

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFA
NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Ceylan BİLİCİ KAL
2501160646

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. Bilgehan ÇETİNER

İSTANBUL 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : CEYLAN BİLİCİ Numarası : 2501160646
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER
Tez Savunma Tarihi : 21.08.2019 Saati : 11.30
Tez Başlığı : ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
2- DR. ÖGR. ÜYESİ TULAY AYDIN ÜNVER		Kabul
3- DR. ÖGR. ÜYESİ EMRAH KULAKLI		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. HARUN DEMİRBAŞ		
2- DR. ÖGR. ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		

ÖZ

ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

CEYLAN BİLİCİ KAL

Çalışmamızın esas konusu gündelik hayatta sıkça uygulaması olan eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının şartları ve bunun sonuçlarıdır. Konu ele alınırken doktrindeki tartışmalı görüşler belirtilerek Yargıtay kararlarından örnekler verilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının şartları incelenmiştir. İkinci bölümde sözleşmeden dönme hakkının hukuki niteliği, bu hakkın kullanılmasının şekli ve kapsamı incelenmiş, ayrıca sözleşmeden dönme hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği ele alınmıştır. Son olarak üçüncü bölümde ise sözleşmeden dönmenin sonuçları anlatılmıştır. Bu kapsamda sözleşmeden dönmenin iş sahibine ve yükleniciye getirdiği yükümlülükler şeklindeki doğrudan sonuçları incelenmiştir. Ayrıca iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararını tazminini talep etme hakkı ve cezai şartın durumu şeklindeki maddi sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: eser sözleşmesi, ayıp, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı

ABSTRACT

**RECEDING FROM CONTRACTS OF WORK DUE TO
DEFECTIVE PERFORMANCE**

CEYLAN BİLİCİ KAL

The main subject of our study is the conditions and consequences of the business owner's right to recede from the contract due to defective performance in the contracts of work which are frequently applied in daily life. While discussing the subject, controversial views in the doctrine are stated and examples of the decisions of the Supreme Court are given.

In the first part of our study, the conditions of exercising the right to recede from the contract due to defective performance in contracts of work are examined. In the second chapter, the legal nature of the right to recede from the contract, the manner and scope of the exercise of this right are examined, and the conditions under which the right to recede from the contract can be limited are discussed. Finally, in the third chapter, the results of the receding from the contract are explained. In this scope, the direct consequences to the business owner and the contractor due to the receding from the contract were examined. Furthermore, the financial consequences of the right of the business owner to claim compensation for the damage suffered due to defective performance and the status of the penal clause were examined.

Key Words: contract of work, defect, the right of the business owner to recede from a contract

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, gündelik hayatta sıkça karşılaşılan sözleşme tiplerinden biri olan eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının şartları ve sonuçları incelenmiştir.

Bu tezin konusunun belirlenmesinden son şeklinin verilmesine kadar geçen her aşamasında katkısını esirgemeyen ve değerli görüşleriyle bana yol gösteren, tezimin hazırlanmasında büyük emeği geçen tez danışmanım saygıdeğer hocam Prof. Dr. Bilgehan Çetiner'e çok teşekkür ederim.

Ayrıca bu süreçte benden maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen varlıkları için şükrettiğim değerli anneme, babama ve kardeşlerime, tezim hakkındaki fikirleriyle bana yardımcı olan kıymetli meslektaşlarım Av. Zümrüt Energin ve Av. Hanife Lengerli'ye çok teşekkür ederim.

Son olarak bu süreçte hep yanımda olan, desteğini ve sabrını benden esirgemeyen değerli eşim Av. Halil Kal'a teşekkürlerin en büyüğünü borç bilirim.

Ceylan Bilici Kal

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

I. Genel Şartları	3
A. Eserin İşsahibine Teslim Edilmiş Olması	3
B. Eserin Ayıplı Olması.....	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Ayıp Kavramı	7
a. Sözleşmeyle Kararlaştırılmış Olan Vasıfların Eksikliği.....	8
b. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği.....	10
3. Ayıp Türleri.....	11
a. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp.....	12
b. Açık Ayıp-Gizli Ayıp	12
c. Önemli Ayıp-Önemli Olmayan Ayıp	14
d. Asli Ayıp- Tali (İkincil) Ayıp.....	15
e. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp	15
4. Ayıbın Diğer Bazı Kavramlardan Farkı	16
a. Ayıp- Aliud İfa Farkı	16
b. Ayıp- Eksik İfa Farkı	18
C. İşsahibince Muayene (Gözden Geçirme) Ve İhbar (Bildirim) Külfetinin Yerine Getirilmiş Olması	23
1. Genel Olarak.....	23
2. Muayene (Gözden Geçirme) Külfeti	25
a. Muayene Süresi.....	25

b. İşsahibinin Muayene Külfetini Yerine Getirirken Göstermesi Gereken Özen Derecesi	27
c. Muayene Yeri	29
3. İhbar (Bildirim) Külfeti	30
a. İhbarın İçeriği ve Hukuki Niteliği	30
b. İhbarın Şekli.....	32
c. İhbarın Süresi.....	35
D. Eserdeki Ayıbın İşsahibine Yüklenememesi	39
1. Genel Olarak.....	39
2. Eserdeki Ayıbın İşsahibinin Talimatından Doğması.....	40
3. Eserdeki Ayıbın İşsahibine Yüklenebilen Herhangi Bir Sebepden Doğması	43
E. Eserin Teslim Edildiği Haliyle İşsahibince Kabul Edilmemiş Olması	45
F. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması	47
G. Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması	48
II. Özel Şartı: Eserin, İşsahibinin Kullanamayacağı Veya Hakkaniyet Gereği Kabule Zorlanamayacağı Ölçüde Ayıplı Veya Sözleşme Hükümlerine Aynı Ölçüde Aykırı Olması.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE SINIRLANMASI

I. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması	56
A. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği	56
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şekli	58
C. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Kapsamı	60
D. “Tüketici İşlemi” Niteliğindeki Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasında Ayırık Düzenlemeler	61
II. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlanması	63
A. Sözleşmeden Dönme Hakkının TBK m. 475/3 Uyarınca Sınırlanması.....	63
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kendisine Özgü Nedenlerinin Varlığı Halinde Sınırlanması.....	66
1. TBK m. 228/2 Hükümünün Kıyasen Uygulanması Suretiyle Sınırlanması..	66

- a. İşsahibinin Sorumlu Olduğu Bir Neden Yüzünden Eserin Yok Olması . 66
- b. İşsahibinin Eseri Üçüncü Kişilere Devretmesi Veya Eserin Şeklini Değiştirmesi 68
2. İşsahibinin Eserin Ayıplı Olduğunu Bilerek Eseri Kullanması..... 68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SONUÇLARI

- I. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları (Etkisi ve Hükümleri) Bakımından Doktrinde Kabul Edilen Görüşler Ve Görüşümüz 70
 - A. Klasik Dönme Görüşü..... 71
 - B. Yasal Borç İlişkisi Görüşü 72
 - C. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü 72
 - D. Ayni Etkili Dönme Görüşü 73
 - E. Görüşümüz 74
- II. Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönmenin Doğrudan Sonuçları 76
 - A. Sözleşmeden Dönmenin İşsahibine Getirdiği Yükümlülükler..... 77
 - B. Sözleşmeden Dönmenin Yükleniciye Getirdiği Yükümlülükler 79
 - C. Tarafların İade Borçlarının Yerine Getirilme Sırası, Yeri Ve Tabi Olduğu Zamanaşımı 80
 1. İade Borçlarının Yerine Getirilme Sırası..... 80
 2. İade Borçlarının Yerine Getirilme Yeri..... 81
 3. İade Borçlarının Tabi Olduğu Zamanaşımı 81
- III. Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönmenin Maddi Sonuçları 82
 - A. İşsahibinin TBK m. 475/2 Hükümü Kapsamında Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı..... 82
 - B. İşsahibinin Olumsuz Zararının Tazminini Talep Etme Hakkı 87
 1. Genel Olarak..... 87
 2. Olumsuz Zararın Kapsamı..... 89
 - a. Fiili Zarar 89
 - b. Yoksun Kalınan Kar 91
 - C. Cezai Şartın Durumu..... 92

SONUÇ	96
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
b.	: bent
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
EBK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
K.İ.B.B.	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi

T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birlięi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Eser sözleşmeleri, gündelik hayatta sıkça uygulaması olan bir sözleşme türüdür. Örneğin terziye elbise diktirilmesi, kuaförde saç kestirilmesi veya boyatılması, dolabın kapağının tamir ettirilmesi, müteahhide ev inşa ettirilmesi gibi gündelik hayatta sıklıkla karşılaşılan bu tür durumlar, eser sözleşmesine örnek olarak gösterilebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ m. 470’te “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanım yapılmıştır. Kanundaki tanımdan anlaşıldığı üzere; eser sözleşmesi ile yüklenici bir eser meydana getirme borcu altına girerken, işsahibi bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Yüklenici ancak eseri sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak meydana getirirse eser meydana getirme borcunu gereği gibi ifa etmiş olacaktır.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu TBK m. 474-478’de düzenlenmiş, TBK m. 475’te ayıplı ifa durumunda işsahibinin seçimlik hakları sayılmıştır. Bunlar: Sözleşmeden dönme hakkı, bedel indirimi isteme hakkı, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır. Çalışmamızda işsahibinin bu seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkı incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde; eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının şartları, genel şartlar ve özel şart olarak iki ana başlık altında anlatılmıştır. “Genel Şartlar” başlığı altında toparlanan şartların tamamı, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için de var olması gereken şartlardır. “Özel Şart” başlığı altında anlatılan şart ise, yalnızca işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için varlığı aranan, genel şartların yanında bulunması gereken şarttır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; öncelikle sözleşmeden dönme hakkının hukuki niteliği, kullanılmasının şekli ve kapsamı incelenmiş, devamında sözleşmeden dönme hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği anlatılmıştır.

¹ Bundan sonra “TBK” olarak anılacaktır.

Son olarak çalışmamızın üçüncü bölümünde ise sözleşmeden dönmenin sonuçları anlatılmıştır. Bu kapsamda sözleşmeden dönmenin işsahibine ve yükleniciye getirdiğı yükümlölükler şeklindeki doğrudan sonuçları ve işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararını tazminini talep etme hakkı ile cezai şartın durumu şeklindeki maddi sonuçları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

I. Genel Şartları

A. Eserin İssahibine Teslim Edilmiş Olması

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun doğması için öncelikle eserin işsahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir². Kural olarak, yüklenicinin ayıplı ifadan kaynaklı sorumluluğuna gidilebilmesi için tamamlanmış bir eserin işsahibine teslim edilmiş olması gerekir³. Başka bir ifadeyle; eser sözleşmesi ile sözleşmeye uygun olarak eser meydana getirme ve işsahibine teslim etme borcu altına giren yüklenici, bu borçtan kurtulmak için eseri sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde tamamlamış ve işsahibine teslim etmiş olmalıdır⁴. Eksik veya ayıplı ifayı kabul etmek zorunda olmayan işsahibi, eseri teslim almaktan imtina etse de alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz⁵.

TBK’da yüklenicinin eseri teslim borcu açıkça ve ayrıca düzenlenmemiştir, ancak teslimden bahseden birçok maddenin (örneğin TBK m. 474/1, m. 478/1, m.

² Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 1989 Yılı 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 160 (Borçlar Özel); Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 634 (Borçlar Özel); Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **AÜHFD**, Y.: 1989-1990, C.: 41, S.: 1-4, s. 154; Zariife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002, s. 78; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 354 (Borçlar Özel); Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 773; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: V, S.: 1-4, 2001, s. 513 (Teslim); Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü : Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 54, 56.

³ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 354; Turanboy, **a.g.m**, s. 154.

⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s. 78.

⁵ Cevdet Salih Şahin, **Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 7; Şenocak, **a.g.e.**, s. 78.

479/1) varlığından, kanun koyucunun, yüklenicinin bu borcunu zımnen kabul ettiği anlaşılmaktadır⁶.

“Teslim” ile “tesellüm⁷” kavramı birbirinden tamamen farklı kavramlar değildir; aynı olayı, biri yüklenici açısından, diğeri ise işsahibi açısından ifade etmektedir⁸. Teslim madalyonun yüklenici açısından görünen yüzü; tesellüm ise madalyonun işsahibi açısından görünen yüzüdür⁹.

“Eseri teslim alma” ile “eseri kabul etme” kavramları ise birbirinden tamamen farklı kavramlardır¹⁰. İşsahibinin ayıplı veya eksik ifa halinde eseri tesellüm etmesi, onun eseri kabul ettiği anlamına gelmez. Eseri kabul etmek, işsahibinin, eseri sözleşmeye uygun gördüğü ve ayıp iddiasında bulunmadığı anlamına gelirken; tesellüm etme halinde ise, eseri teslim almanın hukuki sonuçlarına yönelik böyle bir irade bulunmasına gerek yoktur¹¹. İşsahibi, ayıplı veya eksik ifa halinde eseri kabul etmese de tesellüm edebilir. Eserin teslim edilmiş

⁶ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 552; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 124; Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 46 (Teslim); Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 67.

⁷ TDK sözlük karşılığı “Verilen bir şeyi alma, teslim alma”dır.

⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 127; Haluk Burcuoğlu, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1990, s. 288; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 3; Şahin, **Teslim**, s. 49.

⁹ Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 50.

¹⁰ Uçar, **Teslim**, s. 521; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989, s. 166 (Dönme); Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 57; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 4; Ayan, **a.g.e.**, s. 50. Yargıtay 15. HD., T. 15.6.1992, E. 1992/3006, K. 1992/3087: “ ...”eserin teslimi” ile ”eserin kabulü ” de eş anlamlı değildir. Tüm bunlar bir yana, 22.6.1989 günlü oturumda davalı yüklenici inşaatın hatalı olduğunu kendisinin bildiğini, davacı arsa sahibinin de hatayı görüp giderilebileceği kadar gidertilmesi ve iskan ruhsatına engel durumun ortadan kaldırılması bakımından kendisine yardımcı olduğunu beyan etmiş olmakla artık ihtirazi kayıtsız ”kabulden” söz edilemez.” (Kurt, **a.g.e.**, s. 61, dpn. 235); Yargıtay 15. HD., T. 1.6.1999, E. 1999/2113, K. 1999/2203: “Yanlar arasındaki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı iş sahibi davalı yüklenicidir. BK.359.maddesi uyarınca eserin teslimini müteakip makul süre içerisinde açık ayıpların, ortaya çıktığından itibaren münasip sürede ise gizli ayıpların yükleniciye bildirilmesi gerekir. Naksan işlerin ifası ise zamanaşımı süresince her zaman yükleniciden istenebilir. Mahkemece eserin teslimi ile eserin kabulünün(BK.m.359,362) ayrı hükümlere tabi işlemler olduğuna bakılmaksızın ve ihbarın makul süre yerine 8 günde yapılacağından bahisle davanın reddedilmesi yasaya aykırı olmuştur.” (K.İ.B.B.).

¹¹ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 289.

olmasının aynı zamanda eserin kabul edildiği anlamına da gelebilmesi için işsahibinin eseri kayıtsız ve şartsız olarak teslim almış olması gerekir¹².

Eserin işsahibine teslim edilebilmesi için de öncelikle tamamlanmış olması gerekir; eser tamamlanmadan teslim gerçekleşmez¹³. Eserin tamamlanmamış olması durumunda eser eksik yapılmıştır ve kural olarak, ayıplı ifa değil, ifanın hiç gerçekleşmediği sonucu doğar¹⁴. Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen bütün işler yerine getirilmişse ancak o zaman eser tamamlanmış sayılır¹⁵.

Teslim edilmek istenen eserin tamamlanmamış olması halinde, işsahibi eseri tesellüm etse dahi, yüklenici, eksik ifa nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan eser meydana getirme ve teslim etme borcunu yerine getirmemiş olduğundan; işsahibinin, ücret ödemekten imtina etme ve sözleşmenin gereği gibi ifasını talep etme imkanı bulunduğu gibi, giderleri yükleniciye ait olmak üzere eserin kendisi tarafından tamamlattırılmasına izin verilmesini hakimden talep etme veya yükleniciyi temerrüde düşürerek borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma imkanı da bulunmaktadır¹⁶.

Teslim, ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğa ilişkin hükümler çerçevesinde bazı hususlarda önem taşımaktadır. Öncelikle eserin ayıplı olup olmadığının tespitinde teslim anı esas alınmakta ve teslimden sonra, eserde meydana gelen kötüleşmeden (teslim anında eserde bulunan bir ayıp buna sebep olmadıkça) yüklenici sorumlu tutulamaz¹⁷. Ayrıca TBK m. 474 uyarınca; işsahibinin “işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirme” külfeti “eserin tesliminden sonra” başlamaktadır. Bu çerçevede eserin teslim edilmesi, işsahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine

¹² Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 363.

¹³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 161; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 134 (Müteahhidin Sorumluluğu); Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.:2, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 1012 (Borçlar Özel); Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi Yayınları, 2018, s. 521; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 287 vd.; Köksal Kocağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 139 (İnşaat); Azmi Ardic, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2016, s. 130.

¹⁴ Öz, **Dönme**, s. 104.

¹⁵ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 160; Şenocak, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 88-89.

¹⁷ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 7.

getirmesi için de önem arz eden doğal bir ön şarttır. Bundan başka TBK m. 479/1'e göre, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa işsahibinin ücret ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur¹⁸. Yine TBK m. 478'e göre ayıplı ifadan dolayı sorumluluk için zamanaşımı süresi teslim tarihinden başlar¹⁹.

Yüklenici tarafından teslimin ne şekilde yerine getirileceği hususu eserin türü ve mahiyetine göre değişiklik gösterecektir²⁰. Eğer eser yüklenicinin hakimiyet alanında meydana getirilmişse, teslimin gerçekleşmiş olması için eserin meydana getirilmesi yanında, işsahibinin hakimiyet alanına madden geçirilmesi gerekmektedir²¹. Örneğin terzi takım elbiseyi önce kendi işyerinde imal eder, daha sonra tamamladığı bu eseri işsahibine teslim eder. Eğer eser işsahibinin hakimiyet alanında meydana getirilmişse bu durumda elden ele bir teslim söz konusu olmaz. Böyle bir durumda teslim, yüklenici tarafından işsahibine yapılan bir bildirimle gerçekleşmiş olur. Bu bildirimin geçici zilyetlik ihlalinin ortadan kaldırılması (örneğin yüklenicinin işsahibinin evini boyadıktan sonra malzemelerini toplayıp evden ayrılması) suretiyle veya doğrudan işsahibine eserin tamamlanmış olduğunun bildirilmesi (örneğin yüklenicinin işsahibinin arsasına evi yaptıktan sonra işin tamamlandığını işsahibine bildirmesi) suretiyle yapılabileceği kabul edilmektedir²².

Son olarak, meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülse bile, işsahibi teslim için öngörülen süreyi beklemeksizin sözleşmeden dönemez. Ancak TBK m. 473/2 uyarınca yükleniciye uygun bir süre vererek *“ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir”*.

¹⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 86; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 57; Şenocak, **a.g.e.**, s. 79; Ardic, **a.g.e.**, s. 135; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 9; Uçar, **Teslim**, s. 542.

¹⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 57; Ardic, **a.g.e.**, s. 136; Uçar, **Teslim**, s. 548.

²⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 81.

²¹ **A.e.**, s. 81-82.

²² Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 36-37; Öz, **Dönme**, s. 167-168; Ayan, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 125; Şenocak, **a.g.e.**, s. 85-86.

B. Eserin Ayıplı Olması

1. Genel Olarak

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun doğması için gerekli olan bir diğer şart eserin ayıplı olmasıdır²³. Bu kapsamda ayıbın ve ayıp türlerinin anlaşılması için çalışmamızın devamında ayıp kavramı, ayıp türleri ile ayıbın diğer bazı kavramlardan farkı ayrı başlıklar altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2. Ayıp Kavramı

TBK’da bir eserin ayıplı olmasının tanımı yapılmamış olmasına rağmen çeşitli hükümlerde ayıp halinde tarafların hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir. Satım sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK’nın 219. maddesinde ayıptan sorumluluğun konusu; *“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur”* şeklinde belirtilmiştir.

Her ne kadar satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri önemli ölçüde etkilemiş²⁴ ise de eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk, ayrıca incelenmeyi gerektirecek seviyede farklılık ve hususiyet arz etmektedir. Doktrinde bazı yazarlarca “kötü ifa” hallerinden biri olarak kategorileştirilen²⁵ ayıp, en temel tanımıyla eserin sahip olması gereken özelliklere sahip olmaması halidir²⁶. Eserin, sözleşme gereği sahip

²³ Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1015; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 161; Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 121; Yusuf Büyükkay, **Eser Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 103; Kocaaga, **İnşaat**, s. 140; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 774; Turan Şahin, “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, SDÜ Basımevi, Isparta, 2011, s. 138 (Ayıp).

²⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 161.

²⁵ Öz, **Dönme**, s. 90; Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 143.

²⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 93; Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 435. Serozan ayıbı;

olması gereken niteliklere haiz olmaması veya önceden kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralına uygun olarak kendisinden beklenen faydayı kısmen de olsa gerçekleştirmeye elverişsiz olması halinde eser, ayıplı kabul edilir²⁷. Ayıba ilişkin bir tanımlama da Yargıtay'ın bir kararında “*Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile işsahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır.*” şeklinde yapılmıştır²⁸.

Satış sözleşmelerinde satıcı tarafından bildirilen niteliklerin eksikliği ayıp olarak kabul edilmekte iken, eser sözleşmelerinde bu konuda yasada açıklık bulunmamaktadır. Ancak sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi yüklenici tarafından, eser tamamlanana kadar, tek taraflı olarak bildirilen (vadedilen) niteliklerin eksikliği halinde yüklenicinin ayıptan sorumlu olduğu kabul edilmektedir²⁹.

a. Sözleşmeyle Kararlaştırılmış Olan Vasıfların Eksikliği

Eser sözleşmelerinde somut eseri belirlemeye yarayan; yer, renk, şekil, ölçü ve imal tarzı gibi genel vasıflar ile eseri daha özel nitelikte belirleyen olumlu veya olumsuz vasıflar imal faaliyeti öncesinde taraflarca kararlaştırılabilir³⁰. Kararlaştırılan olumlu vasıfların eserde bulunması, bulunmaması konusunda

basit formülle, vadedilen ya da vadedildiği varsayılabilen niteliklerin eksikliği olarak tanımlamış ve daha kısa bir formülle de “ayıp olması gereken nitelikten sapmadır” şeklinde belirtmiştir. Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 199 (Borçlar Özel).

²⁷ Öz, **Dönme**, s. 92. Ayrıca bkz: Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 284-285; Eren, **Borçlar Özel**, s. 634; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 112; Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 124 (Ayıp); Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 521; Kocaağa, **İnşaat**, s. 140; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 52; Mustafa Gür, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 136; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 149-150; Nihat Yavuz, **Ayıplı İfa**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 767 (Ayıp).

²⁸ Yargıtay 15. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/2999, K. 2017/4504. Bir başka tanım Yargıtay 3. HD, T. 12.3.2015, E. 2014/10600, K. 2015/3968: “*Ayıp, bir malda ya da eserde, sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Başka bir anlatımla ayıp, eşyanın normal niteliklerden ayrılmasıdır.*” (K.İ.B.B.).

²⁹ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 356.

³⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 126; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 104; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 555; Seda Öktem, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.: 80, S.: 2006/5, İstanbul, 2006, s. 1950.

anlaşılan olumsuz vasıfların³¹ ise eserde bulunmaması gerekir. Aksi halde eser ayıplı olur. Örneğin imal edilen eserde kararlaştırılan kalitede boya kullanılmamış ise genel vasıf eksikliğinden; buna karşılık yapılan asansör aynı anda istenilen sayıda kişiyi taşıyamıyorsa özel vasıf eksikliğinden kaynaklanan ayıp söz konusu olur³².

Uygulamada genellikle sözleşmelerin eki niteliğinde teknik şartnameler hazırlanmaktadır. Bu şartnamelerde belirtilen vasıflara sahip olmayan eserler ayıplı sayılır³³.

Eser sözleşmelerinde yüklenici, sözleşmeyle kararlaştırılmış olan tüm vasıfları sağlamak zorundadır. Sözleşmeyle kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği halinde eserin değeri azalabilir veya artabilir. Eksiklik nedeniyle eserin değeri azalmamış ve hatta bu durum eserin daha kullanışlı veya objektif bakımdan daha kıymetli olmasını sağlamış olsa dahi, meydana getirilen eser sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığından ayıplı sayılacaktır³⁴. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan yapay mermer yerine gerçek mermer kullanılması durumunda dahi eser ayıplı sayılacaktır³⁵. Ancak bu durumda iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği seçimlik haklarının kullanımı, hakkın kötüye kullanımı yasağı ile sınırlıdır³⁶.

Taraflar sözleşmede eserin taşıyacağı asgari nitelikleri belirlemiş olabilirler. Böyle bir durumda iş sahibi eserin niteliklerinin asgari olarak belirlenenlerin üzerinde olmadığını ileri sürerek ayıp hükümlerinden faydalanamaz. Eserin ayıplı sayılarak iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan haklarının kullanabilmesi için söz konusu niteliklerin sözleşmede belirlenen asgari seviyenin altında olması gerekir³⁷. Örneğin, sözleşmede yüklenicinin ikinci sınıf gürgen parkeden daha aşağı kalitede parke kullanamayacağı kararlaştırılmış ve yüklenici birinci sınıf meşe parke kullanmışsa,

³¹ “Eser sözleşmesinin taraflarının, sözleşme konusu eserin taşımaması gereken nitelikleri belirtmek suretiyle -olumsuz- anlaşma yapmaları da mümkündür. Bu halde anlaşma gereği olumsuz nitelikleri taşıyan sözleşme konusu eser, ayıplı sayılacaktır.”, Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 556 (Naklen).

³² Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 355.

³³ M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 192 (İnşaat Sözleşmesi).

³⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 163; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 285; Turanboy, **a.g.m.**, s. 158; Şenocak, **a.g.e.**, s. 95-96; Erman, **a.g.e.**, s. 122.

³⁵ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 163-164.

³⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 96.

³⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 123.

eser ayıplı sayılamaz; çünkü bu durumda yüklenici kararlaştırılardan daha kaliteli bir eser imal etmiştir³⁸.

Diğer taraftan sözleşme ile eserde bulunması kararlaştırılmış olan vasıfların, eserin tahsis edileceği amacı gerçekleştirmeyi veya eserin kullanılabilirliğini engellemesi durumunda, bu vasıfların bulunmamasının ayıp olarak değerlendirilmemesi gerektiği de belirtilmektedir³⁹. Böyle bir durumda, tarafların sözleşme kurulurken durumu bilselerdi, dürüst ve makul kişiler olarak neyi kararlaştıracakları tespit edilerek buna göre çözüme varılmalıdır⁴⁰.

Eserin sözleşmeyle kararlaştırılmış olan vasıflara uygun şekilde imal edilip edilmediğinin tespiti ise; eserin olması gereken durumu ile mevcut durumu arasında dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan karşılaştırma ile ortaya çıkar. Bu kapsamda sözleşmenin yorumu önemli bir husustur. Sözleşmenin yorumu yapılırken sözleşmenin amacı ve lafzı ile birlikte teamüller de dikkate alınmalıdır⁴¹.

b. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği

İş sahibi eserde bulunmasını veya bulunmamasını istediği vasıfları sözleşmede açıkça belirtmemiş olabilir veya bazı vasıfları belirtmiş olmakla birlikte diğer bir kısım vasıflar üzerinde durmamış olabilir. Böyle durumlarda, başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenici, kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin değerini ve kalite şartlarını taşıyan bir eseri teslim etmekle yükümlü olacaktır⁴². Bu husus taraflar arasındaki sözleşmenin dürüstlük kurallarına göre yorumlanmasından ve genel yaşam deneyimlerinden çıkarılabilir⁴³. Örneğin yeni yapılan bir evin çatısının akması halinde lüzumlu vasıflarda eksiklikten söz edilir⁴⁴.

Yüklenici, vasıflara ilişkin belirlemeler yapılmamış olsa bile, eseri belli bir kalitede (sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli orta kalitede) ve nitelikte

³⁸ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 139.

³⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁰ Tandoğan **Borçlar Özel**, s. 165.

⁴¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 95.

⁴² Uçar, **Ayıp**, 127; Erman, **a.g.e.**, s. 124; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 556.

⁴³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 164.

⁴⁴ Şahin, **Ayıp**, s. 139.

imal edip teslim etmekle yükümlüdür⁴⁵. Ayrıca eserde her ne kadar sözleşmede kararlaştırılmamış dahi olsa objektif olarak bulunması gereken hususların bulunması ve bulunmaması gereken hususların bulunmaması gerekir, aksi halde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğacaktır.⁴⁶.

Yüklenici, herhangi bir şekilde kullanılmaya elverişli olan bir eseri değil, taraflar arasındaki somut sözleşmedeki kullanım amacına elverişli bir eseri teslim etmekle yükümlüdür⁴⁷. Sözleşmede açıkça veya örtülü biçimde özel bir kullanım amacı belirtilmişse eser bu kullanım amacına uygun olmalıdır⁴⁸. Örneğin rüzgarla çalışan jeneratör, sözleşmeyle belirlenen yerde elektrik üretmeye elverişli olmalıdır⁴⁹. Eğer sözleşmede özel bir kullanım amacı belirtilmemişse eserin olağan kullanıma elverişli olması gerekir. Örneğin, yüklenici tarafından inşa edilen bir evin dış cephesinde çatlaklar olmamalı, imal edilen buzdolabı soğuk hava üretmelidir⁵⁰.

3. Ayıp Türleri

Eserin ayıplı olması halleri, ayıbın niteliğine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta; ayıbın niteliği, tarafların ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırları ve hakları bakımından farklılıklara neden olmaktadır.

Eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden eserdeki ayıp çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Bu konuda doktrinde “maddi ayıp-hukuki ayıp”, “açık ayıp-gizli ayıp”, “önemli ayıp-önemli olmayan ayıp”, “asli ayıp-tali (ikincil) ayıp” gibi ayrımlar yapılmaktadır⁵¹. Ayrıca “kasten gizlenen ayıp-kasten gizlenmeyen ayıp” şeklinde bir ayırım da yapılmaktadır⁵².

⁴⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 124; Uçar, **Ayıp**, s. 128;

⁴⁶ Öz, **Dönme**, s. 92.

⁴⁷ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 164.

⁴⁸ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 140; Öz, **Dönme**, s. 92-93; Şenocak, **a.g.e.**, s. 98; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 164.

⁴⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 98.

⁵⁰ **A.e.**, s. 98-99.

⁵¹ Bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 166-167; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 555; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 285; Erman, **a.g.e.**, s. 125-126.; Uçar, **Ayıp**, s. 129 vd; Kocaağa, **İnşaat**, s. 141; Şahin, **Ayıp**, s. 139; Mehmet Deniz Yener, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: IV, S.: 1, Y.: 2009, Kayseri, s. 157.

⁵² Şahiniz, **a.g.e.**, s. 108-109; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 358.

a. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp

Maddi ayıp, eserin teknik, kimyasal veya fiziksel niteliğine ilişkin olarak kararlaştırılan veya kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken niteliklerden birine sahip olmamasıdır⁵³. Kısaca maddi ayıp, eserdeki fiziki bozukluğu ve noksanlığı ifade etmektedir⁵⁴. Malın yırtık, kırık, bozuk, lekeli olması halleri maddi ayıba örnek olarak gösterilmektedir⁵⁵. Yine yapılan inşaatta duvarın çatlak olması, dikilen elbisenin paçalarının kısa olması maddi ayıba örnek olarak gösterilebilir⁵⁶.

Hukuki ayıp ise çoğunlukla, eserin kullanılması veya işletilmesi için çeşitli saiklerle öngörülen mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmesi hallerinde söz konusudur⁵⁷. Bu itibarla hukuki ayıp, eserden faydalanma veya eser üzerinde tasarrufta bulunma imkanını tamamen ortadan kaldıran veya sınırlandıran kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardır⁵⁸. Örneğin malın üzerinde rehin, haciz, intifa hakkı gibi kısıtlamalar bulunması hukuki ayıptır⁵⁹. Sözleşme gereğince teslim edilecek eserin teslim edileceği ülkenin ithalat rejimine aykırı olması, eserin yabancı bir patenti ihlal etmesi gibi durumlar da hukuki ayıba örnek olarak gösterilebilir⁶⁰.

b. Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Açık ayıp; eserin iş sahibine teslim edildiği anda açıkça görülebilen veya olağan bir inceleme ile anlaşılabilen ayıplardır⁶¹. İncelemeden kasıt, gözle veya elle

⁵³ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 356.

⁵⁴ Büyükay, **a.g.e.**, s. 105; Erman, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁵ Yargıtay HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963: “Maddi ayıp bir malda madden hata bulunmasıdır (örneğin malın yırtık, kırık, bozuk, lekeli olması gibi)” (K.İ.B.B.).

⁵⁶ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 356. İnşa edilmiş yapının kapısının veya penceresinin eğri veya duvarının bombeli olması da maddi ayıba örnek olarak verilmektedir. Bkz. Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi Ve İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 268.

⁵⁷ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 285-286; Şenocak, **a.g.e.**, s. 103; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 167.

⁵⁸ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 356.

⁵⁹ Yargıtay HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963: “Hukuki ayıp malın kullanımının hukuken sınırlandırılmış olmasıdır (malın üzerinde rehin, haciz, intifa hakkı gibi kısıtlamalar bulunması gibi)...” (K.İ.B.B.).

⁶⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 167.

⁶¹ Selici, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 143; Turanboy, **a.g.m.**, s. 161; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 286; Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 227; İzzet Karadağ, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 220; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 144, 151; Şahin, **Ayıp**, s. 140; Uçar, **Ayıp**, s. 130.

yapılan ve eserin bünyesine nüfuz edilmeyen bir incelemedir; örneğin sıva, badana veya boya işçiliğinin kalitesindeki kusurlar gözle veya elle yapılabilecek bir incelemede saptanabilecek açık ayıplardır⁶².

Gizli ayıp ise eserin iş sahibine teslim edildiği anda açıkça görülemeyen ve olağan bir muayene ile de görülemeyen; ancak eserin kullanılması ile zamanla ortaya çıkan ayıplardır⁶³. Örneğin gardrobun kapılarının tam kapanmaması açık ayıp iken; teslimden sonra başlangıçta problem yaşanmayan gardrobun bağlantı yerlerinin zamanla atması gizli ayıptır⁶⁴. Yine imal edilen renkli panel kapılarının renk atması gizli ayıptır⁶⁵.

Açık ayıp-gizli ayıp ayrımı eser sözleşmeleri bakımından önemlidir zira bu ayrımın sonucunda iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerinin zamanı belirlenmektedir⁶⁶. Açık ayıp bakımından iş 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 (TBK m. 474/1). Gizli ayıp bakımından ise iş sahibi, ayıp ortaya çıktığında gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır (TBK m. 477/3). Aksi halde iş sahibi, yükleniciyi ayıplı ifa sebebiyle sorumlu tutamayacaktır⁶⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki

⁶² Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 448.

⁶³ Turanboy, **a.g.m.**, s. 161; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 143; Aydemir, **a.g.e.**, s. 275; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 146; Erman, **a.g.e.**, s. 125; Karadaş, **a.g.e.**, s. 220; Seçer, **a.g.e.**, s. 227. Yargıtay kararlarında “açık ayıp” ve “gizli ayıp” için benzer tanımlar yapılmıştır. Örneğin Yargıtay 15. HD, T. 4.12.2017, E. 2016/4458, K. 2017/4248: “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.” (K.İ.B.B.).

⁶⁴ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 151.

⁶⁵ Aydemir, **a.g.e.**, s. 275.

⁶⁶ Uçar, **Ayıp**, s. 130; Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; Şahin, **Ayıp**, s. 140.

⁶⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 107; Erman, **a.g.e.**, s. 125; Seçer, **a.g.e.**, s. 227. Bu husus Yargıtay kararlarında da belirtilmektedir. Örneğin Yargıtay 23. HD, T. 5.7.2018, E. 2015/8370, K. 2018/4016: “Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imâl etmeyi yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda TBK’nın 474. maddesi, gizli ayıplarda ise TBK’nın 477. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, anılan kanunun 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 bildirimini süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır.” ; Yargıtay 23. HD, T. 15.11.2017, E. 2015/9799, K. 2017/3239: “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

yüklenicinin gizli ayıplardan sorumluluğu sınırsız değildir; yüklenicinin gizli ayıplar sebebiyle sorumluluğu zamanaşımı süresince devam eder⁶⁸.

c. Önemli Ayıp-Önemli Olmayan Ayıp

Önemli ayıp; işsahibi için eseri, kullanılamaz veya kabul edilemez kılan ayıplardır⁶⁹. Önemli olmayan ayıp ise; eserin kullanılmasını engellemeyen ve hakkaniyet gereği işsahibinin kabul zorunluluğu bulunan durumlardaki ayıplardır⁷⁰.

Önemli ayıp-önemli olmayan ayıp ayrımı da eser sözleşmeleri bakımından önemlidir, zira bu ayrımın sonucunda işsahibinin kullanabileceği seçimlik haklar belirlenmektedir⁷¹. Önemli ayıbın varlığı halinde işsahibi sözleşmeden dönme hakkına sahipken; önemli olmayan ayıplarda ise işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı yoktur, yalnızca bedelden indirim isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı vardır.

TBK m. 475/1’de eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı, eserin “*işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı*” şekilde ayıplı olması şartına bağlanmıştır. “Özel şart” başlığı altında ayrıntısı ile incelediğimiz bu şart, eserin önemli derecede ayıplı olması halleri için mevcut kabul edilir. Hangi ayıbın önemli hangisinin önemli olmadığı ise, esasında başlangıçta ayıbın mevcut olup olmadığının tespitinde geçerli olduğu gibi her olayın özelinde değerlendirilebilecektir. Uygulamada eserdeki ayıpların önemli olup olmadığı bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilmektedir⁷².

yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildirimi süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır.” (K.İ.B.B.).

⁶⁸ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 452; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 143; Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 148; Karadaş, **a.g.e.**, s. 220.

⁶⁹ Uçar, **Ayıp**, s. 131; Turanboy, **a.g.m.**, s. 162; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 357; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 143; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 167; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 555; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 286.

⁷⁰ Büyükay, **a.g.e.**, s. 108; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 357; Erman, **a.g.e.**, s. 126; Uçar, **Ayıp**, s. 131; Şenocak, **a.g.e.**, s. 104.

⁷¹ Erman, **a.g.e.**, s. 126; Büyükay, **a.g.e.**, s. 108; Şenocak, **a.g.e.**, s. 104; Karadaş, **a.g.e.**, s. 221; Uçar, **Ayıp**, s. 131.

⁷² Turanboy, **a.g.m.**, s. 162. Yargıtay 14. HD, T. 16.1.2012, E. 2011/14460, K. 2012/257: “... somut olaya gelince; Taraf sözleriyle davalı iş sahibinin eserindeki ayıpların davacı yükleniciye ihbar ettiği eser bedelini ödememek suretiyle de ihbarında ısrar ettiği sabittir. Bilirkişi incelemesine göre de yapılan şeyin iş sahibi tarafından kullanılamayacak derecede ayıplı olduğu saptanmıştır. Dolayısıyla sözleşmeyi fesheden iş sahibi Borçlar Kanununun 360. maddesindeki eseri kabulden kaçınma hakkını

d. Asli Ayıp- Tali (İkincil) Ayıp

Eserin teslimi sırasında mevcut olan ayıplar asli ayıp; asli ayıbın sonradan yol açtığı ve teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar ise tali ayıptır⁷³. Örneğin, yüklenici tarafından inşa edilen bir yapıdaki eksik beton durumu muayenede anlaşılabilirse asli ayıptır; ancak birincil nitelikteki bu ayıp yani örnekteki eksik beton sebebiyle duvarda çatlaklar oluşmuşsa bu durumda tali ayıptan bahsedilebilir⁷⁴.

Tali ayıbın teslim esnasında mevcut olan bir asli ayıp ile bağlantılı olması gerekir. Ancak bu durumda yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğacaktır. Tali ayıbın teslim esnasında mevcut olan bir asli ayıpla bağlantılı olmaması durumunda ise işsahibi ayıba karşı tekeffül sebebiyle doğan haklarını ileri süremeyecektir⁷⁵.

e. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp

Kasten gizlenen ayıp TBK m. 477/1 kapsamında bir ayıp olup; eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden eserin işsahibine teslimi sırasında yüklenici tarafından bilinen, ancak bilinçli olarak işsahibine açıklanmayan açık veya gizli ayıptır⁷⁶.

Yüklenici, bu tür ayıbın oluşmasına kendisi sebep olabileceği gibi; kendisinin sebep olmadığı bir ayıbın meydana geldiğini bildiği halde, bunu aldatıcı sözlerle veya gizlemeye yönelik fiilleriyle işsahibinden saklayabilir⁷⁷.

Gümüş'e göre⁷⁸; bir ayıbın kasten gizlenen ayıp sayılabilmesi için ayrıca yüklenicinin kötüniyetli de olması gerekir. Bu ise, dürüstlük kuralına aykırı olarak

kullanmış olacağından eserin bedelini de ödemesi gerekmez. Ne var ki, yine bilirkişi raporuna göre davalı tarafından teslim alınan mermerler üzerleri başka bir malzeme ile kaplanarak yapıda kullanılmıştır. Bunların yapıdan sökülerek davacı yükleniciye iadesi ağır masrafı gerektireceğinden davalının eser bedelini ödemesi gerekmez ise de bunların hurda değerinin bulunarak davacıya verilmesi gerekir. Mahkemece yapılması gereken iş; bilirkişiden ek rapor alınarak yapıda kullanılan ve sökülme olanağı bulunmayan mermer plakaların dava tarihindeki hurda değerini tespit etmek bu değerle sınırlı olarak davayı kısmen kabul etmek olmalıdır.” (K.İ.B.B.).

⁷³ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 286; Uçar, **Ayıp**, s. 134; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 108; Erman, **a.g.e.**, s. 126; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 794.

⁷⁴ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 358.

⁷⁵ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 166; Uçar, **Ayıp**, s. 134; Duman, **a.g.e.**, s. 794.

⁷⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 108.

⁷⁷ Eren, **Borçlar Özel**, s. 646.

ayıbı gizlemek ile gerçekleşir ve bu yönüyle “kasıt” kavramı “nitelikli bir kötünियeti” ifade eder⁷⁹.

Yüklenici tarafından kasten gizlenmiş bir ayıbın varlığı halinde işsahibi kendisine teslim edilen eseri açıkça veya örtülü olarak kabul etmiş, örneğin yasal süresi içinde muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemiş olsa dahi, TBK m. 477/1 gereğince yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu devam edecektir⁸⁰. Ancak işsahibi eserin kendisine teslimi esnasında, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıbın varlığını bilerek eseri teslim almışsa artık yükleniciyi ayıp sebebiyle sorumlu tutamayacaktır⁸¹.

Kasten gizlenmeyen ayıbın varlığı halinde ise işsahibi, kendisine teslim edilen eseri açıkça veya örtülü olarak kabul etmişse, örneğin yasal süresi içinde muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemişse, artık yükleniciyi ayıp sebebiyle sorumlu tutma hakkını kaybedecektir⁸².

4. Ayıbın Diğer Bazı Kavramlardan Farkı

a. Ayıp- Aliud İfa Farkı

Ayıp, taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılan vasıfların eksikliği veya sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması gereken lüzumlu vasıfların eksikliği iken; aliud ifa, taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılmış olan eserden bambaşka bir eserin teslimidir⁸³. Örneğin; işsahibine, yüklenici tarafından, spor salonu teslim edilmesi gerekirken eğlence salonu teslim edilmesi⁸⁴, üç odalı yerine iki odalı bağımsız bölüm teslim edilmesi⁸⁵ hallerinde

⁷⁸ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 358.

⁷⁹ **A.e.**, s. 358.

⁸⁰ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 109.

⁸¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 646.

⁸² Şahiniz, **a.g.e.**, s. 109.

⁸³ Kevork Acemoğlu, ““Aliud” Ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine”, **İÜMHAD**, C.: 6, S.: 9, İstanbul, 1972, s. 19; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 166; Yavuz, **Ayıp**, s. 767-768. Yargıtay 19. HD, T. 15.9.2015, E. 2015/8010 K. 2015/11010; “Anlaşmaya konu maldan başka bir malın teslim edilmesi halinde aliud ifadan bahsedilir.” (K.İ.B.B.).

⁸⁴ Mehmet Emre Sarıyıldız, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Ve İş Sahibinin Hakları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2014, s. 53.

⁸⁵ YHGK, T. 9.12.1992, E. 1992/15-649, K. 1992/732: “Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise “değişik eser”in (aliud) varlığı söz konusudur.” (K.İ.B.B.).

ayıplı ifa değil, aliud ifa söz konusudur. Yine yüklenicinin var olan binayı yıkarak yenisini inşa etmeyi üstlendiği eser sözleşmesinde, yüklenici tarafından bina yıkılmayıp tadil edilerek işsahibine teslim edildiği durum aliud ifaya örnek olarak verilebilecektir⁸⁶.

Ayıplı ifa durumunda, ayıplı dahi olsa bir ifa söz konusu iken, aliud ifada sözleşme hiç ifa edilmemiş kabul edilmektedir⁸⁷. Bu sebeple aliud ifa halinde yüklenici, ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca değil, borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁸⁸. Böylece işsahibi için muayene ve ihbar külfetlerinden bahsedilemez ve genel zamanaşımı süreleri söz konusu olur⁸⁹.

Ayıp ile aliud ifa durumunda uygulanacak hükümler birbirinden farklı olduğundan somut olaydaki nitelimenin doğru yapılması gerekmektedir. Teslim edilenin ayıplı ifa mı yoksa aliud ifa mı olduğu ise, her somut olay bakımından hakimin takdir yetkisini kullanması suretiyle tespit edilecektir⁹⁰. Hakim, somut

⁸⁶ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 359.

⁸⁷ Acemoğlu, a.g.m., s. 19; Nihat Yavuz, "Edime Uygun İfa İlkesi ve Aliud Kavramı", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.: II, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 2289 (Aliud).

⁸⁸ Yavuz, **Ayıp**, s. 768; Büyükay, **a.g.e.**, s. 113; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 166; Ferhat Canbolat, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Kitapevi Yayınları, 2009, s. 42. Yargıtay 11. HD, T. 9.6.2015, E. 2014/11508, K. 2015/7972: "818 sayılı BK'nun 194. maddesine göre (6098 sayılı TBK'nun 219. maddesi) "ayıp, bir malın satıcı tarafından açıkça veya üstü kapalı olarak vaadedilmiş ya da sözleşmeyle izlenen amaç gereği bulunması gerekir ve beklenir (vaadedildiği varsayılmış) niteliklerden yoksun olması demektir. Eğer alıcı tarafından istendiği bildirilmiş eşyadan apayrı, bambaşka bir eşya teslim edilmişse, yani basit bir nitelik sapması(nitelik eksikliği) değil de apaçık bir özdeşlik veya türdeşlik sapması gerçekleşmişse, artık ayıplı ifadan değil de başka bir şeyle yanlış ifadan(aliud ifadan)söz edilir"(Prof.Dr. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 2002, syf.126,130). Başka bir deyişle "çeşidiyle belirlenen bir menkulin satımında, sözleşenlerin çeşidini belirlemek için sözleşmede öngördükleri vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslim değil satılardan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusudur"(Yargıtay 11. HD. 20.02.1999 tarih, 1988/9372 E., 1990/1085 K. sayılı ilamı). Bu durumda ise uyumsuzluğun çözümünde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 96. ve devamı hükümlerinin nazara alınması gerekecektir." (K.İ.B.B.).

⁸⁹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 113.

⁹⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 106. Yargıtay 19. HD, T. 26.11.2004, E. 2004/1917, K. 2004/11686: "Davacılar 1993 model makine yerine 1980 model makine teslim edildiğini, bir başka anlatımla doktrinde "aliud" teslim olarak tanımlanan satın alınandan başka bir şeyin teslim edildiğini iddia etmişlerdir. Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayırımın önemi uygulanacak olan kanun hükümleri ve meydana çıkacak hukuki sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK.nun 194. madde hükmünün, aliud teslim söz konusu ise BK.nun 96. maddesi hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümünde öncelikle davacıların finansal kiralama konusu makinaları görerek satın alıp almadığı, yani davacıların gördüğü ve belirlediği makinaların davacılar teslim edilip

durumu nitelerken ilgili dalda geçerli iş görüşlerini dikkate alarak bir sonuca ulaşacaktır⁹¹.

b. Ayıp- Eksik İfa Farkı

Ayıp ile eksik ifa da birbirinden farklı kavramlardır⁹². Ayıplı ifa, vasıf eksikliğini ifade ederken; eksik ifa, yapılmayan işi ifade eder⁹³. Örneğin asansörün motorunun takılmamış olması eksik ifa iken; asansör motorunun içindeki bir parçanın takılmamış olması sebebiyle asansörün çalışmaması ayıplı ifadır⁹⁴. Yine inşa edilen evde kapıların takılmaması eksik ifa iken; kapıların boyasının bozuk veya köşelerinin kırık olması ayıplı ifadır⁹⁵.

Eksik ifayı; taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılan veya sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması gereken kısımların hiç bulunmaması ve eserin bu haliyle işsahibince kabul edilmesi şeklinde

edilmediğinin saptanması gerekir. Eğer davacılar makinaları görüp belirleyip bu makinaların finansal kiralama yolu ile kiralınması için davalıya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılarca teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır. Aksi halde davacıların malı görüp belirlemeden proforma faturada yazılı nitelikte malı finansal kiralama yoluna gitmişlerse 1993 model makine yerine 1980 model makine teslimi sözleşmeye uygun ifa etmeme (aliud teslim) halini oluşturur. (Zarife Şenocak BK.nun 96 vd.194.vd maddeleri açısından "aliud"un (başka şeyin) teslimi, Banka Ticaret Hukuku Dergisi Haziran 1989 cilt 15 sayı 1 sh 131-135, İsmail Doğanay Ticari Alım-Satım Akti ve Nevileri Ankara 1993 sh.100-105). Hal böyle olunca dava konusu uyumsuzlukta ayıplı mal teslimi mi yoksa aliud teslimi mi olduğu konusunda taraf delilleri toplanarak, özellikle davalının, davacı tarafından malın bizzat görülüp belirlenerek finansal kiralama sözleşmesine konu edildiğine ilişkin savunmada sözünü ettiği 6.6.1997 tarihli ibranamede değinilen 10.3.1997 tarihli 97.1.1030 nolu satış sözleşmesinin de ibrazı sağlanarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (K.İ.B.B.).

⁹¹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 166.

⁹² Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 138 (Ek İş); Gür, **a.g.e.**, s. 82; Coşku Gönen, “İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş-Ayıplı İfa Ayırımı”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 343.

⁹³ Büyükcay, **a.g.e.**, s. 110; Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.: II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 2166. Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, E. 2017/13-661, K. 2018/1123: “Ayıplı ifa ile eksik ifa birbirinden farklı kavramlar ise de, her iki kavram da özünde tarafların hukuki ilişki ile yükümlendikleri edimlerini, gerek kanun gerekse sözleşme ile öngörülen şartlara uygun, başka bir anlatımla gereği gibi ifa etmemeleri ile ilgilidir. Başka bir deyişle, sözleşmeye aykırı mal teslimi her zaman ayıplı bir malın verilmesi anlamına gelmez. Eksik ifa da bu anlamda sözleşmeye aykırı mal teslimi anlamını taşır. Ancak eksik ifa sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereğince yapılması gereken işlerin bir kısmının hiç yapılmamış olması hâlinde söz konusu olur. Ayıplı ifadan söz edilebilmesi için ise sözleşme ile kararlaştırılan malın, o malda bulunduğu belirtilen niteliklerin veya çeşidi yahut vasfı gereği malın taşınması gereken özelliklerinin mevcut olmaması gerekir.” (K.İ.B.B.).

⁹⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 61.

⁹⁵ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 522.

tanımlayabiliriz⁹⁶. Örneğin asansörün yalnızca ray ve halatlarının takılarak diğer aksamının eksik bırakılması, taraflarca yapılması kararlaştırılmış olmasına rağmen dairelerde dolapların yapılmaması veya şofben konulmaması hallerinde eksik ifa söz konusudur⁹⁷. Yine taraflarca akdedilen sözleşme gereğince yapılması gereken asansörün yapılmaması, parkelerin döşenmemesi, pencerelerin takılmaması halleri de eksik ifaya örnek olarak gösterilebilir⁹⁸.

Eserin geri kalanına zarar verilmeden taraflar arasındaki sözleşmeye uygun ifa tamamlanabiliyorsa eksik ifa; eserin geri kalanına ancak müdahale edilerek taraflar arasındaki sözleşmeye uygun ifa tamamlanabiliyorsa ayıplı ifa söz konusu olur⁹⁹. Örneğin inşa edilen taşınmazın camlarının hiç takılmaması eksik ifa iken; inşaat devam ederken yapılan kaynak kıvılcımlarının sıçraması sebebiyle takılı camlarda delik oluşması ayıplı ifadır¹⁰⁰. Verilen bu örneklerdeki camların hiç takılmaması şeklindeki eksik ifa durumunda, eserin geri kalanına zarar verilmeden camlar takılarak ifa tamamlanabilecekken; camlarda delik oluşması şeklindeki ayıplı ifa durumunda ancak camların sökülüp yerine yenilerinin takılması suretiyle ifa tamamlanabilecektir.

Eksik ifa ile ayıplı ifa ayrımının hukuki sonuçları önemli olup birbirinden farklıdır¹⁰¹. Eksik ifada hukuken ve teknik anlamda bir teslim gerçekleşmediğinden

⁹⁶ Zeynep Özcan, "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı Ve Eksik İfası", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.: 6, S.: 11, Haziran 2018, s. 325.

⁹⁷ Uygur, **a.g.e.**, s. 2166.

⁹⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 61.

⁹⁹ Sanem Aksoy Dursun, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı", **Legal Hukuk Dergisi**, Y.: 2011, C.: 9, S.: 101, İstanbul, 2011, s. 1847; Gökyayla, **Ek İş**, s. 138-139; Kurt, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁰⁰ Özcan, **a.g.m.**, s. 326.

¹⁰¹ Gönen, **a.g.m.**, s. 348. Yargıtay 13. HD T. 9.2.2016, E. 2014/47890, K. 2016/3666: "Eksik iş ve ayıplı iş ayrımının sınırları yasalarımızda açıkça belirlenmediğinden bu boşluk Yargıtay içtihatları ile doldurulmaktadır. Bu ayrımın hukuki sonuçları önemli olup birbirinden farklıdır. Çünkü özel hüküm yerine genel hükme başvurmak muayene ve ihbar süresi geçirilmişse önem arzedecektir. Nitekim ayıplı iş için mutlaka ihbar gerekirken eksik ifa da ihbara gerek kalmadan dava açılabilir. Bazı durumlarda eksik ifa ile ayıplı ifanın ayrımında güçlük yaşanmaktadır. İşte burada bitmemiş yani tamamlanmamış ifa ile ayıplı ifa ayrımını iyi yapmak gerekir. Bu husus doktrinde de tartışmalıdır; ifa etmeme çok kapsamlı bir kavram olup teknik ve gerçek anlamda "gereği gibi ifa etmemeyi" karşılamamaktadır. Borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa veya ayıplı ifa demek mümkündür. (Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku*, Beta Y., sh 1004) ...'a göre ise borçların ifa edilmemesi, borçların hiç ifa edilmemiş olmasının yanında borçların gereği gibi ifa edilmemiş olmasını da kapsamaktadır. Uygulamaya gelince; tüketici hukuku yönünden de öncelikle ayıplı ifa-eksik iş (ifa) ayrımı yapılmalı, eksik ifa halinde TKHK nun 30. maddesi delaletiyle TBK.m.112 vd. (EBK.96) hükümleri uygulanmalıdır. ... Bir şeyin teslimini konu alan borçlarda

işsahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidemez¹⁰². Çünkü eserin işsahibine teslimi için öncelikle tamamlanması gerekmektedir¹⁰³. Ancak Yargıtay¹⁰⁴ eksik bırakılan bir iş varsa ve bu eksiklik de pek az ve işsahibi tarafından katlanılacak boyutta ise yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak şekildeki düşüncenin iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağını ve böyle bir durumda yükleniciye veya halefine eksikliğin tamamlanması olanağı sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Doktrinde de pek çok yazar bu görüştedir¹⁰⁵.

Eksik ifa durumunda işsahibi, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerine göre haklarını kullanacaktır¹⁰⁶. Bu çerçevede işsahibinin, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması için gerekenin aksine, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeden haklarını kullanması mümkündür¹⁰⁷.

Doktrinde iskan ruhsatının (yapı kullanma izin belgesi) alınmamasının eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre¹⁰⁸,

teslimin eksik yapılması yapma borçlarında yapılması gereken şeyin tam olarak yapılmaması eksik ifadır. Bu hususta şu ölçütten yararlanmak gerekir: "Eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkünse eksiklikten, fakat eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir. Yazara göre bir duvarın boyanmamış olması kural olarak borcun ifa edilmemesine veya eksik ifaya dair hükümlerin uygulanmasını gerektiren bir eksikliktir. Buna karşılık aynı duvarın önce astar boya ile boyanması gerektiği halde bu boya yapılmadan normal boya ile boyanmışsa artık ayıptan söz edilmelidir." (GAUCH Peter, Dervertrag, Zürich 2011, s.576, no:1449, nakleden . . ., 2014/28049 esas sayılı dosyamızdaki hukuki mütalaasından) Örneğin asansörün motorunun takılmaması eksik iş, motorunun bir parçasının takılmaması sebebiyle çalışmayan asansör ayıplı sayılır. Yine bir konutun kararlaştırıldığı halde mutfak dolaplarının takılmaması eksik ifa, bu dolabın madde yerine kavaktan yapılması ayıplı ifadır. Dolayısıyla ayıplı ifadan söz edebilmek için eserin tamamlanarak teslim edilmesi gerekir. Eksik ifanın tespiti halinde eksikliğin değeri bulunarak tazminata karar verilmelidir. Ortak alanlardaki eksiklikte ise nispi yöntemle göre bulunacak bedele hükmedilir..." (K.İ.B.B.).

¹⁰² Özcan, **a.g.m.**, s. 326.

¹⁰³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 161.

¹⁰⁴ Yargıtay 14. HD, T. 22.9.2005, E. 2005/5975, K. 2005/8193; Yargıtay HGK, T. 16.2.2005, E. 2005/14-6, K. 2005/73 (K.İ.B.B.).

¹⁰⁵ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 40; Uçar, **Ayıp**, s. 103; Özcan, **a.g.m.**, s. 326.

¹⁰⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 195; Büyükkay, **a.g.e.**, s. 112.

¹⁰⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 199; Gönen, **a.g.m.**, s. 349. Yargıtay 13 HD, T. 19.6.2013, E. 2012/25184, K. 2013/16764: "Hemen belirtmek gerekir ki, eksik iş, yapılması gerektiği halde yapılmayan 'işleri, ayıplı iş ise, eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden ihbarda bulunmasına ya da ihtirazı kayıt koymasına gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü sadece ayıplı işler içindir. 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklik nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir." (K.İ.B.B.).

¹⁰⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 103; Uçar, **Ayıp**, s. 133; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 138; Kocaağa, **İnşaat**, s. 141; Halil Akkanat, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 71 (Fazla İnşaat); Şahin, **Teslim**, s. 114; Köksal

yüklenicinin iskan ruhsatı almayı üstlendiği eser sözleşmesi kapsamında, iş sahibine iskan ruhsatı almadan yapıyı teslim etmesi durumunda ayıplı ifa söz konusudur. Doktrindeki diğer görüşe göre¹⁰⁹ ise, iskan ruhsatının alınmamış olması eksik ifa niteliğindedir. Zira iskan ruhsatı olmadan yapının elektrik, su, doğalgaz gibi tesisatlarının yapılması mümkün değildir. Bu nedenle inşaat tamamlanmış olsa dahi, iş sahibinin böylesi bir eksik ile eseri kabule zorlanması mümkün değildir¹¹⁰. Yargıtay kararlarında¹¹¹ da iskan ruhsatının alınmamış olması eksik ifa sayılmaktadır.

Doktrinde, meydana getirilen inşaat yüzölçümünün sözleşmede kararlaştırılardan daha az olması durumunun eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu hususu da tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre¹¹², yüzölçümünün kararlaştırılardan daha az olması durumu ayıplı ifadır. Doktrindeki diğer görüşe göre¹¹³ ise, yüzölçümünün kararlaştırılardan daha az olması durumu eksik ifadır. Örneğin 100 m2 olması kararlaştırılan bağımsız bölümün 90 m2 olarak inşası ve teslimi halinde artık eserin yüzölçümünün artırılması mümkün değildir ve

Kocaağa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, **TBB Dergisi**, S.: 85, 2009, s. 102 (İlave İş); Canbolat, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁰⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 69-70; Aydemir, **a.g.e.**, s. 270; Şahin, **a.g.e.**, s. 49; Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi Ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 212; Kurt, **a.g.e.**, s. 74.

¹¹⁰ Aydemir, **a.g.e.**, s. 78, 271.

¹¹¹ Yargıtay 15. HD., T. 24.6.2004, E. 2003/6625, K. 2004/3541: “Yanlar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde inşaatın iskanı alınıp, elektrik kofraya sokulup, su da binaya bağlandıktan sonra bitmiş olarak teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin bu hükmü, HUMK’nun 287. maddesinde delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan bağımsız bölümlerin arsa sahiplerine tesliminde bu şartlara uyulup uyulmadığına bakmak gerekir. Şayet, sözü edilen şartlar yerine getirilerek teslim yapılmışsa, kuşkusuz, zamanaşımı B.K.’nin 128. maddesi hükmüne göre sözleşmeye uygun teslimin yapıldığı tarihten başlar, sözleşme şartlarına uygun teslim yoksa, daha açığı yapının iskan ruhsatı alınmamışsa hukuken geçerli bir teslim olmadığından zamanaşımını başlatma olanağı yoktur.” (K.İ.B.B.) ; Yargıtay 15. HD., T. 19.02.2001, E. 2001/4506, K. 2001/930: “25.5.1993 tarihli sulhname içeriğine göre, iskan ruhsatı alınması yükümlülüğü yükleniciye aittir. Oysa bilirkişi raporunda, iskan ruhsatı alınmasına engel hal olmadığı belirtildiği halde, bu yükümlülüğün yüklenici tarafından yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. İskan ruhsatının alınmaması, Dairemizin uygulamasına göre, eksik iş sayılır. Bu nedenle, iskan ruhsatı alınması için gerekli tüm masraflar hesaplattırılarak, eksik işler yanında yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” (Karadaş, **a.g.e.**, s. 226).

¹¹² Şenocak, **a.g.e.**, s. 94; Şahin, **a.g.e.**, s. 54; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 341; Akkanat, **Fazla İnşaat**, s. 75, dpn. 25

¹¹³ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 448-449; Aydemir, **a.g.e.**, s. 260.

tamamlanamayan bir eksiklik söz konusudur¹¹⁴. Benzer şekilde Yargıtay kararlarında¹¹⁵ da bu durum eksik ifa olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay, satış sözleşmelerinde yüzölçümünün kararlaştırılardan daha az olması durumunda bunun ayıplı ifa¹¹⁶ olduğunu kabul ederken; eser sözleşmelerinde bu durumu eksik ifa olarak kabul etmekte ve bunun sebebi olarak satış sözleşmelerine ilişkin TBK m. 244 (818 sayılı Borçlar Kanunu¹¹⁷ m. 215)'teki özel düzenlemenin karşılığının eser sözleşmesi hükümlerinde düzenlenmemiş olmasını göstermektedir¹¹⁸.

¹¹⁴ Aydemir, a.g.e., s. 260.

¹¹⁵ Yargıtay 15. HD, T. 17.6.2008, E. 2008/1942, K. 2008/4021: “Taraflar arasındaki 23.12.1997 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin hususi şartlar bölümü 1. maddesinde arsa sahibine ait olan bodrum kattaki 2 nolu dairenin 3 odalı olarak yapılacağı kararlaştırılmış iken bu daire 2 odalı olarak inşa edilmiş, inşaat tamamlanarak 11.05.2001 tarihinde yapı kullanma izin belgesi alınmak suretiyle davacıya teslim edilmiştir. Eser sözleşmesine göre yüklenici sözleşme hükümlerine ve projesine uygun olarak davacıya ait daireleri yapı teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bağımsız bölümdeki mesaha küçüklüğü eksik iş niteliğinde olup, davacının bu nedenle uğradığı zararın tahsiline hükmedilmesi gerekir.” (Karadaş, a.g.e., s. 222); Yargıtay 15. HD, T. 17.1.2001, E. 2000/5569, K. 2001/272: “Sözleşme eki olan noter tasdikli avan projede, davacılar verilmesi gereken dairenin yüzölçümü gösterilmiştir. Davacılar, anılan dairenin 102 m2 olarak ve de avan projedeki yüzölçümünden küçük yapıldığını vurgulamak suretiyle aradaki yüzölçüm farkının - eksik iş bedeli olarak - tahsilini istemişlerdir. Avan proje ile belediyece tasdikli proje arasında, davacılar aleyhine eksiklik olduğu tartışma konusu değildir. ... Bu durumda, mesaha küçüklüğü nedeniyle davacıların eksik iş niteliğindeki zararlarının tahsiline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu kalem isteklerinin reddi doğru olmamıştır.” (K.İ.B.B.).

¹¹⁶ Yakın tarihli bir kararda da bu durumun ayıp olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir; Yargıtay 13. HD, T. 15.11.2018, E. 2016/1076 K. 2018/10758: “Her ne kadar mahkemece hükme esas alınan bilirkişi heyet raporunda bağımsız bölümdeki m2 eksikliği eksik ifa olarak nitelendirilmiş ve buna göre davacının talebi kabul edilmiş ise de; bu hususun davacının satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıp niteliğinde olduğu, davalıların bu ayıbı gizlemek için de herhangi bir hileye başvurmadağı, davacının bu ayıplardan bağımsız bölümü teslim aldığı tarihte kolayca bilgi sahibi olabileceği kuşkusuzdur.” (K.İ.B.B.).

¹¹⁷ Bundan sonra “EBK” olarak anılacaktır.

¹¹⁸ Semih Yünlü, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2014, s. 72. Yargıtay HGK, T. 9.12.1992, E. 1992/15-649, K. 1992/732: “Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da, “... Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişkisi bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi” denilmekle, genelde yüzölçüsündeki noksanlığın ayıp sayılamıyacağı görüşü benimsenmiştir. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri, için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, aktin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan-Borçlar H., C. I/1, s. 170 vd.). Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul

C. İşsahibince Muayene (Gözden Geçirme) Ve İhbar (Bildirim) Külfetinin Yerine Getirilmiş Olması

1. Genel Olarak

İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart TBK m. 474/1’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır”.

Kanunun bu hükmüyle işsahibine muayene ve ihbar külfeti yüklenmiştir¹¹⁹. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması ve bu kapsamda işsahibinin eserdeki ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması gerekir; aksi halde işsahibi, ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır¹²⁰.

İşsahibine, eseri teslim aldıktan sonra, muayene ve ihbar zorunluluğu getirilmesinin amacı, eser tamamlandıktan ve teslim edildikten çok uzun zaman sonra ayıp iddiasının ortaya atılmasının adil olmayacağı düşüncesidir¹²¹.

Muayene ve ihbar zorunluluğu, işsahibi açısından bir borç veya yükümlülük değil, bir külfettir¹²². Bir başka ifade ile işsahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan

edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri red olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur. Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser" in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan age., 2. c., s. 166; T. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 94; Dç. Dr. H. Burcunoğlu H. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve T.H.Ar. Enstitüsü, Y. 1990 B., s. 286 vd.). ” (K.İ.B.B.).

¹¹⁹ Turanboy, **a.g.m.**, s. 163; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 556; Uçar, **Ayıp**, s. 136; Aral, **a.g.e.**, s. 191; Şahin, **Ayıp**, s. 140.

¹²⁰ Erman, **a.g.e.**, s. 127; Öz, **Dönme**, s. 112; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 54; Turanboy, **a.g.m.**, s. 163.

¹²¹ Öz, **Dönme**, s. 112. TBK m. 474 hükmünün amacına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ve bu görüşlere getirilen eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. İpek Yücer Aktürk, **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 76-90.

¹²² Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 359. Aynı yönde bkz. Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 70, 72; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 306; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 556; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 145; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 168; Turanboy, **a.g.m.**, s. 163; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 200; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 110;

haklarını kullanabilmesi için gerekli bir görevdir¹²³. Çünkü işsahibince bu külfetlerin yerine getirilmemesi, onu yükleniciye karşı sorumlu hale getirmeyecek, yalnızca eserin teslim edildiği haliyle kabul edildiği varsayımına yol açacaktır¹²⁴. Niteliği itibari ile muayene ve ihbar bir borç olmadığından işsahibinin, muayene ve ihbara zorlanması ve bu hususta temerrüde düşürülmesi de mümkün değildir¹²⁵.

Muayene ve ihbar külfeti, yüklenici açısından da, işsahibinin eserde ayıp bulunup bulunmadığı yönündeki görüşünü bir an evvel öğrenme ve bu sayede gerekirse eseri bizzat muayene ederek ayıp bildirimine karşı itiraz etme konusundaki tavrını netleştirebilmesine imkân tanımaktadır¹²⁶.

Muayene ve ihbar külfetine aykırı hareket edilmesi, işsahibinin eseri kabul etmiş sayılmasına¹²⁷ neden olduğundan (TBK m. 477/2), bu aşamadan sonra işsahibi, kasten gizlenen veya usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar dışındaki ayıplar bakımından TBK m. 475'te düzenlenmiş olan seçimlik haklarını kullanma imkanını kaybeder. Böylece yüklenici, her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur (TBK m. 477/1)¹²⁸.

Şenocak, **a.g.e.**, s. 108; Uçar, **Ayıp**, s. 137; Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 296; Ardiç, **a.g.e.**, s. 148. Ayrıca “Borç”, “yükümlülük” ve “külfet” kavramları hakkında bilgi için bkz. Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 63-68.

¹²³ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 200.

¹²⁴ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 556.

¹²⁵ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 306; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 72.

¹²⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 108; Eren, **Borçlar Özel**, s. 642.

¹²⁷ Öz'e göre; burada zımnen (örtülü olarak) ayıbı kabul etme beyanı veya aksi ispatlanabilir bir kabul karinesi yoktur, belli süre içerisinde muayene ve ihbar yasal şartı gerçekleşmediği için hakların kaybedilmesi söz konusudur. Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 200. Aksi görüşte olan Gümüş'e göre ise; işsahibinin muayene ve ihbar külfetini hiç veya süresinde yerine getirmemesi, TBK m. 477/2 anlamında örtülü kabul oluşturur. Bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 362. Eren de TBK m. 477/2'nin yasal örtülü kabul çeşidi olduğunu ve burada aksi ispat edilemeyen kesin bir karinenin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 641.

¹²⁸ Yargıtay 15. HD, T. 24.6.2008, E. 2008/2466, K. 2008/4205: “Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Ters durumda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak kasten sakladığı ayıplarla usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan kusurları görülmemiş ise, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Ayıp sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır. Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun 359., gizli ayıplarda ise 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, iş-eser sahibi, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları kullanabilir.” (K.İ.B.B.).

TBK m. 474/1'in açık hükmünden anlaşıldığı üzere işsahibinin muayene ve ihbar külfeti eserin teslimi ile başlar¹²⁹. Bu sebeple, eser yüklenici tarafından kendisine teslim edilmeden önce işsahibinin eseri muayene etme imkanı olsa, hatta eserdeki ayıbın varlığını bilse bile, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek zorunda değildir¹³⁰.

İşsahibinin egemenlik alanında imal edilen eserlerde de, eser henüz tamamlanmadan muayene ve ihbar yükümlülüğü doğmadığından, işsahibinin susması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır¹³¹. Eser tamamlanmadan veya teslim edilmeden önce muayene ve ihbar yükümlülüğünün doğmaması adalete aykırı bir sonuç değildir; zira ayıbın önemi çoğu zaman ancak eser tam olarak bittiği ve işsahibine teslim edildiği zaman kesin bir şekilde anlaşılabilir¹³².

2. Muayene (Gözden Geçirme) Külfeti

a. Muayene Süresi

İşsahibinin, “*eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmesi ve ayıpları varsa bunları yükleniciye bildirmesi*” yasal bir zorunluluktur (TBK m. 474/1). Madde metni, muayeneye ne zaman başlanacağını yanı sıra ne zaman bitirilmesi gerektiğini de kapsayan “muayene süresini” belirlemektedir¹³³.

Muayene külfeti, eserin, işsahibine teslimi ile ortaya çıksa da¹³⁴; kanun koyucu tarafından kesin ve net bir muayene süresi belirlenmemiş¹³⁵, bunun yerine madde hükmünde “*işlerin olağan akışı*” ve “*imkan bulur bulmaz*” şeklinde iki kriter öngörülmüştür¹³⁶. Kanun koyucu “işlerin olağan akışı” tabiriyle teamüle yollama

¹²⁹ Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1018; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 127-128; Yener, **a.g.m.**, s. 159; Öz, **Dönme**, s. 113; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 773.

¹³⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 109.

¹³¹ Öz, **Dönme**, s. 113.

¹³² **A.e.**, s. 113.

¹³³ Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 404; Uçar, **Ayıp**, s. 142; Kocaağa, **İnşaat**, s. 154; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 111; Şenocak, **a.g.e.**, s. 110.

¹³⁴ Kurşat, **a.g.e.**, s. 298; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 524; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 404; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 149.

¹³⁵ Eren, **Borçlar Özel**, s. 643; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 524.

¹³⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 110.

yapmaktadır¹³⁷. Burada tacirler arasında o ticaret alanındaki bir teamül söz konusu olabileceği gibi, tacir olmayanlar arasında yaygın bir uygulama göz önüne alınabilecektir¹³⁸. Böyle bir teamül veya uygulama yok ise bu kez “*imkan bulur bulmaz*” kriteri devreye girecek ve “*imkan bulur bulmaz*” unsurunun tespitinde, somut olayın özelliklerine göre işsahibinin özenli bir muayene için ne kadar zamana ihtiyaç duyduğu dikkate alınacaktır¹³⁹.

Kanunda yer alan muayene sürelerine ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından, bu yedek hukuk kurallarının aksine tarafların sözleşme ile başka bir süre öngörmeleri mümkündür¹⁴⁰. Ancak sözleşme ile kararlaştırılan süre işlerin olağan akışına göre işsahibinin özenli bir muayene için ihtiyacı olan süreden kısa ise, bu durumda sözleşme ile kararlaştırılan süre değil de, özenli bir muayene için gerekli süre dikkate alınmalıdır¹⁴¹.

Somut olayın özelliklerine göre işsahibince eserin muayenesine ne zaman başlanması gerektiği hususu değişebilir¹⁴². Eserin muayenesinin, kullanım amacı vb. sebepler dikkate alınarak teslimden sonraki bir zamanda yapılması gerekiyorsa, muayenenin ileri bir tarihte yapılması gecikme teşkil etmez¹⁴³. Muayenenin ancak makul ve objektif olarak mümkün olan zamanda yapılması beklenebilir; örneğin ısı yalıtım veya doğalgaz tesisatı yapımı gibi işlerde muayene için kış mevsiminin beklenmesi gerekecek ve bu durum işsahibi açısından gecikme teşkil etmeyecektir¹⁴⁴.

İşsahibinin, muayeneye derhal başlaması zorunlu olmasa da yaşanan gecikme, yüklenicinin sorumluluğunun devam etmesi için kabul edilebilir sürenin üzerinde olmamalı ve işsahibinin gecikme için haklı bir sebebi bulunmalıdır¹⁴⁵. İşsahibinin muayeneye başlayamaması için haklı bir sebebi varsa, muayene süresinin

¹³⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 110.

¹³⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 169.

¹³⁹ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 525; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 111; Şenocak, **a.g.e.**, s. 110; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 170.

¹⁴⁰ Uçar, **Ayıp**, s. 138; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 313; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1019; Öz, **Dönme**, s. 114; Kurşat, **a.g.e.**, s. 301, dpn. 808; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 174.

¹⁴¹ Öz, **Dönme**, s. 114; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 174-175.

¹⁴² Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 360.

¹⁴³ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁴⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 169-170. Aynı yönde bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 360; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁴⁵ Öz, **Dönme**, s. 114.

haklı sebebin ortadan kalkmasına kadar ertelenebilmesinin dürüstlük kuralı gereği olduğu belirtilmektedir¹⁴⁶.

İş sahibine yüklenebilen sebeplerle muayenenin gecikmesi halinde; örneğin iş sahibinin tatilde olması, hastalanması, kaza geçirmesi vb. hallerde, iş sahibi muayene külfetini yerine getirmemenin sonuçlarına katlanır¹⁴⁷. Ancak genel tatil, su baskını, grev vs. gibi iş sahibine yüklenemeyen sebeplerle muayeneye başlanamazsa bu durum iş sahibinin muayene külfetini yerine getirmede geciktiği anlamına gelmez¹⁴⁸.

b. İş sahibinin Muayene Külfetini Yerine Getirirken Göstermesi Gereken Özen Derecesi

Kanun koyucu iş sahibine “*yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek ayıplar*” dışındaki ayıplar yönünden muayene külfeti yüklemiştir. Bu muayene külfeti yerine getirilirken iş sahibinin göstermesi gereken özen derecesi konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre¹⁴⁹ iş sahibinden, ilgili branştaki orta düzeyde bir uzmanın yapacağı inceleme beklenmelidir. Bu görüş kabul edilirse; iş sahibi ilgili branşın bilgi, tecrübe ve yeteneğine sahip değilse muayene için uzman bir kişiye başvurmak zorunda kalacak, aksi halde iş sahibi ortalama bir uzmanın tespit edebileceği ayıpları tespit ve ihbar etmemesi sebebiyle TBK m. 475’te kendisine tanınan seçimlik hakları kaybedecektir¹⁵⁰.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise¹⁵¹; iş sahibinin ilgili branşın ortalama bir uzmanı gibi muayene yapma veya yaptırma yükümlülüğü olmayıp,

¹⁴⁶ Büyükay, **a.g.e.**, s. 119.

¹⁴⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 111; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 111; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁴⁸ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 131; Şenocak, **a.g.e.**, s. 112.

¹⁴⁹ Gautschi, Pedrazzini ve Reber bu görüştedirler (nakleden, Öz, **Dönme**, s. 114, dpn. 138; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 313, dpn. 127).

¹⁵⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 115.

¹⁵¹ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 313; Erman, **a.g.e.**, s. 133; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1020; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 99; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 147-148; Öz, **Dönme**, s. 114; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 112; Şenocak, **a.g.e.**, s. 115; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s.170; Kocağa, **İnşaat**, s. 156; Merve Akça,

içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek düzeyde özenli bir muayene yapması yeterlidir. İş sahibine muayene ve ihbar külfeti yüklenerek, yüklenici zaten yeterince korunmuşken; bu külfetin ağırlaştırılarak onun menfaatinin daha fazla korunmasına gerek yoktur¹⁵². Basit, yalın bir muayene ile görülebilecek ayıpları açık ayıp, kullanım sırasında sonradan ortaya çıkan ayıpları ise gizli ayıp olarak nitelendiren Yargıtay'ın da¹⁵³ benzer görüşü savunduğu söylenmektedir¹⁵⁴.

Sözleşme veya teamül gerektirmedikçe, iş sahibinin, ilgili branşın ortalama bir uzmanı gibi muayene yapma veya yaptırma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmekle birlikte, TBK m. 474/2'ye göre, hem yüklenici hem de iş sahibi, masrafına kendisi katlanarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir. Her ne kadar kanun hükmünde açıkça belirtilmemiş olsa da, bilirkişiden kastın, resmi olarak tayin edilmiş bilirkişi olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Geçici hukuki koruma yollarından biri olan delil tespiti vasıtasıyla yapılabilen resmi bilirkişi tayini için normal şartlarda uyuşmazlığa konu delilin yok olma ihtimali veya ileride öne sürmesinin zorlaşma ihtimali şartı bulunmaktadır (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁵⁶ m. 400/2¹⁵⁷). Ancak burada TBK m. 474/2 kapsamında böyle bir talepte bulunabilmek için ispat vasıtalarının tehlikeye düşmesi veya eserde bir ayıp bulunmasının kuvvetle muhtemel olması şartı aranmayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁸.

“Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2012, s. 38.

¹⁵² Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 99; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 147-148; Öz, **Dönme**, s. 114.

¹⁵³ Yargıtay 15. HD. 05.11.1973 T. 238 E. 193 K. (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.: 4, Beta Basım, İstanbul, 2004, s. 1336); Yargıtay 15. HD. 20.10.1986 T. 1233 E. 3362 K. (Şencoak, **a.g.e.**, s. 116, dpn. 182).

¹⁵⁴ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 146-147; Öz, **Dönme**, s. 114; Şencoak, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁵⁵ Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1020; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 171; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 148; Erman, **a.g.e.**, s. 133; Büyükay, **a.g.e.**, s. 120; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 112; Kurşat, **a.g.e.**, s. 302, dpn. 811.

¹⁵⁶ Bundan sonra “HMK” olarak anılacaktır.

¹⁵⁷ HMK m. 400/2: *Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır.*

¹⁵⁸ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 149; Öz, **Dönme**, s. 115, dpn. 143; Büyükay, **a.g.e.**, s. 120; Kurşat, **a.g.e.**, s. 302, dpn. 811; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 112; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 171; Erman, **a.g.e.**, s. 133.

Burada önemle belirtmek gerekir ki; mahkemece tayin edilen resmi bilirkişinin rapor düzenlemekte gecikmesi, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının düşmesine neden olmazken; işsahibinin özel olarak kendisinin başvurduğu uzmanın rapor düzenlemekte gecikmesi halinde işsahibi bu hakkını kaybetmektedir¹⁵⁹. Ayrıca açık kanun hükmü gereğince, tespit isteyen taraf bunun masraflarına başlangıçta katlansa dahi, esasa ilişkin dava sonucunda haklı çıkması halinde bu bedelin karşı taraftan tazminini talep edebilir¹⁶⁰.

Mahkemece tayin edilen resmi bilirkişi veya taraflardan birinin kendisinin başvurduğu uzman, yalnızca eserin durumunu (örneğin duvardaki çatlak), eserin bu durumunun nedenini (örneğin temeldeki çökme) ve gerekli düzeltme önlemlerini tespit eder; eserin sözleşmeye göre olması gereken durumunu ve ayıplı olup olmadığını belirleme yetkisi ise mahkemeye aittir¹⁶¹.

Son olarak mahkemece tayin edilen bilirkişinin anlaması gerektiği halde anlamadığı (tespit edemediği) ayıplar nedeniyle işsahibinin haklarının düşmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶².

c. Muayene Yeri

Kanunda yer alan “*imkan bulur bulmaz*” ifadesinden (TBK m. 474/1) muayenenin teslim yerinde yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁶³. Bu kapsamda, kural olarak muayenenin yapılacağı yer teslim yeridir¹⁶⁴. Ancak taraflar,

¹⁵⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 171; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1020; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 149; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 202; Uçar, **Ayıp**, s. 140-141; Şenocak, **a.g.e.**, s. 120-121; Erman, **a.g.e.**, s. 133-134. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD, T. 3.11.1977, E. 1977/1849, K. 1977/2033: “*Davalı işveren, kendisine sözleşme ile verilmesi öngülenen 4 adet daire ile orta yerlerdeki noksan ve ayıplı işlerin tespitini, Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nden zamanında(yani iskan raporunun alınması için iskan harcı yatırma tarihi olan 2.5.1975 gününden evvel 30.4.1975 gününde) istemiş ve bu daireler ile ortak yerlerdeki noksan ve kusurlu işler bedelinin ise 30.940 lira olduğu, 15.9.1975 günlü Bilirkişi Raporu ile belirlenmiş ve bu bilirkişi raporu davacı yükleniciye de tebliğ olunmuştur. Davacıya tebliğ olması sözü edilen bilirkişi raporu aynı zamanda ayıp ihbarı niteliğini de kapsadığından, ayrıca davalı tarafından davacıya bu konuda ihtarname gönderilmesine veya dava açılmasına da yasal gerek ve zorunluk bulunmamaktadır. Sözü edilen bilirkişi raporu kapsamı, davalı işverenin dairelerindeki ayıplı ve noksan bütün işleri yansıtıcı biçimde düzenlenmiş olması dolayısıyla, doyurucu nitelikte bulunmuştur.*” (K.İ.B.B.).

¹⁶⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 171.

¹⁶¹ **A.e.**, s. 171.

¹⁶² Öz, **Dönme**, s. 115.

¹⁶³ Şenocak, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁶⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 644; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 112; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 145.

muayenenin teslim yeri dışında başka bir yerde yapılmasını açıkça veya zımnen kararlaştırabilirler¹⁶⁵.

Durumun özelliklerine göre muayenenin teslim yeri dışında başkaca bir yerde yapılması da gerekebilir. Örneğin eserin kolaylıkla taşınması için parçalara bölünmüş olması durumunda, makul muayenenin yapılması için eserin tekrar monte edilmesi zorunlu ise, muayene teslim yerinden başka bir yerde, mesela varma yeri olan iş sahibinin fabrikasında gerçekleştirilebilir¹⁶⁶. Bu tip durumlarda eserin teslim yerinden muayene yerine kadar nakli için gerekli süre muayene süresine eklenmeli ve bu süre makul muayene süresi hesaplanırken dikkate alınmalıdır¹⁶⁷.

İş sahibinin eseri üçüncü bir kişiye satmış olması durumunda, muayenenin eserin iş sahibine teslim edildiği yerde yapılması kuralı değişmeyecektir; hatta eserin iş sahibince teslim alınır alınmaz alıcıya gönderilmesi halinde de durum böyledir. Ancak taraflar açık veya örtülü olarak bunun da aksini kararlaştırabilirler. Örneğin yüklenici, iş sahibinin eseri üçüncü bir kişiye sattığını ve hemen bu üçüncü kişiye göndereceğini biliyorsa; üçüncü kişi olan alıcının ayıp halinde sözleşmeden doğan haklarını iş sahibine karşı ileri sürmek için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getireceğini ve iş sahibinin de ancak kendisine yapılan bu ihbarla ayıptan haberdar olabileceğini hesaba katmalıdır¹⁶⁸.

3. İhbar (Bildirim) Külfeti

a. İhbarın İçeriği ve Hukuki Niteliği

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için; ister muayene sonucunda tespit edilmiş olsun, ister teslim sırasında açıkça görülsün, isterse de gizli bir ayıp olsun tespit edilen her türlü ayıbın yükleniciye bildirilmesi zorunludur¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 148-149; Eren, **Borçlar Özel**, s. 644; Şenocak, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁶⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁶⁷ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 112.

¹⁶⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 114.

¹⁶⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 172; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 404.

İş sahibinin ayıbı bildirme külfeti bulunsa da bildirimin içeriğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, içeriğe ilişkin olarak bildirimin amacına uygun bir sonuca varılması yerinde olacaktır¹⁷⁰.

Bildirim sonucu, iş sahibinin eseri sözleşmeye uygun bulmadığı ve dolayısıyla eseri kabul etmediği anlaşılabilmelidir¹⁷¹. İş sahibinin; “eser ayıplı”, “eser sözleşmeye aykırı”, “eser düşük kaliteli”, “eserin tamiri gerekiyor” veya “eseri beğenmedim” gibi genel nitelikteki açıklamalar ile memnuniyetsizliğini ifade etmesi bildirim külfetini yerine getirmiş sayılması için yeterli değildir¹⁷². Buna karşılık iş sahibinin ayıbı bütün ayrıntıları ve teknik sebeplerle belirtmesi gerekmeyp, yükleniciye ayıp hakkında yeterli bilgi vermesi kendisini ihbar külfetinden kurtaracaktır¹⁷³. Örneğin; inşaatta demirin eksik kullanıldığı veya dairenin zemininde yanlış marka parkenin kullanıldığının bildirilmesi yeterli olacak, iş sahibinin demirin ne kadar eksik olduğunu veya hangi marka parke kullanıldığını bildirmesi beklenmeyecektir¹⁷⁴.

Kanun metninde yer alan “bildirmek” ifadesinden; iş sahibinin eserin durumu hakkındaki bilgisini yükleniciye aktaran bir düşünce açıklamasından ziyade, eserin sözleşmeye uygun imal edilmediğine ve yüklenicinin bu sebeple sorumlu tutulacağına ilişkin örtülü de olabilen bir irade beyanının iletilmesi gerektiği anlaşılmalıdır¹⁷⁵.

Doktrinde genel olarak ayıp bildiriminin, bir hukuki işlem değil de “hukuki işlem benzeri fiil¹⁷⁶” olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁷. Bu kapsamda, iş sahibinin eserin

¹⁷⁰ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁷¹ Ardiç, **a.g.e.**, s. 143; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 174-175.

¹⁷² Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 405; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 151-152; Şenocak, **a.g.e.**, s. 126; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 525-526; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 308; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 172; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 176-177; Uçar, **Ayıp**, s. 147; Kurşat, **a.g.e.**, s. 313; Eren, **Borçlar Özel**, s. 644; Kocaağa, **İnşaat**, s. 157.

¹⁷³ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 152.

¹⁷⁴ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 203.

¹⁷⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 151; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 405; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 172; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 306; Şenocak, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁷⁶ Hukuki işlem benzeri fiil şu şekilde tanımlanmaktadır: İradesini ortaya koyan kişinin iradesinden bağımsız olarak, hukuk düzeni tarafından hukuki sonuca bağlanmış fiildir. İradesini ortaya koyan kişinin, bu açıklamasına, hukuk düzeni tarafından bağlanan hukuki sonucu bilmesine veya istemesine gerek yoktur. Bkz. Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018, s. 195-196.

¹⁷⁷ Öz, **Dönme**, s. 116; Erman, **a.g.e.**, s. 137; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 152. Yargıtay da ayıp bildiriminin “hukuki işlem benzeri bir fiil” olduğunu belirtmektedir. Örneğin Yargıtay 15. HD, T.

ayıplı olduğunu bildirirken bu yüzden doğan haklarını kullanma iradesi özel olarak aranmaz; ayıbın bildirilmiş olması kanunda belirlenmiş olan hukuki sonucunu doğurur¹⁷⁸. Ancak yüklenicinin, ayıba karşı tekeffül borcu, ayıp bildirimine değil de bizatihi, ayıbın kendisine bağlıdır ve eğer ayıp gerçekten eserde bulunmuyorsa, bildirim yapılmış olmasına rağmen yüklenicinin sorumluluğu doğmaz¹⁷⁹.

TBK’da ihbar külfetinin konusu olan ayıbın önem derecesi bakımından ayırım yapılmamasından hareketle, eserde birden çok ayıp bulunsada dahi hepsinin türü ve kapsamını da içerecek şekilde yükleniciye bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁰. İş sahibi, açık ayıpların bazılarını bildirmiş, bazılarını bildirmemişse; bildirmediği ayıpları, TBK m. 477/2 hükmü gereği kabul etmiş sayılacak, bunun sonucunda da ayıptan doğan haklarını kaybedecektir¹⁸¹.

İş sahibinin eserdeki ayıpları yükleniciye bildirirken aynı zamanda ayıba karşı tekeffüle dayanan sözleşmeden dönme, bedel indirimi isteme ve eserin ücretsiz onarılmasını isteme haklarından hangisini kullanacağını belirtmesi zorunlu değildir¹⁸². Zamanaşımı süreleri dolmadıkça, iş sahibi, örneğin sözleşmeden dönme hakkını ayıp bildiriminden çok sonraki bir tarihte de kullanabilir. Ayrıca iş sahibi tarafından yükleniciye ayıp bildirim yapıldıkça; tazminat isteme hakkının saklı tutulmamış olması, bu istemden feragat anlamına da gelmez¹⁸³.

b. İhbarın Şekli

İhbar külfetinin yerine getirilmesi herhangi bir şekle tabi değildir¹⁸⁴. Tarafların belirli bir bildirim şekli öngörmedikleri veya bildirim şekli hususunda bir

20.10.2016, E. 2016/3501, K. 2016/4338: “Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre; ayıp ihbarının şekil koşuluna bağlı olmadığı ve ayrıca; hukuki bir işlem değil "hukuki işlem benzeri bir fiil" olması sebebiyle süresi içerisinde ayıp ihbarının yapıldığının tanık da dahil olmak üzere her türlü delille kanıtlanabileceği kabul edilmektedir.” (K.İ.B.B.).

¹⁷⁸ Öz, **Dönme**, s. 116.

¹⁷⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 172.

¹⁸⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁸¹ Bu yönde bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁸² Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 308, Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 173, Öz, **Dönme**, s. 118; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 204.

¹⁸³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 173.

¹⁸⁴ Canbolat, **a.g.e.**, s. 90; Kurşat, **a.g.e.**, s. 312; Eren, **Borçlar Özel**, s. 645; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 405; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 151; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 173; Şenocak, **a.g.e.**, s. 125; Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 525; Kocağa, **İnşaat**, s. 158; Ardıç, **a.g.e.**, s. 143. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD, T. 15.01.1996, 7272 E. 74 K.(Karahasan, **a.g.e.**, s. 1316).

ticari teamülün bulunmadığı hallerde ayıp bildirimi, yazılı veya sözlü (e-posta, telefon, mesaj, telgraf vb. yollarla) yapılabilir¹⁸⁵. Bildirimin, postaya verilmesi halinde, bildirimin yükleniciye ulaşıp ulaşmamasının riski yükleniciye aittir, iş sahibi ihbar külfetinden kurtulmuş olur¹⁸⁶.

Ayıp bildirimi herhangi bir şekle tabi değilse de, ispat kolaylığı açısından bunun yazılı yapılması tavsiye edilir¹⁸⁷. Pek tabidir ki iş sahibi, ayıp bildiriminde bulunduğunu tanık ile de ispat edebilir¹⁸⁸.

Tacirler arasındaki ayıp ihbarları bakımından da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁸⁹ m. 18/3'teki¹⁹⁰ şekil koşulları aranmaz¹⁹¹. Ancak iş sahibince, yükleniciye ayıp ihbarı yapılırken, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı da beyan ediliyorsa, TTK m. 18/3'te öngörülen şekil şartına uygun yapılmalıdır. Doktrinde TTK m. 18/3'te öngörülen bu şekil şartının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre¹⁹², hükmün gerekçesinde¹⁹³ de belirtildiği üzere, burada kanun

¹⁸⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 125; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁸⁶ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 313; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 173; Şenocak, **a.g.e.**, s. 125, dpn. 236.

¹⁸⁷ Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 185; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁸⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 173. Yargıtay 15. HD, T. 12.06.2009, E. 2009/2567, K. 2009/2953: *“Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür. Eserin ayıplı olması ve süresinde ayıp ihbarı yapılmış olması halinde iş sahibi BK'nın 360. maddesinde öngörülen haklarını kullanabilir. Dinlenen davalı tanığı ayıp ihbarının süresinde yapıldığını beyan etmiştir. Asıl olan tanığın doğru söylemesi olup davalının çalışanı olması tanığın anlatımını hükümden düşürecek bir neden olmadıkça beyanına itibar edilmemesini gerektirmez.”* (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 469-470).

¹⁸⁹ Bundan sonra “TTK” olarak anılacaktır.

¹⁹⁰ TTK m. 18/3: *Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*

¹⁹¹ Erman, **a.g.e.**, s. 138; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 307; Kurşat, **a.g.e.**, s. 312. Yargıtay 15. HD, T. 6.6.2017, E. 2016/2612, K. 2017/2417: *“Oysa mahkemece tanık dinlenmesinin reddine dair verilen ara kararın aksine, eser sözleşmesinde ayıp ihbarının yapılması tacirler arasında olsa dahi herhangi bir şekle tâbi olmayıp, ihbar keyfiyeti de bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan TBK'nın 474. ve 477. maddelerinde belirtilen sürelerde yapılıp yapılmadığı hususu tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir.”* (K.İ.B.B.).

¹⁹² Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 106; Mustafa Çeker, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku**, 8.baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2014, s. 71; Nil Karabağ Bulut, “Tacirler Arası İhbar Ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik Veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 248.

¹⁹³ TTK m. 18 Gerekçesi: *“Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir.*

koyucu tarafından öngörülen şekil ispat şeklidir. Diğer görüşe göre¹⁹⁴ ise; TTK m. 18/3'te öngörülen şekil geçerlilik şartıdır. Zira TBK m. 12/2'ye göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Dolayısıyla kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse bu geçerlilik şartıdır ve kanun koyucu bir şeklin ispat şekli olmasını diliyorsa bunu kanun hükmüne açıkça yazmalıdır. Bu görüşe göre TTK m. 18/3'ün gerekçesinde şeklin ispat şekli olduğunun belirtilmesi yeterli değildir¹⁹⁵.

Ayıp bildirimi yükleniciye yapılabileceği gibi, onun yetkili temsilcisine de yapılabilir¹⁹⁶. Aynı şekilde ayıp bildirimini iş sahibi bizzat yapabileceği gibi, yetkili temsilcisi veya yetkili temsilcisi olmasa da bir aracı vasıtasıyla yapılabilir¹⁹⁷.

TBK m. 474/2 kapsamında tayin edilen resmi bilirkişi tarafından hazırlanan raporun yükleniciye mahkemeye tebliğ edilmesi veya iş sahibinin ayıp sebebiyle doğrudan doğruya dava açması üzerine yükleniciye gönderilen tebligat ayıp ihbarı yerine geçer¹⁹⁸. Aynı şekilde iş sahibinin kendisinin başvurduğu özel uzman tarafından hazırlanan raporun yükleniciye gönderilmesi de ayıp ihbarı yerine geçer¹⁹⁹.

Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir iş adamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur”.

¹⁹⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.: I, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 459; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 168-169; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 287; Tülay Aydın Ünver, “Tacirler Arası İhbar Ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 872.

¹⁹⁵ Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 288; Aydın Ünver, **a.g.e.**, s. 872.

¹⁹⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁹⁷ Kocaağa, **İnşaat**, s. 159; Şenocak, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁹⁸ Öz, **Dönme**, s. 118; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 151; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 117. Yargıtay 15. HD, T. 5.3.2012, E. 2012/398, K. 2012/1295: “İş sahibi tarafından az yukarıda esas ve karar numarası belirtilen delil tespiti dosyasında ayıplı imalatlar tesbit ettirilerek tesbit dilekçe ve raporu yükleniciye tebliğ edildiğinden, BK’nın 359. maddesi hükmünce süresinde ayıp ihbarı yapıldığının kabulü gerekir. Bu halde iş sahibi BK’nın 360. maddesi gereğince ayıpların giderilmesi bedelini isteyebilir.” (Mustafa Kırmızı, **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Açıklamalı-İçtihatlı**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2018, s. 208-209). Şenocak’a göre; resmi bilirkişi tarafından hazırlanan raporun yükleniciye mahkemeye tebliğ edilmesi kural olarak ayıp ihbarı yerine geçmez, ancak iş sahibinin ayıp sebebiyle doğrudan doğruya dava açması üzerine yükleniciye gönderilen tebligat ayıp ihbarı yerine geçer. Bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁹⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 117.

Bildirimin hangi dilde yapılacağı taraflarca kararlaştırılmamışsa veya bu yönde bir teamül yok ise ayıp bildirimini sözleşmede kullanılan dil ile yapılmalıdır, meğerki işsahibi ve yüklenici bildirimin yapıldığı farklı bir dile hakim olsun²⁰⁰.

c. İhbarın Süresi

TBK m. 474/1’de açık ayıplar bakımından bildirimin ne zaman yapılması gerektiği belirlenmiştir. Buna göre; işsahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu “*uygun bir süre içinde*” yükleniciye bildirmek zorundadır.

Madde hükmündeki “*uygun süre içerisinde*” deyimini hukuken belirsiz bir kavram olduğundan “uygun süre” ölçüsü, her somut olaya göre belirlenmelidir²⁰¹. Bu süre her somut olaya göre belirlenirken; sürenin, işsahibini mağdur edecek kadar kısa olmamasına, ayrıca hükmün amacına aykırı olacak kadar da uzun olmamasına dikkat edilmesi gerekir²⁰².

EBK’nın 359. maddesinde muayene sonucu tespit edilen açık ayıpların hangi süre içerisinde yükleniciye bildirilmesi gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ihbarın, “makul” muayene süresinin bitiminin akabinde “derhal” yapılması gerektiği belirtilmekte; EBK m. 362/2’de gizli ayıpların “ortaya çıkar çıkmaz” bildirilmesi gerektiğine dair hükmün anlam itibarıyla açık ayıplar hakkında da uygulanacağı kabul edilmekteydi²⁰³. Yargıtay ise o dönemde ihbar külfetinin “makul sürede” yerine getirilmesini aramaktaydı²⁰⁴. TBK m. 474/1’de, Yargıtay’ın EBK dönemindeki görüş ve uygulamasına paralel olarak, muayene sonucunda ortaya çıkan

²⁰⁰ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 185.

²⁰¹ **A.e.**, s. 186-187.

²⁰² **A.e.**, s. 187.

²⁰³ Bkz. Öz, **Dönme**, s. 117; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 152-153; Şenocak, **a.g.e.**, s. 121-122; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 174.

²⁰⁴ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 361. Yargıtay 15. HD, T. 22.07.2008, 3929/5059: “*Dosya kapsamında mevcut sevk irsaliyelerine göre davacı işsahibine yapılan en son teslim tarihi 12.01.2004 olup ayıp ihbarı 19.03.2004 tarihli faksle yapılmış ve Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2004/125 D.İş sayılı dosyasında 14.05.2004 tarihinde tespit yaptırılmış ve dava konusu pantolonların iş bedeli davacı yanca ödenmiştir. Bu durumda davacı tarafından BK’nın 359. maddesi hükmüne göre teslimden itibaren makul sürede açık ayıplarla ilgili muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması sebebiyle BK’nın 362. maddesi uyarınca yüklenici sorumluluktan kurtulduğundan, açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçeyle kısmen kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.*” (Karadaş, **a.g.e.**, s. 238-239).

açık ayıpların “uygun bir süre içerisinde” yükleniciye bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir²⁰⁵.

Gizli ayıplar bakımından, kanunda, iş sahibine muayene külfeti yüklenmemişse de ihbar külfeti yüklenmiştir²⁰⁶. Bu kapsamda iş sahibi, açık ayıplarda olduğu gibi, gizli ayıplarda da durumu yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. TBK m. 477/3’e göre; gizli ayıbın varlığı halinde, iş sahibi, “*gecikmeksizin*” durumu yükleniciye bildirmek zorundadır, eğer bildirmezse eseri o haliyle kabul etmiş sayılır²⁰⁷.

İş sahibi tarafından başlangıçta fark edilen, ancak önemsenmediği için yükleniciye bildirilmeyen ayıpların ileride büyük boyutlara ulaşması halinde bu ayıbın “gizli ayıp” sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışılmıştır. Örneğin sıva çatlaklarının aslında temel duvarlarının ayrılmasının bir belirtisi olması gibi durumlarda; başlangıçta önemsenmediği ayıbı bildirmeyen iş sahibinin, bu ayıbın ileride büyük boyutlara ulaşması halinde bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle doğrudan hak kaybına uğramasının doğru olmayacağı belirtilmiştir²⁰⁸. İş sahibinden, bu ayıbın ileride büyük boyutlara ulaşabileceğini bilmesi beklenebiliyorsa, burada artık gizli ayıptan söz edilmeyip muayene üzerine bildirim külfetinin süresinde yerine getirilmemesi nedeniyle ayıptan doğan hakların düştüğünün; fakat bunu öngörmesi kendisinden beklenemiyorsa, artan bozukluğun sonradan ortaya çıkan gizli ayıp olduğu kabul edilip, yükleniciye bildirim ile ayıptan doğan hakların kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁹.

TTK m. 23/1-c hükmü “*Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme*

²⁰⁵ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 361.

²⁰⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s. 305; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 122; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 361; Şahin, **a.g.e.**, s. 114; Şenocak, **a.g.e.**, s. 123.

²⁰⁷ Gümüş, TBK m. 477/3 hükmünün, TBK m. 474/1 hükmüyle çelişki oluşturacak şekilde gizli ayıplarda ayıp ihbarının “gecikmeksizin” yapılmasını aradığını, burada kanun koyucunun ihmalden kaynaklanan bir örtülü kanun boşluğunun bulunduğu ve bu boşluğun TBK m. 477/3 hükmündeki “gecikmeksizin” ifadesinin, TBK m. 474/1 hükmündeki gibi “uygun bir süre içerisinde” olarak okunmasıyla doldurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 361.

²⁰⁸ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 154.

²⁰⁹ Öz, **Dönme**, s. 117; Erman, **a.g.e.**, s. 136; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 154; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 122.

sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.” şeklindedir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere; tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde uygulanan bu hüküm, tacirler arasındaki ticari eser sözleşmelerinde uygulanmaz²¹⁰. Yargıtay içtihatlarında da bu husus belirtilmektedir²¹¹.

TBK’da muayene süresine ilişkin hükümlerde olduğu gibi ihbar süresine ilişkin hükümler de emredici nitelikte olmadığından, taraflarca sözleşme ile başka bir süre öngörülmesi mümkündür²¹². Taraflar, ihbar süresinin başlangıç ve uzunluğuna ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa, bu anlaşma hükümleri kanunun ilgili hükümlerine göre öncelikle uygulanır²¹³.

Taraflar arasındaki anlaşmada bir garanti süresi öngörülmüşse, bu garanti süresinin ihbar süresine etkisinin ne olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur:

Doktrindeki bir görüşe göre²¹⁴; uzun garanti süresinin kabulü, ihbar süresinin bu garanti süresine kadar uzatıldığı anlamına gelmez, ancak garanti süresinin kısa tutulması, muayene ve ihbar süresinin bu süreyle sınırlı tutulmak istenildiğini gösterir.

²¹⁰ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 204; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 116; Büyükay, **a.g.e.**, s. 123.

²¹¹ Yargıtay 15. HD, T. 4.7.2012, E. 2012/3847, K. 2012/5137: “Eser sözleşmesi hükümlerine göre uyumsuzluğun çözümü ve davacının talepleri yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, eser sözleşmelerinde uygulama imkanı bulunmayan ve tacirler arasındaki satış ve trampa sözleşmeleri ile ilgili olan TTK’nın 25. maddesindeki şekil şartından söz edilerek davanın yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru olmamış, açıklanan bu nedenlerle kararın bozulması gerekmektedir.” (K.İ.B.B.); Yargıtay 14. HD, 11.10.2011, 9068/11860: “Burada yeri gelmişken belirtilmelidir ki, Türk Ticaret Kanunu’nun 25. maddesindeki ayıp ihbarı ve o maddede öngörülen süreler ticari satımla ilgilidir. Başka bir anlatımla, Türk Ticaret Kanunu’nun 25. maddesinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda uygulama yeri yoktur.” (Kırmızı, **a.g.e.**, s. 209-211 vd.)

²¹² Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s. 180; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 174; Erman, **a.g.e.**, s. 136; Yener, **a.g.m.**, s. 161; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 156; Büyükay, **a.g.e.**, s. 122.

²¹³ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 204; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308.

²¹⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 175; Erman, **a.g.e.**, s. 130; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 526; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 557.

Şenocak'a göre²¹⁵; tarafların bir garanti süresi belirlemiş olmaları işsahibinin muayene külfetini ortadan kaldırdığını gösterirken, tespit edilen ayıbı yükleniciye ihbar külfetini kural olarak ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, garanti süresinin, ayıbın ihbar edilebileceği azami sürenin uzatıldığı anlamına gelebileceğini, ancak garanti süresinin ihbar süresine etkisi konusunda önceden genel bir kriter belirlenemeyeceğini ifade etmektedir.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise²¹⁶; yüklenicinin eserdeki imalat ve işçilik hatalarına karşı işsahibine belli bir süre garanti verdiği durumlarda, muayene ve ihbar külfetlerinden işsahibi yararına vazgeçildiği, garanti süresi içerisinde işsahibince muayene ve ihbar külfetleri hiç veya zamanında yerine getirilmemiş olsa bile ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları bulunmaktadır²¹⁷.

Ayıp bildiriminin süresinde yapılmadığını yüklenici ileri sürmelidir; yüklenici böyle bir iddiada bulunmazsa, hakim re'sen hareket ederek bildirim süresine aykırılığı dikkate alamaz²¹⁸. Yüklenicinin ayıp ihbarının süresinde yapılmadığını ileri sürmesi halinde, ihbarın süresinde olduğunu ispat yükü işsahibindedir²¹⁹. Ayıp bildiriminin süresinde yapılmadığı sabit olursa, işsahibinin

²¹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 124.

²¹⁶ Büyükcay, **a.g.e.**, s. 122; Şahin, **a.g.e.**, s. 117-118.

²¹⁷ Karadaş, **a.g.e.**, s. 235. Yargıtay 15. HD, T. 14.2.2017, E. 2016/463, K. 2017/570: "29.02.2012 tarihli sözleşmede yüklenici sözleşme konusu olup monte edilecek motorlardan kaynaklanan arızaların giderilmesi için 2 yıl süreyle garanti vermiş olduğundan garanti süresi içinde ayıp ihbarında bulunma zorunluluğu olmaksızın davacı ortaya çıkan ayıpların giderim bedelini isteyebilir." (K.İ.B.B.); Yargıtay 15. HD, T. 26.3.1990, E. 1989/3902, K. 1990/1349: "taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı müteahhit, imalat ve işçilik ayıplarına karşı iş sahibine 12 aylık garanti süresi tanımıştır. Bu şekilde iş sahibi yararına verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükmünden vazgeçip işsahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanındığını kabul etmek gerekir." (Nezih Sütçü, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C.1., 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 833).

²¹⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 176; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 526; Erman, **a.g.e.**, s. 139. Yargıtay 15. HD, T. 20.05.2013, E. 2012/4136, K. 2013/3253: "Kural olarak eser sözleşmelerinde iş sahibi eseri teslim alırken makul sürede eseri muayene edip kusurları varsa bunları yükleniciye ihbar etmek zorundadır. Yüklenici kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde hakim bu hususu kendiliğinden dikkate alamaz ve ayıp ihbarı yapılmış gibi yüklenicinin ayardan kaynaklanan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir (Emsal Dairemizin 22.2.1990 tarih 1989/3070 E. 1990/736 K.) Somut olayda davalı usulüne uygun tebligata rağmen yargılamaya katılmamış, dolayısıyla ayıbın ihbar edilmediğini ileri sürmemiştir. Bu durumda mahkemeye işin esasına girilerek davalının ayardan kaynaklanan sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken hukuki değerlendirmede yanılıya düşülerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmektedir." (Karadaş, **a.g.e.**, s. 234).

²¹⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 139.

ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının düştüğünü yüklenici ileri sürmese bile hakim re'sen hükme bağlar; burada ayıp bildirimin süresinde yapılmadığı değil, sabit olan geç bildirime bağlanan hakların düşmesi sonucunun hakim tarafından re'sen göz önüne alınması mevzu bahistir²²⁰.

D. Eserdeki Ayıbın İsshahibine Yüklenememesi

1. Genel Olarak

İsshahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eserdeki ayıbın işshahibine yüklenememesi gerekir²²¹. Bu şart, TBK m. 476'da; *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işshahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işshahibine yüklenebilecek olursa işshahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Eserdeki ayıp işshahibine yüklenebiliyorsa yani eserin ayıplı olmasına işshahibi bizzat sebep olmuşsa, artık ayıplı ifadan doğan haklarını kullanamaz²²². Böyle bir durumda işshahibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanamayacaktır.

TBK m. 476 hükmünde, hem genel olarak eserdeki ayıbın işshahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten doğması halinde işshahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmiş, hem de bu kuralın özel bir uygulama hali olan yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara rağmen, işshahibinin verdiği talimattan doğmuş olması halinde işshahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmiştir²²³.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, eserdeki ayıbın işshahibine yüklenebilecek bir sebepten doğması için işshahibinin kusurlu olması aranmaz;

²²⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 176.

²²¹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 286; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 363; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, 400; Eren, **Borçlar Özel**, s. 635; Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 79 (İnşaat); Kocağa, **İnşaat**, s. 143; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 774.

²²² Öz, **Dönme**, s. 111; Şenocak, **a.g.e.**, s. 131.

²²³ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 557; Erman, **a.g.e.**, s. 160; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 208; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 301; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 124; Canbolat, **a.g.e.**, s. 160-161.

iş sahibinin herhangi bir kusuru olmasa bile bu ayıba bizzat sebebiyet vermiş olması yeterlidir²²⁴. Örneğin ayıbın, iş sahibi tarafından verilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle doğmuş olması durumunda; iş sahibinin kusuru olmasa dahi, yani iş sahibi malzemenin ayıplı olduğunu bilmes ve bilmesi de gerekmes bile, sonuçlarına katlanmak zorundadır²²⁵. Bu kapsamda ayıbın iş sahibinin kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkmış olması durumunda, iş sahibi, artık ayıplı ifadan doğan haklarını kullanamaz²²⁶.

Eserdeki ayıbın hem iş sahibinin hem de yüklenicinin sorumlu olduğu bir sebepten kaynaklaması durumunda artık TBK m. 476 hükmü uygulanmaz ve iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları düşmez²²⁷. Böyle bir durumda TBK m. 52/1 hükmü²²⁸ kıyasen uygulanarak, yüklenicinin sorumluluğundan iş sahibinin birlikte kusuru nedeniyle indirim yapılması gerekir²²⁹.

2. Eserdeki Ayıbın İş sahibinin Talimatından Doğması

Ayıbın iş sahibinin talimatından doğmuş olması TBK m. 476'da ayıbın iş sahibine yüklenebileceği özel bir durum olarak düzenlenmiştir. İş sahibi, yükleniciye eser sözleşmesinin içeriğine göre uymakla yükümlü olduğu talimatlar verebilir²³⁰. Örneğin; kullanılacak malzemeye (türü, kimden alınacağı vs), belirli alt yüklenicilere başvurmayla, işlerin kendi arasındaki yapılaş sırasına, işin prosedürüne ilişkin konularda iş sahibi, yükleniciye bağlayıcı talimatlar verebilir²³¹. İş sahibinin

²²⁴ Uygur, **a.g.e.**, s. 2181; Canbolat, **a.g.e.**, s. 161; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 301; Kurşat, **a.g.e.**, s. 286; Uçar, **Ayıp**, s. 233-234; Erman, **a.g.e.**, s. 160; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 198; Öz, **Dönme**, s. 111; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 124-125; Şenocak, **a.g.e.**, s. 131-133.

²²⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 132; Öz, **Dönme**, s. 111.

²²⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 198; Öz, **Dönme**, s. 111.

²²⁷ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 190; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 209; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 199; Öz, **Dönme**, s. 111; Canbolat, **a.g.e.**, s. 161; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 125; Şenocak, **a.g.e.**, s. 134.

²²⁸ TBK m. 52/1: Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

²²⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 209; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 190, dpn. 211; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 302-303; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 199; Öz, **Dönme**, s. 111, dpn. 125; Erman, **a.g.e.**, s. 163.

²³⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 136-137; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 210.

²³¹ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 363; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 557; ; Canbolat, **a.g.e.**, s. 161; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 210; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 126; Şenocak, **a.g.e.**, s. 137; Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Eren, **İnşaat**, s. 79-80. Ayrıca ayrıntılı olarak bkz. Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000, s. 182 vd. (Taşeronluk).

bağlayıcı olmayan önerileri, dilekleri veya tavsiyeleri TBK m. 476 anlamında talimat sayılmazlar²³².

İşsahibi tarafından bu tür talimatlar genellikle sözleşmenin kurulmasından sonra verilmekle birlikte; talimatların taraflar arasındaki sözleşmenin metni içerisinde veya sözleşmeden önce hazırlanan ihale şartnamesinde yer alması da mümkündür²³³. Ancak tarafların eserin imal edilmesine ilişkin olarak sözleşmeyle yaptığı her anlaşma da bu anlamda bir talimat olarak değerlendirilemez; zira taraflar arasındaki sözleşmede işin görülmesine ilişkin olan hükümlerin doğrudan işsahibinin talimatı olduğu sonucuna varılamaz²³⁴.

İşsahibi tarafından yükleniciye verilen bağlayıcı talimatlar yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Ayrıca talimatın, bizzat işsahibi ya da yetkili temsilcisi vasıtasıyla verilmesi mümkündür²³⁵.

Yüklenicinin TBK m. 476 kapsamında ayıplı ifadan dolayı sorumluluğunun doğmaması için, ayıbın işsahibinin yanlış talimatından doğmuş olması yeterli değildir; ayrıca işsahibinin, yüklenici tarafından açıkça uyarılmasına rağmen vermiş olduğu talimata uyulması hususunda ısrarcı olması gerekmektedir²³⁶. Yüklenicinin uyarısının içeriğini, işsahibince verilen talimatın yanlış olduğunun ve bu talimata uyulursa eserin ayıplı olabileceğinin bildirilmesi oluşturur²³⁷.

Uyarının açıkça yapılması gerekmektedir; örneğin yüklenicinin “ben başka türlü yapardım” veya “bir dahaki sefere başka türlü yapsak” şeklindeki beyanları yeterli olmayacaktır²³⁸. Uyarının açıkça yapılmasından amaç, işsahibine talimatın

²³² Uygur, **a.g.e.**, s. 2182; Canbolat, **a.g.e.**, s. 162; Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Eren, **İnşaat**, s. 79; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 401; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 210; Kocaağa, **İnşaat**, s. 145.

²³³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 210; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 126; Şenocak, **a.g.e.**, s. 137.

²³⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 126.

²³⁵ Uçar, **Ayıp**, s. 235; Uygur, **a.g.e.**, s. 2182; Kocaağa, **İnşaat**, s. 145; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 401; Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Eren, **İnşaat**, s. 79.

²³⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 137-138.

²³⁷ Eren, **İnşaat**, s. 80; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 211.

²³⁸ Eren, **İnşaat**, s. 81; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 194; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 211; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 127. Yargıtay 15. HD, T. 7.2.2006, E. 2005/8093, K. 2006/558: “Kural olarak yüklenici eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Kendisi teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Yüklenici iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana

yanlışlığı konusunda bilgi verilerek onun durumu iyi değerlendirmesini ve kararını vermesini sağlamaktır²³⁹.

Uyarı herhangi bir şekil şartına tabi değildir; yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilir, fakat iş sahibinin eserin ayıplı meydana gelebileceği tehlikesinin bilincine varabileceği şekilde yapılmalıdır²⁴⁰. Ancak uyarının genel olarak faydasız kalacağı ve iş sahibinin talimatında ısrarcı olacağı belli ise ve bu hususu yüklenici ispat edebiliyorsa artık uyarı şartı aranmamalıdır²⁴¹. Ayrıca uyarının, yüklenici veya yetkili temsilcisi tarafından, bizzat iş sahibine ya da onun yetkili temsilcisine yapılması gereklidir²⁴².

Yüklenici, uyarı yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra, dürüstlük kuralına göre uygun bir süre, iş sahibinin talimatında ısrar edip etmeyeceğini beklemelidir; iş sahibi talimatında ısrar ederse yüklenicinin sorumluluğu doğmaz²⁴³. İş sahibi, uygun süre içerisinde yüklenicinin uyarısına herhangi bir cevap vermezse, işin talimat doğrultusunda devam etmesi anlamına geldiği kabul edilebilir²⁴⁴.

Yükleniciye TBK m. 476 kapsamında uyarı yükümlülüğü yüklenmiş olması, yüklenicinin genellikle yaptığı işte iş sahibinden daha uzman olduğu düşüncesine dayanmaktadır; ancak bazen iş sahibinin kendisi de o konuda uzman olabilir veya iş sahibi bir uzmana danışarak talimat vermiş olabilir veyahut talimatı veren iş sahibinin yetkili temsilcisi de o konuda uzman olabilir²⁴⁵. Talimatın uzmanlığa

getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK md. 361 gereğince sorumlu tutulur." (Büyükcay, **a.g.e.**, s. 129, dpn. 314).

²³⁹ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 194; Erman, **a.g.e.**, s. 160.

²⁴⁰ Erman, **a.g.e.**, s. 160-161; Canbolat, **a.g.e.**, s. 164; Uçar, **Ayıp**, s. 239; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 211; Kurşat, **a.g.e.**, s. 295; Kocaağa, **İnşaat**, s. 147; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 127; Şenocak, **a.g.e.**, s. 141.

²⁴¹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 213; Eren, **İnşaat**, s. 81. Yargıtay 15. HD, T. 13.10.2011, E. 2010/2796, K. 2011/5898: "Kural olarak uyarı görevinin yerine getirilmemesi halinde bundan doğacak zararlardan yüklenici sorumlu olmakla birlikte uyarı yapılmış olsa dahi sonuçsuz kalacağı ve iş sahibinin talimatta ısrar edeceğinin anlaşılması ve bunun yüklenici tarafından ispatlanması halinde (Prof. Dr. Haluk Tandoğan Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 2.cilt 1987 baskı, sayfa 209-210) ya da iş sahibinin malzemeyi bir bilirkişi gibi kendisinin incelediği zaman (Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu-Refet Özdemir Türk B.K. şerhi 1-2, 1987 baskı, sayfa 571) sırf uyarının yapılmamış olması sebebiyle yüklenicinin zararın tamamından sorumlu tutulmaması (B.K. madde 361) gerekir." (Büyükcay, **a.g.e.**, s. 127, dpn. 310; K.İ.B.B.).

²⁴² Uygur, **a.g.e.**, s. 2182; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 196; Eren, **İnşaat**, s. 81; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 211; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 127; Şenocak, **a.g.e.**, s. 141.

²⁴³ Erman, **a.g.e.**, s. 162; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 212-213.

²⁴⁴ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 196; Uçar, **Ayıp**, s. 241; Kurşat, **a.g.e.**, s. 296.

²⁴⁵ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 213.

dayanılarak verildiği böyle durumlarda; verilmiş talimata uyan yüklenici, talimatın yanlış olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa işsahibini uyarmadıkça sorumluluktan kurtulamaz, ancak talimatın yanlış olduğunu bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyorsa işsahibini uyarırsa dahi sorumlu olmayacaktır²⁴⁶.

3. Eserdeki Ayıbın İşsahibine Yüklenebilen Herhangi Bir Sebepden Doğması

TBK m. 476 hükmünde, işsahibinin yanlış talimatı yanında, genel olarak, eserdeki ayıbın herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilmesi durumunda da işsahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmektedir²⁴⁷. Bu kapsamda eserin ayıplı olması uygulamada daha çok işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır²⁴⁸. İşsahibinin sağladığı malzeme veya gösterdiği yer eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesine elverişli değilse, bunların ayıplı olduğundan bahsedilir; malzemenin elverişsizliği ya çeşidi ya da kalitesinden ötürü olabilir²⁴⁹.

İşsahibinin sağladığı malzemenin veya gösterdiği yerin ayıplı olması sebebiyle eser ayıplı meydana gelmişse kural olarak işsahibi yükleniciye karşı ayıptan doğan sözleşmeden dönme hakkını (ve diğer seçimlik haklarını) ileri süremez²⁵⁰. Yüklenici, malzemenin veya gösterilen yerin ayıplı olması durumunda, eserde meydana gelebilecek ayıplardan kendisinin sorumlu tutulmasını istemiyorsa malzeme veya arsadaki ayıpları gecikmeksizin işsahibine bildirmeli; yani işsahibini bu konuda açıkça uyarmalıdır²⁵¹. Yüklenicinin, işsahibinin sağladığı malzemenin veya gösterdiği yerin ayıplı olduğunu bildirme yükümlülüğünün temelini TBK m.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 196-197; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 213.

²⁴⁷ Gümüş bu genel şartın “torba şart” olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364.

²⁴⁸ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364.

²⁴⁹ Uygur, **a.g.e.**, s. 2182; Şenocak, **a.g.e.**, s. 142; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 131; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 214.

²⁵⁰ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 401; Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 214; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 190-191.

²⁵¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 131; Şenocak, **a.g.e.**, s. 142.

472/3 hükmündeki²⁵² bildirme yükümlülüğü oluşturmaktadır²⁵³. Bu uyarı yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenici eserdeki ayıptan sorumlu olur²⁵⁴.

Taraflar arasındaki anlaşmada, uzmanlık gerektiren muayenenin işsahibi tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı kararlaştırılmışsa veyahut muayene halihazırda işsahibi tarafından bir uzmana yaptırılmışsa artık yüklenicinin malzeme veya yeri (arsayı) muayene ve varsa ayıpları bildirme yükümlülüğü yoktur²⁵⁵. İşsahibinin bu konuda uzman olması veya uzman bir temsilcisinin bulunması, tek başına, yüklenicinin muayene yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz²⁵⁶; ayrıca muayenenin işsahibince yapılacağı veya yaptırılacağı hususunda taraflar arasında anlaşma olması şarttır.

Eserdeki ayıbın işsahibi yüzünden ortaya çıkmasına, talimat ve malzeme vermenin dışında sayısız şekilde rastlanabilir ve bunları tek tek saymak mümkün değildir²⁵⁷. Örneğin; inşaat betonunun atılmasının ardından işsahibinin üzerinde kayıtlı olan şantiye suyu aboneliğini sonlandırması ve bu durumdan betonun zarar görmesi²⁵⁸, proje ismarlayan işsahibinin yükleniciye yanlış bilgiler vermesi üzerine projenin hatalı olması²⁵⁹, evinde boya ve onarım işi yaptıran işsahibinin yükleniciye rahat çalışacak ortam sağlamaması²⁶⁰ gibi nedenlerle eserin ayıplı olması halleri sayılabilir.

²⁵² TBK m. 472/3: Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

²⁵³ Eren, **Borçlar Özel**, s. 636; Şenocak, **a.g.e.**, s. 142.

²⁵⁴ Öz, **Dönme**, s. 111; Eren, **Borçlar Özel**, s. 636. Yargıtay 15. HD, T. 3.10.2007, E. 2006/4800, K. 2007/5945: “Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü hâlinde de önce diş eti tedavisi yapması gerekirdi. Bu bildirimin doktor tarafından yapıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur (BK.md.357 /son).” (Büyükcay, **a.g.e.**, s. 128, dpn. 311).

²⁵⁵ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 215; Şahinöz, **a.g.e.**, s. 132; Şenocak, **a.g.e.**, s. 142.

²⁵⁶ Şahinöz, **a.g.e.**, s. 132; Şenocak, **a.g.e.**, s. 142-143.

²⁵⁷ Öz, **Dönme**, s. 111; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 127-128.

²⁵⁸ Büyükcay, **a.g.e.**, s. 129.

²⁵⁹ Öz, **Dönme**, s. 111.

²⁶⁰ **A.e.**, s. 111.

E. Eserin Teslim Edildiği Haliyle İşsahibince Kabul Edilmemiş Olması

İşsahibinin eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eseri kabul etmemiş olması gerekir²⁶¹. TBK m. 477/1'e göre; *“Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder”*.

Eserin teslim edilen haliyle kabul edilmesi²⁶², işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanma imkanını, açık ayıplar bakımından sona erdirmekte iken; yüklenicinin kasten gizlediği veya usulüne uygun bir gözden geçirme ile fark edilemeyecek ayıplar bakımından sona erdirmemektedir²⁶³.

Her ne kadar kanun metninde “kasten gizlenen” ile “usulüne uygun bir gözden geçirme ile fark edilemeyecek” ifadeleri arasında “ve” bağlacı kullanılmış olsa da, bunun “veya” olarak anlaşılması gerekir. Zira aksi halde yüklenici sadece “kasten gizlediği gizli ayıplardan” sorumlu olacak, “kasten gizlemediği gizli ayıplardan” ise sorumlu olmayacaktır²⁶⁴. Ayrıca bunun “veya” bağlacı olarak kabul edilmemesi halinde yüklenici “kasten gizlediği açık ayıplardan” da sorumlu tutulamayacaktır. Zaten bu maddenin karşılığı olan kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 370. maddesinde, bu tabirler arasında “veya” anlamına gelen “oder” bağlacı kullanılmıştır²⁶⁵. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda “oder” bağlacı kullanılmış olmasına rağmen TBK’da “ve” bağlacı kullanılmasının yanlış tercüme

²⁶¹ Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1021; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 523; Büyükay, **a.g.e.**, s. 115; Kocaağa, **İnşaat**, s. 150; Eren, **İnşaat**, s. 82.

²⁶² Kabul, tesellüm farkı için bkz. “Eserin İşsahibine Teslim Edilmiş Olması” başlığı.

²⁶³ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s. 187; Büyükay, **a.g.e.**, s. 115. Yargıtay 15. HD, T. 5.2.2018, E. 2016/3790, K. 2018/366: *“Eserin kabulüyle yüklenici açık ayıplara dair sorumluluktan kurtulur. Eserin kabulü, kasten saklanıldığı usulünce yapılan muayenede görülemeyecek olan açık ve gizli ayıplar ile sonradan kullanılmakla ortaya çıkan gizli ayıplar yönünden ise yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz. Kasten saklanan ayıplar ile gizli ayıplar yönünden yüklenicinin sorumluluğu eserin kabulünden sonra da devam eder.”* (K.İ.B.B.).

²⁶⁴ Hüseyin Acun, **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 32-33.

²⁶⁵ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 202.

sonucu olduğu belirtilmektedir²⁶⁶. Bu sebeple TBK m. 477/1'deki “ve” bağlacının kaynak İsviçre Kanunu'na uygun olarak “veya” bağlacı ile değiştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir²⁶⁷.

İş sahibinin eseri kabul etmesi, yüklenicinin kötü ifasını düzelter bir irade beyanı olarak kabul edilir²⁶⁸. Tek taraflı bir irade beyanı olan iş sahibinin eseri kabul etmesinin hüküm doğurabilmesi için, yüklenicinin onayına ihtiyaç yoktur²⁶⁹.

Kabul her aşamada söz konusu olabilir; iş sahibi, eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi, muayene sonrasında veya ayıp bildiriminden ardından da eseri kabul edebilir²⁷⁰. Eğer iş sahibi TBK m. 475'teki seçimlik haklarından birini kullanmışsa artık tek yanlı kabul beyanı ile bunun sonuçlarını ortadan kaldıramaz zira böyle bir sonuç yenilik doğuran hakların özelliği ile bağdaşmaz; ancak taraflar karşılıklı anlaşma ile bu tür işlemlerin sonuçlarını ortadan kaldırabilir veya değiştirebilirler²⁷¹.

TBK m. 477/1'in metninden kabul beyanının açık olabileceği gibi örtülü de olabileceği anlaşılmaktadır²⁷². İş sahibinin eserden memnun olduğunu yükleniciye bildirmesi açık kabule; eserin ayıplı olduğunu bilmesine rağmen eseri ses çıkarmadan kullanması örtülü kabule örnek gösterilebilir²⁷³.

İş sahibi bizzat kendisi veya yetkili temsilcisi vasıtasıyla da kabul beyanında bulunabilir²⁷⁴. Eserin, bizzat iş sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından kabul edildiğini ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına imkan olmadığını ispat külfeti yüklenicidir²⁷⁵.

²⁶⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 202, dpn. 89.

²⁶⁷ Acun, **a.g.e.**, s. 33.

²⁶⁸ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 303; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 198-199.

²⁶⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 163; Öz, **Dönme**, s. 119; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 205; Kocağa, **İnşaat**, s. 150.

²⁷⁰ Öz, **Dönme**, s. 120.

²⁷¹ **A.e.**, s. 120.

²⁷² Yargıtay 15. HD, T. 24.5.2004, E. 2003/5969, K. 2004/2876: “Eserin sarahaten veya zimnen kabulü ile yüklenici her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak; süresinde ayıp ihbarı yapılmak kaydıyla sonradan ortaya çıkan gizli ayıplı imalatlar ile eksik imatlardan dolayı sorumluluğu zamanaşımı süresi içinde devam eder.” (K.İ.B.B.).

²⁷³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 218.

²⁷⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 640; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 303; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 124.

²⁷⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 117.

İş sahibinin eseri kabul ettiği yönündeki irade beyanının, sonradan geri alınması mümkün değildir²⁷⁶; ancak kabul beyanının iradeyi sakatlayan sebeplerden biri ile sakat olması durumunda iptal edilmesi mümkündür²⁷⁷. Ayrıca iş sahibi eseri şartlı olarak kabul edebilir²⁷⁸. Örneğin; kalorifer radyatörlerinin taraflarca kararlaştırılmış olan yerlerden farklı yerlere takılmış olması durumunda, bunun ısıtma konusunda herhangi bir eksiklik yaratmaması şartıyla kabul edilmesinde, eserin kabulü ancak bu şartın gerçekleşmesine bağlıdır²⁷⁹.

İş sahibi eseri kabul ederek, esasında sözleşmeden dönme dahil ayıba karşı tekeffülden doğan tüm seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır²⁸⁰. Ancak bu kabul beyanı, iş sahibinin ayıba ilişkin olmayan haklarını, örneğin eserin geç teslimi nedeniyle gecikme tazminatı veya gecikmeden dolayı cezai şart talebini etkilemeyecektir²⁸¹.

F. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 474-478 hükümleri emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı hukuk kurallarıdır²⁸². Dolayısıyla taraflar, akdedecekleri bir sorumsuzluk anlaşması²⁸³ ile yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırabilir veya ortadan kaldırabilirler²⁸⁴.

²⁷⁶ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 217; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 199.

²⁷⁷ Öz, **Dönme**, s. 120.

²⁷⁸ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 199; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 206.

²⁷⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 163.

²⁸⁰ Eren, **Borçlar Özel**, s. 640; Erman, **a.g.e.**, s. 163; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 205; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 218.

²⁸¹ Öz, **Dönme**, s. 119, dpn. 172; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 218.

²⁸² Eren, **Borçlar Özel**, s. 655; Uçar, **Karşılaştırma**, s. 36; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 160; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1029.

²⁸³ TBK’da sorumsuzluk anlaşmasının tanımı yapılmamıştır. Ancak doktrinde sorumsuzluk anlaşması, “*taraflar arasındaki bir sözleşmenin ihlali durumunda doğması muhtemel olan bir zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine doğması muhtemel bir tazminat isteminin oluşmasına tamamen veya kısmen engel olan anlaşmalar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Akman, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 6-7; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 878-879; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1112 (Borçlar Genel); Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 17; Numan Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: 6, S.: 1-2, 2016, s. 4.

²⁸⁴ Uçar, **Karşılaştırma**, s. 36; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364; Eren, **Borçlar Özel**, s. 655; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 137.

Taraflarca bu yönde yapılmış sorumsuzluk anlaşması, TBK'nın 115. maddesi²⁸⁵ uyarınca geçerli sayılacaktır, meğerki yüklenici eserdeki ayıbı kendi ağır kusur ile gizlemiş olsun²⁸⁶.

Doktrinde haklı olarak, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olduğu durumlarda, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran her anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğuna ilişkin TBK'nın 221. maddesinin, kıyasen eser sözleşmelerine de uygulanacağı ve böylece yüklenicinin kendi ağır kusuru ile eserdeki açık veya gizli ayıbı gizlediği durumlarda sorumsuzluk anlaşmasının kesin olarak hükümsüz olacağı kabul edilmektedir²⁸⁷.

G. Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması

İş sahibinin, eserin ayıplı olması nedeniyle yükleniciye karşı seçimlik haklarını dava yoluyla kullanması için öngörülen zamanaşımı²⁸⁸ süreleri, kanunda özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 478'e göre; *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*.

Kanun hükmünden, eserin çeşidinin, iş sahibinin seçimlik haklarını dava yoluyla kullanması için öngörülen zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından

²⁸⁵ TBK m. 115: *Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

²⁸⁶ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364.

²⁸⁷ Bu yönde bkz, Eren, **Borçlar Özel**, s. 655; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 364; Şahin, **a.g.e.**, s. 137; Uçar, **Ayıp**, s. 62.

²⁸⁸ TBK'da zamanaşımının tanımı yapılmamıştır. Ancak doktrinde zamanaşımı, *“Bir alacak hakkının uzun süre kullanılmamış olması nedeniyle, dava edilebilme hakkını ortadan kaldıran hukuki bir olgudur”* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Şeref Ertuş, *“Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamanaşımı”*, **DEÜHFD**, C.: 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 3093. Erdem tarafından ise zamanaşımı, *“Kanunun öngördüğü bir sürede, borçlu veya alacaklının, kanunda öngörülen yükümlülüklerinden birini yerine getirmemeleri sebebiyle, alacağın, cebri icra ve dava yoluyla elde edilme imkanının ortadan kalkması”* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 7.

önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda; taşınmaz yapılar dışındaki eserler bakımından iki yılın, taşınmaz yapılar bakımından beş yılın geçmesi ile iş sahibinin ayıp sebebiyle kullanabileceği seçimlik hakları zamanaşımına uğrayacaktır. Eserdeki ayıbın ağır kusura dayanması halinde ise yirmi yıllık zamanaşımı süresi işleyecektir²⁸⁹.

İş sahibi açısından zamanaşımı süresi, TBK m. 478'in açık düzenlemesi gereğince, eserin kendisine teslim edilmesi ile başlar; eserin iş sahibi tarafından kabul zamanı bu bakımdan önemli değildir²⁹⁰.

Taraflar, sözleşme ile daha uzun veya kısa bir zamanaşımı süresi öngörebilirler²⁹¹; ancak yüklenicinin ağır kusurlu olduğu durumlar için öngörülen yirmi yıllık süre sözleşme ile kısaltılamaz, bu yönde bir sözleşme yapılmış ise geçerli kabul edilmeyecektir²⁹². Benzer şekilde iş sahibinin seçimlik haklarını ileri sürmesini hakkaniyete aykırı bir şekilde zorlaştıran veya pratik bakımdan imkansız kılan süre kısaltmaları da geçerli sayılmayacaktır²⁹³.

Taraflar arasındaki sözleşme ile kanunda öngörülen zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi kabul edilmişse; zamanaşımı süresinin, garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin

²⁸⁹ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 558. Yüklenicinin ağır kusurunun varlığı halinde zamanaşımı süresi olarak yirmi yıl gibi uzun bir sürenin öngörülmüş olmasında 1999 depremi sonrasında karşılaşılan uyuşmazlıkların etkisinin olduğu belirtilmektedir. Bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 532. Bunun 1999 depreminden sonra uygulamada karşılaşılan hukuki sorunlar bakımından isabetli bir çözüm olduğu yorumu da yapılmıştır. Bkz. Ebru Ceylan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler**, İstanbul Barosu Yayınları, Staj Eğitim Merkezi Yayın No: 6, İstanbul, 2012, s. 178.

²⁹⁰ Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Ceylan, **a.g.e.**, s. 178; Kurşat, **a.g.e.**, s. 362; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 533; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 370-371; Kurt, **a.g.e.**, s. 84; Dayınlı, **a.g.e.**, s. 57; Mustafa Serhat Şen, Mustafa Kamil Şen, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 36; Şenocak, **a.g.e.**, s. 79. Tunçomağ'a göre ise, eserin teslimi, onun iş sahibi tarafından kabulü anlamını taşır. İş sahibi eseri kabulden kaçınırsa, zamanaşımı süresinin eserin iş sahibine bırakılma anından itibaren hesaplanması gerekir. Eserin bırakılması mümkün değilse, o zaman, yüklenicinin, iş sahibini dava yoluyla eseri teslim almaya zorlaması gerekir. Bkz. Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1037-1038.

²⁹¹ Uçar, **Ayıp**, s. 279; Kurşat, **a.g.e.**, s. 363; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 226; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 533, Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1038.

²⁹² Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 226; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 211; Turanboy, **a.g.m.**, s. 189; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 226; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 131; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 558.

²⁹³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 363; Büyükcay, **a.g.e.**, s. 131; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 211; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 227; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 558.

işlemeye başlayacağı anlamına gelebilir, şüphe halinde yüklenici lehine olan yorum tercih edilmelidir²⁹⁴.

Zamanaşımı, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını dava yoluyla kullanması bakımından öngörülen bir süre olduğundan, bu sürenin dolmuş olması, iş sahibinin bu haklarının varlığını etkilemez; yalnızca bu hakların dava edilebilirliğini sınırlandırır²⁹⁵. Şöyle ki; iş sahibince ayıptan doğan seçimlik haklar dava yoluyla ileri sürülemez, eğer sürülürse yüklenici def'i ileri sürerek bunları engelleyebilir.²⁹⁶

TBK'nın yürürlüğe girmesiyle EBK döneminde, eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle iş sahibinin seçimlik haklarının bağlı olduğu zamanaşımı konusunda mevcut olan tartışmalar²⁹⁷ son bulmuştur denilebilir²⁹⁸. Zira EBK'nın 126. maddesini

²⁹⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 227; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 372; Turanboy, **a.g.m.**, s. 189; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 558; Büyükay, **a.g.e.**, s. 131.

²⁹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 240.

²⁹⁶ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 227; Erdem, **a.g.e.**, s. 7-8.

²⁹⁷ 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe 29.06.1956 tarihli ve 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41. maddesi ile EBK'nın 126. maddesine eklenen 4. fıkranın EBK'nın 363. maddesini değiştirip değiştirmediği tartışmalı idi. Yargıtay ve doktrinde azınlıkta olan görüşe göre (Karahasan, **a.g.e.**, s. 1434-1435; Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (İstisna Akdi- Zamanaşımı)**, Ankara, 1975, s. 32; Canbolat, **a.g.e.**, s. 179; Ergin Akçay, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 56; Şen, Şen, **a.g.e.**, s. 30; Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 53.); EBK m. 363 zımnen ortadan kalkmıştı. Buna karşılık doktrindeki hakim görüşe göre (Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 324- 325; Erdem, **a.g.e.**, s. 100-102; Erman, **a.g.e.**, s. 171, Gökyayla, **Sempozyum**, s. 290; Öz, **Dönme**, s. 134; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 205-206; Şenocak, **a.g.e.**, 232; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 229; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1037-1038; Uçar, **Ayıp**, s. 271; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 559; Şahin, **Ayıp**, s. 151) ise; EBK m. 126/b.4'te yapılan değişiklik ile EBK m. 363 yürürlükten kalkmamıştır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.1995 tarihli E. 1995/15-31 ve K. 1995/196 kararı ile de söz konusu değişikliğin EBK'nın 363/1 maddesini değiştirdiği sonucuna varılmıştır: "1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.1956 günlü ve 6763 sayılı "Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun"un 41. maddesi ile BK.nun 126. maddesine eklenen 4. fıkra da ise; "...müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere, istisna aktinden doğan bütün davalar" beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu fıkra da (istisna akdinden doğan bütün davalar) denildiği için, artık BK.nun 363. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır. Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış yahut ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar bu fıkra hükmünden hariç tutulmakla, bu gibi, davaların BK.nun 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımına tabi tutulması istenmiştir. Böylece eser sözleşmelerinden dolayı açılacak davalar, yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. BK.nun 126/4. maddesi, ayıplı işlerden dolayı açılacak davaları da kapsamına aldığından, 1.1.1957 tarihinden itibaren BK.nun 363 ve dolayısıyla BK.nun 207 ve TTK.nun 25/4. maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Kanun metninin, yorumu gerektirmeyecek bir şekilde açık olması halinde, yasama çalışmalarında geçen sözlere bakılarak, kanun metnine aykırı

karşılayan TBK m. 147’de, iş sahibinin ayıplı eser tesliminden doğan hakları ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır; böylece TBK m. 147 ve m. 478 hükümleri ile eser sözleşmelerinde zamanaşımı sorunu açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur²⁹⁹.

Son olarak şunu belirtmek isteriz ki TBK m. 478’de düzenlenmiş olan zamanaşımı süreleri yalnızca iş sahibinin eserin ayıplı teslim edilmesi nedeniyle yükleniciye karşı açacağı davalarda uygulanacak olup yüklenici veya mühendisler tarafından açılacak davalarda uygulanmayacaktır³⁰⁰.

II. Özel Şartı: Eserin, İş sahibinin Kullanamayacağı Veya Hakkaniyet Gereği Kabule Zorlanamayacağı Ölçüde Ayıplı Veya Sözleşme Hükümlerine Aynı Ölçüde Aykırı Olması

İş sahibinin eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, yukarıda “Genel Şartlar” başlığı altında açıkladığımız şartların yanında, ayrıca TBK m. 475/1 uyarınca “*eserin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması*” gerekmektedir. İş sahibinin ayıplı ifa halinde diğer seçimlik hakları olan bedel indirimi isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme haklarını kullanabilmesi için bu özel şartın varlığı aranmazken; sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için bu özel şartın varlığı zorunludur.

düşecek bir yoruma başvurulamaz. BK.nun 126. maddesine 4. fıkra eklenmesi TBMM. Adliye Encümeni'nde kabul edilmiştir. Adliye Encümeni raporunda; şirket, vekalet, komisyon, acentalık, tellallık ve eser sözleşmelerinden doğan davaların on yıllık uzun bir zamanaşımına tabi olmasının doğru olmadığı belirtilerek, bu gibi davaların beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmasının doğru olacağı benimsenmiştir. TBMM. Genel Kurulu'nda da, bu madde, üzerinde müzakere açılmadan kabul edilmiştir. Adliye Encümeni raporundaki sözlere bakılarak, eser sözleşmelerindeki on yıllık zamanaşımı süresinin beş yıla indirildiği, BK.nun 363. maddesindeki bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği yolundaki bir görüş, BK.nun 126/4. maddesindeki "istisna aktinden doğan bütün davalar" şeklindeki açık kanun hükmüne aykırı olduğu gibi, bu fıkradan hariç tutulan kasıt veya ağır kusurla ayıplı eser meydana getirilmesi halinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını öngören hüküm ile de bağdaşmaz.” (Büyükcay, a.g.e., s. 131, dpn. 319).

²⁹⁸ Yavuz, Acar, Özen, a.g.e., s. 559.

²⁹⁹ Büyükcay, a.g.e., s. 131-132.

³⁰⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 655.

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre³⁰¹; TBK m. 475/1’de “eserin kullanılamazlığı” veya “eserin kabulünün beklenemezliği” şeklinde belirtilen özel şart, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin alternatif koşulları değildir. Her ne kadar hükmün lafzından bunlar alternatif koşullarmış gibi görünse de asıl koşul, iş sahibince “eserin kabulünün beklenemezliği” olup “eserin kullanılamazlığı” bu koşulun uygulama hallerinden biridir. Bir eser “kullanılabilir” durumda olmasına rağmen iş sahibince kabulü örneğin estetik nedenlerle³⁰² beklenmeyebilir. Yine örneğin elektrik topraklama hattı tamamlanmayan bir binanın iş sahibince kullanılabilmesi mümkün olmasına rağmen, iş sahibinden eseri bu haliyle kabul etmesi beklenemez³⁰³.

Doktrindeki diğer görüşe göre³⁰⁴ ise; TBK m. 475/1’de alternatif şartlar öngörülmüştür. Zira EBK’nın 360. maddesinde³⁰⁵, “eserin kullanılamazlığı” ile “hakkaniyet gereği kabulün beklenemezliği” tabirleri arasında “ve” bağlacı kullanılmış iken; TBK’nın 475. maddesinde, iki tabir arasında “veya” bağlacı kullanılmıştır. Bu durum da göstermektedir ki; artık bu kriterlerden birinin bulunması sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yeterli olacaktır. Yani bu görüş kabul edilirse; eserin iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ayıplı olması halinde veya eserin iş sahibinin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması halinde ve yine eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması halinde iş sahibince sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir³⁰⁶.

Doktrindeki bu görüşe katılmıyoruz. Zira bir eser “kullanılabilir” durumda iken iş sahibince kabulü çeşitli sebeplerle beklenmeyebilirken; “kullanılamaz” durumda olan bir eserin iş sahibince kabulünün beklenmesi mümkün değildir. Sadece

³⁰¹ İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 137; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Kurşat, **a.g.e.**, s. 341; Erman, **a.g.e.**, s. 143; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 365; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 181; Şenocak, **a.g.e.**, s. 51.

³⁰² Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 181.

³⁰³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 137.

³⁰⁴ Emre Gökyayla, “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 289 (Sempozyum); Şahin, **a.g.e.**, s. 142; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 528; Kocaağa, **İnşaat**, s. 161.

³⁰⁵ EBK m. 360: *Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.*

³⁰⁶ Şahin, **a.g.e.**, s. 142.

eserin “kullanılmaz” olması, zaten işsahibince kabulünün beklenememesine sebebiyet verecektir.

Ayrıca EBK’da “eserin kullanılmazlığı” ile “hakkaniyet gereği kabulün beklenemezliği” tabirleri arasında “ve” bağlacı kullanılmış iken TBK’da “veya” bağlacının kullanılmış olması bunların alternatif şartlar haline getirildiği sonucunu doğurmaz. Zira kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 368. maddesinde de, bu tabirler arasında “veya” bağlacı kullanılmış olup yeni Borçlar Kanunumuz ile kaynak kanunun uyumlu hale getirildiği söylenebilir. Kaynak İsviçre Kanunu’nda tabirler arasında “veya” bağlacı olmasına rağmen yine de bunların alternatif şartlar olmadığı EBK döneminde de kabul edilmekte idi³⁰⁷.

İmal edilen bir eserdeki ayıp, hakkaniyet gereği işsahibinin kabule zorlanabileceği boyutta ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılmaz³⁰⁸. Bir eserin, işsahibinin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olup olmadığı her somut olayın koşulları, tarafların karşılıklı menfaatleri ve dürüstlük kuralı da göz önüne alınarak belirlenmelidir³⁰⁹. Bu belirleme yapılırken teslim edilen eserdeki ayıbın türü ve kapsamı; ayıbın kolayca giderilip giderilemeyeceği; yüklenicinin ayıbın oluşmasında ağır bir kusurunun olup olmadığı; yüklenicinin ayıbı gidermeye istekli ve kabiliyetli olup olmadığı; bedel indirimi isteme veya ayıbın giderilmesini isteme hakkının işsahibinin işine yarayıp yaramadığı; sözleşmeden dönmeyen işsahibine sağlayacağı faydaya oranla yüklenici için daha ağır sonuçlar doğurup doğurmadığı; eserde kullanılan malzemenin değeri ve bu malzemelerin kim tarafından sağlandığı hususları göz önünde bulundurulmalıdır³¹⁰.

³⁰⁷ Şencoak, **a.g.e.**, s. 50-51.

³⁰⁸ Karadaş, **a.g.e.**, s. 246.

³⁰⁹ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Kurşat, **a.g.e.**, s. 343; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 528; Erman, **a.g.e.**, s. 143; Öz, **Dönme**, s. 108; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 181. Yargıtay 15. HD., T. 16.04.1974, E. 274, K. 360: ‘*davalının yaptığı şeyi iş sahibinin kullanamayacağı ve nasafet kaidesi uyarınca kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve hayati tehlike arz ettiği...*’ (Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 181); Yargıtay 15. HD, T. 30.5.2018, E. 2017/1948, K. 2018/2291: ‘*... eserin ayıplı olması halinde seçim hakları kullanılırken TMK 2. maddede düzenlenen iyiniyet kuralına da uyulmalıdır. Bu sebeple eserin reddini gerektirmeyecek nitelikte önemsiz ayıplarda sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacak ancak ücretsiz onarım veya bedel tenzili hakları kullanılabilir.*’ (K.İ.B.B.).

³¹⁰ Kaplan, **a.g.e.**, s. 138; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Kurşat, **a.g.e.**, s. 343; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 528; Şencoak, **a.g.e.**, s. 51.

Yukarıda belirtildiği üzere eserin “kullanılamaz” durumda olması, eserin işsahibince “kabulünün beklenemezliği” durumunun uygulama hallerinden biridir. Diğer bir deyişle, eserin kullanılamaz olması durumunda, artık eserin işsahibince kabulü beklenemez; ancak buradaki kullanılamazlığın işsahibine sözleşmeden dönme hakkı sağlayabilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekir³¹¹.

İlk olarak; eserdeki ayıp yüzünden eserin “tamamen” kullanılamaz durumda olması gerekir. Buradaki kullanılamazlık, işsahibinin özel ihtiyaçlarına göre değerlendirilmeli ve sözleşmede kararlaştırılan kullanım tarzı dikkate alınmalıdır³¹². İmal edilen eser başkası tarafından kullanılabilir durumda olsa bile, somut olaydaki işsahibi tarafından kullanılamaz durumda ise kullanılamazlık şartı gerçekleşmiş olur. Örneğin demir kesme işi ile uğraşan bir işsahibi, demir kesme işinde kullanacağı bir elektrikli testere imal etmek için yüklenici ile anlaşmış olmasına rağmen, yüklenici tarafından tahta kesme işine yarayan bir elektrikli testere imal edilmişse somut olaydaki işsahibi açısından “kullanılamazlık” şartı gerçekleşmiş olacaktır³¹³. Ayıplı eser başkası için dahi kullanılamaz durumda ise kullanılamazlık şartı evleviyetle gerçekleşmiş olacaktır³¹⁴. Eğer ayıp sebebiyle eserin sözleşmede kararlaştırılan kullanım tarzına elverişliliği sadece azalmışsa bu durumda madde kapsamındaki kullanılamazlığın gerçekleştiği kabul edilemez³¹⁵.

Eserdeki kullanılamazlığın işsahibine sözleşmeden dönme hakkı sağlayabilmesi için gerçekleşmesi gereken diğer şart ise; bu kullanılamazlığın kesin olması yani eserdeki ayıbın hiçbir şekilde giderilememesidir³¹⁶. Eserdeki ayıbın

³¹¹ Şencoak, **a.g.e.**, s. 52; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 182.

³¹² Kaplan, **a.g.e.**, s. 139; Kurşat, **a.g.e.**, s. 342; Erman, **a.g.e.**, s. 143; Şencoak, **a.g.e.**, s. 52.

³¹³ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 143.

³¹⁴ **A.e.**, s. 142. Yargıtay 15. HD., T. 19.2.2007, E. 2006/64, K. 2007/1015: “Somut olayda, davalı yüklenici sipariş edilen makineyi amaca uygun, ayıpsız ve verim alınacak bir biçimde imal etme yükümlülüğü altında olmasına rağmen, teslim ettiği makinenin, verimli çalışmadığı, devamlı arızalandığı ve bu arızaların giderilmeye çalışılmasına rağmen garanti süresi içerisinde yine de bir sonuç alınamadığı; başka bir deyişle, yapılan işin BK.nun 360/1. maddesi uyarınca iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre de kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğu dosya kapsamından anlaşılmıştır. Bu durumda, davacı-k.davalı iş sahibinin, kullanılmaz haldeki makineyi yükleniciye iade koşuluyla, ödediği iş bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçeyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (K.İ.B.B.).

³¹⁵ Şencoak, **a.g.e.**, s. 52.

³¹⁶ Erman, **a.g.e.**, s. 143; Kaplan, **a.g.e.**, s. 139; Kurşat, **a.g.e.**, s. 341; Şencoak, **a.g.e.**, s. 52; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 182. Kurşat’a göre; “Buradaki kesinlik kanaatimizce tamir edilmezlik

giderilmesi mümkün ise bu durumda sözleşmeden dönme yerine, ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılması gerekir³¹⁷. Kolaylıkla giderilme olanağı bulunan bir ayıbın varlığı halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır³¹⁸.

olarak algılanmamalıdır. Ayıp tamir edilse bile mevcut ayıp nedeniyle eserin kullanılmaz olduğu tartışmasız ise dönme mümkün olmalıdır. Buradaki ölçüt, 'basitçe giderilebilir bir ayıp' olarak ele alınabilir". (Kurşat, **a.g.e.**, s. 341, dpn. 961'den naklen).

³¹⁷ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163. Yargıtay 15. HD. T. 25.04.2008, E. 2007/3224, K. 2008/2770: "Mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sonucu sunulan bilirkişi kurulu raporunda; soğutma sisteminin çalışır vaziyette olduğu ve dolayısıyla sistemdeki ayıpların sonradan davacı tarafça giderildiği bildirilmiştir. O halde Borçlar Kanununun 360. maddesi hükmü gereğince; davacı ayıp kabul edilemeyecek derecede olmadığı ayıp sebebiyle eseri reddedemez ve bu sebeple sözleşmeyi feshedemez. Anılan yasa hükmü uyarınca büyük harcamaları gerektirmiyorsa soğutma sisteminin onarım bedellerini davalıdan isteyebilir." (Karadaş, **a.g.e.**, s. 246); Yargıtay 15. HD. T. 28.06.1978, 1411 E. 1426 K.: "Eserin düzeltilmesinin söz konusu olması durumunda, işsahibi sözleşmeden dönemez." (Karahasan, **a.g.e.**, s. 1364-1365). Öz'e göre ise; eserdeki ayıbın giderilmesi mümkün olsa bile, bu onarıma razı olmak işsahibinden beklenemeyecekse, işsahibince sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 107.

³¹⁸ Öz, **Dönme**, s. 106; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE SINIRLANMASI

I. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması

A. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, hukuki işlem benzeri bir irade beyanı ile kullanılan³¹⁹ ve hüküm ifade etmesi için karşı tarafa ulaşması gereken yenilik doğurucu bir haktır³²⁰. Yenilik doğurucu haklar, tek taraflı bir işlemle bir başkasının hukuki durumunu, onun katılımı olmaksızın değiştiren yetkiler olarak tanımlanmaktadır³²¹. Sözleşmeden dönme hakkının da tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakla tarafların hukuki durumlarında değişiklik yarattığı ve bu kapsamda yenilik doğurucu bir hak olduğu ortadadır.

³¹⁹ Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 71 vd (Sözleşmeden Dönme); Nalan Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 173.

³²⁰ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 65; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 289; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 58 (Dönme); Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**; s. 160; Öz, **Dönme**, s. 31; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 177; Şenocak, **a.g.e.**, s. 48; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337-338; Uçar, **Ayıp**, s. 180; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 139; Muaz Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 51; Harun Demirbaş, **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 66; Gülgün Anık, “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, **TBB Dergisi**, S.: 59, Y.: 2005, s. 224; Öktem, **a.g.e.**, s. 1953; Canbolat, **a.g.e.**, s. 104. Yargıtay 15. HD, T. 9.1.2019, E. 2018/5160, K. 2019/94: “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.” (K.İ.B.B).

³²¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 61; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 55 (Yenilik Doğuran Haklar). Kılıçoğlu yenilik doğurucu hakları, “hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla bir ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlayan, kayıt ve koşula bağlanmasi mümkün olmayan ve kullanıldıktan sonra kendisinden dönülemeyen haklar” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 31.

Dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak olduğundan, bir defa kullanılmakla tükenir; hak tükendiği için de ikinci defa kullanılamaz³²². Ayrıca kullanıldıktan sonra tükenen yani sona eren bir hak, artık mevcut olmadığı için, kullanıldıktan sonra bu haktan dönmek yani geri almak da artık mümkün değildir³²³. Ancak pek tabidir ki; taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde, yapacakları bir sözleşme ile yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla hükümleri ortadan kaldırılan sözleşmenin eski hali ile hükümlerini doğurmasını sağlayabilirler, ancak bu sözleşme yeni bir sözleşme olarak görülebilecektir³²⁴.

Kural olarak sözleşmeden dönme hakkından baştan feragat etmek mümkün değildir; ancak dönme sebebinin ortaya çıkması ile birlikte bu haktan feragat edilebilir³²⁵.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kabul veya muvafakat beyanına gerek yoktur; yüklenicinin bu hakkın kullanılmasına razı olup olmamasından bağımsız olarak, dönme beyanı, hüküm ve sonuç doğurur³²⁶.

Dönme hakkı tek taraflı irade beyanı ile kullanıldığından, hakkın kullanılması için dava açılmasına da gerek yoktur³²⁷. Dava açılrsa dahi hakim yenilik doğurucu karar vermez; dönme hakkının geçerli bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı veya şartlarının oluşup oluşmadığı yönünde tespit niteliğinde bir karar verir³²⁸. Ancak Yargıtay, dönme için dava şartı bulunmadığından bahisle bu yönde açılan davalarda

³²² Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 256; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 75; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 527; Eren, **Borçlar Genel**, s. 67-68; Serozan, **Dönme**, s. 50.

³²³ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 527; Eren, **Borçlar Genel**, s. 68; Eren, **Borçlar Özel**, s. 647; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 256-258; Şenocak, **a.g.e.**, s. 50; Serozan, **Dönme**, s. 50, 463; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 180.

³²⁴ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 187; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 79. Doktrinde bazı yazarlara göre ise, dönme ile içeriği değişen sözleşme ilişkisinin tarafların anlaşmasıyla yeniden eski içeriğiyle canlandırılması durumunda bu sözleşmenin yeni bir sözleşme sayılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 180; Uçar, **Ayıp**, s. 181; Ergezen, **a.g.e.**, s. 96.

³²⁵ Serozan, **Dönme**, s. 51.

³²⁶ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 28; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 161; Ayan, **a.g.e.**, s. 252; Şencoak, **a.g.e.**, s. 49-50.

³²⁷ Kurşat, **a.g.e.**, s. 338; Eren, **Borçlar Özel**, s. 647; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 67; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 139.

³²⁸ Öktem, **a.g.e.**, s. 1953; Şencoak, **a.g.e.**, s. 49; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 139.

hukuki yarar bulunmadığı ve davanın reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir³²⁹. Ayrıca Yargıtay, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmenin, ancak dönme iradesinin karşı tarafça kabulü veya mahkeme kararı ile olabileceğini kabul etmektedir³³⁰. Doktrinde, Yargıtay'ın bu görüşünün yerinde olmadığı, zira yenilik doğuran hakların muhatabınca reddi veya kabulü ile sonuç doğurmasının hukukumuzda benimsenmediği belirtilmektedir³³¹.

İşşahibince sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz; yüklenici eseri imalde ve teslimde kusursuz olsa dahi işşahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ancak işşahibinin sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte ayıbbı takip eden zararlarını talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekir³³².

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şekli

İşşahibi, yükleniciye yöneltilmiş tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeden dönme hakkını kullanır. Dönme hakkının kullanılması, herhangi bir şekil şartına

³²⁹ Yargıtay 15. HD, T. 26.10.2015, E. 1177, K. 5319: “Mahkeme kararına gerek olmaksızın, karşı tarafa ulaştırılacak irade beyanı ile sonuç alınabilecek konuda dava açılmasında hukuki yarar bulunduğundan da söz edilemez. 6100 sayılı HMK’nın 114/1-h. maddesine göre hukuki yarar dava şartıdır. ... Bu nedenle fesih isteminin reddine karar verilmesi yerine kabulü ile hükme varılması ve davalı aleyhine vekalet ücreti hesaplanması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.” (Kurşat, **a.g.e.**, s. 338, dpn. 950.)

³³⁰ Yargıtay 14. HD, T. 15.6.2010, E. 2010/5177, K. 2010/7104 : “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, Borçlar Kanunu’nun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olup, karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki taraflı sözleşmelerdendir. Tarafların anlaşmaları gereğince veya mahkeme kararı ile fesih olunmadıkça ya da sözleşmenin bir tarafça devri hususunda taraf iradeleri birleşmedikçe veyahut da sözleşme batıl olmadıkça, edimlerin ifasında objektif yani kusursuz imkansızlık bulunmadıkça arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve dolayısıyla yanlar arasındaki akti ilişki, tarafların tek yanlı irade bildirimleriyle sona ermez. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir.” ; Yargıtay 23. HD, T. 21.12.2017, E. 2016/74, K. 2017/3805: “Bilindiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme veya fesihle sona erdirilmesi için, ya tarafların iradelerinin bu konuda birleşmesi, ya da feshin mahkeme kararıyla hüküm altına alınması gerekmektedir.” (K.İ.B.B). Yargıtay’ın yerleşik içtihadının bu şekilde olduğunun açıklaması için bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 252-253.

³³¹ Öz, **Dönme**, s. 142; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 140.

³³² Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 527; Kaplan, **a.g.e.**, s. 136; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 406; Turanboy, **a.g.m.**, s. 167; Kurşat, **a.g.e.**, s. 314; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 140-141.

bağlı değildir; yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir³³³. Hakkın kullanımı herhangi bir şekle tabi değilse de, ispat kolaylığı açısından bunun da yazılı yapılması tavsiye edilir³³⁴.

Dönme beyanı açık veya örtülü olabilir³³⁵. İş sahibinin, yükleniciye “sözleşmeden döndüğünü” veya “sözleşmeye son verdiğini” beyan etmesi açık beyandır³³⁶. Buna karşılık iş sahibinin yükleniciye ödemiş olduğu bedeli geri istemesi, eserin kullanılamaz olduğunu bildirerek eseri yükleniciye geri yollaması veya yükleniciden eseri geri almasını veya götürmesini istemesi vs. örtülü dönme beyanına örnek olarak gösterilebilir³³⁷. Sözleşmeden dönme beyanının, iş sahibinin açtığı dava dilekçesinde yapılması ya da yüklenicinin açtığı davada iş sahibince itiraz yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür³³⁸.

Sözleşmeden dönme yönündeki irade beyanının iş sahibince bizzat veya onun yetkili temsilcisi vasıtasıyla kullanılması gerekmektedir; dönme hakkının yetkisiz temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir³³⁹.

Dönme hakkının kullanılması herhangi bir şekle tabi değilse de; her iki tarafın tacir olduğu durumlarda, dava dışında yapılan dönme beyanı, TTK m. 18/3 hükmü uyarınca, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır. TTK m. 18/3’te öngörülen şekil şartının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı³⁴⁰ olmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre bu şekil şartı ispat şartıdır. Bu sebeple ispat hukuku açısından, tarafların tacir oldukları durumda, dönme beyanının, TTK m. 18/3’te öngörülen şekillerden biri ile yapılması gerekir.

³³³ Uçar, **Ayıp**, s. 180; Turanboy, **a.g.m.**, s. 169; Serozan, **Dönme**, s. 467 vd.; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 160-161; Ergezen, **a.g.e.**, s. 95

³³⁴ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 161; Turanboy, **a.g.m.**, s. 169; Ergezen, **a.g.e.**, s. 97.

³³⁵ Eren, **Borçlar Özel**, s. 647; Öktem, **a.g.e.**, s. 1953; Ergezen, **a.g.e.**, s. 95; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 161; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Şahin, **a.g.e.**, s. 141. Yargıtay 15. HD, T. 17.3.2011, E. 2009/6718, K. 2011/1624: “Davacı seraların yapımı sebebiyle ödediği iş bedelini geri istediğine göre, sözleşmeden dönmüştür.” (Kurşat, **a.g.e.**, s. 338, dpn. 946; K.İ.B.B.).

³³⁶ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 161.

³³⁷ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 161; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178.

³³⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s.178.

³³⁹ Serozan, **Dönme**, s. 451-453; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 285.

³⁴⁰ Bkz. yukarıda s. 33-34.

C. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Kapsamı

Sözleşmeden dönme hakkı kural olarak sözleşmenin tamamı için kullanılır³⁴¹. Eserin bir kısmı ayıplı ise ve bu kısım çok zorlanılmadan eserden ayrılabilir olsa dahi, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını ancak sözleşmenin tamamı için kullanabilir; ayrıca işsahibi eserin ayıpsız kısmını uygun bir ücret karşılığında kabule zorlanamaz³⁴². Ancak sözleşmenin konusunun birden fazla eserin meydana getirilmesi (örneğin beş takım elbisenin imali ve teslimi) olması durumunda; TBK m. 230/1 hükmü³⁴³ kıyasen uygulanmak suretiyle³⁴⁴, istisnaen kısmi dönmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁴⁵.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; TBK m. 230/2 hükmüne³⁴⁶ kıyasen de, eserin aslı için sözleşmeden dönülmesi eserin eklentilerini de kapsarken, eklentiler için dönme eserin aslını kapsamayacaktır³⁴⁷.

³⁴¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 650. Yargıtay temerrüt sebebiyle dönmeye dair bir kararında, birden fazla paydaşın imzaladığı sözleşmelerin konusunun aynı inşaat olmasını göz önünde bulundurarak, bu sözleşmelerin sadece bir tanesinden dönülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 23. HD, T. 30.1.2014, E. 2013/5037, K. 2014/558: “Yapılan yargılama sonunda; yüklenicinin sözleşme hükümleri nedeni ile temerrüde düştüğü, bu nedenle sözleşmeden dönme koşullarının olduğu saptanmıştır. Ancak mahkemece sadece 31.07.2007 gün ve 1961 yevmiye numaralı davacı A.. E.. ile imzalanan sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Oysa ki, dava konusu taşınmaz ve muhtelif paydaşlarla imzalanan sözleşmeler gereği yapılacak inşaat bir bütün teşkil etmektedir. Bu nedenle diğer sözleşmelerin paydaş müzileri de davada yer almış olmakla, TMK’nın 692. maddesi hükmü gözetilerek dava konusu ihtilafın hukuki mahiyeti gereği sadece, 31.07.2007 tarihli sözleşmenin değil, diğer paydaşların imzaladığı sözleşmelerden de dönmeye karar verilmesi gerekirken, mahkemece anılan husus dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” (Kurşat, **a.g.e.**, s. 339, dpn. 951).

³⁴² Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 180.

³⁴³ TBK m. 230/1: *Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamayı zorunludur.*

³⁴⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s. 140; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 141.

³⁴⁵ Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 1032; Ayan, **a.g.e.**, s. 282 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 180; Kurşat, **a.g.e.**, s. 339; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 529; Öz, **Dönme**, s.109; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 217.

³⁴⁶ TBK m. 230/2: *Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz.*

³⁴⁷ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 141.

D. “Tüketici İşlemi” Niteliğindeki Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasında Ayrık Düzenlemeler

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³⁴⁸ m. 3/b. l’de tüketici işleminin; “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade ettiği belirtilmiştir. TKHK m. 3/b. k’da ise tüketicinin, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade ettiği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kanunda, bir tarafı “tüketici” olan eser sözleşmelerinin de tüketici işlemi sayılacağı açıkça düzenlenmiştir³⁴⁹. Dolayısıyla ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden yüklenici karşısında iş sahibi, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa TKHK kapsamında “tüketici” sayılacak ve TKHK’daki ilgili hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır³⁵⁰.

TKHK m. 8-12’de ayıplı maldan sorumluluğa; TKHK m. 13-16’da ise ayıplı hizmetten sorumluluğa ilişkin hükümler düzenlenmiştir. TKHK’daki “hizmet” ifadesi, TBK anlamında hizmet sözleşmesini ifade etmemekte; eser sözleşmeleri de dahil olmak üzere hizmet sağlamaya yönelik tüm tüketici sözleşmelerini kapsamaktadır³⁵¹. Ancak her eser sözleşmesine TKHK m. 13-16 hükümleri uygulanmayacak; eser sözleşmesi mal sağlama niteliği taşıyorsa (örneğin makine imal etme) TKHK m. 8-12’deki ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin hükümler, eser

³⁴⁸ Bundan sonra “TKHK” olarak anılacaktır.

³⁴⁹ Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da eser sözleşmelerinin de kanun kapsamında olduğu TKHK’daki gibi açıkça sayılmamıştı. Mülga kanun m. 3/b. h’de “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade eder*” şeklinde belirtilmesine rağmen Yargıtay çelişkili kararlar vermekteydi. Eser sözleşmelerinin de kanun kapsamında olduğuna dair bkz. Yargıtay HGK, 19.10.2011, E. 13-538, K. 648; eser sözleşmelerinin kanun kapsamında olmadığına dair bkz. Yargıtay 15. HD, 4.2.2013, E. 375, K. 683 (Kurşat, **a.g.e.**, s. 457, dpn. 1293).

³⁵⁰ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191.

³⁵¹ M. Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 135 (Şerh).

sözleşmesi hizmet sağlama niteliği taşıyorsa (örneğin makineyi tamir etme) TKHK m. 13-16'daki ayıplı hizmetten sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁵².

TKHK kapsamındaki eser sözleşmelerinde, taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılmış olmasa veya bulunması gereken bir lüzumlu vasıf sayılmasa bile, yapılacak esere ilişkin reklam ve ilanlarda yer alan özellikleri taşımayan eser ayıplı sayılacaktır (TKHK m. 8/2, m. 13/2)³⁵³. Ancak yüklenici kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin eser sözleşmesinin kurulduğu anda düzeltilmiş olduğunu veya sözleşmenin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğini ispatlarsa açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz (TKHK m. 9/2, m. 14/2).

Yine istisnai bir düzenleme olarak TKHK'da iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti bulunmamaktadır³⁵⁴. Bunun yerine teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu karinesi mevcuttur (TKHK m. 10). Yüklenici teslim sırasında ayıbın bulunmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Ayıp eserin teslim tarihinden altı ay sonra ortaya çıkmışsa artık tüketici olan iş sahibi ayıbın teslim sırasında bulunduğunu ispat etmek zorundadır³⁵⁵.

TKHK m. 11/1-a ve m. 15/1'de ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için TBK'dan farklı olarak “*eserin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması*” şeklinde özel bir ağırlık taşıması aranmamaktadır. Ancak TKHK'nın uygulandığı durumlarda bile, ayıbın önemsiz olması halinde dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönmenin engellenmesi gerektiği de belirtilmektedir³⁵⁶.

Ayrıca TBK m. 475'te ayıplı ifa durumunda iş sahibine tanınan seçimlik haklar sözleşmeden dönme hakkı, bedel indirimi isteme hakkı ve eserin ücretsiz

³⁵² Gümüş, **Şerh**, s. 131; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191, dpn. 85.

³⁵³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 460.

³⁵⁴ Madde gerekçesinde “... Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıplı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır. ...” şeklinde belirtilmiştir.

³⁵⁵ Gümüş, **Şerh**, s. 96-97; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 201.

³⁵⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 217.

onarılmasını isteme hakkı iken, TKHK m. 11/1-ç ve m. 15/1’de iş sahibine bu seçimlik haklara dördüncü bir şık olarak malın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme hakkı tanınmıştır.

Son olarak zamanaşımı hususundaki ayırık duruma değinecek olursak; TKHK m. 12/1’de zamanaşımı süresinin, malın (eserin) tüketiciye (iş sahibine) teslim tarihinden itibaren iki yıl, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıl olduğu düzenlenmiştir. Bu açıdan TBK ile TKHK arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak TKHK m. 12/3’te “*Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz*” denilmiştir. Her ne kadar bu maddede ayıbın ağır kusur ya da hile ile gizlenmesi halinde zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş ise de; buradaki hükmün, TBK m. 478 uyarınca, yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı şeklinde anlaşılması gerekmektedir³⁵⁷.

II. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlanması

A. Sözleşmeden Dönme Hakkının TBK m. 475/3 Uyarınca Sınırlanması

TBK m. 475/3 hükmü ile iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı sınırlandırılmıştır. Buna göre; eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Böyle bir durumda iş sahibi diğer seçimlik hakları olan bedel indirimi isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme haklarından birini kullanabilecektir³⁵⁸.

Madde lafzı itibariyle yalnızca iş sahibinin kendi taşınmazı üzerinde yapılan eserleri esas alıyor gibi görünse dahi, doktrinde³⁵⁹ haklı olarak, yüklenici tarafından eserin iş sahibine ait olmayan bir taşınmaz üzerine yapıldığı durumlarda da bu

³⁵⁷ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 224, dpn. 209.

³⁵⁸ Turanboy, **a.g.m.**, s. 170; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 561; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 217; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 528; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366; Eren, **Borçlar Özel**, s. 648; Eren, **İnşaat**, s. 84; Erman, **a.g.e.**, s. 145; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163; Kahraman, **a.g.m.**, s. 436; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 291; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 775-776.

³⁵⁹ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366.

maddenin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Örneğin, alt yüklenicinin asıl işsahibinin taşınmazı üzerinde yaptığı eserler için de TBK m. 475/3 hükmü uygulanmalıdır³⁶⁰.

Sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bu madde hükmünün amacı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre³⁶¹; hükmün amacı, yüklenicinin aşırı zarara uğramasını engellemek ve ekonomiye kazandırılmış bir eserin imkan dahilinde muhafaza edilerek tahrip edilmemesini sağlamaktır. Diğer görüşe göre ise³⁶²; hükmün asıl amacı, işsahibinin sözleşmeden dönerek yükleniciye sadece yapılan kısmın sebepsiz zenginleşme değerini ödeyerek yapıyı edinmesinin adaletsiz olacağı hallerde sözleşmeden dönmeyi engellemektir. Eğer hükmün tek amacı yaratılan eserlerin korunması olsaydı, kanunda “*işsahibinin arsasında yapılmış binaların yıkılıp kalıntılarının iadesi yasaktır*”³⁶³ gibi açık bir hükme yer verilirdi. Bu sebeple her somut olayda işsahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenicinin içine düşeceği durum göz önünde bulundurulmalıdır.

Eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açıp açmayacağı her somut olayda hakim tarafından takdir edilir³⁶⁴. Hakim takdirini kullanırken somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olduğu durumdaki değeri ile arsadan söküldüğünde uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önüne alacaktır³⁶⁵. Örneğin;

³⁶⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 366.

³⁶¹ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 528; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 291; Erman, **a.g.e.**, s. 145; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183. Yargıtay 23. HD, T. 23.9.2014, E. 2014/2346, K. 2014/5868: “Davacı arsa sahipleri ile davalılardan yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Yargılama sırasında yapılan inceleme ve alınan beyanlardan söz konusu binada ikamet edilmeye başlandığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, yapılan keşifte inşaatla projeye aykırı bazı imalatın bulunduğu da sabittir. Davada ilk talep, sözleşmenin iptali olup, bu talep hukuki mahiyeti itibarıyla sözleşmenin geriye etkili feshi (dönme) niteliğindedir. Hal böyle olunca, davacıların dönme taleplerinin yerinde bulunup bulunmadığının tespiti açısından kazanılmış değerlerin korunması prensibi de değerlendirilmek suretiyle İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 1983/3 esas, 1984/1 karar sayılı esaslar uyarınca inceleme yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır. Şu halde mahkemece, açıklanan yönler mahallinde keşif yapılarak uzman bilirkişiler refakatiyle inşaatın seviyesi ve durumun tespiti ile projeye aykırılıkların giderilip giderilemeyeceği, giderilebilecekse ne suretle giderilebileceği üzerinde durularak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yeterli inceleme yapılmaksızın karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Kurşat, **a.g.e.**, s. 346, dpn. 982).

³⁶² Öz, **Dönme**, s. 126; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 218.

³⁶³ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 218.

³⁶⁴ Büyükkay, **a.g.e.**, s. 137-138; Erman, **a.g.e.**, s. 145; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163-164; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183; Şenocak, **a.g.e.**, s. 53.

³⁶⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 145; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 163-164; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 291; Kurşat, **a.g.e.**, s. 347; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183; Şenocak, **a.g.e.**, s. 53.

yüklenici tarafından inşa edilen inşaat, temelini sağlam olmaması nedeniyle zaten yıkılacak durumdaysa, bu inşaatın arsa ile bağlı olduğu durumda bir değeri olmadığı gibi yıkıldığında da ancak enkaz değeri olacaktır³⁶⁶. Böyle bir durumda işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkündür.

Doktrinde³⁶⁷ ve Yargıtay³⁶⁸ kararlarında; eserin, TBK m. 475/1 uyarınca işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması durumunda, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılmaması gerektiği ve dolayısıyla eserin sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara yol açsa bile işsahibince sözleşmeden dönülebilmesi gerektiği belirtilmektedir.

TBK m. 475/3'teki sınırlama, özellikle işsahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat işlerinde uygulama alanı bulur. Ancak buradaki inşaat işleri sadece binalardan ibaret değildir; arsayla veya arsaya tabi bir yapıyla bütünleyici parça oluşturan ve bu sebeple sökülüp kaldırılması imkansız veya aşırı derecede zarara yol açacak olan her türlü eserin, bu hükümdeki sınırlama kapsamına gireceği kabul edilmektedir³⁶⁹. Örneğin bir asansör içinde bulunduğu binayla, dolayısıyla binanın üzerinde bulunduğu arsayla sıkı bir bağlılık içinde olduğundan bu hükmün kapsamına girecektir³⁷⁰.

İşsahibinin taşınmazında yüklenici tarafından imal edilen eserler, ekonomik açıdan çok değerli olmayan, nispeten küçük çapta eserler ise bunların sökülüp kaldırılması genellikle aşırı zarara yol açmayacaktır. Bu sebeple, örneğin yüklenici tarafından işsahibinin taşınmazında imal edilen kapı, pencere, kalorifer radyatörü

³⁶⁶ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 164.

³⁶⁷ Öz, **Dönme**, s. 126; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 164; Büyükay, **a.g.e.**, s. 138; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 149; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 183.

³⁶⁸ Yargıtay 15. HD, T. 9.6.2006, E. 2006/1309, K. 2006/3450: “Somut olayda mahkemece, yapılan binanın projesine ve sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığı, arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesi ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin % 60'ına varması da dikkate alınmıştır. Dosyadaki bilgilerin ve raporların değerlendirilmesinden, davalı yüklenici Ö.Ç. tarafından sözleşme şartlarına uygun kabul edilebilecek nitelikte yasal inşaat yapılmadığı, bu nedenle iskan ruhsatı da alınmadığı, davacı arsa sahiplerinin BK'nun 360/1. maddesi uyarınca bu eseri kabule zorlanamayacakları sonucuna varılmaktadır. Bu durumda davacılar arsa sahipleri ve davalı yüklenici Ö.Ç. arasında gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir.” (Sütçü, **a.g.e.**, s. 850). Diğer örnek Yargıtay kararları için bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 53, dpn. 95.

³⁶⁹ Öz, **Dönme**, s. 125; Canbolat, **a.g.e.**, s. 115.

³⁷⁰ Öz, **Dönme**, s. 125.

gibi eserlerin ayıplı olması halinde, işsahibinin sözleşmeden dönmesinin TBK m. 475/3 gereğince sınırlanmadığı kabul edilmektedir³⁷¹.

İşsahibinin taşınmazında imal edilen eserin sökülüp kaldırılmasının somut olayda aşırı zarara yol açacağını ispat yükü yükleniciye aittir. İşsahibi eserin TBK m. 475/1 kapsamında ayıplı olduğunu ispat edince sözleşmeden dönebilecek, yüklenici ise buna engel olabilmek için TBK m. 475/3'teki şartın varlığını ispat etmek zorunda kalacaktır³⁷².

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kendisine Özgü Nedenlerinin Varlığı Halinde Sınırlanması

İşsahibi, sözleşmeden dönme hakkını TBK m. 475/3'te öngörülen şartın varlığı halinde kullanamayacağı gibi, dönme hakkının kendisine özgü aşağıdaki nedenlerinin varlığı halinde de kullanamayacaktır.

1. TBK m. 228/2 Hükmünün Kıyasen Uygulanması Suretiyle Sınırlanması

a. İşsahibinin Sorumlu Olduğu Bir Neden Yüzünden Eserin Yok Olması

Yüklenici tarafından imal edilen eser, işsahibinin sorumlu olduğu bir neden yüzünden yok olursa, TBK m. 228/2 hükmü³⁷³ kıyasen uygulanarak, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir³⁷⁴. Böyle bir durumda, pek tabidir ki, işsahibinin, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanması mümkün olmayacak; işsahibi ancak bedel indirimi isteme hakkını

³⁷¹ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 164; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 151; Öz, **Dönme**, s. 127.

³⁷² Kurşat, **a.g.e.**, s. 349; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 216; Öz, **Dönme**, s. 126; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 164.

³⁷³ TBK m. 228/2: *Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.*

³⁷⁴ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 292; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 776; Şenocak, **a.g.e.**, s. 55-56; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 184; Kurşat, **a.g.e.**, s. 349; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 529.

kullanabilecek ve şartları var ise ayıp sonucu uğranılan zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir³⁷⁵.

Eserin, iş sahibinin sorumlu olduğu bir neden yüzünden yok olması durumunda, bu durumun meydana gelmesinde iş sahibinin kusurunun olup olmaması önemli değildir; iş sahibinin kusuru olmasa dahi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır³⁷⁶. Zaten EBK m. 204/2 hükmünde³⁷⁷ iş sahibinin “taksirinden” söz edilmiş olmasına rağmen, o dönemde de iş sahibinin mutlaka kusurunun bulunmasının gerekmediği kabul edilmekteydi³⁷⁸.

Her ne kadar TBK m. 228/2 hükmünde açıkça düzenlenmemişse de; eserin iş sahibinin sorumlu olduğu bir neden yüzünden esaslı bir şekilde bozulması durumunda da, eserin yok olması halinde olduğu gibi, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir. Bu bozukluk önemli değilse, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecekse de geri vereceği eserin bozukluğu sebebiyle yükleniciye tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Ancak bozukluk iş sahibince eserin usulüne uygun muayenesi sebebiyle ortaya çıkmışsa tazminat ödenmesi gerekmeyecektir³⁷⁹.

İş sahibi, eserin yok olmasından veya esaslı şekilde bozulmasından sorumlu değilse, özellikle bu durumlara yüklenicinin sorumlu olduğu bir ayıp sebep olmuşsa ya da bu durumlar beklenmedik halden veya mücbir sebepten kaynaklanmışsa, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı saklı kalacaktır. Bu durumda eğer iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, yükleniciye, eserden ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlü olacak, fakat bir tazminat ödemesi gerekmeyecektir³⁸⁰.

³⁷⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 349; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 153; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 184.

³⁷⁶ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 184; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 292; Kurşat, **a.g.e.**, s. 349.

³⁷⁷ EBK m. 204/2: *Mebi müşterinin taksiri yüzünden telef olmuş yahut müşteri onu başkasına temlik veya şeklini taşıyıp etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir.*

³⁷⁸ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 184; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 292; Şenocak, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 109.

³⁷⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 153; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 185.

³⁸⁰ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 153; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 185.

b. İşsahibinin Eseri Üçüncü Kişilere Devretmesi Veya Eserin Şeklini Değiştirmesi

Yüklenici tarafından imal edilen eserin, işsahibince -ayıbın varlığı bilinerek veya bilinmeyerek- mülkiyeti başkasına geçirilir veya eser üzerinde aynı hak tesis edilirse ya da tadil, işleme, birleştirme veya karıştırma yoluyla eserin şekli değiştirilirse³⁸¹, TBK m. 228/2 hükmü kıyasen uygulanarak, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir³⁸². Böyle bir durumda işsahibi ancak bedel indirimi isteme hakkını kullanabilecek ve şartları var ise ayıp sonucu uğranılan zararının tazmin edilmesini isteyebilecek; eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanamayacaktır³⁸³.

İşsahibinin devri veya şekil değiştirmeyi yaptığı sırada ayıbın varlığını bilmiyor olması koşuluyla, mülkiyeti başkasına geçirilen eser, işsahibinin mülkiyetine geri döner veya şekli değiştirilen eser eski şekline dönüştürülürse, sözleşmeden dönme hakkı yeniden canlanır; ancak eğer o sırada işsahibi ayıbın varlığını biliyor idiyse, sözleşmeden dönme hakkını ileri sürmesi önceki davranışıyla çelişkili ve dürüstlük kuralına aykırı olur³⁸⁴. Dürüstlük kuralına aykırı bu davranışın ise hukuken korunması mümkün değildir.

2. İşsahibinin Eserin Ayıplı Olduğunu Bilerek Eseri Kullanması

İşsahibi ayıplı olduğunu bilerek eseri kullanmışsa, artık sözleşmeden dönme hakkını kullanması, kural olarak, kendi fiili davranışıyla çelişkili ve bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı olacağından bu hakkını kullanamayacağı kabul

³⁸¹ Eserin şeklinin değiştirilmesinden kasıt, eserin bir başka türden şeye çevrilmesidir. Bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 110.

³⁸² Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 292; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 776; Şenocak, **a.g.e.**, s. 56; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 185; Kurşat, **a.g.e.**, s. 349; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 529.

³⁸³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 349; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 154. Şenocak, bu durumda işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağını ancak diğer seçimlik haklarının (bedel indirimi isteme hakkı, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı) varlığını sürdüreceğini belirtmektedir. Bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 111.

³⁸⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 185; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 154.

edilmektedir³⁸⁵. İstisnaen ayıplı eserin kullanılması muhtemel başka zararların ortaya çıkmasını engelleyecekse (örneğin yüklenici tarafından işsahibine teslim edilen makinenin çalıştırılması ile giderilebilecek işletme bozuklukları gibi), eserin kullanılmasına rağmen sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir³⁸⁶. Yine eğer işsahibi zorunluluk sebebiyle ayıplı eseri kullanmışsa (örneğin yüklenici tarafından teslim edilen ayıplı daireyi oturacak başka yeri olmadığı için kullanmışsa) bu durumda da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir³⁸⁷.

İşsahibi, eserin ayıplı olduğunu bilerek kullandığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı durumlarda, diğer seçimlik haklarını yani bedel indirimi isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanabilecek ve şartları varsa ayıp sonucu uğranılan zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir³⁸⁸.

³⁸⁵ Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 292; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 186; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 776; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 529.

³⁸⁶ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 186; Şenocak, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 111; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸⁷ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 215, dpn. 101; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 56, dpn. 111.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SONUÇLARI

I. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları (Etkisi ve Hükümleri) Bakımından Doktrinde Kabul Edilen Görüşler Ve Görüşümüz

Sözleşmeden dönme hakkı, iş sahibine tanınan yenilik doğurucu bir hak olup; bu hakkın kullanılmasıyla, tarafların karşılıklı yükümlendikleri edimleri sona erer ve taraflar edimlerini daha önceden ifa etmişlerse bunları iade yükümlülükleri doğar³⁸⁹. Yani sözleşmeden dönme hakkının kullanılması tarafları, henüz ifa edilmemiş edimler yönünden kurtarıcı, ifa edilmiş edimler yönünden ise edimlerin iadesini sağlayıcı etkiye sahiptir³⁹⁰.

İş sahibince sözleşmeden dönme hakkı kullanılınca, yüklenici ücretini almış ise bunu faiziyle iş sahibine; iş sahibi ise eseri ondan elde ettiği yararlarla yükleniciye iade etmek zorundadır³⁹¹. İadenin hangi hükümlere göre yapılacağı ve dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi ile hükümleri hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler; klasik dönme görüşü, yasal borç ilişkisi görüşü, yeni dönme (dönüşüm) görüşü, aynı etkili dönme görüşü.

Doktrindeki bu görüşlerin her birinin açıklanması ve değerlendirilmesi çalışmamızın konusunu oluşturmamakla birlikte bunların ana hatları ile kısaca anlatılmasında fayda görüyoruz.

³⁸⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 337; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 967. Yargıtay 23. HD, T. 03.07.2018, E. 2015/9708, K. 2018/3902: “Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönülür. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK’nın 108/1. maddesine göre; sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.” (K.İ.B.B.) Yargıtay’ın iş sahibinin arsasındaki inşaatlarda temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmenin işin büyük kısmı bitmişse geriye etkili dönme yerine ileriye etkili fesih sayılacağı yönündeki içtihadının (İçtihat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 180-183), burada uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir. Zira TBK m. 475/3 uyarınca zaten, eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak ve ileri etkili fesih ihtiyacı hiç olmayacaktır. Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 219.

³⁹⁰ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 117; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 158.

³⁹¹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178.

A. Klasik Dönme Görüşü

Bu görüşte olan yazarlara³⁹² göre; sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalkar. Bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalkan bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar da doğmamış gibi olurlar. Tarafların iade borçlarının sağlanması için sözleşmenin varlığını sürdürdüğünü kabul etmeye gerek yoktur.

Taraflar henüz ifa etmedikleri borçları yerine getirme yükümlülüğünden kurtulacak, sözleşme gereği daha önceden ifa ettikleri edimleri ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) göre iade edeceklerdir³⁹³. Bu çerçevede iade borcunun kapsamı TBK m. 79-81 hükümlerine göre belirlenecektir. İade taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı da TBK m. 82'ye göre belirlenecektir. Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabul edilmesinin nedeni bu edimlerin, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ile hukuki sebepten yoksun hale gelmiş olmalarıdır³⁹⁴.

Bu görüş taraftarlarına göre, dönme üzerine borçlandırıcı işlemler geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken, tasarruf işlemleri sebebe bağlı dahi olsa geçerli olmaya devam eder. Bu sebeple karşı tarafa kazandırılmış olan aynı hak kendiliğinden geri dönmez, bu aynı hakkın iadesi de sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilebilir³⁹⁵.

Ayrıca bu görüşe göre, sözleşmenin tamamen ortadan kalkmış olması sebebiyle, rehin ve kefalet ile taraflarca kararlaştırılmış olan cezai şart gibi imkanlar da kaybedilecektir³⁹⁶.

³⁹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 516; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.:1, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 951 (Borçlar Genel); Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.:1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 779; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 921; Dayınlı, **a.g.e.**, s. 103.

³⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 921; Serozan, **Dönme**, s. 60; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 512-513; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 119.

³⁹⁴ Öz, **Dönme**, s. 34; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 512.

³⁹⁵ Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 952; Öz, **Dönme**, s. 35.

³⁹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 517.

B. Yasal Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüşte olan yazarlara³⁹⁷ göre; sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve artık taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi meydana gelir.

Tarafların sözleşme gereği daha önceden ifa ettikleri edimler sebepten yoksun kalmış değillerdir, zira bunların iadesinin dayanağı TBK m. 125/3'teki yasal düzenlemedir. Böylece iade talebine TBK m. 82'deki kısa zamanaşımı süresi değil, genel zamanaşımı süresinin düzenlendiği TBK m. 146 hükmü uygulanacaktır³⁹⁸.

İade yükümünün kapsamı ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle belirlenecek, böylece iadenin kapsamının belirlenmesi hususunda TBK m. 125/3'teki boşluk doldurulacaktır³⁹⁹.

C. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü

Bu görüşte olan yazarlara⁴⁰⁰ göre ise; sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, onu tamamen ortadan kaldırmaz; sadece sözleşmenin konusunu değiştirerek borç ilişkisini bir tasfiye ilişkisine dönüştürür. Dönülen sözleşme, iade borcunun sağlanması için varlığını sürdürmeye devam ettiğinden burada dönme bir değiştirici yenilik doğurucu hakkın kullanılması niteliğindedir⁴⁰¹.

³⁹⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 967-968; İlhan Ulsan, **Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmalar Dergisi Yıl 5 Sayı 7'den Ayrı Bası, İstanbul, Garanti Matbaası, 1971, s. 19 (Sulh). (Ancak Ulsan, sonradan bu görüşten dönerek bütün sonuçlarıyla klasik görüşe katıldığını belirtmiştir. Bkz. İlhan Ulsan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s. 77, dpn. 52 (İade)). Yasal borç ilişkisi görüşü ve savunucuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 514-515; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 120-121.

³⁹⁸ Öz, **Dönme**, s. 36.

³⁹⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 121; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 515.

⁴⁰⁰ Serozan, **Dönme**, s. 78 vd.; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 162; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1150; Eren, **Borçlar Özel**, s. 648-649; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 285-286; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Şenocak, **a.g.e.**, s. 48-49; Kahveci, **a.g.e.**, s. 184. Yeni Dönme görüşü ve savunucuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 515-516; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 123-125.

⁴⁰¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 49; Eren, **Borçlar Özel**, s. 649.

Sözleşmeden dönme üzerine tarafların henüz ifa etmedikleri borçları, bu görüş yanlılarından bazısına göre⁴⁰² ileriye etkili olarak sona erer; bazısına göre ise⁴⁰³ henüz ifa edilmemiş borçlar sona ermeyip, sadece borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir defî hakkı doğar.

Tarafların daha önceden ifa ettikleri edimler bakımından ise iade borcu doğar. Yerine getirilen edimler geçerli bir sözleşme uyarınca yerine getirildiklerinden sebepten yoksun kalmamışlardır; bu sebeple bunları iade borcu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) değil; sözleşmeden doğan borçlara uygulanan hükümlere (TBK m. 112 vd.) tabidir. Böylece iade talebine TBK m. 146'daki zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁴⁰⁴.

Bu görüşe göre sözleşmeden dönme, borçlandırıcı işlemi ortadan kaldırırken; tasarruf işlemini etkilemez ve devredilmiş aynı hakların geçerliliğine dokunmaz⁴⁰⁵. Ayrıca bu görüşe göre; dönülen sözleşmeye özgü defî, güvence, tazminat, hasar ve sorumluluk düzeni de yürürlükte kalmaya devam edecektir⁴⁰⁶.

D. Aynı Etkili Dönme Görüşü

Klasik dönme görüşünde olduğu gibi, bu görüşte olan yazarlara⁴⁰⁷ göre de, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak klasik dönme görüşünden farklı olarak, bu görüş, sözleşmeden dönmenin aynı etkili olduğunu kabul etmektedir.

Bu görüşe göre sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi borçlandırıcı işlemler yanında tasarruf işlemlerini de kapsar. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile hem tarafların henüz ifa etmedikleri borçları hem de daha önceden ifa ettikleri edimleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁴⁰⁸.

⁴⁰² Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Eren, **Borçlar Özel**, s. 649; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s.162; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 210 (Sürekli Borç İlişkileri).

⁴⁰³ Serozan, **Dönme**, s. 505.

⁴⁰⁴ Öz, **Dönme**, s. 37-38.

⁴⁰⁵ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 123; Serozan, **Dönme**, s. 91 vd.

⁴⁰⁶ Kahveci, **a.g.e.**, s. 182; Serozan, **Dönme**, s. 80.

⁴⁰⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 269 vd., Öz, **Dönme**, s. 39 vd.; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 158; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 134; Akça, **a.g.e.**, s. 72.

⁴⁰⁸ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 121.

Daha önceden ifa edilen edimlerin iadesi; taşınırlarda istihkak davası, taşınmazlarda ise tapu kaydının düzeltilmesi davası ile talep edilir. İşleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabı halinde ise iade, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir. İstihkak davası ve tapu kaydının düzeltilmesi davası herhangi bir zamanaşımına tabi değildir, ancak sebepsiz zenginleşme davası TBK m. 82'deki zamanaşımı süresine tabidir. Ayrıca bu görüşe göre istihkak davasına dayanan iadenin kapsamı TMK m. 993-995 hükümlerine göre belirlenecektir⁴⁰⁹.

Buz, genel olarak aynı etkili dönme görüşüne katılmakla birlikte⁴¹⁰, dönme sonrasında edimlerin iadesi aşamasında ortaya çıkması muhtemel sorunların, diğer görüşlerde olduğu gibi, tek bir müessesenin (örneğin sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesi hükümlerinin ya da sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkin hükümlerin) dar ve yetersiz kalıpları içerisine sokulmadan çözüme kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir⁴¹¹.

E. Görüşümüz

Kanaatimize göre dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi ve sonuçları hususunda, genel olarak aynı etkili dönme görüşünün uygulanması yerinde olacaktır. Bu çerçevede iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalkar. Ayıplı ifa nedeniyle seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını seçen iş sahibinin, yüklenici ile artık bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmak istemediği yönünde bir iradesi olduğu ortadadır. İş sahibinin bu yöndeki iradesine rağmen, yeni dönme teorisinde ileri sürüldüğü gibi sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin konusunu değiştirerek borç ilişkisini bir tasfiye ilişkisine dönüştürüp devam ettireceğini kabul etmek kanaatimizce doğru değildir.

Katıldığımız aynı etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme üzerine hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri geçersiz olur. Klasik görüş, sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonra erdiğini kabul etmesine rağmen tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini kabul etmektedir. Bunun kabulü halinde, diğer hükümler bakımından sona ermiş bir sözleşme, tasarruf

⁴⁰⁹ Şahin, **a.g.e.**, s. 159; Öz, **Dönme**, s. 39 vd.

⁴¹⁰ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 134 vd.

⁴¹¹ **A.e.**, s. 151.

işlemleri bakımından geçmişte var kabul edilmiş olur ki; kanaatimizce kendi içinde çelişki oluşturan bu tutumun kabulü doğru değildir.

Ancak Buz'un haklı olarak belirttiği üzere, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına tek bir müessesenin hükümlerinin uygulanması da yerinde değildir. Örneğin istihkak davasına dayanan iadenin kapsamı sadece zilyetliğin iadesi hükümlerine (TMK m. 993-995) göre belirlenmemelidir. Benzer şekilde istihkak talepleri dışındaki iade talepleri şahsi talep niteliğinde ise de münhasıran bir sebepsiz zenginleşme talebi niteliğinde değildir, bu sebeple burada iadenin kapsamı, sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 79-81) göre belirlenmemelidir. Tarafların sözleşmeden dönmeden önce yerine getirdikleri edimlerin iadesine ilişkin talep hakları, münhasıran sebepsiz zenginleşmeye dayanan veya münhasıran ayni ya da münhasıran sözleşmeye dayanan talepler olarak nitelendirilemeyeceğinden; dönme sonrasında edimlerin iadesi aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların, sadece sebepsiz zenginleşme veya sadece zilyetliğin iadesi hükümleri ya da sadece sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulması da mümkün değildir. Çünkü sebepsiz zenginleşme davasında iadenin kapsamını düzenleyen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler, sözleşmeden dönme halinde dönmeden sonraki tasfiye ilişkisi göz önüne alınarak düzenlenmediği gibi, istihkak davasında iadenin kapsamını düzenleyen zilyetliğin iadesine ilişkin hükümler de dönme sonrası tasfiye ilişkisi göz önüne alınarak düzenlenmemiştir. Yine benzer şekilde sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde de bu husus göz önüne alınmamıştır⁴¹². Tüm bu sebeplerle sözleşmeden dönme üzerine; tarafların iade borcunun kapsamı, masraflardan sorumluluk ve harcamalardan sorumluluk bakımından mevcut olan kanun boşluğunun, sözleşmeden dönmenin kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak, kanundaki çeşitli tasfiye hükümlerinden faydalanılıp taraf menfaatlerine uygun şekilde doldurulması uygun olacaktır⁴¹³.

Eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin sonuçları bakımından, satım sözleşmelerinde alıcının ayıplı ifa nedeniyle

⁴¹² Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 163.

⁴¹³ **A.e.**, s. 151.

sözleşmeden dönmesi halinde dönmenin sonuçlarının düzenlendiği TBK m. 229'daki⁴¹⁴ özel düzenlemenin de kıyasen uygulanma alanı bulması söz konusu olacaktır. Bu düzenleme, kıyasen uygulansa bile, eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkabilecek bütün sorunları çözmeye yeterli olmayacaksa da, yeterli olduğu ölçüde kıyasen uygulanacağı doktrinde belirtilmektedir⁴¹⁵.

II. Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönmenin Doğrudan Sonuçları

Yukarıda açıkladığımız ve benimsediğimiz aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine sözleşme geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalkacaktır. Böylece taraflar henüz ifa etmedikleri borçları yerine getirme yükümlülüğünden kurtulacaklardır. İş sahibinin henüz ödemediği bedeli ödemesi gerekmeyecek, yüklenicinin de ayıbı onarma zorunluluğu olmayacaktır⁴¹⁶.

Taraflar sözleşme gereği daha önceden ifa ettikleri edimleri ise bir tasfiye ilişkisi çerçevesinde birbirlerine iade edeceklerdir. Bu tasfiye ilişkisi çerçevesinde iş sahibi ile yüklenici birbirlerine karşı bazı yükümlülükler altına girerler. Çalışmamızın devamında sözleşmeden dönmenin taraflara getirdiği bu yükümlülükler açıklanmıştır.

⁴¹⁴ TBK m. 229: *Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*

1. *Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.*

2. *Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.*

3. *Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.*

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.

⁴¹⁵ Şahin, **a.g.e.**, s. 163.

⁴¹⁶ Öz, **Dönme**, s. 225; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337. Sözleşmeden dönme üzerine ifa edilmemiş borçların ortadan kalktığı savunmasının bir "itiraz" niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 154; Ayan, **a.g.e.**, s. 254.

A. Sözleşmeden Dönmenin İşsahibine Getirdiği Yükümlülükler

Eserin ayıplı olması nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, işsahibi, yüklenici tarafından kendisine teslim edilmiş olan eseri yükleniciye iade etmekle yükümlüdür⁴¹⁷. Eserin imalinde kullanılan malzemenin işsahibince sağlanmış olup olmaması iade yükümü bakımından önemli değildir. Malzeme, işsahibinin kendisi tarafından sağlanmış olsa dahi, işsahibi, malzemesinin değeri tazmin edilmesi kaydıyla, eseri yükleniciye aynen geri vermekle yükümlüdür⁴¹⁸. İşsahibi, eserin malzemesinin kendisi tarafından sağlandığından bahisle, eseri alıkoyup zenginleşmesi tutarını yükleniciye ödemek yoluna gidemez⁴¹⁹.

İşsahibi, eseri yükleniciye iade ederken ondan elde ettiği yararlar ile birlikte iade etmelidir⁴²⁰ (TBK m. 229/1 hükmüne kıyasen). Buradaki yarar kavramına, yalnızca işsahibinin eserden elde ettiği tabi ve hukuki semerelerin değil, aynı zamanda eserin yükleniciye iade edilmesine kadarki zamanda kullanılması suretiyle sağlanan yararların da girdiği, ancak işsahibinin eserden elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin girmediği kabul edilmektedir⁴²¹. İşsahibinin eserden elde etmeyi ihmal ettiği semereleri iade etme yükümlülüğünün olmamasının sebebi, kıyasen uygulanan TBK m. 229/1 hükmünde, elde edilmesi ihmal edilen semerelerin iade edilmesi gerektiğine yönelik herhangi bir düzenlemenin yer almamasıdır⁴²².

İşsahibinin eseri yükleniciye iade etme borcu aranılacak borçlardandır⁴²³; işsahibinin eseri yüklenicinin geri alması için hazır tutması yeterlidir⁴²⁴.

⁴¹⁷ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 162; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 559; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337.

⁴¹⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 54; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 165.

⁴¹⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 179.

⁴²⁰ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 559; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 165.

⁴²¹ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 165.

⁴²² Bu madde hükmünde bu yönde düzenleme olmamasının nedeni ise ayıbı daha fazla arttırmamak ve ayıplı eserin çevresinin olumsuz etkilenmesini önlemek endişesiyle, işsahibinin ayıplı eseri haklı olarak kullanmaktan kaçınabileceği gerekçesiyle açıklanmaktadır. Bkz. Şahiniz, **a.g.e.**, s. 165, dpn. 394.

⁴²³ Aranılacak borç; doğumu zamanında borçlunun ikametgahının bulunduğu yerde ödenen borçtur. Tanım için bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 587; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 322.

Ayıplı eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmışsa ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkün ise (ki bunun mümkün olması için yukarıda açıklanan sınırlamalara, özellikle de TBK m. 475/3'teki sınırlamaya takılmıyor olması gerekir), doğal olarak eserin (inşaatın) aynen iadesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda işsahibi, eğer inşaat yıkılacaksa ortaya çıkan hurda malzemelerini; eğer yıkılmayacaksa sadece işçilik ve malzeme masraflarından ibaret sebepsiz zenginleşme değerini yükleniciye vermekle yükümlü olacaktır⁴²⁵.

Ayıplı eser işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkünse ve eğer eser yıkılacaksa; eserin yıkılması ile işsahibinin arsasından kaldırılıp uzaklaştırılması masraflarının kime ait olacağı sorunu ortaya çıkar.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴²⁶, yüklenici eseri işsahibinin taşınmazından uzaklaştırmaya yetkili olmakla birlikte bunu yapmaya yükümlü değildir; bununla beraber, eserin yıkılması ile işsahibinin arsasından kaldırılıp uzaklaştırılması masrafları yükleniciye aittir ve işsahibi bu masrafları yükleniciden talep edebilir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşe göre ise⁴²⁷, ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme üzerine yüklenici eseri işsahibinin taşınmazından uzaklaştırmaya hem yetkili hem de yükümlü olmalıdır. Zira yüklenicinin ayıplı eseri geri almakla yükümlü olmaması, fakat ayıplı eserin işsahibinin arsasından uzaklaştırılması masraflarından yükümlü olması demek, söz konusu masrafları önce işsahibinin karşılaması ve ardından yükleniciden bu masrafları talep etmesi demektir. Bu durum ise kendisine zaten ayıplı eser teslim edilerek mağdur edilmiş olan işsahibinin daha fazla mağdur edilebilmesine yol açacaktır. Bunun önüne geçebilmek adına yüklenicinin ayıplı eseri işsahibinin taşınmazından uzaklaştırmaya yükümlü tutulmasında işsahibinin haklı bir menfaati vardır. Yüklenici bu yükümlülüğünü

⁴²⁴ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 179.

⁴²⁵ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 219. Ayan'a göre, ayıplı yapı yıkılmayacaksa işsahibi, yüklenicinin kar payını da içeren yapının objektif değerinin bedelini yükleniciye vermekle yükümlü olacaktır. Çünkü sözleşmenin başında yalnızca boş bir arsaya sahip olan işsahibi, dönme sonucunda ayıplı bile olsa bir yapıya sahip olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 258-260.

⁴²⁶ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 165; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 180; Canbolat, **a.g.e.**, s. 122.

⁴²⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 55; Kahraman, **a.g.m.**, s. 437; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 169.

yerine getirmezse, işsahibi, TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurabilir veya TBK m. 473/2 hükmü kıyasen uygulanarak ayıplı eserin işsahibinin taşınmazından uzaklaştırılması işini, masrafları yükleniciye ait olmak üzere, üçüncü kişilere yaptırabilir.

İşsahibine ayıplı olarak teslim edilmiş olan eserin ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması durumlarında da sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkün olup, bu durumda işsahibi, yükleniciye, elinde eserden ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 228/1 hükmüne⁴²⁸ kıyasen).

Bunların dışında işsahibinin sözleşmeden dönmüş olması sebebiyle yükleniciye herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır, meğerki eserin bozulmasından sorumlu olsun⁴²⁹.

B. Sözleşmeden Dönmenin Yükleniciye Getirdiği Yükümlülükler

Eserin ayıplı olması nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine, yüklenici, kendisine daha önceden verilmiş olan bedeli, işsahibine iade etmekle yükümlü hale gelir⁴³⁰. Yüklenici, bu bedeli, kendisine ödenmiş olduğu andan itibaren işleyecek faiziyle birlikte işsahibine iade etmek zorundadır⁴³¹.

İşsahibi tarafından ayıplı eser için yapılmış olan masrafların da yüklenici tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu masraflara işsahibinin eser için yapmış

⁴²⁸ TBK m. 228/1: *Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.*

⁴²⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 179; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337.

⁴³⁰ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 162; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 219; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 559; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s.178; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337.

⁴³¹ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 219.

olduğu bakım, onarım, sigorta giderleri gibi masraflar örnek olarak gösterilmektedir⁴³².

Bunların dışında eğer eserde kullanılan malzeme işsahibince sağlanmışsa, bu malzemenin değerinin de yüklenici tarafından tazmin edilmesi gerekecektir⁴³³. Ayrıca yüklenicinin veya yardımcılarının kusuru nedeniyle malzemenin değerinde herhangi bir azalma meydana gelmişse, işsahibi bu azalmanın da tazminini talep edebilir⁴³⁴.

C. Tarafların İade Borçlarının Yerine Getirilme Sırası, Yeri Ve Tabi Olduğu Zamanaşımı

1. İade Borçlarının Yerine Getirilme Sırası

Sözleşmeden dönme üzerine tarafların iade borçları doğar. Bu iade borçları her ne kadar bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmasa⁴³⁵ da bunlar arasında işin niteliğinden kaynaklanan bir karşılıklılık bulunmaktadır⁴³⁶. Bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin ifasına ilişkin TBK m. 97 hükmünün⁴³⁷ kıyasen sözleşmeden dönme sonrasındaki tasfiye ilişkisinde de uygulanması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁴³⁸.

Buna göre eser sözleşmelerinde işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönmesi üzerine taraflardan her biri kendi iade borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olmadıkça karşı tarafın ödemezlik defiiyle karşılaşabilecektir. Bu çerçevede yüklenici, işsahibinden iade alacağını elde edinceye kadar aldığı bedeli iadede kaçınabilecek ve işsahibi de verdiği bedel iade edilinceye kadar elindekini

⁴³² Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 559-560; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54; Kurşat, **a.g.e.**, s. 337, dpn. 943.

⁴³³ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 560; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54.

⁴³⁴ Kurşat, **a.g.e.**, s. 337, dpn. 943; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 178-179; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 560; Şenocak, **a.g.e.**, s. 54.

⁴³⁵ Yeni dönme görüşü ise bu iade borcunun dönülen sözleşmeden kaynaklandığını kabul etmektedir. Bkz. “Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü” başlığı.

⁴³⁶ Öz, **Dönme**, s. 255.

⁴³⁷ TBK m. 97: *Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*

⁴³⁸ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 233; Öz, **Dönme**, s. 255; Şahin, **a.g.e.**, s. 170; Şenocak, **a.g.e.**, s. 55.

yükleniciye vermekten kaçınabilecektir⁴³⁹. Yani burada tarafların borçlarının iadesinin aynı anda yapılması gerekmektedir⁴⁴⁰.

2. İade Borçlarının Yerine Getirilme Yeri

Sözleşmeden dönme üzerine tarafların iade borçlarının ifa yeri hususunda kanunda özel bir düzenleme olmadığından, her türlü borcun ifa yerine ilişkin genel düzenleme olan TBK m. 89 hükmüne göre ifa yeri belirlenecektir⁴⁴¹. Buna göre; iade borcunun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Eğer taraflar aksine bir anlaşma yapmamışlarsa ve iade konusu bir miktar para ise, iade, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir.

Yine eğer taraflar aksine bir anlaşma yapmamışlarsa ve bir malın iadesi (örneğin ayıplı eserin iadesi) söz konusu ise, TBK m. 89 /b. 2 kıyasen uygulanarak, iade yerinin, iade konusu malın dönme hakkının kullanıldığı sırada bulunduğu yer olduğu belirtilmektedir⁴⁴².

3. İade Borçlarının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Sözleşmeden dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi ve sonuçları hususunda, benimsediğimiz aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde; aynı nitelikteki iade talepleri (örneğin ayıplı eserin aynen iadesi) herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değilken; sözleşmeden dönme üzerine doğan şahsi nitelikteki iade talepleri (örneğin bedelin iadesi, masrafların iadesi, eserin değerinin iadesi vs) TBK m. 82'deki zamanaşımı süresine tabidir⁴⁴³.

⁴³⁹ Öz, **Dönme**, s. 256.

⁴⁴⁰ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **Borçlar Özel**, s. 649; Öz, **Dönme**, s. 255.

⁴⁴¹ Öz, **Dönme**, s. 256.

⁴⁴² Şahiniz, **a.g.e.**, s. 171; Öz, **Dönme**, s. 256. Buz'a göre ise bir malın iadesinin söz konusu olduğu durumlarda iade yeri, iade borçlusunun söz konusu malı eline geçirdiği yer yani dönülen sözleşme gereği edimlerin mübadele edildiği yerdir. Bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 234.

⁴⁴³ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 170.

III. Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönmenin Maddi Sonuçları

A. İşsahibinin TBK m. 475/2 Hükmü Kapsamında Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı

TBK m. 475/1’de işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği seçimlik hakları belirtildikten sonra, TBK m. 475/2’de ayrı bir fıkra olarak, işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararların tazmini imkanı düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır”. EBK döneminde bu maddenin karşılığı olan 360. maddede ise işsahibinin zararının tazmini hakkı her bir seçimlik hakkı düzenleyen hükümlerin devamında, o hükümlerin tamamlayıcısı olacak şekilde ve “... bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” şeklinde düzenlenmişti.

Kanundaki bu yeni düzenleme ile işsahibinin dilerse seçimlik haklarından birisini kullanıp veya dilerse hiçbir seçimlik hakkını kullanmadan, ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep ve dava edebileceği doktrinde bazı yazarlarca savunulmaktadır⁴⁴⁴. Gökyayla, bu sonuca, özellikle EBK m. 360’da geçen “... zarar ve ziyan da isteyebilir” ifadesindeki “da” ya da benzer bir sözcüğün TBK m. 475/2 hükmünde bulunmaması sebebiyle ulaşmaktadır⁴⁴⁵. Hatta Şahiniz, TBK m. 475/2 hükmü düzenlemesinden hareketle burada işsahibine dördüncü bir seçimlik hak olarak, “ayıplı ifa nedeniyle uğramış olduğu ayıba takip eden zararlarının ve/veya ayıp zararlarının tazminini isteme hakkı” tanındığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁴⁶.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise; işsahibi genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkını, seçimlik haklarına ek olarak talep edebilecektir⁴⁴⁷. İşsahibinin bu

⁴⁴⁴ Kurşat, **a.g.e.**, s. 352; Emre Gökyayla, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 586 (Değerlendirme); Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 531; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 137, 209.

⁴⁴⁵ Gökyayla, **Değerlendirme**, s. 586.

⁴⁴⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 137.

⁴⁴⁷ Eren, **Borçlar Özel**, s. 652; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 411; Şenocak, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 204; Kaplan, **a.g.e.**, s. 151.

kapsamda tazminat talep etme hakkı, sözleşmeden dönme hakkı, bedel indirimi isteme hakkı ve eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkının yerine kullanılabilecek bir hak değildir⁴⁴⁸. Zaten iş sahibinin tazminat talep etme hakkının niteliği itibariyle, seçimlik bir hak olmadığı da belirtilmektedir⁴⁴⁹.

Ayrıca tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerine uygulanacak olan TKHK'nın m. 11/6 hükmü⁴⁵⁰ ve m. 15/1 hükmünün⁴⁵¹ açık düzenlemeleri sebebiyle, iş sahibi tüketicinin seçimlik haklarından birisini kullanmadan sadece genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesi mümkün görünmemektedir⁴⁵². Öz, haklı olarak, tüketici olan bir iş sahibine, tüketici olmayan bir iş sahibine göre daha sınırlı bir seçenek tanınmış olmasının zaten isabetli bir sonuç olmayacağını belirtmektedir⁴⁵³. TKHK'nın bahsi geçen maddelerinde açıkça tüketicinin seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme karşısında iş sahibinin, eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle seçimlik haklara başvurmadan genel hükümlere göre tazminat isteyememesi gerekir.

İş sahibi seçimlik haklarından birini kullanmakla birlikte ayrıca zararının tazminini de talep ediyor ise tazminata konu zararı seçtiği seçimlik hakkına göre belirlenecektir. Örneğin; iş sahibi ayıplı ifa nedeniyle bedel indirimi isteme hakkını kullanmışsa bedel indirimi ile karşılanmayan zararının tazminini, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanmışsa onarımla karşılanmayan zararının tazminini ve son olarak çalışmamızın konusunu oluşturan sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa TBK m. 125/3 hükmü paralelinde ve bu hakkın niteliği sonucu yalnızca olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir⁴⁵⁴. İş sahibinin olumsuz zararının tazminini talep etme hakkı önemine binaen çalışmamızın devamında ayrı başlık

⁴⁴⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s. 151; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 204; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 411; Şenocak, **a.g.e.**, s. 65-66.

⁴⁴⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 64.

⁴⁵⁰ TKHK m. 11/6'nın 2. Cümlesi: *Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*

⁴⁵¹ TKHK m. 15/1'in 4. Cümlesi: *Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*

⁴⁵² Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 220.

⁴⁵³ Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 220, dpn. 104.

⁴⁵⁴ **A.e.**, s. 220.

altında anlatılmıştır⁴⁵⁵. Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki TBK m. 475/2 hükmü kapsamında talep edilebilecek zararlar, her halükarda, ayıp sonucunda ortaya çıkan ve sözleşmeden dönülmüş, bedel indirimi istenmiş veya eser ücretsiz onarılmış olmasına rağmen giderilememiş olan zararlardır⁴⁵⁶. İşsahibi genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkını seçimlik haklardan biri ile birlikte veya şartları varsa bağımsız bir şekilde kullanabilir; bu hak bağımsız bir şekilde kullanılsa bile her halükarda ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini ile sınırlı olacaktır⁴⁵⁷.

İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir⁴⁵⁸. Yüklenicinin eserin ayıplı imal edilmesinde kusuru bulunmasa dahi, işsahibi kendisine tanınan seçimlik haklardan dilediğini (hakkın kullanımı için gereken diğer şartların varlığı koşuluyla) kullanabilir. Ancak işsahibinin ayıp sebebiyle seçimlik hak yanında zararının tazminini de talep etmesi durumunda, yüklenici ancak kusuru var ise zarardan sorumlu olacaktır⁴⁵⁹. Kusur kast veya ihmal (hafif veya ağır ihmal olabilir) şeklinde ortaya çıkabilir ve yüklenici hafif ihmali olsa bile zarardan sorumlu olacaktır⁴⁶⁰. Yüklenicinin buradaki kusur derecesi yalnızca hükmedilecek tazminatın miktarını etkileyecektir⁴⁶¹.

Kanun koyucu TBK m. 475/2’de genel hükümlere yollama yapmış olduğundan, TBK m. 112’deki genel kural buraya uygulanacak ve yüklenicinin

⁴⁵⁵ Bkz. “İşsahibinin Olumsuz Zararının Tazminini Talep Etme Hakkı” başlığı

⁴⁵⁶ Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 204; Uçar, **Ayıp**, s. 210; Erman, **a.g.e.**, s. 157.

⁴⁵⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s. 151.

⁴⁵⁸ Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: I, S.: 1, 1997, s. 35 (Karşılaştırma); Uçar, **Ayıp**, s. 210; Şahin, **a.g.e.**, s. 138. Yargıtay 3. HD, T. 11.2.2016, E. 2015/1871, K. 2016/1669: “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde işsahibi seçimlik haklardan birini kullanabilir. TBK m 475(BK m 360). Bunlar; 1- Eser, işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, 2- Eseri alıkoyup aynı oranda bedelden indirim isteme, 3- Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarımını isteme(İş sahibinin genel hükümlerine göre tazminat isteme hakkı saklıdır.). İlk üç hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaz, ayıbın yükleniciden kaynaklanması yeterlidir.” (K.İ.B.B.).

⁴⁵⁹ Selçü, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 184; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 562; Şenocak, **a.g.e.**, s. 67-68; Eren, **Borçlar Özel**, s. 653; Uçar, **Ayıp**, s. 210; Öz, **Dönme**, s. 276; Şahin, **a.g.e.**, s. 211; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 205; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 527; Kaplan, **a.g.e.**, s. 136; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 406; Turanboy, **a.g.m.**, s. 167, 177; Kurşat, **a.g.e.**, s. 314.

⁴⁶⁰ Eren, **Borçlar Özel**, s. 653; Öz, **Dönme**, s. 276.

⁴⁶¹ Öz, **Dönme**, s. 276.

tazminat ödemekten kurtulması kusursuz olduğunu ispat etmesi ile mümkün olacaktır⁴⁶². Yine işsahibinin birlikte kusuru söz konusu ise, TBK m. 52/1 hükmü kıyasen uygulanarak, yüklenicinin sorumluluğundan işsahibinin birlikte kusuru nedeniyle indirim yapılması gerekecektir⁴⁶³.

İşsahibinin eser sözleşmelerinde ayıplı ifa sebebiyle tazminat talep edebilmesi için seçimlik haklarda olduğu gibi muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirme zorunluluğu olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁴⁶⁴; işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle TBK m. 475/2 yollamasıyla genel hükümlere göre tazminat isteyebilmesi için, ayıplı ifadan doğan seçimlik haklardaki gibi muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmesi gerekir. İşsahibi ayıbı zamanında yükleniciye ihbar etmezse tazminat talep edemez. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında⁴⁶⁵ tazminat istenebilmesi için muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁶⁶ ise; TBK m. 475/2 genel hükümlere yollama yapmış olduğundan, işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle tazminat talep edebilmesi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesine bağlı değildir. EBK döneminde eser sözleşmelerinde ayıp sebebiyle zarar tazmini talebi seçimlik hakları düzenleyen hükümlerin hemen devamında ve onların tamamlayıcısı olarak düzenlenmiş olduğundan, tazminat talebinin seçimlik hakların tabi olduğu muayene ve ihbar yükümüne tabi olduğu söylenebilirdi. Ancak TBK m. 475/2 hükmü doğrudan genel hükümlere yollama yaptığından, TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekecektir; bu hükümlerde tazminat talebi için herhangi bir muayene

⁴⁶² Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 562; Tandoğan, **Borçlar Özel**, s. 205.

⁴⁶³ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 188; Kurşat, **a.g.e.**, s. 356.

⁴⁶⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 652; Muammer Öztürk, Zeki Gözütok, **Usul Ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 146; Kaplan, **a.g.e.**, s. 153.

⁴⁶⁵ Bkz. Yargıtay 23. HD, T. 25.3.2014, E. 2013/8181, K. 2014/2267: “Açık ayıplar yönünden BK’nın 359. (TBK’nın 474.) maddesi uyarınca iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz muayene ve ihbar mükellefiyeti bulunduğu ve davacı açık ayıplar yönünden süresinde ayıp ihbarında bulunduğunu kanıtlamadığından, açık ayıplar ile ilgili olarak tazminat talebinin reddi gerekir. Gizli ayıp ve eksik iş niteliğindeki kalemler yönünden ise, zamanaşımı süresince her zaman istemde bulunulabileceğinden gizli ayıplı işler yönünden süresinde ayıp ihbarında bulunulduğunun kabulüyle eksik işlerle beraber belirlenecek bedeline hükmedilmesi gerekir.” (K.İ.B.B.).

⁴⁶⁶ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 532; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 221; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 369; Kurşat, **a.g.e.**, s. 354; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 207.

ve ihbar yükümü öngörülmediğinden, işsahibince muayene ve ihbar külfeti yerine getirilmese dahi tazminat talep edilebilecektir.

İşsahibinin TBK m. 475/2 çerçevesinde talep edebileceği tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴⁶⁷; işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle tazminat talep etmesine uygulanacak zamanaşımı süresi, zamanaşımı konusundaki genel hükümler olan TBK m. 146 vd. hükümlerine göre belirlenmemelidir. Zira TBK m. 478’de “ayıplı eser meydana getirme sebebiyle açılan davalar” denilmektedir. Buradaki tazminat talebi de ayıplı eser meydana getirme sebebiyle istendiğinden TBK m. 478 hükmü uygulanmalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁶⁸ ise; TBK m. 475/2 hükmü genel hükümlere yollama yapmış olduğundan, zamanaşımı süresi de TBK m. 146 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. TBK m. 147/b. 6’ya göre; yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Yukarıda⁴⁶⁹ anlatıldığı üzere TBK m. 478’de ayıp sebebiyle açılacak davalarda taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıllık, taşınmaz yapılarda beş yıllık ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Görüldüğü üzere taşınmaz yapılar için her iki maddede de beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olduğundan taşınmaz yapıları konu edinen eser sözleşmelerinde zamanaşımı bakımından bir fark doğmayacaktır. Ancak taşınmaz yapı dışındaki eser sözleşmelerinde ise tazminat talebine iki yıl yerine beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmış olacaktır. Yine yukarıda anlatıldığı üzere, TBK m. 478’deki zamanaşımı süresini taraflar aralarında anlaşma yapmak suretiyle kısaltıp

⁴⁶⁷ Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 369.

⁴⁶⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 364; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 221; Kocaağa, **İnşaat**, s. 152-153; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 207.

⁴⁶⁹ Bkz. “Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması” başlığı

uzatabilecekken; burada TBK m. 147'ye tabi olan zamanaşımı süresini TBK m. 148 uyarınca⁴⁷⁰ taraflar aralarında anlaşma yaparak kısaltıp uzatamayacaklardır.

Ayrıca yüklenici ağır kusurlu ise TBK m. 147/b. 6, yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halini madde kapsamı dışında bıraktığı için, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresi değil, TBK m. 478'deki yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Yüklenicinin ağır kusuru durumunda yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması yeni kanun düzenlemesindeki amaca da uygun düşecektir⁴⁷¹.

B. İşsahibinin Olumsuz Zararının Tazminini Talep Etme Hakkı

1. Genel Olarak

TBK m. 475'te işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine doğacak maddi sonuçlar bakımından açık bir özel düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple genel hükümlerdeki TBK m. 125/3'e⁴⁷² gidilerek olumsuz zararın talep edilebileceği doktrinde belirtilmektedir⁴⁷³.

Olumsuz zarar; bir sözleşmenin kurulacağına, geçerli olacağına veya geçersiz olmasına rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması, geçerli olmaması veya ifa edilmemesi sebebiyle oluşan rıza dışı azalmadır⁴⁷⁴. Daha genel bir ifadeyle olumsuz zarar "hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna güvenilmesi nedeniyle meydana gelen zarar" olarak tanımlanabilir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ TBK m. 148: *Bu ayırımda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.*

⁴⁷¹ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 221; Kurşat, **a.g.e.**, s. 364.

⁴⁷² TBK m. 125/3: *Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*

⁴⁷³ Öz, **Dönme**, s. 29, 285.

⁴⁷⁴ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım, 2008, s. 38.

⁴⁷⁵ Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 427 (Mesuliyet); Öz, **Dönme**, s. 284; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 178; Kurşat, **a.g.e.**, s. 417; Aral, **a.g.e.**, s. 165; Ayan, **a.g.e.**, s. 278; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 383; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855. Yargıtay 23. HD, T. 9.10.2015, E. 2015/4159, K. 2015/6432: "Olumsuz zarar; dayanağını 818 sayılı BK'nın 108/2. madde (TBK 125/3.) hükmünden almakta olup,

Olumsuz zararın tazmini ile yüklenici tarafından zarar verici davranış sanki hiç yapılmamış gibi bir hale getirilmesi amaçlanmakta ve böylece zarar verici olay meydana gelmeseydi işsahibinin içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması ve bu sayede malvarlığındaki azalmanın giderilmesi hedeflenmektedir⁴⁷⁶.

Olumsuz zarar, sözleşmeden dönülmesi üzerine gündeme gelen zarar türüdür⁴⁷⁷. Burada olumlu zararda olduğu gibi sözleşmenin varlığının ve geçerliliğinin sağlayacağı ekonomik durum sağlanmamakta, aksine sözleşmenin geçersiz olmasından kaynaklanan ve sözleşme hiç yapılmasaydı elde edilebilecek ekonomik durum sağlanmaya çalışılmaktadır⁴⁷⁸. Sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zararın tazmini talebiyle birlikte ifaya ilişkin çıkar kayıpları (olumlu zarar) kesinlikle istenemez; olumlu zararlarının tazminini isteyen işsahibi sözleşmeden dönmemelidir⁴⁷⁹.

Olumsuz zarar, sözleşmenin geçerliliğine güvenilmesi nedeniyle meydana geldiğinden, bu zararın kapsamı, işsahibinin malvarlığının şimdiki durumuyla

sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar, genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumsuz zarar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği zarardır. Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır.” (K.İ.B.B.).

⁴⁷⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁷⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 70; Ayan, **a.g.e.**, s. 278.

⁴⁷⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 417.

⁴⁷⁹ Öz, **Dönme**, s. 284. Yargıtay 15. HD., T. 6.10.1997, E. 1997/2281, K. 1997/4142: “Olayda uygulanması gerekli yasa hükmü BK.nun 360. maddesidir. Davacının, eseri teslim almış olması, kabul anlamına gelemmez. Yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve kabule icbar edilmeyecek derecede kusurlu olduğu fennen saptandığına göre, garanti süresi içerisinde ve daha sonra giderilmesi mümkün olmayan ayıp ve noksanları taşıyan eserin reddinde, yasaya aykırı bir hal bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde “ödemmiş olduğumuz” şeklinde bedelden söz edilip, kardan mahrumiyet yanında ödenen iş bedeli geri istendiğine göre, davacının sözleşmeden döndüğü açıktır. Sözleşmeden haklı dönen davacının isteyebileceği zarar, BK.nun 108/II'deki olumsuz zararlarla sınırlıdır.” (Yünlü, **a.g.e.**, s. 111, dpn. 51); Yargıtay 23. HD., T. 30.11.2015, E. 2014/6604, K. 2015/7706: “... BK m.108 uyarınca sözleşmeden dönen ancak olumsuz zararlarını isteyebileceği...” (K.İ.B.B.). Doktrinde bazı yazarlarca sözleşmeden dönme halinde olumlu zararların tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Serozan, **Dönme**, s. 537 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Akman, **a.g.e.**, s. 970.

sözleşme hiç olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum karşılaştırılıp aradaki farkın bulunması suretiyle belirlenecektir⁴⁸⁰.

İş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle eser sözleşmesinden dönmesi üzerine olumsuz zararının tazminini isteyebilmesi için ilk olarak, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması gerekmektedir. Buna göre iş sahibi sözleşmenin geçerliliğine olan güveni nedeniyle malvarlığı kaybına uğramış olmalıdır. Olumsuz zarardan sorumluluğun bir diğer şartı ise yüklenicinin kusurlu olmasıdır. Yüklenicinin kusuru, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen iş sahibinin güveninin boşa çıkarılmasına ilişkin olmalıdır⁴⁸¹.

2. Olumsuz Zararın Kapsamı

Sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zararı oluşturan malvarlığı kayıplarının tümünün, en baştan tek tek sayılması mümkün değildir⁴⁸². Ancak söz konusu olumsuz zararın kapsamı “fiili zarar” ve “yoksun kalınan kar” şeklinde iki başlık altında ele alınabilecektir.

a. Fiili Zarar

Fiili zarardan anlaşılması gereken, iş sahibinin, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması sebebiyle meydana gelen ve bu güvenin boşa çıkması ile malvarlığının aktiflerinde meydana gelen azalmalar ve pasiflerinde meydana gelen çoğalmalardır⁴⁸³.

Yargıtay kararlarında⁴⁸⁴, olumsuz zarar çerçevesinde meydana gelen fiili zarar “cepten çıkan para” şeklinde nitelendirilmektedir. Doktrinde⁴⁸⁵, haklı olarak, Yargıtay’ın fiili zararı bu şekilde nitelendirmesi, malvarlığının pasifinde meydana gelen çoğalmaları kapsamadığından eleştirilmektedir.

⁴⁸⁰ Öz, **Dönme**, s. 284-285; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 240-241; Ergüne, **a.g.e.**, s. 257; Ayan, **a.g.e.**, s. 278.

⁴⁸¹ Olumsuz zarardan sorumluluğun şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 50-54.

⁴⁸² Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243; Öz, **Dönme**, s. 287; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

⁴⁸³ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2012, s. 146-147; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

⁴⁸⁴ Yargıtay 15. HD, T. 24.4.2018, E. 2016/5887, K. 2018/1691; Yargıtay 15. HD, T. 19.4.2004, E. 2003/5347, K. 2004/2196 (K.İ.B.B).

⁴⁸⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

Olumsuz zarar çerçevesinde akla ilk gelen fiili zararlar, iş sahibinin eser sözleşmesinin kurulması için yaptığı masraflardır. Bu kapsamda; sözleşmenin kurulması için yapılan telefon görüşme masrafları, seyahat, konaklama, davet, toplantı masrafları, noter harçları, vergiler, fikrine danışılan hukuk danışmanına ödenen ücretler fiili zarar çerçevesinde talep edilebilecektir⁴⁸⁶. Pek tabidir ki yalnızca, sözleşmenin kurulması için yapılan lüzumlu masraflar istenebilecek; lüzumsuz sayılan harcamalar bu çerçevede istenemeyecektir. Hangi harcamaların gerekli olduğu ve hangilerinin lüzumsuz olduğu ise somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir⁴⁸⁷.

Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar dışında, işin görülmesi için yapılan masraflar (örneğin inşaatın yapılacağı arsayı hazırlama, boşaltma masrafları) ve sözleşme için doğrudan olmasa da sözleşme nedeniyle katlanılan fedakarlıklar (örneğin ısmarlanan mobilyalara güvenilerek çok ucuza elden çıkarılan eski mobilyalar veya arsada bulunan binasını sözleşme olmasaydı yıkmayacakken yıkan iş sahibinin bu binasını kaybetme zararı) da fiili zarar çerçevesinde yükleniciden talep edilebilecektir⁴⁸⁸.

Yine iş sahibinin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması sebebiyle ifa etmiş olduğu edimin iadesi de fiili zarar kapsamındadır⁴⁸⁹. Yüklenici, sözleşmenin geçerliliği hususunda güven uyandırmamış olsaydı, iş sahibi kendi edimini ifadan kaçınacak ve böylece malvarlığını eski haliyle korumuş olacaktı⁴⁹⁰.

Benzer şekilde iş sahibinin sözleşme sebebiyle yükleniciye verdiği ve geri alamadığı veya verdiği değerden eksik bir şekilde geri alabildiği şeylerden kaynaklanan zararlar da fiili zarar kapsamındadır⁴⁹¹. Örneğin; yükleniciye verilen hammadde ve gereçlerinin iadesinin mümkün olmaması halinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, iş sahibince, yükleniciye verilen arsa payının,

⁴⁸⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Kurşat, **a.g.e.**, s. 418; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 178; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288; Ayan, **a.g.e.**, s. 279.

⁴⁸⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 290.

⁴⁸⁸ Öz, **Dönme**, s. 288; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 178.

⁴⁸⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245; Ergüne, **a.g.e.**, s. 292.

⁴⁹⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 292.

⁴⁹¹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 418; Öz, **Dönme**, s. 288.

yüklenici tarafından üçüncü bir kişiye satılması ve onun adına tescil edilmesi üzerine işsahibinin artık arsa payını geri alamaması halinde fiili zarar söz konusudur⁴⁹².

Bunların dışında işsahibinin, yüklenici ile aralarındaki sözleşmeye güveni sebebiyle, üçüncü kişilerle başka sözleşmeler yapması ve güvenin boşa çıkması sebebiyle zararı olmuş olabilir. Örneğin işsahibinin üçüncü kişiye cezai şart ödemesi⁴⁹³ veya yüksek faizle kredi alması⁴⁹⁴ durumunda da fiili zararı mevcuttur.

b. Yoksun Kalınan Kar

Yoksun kalınan kar; işsahibinin, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması yüzünden malvarlığının aktiflerinde çoğalma veya pasiflerinde azalma imkanını kaybetmiş olmasıdır⁴⁹⁵.

Yoksun kalınan karın en tipik görünümü, daha elverişli şartlarla sözleşme yapma fırsatlarının kaçırılmış olması durumudur. Örneğin; yüz bin lira bedelle taşınmazının onarımı işini yapması için yükleniciyle anlaşılan işsahibi, aynı işi iki yüz bin lira bedelle yapmayı teklif eden başkasının önerisini, yükleniciyle yapmış olduğu sözleşmeyi düşünerek kabul etmemişse ve daha sonrasında sözleşmeden dönüp aynı işi bu kez üç yüz bin liraya yaptırmak zorunda kalmışsa, kaçırdığı fırsatla ödemek zorunda kaldığı bedel arasındaki farkı, yoksun kalınan kar çerçevesinde yükleniciden talep edilebilecektir⁴⁹⁶. Bu fırsatları kaçırdığını işsahibi ispat etmekle yükümlüdür; işsahibi sadece genel piyasa şartlarının göz önünde bulundurularak bu tür bir tazminata hükmedilmesini isteyememelidir⁴⁹⁷.

Yine işsahibince sözleşmeye bağlılık yüzünden kaçırılan başka nitelikteki sözleşme yapma fırsatları ve değerlendirilemeyen farklı alanlardaki karlı işler de olumsuz zarar kapsamına girebilir. Örneğin, işsahibi, yükleniciyle yapmış oldukları sözleşme yüzünden kendi alanıyla ilgili çalışmalarını ihmal etmek zorunda kalırsa, bu

⁴⁹² Öz, **Dönme**, s. 288; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 178.

⁴⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 428; Ergüne, **a.g.e.**, s. 297.

⁴⁹⁴ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 178.

⁴⁹⁵ Baysal, **a.g.e.**, s. 147; Ergüne, **a.g.e.**, s. 298; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387.

⁴⁹⁶ Öz, **Dönme**, s. 289-290.

⁴⁹⁷ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 180.

sebeple uğradığı gelir azalmalarını da yoksun kalınan kar kapsamında yükleniciden talep edilebilecektir⁴⁹⁸.

İş sahibinin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması nedeniyle ifa etmiş olduğu ediminden elde edilme fırsatı kaçırılan faydalar da yoksun kalınan kar kapsamındadır⁴⁹⁹. Örneğin kendi edimini yerine getirmek için vadeli hesabından parasını vadesinden önce çekerek bankanın vereceği faiz gelirinden mahrum kalması halinde durum böyledir⁵⁰⁰.

Bu çerçevede özetle; sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olan iş sahibinin, bu sözleşme dolayısıyla kaçırmış olduğu başkaca bir sözleşme teklifi veya farklı alanlarda kaybettiği başkaca karlı bir işi yoksa onun olumsuz zararının tazmini kapsamında talep edebileceği yoksun kalınan karı da mevcut olmayacaktır⁵⁰¹.

C. Cezai Şartın Durumu

TBK’da cezai şartın tanımı yapılmamıştır. Doktrinde ise cezai şart; “*bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰².

Uygulamada eser sözleşmesine taraflarca cezai şart hükmü konulması oldukça sık rastlanan bir durumdur; genellikle taraflar arasında, yüklenicinin işi

⁴⁹⁸ Öz, **Dönme**, s. 290; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 180; Kurşat, **a.g.e.**, s. 418-419.

⁴⁹⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 246; Öz, **Dönme**, s. 290. Ergüne’ye göre; güvenilen sözleşme uyarınca yerine getirilen edim, fiili zarar şeklinde ortaya çıktığına göre, fiili zarardan kaynaklanan kayıplar da fiili zarar başlığı altında incelenmelidir. Ancak yazar, bu teorik tartışmada hangi görüş kabul edilirse edilsin yerine getirilecek edimden elde edilecek faydaların olumsuz zarar kapsamına girdiğinin tereddütsüz olduğunu da belirtmektedir. Ergüne, **a.g.e.**, s. 294, dpn. 24.

⁵⁰⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 294.

⁵⁰¹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 251-252.

⁵⁰² Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s. 6 (Cezai Şart). Diğer tanımlar için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 341; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 377; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1209; Öz, **Dönme**, s. 295; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 853-854; Kurşat, **a.g.e.**, s. 421; Turanboy, **a.g.m.**, s. 157; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart (BK m. 158-161)**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002, s. 5-8; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 15-16; Oğuz Usta, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 80; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu Ve Özellikle Zarar Ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2018, s. 9-10. Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararında ise cezai şart şu şekilde tanımlanmıştır; Yargıtay HGK, T. 20.12.2018, E. 2017/11-113, K. 2018/1994: “*Cezai şart borcunun, asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime denir.*” (K.İ.B.B.).

zamanında veya gereği gibi yapmaması halinde iş sahibine bir miktar para ödemesi gerekeceğine dair anlaşmalar yapılmaktadır⁵⁰³.

Cezai şart; taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bir maddesi olarak düzenlenmiş olabileceği gibi taraflarca ayrıca kararlaştırılmış da olabilir⁵⁰⁴. Taraflarca sözleşme metni dışında ayrıca kararlaştırılmış olsa bile cezai şart sözleşmenin bir hükmü haline gelir ve taraflarca üzerinde uzlaşılan belirli şartların gerçekleşmesi halinde doğarak asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir alacak meydana getirir⁵⁰⁵.

Cezai şart, sözleşme ile kararlaştırılan asıl alacağa bağlı fer'i bir alacak niteliğinde olduğundan ve bu çalışmamızda benimsediğimiz aynı etkili dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme halinde sözleşme hükümleri geriye etkili olacak şekilde tamamen ortadan kalktığından kural olarak sözleşmeden dönme halinde cezai şart talep edilemez⁵⁰⁶.

Ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanan iş sahibi, sözleşmeden doğan hiçbir hakkını ileri süremediği gibi, kural olarak, dönülen sözleşmedeki cezai şart hükmüne dayanarak bunun ifasını da isteyemeyecektir. Sözleşmeden dönme hakkını seçen iş sahibinin bunun bütün hüküm ve sonuçlarına (kendisi için olumlu veya olumsuz) katlanması gerekecektir⁵⁰⁷.

Sözleşmeden dönme halinde cezai şartın “kural olarak” istenemeyeceğini belirtmemizin sebebi, istisnaen de olsa, taraflarca sözleşmede açıkça; “sözleşmeden dönülmesi halinde buna sebep olan tarafın bir ceza ödemesi⁵⁰⁸” veya “dönmeye

⁵⁰³ Öz, **Dönme**, s. 295; Kurşat, **a.g.e.**, s. 426.

⁵⁰⁴ Erman, **a.g.e.**, s. 89; Dirican, **a.g.e.**, s. 17.

⁵⁰⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 424; Öz, **Dönme**, s. 295.

⁵⁰⁶ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 74; Öz, **Dönme**, s. 295; Dirican, **a.g.e.**, s. 26, 78, 172; Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2009, s. 104. Yargıtay 15. HD, T. 29.6.2015, E. 2015/1310, K. 2015/3772: “... Geline bu aşamada sözleşmenin taraflarca fiilen feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Sözleşmenin feshi halinde ise ifaya ekli ceza istenemez. Sözleşmede aksine bir düzenleme de yoktur. O halde tüm bu nedenlerle asıl davadaki cezai şart isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hükme varılması doğru olmadığından karar bozulmalıdır.” (Kurşat, **a.g.e.**, s. 428 dpn. 1211); Yargıtay 15. HD, T. 3.7.2012, E. 2012/774, K. 2012/5013: “Davacı iş sahibi tarafından ödenen iş bedelinin iadesi isteminin kabulü, sözleşmeden dönme niteliğinde olduğundan, ayrıca ifaya ekli cezanın tahsiline karar verilemez.” (K.İ.B.B.).

⁵⁰⁷ Öz, **Dönme**, s. 296.

⁵⁰⁸ **A.e.**, s. 296.

rağmen işlemiş cezai şartın talep edilebileceği⁵⁰⁹,” kararlaştırılmışsa artık bu durumda cezai şart talep edilebilecek olmasıdır. TBK’nın sözleşmeden dönmenin sonuçlarının düzenlendiği hükümleri arasında bu tür bir anlaşmayı yasaklayan emredici bir hüküm bulunmadığından, sözleşmede açıkça bu yönde bir hüküm bulunması tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde özel bir anlaşma yaptıklarının göstergesidir ve bu tür bir anlaşma geçerlidir⁵¹⁰.

İstisnaen de olsa cezai şartın istenebildiği bu gibi durumlarda, TBK m. 180/1 hükmü⁵¹¹ gereği, iş sahibi zarara uğramasa bile cezai şart talep edebilecektir. Dolayısıyla iş sahibinin uğradığı zararı ispat etmesi gerekmediği gibi yüklenici de uğranılan zararın, kararlaştırılan cezai şart miktarından az olduğu iddiası ile daha az ceza ödeme talebinde bulunamaz⁵¹². Ancak iş sahibinin zararı sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarından daha fazla ise, bu kez TBK m. 180/2 hükmü⁵¹³ gereği, iş sahibi fazla kısmı ancak yüklenicinin kusurunu ispatlamak koşuluyla talep edebilecektir⁵¹⁴.

Taraflar cezai şart miktarını kural olarak serbestçe belirleyebilirler (TBK m. 182/1). Ancak cezai şartın kanunun emredici hükümlerine ve genel ahlaka aykırı olmaması gerekir⁵¹⁵. Ayrıca TBK m. 182/3’e göre; hakim, aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirir. TBK’daki bu kural, TTK m. 22 hükmü gereği, tacir olan yüklenici bakımından uygulanmayacaksa da; Yargıtay kararlarında, cezai şartın tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebebiyet verecek kadar yüksek olması durumunda, bunun TBK m. 27 uyarınca ahlaka aykırılık teşkil edeceği belirtilerek bu cezanın geçersiz olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu geçersizlik TBK m.

⁵⁰⁹ Dirican, **a.g.e.**, s. 80.

⁵¹⁰ Öz, **Dönme**, s. 296. Yargıtay 23. HD., T. 30.11.2015, E. 2014/6604, K. 2015/7706: “... sözleşmeden dönme halinde de cezai şart ve kira kaybı zararlarının istenebileceğine dair özel bir düzenleme olmadığı için, sözleşmenin ifasına bağlı olarak istenebileceği gerekçesi ile birleşen davanın reddine karar verilmiştir. ... taraf vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” (K.İ.B.B.).

⁵¹¹ TBK m. 180/1: Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.

⁵¹² Kurşat, **a.g.e.**, s. 426; Dirican, **a.g.e.**, s. 35; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 157.

⁵¹³ TBK m. 180/2: Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.

⁵¹⁴ Öz, **Dönme**, s. 297.

⁵¹⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 432.

27/2 gereği kısmi olarak düşünölerek tüm ceza geçersiz sayılmayıp indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 157; Büyükay, **a.g.e.**, s. 279; Kurşat, **a.g.e.**, s. 432. Yargıtay 11. HD, T. 30.11.2017, E. 2016/6257, K. 2017/6784: “6762 Sayılı TTK.nun 24. maddesi (6102 Sayılı YTTK'nın 22 madde uyarınca; “Tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez.” Ancak, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olduğunun saptanması durumunda cezai şarttan makul oranda indirim yapılabileceği Yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir.” (K.İ.B.B.).

SONUÇ

Yüklenicinin eser meydana getirme borcu üstlendiği, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmeler eser sözleşmeleridir. Yüklenici eser meydana getirme borcunu ifa ederken eseri sözleşmeye uygun ve ayıpsız bir şekilde meydana getirmelidir. Aksi halde ayıplı ifadan sorumluluğu doğacaktır.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun doğması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki eserin iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır. Eserin iş sahibine teslim edilebilmesi için de öncelikle tamamlanmış olması gerekir; eser tamamlanmadan teslim gerçekleşmez. Teslimin ne şekilde yerine getirileceği hususu eserin türü ve mahiyetine göre değişiklik gösterir. Eser yüklenicinin hakimiyet alanında meydana getirilmişse, teslimin gerçekleşmesi için eserin meydana getirilmesi yanında, iş sahibinin hakimiyet alanına madden geçirilmesi gerekir. Eser iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilmişse bu durumda ise elden ele bir teslim söz konusu olmaz; teslim yüklenicinin iş sahibine yapacağı bir bildirimle gerçekleşir. Teslim anı özellikle iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin başlangıcı ve ayıplı ifadan dolayı sorumluluk için zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından önem arz etmektedir.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun doğması için gereken diğer bir şart eserin ayıplı olmasıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği veya sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa dahi lüzumlu vasıfların eksikliği halinde eser ayıplı kabul edilir. Eserin ayıplı olması halleri, ayıbın niteliğine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta; ayıbın niteliği, tarafların ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun sınırları ve hakları bakımından farklılıklara neden olmaktadır.

Ayıptan sorumluluk için gereken diğer şart iş sahibince muayene (gözden geçirme) ve ihbar (bildirim) külfetinin yerine getirilmiş olmasıdır. İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğunun doğması için eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenememesi gerekir. Bu şartın yer aldığı TBK m. 476'da, hem

genel olarak, eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten (örneğin iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olmasından) doğması halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmiş, hem de bu genel kuralın özel bir uygulama hali olan, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtarla rağmen, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş olması halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmiştir.

Ayıptan dolayı yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için eserin teslim edildiği haliyle iş sahibince kabul edilmemiş olması gerekir. Eserin teslim edilen haliyle kabul edilmesi iş sahibinin ayıp nedeniyle haklarını kullanma imkanını, açık ayıplar bakımından sona erdirirken; yüklenicinin kasten gizlediği veya usulüne uygun bir gözden geçirme ile fark edilemeyecek ayıplar bakımından sona erdirmez. Kanun metninde “kasten gizlenen” ile “usulüne uygun bir gözden geçirme ile fark edilemeyecek” ifadeleri arasında “ve” bağlacı kullanılmış olsa da, bunun “veya” olarak anlaşılması gerekir. Aksi halde yüklenici “kasten gizlemediği gizli ayıplardan” veya “kasten gizlediği açık ayıplardan” sorumlu olmayacaktır.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğun doğması için gereken diğer bir şart taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının bulunmamasıdır. İş sahibinin, eserin ayıplı olmasından kaynaklanan sözleşmeden dönme ve diğer seçimlik haklarını düzenleyen TBK’nın 475 vd. maddeleri emredici nitelikte olmadığından taraflar, bir sorumsuzluk anlaşması ile yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlayabilir veya ortadan kaldırabilirler.

Ayıptan sorumluluk için gereken diğer şart ise zamanaşımı sürelerine uyulmuş olunmasıdır. Eserin teslim 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 iş sahibinin ayıp sebebiyle kullanabileceği seçimlik hakları zamanaşımına uğrayacaktır.

Ayrıca iş sahibinin ayıp sebebiyle kullanabileceği seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için “eserin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme

hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması” gerekmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; TBK m. 475/1’de “eserin kullanılamazlığı” veya “eserin kabulünün beklenemezliği” şeklinde belirtilen bu şart, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin alternatif koşulları değildir. Hükmün lafzından bunlar alternatif koşullarmış gibi görünse de asıl koşul, iş sahibince “eserin kabulünün beklenemezliği” olup “eserin kullanılamazlığı” bu koşulun uygulama hallerinden biridir. Zira bir eser “kullanılabilir” durumda iken iş sahibince kabulü çeşitli sebeplerle beklenmeyebilirken; “kullanılamaz” durumda olan bir eserin iş sahibince kabulünün beklenmesi mümkün değildir. Eserin “kullanılamaz” olması, zaten iş sahibince kabulünün beklenememesine sebebiyet verecektir.

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, hukuki işlem benzeri bir irade beyanı ile kullanılan ve hüküm ifade etmesi için karşı tarafa ulaşması gereken yenilik doğurucu bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir; yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olabilir. Sözleşmeden dönme hakkı kural olarak sözleşmenin tamamı için kullanılır. Ancak sözleşmenin konusunun birden fazla eserin meydana getirilmesi olması durumunda istisnaen kısmi dönmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti bulunmamaktadır. Bunun yerine teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu karinesi bulunmaktadır. Ayrıca TKHK’da ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için TBK’den farklı olarak “eserin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması” şeklinde özel bir ağırlık taşıması aranmamaktadır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmışsa ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Böyle bir durumda iş sahibi diğer seçimlik hakları olan bedel indirimi isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme haklarından birini kullanabilecektir.

Ayrıca eser, işsahibinin sorumlu olduğu bir neden yüzünden yok olursa veya işsahibi eseri üçüncü kişilere devreder veya eserin şeklini değiştirirse ya da işsahibi eserin ayıplı olduğunu bilerek eseri kullanırsa sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

Doktrinde kabul edilen görüşlerden, benimsediğimiz aynı etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme ile taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi borçlandırıcı işlemler yanında tasarruf işlemlerini de kapsar. Tarafların karşılıklı yükümlendikleri edimleri sona erer ve taraflar edimlerini daha önceden ifa etmişlerse bunları iade yükümlülükleri doğar. Tarafların sözleşmeden dönmeden önce yerine getirdikleri edimlerin iadesine ilişkin talep hakları, münhasıran sebepsiz zenginleşmeye dayanan veya münhasıran aynı ya da münhasıran sözleşmeye dayanan talepler olarak nitelendirilemeyeceğinden; dönme sonrasında edimlerin iadesi aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların, sadece sebepsiz zenginleşme veya sadece zilyetliğin iadesi hükümleri ya da sadece sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulması da mümkün değildir.

TBK m. 475/1’de işsahibinin ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği seçimlik hakları belirtildikten sonra, TBK m. 475/2’de işsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle seçimlik haklarını kullanması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir. Ancak işsahibinin ayıp sebebiyle seçimlik hak yanında zararının tazminini de talep etmesi durumunda, yüklenici ancak kusuru var ise zarardan sorumlu olacaktır. İşsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda isteyebileceği zarar, olumsuz zarardır. Olumsuz zarar hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna güvenilmesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Fiili zarar ile yoksun kalınan kar olumsuz zararın kapsamını oluşturmaktadır.

Sözleşmeden dönme halinde sözleşme hükümleri geriye etkili olacak şekilde tamamen ortadan kalktığından ve cezai şart, sözleşme ile kararlaştırılan asıl alacağa bağlı fer’i bir alacak niteliğinde olduğundan, kural olarak, sözleşmeden dönme halinde cezai şart talep edilemez. İstisnaen, taraflarca sözleşmede açıkça;

“sözleşmeden dönülmesi halinde buna sebep olan tarafın bir ceza ödemesi” veya “dönmeye rağmen işlemiş cezai şartın talep edilebileceği” kararlaştırılmışsa cezai şart talep edilebilir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork: "“Aliud” Ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine", **İÜMHAD**, C.: 6, S.: 9, İstanbul, 1972, s. 19-29.
- Acun, Hüseyin: **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Akça, Merve: "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2012.
- Akçay, Ergin: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımı**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Akkanat, Halil: "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat", **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 63-76 (Fazla İnşaat).
- Akkanat, Halil: **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000 (Taşeronluk).
- Akman, Galip Sermet: **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Aksoy Dursun, Sanem: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı", **Legal Hukuk Dergisi**, Y.: 2011, C.: 9, S.: 101, İstanbul, 2011, s. 1845-1859.

- Anık, Gülgün: “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, **TBB Dergisi**, S.: 59, Y.: 2005, s. 214-235.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Ardıç, Azmi: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2016.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Aydemir, Efrail: **Eser Sözleşmesi Ve İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Aydın Ünver, Tülay: “Tacirler Arası İhbar Ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 861-872.
- Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Başalp, Nilgün: **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Baysal, Başak: **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2012.

- Burcuoğlu, Haluk: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 283-332.
- Buz, Vedat: **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 (Sözleşmeden Dönme).
- Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).
- Büyükcay, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Canbolat, Ferhat: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Kitapevi Yayınları, 2009.
- Ceylan, Ebru: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler**, İstanbul Barosu Yayınları, Staj Eğitim Merkezi Yayın No:6, İstanbul, 2012.
- Çeker, Mustafa: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku**, 8. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2014.
- Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü: Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.
- Demirbaş, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

- Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Duman, İlker Hasan: **İnşaat Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018.
- Ergezen, Muaz: **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım, 2008.
- Erdem, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Borçlar Genel).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017 (Borçlar Özel).
- Eren, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri : Yönetici-İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 49-103 (İnşaat).
- Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010.

- Ertaş, Şeref: “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, **DEÜHFD**, C.: 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 3093-3104.
- Erzurumluoğlu, Erzan: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.:1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Gökyayla, Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 (Ek İş).
- Gökyayla, Emre: “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 287-295 (Sempozyum).
- Gökyayla, Emre: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 579-596 (Değerlendirme).
- Gönen, Coşku: “İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş-Ayıplı İfa Ayrımı”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 341-351.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, , 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018 (Borçlar Özel).

- Gümüş, Mustafa Alper: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 (Şerh).
- Günay, Cevdet İlhan: **Cezai Şart (BK m. 158-161)**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002.
- Gür, Mustafa: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: **Ceza Koşulu Ve Özellikle Zarar Ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2018.
- Kahraman, Zafer: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 425-457.
- Kahveci, Nalan: **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Kaplan, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Karabağ Bulut, Nil: “Tacirler Arası İhbar Ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik Veya İspat Şartı

- Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 231-252.
- Karadaş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Karahan, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 4. Cilt**, İstanbul, Beta Basım, 2004.
- Karayalçın, Yaşar: **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (İstisna Akdi- Zamanaşımı)**, Ankara, 1975.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017.
- Kırmızı, Mustafa: **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Açıklamalı-İçtihatlı**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2018.
- Kocaağa, Köksal: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, **TBB Dergisi**, S.: 85, 2009, s. 86-104 (İlave İş).
- Kocaağa, Köksal: **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 (İnşaat).
- Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

- Kurşat, Zekeriya: **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- Kurt, Leyla Müjde: **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.: I, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Öktem, Seda: "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.: 80, S.: 2006/5, 2006, s. 1947-1965.
- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989 (Dönme).
- Öz, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (İnşaat Sözleşmesi).
- Özcan, Zeynep: "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı Ve Eksik İfası", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.: 6, S.: 11, Haziran 2018, s. 317-339.
- Öztürk, Muammer, Gözütok, Zeki: **Usul Ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Sarıyıldız, Mehmet Emre: "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Ve İş Sahibinin Hakları", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2014.
- Seçer, Öz: **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976 (Sürekli Borç İlişkileri).
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu).
- Selimoğlu, Yaşar Engin: **Eser Sözleşmesi**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019 (Borçlar Özel).
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Dönme).
- Sütçü, Neziha: **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C.:1, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Şahin, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012 (Teslim).
- Şahin, 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, Isparta, SDÜ Basımevi, 2011, s. 135-157, (Ayıp).
- Şahin, Cevdet Salih: **Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa**

(Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Şen, Mustafa Serhat, Şen,

Mustafa Kamil:

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Şenocak, Zarife:

Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002.

Tandoğan, Haluk:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.: II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Borçlar Özel).

Tandoğan, Haluk:

Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Mesuliyet).

Tekelioğlu, Numan:

“Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 6, S.: 1-2,** 2016, s. 1-34.

Tekinay, Selahattin Sulhi,

Akman, Sermet, Burcuoğlu,

Haluk, Altop, Atilla:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.:1, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976 (Borçlar Genel).

- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.:2, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977 (Borçlar Özel).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963 (Cezai Şart).
- Turanboy, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **AÜHFD**, Y.: 1989-1990, C.: 41, S.: 1-4, s. 151-189.
- Tutumlu, Mehmet Akif: **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Uçar, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Ayıp).
- Uçar, Ayhan: “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: I, S.: 1, 1997, s. 31-67 (Karşılaştırma).
- Uçar, Ayhan: “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: V, S.: 1-4, 2001, s. 513-555 (Teslim).
- Uluslan, İlhan: **Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk

- Araştırmalar Dergisi Yıl 5 Sayı 7'den Ayrı Bası,
Garanti Matbaası, İstanbul, 1971 (Sulh).
- Uluslan, İlhan: **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984 (İade).
- Usta, Oğuz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Uygur, Turgut: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.: II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet,
Kaya, Arslan, Nomer Ertan,
N. Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yakuppur, Sendi: **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2009.
- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk,
Özen, Burak: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Yavuz, Nihat: **Ayıplı İfa**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016 (Ayıp).
- Yavuz, Nihat: "Edime Uygun İfa İlkesi ve Aliud Kavramı", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.: II,

- Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 2287-2299 (Aliud).
- Yener, Mehmet Deniz: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: IV, S.: 1, Y.: 2009, Kayseri, s. 155-176.
- Yılmaz, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Yılmaz, Halil: **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi Ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Yücer Aktürk, İpek: **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Yünlü, Semih: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2014
- Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi Yayınları, 2018.