlar nedeniyle uğranılan zarar gösterilebilir⁵⁹².

⁵⁹² GÜMÜŞ s. 70, ŞAHİNİZ s. 212-213

SONUÇ

Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi, iş sahibinin bedel ödemeyi taahhüt ettiği, yüklenicinin de sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralı bulunması gerek vasıflara uygun bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, ivazlı, borç doğuran bir sözleşmedir.

Eser sözleşmesinin ifa süresi bakımından hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki hakim görüş göre, eser sözleşmesi “*ani edimli*” bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe göre, iş görmenin sonucu yüklenicinin meydana getirdiği eserin teslim etmesi ile aynı anda gerçekleştiğinden yani borcun ifası zamana yayılmadığından, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme ilişkisi olduğunun kabulü gerekir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, eserin meydana getirilmesi borcu bir iş görme edimi içerdiğinden, eser sözleşmesinin sürekli edimli sözleşme ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, yüklenici sadece sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucun gerçekleşmesini için faaliyette bulunma yükümü altına da girmektedir. Doktrindeki üçüncü ve Yargıtay’ın da benimsediği görüş ise eser sözleşmesinin sürekli ve ani edimli sözleşme ilişkilerinin birleşimi olduğunu ileri süren karma görüştür.

Kanımızca eser sözleşmesi hukuki, niteliği açısından kural olarak âni edimli bir sözleşmedir. Ancak bazı durumlarda eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliği taşıdığı durumlar olabilir. Sözleşmenin tarafları arasındaki ihtilafa bakacak hâkimce yapılması gereken, önüne gelen her olaya ayrı ayrı değerlendirme yapmak ve eser sözleşmesinin konusunu bazı durumlarda âni edimli sözleşme niteliğini bazı durumlarda ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme özelliklerini taşıyabileceğini kabul ederek, tarafların bu sözleşmeyi yapma amacına ve çıkarlarına uygun şekilde önüne gelen olayı çözümlenektir.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi türü olduğundan, her iş görme sözleşmesinde olduğu gibi iş gören ile iş gördüren taraf vardır. Eser sözleşmesinde iş gördüren taraf iş sahibi, iş gören taraf yüklenicidir. İş sahibi, ödeyeceği bedel karşılığında yükleniciden bir eser meydana getirmesini ve bu eserin teslimini isteyen

kişidir. İş sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Hem özel hukuk hem de kamu hukuku tüzel kişileri iş sahibi olarak sözleşmede taraf olabilirler.

Yüklenici, iş sahibinin sipariş ettiği eseri meydana getirme ve teslim etme borcu altında olan kişidir. Yüklenici de, gerçek veya tüzel kişi olabilir. TBK. m. 83'e göre, borçlu kural olarak şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadığı halde, TBK m. 471/III c.1'e göre "*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.*" hükmüyle, yüklenicinin eser meydana getirme borcunun kişisel niteliği karene olarak kabul edilmiştir. Bu hükme göre yüklenici eseri bizzat kendisi meydana getirmek veya kendi yönetimi ve sorumluluğu altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Meydana getirilmesi istenen eserin, sadece seçilen yüklenicinin şahsi yeteneğiyle, tecrübesiyle ve becerisiyle yapılabileceği ve başkalarının aynı eseri yüklenicinin yönetimi ve sorumluluğu altında dahi meydana getiremeyeceği eserlerin yapımında (mesela bir sanat eserinin yapımı) şahsen ifa yükümü söz konusu olacaktır. Bu halde yüklenici eserin yapımını denetimi altında olan ifa yardımcısına devredemeyeceği gibi, alt yükleniciye de devredemez. Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önem taşımakla birlikte, eserin meydana getirilmesinde şahsen ifa yükümünün olmadığı, diğer bir ifadeyle kişiye sıkı sıkıya bağlı bir özellik arz etmediği durumlarda ise yüklenici eseri bizzat kendisi meydana getirmek zorunda olmayıp, yönetim ve sorumluluğu altında üçüncü bir kişiye yaptırabilir.

Ancak modern ekonomideki iş bölümü anlayışına uygun olarak, günümüzde büyük ölçekli işlerin fazlaşması neticesinde yükleniciden oldukça kapsamlı bir eseri bizzat yaratması beklenemez. İşte TBK m. 471/III c.2, "*Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*" hükmü uyarınca görülecek işin niteliğine göre, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemi yok ise, asıl yüklenici alt eser sözleşmesiyle alt yüklenicilik ilişkisi kurabilir ve asıl yüklenici eserin tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye yani bir alt yükleniciye yaptırabilir. Asıl yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye devretmeye yetkisi bulunmaktaysa, alt yüklenici asıl yüklenicinin ifa yardımcısı sayılır ve bunların eylemlerinden dolayı asıl yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 116'ya göre sorumlu olur. Asıl yüklenici, yetkisi olmadığı halde işi alt yükleniciye devretmiş ise bu durum sözleşmenin müsbet ihlali sayılır ve alt

yüklenicinin asıl iş sahibine verdiği zararlardan dolayı hem TBK m.116 hem TBK m.112 uyarınca sorumlu olacaktır.

Eser sözleşmesinin unsurları bir eserin meydana getirilmesi, bedel ödemenin taahhüt edilmesi ve tarafların anlaşmasıdır. Bir eserin meydana getirilmesindeki eser kavramı her ne kadar doktrinde tartışmalı olsa da günümüz dünyasında hakim görüşe göre maddi bir eser olabileceği gibi fikri bir eser de olabilir. Burada önemli olan sonucun taahhüt edilebilmesidir, somutlaştırılması ve iktisadi bir değer taşıyor olmasıdır. Bir eserin meydana getirme deyiminden kasıt sadece yeni bir eser yaratılması değil, mevcut bir eserin değiştirilmesi, ortadan kaldırılması da bir eser meydana getirmedir. Yüklenicinin borçlandığı bir eser meydana getirme ediminin konusu bir iş görme sonucudur.

Eser sözleşmesinin asli unsurlarından bir diğeri tarafların anlaşmasıdır. Eser sözleşmesi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Eser sözleşmesi niteliği itibariyle rızai bir sözleşme niteliği taşıdığından, yüklenicinin iş sahibi adına bedel karşılığında bir eser yaratacağı yani iş görme sonucu üzerinde tarafların anlaşmış olmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcu ve iş sahibinin bedel ödeme borcu bu anlaşmanın kendiliğinden doğan sonuçlarıdır

İş sahibinin, yüklenicinin meydana getireceği eser karşılığında bedel ödeyeceğini taahhüt etmesi, eser sözleşmesinin asli yükümlülüklerindedir. Eser sözleşmesi, karşılıklı(ivazlı) olduğundan, bedel de sözleşmenin asli ögesini oluşturmaktadır. İş sahibinin bedel taahhüt etmeksizin yüklenici ile bir eserin meydana getirilmesi hususunda yapacağı anlaşma eser sözleşmesi olarak nitelendirilmez. Meydana getirilen eser, bir bedel karşılığında yapılmamışsa, bu halde ortada vekalet sözleşmesi veya isimsiz(karma) bir iş görme sözleşmesi vardır. Eser sözleşmesinde taraflar bedeli diledikleri gibi belirleyebilir. Bedel ilke olarak bir miktar paradır. Ancak doktrinde iş sahibinin karşı edim olarak başka bir eser meydana getirip teslim etmeyi taahhüt etmesi de eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Meydana getirilecek eser karşılığında iş sahibinin bir miktar para ödemeyi veya bir eser meydana getirmekten başka bir iş görme edimini ifa etmeyi taahhüt etmesi halinde ise, eser sözleşmesinden varlığından söz edilemeyecek, ortada karma bir sözleşme olduğu kabulü edilecektir.

Eser sözleşmesinde taraflar, bedelin ücret olarak ödenmesi halinde, bedeli başlıca iki şekilde belirleyebilir. Eser sözleşmesinde bedel ya götürü (sabit, kesin) olarak kararlaştırılır veya yaklaşık biçimde tayin edilir. Bununla beraber tarafların aynı sözleşmede belli edimler için götürü bedel, diğer edimler için yaklaşık bedel kararlaştırmaları da mümkündür. Eser sözleşmesinde ödenecek bedel sözleşmede kararlaştırılmamış veya kararlaştırılmış olmakla birlikte miktarın belirtilmediği durumlarda, TBK m. 481 uyarınca yaklaşık bedel ile ilgili hükümlere göre, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine göre bedelin ne kadar olacağı belirlenir.

Götürü bedel kural olarak değiştirilemez. Yani iş sahibi yüklenicinin eseri öngörülenden daha az emek ve masrafla imal etmesi durumunda bedelin indirilmesini isteyemeyecek, yüklenici de öngörülenden daha fazla emek gösterdiği ve masraf yaptığı için bedelin artırılmasını talep edemeyecektir.

Yaklaşık bedelde ise, yükleniciye ödenecek bedel miktarı sözleşmenin kurulduğu esnada değil, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edildiği anda eserin meydana getirdiği yer ve zamandaki eserin değerine ve yüklenicinin yaptığı harcamalara göre belirlenir. Sözleşme bedelinin yaklaşık bedel belirlenmesi, meydana getirilmesi uzun zamana yayılan, kapsamlı eser sözleşmeleri için gündeme gelebilir. Eserin yaratılması, uzun zamana ihtiyaç duyduğundan, yüklenicinin işçilik ve malzemelerinin maliyetinin ne kadar olacağının sözleşmenin yapıldığı sırada bilinmesi güçtür. Kısaca yaklaşık bedelde, bedelin taraflara yüklediği sakıncaları bertaraf etmek için, her iki tarafın istekleri kısmen yerine getirilmektedir.

Eser sözleşmesinin geçerliliğinin ilke olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak, yüklenicinin aynı zamanda taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına girdiği eser sözleşmeleri, arsa sahibiyle yüklenici arasında yapılan arsa karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde şartına uygun yapılmalıdır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m.53/1'e göre genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin inşaat işlerine ilişkin ihaleleri sözleşmeleri ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, bu kanun hükümlerine tabi kurum ve kuruluşlara ait yapım işlerinin sözleşmeleri de resmi şekil şartına uygun yapılmalıdır.

Ayıp; eserde, yüklenicinin sözleşmede bildirdiği nitelikleri, sözleşmeyle taahhüt ettiği vasıfları veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen unsurları taşınamamasıdır. Eserdeki ayıplar; ayıbın niteliğine göre, tarafların ayıplı ifadan sorumluluğunun sınırları ve ayıplı ifa ile ilgili haklar bakımından çeşitli görünümelerde

bulunabilir. Doktrinde bu konuda maddi-hukuki, açık-gizli, önemli-daha az önemli, asli-ikincil, kasten gizlenen-kasten gizlenmeyen ayıplar gibi bazı ayrımlar yapılmaktadır.

Aliud ifa(yanlıı edim) yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eser yerine tamamen farklı bir eser meydana getirip bu eseri teslim etmesidir. Aliud ifa halinde ayıba karşı sorumluluk hükümleri değil, borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir. Böylece iş sahibi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerinden bahsedilemeyecek, iş sahibi için genel zamanaşımı süreleri söz konusu olacaktır.

Eksik iş, yüklenicinin sözleşmeyle borçlandığı edimi tamamlamamış olması ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gerekli olan bir işi yapmayıp eksik bırakmasıdır. Doktrinde bu iki kavramın ayrımı için önerilen kıstasa göre, eserde mevcut olan aykırılık, eserin geri kalanına ve o ana kadar ki yapılmış olan çalışmalarına zarar verilmeden düzeltilebilecekse eksik işten, sözleşmeye aykırılık ancak daha önce yapılan çalışmalara ve eserin geri kalanına zarar verilerek düzeltilebilecekse ayıplı ifa söz edilecektir. Eksik iş bulunması durumunda, iş sahibi ayıptan sorumluluk hükümlerine göre değil, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 hükümlerine göre haklarını kullanacaktır. İş sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için aranan eserin gözden geçirilmesi ve ayıbı bildirme külfetleri eksik iş nedeniyle yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için aranmaz.

Eserin, teslimden sonra kötüleşmiş olması halinde ayıplı bir ifadan söz edilemez. Buna karşın, eserin sonradan kötüleşmesi, eserin teslimi sırasında mevcut olan bir ayıba bağlı ise, yani ikincil bir ayıp söz konusu ise, ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olur.

Yüklenici, sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip ve kendisinden beklenen yararı tam olarak gerçekleştirmeye elverişli bir eser meydana getirmek ve bu eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür.

İş sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerine gidebilmesi için bazı maddi ve şekli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Maddi şartlar, eserin ayıplı olması, bu ayıbın iş sahibinden kaynaklanmaması, eserin teslim edilmiş olması ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul etmemesidir. Şekli şartlar ise iş sahibinin eseri gözden geçirmesi ve ayıbı bildirmesi külfetleriyle, hakkın zamanaşımı süresinde kullanılması ve taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının bulunmamasıdır.

İşte bu şartların gerçekleşmesi halinde TBK m. 475, iş sahibine sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini(onarım) isteme, bedelden indirim isteme haklarını tanımaktadır. Bu haklar seçimlik haklar olup kanunda sınırlı sayılmıştır ve genişletilemez. İş sahibi bunlardan birini kullanabilir. Bu hakların kullanılması için yüklenicinin kusuru aranmayacaktır. Bu haklar yönünden yüklenici kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacaktır. Seçimlik hakların birbiriyle alternatif bir yarışma ilişkisi içerisindedir. Zaman açısından bir öncelik-sonralık ilişkisi yoktur. İş sahibi önce yükleniciye ayıbı gidermesi için süre vermek, yüklenicinin bu sürede onarım çalışmalarına başlamaması veya çalışmalarını yetiştirememesi halinde sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim yapılması yolunu seçmek zorunda değildir.

Bu haklardan iş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkı, iş sahibinin eseri kabul etmeyip reddetmesi olduğu için, bu durum yüklenici açısından ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, ayıptan doğan sorumluluk için gerekli olan genel şartlardan başka, *“kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ve sözleşmeye aykırı olması”* özel şartlarına bağlamıştır. Bu özel şartların sağlanmadığı durumlarda iş sahibi sözleşmeden dönemeyecek, diğer seçimlik haklarından bedelden indirim isteme veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanabilecektir.

İş sahibine tanınan diğer seçimlik hak olan ayıbın giderilmesi hakkı, eserin ayıplı olmasından ötürü kısmen başarısız ifa girişiminden sonra, sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek derecedeki ayıbın varlığı halinde eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi ve düzeltilmesi için onarma çalışmaları şeklinde tanımlanabilir. Ayıbın giderilmesi, çoğunlukla ayıplı eserin ya da parçalarının onarılması veya düzeltilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabilmesi için genel şartlar yanında eserdeki *“ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesi”* özel şartlarını da taşıması gerekmektedir.

Seçimlik hakların üçüncüsü ise bedelden indirim isteme hakkıdır. Eserdeki ayıp sözleşmeden dönme hakkına imkan verecek derecede önemli olmadığı takdirde, yani iş sahibinin eseri kullanabileceği ya da dürüstlük kuralı gereğince kabul edebileceği ölçüde ise, iş sahibi eserin değerindeki eksiklik oranında bedelin indirilmesini talep edebilir. Eserdeki değer eksikliği, ayıplı olarak teslim edilen eser

ile ayıpsız olarak düşünölen eser arasındaki farktır. Bedel indirimi yapılmasını isteme hakkının kullanılması için kanunda özel bir şart aranmamaktadır. Böyle olmakla birlikte doktrinde hakim olan görüŖe göre, iş sahibinin bedelden indirim seçimlik hakkını kullanabilmesi için genel şartlarla birlikte ayıp nedeniyle “*eserde kıymet noksanının meydana gelmesi ve ayıp sonucu eserin değerini tamamen kaybetmemiş olması*” özel şartlarının da bulunması gerekir. Doktrindeki hakim görüŖe ve Yargıtay uygulamasına göre, bedelden indirilecek miktarın hesabı satış sözleşmesindeki nisbi metoda göre yapılır. Bu yöntemeye göre, eserin ayıpsız halinin taşıyacağı değer ile ayıplı halinin taşıdığı değer arasında orantı kurulmakta, bu orantı sözleşmede belirlenen veya kanuna göre tayin edilen bedele uygulanarak indirilecek bedel saptanmaktadır. Eserin değerinin belirlenmesinde eserin objektif değeri esas alınmalıdır. Bu objektif esas değer eserin iş sahibi veya yüklenici için arz ettiği değer değil, eserin piyasa değeri ya da satış değeri esastır.

Tazminat isteme hakkı, iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanmasına rağmen giderilemeyen zararının tazmini için tanınan bir haktır. Bu tazminatın istenebilmesi için, seçimlik haklarda aranmayan kusur şartı aranmaktadır. İş sahibi, tazminat isteme hakkını seçimlik haklarla birlikte kullanabileceği gibi tek başına da kullanabilir. Ancak tazminat hakkı seçimlik hakların yerine kullanılamaz.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, www.e-akademi.org, , Sayı 134 Aralık 2013 s. 1-24 (Erişim Tarihi 22.04.2020)

ACUN, Hüseyin, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerin Yarışması, Seçkin Yayınları, Ankara 2018

AKBULUT, Pakize Ezgi, “Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1, Haziran 2020, s. 85-99

AKTÜRK YÜCER, İpek. Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012

ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesi Ders Notları, <http://huseyinaltas.net/dersler/borclar-hukuku-ozel-hukumler/istisna-sozlesmesi-eskiyeni/> (Erişim Tarihi 21.11.2018)

ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması(B.K. mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002

ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011

ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları 11. Baskı, Ankara 2018

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 1. Baskı, İstanbul 2017

AVCI, Ali, “Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil Ve Bağlanan Sonuçlar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2015, s. 285-335

AVCI, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Aralık 2016, s. 303-322

AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008

AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı Ankara 2016

BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları 3. Baskı, Ankara 2019

ÇELİK, Çelik Ahmet. “Eser Sözleşmesi (Yapım, Bakım, Onarım Ve Yükümlenim Sözleşmeleri)”, http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/425_eser-sozlesmeleri.pdf(Erişim Tarihi:21.11.2018)

DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinden Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 4. Baskı, Ankara 2008

DUMAN, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara 2013

ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sayı. 1, Haziran 1990, s. 135-172

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları 6. Baskı, Ankara 2018

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları 19. Baskı, Ankara 2015

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku(Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları 4. Baskı, Ankara 2014

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II(Eser, Vekalet, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefaret ve Garanti), Vedat Kitapçılık 3. Baskı İstanbul 2014

GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması Ve Eksiltilmesi, 1. Bası, Güncel Yayınevi, İzmir 2006

İNAL, H. Tamer. Borca Aykırılık(Dönme ve Fesih), Seçkin Yayınları 4. Baskı, Ankara 2014

KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları 1. Baskı, Ankara 2013

KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku Cilt I, Beta Basım, İstanbul 1997

KARATAŞ, İzzet, Eser(Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2004

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi 16. Baskı Ankara 2012

KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014

KOSTAKOĞLU, Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları 9. Baskı, İstanbul 2015

KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012

ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989 (Dönme)

ÖZ, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık 2. Baskı İstanbul 2012

ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 192 (İnşaat Sözleşmesi)

ÖZCAN, Zeynep, “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı Ve Eksik İfası”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.11, Haziran 2018, s. 317-339.

ÖZTÜRK, Muammer/GÖZÜTOK, Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2019

RUHİ, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku Cilt-1, Seçkin Yayınları 2. Baskı, Ankara 2013

SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978

SELİMOĞLU, Yaşar Engin, İstisna(Eser) Sözleşmesi, Adalet yayınevi, Ankara 2010

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975.

SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Can, Borçlar Hukuku Özel Bölüm On İki Levha Yayıncılık 4. Baskı İstanbul 2019

ŞAHİN, Turan, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.2, Yıl 2011, s. 135-157

ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa(Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II İstisna(Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 4. Tıpkı Basım, İstanbul 1989

TURANBOY, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, S.1, Yıl 1990, s. 151-189

TUTAR, Elce, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Yıl 2018, s. 293-311
UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003

UYGUR, Turgut, İnşaat Hukuku(Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi) Cilt I, Adil Yayınevi, Ankara 1998

ÜREM, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta yayınları 11. Baskı İstanbul 2012

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkisi, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, Ankara 2018

ZEYBEK, Ramazan, Taşınmaz Satımında Eksik İfa ve Ayıp, Adalet Yayınevi, Ankara 2019

İNTERNET KAYNAKLARI

sinerjimevzuat.com.tr

kararara.com

karararama.yargitay.gov.tr

legalbank.net