



ANKARA

HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN
ZARARDAN SORUMLULUK**

ELİF AYAN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. İHSAN ERDOĞAN

DOKTORA TEZİ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

MART 2020



**ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARDAN
SORUMLULUK**

ELİF AYAN

DOKTORA TEZİ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

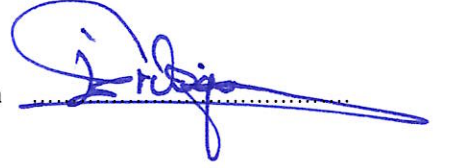
MART 2020

Elif AYAN tarafından hazırlanan “Eser Sözleşmesinde Ayıbı Takip Eden Zarardan Sorumluluk” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Medeni Hukuk Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman (Başkan): Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Medeni Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye: Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Medeni Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

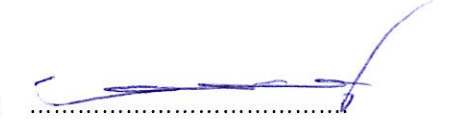
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Medeni Hukuk, Çankaya Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Medeni Hukuk, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. Ömer ARBEK

Medeni Hukuk, Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 03/03/2020

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



ELİF AYAN

03.03.2020

Eser Sözleşmesinde Ayıplı Takip Eden Zarardan Sorumluluk

Doktora Tezi

Elif AYAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Mart 2020

ÖZET

Yüklenici eseri ayıplı olarak ifa ettiğinde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği gibi, ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını veya aşırı masrafa yol açmamak kaydıyla eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteyebilir. Bu talepler seçimlik nitelikte olup, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir. Ayrıca ayıbın meydana gelmesinde yüklenicinin kusuru varsa, iş sahibi seçimlik haklarla birlikte veya onlardan ayrı olarak ayıplı takip eden zararının tazminini talep edebilir. Kümülatif nitelikteki ayıplı takip eden zararın tazmini talebi ile, eserin ayıplı olması sonucunda ortaya çıkan, seçimlik haklar kullanılmasına rağmen karşılanamayan, eserdeki değer azalması dışında oluşan her türlü zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu zararın ayıplı ifanın doğrudan ya da dolaylı sonucu olması önemli değildir. Ancak bizzat ayıplı eserde ortaya çıkan değer kaybı ayıplı takip eden zarar değildir, aksine ayıp zararıdır. Ayıplı takip eden zarar ile iş sahibinin koruma (bütünlük) menfaati ihlal edilmektedir. Söz konusu zararın hukuki niteliği, kullanılan seçimlik hakka bağlı olarak değişiklik gösterir. Şöyle ki, dönme hakkının kullanılması halinde ayıplı takip eden zarar menfi zarar niteliği taşırken, eserin ücretsiz olarak onarılması ya da ayıp oranında bedelden indirim yapılması talep edildiğinde, müspet zarar niteliği taşır. Aynı şekilde başvuru seçimlik hak, ayıplı takip eden zararın kapsamının belirlenmesinde de önem arz eder. Zira seçimlik hakların kapsamına giren hukuki değerler ayıplı takip eden zarara konu olmaz. Ayıplı takip eden zararın tazmini konusunda TBK m. 475 dışında borcun gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m. 112), haksız fiil (TBK m. 49) gibi Türk Borçlar Kanununun Genel Hükümler bölümünde düzenlenen sorumluluk sebeplerine de başvurulabilir. Kural olarak bu hükümler arasında bağımsız yarışma ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Bilim Kodu: 51001

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Ayıplı İfa, Ayıplı Takip Eden Zarar, Ayıp Zararı, Seçimlik Haklar

Sayfa Adedi: 287

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Liability For Consequential Damages In The Contract For Work

Dissertation

Elif AYAN

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

March 2020

ABSTRACT

If the performance of entrepreneur is faulty, customers can cancel the contract for work, use the right of reduction or demand the repair of the work without payment, provided that it doesn't require an excessive expenditure. These demands are optional and don't depend on the fault of the entrepreneur. Furthermore, if entrepreneur has a fault, customer may also demand compensation for damages arising from the defect with or without optional rights. With this demand of compensation, which is cumulative, it is aimed to eliminate all kinds of damages arisen from the defect of the work. As a matter of fact, these damages are only the ones that cannot be compensated despite the use of above-mentioned optional rights, except for the value-decrease of the work. It is not important that these damages are direct or indirect consequences of the defective performance. However, the decrease of the value of the work itself does not fall within the scope of this compensation, but rather a damage caused by defect. With the consequential damage, the protection interest of the customer is violated. The legal nature of these damages varies by the optional right that is used. That is to say, in case of the rescission of the contract, the damages arising from the defect are considered as negative damages. On the other hand, when the right of compensation is demanded with the right of reduction or the right of repair, the damages arising from the defect are considered as positive damages. Similarly, the optional right applied is also important in determining the extent of the consequential damages. Because the legal values that fall within the scope of optional rights are not subject to the consequential damages. Regarding the compensation of the consequential damages, apart from Article 475 of the Turkish Code of Obligations, it can also be applied to the general provisions stipulated in the Turkish Code of Obligations, such as non-fulfillment or insufficient fulfillment of the contract (Art. 112) or tort liability (Art. 49). As a rule, it should be accepted that there is an independent competition relationship among these provisions.

Science Code: 51001

Key Words: Contract for work, Defective performance, Consequential damages, Damage caused by the defect, Optional rights

Page Number: 287

Supervisor: Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında tez olarak hazırlanmış ve 03.03.2020 tarihinde Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM, Prof. Dr. Cemal OĞUZ, Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR ve Doç. Dr. Ömer ARBEK'ten oluşan jüri önünde savunularak, oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Tezin konusunu oluşturan eser sözleşmesinde ayıbbı takip eden zarardan sorumluluk, borçlar hukukunun üzerinde çalışılması zor, ancak aynı zamanda bir o kadar da zevkli olan konularından biridir. Konunun zorluğu, öncelikle yabancı literatürde yerine göre ayıbbı takip eden zarar dışında başka kavramlar kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Hiç şüphesiz bu durum kaynakların değerlendirilmesini de etkilemiştir. Ayrıca özellikle Alman ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin çok sayıda eserin bulunması, tabir-i caizse, neredeyse eser sayısı kadar farklı görüşün ileri sürülmüş olması nedeniyle bu görüşlerin başlıklandırılmasında bir takım zorluklar yaşanmıştır. Fakat bu görüşlerin her biri, tezin yazımı sırasında karşılaşılan sorunların açıklığa kavuşturulmasında adeta bana rehberlik etmiş, ufkumun genişlemesine yardımcı olmuştur.

Tezin yazımı kadar tez konusunun belirlenmesi de uzun bir süreçtir. Bu konuyu bana doktora tez konusu olarak öneren ve tezin danışmanlığını üstlenen, karşılaştığım hukuki sorunların çözümünde değerli görüşleri ile bana yol gösteren saygıdeğer hocam Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a ne kadar teşekkür etsem azdır. Hocam aynı zamanda borçlar hukukunu bana sevdiren kişidir. Hukuk Fakültesi 2. Sınıf öğrencisi iken, bu alanda çalışıp hocamın asistanı olmaya karar vermiştim. Belli bir süre hocamın asistanlığını yapma şerefine eriştiğim için çok mutluyum. Aynı şekilde lisans döneminden itibaren benim hukuk mantığının gelişmesinde büyük rol oynayan, yüksek lisansta tez danışmanlığımı yürüten, doktora ise deyim yerindeyse fahri olarak bana danışmanlık yapan ve kişisel kütüphanesini benden hiç esirgemeyen çok değerli hocam Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM'a da müteşekkirim. Emekliye ayrılmadan önce bir süre doktora tezimin danışmanlığını üstlenen ve konunun zorluğu ile ilgili beni uyararak değerli hocam Prof. Dr. Cemal OĞUZ'a da teşekkür ederim. Ayrıca savunma jürimde yer alan ve değerli eleştirileri ile tezimin şekillenmesinde katkıları olan Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR ile Doç. Dr. Ömer ARBEK'e de teşekkürü bir borç bilirim.

Tezin yazımı sırasında zaman zaman içine düştüğüm karamsarlıktan beni kurtaran, tez dışında karşılaştığım bazı zorlukların üstesinden gelirken de bana adeta yaşam koçluğu yapan,

iki buçuk yıl boyunca asistanlığını yapmaktan onur duyduğum hocam Doç. Dr. Dilşad KESKİN, bir teşekkürden daha fazlasını hak ediyor. Hocamın akademik anlamda bana kattıklarının yanında manevi desteğini asla unutmam. Ayrıca tezimi başından sonuna kadar büyük bir titizlikle okuma inceliği gösteren, değerli eleştirileri ile tezimin şekillenmesine katkı sağlayan aynı kürsüyü paylaştığım hocam Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ'a çok teşekkür ederim.

Bu tezin kaynak taramasının önemli bir bölümü, Kasım 2016-Ekim 2017 tarihleri arasında Berlin'deki Humboldt Üniversitesi'nde ve Staatsbibliothek zu Berlin'de gerçekleştirilmiştir. Davet mektubu göndererek, Almanya'daki kütüphanelerden istifade etme imkanını bana sağlayan Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin değerli öğretim üyelerinden Prof. Dr. Reinhard SINGER'e, yine 2214/A Doktora Sırası Araştırma Bursu kapsamında burs vererek bana destek olan TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programı Başkanlığı'na ne kadar teşekkür etsem azdır. Ayrıca Tübitak bursuyla aynı dönemde Berlin'de bulunduğum, ilk defa yurt dışına çıkmış birinin karşılaşacağı zorlukları daha önce tecrübe eden, içine düştüğüm çıkmazlarda bana her zaman yardım elini uzatan değerli kürsü arkadaşım Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ'e çok teşekkür ederim.

Hiç şüphesiz bütün bilimsel eserler gibi, bu çalışma da oldukça zahmetli bir sürecin sonunda ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı aslında en büyük teşekkürü, eseri ortaya koyan kişinin ailesi hak etmektedir. Benim ailem de benim bu günlere gelmem için hiçbir fedakarlığı göstermekten kaçınmamış, bana her zaman destek olmuştur. Öyle ki, onların bana olan güvenleri sayesinde çalışma azmim artmıştır. O yüzden bu çalışma, benim olmaktan çok onlarındır. Sizin gibi bir aileye sahip olduğum için kendimi çok şanslı hissediyorum. İyi ki varsınız! Birlikte daha nice güzel günler görmek dileğiyle...

Elif AYAN

Ankara, Mart 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ.....	1
KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	1
§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
I-Konunun Takdimi ve Önemi.....	1
II-Konunun Sınırlandırılması.....	7
§ 2. KONUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	8
I-Roma Hukuku	8
A) Roma Hukukunda Eser Sözleşmesi	8
B) Roma Hukukunda Eserin Ayıplı Olması Halinde Sorumluluk.....	10
1. Ayıplı malzemenin conductor tarafından temin edilmesi	10
a) Ius civile dönemi	10
b) Ius honorarium dönemi.....	12
c) Iustinianus dönemi.....	13
2. Ayıplı malzemenin locator tarafından temin edilmesi	14
II-Alman Hukuku.....	17
A) 2002 Yılı Öncesindeki Hukuki Durum	17
1. Ayıp zararı ile ayıplı takip eden zarar ayırımı ve bu ayırımın önemi.....	17
2. Ayıp zararı ile ayıplı takip eden zarar ayırımına ilişkin görüşler	19
a) Doktrinde ileri sürülen görüşler	20
aa) Uygun illiyet bağı görüşü	20
bb) Tipolojik görüş.....	20
cc) Somut ayıbın türünü esas alan görüş	21
dd) Zararın meydana geldiği yeri esas alan görüş (lokal kriter)	21
ee) İhlal edilen menfaatin türünü esas alan görüş	24
gg) Zarar türleri arasında ayırım yapmanın gereksiz olduğunu savunan görüş ..	25
b) Federal mahkeme tarafından başvurulmuş esaslar	26
aa) Zararın doğrudan doğruyalığı esası	26
bb) İhlal edilen menfaatin esas alınması	27
3. Ayıplı takip eden zararlara ilişkin zamanaşımı sorunu.....	28
4. Yakın ve uzak ayıplı takip eden zarar ayırımı ve bu ayırımın zamanaşımına etkisi	32
B) 2002 Tarihli Borçlar Hukuku Reformundan Sonraki Hukuki Durum	34
III-Fransız Hukuku.....	37
A) Genel Olarak Sorumluluğun Şartları	37
B) İş sahibine Tanınan Haklar	39
1. Onarım ve eserin yeniden üretilmesini talep etme hakkı	39
2. Gecikme zararlarının tazminini talep etme hakkı	40
3. Hiç ifa etmemeyle doğan zararın tazmini talebi.....	40
4. Sözleşmeyi feshetme hakkı	41

5. Eserin üçüncü kişi tarafından ifasını talep etme hakkı.....	42
IV-Avusturya Hukuku	42
A) 2002 Tarihli Değişiklikten Önceki Hukuki Durum	43
B) 2002 Tarihli Değişiklikten Sonraki Hukuki Durum.....	45
1. BÖLÜM.....	51
AYIBI TAKİP EDEN ZARAR KAVRAMI, AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TAZMİNİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR İLE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR.....	51
§ 3. AYIBI TAKİP EDEN ZARAR KAVRAMI	51
I-Tanımı	51
II-Unsurları	56
A) Olumlu Unsurlar	56
1. Zararın meydana gelmesi	56
2. Teslim edilen eserin ayıplı olması.....	58
a) Genel olarak.....	58
b) Zararın eser ayıbından doğmadığı haller	59
aa) Gecikme zararları	59
bb) Eserin tamamlanmamış olması hali	60
cc) Eşlik eden zararların bulunması hali	61
dd) Eserin durumunun teslimden sonra kötüleşmesi ve tali ayıbın bulunması hali	63
ee) Gereksiz muayene masrafları	64
ff) Aliudun bulunması	64
B) Olumsuz Unsurlar	65
1. Zararın bizzat ayıplı eserden doğmaması.....	65
2. Zararın seçimlik haklarla karşılanamaması.....	66
§ 4. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ	66
I-Fiili Zarar (Damnum Emergens)	67
II-Yoksun Kalınan Kar (Lucrum Cessans)	68
III-Manevi Zararın Ayıplı Takip Eden Zarara Konu Olmaması.....	68
§ 5. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	69
I-Kümülatif Bir Hak Olması	69
II-Alacak Hakkı Niteliği Taşınması.....	71
§ 6. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR VE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR.....	71
I-Ayıplı Takip Eden Zararın Talep Edilebilmesinin Şartları	71
A) Ayıptan Doğan Bütün Haklar İçin Aranılan Ortak Şartlar.....	71
1. Eser ayıplı olmalı.....	73
a) Genel olarak	73
aa) Zikredilen veya vaat edilen nitelikler mevcut olmamalı	75
bb) Dürüstlük kuralına göre beklenen lüzumlu nitelikler bulunmamalı	78
b) Ayıbın görünüm şekilleri.....	79
aa) Maddi ayıp-hukuki ayıp ayrımı	79
bb) Açık ayıp-gizli ayıp ayrımı	80
cc) Önemli ayıp-daha az önemli ayıp ayrımı	80
dd) Asli ayıp-tali ayıp ayrımı	81
2. Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalı.....	81
3. Ayıp iş sahibine isnat edilememeli.....	83

4. Ayıp açıkça veya zımnen kabul edilmemiş olmalı	86
5. Muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmeli	90
a) Muayene külfeti	91
b) İhbar külfeti	93
6. Zamanaşımı süresi dolmamış olmalı	96
a) Genel olarak	96
b) Zamanaşımının başlangıç anı ve bu anın ayıbı takip eden zararlarla ilgili uygulanma kabiliyeti.....	98
c) Taşınmaz yapı eserlerinde zamanaşımı sorunu	100
d) Ağır kusurun zamanaşımına etkisi	102
B) Tazminat Talebinin Tabi Olduğu Münferit Şartlar	103
1. Ayıp dolayısıyla zarara uğranılmalı	103
2. Yüklenici kusurlu olmalı	104
a) Genel olarak.....	104
b) Kusur ilkesinin istisnaları	106
aa) Sözleşmede kusursuz sorumluluğun kararlaştırılmış olması.....	106
bb) Eser ayıbının ifa yardımcılarının davranışlarından doğması	106
cc) Yüklenicinin temin ettiği malzemelerin ayıplı olmasından doğan sorumluluk	109
c) Kusurun ispatı.....	111
3. Uygun illiyet bağı bulunmalı.....	113
4. Yüklenicinin sorumluluğu sınırlandırılmamış veya ortadan kaldırılmamış olmalı	114
a) Genel olarak sorumsuzluk kayıtları ve görünüm şekilleri.....	114
b) Sorumsuzluk kayıtlarının yorumu	116
aa) Genel olarak	116
bb) Muhtelif yorum sorunları	117
cc) Sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği	118
c) Ayıplı ifadan doğan sorumluluğun genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarıyla sınırlandırılması.....	121
II-Ayıbı Takip Eden Zararın Tazminine Bağlanan Hukuki Sonuçlar	122
A) Tazminat Miktarının Belirlenmesi	122
1. Genel olarak	122
2. Ayıbı takip eden zararın götürü olarak belirlenmesi.....	126
B) Üçüncü Kişilerin Zarar Görmesi Halinde Hukuki Durum.....	128
C) Tazminat Hakkının Devredilmesinin Hukuki Etkileri	130
2. BÖLÜM.....	133
ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN KAPSAMI	133
§ 7. AYIPTAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLAR.....	133
I-Genel Olarak	133
II-İşsahibinin Ayıpsız Misliyle Değiştirme Hakkının Bulunup Bulunmadığı Sorunu ..	135
III-İşsahibinin Yeni Bir Eserin Meydana Getirilmesini Talep Edip Edemeyeceği Sorunu	136
IV-Ayıp Zararının Tazmininin Seçimlik Hak Olarak İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu	139
V-Ayıba İlişkin Cezai Koşulun (Ayıp Cezasının) Ayıptan Doğan Haklarla Birlikte Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu	142
A) Genel Olarak Cezai Koşul	142

B) Ayıp Cezası ve Miktarı	143
C) Ayıp Cezası ile Ayıptan Doğan Haklar Arasındaki İlişki.....	144
§ 8. DÖNME HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ	148
I-Genel Olarak Dönme Hakkı, Şartları ve Sınırları	148
II-Dönme Hakkının Hukuki Niteliği ve Sözleşme İlişkisine Etkisi.....	152
III-Dönme Halinde Tazmin Edilecek Zararın Türü	153
A) Menfi Zararın Bulunduğunu Savunan Görüş (Klasik Görüş).....	153
B) Müspet Zararın Mevcut Olduğunu Savunan Görüş	155
C) İş sahibinin Seçimine Göre Menfi ya da Müspet Zararın Söz Konusu Olduğunu Savunan Görüş	157
D) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	160
IV-Dönme Hakkı Kapsamında Değerlendirilen Haller	162
A) Gerekli ve Faydalı Masraflar	162
B) Ayıplı Eserin İadesiyle, Özellikle İmha Edilip Taşınmazdan Kaldırılmasıyla İlgili Masraflar	166
C) İş sahibi Tarafından Temin Edilen Malzemelerdeki Değer Kaybı	168
D) Eserin İmaline Katılan İş sahibinin Yerine Getirdiği İşgörmeye Edimi.....	172
V-İade Alacağı Kapsamında Karşılanamayan Münferit Zarar Kalemleri	174
A) Diğer (Lüks) Masraflar	174
B) Yoksun Kalınan Karın Dönme Zararı Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu.....	174
C) Kaçırılan Fırsatlar	176
D) Gerekli Muayene Masrafları	177
E) Dava Dışı Gerekli Bilirkişi Masrafları.....	179
F) Üçüncü Kişilere Ödenen Tazminatlar veya Cezai Şartlar	181
G) Üçüncü Kişilerin Açtığı Davadan Doğan Masraflar.....	182
§ 9. ONARIM HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ.....	183
I-Genel Olarak Onarım Hakkı	183
II-Tazmin Edilecek Zararın Türü.....	188
III-Onarım Hakkının Kapsamına Giren Haller	189
A) Onarım Masrafları.....	189
B) Eşlik Eden Masraflar, Özellikle Ön Hazırlık ve Yeniden Üretim Çalışmaları....	192
C) Kısmi Onarım.....	193
D) Enflasyon Dolayısıyla Daha Fazla Masraf Yapılması Durumu.....	194
E) İş sahibi Tarafından Temin Edilen Malzemeler.....	195
F) İş sahibinin İşin İfasına Katılması (İşgörmeye Edimi)	197
IV-Onarım Hakkı Kapsamında Karşılanamayan Münferit Zarar Kalemleri	198
A) Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kar	198
B) Ticari Değer Kaybı	198
C) Gerekli Muayene ve Bilirkişi Masrafları	203
D) Tahliye ile Nakil ve Yerleştirmeden Doğan Masraflar	204
E) Üçüncü Kişinin Açtığı Davadan Doğan Masraflar	206
§ 10. BEDELDEN İNDİRİM HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ... 207	
I-Genel Olarak Bedelden İndirim Hakkı.....	207
II-Tazmin Edilecek Zararın Türü.....	210
III-Değer Azalması Kapsamında Telafi Edilen Değerler	210
A) Genel Olarak	210
B) Bizzat Onarım ve Bununla Bağlantılı Masraflar	210
IV-İndirim Hakkının Kullanılması Üzerine Tazmini İstenecek Münferit Zarar Kalemleri	211

A) Yoksun Kalınan Kar	211
B) Dava Dışı Gerekli Bilirkişi Masrafları	212
C) Üçüncü Kişinin Açtığı Davadan Doğan Masraflar	212
D) Ticari Değer Kaybı	212
E) İşsahibi Tarafından Teslim Edilen Malzeme	213
F) İşsahibinin İşgörme Edimi	213
G) Objektif Değer Azalması ile İndirilecek Meblağ Arasındaki Pozitif Fark	214
3. BÖLÜM.....	217
ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ KONUSUNDA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU HÜKÜMLERİN TBK M. 475 İLE İLİŞKİSİ	217
§ 11. AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞUN DİĞER SORUMLULUK SEBEPLERİ İLE İLİŞKİSİ	217
§ 12. TBK M. 475’TE YAPILAN ATIF DOLAYISIYLA TBK M. 112 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI	219
I-Genel Hüküm-Özel Hüküm İlişkisinin Bulunduğunu Savunan Görüş	220
II-Yarışma İlişkisinin Mevcut Olduğunu Savunan Görüş	222
A) Bağımlı (Sınırlı) Yarışma İlişkisi Görüşü	222
B) Bağımsız (Tam) Yarışma İlişkisi Görüşü	223
III-Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	224
§ 13. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ İLE İLİŞKİSİ	226
§ 14. SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TBK M. 229 HÜKMÜNÜN ESER SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KIYASEN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU	229
§ 15. HAKSIZ FİİL İLE İLİŞKİSİ	235
I-Genel Olarak	235
II-Kümülatif İlişki	236
III-Yarışma İlişkisi	237
A) Bağımlı Yarışma İlişkisi	239
B) Bağımsız Yarışma İlişkisi	239
§ 16. YÜKLENİCİNİN ÜRÜN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SORUMLU TUTULUP TUTULAMAYACAĞI SORUNU	240
§ 17. CULPA IN CONTRAHENDO İLE İLİŞKİSİ	247
§ 18. SEBESİZ ZENGİNLEŞME İLE İLİŞKİSİ	251
§ 19. İMKANSIZLIKLA İLİŞKİSİ	251
I-Başlangıçtaki İmkansızlıkla İlişkisi	252
II-Sonraki İmkansızlıkla İlişkisi	254
§ 20. İRADE BOZUKLUĞU HALLERİ İLE İLİŞKİSİ	256
I-Yanıltma İle İlişkisi	256
II-Aldatma ile İlişkisi	261
§ 21. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE TAZMİNAT TALEBİ İLE İLGİLİ UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	264
SONUÇ.....	271
KAYNAKLAR.....	277
ÖZGEÇMİŞ.....	287

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
dn.	dipnot
E.	Esas Numarası
f.	fıkra
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar Numarası

m.	madde
Nr.	Numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Das Schweizerische Obligationenrecht
s.	sayfa
S.	Sayı
SIA Norm 118	Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHİ GELİŞİMİ

Ş 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I-Konunun Takdimi ve Önemi

Çalışmamızın konusunu, eser sözleşmesinde ayıbbı takip eden zarardan sorumluluk oluşturmaktadır. İşgörme sözleşmeleri arasında değerlendirilen eser sözleşmesi (Werkvertrag), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470’te “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, eser sözleşmesi ile yüklenici (Unternehmer) ayıpsız bir eser meydana getirip işsahibine teslim etme, işsahibi (Besteller) ise sözleşmede kararlaştırılan ya da yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirlenen ücreti ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir.

Toplumsal hayatta yaşanan teknik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak, uygulamada eser sözleşmesinin örnekleri ile daha sık bir şekilde karşılaşılmaya başlanmıştır. Öyle ki, gerek ülkemizde gerek mehz İsviçre Borçlar Kanunu’na dayanak teşkil eden doktrin ve yargı uygulamalarında, maddi nitelikteki eserlerin yanı sıra, bilgisayar programlarının hazırlanması, inşaat projelerinin çizilmesi ve hatta havai fişek gösterilerinin videoya kaydedilmesi örneklerinde olduğu gibi maddi nitelikte olmayan iş görme sonuçları da eser kavramına dâhil edilmeye başlanmış, böylece eser sözleşmesinin uygulama alanı iyice genişletilmiştir¹. Ayrıca bu durumun ortaya çıkmasında, kişiler arasındaki ilişkilerin yanı sıra ülkeler arasındaki bazı ilişkilerin de eser sözleşmesinin içinde değerlendirilmesi etkili olmuştur. Türk yükleniciler, özellikle gelişmemiş veya gelişmekte olan ülkelerde havaalanı, baraj ve yol gibi büyük yatırım gerektiren inşaat işlerini üstlenerek ülke ekonomisine ciddi şekilde katkı sağlamaya

¹ Eren, F. (2019b). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 597, Nr. 2017, Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. C. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 2 vd., Öz, M. T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte*. İstanbul: Kazancı Yayınevi. s. 3 vd., Gümüş, (2014), M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 5, Canbolat, F. (2009). *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 12, Aral, F., Ayrancı, H. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 361, Altaş, H. (2002). *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 54.

başlamışlardır². Hiç şüphesiz bütün bunlar bir yandan eser sözleşmesinin önemini artırırken, bir yandan da bu alanda ortaya çıkabilecek hukuki sorunların artmasına neden olmuştur.

Hukuki sorunların en aza indirilebilmesi ve eser sözleşmesi ile güdülen amacın gerçekleşebilmesi, yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmesine bağlıdır. Buna göre dürüstlük kuralı gereğince mevcut olması gereken niteliklerin eserde bulunmaması veya yüklenicinin ayrıca taahhüt ettiği özelliklerin eserde yer almaması, sözleşmenin ayıplı ifa edildiği anlamına gelir. Sözleşmenin ayıplı ifası, sadece yüklenicinin itibarının değil, özellikle Türk yüklenicilerin yurt dışında yaptığı büyük inşaat işlerinde ülkenin itibarının da zedelenmesine neden olur³. Güven duygusu çok kolay kaybedilmesine karşın, tekrar kazanılması uzun yılları gerektirdiğinden, yüklenicilerin eserleri ayıpsız ifa etmeleri oldukça önemlidir. Aksi halde telafisi mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkabilir.

Uygulamada iş sahipleri eserin ayıplı ifa edilmesinden dolayı ciddi zararlara uğramaktadırlar. 1999 yılında yaşanan büyük Marmara depremi bunun en açık göstergesidir. Resmi kayıtlara göre deprem sonucunda 17.000'in üzerinde kişi hayatını kaybetmiş, yaklaşık 24.000 kişi ise yaralanmıştır. Malvarlığında oluşan zararlar da azımsanmayacak boyuttadır⁴. Her ne kadar bu gibi durumlarda iş sahiplerine seçimlik nitelikte sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim isteme ya da eserin ücretsiz onarılmasını talep etme hakları tanınmış olsa da, bu haklar iş sahiplerinin zararlarını giderecek boyutta değildir. Esasen kanun koyucu da söz konusu hakları zararın karşılanması amacıyla değil, aksine ayıplı ifa dolayısıyla bozulan edim ve karşı edim arasındaki dengeyi yeniden temin edebilmek için öngörmüştür⁵. Nitekim TBK m. 475'te iş sahibinin seçimlik haklar dışında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

TBK m. 475'te öngörülen tazminat, hukuken ayıbı takip eden zararı ifade etmektedir. Ancak ayıbı takip eden zarar kavramı, ne Türk-İsviçre hukukunda (TBK ve OR'de) ne de Alman hukukunda (BGB'de) açıkça tanımlanmıştır. Bu durum, ayıbı takip eden zararın (Mangelfolgeschaden) yerine farklı kavramların kullanılmasına ortam hazırlamıştır. Gerçekten İsviçre hukukunda bazı yazarlar ayıbı takip eden zarar ile eş anlamlı olarak "refakat ya da eşlik

² Uçar, A. (2003). *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara: Seçkin Yayınları. s. 19.

³ Uçar, (2003), s. 19.

⁴ <https://depem.afad.gov.tr/tarihteBuAy?id=37>

⁵ Furrer, R. (1973). *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht*. Zürich: Schulthess, s. 35, Seliçi, Ö. (1978). *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 181, 182.

eden zarar (Begleitschaden)” kavramını kullanırken, bazıları “dolaylı zarar (Mittelbarerschaden)”, bazıları ise “ifayı aşan zarar (Übererfüllungsmassigerschaden)” ifadesini kullanmaktadırlar⁶.

Türk hukukunda ise, “ayıbı takip eden zarar” kavramı yaygın bir şekilde kullanılmakla birlikte “ayıp sonucu ortaya çıkan zarar⁷” ya da “bozukluğa bağlı zarar⁸” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, bu kavramlar ayıp zararlarını da çağrıştırabileceğinden, karışıklığa yol açmamak için ayıbı takip eden zarar kavramı tercih edilmelidir. Zira ayıplı eserin bizzat kendisinde oluşan, edim menfaatinin ihlalinden doğan ayıp zararları, esasen seçimlik haklarla karşılandığından TBK m. 475’te öngörülen tazminatın konusunu oluşturamaz⁹. Buna karşılık ayıplı eserin teslimiyle işsahibinin sözleşme konusu hukuki menfaatinin dışında ortaya çıkan, seçimlik hakların (dönme, indirim ve onarım haklarının) kullanılmasına rağmen karşılanamayan ve bütünlük (koruma) menfaatinin ihlalinden doğan zararlar hukuken ayıbı takip eden zarardır ve seçimlik haklarla birlikte talep edilebilir¹⁰. Yalnız her zaman söz konusu zarar türleri arasındaki sınırı çizilebilir bu kadar kolay değildir. Nitekim Alman hukukunda uzun yıllar dogmatik açıdan tutarlı ve amaca uygun bir ayırım kriteri oluşturabilmek için çaba sarf edilmiş ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tipolojik görüş, uygun illiyet bağı görüşü, ihlal edilen hukuki değerın esas alınması gerektiği yönündeki görüş bunlardan sadece bazılarıdır. Ancak bütün bu çabalara rağmen bu konuda yeknesak bir ayırım kriteri oluşturulamamıştır¹¹. Fakat ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar arasındaki sınırın iyi çizilmesi, yüklenicinin sorumluluğunun kapsamını belirlemek bakımından önemlidir. Ayıp zararlarının seçimlik haklar kullanılarak giderilebileceği düşüncesinden hareket edildiğinde, bu ayırım özellikle yüklenicinin kusursuz olduğu hallerde önem arz eder. Zira seçimlik hakların kullanılabilmesi için kusur şartı

⁶ Winter, J. (1979). *Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht*. Bayern, s. 18, 19.

⁷ Tandoğan, (2010), s. 204 vd, Uçar, (2003), s. 209 vd, Öz, (1989), s. 291 vd.

⁸ Seliçi, (1978), s. 181 vd.

⁹ Aral, Ayrancı, (2019), s. 411, Zevkliler, A., Gökyayla, E. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 533, Yavuz, C. (2016). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul: Beta Yayınevi (Borçlar Özel). s. 562. Aksi yönde bkz. Eren, (2019b), s. 661, Nr. 2231, Selimoğlu, Y. E. (2016). *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınları. s. 158.

¹⁰ Gauch, P. (2011). *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag. s. 696, Nr. 1864, Stotz, F. (1989). *Die Leistungspflicht und die Mangelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag*. Bern: Lang. s. 133, Aral, Ayrancı, (2019), s. 364, Öz, (1989), s. 292, Tandoğan, (2010), s. 204, Seliçi, (1978), s. 182.

¹¹ Winter, (1979), s. 20.

aranmazken, ayıbı takip eden zarardan sorumluluk için yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Yüklenici kusurunun bulunmadığını ispatlarsa ayıbı takip eden zarardan sorumlu olmaz.

Türk hukukundaki duruma bakıldığında ise, ayıbı takip eden zarar sorununun genellikle satış sözleşmesi bakımından incelendiği¹², buna karşılık söz konusu zararın eser sözleşmesindeki etkilerinin ayrıntılı araştırmalara konu olmadığı görülmektedir. Bu durum, belli oranda kanun koyucunun tutumundan da kaynaklanmıştır. Çünkü TBK m. 475'te zararın tazmini konusunda genel hükümlere yollama yapılmakla yetinilmiş ve -isabetli olup olmadığı bir kenara bırakılırsa- satış sözleşmesindeki gibi ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Halbuki uygulamada ayıbı takip eden zarar sorunu, eser sözleşmelerinde de sıklıkla karşımıza çıkmakta ve mahkemeleri bir hayli meşgul etmektedir. Gerçekten eser sözleşmesinin maddi nitelikte olmayan iş görme sonuçlarını da kapsamı, ayıbı takip eden zararın uygulama alanının genişlemesini sağlamıştır. Uygulamada özellikle inşaat sözleşmeleri ile planlama¹³ ve tedarik sözleşmeleri¹⁴ alanlarında ayıbı takip eden zarar sorunu ile karşılaşılmaktadır¹⁵. Ancak yapılan kapsamlı bir literatür taraması sonucunda, konu ile ilgili yeterli sayıda monografik çalışmaya rastlanmamıştır. Bu eksiklik, “eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zarar” ın tez konusu olarak seçilmesinde etkili olmuştur. Bu çalışma ile eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zararın teorik temellendirilmesi yapılmakta ve uygulamadaki ihtiyaçların bir nebze karşılanması sağlanmaktadır. Ayrıca tezimizde karşılaştırmalı hukuktaki çözüm önerileri incelenmekte ve

¹² Yıldırım, M. F.,Başpınar, V. (2008). “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”. *Bilge Öztan'a Armağan*. 1093-1125, s. 1093 vd., Kırca, Ç. (2009). “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar Dolaylı Zarar Ayrımı”. *Ali Naim İnan'a Armağan*. 433-458, s. 433 vd.

¹³ İsviçre Federal Mahkemesi, planlama sözleşmelerinin hukuki niteliğini belirlerken sözleşme ile üstlenilen edimin içeriğini dikkate almakta ve buna göre eser, vekâlet ya da karma sözleşme ilişkisinin varlığına hükmetmektedir. Planlayanın sorumluluğunun belirlenmesinde sözleşmenin hukuki niteliği önemlidir. Zira buna göre uygulanacak hükümler değişiklik gösterir. Somut olayda eser sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilirse, mimar ya da mühendisin yaptığı planlamanın ayıplı olmasından dolayı zarara uğrayan işsahibi TBK m. 474 vd. hükümlerine başvurabilir. Örneğin, mühendisin hesaplamasındaki yanlışlıktan dolayı yüzme havuzunun bulunduğu salonda çökme tehlikesi meydana gelir ve salonun onarılması için üç ay boyunca havuz kapalı kalırsa, işsahibi bu süre zarfında uğradığı kazanç kayıpları için TBK m. 475'e dayanabilir. Zira planlamanın ayıplı olması eser ayıbını, ayıplı planlamadan dolayı binada oluşan zararlar ile yoksun kalınan kar ayıbı takip eden zararı oluşturur. König, R. (2019). “Vom Mangelfolgeschaden: Grundzüge und Streitfrage“. *Schweizerische Baurechtstagung: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht*, 79-106, s. 82.

¹⁴ Tedarik sözleşmeleri ile yüklenici, eserin imalinde kullanacağı malzemeleri ücret karşılığında üçüncü bir kişiden temin etmektedir. Kanunda düzenlenmeyen tedarik sözleşmeleri, doktrinde kural olarak satış sözleşmesinin bir türü olarak görülmekte ve malzemenin ayıplı olması halinde yüklenicinin tedarik edene karşı satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 219 vd. hükümlerine başvurabileceği kabul edilmektedir. König, (2019), s. 83.

¹⁵ König, (2019), s. 81.

Türk hukukuna uygun olup olmadığı araştırılarak, yeni bir bakış açısı da geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmamız, eserin ayıplı olması üzerine iş sahibinin ayıbı takip eden zararı talep ettiğinde, bunun hangi şartlar altında istenebileceğini, buna bağlanan hüküm ve sonuçların neler olduğunu, hangi taleplerin ayıbı takip eden zarar içinde değerlendirileceğini, hangilerinin seçimlik haklarla karşılanacağını belirleme ve uygulanacak hükümleri tayin etme amacı gütmektedir. Tezimiz mümkün olduğunca Alman hukuku ile İsviçre hukukundaki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılarak temellendirilmektedir.

Çalışmamız giriş ve sonuç bölümleri hariç olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Konu ile ilgili genel bilgilerin verildiği giriş bölümünde ayrıca yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğunun tarihi gelişimi, bu kapsamda Roma hukukunda yaşanan gelişmeler, karşılaştırmalı hukukta özellikle Fransız, Avusturya ve Alman hukukunda ayıbı takip eden zarar meselesinin nasıl ele alındığı sorunu üzerinde durulmaktadır. 2002 yılında Alman Medeni Kanunu (BGB) ile Avusturya Medeni Kanununda (ABGB'de) ayıba karşı tekeffül hükümleriyle ilgili yapılan değişiklikler inceleme konusu yapılmaktadır.

İlk bölümde ise ayıbı takip eden zarar kavramının ne anlama geldiği, unsurları ve görünüm şekilleri ele alınmaktadır. Ayrıca ayıbı takip eden zararın talep edilebilmesi için aranan şartlar, buna bağlanan hukuki sonuçlar ile ayıbı takip eden zararın hukuki niteliği, iş sahibinin ayıp zararlarının tazmini yönünde seçimlik bir hakka sahip olup olmadığı konularına değinilmektedir. Bunun dışında ayıba ilişkin cezai koşulun ayıbı takip eden zarar ve ayıptan doğan seçimlik haklarla birlikte talep edilip edilemeyeceği, bunlar arasındaki ilişkisinin nasıl olması gerektiği sorunu çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

Ayıbı takip eden zararın kapsamının ele alındığı ikinci bölümde ise, zararın hukuki niteliği ile kapsamı iş sahibinin kullandığı seçimlik hakka bağlı olarak değişiklik göstereceğinden, şu şekilde üçlü bir ayrıma gidilmektedir:

İlk olarak sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında, ayıbı takip eden zararın hukuki niteliği ile ilgili doktrinde ileri sürülen görüşlere değinilmekte ve bu görüşler hukuken değerlendirilerek kendi görüşümüz açıklanmaktadır. Daha sonra hukuken illi nitelik taşıyan, iade alacağının kapsamına giren haller ile ayıbı takip eden zarar sayılan ve dönme zararı olarak da adlandırılan hallerin neler olduğu ortaya konmaya çalışılmaktadır. Bu ayırım, özellikle yüklenicinin kusursuz olduğu hallerde önem arz eder. Zira yüklenicinin iade alacağından doğan

sorumluluğu, ayıbı takip eden zarardan farklı olarak kusur şartına bağlı değildir. Ardından başka bir seçimlik hak olan onarım hakkına başvurulduğunda, tazmini istenen ayıbı takip eden zararın hukuken nasıl tasnif edilmesi gerektiği, onarım hakkının kapsamına giren haller ile onarım hakkı kapsamında karşılanamayan münferit zarar kalemlerinin nelerden oluştuğu belirlenmeye çalışılmaktadır. Nihayet indirim halinde ayıbı takip eden zararın türü, değer azalması kapsamında telafi edilen değerler ile bunun içinde yer almayan münferit zarar kalemleri ortaya konmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, eserin ayıplı ifası halinde ayıbı takip eden zararın tazmini ile ilgili uygulanacak hükümlerin neler olduğu, bu konuda satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229/III, IV hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı, başka bir deyişle, doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımının eser sözleşmesi bakımından geçerli olup olmadığı sorunu üzerinde durulmaktadır. Ayrıca ayıplı ifa aynı zamanda TBK m. 112 anlamında gereği gibi ifa etmemenin uygulama alanlarından birini (kötü ifayı) oluşturduğundan, TBK m. 475 ile TBK m. 112 arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiği sorunu, bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşlere de yer verilerek çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bunun dışında TBK m. 475 ile Türk Borçlar Kanununun genel hükümler bahsinde düzenlenen (haksız fiil hükümleri, irade bozukluğu halleri gibi) diğer sorumluluk sebepleri arasındaki ilişki incelenmektedir. Nihayet yüklenicinin ürün sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulup tutulmayacağı, bu kapsamda 2003 yılında yürürlüğe giren, açıkça olmasa da zımnen ilga olduğunu düşündüğümüz Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik¹⁶ ile öngörülen kusursuz sorumluluktan istifade edip edemeyeceği sorunu araştırılmaktadır.

Konuya ilişkin genel değerlendirmelerin yapıldığı sonuç bölümü ile çalışma tamamlanmıştır.

¹⁶ T.C. Resmi Gazete, T. 13.06.2003, S. 25137, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.6543&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=ayipli%20malin>

II-Konunun Sınırlandırılması

Eser sözleşmesinde ayıplı ifa ile ilgili hükümler emredici nitelikte olmadığından, taraflar sözleşme serbestisi ilkesinden faydalanarak yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin sözleşmeye hüküm koyabilirler. Bu konuda uyuşmazlık çıkması halinde, TBK m. 27'ye uygun olması koşuluyla öncelikle sözleşme hükümleri, sonrasında ise ayıplı ifa ile ilgili TBK m. 474-478 hükümleri uygulama alanı bulur. Söz konusu hükümler uyuşmazlığın çözümünde yetersiz kalırsa, TBK'daki genel hükümlere (örneğin TBK m. 112 hükmüne) başvurulur¹⁷.

Ayıplı ifa ile ilgili hükümler Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemelerle sınırlı değildir. Tüketici işlemi söz konusu olduğunda, öncelikli olarak uygulanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda konuya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buradaki düzenlemelerin TBK karşısında nasıl uygulanacağı ve TBK hükümlerinden ayrılan noktaları çalışmamızda inceleme konusu yapılmıştır.

Taraflardan birinin idare olması halinde uygulama alanı bulan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda da eser sözleşmesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu kanuna dayalı olarak iş sahibi idare tarafından ihale edilen ve belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere, 1984 yılında Bakanlar Kurulu tarafından Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi yayınlanmıştır. Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idareler ve belediyelerin 2886 sayılı Kanun uyarınca taahhüde bağladıkları yapım ve hizmet işlerinde uygulanan Şartname, 2886 sayılı Kanunun ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır¹⁸. Ancak 2002 yılında Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte 2886 sayılı Kanunun uygulama alanı büyük ölçüde daralmıştır. Gerçekten bu tarihten sonra söz konusu Kanunun uygulama alanı içinde yalnızca idarenin gelir getirici mahiyetteki sözleşmeleri kalmış, buna karşılık iş sahibinin idare olduğu eser sözleşmeleri kamu harcamalarını gerekli kıldığından, bu sözleşmeler hakkında Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Böylece Kamu İhale Kanununda belirtilen kamu kurumlarının taraf olduğu yapım işleri hakkında artık 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz hale gelmiştir¹⁹. Bu itibarla çalışmamızda 2886 sayılı Kanun ile buna dayanarak çıkartılan Genel Şartname hükümleri araştırma konusu yapılmamıştır.

¹⁷ Canbolat, (2009), s. 26.

¹⁸ Canbolat, (2009), s. 26.

¹⁹ Arpacı, Ö. (2019). *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı*, Ankara: Yetkin Yayınları. s. 180.

Kaynak İsviçre hukukunda geçerli olan, Mühendisler ve Mimarlar Odası (Schweizerischen Ingenieur- und Architekten- Verein) tarafından kaleme alınan ve inşaat işlerinde genel şartname niteliği taşıyan SIA Norm 118²⁰ düzenlemesi ise, ayıbı takip eden zararı ilgilendirdiği ölçüde ele alınmıştır.

Çalışmamızın konusunu eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zarar oluşturduğundan, diğer sözleşme türlerinde, örneğin satış veya kira sözleşmelerinde ayıbı takip eden zarar sorunu üzerinde durulmamıştır. Aksi halde çalışmanın kapsamı aşırı ölçüde genişlemiş olurdu. Bununla birlikte satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229 hükmüne, sadece eser sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunu bakımından değinilmiştir.

§ 2. KONUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

I-Roma Hukuku

A) Roma Hukukunda Eser Sözleşmesi

Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan Roma hukukunda, eser sözleşmeleri, locatio conductio sözleşmelerinden biri olarak kabul edilmiştir. Söz konusu sözleşmelerin kapsamına eser sözleşmesi (locatio conductio operis) dışında kira (locatio conductio rei) ile hizmet sözleşmeleri (locatio conductio operarum) de dâhildir²¹. Locatio conductio sözleşmelerinin ortak özelliği, rızai sözleşme niteliği taşımaları ve tam iki tarafa borç yükleyen iyiniyet sözleşmeleri (ex bono fide) olmalarıdır²².

Roma hukukunda da eser sözleşmesinin rızai nitelikte olduğu kabul edildiğinden, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Eser sözleşmesinin kurulmuş sayılması için yazılı ya da sözlü sözleşmelerde olduğu gibi

²⁰ Federal Mahkeme'ye göre, SIA Norm 118'in teamül niteliği bulunmamaktadır. Burada yer alan hükümler, ancak zımni dahi olsa taraflarca sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline getirildiğinde uygulama alanı bulur. Brandli, R. (2007). *Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA Norm 118*. Zürich: Dike Verlag. s. 11, dn. 40. Ayrıca bkz. Gauch, P. (2009). *Kommentar zur SIA Norm 118 Art 1-37, Grundbegriffe, Abschluss des Werkvertrages, Pflichten der Vertragspartner, Mehrzahl von Unternehmern, Vertretung der Vertragsparteien, Streitigkeiten und Gerichtsstand*. Zürich. s. 1 vd.

²¹ Fels, A. (2000). *Die Sachmangelgewährleistung im Werkvertragsrecht des BGB*. Hamburg: Lit Verlag. s. 14.

²² Rado, T. (2011). *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi. s. 102. Tahiroğlu, B. (2013). *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları. s. 220, 221. Koschaker, P., Ayiter, K. (1977). *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi. s. 237, 238. Canavcı, M. A. (2006). *Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 13.

iradelerin belli bir şekilde açıklanmasına ya da aynı sözleşmelerdeki gibi sözleşme konusu şeyin teslimine gerek yoktur.

Roma hukukunda başlangıçta eser sözleşmesinin konusunu, kamuya açık binaların inşası oluşturmuştur. Fakat zamanla heykellerin ve mabetlerin bakımında olduğu gibi, başka kamusal görevlerin yerine getirilmesi, hatta maddi olmayan eserlerin yapımı da sözleşmenin kapsamına dâhil edilmiştir²³. Böylece yüklenicinin belli bir ücret karşılığında bir eser (opus) meydana getirmeyi üstlendiği (sonuç taahhüdü altına girdiği) sözleşmeler, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Eser sözleşmesinin belli bir sonuca yönelik olması, Roma hukukuna dayanan bir esastır²⁴. Ancak günümüzdekinden farklı olarak, Roma hukukunda taşıma sözleşmeleri de eser sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir²⁵. Ayrıca Roma hukukunda bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için eserin imalinde kullanılacak malzemelerin locator (iş sahibi) tarafından temin edilmesi şartı aranmıştır. Malzemeler conductor (yüklenici) tarafından sağlandığında, satış sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁶. Hâlbuki Türk hukukunda hakim görüş, malzemeler yüklenici tarafından temin edildiğinde, eser teslim sözleşmesinin kurulduğunu ve bu halde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir²⁷.

Görüldüğü üzere, Roma hukukunda da eser sözleşmeleri sinallagmatik (karşılıklı borç doğuran) sözleşmelerden biri sayılmıştır. Gerçekten eseri meydana getiren conductor'un de ücret ödeyen locator'un de sözleşmenin yapılmasında menfaati vardır. Dolayısıyla eser sözleşmesinden doğan davalar iyiniyet davası niteliği taşır. Bunun en önemli sonucu, her iki tarafın da dava açma hakkının bulunmasıdır. Yüklenicinin açtığı dava actio conducti, iş sahibinin açtığı dava ise actio locati olarak adlandırılmaktadır²⁸. Actio conducti, iş sahibi ücret ödeme borcunu yerine getirmediğinde veya iş sahibinin temin ettiği malzemelerin ayıplı olması ya da herhangi bir şekilde sözleşmeye aykırı nitelik taşıması yüzünden yüklenicinin uğradığı zararların tazmini için açılır. Actio locati ise, yüklenici eseri yapmamışsa veya yapmış olmakla birlikte sözleşmede belirtilen tarihte teslim etmemişse açılan davadır²⁹.

²³ Fels, (2000), s. 19.

²⁴ Soydan, C. (2016). *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Özyeğin Üniversitesi. s. 19.

²⁵ Umur, Z. (1999). *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Beta Yayınevi. s. 370, Erdoğan, B. (2006). *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları. s. 95.

²⁶ Rado, (2011), s. 109, Koschaker, Ayiter, (1977), s. 240.

²⁷ Aral, Ayrancı, (2019), s. 378.

²⁸ Umur, (1999), s. 366, Rado, (2011), s. 108, Canavcı, (2006), s. 14.

²⁹ Rado, (2011), s. 108.

B) Roma Hukukunda Eserin Ayıplı Olması Halinde Sorumluluk

Roma hukukunda eserin ayıpsız bir şekilde ifa edilmesinin, eser sözleşmesi ile güdülen açık amaçlardan biri olup olmadığı sorusuna kolayca yanıt verilemez. Bununla birlikte yüklenici kararlaştırılan sonucun, yani, eserin sözleşmeye uygun şekilde ifasıyla yükümlü tutulmuştur³⁰. Sözleşmeye uygun ifa kavramınının kapsamına ayıpsız ifa da dâhil olduğuna göre, söz konusu ifa, sözleşme ile güdülen amaçlar arasında yer almalı ve iş sahibine actio locati davası açma hakkı tanınmalıdır.

Roma hukukunda conductor'un ayıplı ifadan sorumluluğu, malzemeleri temin eden kişiye göre belirlenmiştir. Gerçekten malzemeleri locator temin etmişse eser, buna karşılık conductor temin etmişse satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmıştır. Bununla birlikte ayıptan doğan hakları kullanabilmek için eserin muayene edilip, ayıpların uygun süre içinde bildirilmesi şartları ile ayıplı eserin kabulü halinde iş sahibinin ayıptan doğan bütün haklarını kaybetmesi, her iki sözleşmede de ortaktır. Bunun istisnasını, yüklenicinin hileli davranışlarının ayıplı eserin kabulünü etkilemesi oluşturmaktadır³¹. Yani hile söz konusu olduğunda, kabule rağmen yüklenici ayıplı ifadan sorumlu olmayı sürdürmektedir.

1. Ayıplı malzemenin conductor tarafından temin edilmesi

Roma hukukunda malzeme conductor tarafından temin edildiğinde, satış sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edildiğine göre, conductor'un getirdiği malzemedeki ayıp eserin ayıplı olmasına yol açtığı takdirde, ortaya çıkan ayıbı takip eden zararlar ilgili mantıken satış sözleşmesinde ayıplı ifaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna göre satıcının sorumluluğu, zararın ortaya çıktığı döneme bağlı olarak değişiklik göstermektedir:

a) Ius civile dönemi

Ius Civile döneminde satıcı ayıptan dolayı kanunen sorumlu değildir. Öyle ki, satıcının sorumluluğunun doğabilmesi için ya malın ayıplı olmadığına yönelik taahhütte bulunması (diğer bir deyişle özel bir teminat vermesi, vasıf vaadinde bulunması) ya da satılndaki ayıbı hile ile gizlemesi gerekmektedir³². Yoksa satıcı satılndaki ayıbı bilmiyorsa veya ayıp gizli ayıp

³⁰ Fels, (2000), s. 24.

³¹ Fels, (2000), s. 20, 21.

³² Umur, (1999), s. 364, Tahiroğlu, (2013), s. 211, Koschaker, Ayiter, (1977), s. 235, Edis, S. (1963). *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. s. 3.

niteliğindeyse sorumlu tutulmamaktadır³³. Bu durum, satıcının sorumluluğunun diğer dönemlere nazaran oldukça hafif olduğu anlamına gelmektedir.

Ius Civile döneminde satıcı nuncupatio ve stipulatio olmak üzere iki farklı şekilde taahhütte bulunabilmektedir. 12 Levha Kanunlarından itibaren mancipatio³⁴ yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde satılanın ayıplı olmadığına yönelik taahhütlerin nuncupatio³⁵ şeklinde gerçekleşmesi şartı aranmıştır³⁶. Bu taahhüde rağmen mancipatio yoluyla gerçekleşen taşınmaz satış sözleşmelerinde, taşınmazın yüzölçümü yanlış çıkarsa, alıcı actio de modo agri adı verilen davayı açabilir ve satıcıdan ödediği bedelin iki katını ceza olarak talep edebilebilir³⁷. Sorumluluk için satıcının taahhüdünün (vaadinin) haksız olduğunu bilmesine gerek yoktur, beyanın haksız olması gerekli ve yeterlidir. Buna karşılık diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde tazminat talebi kural olarak sadece haksız fiil hükümlerine dayanarak istenebilmektedir. Örneğin, iş sahibi ya da kiracı hiçbir şekilde sözleşmesel bir talepte bulunamamaktadır. Çünkü klasik öncesi dönemde hukuki işlemlerden doğan yükümlülüklerin türleri henüz o kadar geniş değildir³⁸.

Bunun dışında satıcı ayrı bir sözleşme ile sözlü olarak gerçekleşen stipulatio yoluyla taahhütte bulunursa, alıcının ayıptan dolayı uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalmaktadır. Bu teminat şekli, res nec mancipi mallarla, Romalılarla yabancılar arasında akdedilen satış sözleşmelerinde uygulanmaktadır. Bu yöntem satıcının lehinedir. Çünkü ilk

³³ Rado, T. (1945). "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 10 (3-4), 604-619, s. 611, Saran, B. (1992). *Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Maldaki Maddi Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 29.

³⁴ Mancipatio, res mancipi malların mülkiyetini devretmeye yarayan hukuki yollardan biridir. Iustinianus dönemine kadar Roma hukukunda res mancipi ve res nec mancipi mal ayrımı yapıyordu. Buna göre İtalya arazisi, İtalya arazisi üzerindeki tarımsal irtifak hakları ile köleler, yük ve çeki hayvanları res mancipi mal kabul edilirken, bu dört malın dışında kalan bütün mallar ise res nec mancipi mal olarak nitelendiriliyordu. Bu ayrımın temelinde, Roma devletinin ekonomisinin tarıma dayalı olması yatmaktadır. Gerçekten tarımda önem arz eden mallar res mancipi, diğerleri ise res nec mancipi mal sayılmıştır. Klasik dönemde res mancipi mallar mancipatio ya da in iure cessio yoluyla devredilirken, res nec mancipiler ise traditio veya in iure cessio ile devredilmekte idi. Ancak Iustinianus dönemiyle birlikte res mancipi malların da traditio yoluyla devri mümkün hale gelince, bu ayrım da hukuki önemini yitirmiş, onun yerine taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapılmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emiroğlu, H. (2011). "Roma Hukukunda Alım Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2), 99-119. s. 103 vd.

³⁵ Mancipatio esnasında satıcının söylediği şekle tabi sözlerdir, Emiroğlu, (2011), s. 102.

³⁶ Rado, (1945), s. 609, Emiroğlu, (2011), s. 106.

³⁷ Todt, G. (1970). *Die Schadensersatzansprüche des Kaufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmangeln*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft. s. 21, Saran, (1992), s. 7.

³⁸ Todt, (1970), s. 21.

yöntemden farklı olarak, satıcı, satılanın iki katını ceza olarak ödememekte, sadece alıcının uğradığı zararı tazmin ederek sorumluluktan kurtulmaktadır³⁹.

Yukarıdaki taahhütler dışında Ius Civile döneminde satıcı satılndaki ayıbı bilmesine rağmen, durumu alıcıdan hile ile gizlediğinde de sorumlu tutulmaktadır. Satıcının sorumluluğu için ayrıca alıcının sözleşmenin kurulduğu anda ayıbı bilmemesi şartı da aranmaktadır⁴⁰. Bu sorumluluğun sebebi, satıcının iyi niyet kurallarına aykırı davranmasıdır. Hâlbuki satıcı, rızai nitelikteki satış sözleşmesi, aynı zamanda iyi niyet sözleşmesi sayıldığından hileli hareket edemez. Aksi halde alıcı actio empti davası açarak uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Bu halde hâkim her ne kadar tazminat miktarını serbestçe takdir etse de, ayıptan dolayı uğranılan zararların yanı sıra ayıplı malın özgülendiği amacın gerçekleşmemesi yüzünden oluşan zararları da dikkate almaktadır⁴¹. Hatta tazminat talebi, ayıp yoluyla ortaya çıkan refakat eden zararları (Begleitschaden) da kapsamaktadır. Ancak satıcı ayıbı bilmediği takdirde, tazminat ödemekle yükümlü değildir⁴². Buna karşılık tazminat talebi alıcının yoksun kaldığı karı içermemektedir⁴³.

b) Ius honorarium dönemi

Ius Honorarium döneminde pazarların kontrolü ile görevli olan aedilis curulis'ler, köle ve hayvan satışıyla sınırlı olmak üzere satılndaki ayıpların tamamının satıcı tarafından alıcıya bildirilmesi şartını getirmişlerdir. Bu ayıplar arasında kölenin hasta olması, kaçak ya da serseri olması gibi karakter eksikliklerinin bulunmasının yanı sıra, tazminat alacağı ile yüklü olması gibi haller yer almaktadır⁴⁴. Satıcı söz konusu ayıplara ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemişse, kendisinin bile bilmediği gizli ayıplardan sorumlu olmaktadır. Zira satıcının ayıpları bilmesi gerektiği, bilmediği takdirde bu durumun alıcıyı ilgilendirmediği kabul edilmektedir. Böylece Ius Civile dönemindeki gibi sorumluluk için satıcının taahhütte bulunmasına gerek yoktur⁴⁵.

³⁹ Rado, (1945), s. 609, 610, Emiroğlu, (2011), s. 111, 113, Saran, (1992), s. 10, 11, Canbaz, A. T. (2008). *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Akdinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 8, 9.

⁴⁰ Saran, (1992), s. 19, Özdemir, H. (2013). *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Ankara: Yetkin Yayınları. s. 56.

⁴¹ Rado, (1945), s. 610, 611, Canbaz, (2008), s. 11.

⁴² Todt, (1970), s. 22.

⁴³ Edis, (1963), s. 3.

⁴⁴ Todt, (1970), s. 22.

⁴⁵ Rado, (1945), s. 613.

Ius Honorarium döneminde alıcıya seçimlik hak olarak sadece sözleşmenin feshi ve ayıp oranında bedelin indirilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Fesih davasının (actio redhibitoria) satış sözleşmesi kurulduktan sonra 6 ay içinde, bedelin indirilmesi davasının (actio aestimatoria veya actio quanti minoris) ise 1 yıl içinde açılması gerekmektedir⁴⁶. Bu davaların açılabilmesi için satılanın sözleşme kurulmadan önce ayıplı olması ve alıcının sözleşmeyi yaparken bu ayıpları bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması şartları aranmıştır⁴⁷. Buna karşılık günümüzdekinden farklı olarak, Roma hukukunda alıcıya onarım hakkıyla ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkı tanınmamıştır⁴⁸.

c) Iustinianus dönemi

Iustinianus döneminde daha önce köle ve hayvan satışlarında başvurulabilen davaların, satış sözleşmesinden doğan bütün mallar (mebiler) için açılabilmesi mümkün hale gelmiştir⁴⁹. Satıcı, gizli ayıp da dahil satıldaki her türlü ayıptan sorumlu tutulmuştur. Bu dönemde de alıcı 6 ay içinde açacağı dava ile sözleşmeyi feshederek satılanın iadesini isteyebileceği gibi, 1 yıl içinde ayıp oranında bedelde indirim yapılmasını da talep edebilmektedir⁵⁰. Ayrıca alıcıya kötü niyetli satıcıya karşı actio empti davası açarak, ayıbı takip eden zararlarının tazminini talep etme yetkisi de verilmiştir. Satıcı ayıbın varlığını hile ile gizlemişse, alıcının actio empti ile isteyeceği tazminat talebi herhangi bir süreye tabi tutulmamıştır⁵¹. Alıcının zararı, hileli harekette bulunulmasaydı malvarlığının alacağı durum dikkate alınarak tayin edilmiştir⁵².

Roma hukukunda tazminat tutarı belirlenirken, sözleşmenin türünden ziyade bazı hallerde zarara uğrayan malın değerinin dikkate alındığı, ancak çoğu halde alıcının menfaati neyi gerektiriyorsa bu durumların hepsinin göz önünde bulundurulduğu ve satıcının fiili zararların yanı sıra yoksun kalınan karı da tazmin etmek zorunda kaldığı görülmektedir. Böylece alıcının tazminat talebi fiili zararı aşabilmektedir. Ancak Iustinianus döneminde zarar verenin tazminat sorumluluğunun hiçbir durumda zarara uğrayan malın değerinin iki katını geçemeyeceği kabul edilmiştir⁵³. Diğer taraftan zararın meydana gelmesinde alıcının müterafik (ortak) kusuru bulunabilir. Satıcının kastı ile alıcının ihmali bir araya gelmişse, bu durum

⁴⁶ Umur, (1999), s. 364, 365, Tahiroğlu, (2013), s. 212, 213, Erdoğan, (2006), s. 81, Rado, (2011), s. 100.

⁴⁷ Edis, (1963), s. 5.

⁴⁸ Erdoğan, (2006), s. 82.

⁴⁹ Umur, (1999), s. 365, Koschaker, Ayiter, (1977), s. 236, Canbaz, (2008), s. 33, Özdemir, (2013), s. 58.

⁵⁰ Emiroğlu, (2011), s. 117, Saran, (1992), s. 111.

⁵¹ Tahiroğlu, (2013), s. 213, Özdemir, (2013), s. 58.

⁵² Canbaz, (2008), s. 34.

⁵³ Rado, (2011), s. 33, 34.

satıcının tazminat sorumluluğunu etkilemez. Buna karşılık satıcının ihmali ile alıcının ihmali bir araya gelmişse, satıcının tazminat sorumluluğu ortadan kalkar. Roma hukukunda bu duruma ihmallerin takası adı verilmektedir⁵⁴. Hâlbuki günümüzde her iki tarafın ihmali söz konusu olduğunda, herhalükarda tazminat sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Zira TBK m. 52’de hâkime somut olayın şartlarını dikkate alarak tazminat miktarında indirim yapma veya sorumluluğu tamamen kaldırma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Günümüzde olduğu gibi, Roma hukukunda da satış sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından, satıcının sorumluluğu sorumsuzluk sözleşmesi ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Ancak satıcı ayıba hile ile gizlediğinde, sorumsuzluk sözleşmesine hukuki geçerlilik tanınmamıştır⁵⁵.

2. Ayıplı malzemenin locator tarafından temin edilmesi

Malzeme locator tarafından sağlandığında, ayıptan sorumlulukla ilgili eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Ancak yapılan araştırmalar sonucunda, Roma hukukunda eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı⁵⁶ ve yüklenicinin “hâkimiyetinden” (imperitia’dan) doğan zararlardan sorumlu tutulduğu görülmüştür. Yani ayıplı ifa halinde iş sahibinin tazminat talep edebilmesi, yüklenicinin belli bir duruma ilişkin, özellikle üstlendiği iş görme edimini yerine getirme konusunda yeterli olduğu yönünde garanti taahhüdünde bulunması şartına bağlanmıştır⁵⁷. Bir diğer ifadeyle, eserin imalinde kullanılacak malzemeler iş sahibi tarafından temin edildiğinde, yüklenicinin eseri meydana getirmek için gerekli yeteneğe sahip olmamasından doğan zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁵⁸. Ayrıca yüklenici kendisine verilen malzemelerin çalınmasından ve zarar görmesinden kusursuz olsa dahi sorumlu tutulmuştur⁵⁹.

Teslim edilen eser ayıplı çıktığında, iş sahibine tıpkı diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi actio locati davasını açma hakkı tanınmıştır. Bu halde hâkim, davalı davacıya karşı neyi borçlanmışsa, borçlanılan şeyin dürüstlük kuralına göre yerine getirilmesine karar verecektir⁶⁰. Roma hukukunda kararlar kural olarak her zaman belli bir miktar paraya ilişkin olduğu için,

⁵⁴ Rado, (2011), s. 34, Tahiroğlu, (2013), s. 77, 78.

⁵⁵ Tahiroğlu, (2013), s. 214.

⁵⁶ Soydan, (2016), s. 129, 130.

⁵⁷ Stotz, (1989), s. 180, Todt, (1970), s. 24.

⁵⁸ Fels, (2000), s. 20.

⁵⁹ Fels, (2000), s. 20.

⁶⁰ Stotz, (1989), s. 180.

iş sahibine onarım hakkı tanınmamıştır⁶¹. Ancak en azından belli durumlarda bu hakkın verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶². Dolayısıyla ayıplı ifadan doğan ve *condemnatio pecuniaria* olarak adlandırılan tazminat talebi, sadece belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Aynı şekilde alıcının hiç ifa etmemeden doğan davalarda da hiçbir zaman asli edimi talep edemeyeceği, aksine sadece tali nitelikteki tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu durum, Roma hukukunda para dışındaki diğer edimlerin icrasının mümkün olmamasından kaynaklanmıştır⁶³. Bunun dışında yükleniciye günümüzdeki gibi bir sorumluluk yüklenmemiş⁶⁴, sorumluluğa ilişkin genel esaslar burada da uygulanmıştır.

Gerçekten locator tarafından temin edilen malzemedeki ayıp hile ile gizlendiğinde, haksız fiil hükümlerine başvurulmuştur. Zira Praetorlar, hile ve tehdite karşı mağdura para cezası veya tazminat davası açma hakkı tanıyarak, bunları haksız fiil haline getirmişlerdir. Aslında hile (*dolus*) ve tehdit (*metus*) *Ius Civile*'de haksız fiil olarak düzenlenmemiştir. Bunlar Praetorlar tarafından kabul edildiğinden, haksız fiil benzeri davranışlardır (*Quasi Delictum*)⁶⁵. Diğer taraftan Iustinianus döneminde ağır ihmalin de hile ile aynı hükümlere tabi tutulduğu görülmektedir. Böylece conductor'un sadece hile değil, ağır ihmal halinde de sorumsuzluk anlaşması ile ayıptan doğan sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmasına izin verilmemiştir. Zira bu tür bir anlaşma ahlaka aykırı nitelik taşımaktadır⁶⁶. Aynı durum Türk hukuku için de geçerlidir (TBK m. 115).

Ayrıca Roma hukukuna ilişkin farklı metinlerde, conductor'un özen yükümlülüğünün varlığından açıkça bahsedilmiştir. Eserin ayıplı olması, conductor'un özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklandığında, locator'a, *locatio conductio*'dan dolayı dava açma hakkı tanınmıştır. Hatta conductor'un hilesi varsa, locator ayıplı eseri kabul etmiş olsa bile sözleşmenin geçersiz olacağı ve *locatio conductio* kapsamında dava açılabilmesi kabul edilmiştir⁶⁷.

Bunun dışında eser sözleşmesinde conductor'un kendisine teslim edilen malzemenin doğan sorumluluğu, tıpkı malzemenin conductor tarafından temin edilmesinde olduğu gibi

⁶¹ Fels, (2000), 25.

⁶² Stotz, (1989), s. 180.

⁶³ Fels, (2000), s. 25.

⁶⁴ Todt, (1970), s. 24.

⁶⁵ Umur, (1999), s. 396.

⁶⁶ Zilelioğlu, H. (1987). "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 39 (1-4). 241-264, s. 259, Koschaker, Ayiter, (1977), s. 197.

⁶⁷ Soydan, (2016), s. 122, dn. 550.

zararın meydana geldiği döneme göre farklılık göstermektedir. Şöyle ki, klasik dönemde conductor'un kendisine teslim edilen malzemeden doğan sorumluluğunun hukuken custodia (nezaret) sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir. Custodia sorumluluğunda, borçludan, zilyetliğinde yer alan başkasına ait malların zarar görmemesi için en titiz kişilerden beklenen normalin çok üstünde bir özeni göstermesi beklenmektedir. Hatta doktrinde bu sorumluluğun kusursuz sorumlulukla aynı anlama geldiği dahi savunulmuştur⁶⁸. Böylece conductor, mücbir sebep (vis maior) kapsamına girmeyen tüm beklenmedik olaylardan (casus fortuitus) sorumlu tutulmuştur⁶⁹. Conductor, zararın mücbir sebepten kaynaklandığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. Conductor'un sorumluluğunun bu şekilde ağır tayin edilmesinde, onun lacotor'a bağlı olmaması etkili olmuştur⁷⁰.

Klasik sonrası (Iustinianus) döneme gelindiğinde ise, sözleşmenin yapılmasında her iki tarafın da menfaati olduğu dikkate alınarak, kusur sorumluluğu (omnis culpa) ilkesine geçilmiş ve conductor'un sorumluluğu belli ölçüde hafiflemiştir. Ancak zarar conductor'un mesleki yetersizliğinden kaynaklandığında, conductor kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmuştur⁷¹. Bu dönemde conductor'un objektif nitelikteki custodia sorumluluğunun yerine, kendisine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesine dayanan subjektif sorumluluk sistemi esas alınmıştır. Fakat burada da conductor'un göstermesi gereken özen belirlenirken, çok dikkatli aile babasından beklenen özen göz önünde bulundurulmuş ve bu özeni göstermeyen conductor'un sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir. Aile babasından beklenen özen belirlenirken, beklenmedik haller de bu kapsama dâhil edilmiştir. Buna karşılık mücbir sebeplerin gerçekleşmesine engel olmak hiçbir şekilde mümkün olmadığından, conductor bundan sorumlu tutulmamıştır⁷². Sonuç olarak, günümüzde kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa geçiş yönünde gerçekleşen eğilim, Roma hukukunda aksi yönde gelişme göstermiştir⁷³.

Diğer taraftan zarara üçüncü kişi neden olduğunda, conductor'un bundan sorumlu olup olmayacağı konusunda Roma hukukunda farklı görüşler savunulmuştur. Bir görüşe göre,

⁶⁸ Ancak doktrindeki hakim görüşe göre, custodia sorumluluğu kusursuz sorumluluk anlamına gelmemektedir. Bu kavramla borçlunun yalnızca malı özenli ve güvenli bir şekilde koruma borcu altına girdiği anlatılmak istenmektedir. Somer, P. (2008). *Roma Hukukunda İstisna Akdi*. İstanbul: Der Yayınları. s. 101, dn. 295, Soydan, (2016), s. 130.

⁶⁹ Somer, (2008), s. 101, 102, Zilelioğlu, (1987), s. 263, Koschaker, Ayiter, (1977), s. 199, Canavcı, (2006), s. 78.

⁷⁰ Somer, (2008), s. 105.

⁷¹ Tahiroğlu, (2013), s. 228, 229, Canavcı, (2006), s. 79.

⁷² Somer, (2008), s. 105, Soydan, (2016), s. 138.

⁷³ Erdoğmuş, (2006), s. 25, Zilelioğlu, (1987), s. 263.

conductor hiç bir şekilde sorumlu değilken, başka bir görüşe, conductor'un sorumluluğu ya kendisine kusur izafe edilebildiğinde ya da üçüncü kişilerin verdiği zarar önlenabilir nitelik taşıdığına söz konusu olmaktadır⁷⁴. Buna karşılık eserin imalinde conductor'un kişiliği önem arz etmediği için ifa yardımcılara başvurulmuş ve zarar da bu kişilerin davranışlarından kaynaklanmışsa, conductor'un sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir⁷⁵. Fakat bunun yanı sıra conductor'a kurtuluş kanıtı getirme imkânı verilmiştir. Şöyle ki, conductor zararın meydana gelmemesi için gereken tüm özeni gösterdiğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilmektedir⁷⁶.

II-Alman Hukuku

A) 2002 Yılı Öncesindeki Hukuki Durum

1. Ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar ayırımı ve bu ayırımın önemi

Alman hukukunda uzun yıllar ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar ayırmaya yönelik pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu durumun ortaya çıkmasında, eser sözleşmelerindeki edim içeriklerinin birbirinden farklı olması, bir şeyin üretilmesi veya işlenmesi dışında bilirkişi tayini, sanatsal işler gibi serbest meslek faaliyetlerinin de eser sözleşmesinin kapsamına dâhil olması etkili olmuştur. Sözleşmenin uygulama alanının maddi eserlerle sınırlı olmayıp maddi olmayan eserleri de kapsamı, söz konusu zarar türleri ile ilgili genel ve yeknesak bir ayırım kriteri oluşturulmasını zorlaştırmış, onun yerine sadece somut olaylar için geçerli bir takım ayırım kriterleri geliştirilebilmiştir⁷⁷.

Sorunun çözümü, Alman hukukunda özellikle 2002 yılında yapılan borçlar hukuku reformundan önce büyük bir öneme sahipti. Şöyle ki, ayıplı eser dolayısıyla BGB § 635'ten doğan tazminat talepleri BGB § 638 uyarınca eserin tesliminden itibaren 6 ayda (taşınmazlarda 1 yılda, yapı eserlerinde ise 5 yılda) zamanaşımına uğrarken⁷⁸, sözleşmenin müspet ihlalinden

⁷⁴ Somer, (2008), s. 109, 110.

⁷⁵ Fels, (2000), s. 20, Tahiroğlu, (2013), s. 230, Erdoğan, (2006), s. 95.

⁷⁶ Soydan, (2016), s. 45.

⁷⁷ Winter, (1979), s. 19, 20. Maddi olmayan eserlerin ayıplı olması halinde başvurulabilecek tek hukuki çarenin tazminat talebi olduğu yönünde bkz. Simons, R. (1927). *Die Mangelhaftung im Werkvertrage*. Würzburg: Bavaria. s. 52.

⁷⁸ BGB 638'deki kısa zamanaşımı süreleri, gizli ayıplar söz konusu süreler içinde keşfedilmemiş olsa dahi uygulama alanı bulmaktadır. Yeter ki, yüklenici ayıbın varlığını hile ile gizlemiş olmasın. Diğer taraftan bina eserlerinde zamanaşımı süresinin daha uzun tayin edilmesi ihtiyaçtan doğmuştur. Bina eserindeki ayıp beş yıllık süre dolduktan sonra ortaya çıktığında, kural olarak bu ayıbın eserin icrasındaki eksiklikten değil, başka bir sebepten doğduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık beş yıl içinde gerçekleşen ayıpların eserin icrasından doğduğu yönünde hukuki bir karine mevcut değildir, Walter, T. (1990). *Das Verhältnis der gewährleistungrechtlichen Schadensersatzansprüche im Kauf- Miet- und Werkvertragsrecht zu dem Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung*. Frankfurt: Lang. s. 96.

doğan talepler 30 yılda zamanaşımına uğramaktaydı. Zamanaşımı süreleri arasındaki bu uçurum, ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar arasındaki ayırımın sadece teorik açıdan değil, pratikte de önemli olduğunu açıkça ortaya koymaktaydı⁷⁹.

Anılan ayırım, zamanaşımı dışında bir dizi hukuki sonucu da doğrudan etkilemektedir. Örneğin, sözleşmenin müspet ihlalinden doğan taleplerde uygulama alanı bulan, kusuru ispat yükünü ters çeviren BGB § 282 hükmünün uygulama alanı, ciddi şekilde bu hukuki kurumla sınırlandırılmış, eser sözleşmesinde benzer talepler içeren diğer hukuki kurumlara (ayıp hükümlerine) genişletilmemiştir⁸⁰. Bunun dışında Alman hukukunda BGB § 635'e göre tazminat talebi, dönme ve bedel indirimi haklarının yerine seçimlik olarak talep edilebilirken, sözleşmenin müspet ihlalinden doğan tazminat hakkı ayıptan doğan hakların yanında (kümülatif olarak) da talep edilebilmektedir. Ayrıca BGB § 635'ten doğan tazminat hakkını kullanabilmek için öncelikle ayıbın giderilmesinin araştırılması ve bunun için ek süre verilmesi gerekirken, sözleşmenin müspet ihlalinden doğan talepler ek süre verilmeden derhal kullanılabilir. Nihayet eser sözleşmesi geçersiz olduğunda da, ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar arasında ayırım yapmak önemli bir hal almaktadır. Zira BGB § 635 hukuken geçerli bir sözleşmenin varlığını ararken, sözleşmenin müspet ihlalinden doğan tazminat talebi doktrindeki hakim görüşe göre sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir⁸¹. Görüldüğü üzere, BGB § 635'ten ve sözleşmenin müspet ihlalinden doğan talepler hukuki sonuçları itibarı ile birbirlerini sınırlandırmaktadır. Başka bir deyişle, ayıptan doğan zarar, BGB § 635'in kapsamına girmiyorsa, sözleşmenin müspet ihlali hükümlerine tabi olmaktadır⁸².

BGB § 635'te geçen “*indirim veya dönme yerine hiç ifa etmemeden doğan zararın tazmini*” ifadesi, ayıptan doğan zararların hangi kapsamda bu hükme tabi olduğunu belirlemede yeterince açık değildir. Lafzi yorum yapıldığında, ancak eserdeki zararların BGB § 635'e tabi olduğu sonucu çıkarılmaktadır⁸³. Ancak Alman hukukundaki hakim görüşe göre,

⁷⁹ Winter, (1979), s. 2.

⁸⁰ Finger, P. (1973). “Die Haftung des Werkunternehmers für Mangelfolgeschaden”, *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 3. s. 81.

⁸¹ Winter, (1979), s. 3, 4.

⁸² Rohlack, T. (1997). *Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmangelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag*. Baden: Nomos Verlag. s. 103, 104.

⁸³ Kolberg, K. (2002). *Der Veranstaltungsbesuchsvertrag*. Kassel: Kassel University Press. s. 152, 153.

ayıp zararları ile yakın ayıby takip eden zararlar BGB § 635'e tabi iken, uzak ayıby takip eden zararlar sözleşmenin müspet ihlali kapsamında talep edilebilir⁸⁴.

Zarar türleri arasında ayırım yaparken, zararın maddi olmayan eserlerdeki ayıplardan kaynaklanması durumu özel bir öneme sahiptir. Uygulamada bu zararların, genellikle ayıplı bilirkişi raporlarından, hukuki mütalaalardan, vergilendirmeden, mimarın planından, istatistikçinin hesaplamasından ve krediye ilişkin bilgilendirme raporundan doğduğu görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi, ayıplı vergilendirmeden, kredi bilgilendirme raporundan ve hukuki mütalaalardan doğan zararları ayıby takip eden zarar olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararları incelendiğinde, bir çeşit tipikleştirme öngörüldüğü ve getirilen çözüm yolunun maddi olmayan bütün eserleri kapsamadığı görülmektedir. Örneğin, değerlendirme yapılırken mimarın planı ile istatistikçinin hesaplamasından doğan zararlar göz ardı edilmiştir. Hâlbuki bu olay gruplarında da zarar, tıpkı diğerlerinde olduğu gibi “*ilk eserdeki ayıbyn ikinci esere sirayet etmesi*” yoluyla oluşmaktadır. Dolayısıyla bu hallerde de ayıby takip eden zararın varlığı kabul edilmelidir. Zira tarihi kanun koyucu eser sözleşmesine ilişkin hükümleri kaleme alırken, bu tür zararlı sonuçları göz ardı etmiş, maddi olmayan eserleri ancak maddi niteliğe büründükleri ölçüde dikkate almıştır⁸⁵.

2. Ayıby zararı ile ayıby takip eden zarar ayırımına ilişkin görüşler

Aslında ayıby zararı ile ayıby takip eden zarar ayırımı, kötü ifadan doğan sorumluluk durumlarının ayrılmasından başka bir şey değildir. Ancak bu ayırımın nasıl yapılacağı, gerek Alman doktrinini gerek Federal Mahkemeyi uzun süre meşgul etmiş ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Uygun illiyet bağı, somut olaydaki ayıbyn türü, zararın meydana geldiği yer görüşü bunlardan sadece bazılarıdır⁸⁶. Aşağıda bu görüşler ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

⁸⁴ Diederichsen, U. (1965).“Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschaden“, *Archiv für die civilistische Praxis*. Bd. 165. Heft 2. S. 150, 150-168, s. 162, Schwenger, A. (1977). *Der Ersatz von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden bei lästigen Verträgen*. Bern: H. Lang. s. 199.

⁸⁵ Winter, (1979), s. 154.

⁸⁶ Fuglinszky, A. (2007). *Mangelfolgeschaden im deutschen und ungarischen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag. s. 132.

a) Doktrinde ileri sürülen görüşler

aa) Uygun illiyet bağı görüşü

Doktrindeki hakim görüş, *illiyet bağından* hareketle sözleşme konusu eserde doğrudan doğruya ortaya çıkan ve eseri kullanıma elverişsiz hale getiren, değersiz kılan ya da en azından değerini azaltan kayıpları ayıp zararı, buna karşın doğrudan eser ayıbına dayanmayan, aksine başka bağımsız olayların yol açtığı zararları ise ayıbı takip eden zarar olarak değerlendirmektedir. Hatta Federal Mahkemenin önceki tarihli kararlarında da illiyet bağı görüşünün etkili olduğu görülmektedir. Ancak doktrindeki bazı yazarlar ayıptan dolayı eserdeki değer azalması dışındaki bütün zararların, yoksun kalınan kar da dâhil olmak üzere bağımsız bir olaya dayandığını gerekçe göstererek illiyet bağı görüşünün yetersiz olduğuna vurgu yapmışlardır⁸⁷.

bb) Tipolojik görüş

Doktrindeki bazı yazarlar sorunun *eser sözleşmesindeki zarar türleri tipolojisiyle* çözümlenmesinden yanadır. Buna göre zararın türüne göre ayırım yapılması ve bunların tipikleştirmesi gerekir. Bu bağlamda değer azalması, yoksun kalınan kar, ayıbın giderilmesi masrafları, ikame edimin temini için yapılan masraflar ile sözleşme masrafları BGB § 635 anlamında ayıp zararı olarak nitelendirilmelidir. Bunun dışındaki diğer bütün zararlar hakkında ise sözleşmenin müspet ihlali hükümleri uygulanmalıdır⁸⁸. Bu yazarlar görüşlerini gerekçelendirirken, kanun koyucunun BGB § 638’de yapı eserleri, taşınmazlar ve diğer eser edimlerini dikkate alarak bir tipikleştirme öngördüğünden yola çıkmışlardır⁸⁹.

Hatta bazı yazarlar bir adım daha ileri giderek, eser sözleşmesinin türüne göre yapılacak tipikleştirmede mahkeme kararlarına konu olan olayların da göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan eser sözleşmelerini dikkate alarak bir ayırım yapmak, sadece örnek niteliğinde bir sayma olacağından, bu görüş doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiştir. Gerçekten eser sözleşmelerinin türlerini kazıistik bir şekilde

⁸⁷ Fuglinszky, (2007), s. 133.

⁸⁸ Walter, (1990), s. 120.

⁸⁹ Buna karşılık Winter’e göre, bu görüşteki yazarlar, kanunen öngörülen bu tipikleştirmenin teknolojik gelişmeler sonucunda eser ediminin içeriğinin değişmesi dolayısıyla yetersiz kaldığını göz ardı etmişlerdir. Bu halde kanunen öngörülen tipikleştirmenin düzeltilmeye ihtiyacı vardır, Winter, (1979), s. 134-136.

saymak, bütün eser sözleşmeleri için geçerli genel bir tipikleştirme oluşturmaya çalışmak, beyhude bir çabadır. Bu durum hukuki güvenliği de tehlikeye sokar⁹⁰.

cc) Somut ayıbın türünü esas alan görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁹¹, eser sözleşmesinin kapsamı genelleştirme yapılamayacak kadar geniş olduğundan, tipikleştirme görüşünün kabul edilmesi mümkün değildir; ayırım yaparken *somut ayıbın türünün* esas alınması gerekir. Tipik olarak kısa süre içerisinde ortaya çıkmayan, niteliği gereği uzun süre geçtikten sonra da sebebini herhangi bir zorluk çekmeden kolayca belirlemenin mümkün olduğu belli ayıpların (örneğin ayıplı bilirkişi raporlarının) da BGB § 638'e tabi tutulması gerekir. Fakat bu tür maddi olmayan eserlerden doğan zararlar için zamanaşımının başlangıç anının ötelenmesi ve sürenin teslimden itibaren değil, zararın öğrenildiği andan işlemeye başlaması gerekir. Zira kısa zamanaşımı süresi maddi olmayan eserler için uygun değildir. Ancak Jakobs'un zamanaşımının başlangıç anını öteleme önerisi doktrinde eleştirilmektedir. Buna gerekçe olarak, sözleşme ile haksız fiil hukukunun kendine özgü kuralları olduğu ve haksız fiillere ilişkin BGB § 852 hükmünün⁹² kural olarak sözleşme hukukuna uygulanamayacağı gösterilmektedir⁹³.

dd) Zararın meydana geldiği yeri esas alan görüş (lokal kriter)

Bazı yazarlar ayırım yaparken *zararın meydana geldiği yerin*, yani zararın eserde mi yoksa eser dışında başka bir varlıkta mı oluştuğunun esas alınması gerektiğini savunmuşlardır. Buna göre zarar bizzat eserin kendisinde gerçekleşirse ayıp zararı, buna karşılık eser dışında diğer malvarlığı değerlerinde ve sözleşmeye yabancı hukuki değerlerde ortaya çıkarsa ayıbı takip eden zarar söz konusu olur⁹⁴.

Bu görüşün öncülerinden biri olan Grimm, ayıplı ifadan doğan hakları sistematize ederken, temel hak olarak onarım hakkından yola çıkmıştır. İş sahibinin BGB § 634/635'e göre, diğer haklarını kullanmadan önce BGB § 633/II'ye göre onarımı talep etme hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Ona göre, onarımın yerine getirilmemesinden doğan her talep

⁹⁰ Winter, (1979), s. 137.

⁹¹ Jakobs, H. H. (1975). "Die Verjährung des Schadensersatzanspruches wegen mangelhafter Werkleistung". *Juristische Schulung*, s. 79, 80.

⁹² BGB § 852'de 3 yıl olarak öngörülen zamanaşımı süresinin başlangıcı, objektif (zararın ortaya çıktığı andan itibaren) değil, subjektif olarak tayin edilmiş ve sürenin işlemeye başlaması zararın bilinebilirliği şartına bağlanmıştır.

⁹³ Winter, (1979), s. 138, 139. Zamanaşımının başlangıç anının belirlenmesi konusunda BGB § 852 hükmünün esas alınmasının kanunun açık lafızıyla bağdaşmadığı yönünde bkz. Kolberg, (2002), s. 153, dn. 445.

⁹⁴ Winter, (1979), s. 141.

ancak ayıbın giderilmesinin tazmini yoluyla sağlanır. Bu yüzden BGB § 635'in uygulama alanı, onarım hakkı yoluyla belirlenmelidir⁹⁵. Dolayısıyla yoksun kalınan kar, ayıbın giderilmesi masrafları ile eserde meydana gelen değer azalması, BGB § 635 anlamında ayıp zararı sayılır. Buna karşılık ayıplı eser dışında oluşan ayıbı takip eden zararlar BGB § 635'e değil, sözleşmenin müspet ihlaline tabi olur. Grimm yoksun kalınan karın, ancak bizzat eserin kullanımı yoluyla kar kaybına uğranıldığında tazmin edilebileceği görüşündedir. Örneğin, ayıplı binanın kiraya verilememesinden dolayı uğranılan kayıplar bu kapsama dâhildir. Buna karşılık ikame konutun kiralanması yoluyla yapılan masraflar, eser dışında diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıktığından BGB § 635'e göre talep edilemez⁹⁶. Diğer taraftan Grimm, ayıbın giderilmesi masraflarını ayıp zararı olarak değerlendirse de, bu konuda sözleşmenin müspet ihlali hükümlerinin uygulanmasından yanadır. Doktrinde ise haklı olarak ayıbın giderilmesi masrafları ile değer azalması arasında benzerlik bulunduğu, eserin içinde oluşan bu masraflar hakkında farklı hükümlerin uygulanmasının isabetli olmayacağı savunulmaktadır⁹⁷.

Aynı şekilde Larenz de ayırım sorunu çözülürken lokal kriterin, bir diğer deyişle, zararın hangi hukuki değerde ortaya çıktığının dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Buna göre sözleşme konusu eserde ortaya çıkmayan, aksine iş sahibinin diğer hukuki değerlerinde görülen zararlar (uzak) ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmelidir. Özellikle iş sahibinin vücut bütünlüğü, sağlığı ve diğer malvarlığı değerleri bu kapsamda değerlendirilmelidir⁹⁸.

Larenz'e göre, BGB § 635 sadece eserdeki değer azalmasından dolayı malvarlığında meydana gelen kayıplar (ayıp zararları) için uygulama alanı bulur. Yoksun kalınan kar da buna dâhildir. Buna karşılık diğer hukuki değerlerin ihlalden doğan zararlar ise sözleşmenin müspet ihlali kapsamında tazmin edilmelidir⁹⁹. Bu görüş, zarar türleri arasında karışıklığa mahal vermeyecek şekilde, net bir ayırım yaptığı için akla yatkın görünmektedir¹⁰⁰. Nitekim

⁹⁵ Grimm, D. (1968). "Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung", *Neue Juristische Wochenschrift*. s. 14 vd., Walter, (1990), s. 117, 118. Grimm'in BGB § 635'in uygulama alanına ilişkin geliştirdiği argümanın ikna edici olmadığı yönünde bkz. Rohlack, (1997), s. 115, 116.

⁹⁶ Grimm, (1968),s. 14 vd., Walter, (1990), s. 118.

⁹⁷ Winter, (1979), s. 141.

⁹⁸ Larenz, K. (1976). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 2, Allgemeiner und Besonderer Teil*, Münschen: Beck Verlag. § 53 II b, Fuglinszky, (2007), s. 136.

⁹⁹ Larenz, (1976), § 53 II b, Winter, (1979), s. 142, Walter, (1990), s. 119, Adolph, P. (1957). *Die Haftung des Verkäufers, Vermieters und Werkunternehmers auf Schadenersatz für schuldhaft, mangelhafte Vertragserfüllung*. Kiel. s. 77, 78.

¹⁰⁰ Lokal kriterin, salt malvarlığı zararlarında ayırım yaparken bazı sorunlara yol açacağı yönünde bkz. Bürgel, A. (1992). *Die Haftung des Verkäufers und Herstellers für Mangelfolgeschaden im Englischen Recht*, München. s. 7, Bittner, R. (1987). *Schutz des französischen Käufers vor Mangelfolgeschaden*. Regensburg. s. 6, 7.

Larenz tarafından ortaya atılan lokal kritere, Federal Mahkeme kararlarında da illiyet bağının bir parçası olarak başvurulmuştur¹⁰¹. Federal Mahkemeye göre de BGB § 635, eserin ayıplı olmasından doğan zararların tamamını kapsamamaktadır. Bu hüküm, yoksun kalınan kar, ayıp sonucunda eserde meydana gelen değer azalması gibi sadece doğrudan sorumlu olunan ayıp zararları için uygulanır. Buna karşılık dolaylı olarak neden olunan, özellikle iş sahibinin diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıkan zararlar, örneğin, ikame konut için yapılan masraflarla deprem tehlikesi altındaki binanın desteklenmesi için yapılan masraflar ayıbı takip eden zarar sayılır ve sözleşmenin müspet ihlali kapsamında tazmin edilir¹⁰². Bunun tek istisnasını, ayıbın giderilmesi masrafları oluşturur. Zira bu masrafların ayıp zararı olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰³.

Aynı şekilde Winter'e göre, diğer kriterlerle karşılaştırıldığında, zarar türleri arasında ayırım yaparken, lokal kriter esas alındığında, sadece açık ve kolay bir formülasyon değil, aynı zamanda pratik açıdan tatmin edici sonuçlar da ortaya çıkar. BGB § 635'teki tazminat talebinin kapsamının ayıp zararları ile sınırlı tutulması, BGB § 635'teki sıkı şekil şartları dikkate alındığında menfaatler dengesine de uygun düşer. Şöyle ki, BGB § 635'e göre tazminat talep edebilmek için ilk olarak ayıbın giderilmesi için uygun bir süre verilmesi ve bunun sonuçsuz kalması gerekir. Zira iş sahibinin tazminat isteyebilmesi, ayıbın giderilmesinin imkansız olmasına veya ekonomik açıdan yükleniciden ayıbın giderilmesinin beklenememesine yahut yüklenicinin ayıbı gidermekten kaçınması şartlarına bağlanmıştır¹⁰⁴. Hükümün lafzından hareketle, Alman hukukunda ayıbın giderilmesinin asli nitelikte bir hak olduğu (üstün nitelik taşıdığı), buna karşın (ayıp zararına ilişkin) tazminat talebinin tıpkı dönme ve indirim gibi tali nitelikte olduğu ve seçimlik olarak başvurulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Halbuki ayıbı takip eden zararların tazmini konusunda sözleşmenin müspet ihlali hükümleri uygulanacağı için iş sahibinin önceden ayıbın giderilmesini istemesi gerekmez, dolayısıyla ek süre verme zorunluluğu da ortadan kalkar. Hatta ayıbı takip eden zararların tazmini dönme, indirim veya

¹⁰¹ Fuglinszky, (2007), s. 136.

¹⁰² Peters, F. (1978). "Mangelschaden und Mangelfolgeschaden". *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 14. s. 665. Federal Mahkemenin aksine doktrindeki yazarlardan Planck, yüklenicinin üstlendiği edimi hiç ifa etmemesi yoluyla ortaya çıkan bütün zararların BGB § 635'e göre tazmin edilebileceği görüşündedir. Ayıbın giderilmesi masrafları, eserin ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki fark, tesisat kullanılırken ortaya çıkan arızalar ve diğer zararlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Diederichsen, (1965), s. 163. Bu görüşün kabulü halinde, eser ayıbına dayanan bütün zararlar hakkında aynı hüküm uygulanacağından, zarar türleri arasında ayırım yapmaya da gerek kalmaz. Walter, (1990), s. 126, 127.

¹⁰³ Winter, (1979), s. 153.

¹⁰⁴ BGB § 635'e göre tazminat istenebilmesinin onarım talebinin sonuçsuz kalması şartına bağlanamayacağı, aksi halde onarım devam ederken sözleşme konusu şeyin ikamesi için yapılan ve hukuken ayıp zararı sayılan masrafların tazmininin istenemeyeceği yönünde bkz. Peters, (1978), s. 666, dn. 33.

onarım taleplerinin yanında istenebilir. Zira ayıptan doğan hakların seçimlik nitelik taşıması buraya aktarılamaz. Doktrinde neredeyse hakim olan görüşe göre, sözleşmenin müspet ihlalden doğan talepler ayıplı ifadan doğan haklarla birlikte ileri sürülebilir¹⁰⁵.

ee) İhlal edilen menfaatin türünü esas alan görüş

Diederichsen'e göre, yüklenici ayıbın meydana gelmesinde kusurlu ise, salt ifa (edim) menfaatinin ihlali anlamına gelen ayıp zararından sorumludur. Buna karşılık ayıbı takip eden zarardan sorumluluk için yüklenicinin salt vaadin ötesine geçen bağımsız garanti beyanının, yapılan yorum sonucunda koruma menfaatini de kapsamı gerekir¹⁰⁶. Dolayısıyla yazar ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar ayırımında *ihlal edilen menfaatin türünü* esas almıştır.

Yazara göre, BGB § 635 gereğince tazmin edilecek zararların kapsamı, yüklenicinin üstlenme yükümlülüğüne göre belirlenmelidir. Söz konusu yükümlülük, yüklenicinin kusurundan ya da (bağımlı) garanti taahhüdünden doğabileceği gibi, sonucun, eserin salt sözleşmeye uygunluğunun ötesine geçecek şekilde bağımsız olarak garanti edilmesinden de doğabilir. Ancak bu bağımsız garanti, BGB § 635'e dayanmadığı için BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süresine değil, BGB § 195'teki 30 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Aynı şekilde yüklenici sadece kusurlu olduğu için sorumlu tutuluyorsa, ayıbı takip eden zararların tazmini konusunda BGB § 635 hükmü uygulanmaz. Bu halde işsahibi sözleşmenin müspet ihlali kapsamında tazminat talep edebilir. Buna karşılık BGB § 635 anlamında üstlenme yükümlülüğü, yüklenici, belli ayıplardan dolayı bunların meydana gelmesinde kusurlu olmasa dahi mutlaka sorumlu olacağını taahhüt ettiğinde söz konusu olur. Fakat adi nitelikteki vaatler bunun için yeterli görülmemekte ve "tekeffül" ya da "garanti üstlenme" söz konusu olduğunda veya eser sözleşmesinin içeriğinden mutlaka üstlenme yükümlülüğünün varlığı anlaşıldığı takdirde, yüklenicinin kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Bu tür bağımlı garantiler hakkında BGB § 635 uygulanır. Bağımlı garanti, içerik olarak eserin sözleşmeye uygunluğu ile sınırlı olduğu için ayıbı takip eden zararın tazmini BGB § 635'in kapsamı dışında kalır¹⁰⁷.

Buna karşılık Choi ayıbı takip eden zararı normatif reel bir tip olarak görmüş ve ihlal edilen menfaat ölçütünü farklı bir şekilde yorumlamıştır. Edim yükümlülüğünün ihlali halinde

¹⁰⁵ Winter, (1979), s. 155-157.

¹⁰⁶ Diederichsen, (1965), s. 164, 165, Schwenger, (1977), s. 199.

¹⁰⁷ Diederichsen, (1965), s. 163, 164.

ayıp zararının varlığını kabul ettiği için Diederichsen'in görüşüne benzerken, koruma yükümlülüğünün ihlali bakımından ondan ayrılmaktadır. Zira Choi'ye göre koruma yükümlülüğünün ihlali halinde "ayıba dayanmayan takip eden zarar" söz konusu olur. Ayıbı takip eden zarar ise, bu iki zarar türünün arasında yer alır. Dolayısıyla ayıp zararı ile ayıba dayanmayan takip eden zarar kategorileri mümkün olduğunca somutlaştırıldığı takdirde, ayıbı takip eden zararın kapsamı da kendiliğinden ortaya çıkmış olur¹⁰⁸.

Ayrıca Choi'ye göre taraflar sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, koruma yükümlülüklerini sözleşmeye ekleyebilirler. Bu halde koruma yükümlülükleri yan edim yükümlülüğü boyutuna ulaşmış olur. Fakat bu durum, koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığı gerçeğini değiştirmez. Buradan çıkan hukuki sonuç, ayıbı takip eden zararların sözleşmeyle bağlantısı kurulduğu takdirde, bu zararların ayıp zararlarına dönüşmüş olacağıdır. Buna karşılık koruma yükümlülükleri sözleşmenin içeriği haline getirilmezse, bunlar ayıba dayanmayan takip eden zarar olarak kalırlar ve haksız fiil hükümlerine tabi olurlar¹⁰⁹.

gg) Zarar türleri arasında ayırım yapmanın gereksiz olduğunu savunan görüş

Doktrindeki bazı yazarlar¹¹⁰, eserin ayıplı olmasından doğan bütün zararların BGB § 635 ve 638'e tabi tutulması gerektiğini savunmuşlardır. Buna göre ayıptan doğan tazminat talepleri arasında ayırım yapmak için haklı bir sebep yoktur. Zira ayıp zararları ile ayıbı takip eden zararların sebebi sonuç itibarı ile aynı olduğundan (her iki zarar da yüklenicinin sorumlu olduğu ayıptan kaynaklandığından), söz konusu tazminat talepleri arasında benzerlik bulunmaktadır. Ayrıca BGB § 638'deki sürelerin yetersiz olduğu ve BGB § 195'teki 30 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasını gerekli kılan bir sorumluluk alanının bulunduğu da söz edilemez. Dolayısıyla BGB § 638'deki süreler, ayıp yoluyla neden olunan bütün zararlar için uygulanmalıdır¹¹¹. Bunun tek istisnasını, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar oluşturmaktadır. Böyle bir durum varsa, BGB § 195'teki 30 yıllık süre geçerli olmalıdır¹¹². Bunun dışında maddi olmayan eser edimleri söz konusu olsa dahi BGB § 638 hükmü uygulanmalıdır. Zira 30 yıllık zamanaşımı süresi uygulandığında, ayıbın varlığını ispat

¹⁰⁸ Choi, B. (2003). *Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und Folgeschaden ohne Mangel im Lichte typologischen Denkens*, München: C.H. Beck Verlag. s. 66.

¹⁰⁹ Choi, (2003), s. 67.

¹¹⁰ Peters, (1978), s. 666, Adolph, (1957), s. 101, Rohlack, (1997),s. 121, 122.

¹¹¹ Peters, (1978), s. 666, Adolph, (1957), s. 101. Aynı yönde bkz. Rohlack, (1997),s. 121, 122.

¹¹² Adolph, (1957), s. 78.

konusunda güçlüklerle karşılaşılacağından, hukuki güvenlik ilkesi de zedelenecektir¹¹³. Bu görüşteki yazarlar, tarihi kanun koyucunun, BGB § 638 hükmünü kalem alırken ayıby takip eden zararların varlığını bildiğini ve bunları ayıby zararları ile aynı şekilde düzenlemek istediğini ileri sürmektedirler. Hâlbuki Winter'e göre satış sözleşmesinde bunun biliniyor olması, eser sözleşmesinde de bilindiğı anlamına gelmez. BGB § 635 ve 638 hükümlerinin maddi olmayan eserleri de kapsayacak şekilde uygulanması, tatmin edici olmayan sonuçlara yol açar. Öyle ki, bu tür eserlerde zararların çoğunlukla eserin kullanımı sırasında ortaya çıktığı göz önüne alındığında, henüz daha tazminat hakkı doğmadan önce bu hakkın çoktan zamanaşımına uğraması riski doğacaktır. Bu ise, kanun koyucu tarafından arzu edilen bir sonuç değildir. Aksine kanun koyucu, BGB § 635 ve 638'i kaleme alırken ilk bakışta sadece maddi eserleri dikkate almış ve bunların kısa zamanaşımı süreleri içinde gün yüzüne çıktığı gerçeğinden hareket etmiştir. Dolayısıyla özellikle maddi olmayan eserlerdeki ayıby takip eden zararların BGB § 635 ve 638 hükümlerine tabi tutulması hakkaniyete uygun düşmez. Nitekim doktrinde bu tür ayıby takip eden zararlar için sözleşmenin müspet ihlali hükümlerinin uygulanması ve BGB § 195'teki 30 yıllık genel zamanaşımı süresinin geçerli olması gerektiğı savunulmaktadır¹¹⁴.

b) Federal mahkeme tarafından başvuru olan esaslar

aa) Zararın doğrudan doğruyalığı esası

Federal Mahkemenin, ayırım yaparken başlangıçta *zararın doğrudan doğruyalığı* esasına başvurduğu görülmektedir. Buna göre zarar doğrudan ve sadece ayıby yoluyla ortaya çıkmışsa, diğery bir deyişle, zarar ile ayıby arasında doğrudan ve sıkı bir bağ varsa ayıby zararından, buna karşılık zarar araya giren özel ve bağımsız bir olay sonucunda gerçekleşmişse ayıby takip eden zarardan söz edilir. Bu noktada zararın gerçekleştiğı yer, yani zararın bizzat ayıbylı eserde mi yoksa işsahibinin diğery hukuki değerlerinde mi ortaya çıktığı önemli değildir¹¹⁵. Diğery bir deyişle, Yüksek Mahkeme, BGB § 635'in uygulama alanını doğrudan eser ayıbyndan kaynaklanan zararlarla sınırlandırmış, ayıbyla dolaylı bağlantı içinde bulunan zararları ise sözleşmenin müspet ihlali kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, genel hüküm niteliğindeki sözleşmenin müspet ihlali hükümlerine, dolaylı zararlar dışında zarar yan yükümlülüğün ihlalinden doğduğunda veya yolcular ya da eşya taşıma sırasında zarar

¹¹³ Adolph, (1957), s. 101.

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Winter, (1979), s. 143-145.

¹¹⁵ Finger, (1973), s. 82.

gördüğünde de başvurmuştur¹¹⁶. BGB § 635'in uygulama alanının doğrudan zararlarla sınırlandırılmasında bir taraftan BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süreleri¹¹⁷, diğer taraftan hükmün kaleme alınış şekli etkili olmuştur. Şöyle ki, BGB § 635'te bahsedilen tazminat talebi, dönme ve indirim talepleriyle birlikte düzenlendiğinden, bu hükme dayanılabilmesi eser sözleşmesinden doğan karşılıklı edimler ile doğrudan bağlantıyı, yani doğrudan sorumlu olunan zararı gerekli kılmaktadır¹¹⁸. Fakat “doğrudan doğrualık” kavramının içeriği belirsiz olduğundan, söz konusu kriter, uygulamada zararın türünü belirlerken yeknesak bir çözüm sağlayamamıştır. Ayrıca bu kriter esas alındığında, yoksun kalınan karı hukuken nitelendirmek de zorlaşacaktır. Çünkü yoksun kalınan karla ayıp arasında uzak illiyet bağı bulunmasına rağmen, Alman hukukunda yoksun kalınan kar ayıp zararının tipik bir örneği olarak kabul edilmektedir¹¹⁹.

bb) İhlal edilen menfaatin esas alınması

Mahkeme, sonraki tarihli kararlarında ise, *ihlal edilen menfaatin ifa (denklik) menfaatine mi yoksa bütünlük (koruma) menfaatine mi ilişkin olduğundan* yola çıkmıştır. Buna göre teslim edilen eser işsahibinin ödediği ücretin tam karşılığını oluşturmadığında, denklik menfaati ihlal edilmiş olur. Bu halde ayıp zararından söz edilir. Buna karşılık işsahibinin zararı eserdeki değer kaybının ötesine geçecek şekilde gerçekleşmişse, yani bütünlük menfaati ihlal edilmişse, ayıbı takip eden zararın varlığı kabul edilir. Çünkü bu halde ayıplı eser edimi yoluyla işsahibinin diğer malvarlığı değerleri zarar görmektedir. Fakat ilerleyen dönemlerde koruma menfaatinin bizzat teslim edilen esere de ilişkin olabileceği, yani koruma menfaatinin denklik menfaatini kapsayabileceği, dolayısıyla ayırım yaparken ihlal edilen menfaat ölçütünün yetersiz olabileceği savunulmaya başlanmıştır¹²⁰.

¹¹⁶ Adolph, (1957), s. 74, Rohlack, (1997), s. 104. Alman hukukunda, Roma hukukunun etkisiyle taşıma sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak değerlendirildiğinden, taşıma sırasında yolcuların yaralanmasından doğan zararların BGB § 635'e tabi olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1905 yılında verdiği bir kararda yolcuların yolculuk sırasındaki yanlışlıktan dolayı yaralanması halinde BGB § 635'in uygulanması gerektiğini kabul ederken, sonraki tarihli kararlarında bu görüşünden vazgeçmiş ve sözleşmenin müspet ihlalinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Walter, (1990), s. 97.

¹¹⁷ Mahkeme BGB § 638'deki kısa zamanaşımı sürelerini ayıptan doğan bütün zararlara genişletmek istememiştir, Rohlack, (1997),s. 107.

¹¹⁸ Adolph, (1957), s. 63.

¹¹⁹ Alman hukukunda yoksun kalınan kar dışında sözleşme konusu şeyin kullanıma elverişsiz olması ya da sınırlı bir şekilde kullanıma elverişliliği, ayıptan dolayı sözleşme konusu şeydeki değer kaybı ve onarım masrafları da ayıp zararları arasında sayılmaktadır, Bürgel, (1992), s. 6, Bittner, (1987), s. 7, 8, Schwenger, (1977), s. 187.

¹²⁰ Bürgel, (1992), s. 7, 8.

3. Ayıbı takip eden zararlara ilişkin zamanaşımı sorunu

Alman hukukunda ayıbı takip eden zararların tabi olduğu zamanaşımı süresiyle ilgili doktrinde görüş birliğine varılabilmiş değildir.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre, yakın ve uzak ayıbı takip eden zarar ayırımı yapılmaksızın bütün ayıbı takip eden zararlar sözleşmenin müspet ihlali kapsamında 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Böylece iş sahibi, BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süresinin uygulanması yoluyla ortaya çıkabilecek haksızlıklardan da korunmuş olur¹²¹. Nitekim Federal Mahkeme de eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zararların bazı hallerde eserin tesliminden uzun yıllar geçtikten sonra, özellikle BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süreleri dolduktan sonra ortaya çıktığını dikkate alarak¹²², bunlar hakkında 30 yıllık zamanaşımı süresini uygulamıştır. Buna gerekçe olarak, bu tür durumlarda ayıbı takip eden zararın tazmini talebi BGB § 638'e tabi tutulduğu takdirde, iş sahibinin hukuken korunmasız kalacağını göstermiştir. Bununla birlikte doktrinde zamanaşımı süresinin bütün ayıbı takip eden zararları kapsayacak şekilde bu kadar uzun tayin edilmesinin, yüklenici bakımından önemli bir haksızlık oluşturacağına da işaret edilmektedir¹²³.

Başka bir görüşe göre, ayıbı takip eden zararlar hakkında haksız fiillere ilişkin BGB § 852'deki 3 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Böylece zamanaşımı süresi, eserin tesliminden itibaren değil, ayıbın bilindiği andan itibaren işlemeye başlar. Bu sayede iş sahibi ile yüklenici arasındaki menfaat dengesi de adilane bir şekilde sağlanmış olur. Zira BGB § 638'deki süre çok kısa, BGB § 195'teki süre ise çok uzundur. Ancak bu görüş, iş sahibine haksız bir öncelik tanıdığı için doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıca kıyasen uygulama halinde, kanun koyucunun sözleşme ile haksız fiil hükümleri arasında yapmış olduğu bilinçli ayırım da dolanılmış olur. Bu yüzden BGB § 852 hükmünün sözleşme ilişkisinden doğan taleplere uygulanmaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹²⁴.

Bunun dışında doktrinde bazı yazarlar, sözleşmenin müspet ihlali kapsamında değerlendirilen ayıbı takip eden zararların da tıpkı ayıp zararları gibi BGB § 638'deki kısa

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Waltermann, F. (2003). *Die Mangelhaftung im neuen Schuldrecht, Rechtsfolge, Tatbestand und Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgeschaden*, Frankfurt: Lang. s. 283.

¹²² Ayıbı takip eden zararların uzun yıllar sonra ortaya çıkmasının bunlar hakkında BGB § 638'in uygulanmaması için yeterli bir gerekçe oluşturmayacağı yönünde bkz. Finger, (1973), s. 83.

¹²³ Waltermann, (2003), s. 283.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Waltermann, (2003), s. 283, 284.

zamanaşımı süresine tabi tutulması eğilimdedirler. Görüşlerini gerekçelendirirken, satış sözleşmesine ilişkin BGB § 477'deki kısa zamanaşımı süresinin ayıby takip eden zararlar için de geçerli olduğundan yola çıkmışlar ve satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki yakın akrabalığın aynı şekilde değerlendirme yapılmasını gerekli kıldığına işaret etmişlerdir¹²⁵. Gerçekten nasıl ki satış sözleşmesindeki ayıby takip eden zararlar hakkında BGB § 477'deki kısa zamanaşımı süreleri uygulanıyorsa, benzer şekilde eser sözleşmesinden doğan talepler de BGB § 638'deki sürelerle tabi tutulabilir. Kanun koyucunun satış sözleşmesinde ayıptan doğan talepleri kısa zamanaşımı süresine tabi tutmasında, uzun yıllar geçtikten sonra ayıby belirlenmesinin neredeyse hiç mümkün olmaması ve ticari hayatın da bir an önce bu taleplerin sonuca bağlanmasını gerekli kılması etkili olmuştur. Aynı düşünceler, eser sözleşmesi için de geçerli olmalıdır. Ayrıca uzun zaman geçtikten sonra zararın uygun sebebinin eser ayıby olduğunu ispatlamanın giderek daha güç ya da imkânsız hale geleceği de dikkate alındığında, ayıby takip eden zararın tazmini talebinin BGB § 638'e tabi tutulması yerinde olur¹²⁶. Bu sayede ayıby zararları ile ayıby takip eden zararlar arasındaki ayırım sorunu da giderilmiş olur¹²⁷ ve BGB § 638 teslim edilen eserdeki ayıptan kaynaklanan bütün zararlarda uygulama alanı bulur. Sözleşmenin müspet ihlaline ise, sözleşmeden doğan diğer yan yükümlülükler ihlal edildiğinde başvurulur¹²⁸.

Doktrinde ayrıca satış sözleşmesine ilişkin BGB § 463 ve 477 hükmünün kıyasen eser sözleşmesindeki ayıby takip eden zararlar için de uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır.

Bu tartışmaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinden farklı olarak¹²⁹ satıcının ayıby ifadan doğan zarardan sorumluluğu, ayıby hile ile gizlemesine (kastın söz konusu olmasına) ya da nitelik vaadinde bulunması şartına bağlanmıştır (BGB § 463)¹³⁰.

¹²⁵ Schwenger, (1977), s. 201, 202.

¹²⁶ Finger, (1973), s. 84.

¹²⁷ Waltermann, (2003), s. 284.

¹²⁸ Finger, (1973), s. 84.

¹²⁹ Alman hukukunda yüklenicinin ayıby sorumluluğu ile satıcının sorumluluğu arasında benzerlik bulunup bulunmadığı doktrinde tartışma konusu olmuş ve genel olarak benzerlik görüşü reddedilmiştir. Çünkü işsahibinin tazminat talebi alıcıya nazaran daha geniş bir perspektifte düzenlenmiştir. Bunun sebebi, satıcının sorumluluğunda olduğu gibi yüklenicinin tazminat sorumluluğu için de nitelik vaadi şartını aramanın (belli niteliklerden sorumlu olmaya ilişkin garanti iradesinin varlığını aramanın) pratik açıdan zorluk oluşturacağı düşüncesidir. Bu yüzden yüklenicinin tazminat sorumluluğu, kusurdan bağımsız garanti yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilmemiştir. Hofer, S. (2001). "Der Schadenersatzanspruch des Kaufers bei Sachmangeln, Grundsätze, Wertungen und Konstruktionen", *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 201. s. 279.

¹³⁰ BGB § 463'te alıcının tazminat talebinin bu şekilde sınırlandırılması, alıcının menfaatinin hakkaniyete aykırı bir şekilde zarar görmesi anlamına gelmektedir. Nitekim BGB § 463'ün hukuken yetersiz bir hüküm olduğundan hareketle, Alman hukukundaki borçlar hukuku revizyonu sırasında söz konusu hüküm her zaman göz önünde

Tazminat sorumluluğunun satıcının lehine olacak şekilde bu denli dar tutulması, ayıp zararları bakımından mutlak olarak geçerlidir. Buna karşılık BGB § 463, ayıbı takip eden zararlar bakımından nihai bir hüküm niteliği taşımamaktadır. Çünkü bu zararlar, hafif ihmâl söz konusu olsa bile sözleşmenin müspet ihlali çerçevesinde tazmin edilmektedir¹³¹. Fakat eser sözleşmesinin aksine, satıcının ayıbı takip eden zararlardan sorumluluğu BGB § 477'deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuştur¹³².

Hakim görüşe göre, satış sözleşmesinde de ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar ayırımının yapılması, genişletici bir yorumla BGB § 463'ün eser sözleşmesi için de uygulanmasını haklı göstermez. Zira bu ayırım, eser sözleşmesindekinden farklı kriterlere göre yapılmaktadır¹³³ ve satış sözleşmesindeki tazminat talebiyle eser sözleşmesindeki tazminat talebi tam olarak birbiriyle örtüşmemektedir. Şöyle ki, her şeyden önce sorumluluk sebepleri farklıdır. Satış sözleşmesinden farklı olarak, eser sözleşmesinde zarardan sorumluluk için nitelik vaadine veya ayıbın hile ile gizlenmesine gerek yoktur, ayıbın yüklenicinin sorumlu olduğu bir durumdan kaynaklanması gerekli ve yeterlidir¹³⁴. Bu durum, satış sözleşmesi ile eser sözleşmesindeki edim yükümlülüğünün içeriğinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten satıcının aksine yüklenicinin eseri üretme yükümlülüğü bulunduğundan, yükleniciyi satış sözleşmesinde olduğu gibi vaat edilen niteliklerle ilgili garanti sorumluluğuna tabi tutmak doğru olmaz¹³⁵. Ayrıca maddi olmayan eserlerden doğan ayıbı takip eden zararlara ilişkin

bulundurulmuş ve revizyon öncesinde oluşabilecek hakkaniyete aykırı durumların önüne geçebilmek için sözleşmenin müspet ihlali kurumuna başvurulmuştur. Hofer, s. 275.

¹³¹ Lorenz, S., Stringari, K. (2006). "Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im reformierten Deutschen und Griechischen Schuldrecht", *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, 237-279. s. 239. Bununla birlikte doktrinde nitelik vaadi ile alıcının satım konusuyla ilgili haz sağlama amacının dışında ayıbı takip eden zararların da güvence altına alınması amaçlandığında, söz konusu zararların BGB § 463 kapsamında talep edilebileceği savunulmaktadır. Böyle bir durumun mevcut olup olmadığı, nitelik vaadinin içeriğinin yorumlanması yoluyla belirlenir. Yorum yaparken, genel yorum kurallarının yanı sıra tarafların iradeleri de dikkate alınacağı için her somut olayda farklı hukuki sonuçlarla karşılaşılması mümkündür. Ancak alıcının hukuki durumunu objektif olarak tehlikeye sokan hallerde, nitelik vaadinin kârine olarak ayıbı takip eden zararları da kapsadığı kabul edilmelidir. Diederichsen, (1965), s. 160, 161.

¹³² Winter, (1979), s. 162.

¹³³ Bununla birlikte doktrinde savunulan bir görüşe göre, somut olayda satıcının ayıplı ifasından doğan zararların hangilerinin ayıp zararı hangilerinin ayıbı takip eden zarar olduğunu belirlemenin bir hayli zor olduğu keşif alanlarında şu şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır: Kural olarak ayıplı ifanın doğrudan yol açtığı zararlar ayıp zararı olarak nitelendirilmeli ve BGB § 463'teki sıkı şartlar altında tazmin edilmelidir. Satım konusunun hiç ya da sınırlı şekilde kullanıma elverişliliği, ayıbın giderilmesi için yapılması gereken masraflar (tamir masrafları), satılarda meydana gelen değer azalması ile kaçırılan fırsatlar ayıp zararı olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık alıcının satım konusu dışındaki diğer hukuki varlıklarında (sağlığında, yaşamında, mülkiyetinde ve diğer malvarlığı değerlerinde) ortaya çıkan zararlar ayıbı takip eden zarar sayılmalıdır. Lorenz, Stringari, (2006), s. 241, 242.

¹³⁴ Waltermann, (2003), s. 284, Walter, (1990), s. 95.

¹³⁵ Walter, (1990), s. 95.

zamanaşımı sorunu satış sözleşmesinde söz konusu olmaz. Çünkü maddi olmayan şeyler, maddi ayıplar için öngörülen özel hükmün uygulama alanına dâhil edilmemektedir. Bu bakış açısı, satış sözleşmesindeki bütün ayıbı takip eden zararların BGB § 477'deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmasını haklı göstermektedir. Hâlbuki eser sözleşmesi için aynı değerlendirme yapılamaz. Eser sözleşmesinde maddi olmayan eserlerin BGB § 638'deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi olması kabul edilemez. Çünkü kanun koyucu bu hükmü kaleme alırken, sadece maddi eserleri dikkate almış, BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süreleri dolduktan sonra ortaya çıkan maddi olmayan eserlerden doğan zararları genellikle göz ardı etmiştir. Satış sözleşmesindeki durum izlendiğinde ve bütün ayıbı takip eden zararlar BGB § 638'deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulduğunda, işsahibi, zamanaşımı süresi dolduktan sonra zararın ortaya çıktığı durumlarla karşı karşıya kalır¹³⁶. Bu da hakkın doğmadan zamanaşımına uğraması anlamına gelecektir ki, kanun koyucunun istediği bu değildir.

BGB § 638 hükmü yorumlanırken, kanun koyucunun amacının göz önünde bulundurulması gerekir. Kanun koyucu, bu hükmü kaleme alırken ayıbın kısa zamanaşımı süreleri içinde ortaya çıkacağı düşüncesinden hareket etmiştir. Hâlbuki maddi olmayan eserlerde ayıbın etkileri uzun yıllar sonra görülmektedir. Kısa zamanaşımı süreleri öngörülerek yüklenicinin korunmaya çalışılması, mutlaka BGB § 638'in genişletilmesine yol açmamalıdır. Zira yüklenici bu tür eserlerde ayıbın uzun süre sonra ortaya çıkacağını hesaba katmak zorundadır; yani bu konuda yüklenicinin korunmaya değer bir hukuki menfaati yoktur. O halde maddi olmayan eserlerdeki ayıbı takip eden zararlar BGB § 195'teki 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmalıdır¹³⁷.

Buna karşılık maddi nitelikteki eserlerden doğan ayıbı takip eden zararlar için farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Burada özellikle kanun koyucu tarafından korkulan ispat zorlukları ile karşılaşılma riski fazladır. Öyle ki, belli bir süre geçtikten sonra eserin ayıplı olup olmadığı, bu ayıba kimin neden olduğu ve ayıpla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını belirlemek neredeyse imkânsız hale gelmektedir. İspat zorlukları dikkate alındığında, maddi eserlerden doğan ayıbı takip eden zararların kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulması mantıklı görünmektedir. Ancak zamanaşımının başlangıç anı olarak eserin teslim

¹³⁶ Winter, (1979) s. 164.

¹³⁷ Winter, (1979), s. 169, 170. Aksi görüşte olan Adolph'ye göre, BGB § 635 ve BGB § 638'in uygulama alanının teslimi mümkün olan maddi eserlerle sınırlandırılması, kanunun lafzıyla bağdaşmaz. Zira BGB § 646'da maddi olmayan (teslimi mümkün olmayan) eserlerde ayıplı ifadan doğan taleplere ilişkin zamanaşımı süresinin eserin tamamlanmasından itibaren işlemeye başlaması, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlerin uygulama alanının maddi eserlerle sınırlı olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Adolph, (1957), s. 76.

tarihi esas alındığında, hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Çünkü maddi nitelikteki eserlerdeki ayıbı takip eden zararların zamanaşımı süresi dolduktan sonra ortaya çıkması mümkündür. Kanun koyucu tarafından yeterince dikkate alınmayan bu durum karşısında, BGB § 638'in modifiye edilmeye ihtiyacı vardır. Bu noktada Jakobs ve Ballerstedt tarafından önerilen zamanaşımının başlangıç anı olarak "ayıbın bilinmesinin" esas alınması, sözleşmesel zamanaşımı düzenlemelerine uygun düşmemektedir. Bu noktada amaçsal yoruma başvurulur, zamanaşımının başlangıç anının eserin teslimi yerine *zararın ortaya çıktığı an* olarak kabul edilmesi yerinde bir tutum olur. Böylece tarafların karşılıklı menfaatleri de yeterince korunmuş olur. Zira bu halde yüklenici öngörülemez bir zaman için sorumlu olmaktan kurtulmakta, işsahibi ise zararın sonradan ortaya çıktığı durumlarda korunmasız kalmamaktadır¹³⁸.

4. Yakın ve uzak ayıbı takip eden zarar ayrımı ve bu ayrımın zamanaşımına etkisi

Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlarda, genellikle BGB § 638'deki 6 aylık kısa zamanaşımı süresinin ayıp zararları ile yakın ayıbı takip eden zararlarda uygulandığı, buna karşılık uzak ayıbı takip eden zararların sözleşmenin müspet ihlali kapsamında BGB § 195'teki 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulduğu görülmektedir¹³⁹. Aynı şekilde İmparatorluk Mahkemesi de BGB § 638'deki kısa zamanaşımı sürelerinin işsahibinin eserin ayıplı olmasından doğan bütün talepleri kapsamadığını, aksine bu hükmün sadece takip eden zarar ile eser ayıbı arasında "dar ve doğrudan bağlantı" bulunan hallerde uygulanacağını, buna karşılık zarar başka bağımsız bir olayın eklenmesi yoluyla ortaya çıkmışsa sözleşmenin müspet ihlaline başvurulacağına hükmetmiştir. Bunun da en önemli uygulama alanını, mimarın ya da mühendisin hatasından kaynaklanan bina eserlerindeki ayıplar oluşturmaktadır¹⁴⁰. Böylece

¹³⁸ Winter, (1979), s. 171, 172.

¹³⁹ Lorenz, Stringari, (2006), s. 242, 243, Waltermann, (2003), s. 282, Rohlack, (1997), s. 114. Buna karşılık eser sözleşmesinden farklı olarak, satış sözleşmesinde yakın ve uzak ayıbı takip eden zarar ayrımı yapılmaksızın ayıbı takip eden bütün zararlar BGB § 477'deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuştur. Bu da eser sözleşmesinde sözleşmenin müspet ihlali müessesinin satış sözleşmesinden farklı bir işleve sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Wagner, G. (2002). "Mangel- und Mangelfolgeschaden im neuen Schuldrecht?". *Juristen Zeitung*. Nr. 10. 475-481. s. 480, 481.

¹⁴⁰ Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, 10.06.1976 sayılı kararında yukarıdaki içtihadından ayrılmıştır. Karara konu olan olayda, banka, mimarın taşınmazın değerini yanlış takdir etmesinden dolayı taşınmazı devralmak isteyen kişiye fazla kredi vermiş ve kredinin bir bölümü boşa gittiğinden zarara uğramıştır. Davalı mimar, BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süreleri dolduğu için sorumluluğunun söz konusu olmayacağı savunmasında bulunmuştur. Ancak Mahkeme, aslında zarar ile eser ayıbı arasında doğrudan bağlantı bulursa da BGB § 638'in uygulanamayacağına hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak, söz konusu hüküm uygulandığı takdirde tamamen öngörülemez rizikoların ortaya çıkacağını göstermiştir. Dieter, M. (1977). *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*. Heidelberg: Müller Verlag. s. 20, 21.

Yüksek Mahkeme, BGB § 635'ten doğan talepleri, sözleşmenin müspet ihlalden doğan tazminat talebi lehine dar yorumlamıştır. Mahkemenin bu yönde bir içtihat geliştirmesinde, eserin ayıplı olmasından doğan bütün zararların BGB § 638'deki kısa zamanaşımı süresine tabi tutmanın hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi etkili olmuştur¹⁴¹. Görüldüğü üzere, BGB § 638 ile BGB § 195'te öngörülen zamanaşımı süreleri arasındaki uçurum, yakın ve uzak ayıplı takip eden zarar ayırımını önemli hale getirmektedir.

İçtihatlarla göre zarar ile ayıplı arasında doğrudan ve sıkı bir bağlantı varsa yakın ayıplı takip eden zarar söz konusudur¹⁴². Özellikle eserin muayenesi ile planlanmasının ayıplı yapılması halinde böyle bir durumun mevcut olduğu kabul edilmektedir. Tabii bunun için planlamadaki veya muayenedeki ayıplı bir başka eserde vücut bulması gerekir. Mimarın planlama eksikliğinde, istatistikçinin hesaplama hatasında ve ayıplı bina muayenelerinde de aynı durum söz konusudur¹⁴³. Buna karşılık iş sahibinin diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıkan zarar ile ayıplı eser edimi arasında bu şekilde sıkı bir bağlantı bulunmadığında, araya başka fiili durumlar eklendiğinde, uzak ayıplı takip eden zarardan bahsedilmektedir. Söz konusu zararlar çoğu zaman iş sahibinin malvarlığında büyük kayıplara yol açmaktadır¹⁴⁴.

Yakın ve uzak ayıplı takip eden zarar ayırımı ile ilgili doktrinde savunulan bir görüşe göre¹⁴⁵, ayırım yaparken *zamansal mesafe* ölçütünün dikkate alınması gerekir. Buna göre zararın türü, zararın teslim anında mı yoksa eserin kullanılmasıyla birlikte mi ortaya çıktığına göre değişiklik gösterecektir. Başka bir deyişle, zararın eserin tehlikeli olması yoluyla mı ortaya çıktığı yoksa zarara eklenen tehlikeli nitelikteki olaydan mı kaynaklandığına bağlı olarak zararın türü değişecektir.

Bununla birlikte doktrinde borçlar hukuku reformundan önce de yakın ve uzak ayıplı takip eden zarar ayırımının yapay olduğu, bundan vazgeçilmesi gerektiğini savunan yazarlarla da karşılaşılmaktadır¹⁴⁶. Gerçekten ayrıntılı bir şekilde düşünüldüğünde, kanunda açık hüküm yokken içtihatlarla ayıplı zarar arasındaki bağlantının sıkı ve doğrudan olup olmamasına göre bir ayırım yapmak ve yakın ayıplı takip eden zararlarda BGB § 638'i kıyasen uygulamak, iş sahibinin hakkaniyete aykırı şekilde bütün yükü üzerine alması anlamına gelir. Hukuk

¹⁴¹ Walter, (1990), s. 98-101, Rohlack, (1997), s. 105.

¹⁴² Waltermann, (2003), s. 282.

¹⁴³ Lorenz, Stringari, (2006), s. 243.

¹⁴⁴ Waltermann, (2003), s. 282.

¹⁴⁵ Fuglinszky, (2007), s. 136, 137.

¹⁴⁶ Lorenz, Stringari, (2006), s. 244.

güvenliğini zedeleyen böyle bir durum kabul edilemez¹⁴⁷. Dolayısıyla sadece uzak ayıba takip eden zararların değil, yakın ayıba takip eden zararların da sözleşmenin müspet ihlali kapsamında 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulması gerekir¹⁴⁸.

B) 2002 Tarihli Borçlar Hukuku Reformundan Sonraki Hukuki Durum

Almanya’da 2002 tarihli borçlar hukuku reformunun asıl amaçlarından biri, genel ve özel borca aykırılık hukuku arasındaki farklılığı ortadan kaldırmaktır. Reform ile yeknesak bir sorumluluk ölçütü öngörülerek, zamanaşımı süreleri arasındaki farklılıklar giderilmek istenmiştir. Değişiklik komisyonu, gerek eser gerekse satış sözleşmesinde ayıptan doğan bütün talepleri aynı zamanaşımı süresine tabi tutmayı düşünmüştür. Böylece hem ayıp zararı ile ayıba takip eden zarar arasındaki ayırım ortadan kalkacak hem de sözleşme tipine göre ayıba karşı tekeffül hukukunun farklılık göstermesi engellenmiş olacaktır. Ayrıca bu sayede önceki borçlar hukuku döneminin en tartışmalı konuları arasında yer alan, ayıba karşı tekeffülle sözleşmenin müspet ihlali arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgili sorun da çözülmüş olacaktır¹⁴⁹. Bu noktada reformun yapılmasında söz konusu zarar türlerini ayırmaya yönelik o ana kadar net bir ayırım kriteri geliştirilememesi, özellikle eser sözleşmesi hukukunda uygulanan yakın ve uzak ayıba takip eden zarar şeklindeki isabetli olmayan ayırmadan vazgeçilmek istenmesi etkili olmuştur¹⁵⁰.

Doktrin ve uygulamada ise, borçlar hukuku reformundan sonra bile ayıba takip eden zarar kavramı kullanılmaya devam etmiştir¹⁵¹. Ayrıca borca aykırılık hukukundan doğan bütün hukuki çareleri aynı zamanaşımı süresine tabi tutma yönündeki öneri değişiklik komisyonu tarafından kabul edilse de, borçlar hukukunun modernleştirilmesine ilişkin kanunda bu öneriye uygun hareket edilmediği ve borca aykırılık hukukunda subjektif zamanaşımının (zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilme anının), buna karşın ayıba karşı tekeffül halinde ise objektif zamanaşımının (sözleşme konusunun teslim anının) esas alındığı görülmektedir¹⁵².

Diğer taraftan reformla birlikte sorumluluk sebepleri arasında yeknesaklığı sağlayabilmek için ayıba karşı tekeffül kapsamında iş sahibine tanınan haklar büyük ölçüde ortadan kaldırılmış, iş sahibinin ayıptan dolayı sahip olduğu neredeyse bütün hakların artık

¹⁴⁷ Waltermann, (2003), s. 282, 283.

¹⁴⁸ Waltermann, (2003), s. 283.

¹⁴⁹ Lorenz, Stringari, (2006), s. 238, Wagner, (2002), s. 475, Walter, (1990), s. 304.

¹⁵⁰ Mankowski, P. (2006). “Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von “Mangelfolgeschaden” (Integritätsschaden)”, *Juristische Schulung*. Heft 6. s. 481.

¹⁵¹ Lorenz, Stringari, (2006), s. 238.

¹⁵² Wagner, (2002), s. 478.

genel borca aykırılık hukukundan doğacağı kabul edilmiştir. Böylece ayıbın giderilebilir olup olmamasına bağlı olarak, imkânsızlığa ya da temerrüde ilişkin hükümler uygulanmaya başlanmış ve ayıba karşı tekeffül özel bir sorumluluk sebebi olma niteliğini yitirmiştir. Sadece istisnai olarak bedelden indirim hakkı ile ayıplı eser için yapılan onarım masraflarının tazminini isteme hakkı BGB § 637’de özel olarak düzenlenmiştir¹⁵³.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların genel borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmasının ilk sonucu, ayıplı eser teslimine dayanan bütün zararların tazmini konusunda BGB § 280/I hükmünün uygulanabilecek olmasıdır. Buna göre *“borçlu borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal eder ve bu konuda kendisinin kusurlu olmadığını ispatlayamazsa, alacaklının bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır.”* Böylece ayıba takip eden zararların tazmini konusunda BGB § 241’de hükme bağlanan yan yükümlülüğün (koruma yükümlülüğünün) ihlaline dayanmaya gerek kalmamıştır¹⁵⁴.

Bunun bir diğer sonucu ise, ayıba takip eden zararların tazmini talebinin, yakın ve uzak ayıba takip eden zarar ayrımı yapılmaksızın aynı zamanaşımı süresine tabi tutulacak olmasıdır¹⁵⁵. Teslimden itibaren işlemeye başlayacak olan zamanaşımı süresi, taşınır eser edimleri ile bunların bakımı, üretimi, değiştirilmesi, planlanması ve denetlenmesine yönelik edimlerde 2 yıl, yapı eserleri ile bunların planlanması ile denetimlerinde ise 5 yıldır¹⁵⁶. Buna karşılık kanun koyucu haklı olarak maddi olmayan eserlerde ayıbın anlaşılmasının zorluk teşkil edeceğini düşünerek, 3 yıllık zamanaşımı süresinin teslimden itibaren değil, ayıbın bilinmesinden itibaren işleyeceğini kabul etmiştir (BGB § 634a Abs. 1 Nr. 1, 3)¹⁵⁷. Nihayet yüklenici ayıba hile ile gizlerse, 2 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerinden yararlanamaz, bu halde

¹⁵³ Lorenz, Stringari, (2006), s. 244, 245.

¹⁵⁴ Lorenz, Stringari, (2006), s. 246.

¹⁵⁵ Lorenz, Stringari, (2006), s. 247. Aksi görüşte olan Wagner’e göre, borçlar hukuku reformundan sonra da eserin ayıplı olmasından doğan bütün tazminat talepleri aynı zamanaşımı süresine (BGB § 634a’ya) tabi olmayacaktır. Hükmün uygulama alanı, ifa menfaatinin ihlalinden doğan zararlarla (ayıp zararlarıyla) sınırlıdır. Ayıplı ifa, işsahibinin koruma menfaatinin ihlal etmişse (ayıba takip eden zarar söz konusu ise) BGB § 195, 199’daki zamanaşımı süreleri geçerli olur, Wagner, (2002), s. 481.

¹⁵⁶ Eserin niteliğine göre farklı zamanaşımı sürelerinin kabul edilmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Waltermann, (2003), s. 290, 291.

¹⁵⁷ Buna karşılık doktrinde savunulan bir görüşe göre, maddi eser ve maddi olmayan eser ayrımının temelinde, aslında maddi olmayan eserlerin muayene imkânının çoğunlukla daha zor olması yatmaktadır. Dolayısıyla objektif kısa zamanaşımı süresi uygulandığında, talebin ileri sürülme imkânı doğmadan zamanaşımına uğraması riski söz konusudur ve bu kabul edilemez. Ancak ayıba takip eden zararlar bakımından böyle bir riskten bahsedilemez. Çünkü ne maddi eserlerde ne de maddi olmayan eserlerde meydana gelebilecek ayıba takip eden zararlardan muayene yoluyla kaçılması mümkündür. Her iki durumda da ayıba takip eden zararlar koruma yükümlülüğünün ihlali olarak ortaya çıktığından, zararın öngörülebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla maddi eserlerdeki ayıba takip eden zararlar kısa zamanaşımı süresine tabi tutulurken, maddi olmayan eserlerdeki zararlarla ilgili subjektif, üç yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmesi isabetli değildir. Waltermann, (2003), s. 290.

30 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır. Ayrıca hileli hareket eden kişiye hiçbir durumda imtiyaz sağlamamak için hilenin varlığı halinde zamanaşımının duracağı hüküm altına alınmıştır (BGB § 634 a Abs. 3 Nr. 2).

Görüldüğü üzere, ayıby takip eden zarar kavramı, yeni borçlar hukukunda sadece zamanaşımı rejimi bakımından önemlidir. Yoksa hukuki bir ayırım kriteri gücüne sahip değildir. Zira iş sahibine tazminat hakkı zararın hangi hukuki değerde ortaya çıktığından bağımsız olarak tanındığı için zararın ayıby zararı ya da ayıby takip eden zarar olması önemli değildir. Burada bir ayırım yapılacaksa, ayıptan doğan zararlarla BGB § 241'deki yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan zararlar arasında yapılması daha makul olacaktır¹⁵⁸.

Nitekim borçlar hukuku reformuyla birlikte ayıby zararı ve ayıby takip eden zarar ayırımının yerine, BGB § 280/I-III'te tazmin edilecek zararın türünü esas alacak şekilde “edim yerine zarar” (Schadenersatz staat der Leistung), “edim yanında zarar” (Schadenersatz neben der Leistung) ve “gecikme zararı” (Verspatungsschaden) ayırımı yapılmıştır. Burada ayıby zararının edim yerine zarara, buna karşılık ayıby takip eden zararın ise edim yanında zarara karşılık geldiği şeklinde bir genelleme yapılmamalıdır¹⁵⁹. Zira BGB § 280/I-III'te ayırım sırasında ihlal edilen hukuki değer dikkate alınmamıştır. Aksine ileri sürülen talebin alacaklının ifa menfaatini karşılayıp karşılamadığı temel çıkış noktasını oluşturmuştur. Dolayısıyla ayıby zararı ile ayıby takip eden zarar ayırımının BGB § 280/I-III'teki zarar türleri ile tam olarak örtüşmediği sonucuna varılmalıdır¹⁶⁰.

Zararın tazmini nitelendirmeye bağlı olduğundan, zarar türleri arasında ayırım yaparken dikkatli olunmalıdır. Bu noktada ifa talebini kesin olarak ortadan kaldıran her zarar edim yerine zarardır. Dolayısıyla edim yerine zarar, ifa talebinin imkânsızlığından kaynaklanabileceği gibi, borçlunun borcunu yerine getiremeyecek durumda olmasından da doğabilir¹⁶¹. Buna karşılık yükümlülük ihlali dolayısıyla ortaya çıkan, borçlanılan edimle de artık telafi edilemeyen ve alacaklının borçlanılan edime ilişkin menfaatiyle benzerlik göstermeyen, bu yüzden alacaklının menfaatinin iki defa tatmin edilip edilmediğine bakılmaksızın edimle birlikte talep edilebilen zararlar ise edim yanında zarardır. Şu halde gecikme zararı, edim yerine zararın değil, aksine edim yanında zararın bir türüdür¹⁶².

¹⁵⁸ Lorenz, Stringari, (2006), s. 261.

¹⁵⁹ Aksi görüşte bkz. Mankowski, (2006), s. 483.

¹⁶⁰ Lorenz, Stringari, (2006), s. 252.

¹⁶¹ Mankowski, (2006), s. 483.

¹⁶² Lorenz, Stringari, (2006), s. 250.

Zarardan sorumluluk için borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmesini yeterli gören BGB § 280/I hükmü, edim yanında zarar için uygulama alanı bulur. Fakat söz konusu hüküm, edim yerine zarar ya da gecikme zararı için yeterli değildir. Bunlar için kanun koyucu BGB § 281’de ek bazı şartlar aramıştır. Şöyle ki, edim yerine zararın tazmini için alacaklının borçluya ek süre verip, zararın aynen ifa yoluyla giderilebilmesi için son bir şans tanınması gerekir. Gecikme zararının tazmini için ise, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel şartlara uyulması gerekli ve yeterlidir¹⁶³.

III-Fransız Hukuku

A) Genel Olarak Sorumluluğun Şartları

Eser sözleşmesinin Fransız hukukunda düzenlenişi, tıpkı diğer rızai sözleşmeler gibi geç olmuş ve genel olarak sözleşmelerin düzenlenişi bölgelere göre farklılık arz etmiştir. Şöyle ki, Güney Fransa’da Roma hukukunun etkileri yoğun bir şekilde hissedilmekteyken, Kuzey Fransa’da nüfusun Alman olmasından dolayı örf ve adet hukukunda Alman hukukunun izleri görülmekte, Roma hukuku ise tali nitelikte uygulanmaktadır¹⁶⁴. Ancak toplanan kaynaklarda, Kuzey Fransa’da 15. yüzyılın sonu ile 16. yüzyılın başında eser sözleşmesi ile ilgili hiçbir düzenlemeye rastlanılmamıştır. Örf ve adet hukukunda kira ve hizmet sözleşmeleri ele alınırken, eser sözleşmesi de aynı şekilde bilinmesine rağmen göz ardı edilmiştir. Bu yüzden hem Kuzey hem de Güney Fransa’da eser sözleşmesinin sadece Roma hukukuna göre ele alındığı kabul edilmelidir¹⁶⁵. Dolayısıyla Fransız hukukunda eser sözleşmeleri locatio conductio sözleşmeleri içinde değerlendirilmiş, hatta eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında net bir ayırım yapılmamıştır. Eser sözleşmesi kanunda bağımsız bir sözleşme olarak ele alınmadığından ve kapsamlı bir kanuni tanımlama yapılmadığından, eser sözleşmesinin konusunu genel olarak belirlemek ve bu yolla benzer sözleşmelerden ayırt etmek, uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Bu konuda örneğin Mazeaud, eser sözleşmesini “girişimcinin ücret karşılığında belli bir işi tamamen bağımsız bir şekilde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamıştır. Böylece maddi eserlerin yanı sıra maddi olmayan eserler de sözleşmenin kapsamına dâhil edilmiştir¹⁶⁶.

¹⁶³ Lorenz, Stringari, (2006), s. 249.

¹⁶⁴ Walter, A. P. (1966). *Der Werkvertrag und die Mangelhaftung des Herstellers nach den Rechtsordnungen des Deutschen und des Französischen Sprachkreises*, Saarbrücken. s. 24, 25.

¹⁶⁵ Walter, (1966), s. 26.

¹⁶⁶ Stotz, (1989), s. 183, 184.

Alman ve Avusturya hukuklarının aksine, Fransız hukukunda yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme de yapılmamıştır. Sadece binalardaki ayıplardan yüklenici ile mimarın sorumlu olacağı yönünde düzenlemeler yapılmıştır¹⁶⁷. Ancak söz konusu hükümler, son derece sınırlı bir alan için uygulama alanı bulduğundan, yüklenicinin ayıp sorumluluğunun temelini oluşturmamaktadır. Bu hükümler, binanın ayıplı olması halinde iş sahibinin taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresini düzenlemektedir. Buradan, kanun koyucunun ayıp halinde iş sahibine kural olarak bazı haklar tanıdığı, ancak bunun hukuki temelini ortaya konulabilmesi için genel hükümlere başvurulması gerektiği sonucuna varılmalıdır¹⁶⁸.

Nitekim Fransız hukukunda eserdeki ayıptan yüklenicinin sorumlu olduğu yönünde genel bir inanış hâkimdir ve sorumluluğun temeli Medeni Kanunun genel hükümlerinden çıkarılmaktadır. Şöyle ki, eser sözleşmesi ile yüklenici eseri sözleşmeye uygun şekilde ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir. Eserin ifasında yükleniciden beklenen özen belirlenirken, sözleşme hükümleri ile aynı işi yapan diğer yüklenicilerin gösterdiği özen (o alandaki mesleki kurallar) göz önünde bulundurulmaktadır. Yüklenicinin ifa yükümlülüğü, sözleşme ile kendisine yüklenen ve yerine getirilmesi gerektiği halde getirilmeyen yapma borcundan doğmaktadır. Sözleşme hukukuna ilişkin bu genel durum, eser sözleşmesi için de geçerli olmalıdır. Böylece sözleşme hukukunun genel ilkelerinden, yüklenicinin eseri ayıpsız şekilde ifa etme yükümlülüğü doğmaktadır. Sözleşme hükümlerinden ya da normal ve özenli bir yüklenicinin yapacağı eserden her sapma, ayıbın türünü oluşturmakta ve sözleşmenin hiç ifa edilmemesi anlamına gelmektedir¹⁶⁹.

Yüklenicinin hiç ya da gereği gibi ifa etmemeden sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekmektedir. Fransız hukukunda yüklenicinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiğinden, sorumluluk için iş sahibinin ayıbın varlığını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir. Buna karşılık yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi, illiyet bağıını kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlamasına bağlıdır¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Fransız Medeni Kanunu m. 1792'ye göre, "Yapıdaki ayıptan yahut arazinin ayıplı olmasından dolayı binanın değeri kısmen veya tamamen düşse, bina yok olsa bile, mimarla yüklenici 10 yıl boyunca sorumludur." Kanunun 2270. maddesine göre ise, "On yıl geçtikten sonra mimarla yüklenici yaptığı ya da yürüttüğü büyük eserlerin garantisinden kurtulur."

¹⁶⁸ Walter, (1966), s. 138, 139.

¹⁶⁹ Walter, (1966), s. 139, 140, Stotz, (1989), s. 185.

¹⁷⁰ Walter, (1966), s. 141, Stotz, (1989), s. 185.

Yüklenicinin sorumluluğu için ayrıca satış sözleşmesindeki düzenlemeyle de örtülecek şekilde, iş sahibinin ayıbı öğrendikten sonra imkân bulur bulmaz talebini ileri sürmesi gerekir¹⁷¹.

Diğer taraftan yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, malzeme kısmen veya tamamen iş sahibi tarafından temin edilmiş olsa dahi söz konusudur. Gerçi Fransız Medeni Kanununun 1790. maddesinde açıkça yüklenicinin beklenmeyen hallerde ve kendisine teslim edilen malzemenin zarar görmesi halinde sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde yüklenicinin malzemedeki ayıbı bilmesi gerektiği halde bunu göz ardı ederek ayıplı malzeme ile eseri imal ettiğinde, ücret alacağına ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Yüklenicinin uzman bir kişi olmasından dolayı kendisine teslim edilen malzeme ile ilgili muayene ve ihbar külfeti yüklenmiştir. Bu külfetin ihlali sonucunda malzemedeki ayıp eserin ayıplı olmasına yol açtığına, yüklenici sözleşmenin ihlalinden sorumlu tutulmuştur¹⁷².

Yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu, kural olarak eserin kabulüyle birlikte sona ermektedir. Bu kuralın istisnasını, bina eserlerinde mimarla yüklenicinin eserin kabulünden sonra 10 yıl daha ayıptan sorumlu olmayı sürdürmesi oluşturmaktadır. Sorumluluğun bu kadar uzun tayin edilmesinde, bina eserlerindeki ayıpların genellikle uzun yıllar geçtikten sonra ortaya çıkıyor olması etkili olmuştur. Diğer taraftan eserin kabulünün yüklenicinin haksız fiil sorumluluğunu ise ortadan kaldırmayacağı, özellikle içtihatlarda vurgulanmıştır¹⁷³.

B) İş sahibine Tanınan Haklar

1. Onarım ve eserin yeniden üretilmesini talep etme hakkı

Ayıplı eserin teslimi halinde, ifa, sözleşmeye uygun düşmediği için, iş sahibi ayıplı eseri kabulden kaçınabilir. Burada kural olarak eserin ayıplı mı üretildiğinin yoksa sonradan mı ayıplı hale geldiğinin bir önemi yoktur. Her iki halde de hiç ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulur¹⁷⁴.

Gerçi kural olarak Fransız hukukunda iş sahibine ifayı kabul etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak yapılan iş sözleşmeye uygun olmadığında bu kural geçerli değildir. Sonuç olarak vaat edilen eserin üretimi mümkünse ve bunun yapılması iş sahibinin menfaatine uygun düşüyorsa, iş sahibi, eserin yeniden üretimini talep edebileceği gibi onarım hakkını da

¹⁷¹ Stotz, (1989), s. 188.

¹⁷² Walter, (1966), s. 141, 142.

¹⁷³ Walter, (1966), s. 142, 143, Stotz, (1989), s. 185, 187.

¹⁷⁴ Stotz, (1989), s. 186.

kullanabilir. Çoğun içinde azın da bulunması bu sonucu haklı kılmaktadır. Aslında her iki halde de sözleşmeye uygun ifa talebinin ileri sürülmesinden başka bir şey söz konusu değildir¹⁷⁵. Ancak bu hakların kullanılabilmesi ayıbın önemli olması şartına bağlanmıştır¹⁷⁶.

2. Gecikme zararlarının tazminini talep etme hakkı

Kural olarak taraflar eserin yapımı için belli bir süre kararlaştırırlar. Yüklenici bu süre içerisinde ayıplı eser teslim ederse, sözleşmeden doğan borcunu hiç ifa etmemiş sayılır. Bu durumda yüklenici ifayı zamanında gerçekleştiremediği için temerrüde düşmüş olur. Ancak bunun için Fransız Medeni Kanununun 1139. maddesine göre temerrüt ihtarının kural olarak resmi şekilde yapılması gerekir. Buna karşılık ticari işlemlerde irade beyanının herhangi bir şekilde açıklanması yeterlidir. Bunun dışında temerrüdün varlığı için yüklenicinin gecikmede kusurlu olması gerekir. Ancak bu konuda yüklenicinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiğinden, sorumluluktan kurtulmak isteyen yüklenicinin illiyet bağıını kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlaması şarttır¹⁷⁷.

3. Hiç ifa etmemeden doğan zararın tazmini talebi

Ayıplı eserin tesliminden sonra ifa talebinin yerini, hiç ifa etmemeden doğan kanuni talepler (tazminat, sözleşmeden dönme, üçüncü kişi aracılığıyla ifa gibi) alır.

İş sahibine Fransız Medeni Kanununun 1792 ile 2270. maddesindeki sınırlamalar dâhilinde uğradığı zararı talep etme (telafi edici nitelikte tazminat talebinde bulunma) imkanı tanınmıştır. Burada sözleşme ilişkisi kural olarak hala mevcuttur, ancak borçlanılan edimin yerini ifanın gerçekleşmemesi yüzünden iş sahibinin uğradığı zarar alır. Tazminat talebi için teslim edilen eserin tamamen kullanılamaz olması gerekmez. Kullanımın kısmen gerçekleşmemesi halinde de bununla orantılı bir tazminata hükmedilir¹⁷⁸.

İlgili hükümlerde bahsi geçen “*telafi edici tazminat*” kavramının kapsamına aynı onarım girmektedir. Buna karşılık eş değer onarım, yani nakdi tazminat, ancak eserin onarımı ya da yeniden üretimi tamamen ya da kısmen mümkün olmazsa yahut iş sahibinin zararı ile karşılaştırıldığında onarım veya yeniden üretim yüklenici için orantısız yükler doğuracaksa talep edilebilir. Tazminatın kapsamına fiili zararların yanı sıra yoksun kalınan kar da dâhildir.

¹⁷⁵ Walter, (1966), s. 144.

¹⁷⁶ Walter, (1966), s. 234.

¹⁷⁷ Walter, (1966), s. 145.

¹⁷⁸ Walter, (1966), s. 146, 147.

Burada zararın maddi ya da manevi zarar niteliği taşıması önemli değildir. Aynı şekilde zararın mevcut mu olduğu yoksa gelecekte ortaya çıkacak bir zarar mı olduğunun da herhangi bir önemi yoktur. Fakat burada iki tür sınırlama öngörülmüştür: Bunlardan ilki, Kanunun 1151. maddesine göre *tazmin edilecek zararlar doğrudan ayıp zararları ile sınırlıdır*. Buradaki doğrudan zarar kavramı, Alman hukukundaki doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı ile örtüşmediği için biraz belirsizdir. Şöyle ki, burada sözleşmenin hiç ifa edilmemesinin genel olarak uygun sonucu olarak ortaya çıkan her türlü zarar, doğrudan zarar kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bunun dışında sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden doğan zararlar öngörülebilir zararlarla sınırlandırılmış ve yüklenicinin kastı bulunmadığı sürece sadece sözleşmenin kurulması anında öngörülen veya öngörülmesi mümkün olan zararlardan sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır (m. 1150)¹⁷⁹. Zira kast halinde sorumluluk için zararın öngörülebilir olmasına gerek yoktur. Kasten yükümlülüğe aykırı hareket eden yüklenici, her türlü zararı tazmin etmek zorundadır¹⁸⁰.

4. Sözleşmeyi feshetme hakkı

Fransız Medeni Kanununun 1184. maddesinde iş sahibine mahkeme aracılığıyla sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Fransız hukukunda karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde “muhatap da kendi yükümlülüklerine uygun davrandığı sürece sözleşme ilişkisi devam edecektir” yönünde genel bir kabul vardır. Ayrıca fesih hakkının kullanımı, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmıştır. Bütün bu şartlar gerçekleşmiş olsa bile, yüklenici, ayıpsız eserin teslimi yoluyla sözleşmeden doğan borcunu ifa ederek, iş sahibinin fesih hakkını kullanmasını engelleyebilir. O halde bu hak, son duruşmada gereği gibi ifa hala söz konusu olmadığında kullanılabilen bir haktır. Hâkim, sözleşmenin feshi ile birlikte uğranılan zararların tamamen veya kısmen tazminine hükmedebileceği gibi, tazminat olmaksızın sadece sözleşmenin feshine de karar verebilir. Bunun dışında gereği gibi ifa için süre vererek yükleniciye son bir şans da tanıyabilir. Ya da sözleşme ilişkisini ayakta tutarak sadece tazminata da hükmedebilir. Bu yola, çoğunlukla sözleşme kısmen ifa edilmediğinde ve bu yüzden sözleşme ilişkisini tamamen sona erdirmenin hakkaniyete uygun düşmeyeceği durumlarda başvurulmaktadır. Sözleşme ilişkisinin tamamen sona erdirilmesiyle ise, özellikle yüklenici sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerini yerine getirmediğinde karşılaşılmaktadır. Buna karşılık yan yükümlülüğün ihlali veya ayıpsız ifaya ilişkin yükümlülüklerin kısmen yerine

¹⁷⁹ Stotz, (1989), s. 186, dn. 30.

¹⁸⁰ Walter, (1966), s. 276, 277.

getirilmemesi hallerinde, mahkemeler, tazminata hükmetmekle yetinmekte, sözleşme ilişkisine dokunmamaktadırlar¹⁸¹.

5. Eserin üçüncü kişi tarafından ifasını talep etme hakkı

Fransız Medeni Kanununun 1144. maddesinde, iş sahibine, ayıplı ifayı reddederek, mahkemeden bütün masrafı yükleniciye ait olmak üzere, eserin üçüncü bir kişi tarafından ayıpsız şekilde ifa edilmesine karar verilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bunun yerine iş sahibinin ayıplı eseri iade etmeyip, sadece onarımın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesini talep etmesi de mümkündür. Evleviyet ilkesi bu sonucu haklı kılmaktadır. Ancak her iki halde de eserin ifasında yüklenicinin kişiliğinin önem arz etmemesi gerekir¹⁸². Aksi halde şahsi borç söz konusu olacağı için bu haklar kullanılamaz.

Bunun dışında içtihatlarda sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmeme konusunda ısrarcı olan yüklenici, para cezası ödemeye mahkum edilmektedir. Böylece onun üzerinde etkili bir baskı unsuru oluşturulmaya çalışılmaktadır. Para cezası uygulaması, borçluyu belli bir edimi zamanında gerçekleştirmeye, örneğin ayıplı eseri onarmaya zorlamaktadır¹⁸³. Diğer taraftan (Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi) hukuk sistemlerinin çoğunda kabul edilen bedelden indirim hakkı, Fransız hukukunda kabul edilmemiştir¹⁸⁴.

IV-Avusturya Hukuku

Yaklaşık 200 yıllık bir tarihi geçmişe sahip olan Avusturya Medeni Kanununda (AGBG'de) 2002 yılında reform niteliğinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de, Kanunun 922. maddesinde düzenlenen, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlunun ayıplı ifadan doğan sorumluluğuna ilişkin genel hükümdür. Böylece daha önce tüketici işlemlerini düzenleyen 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi iç hukuka entegre edilerek, eser ve satış sözleşmeleri için bütünlük oluşturacak şekilde yeni bir sistem meydana getirilmeye çalışılmıştır¹⁸⁵. Zira ayıplı ifa ile ilgili Avusturya Medeni Kanunu dışında özel kanunlarda (HGB, KSchG, PHG ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunda) da hükümler bulunması, borca

¹⁸¹ Walter, (1966), s. 147-149.

¹⁸² Walter, (1966), s. 150, Stotz, (1989), s. 186.

¹⁸³ Stotz, (1989), s. 186, 187.

¹⁸⁴ Walter, (1966), s. 282.

¹⁸⁵ Dağdelen, A. H. (2017). "Avusturya İfa Aksaklıkları Hukukunun Temel Yapısı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 66 (4). 659-676. s. 668.

aykırılık hukukunun parçalanmasına yol açmış, bu durum beraberinde ayırım sorunları ile bir takım çelişkilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunun dışında mevcut hükümlerin modern çağın gerektirdiği şekilde tüketiciyi koruyamaması da reformun yapılmasında etkili olmuştur¹⁸⁶. Nihayet Avusturya senatosunun, Avusturya Üst Mahkemesinin 7.3.1990 tarihli kararında, tazminat talebiyle ayıplı ifadan doğan talepler arasında yarışma ilişkisinin bulunduğunu kabul etmesi, reform hareketlerini hızlandırmıştır. Öyle ki, yarışma ilişkisinin varlığı, önce eser sözleşmesi, sonrasında ise satış sözleşmesi için kabul edilmiştir¹⁸⁷. Dolayısıyla Avusturya hukukunda yüklenicinin sorumluluğu araştırılırken, kanun değişikliğinin öncesi ile sonrasının ayrı ayrı ele alınması gerekir.

A) 2002 Tarihli Değişiklikten Önceki Hukuki Durum

Avusturya hukukunda yüklenicinin kararlaştırılan eseri ayıpsız bir şekilde ifa etme yükümlülüğü, bir taraftan sadece eser sözleşmesi için uygulama alanı bulan AGBG 1167 hükmünden, diğer taraftan karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yönelik genel nitelikteki AGBG 922 vd. hükümlerinden doğmaktadır. AGBG 1167 hükmünde iş sahibinin ayıptan doğan talepleri, AGBG 922'den kısmen ayrılmaktadır. Ancak bu durum, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu konusunda, ivazlı sözleşmeler için geçerli olan AGBG 922 vd. hükümlerinin tamamlayıcı nitelikte uygulanmasını engellemektedir¹⁸⁸.

Avusturya hukuku genel olarak eser sözleşmesinde ayıplı ifadan sorumluluk konusunda İsviçre hukuku ile uyum içindedir. Bu durum, ayıplı ifanın hukuki sebebi ile ayıp kavramı bakımından tamamen geçerlidir. Buna karşılık İsviçre hukukundan farklı olarak Avusturya hukukunda, ayıptan doğan hakların kullanımı, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla ayıplı eserin kabulü, ayıptan doğan haklardan vazgeçildiği anlamına gelmez¹⁸⁹.

Avusturya hukukunda iş sahibi eserin ayıplı olması halinde kural olarak seçim yapma hakkına sahiptir (AGBG 932). Gerçekten yüklenici kusurlu olmasa dahi iş sahibi sözleşmeden dönme, indirim veya onarım haklarından birini kullanabilir. Ancak bu seçimlik haklar serbestçe

¹⁸⁶ Linder, F. (2005). *Gewährleistung in England und Österreich*. Wien: Linde Verlag. s. 134.

¹⁸⁷ Linder, (2005), s. 132, 133.

¹⁸⁸ Stotz, (1989), s. 189, 190, Bögli, R. (1996). *Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mangelhaftung beim Werkvertrag, Zeitpunkt und Voraussetzungen*, Bern: P. Haupt Verlag. s. 137.

¹⁸⁹ Trachsel, H. (2000). *Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmangeln*, Bern: Verlag Paul Haupt. s. 82, 83.

kullanılmaz, aksine ayıbın türüne ve önemine göre kullanılabilir. Şöyle ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı ayıbın önemli olması şartına bağlı iken, onarım hakkına başvurulabilmesi için onarımın aşırı masrafa neden olmaması gerekir. Aksi halde sadece indirim hakkı kullanılabilir¹⁹⁰. Şu halde Alman hukukundan farklı olarak, iş sahibi sözleşmeden dönebilmek ya da bedelden indirim hakkını kullanabilmek için önceden eserin onarılmasını istemek zorunda değildir¹⁹¹. Aksine Avusturya hukukunda onarım hakkının üstünlüğü söz konusu değildir.

Avusturya hukukunda hakim görüşe göre, eserdeki ayıp iş sahibi tarafından verilen malzemenin elverişsiz olmasından veya iş sahibinin talimatındaki yanlışlıktan kaynaklandığında, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar. Tabii bunun için yüklenicinin konu ile ilgili iş sahibini aydınlatması gerekir. Bununla birlikte yüklenici malzemenin elverişsizliği ile talimatın yanlışlığını bilmek zorunda değilse ve somut olayda da fiilen bilmiyorsa, uyarıda bulunmamış olsa bile sorumluluktan kurtulur. Dolayısıyla genel olarak ayıbın sebebi, iş sahibinin hukuki alanından kaynaklandığında, yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir¹⁹². Bu yönüyle Avusturya hukuku, Türk-İsviçre hukukuna benzemektedir.

AGBG 933'te ayıptan doğan hakların kullanımı için kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Bu süre, taşınır eserlerde teslimden itibaren altı ay iken, taşınmazlarda üç yıldır¹⁹³. Ancak Avusturya Üst Mahkemesi, ayıptan doğan hakları bu kısa zamanaşımı sürelerinden kurtarabilmek için ayıbı takip eden zarar kavramını o kadar geniş yorumlamıştır ki, bizzat ayıplı eserde ortaya çıkan ayıp zararlarını bile bu kapsama dâhil etmiştir. Bu noktada ayıbı takip eden zararın uygulama alanı ne kadar geniş tutulursa, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanma oranı da o ölçüde daralır. Zira Avusturya hukukunda reform öncesinde tazminat hakkı ile ayıp hükümleri birbirlerinden farklı alanlar olarak görülmekte idi¹⁹⁴. Böylece İsviçre hukukundan farklı olarak, Avusturya hukukunda iş sahibi, genel hükümlere (m. 932'ye) başvurarak *hem ayıp zararlarının hem de ayıbı takip eden zararlarının tazminini isteme imkânı* elde etmiştir. Bunun için eserin ayıplı olmasında yüklenicinin ya da ifa yardımcılarının kusurlu olması gerekli ve yeterlidir. Bu hususta eserin yapımı için gerekli olan

¹⁹⁰ Trachsel, (2000), s. 82, dn. 400, Bögli, (1996), s. 138, Stotz, (1989), s. 190, 191.

¹⁹¹ Trachsel, (2000), s. 82.

¹⁹² Bögli, (1996), s. 139, 140.

¹⁹³ Stotz, (1989), s. 192, 193.

¹⁹⁴ Linder, (2005), s. 132, 133.

bilginin ya da özenin eksikliği, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırır ve kusurlu olduğu anlamına gelir (AGBG 1299). Buna karşılık tazminat talebi için ayrıca ayıp sorumluluğuna ilişkin özel şartların gerçekleşmesine (örneğin süre vermeye) gerek yoktur¹⁹⁵. Zira Avusturya hukukunda hiç ifa etmemeden doğan tazminat hakkı, genel hükümlerden doğduğu için hukuken ayıba ilişkin bir hak değildir. Dolayısıyla bu hak, zararın ve zarar görenin öğrenilmesinden itibaren üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir (AGBG 1489) ve bu konuda ayıp sorumluluğu hakkında öngörülen, teslimden itibaren geçerli olan altı aylık ya da üç yıllık özel süreler (AGBG 933) uygulanmaz. Böylece iş sahibi ayıp sorumluluğuna ilişkin kısa süreler geçmiş olsa bile AGBG 1489'da öngörülen üç yıllık genel zamanaşımı süresi dolmadığı sürece tazminat talebinde bulunabilir¹⁹⁶. Tazminat talebinin dayanağının genel hükümler olmasının bir diğer sonucu, söz konusu taleple ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yarışma ilişkisinin mevcut olmasıdır¹⁹⁷. Bu halde iş sahibi dilediği hukuki yolu seçmekte serbesttir. Fakat bu durum iş sahibinin haksız olarak zenginleşmesine yol açmamalıdır¹⁹⁸.

B) 2002 Tarihli Değişiklikten Sonraki Hukuki Durum

2002 yılında yapılan reformla birlikte satış ile eser sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri arasındaki farklılık büyük ölçüde ortadan kaldırılmış, bu hükümler kural olarak aynı şekilde düzenlenmiştir. Reformdan yaklaşık dört yıl sonra eser sözleşmesinde borca aykırılık hukukunda önemli bir gelişme yaşanmış ve iş sahibine borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Buna göre onarımı talep etme hakkı bulunan iş sahibi, kural olarak bu hakkını güvence altına almak için eserin ücretini sınırsız bir şekilde alıkoyabilir. Yeter ki, somut olayda hakkın kötüye kullanılmasının sınırları aşılmamış olsun. Böylece iş sahibi yükleniciye nazaran daha güçlü bir konuma getirilmiştir¹⁹⁹.

Reformla ayrıca iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarının sayısında da artış yaşanmıştır. Gerçekten 2002 öncesinde iş sahibinin ayıpsız misliyle değiştirme hakkı yokken, bu hak reformla birlikte iş sahibine tanınmıştır²⁰⁰. Bunun dışında ayıplı ifa halinde iş sahibine sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini def'i olarak ileri sürebilme imkânı da verilmiştir

¹⁹⁵ Trachsel, (2000), s. 82, Stotz, (1989), s. 192.

¹⁹⁶ Bögli, (1996), s. 139.

¹⁹⁷ Aksi görüş için bkz. Stotz, (1989), s. 193.

¹⁹⁸ Trachsel, (2000), s. 82, 83.

¹⁹⁹ Linder, (2005), s. 167.

²⁰⁰ Linder, (2005), s. 146.

(AGBG 1052). İşşahibi, sözleşme gereği gibi ifa edilinceye ya da ayıplı eser onarılincaya kadar kendi edimini yerine getirmekten (ücreti ödemekten) kaçınabilir²⁰¹.

Diğer taraftan 2002 reformundan önce işşahibi kural olarak ayıptan doğan haklardan dilediğini seçmekte serbestti. Ancak reformla birlikte bu serbestinin yerini onarım ile misliyle değiştirme haklarının üstünlüğü almıştır. Böylece sözleşmeden dönmek veya indirim talep etmek isteyen işşahibinin öncelikle yükleniciye onarım veya misliyle değiştirme için uygun bir süre tanınması gerekir. Bununla birlikte yüklenicinin eseri onarmaktan ya da misliyle değiştirmenin gereğini yerine getirmekten kaçınması mümkündür. Aynı şekilde onarımın veya misliyle değiştirmenin imkânsız olması ya da aşırı masrafı gerektirmesi de söz konusu olabilir. Nihayet bu haklara başvurmak işşahibi için önemli ölçüde beklenemez nitelik taşıyabilir. İşte bu tür durumlarda, işşahibi, indirim hakkı ile önemli bir ayıp bulunduğu sürece dönme hakkına sahip olur. Çünkü onarım ve misliyle değiştirme hakları asli nitelikte iken, dönme ve indirim hakları tali niteliktedir. Ancak bu hakların kendi içinde birbirlerine karşı üstünlüğü yoktur. Yani işşahibi onarım yerine misliyle değiştirme hakkını serbestçe seçebilir. Aynı durum dönme ve indirim hakları arasında da geçerlidir²⁰². Ancak işşahibi seçim yaptıktan sonra kural olarak bu seçimiyle bağlıdır. Özellikle yüklenici bir takım masraflar yapmışsa veya seçimlik haktan vazgeçmenin hiçbir haklı gerekçesi yoksa, böyle bir durum söz konusudur. Diğer taraftan asli haklardan birine başvurmak, orantısız sonuçlar doğuracaksa diğerine başvurulmalıdır. Buna karşılık her iki asli hakka başvurmak da orantısız ya da imkânsız olacaksa, ancak o zaman tali nitelikteki haklara başvurulabilir. Sonuç olarak reformla birlikte ayıba karşı tekeffülden doğan hukuki çareler için iki basamaklı bir yapı öngörülmüřtür²⁰³.

2002 reformuyla taşınır eserlerde ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi, 6 aydan 2 yıla çıkarılmıştır. Buna karşılık taşınmaz eserlerde süre aynı (3 yıl olarak) kalmıştır (AGBG 933). İşşahibi eserdeki ayıbı bilmesee dahi, zamanaşımı süresi maddi ayıplarda eserin tamamlanıp teslim edilmesiyle²⁰⁴, hukuki ayıplarda ise işşahibinin ayıbın varlığını öğrenmesiyle başlar²⁰⁵.

²⁰¹ Linder, (2005), s. 144, Dağdelen, (2017), s. 668.

²⁰² Saaf, J. (2005). "Leistungsstörungen im Kauf-und Werkvertragsrecht-Länderbericht Österreich, Gewährleistungsrecht im Kauf-und Werkvertrag". 31. Tagung der DACH in Budapest vom 23. bis 25. September 2004. Zürich. s. 55, 56, Dağdelen, (2017), s. 670.

²⁰³ Linder, (2005),s. 144-150.

²⁰⁴ Linder, (2005),s. 155.

²⁰⁵ Dağdelen, (2017),s. 671.

Reformla yapılan en büyük değişiklerden bir diğeri, daha önce doktrinin etkisiyle Avusturya mahkemelerinin kabul ettiği ve ayıba karşı tekeffülle aralarında yarışma ilişkisi bulunan tazminat hakkının kanuni bir hak olarak düzenlenmiş olmasıdır. Böylece işşahibi ayıptan doğan hakların *yerine* AGBG 933'e başvurarak tazminat isteyebilir. Ancak bu konuda işşahibi tamamen serbest değildir. Çünkü ayıptan doğan haklara ilişkin öngörülen ikili yapı, tazminat hakkı için de geçerlidir. Yani onarım ile misliyle değiştirme hakları asli nitelikte iken, nakdi tazminat talebi tali niteliktedir. Dolayısıyla aynen tazminat talebinin üstünlüğü söz konusudur²⁰⁶. O halde işşahibi, ancak sözleşmeden dönme ile indirim haklarının kullanımı için aranan şartlar gerçekleştiğinde nakdi olarak tazminat talebinde bulunabilir. Yani nakdi tazminat talebinde bulunabilmek için ya onarımla misliyle değiştirmenin imkânsız olması ya da onarım masraflarının aşırı olmasından dolayı yüklenicinin itiraz etme hakkının bulunması yahut yüklenicinin onarımın veya misliyle değiştirmenin gereğini yapmaktan kaçınması veya uygun süre içinde yapmaması şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekir²⁰⁷.

Tazminat talebinin kapsamı, AGBG 933'te net bir şekilde belirlenmediğinden konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁰⁸, tazminat talebinin kapsamı belirlenirken bunun ifa menfaatinin karşılanmasına hizmet ettiği gerçeğinden hareket edilmelidir. Buradan hareketle, söz konusu talep, ayıbın giderilmesi masraflarının aynı ya da nakdi tazmininin yanı sıra ayıplı eserle ayıpsız eser arasındaki değer farkına, hatta ayıplı eser için ödenen ücretin bir bütün olarak iadesine ilişkin olabilir. Ancak burada ayıp hükümleri ile tazminat hakkı arasındaki yarışma ilişkisinin işşahibinin zenginleşmesine yol açmaması gerektiği, her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Bu görüşün doğal sonucu, tazminat hakkı ile onarım hakkının birlikte bulunamamasıdır. Bunun istisnasını, eserin kısmen onarılmış olması oluşturur.

Buna karşılık diğer görüşe göre²⁰⁹, tazminat talebi haksız fiil hükümlerine dayandırıldığında kural olarak objektif değer azalmasının, sözleşme hükümleri esas alındığında ise fiktif ya da soyut onarım masraflarının dikkate alınarak tazminatın kapsamının belirlenmesi gerekir. Bu yüzden onarım fiilen gerçekleşmese ya da işşahibi zarara uğramasa dahi onarım masraflarının uygun miktarda talep edilebileceği kabul edilmektedir. Hatta Avusturya Üst Mahkemesi, bir kararında giderilemeyen ayıpların giderilebilen ve giderilemeyen bölümlerinin ayrılmasını ve giderilemeyen bölüm için indirim hakkının, kalanı için ise fiktif onarım

²⁰⁶ Dağdelen, (2017),s. 671.

²⁰⁷ Saaf, (2005), s. 57.

²⁰⁸ Saaf, (2005), s. 58, Dağdelen, (2017),s. 672.

²⁰⁹ Linder, (2005),s. 159, 160.

masraflarının talep edilebileceğine hükmetmiştir. Ancak bu karar, iş sahibinin zenginleşmesinin önünü açtığı için doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiş ve reddedilmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre nakdi tazminat talebinin kapsamı, kural olarak objektif değer azalması esas alınarak belirlenmelidir.

Buradaki tazminat talebi, genel olarak sözleşme hükümlerine dayandırıldığı için kusurun ispatı konusunda ABGB 1298'deki adi nitelikteki kusur karinesine başvurulabilir. Böylece sorumluluktan kurtulmak isteyen yüklenici, kendi kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalır. Ancak ABGB 933/III'te bu durumun istisnası öngörülmüştür. Buna göre ayıptan doğan zarar, eserin devrinden itibaren on yıl geçtikten sonra ortaya çıkmışsa ve eserin bizzat kendisinde ya da diğer malvarlığı değerlerinde azalma şeklinde kendisini gösteriyorsa, iş sahibinin zararın yüklenicinin kusurundan kaynaklandığını ispat etmesi gerekir. Görüldüğü üzere, bu hüküm ayıbı takip eden zararları da kapsamaktadır. Ayıbı takip eden zararların da hükmün kapsamına alınması, ayıp zararları ile ayıbı takip eden zararlar arasında ayırım yapmanın zor olmasından kaynaklanmaktadır²¹⁰.

Diğer taraftan ayıp eserin tesliminden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkarsa, eserin ayıplı olduğu karine olarak kabul edildiğinden (ABGB 924/II), iş sahibi sadece zararı ispat etmek zorundadır. Üstelik ispat külfetinin ters çevrilmesi, somut olaydaki işlemin hukuken tüketici işlemi sayılmasına bağlı değildir. Buna karşılık ayıp altı ay ile on yıllık süreler arasında ortaya çıkarsa, iş sahibi ayıbın varlığı ile bunun devir anında mevcut olduğunu ya da ilk altı ay içinde gerçekleştiğini ispat etmek durumundadır. Kusurun varlığı ise karine olarak kabul edilir. Nihayet ayıp devirden itibaren on yıl geçtikten sonra meydana gelirse, iş sahibinin ayıbın varlığını, bunun devir anında ya da ilk altı aylık dönemde mevcut olduğunu ve yüklenicinin kusurunu ispat etmesi gerekir²¹¹.

ABGB 1489'da ayıptan doğan talepler zararın ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren üç yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Buna karşılık zararın varlığı ya da zarar verenin kimliği bilinmiyorsa, zamanaşımı süresi otuz yıldır. Hakim görüşüne göre, bu süre, zarara neden olan fiilin gerçekleştiği andan itibaren değil, aksine zararın ortaya çıktığı andan itibaren işlemeye başlar. Gerçi bu farklılık, ayıptan doğan tazminat talepleri için önemli değildir. Zira yüklenici herhalükarda sadece devir anında mevcut olan zararlardan sorumludur. Bu yüzden

²¹⁰ Linder, (2005),s. 161.

²¹¹ Linder, (2005),s. 161, 162.

devir anı, tazminat taleplerinde zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından önemlidir²¹².



²¹² Linder, (2005),s. 163.



1. BÖLÜM

AYIBI TAKİP EDEN ZARAR KAVRAMI, AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TAZMİNİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR İLE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

§ 3. AYIBI TAKİP EDEN ZARAR KAVRAMI

I-Tanımı

Ayıbı takip eden zarar kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen terminoloji de yeknesak değildir. İlk kez Larenz tarafından ortaya atılan ve doktrin ve uygulamada büyük ölçüde kabul gören “ayıbı takip eden zarar” (Mangelfolgeschaden) kavramının yerine, örneğin, Leonhard “refakat eden, eşlik eden zarar” (Begleitschaden) kavramını, Schmalzl “dolaylı zarar” (Mittelbarerschaden), Fikentscher “ifayı aşan zarar” (Übererfüllungsmassigerschaden)²¹³, Mankowski ise “bütünlük, koruma zararı” (Integritatsschaden) kavramlarını kullanmıştır²¹⁴.

İçerik açısından ise, ayıbı takip eden zarar kavramının ne anlama geldiği konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği sağlanmıştır²¹⁵. Buna göre eserin ayıplı olması sonucunda ortaya çıkan, mükemmel onarıma, bedelden indirim hakkının kullanılmasına veya dönmeye rağmen halen karşılanamayan, eserdeki değer azalması dışındaki her türlü zarar, özellikle iş sahibinin sağlığına veya malvarlığındaki başka bir değere verilen zarar ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla oluşan kayıp ayıptan doğan diğer üç hakla (onarım, indirim ve dönme haklarıyla) karşılanabildiğinde, ayıbı takip eden zarardan söz edilemez. Bizzat ayıplı eserde meydana gelen değer kaybı ayıbı takip eden zarar değildir, ayıp zararıdır (Mangelschaden)²¹⁶. Diğer bir deyişle, ayıp zararı ayıpsız eserle ayıplı eser arasındaki değer

²¹³ Winter, (1979) s. 18, 19, Bittner, (1987), s. 2.

²¹⁴ Mankowski, (2006),s. 481.

²¹⁵ Bürgel, (1992), s. 3.

²¹⁶ Finger, (1973), s. 81, Bühler, T. (1998). *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/2 d, Der Werkvertrag, Art 363-379 OR. OR 368*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag. s. 251, Nr. 172. Honsell, H. (2014). *OR Kommentar*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, s. 1362, Nr. 19, Gadiant, A. L. (1994). *Mangel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag*, Zürich. s. 124. Rinke, C. (1969). *Die Haftung des Kraftfahrzeug-Herstellers für Mangelfolgeschaden fehlerhafter Kraftfahrzeuge*, Mainz. s. 3, Brandli, (2007), s. 8, Nr. 21, Uçar, (2003), s. 211, Bögli, (1996), s. 62.

farkı kadardır. Buna karşılık ayıbı takip eden zarar, ayıbın sonraki sonucu olarak ayıplı eser dışında ortaya çıkar ve iş sahibinin ayıpsız ifaya ilişkin doğrudan menfaatinin ötesine geçer²¹⁷.

Ayıbı takip eden zarar eserdeki ayıbın doğrudan sonucunu oluşturabileceği gibi, dolaylı sonucunu da oluşturabilir. Bu noktada ayıbı takip eden zararın varlığı için gerçekleşen zararın eserdeki ayıbın uygun sonucu olması gerekli ve yeterlidir. Yoksa zararın ayıbın doğrudan ya da dolaylı sonucu olması önemli değildir. Örneğin, eserdeki ayıbın etkisiyle iş sahibinin yaralanması doğrudan zarar iken, bu süre zarfında çalışmayan iş sahibinin uğradığı kazanç kaybı dolaylı zarardır. Bu zararların her ikisi de uygun illiyet bağı bulunduğundan ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilirler ve doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımına başvurulmaksızın tazmin edilirler²¹⁸.

Ayıbı takip eden zarar ile aslında haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecek mutlak hukuki değerler zedelenmektedir. Yani ayıbı takip eden zararlar iş sahibinin edim menfaati değil, bütünlük menfaati (Integritatsinteresse), diğer bir deyişle koruma (Erhaltungsinteresse) menfaati²¹⁹ ihlal edilmektedir²²⁰. Örneğin, eserin onarımı

²¹⁷ Gauch, (2011), s. 696, Nr. 1864, Doerig, R. (1985). *Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschaden" aus Kaufvertrag (Art. 208 OR)*, Zürich. s. 92, 93, Finger, (1973), s. 81, Stotz, (1989), s. 133, Aral, Ayrancı, (2019), s. 411, Öz, (1989), s. 292, Tandoğan, (2010), s. 204, Seliçi, (1978), s. 182, Yavuz, N. (2014). *Ayıplı İfa*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s. 673.

²¹⁸ Şenocak, Z. (2002). *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi. s. 67, Özdemir, H. (2017). "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı Mal Tesliminden Dolayı Sorumluluğu". *Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*. 17-20 Şubat 2016, C. II, Ankara 2017. s. 1187, Doerig, (1985), s. 97. Ancak eser sözleşmesinden farklı olarak özellikle satış sözleşmesinde ayıbı takip eden zararın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu durum, TBK m. 229'da doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımı yapılmasına rağmen ayıbı takip eden zararın hukuken ne şekilde değerlendirileceği konusunda kanunda açık bir hükmün bulunmamasından ileri gelmektedir, Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1113. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, koruma menfaatinin ihlalden doğan ayıbı takip eden zarar temelde bir zarar gerçekleştikten sonra doğacağı için her zaman dolaylı zarar olarak nitelendirilmelidir, Dieter, (1977), s. 30. Başka bir görüşe göre, ayıbı takip eden zararların her zaman dolaylı zarar olarak değerlendirilmesi terminolojik açıdan doğru değildir. Zira ayıbı takip eden zararlar koruma menfaatinin ihlali dışında yoksun kalınan kar gibi salt malvarlığı zararlarını da kapsamaktadır. Bu anlamda sözleşmenin kurulmasıyla faydasız hale gelen masraflar gibi belli ayıbı takip eden zararlar doğrudan zarar sayılabilir, Stoppelhaar, R. (2019). "Der Schadenersatzanspruch des Kaufers im Rahmen der Wandelung", *Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, S. 180, 180-196, s. 188. Kanaatimizce üstün tutulması gereken görüşe göre, satış sözleşmesi bakımından da ayıbı takip eden zarar doğrudan zarar olabileceği gibi dolaylı zarar da olabilir, Eren, (2019b), s. 147, Nr. 429. Satış sözleşmesine ilişkin doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının eser sözleşmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ile ilgili bkz. 3. Bölüm, § 17, s. 227 vd.

²¹⁹ Edim yükümlülüğünden bağımsız nitelik taşıyan koruma yükümlülükleri; taraflar arasında sözleşme müzakerelerine girildiği anda başlamakta, sözleşme kurulduktan sonra, hatta sözleşme sona erdikten sonra dahi makul bir süre devam etmektedir. Bu yükümlülükler dürüstlük kuralından doğdukları için sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına bağlı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, F. (2019a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 42-44, Nr. 111-115, Özdemir, (2013), s. 74.

²²⁰ Mankowski, (2006), s. 481, Kırca, (2009), s. 452, 453, Şenocak, (2002), s. 74. Buna karşılık Klausner'e göre, binanın ayıplı olması yüzünden iş sahibinin onarım masrafları yapması ya da bu süre boyunca konutun kiraya verilememesinden dolayı kazanç kaybına uğraması örneklerinde olduğu gibi, edim sözleşmeye uygun olmadığı

boyunca iş sahibinin yoksun kaldığı kar, yeni yapılan konuttaki ayıp giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için iş sahibinin yaptığı bilirkişi masrafları, duman tahliye borusundaki ayıptan dolayı iş sahibinin binasının yanması, iş sahibinin üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, ticari değer kaybı ile dönme zararları hukuken ayıplı takip eden zarar olarak değerlendirilir²²¹. Aynı şekilde yangın hükümlerine aykırı olarak döşenen aspiratörün evin yanmasına sebep olması (BGE 64 II 256), ayıplı tamir edilen patikanın ilk kullanımı sırasında açık hava elektrik hattının zarar görmesi (BGE 77 II 243) durumunda da ayıplı takip eden zarardan söz edilir²²².

Buna karşılık ayıp zararı ile iş sahibinin ifa (Erfüllungsinteresse) ya da edim menfaati (Leistungsinteresse), diğer bir deyişle denklik menfaati (Äquivalenzinteresse) ihlal edilmektedir. İfa menfaati, sözleşmeden doğan borcun tam ve gereği gibi ifasına hizmet eder. Ayıptan dolayı eserde meydana gelen değer kaybı veya ayıbın giderilmesi için yapılan masraflar bu kapsamdadır²²³. Çünkü iş sahibi eserin ayıplı olmasından dolayı kendi ediminin tam karşılığını almamakta, kararlaştırılan bedel yerine daha düşük seviyede bir eser almaktadır. Hâlbuki doktrinde “iyi paraya iyi eser” anlayışı benimsenmektedir. Bir diğer deyişle, karşı edimin üstlenilen edimle aynı değerde olması gerektiği, bunun ifa menfaatinin özünü oluşturduğu kabul edilmektedir²²⁴.

Görüldüğü üzere, ayıplı takip eden zarar esasen sözleşme sorumluluğunun kapsamına girmemektedir. Zira sözleşme sorumluluğu ile alacaklının ifa menfaatinin karşılanması amaçlanmaktadır. Ancak edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kurumunun kabul edilmesiyle birlikte, sözleşme sorumluluğunun ifa menfaati dışında koruma menfaatinin de kapsadığı görüşü yerleşmeye başlamış ve koruma menfaatinin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan ayıplı takip eden zarardan dolayı alacaklının sözleşme hükümlerine başvurabilmesinin önü açılmıştır²²⁵. Dolayısıyla alacaklı konumundaki iş sahibi, ayıplı takip eden zararın varlığı halinde sözleşme hükümlerinin yanı sıra haksız fiil hükümlerine de başvurabilir²²⁶. Yarışma ilişkisinin söz konusu olduğu böyle bir durumda, iş sahibinin sözleşme hükümlerine başvurması kendisi

için oluşan ayıplı takip eden zararlar ile edim menfaati ihlal edilmektedir, Klauser, P. (1973). *Die Werkvertragliche Mangelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*, Zürich: Schulthess Verlag, s. 95.

²²¹ Gauch, (2011), s. 699, 700, Nr. 1873, Bühler, (1998), s. 251, Nr. 172.

²²² Klauser, (1973), s. 52.

²²³ Kırca, Ç. (2007). *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 88.

²²⁴ Şenocak, (2002), s. 65.

²²⁵ Kırca, (2007), s. 88.

²²⁶ Mankowski, (2006),s. 485.

için daha avantajlıdır²²⁷. Ancak iş sahibi elbette zararın tazmini konusunda haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını da isteyebilir. Özellikle ayıbın varlığını bilmediği için teslim tarihinden itibaren işlemeye başlayan, TBK m. 478'deki 2 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerini kaçıran iş sahibinin haksız fiil hükümlerine başvurması kendisinin lehinedir. Çünkü bu halde tazminat talebi TBK m. 72 gereğince fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yılda zamanaşımına uğrar. Böylece TBK m. 478'deki süreler dolmuş olsa bile haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye devam ettiği sürece yüklenici sorumluluktan kurtulamaz²²⁸. Bununla birlikte iş sahibi aksini belirtmezse, hâkim, iş sahibinin menfaatini daha iyi koruyan sorumluluk sebebine göre karar vereceğinden (TBK m. 60), böyle bir durumda sözleşme hükümleri uygulanır.

Ayıbı takip eden zarar, ayıptan dolayı yüklenicinin edimi ile iş sahibinin borçlandığı ücret arasındaki dengeyi sağlamayı amaçlamamakta²²⁹, aksine iş sahibinin sözleşme konusu eser dışındaki diğer hukuki değerlerinin zarar görmemesine hizmet etmektedir. Buna karşılık indirim, onarım gibi seçimlik haklar edim ve karşı edim arasındaki denkleği sağlamaya çalışmaktadır²³⁰.

Eser ayıbından doğmayan, yüklenicinin sözleşmeye aykırı diğer davranışlarından kaynaklanan zararlar ayıbı takip eden zarar değildir. Örneğin, gecikme zararları, yüklenicinin salt özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden doğan zararlar, eserin kullanımıyla ilgili aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden doğan zararlar, onarıma eşlik eden masraflar, indirilecek meblağı aşan onarım masrafları, ayıplı eserin iş sahibinin taşınmazından kaldırılması için yapılan

²²⁷ Haksız fiillerde zarar görenin zararın varlığının yanı sıra zarar verenin kusurlu olduğunu ispat yükü altında olması (TBK m. 50/I), zarar adam çalıştırmanın emir ve talimatı altında bulunan kişinin fiilinden kaynaklandığında, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunması (TBK m. 66/II) ve tazminat talebinin on yıl dışında zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olması (TBK m. 72/I), zarar görenin hukuki durumunu güçleştirmektedir. Buna karşılık sözleşme sorumluluğunda zarar görenin menfaati daha iyi korunmaktadır. Gerçekten sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun zarara kendi kusuruyla neden olduğu karine olarak kabul edildiği için alacaklı borçlunun kusurunu ispat etme külfetinden kurtulmaktadır (TBK m. 112). Aynı şekilde zarar ifa yardımcısının fiilinden doğduğunda, TBK m. 116'da borçluya kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bunun dışında sözleşme sorumluluğunda zamanaşımı süresi de daha uzun tayin edilmiştir. TBK m. 146'da kanunda aksine hüküm olmadıkça her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Burada haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak 2 yıllık kısa zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

²²⁸ Aynı yönde bkz. Mankowski, (2006),s. 485, Honsell, H. (2010). *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*. Bern: Stämpfli Verlag. s. 304.

²²⁹ Bieri, U. (1993). *Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke*, Beromünster: Shaker Verlag. s. 3.

²³⁰ Uçar, (2003), s. 212.

masraflar, eserin tesliminden önce ortaya çıkan zararlar ayıbı takip eden zarar sayılmazlar. Bunlar hakkında TBK m. 475/II değil, TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulur²³¹.

Buna karşılık yüklenici açık ayıbı bilmesine rağmen durumu işsahibinden gizlediğinde, işsahibinin ayıp hakkında bilgilendirilmediği gerekçesiyle uğradığı zararların, hukuken ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre²³², yüklenicinin ayıbın varlığı hakkında kasten bilgi vermekten kaçınması özen borcunun ihlali anlamına geldiğinden, işsahibi TBK m. 112 gereğince uğradığı zararın tazminini talep edebilir.

Buna karşılık diğer görüşe göre²³³, burada yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu söz konusu olduğundan, ortaya çıkan zararların hukuken TBK m. 475/II'ye tabi ayıbı takip eden zarar sayılması gerekir.

Nihayet doktrinde zararın ortaya çıkma sebebine bağlı olarak bir ayırım yapılması ve uygulanacak hükmün buna göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Şöyle ki, zarar, yüklenicinin ayıbın varlığı ile ilgili susması yüzünden ortaya çıkmışsa, TBK m. 475/II kapsamında ayıbı takip eden zararın varlığı kabul edilmelidir. Buna karşılık zarar, yalnızca susmaya bağlı olarak meydana gelmiş, diğer bir deyişle, zararın susulan ayıpla ilgisi yoksa, salt özen yükümlülüğünün ihlal edildiği ve zararın TBK m. 112'ye göre tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır²³⁴.

Kanaatimizce bu konuda son görüşe üstünlük tanınmalı ve her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Zira ayıbı takip eden zararın varlığı için zararın eserdeki ayıptan kaynaklanması şarttır. Bu bağlamda susma, eserin niteliklerine ilişkin olduğunda işsahibinin uğradığı zararlar ayıbı takip eden zarar sayılmalıdır. Ancak susma sadece bu konuya yönelik olmaz. Yüklenici eserin zamanında ifasını güçleştirecek durumlarla ya da eserin kullanılma şekliyle ilgili de bilgi vermekten kaçınabilir. Bunun örneklerini artırmak mümkündür. Zararın eser ayıbından doğmadığı bu tür durumlarda ise ayıbı takip eden zararın varlığından söz edilemez. Olsa olsa özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla TBK

²³¹ Gauch, (2011), s. 694, 695, Nr. 1856-1862, Stotz, (1989), s. 135, Bühler, (1998), s. 251, 252, Nr. 173, 174, Tandoğan, (2010), s. 204, 205; Uçar, (2003), s. 214; Canbolat, (2009), s. 153, Yavuz, (2014), s. 673, Bögli, (1996), s. 63.

²³² Gauch, (2011), s. 703, Nr. 1889, Tandoğan, (2010), s. 206.

²³³ Gautschi, G. (1967). *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band. VI, 2. Abteilung. 3. Teilband, Der Werkvertrag. Art 368*. Bern: Stampfli Verlag. Nr. 2b, 26 a.

²³⁴ Seliçi, (1978), s. 184.

m. 471'e ya da TBK m. 112 hükmüne başvurulabilir. Çünkü ayıbı takip eden zararın varlığı için zararlar eserin ayıplı olması arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

II-Unsurları

A) Olumlu Unsurlar

1. Zararın meydana gelmesi

Zarar, sözleşmeye aykırı bir davranış veya hukuka aykırı bir fiilden dolayı kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade eder. Zarar kavramı doktrinde dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar denildiğinde, sadece malvarlığındaki azalma kastedilmektedir. Buna göre zarar verici davranış olmasaydı kişinin malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki fark onun zararını oluşturmaktadır. Buna karşılık geniş anlamda zarar kavramı, malvarlığında ortaya çıkan azalmanın yanı sıra şahıs varlığındaki azalmayı da kapsamaktadır²³⁵.

İşahibinin hukuki anlamda zararının bulunmadığı hallerde, ne TBK m. 475/II'ye göre ne de kanundaki diğer hükümlere göre yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olabilir. Gerçi nispeten yeni olan normatif zarar öğretisi, kişinin malvarlığında azalma olmasa dahi belli hallerde zararın tazminine imkân tanımaktadır. Ancak zarar kavramının bu şekilde genişletilmesi, sadece ayıbı takip eden zarar açısından değil, genel anlamda çözülmesi gereken bir hukuk politikası olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁶.

Ayıbı takip eden zarar belirlenirken işahibinin sadece malvarlığındaki azalmalar dikkate alındığı²³⁷ için burada önemli olan dar anlamda zarardır²³⁸. İşahibinin kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi tazminat talebi hakkında ayıbı takip eden zararlar ilgili TBK m. 475/II değil, aksine TBK m. 56 ile TMK m. 25 hükümleri uygulanır²³⁹.

Ayıbı takip eden zarar müspet zarar veya menfi zarar şeklinde ortaya çıkabilir²⁴⁰. Müspet zarar, geçerli olarak kurulmuş sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesi

²³⁵ Uçar, (2003), s. 210, Tekinay, S.S, Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1985). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C.1, İstanbul: Filiz Kitabevi. s. 735.

²³⁶ Gauch, (2011), s. 697, 698, Nr. 1867.

²³⁷ Pally, D. (1996). *Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht-Begriff und Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*. Bamberg. s. 41.

²³⁸ Doerig, (1985), s. 72, 73.

²³⁹ Gauch, (2011), s. 698, Nr. 1868, Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 215.

²⁴⁰ Ayıbı takip eden zararın müspet zarar niteliği taşıdığı yönünde bkz. Aydoğdu, M., Kahveci, N. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi. s. 765.

sonucunda ortaya çıkarken, menfi zarar kurulmamış ya da kurulmuş olmakla birlikte geçersiz sayılan bir sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına duyulan haklı güvenin ihlali halinde meydana gelmektedir. Dolayısıyla yüklenici ayıpsız bir eser teslim etmiş olsaydı iş sahibinin malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki fark iş sahibinin müspet zararını oluştururken, eser sözleşmesi hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki fark ise menfi zararını oluşturur²⁴¹.

Kanaatimizce, ayıbı takip eden zararın menfi zarar mı yoksa müspet zarar niteliğinde mi olduğu konusunda önceden genel bir kural koymak mümkün değildir. Zararın niteliği iş sahibinin kullandığı seçimlik hakka bağlı olarak belirlenmelidir²⁴². Buna göre iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, ayıbı takip eden zarar menfi zarar niteliği taşınalıdır. Sözleşmeden dönerek ifayı reddeden iş sahibi, ifa menfaatinin (müspet zararının) tazmini konusunda zorlanmamalıdır. Böylece ayıplı ifa halinde kullanılan dönme hakkıyla borçlunun temerrüdündeki dönme (TBK m. 125) hakkı arasında uyum da sağlanmış olur. Buna karşılık bedel indirimi veya ücretsiz onarım hakları kullanılmışsa, ayıbı takip eden zarar müspet zarar niteliği taşınalıdır²⁴³. Zira bedel indirimi ile onarım haklarına başvurulması durumlarında, içeriği değişmiş olsa da sözleşme ilişkisi devam ettiği için menfi zararın talep edilmesi söz konusu değildir²⁴⁴. Buna karşın iş sahibi sözleşmeden döndüğünde ifayı reddetmiş sayıldığından, tazmini istenecek zarar hukuken menfi zarar niteliği taşır. Çünkü bir taraftan sözleşme akdedilmeden önceki hukuki durumu tekrar temin edebilmek için sözleşmeden dönme hakkına başvurulması, diğer taraftan iş sahibinin gereği gibi ifaya yönelik menfaatinin korunmaya çalışılması kendi içinde çelişki oluşturur²⁴⁵. İşin niteliği gereği dönme hakkı ile müspet zararın birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir²⁴⁶.

Bununla birlikte doktrinde ayıbı takip eden zarar belirlenirken borçlunun malvarlığının mevcut durumu ile ayıplı ifa olmasaydı alacağı farazi durum arasındaki farkın dikkate alınmayacağı, bunun yerine alacaklının zarar gören hukuki menfaatinin (koruma menfaatinin) somut değerinin göz önünde bulundurulması gerektiği de savunulmaktadır. Anılan görüşe göre,

²⁴¹ Şenocak, (2002), s. 67, Özdemir, (2017), s. 1190, dn. 420.

²⁴² Pally, (1996), s. 42, Şenocak, (2002), s. 67.

²⁴³ Stotz, (1989), s. 141, 142, Klauser, (1973), s. 57 vd, Gadiant, (1994), s. 123.

²⁴⁴ Schlatter, H. (1934). *Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag*. Schaffhausen: Unionsdruckerei. s. 63, Canbolat, (2009), s.157, Özdemir, (2017), s. 1190.

²⁴⁵ Şenocak, (2002), s. 70.

²⁴⁶ Aksi görüş için bkz. Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 585 vd.

ayıbı takip eden zararlar ihlal edilen koruma menfaatleri menfi ya da müspet zarar olarak nitelendirilmemeli, farklı bir zarar türü olarak kabul edilmelidir²⁴⁷.

Doktrinde koruma menfaatinin ihlalinden doğan zararlarla ilgili olarak bu zararların amaç bakımından menfi zararlara benzediği, ancak onunla tam olarak örtüşmediği de ifade edilmektedir. Söz konusu görüşe göre, her ne kadar koruma menfaati alacaklının edim menfaati dışında gerçekleşse dahi, bu menfaatin ihlalinden kaynaklanan zararlar, menfi zararlardan farklı olarak, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yapılan masrafları ihtiva etmez²⁴⁸.

Kanaatimizce, ayıbı takip eden zararların koruma menfaatinin ihlalinden kaynaklanması, sadece sözleşme sorumluluğunda geçerli olan müspet zarar ve menfi zarar ayrımının burada uygulanmasına engel olmamalıdır. Zira koruma menfaatinin ihlalinden dolayı yalnızca haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı kabul edilse idi, ayıbı takip eden zararın müspet ya da menfi zarar olarak nitelendirilmesi mümkün olmazdı. Ancak doktrinde sözleşme müzakereleri vesilesiyle birbirleriyle özel olarak temasta bulunan kişiler hakkında haksız fiil hükümlerinin yeterli koruma sağlamayacağı düşüncesinden hareketle, gerek sözleşme müzakereleri sırasında gerekse sözleşme kurulduktan sonraki aşamada koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşme sorumluluğunun uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁹. Dolayısıyla sözleşme kurulduktan sonra koruma yükümlülüğünün ihlalinden doğan ayıbı takip eden zarar, hukuken müspet zarar niteliği taşıyabileceği gibi, menfi zarar niteliği de taşıyabilir.

2. Teslim edilen eserin ayıplı olması

a) Genel olarak

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin konusunu eser ayıbı ve bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan ayıbı takip eden zarar oluşturur. Ayıbı takip eden zarar, uygun sebebinin teslim edilen eserdeki ayıp oluşturduğunda söz konusu olur²⁵⁰. Yani ayıbı takip eden zararın varlığı için, işin olağan akışına ve günlük hayat tecrübelerine göre eserdeki ayıbın somut olaydaki gibi bir zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Bu noktada eser ayıbının

²⁴⁷ Kırca, (2009), s. 453.

²⁴⁸ Aral, F. (2011). *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 174, 175.

²⁴⁹ Eren, (2019a), s. 40-42, Nr. 105-110.

²⁵⁰ Stotz, (1989), s. 133.

uygun sonucu olarak ortaya çıkan bütün zararlar dikkate alınır²⁵¹. Dolayısıyla zararın eser ayıbının doğrudan ya da dolaylı sonucu olması, ayıbı takip eden zararın varlığını etkilemez. Örneğin, eserdeki ayıptan dolayı iş sahibinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi ayıbın doğrudan sonucu iken, vücut bütünlüğü zedelenen iş sahibinin belli bir süre çalışamadığı için gelir kaybına uğraması dolaylı sonucunu oluşturmaktadır²⁵². Her iki halde de ayıbı takip eden zarar mevcut olduğundan, yüklenici kusurlu olması kaydıyla oluşan zarardan TBK m. 475'e göre sorumlu olur.

b) Zararın eser ayıbından doğmadığı haller

Eserin ayıplı olması, ayıbı takip eden zararı yüklenicinin sözleşmeye aykırı diğer davranışlarından (örneğin gecikme zararlarından, salt özen yükümlülüğünün ihlalden) ayırmada başvurulan temel ölçüttür²⁵³. Zararın eser ayıbından kaynaklanmadığı hallerde TBK m. 475 değil, TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulur²⁵⁴. Bu durum, TBK m. 475'te açıkça belirtilmese dahi hükmün amacından hareketle bu sonuca ulaşmak mümkündür²⁵⁵. Aşağıda zararın eser ayıbından kaynaklanmadığı, dolayısıyla ayıbı takip eden zararın kapsamına girmeyen haller incelenmiştir.

aa) Gecikme zararları

Yüklenici eseri sözleşmede öngörülen süre içinde tamamlamazsa veya tamamlamış olmakla birlikte teslim etmezse, TBK m. 475/II anlamında ayıbı takip eden zarardan söz edilemez²⁵⁶. Çünkü bu halde yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı eser ayıbına değil, ifade gecikmeye dayanmaktadır²⁵⁷. Böyle bir durumda iş sahibi gecikme dolayısıyla uğradığı zararlar için borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere (TBK m. 117 vd.) başvurabilir.

²⁵¹ Klauser, (1973),s. 51, Bühler, (1998), s. 253, Nr. 187. Buna karşılık Federal Mahkeme BGE 64 II 258 sayılı kararında bu görüşü benimsememiş ve OR 368'in sadece eser ayıbından doğan doğrudan zararları kapsadığına hükmetmiştir. Klauser, (1973), s. 51, dn. 88.

²⁵² Pally, (1996) s. 42, 43.

²⁵³ Pally, (1996), 44.

²⁵⁴ Gadiant, (1994), s. 126, Stotz, (1989), s. 133, 134.

²⁵⁵ Tandoğan, (2010), s. 204.

²⁵⁶ Stotz, (1989), s. 135.

²⁵⁷ Şenocak, (2002), s. 74.

bb) Eserin tamamlanmamış olması hali

Ayıbın varlığı için eserin tamamlanmış olması gerektiği için eserin tamamlanmaması halinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler uygulama alanı dışında kalır ve bu halde iş sahibi TBK m. 112'ye veya borçlunun temerrüdüne başvurabilir²⁵⁸.

Normalde eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması arasında ayırım yapmak kolaydır. Zira ayıp icra edilen işin niteliğine ilişkin iken, eserin tamamlanmaması halinde borçlanılan iş tamamen bitirilmemektedir. Ancak yüklenici işin sözleşmeye uygun bir şekilde icrası için gerekli işleri yapmayı savsakladığında, ayırım yapmak zorlaşmaktadır. Eğer ilgili işin gidişatı mutlak işe zarar vermeden kolayca telafi edilebiliyorsa, bu durumda eser tamamlanmamış demektir. Aksi takdirde eser ayıplı olarak kabul edilir ve aşırı masrafa yol açmaması kaydıyla iş sahibi ancak onarım hakkı kapsamında işin telafi edilmesini isteyebilir. Örneğin, bir boya tabakasının borçlanılan astar atma işi olmadan yapılması veya çatının borçlanılan plastik (yapay) madde olmadan tamir edilmesi, uygulamadaki ticari anlayışa göre ayıp olarak kabul edilir²⁵⁹.

Bununla birlikte Federal Mahkemenin BGE 94 II 165 sayılı kararında iş sahibine tamamlanmayan eserdeki değer eksikliği oranında ücretten indirim yapılmasını talep etme hakkı verilmiştir. Fakat bu şekilde gevşek davranan yükleniciye karşı indirim hakkı ne kanunen tanınmıştır ne de dürüstlük kuralından hareketle bu sonuca ulaşılabilir. Bu yüzden iş sahibi olağan hukuki çarelere (TBK m. 112'ye veya borçlu temerrüdüne) başvurmak durumundadır²⁶⁰. Bununla birlikte doktrinde Federal Mahkemenin içtihadının yerinde olduğu²⁶¹ ve iş sahibine borçlu temerrüdü çerçevesinde yazılmamış bir indirim hakkının tanınması gerektiğini savunan yazarlarla da karşılaşılmaktadır²⁶². Kanaatimizce bunun kabulü ayıba karşı tekeffülün temel esasları ile bağdaşmamaktadır. Zira ayıbın varlığı için öncelikle eserin tamamlanıp teslim edilmiş olması gerekir. Hükümün uygulama alanı bu denli genişletildiğinde, yüklenici kusursuz olsa dahi indirime katlanmak zorunda kalır.

²⁵⁸ Tandoğan, (2010), s. 160, 161.

²⁵⁹ Gauch, (2011), s. 576, Nr. 1448, 1449, Uçar, (2003), s. 104, 105.

²⁶⁰ Gauch, (2011), s. 575, Nr. 1447.

²⁶¹ Tandoğan, (2010), s. 161.

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, (2011), s. 575, Nr. 1447.

cc) Eşlik eden zararların bulunması hali

Yan yükümlülükler, hukuken edim yükümlülüklerine bağımlı olduklarından aynen ifa davasına konu olmazlar. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde, alacaklı, yalnızca uğradığı zararın tazminini isteyebilir²⁶³. Yan yükümlülükler, sözleşmeden doğabileceği gibi kanundan da doğabilir. Örneğin, eserin yapımında alt yüklenicilere başvurulabileceğinin kararlaştırılması, yüklenicinin belli bir süre boyunca yedek parçaların varlığını garanti etmesi sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerdir²⁶⁴. Özen ve sadakat yükümlülüğü ise kanundan doğan yan yükümlülüklerin başında gelmektedir. Eser sözleşmesi hukuken iş görme sözleşmesi niteliği taşıdığı için güven ilişkisi diğer sözleşmelere nazaran daha yoğun hissedilmektedir²⁶⁵. Bunu dikkate alan kanun koyucu, TBK m. 471’de yüklenicinin eseri imal ederken benzer işleri yürüten basiretli bir yükleniciden beklenen dikkat ve özeni göstermesi gerektiğini açıkça hüküm altına almıştır. Dolayısıyla yüklenici kendi işlerinde gösterdiği özenin daha az olduğunu gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz.

Özen yükümlülüğü, eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar varlığını devam ettirir. Buna göre yüklenicinin üstlendiği edimle ilgili gerekli uzmanlığa sahip olmamasına rağmen sözleşmeyi yapması ve bu konuda işin uzmanlarına başvurmaması ya da eserin kullanımındaki karışıklıklar hakkında işsahibini aydınlatmaması, özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir²⁶⁶. Bu hallerde özen yükümlülüğünün ihlali, eser ayıbına yol açmadığı için ayıbı takip eden zarardan söz edilemez; dolayısıyla TBK m. 475/II hükmü uygulama alanı bulmaz²⁶⁷. Ancak işsahibi borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 hükmüne başvurabileceği gibi, özen yükümlülüğünü hükme bağlayan TBK m. 471’e de başvurabilir. Hatta işsahibi şartları gerçekleşmişse yüklenicinin haksız fiil sorumluluğuna (TBK m. 49’a) da başvurabilir²⁶⁸.

Eser ayıbına yol açmayan, salt özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararlar doktrinde “eşlik (refakat) eden zarar” (Begleitschaden) olarak nitelendirilmekte²⁶⁹ ve

²⁶³ Eren, (2019a), s. 37, 38, Nr. 101.

²⁶⁴ Pally, (1996), s. 47.

²⁶⁵ Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 497.

²⁶⁶ Yavuz, (2016), s. 543.

²⁶⁷ Gautschi, (1967), Nr. 2 d, s. 321, Klauser, (1973),s. 52. Buna karşılık Honsell, ayıbı takip eden zarar kavramından işsahibinin eserin kullanımı yoluyla uğradığı malvarlığındaki ya da kişisel varlığındaki zararları anlamaktadır, Gadiant, (1994), s. 123’den naklen.

²⁶⁸ Tandoğan, (2010), s. 60, 61, Şenocak, (2002), s. 74, 75.

²⁶⁹ Koller, A. (2015). *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Zürich: Dike Verlag. s. 206, Nr. 553, Klauser, (1973),s. 52, dn. 92, Şenocak, (2002), s. 74, 75.

bunlar TBK m. 471'in asıl uygulama alanını oluşturmaktadır. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, iş sahibi merkezi ısıtma tesisatını elverişsiz su kullanarak çalıştırmış ve bunun üzerine çok sayıda radyatör zarar görmüştür. Kararda yüklenicinin genel özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak elverişsiz su kullanımı halinde doğabilecek zararlar ilgili iş sahibini bilgilendirmesi gerektiğine vurgu yapılmış ve yüklenici OR 364 kapsamında tazminata mahkûm edilmiştir (BGE 94 II 157). Aynı şekilde Mahkemenin bir başka tarihli kararında, yüklenicinin yanında çalışan kişi, sıva işini yürütürken pencere camlarını kaplamayı ihmal etmiş ve bunun sonucunda camlar kireçle kirlenmiştir. Kireç çıkarılmaya çalışılırken camlarda çizikler oluşması, OR 364'teki genel özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir (BGE 89 II 233)²⁷⁰. Gerçekten camlar yüklenicinin üstlendiği edimin parçası olmadığı için camlarda oluşan çiziklerin ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁷¹.

Bununla birlikte özen yükümlülüğünün ihlalinin aynı zamanda eser ayıbına yol açması da mümkündür. Örneğin, gereği gibi soğutmadığı için derin dondurucusunu tamir ettiren İ, tamirden kısa bir süre sonra dondurucudaki yiyeceklerin tamamının bozulduğunu fark etmiştir. Bunun üzerine başka bir ustaya başvuran İ, önceki tamir sırasında ikinci sınıf malzeme kullanıldığını öğrenmiştir. Böyle bir olayda TBK m. 475/II hükmünün yanında TBK m. 471'in de uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkar. Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre²⁷², ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler özen yükümlülüğüne göre özel hüküm niteliği taşıdığından, öncelikli olarak uygulanmalıdır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, özen yükümlülüğü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin içinde erir ve iş sahibi sadece TBK m. 475/II'ye başvurabilir. Bununla birlikte özen yükümlülüğünün ihlali, ayıbı takip eden zararın istenebilmesi için aranan kusurun varlığını belirlerken önem arz eder. Buna karşılık diğer görüşe göre²⁷³, ayıp yüklenicinin özensiz davranışlarından kaynaklansa dahi artık TBK m. 475/II hükmü uygulanmaz; iş sahibi yalnızca TBK m. 471'e başvurabilir. Bunun dışında aynı zarar hem eser ayıbı hem de özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda ortaya çıkmışsa, iş sahibinin TBK m. 475/II'ye başvurabileceği de savunulmaktadır²⁷⁴. Kanaatimizce, iş sahibi bu tür durumlarda dilerse TBK m. 475/II hükmüne dilerse de TBK m. 471'e başvurabilmelidir.

²⁷⁰ Karar örnekleri için bkz. Pally, (1996), s. 48, 49.

²⁷¹ Seliçi, (1978), s. 183, Canbolat, (2009), s. 153.

²⁷² Stotz, (1989), s. 134, 135, Öz, (1989), s. 91, dn. 10, Seliçi, (1978), s. 89, Canbolat, (2009), s. 49.

²⁷³ Pally, (1996), s. 47; Tandoğan, (2010), s. 53.

²⁷⁴ Klauser, (1973), s. 53.

Zira ayıba karşı tekeffül sorumluluğu özen yükümlülüğünün ihlalinin uygulama alanlarından birini oluşturmakta ve özen yükümlülüğünün ihlali genellikle yüklenicinin ayıba kusuruyla yol açtığı anlamına gelmektedir. Eğer ayıplı ifa halinde TBK m. 471'in uygulanmayacağı kabul edilirse, işsahibi özellikle muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmediğinde veya kanunda öngörülen özel zamanaşımı sürelerini kaçırdığında, hem ayıba karşı tekeffüle hem de özen yükümlülüğünün ihlaline dayanamaz. Bu da hiçbir haklı gerekçe olmadan işsahibinin hak kaybına uğraması anlamına gelir.

dd) Eserin durumunun teslimden sonra kötüleşmesi ve tali ayıbın bulunması hali

Yüklenicinin ayıplı ifadan sorumlu tutulabilmesi için yarar ve hasarın geçtiği anda eserin ayıplı olması gerekir. Eser sözleşmesinde hasar teslim anında geçtiğine göre, yüklenicinin sorumluluğu teslim anındaki ayıplarla sınırlıdır. Yani eser teslim edildikten sonra ayıplı hale gelirse yüklenicinin sorumluluğuna başvurulamaz. Zira yüklenici sadece sözleşmeye uygun nitelikte eser üretip teslim etmekle yükümlüdür. Bunun dışında sözleşmeye uygun durumun eserin tesliminden sonra da devam etmesinden sorumlu değildir²⁷⁵. Dolayısıyla yüklenici sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan fakat hasarın geçtiği sırada giderilmiş olan ayıplardan sorumlu olmaz²⁷⁶.

Bununla birlikte uygulamada ayıbın varlığı genellikle teslimden sonra, eserin kullanımı sırasında tespit edilebilmektedir. Ancak bu durum, eserde sonradan ortaya çıkan kötüleşmelerden yüklenicinin sorumlu olmayacağı yönündeki genel ilkeyi değiştirmez. Buna karşın eser teslim edilirken en azından çekirdek şeklinde mevcut olan ayıp sonradan gün yüzüne çıktığında ya da sözleşmeye aykırı durum sonradan keşfedildiğinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulabilir²⁷⁷. Aynı şekilde teslimden sonra başlangıçtaki eser ayıbı (asli ayıp) ile bağlantılı fakat ondan ayrı bir ayıp ortaya çıkabilir. Tali ayıp olarak nitelendirilen bu halde de yüklenici ayıplı ifadan sorumlu olur. Örneğin, ayıplı betondan dolayı duvarın yıkılması tali ayıptır²⁷⁸.

Tali ayıbın sebebi teslim anında mevcut olan asli ayıptır. Eserin tali ayıp nedeniyle uğradığı değer kaybı, asli ayıptan doğan bir ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilemez. Yüklenicinin sorumluluğu ayrı bir hukuki sebebe dayanır: İşsahibi tali ayıplar için TBK m.

²⁷⁵ Gauch, (2011), s. 577, Nr. 1451.

²⁷⁶ Furrer, (1973), s. 48.

²⁷⁷ Furrer, (1973), s. 48, Uçar, (2003), s. 134.

²⁷⁸ Tandoğan, (2010), s. 167, Gümüş, (2014), s. 55, Brandli, (2007), s. 74, Nr. 224.

475'te öngörülen seçimlik hakları kullanabilir. Buna karşılık değer kaybı işsahibinin teslim edilen ayıplı eser dışında diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıkarsa, ayıbı takip eden zarar söz konusu olur²⁷⁹.

ee) Gereksiz muayene masrafları

TBK m. 474/I uyarınca “*işsahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*” Muayene için yapılan masraflar gerekli olabileceği gibi, gereksiz de olabilir. Hangi masrafların gerekli olduğuyla ilgili önceden kesin bir ölçüt ortaya koymak mümkün değildir. Çünkü muayenenin kapsamı ve türü eserin niteliğine göre değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla mevcut teamüllerle sözleşme hükümleri dikkate alınarak muayene için yapılan masrafların gerekli olup olmadığına karar verilmelidir²⁸⁰.

Muayene masrafları arasında ayırım yapmak, ayıbı takip eden zarar bakımından önemlidir. Zira doktrinde gerekli olmayan masraflar ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmemektedir²⁸¹. Buna karşılık işsahibi eserin muayenesi için bilirkişiye başvurduğunda, muayene sonucunda eserin ayıplı olduğu anlaşılırsa, yapılan masraflar doktrinde genel olarak gerekli masraf olarak görülmekte ve bunların ayıbı takip eden zarar olarak istenebileceği kabul edilmektedir²⁸². Bununla birlikte bilirkişi masraflarının ayıbı takip eden zarar olarak istenebilmesi için bilirkişiye başvurulması ya yüklenicinin inkarı üzerine gerçekleşmelidir ya da ayıbın varlığı iki tarafça da bilinmediği için işsahibinin bilirkişiye başvurmak zorunda kalması gerekir. Nihayet işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında ve ayıbın varlığı sabit olduğunda da bilirkişi masrafları ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilir²⁸³.

ff) Aliudun bulunması

Yüklenici sözleşme ile kararlaştırılan eser dışında tamamen başka bir eser teslim ederse aliud (yanlış ifa) söz konusu olur. Buna yanlış edimle ifa denir ki, borçlu geçerli bir ifada bulunmuş olmaz. Örneğin, mevcut yapıyı yıkıp yerine yenisini yapmayı taahhüt eden yüklenicinin yapıyı onarmakla yetinmesi ya da kilise yerine cami inşa etmesi halinde aliuddan

²⁷⁹ Gauch, (2011), s. 697, Nr. 1865.

²⁸⁰ Pally, (1996), s. 49, 50.

²⁸¹ Pally, (1996), s. 50.

²⁸² Tandoğan, (2010), s. 171; Uçar, (2003), s. 141, Gümüş, (2014), s. 57.

²⁸³ Tandoğan, (2010), s. 171, dn. 222.

bahsedilir. Bu halde ayıplı ifadan, dolayısıyla ayıbı takip eden zarardan söz edilemez²⁸⁴. Zira ayıba karşı tekeffülde yüklenici sözleşme konusu eseri teslim etmekte, ancak teslim edilen eser sözleşme ile kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereğince beklenen nitelikleri taşımamaktadır²⁸⁵.

Aliud halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 hükmü ya da gereği gibi ifa etmemeye ilişkin TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulur²⁸⁶. Bununla birlikte doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, özellikle satış sözleşmesi bakımından aliud halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin en azından yarışmalı olarak uygulanması gerekir. Ancak kanaatimizce aliud halinde iş sahibinin taleplerini, muayene ve ihbar külfeti gibi ayıplı ifa için öngörülen sıkı şartlara tabi tutmanın hiçbir haklı gerekçesi yoktur²⁸⁷.

Genellikle aliud ile ayıplı ifa arasında ayırım yapmak kolay olmakla birlikte, bazı hallerde bunlar arasındaki sınırı çizmede sıkıntı yaşanabilmektedir. Böyle durumlarda iş çevresinde geçerli olan teamüller dikkate alınabileceği gibi²⁸⁸ “nitelik” kriterinden de yola çıkılabilir. Buna göre eserin nitelikleri olumsuz etkilendiğinde ayıptan, eserin kökeni sözleşmeye uygun olmadığında ise aliuddan bahsedilir²⁸⁹. Diğer taraftan doktrinde şüphe halinde hakimin iş sahibinin lehine olan çözümü seçmeye yetkili olduğu da ifade edilmektedir. Bununla birlikte mevcut karar gücünün hiçbir zaman baştan itibaren aliudun varlığının kabul edilmesi için yeterli sebep oluşturmayacağına da vurgu yapılmaktadır²⁹⁰.

B) Olumsuz Unsurlar

1. Zararın bizzat ayıplı eserden doğmaması

Ayıplı eserin bizzat kendisinde oluşan malvarlığı kayıpları ayıbı takip eden zarar değildir. Aksine ayıbı takip eden zarar, ayıbın sonraki sonucu olarak, ayıplı eserin dışında ortaya çıkar ve iş sahibinin ayıpsız ifaya ilişkin doğrudan menfaatinin ötesine geçer. Dolayısıyla ayıptan dolayı eserde meydana gelen değer kayıpları veya iş sahibi tarafından üstlenilen onarım

²⁸⁴ Bühler, (1998), s. 213, OR 368, Nr. 35, Furrer, (1973), s. 37, Gümüş, (2014), s. 55, Edis, (1963), s. 11, Yavuz, (2014), s. 638.

²⁸⁵ Gauch, (2011), s. 573, Nr. 1443; Pally, (1996), s. 52.

²⁸⁶ Pally, (1996), s. 52; Brandli, (2007), s. 72, Nr. 218, Eren, (2019b), s. 105, Nr. 310; Canbolat, (2009), s. 41, Tunçomağ, K. (1977). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul: Sermet Matbaası. s. 121.

²⁸⁷ Gauch, (2011), s. 574, Nr. 1444.

²⁸⁸ Tandoğan, (2010), s. 166.

²⁸⁹ Bühler, (1998), s. 214, Nr. 37.

²⁹⁰ Gauch, (2011), s. 574, 575, Nr. 1445.

masrafları ayıby takip eden zarar sayılmaz²⁹¹. Buna karşılık örneğın çatıyı onarmaya gelen usta çatıyı sözleşmeye uygun bir şekilde onarmadığı için yağmur suları binanın içine aktığında ve nemden dolayı binanın kolonları zarar gördüğünde ayıby takip eden zarardan söz edilir. Aynı olayda ustanın çatıdaki su izolasyonunu ayıby yapması ise, seçimlik nitelikteki illi haklarla karşılanabilecek bir kayıptır²⁹².

2. Zararın seçimlik haklarla karşılanamaması

Bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 475'te işşahibine kümülatif nitelikte ayıby takip eden zararın tazminini isteme hakkı tanınmıştır. Yoksa işşahibi ayıby zararının tazmini şeklinde seçimlik bir hakka sahip değildir. Yani işşahibi dönme, indirim veya onarım haklarının yerine tazminat talep edemez. Dolayısıyla işşahibinin eser ayıbyna dayanan ve seçimlik haklar kapsamında karşılanan malvarlığı kayıpları TBK m. 475 kapsamında tazminatın konusunu oluşturmaz. Buna karşılık işşahibinin kullandığı seçimlik hakla malvarlığındaki kayıby karşılanmamışsa ayıby takip eden zarardan söz edilir. Burada tazminat miktarı hesaplanırken, seçimlik haklar kullanıldıktan sonra malvarlığının aldığı durum dikkate alınmalıdır²⁹³.

§ 4. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Ayıby takip eden zarar maddi zarar şeklinde ortaya çıkar. Bu zarar, şeye verilen zarar şeklinde gerçekleşebileceği gibi, kişiye verilen zarar şeklinde de gerçekleşebilir. Şeye verilen zarar (Sachschaden), eşyanın yok olması ya da bozulması anlamına gelirken, kişiye verilen zarar (Personenschaden) vücut bütünlüğünün ihlali ya da ölüm dolayısıyla işşahibinin malvarlığında oluşan zararı ifade etmektedir²⁹⁴. Hatta bu iki zararın dışında kalan diğer zararlar (sonstige Schaden) da ayıby takip eden zarara konu olabilir²⁹⁵. Eserin ayıby olmasından dolayı işşahibinin vücut bütünlüğü, yaşamı veya sağlığı dışında başka bir kişilik hakkı, örneğın şeref ve haysiyeti ihlal edilmişse, diğer zararın mevcut olduğu kabul edilir²⁹⁶.

Bunun dışında ayıby takip eden zarar, fiili zarar (damnum emergens) veya yoksun kalınan kar (lucrum cessans) şeklinde de karşımıza çıkabilir²⁹⁷. Aslında fiili zarar ve yoksun

²⁹¹ Gauch, (2011), s. 696, Nr. 1864.

²⁹² König, (2019), s. 87.

²⁹³ Pally, (1996), s. 52, 53.

²⁹⁴ Doerig, (1985), s. 73, Honsell, (2010), s. 299, Eren, (2019a), s. 595, Nr. 1642, 1643.

²⁹⁵ Gauch, (2011), s. 698, Nr. 1869, Doerig, (1985), s. 93.

²⁹⁶ Eren, (2019a), s. 596, Nr. 1644.

²⁹⁷ Gauch, (2011), s. 698, Nr. 1869, Stotz, (1989), s. 136, 137, Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur-und*

kalınan kar, nihai olarak birbirlerinin karşısında yer almazlar, tek ve aynı ayıbı birlikte etkileyebilirler²⁹⁸.

I-Fiili Zarar (Damnum Emergens)

Eserdeki ayıptan dolayı iş sahibinin malvarlığının aktifinin azalması ya da pasifinin artması halinde, ayıbı takip eden zarar fiili zarar niteliği taşır. Örneğin, eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için yapılan muayene ve ihbar masrafları, özellikle bilirkişi masrafları, aynı şekilde ayıp giderilinceye kadar binada oturamayan bina sahibinin yaptığı otel masrafları veya başka bir daire için ödediği kira bedeli hukuken fiili zarar sayılır. Keza duman tahliye borusunun ayıplı olmasından dolayı iş sahibine ait binanın yanması, ayağına takılan nalın ayıplı olması sonucu atın tetanos olması ve kesilmek zorunda kalınması, tırmanma kayışının ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin bacağının kırılması üzerine tedavi masrafı yapılması hallerinde de ayıbı takip eden zarar fiili zarar niteliği taşır²⁹⁹.

Ayrıca eserdeki ayıp nedeniyle iş sahibi, üçüncü kişilere tazminat ya da cezai şart ödemek zorunda kalmış olabilir. Ödenen bu tazminat ya da cezai şart da ayıbı takip eden zarar sayılır. Örneğin, ayıplı şekilde imal edilen merdivenden kayıp düşen üçüncü kişi, iş sahibine karşı yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine başvurabilir³⁰⁰. Bu halde iş sahibi, üçüncü kişiye ödediği tazminat için yükleniciye rücu edebilir. Eserin ayıplı olmasından dolayı üçüncü kişilere ödenen tazminat, hukuken saf malvarlığı zararı niteliği taşır. Zira saf malvarlığı zararları, şahsa veya mala ilişkin ihlalin doğrudan ya da dolaylı neticesi olan zararlardan ayrı olarak, tıpkı yoksun kalınan kar gibi yalnızca ekonomik menfaatin ihlalinden kaynaklanan zararlardır³⁰¹.

Sözleşmeden dönen iş sahibinin sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması yüzünden uğradığı dönme zararları da ayıbı takip eden zarar sayılır³⁰². Buna göre sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, dönmeden dolayı faydasız hale gelen muayene masrafları, iş sahibinin

Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 171. Bern: Stämpfli Verlag. s. 997, Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 213; Seliçi, (1978),s. 184, Canbolat, (2009), s. 155, Şenocak, (2002), s. 67, Özdemir, (2017), s. 1190, Yavuz, (2014), s. 673, 674.

²⁹⁸ Stotz, (1989), s. 137.

²⁹⁹ Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 213; Canbolat, (2009), s. 155.

³⁰⁰ Gauch, (2011), s. 699, 700, Nr. 1873, Honsell, (2010), s. 299, Gümüş, (2014), s. 70.

³⁰¹ Karaman Akçura, T. (2009). "Üreticinin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. 295-308. s. 306.

³⁰² Aksi görüşte olan Öz'e göre, dönme zararlarının varlığı halinde zararlar eserdeki ayıp arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek oldukça zor olduğu için bu tür zararlar ayıbı takip eden zarar sayılmazlar. Ancak bu durum dönme zararlarının tazmininin talep edilemeyeceği anlamına gelmez, aksine genel hüküm niteliğindeki TBK m. 125/III'e göre tazmini istenebilir. Öz, (1989),s. 293, 295.

dönülen eser sözleşmesine güvendiği için karlı olan başka bir sözleşmeyi yapmaması dolayısıyla maruz kaldığı kayıplar (kaçırılan fırsatlar), ayıbı takip eden zarar olarak istenebilir. Buna karşılık iş sahibinin yoksun kaldığı kazanç dönme talebi ile birlikte ileri sürülemez. Zira sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi amaçlayan dönme talebi, ifa menfaatinin tazminine yönelen yoksun kalınan kazanç ile uyumlu değildir³⁰³.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği kararlarda, yargılama öncesinde yapılan avukatlık masrafları, eserde oluşan ticari değer kaybı, inceleme raporunun yanlışlığından dolayı yanlış yatırım yapılması, muayenenin uzman marifetiyle gerçekleşmesi için yapılan masraflar ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık salt işin özensiz ifası sonucunda ortaya çıkan refakat eden zararlar, indirilecek meblağı aşan onarım masrafları, değer azalmasının belirlenmesine kadar geçen sürede ortaya çıkan pahalalanma ya da eserin yıkımı için yapılan masraflar ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmemiştir³⁰⁴.

II-Yoksun Kalınan Kar (Lucrum Cessans)

Eser ayıplı olmasaydı iş sahibinin malvarlığında oluşabilecek bir artış, ayıp yüzünden gerçekleşemediğinde, ayıbı takip eden zararın hukuken yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir. Örneğin, ayıplı makinenin onarımı sırasında işletmenin faaliyetlerine devam edememesi yüzünden iş sahibinin kazanç kaybına uğraması ya da kiraya verilen dairedeki ayıp giderilinceye kadar iş sahibinin kira kaybına uğraması hallerinde, ayıbı takip eden zarar yoksun kalınan kar niteliği taşımaktadır³⁰⁵.

III-Manevi Zararın Ayıbı Takip Eden Zarara Konu Olmaması

Ayıbı takip eden zarar manevi zarar niteliği taşımaz. Dolayısıyla eserin ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin kişilik hakkı ihlal edilmiş olsa dahi TBK m. 475'e göre manevi zararın tazmini istenemez. Bu konuda TBK m. 56 ile TMK m. 25 hükümleri uygulanır³⁰⁶. Bununla birlikte doktrinde manevi tazminat talebinin ayıbı takip eden zararlarla birlikte talep edilebileceği belirtildikten sonra, hakkın kaybı ile zamanaşımı bakımından bu taleplerin aynı hükümlere tabi olacağı vurgulanmaktadır³⁰⁷. Kanaatimizce, manevi tazminatı ayıbı takip eden

³⁰³ Gauch, (2011), s. 700, Nr. 1874, 1875, Yavuz, (2014), s. 674, 675.

³⁰⁴ Honsell, (2014), s. 1362, Nr. 19.

³⁰⁵ Gauch, (2011), s. 699, Nr. 1870; Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 213; Canbolat, (2009), s. 155, Seliçi, (1978), s. 184.

³⁰⁶ Uçar, (2003), s. 215, Tandoğan, (2010), s. 205, Yavuz, (2014), s. 674.

³⁰⁷ Gauch, (2011), s. 698, Nr. 1868, Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 215.

zararın kapsamı dışında tuttuktan sonra, zamanaşımı konusunda TBK m. 478 hükmünü uygulamak ve ayıplı ifadan doğan taleplerin düşmesine yol açan sebeplerin (örneğin muayene ve ihbar külfetinin ihlalinin) manevi tazminat için de geçerli olduğunu kabul etmek, kendi içinde çelişki oluşturmaktadır. Zira özellikle bu iki noktada ayıplı ifadan doğan sorumluluk genel sözleşme sorumluluğundan ayrılmaktadır. Bu yüzden olması gereken, ya manevi tazminatı ayıbı takip eden zararın kapsamına dâhil etmek ya da söz konusu tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresini genel hükümlere göre belirlemek ve ayıp sorumluluğunu kaldıran sebepleri manevi tazminat hakkında uygulamamaktır.

§ 5. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I-Kümülatif Bir Hak Olması

Sözleşme ile kararlaştırılan edim ve karşı edim arasındaki denge, indirim veya onarım hakları ile yeniden sağlanmış olsa yahut dönme hakkının kullanılmasıyla daha önce verilenler iade edilse dahi iş sahibinin malvarlığındaki kayıplar karşılanmayabilir. Çünkü söz konusu haklar, iş sahibinin malvarlığı durumundan bağımsızdır³⁰⁸. İşte bu durumu dikkate alan kanun koyucu, TBK m. 475'te eser ayıbına dayanan ve indirim, onarım veya dönmeye rağmen karşılanmayan kayıpların ayıbı takip eden zarar olarak tazminine imkân tanımıştır.

Hükmün lafzına göre *“iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.”* Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 368. maddesine göre ise, iş sahibi onarım, indirim veya dönme ile birlikte yüklenicinin kusuru varsa tazminat talep etmeye yetkilidir.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, iş sahibinin dönme, indirim veya onarım haklarının yanında ayıbı takip eden zararlarının tazminini kümülatif olarak ileri sürebileceği, diğer bir deyişle, tazminat talebinin tamamlayıcı nitelik taşıdığı söylenebilir. Bu konuda doktrin ve uygulamada neredeyse görüş birliği sağlanmıştır³⁰⁹. Böylece iş sahibi ayıbı takip eden zararlarının tazminini, bu seçimlik haklarla birlikte kullanabileceği gibi, tek başına

³⁰⁸ Pally, (1996), s. 14.

³⁰⁹ Stotz, (1989), s. 132, Klauser, (1973),s. 51, Bühler, (1998),s. 249, OR 368, Nr. 166, Bögli, (1996),s. 63. Aksi görüşte olan Koller'e göre, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından OR 368'deki tazminat talebinin kümülatif nitelikte olduğunun kabul edilmesi ve bunun ayıbı takip eden zararlar sınırlandırılması, iş sahibini zorunlu olarak eserin onarımını talep etmeye yöneltecektir. Zira O'na göre, Federal Mahkemenin görüşü kabul edilirse, indirim hakkı kullanırsa iş sahibinin yaptığı onarım masrafları indirilecek meblağı aşarsa, aynı şekilde dönme durumunda eserin üçüncü kişi tarafından yeniden üretilmesi için yapılan masraflar eserin ücretini aştığı takdirde, yüklenici kusurlu olsa dahi sorumlu olmayacaktır. Koller, (2015), s. 189, 190, Nr. 506, Aynı yönde bkz. Brandli, (2007), s. 383, Nr. 1169-1171. Ayıbı takip eden zararın kümülatif nitelik taşıdığı yönünde bkz. YHGK, 10.2.2016 T., 2014/15-333 E., 2016/156 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

da kullanılabilir. Dolayısıyla iş sahibine ayıptan doğan diğer hakların tanınmamış olması ya da iş sahibinin bu hakları ileri sürmekten feragat etmesi, ayıbı takip eden zararın tazminini talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak bu halde tazminat hakkı diğer hakların yerine kullanılmış olmamaktadır³¹⁰. Başka bir deyişle, iş sahibi dönme, indirim ve onarım haklarının yerine seçimlik olarak ayıp zararının tazminini isteyemez³¹¹.

Eğer iş sahibi seçimlik haklarını kullanmadan sadece ayıbı takip eden zararının giderilmesini istemişse, bu durum seçimlik haklarından feragat ettiği anlamına gelir. İş sahibinin seçimlik haklarından feragat etmesi, yüklenici bakımından dezavantajlı bir durum oluşturmamalıdır. Yani yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumluluğu, iş sahibi seçimlik haklarını kullansaydı hangi durumda olacaksa onunla sınırlıdır³¹². Dolayısıyla seçimlik haklardan feragatla birlikte, yüklenici, ayıplı eserin değerinden sorumlu olmaktan kurtulur. Buna karşılık iş sahibi ayıbı takip eden zararının yanında seçimlik haklarından birini kullanmışsa, zararın miktarı belirlenirken seçilen hakkın malvarlığındaki olumlu etkisi dikkate alınmalıdır³¹³.

SIA Norm 118’de de ayıbı takip eden zararın kümülatif bir hak olduğu belirtildikten sonra, inşaat sahibinin, m. 169’teki ayıptan doğan seçimlik hakların *yerine* borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin OR 97’ye göre tazminat isteme hakkının bulunmadığı açıkça hükme bağlanmıştır (m. 171/I). Görüldüğü üzere, ayıbı takip eden zararın hukuki niteliği konusunda SIA Norm 118 ile OR 368 arasında esaslı bir farklılık yoktur³¹⁴.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise, Avusturya (ABGB 932) ve İtalyan (Codice Civile 1668 I) hukuklarında da ayıbı takip eden zararın kümülatif nitelikte olduğu görülmektedir. Buna karşılık Alman hukukunda ayıbı takip eden zararın seçimlik nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Gerçekten BGB § 635’e göre iş sahibi dönme veya indirim *yerine* hiç

³¹⁰ Gauch, (2011), s. 692, 693, Nr. 1850, König, (2019), s. 80, Schlatter, (1934), s. 63, Siegenthaler, T. (2016). *Prajudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, OR 368. s. 1069, Nr. 10, Honsell, (2010), s. 299, Brandli, (2007), s. 5, Nr. 13, Tandoğan, (2010), s. 204, Şenocak, (2002), s. 64, Öz, (1989),s. 95, Canbolat, (2009), s. 148, Yakuppur, S. (2009). *Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılık*. İstanbul: XII Levha Yayınları. s. 62, Karataş, İ. (2004). *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara: Adalet Yayınevi. s. 169.

³¹¹ Bögli, (1996),s. 63.

³¹² König, (2019), s. 86.

³¹³ Öz, T. (2017). “Yeni Borçlar Kanununda Eser Sözleşmesine İlişkin Yenilikler”. *Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*. 17-20 Şubat 2016. C. II. s. 1118.

³¹⁴ Buna karşılık ihbar ve zamanaşımı süreleri bakımından söz konusu düzenlemeler arasında farklılık vardır, König, (2019), s. 94, 95.

ifa etmeden doğan zararın tazminini isteyebilir³¹⁵. Ayıby takip eden zararın seçimlik olması, özellikle dönme ya da indirim hakları kullanıldıktan sonra tazminat talebinin ileri sürülememesi anlamına gelmektedir. Ancak tazminat talebinin bu şekilde sınırlandırılması, Alman hukukunda ayıby takip eden zararlar bakımından hakkaniyete aykırı bir durum olarak nitelendirilmektedir. Bu yüzden doktrinde BGB § 635'in uygulama alanının dar yorumlanması gerektiği şeklinde bir eğilim mevcuttur. Hatta BGB § 635'in lafzına rağmen, doktrinde tazminat talebinin kümülatif nitelikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmeye başlanmıştır³¹⁶.

II-Alacak Hakkı Niteliği Taşınması

Diğer seçimlik haklardan farklı olarak, ayıby takip eden zararın tazmini talebi, hukuken yenilik doğuran hak niteliğinde olmayıp, alacak hakkı niteliğindedir³¹⁷. Bu nedenle şarta bağlı olmama, bir kez kullanılmakla sona erme gibi yenilik doğuran haklarla ilgili özellikler³¹⁸, ayıby takip eden zarar bakımından geçerli değildir. Buna karşılık nisbi nitelik taşıma, zamanaşımına uğrama gibi alacak haklarına ilişkin genel özellikler ayıby takip eden zarar için de geçerlidir.

§ 6. AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR VE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

I-Ayıby Takip Eden Zararın Talep Edilebilmesinin Şartları

A) Ayıptan Doğan Bütün Haklar İçin Aranılan Ortak Şartlar

Eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili öngörülen şartların, özellikle muayene ve ihbar külfeti ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerin ve ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel zamanaşımı sürelerinin ayıby takip eden zararlar bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı Türk hukukunda tartışmalıdır.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre³¹⁹, TBK m. 475/II'de ayıby takip eden zararlarla ilgili genel hükümlere atıf yapıldığı için zamanaşımı, muayene ve ihbar külfetinin yerine

³¹⁵ Gautschi, (1967), s. 355, Nr. 24.

³¹⁶ Rohlack, (1997),s. 100, 101.

³¹⁷ Bögli, (1996),s. 50, Gauch, (2011), s. 692, Nr. 1850, Koller, (2015), s. 189, Nr. 504, Stotz, (1989), s. 132, Pally, (1996), s. 15. Tazminat hakkının değiştirici yenilik doğuran hak sayıldığı yönünde bkz. Yavuz, C. (2000). "Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4)". *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*. 1293-1316. s. 1303.

³¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), , s. 21, 22, Yıldırım, A. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Monopol Yayınları. s. 21.

³¹⁹ Gümüş, (2014), s. 49, Tiryaki, B. (2007). *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları. s. 114.

getirilmesi ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler sadece seçimlik haklar bakımından geçerli olmalı, ayıbı takip eden zararlar için uygulanmamalıdır. Böylece iş sahibi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmese, aynı şekilde TBK m. 478'deki zamanaşımı sürelerine uymasa dahi ayıbı takip eden zararının giderilmesini isteyebilir. Yeter ki, TBK m. 112'deki şartlar gerçekleşmiş olsun.

Buna karşılık hakim görüşe göre³²⁰, söz konusu düzenlemeler ayıbı takip eden zararlar bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

Kanaatimizce hakim görüşe üstünlük tanınmalıdır. Böylece ayıbı takip eden zararların genellikle seçimlik haklarla birlikte kullanıldığı dikkate alındığında, uygulamada birliktelik de sağlanmış olur. Kaldı ki, Alman ve İsviçre hukuklarında da ayıp sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerin ve özel zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı seçimlik haklarla sınırlandırılmamış, ayıbı takip eden zararları da kapsamına alır şekilde yorumlanmıştır. TBK m. 475/II'de genel hükümlerin saklı tutulması, kanaatimizce, TBK m. 112 hükmünün ayıbı takip eden zararlar bakımından seçimlik olarak uygulanabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

Ayıbı takip eden zararın tazminini talep edebilmek için ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin ortak şartların yanı sıra, TBK m. 112'de hükme bağlanan sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğüne ilişkin (kusur, zarar, uygun illiyet bağı, tazminat miktarının tayiniyle ilgili TBK m. 51 ve m. 52 hükmü ile sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 ile ifa yardımcısının davranışlarından sorumluluğa dair m. 116 hükümlerine uyulması gibi) genel şartların da gerçekleşmesi gerekir³²¹. Buna karşılık ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılabilmesi için TBK m. 112'deki şartların gerçekleşmesine gerek yoktur.

Aşağıda hem seçimlik hakların kullanılabilmesi hem de ayıbı takip eden zararın istenebilmesi için aranan ortak şartlar açıklanmaktadır.

³²⁰ Bieri, (1993), s. 3, König, (2019), s. 80, Schlatter, (1934), s. 65, Gadiant, (1994), s. 124, Brandli, (2007), s. 8, Nr. 20, Bögli, (1996), s. 64, Şenocak, (2002), s. 75, Tandoğan, (2010), s. 205, Canbolat, (2009), s. 148, Özdemir, (2017), s. 1191.

³²¹ Brandli, (2007), s. 8, Nr. 22, Bögli, (1996), s. 64, 65, Şenocak, (2002), s. 75, Tunçomağ, (1977), s. 1035.

1. Eser ayıplı olmalı

a) Genel olarak

Genel olarak eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile satış sözleşmesindeki hükümler arasında büyük ölçüde benzerlik bulunduğu için ayıp kavramı açıklanırken satış sözleşmesindeki ayıp kavramına atıf yapılmaktadır. Bununla birlikte her iki sözleşme türü arasındaki farklılıklar dikkate alındığında³²², salt satış sözleşmesine atıf yapmanın yeterli olmayacağı anlaşılacaktır³²³. Eser sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olması, eser sözleşmesindeki ayıp kavramının da müstakil bir kavram olarak açıklanmasını gerekli kılmaktadır³²⁴.

Yüklenici sözleşmeye uygun bir eser meydana getirip teslim etme yükümlülüğü altındadır. Eser sözleşmeye uygun değilse, yani sözleşme ile kararlaştırılan (yüklenicinin zikir ve vaat ettiği) nitelikleri taşıyorsa veya böyle bir kararlaştırma olmasa dahi dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken (lüzumlu) nitelikleri haiz değilse ayıplı sayılır. Bir diğer ifadeyle, eserin mevcut durumunun olması gereken durumdan sapması onun ayıplı olduğu anlamına gelir³²⁵. Dolayısıyla ayıp, eserin kullanıma elverişliliğini olumsuz yönde etkileyen, sözleşmenin gereği gibi ifasına engel olan hallerden birini oluşturmaktadır³²⁶. Örneğin, su geçirmeyecek bir

³²² Bu farklılıklardan biri, satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 222 hükmünün işin niteliği gereği eser sözleşmesi bakımından uygulanamayacak olmasıdır. TBK m. 222'ye göre sözleşmenin kurulduğu sırada ayıbın varlığını bilen alıcı, satıcıyı ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutamaz. Ancak eser sözleşmesinin kurulduğu anda henüz daha eser mevcut olmadığından, eserin ayıplı olmasından, dolayısıyla iş sahibinin ayıp hakkında bilgi sahibi olmasından söz edilemez. Bühler, (1998),s. 207, Nr. 10. Bir başka farklılık ise, satış sözleşmesinin aksine eser sözleşmesinde kural olarak önemsiz ayıpların dahi yüklenicinin sorumluluğuna yol açacak olmasıdır. Yeter ki, bunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği teşkil etmesin. Buna karşılık satış sözleşmesinde satıcı sadece satım konusu şeyin kullanımını önemli ölçüde engelleyen ayıplardan sorumlu tutulmuştur, Uçar, (2003), s. 125.

³²³ Bühler, (1998),s. 207, Nr. 9. Hatta doktrinde satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin eser sözleşmesi hakkında kıyasen dahi uygulanamayacağı görüşü de savunulmaktadır, Eren, (2019b), s. 642, Nr. 2158. Buna karşılık satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin diğer sözleşmelerdeki ayıp hükümlerine nazaran genel hüküm niteliğini haiz olduğu ve söz konusu hükümlerin niteliğine uygun düştüğü sürece diğer sözleşmeler bakımından da uygulanacağı yönünde bkz. Özdemir, (2017), s. 1139.

³²⁴ Gauch, (2011), s. 544, Nr. 1353; Tandoğan, (2010), s. 161, Canbolat, (2009), s. 68.

³²⁵ Buna karşılık Mecelle'de ayıp kavramı yalnızca lüzumlu niteliklerdeki eksiklere özgülenmiş olup, vaat edilen niteliklerdeki eksiklikler bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Gerçekten m. 388'e göre "*ayb diye ehil ve erbabı beyninde malın bahasına iras-ı noksan eden kusura derler.*" Edis, (1963), s. 8.

³²⁶ Bühler, (1998),s. 211, Nr. 25-28, Furrer, (1973), s. 37, Siegenthaler, (2016),s. 1067, Nr. 8, Brandli, (2007), s. 65, Nr. 196, Öz, (1989), s. 92, Seliçi, (1978), s. 136, Tandoğan, (2010), s. 162, Yavuz, (2016), s. 554, Özdemir, (2017), s. 1138, 1139, Akıncı, Ş. (2017). "Kötü İfa-Eksik İfa-Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, 17-20 Şubat 2016, s. 1399, Eren, F. (1996). "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", *Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 63-86. s. 79, Yavuz, (2014), s. 637, Tunçomağ, (1977), s. 119, Feyzioğlu, F. N. (1980). *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri*, C. 1, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi. s. 247, Doerig, (1985), s. 78, Özcan, Z. (2018). "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik

şekilde inşa edilmesi gereken çatının su akıtıyor olması, yapılan asansörün aynı anda kararlaştırılan sayıda kişiyi taşıyamaması veya kullanılan malzemelerin istenilen kalitede olmaması hallerinde eser ayıbından söz edilir³²⁷. Ancak ayıbın varlığı için sözleşmeden sapmanın her zaman esere ilişkin olması gerektiğine dikkat edilmelidir. Çünkü işin icrasıyla ilgili hükümlerin ihlal edilmesi kendiliğinden eser ayıbı oluşturmaz. Bununla birlikte icrai hükümlerin ihlali, eserin mevcut durumunun olması gereken durumdan sapması kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde eser ayıbından söz edilir. Böyle bir durum yoksa, örneğin yüklenici eserin ayıpsız üretimini tehlikeye düşürmeden işi sözleşmeye aykırı olarak icra ettiğinde, TBK m. 475 hükmü uygulanmaz³²⁸.

Bir eserin ayıplı olup olmadığı belirlenirken, iş sahibinin somut olaydaki sözleşmeye göre nasıl bir eser beklemekte haklı olduğu araştırılmalıdır. Nitekim ayıp kavramı, somut eser sözleşmesine bağlı göreceli (nisbi) bir kavram olduğu için aynı eser bir sözleşmeye göre ayıplı olarak değerlendirilirken, başka bir sözleşmeye göre ayıpsız olarak kabul edilebilir³²⁹.

TBK m. 475/I'de "ayıp" ve "sözleşme hükümlerine aykırılık" arasında ayırım yapılmıştır. Bu konuda savunulan bir görüşe göre³³⁰, burada dar anlamda ayıp kavramı kullanılmıştır. Yani ayıp kavramıyla sadece dürüstlük kuralı gereğince beklenen lüzumlu nitelikler kastedilmektedir; buna karşılık vaat edilen niteliklerin eksikliği sözleşme hükümlerine başka şekilde aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ayırımın pratikte hiçbir önemi yoktur. Çünkü her iki durum için de aynı hüküm uygulanmakta ve bunlardan birinin gerçekleşmesi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için yeterli görülmektedir³³¹.

Ayıplı ifadan doğan borcun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Ayıplı ifa yan yükümlülüğün ihlali³³² olarak nitelendirildiği gibi, edim yükümlülüğünün ihlali³³³ olarak da

İfasi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Nuri Necipoğlu'na Armağan, S. 11, 317-339. s. 323, Karataş, (2004), s. 147, Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 762, Altaş, (2002), s. 207.

³²⁷ Gauch, (2011), s. 547, Nr. 1363, Gümüş, (2014), s. 49. Bu konuda ayrıca bkz. Y. 15. HD, 10.12.2018 T., E. 2018/2168, K. 2018/4954, Y. 15. HD, 03.10.2018 T., E. 2018/3669, K. 2018/3580, Y. 14. HD, 25.09.2012 T., E. 2012/9832, K. 2012/10921, Y. 14. HD, 26.03.2012 T., E. 2012/2363, K. 2012/4433 sayılı kararları, www.kazancihukuk.com

³²⁸ Koller, (2015), s. 198, 199, Nr. 534.

³²⁹ Gauch, (2011), s. 546, Nr. 1360, Seliçi, (1978), s. 136, Öz, (1989), s. 92, Tandoğan, (2010), s. 162, Canbolat, (2009), s. 68, Özdemir, (2017), s. 1139, Altaş, (2002), s. 208. Aksi yönde bkz. Doerig, (1985), s. 78.

³³⁰ Koller, (2015), s. 192, Nr. 515.

³³¹ Gauch, (2011), s. 573, Nr. 1441, Brandli, (2007), s. 66, Nr. 198, Bögli, (1996), s. 42, Seliçi, (1978), s. 135, Canbolat, (2009), s. 67.

³³² Feyzioğlu, (1980), s. 270.

³³³ Bögli, (1996), s. 43.

değerlendirilmektedir. Ayıplı ifayı edim yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendiren yazarlar arasında da görüş birliği sağlanamamıştır. Gerçekten ayıplı ifanın asli edim yükümlülüğüne aykırılık³³⁴ oluşturduğu savunulduğu gibi, bunu yan edim yükümlülüğünün ihlali olarak³³⁵ gören yazarlara da rastlanmaktadır. Kanaatimizce, sözleşme ilişkisini karakterize eden yükümlülük olarak tanımlanan asli edim yükümlülüğü³³⁶, eser sözleşmesi açısından eserin ayıpsız bir şekilde meydana getirilip teslim edilmesini de kapsamaktadır³³⁷.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, eserin ayıplı olması iki farklı şekilde karşımıza çıkar: a. Zikir ve vaat edilen niteliklerdeki eksiklik, b. Dürüstlük kuralına göre beklenen niteliklerdeki eksiklik³³⁸.

aa) Zikredilen veya vaat edilen nitelikler mevcut olmamalı

Satış sözleşmesi için kanunda ifade edilen zikir ve vaat kavramına eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerde yer verilmediğinden, söz konusu kavramın eser sözleşmesi için kanuni bir kavram olmadığı söylenebilir. Bu durum karşısında kanundan bağımsız bir kavram oluşturmak mümkündür. Gerçi doktrinde sıkça satış sözleşmesi için geçerli olan bu kanuni kavramın eser sözleşmesi bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Fakat bu konuda dikkatli davranılmalıdır. Çünkü satış sözleşmesindeki vasıf (nitelik) vaadi eser sözleşmesinden farklı bir fonksiyonu yerine getirmektedir. Ayrıca satış sözleşmesinde de vasıf vaadi kavramının içeriği tartışmalıdır. Dolayısıyla eser sözleşmesindeki vasıf vaadini tanımlamak için satış sözleşmesi hükümlerine basit bir atıf yapmak yeterli değildir³³⁹.

Eser sözleşmesi anlamında vasıf vaadi, yüklenicinin imal edeceği eserin belli niteliklere sahip olduğu yönünde beyanda bulunmasından ibarettir. Yüklenici kendi inisiyatifiyle vasıf vaadinde bulunabileceği gibi, iş sahibinin talebi üzerine de bunu yapabilir. Eserin nitelikleri, işaretler, örnekler ya da modeller yardımıyla açıklanabileceği gibi, teknik kurallara açıkça ya da zımnen atıf da yapılabilir. Hatta yüklenici olumsuz vasıf vaadinde de bulunabilir. Yani

³³⁴ Kocayusufoğlu, N. (1968). *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi. s. 68, 69, dn. 84, Aral, (2011), s. 117, Rohlack, (1997),s. 96.

³³⁵ Serozan, (2007), s. 304 vd., Öz, (1989),s. 90, Canbolat, (2009), s. 39.

³³⁶ Eren, (2019a), s. 32, Nr. 88, Erdoğan, İ. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 28, Yıldırım, (2019), s. 23.

³³⁷ Aynı yönde bkz. Uçar, (2003), s. 36, Aral, (2011), s. 117, Özdemir, (2017), s. 1135.

³³⁸ Bilge, N. (1971). *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları. s. 75.

³³⁹ Gauch, (2011), s. 550, Nr. 1371, Bühler, (1998),s. 212, Nr. 32, Tandoğan, (2010), s. 162, Yavuz, (2016), s. 555.

işahibini olumsuz olarak etkileyecek belli niteliklerin (örneğin belli teknik eksikliklerin) eserde mevcut olmadığını beyan edebilir³⁴⁰.

Vasıf vaadinin söz konusu olup olmadığı, TBK m. 6 kapsamında belirlenmelidir. Dolayısıyla iş sahibi kendisi için elverişli olan durumlarla ilgili kabul beyanında bulunmasa dahi bu durum vasıf vaadi (kararlaştırılmış nitelik) olarak değerlendirilebilir³⁴¹.

Eserde yüklenicinin vaat ettiği bir nitelik yoksa eser ayıplıdır. Eserdeki niteliğin özel bir anlaşma ile kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı veya hangi içerikte kararlaştırıldığı sözleşmenin yorumu yoluyla belirlenmelidir. Bu noktada güven teorisine başvurulacak, tarafların farazi iradeleri araştırılmalıdır³⁴². Örneğin, ilan verilmiş ve arkasından ilanda belirtilen edimin kabulü yoluyla bir sözleşme imzalanmışsa, bu durumda ilan evrakları arasında yer alan nitelikler kararlaştırılmış nitelik olarak kabul edilir. Keza yüklenici sözleşmede belli bir üreticinin belli maddeleri kullanarak eseri imal edeceğini vaat etmişse, bu durumda eserin sözü edilen maddeler kullanılarak üretileceği hususu sözleşme ile kararlaştırılan nitelikler arasında yer alır³⁴³.

Yüklenici nitelik vaadinde bulunurken, bunun mevcut olmamasından sorumlu olacağını da ayrıca açıklamış olabilir. Bu halde doktrine göre “nitelikli vasıf vaadi” söz konusudur. Buna karşılık sorumluluk kaydı vasıf vaadinin kapsamında yer almıyorsa, “salt (adi) nitelik vaadi”nden bahsedilmektedir. Bu noktada yüklenicinin vasıf vaadinin nitelikli olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı sorusu akla gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, gerek İsviçre gerek Türk hukukunda ayıp sorumluluğu, eserin niteliklerinin adi ya da nitelikli bir şekilde vaat edilmesi şartına bağlı tutulmamıştır³⁴⁴. Yani yüklenici, her iki durumda da vaat edilen niteliğin bulunmamasından kanun gereği sorumlu olur. Hatta vaat edilen niteliğin esere kazandırılması objektif olarak mümkün olmasa dahi sorumluluğun doğacağı kabul edilmektedir. Diğer taraftan vaadin iş sahibi için sözleşmenin kurulması bakımından subjektif esaslı nokta düzeyinde olması da gerekmez. Buna uygun olarak, yüklenicinin vaadi ile iş sahibinin sözleşmeyi kurma kararı arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi bulunmasa dahi yüklenici ayıplı ifadan sorumlu olur³⁴⁵. Gerçekten aksi kabul edilecek olursa, yüklenicinin

³⁴⁰ Gauch, (2011), s. 550, Nr. 1372.

³⁴¹ Koller, (2015), s. 199, Nr. 535.

³⁴² Koller, (2015), s. 199, Nr. 536.

³⁴³ Gauch, (2011), s. 548, Nr. 1366.

³⁴⁴ Gauch, (2011), s. 552, Nr. 1377, 1378.

³⁴⁵ Gauch, (2011), s. 552, Nr. 1377, 1378.

sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı sorumluluğu hiçbir haklı gerekçe olmaksızın sınırlandırılmış olur.

Yüklenicinin sözleşmede öngörülenden objektif olarak daha değerli bir eser meydana getirmesi, eserin ayıplı olduğu gerçeğini değiştirmez. Fakat bu halde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması, dürüstlük kuralını ihlal edeceğinden yüklenicinin sorumluluğuna başvurulamaz. Aynı şekilde yüklenicinin sözleşme kapsamında zikrettiği niteliklerin bulunmaması, teknik olarak eserin değerini ve kullanımını olumsuz etkilemese, eser aynı şekilde kullanılabilir durumda olsa bile eser ayıplı olmayı sürdürür³⁴⁶. Hatta zikredilen niteliğe uygun hareket edilseydi eserin mevcut haline nazaran daha değersiz veya kullanışsız bir durumda bulunacak olması da sonucu değiştirmez. Bir diğer ifadeyle, eser mevcut haliyle karşılaştırılan duruma nazaran objektif olarak daha değerli ve daha elverişli olsa bile yine de ayıplı sayılır. Çünkü iş sahibinin yüklenici tarafından zikredilen bütün niteliklerin eserde bulunmasını beklemeye hakkı vardır. Bundan dolayı iş sahibi sözleşmeye aykırı eseri kabul etmeye zorlanamaz. Fakat somut olayda onarım ve indirim talebinin özel şartları gerçekleşmemiş olabilir. Bu yüzden iş sahibi tüm bunlara rağmen ayıplı eseri kabul etmek zorunda kalabilir³⁴⁷. Fakat yüklenicinin ayıplı eserden dolayı sağladığı kazançlar (örneğin eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak karşılaştırılması halinde yüklenicinin tasarruf ettiği malzeme masrafları), iş sahibi tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir³⁴⁸.

Zikredilen nitelikler (örneğin betonun basınca dayanıklılığı), eserde en azından asgari düzeyde mevcut olmalıdır. Eserde zikredilen asgari niteliklerin daha fazlası mevcutsa (örneğin daha yüksek bir basınç gücüne sahip beton söz konusuysa), ayıbın varlığından söz edilemez³⁴⁹. Diğer taraftan eserin niteliklerinin yaklaşık olarak da belirlenmesi mümkündür. Bu halde eserin sözleşmeye uygunluğu belli bir tolerans sınırı içinde kalacak şekilde belirlenir ve bu sınırın içinde kalacak şekilde meydana getirilen eser ayıplı sayılmaz. Somut olayda tolerans sınırının

³⁴⁶ Brandli, (2007), s. 67, Nr. 203, Seliçi, (1978), s. 138, Tandoğan, (2010), s. 163, Yavuz, (2016), s. 555, Canbolat, (2009), s. 69, Özdemir, (2017), s. 1147, Yavuz, (2014), s. 637, Yakuppur, (2009), s. 54.

³⁴⁷ Gauch, (2011), s. 558, Nr. 1399. Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda yüklenici fabrikanın panjurlarını Reflexa'da inşa etmesi gerekirken Roma'da inşa etmiştir. Mevcut fabrika, somut sözleşmede öngörülen kullanım amacı dikkate alındığında olması gereken fabrika ile teknik olarak her bakımından aynı değerdedir, hatta plastik malzeme yerine alüminyum kullanıldığı için kısmen daha değerlidir. Bu şartlar altında iş sahibi tarafından ileri sürülen onarım hakkı mahkeme tarafından reddedilmiştir. Kaldı ki onarım yapılsaydı aşırı masraflar ortaya çıkacaktı. Değer azalması söz konusu olmadığından indirim talebi ve önemli bir ayıp bulunmadığından dönme talebi caiz görülmemiştir, Baurecht 2007, S. 713. Aynı sonuç Türk hukuku bakımından da kabul edilmelidir.

³⁴⁸ Koller, (2015), s. 201, Nr. 539.

³⁴⁹ Seliçi, (1978), s. 139.

nereye kadar genişleyeceği, sözleşmenin yorumu yoluyla tespit edilmelidir. Bu noktada tarafların akdettikleri sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır³⁵⁰.

bb) Dürüstlük kuralına göre beklenen lüzumlu nitelikler bulunmamalı

İş sahibi, sadece vaat edilen nitelikleri değil, aynı zamanda uygun bir karşılaştırma olmasa dahi lüzumlu niteliklerin de eserde bulunmasını beklemeye yetkilidir. Yüklenicinin bu niteliklerin eksikliğinden sorumlu olabilmesi için ayrıca vasıf vaadinde bulunmasına gerek yoktur. Zira yüklenicinin sorumluluğu sözleşmesel bir karşılaştırmaya dayanmaz, aksine hâkimin hukuk yaratmasının sonucunda doğar. Fakat bunlar da vaat edilen nitelikler gibi ayıba karşı tekeffül hukuku kapsamında değerlendirilir. Çünkü TBK m. 475'te sadece karşılaştırılan niteliklerin eksikliği değil, aynı zamanda (tam olarak konuşulmayan) lüzumlu niteliklerin eksikliği de ayıp olarak değerlendirilmektedir³⁵¹.

Aynı şekilde yüklenicinin lüzumlu niteliklerdeki eksikliği bilmemesi de sorumluluktan kurtulmasını sağlamaz. Zira ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kanundan doğmaktadır. Bununla birlikte ayıbın bilinmemesi, sadece ayıbı takip eden zararın miktarını belirlerken önem arz eder³⁵². Ayıbı bilip gizleyen yüklenici ile durumdan habersiz yüklenicinin ödemesi gereken tazminat miktarı aynı olmaz. Zira TBK m. 51'e göre tazminat miktarı kusurun yoğunluğuna göre tayin edilir.

Hangi niteliklerin lüzumlu olduğu belirlenirken objektif bir değerlendirme yapılır. Dolayısıyla somut olaydaki iş sahibinin subjektif beklentileri değil, aksine ortalama bir iş sahibinin beklentileri dikkate alınır. Bu itibarla, örneğin, aksi karşılaştırılmış olmadıkça, eser teslim sözleşmesinde yüklenicinin kullandığı malzeme ortalama kalitede değilse, eser ayıplı sayılır³⁵³. Bunun dışında değerlendirme yaparken, eserin türü ve kullanım amacı da araştırılmalıdır. Çünkü eserin herhangi bir şekilde kullanıma elverişli olması yeterli değildir; aksine somut sözleşme bakımından kullanıma elverişli bir eserin meydana getirilmesi gerekir³⁵⁴. Eser için herhangi bir kullanım amacı belirlenmemişse, bu durumda, eser, aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, normal bir eserden beklenen kullanıma elverişliliği sağlamak zorundadır³⁵⁵. Örneğin, su sızdıran bir ibrik olağan kullanıma elverişli değildir, bu yüzden normalde ayıplı

³⁵⁰ Gauch, (2011), s. 559, Nr. 1403, Yavuz, (2016), s. 555, 556, Tandoğan, (2010), s. 164.

³⁵¹ Edis, (1963), s. 57, Seliçi, (1978), s. 140.

³⁵² Edis, (1963), s. 57.

³⁵³ Gauch, (2011), s. 562, Nr. 1410, 1411, Koller, (2015), s. 201, Nr. 541, Seliçi, (1978), s. 140, 141.

³⁵⁴ Tandoğan, (2010), s. 164; Canbolat, (2009), s. 73.

³⁵⁵ Seliçi, (1978), s. 137, Özdemir, (2017)s. 1148, Yavuz, (2014), s. 637.

olarak kabul edilir. Fakat tarafların anlaşmasına göre ibrik sadece tarihi eser niteliği dikkate alınarak devredilmişse, artık aksa dahi ayıplı sayılmaz. Burada yüklenicinin edim yükümlülüğünün kapsamı, sözleşmelerin yorumuna hakim olan doğruluk ve dürüstlük kuralı göz önüne alınarak belirlenmelidir. Nitekim genel hayat tecrübeleri de bu sonucu haklı kılmaktadır³⁵⁶.

b) Ayıbın görünüm şekilleri

Eser ayıbı farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde maddi ayıp ve hukuki ayıp, açık ayıp ve gizli ayıp, önemli ayıp ve daha az önemli ayıp, asli ayıp ve tali ayıp şeklinde ayrımlar yapılmaktadır. Söz konusu ayrımlar, yüklenicinin sorumluluğunu belirlerken önem arz etmektedir.

aa) Maddi ayıp-hukuki ayıp ayrımı

Maddi ayıp, sözleşme kapsamında belirlenen ya da dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklerin eksikliğinden dolayı eserin fiziksel olarak kayba uğramasıdır³⁵⁷. Maddi ayıp, eserin teknik, fiziksel ya da kimyasal niteliklerinde meydana gelebilir³⁵⁸. Örneğin, binayı inşa ederken deniz kumu kullanılması, yazılımdaki yanlışlıktan dolayı bilgisayarın sürekli kapanması gibi hallerde maddi ayıptan bahsedilir.

Hukuki ayıp ise, genellikle binaların ve makinelerin daha iyi kullanılmasına hizmet eden güvenlik ve diğer kamu hukuku kurallarına uyulmaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, belli bir ülkenin ithalat şartları sözleşmeye aykırı olarak yerine getirilmediğinde veya makine yabancı bir patenti ihlal ettiğinde hukuki ayıp söz konusu olur³⁵⁹. Tartışmalı olmakla birlikte, yüklenicinin oturma izni almayı taahhüt ettiği binayı, bu izni almadan teslim etmesi de hukuki ayıp olarak değerlendirilmektedir³⁶⁰.

³⁵⁶ Koller, (2015), s. 202, Nr. 542.

³⁵⁷ Uçar, (2003), s. 133, Edis, (1963), s. 13, Canbolat, (2009), s. 41, Bilge, (1971), s. 74.

³⁵⁸ Gümüş, (2014), s. 52, Özdemir, (2017), s. 1141, Doerig, (1985), s. 85, Aydemir, E. (2009). *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s. 268.

³⁵⁹ Tandoğan, (2010), s. 167; Gümüş, (2014), s. 52, 53; Uçar, (2003), s. 133, Canbolat, (2009), s. 42, Bilge, (1971), s. 74.

³⁶⁰ Oturma izninin alınmamasının eksik iş olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Şahiniz, C. S. (2008). *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları. s. 49, Özdemir, (2017), s. 1127. Buna karşılık Öz'e göre yüklenicinin ayıp sorumluluğu, satış sözleşmesinden farklı olarak yalnızca maddi ayıplar bakımından söz konusu olduğundan, hukuki ayıplar ortaya çıktığında iş sahibi ancak TBK m. 112 hükmüne başvurabilir. Bununla birlikte oturma izninin alınmamasında olduğu gibi hukuki ayıbın ortaya çıkması maddi bir ayıptan kaynaklanmışsa TBK m. 474 hükmüne başvurulabilir. Öz, (1989), s. 93.

bb) Açık ayıp-gizli ayıp ayrımı

Eserin teslimi sırasında ilk bakışta fark edilebilen veya normal bir muayene sonucunda kolaylıkla anlaşılabilen ayıplar açık ayıptır. Buna karşılık gizli ayıplar normal bir muayene ile tespit edilemez; bu ayıplar eserin kullanılması sırasında zamanla ortaya çıkar³⁶¹. Bu farklılıktan dolayı gizli ayıplar için muayene külfeti getirilmemiştir. Ancak bu tür ayıpların da ortaya çıktıktan sonra açık ayıplar gibi gecikmeksizin ihbar edilmesi gerekir³⁶².

cc) Önemli ayıp-daha az önemli ayıp ayrımı

Önemli ayıp, somut olayın şartları dikkate alındığında, eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereğince kabul etmesi beklenemeyeceği derecede ayıplı olması demektir. İş sahibinin arazisinde yapılan ve ancak aşırı masraf yapılarak kaldırılabilen ayıplar, kanun koyucu tarafından önemli ayıp sayılmıştır (TBK m. 475/son). Ayıbın varlığı eserin kullanımını veya kabulünü bu düzeyde etkilemiyorsa, daha az önemli ayıptan söz edilir³⁶³. Bu ayırım, özellikle sözleşmeden dönme hakkı bakımından önem arz eder. Çünkü dönme hakkı, iş sahibine sadece önemli ayıplarda tanınmıştır. Daha az önemli bir ayıp söz konusu olduğunda ise, iş sahibi sözleşmeden dönemez, onun yerine şartları gerçekleşmişse indirim veya onarım haklarından birini kullanabilir³⁶⁴. Buna karşılık ayıbı takip eden zararın tazmini bakımından ayıbın ağırlığı, yani önemli olup olmaması belirleyici bir rol oynamaz³⁶⁵. Diğer bir deyişle, daha az önemli bir ayıbın varlığı halinde de ayıbı takip eden zararın tazmini istenebilir.

Satış sözleşmesinden farklı olarak, eser sözleşmesinde ayıbın önemsiz olması dahi yüklenicinin sorumluluğuna yol açmaktadır³⁶⁶. Zira satış sözleşmesinde satıcı sadece zikrettiği niteliklerle dürüstlük kuralı gereğince satılanın kullanım amacı bakımından değerini veya alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan ayıplardan sorumlu tutulmuştur (TBK m. 219).

³⁶¹ Furrer, (1973), s. 39, Kılıçoğlu, A. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi. s. 465, Uçar, (2003), s. 130; Gümüş, (2014), s. 54, Seliçi, (1978), s. 143, Yavuz, (2014), s. 638, Yakuppur, (2009),s. 55, Karataş, (2004), s. 148.

³⁶² Canbolat, (2009), s. 78, 79, Özdemir, (2017), s. 1145, Selimoğlu, (2016), s. 143.

³⁶³ Uçar, (2003), s. 131; Gümüş, (2014), s. 53, Bögli, (1996),s. 45.

³⁶⁴ Uçar, (2003), s. 131; Gümüş, (2014), s. 53, Seliçi, (1978), s. 143, 144, Özdemir, (2017), s. 1146, Brandli, (2007), s. 75, Nr. 228.

³⁶⁵ Spiess, Huser, (2014), Art 171, s. 996.

³⁶⁶ Gauch, (2011), s. 581, Nr. 1469, Yavuz, (2016), s. 555, Tiryaki, (2007), s. 105, Tandoğan, (2010), s. 167.

Önemsiz ayıpların ileri sürülmesinin üst sınırını, dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Buna göre söz konusu ayıpların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaksa, ayıbın varlığına rağmen yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez³⁶⁷; iş sahibinin önemsiz ayıba katlanması gerekir. Örneğin, ayıbın varlığının eserin değerinde herhangi bir azalmaya yol açmaması, sadece iş sahibinin göz zevkini bozması halinde böyle bir durum söz konusudur³⁶⁸. Aynı şekilde eserdeki ayıbın hiçbir şekilde fark edilemeyecek kadar küçük olması halinde, yine yüklenicinin sorumluluğuna başvurulamaz³⁶⁹.

dd) Asli ayıp-tali ayıp ayrımı

Asli ayıp, eser teslim edilirken mevcuttur ve teslimden sonra ortaya çıkan tali ayıbın sebebini oluşturur. Tali ayıbın özelliği ise, zaten teslim anında mevcut olan bir ayıba dayanmasıdır. Örneğin betonun ayıplı olması asli ayıptır, buna karşılık ayıplı betondan dolayı duvarın yıkılması tali ayıptır³⁷⁰. Dolayısıyla tali ayıplar bir tür gizli ayıptır ve bunlar için de TBK m. 475 kapsamında yüklenicinin sorumluluğuna başvurulabilir³⁷¹. Buna karşılık teslimden sonra ortaya çıkan ayıbın önceki ayıpla hiçbir ilgisi yoksa, ayıba karşı tekeffül kapsamında yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez³⁷².

2. Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalı

Ayıplı eser ayıplı bir iş görme sonucudur. Dolayısıyla ayıbın varlığı için sözleşmeyle üstlenilen işlerin tamamlanmış olması gerekir. Söz konusu işler henüz yerine getirilmediği sürece eser tamamlanmamış demektir³⁷³. Eserin tamamlanmış sayılıp sayılmadığını belirlerken başvurulması gereken temel kriter, dürüstlük kuralıdır. Öyle ki, özellikle büyük inşaatlarda inşaatın bütünü dikkate alındığında oldukça küçük ve hukuken önemsiz sayılabilecek bir bölümü tamamlanmamışsa, iş sahibinin bunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu halde inşaatın teslimine uygun olduğu kabul edilmelidir³⁷⁴. Böyle bir durum yoksa,

³⁶⁷ Yavuz, (2016), s. 555, Tiryaki, (2007), s. 105, dn. 81, Seliçi, (1978), s. 144, Özdemir, (2017), s. 1146, 1147.

³⁶⁸ Uçar, (2003), s. 132, Seliçi, (1978), s. 144.

³⁶⁹ Gauch, (2011), s. 581, Nr. 1469.

³⁷⁰ Gauch, (2011), s. 582, Nr. 1470, Tandoğan, (2010), s. 167.

³⁷¹ Gümüş, (2014), s. 55.

³⁷² Tandoğan, (2010), s. 166; Uçar, (2003), s. 134.

³⁷³ Gauch, (2011), s. 545, 546, Nr. 1359, Tandoğan, (2010), s. 160, Yavuz, (2014), s. 636.

³⁷⁴ Seliçi, (1978), s. 134. Yargıtay da “*eksikliğin az ve arsa sahibi tarafından katlanabilir boyutta*” olması halinde teslimin gerçekleşmiş sayılacağını ve “*eksik ve kusurlu işlerin eserin kabulüne engel teşkil edip etmediğinin ve bu anlamda eserin tamamlanmış sayılıp sayılmayacağını bilirkişi marifetiyle saptanması*” gerektiğine vurgu yapmaktadır, Y. 15. HD, 05.07.2012 T., 2011/3349 E., 2012/5149 K. (Yayınlanmamış Karar), Özdemir, (2017), s. 1137’den naklen.

eserin tamamlanmadığından hareketle teslim edilemeyeceği ve söz konusu eser sözleşmeyle öngörülen niteliklere sahip olmasa dahi yüklenicinin ayıp sorumluluğuna başvurulamayacağı söylenebilir³⁷⁵. Zira eserin tamamlanmaması, TBK m. 112 anlamında edimin hiç ifa edilmemesi demektir³⁷⁶. Dolayısıyla tamamlanmayan eserin aynen ifası istenebileceği gibi, iş sahibi masrafi yükleniciye ait olmak üzere işin kendisi tarafından ifasına izin verilmesi için dava açabilir ya da eserin ifasında gecikilmişse borçlunun temerrüdüne (TBK m. 117 vd.) gidebilir³⁷⁷.

Görüldüğü gibi, farklı hükümlere tabi olduğu için tamamlanmamış (eksik) bir eserle ayıplı eseri birbirinden ayırmak önem arz etmektedir. Bu konuda doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, o ana kadar yapılan işe zarar vermeden, kolay bir şekilde işi kaldığı yerden devam ettirmek mümkünse, tamamlanmamış (eksik) bir eserden söz edilir. Aksi durumda ise eser ayıbından bahsedilir. Örneğin, duvarlardan birinin boyanmaması halinde eksik bir eser söz konusu iken, sözleşmeyle üstlenilmiş olmasına rağmen evin duvarlarının astar atılmadan boyanması halinde, bunun telafisi mümkün olmayacağından ayıplı bir eserden bahsedilir³⁷⁸. Nitekim Yargıtay da eksik eserle ile ayıplı eseri ayırırken aynı esası kabul etmektedir³⁷⁹.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için eserin tamamlanmış olması tek başına yeterli değildir; aynı zamanda bu eserin iş sahibine teslim edilmesi gerekir. Taşınırın teslimi konusunda genellikle sıkıntı yaşanmaz. Ancak burada “teslim” kavramı geniş anlamda kullanılmakta ve eser üzerinde iş sahibinin fiili hâkimiyet kurmasını sağlayan zilyetliğin devri hallerinin tamamı (zilyetliğin havalesi, hükmen teslim gibi) bu kapsamda değerlendirilmektedir. Taşınmazlarda ise teslim, eserin tamamlandığının bildirilmesi yoluyla gerçekleşir. Bu bildirim açıkça yapılabileceği gibi, eser iş sahibinin arazisinde inşa edildikten sonra kullanım hakkının iş sahibine terk edilmesi şeklinde zımni olarak da yapılabilir. Maddi olmayan eserlerde ise teslim, bilgisayar programının kaydedildiği hard diskin devri, mimarın hazırladığı projenin devri örneklerinde olduğu gibi, esere belli ölçüde maddilik kazandıran şeylerin devri yoluyla gerçekleşir³⁸⁰.

³⁷⁵ Kılıçoğlu, (2019),s. 464, Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 522, 523, Seliçi, (1978), s. 134, Özcan, (2018),s. 326.

³⁷⁶ Canbolat, (2009), s. 59, Özdemir, (2017), s. 1130.

³⁷⁷ Uçar, (2003), s. 106, Tandoğan, (2010), s. 161, Özdemir, (2017), s. 1125.

³⁷⁸ Tandoğan, (2010), s. 160, 161, Özdemir, (2017), s. 1125. Söz konusu esasın bazı hallerde ayıplı eserle eksik eseri ayırma bakımından yetersiz kalacağı yönünde bkz. Akıncı, (2017), s. 1417.

³⁷⁹ YHGK, 25.02.2015 T., 2014/591 E., 2015/875 K., “...Ayıp, yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise, sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır, başka bir deyişle, hiç yapılmayan iş eksik iştir. Eksik işin tanımı kanunlarımızda yapılmamıştır...” (Yayınlanmamış karar). Ayrıca bkz. Y. 15. HD, 01.07.2015 T., 2014/5163 E., 2015/3868 K., Y. 15. HD, 09.05.2013 T., 2012/3563 E., 2013/3033 K., Özdemir, (2017),s. 1126, dn. 6’dan naklen.

³⁸⁰ Canbolat, (2009), s. 61, 62.

Teslim ile birlikte iş sahibinin aynen ifaya ilişkin talebinin yerini ayıba karşı tekeffülden doğan haklar alır³⁸¹. Dolayısıyla teslim ayıptan doğan hakların (dönme, indirim, onarım haklarının) ortaya çıkması bakımından önem arz eder. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ayıbı takip eden zararın tazmini talebi teslimle birlikte değil, ayıbın meydana gelmesi ile doğar³⁸². Diğer taraftan teslim anı, muayene ve ihbar sürelerinin işlemeye başlaması (TBK m. 474), yarar ve hasarın iş sahibine intikali (TBK m. 483), yüklenicinin ücret alacağının muaccel olması (TBK m. 479) ve ayıba karşı tekeffüle ilişkin zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması (TBK m. 478) bakımından da önemlidir³⁸³.

Eserin teslim alınması (Abnahme), bunun iş sahibi tarafından kabul edilmesi (Genehmigung) ile aynı anlama gelmemektedir. Teslim fiili bir durum olup, ayıptan doğan hakların kullanılmasının ön şartını oluşturmaktadır. Buna karşılık kabul, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiği yönünde açıkça ya da zımnen irade beyanında bulunmasından ibarettir³⁸⁴. Kabul halinde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Görüldüğü üzere, teslim ile kabule bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır.

3. Ayıp iş sahibine isnat edilememeli

Eserin ayıplı olması, yüklenicinin yaptığı açık uyarıya rağmen iş sahibinin verdiği talimattan doğmuşsa ya da herhangi bir sebeple iş sahibine isnat edilebilen bir sebepten kaynaklanmışsa, TBK m. 476'ya göre yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulamaz. Bu halde iş sahibi, sadece ayıbı takip eden zararın tazmini talebini değil, dönme, indirim ve onarım haklarını da kaybeder³⁸⁵. Üstelik bu konuda mahkeme kararına da gerek yoktur³⁸⁶.

Ayıbın iş sahibinin verdiği talimattan doğması, ayıbın iş sahibine isnat edilebileceği hallerin başında gelmektedir. Ancak yüklenicinin sorumluluktan kurtulabileceği haller bununla sınırlı değildir³⁸⁷. Ayıbın iş sahibinin kusurundan kaynaklandığı, hatta iş sahibinin riziko alanı içinde gerçekleşen diğer hallerde de iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Örneğin, ayıbın iş sahibinin ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanması, iş sahibi

³⁸¹ Koller, (2015), s. 182, Nr. 489, Brandli, (2007), s. 3, Nr. 8.

³⁸² Uçar, (2003), s. 122.

³⁸³ Canbolat, (2009), s. 63, Yavuz, (2014), s. 637, Brandli, (2007), s. 30-32, Nr. 80-85.

³⁸⁴ Canbolat, (2009), s. 60.

³⁸⁵ Furrer, (1973), s. 110, 111, Aral, Ayrancı, (2019), s. 400.

³⁸⁶ Eren, (1996), s. 83.

³⁸⁷ Öz, (1989), s. 111, Karataş, (2004), s. 154, Bilge, (1971), s. 261.

tarafından temin edilen malzemedeki ya da arazideki ayıbın eser ayıbına neden olması, iş sahibinin ayıbı engellemek için gerekli özeni göstermekten kaçınması veya iş sahibinin eserin ifasına dâhil olacak alt yükleniciyi belirlemesi hallerinde de yüklenici kısmen veya tamamen ayıp sorumluluğundan kurtulur³⁸⁸.

Yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için iş sahibinin kusurlu davranışının ya da iş sahibine isnat edilen sebebin ayıbın tek belirleyici sebebi olması gerekir. Ayıbın ortaya çıkmasında yüklenicinin davranışları da etkili olmuşsa, örneğin, yüklenici eseri imal ederken kendisinden beklenen özen yükümlülüğüne aykırı davranmışsa, bu durumda TBK m. 52 anlamında ortak kusur söz konusu olur ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğu taraflar arasında paylaşılır; yani yüklenici ancak kısmen sorumluluktan kurtulabilir. O halde yüklenici ile birlikte ayıba neden olan iş sahibi, ayıbı takip eden zararlarının tamamının tazminini talep edemez. İş sahibinin ayıba olan katkısı oranında tazminat alacağında indirim yapılır. Aynı şekilde seçimlik hak olarak onarım hakkına başvuran ve kusurlu davranışıyla ayıbın doğmasında etkili olan iş sahibi, yükleniciden eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteyemez; onarım masraflarının bir bölümüne kendi kusuru oranında katlanmak durumundadır. Aynı değerlendirmeler, indirim ve dönme hakları için de yapılabilir³⁸⁹.

İş sahibinin ayıba neden olduğu gerekçe gösterilerek yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulup kurtulamayacağına karar verirken, ayıp sebeplerinin bir bütün olarak dikkate alınması gerekir. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Her iki tarafa da kusur yükletilebiliyorsa, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu taraflar arasında paylaşılır, meğerki, taraflardan birinin kusuru diğer tarafın kusurunu tamamen etkisiz kılacak düzeyde olsun³⁹⁰.

Yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için ayrıca iş sahibinin talimatının, teslim edilen malzeme veya arazinin eserin sözleşmeye uygun olarak ifasını tehlikeye sokacağı konusunda iş sahibinin uyarılması gerekir. Talimatın yanlış olduğu, malzemelerin veya arazinin ayıplı olduğu konusunda iş sahibini ya da onun yetkili temsilcisini açıkça uyarmayan yüklenici

³⁸⁸ Yavuz, (2016), s. 557, 558; Canbolat, (2009), s. 161, Tandoğan, (2010), s. 208, Eren, (1996), s. 80.

³⁸⁹ Koller, (2015), s. 207, Nr. 558; Tandoğan, (2010), s. 209; Brandli, (2007), s. 80, 81, Nr. 246, Özdemir, (2017),s. 1150, 1151. İndirim hakkının kullanılması halinde, iş sahibinin ortak kusuru, indirilecek meblağın daha düşük hesaplanmasına yol açar. Dönme halinde ise, ortak kusur, iş sahibinden eserin kabulünün beklenebilir olup olmadığını belirlerken önem arz eder. Kural olarak iş sahibinin ortak kusuru varsa, ayıbın önemli olduğundan söz edilemez, bu yüzden dönme hakkı düşer. Ortak kusura rağmen dönme hakkı mevcutsa, bu sefer ortak kusurun yüklenicinin ücret alacağına bir kısmını düşürüp düşürmeyeceği sorusu sorulur. Bögli, (1996),s. 68, dn. 350.

³⁹⁰ Koller, (2015), s. 209, 210, Nr. 563.

sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık açık uyarıya rağmen işsahibi yanlış talimatında ısrar ederse, yüklenicinin sorumluluğuna başvuramaz³⁹¹. Yükleniciye böyle bir yükümlülük yüklenmesi, onun alanında uzman bir kişi olmasından ve özenli bir şekilde hareket etmesi gerekliliğinden ileri gelmektedir³⁹².

Uyarının içeriğinde talimatın yanlış olduğu ve buna uyulması halinde eserin ayıplı olacağına açıkça (hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde) bildirilmesi gerekir. Ayrıca uyarıda yükleniciyi endişelendiren durumlara da yer verilmelidir. Buna karşılık kanaatimizce talimatta ısrarcı olunması halinde yüklenicinin sorumluluğunun bulunmayacağına uyarının içeriğinde yer almasına gerek yoktur. Çünkü TBK m. 476, yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için aybın işsahibine yüklenebilmesini yeterli görmüş, bu tür bir sorumsuzluk beyanının varlığını aramamıştır. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesinin görüşünün aksine uyarının hukuki işlem olarak kabul edilmesi mümkün değildir, olsa olsa tasavvur açıklaması olarak değerlendirilebilir³⁹³.

TBK m. 476'nın sadece lafzından hareket edildiğinde, yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için "her zaman uyarıda bulunması gerekir" şeklinde bir sonuca ulaşılmaktadır. Ancak kanun koyucu faydasız bir uyarı yapılmasını aramamıştır. Bu yüzden yüklenici uyarıda bulunulsaydı dahi işsahibinin talimatında ısrar edeceğini, dolayısıyla uyarının faydasız hale geleceğini ispat ettiği takdirde, uyarıda bulunmadan sorumluluktan kurtulabilir³⁹⁴.

Bunun dışında ihtarın gerekliliği yüklenicinin sözleşmenin uzman tarafını oluşturmasından kaynaklandığına göre; işsahibinin kendisi, danıştığı kişi ya da temsilcisinin uzman olduğu hallerde, uyarı yükümlülüğü yerine getirilmeden de yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi gerekir. Nitekim bu düşünceden hareketle, doktrinde, yüklenicinin talimatın yanlışlığını, malzeme ya da arazinin ayıplı olduğunu bilmediği ve bilmesi de gerekmediği hallerde, uzman olan işsahibini uyarıya bile ayıplı ifadan sorumlu tutulamayacağı kabul

³⁹¹ Öz, (1989),s. 111, Yavuz, (2014), s. 674, Selimoğlu, (2016), s. 149, Kılıçoğlu, (2019),s. 473, Altaş, (2002), s. 209.

³⁹² Canbolat, (2009), s. 163, Eren, (1996), s. 80.

³⁹³ Gauch, (2011), s. 718, Nr. 1941, Tandoğan, (2010), s. 211. Yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için sorumsuzluk beyanının uyarının içeriğinde bulunması gerektiği yönünde bkz. Becker, H. (1993). *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*. (Çev.: Dura, A. S.). Ankara: Yargıtay Yayınları. s. 620, Eren, (1996), s. 81; Seliçi, (1978), s. 194.

³⁹⁴ Gauch, (2011), s. 722, Nr. 1954, Eren, (1996), s. 81.

edilmektedir. Fakat bunun için işsahibinin, danışmanın ya da temsilcinin genel olarak uzman olması yeterli değildir; uzmanlığın talimatta bildirilen hususa ilişkin olması gerekir³⁹⁵.

Görüldüğü üzere, yüklenicinin uyarıda bulunmadan sorumluluktan kurtulabilmesi için talimatın yanlışlığı, malzeme veya arazisinin elverişsiz durumu ile ilgili hem fiilen bilgi sahibi olmaması hem de bilme yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Dolayısıyla bu şartlardan biri eksikse, yani yüklenici uzmanın bildirdiği talimatın yanlışlığını fiilen biliyorsa ya da bilmesi gerekmesine rağmen bilmiyorsa uyarıda bulunmadan sorumluluktan kurtulamaz. Fakat söz konusu kural, istisnasız bir şekilde geçerli olan bir kural değildir. Buna göre uyarı yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenici, işsahibi uyarılsaydı dahi ayıbın gerçekleşeceğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur³⁹⁶.

Burada hangi hallerde yüklenicinin bilme yükümlülüğünün söz konusu olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Doktrinde ayıp açıkça belli ise, yani yüklenicinin kolayca, özel olarak muayene etmesine gerek kalmadan kendisinden beklenen uzmanlık kapsamında anlayabileceği bir ayıp söz konusu ise, yüklenicinin bunları bilmek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde ayıp açıkça belli olmasa bile somut olaydaki yüklenici uzman bir kişiden beklenen dikkat ve özeni gösterseydi muayene sonucunda ayıbı anlayabilecek durumdaysa, bunları fiilen bilmediğini gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz. Burada yükleniciden beklenen muayene külfeti, teslim edilen malzeme veya arazinin elverişliliğine ilişkindir. Bu külfet, yüklenicinin genel olarak özen gösterme yükümlülüğünden doğmaktadır. Muayene külfeti, kapsamı itibarı ile yükleniciden beklenebilecek düzeyi aşmamalıdır. Çünkü yükleniciden karışık veya masraflı muayeneler yapılması beklenemez, meğerki, sözleşmede aksi öngörülmüş olsun³⁹⁷.

4. Ayıp açıkça veya zımnen kabul edilmemiş olmalı

TBK m. 477/I'de işsahibi tarafından eserin açıkça veya zımnen kabulü halinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Esasen yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartların tamamı gerçekleşmiş iken, işsahibinin son anda kabul beyanında bulunmasıyla birlikte durum kendisi aleyhine sonuçlanmaktadır. Daha açık bir deyişle, işsahibi, ayıplı ifadan doğan haklarını saklı tutmak

³⁹⁵ Honsell, (2010), s. 293, Tandoğan, (2010), s. 213, 214, Canbolat, (2009), s. 165, Seliçi, (1978), s. 197, 198, Özdemir, (2017), s. 1152.

³⁹⁶ Gauch, (2011), s. 725, Nr. 1963.

³⁹⁷ Gauch, (2011), s. 733, Nr. 1995-2000.

suretiyle kabul beyanını şarta bağlı kılmadığı takdirde, yüklenici sorumluluktan kurtulmakta; işsahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmektedir³⁹⁸.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, kabul beyanının mutlaka açıkça bildirilmesine gerek yoktur. İşsahibinin davranışları da kabulün varlığı konusunda yol gösterici olabilir³⁹⁹. Örneğin, işsahibinin ayıbın varlığını bilmesine rağmen eseri kullanmaya devam etmesi, eserin şeklini değiştirmesi, bir başkasına devretmesi, ayıbın zımnen kabul edildiği anlamına gelir⁴⁰⁰.

Kabul halinde, işsahibi, esasen eserin sözleşmeye uygun olduğu ve ayıbı ileri sürmeyeceği yönünde irade beyanında bulunmaktadır. Elbette eserin teslim alınması, zilyetliğinin işsahibine geçirilmiş olması, her zaman ayıbın kabul edildiği şeklinde değerlendirilmez⁴⁰¹. Zira teslim, kabulle eş anlamlı bir kelime değildir. Kabul için öncelikle eserin tamamlanarak teslim edilmesi gerekir. Ancak kabulden farklı olarak, teslim için işsahibinde özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Teslimin gerçekleşmiş sayılabilmesi için işsahibine eser üzerinde fiili hâkimiyet kurma imkânının tanınmış olması yeterlidir⁴⁰².

İşsahibi bizzat ya da tam olarak yetkilendirdiği temsilcileri marifetiyle kabul beyanında bulunabilir. Bu beyanın mutlaka yükleniciye yöneltilmesi gerekir. Somut olayda kabul beyanının söz konusu olup olmadığı tartışmalı ise, güven teorisine başvurularak sorun giderilmelidir. Bununla birlikte kanun koyucu belli durumlarda işsahibinin kabul beyanında bulunup bulunmadığına ve işsahibinin davranışının yüklenici tarafından nasıl anlaşıldığına bakılmaksızın kabulün varlığını karine olarak kabul etmiştir (TBK m. 477/II, III). Buna göre işsahibinin muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmemesi, kanun koyucu tarafından karine olarak ayıbın zımnen kabul edildiği şeklinde değerlendirilmiştir. Bu karine aksi ispat edilemeyen kesin bir karine olduğu için işsahibi gerçek iradesinin eserin kabulü olmadığını iddia ve ispat edemez. Bunun dışında eserdeki ayıbın sonradan ortaya çıkması durumunda işsahibinin gecikmeksizin yükleniciyi durumdan haberdar etmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü ihlal edilirse, eser kabul edilmiş sayılır⁴⁰³.

³⁹⁸ Uçar, (2003), s. 252.

³⁹⁹ Seliçi, (1978), s. 201, Öz, (1989),s. 120.

⁴⁰⁰ Özdemir, (2017),s. 1150.

⁴⁰¹ Tandoğan, (2010), s. 217.

⁴⁰² Uçar, (2003), s. 90, Canbolat, (2009), s. 60.

⁴⁰³ Uçar, (2003), s. 94 vd., Canbolat, (2009), s. 57 vd.

Eserin kabulünün hukuki sonucu, kabulde birlikte işsahibinin ayıbı takip eden zararın tazmini de dâhil olmak üzere ayıba karşı tekeffüle ilişkin bütün haklarını kaybetmesidir. Meğerki, işsahibi kabul beyanında bulunurken bazı haklarını (örneğin onarım hakkını) saklı tutmuş olsun. Böyle bir durum söz konusu değilse, hak kaybının gerçekleşmesinde ayıbı takip eden zararın kabul anında ortaya çıkıp çıkmaması da önemli değildir. Bununla birlikte ayıplı ifa ile ilgisi olmayan zararlar, örneğin, gecikme zararları kabulden etkilenmez. Yani kabule rağmen işsahibi gecikme dolayısıyla uğradığı zararlar için yüklenicinin hukuki sorumluluğuna başvurabilir⁴⁰⁴. Bununla birlikte gerek Federal Mahkeme gerek Yargıtay, ihtirazi kayıt ileri sürülmeden eserin kabul edilmesi halinde, gizli ayıplar söz konusu olmadığı sürece gecikme hali için kararlaştırılan ifaya eklenen cezai koşulu isteme hakkının düşeceğini kabul etmektedir⁴⁰⁵.

TBK m. 477'de eserin kabulüne bağlanan hukuki sonuçlar açık ve gizli ayıplar için farklı şekilde düzenlenmiştir. Zira olağan bir muayene ile fark edilemeyen gizli bir ayıp söz konusu ise, eserin kabulüne rağmen yüklenicinin ayıplı ifadan sorumlu olmayı sürdüreceği hüküm altına alınmıştır⁴⁰⁶. Şu halde açık ayıp ve gizli ayıp ayrımı önem arz etmektedir.

İşsahibinin teslim sırasında olağan bir muayene ile anlayabileceği ayıplar açık ayıptır. Bu ayıplar, ya muayeneye gerek kalmadan teslim anında kolayca anlaşılabilirler ya da teslimden sonra normal bir kişiden beklenen dikkat ve özenin yerine getirilmesiyle anlaşılabilirler. Açık ayıplarda kural olarak eserin kabulüyle birlikte yüklenici ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmaktan kurtulur. Ancak işsahibi ayıbın giderilmesi hakkını saklı tutarak eseri kabul etmişse, ayıptan doğan haklar kabul nedeniyle düşmez. Açık ayıpların kabulüyle ilgili kanun koyucu TBK m. 477/I'de önemli bir istisna öngörmüştür. Buna göre işsahibi eseri kabul etmiş olsa bile yüklenici ayıbın varlığını kasten gizlemişse, işsahibi ayıptan doğan haklarını kullanmaya devam eder. Bu istisna, muayene ve ihbar külfetlerine uyulmamasından kaynaklanan zımni kabul hali için de geçerlidir. Yani ayıbı kasten gizleyen yüklenici, işsahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü ayıbı kasten gizleyen yüklenici, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesiyle kanun koyucunun getirdiği korumayı hak etmemektedir. Bununla birlikte

⁴⁰⁴ Gauch, (2011), s. 758, Nr. 2085, 2086, Tandoğan, (2010), s. 218, Seliçi, (1978), s. 200, Canbolat, (2009), s. 171, Yavuz, (2014), s. 678.

⁴⁰⁵ Tandoğan, (2010), s. 218, 219, Canbolat, (2009), s. 171, Yavuz, (2014), s. 678. (BGE 97 II 350, Y. 15. HD, 28.03.1974, E.292, K. 288, Y. 15. HD, 17.2.1977, E. 247, K. 353).

⁴⁰⁶ Tunçomağ, (1977), s. 1025, Doerig, (1985), s. 69, Kılıçoğlu, (2019),s. 465.

işşahibi kabul iradesini açıklarken kasten gizlenen ayıbı fiilen biliyorsa, yani kabul beyanı işşahibinin gerçek iradesine uygunsa, artık yüklenicinin sorumluluğuna başvurulamaz⁴⁰⁷.

Doktrinde genel olarak “ayıbın kasten gizlenmesi” ifadesi, yüklenici tarafından “ayıbın kötü niyetli olarak gizlenmesi” şeklinde yorumlanmakta ve kötü niyetli yüklenici ayıplı ifadan doğan bütün zararlardan sorumlu tutulurken, iyi niyetli yükleniciye karşı sadece illi nitelikteki hakların (dönme, indirim ve onarım haklarının) kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Böyle bir durumdan bahsedebilmek için işşahibinin eserin teslimi anında ayıbın varlığını bilmemesi ve yüklenicinin teslim anında bildiği ayıbı bilinçli bir şekilde işşahibinden saklaması gerekir. Bunun dışında yükleniciyi ayıbı gizlemeye sevk eden sebebin ne olduğu önemli değildir. İşşahibine zarar verme kastıyla hareket etmesi ya da ayıptan dolayı bir kar sağlama amacının bulunması şart değildir. Son olarak ayıbı gizlemenin doğruluk ve dürüstlük kuralını ihlal etmiş olması gerekir. Yüklenici işşahibinin ayıbı bilmediğinden, en azından bilemeyeceğinden hareket ederse, böyle bir durum söz konusu olur. Örneğin, yüklenicinin ayıbın gizlenmesi konusunda işşahibinin ifa yardımcıları ile anlaşmaya varması halinde, dürüstlük kuralının ihlal edildiği ve bu yüzden ayıbın kasten gizlendiği kabul edilmelidir⁴⁰⁹. Ayıbın kasten gizlenmesi, eserden beklenen faydayı genellikle azaltmaktadır. Ancak eser sözleşmesinde ayıbın kasten gizlendiğini kabul edebilmek için böyle bir durumun varlığı şart değildir⁴¹⁰.

Diğer taraftan TBK m. 477'nin lafzına bağlı kalındığında, sanki gizli ayıpların kabulünün mümkün olmadığı, kabulün sadece açık ayıplar bakımından söz konusu olduğu gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır⁴¹¹. Hâlbuki esasen burada kabul müessesesi ile muayene külfeti birbirine karıştırılmıştır. Açık ayıplardan farklı olarak, işşahibinin gizli ayıpları muayene etme külfeti yoktur. Zira bunlar normal bir muayene ile anlaşılacak ayıplar değildir; eserin tesliminden sonra kullanım sırasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla gizli ayıpların ortaya çıkıncaya kadar işin niteliği gereği kabul edilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık ortaya çıktıktan sonra gizli ayıpların kabulünü engelleyen bir durum söz konusu değildir⁴¹². O halde bu ayıplar teslimden sonra ortaya çıkarsa, işşahibinin durumu öğrenince gecikmeksizin (derhal) yükleniciye bildirimde bulunması (ihbar külfetini yerine getirmesi) gerekir. Aksi halde işşahibi eseri kabul etmiş sayılır ve dönme, indirim, onarım ve ayıbı takip eden zararın tazminini talep

⁴⁰⁷ Gauch, (2011), s. 756-758, Nr. 2073-2084.

⁴⁰⁸ Bu yönde bkz. Gautschi, (1967), s. 320, 2 b.

⁴⁰⁹ Gauch, (2011), s. 760, Nr. 2092, 2093.

⁴¹⁰ Gauch, (2011), s. 763, Nr. 2103.

⁴¹¹ Özdemir, (2017),s. 1149.

⁴¹² Uçar, (2003), s. 257.

etme hakkını kaybeder. Bununla birlikte kasten gizlenen bir ayıp söz konusu ise veya gizli ayıp tali nitelikte bir ayıpsa, kabule rağmen işsahibi ayıptan doğan haklarını kullanabilir⁴¹³. Aynı şekilde yüklenici muayene ve ihbar külfetinin zamanında yerine getirilmediğini ileri sürme hakkından geçerli bir şekilde vazgeçmişse, sonradan gecikme itirazında bulunarak sorumluluktan kurtulamaz⁴¹⁴.

Hakkı düşüren bir olgu olarak ihbarda bulunmada gecikildiğini ispat etme külfeti yüklenicidedir. Buna karşılık hakim görüşe göre, ihbarın zamanında yapıldığını ispat etme külfeti işsahibindedir. Bu noktada hakkın düştüğüne kim dayanıyorsa, ispat etme külfetinin de onda olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca yüklenici gerçekte gizli değil, açık bir ayıbın bulunduğunu iddia ediyorsa, bunu ispat etmekle yükümlü olan kendisidir. Buna karşılık ayıbın kasten gizlendiğini veya yüklenicinin gecikme itirazında bulunma hakkından vazgeçtiğini işsahibi ispatlamalıdır. Dava dosyasından ayıbın zamanında ihbar edilmediği anlaşılıyorsa, hakim bununla bağlantılı kabul karinesini kendiliğinden dikkate alması gerekir⁴¹⁵.

5. Muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmeli

TBK m. 474'e göre, işsahibi, eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek ve her türlü ayıbı yükleniciye bildirmek zorundadır. Aslında burada gerçek anlamda bir yükümlülük söz konusu değildir; muayene etmek ve ihbarda bulunmak işsahibi için sadece bir külfettir. Zira eseri muayene etmeyen ve dolayısıyla ayıplarla ilgili ihbarda bulunmayan işsahibi, ayıbı zımnen kabul etmiş sayılmakta ve ayıba karşı tekeffülden kendisi lehine doğan hakları kaybetmiş olmaktadır⁴¹⁶. Yoksa yükleniciye karşı herhangi bir tazminat sorumluluğu altına girmemektedir. Aynı şekilde yüklenici söz konusu külfetleri yerine getirmeyen işsahibini bunları yerine getirmesi konusunda zorlayamamaktadır⁴¹⁷.

Muayene ve ihbar külfetleri, yüklenicinin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Çünkü bu külfetler, eserin işsahibi tarafından kabul mü edildiği, yoksa ayıplı olarak

⁴¹³ Tandoğan, (2010), s. 220, Öz, (1989),s. 116.

⁴¹⁴ Gauch, (2011), s. 781, Nr. 2163.

⁴¹⁵ Gauch, (2011), s. 785, Nr. 2174, Tandoğan, (2010), s. 221, 222.

⁴¹⁶ Dolayısıyla diğer şartların aksine muayene ve ihbar külfeti, ayıba ilişkin hakların ortaya çıkmasının değil, aksine bu hakların düşmemesinin şartını oluşturmaktadır. Zira bu haklar daha önce ayıplı eserin teslimiyle birlikte doğmaktadır. Brandli, (2007), s. 78, 79, Nr. 242, Bögli, (1996),s. 72, dn. 373.

⁴¹⁷ Furrer, (1973), s. 48, Doerig, (1985), s. 112, dn. 49, Eren, (2019b), s. 650, Nr. 2189; Yavuz, (2016), s. 556, Edis, (1963), s. 75, Seliçi, (1978), s. 145, Öz, (1989),s. 112, Canbolat, (2009), s. 82, 83, Kılıçoğlu, (2019),s. 466, Özdemir, (2013), s. 203.

mı değerlendirildiği konusunda yüklenicinin bir an önce bilgi sahibi olmasını sağlamaktadır⁴¹⁸. Aslında dürüstlük kuralı da eserin tesliminden uzun zaman geçtikten sonra ayıp iddiasının ileri sürülmesini haklı göstermez⁴¹⁹. Ancak özellikle iş sahibinin tacir olmadığı, eserle ilgili yeterli bilgiye sahip olmadığı hallerde, muayene ve ihbar külfetinin ihlaline bağlanan hukuki sonucun isabetli olup olmadığı (ayıptan doğan hakların düşmesinin yerinde bir yaptırım olup olmadığı) doktrinde tartışılmaktadır. Nitekim iş sahibinin tüketici olduğu hallerde, muayene ve ihbar külfeti ile ilgili hükümlerin iş sahibini de koruyacak şekilde değerlendirilmesi ve şüphe halinde, özellikle muayene ve ihbar süreleri belirlenirken iş sahibinin lehine yorum yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴²⁰.

a) Muayene külfeti

İş sahibinin eserin sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralı gereğince beklenen nitelikleri haiz olup olmadığını belirleyebilmesi için eseri muayene etmesi gerekir. TBK m. 474'ün lafzından da anlaşılacağı üzere, muayene külfeti eserin tesliminden sonra doğmaktadır. Dolayısıyla iş sahibi baştan itibaren eserin maliki olsa da teslimden önce muayene ve ihbar külfeti altında değildir⁴²¹. Teslimden önce muayene külfetinin doğmaması hakkaniyete aykırı bir durum olarak nitelendirilmemelidir. Çünkü çoğu halde ayıbın niteliği ile öneminin tam olarak anlaşılabilmesi için eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesi gerekmektedir⁴²².

İş sahibi eseri muayene ederken makul ve orta zekâlı bir kişiden beklenen dikkat ve özeni göstermelidir. Bu noktada iş sahibi, sözleşmede aksi öngörülmediği sürece ve örf ve adet kuralları eserin uzman bir kişi tarafından muayene edilmesini gerekli kılmadığı takdirde, eserin muayenesi için uzman bir kişiye başvurmak zorunda değildir⁴²³. Ancak iş sahibi isterse, masrafi kendisine ait olmak üzere eseri bir uzmana muayene ettirebilir (TBK m. 474/II). Yargılama sonucunda iş sahibinin haklı olduğu anlaşılırsa, muayene için uzmana ödenen meblağ ayıbı takip eden zarar olarak yükleniciden talep edilebilir⁴²⁴. Doktrinde bu masrafların talep edilebilmesinin ancak iş sahibinin bilirkişiye başvurusunun zorunluluk arz ettiği hallerde

⁴¹⁸ Canbolat, (2009), s. 83, Bögli, (1996),s. 73.

⁴¹⁹ Öz, (1989),s. 112.

⁴²⁰ Tandoğan, (2010), s. 168.

⁴²¹ Gauch, (2011), s. 765, Nr. 2109, 2110, Bögli, (1996),s. 73, Özdemir, (2017),s. 1155, 1156.

⁴²² Öz, (1989),s. 113.

⁴²³ Gauch, (2011), s. 770, Nr. 2124; Eren, (2019b), s. 651, Nr. 2192; Aral, Ayrancı (2019), s. 404; Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 527, Seliçi, (1978), s. 146, Özdemir, (2017),s. 1157, Yavuz, (2014), s. 639, Doerig, (1985), s. 115.

⁴²⁴ Gümüüş, (2014), s. 57, Öz, (1989),s. 115, Canbolat, (2009), s. 87, Tandoğan, (2010), s. 170.

mümkün olduğu, özellikle yüklenicinin ayıbın varlığını kabul etmediği ya da taraflardan hiçbirinin ayıbın varlığı ile ilgili bilgi sahibi olmadığı yahut ayıbın mevcut olduğu konusunda herhangi bir şüphenin bulunmadığı ve sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı durumlarda istenebileceği savunulmaktadır⁴²⁵.

Kanun koyucu, eserin muayenesi ile ilgili kesin bir süre belirlememiş; bunun yerine muayenenin “işlerin olağan akışına göre” yapılması gerektiğini öngörmüştür. Burada yalnızca muayeneye başlanacak an değil, aynı zamanda muayene için iş sahibine tahsis edilen süre de tayin edilmiştir⁴²⁶.

Özenli bir muayene için gerekli olan süre belirlenirken, eserin niteliği, kullanım amacı, tarafların sıfatı ve icra edilen iş kolunda geçerli olan adetler göz önünde bulundurulacağından, bu süre her bir somut olay için farklı olacaktır. İş sahibinin tacir olmadığı, somut sözleşme bakımından yeterince tecrübeli olmadığı hallerde muayene süresi tayin edilirken daha esnek davranılması gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmaktadır⁴²⁷.

Taraflar sözleşmede muayenenin hangi süre içinde gerçekleştireceğini tayin etmiş olabilirler. Ancak bu süre içinde eseri muayene etmek objektif olarak mümkün değilse, bunun yerini eserin muayenesinin mümkün olduğu makul süre alacaktır⁴²⁸. Zira muayene süresi, aynı zamanda muayenenin ne zaman mümkün ve beklenebilir olduğuna da bağlıdır. Örneğin, teslim edilen şarap muayene edilmeden önce belli bir dinlenme süresine ihtiyaç duyar. Bu yüzden şarap üretmek için üzümleri getiren kimse, teslimattan sonra bunları hemen muayene etmemeli, aksine zamanında ihbar etme imkânını kaybetmeyecek şekilde bir süre beklemelidir. Aynı şekilde kışın teslim edilen bir biçerdöverin muayenesi ancak yazın yapılabilir⁴²⁹. Dolayısıyla muayene süresiyle ilgili getirilen “işlerin olağan akışı” kriteri, iş sahibinden kaynaklanmayan haklı sebeplerin bulunması halinde muayene süresinin uzamasına imkân sağlar⁴³⁰. Örneğin, ayıbın tespiti için uzmana başvurmak gerekliyse, muayene sonucu ortaya çıkıncaya kadar süre işlemez ve gecikmelerden doğan riziko iş sahibine yükletilemez. Buna karşılık muayene için

⁴²⁵ Tandoğan, (2010), s. 171, dn. 222, Furrer, (1973), s. 53, 54.

⁴²⁶ Gauch, (2011), s. 766, Nr. 2112; Bögli, (1996),s. 73, Aral, Ayrancı (2019), s. 404; Eren, (2019b), s. 651, Nr. 2193.

⁴²⁷ Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 526; Tandoğan, (2010), s. 170, Canbolat, (2009), s. 89, Edis, (1963), s. 81, Karataş, (2004), s. 157, Kılıçoğlu, (2019),s. 467, Özdemir, (2013), s. 237.

⁴²⁸ Yavuz, (2016), s. 557, Özdemir, (2017),s. 1156.

⁴²⁹ Koller, (2015), s. 222, Nr. 599.

⁴³⁰ Furrer, (1973), s. 52, Gauch, (2011), s. 767, Nr. 2115, Tandoğan, (2010), s. 169, 170, Edis, (1963), s. 81.

uzmana başvurulması gerekmemesine rağmen işsahibi iradi olarak uzmana başvurmuşsa, bu durum muayene süresinin uzamasını sağlamaz⁴³¹.

b) İhbar külfeti

İşsahibi muayene sonucunda eserin ayıplı olduğunu tespit ederse, tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmelidir. İşsahibine yüklenen ayıbı ihbar etme külfeti, muayene dışında da bilinen açık ayıplar için de getirilmiştir. Her ne kadar TBK m. 474'ün lafzından açıkça anlaşılmasa da, doktrinde muayene külfetinin sadece açık ayıplar için söz konusu olduğu, gizli ayıpları kapsamadığı; buna karşılık ihbar külfetinin hem açık hem de gizli ayıplar için geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴³².

İhbar külfetini yerine getiren işsahibi, eserin sözleşmeye uygun olmadığını ve bundan dolayı yükleniciyi sorumlu tutmak istediğini bildirmektedir. Dolayısıyla ihbar hukuki niteliği itibarı ile irade açıklamasıdır⁴³³. İşsahibinin “eserin ayıplı olduğunu”, “tatmin edici nitelikte olmadığını” beyan etmesi, geçerli bir ayıp ihbarı değildir⁴³⁴. Çünkü ihbarın geçerliliği için yüklenicinin işsahibinin beyanından eserin hangi açılardan ve hangi kapsamda ayıplı olduğunu anlayabilmesi gerekir. Bunun için de işsahibi eserdeki her türlü ayıbı mümkün olduğunca net bir şekilde bildirmelidir. O halde birden fazla ayıp söz konusu ise, sadece asıl ayıbın bildirilmesi yeterli değildir. Bununla birlikte işsahibinin uzman olarak ayıbı doğru bir şekilde tanımlaması ve bütün ayrıntılarıyla ortaya koyması da gerekli değildir. Aksine işsahibinin kendi subjektif bakış açısıyla ayıbı bizzat gördüğü şekilde tanımlaması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca işsahibinin ayıbın sebebini açıklaması şart değildir. Çünkü kanunun lafzına göre ihbar külfeti, ayıbın kendisiyle sınırlandırılmıştır⁴³⁵. Dolayısıyla ihbarın geçerliliği için ihbarda bulunurken hangi seçimlik hakkın kullanıldığının ya da ayıbı takip eden zararın talep edildiğinin bildirilmesine gerek yoktur. Ayıp ihbarıyla ayıptan doğan hakların aynı anda kullanılması zorunlu değildir. O

⁴³¹ Gauch, (2011), s. 770, Nr. 2125; Koller, (2015), s. 222, 223, Nr. 600.

⁴³² Gümüş, (2014), s. 58; Öz, (1989),s. 115, Seliçi, (1978), s. 155. Gizli ayıplar için de muayene külfetinin mevcut olduğu yönünde bkz. Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 763.

⁴³³ Aral, Ayrancı (2019), s. 405; Tandoğan, (2010), s. 172. İhbarın irade açıklaması niteliği taşımadığı, tasavvur açıklaması olarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak irade açıklaması ile ilgili esasların niteliğine uygun düştüğü ölçüde burada da uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Koller, (2015), s. 223, Nr. 602, Honsell, (2010), s. 293, Tunçomağ, (1977), s. 135, Özdemir, (2013), s. 260. İhbarın hukuki işlem benzeri davranış niteliğinde olduğu yönünde bkz. Seliçi, (1978), s. 152, Öz, (1989),s. 116, Özdemir, (2017),s. 1161.

⁴³⁴ Furrer, (1973), s. 55, Eren, (2019b), s. 652, Nr. 2196; Aral, Ayrancı, (2019), s. 405; Öz, (1989),s. 117, Seliçi, (1978), s. 151, 152, Canbolat, (2009), s. 92, Edis, (1963), s. 87, Özdemir, (2017),s. 1160, Yakuppur, (2009),s. 57.

⁴³⁵ Gauch, (2011), s. 771, Nr. 2130, 2131, Bögli, (1996),s. 77.

halde ayıp ihbarında bulunurken ayıbı takip eden zararın talep edilmemesi veya saklı tutulmaması, bu haktan feragat edildiği sonucunu doğurmaz⁴³⁶.

Kanun koyucu, ayıp ihbarıyla ilgili olarak açık ayıplar ile gizli ayıplar arasında ayırım yapmıştır. TBK m. 474/I'e göre açık ayıplar "uygun bir süre içinde" bildirilmelidir. Burada uygun süre ile kastedilen, somut olayın özelliğine göre normal ve orta zekâlı bir iş sahibinden beklenen makul süredir⁴³⁷. Buna karşılık gizli ayıpların ise, TBK m. 477/III uyarınca "gecikmeksizin" ihbar edilmesi gerekir. Fakat bu süre, herhalükarda TBK m. 478'de öngörülen zamanaşımı sürelerini aşamaz. Zamanaşımı süreleri dolduktan sonra keşfedilen gizli ayıplardan yüklenici sorumlu değildir⁴³⁸. Ancak burada ihbarı istenen gizli ayıplar, yüklenici tarafından kasten saklanmayan, iş sahibinin sonradan fark ettiği ayıplardır. Zira gizli ayıplar yüklenici tarafından kasten saklanmışsa, iş sahibinin ne muayene ne de ihbar külfeti bulunmaktadır⁴³⁹. Zaten yüklenici tarafından bilinen bir ayıbın tekrar kendisine bildirilmesinin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur⁴⁴⁰. Bu yüzden yüklenici ayıbı kasten saklamışsa, iş sahibinin herhangi bir nedenden, örneğin, kendi kusurundan dolayı ayıbı bildirmekte gecikmesi, ayıptan doğan hakları kaybettiği anlamına gelmez⁴⁴¹. Diğer taraftan TBK m. 477/III'te aranan "ayıbın gecikmeksizin bildirilmesi" şartı, iş sahibinin nefes nefese kalacak şekilde ihbarda bulunması demek değildir⁴⁴². Aksine iş sahibine ihbarda bulunmaya karar verme ve bunu icra etme için gerekli sürenin tanınması gerekir⁴⁴³. Doktrinde burada örtülü bir kanun boşluğunun söz konusu olduğu ve "gecikmeksizin" ifadesinin "uygun bir süre içinde" şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴⁴.

⁴³⁶ Furrer, (1973), s. 55, Honsell, (2010), s. 293, Tandoğan, (2010), s. 173, Edis, (1963), s. 87, 88.

⁴³⁷ Eren, (2019b), s. 653, Nr. 2199. Y. 23. HD'nin 05.07.2018 T., E. 2015/8370, K. 2018/4016 sayılı kararı şu şekildedir: "...Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır..." Aynı yönde bkz. Y. 15. HD, 05.05.2016 T., E. 2015/4343, K. 2016/2603 sayılı kararı. www.kazancihukuk.com

⁴³⁸ Furrer, (1973), s. 59.

⁴³⁹ Furrer, (1973), s. 60. Buna karşılık Yargıtay ve doktrindeki bazı yazarlar, kasten saklanan ayıpların da tıpkı gizli ayıplar gibi bildirilmesi gerektiğini, aksi halde eserin kabul edilmiş sayılacağını kabul etmektedir. Yavuz, (2016), s. 558. Ayrıca bkz. Y. 15. HD, 24.10.1974, E. 1480, K. 1316, Y. 15. HD, 22.05.1980, E. 871, K. 1336.

⁴⁴⁰ Seliçi, (1978), s. 202, 203, Canbolat, (2009), s. 94.

⁴⁴¹ Tandoğan, (2010), s. 174.

⁴⁴² Eren, (2019b), s. 654, Nr. 2200.

⁴⁴³ Tandoğan, (2010), s. 174, Özdemir, (2017), s. 1158.

⁴⁴⁴ Gümüüş, (2014), s. 58.

Ayıp ihbarının şekli ile ilgili kanunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bundan dolayı işsahibi ayıp ihbarını sözlü, yazılı, hatta zımnî olarak dahi açıklayabilir⁴⁴⁵. Ayıp ihbarı yazılı bir şekilde yapılmışsa, bunun hüküm ve sonuç doğurabilmesi için ihbarın zamanında yükleniciye gönderilmesinin yeterli mi olacağı, yoksa yüklenicinin hukuki alanına da ulaşması mı gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Gerek Alman hukukunda gerek İsviçre ve Türk hukukunda hakim görüş⁴⁴⁶, ihbarın yükleniciye gönderilmesinin gerekli ve yeterli olacağı yönündedir. O halde ayıp ihbarının geç gelmesinin rizikosunu yüklenici taşımaktadır. Zira eseri ayıplı olarak teslim ederek bu ihbarın yapılmasına neden olan kişi yüklenici olduğuna göre, ihbarın geç gelmesinin rizikosuna da onun katlanması için doğası gereğidir.

Doktrinde ihbar külfetinin ihlaline bağlanan sonuçlar arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre ayıp zamanında ihbar edilmemişse, ayıbı takip eden zararın tazmini de dâhil olmak üzere ayıptan doğan bütün haklar kaybedilir. Bu noktada gecikmiş ayıp ihbarının ek bir zarara neden olması ya da ayıp zamanında ihbar edilseydi dahi zararın aynı oranda olması gerçekleşecek olması önemli değildir. Her iki durumda da kabul karinesi işler. Yeter ki, taraflar sözleşmede aksine bir düzenleme öngörmemiş olsunlar. Zira TBK m. 477 hükmü emredici nitelikte olmadığından, işsahibine ayıbı ileri bir tarihte ihbar etme hakkı tanınabilir ya da yüklenici ayıp ihbarında gecikme olduğunu ileri sürme hakkından feragat edebilir. Somut olayda böyle bir durum yoksa, ayıbın zamanında ihbar edilmemesi ayıptan doğan hakların kaybı sonucunu doğurur⁴⁴⁷.

Buna karşılık ayıp zamanında ihbar edilmiş, ancak ayıp sebebi yeterince açıklanmamışsa, eğer işsahibi yüklenicinin talebi üzerine gerekli açıklamayı sonradan gecikmeksizin yaparsa, ayıp ihbarı geçerliliğini korur. Aynı şekilde yüklenicinin ihbarın yetersizliğine dayanması dürüstlük kuralına uygun düşmüyorsa, ihbar geçerli olmayı sürdürür⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Furrer, (1973), s. 56, Eren, (2019b), s. 653, Nr. 2198; Aral, Ayrancı, (2019), s. 405; Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 527, Edis, (1963), s. 86, Yakuppur, (2009),s. 57, Becker, (1993), s. 613, Feyzioğlu, (1980), s. 281, Karataş, (2004), s. 159.

⁴⁴⁶ Gauch, (2011), s. 776, Nr. 2147, Koller, (2015), s. 228, 229, Nr. 615, Seliçi, (1978), s. 152, Öz, (1989),s. 116, Tandoğan, (2010), s. 173, Canbolat, (2009), s. 96.

⁴⁴⁷ König, (2019), s. 91.

⁴⁴⁸ Koller, (2015), s. 228, Nr. 612.

6. Zamanaşımı süresi dolmamış olmalı

a) Genel olarak

İş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanması, eserin niteliği dikkate alınarak farklı zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuştur (TBK m. 478). Buna göre taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde, özellikle taşınır eserlerde teslimden itibaren iki yıl, taşınmaz yapılarda ise teslimin üzerinden beş yıl geçmekle ayıptan doğan haklar zamanaşımına uğrar. Bununla birlikte yüklenici ayıba ağır kusuruyla neden olmuşsa, söz konusu haklar eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

TBK m. 478'e göre iki, beş ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olan haklar, iş sahibinin yükleniciye karşı olan ayıptan doğan haklarıdır⁴⁴⁹. Bunlardan biri olan ve hukuken alacak hakkı niteliği taşıyan ayıbı takip eden zararın tazmini talebinin zamanaşımına uğraması normaldir. Ancak TBK m. 475'te zararın tazmini konusunda genel hükümlere atıf yapıldığı için zamanaşımı süresinin belirlenmesi sorun teşkil etmektedir. Bu konuda TBK m. 478 hükmü mü uygulanacaktır yoksa ayıplı ifa borcunun gereği gibi ifa edilmemesi anlamına geldiği için TBK m. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresi mi geçerli olacaktır? Hatta yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında eser sözleşmesinden doğan alacakların beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu öngören TBK m. 147/VI hükmü mü uygulanacaktır?

Kanaatimizce, ayıbı takip eden zararın tazmini konusunda TBK m. 478 hükmü uygulanmalıdır⁴⁵⁰. Zira TBK m. 478, ayıplı eserden dolayı açılacak davaların tabi olduğu zamanaşımı süresini düzenlemektedir ve ayıbı takip eden zararın tazmini de bunun en tipik örneğini oluşturmaktadır. Ayrıca bu hüküm, TBK m. 146 ve TBK m. 147/VI'ya nazaran özel hüküm niteliğindedir⁴⁵¹. Gerçi genel hükümlere atıf yapıldığı gerekçe gösterilerek, zararın tazmini konusunda on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulandığında, yüklenicinin zarara ağır kusurlu olarak yol açmadığı bir ihtimalde, TBK m. 478'e nazaran iş sahibinin menfaatleri daha iyi korunacaktır. Ancak bu halde ayıba karşı tekeffülden doğan haklar hiçbir haklı gerekçe olmaksızın farklı zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuş olacaktır. Şöyle ki, iş sahibinin dönme,

⁴⁴⁹ Honsell, (2010), s. 303.

⁴⁵⁰ Aynı yönde bkz. Honsell, (2010), s. 304, Furrer, (1973), s. 86, Bögli, (1996), s. 83, Öz, (2017), s. 1119, König, (2019), s. 92. Furrer'e göre, ticari hayat ayıptan doğan hakların kısa süreler içinde kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu yüzden sadece indirim, onarım gibi seçimlik haklar değil, kümülatif nitelikteki tazminat talebi de TBK m. 478'e tabi olmalıdır. Furrer, (1973), s. 86.

⁴⁵¹ Selimoğlu, (2016), s. 169.

indirim veya onarım talepleri hakkında iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulanırken, ayıba takip eden zararın tazmini talebi on yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Hâlbuki TBK m. 475'te genel hükümlere atıf yapılması ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlerin ayıba takip eden zararın tazmini bakımından uygulanmasını engellemez, sadece genel hükümlerin bunlar hakkında tamamlayıcı nitelikte uygulanacağını gösterir. Örneğin, hâkim tazminat miktarını belirlerken bu atıf sayesinde TBK m. 52'ye göre indirim yapabilir. Aslında TBK m. 475 hükmü olmasaydı dahi hâkim bütün borç ilişkileri için uygulama alanı bulan genel hükümlere başvurabilirdi. TBK m. 475'te yapılan, malumun ilanından başka bir şey değildir.

Diğer taraftan ayıplı ifadan doğan dönme, indirim ve onarım hakları yenilik doğuran hak niteliğinde oldukları için zamanaşımına tabi değildir. Yenilik doğuran haklar olsa olsa hak düşürücü süreye tabi olur. O halde burada zamanaşımına uğrayan, dönme, indirim veya onarım haklarının kullanılmasından doğan alacak haklarıdır. Örneğin, dönme veya indirim halinde ödenen fazla ücretin tamamen ya da kısmen iadesini talep etme hakkı, iş sahibinin ayıplı eseri bizzat onarması halinde onarım masraflarının tazminini isteme hakkı zamanaşımına tabidir⁴⁵². Dolayısıyla zamanaşımının durması ve kesilmesi ile ilgili TBK m. 153 ile m. 154'te öngörülen sebepler söz konusu talepler için de geçerlidir⁴⁵³.

TBK m. 478 hükmü, sadece ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanundan doğan talepler için uygulama alanı bulmaz; bunun yanı sıra aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, sözleşmeyle kararlaştırılan ayıptan doğan haklar da TBK m. 478 hükmüne tabidir. Hatta bu hakların, içerik ve şartlar itibarı ile ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanundan doğan haklarla uygunluk içinde bulunması ya da onlardan sapsması önemli değildir. Dolayısıyla iş sahibinin ayıplı eser edimi için kararlaştırılan cezai şart talebi de TBK m. 478'e tabidir⁴⁵⁴.

Buna karşılık yüklenicinin iş sahibine karşı olan hakları, örneğin ücret alacağı hakkında TBK m. 478'teki süreler geçerli değildir. Bu konuda TBK m. 147/VI'ya göre beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Aynı şekilde iş sahibinin ayıplı ifadan doğmayan talepleri, örneğin

⁴⁵² Gauch, (2011), s. 795, Nr. 2202, 2203, Bögli, (1996),s. 84, Seliçi, (1978), s. 206, Tandoğan, (2010), s. 227, Özdemir, (2017),s. 1197. Buna karşılık Öz'e göre, burada yenilik doğuran hakların özel hükümle zamanaşımına tabi tutulduğu kabul edilmelidir. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarrufların iptali ile tenkis davasında olduğu gibi hukuk sistemimizde bu tarz düzenlemelerin örneklerini görmek mümkündür, Öz, (1989),s. 129. Ancak iptal davası, TMK m. 559 ile eski MK m. 501'den farklı olarak zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Aynı durum, tenkis davası için de geçerlidir (TMK m. 571). Dolayısıyla yenilik doğuran hakların zamanaşımına tabi tutulmasının hukuk sistemimize yabancı olmadığını göstermek için verilen örnekler, kanun değişikliği ile birlikte geçerliliğini kaybetmiştir.

⁴⁵³ Canbolat, (2009), s. 180.

⁴⁵⁴ Gauch, (2011), s. 797, Nr. 2210.

tamamlanmamış eserin bitirilmesini talep etme hakkı, eserin teslimindeki gecikmeden doğan zararın tazminini isteme hakkı ile ilgili olarak TBK m. 478 hükmü uygulanmaz⁴⁵⁵.

İş sahibinin ayıptan doğan taleplerinin zamanaşımına uğraması onları sona erdirmemekte, sadece dava edilebilirliğini sınırlandırmaktadır. Yani yüklenici kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri dolduktan sonra def'i hakkını kullanarak, iş sahibinin taleplerini yerine getirmekten kaçınabilir. Zamanaşımının yüklenici tarafından ileri sürülmesi, hâkimin bunu dikkate alması için şarttır. Çünkü hâkim dava dosyasından iş sahibinin talebinin zamanaşımına uğradığını görse bile bunu kendiliğinden göz önüne alıp davanın reddine karar veremez⁴⁵⁶.

b) Zamanaşımının başlangıç anı ve bu anın ayıbı takip eden zararlarla ilgili uygulanma kabiliyeti

Kanun koyucu, zamanaşımının başlangıcını teslim anı olarak belirlediğinden, sürenin işlemeye başlaması eserin kabulüne ya da ayıbın iş sahibi tarafından bilinmesine bağlı değildir⁴⁵⁷. Ancak zamanaşımının başlangıç anı bu şekilde objektif (dışsal) bir duruma bağlandığında, iş sahibinin ayıptan doğan hakları henüz ayıbın varlığı bilinmeden önce zamanaşımına uğrayabilir⁴⁵⁸. Aynı şekilde tali ayıplardan doğan hakların henüz ayıp ortaya çıkmadan önce zamanaşımına uğraması mümkündür. Nihayet kanunun lafzına bağlı kalındığında, henüz ayıbı takip eden zarar meydana gelmeden önce bunların da zamanaşımına uğraması söz konusu olabilir. O halde ayıbı takip eden zararlar zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerçekleştiğinde, bunların hiçbir şekilde tazmin edilememesi gibi bir risk ortaya çıkmaktadır. Bunun kabulü, iş sahibinin korunmaya değer menfaatinin haklı bir sebep olmaksızın elinden alınması anlamına gelir. Bu konuda iş sahibinin haksız fiil kapsamında tazminat talep edebileceği ileri sürülebilir. Ancak iş sahibi her durumda haksız fiil hükümlerine başvurma imkânına sahip olmadığından, bu hükümler sorunun çözümüne sadece kısmen yardımcı olurlar. Dolayısıyla doktrinde konuya ilişkin olarak tali ayıp ile ayıbı takip eden zarar ortaya çıkıncaya kadar zamanaşımı süresinin işlememesi, durması önerilmektedir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Gauch, (2011), s. 795, 796, Nr. 2205, 2206, Bögli, (1996), s. 83, dn. 441.

⁴⁵⁶ Tandoğan, (2010), s. 227.

⁴⁵⁷ Furrer, (1973), s. 87.

⁴⁵⁸ Wagner, (2002), s. 476.

⁴⁵⁹ Gauch, (2011), s. 810, 811, Nr. 2253-2255.

Gerçekten TBK m. 153/VI kapsamında öngörülen “alacağın Türk mahkemeleri önünde ileri sürülme imkanı bulunmadığı sürece zamanaşımının duracağına” ilişkin hüküm, kıyasen burada da uygulanabilir. Zira eser teslim edilmiş olsa bile henüz ayıbı takip eden zarar meydana gelmediği için bunun tazmini ile ilgili dava açma imkânı da bulunmamaktadır. Nitekim bu sonuç, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen “dava açma hakkı bulunmadan önce zamanaşımı süresi işletilmeye başlansaydı çelişkili bir durum ortaya çıkardı” şeklindeki düşünceye de uygun düşmektedir. Hatta Alman hukukunda ayıbı takip eden zararın tazmini bakımından zamanaşımının başlangıcının daha ileri bir tarihe ötelenmesi önerilmektedir. Bu konuda bazı yazarlar zararın gerçekleşme anının esas alınması gerektiğini savunurken, bazıları zararın fiilen bilinmesinin veya bilinebilir olmasının temel alınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bunun dışında zararın ilk kez ileri sürülebileceği anın zamanaşımının başlangıç anı olarak kabul edilmesi de savunulmaktadır⁴⁶⁰. Bu noktada Avrupa Birliği’nin sözleşme hukukuna ilişkin temel kurallarına atıf yapılmaktadır. Zira Avrupa Birliği, ayıbı takip eden zararın tazmini talebi de dâhil olmak üzere sözleşme hukukundan doğan bütün taleplerin üç yılda zamanaşımına uğrayacağını ve sürenin tazminat yükümlüsü ile talebin hukuki sebebinin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir. Bu sayede zamanaşımı objektif olarak belirlendiğinde ortaya çıkabilecek sakıncaların da önüne geçilmek istenmiştir⁴⁶¹.

Bununla birlikte doktrinde TBK m. 153/VI’daki hükmün bu şekilde kıyasen uygulanmasının TBK m. 478’teki özel hükmün öncelikli olarak uygulanmasıyla çelişeceği iddia edilmektedir⁴⁶². Ancak TBK m. 153, TBK m. 478’e nazaran genel hüküm değil, onun tamamlayıcısıdır. Ayrıca bu görüşteki yazarlara göre, kanun koyucu, tali ayıplarla ayıbı takip eden zararlarda bunlar ortaya çıkmadan önce ayıptan doğan hakların zamanaşımına uğrayabilmesine bilinçli bir şekilde katlanmıştır. Fakat kanun koyucunun bilinçli bir şekilde neye katlandığı belirsizdir. Kanun koyucunun tali ayıpların mı yoksa ayıbı takip eden zararların mı zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerçekleşmesine katlandığı belli değildir. Aslında bütün bu argümanlar, yüklenicinin kısa bir süre içinde yükümlülükleri ile ilgili bilgi sahibi olmasındaki menfaatini koruyabilmek için geliştirilmiştir. Bu durumda ayıptan doğan haklar

⁴⁶⁰ Gauch, (2011), s. 812, 813, Nr. 2259, 2260. Bu önerilere rağmen BGB’de gerek eser gerek satış sözleşmesinde ayıplı ifaya ilişkin zamanaşımı süresinin teslim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir. Buna gerekçe olarak, zamanaşımı subjektif olarak belirlendiğinde, yani başlangıç anı olarak öğrenme anı esas alındığında, eserin tesliminden itibaren uzun yıllar geçtikten sonra da yüklenicinin sorumlu olmayı sürdüreceği, bunun da hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gösterilmiştir, Wagner, (2002), s. 477, 478.

⁴⁶¹ Wagner, (2002), s. 476.

⁴⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, (2011), s. 813, Nr. 2261.

eserin tesliminden itibaren en geç on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulursa, yüklenicinin menfaati de korunmuş olur⁴⁶³.

Kanaatimizce de TBK m. 153/VI hükmü kıyasen uygulanarak, ayıby takip eden zararlar bakımından zarar meydana gelinceye kadar zamanaşımı süresinin işlemeyeceği kabul edilmelidir. Aksi halde çoğu durumda zararın yıllar sonra ortaya çıktığı dikkate alındığında, buna müdahale etme imkânı olmayan işsahibinin dava açma hakkı hiçbir haklı gerekçe olmaksızın sınırlandırılmış olur. Buna karşılık kusurlu olarak ayıby ifade bulunan yüklenici de bir nevi ödüllendirilmiş olur. Her ne kadar TBK m. 478'in lafzına bağılı kalındığında, teslimden itibaren iki ya da beş yıllık süreler geçtikten sonra ortaya çıkan zararlara işsahibinin katlanması gerektiği şeklinde bir sonuca ulaşılsa da, bu sonuç, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü menfaat dengesinin adil bir şekilde sağlanması gerekirken, lafzi yorum yapıldığında tek bir tarafın menfaati korunmaktadır. Ayrıca zararı ispat etme külfeti işsahibinde olduğuna göre, bir taraftan zamanaşımının durması nedeniyle yüklenicinin durumundaki kötüleşme ortadan kalkmış olur, diğer taraftan zarar meydana gelmeden önce işsahibinin haklarının zamanaşımına uğraması dolayısıyla ortaya çıkan kaygı verici durum da giderilmiş olur. O halde yapılması gereken, TBK m. 478 hükmünü TBK m. 153/VI hükmü ile birlikte okumaktır.

c) Taşınmaz yapı eserlerinde zamanaşımı sorunu

Kanun koyucu, taşınmaz yapı eserlerinde zamanaşımı süresini taşınırlara nazaran daha uzun (beş yıl olarak) belirlemiştir. Bu tür eserlerde ayıby genellikle yıllar geçtikten sonra kullanımla birlikte gün yüzüne çıkması⁴⁶⁴, taşınmaz yapının gerekli dayanıklılığa sahip olup olmadığı, yapının jeolojik koşullara veya hava koşullarına uygun düşüp düşmediğinin anlaşılması için iki yıllık zamanaşımı süresinin yeterli olmaması⁴⁶⁵, kanun koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir. O halde hangi hallerde taşınmaz yapı eserinden bahsedileceğini belirlemek önem arz etmektedir.

Taşınmaz yapı, sadece binalardan ibaret değildir⁴⁶⁶. Doktrinde genel olarak toprakla (zeminle, arzla) arasında doğrudan ya da dolaylı bağılılık bulunan ve malzemelerin kullanılması

⁴⁶³ Gauch, (2011), s. 813, Nr. 2261.

⁴⁶⁴ Turanboy, A. (1991). "Yargıtay Kararlarına Göre Yüklenicinin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. s. 188, Furrer, (1973), s. 111, Simons, (1927), s. 58.

⁴⁶⁵ Gauch, (2011), s. 799, Nr. 2216; Bögli, (1996),s. 87, Tandoğan, (2010), s. 224.

⁴⁶⁶ Aksi yönde bkz. Furrer, (1973), s. 111.

yoluyla üretilen eserler (örneğin köprüler, istinat duvarları, parmaklıklar) de taşınmaz yapı olarak kabul edilmektedir. Yeni bir eser meydana getirmek dışında, mevcut eserde esaslı değişiklikler yapılması da taşınmaz yapı olarak değerlendirilmektedir⁴⁶⁷. Dolayısıyla taşınmazın bütünleyici parçaları (örneğin yüklenici evin duvarlarını boyamayı üstlendiğinde) da TBK m. 478 anlamında yapı eseri sayılır. Buna karşılık taşınırlar taşınmazın eklentisini oluştursa dahi bunlar hakkında beş yıllık değil, iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Aynı şekilde yüklenici malzeme kullanmadan, sadece emeğiyle bir eser meydana getirirse, örneğin bahçeyi şekillendirir, su yolu açarsa, taşınmaz yapı eserinden söz edilemeyeceğinden beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz⁴⁶⁸.

Somut olayda taşınmaz yapı eserinin mevcut olup olmadığı belirlenirken, ticari hayatta hâkim olan teamüllerin göz önünde bulunması gerekir. Buna karşılık eserin ekonomik değeri, yüklenicinin ücret alacağıın tutarı, ayıbın büyüklüğü veya eserin kullanım süresi önemli değildir⁴⁶⁹.

Birden fazla yüklenici taşınmaz yapı eserini birlikte icra ettiğinde, ilgili yüklenicinin yaptığı katkının bizzat yapı eseri niteliği taşıması gerekir mi? Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Koller tarafından savulan görüşe göre⁴⁷⁰, taşınmaz yapı eserinin varlığı için eserin bir bütün olarak bunu sağlaması yeterlidir. Dolayısıyla bu tür bir eserin üretimine katkı sağlayan bütün yüklenicilerin yaptıkları katkının taşınmaz yapı eseri niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Buna karşılık Gauch'a göre⁴⁷¹, Koller'in görüşü her ne kadar iş sahibinin menfaatlerini daha iyi koruduğu için saygıyı hak etse de, yürürlükteki hukuk bakımından bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira İsviçre Borçlar Kanununda (OR m. 371/II'de) "yüklenicinin yaptığı eser taşınmaz yapı eseri niteliği taşıyorsa" şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Ancak İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sadece taşınmaz yapılarda beş yıllık sürenin geçerli olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce sonuçta eserin bir bütün olarak taşınmaz yapı eseri niteliği taşıması, beş yıllık sürenin uygulanabilmesi için yeterli olmalıdır. Aksi halde günümüzde taşınmaz yapıların çoğunlukla konsorsiyum (iş ortaklığı) şeklinde yapıldığı dikkate alındığında, beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulama alanı önemli ölçüde sınırlandırılmış olur. Fakat sınırlayıcı yorum yapmayı haklı gösteren bir gerekçe yoktur.

⁴⁶⁷ Simons, (1927), s. 58, Tandoğan, (2010), s. 222, 223, Yavuz, (2014), s. 682, Kılıçoğlu, (2019),s. 475.

⁴⁶⁸ Gauch, (2011), s. 804, 805, Nr. 2232-2234; Tandoğan, (2010), s. 225.

⁴⁶⁹ Gauch, (2011), s. 804, Nr. 2230, Tandoğan, (2010), s. 223, Yavuz, (2014), s. 683.

⁴⁷⁰ Gauch, (2011), s. 800, Nr. 2219'dan naklen.

⁴⁷¹ Gauch, (2011), s. 800, Nr. 2219.

Hâlbuki taşınmaz yapı eserine katkı sağlayan ancak yaptığı katkı tek başına taşınmaz yapı eseri niteliği taşımayan iş görme sonuçlarının ayıplı olduğunu tespit edebilmek için uzun bir süreye ihtiyaç vardır. Dolayısıyla TBK m. 478'in amacı, genişletici yorum yapmayı mümkün kılmaktadır.

d) Ağır kusurun zamanaşımına etkisi

Kanun koyucu yüklenici ayıba ağır kusuruyla yol açmışsa, örneğin ayıbı hile ile gizlemişse, iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacağını, bunun yerine eserin tesliminden itibaren yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını hükme bağlamıştır (TBK m. 478). Hatta eserin taşınır veya taşınmaz niteliğinde olması yirmi yıllık sürenin uygulanması bakımından önemli değildir⁴⁷². Kanun koyucu 1999 depreminden sonra uğranılan mağduriyetleri dikkate alarak bu yönde bir düzenleme yapma gereği duymuştur⁴⁷³. Kanun taslağında böylece haksız fiillerle ilgili zamanaşımı süresi ile uyum sağlandığı belirtilmiştir. Hâlbuki kanun yürürlüğe girmeden önce haksız fiiller için öngörülen yirmi yıllık süre on yıla düşürülmüş (TBK m. 72), fakat TBK m. 478'teki yirmi yıllık sürenin düzeltilmesi unutulmuştur. Kanaatimizce zamanaşımının yirmi yıl olması, yüklenicinin sorumluluğunu aşırı ölçüde ağırlaştırdığı için hükmün düzeltilmesi gerekmektedir. Bu düzeltme yapıncaya kadar kanun boşluğunun varlığı kabul edilerek ve contra legem yorum yapılarak ağır kusurun varlığı halinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması yerinde olur⁴⁷⁴. Nitekim İsviçre hukukunda da satış sözleşmesine ilişkin OR 210/III'ten yola çıkarak ayıbın hile ile gizlenmesi durumunda eserin tesliminden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olduğu kabul edilmiştir⁴⁷⁵.

⁴⁷² Yavuz, (2014), s. 686. Buna karşılık yirmi yıllık sürenin taşınmaz yapı eserleri ile sınırlı olduğu, yüklenici taşınırlardaki ayıba ağır kusuruyla neden olduğunda ise TBK m. 147/6'daki beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı yönünde bkz. Gümüş, (2014), s. 75, Öz, (2017), s. 1120.

⁴⁷³ Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 534.

⁴⁷⁴ Aynı yönde bkz. Gümüş, (2014), s. 76.

⁴⁷⁵ Furrer, (1973), s. 86.

B) Tazminat Talebinin Tabi Olduğu Münferit Şartlar

1. Ayıp dolayısıyla zarara uğranılmalı

Zarar kavramı geniş anlamda kullanıldığında, kişinin iradesi dışında malvarlığında ya da şahıs varlığında meydana gelen azalmalar kastedilmektedir⁴⁷⁶. Ancak ayıbı takip eden zarar belirlenirken iş sahibinin sadece malvarlığında ortaya çıkan azalmalar dikkate alındığından⁴⁷⁷, burada zarar kavramı dar anlamda kullanılmakta ve sadece maddi zararları kapsamaktadır. Ayıbı takip eden zararın varlığı için zararın uygun sebebinin eserin ayıplı olması oluşturmaktadır. Dolayısıyla zarar ayıp dışında başka bir sebepten doğduğunda, örneğin, yüklenicinin temerrüde düşmesinden ya da salt özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklandığında, ayıbı takip eden zarardan söz edilemeyeceği için yüklenici TBK m. 475'e göre sorumlu tutulamaz. Bu halde TBK m. 112 ya da TBK m. 125 hükümleri uygulama alanı bulur⁴⁷⁸.

Ayıbı takip eden zararın talep edilebilmesi için eser ayıbı gerekmesine karşın, iş sahibinin onarım, indirim veya dönme haklarına sahip olması gereği aranmamaktadır. Böyle bir durumla özellikle az önemli bir ayıp söz konusu olduğunda karşılaşılmaktadır. Aynı olayda ayıptan dolayı eserde değer azalması olmadığından indirim hakkının kullanılamaması, onarım masrafları aşırı olduğundan onarım hakkına başvurulamaması ve dönme hakkının kullanımı önemli ayıplarla sınırlı olduğundan buna da başvurulamaması mümkündür. Bu durumda iş sahibi tek hukuki çare olarak ayıbı takip eden zararının tazminini isteyebilir. Dolayısıyla seçimlik haklara başvurma imkânının olmaması, ayıbı takip eden zararın talep edilmesine engel değildir⁴⁷⁹. Aynı şekilde ayıbı takip eden zararın tazmini için iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları fiilen kullanması da şart değildir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Eren, (2019a), s. 587, Nr. 1623, Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. II. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 39, 40, Feyzioğlu, (1980), s. 182, Erdoğan, (2019), s. 129.

⁴⁷⁷ Pally, (1996), s. 41.

⁴⁷⁸ Seliçi, (1978), s. 182, 183, Uçar, (2003), s. 213, 214, Tandoğan, (2010), s. 204, 205.

⁴⁷⁹ Köniç, (2019), s. 86.

⁴⁸⁰ Köniç, (2019), s. 86.

2. Yüklenici kusurlu olmalı

a) Genel olarak

Ayıbı takip eden zararın tazmini için eserin ayıplı olması ve işsahibinin zarara uğraması tek başına yeterli değildir. Ayrıca teslim edilen eserin ayıplı hale gelmesinde yüklenicinin kusurlu olması gerekir⁴⁸¹. Seçimlik haklar bakımından kabul edilen illi (kusursuz) sorumluluk esası, ayıbı takip eden zarar bakımından geçerli değildir⁴⁸².

Yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurunun kast derecesine ulaşmasına gerek yoktur; ihmali davranışlar da tazminat sorumluluğuna yol açar. Örneğin, açıklama yapma yükümlülüğü olmasına rağmen yüklenicinin bu yükümlülüğünü ihmal etmesi kusurlu olduğu anlamına gelir⁴⁸³. Uygulamada ayıba ihmali bir davranışla neden olma, daha çok mesafeli sözleşmelerde, özellikle eserin paketlenmesi ya da montajında karşımıza çıkmaktadır⁴⁸⁴.

Aynı şekilde yüklenici bilinen teknik kurallara uymadığında veya uzmanlık gerektiren tekniğin gerektirdiği özeni ihlal ettiğinde de kusurlu kabul edilir⁴⁸⁵. Bu konuda kural olarak alanında uzman kişi kabul edilen yüklenicinin kendisinden beklenen tüm özeni göstermesi gerekir. Bu anlamda yüklenici eserin meydana getirileceği yerin durumunu önceden gözden geçirmeli ve ilerleyen dönemlerde herhangi bir sorun çıkmaması için gerekli tedbirleri almalıdır. Bununla birlikte böyle bir gözden geçirme, dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden beklenemiyorsa, örneğin, bunun için harcanan zaman ve masraf ile elde edilecek menfaat arasında orantısızlık varsa, gözden geçirmenin yapılmaması yüklenicinin kusurlu olduğu anlamına gelmez⁴⁸⁶. Buna karşılık yüklenicinin kişisel yetersizlikleri, onu sorumluluktan kurtarmaya yetmez⁴⁸⁷. Diğer taraftan eserin ayıplı olması yüklenicinin ifa zamanına uymamasından kaynaklanmışsa, sorumluluk için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu

⁴⁸¹ Gautschi, (1967), s. 320, Nr. 2a, Yavuz, (2016), s. 562, Eren, (2019b), s. 662, Nr. 2233; Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 533; Yakuppur, (2009),s. 62, Selimoğlu, (2016), s. 150.

⁴⁸² Stotz, (1989), s. 137, Bühler, (1998),s. 254, Nr. 190, Brandli, (2007), s. 7, Nr. 19, König, (2019), s. 84, 85, Uçar, (2003), s. 217; Canbolat, (2009), s. 148, Şenocak, (2002), s. 67, 68, Seliçi, (1978), s. 184, Altaş, (2002), s. 211. Aynı yönde bkz. YHGK, 10.2.2016 T., E. 2014/15-333, K. 2016/156 sayılı karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁸³ Koller, (2015), s. 241, Nr. 649, Doerig, (1985), s. 157.

⁴⁸⁴ Gautschi, (1967), s. 321, Nr. 2c, Bühler, (1998),s. 255, Nr. 191.

⁴⁸⁵ Bühler, (1998),s. 3, Stotz, (1989), s. 148, Siegenthaler, (2016),s. 1069, Nr. 10, Brandli, (2007), s. 8, Nr. 20, König, (2019), s. 89.

⁴⁸⁶ Öz, (1989),s. 279, 280.

⁴⁸⁷ Gadiant, (1994), s. 125, Bühler, (1998),s. 255, Nr. 191.

olması gerekli ve yeterlidir. Ancak yüklenici bu konuda kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁸⁸.

Bunun dışında doktrinde vaat edilen niteliklerin eserde bulunmaması durumunda, yüklenicinin her zaman kusurlu sayılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁸⁹. Özellikle yüklenici eserde bulunmadığını bildiği niteliklerin mevcut olduğu yönünde bir vaatte bulunursa, kasten aldatma söz konusu olur. Doktrinde kasten aldatan kötü niyetli yüklenicinin ayıp yoluyla ortaya çıkan bütün zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Böylece yüklenicinin sonradan kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Gerçekten yüklenici nitelik vaadinde bulunurken, sorumluluğunun artacağına farkında olduğu için onun korunmaya değer bir menfaati yoktur. Aksine piyasada benzer şartlarda eseri meydana getirebilecek pek çok yüklenici olmasına rağmen, sırf nitelik vaadinden dolayı somut olaydaki yüklenici ile sözleşme yapmayı kabul eden iş sahibinin hukuken korunması gerekir. Dolayısıyla nitelik vaadinde bulunan yükleniciyi her zaman kusurlu kabul eden görüş isabetlidir.

Her ne kadar kusurun derecesi sorumluluğun kabulünde önemli değilse de, tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁴⁹¹. Şöyle ki, zarar hafif ihmalden kaynaklandığında, hâkim tazminatta indirim yapabilir (TBK m. 51, 52).

Diğer taraftan üstlenilen edime nazaran karşılaştırılan ücretin düşük olması ya da yüklenicinin eseri icra edebilecek durumda olmaması onu tazminat sorumluluğundan kurtarmaz. Aksine yüklenici eseri yapabilecek durumda değilse, daha baştan kendisine yapılan öneriyi reddetmelidir. Buna rağmen sözleşmeyi akdederse kusurlu kabul edilir⁴⁹². Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında, yapılan işin borçlu için herhangi bir yarar sağlamaması halinde tazminattan indirim yapılabilmesine imkân tanıyan OR 99/II hükmüne dayanarak, yüklenicinin ücret alacağına iş sahibinin alacağı ile orantılı olmayacak şekilde düşük olması halinde, tazminat miktarında indirim yapmıştır⁴⁹³. Hukuki işlemin niteliği, Türk hukukunda da tazminattan indirim yapılmasına imkân sağlar (TBK m. 114/I). Bununla birlikte yüklenici iş sahibinin verdiği plana göre hareket eder ve iş sahibinin görevlendirdiği alanında

⁴⁸⁸ Şenocak, (2002), s. 68.

⁴⁸⁹ Schlatter, (1934), s. 64, Furrer, (1973), s. 79.

⁴⁹⁰ Gautschi, (1967), s. 320, Nr. 2b.

⁴⁹¹ Stotz, (1989), s. 137, 138, Uçar, (2003), s. 218, Öz, (1989), s. 276, Edis, (1963), s. 117.

⁴⁹² Gauch, (2011), s. 704, Nr. 1892, Tandoğan, (2010), s. 205, 206.

⁴⁹³ Stotz, (1989), s. 146.

uzman olan kimsenin talimatlarını dikkate alarak eseri icra ederse, bunun sonucunda eser ayıplı olsa bile yüklenicinin kusurlu olduğu söylenemez. Yüklenicinin ayıbın kendisinden daha uzman olan kişiler tarafından anlaşılacağını düşünmekte haklı bir menfaati vardır. Böyle bir durumun varlığını kanıtlayan yüklenici tazminat ödemek zorunda kalmaz⁴⁹⁴.

b) Kusur ilkesinin istisnaları

aa) Sözleşmede kusursuz sorumluluğun kararlaştırılmış olması

Kural olarak yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Ancak ayıba ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından, taraflar sözleşmede aksi yönde düzenleme yapabilirler ve yüklenicinin kusurlu olmasa dahi (illi şekilde) sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Doktrinde bu tür düzenlemeler, “mutlak nitelik vaadi” veya “bağımlı sonuç garantisi” olarak adlandırılmaktadır⁴⁹⁵. Uygulamada bunun örnekleri, genellikle genel işlem koşulu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bunların geçerliliği, net ve tartışmaya mahal vermeyecek şekilde kaleme alınmış olmalarına bağlıdır. Zira ifadelerde açıklık olmaması halinde, mahkemeler, genel işlem koşulu olarak öngörülen kayıtları kullananın aleyhine yorumlamakta ya da çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklarda eser sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerine başvurumaktadırlar⁴⁹⁶. Böyle bir durum yoksa, yani söz konusu kayıtlar açık bir şekilde kaleme alınmış ve kanundaki emredici hükümler ihlal edilmemişse, yüklenici artık başlangıçta illi sorumluluğu kabul ettiği için sonradan kusursuz olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bununla birlikte yüklenicinin sorumluluğu için kusur aranmasa da, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi, özel zamanaşımı sürelerine uyulmuş olması gibi şartların gerçekleşmesi gerekir.

bb) Eser ayıbının ifa yardımcılarından doğması

Yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumluluğunun kusura dayanması, istisnasız kabul edilen bir ilke değildir. Zarar alt yüklenicinin ya da ifa yardımcılarından kaynaklanıyorsa, yüklenici kendisinin ya da ifa yardımcısının kusuru bulunmasa dahi zarardan sorumlu olur⁴⁹⁷ (TBK m. 116). Üstelik yüklenici ifa yardımcılarını seçerken, onlara talimat verirken kendisinden beklenen her türlü özeni gösterdiğini ispat etse bile sorumluluktan

⁴⁹⁴ Seliçi, (1978), s. 185.

⁴⁹⁵ Koller, (2015), s. 205, Nr. 552.

⁴⁹⁶ König, (2019), s. 96.

⁴⁹⁷ Gadiant, (1994), s. 125, Bühler, (1998),s. 255, Nr. 192, Tandoğan, (2010), s. 206; Aral, Ayrancı, (2019), s. 412; Gümüş, (2014), s. 69.

kurtulamaz. Zira söz konusu kurtuluş kanıtından, ancak adam çalıştıranlar yararlanabilirler (TBK m. 66). Bununla birlikte yüklenici edimin ifasını bizzat gerçekleştirseydi ifa yardımcısının davranışı kendisine kusur olarak izafe edilemeyecek idiyse, bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁴⁹⁸. Bu halde ifa yardımcısının davranışlarından sorumluluk için aranan farazi kusur şartı gerçekleşmemiş olur. Fakat yüklenici ifa yardımcısını sözleşme ilişkisine izinsiz olarak dâhil ederse, artık farazi kusur şartının gerçekleşmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Zira bu durum yüklenici bakımından ek kusur teşkil eder⁴⁹⁹.

Farazi kusur şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken, ifa yardımcısının kusursuz sayılmasını sağlayan, onun kişiliğinde ortaya çıkan subjektif sebepler göz önünde bulundurulmaz. Aksine yükleniciyi sorumluluktan kurtaran, yalnızca ifa yardımcısının kusursuzluğuna yol açan objektif sebeplerdir. Örneğin, eserin ayıplı olması ifa yardımcısının hastalığından ya da geçirdiği bir kazadan kaynaklanmışsa, bu durumda ifa yardımcısının kusursuzluğundan söz edilse dahi yüklenici TBK m. 116 uyarınca zarardan sorumlu olmayı sürdürür. Buna karşılık eserin ayıplı olmasının sebebi, beklenmedik bir doğa felaketi ya da çalışma şartlarındaki beklenmedik bir durum ise, yüklenicinin sorumluluğundan bahsedilemez⁵⁰⁰.

Yüklenicinin kusursuz (illi) sorumluluğu, ifa yardımcısına başvurup başvurmamasından bağımsızdır. Ayrıca yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için yüklenici ile ifa yardımcısı arasındaki ilişkinin niteliği de önemli değildir. Şöyle ki, söz konusu ilişki devamlı nitelikte olabileceği gibi, geçici nitelikte de olabilir. Aynı şekilde işin ücret karşılığında yapılıp yapılmaması da sonuca etkili değildir. Yine ifa yardımcılarının yüklenicinin emir ve talimatı altında bulunan, iş sözleşmesi ile yükleniciye bağlı işçilerden oluşması mümkün olduğu gibi, alanında uzman ve hukuken bağımsız çalışan alt yüklenicilerden oluşması da mümkündür. Hatta sorumluluk için ifa yardımcısı ile yüklenici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına dahi gerek yoktur. Burada belirleyici olan tek kriter, ifa yardımcısının işin ifasına yüklenicinin bilgisi çerçevesinde dahil olmasıdır⁵⁰¹. Zira eserin ifasına izinsiz dâhil olan üçüncü kişilerin verdiği zararlardan yüklenici sorumlu değildir⁵⁰². Aynı şekilde yüklenici eserin ifasına sadece malzeme temin ederek dâhil olan kişilerin davranışlarından da sorumlu değildir. Zira bu

⁴⁹⁸ Şenocak, (2002), s. 68, dn. 175, Öz, (1989),s. 272, Bühler, (1998),s. 255, 256, Nr. 193, König, (2019), s. 90.

⁴⁹⁹ Gauch, (2011), s. 705, 706, Nr. 1895; Bühler, (1998),s. 255, Nr. 192.

⁵⁰⁰ Öz, (1989),s. 272.

⁵⁰¹ Eren, (2019a), s. 1206, 1207, Nr. 3364, Öz, (1989),s. 273, Tunçomağ, (1977), s. 508.

⁵⁰² Yıldırım, (2019), s. 275.

kişiler doktrinde ifa yardımcısı olarak kabul edilmemektedir. Ayıbı takip eden zarar üçüncü kişilerin temin ettiği malzemeden kaynaklanmışsa, yüklenicinin sorumluluğu ancak kendisine kusur yükletilebiliyorsa söz konusu olur. Örneğin, malzemelerin yüklenici tarafından niteliğine uygun şekilde muayene edilmemesi halinde böyle bir durum mevcuttur. Buna karşılık malzeme temin eden kişi aynı zamanda edimin ifasına da katılmışsa, yüklenicinin ifa yardımcısı olarak kabul edilir ve yüklenici kusuru olmasa dahi onun davranışlarından sorumlu olur. Aynı şekilde taraflar hukuk düzenin öngördüğü sınırlar çerçevesinde normalde ifa yardımcısı olmayan malzeme temin eden kişilerin ifa yardımcısı sayılacağına yönelik sözleşmeye hüküm koyabilirler. Bu halde de yüklenici malzeme temin eden kişinin verdiği ayıbı takip eden zarardan TBK m. 116³ya göre illi şekilde sorumlu olur⁵⁰³.

Farazi kusur dışında yüklenicinin ifa yardımcısının davranışlarından sorumlu olmaktan kurtulabileceği başka bir durum, ayıbı takip eden zararın iş sahibinin salt kendi kusurundan kaynaklanmasıdır. Tıpkı yüklenicinin kendi davranışlarından doğan sorumluluğunda olduğu gibi zararın tek sebebi iş sahibinin kusurlu davranışı ise, bunu ispatlayan yüklenici ifa yardımcısının davranışından sorumlu olmaz. Buna karşılık iş sahibinin kusuru, sorumluluğun sebeplerinden sadece birini oluşturuyorsa (ortak kusur söz konusu ise), bu durumda yüklenici sorumluluktan tamamen kurtulmaz, sadece ödeyeceği tazminat miktarında indirim yapılır⁵⁰⁴.

Diğer taraftan ayıbı takip eden zarar ifa yardımcısının (örneğin binanın projesini hazırlayan mimarın) kusurlu davranışından kaynaklandığında, yüklenici ile ifa yardımcısı oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olur⁵⁰⁵. Bu bağlamda iş sahibi, dilerse sözleşme hükümlerine dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna, dilerse haksız fiil hükümlerine göre ifa yardımcısının sorumluluğuna başvurabilir. Ancak yüklenicinin ekonomik durumunun genellikle ifa yardımcısına nazaran daha iyi olduğu düşünüldüğünde, iş sahibinin yüklenicinin sorumluluğuna başvurmasında fayda vardır. Zararı tazmin etmek zorunda kalan yüklenici, kusuru oranında ifa yardımcısına rücu edebilir (TBK m. 61, 62).

⁵⁰³ König, (2019), s. 97.

⁵⁰⁴ König, (2019), s. 90.

⁵⁰⁵ Honsell, (2010), s. 301.

cc) Yüklenicinin temin ettiği malzemelerin ayıplı olmasından doğan sorumluluk

Malzeme yüklenici tarafından temin edildiğinde, eser teslim sözleşmesi (Werklieferungsvertrag) kurulmuş olmaktadır. Eser teslim sözleşmesinde de malzemenin ayıpsız ya da iyi cinsten olması gerekir. Malzemenin ayıpsız olması ile kastedilen, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa en azından orta kalitede olmasıdır. Malzeme eserin ayıpsız üretimi için niteliği gereği elverişli olmadığında veya malzemenin kalitesinde eksiklik bulunduğu (ayıplı olduğunda), bu durum bir süre sonra eser tamamlandığında, eserin de ayıplı olmasına neden olur⁵⁰⁶.

Her ne kadar eser teslim sözleşmesi de kural olarak eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olsa da⁵⁰⁷, TBK m. 472’de malzemenin yüklenici tarafından sağlanması halinde, yüklenicinin bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm karşısında yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğunun malzemeyi temin eden kişiye bağlı olarak farklılık arz edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümlenebilmesi için öncelikle hükmün tarihi geçmişinin ele alınması gerekir.

818 sayılı BK döneminde TBK m. 472’nin karşılığını oluşturan BK m. 357’de “*yüklenici, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir*” hükmü yer almakta idi. Anılan hükümden dolayı malzeme yüklenici tarafından temin edildiğinde ve malzemedeki ayıp eser ayıbına yol açtığında, satış sözleşmesine mi yoksa eser sözleşmesine mi ilişkin hükümlerin uygulanacağı doktrinde tartışmalı idi.

Doktrinde hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen görüşe göre⁵⁰⁸, burada satış sözleşmesine ilişkin zapta karşı tekeffül hükümlerine atıf yapılmakta idi. Yoksa ayıplı ifa halinde malzeme ister yüklenici isterse iş sahibi tarafından sağlansın, her iki halde de eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıydı. Aksinin kabulü hiç bir haklı sebep olmaksızın malzemeyi temin eden kişiye göre yüklenicinin sorumluluğunun farklılaşmasına yol açacaktı. Bu durumun hukuki güvenliği tehlikeye sokup, karışıklıklara neden olma riski bulunmakta idi. Dolayısıyla amaçsal yoruma uygun düşmemekte idi. Ayrıca

⁵⁰⁶ Aral, Ayrancı, (2019), s. 378, 379, Tandoğan, (2010), s. 106.

⁵⁰⁷ Gauch, (2011), s. 31, Nr. 82.

⁵⁰⁸ Gauch, (2011), s. 585, 586, Nr. 1481-1485, Koller, (2015), s. 181, Nr. 487, Aral, Ayrancı, (2019), s. 379, Gümüş, (2014), s. 17.

farklı sorumluluk hükümlerinin uygulanması, yüklenici bakımından ispat zorluğu oluşturacaktı. Kanun koyucunun eser sözleşmesinde zapttan doğan sorumluluğu düzenlememiş olması da söz konusu göndermenin, yalnızca zapttan sorumluluğa ilişkin olduğu düşüncesini güçlendirmekte idi. Dolayısıyla malzemeyi temin eden kişinin kim olduğuna bakılmaksızın, yüklenicinin ayıbı takip eden zararlardan sorumluluğunun, eser sözleşmesine ilişkin BK m. 360 uyarınca ancak yüklenicinin kusuru varsa söz konusu olacağı kabul edilmeliydi.

Buna karşılık diğer görüş⁵⁰⁹, BK m. 357 hükmü ile satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerine göndermede bulunulduğu yönünde idi. Hükmün lafzı (malzemenin iyi cinste olmaması) bu sonucun kabulünü haklı kılmakta idi. Böylece BK m. 205 hükmüne istinaden yüklenicinin temin ettiği malzemedeki ayıp eser ayıbına yol açtığında yüklenici doğrudan zararlardan kusursuz, diğer zararlardan ise kusurunun bulunmadığını ispat etmediği sürece sorumlu tutulacaktı. Buna karşılık malzemeyi işsahibi sağladığında ise, BK m. 360 hükmü uygulanacak, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapılmadan yüklenicinin kusuru varsa ayıbı takip eden zarardan sorumlu olduğu kabul edilecekti.

Kanaatimizce, 2012 yılında 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yüklenici tarafından temin edilen malzemedeki ayıp eser ayıbına yol açtığında, ayıbı takip eden zararın tazmini konusunda satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Nitekim doktrinde de zararın yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olmasından kaynaklandığında, TBK m. 229 hükmü kıyasen uygulanarak yüklenicinin doğrudan zararlardan kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁰. TBK m. 472'de malzemenin "iyi cinste olmaması" yerine açıkça "ayıplı olması" ifadesi kullanıldığından, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerine göndermede bulunup bulunulmadığı konusundaki bütün tereddütler de ortadan kalkmıştır⁵¹¹. Kaldı ki, kanun koyucu TBK m. 472'yi kaleme alırken, 818 sayılı BK döneminde BK m. 205 uygulandığında gerçekleşebilecek sorunların farkında idi. Bu sorunların başında doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayrımının nasıl yapılacağı gelmekte idi. Zira bu konuda farklı ayırım kriterleri öne sürülmüştür. Gerçekten bu konuda savunulan bir görüşe göre, doğrudan zarar menfi zararı, dolaylı zarar ise müspet zararı kapsarken, başka bir görüşe göre doğrudan zarar fiili zararı dolaylı zarar ise yoksun kalınan karı ifade etmektedir. Hakim görüş ise, ayırımın illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılması gerektiği yönündedir. Buna göre doğrudan zarar ayıplı ifanın ilk ve en yakın

⁵⁰⁹ Tandoğan, (2010), s. 106, 107.

⁵¹⁰ Öz, (1989),s. 274, 275, Tandoğan, (2010), s. 108.

⁵¹¹ Aynı yönde bkz. Gümüş, (2014), s. 17.

sonucu iken, dolaylı zarar halinde araya başka sebepler girmektedir. TBK m. 472'den hareketle malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı hallerde satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229 hükmünün uygulanması, söz konusu sorunun buraya da taşınması demektir⁵¹². Ayrıca dönme dışındaki seçimlik haklar kullanıldığında, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımının uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Zira anılan ayırım TBK m. 229'da dönme hakkıyla bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun söz konusu tartışmalara rağmen bu yönde bir düzenleme yapması, kanaatimizce bilinçli bir iradenin ürünüdür. Hâlbuki malzemeyi temin eden kişiye bağlı olarak yüklenicinin ayıbı takip eden zararlardan sorumluluğunu farklı hükümlere (TBK m. 475'e ya da TBK m. 229'a) tabi tutmanın gerekçesini anlayabilmek mümkün değildir. Kanaatimizce bunun yerine her iki halde de TBK m. 475 hükmünün uygulanmasının önü açılsaydı daha isabetli olurdu.

c) Kusurun ispatı

Kusurun varlığını iş sahibinin mi ispatlayacağı yoksa yüklenicinin mi kendi kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği konusunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür. Aslında bu sorunun cevabı, TBK m. 112'de öngörülen borçlu aleyhine kusur karinesinin TBK m. 475 bakımından geçerli olup olmamasına bağlıdır⁵¹³.

Konuya ilişkin savunulan azınlıktaki bir görüşe göre⁵¹⁴, TMK m. 6'daki genel ispat kuralı dikkate alınarak, iş sahibi hem zararın varlığını ve miktarını hem de yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmelidir. Bu noktada sözleşmeden doğan borçların ifasında geçerli olan kusur karinesi ayıba karşı tekeffül halinde ileri sürülemez. Zira anılan görüşe göre, buradaki tazminat talebi sadece zamanaşımı ve hakkın ortadan kalkması bakımından değil, aksine genel olarak ayıptan doğan tamamlayıcı nitelikte bir taleptir ve sözleşmeden doğan ifa talebinin tazmini olarak nitelendirilemez. Ayrıca eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin ayrıntılı şekilde düzenlenmesi, TBK m. 112'deki kusur karinesinin uygulanmasına engel teşkil eder.

⁵¹² Öz, (1989),s. 275.

⁵¹³ Stotz, (1989), s. 147.

⁵¹⁴ Gautschi, (1967), s. 356, Nr. 25, Furrer, (1973), s. 79, 80, Canbolat, (2009), s. 149, Özdemir, (2017),s. 1191, Yavuz, (2014), s. 627, Becker, (1993), s. 619.

Buna karşılık hakim görüşe göre⁵¹⁵, iş sahibinin zararın varlığını ispatlaması gerekli ve yeterlidir. Tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen yüklenicinin kendi kusursuzluğunu ispatlaması gerekir. Zira kanun koyucu, TBK m. 112’de borçlu aleyhine kusur karinesi getirirken, sözleşme ilişkilerinde alacaklıyı haksız fiil hükümlerine nazaran daha iyi bir şekilde koruyabilme düşüncesiyle hareket etmiştir. Ayıplı ifa halinde sözleşme ilişkisinden doğan borç ihlal edildiğine göre, anılan karinenin burada da uygulanması kanun koyucunun düşüncesine uygun düşer. Diğer taraftan ispat yükünün yüklenicinin üzerinde olması ile pratik ihtiyaçlar da karşılanmış olur. Çünkü eser sözleşmelerinde genellikle iş sahibinin tecrübesiz, buna karşın yüklenicinin ise alanında uzman olduğu görülmektedir. Bu yüzden iş sahibinin, kural olarak somut olaydaki şartların eserin ayıplı olmasına yol açacağı konusunda bilgi sahibi olmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla iş sahibinin eser sözleşmesinin varlığı ile eserin ayıplı olduğunu ispat etmesi yeterli görülmelidir. Buna karşılık yüklenici ayıplı ifaya rağmen tazminat sorumluluğundan kurtulmak istiyorsa, somut olayda bunu sağlayacak durumların varlığını kendisi ispat etmelidir⁵¹⁶. Örneğin, yüklenici, zararın beklenmeyen halden veya mücbir sebepten kaynaklandığını ispatlarsa, kusursuzluğunu da kanıtlamış olur. Bunun yanı sıra zararın bizzat iş sahibinin davranışlarından doğduğunu ispatlaması, örneğin, iş sahibinin yanlış talimatından veya iş sahibi tarafından temin edilen malzemenin ya da arsanın ayıbından kaynaklandığını kanıtlaması da yükleniciyi sorumluluktan kurtarır⁵¹⁷. Tabii bunun için yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Aksi halde zarar her iki tarafın da kusurundan doğmuş olacağı için (ortak kusur söz konusu olacağından), yüklenici sorumluluktan kurtulamaz; sadece tazminatta indirim yapılmasını isteyebilir. Buna karşılık yüklenicinin eserin yapımı için gerekli bilgi veya tecrübeye sahip olmadığını ya da kullanılacak araçlarla ilgili kapasitesinin bulunmadığını ileri sürmesi kusursuz olduğu sonucunu doğurmaz⁵¹⁸.

Gerçekten TBK m. 475/II’de tazminat sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere atıf yapıldığına göre, kanaatimizce, hakim görüşe üstünlük tanınarak, TBK m. 112’deki borçlu aleyhine kusur karinesi burada da geçerli olmalıdır. Aksi halde iş sahibine uzman olmadığı bir konu ile ilgili ispat külfeti yüklenmiş olur. Hâlbuki yüklenicinin kendi iktidar alanı içerisinde

⁵¹⁵ Gauch, (2011), s. 704, Nr. 1891, Schlatter, (1934), s. 64, Stotz, (1989), s. 147, Bühler, (1998),s. 254, Nr. 190, Siegenthaler, (2016),s. 1069, Nr. 10, Tandoğan, (2010), s. 205; Uçar, (2003), s. 221, Öz, (1989),s. 283, 284, Yakuppur, (2009),s. 62, König, (2019), s. 89, Kılıçoğlu, (2019),s. 466.

⁵¹⁶ Stotz, (1989), s. 147, 148, Seliçi, (1978), s. 185.

⁵¹⁷ Gauch, (2011), s. 704, Nr. 1891, König, (2019), s. 89.

⁵¹⁸ Spiess, Huser, (2014), Art 171, s. 997.

gerçekleşen durumu ispatlaması iş sahibine nazaran genellikle daha kolaydır. Ayrıca kanun koyucu, ispat yükünü borçlunun lehine ters çevirmek isteseydi, genel hükümlere atıf yapmak yerine bunu açıkça düzenleyebilirdi.

3. Uygun illiyet bağı bulunmalı

TBK m. 475/II'ye göre tazmin edilecek zararın kapsamı, sadece konusu itibarı ile değil, aynı zamanda eser sözleşmesine ilişkin kanunda özel hüküm bulunmaması durumunda sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğü ile ilgili uygulama alanı bulan genel hükümler yoluyla da sınırlandırılmıştır. Buna uygun olarak, yüklenicinin tazminat yükümlülüğü belirlenirken, genel hükümler bölümünde düzenlenen tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m. 51 hükmü, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri ile uygun illiyet bağı öğretisi birlikte göz önünde bulundurulmalıdır⁵¹⁹.

Bu düşünceye göre, yüklenicinin tazminat sorumluluğunun sınırını, eser ayıbı ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının bittiği yer oluşturur. Eser ayıbı, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türde bir ayıbı takip eden zararı meydana getirmeye elverişli ise, uygun illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir⁵²⁰. Şu halde, ayıbı takip eden zarar, edim hiç ifa edilmeseydi iş sahibinin uğramayacağı zararı ifade eder⁵²¹. Görüldüğü üzere, uygun illiyet bağı, sorumluluğun kurulmasının yanı sıra sınırlandırılmasında da önemli bir rol oynar⁵²².

Yüklenicinin ayıplı ifası, tek bir zararlı sonuca neden olabileceği gibi, ilk zararlı sonuçtan başka zararlara da yol açabilir⁵²³. Bu noktada yüklenicinin sorumluluğu bakımından, ortaya çıkan ayıbı takip eden zararın, eserdeki ayıbın doğrudan veya dolaylı sonucu olması önemli değildir. Örneğin, eserdeki ayıptan dolayı iş sahibinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi ayıbın doğrudan sonucu iken, bu süre zarfında iş sahibinin çalışmaması ve kazanç kaybına uğraması dolaylı sonucudur. Ancak her iki durumda da zarar ayıbın uygun sonucu olduğundan, kusurlu olması şartıyla yüklenicinin sorumluluğuna başvurulabilir⁵²⁴. Buna karşılık zarar eser ayıpsız olduğunda dahi ortaya çıkacak idiyse, zarar ile eser ayıbı arasında uygun illiyet bağı

⁵¹⁹ Stotz, (1989), s. 135.

⁵²⁰ Eren, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi. s. 52.

⁵²¹ Stotz, (1989), s. 136, Spiess, Huser, (2014), Art 171, s. 996, König, (2019), s. 89.

⁵²² Eren, (1975), s. 54.

⁵²³ Eren, (1975), s. 54.

⁵²⁴ Şenocak, (2002), s. 67.

mevcut olmadığından yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez. Bu noktada illiyet bağının varlığı işşahibi tarafından ispat edilmelidir⁵²⁵. Ancak uygulamada uygun illiyet bağının bulunmaması sebebiyle yüklenicinin sorumlu olmayacağı hallerle çok nadir karşılaşılır⁵²⁶. Örneğin, eserdeki ayıptan dolayı vücut bütünlüğü ihlal edilen işşahibi, bu olay meydana gelmeseydi at yarışlarından belli bir miktar para kazanacağını ileri sürerek bunun tazminini talep edemez. Çünkü böyle bir durumda yüklenicinin ayıplı ifası ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı mevcut değildir⁵²⁷.

4. Yüklenicinin sorumluluğu sınırlandırılmamış veya ortadan kaldırılmamış olmalı

a) Genel olarak sorumsuzluk kayıtları ve görünüm şekilleri

Sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak, taraflar eser sözleşmesinin içeriğini ve sözleşmeye aykırılık halinde, örneğin, eserin ayıplı ifası halinde, yüklenicinin sorumluluğunun nasıl olacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Böylece henüz zarar meydana gelmeden önce eser sözleşmesine konulacak bir kayıtla veya ayrı bir sözleşme ile yüklenicinin eserin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden (örneğin ayıplı ifasından) sorumlu olmayacağı öngörülebilir. Sorumsuzluk kaydı olarak nitelendirilen bu durum ile yüklenici, işşahibinin açık veya örtülü rızasının bulunması şartıyla, ileride kendisi aleyhine ortaya çıkacak tazminat sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulma imkânına kavuşmaktadır⁵²⁸. Zira yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 474 hükmü emredici nitelikte değildir⁵²⁹. Üstelik yüklenicinin kendi davranışlarının yanı sıra, ifa yardımcılarının davranışlarına ilişkin sorumsuzluk sözleşmesi yapması da mümkündür. Ancak aşağıda da görüleceği üzere, bu konuda yükleniciye tam bir serbesti imkânı tanınmamıştır.

Sorumluluğun kısmen veya tamamen sınırlandırılması, karşılıklı müzakere yoluyla (sorumsuzluk sözleşmesiyle) gerçekleşebileceği gibi, genel işlem koşulu olarak⁵³⁰ da

⁵²⁵ Siegenthaler, (2016),s. 1069, 1070, Nr. 10.

⁵²⁶ König, (2019), s. 89.

⁵²⁷ Eren, (1975), s. 55.

⁵²⁸ Erten, A. (1977). Sorumsuzluk Şartları, Ankara: Olgaç Matbaası. s. 39, Başalp, N. (2011). *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul: XII Levha Yayınları. s. 17, Karabağ Bulut, N. (2009). “Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları”. *Hüseyin Hatemi’ye Armağan*. C. 1, 825-889. s. 828, Doerig, (1985), s. 131, Erdoğan, (2019), s. 230.

⁵²⁹ Uçar, (2003), s. 226; Gautschi, (1967), s. 324, Nr. 5a, Bühler, (1998), s. 206, Nr. 8, Siegenthaler, (2016),s. 1071, Nr. 13, Furrer, (1973), s. 80, Simons, (1927), s. 53, Bilge, (1971), s. 78.

⁵³⁰ Genel işlem koşullarının hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, C. (1993). *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 26 vd.

öngörülebilir. Bu ayırım, ileride sorumsuzluk kaydının geçerliliğini belirlerken önem arz eder. Zira sorumsuzluk kaydı genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde, bu kaydın geçerliliği, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucunda kabul edilen sorumsuzluk sözleşmelerine nazaran daha sıkı bir şekilde denetlenir (TBK m. 20 vd.). Öyle ki, karşılıklı müzakere yoluyla kabul edilseydi geçerli sayılabilecek bir sorumsuzluk kaydı, genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde, şartları gerçekleşmişse TBK m. 25'e dayanarak hükümsüz sayılabilir. Bu farklılığın altında yatan temel sebep, genel işlem koşuluna maruz kalan iş sahibinin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma imkânının bulunmaması; bu yüzden daha fazla hukuki korunma ihtiyacı içinde bulunmasıdır⁵³¹.

Uygulamada yüklenicinin sorumluluğunun sınırlandırılması farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, tazminat dışında indirim, dönme gibi seçimlik hakların kullanımı yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanabilir. Yine sorumsuzluk sözleşmesinde ayıplı ifa dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği, indirim ve tazminat haklarını kullanamayacağı, sadece eserin onarılmasını talep edebileceği öngörülebilir⁵³². Aynı şekilde onarım hakkı sözleşme ile yükleniciye de tanınabilir. Yahut yüklenicinin belli ayıbı takip eden zararlardan sorumlu olmadığı kararlaştırılabileceği gibi, sorumluluğun kapsamı belli bir meblağla da sınırlandırılabilir. Yine yüklenicinin sorumluluğu, sadece vaat edilen niteliklerle ya da belli bir süre içerisinde ihbar edilen ayıplarla sınırlandırılmış olabilir. Bütün bu hallerde yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu doğrudan sınırlandırılmaktadır. Bunun dışında zamanaşımı süresinin kısaltılması, ayıp ihbarı için aranacak şartların artırılması veya muayenenin uzman bir kişiye yaptırılması zorunluluğu getirilerek, iş sahibinin muayene külfetinin zorlaştırılması şeklinde sorumluluğun dolaylı olarak sınırlandırılması da mümkündür⁵³³. Sorumluluğu dolaylı şekilde sınırlandıran bu tür kayıtların geçerliliği olup olmadığı, sorumluluğu doğrudan sınırlandıran kayıtlarla aynı şekilde değerlendirilmelidir⁵³⁴.

⁵³¹ Ayan, E. (2016). "Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (3), 3-36. s. 28.

⁵³² Honsell, (2010), s. 302. Sözleşme ile iş sahibine sadece onarım hakkı tanınmış olsa bile, yüklenici kendisine tanınacak uygun sürede eseri onarabilecek durumda değilse iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Bühler, (1998),s. 271, Nr. 249.

⁵³³ Gauch, (2011), s. 912, 913, Nr. 2542-2551.

⁵³⁴ Brandli, (2007),, s. 17, Nr. 46.

b) Sorumsuzluk kayıtlarının yorumu

aa) Genel olarak

Sorumluluk kaydıyla yüklenicinin ayıp sorumluluğunun sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı ve hangi kapsamda sınırlandırıldığı, tartışma halinde sözleşmenin yorumu yoluyla belirlenmelidir. Bu noktada sözleşmenin yorumunda esas alınan olağan yorum kuralları uygulama alanı bulur⁵³⁵.

Yorum kuralları içerisinde, özellikle şüphe halinde sorumsuzluk kayıtlarının dar yorumlanması, böylece iş sahibinin lehine yorum yapılması kuralı özel bir öneme sahiptir⁵³⁶. Bu durum, istisnai nitelikteki hükümlerin dar yorumlanacağına ilişkin genel kuralın bir yansımasıdır. Gerçekten ayıp sorumluluğu sözleşme ile sınırlandırıldığında, TBK m. 474'te öngörülen kurala istisna getirilmektedir⁵³⁷. Diğer taraftan sadece şüphe halinde uygulanan dar yorum kuralı sayesinde sorumsuzluk kayıtlarının uygulama alanının, bu kaydın öngörüldüğü sırada dikkate alınan olağan ayıplarla sınırlı olduğu şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilir. Ancak sorumsuzluk kayıtlarının uygulama alanının belli bir ayıpla sınırlı olduğu yönünde genel bir hukuk kuralı söz konusu değildir. Üstelik normalde belli bir ayıp, sorumsuzluk kaydının kapsamına girmemesine rağmen yorum yoluyla bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunun dışında iş sahibinin ilgili ayıbı makul bir şekilde göz önünde bulundurup bulundurmamasından bağımsız olarak, sorumsuzluk kaydının yüklenicinin herhangi bir ayıptan dolayı sorumluluğunu sınırlandırması anlamına gelmesi de mümkündür. Bu tür durumlar hakkaniyete aykırı görülebilir. Ancak yorum kuralları hakkaniyete aykırı sözleşmelerin hakkaniyete uygun hale dönüştürülmesinin yolunu oluşturmamalıdır⁵³⁸.

Sorumluluk kaydı açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmamışsa, yorum kuralları içerisinde yer alan açık olmama kuralı uygulama alanı bulur ve bu kayıt düzenleyenin aleyhine yorumlanır⁵³⁹. Sorumsuzluk kaydı yüklenici veya onun önerdiği bir kişi tarafından kaleme alınmışsa, açık olmama kuralı ile dar yorum kuralı aynı hukuki sonucu doğurur. Buna karşılık uygulamada görülme olasılığı nadir de olsa, söz konusu kayıt iş sahibi tarafından düzenlenmişse, bu iki kural birbiriyle çatışan hukuki sonuçlara yol açar. Böyle bir durumda

⁵³⁵ Gauch, (2011), s. 914, Nr. 2552, Furrer, (1973), s. 81, Brandli, (2007), s. 12, 13, Nr. 35.

⁵³⁶ Bühler, (1998), s. 269, Nr. 245, Oğuz, (1993), s. 85.

⁵³⁷ Furrer, (1973), s. 81.

⁵³⁸ Gauch, (2011), s. 915, Nr. 2555, 2556.

⁵³⁹ Furrer, (1973), s. 81.

açık olmama kuralına üstünlük tanınmalıdır, meğerki, dar yorum kuralı lafzı itibarıyla işsahibi için daha elverişli sonuçlar doğursun⁵⁴⁰.

bb) Muhtelif yorum sorunları

İşsahibi ayıplı eserden dolayı zarar gördüğünde, yüklenicinin sözleşme sorumluluğu dışında şartları gerçekleşmişse haksız fiil sorumluluğuna da başvurabilir. Yarışma ilişkisinin söz konusu olduğu böyle bir durumda, daha önce kararlaştırılan sorumsuzluk kaydının haksız fiil sorumluluğu için de geçerli olup olmayacağı sorunu ortaya çıkar. Belirtmek gerekir ki, bu soruya doğrudan evet veya hayır şeklinde bir cevap vermek oldukça zordur. Sözleşmenin yorumu yoluyla haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı belirlenmeye çalışılmalıdır⁵⁴¹.

Konuya ilişkin doktrinde savunulan azınlıktaki bir görüşe göre⁵⁴², haksız fiile ilişkin hükümler kamu düzeni ile ilgili olduğu için sorumsuzluk kaydının uygulama alanı sözleşme sorumluluğu ile sınırlıdır. Buna karşılık üstün tutulması gereken hakim görüşe göre⁵⁴³, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu şeklinde bir ayırım yapılmadan, sorumsuzluk kaydının sorumluluğu doğuran bütün haller için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten bu sonuç, tarafların bir şeyi makul şekilde kararlaştırdıkları ve bu yüzden yarım çözümlerle yetinmek istemeyecekleri yönündeki faraziye de uygun düşmektedir⁵⁴⁴. Ayrıca tarafların genellikle hukukçu olmadıkları dikkate alındığında, onlardan sorumsuzluk kaydının uygulama alanını tek tek belirlemelerini beklemek dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz⁵⁴⁵.

Bir diğer yorum sorunu, borcun ifasında kendisine başvuru ifa yardımcılarının sorumsuzluk kaydından yararlanıp yararlanamayacağı bakımından ortaya çıkabilir. Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre, sözleşme ilişkisi nisbi nitelik taşıdığı için ifa yardımcılarını sorumsuzluk kaydından yararlanamaz; haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmaya devam eder⁵⁴⁶. Buna karşılık üstün tutulması gereken diğer görüş, üçüncü kişiyi

⁵⁴⁰ Gauch, (2011), s. 915, 916, Nr. 2557, Brandli, (2007), s. 13, Nr. 36.

⁵⁴¹ Gauch, (2011), s. 919, 920, Nr. 2567, 2568, Brandli, (2007), s. 14, Nr. 38.

⁵⁴² Alniak, M. İ. (1969). "Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Kemalettin Birsen'e Armağan*. 35 (1-4). s. 332, 333.

⁵⁴³ Honsell, (2010), s. 302, König, (2019), s. 102, Akman, G. S. (1976). *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası. s. 112; Erten, (1977), s. 166, 167; Başalp, (2011), s. 124, 125; Karabağ Bulut, (2009), s. 871, 872.

⁵⁴⁴ Gauch, (2011), s. 919, 920, Nr. 2568.

⁵⁴⁵ Akman, (1976),s. 117, 118; Erten, (1977), s. 141, 142; Başalp, (2011), s. 126, 127; Karabağ Bulut, (2009), s. 874, 875.

⁵⁴⁶ Akman, (1976),s. 80; Karabağ Bulut, (2009), s. 880.

koruyucu etkili sözleşme dolayısıyla ifa yardımcılarının da sorumluluğunun doğmayacağı yönündedir. Gerçekten borçlu sorumsuzluk kaydı kararlaştırılırken, kendi davranışlarından sorumlu olmayacağını beyan etse bile, zımnen ifa yardımcılarını da sorumluluktan kurtarmayı amaçlamaktadır⁵⁴⁷. Ayrıca ifa yardımcılarının sorumsuzluk kaydından yararlanamaması halinde ekonomik bakımdan güçlü olan borçlu sorumluluktan kurtulurken, çoğunlukla kıt kanaat geçinen ifa yardımcıları sorumlu olmayı sürdürecektir. Hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmayan böyle bir durumun kabulü ise mümkün değildir⁵⁴⁸.

cc) Sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği

Sorumsuzluk kaydı, ancak hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar dâhilinde geçerlidir. O halde söz konusu kayıt, bütün sözleşmeler için uygulama alanı bulan genel geçerlilik sınırlandırmalarına (TBK m. 27) uygun olarak yapılmadığı takdirde kesin hükümsüz sayılır. Örneğin, iş sahibinin vücut bütünlüğünün ihlalden dolayı uğradığı zararları tazmin etme hakkını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran sorumsuzluk kayıtları, kişilik hakkının ihlali anlamına geldiğinden hukuken geçerli değildir. Gerçekten vücut bütünlüğü o kadar yüksek bir hukuki değerdir ki, bunu konu alan sorumsuzluk kayıtları ahlaka aykırı kabul edilmeli ve dikkate alınmamalıdır⁵⁴⁹. Benzer şekilde tekel durumundan faydalanarak sözleşmeye konulan sorumsuzluk kayıtları da ahlaka aykırı nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli olmazlar⁵⁵⁰. Bunun dışında yüklenici nitelik vaadinde bulunduğu da sorumsuzluk kaydına hukuki geçerlilik tanınmaz. Aksinin kabulü dürüstlük kuralının ihlali (TMK m. 2/I) anlamına gelir⁵⁵¹. Nihayet TBK m. 115 ve TBK m. 116'da da sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği ile ilgili bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. İlgili hükümler, sadece sorumluluğu doğrudan sınırlandıran kayıtlar için değil, bunun yanı sıra dolaylı şekilde sınırlandıran kayıtlar için de geçerlidir⁵⁵².

TBK m. 115'te borçlunun ağır kusurlu davranışlarından sorumlu olmayacağını konu alan sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüz sayılmıştır. Dolayısıyla sorumsuzluk kayıtları, ancak borçlunun hafif kusurlu davranışlarını konu alıyorsa geçerli olur. Bununla birlikte borçlu

⁵⁴⁷ Erten, (1977), s. 194, 195; Akman, (1976), s. 81; Karabağ Bulut, (2009), s. 880.

⁵⁴⁸ Ayan, E. (2013). *Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 131.

⁵⁴⁹ Gauch, (2011), s. 922, Nr. 2573. Buna karşılık somut olayda vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararları konu alan sorumsuzluk kayıtları ahlaka aykırı olduğunda, bu durumun tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Brandli, (2007), s. 16, Nr. 43.

⁵⁵⁰ Furrer, (1973), s. 83.

⁵⁵¹ Doerig, (1985), s. 137.

⁵⁵² Brandli, (2007), s. 17, Nr. 46.

ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesi varsa ve sorumsuzluk kaydı hizmet sözleşmesinden doğan bir borç yüzünden sorumlu olunmayacağına ilişkinse, hafif kusura yönelik sorumsuzluk kayıtları kesin olarak hükümsüzdür. Aynı şekilde borçlu uzmanlığı gerektiren bir hizmet veya meslek icra ediyorsa ve söz konusu hizmet veya meslek ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtları da kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 115/II, III).

TBK m. 115 hükmü eser sözleşmesi bakımından uygulandığında, yüklenicinin ağır kusuruyla ayıbı takip eden zarara neden olması halinde, sorumsuzluk kaydına herhangi bir hukuki geçerlilik tanınmaz. Ancak yüklenici ile işsahibi arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığından, TBK m. 115/II'deki istisnai durum ayıplı ifade bulunan yüklenici bakımından uygulama alanı bulmaz. Buna karşılık Yapı Yüklenicilerinin Kayıtları ile Şantiye Şefleri ve Yetki Belgeli Ustalar Hakkında Yönetmeliğe göre, yapı yükleniciliği yetki belgesine dayalı olarak yürütülen bir meslek olduğundan ve uzmanlığı gerektirdiğinden, yapı yüklenicisi hafif kusuruyla ayıbı takip eden zarara neden olduğunda, sorumsuzluk kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Zira TBK m. 115/III hükmü yapı yüklenicileri için geçerli bir hükümdür. Yapı yükleniciliği dışındaki işlerde ise, TBK m. 115/III hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı, yürütülen işin yetki belgesini gerektirip gerektirmemesine bağlı olarak belirlenmelidir. Bunu belirlerken, konuya ilişkin mevzuat hükümleri araştırılmalıdır.

TBK m. 115'ten farklı olarak TBK m. 116'da, borçlunun, ifa yardımcılarının kast da dâhil olmak üzere her türlü davranışından sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtları geçerli kabul edilmiştir. Zira ifa yardımcılarının kasıtlı davranışını konu alan sorumsuzluk kayıtları dürüstlük kuralını ihlal etmemektedir. Dürüstlük kuralı, sadece borçlunun kasıtlı veya ağır ihmali davranışlarını konu alan sorumsuzluk kayıtlarına hukuki geçerlilik tanındığında ihlal edilmiş olur⁵⁵³.

Bununla birlikte TBK m. 115'e uygun olarak, ifa yardımcısına başvuran borçlunun, uzmanlığı gerektiren bir meslek veya hizmeti kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmesi halinde, ifa yardımcılarının davranışlarından sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüz sayılmıştır. Dolayısıyla alt yükleniciye ya da diğer ifa yardımcılara başvuran yüklenicinin yürüttüğü iş, yetki belgesi almayı gerekli kılıyorsa, sorumsuzluk kayıtları hafif kusura konu olsa dahi geçerli olamaz.

⁵⁵³ Ayan, (2013), s. 118.

Diğer taraftan TBK m. 115’te hizmet sözleşmesinden doğan borçlarla ilgili sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüz sayılırken, TBK m. 116’da bu konu açıkça hükme bağlanmamıştır. Ancak yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu bakımından bu durum önem arz etmemektedir. Zira kanunda açıkça “hizmet sözleşmesi” ifadesi kullanıldığından, ifa yardımcısına başvuran ve işsahibi ile eser sözleşmesi ilişkisi içinde olan yükleniciyi ilgilendiren bir durum yoktur.

Doktrinde yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olup olmadığı tayin edilirken, TBK m. 115 ve TBK m. 116 hükümleri dışında satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 221 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁴. Böylece yüklenici eseri ayıplı olarak teslim etmişse, ayıptan doğan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüz olur. Kanaatimizce, kıyasen uygulama, yüklenicinin eseri meydana getirirken ifa yardımcısına başvurduğu hallerde önem arz eder. Zira yüklenicinin eseri bizzat meydana getirdiği hallerde, zaten TBK m. 115’e göre ağır kusuru konu alan sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüzdür. Bu yönüyle TBK m. 221, TBK m. 115’in tekrarı niteliğindedir. Buna karşılık yüklenici ifa yardımcısına başvurduğunda, normalde TBK m. 116’ya göre geçerli olabilecek sorumsuzluk kaydı, TBK m. 221 uyarınca geçersiz sayılabilir.

Dikkat edilmelidir ki, sorumsuzluk kaydının kesin hükümsüz sayıldığı hallerde eser sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır. Yani burada kısmi hükümsüzlük yaptırım uygulama alanı bulur⁵⁵⁵. Hatta yüklenici sorumsuzluk kaydı olmasaydı eser sözleşmesini yapmayacağını ileri sürse dahi kısmi hükümsüzlük tam hükümsüzlüğe dönüşmez. Aksi halde yüklenici eser sözleşmesi hükümsüz olduğu için borcunu ifa etme yükümlülüğünden kurtulur ve böylece kanun koyucunun işsahibini koruma yönündeki amacı gerçekleşmemiş olur⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Gauch, (2011), s. 924, Nr. 2580; Bühler, (1998),s. 270, OR 368, Nr. 249, Gümüş, (2014), s. 62; Uçar, (2003), s. 228, Özdemir, (2017),s. 1154.

⁵⁵⁵ Brandli, (2007), s. 17, Nr. 47.

⁵⁵⁶ Ayan, (2013), s. 126, Oğuz, (1993), s. 114.

c) Ayıplı ifadan doğan sorumluluğun genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarıyla sınırlandırılması

Uygulamada sorumsuzluk kayıtları, karşılıklı müzakereden ziyade çoğunlukla genel işlem koşulu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Genel işlem koşullarını kullanan yüklenici, kendi menfaatini en üst düzeyde koruyan hükümleri sözleşmeye eklemekte ve genellikle ekonomik açıdan daha zayıf durumda olan iş sahibine bu hükümleri müzakere etme şansı tanımamaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kayıtlarının kabulü konusunda iş sahibinin tam bir irade serbesti içinde olduğunu söylemek bir hayli zordur. Şu halde bu şekildeki sorumsuzluk kayıtlarının baştan itibaren kesin hükümsüz mü sayılması gerekir? Konuya ilişkin ne İsviçre ne de Türk hukukunda açık bir hüküm mevcuttur. Zaten ticari hayatın bir gereği olarak, olması gereken, bu tür kayıtların hukuken denetim altına alınmasıdır⁵⁵⁷.

Bu noktada ilk olarak sorumsuzluk kayıtlarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği yürürlük denetimine başvurularak belirlenmeye çalışılır. Söz konusu kayıtların yürürlük kazanabilmesi için yüklenicinin sorumsuzluk kaydının varlığı ile ilgili iş sahibini bilgilendirmesi ve ona söz konusu kaydı öğrenme fırsatı tanınması gerekir⁵⁵⁸. Yüklenici üzerine düşen bu yükümlülükleri yerine getirmiş ve iş sahibi sorumsuzluk kaydını açıkça ya da zımnen kabul etmişse, artık bu kayıt sözleşmenin parçası haline gelir. Hatta iş sahibinin sorumsuzluk kaydını okumadan kabul etmesi (global kabul) de sonucu değiştirmez. Bununla birlikte sorumsuzluk kaydı sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte ise, bu kayıt global kabule rağmen sözleşmenin içeriğine dahil olmaz⁵⁵⁹. Böyle bir durum yoksa, ikinci aşamada yorum denetimine başvurularak genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınıp alınmadığı araştırılmalıdır. Söz konusu kayıtlar birden fazla anlama geliyorsa ya da yeterince anlaşılır değilse, düzenleyenin (yüklenicinin) aleyhine karşı tarafın (iş sahibinin) lehine yorumlanır. Zira bu kayıtları kalem alan yüklenici, anlam karmaşasının meydana gelmemesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Bu özeni göstermediğinde, sorumsuzluk kaydının kendisi aleyhine yorumlanmasına katlanmak zorunda kalır. Yürürlük ve yorum denetiminden başarılı bir şekilde

⁵⁵⁷ Ayan, (2016), s. 8, 9.

⁵⁵⁸ Genel işlem koşullarına atıfta bulunulmasının onların yürürlük kazanması için yeterli olduğu, bu koşulların yer aldığı metnin müşteriye teslim edilmesinin gerekli olmadığı yönünde bkz. Oğuz, (1993), s. 62, 63.

⁵⁵⁹ Sorumsuzluk kayıtları genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde ve iş sahibi bu kayıtları global olarak kabul ettiğinde artık bunların hiçbir şekilde alışılmamış kayıt olarak nitelendirilemeyeceği, aksine iş sahibinin bu kayıtların varlığını hesaba katmak zorunda olduğu, dolayısıyla bu kayıtların sözleşmenin parçası haline geldiği yönünde bkz. Brandli, (2007), s. 12, Nr. 34.

geçen sorumsuzluk kayıtları ise, son aşamada içerik denetimine tabi tutulur⁵⁶⁰. Buna göre dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde iş sahibinin hukuki durumunu ağırlaştıran sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüz sayılır (TBK m. 25).

II-Ayıbı Takip Eden Zararın Tazminine Bağlı Hukuki Sonuçlar

A) Tazminat Miktarının Belirlenmesi

1. Genel olarak

Ayıbı takip eden zararın tazmini için aranan şartlar gerçekleştiğinde, tazminatın miktarını belirlemek gerekir. Konuya ilişkin TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin bölümünde özel bir düzenleme bulunmadığından, genel hükümlere başvurulur ve TBK m. 114/II'de haksız fiil hükümlerine atıf yapıldığı için tazminat miktarının tayininde TBK m. 51 vd. hükümleri uygulama alanı bulur⁵⁶¹.

Tazminatın amacı zararın giderilmesi olduğuna göre, iş sahibine ödenecek tazminatın üst sınırını ayıbı takip eden zararın miktarı oluşturur. Diğer bir ifadeyle, ayıbı takip eden zarar aşacak şekilde tazminata hükmedilemez⁵⁶². Aksi halde tazminat talebi, zenginleşme aracı olarak kullanılmış olur.

Kural olarak zararın tamamı tazmin edilmelidir. Ancak uygulamada çoğunlukla ayıbı takip eden zararın tamamen tazmin edilmediği görülmektedir. Zira tazminat miktarı belirlenirken, kusurun ağırlığı, iş sahibinin ayıplı eserden menfaat sağlayıp sağlamadığı gibi hususlar araştırılır⁵⁶³ ve TBK m. 52'de öngörülen tazminatta indirim yapılmasını sağlayan

⁵⁶⁰ Ayan, (2016), s. 9 vd.

⁵⁶¹ Pally, (1996), s. 33; Gauch, (2011), s. 706, Nr. 1897, Stotz, (1989), s. 140, 141, Bühler, (1998), s. 258, Nr. 200. Nitekim Y. 15. HD'nin, 09.12.2015 T., E. 2015/4557, K. 2015/6229 sayılı kararı "...Eser sözleşmeleri ilişkilerinde ayıp, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca göre eserde olması gereken bazı niteliklerin bulunmaması ya da olmaması gereken bazı bozuklukların bulunması şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde ayıp halinde iş sahibinin hakları gösterilmiştir. Maddede sayılan seçimlik haklar yanında yüklenicinin kusurunun bulunması halinde ayıptan doğan zararların da istenebileceği kabul edilmiştir. Borcun ifa edilmemesi, edimin hiç ifa edilmemesi yanında gereği gibi ifa edilmemesini de kapsar. Ayıplı ifa borcun gereği gibi ifa edilmemesidir. Ayıptan doğan zarar nedeniyle borçlunun giderim sorumluluğu ile ilgili olarak şu hükümlere göz atmak gerekir: 818 sayılı BK 98. maddeye göre borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin mahiyetine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır. Kıyas yoluyla uygulanacak BK 41, 42 ve 43. madde hükümlerine göre, kasten ya da ihmâl veya tedbirsizlikle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar gören, zararını ispatlamalıdır. Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler..." şeklindedir, (Yayınlanmamış Karar), Özdemir, (2017), s. 1191, 1192, dn. 432'den naklen.

⁵⁶² Gauch, (2011), s. 706, 707, Nr. 1898, Stotz, (1989), s. 141.

⁵⁶³ Pally, (1996), s. 33, Doerig, (1985), s. 180, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 796.

haller varsa, hâkim, yüklenicinin kısmen veya tamamen tazminat sorumluluğunun bulunmadığına hükmeder. Örneğin, ayıplı olduğu için kullanılmayan eserin hurda değerinin iş sahibinin zararından indirilmesi gerekir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bu sonucu haklı kılmaktadır⁵⁶⁴. Bunun gibi yüklenici zarara hafif kusuruyla neden olmuşsa veya eseri ifa yardımcısına bırakmayıp bizzat kendisi yapsaydı hafif kusurlu sayılabilecek idiyse, tazminat miktarında indirim yapılır. Aynı şekilde iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar zararın ortaya çıkışını ya da artışını etkilemişse (örneğin ortak kusur söz konusu ise⁵⁶⁵), hâkim tazminat miktarında indirim yapabileceği gibi, yüklenicinin tazminat sorumluluğunun bulunmadığına da hükmedebilir (TBK m. 52). Buna karşılık eserdeki ayıp tamamen iş sahibinin kusurundan kaynaklandığında, yüklenici tazminat sorumluluğundan kurtulur. Örneğin, iş sahibi yüklenicinin bütün uyarılarına rağmen talimatında ısrar ederse ve bu durum eserin ayıplı olmasına yol açarsa, iş sahibinin tazminat talebi düşer. Hatta bu durum, sadece tazminat talebinin değil, aksine ayıptan doğan bütün hakların, özellikle ücretsiz onarım hakkının kaybına da neden olur⁵⁶⁶. Bunun dışında hakkaniyet düşüncesinden hareketle, hakim, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olan yüklenicinin ödeyeceği tazminatta indirim yapabilir, yeter ki, yüklenici zarara kasti ya da ağır ihmali bir davranışıyla yol açmasın (TBK m. 52).

İsviçre hukukunda tazminat miktarı belirlenirken iş sahibinin “zararı azaltma külfeti” (Schadenminderungsobliegenheit) özel bir öneme sahiptir. Özellikle iş sahibi keşfettiği ayıbı derhal ihbar etseydi ayıbı takip eden zararın oluşmasını kısmen veya tamamen engelleyebilecek durumda olmasına rağmen bu konuda ihmalkâr davranmışsa, zararı azaltma külfetinin gereklerini yerine getirmemiş olur. Bu durumda iş sahibi zararın oluşumuna katkı sağladığından, yüklenici onun katkısı oranında sorumluluktan kurtulur. İş sahibinin zararı azaltma külfeti, kanunen ya da sözleşme ile öngörülen sürelerden, örneğin ihbar ve zamanaşımı sürelerinden bağımsız olarak mevcuttur. Söz konusu külfet, tazminat hukukuna ilişkin genel hükümlerden (OR 42, özellikle OR 44/I'den) doğmaktadır ve eser sözleşmesi hukukunda

⁵⁶⁴ Eren, (2019a), s. 1199, Nr. 3341.

⁵⁶⁵ İnşaat işlerinde ayıba genellikle mimarın ya da mühendisin özensiz hareketi ile yüklenicinin özensiz hareketi birlikte neden olmaktadır. Bu halde yüklenicinin mimar/mühendisin özensiz hareketi dolayısıyla ortak kusura dayanarak tazminattan indirim yapılmasını isteyip isteyemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bunun ancak mimar/mühendisin bina sahibinin ifa yardımcısı sıfatıyla hareket ettiği durumlarda mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, (1978), s. 188, 189.

⁵⁶⁶ Klauser, (1973),s. 134.

aksine bir düzenleme yoktur. Bu yüzden eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zararın tazmini konusunda da zararı azaltma külfeti göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶⁷.

Diğer taraftan iş sahibi indirim ve onarım haklarıyla birlikte tazminat talebinde bulunduğu anda, ayıbı takip eden zarar müspet zarar niteliği taşımaktadır⁵⁶⁸. Bu halde tazminat miktarı, iş sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile ayıplı ifade bulunulmasaydı alacağı durum arasındaki fark kadar olacaktır⁵⁶⁹. Zarar kalemleri arasında iş sahibinin ayıptan dolayı malvarlığında ortaya çıkan kayıplar, örneğin, işletmenin bozulması yoluyla ortaya çıkan kayıplar, ayıplı malzemelerin değerindeki azalmalar, harcanan paranın faizleri yer almaktadır. Buna karşılık eserin ücretini artıran ya da azaltan değerler, zarar olarak değerlendirilmez. Sözleşme ayakta kaldığı için iş sahibi eserin ücretini ödeyeceğinden, tazminat miktarını eserin ücretinden mahsup edebilir⁵⁷⁰.

Buna karşılık ayıbı takip eden zarar dönme hakkıyla birlikte kullanıldığı için menfi zarar niteliği taşıyorsa⁵⁷¹, yüklenici, sözleşme hiç kurulmasaydı iş sahibinin malvarlığı ne durumda olacaksa onu karşılamak zorunda kalır⁵⁷².

Tıpkı zararın varlığını olduğu gibi, tazminatın miktarını ispat etmek de iş sahibine düşmektedir. İş sahibi zararın ne kadar olduğunu rakamsal olarak ispat edemiyorsa, hâkim somut olayın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak, zararın miktarını kendisi hakkaniyete uygun olarak takdir eder (TBK m. 52/II). Görüldüğü üzere, hâkim ayıbı takip eden zararın varlığı ve miktarı konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak takdir yetkisinin kullanılabilmesi için iş sahibinin kesin olarak kanıtlayamasa dahi, en azından ayıbı takip eden zararın varlığı ve miktarı konusunda ikna edici olguları ortaya koyması gerekir. Dolayısıyla sadece iş sahibinin zararın meydana geldiği yönündeki soyut iddiaları, takdir yetkisinin kullanımı için yeterli değildir⁵⁷³.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda da zararın varlığı ile miktarını ispat etmek mümkün olmadığında (örneğin deliller eksik olduğunda) ya da büyük ölçüde güçlük arz ettiğinde (bunu ispat etmek zarar görenden beklenemediğinde), hâkime olası ispat (Wahrscheinlichkeitsbeweis,

⁵⁶⁷ König, (2019), s. 88.

⁵⁶⁸ Klauser, (1973),s. 57 vd, Gadiant, (1994), s. 123.

⁵⁶⁹ Şenocak, (2002), s. 67, Özdemir, (2017),s. 1190, dn. 420.

⁵⁷⁰ Schlatter, (1934), s. 65.

⁵⁷¹ Klauser, (1973),s. 57 vd, Gadiant, (1994),, s. 123.

⁵⁷² Schlatter, (1934), s. 65, Şenocak, (2002), s. 67.

⁵⁷³ Eren, (2019a), s. 821, Nr. 2280, 2281.

OR 42/II) kuralına başvurma imkânı tanınmıştır. Böylece hâkim işlerin olağan akışını dikkate alarak zararın varlığı ile miktarını takdir edebilecektir. Ancak dikkat edilirse, bu kural, iş sahibinin ayıbın varlığı ile zarar ve ayıp arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat etme külfetini etkilememektedir⁵⁷⁴.

Tazminat miktarı belirlenirken, uğranılan zarar ile indirim sebeplerinin yanı sıra zararın meydana geldiği andan hâkimin hükmüne kadar işleyecek olan faizin de dikkate alınması gerekir⁵⁷⁵. Anılan faiz tazminat alacağına bağlı kanuni bir faiz olup, hukuken temerrüt faizi sayılmadığı için ihtar çekmeye gerek yoktur. Böylece iş sahibinin kaybı, ayıbı takip eden zararın gerçekleştiği an karşılanmış olsaydı malvarlığının alacağı durum yeniden sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁷⁶. Faizin nasıl belirleneceği konusunda doktrindeki yazarlar ikiye bölünmüş durumdadır. Bazı yazarlar faizin tazminat sorumluluğunun ayrılmaz bir parçası olduğundan hareketle, serbest piyasa koşullarının dikkate alınması gerektiğini savunurken, diğerleri bu konuda kanuni faiz oranlarının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁷⁷.

Tazminat miktarının tayini sırasında iş sahibinin malvarlığının hangi andaki durumunun dikkate alınması gerektiği konusunda da doktrin ve uygulamada görüş birliğine varılamamıştır. Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin akdedildiği andaki durumun dikkate alınması gerektiğini kabul ederken; Yargıtay, bazı kararlarında dava tarihindeki değer, bazı kararlarında ise zarar verici olayın meydana geldiği andaki değer göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷⁸. Buna karşılık doktrindeki hakim görüş “hâkimin kararını verdiği tarihin” esas alınması gerektiği yönündedir. Bununla kararın Yargıtay’da kesinleştiği tarih değil, kararın taraflara tebliğ tarihi kastedilmektedir⁵⁷⁹. Gerçekten ülkemizde yaşanan yüksek enflasyon dikkate alındığında, karar tarihinin esas alınması hakkaniyet düşüncesine daha uygun düşmektedir⁵⁸⁰. Ancak karar esnasında tazminatın miktarı belirlenemeyeceği için bu görüşün

⁵⁷⁴ Spiess, Huser, (2014), Art 171, s. 998, Bühler, (1998),s. 258, Nr. 201.

⁵⁷⁵ Gauch, (2011), s. 708, Nr. 1901, Bühler, (1998),s. 259, Nr. 204.

⁵⁷⁶ Eren, (2019a), s. 1197, Nr. 3338.

⁵⁷⁷ Eren, (2019a), s. 1197, Nr. 3338.

⁵⁷⁸ Uçar, (2003), s. 223, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 812. Örneğin, Y. 15. HD, 26.06.2015 T., 2014/6514 E., 2015/3727 K. sayılı kararında “...Davacı, 2010 yılı Aralık ayında ortaya çıkan ayıbı davalıya ihbar etmiş, fakat zararın miktarını 2011/14 D. iş sayılı dosyasıyla yaptırmış olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple Borçlar Kanunu'nun 98/II yollamasıyla 44. maddesi gereğince 2011 yılı serbest piyasa rayiç fiyatlarına göre iskelenin yeniden yapım bedeli hesap edilip hüküm altına alınması gerekirken, 2009 yılı piyasa fiyatlarına göre hesap edilen iskele yapım bedelinin hüküm altına alınması doğru olmamıştır...”, Özdemir, (2017),s. 1192, dn. 434'den naklen.

⁵⁷⁹ Eren, (2019a), s. 822, 823, Nr. 2283. Buna karşılık tazminat miktarının belirlenmesinde ayıbın türünün dikkate alınması gerektiği, bu anlamda açık ayıplarda tazminatın eserin teslim tarihine göre, gizli ayıplarda ise ayıbın meydana geldiği ana göre tayin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Aydemir, (2009), s. 284.

⁵⁸⁰ Aynı yönde Canbolat, (2009), s. 159.

“karara mümkün olduğunca yakın bir tarih” olarak anlaşılması gerekir. Uygulamada hâkimler tazminat miktarının belirlenmesi işini bilirkişilere bıraktığından, söz konusu görüş “tazminatın bilirkişinin inceleme yaptığı tarihe göre tayin edileceği” anlamına gelmektedir⁵⁸¹.

2. Ayıbı takip eden zararın götürü olarak belirlenmesi

Kural olarak ayıbı takip eden zararın varlığını ve miktarını ispat etme külfeti iş sahibine aittir. Ancak bazı durumlarda zararın miktarını ispatlamak, iş sahibi için güçlük arz etmektedir. İşte bu ihtimale binaen, taraflar, eser sözleşmesini kurarken ya da kurduktan sonra, fakat henüz daha zarar meydana gelmeden önce ayrı bir sözleşme ile yüklenicinin ayıplı ifa halinde ödeyeceği tazminatın miktarını kesin olarak kararlaştırabilirler. Bu halde götürü tazminatın varlığından söz edilir⁵⁸².

Türk-İsviçre hukukunda götürü tazminata ilişkin kanuni bir düzenleme yoktur. Ancak bu durum, tazminatın götürü olarak kararlaştırılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme imkânları vardır⁵⁸³. Yeter ki, yapılan bu düzenleme, emredici hükümleri ihlal etmesin. Bununla birlikte doktrinde götürü tazminatın genellikle temerrüt kapsamında kabul edildiği görülmektedir⁵⁸⁴. Ancak borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi kapsamına giren bütün durumlar için, bu arada ayıplı ifa için de tazminatın götürü olarak kararlaştırılmasına engel bir hukuki durum yoktur. Götürü tazminat ayıbı takip eden zarara ilişkin olduğunda, eserin kabulü ve zamanaşımına ilişkin TBK m. 477 ve m. 478 hükümleri burada da uygulama alanı bulur⁵⁸⁵.

Götürü tazminatın temel faydası, iş sahibinin zararın varlığını, kapsamını ve miktarını ispat etme külfetinden kurtulmasıdır. Normal şartlarda tazminatın miktarını takdir etmek hâkime ait bir yetkidir. Hâkim, tazminat miktarını belirlerken somut olayın şartları ile yüklenicinin kusurunun yanı sıra, TBK m. 52 kapsamında tazminattan indirim yapılmasını gerektiren bir durumun söz konusu olup olmadığını da göz önünde bulundurur. Ancak götürü tazminat söz konusu olduğunda, hâkimin tazminatı belirleme yetkisi ortadan kalktığı için

⁵⁸¹ Öz, (1989),s. 298.

⁵⁸² Erdem, M. (2009). “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 97-124. s. 98, Tekelioğlu, N. (2017). “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, 159-186. s. 176, Parlak Börü, Ş. (2017). “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228. s. 197.

⁵⁸³ Kapancı, B. (2013).“Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Mustafa Dural’a Armağan*. 655-683. s. 671, Tekelioğlu, (2017),s. 175.

⁵⁸⁴ Gauch, (2011), s. 283, Nr. 709.

⁵⁸⁵ Stotz, (1989), s. 156.

işahibi hakimin tayin edeceği belirsiz bir tazminat rizikosundan kurtulmuş olur⁵⁸⁶. Diğer taraftan götürü tazminat, işahibinin yanı sıra yüklenici açısından da faydalıdır. Çünkü bu sayede yüklenici daha baştan sözleşmeye aykırılıktan nasıl etkileneceği konusunda bilgi sahibi olduğu için⁵⁸⁷ davranışlarını buna göre yönlendirebilecektir.

Götürü tazminat, faydalı olduğu kadar aynı zamanda bazı riskleri de bünyesinde barındırmaktadır. Zira ayıbı takip eden zarar götürü olarak kararlaştırıldığında, uğranılan zarar, götürü tazminattan fazla olsa dahi işahibi aradaki farkı talep edemez⁵⁸⁸. Aksi halde tazminatın götürü olarak kararlaştırılması ile güdülen amaç ortadan kalkmış olur. Aynı şekilde yüklenici de zararın daha az olduğunu gerekçe göstererek tazminat miktarında indirim yapılmasını isteyemez⁵⁸⁹. O yüzden taraflar tazminatı götürü olarak kararlaştırırken dikkatli davranmalıdırlar.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında götürü tazminatın miktarı serbestçe kararlaştırılabilir. Bununla birlikte tazminat miktarının, ayıplı ifa halinde gerçekleşmesi olası zarara ilişkin “makul bir tahminle” sınırlı olduğu, doktrinde genel olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Eğer tazminat miktarı, yüklenicinin ekonomik bakımdan mahvına neden olacak şekilde yüksekse, götürü tazminata ilişkin sözleşme hükmü TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz sayılmalıdır.

Götürü tazminatın aşırı ölçüde yüksek olması halinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak tazminat miktarını makul bir seviyeye indirip indiremeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır⁵⁹¹. Bazı yazarlar, cezai koşulun aşırı olması halinde hâkime indirim yetkisi tanıyan TBK m. 182/III hükmünün kıyasen götürü tazminat bakımından da uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁹². Ancak götürü tazminat ile güdülen amaç cezai koşulla güdülen amaçtan farklı olduğu için⁵⁹³, kanaatimizce, söz konusu hükmün kıyasen dahi uygulanması mümkün

⁵⁸⁶ Erdem, (2009), s. 102, Tekelioğlu, (2017),s. 180, Parlak Börü, (2017),s. 209.

⁵⁸⁷ Ozanoğlu, H. S. (1999). “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3 (1-2). s. 85, dn. 114, Kapancı, (2013),s. 666.

⁵⁸⁸ Aksi yönde bkz. Gauch, (2011), s. 283, Nr. 709. Zarar ile götürü tazminat miktarının farklı olduğu hallerde, götürü tazminat anlaşmasının türüne bağlı olarak, yüklenicinin ya da işahibinin mevcut durumu ispat ederek, aradaki farkı talep edebileceği yönünde bkz. Kapancı, (2013),s. 661.

⁵⁸⁹ Erdem, (2009), s. 99. Yüklenicinin zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bkz. Ozanoğlu, (1999), s. 85.

⁵⁹⁰ Stotz, (1989), s. 154, Parlak Börü, (2017),s. 200, Tekelioğlu, (2017),s. 177.

⁵⁹¹ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, (1999), s. 84, 85, dn. 112.

⁵⁹² Gauch, (2011), s. 283, 284, Nr. 711.

⁵⁹³ Gerçekten cezai koşulla alacaklı borçluya karşı ek bir baskı aracı elde ederken, götürü tazminatta böyle bir durum söz konusu değildir. Götürü tazminat, alacaklıyı sadece zararın miktarını ispat etme külfetinden kurtarır. Ayrıca cezai koşul zarardan bağımsızken, götürü tazminatın talep edilebilmesi zararın varlığına bağlıdır. Stotz, (1989), s. 152, 153. Dolayısıyla cezai koşul ve götürü tazminat birbirinden tamamen farklı iki ayrı hukuki

değildir⁵⁹⁴. Kanaatimizce tazminatın götürü olarak kararlaştırılması ile hâkimin tazminat miktarını tayin etme konusundaki takdir yetkisi ortadan kalktığı için hâkim aşırı olan götürü tazminata müdahale edememelidir⁵⁹⁵.

B) Üçüncü Kişilerin Zarar Görmesi Halinde Hukuki Durum

Eserin ayıplı olmasından dolayı iş sahibi dışında, bir şekilde ayıplı eserle temas halinde olan üçüncü kişiler de zarar görebilir. Üçüncü kişilerin ayıplı ifadan zarar görmeleri, ayıplı eseri kullanma veya işleme amacıyla devralmalarından kaynaklanabileceği gibi, iş sahibinin çalışanı, eşi, çocuğu gibi koruma alanına dâhil olmalarından veya alt yüklenicilik ilişkisinin bulunmasından da ileri gelebilir⁵⁹⁶.

TBK m. 475'e göre ayıplı takip eden zararın tazminini talebe yetkili olan kişi iş sahibidir. Üçüncü kişiler, eserin ayıplı olmasından dolayı zarara uğrasalar dahi sözleşmeye taraf olmadıkları için kural olarak TBK m. 475'e dayanarak tazminat talep edemezler⁵⁹⁷. Ancak haksız fiil hükümlerine ya da ürün sorumluluğuna başvurarak zararlarının tazminini isteyebilirler⁵⁹⁸. Dolayısıyla alt yüklenicinin yaptığı ayıplı eserden zarar gören iş sahibi, sözleşme hükümleri kapsamında alt yükleniciden tazminat talep edemez; bu talebini sadece sözleşmenin karşı tarafında yer alan asıl yükleniciye yöneltebilir⁵⁹⁹. Bununla birlikte alt yüklenici, eseri sözleşmeye uygun olarak ifa edeceği yönünde iş sahibine karşı taahhütte bulunmuşsa, iş sahibinin bu ilişki kapsamında alt yükleniciye başvurması mümkündür⁶⁰⁰.

müessesedir. Bununla birlikte uygulamada çoğunlukla bunlar arasında ayırım yaparken zorluklarla karşılaşmaktadır. Ayırım sırasında tarafların nitelendirmelerinden, kullandıkları ifadelerden ziyade, hukuki işlemi yaparken güttükleri amaç dikkate alınmalıdır (TBK m. 19/I). Stotz, (1989), s. 155. Söz konusu amaç araştırılırken, tarafların menfaat durumları göz önünde bulundurulmalıdır. Yani sözleşmenin lafzıyla birlikte somut olayın tüm şartları hesaba katılmalı, güven teorisi esas alınarak yorum yapılmalıdır. Kapancı, (2013),s. 656. Buna göre taraflar zararın yerine sözleşmenin gereği gibi ifasına odaklanmışlarsa cezai koşulun, buna karşılık zarara odaklanıp, tazminat miktarının tayinini amaçlamışlarsa, gecikme tazminatının varlığı kabul edilmelidir. Tekelioğlu, (2017),s. 180, Erdem, (2009), s. 123.

⁵⁹⁴ Aynı yönde bkz. Kapancı, (2013),s. 671.

⁵⁹⁵ Aynı yönde bkz. Tekelioğlu, (2017),s. 180, Erdem, (2009), s. 122.

⁵⁹⁶ Gauch, (2011), s. 708, Nr. 1903.

⁵⁹⁷ Nitekim Y. 15 HD'nin 20.05.2019 T., E. 2018/5750, K. 2019/2380 sayılı kararı da bu yöndedir: "...Davacıların maliki buldukları taşınmaz iş sahibi olan TOKİ tarafından yüklenici adi ortaklığa inşaat yapılmak üzere ihale edilmiştir. Adi ortaklığı teşkil eden şirketler ile davacılar arasında doğrudan sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Sözleşmenin nisbiliği prensibi uyarınca davacılar ancak kendi akitlerine yönelebilirler. Bu durumda yani davacılar ile davalılar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından bu davalılar yönünden davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." , www.kazancihukuk.com

⁵⁹⁸ Spiess, Huser, (2014), Art 171, s. 995, Bühler, (1998),s. 259, Nr. 205 b.

⁵⁹⁹ Gauch, (2011), s. 709, Nr. 1905.

⁶⁰⁰ Eren, (2019b), s. 621, Nr. 2087.

Görüldüğü üzere, haksız fiil sorumluluğu özellikle iş sahibinin değil, üçüncü kişilerin zarar gördüğü hallerde hukuken önem arz eder. Fakat bu durum haksız fiil sorumluluğunun iş sahibi için önemsiz olduğu anlamına gelmez. Özellikle ayıp zamanında ihbar edilmediğinde ya da ayıbı takip eden zararın tazmini talebi TBK m. 478'e göre zamanaşımına uğradığında, haksız fiil sorumluluğu iş sahibi için de önemli hale gelmektedir. Zira isabetli olduğunu düşündüğümüz görüşe göre, eser sözleşmesinde ayıp sorumluluğu için aranan şartlar, haksız fiilden doğan talepler için geçerli değildir⁶⁰¹.

Diğer taraftan üçüncü kişilerin sözleşme hükümlerine dayanamaması, istisnasız bir şekilde uygulanan bir kural değildir. Hukuki temelleri Alman hukukunda atılan, İsviçre ve Türk hukukunda da kabul edilen "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" söz konusu ise, üçüncü kişiler, sözleşme ilişkisinin tarafı olmasalar da haksız fiil hükümlerine nazaran kendilerini daha iyi koruyan sözleşme hükümlerine başvurabilirler⁶⁰². Zira bunlar herhangi bir üçüncü kişi olmayıp, edime yakın oldukları için alacaklı ile aynı oranda zarara uğrama riski altında bulunan kişilerdir⁶⁰³. Bu yüzden sözleşme akdedilirken duydukları haklı güvenin sözleşme taraflarınca göz önünde bulundurulması gerekir. Dürüstlük kuralı da bunu gerektirmektedir⁶⁰⁴. Dolayısıyla yüklenici tarafından öngörülebilir nitelikte olan ve iş sahibinin çocuğu, çalışanı gibi onun koruma alanına dâhil olan üçüncü kişiler, eserin ayıplı olmasından zarar görürlerse yüklenicinin sözleşme sorumluluğuna başvurabilirler⁶⁰⁵.

Yukarıdaki kuralın istisnalarından bir diğerini, tam (gerçek) üçüncü kişi lehine sözleşmeler (Echter Vertrag zugunsten Dritter) oluşturmaktadır. İş sahibi ile yüklenici arasında akdedilen eser sözleşmesinde ifanın üçüncü bir kişiye karşı yerine getirileceği ve bu kişinin edimin ifasını talebe yetkili olduğu kararlaştırıldığında, eser sözleşmesi tam üçüncü kişi lehine yapılmış olur⁶⁰⁶. Bu tür bir sözleşme söz konusu ise ve üçüncü kişi eserin ayıplı olmasından dolayı zarar görmüşse, yükleniciye karşı sözleşme hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunabilir. Buna karşılık üçüncü kişinin ifayı talebe yetkili olmadığı, sadece ifayı kabul etme hakkının bulunduğu eksik üçüncü kişi lehine bir sözleşme (Unechter Vertrag zugunsten Dritter) mevcutsa, üçüncü kişi uğradığı ayıbı takip eden zararlar için doğrudan yüklenicinin sözleşme

⁶⁰¹ Honsell, (2010), s. 300.

⁶⁰² Oğuzman, Öz, (2016), s. 443, 444.

⁶⁰³ Akman, (1976), s. 102, dn. 11; Karabağ Bulut, (2009), s. 877.

⁶⁰⁴ Eren, (2019a), s. 1291, Nr. 3590, 3591.

⁶⁰⁵ Gauch, (2011), s. 710, Nr. 1910.

⁶⁰⁶ Oğuzman, Öz, (2016), s. 452, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 291; Eren, (2019a), s. 1284, Nr. 3571.

sorumluluğuna başvuramaz⁶⁰⁷. Bu halde vaat ettiren sıfatıyla işsahibi, yüklenicinin üçüncü kişiye tazminat ödemesini isteyebilir⁶⁰⁸.

C) Tazminat Hakkının Devredilmesinin Hukuki Etkileri

Eserin ayıplı olmasından doğan haklar işsahibine tanınmış olup, işsahibi bu hakları yükleniciye karşı kullanabilir. Bununla birlikte işsahibinin veya yüklenicinin birden fazla kişiden oluşması mümkün olduğu gibi, işsahibinin ayıplı ifadan doğan haklarını üçüncü kişilere devretmesi de mümkündür. Ancak indirim ve dönme hakları eser sözleşmesi ile ayrılmaz şekilde bağlı olduklarından, işsahibi sadece tazminat hakkı ile onarım hakkını devredebilir⁶⁰⁹. Devirle birlikte söz konusu hak, artık işsahibi tarafından değil, sadece hakkı devralan üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilir⁶¹⁰. Bununla birlikte eserin devri, ayıplı ifadan doğan hakların devri anlamına gelmemektedir⁶¹¹. Tazminat hakkının devri için alacağın temlik ile ilgili hükümlere uyulması⁶¹², yazılı bir temlik sözleşmesi yapılması gerekir. Temlik sözleşmesi ile üçüncü kişi sadece işsahibinin uğradığı zararın tazminini talep etme hakkını kazanmaktadır, yoksa söz konusu sözleşme, üçüncü kişiye kendisinin ayıplı ifadan dolayı uğradığı zararı yükleniciden isteme yetkisi vermemektedir⁶¹³.

İşsahibinin veya yüklenicinin birden fazla kişiden oluşması durumunda, ayıplı ifadan doğan hakların nasıl kullanılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda dönme, indirim ve onarım gibi yenilik doğuran haklar ancak hepsi tarafından hepsine karşı kullanılabilir. Burada “bölünmez nitelikte yenilik doğuran haklar” söz konusudur. Diğer taraftan adi şirket örneğinde olduğu gibi, iş sahipleri arasında elbirliği ilişkisi bulunuyorsa, bunlar ayıplı takip eden zararlarını ancak birlikte talep edebilirler. Meğerki, vücut bütünlüğünün ihlalinde olduğu gibi zarar iş sahiplerinin sadece birinin şahsında gerçekleşmiş olsun. Buna karşılık eserin ifası bakımından yükleniciler arasında müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu ise, bunlar ayıplı takip eden zarardan da müteselsilen sorumlu olurlar⁶¹⁴. Müteselsil sorumluluk, yükleniciler arasında söz konusu olabileceği gibi, mimar, mühendis ve malzeme tedarik edenler arasında da ortaya

⁶⁰⁷ Gauch, (2011), s. 508, Nr. 1908.

⁶⁰⁸ Oğuzman, Öz, (2016), s. 451, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 292.

⁶⁰⁹ Bühler, (1998),s. 261, Nr. 213, Gümüş, (2014), s. 63; Eren, (2019b), s. 656, Nr. 2208. Dönme ve indirim hakları da dahil olmak üzere ayıptan doğan bütün hakların devredilebileceği yönünde bkz. Koller, (2015), s. 197, Nr. 530, Honsell, (2010), s. 303, Brandli, (2007), s. 9, Nr. 23.

⁶¹⁰ Brandli, (2007), s. 9, Nr. 25.

⁶¹¹ Gauch, (2011), s. 589, Nr. 1492.

⁶¹² Gümüş, (2014), s. 63.

⁶¹³ Bühler, (1998),s. 263, Nr. 220, König, (2019), s. 104.

⁶¹⁴ Gauch, (2011), s. 589, Nr. 1494.

çıkabilir. İş sahibi eserin ifasına katılan bu kişilerden dilediğine başvurarak uğradığı ayıbı takip eden zararın tamamını talep edebilir. İç ilişkide kendi payından fazla ödeyen kişi, ödediği fazlalık için diğer sorumlulara rücu edebilir. Uyuşmazlık halinde mahkeme, takdir yetkisini kullanarak rücu alacağının kapsamını belirler. Bu noktada somut olayın şartlarını, ilgililerin kusurlarını dikkate alır⁶¹⁵.

İş sahibi ile yüklenici arasında tam üçüncü kişi lehine sözleşme yapılmış olabilir. Bu halde üçüncü kişi eserin sözleşmeye uygun ifasını bizzat talebe yetkilidir. Bu durum ayıptan doğan hakları da etkiler. Öyle ki, üçüncü kişi eserin onarımını ve bir zarar varsa bunun tazminini de isteyebilir. Ancak üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığı için indirim ve onarım haklarını kullanamaz⁶¹⁶. Buna karşın devir sözleşmesi eksik üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğindeyse, üçüncü kişi ayıptan doğan hakların devrine rağmen yükleniciye başvuramaz⁶¹⁷. Bu halde üçüncü kişi sadece ifayı kabule yetkili olduğundan, iş sahibi devre konu olan tazminat hakkının üçüncü kişiye ödenmesini isteyebilir⁶¹⁸.

Diğer taraftan eserin ifası, alt yükleniciye bırakılmış olabilir. Bu durum, asıl yüklenicinin eserin ayıpsız bir şekilde ifa edilmesinden doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Ayıp alt yüklenici tarafından üretilen bölümde meydana gelse bile, asıl yüklenici iş sahibine karşı sorumlu olmayı sürdürmektedir. İlk iş sahibi, alt yüklenicinin sözleşme sorumluluğuna başvuramaz; bu hakka sözleşmenin tarafı olarak asıl yüklenici sahiptir. Aynı şekilde ilk iş sahibi ayıbı takip eden zarar da dâhil olmak üzere ayıplı ifadan doğan haklarını sadece asıl yükleniciye yöneltebilir. Ancak sözleşmede alt yüklenici ilk iş sahibinin kendisine başvurabileceğini kabul etmişse, iş sahibi artık ayıbı takip eden zararı için doğrudan alt yükleniciyi sorumlu tutabilir⁶¹⁹.

Somut olayda asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı sahip olduğu tazminat hakkı ile onarım hakkını iş sahibine devretmesi mümkündür. Ayrıca alt yüklenicilik sözleşmesi ilk iş sahibinin lehine tam üçüncü kişi lehine sözleşme şeklinde yapıldığında da, iş sahibi tazminat ve onarım haklarını doğrudan alt yükleniciye yöneltebilir. Nihayet alt yüklenicilik sözleşmesinde eserin ayıpsız olacağı yönünde alt yüklenici ayrıca vaatte bulunmuş olabilir. Ancak bütün bu hallerde devredilen haklar tazminat ile onarım haklarıdır. Kararlaştırma

⁶¹⁵ König, (2019), s. 92, 93.

⁶¹⁶ Gauch, (2011), s. 591, Nr. 1497.

⁶¹⁷ König, (2019), s. 104.

⁶¹⁸ Eren, (2019a), s. 1283, Nr. 3568.

⁶¹⁹ Gauch, (2011), s. 591, 592, Nr. 1500, 1501.

yoluyla dahi indirim ve dönme haklarının devri mümkün değildir⁶²⁰. Bununla birlikte somut olayda tazminat ve onarım haklarının devri yüklenici bakımından katlanılmaz nitelikte zorluklara neden olarsa, bu yüzden yapılan devir hukuki ilişkinin niteliğine uygun düşmeyecekse, söz konusu hakların devri geçerli olmaz⁶²¹.



⁶²⁰ Gauch, (2011), s. 592, Nr. 1502.

⁶²¹ Bühler, (1998),s. 262, 263, Nr. 219.

2. BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN KAPSAMI

§ 7. AYIPTAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLAR

I-Genel Olarak

Yüklenicinin ayıplı ifadan sorumlu olması için aranan şartlar gerçekleştiği takdirde, iş sahibi, sözleşmeden dönebileceği gibi, ayıbın giderilmesini (eserin ücretsiz olarak onarılmasını) ya da bedelin ayıp oranında indirilmesini de isteyebilir (TBK m. 475).

Dikkat edilirse, seçimlik nitelikteki yukarıdaki haklar yükleniciye değil, iş sahibine tanınmıştır⁶²². Bundan dolayı yüklenici ayıbı gidereceğini ileri sürerek iş sahibinin sözleşmeden dönmesine ya da indirim hakkını kullanmasına engel olamaz. Yeter ki, sözleşmede yükleniciye onarım hakkı tanınmış olmasın⁶²³ ve iş sahibinin talebi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımasın⁶²⁴. Diğer taraftan iş sahibine seçimlik haklarla ilgili tam bir serbesti imkanı verilmemiştir⁶²⁵. Şöyle ki, satış sözleşmesinden farklı olarak, eser sözleşmesinde dönme hakkının kullanımı için ayıbın önemli olması şartı aranmıştır⁶²⁶. O halde eserin kullanımını veya kabulünü imkansız kılacak şekilde önemli bir ayıp yoksa, iş sahibi sözleşmeden döneemez; onun yerine aranan şartlar gerçekleştiyse indirim veya onarım haklarını kullanabilir. Buna karşılık önemli ayıbın varlığı halinde, her ne kadar kanunun lafzından aksi yönde bir sonuca ulaşmak mümkün olsa da, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda değildir; dönme dışında indirim veya onarım haklarını da kullanabilir⁶²⁷.

Seçimlik nitelik taşıyan dönme ve indirim haklarının hukuken yenilik doğuran hak sayıldığı konusunda doktrinde görüş birliğine varılmıştır. Buna karşılık onarım hakkının hukuki

⁶²² Gautschi, (1967), s. 319, Nr. 1, Yavuz, (2014), s. 625.

⁶²³ Seliçi, (1978), s. 157, Canbolat, (2009), s. 99.

⁶²⁴ Brandli, (2007), s. 6, Nr. 14, Becker, (1993), s. 615.

⁶²⁵ Uçar, (2003), s. 172, Bögli, (1996), s. 47.

⁶²⁶ Bu iki sözleşme türünde dönme hakkının kullanımının farklı şartlara tabi tutulması, eser sözleşmesinde eserin iş sahibinin kişisel istekleri doğrultusunda hazırlanmasından ve bu yüzden eserin iadesinin satıcıya nazaran yükleniciyi daha zor duruma sokacak olmasından kaynaklanmaktadır, Koller, (2015), s. 236, Nr. 633.

⁶²⁷ Pally, (1996), s. 7; Uçar, (2003), s. 178, Seliçi, (1978), s. 158. Buna karşılık Y. 15. HD'nin 18.02.2019 T., 2018/2504 E., 2019/642 K. sayılı kararı aksi yöndedir: "Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşıyamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir."

niteliği doktrinde tartışmalıdır. Yenilik doğuran hak sayıldığını savunan yazarların⁶²⁸ yanı sıra alacak hakkı niteliği taşıdığını ileri süren yazarlarla⁶²⁹ da karşılaşılmaktadır.

Seçimlik hakların yenilik doğuran hak sayılmasının sonucu, iş sahibinin yüklenicinin kabulüne gerek olmadan tek taraflı iradesiyle bu hakları kullanabilecek olmasıdır. Bu konuda ayrıca dava açmaya gerek yoktur⁶³⁰. Dolayısıyla iş sahibi, örneğin, sözleşmeden dönme yönünde irade beyanında bulunduğu, yüklenici eseri onarmayı teklif ederek iş sahibinin dönme hakkını kullanmasına engel olamaz⁶³¹. Bununla birlikte ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanundaki hükümler emredici nitelikte olmadığından, taraflar sözleşmede onarım hakkının üstünlüğünü kararlaştırabilirler. Nitekim uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde bu yönde düzenlemelerle sıklıkla karşılaşılmaktadır⁶³². Böyle bir durumda iş sahibi öncelikle eserin onarımını talep etmek zorundadır.

Bu hakların yenilik doğurucu nitelikte olmasının başka bir sonucu ise, şarta bağlanamamaları ve bir defa kullanılmakla tükendikleri için geri alınamamalarıdır⁶³³. Dolayısıyla iş sahibi, örneğin, onarım hakkını kullandığında, artık dönme ya da indirim haklarına başvuramaz. Bununla birlikte istisnaen yüklenici onarım yükümlülüğünü yerine getirmese, iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Aynı şekilde eser kısmen onarılmış ve eserin tamamen onarımı mümkün değilse veya aşırı masrafa yol açıyorsa, iş sahibi kısmi onarım ve değer azalmasının karşılanmayan bölümü için bedelden indirim hakkını kullanabilir⁶³⁴.

Diğer taraftan ayıby takip eden zarardan farklı olarak, seçimlik nitelikteki hakların kullanımı yüklenicinin kusuruna bağlı değildir⁶³⁵. Dolayısıyla yüklenici eserin ayıplı olmasında kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Hatta eser üretildiği anda o günün

⁶²⁸ Gauch, (2011), s. 646, Nr. 1700; Honsell, (2010), s. 297, Brandli, (2007), s. 141, Nr. 437, Bögli, (1996),s. 53, Tandoğan, (2010), s. 192, Eren, (2019b), s. 660, Nr. 2223, Gümüş, (2014), s. 63, Canbolat, (2009), s. 99, Selimoğlu, (2016), s. 158.

⁶²⁹ Koller, (2015), s. 189, Nr. 504, Öz, (1989),s. 97, Seliçi, (1978), s. 173, dn. 167, Aslan, B. (2018). *Tüketicinin Onarım Hakkı*, Ankara: Lykeion Yayınları. s. 52, Yakuppur, (2009),s. 62, Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 765.

⁶³⁰ Honsell, (2014), s. 1358, Nr. 3, Gautschi, (1967), s. 322, Nr. 4a, Eren, (2019b), s. 655, Nr. 2206; Gümüş, (2014), s. 63; Canbolat, (2009), s. 99, 100, Seliçi, (1978), s. 158, Edis, (1963), s. 98, Kılıçoğlu, (2019),s. 468, Özdemir, (2013), s. 75.

⁶³¹ Gauch, (2011), s. 608, Nr. 1551; Pally, (1996), s. 7; Canbolat, (2009), s. 98.

⁶³² Koller, (2015), s. 230, Nr. 617.

⁶³³ Honsell, (2014), s. 1358, Nr. 3, Gautschi, (1967), s. 323, Nr. 4a, Furrer, (1973), s. 64, Bögli, (1996),s. 49. Yüklenicinin onay vermesi halinde beyanın geri alınabileceği ve iş sahibinin seçimlik haklarının yeniden doğacağı yönünde bkz. Seliçi, (1978), s. 159, Tandoğan, (2010), s. 180, Canbolat, (2009), s. 99, 100, Yavuz, (2014), s. 670.

⁶³⁴ Pally, (1996), s. 8, 9, Brandli, (2007), s. 6, 7, Nr. 16-18.

⁶³⁵ Honsell, (2014), s. 1358, Nr. 5, Aral, Ayrancı, (2019), s. 406, Seliçi, (1978), s. 157, Canbolat, (2009), s. 98.

teknik özelliklerine uygun olarak yapılmış olsa bile sonuç değişmez. Bununla birlikte yüklenicinin ayıptan kusursuz olarak sorumlu olması istisnasız kabul edilen bir ilke değildir. Daha önce de açıklandığı üzere, ayıbı takip eden zararlarda yüklenici ayıbın meydana gelmesinde kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur⁶³⁶. Bununla birlikte ayıplı ifadan doğan sorumlulukla ilgili hükümler emredici nitelik taşımadığından, seçimlik hakların kullanımının yüklenicinin kusurlu olması şartına tabi tutulması mümkündür⁶³⁷.

II-İş sahibinin Ayıpsız Misliyle Değiştirme Hakkının Bulunup Bulunmadığı

Sorunu

TBK m. 475'in lafzından hareket edildiğinde, satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde iş sahibine eserin ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkının tanınmadığı görülmektedir.

Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre⁶³⁸, ayıptan dolayı eser kullanılamayacak bir haldeyse, yani önemli ayıp söz konusu ise, iş sahibine ayıpsız misliyle değiştirme hakkının verilmesi gerekir. Zira günümüzde eser her durumda parça borcunun konusunu oluşturmaz, cins borcuna da konu olabilir.

Buna karşılık hakim görüşe⁶³⁹ ve Yargıtay'a göre⁶⁴⁰, seçimlik haklar kanunda sınırlı sayıda düzenlendiğinden, iş sahibinin misliyle değiştirme hakkı yoktur. Ayrıca işin niteliğinden

⁶³⁶ Gauch, (2011), s. 592, 593, Nr. 1503, 1504.

⁶³⁷ Seliçi, (1978), s. 160.

⁶³⁸ Tunçomağ, (1977), s. 1029, Öz, (1989),s. 99.

⁶³⁹ Eren, (2019b), s. 655, Nr. 2204, Eren, (1996), s. 84, Erdoğan, İ. (1997). "Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (2), 53-66. s. 63, Kılıçoğlu, (2019),s. 472. Buna karşılık iş sahibinin tüketici olduğu hallerde 6502 sayılı TKHK m. 11 kapsamında ayıpsız misliyle değiştirme hakkına sahip olduğu yönünde bkz. Öz, (2017), s. 1115.

⁶⁴⁰ Y. 15. HD'nin 30.05.2018 T., E. 2017/1948, K. 2018/2291 sayılı kararı şu şekildedir: "Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı ifa sebebiyle ayıplı malın misli ile değiştirilmesi ve maddi, manevi tazminat talebinden ibarettir. Davalı yüklenici davacıya ait site içerisinde bulunan küçük sahaya basketbol sahası yapılması için yerlere akrilik boya uygulaması ile 2 adet potanın yerleştirilmesinin, büyük sahaya ise futbol halı sahası yapılması için zeminin yapılması, suni çim halı uygulaması ve kalelerin yerleştirilmesi işlerini üstlenmiştir. Bu işlerin ayıplı yapıldığının kabulü halinde misli ile değiştirilmesinin mümkün olmadığı da somut olay açısından açıktır. Bir an için tüketici hükümlerinin uygulanacağını kabul edersek; yüklenici, yaptığı bu imalâtların mislini nereden temin edecektir sorusu akla gelecektir. Zaten, bu hali ile temyize konu olan karar infazı mümkün bir karar da değildir. Bir başka deyişle; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri değil genel hükümler olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalı, bu madde hükümlerine göre iş sahibinin seçimlik hakları değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır. Genel hükümlerin uygulanacağı kabul edildikten sonra somut olayda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddeleri hükümlerine göre uyumsuzluk çözümlenecektir. Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır. Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında

hareketle de misliyle değiştirme hakkının sadece misli mallara özgü olduğu sonucuna varılabilir. Kanaatimizce bu konuda hakim görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira eser işşahibinin kişisel istekleri doğrultusunda üretildiğinden tektir, yani misli yoktur. Dolayısıyla işin niteliğı gereğı eser sözleşmesinde bu hakkın kullanılabilmesi mümkün değıldir.

III-İşşahibinin Yeni Bir Eserin Meydana Getirilmesini Talep Edip Edemeyeceğı Sorunu

TBK m. 475/II'de işşahibinin seçimlik hakları düzenlenirken yeni bir eserin meydana getirilmesini isteme hakkına yer verilmediğı için işşahibinin böyle bir hakka sahip olup olmadığı, Alman hukukundan farklı olarak Türk/İsviçre hukukunda tartışmalıdır.

Alman hukukunda onarımın imkânsız olduğı veya onarımla sağlanmak istenen sonucun gerçekleşmediğı hallerde, işşahibinin eserin yeniden imal edilip kendisine teslimini isteme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Yeter ki, eserin yeniden imali aşırı masrafa yol açmasın. Bu noktada onarım hakkından farklı olarak yeni eser üretimi ile ilgili kanunda açık bir hükmün mevcut olmaması, işşahibini bu haktan yoksun bırakmak için yeterli bir gerekçe

bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde sayılan seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanması için işşahibi tarafından ayrı bir dava açılabileceğı gibi yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada da bu hususu def'i olarak ileri sürebilir. Sözü edilen Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde yapılan şeyin işşahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet gereğı kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu veya sözleşme hükümlerine aykırı olursa işşahibinin o şeyi kabulden kaçınabileceğı ve bu hususta yüklenicinin kusuru bulunursa zarar ve ziyan da isteyebileceğı, aynı maddenin II. fıkrasında ayıbın eserin reddini gerektirecek nitelikte bulunmaması halinde işşahibinin işin kıymetinin noksanı nispetinde bedelden indirim ve eğer o işin onarımı büyük bir masrafı gerektirmez ise yükleniciyi onarmaya mecbur edebileceğı hükmü getirilmiştir. Bunlar eserin ayıplı olması halinde işşahibinin haiz olduğı haklardır. Dikkat edildiğinde bu hükümlerde misli ile değiştirme şeklinde işşahibine bir hak tanınmış değıldir. O halde mahkemece yapılması gereken iş; sözleşme konusu işin tümünün 6100 Sayılı HMK'nın 266. maddesi hükmüne göre seçilecek uzman bilirkişi aracılığıyla incelenmesi; davaya konu imalâtlar ve imalâtlardaki ayıplar incelenmeli, diğer bir deyişle eserin kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı olup olmadığı belirlenmeli, varsa ayıbın derecesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesi hükmünde eser sahibine tanınan haklardan hangisinin kullanılması gerektiğinin mahkemece belirlenmesi, eserin reddi gerektirmeyecek derecede ayıplı olması halinde "çoğun içinde azda vardır" ilkesi gereğı bedel indirimi yapıp yapılmayacağı veya onarım gerekip gerekmediğı belirlenmeli ve bunların bedelleri konusunda denetime elverişli rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmelidir." Aynı yönde Y. 15. HD'nin 29.04.2015 T., 2014/4247 E., 2015/2265 K. sayılı kararına göre ise "...Davacı vekili talebinde davacı işşahibinin fabrikasında kullanılmak üzere imal edilen ve montajı yapılan seksiyonel kapıların ayıplı olup işşahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olduklarından ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etmiştir. Eser, işşahibine ayıplı olarak teslim edilmiş, işşahibi de muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş ise yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile işşahibinin kullanacağı seçimlik haklar akdi ilişkinin kurulduğı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde sayılmıştır (TBK'nın 475. md). Bunlar eserdeki ayıbın önemine göre eser sözleşmesinden dönülmesi, eserin alıkonarak ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı, aşırı bir masraf gerektirmediğı takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin onarılmasını talep hakkıdır. Bu seçimlik haklar arasında misli ile değiştirme bulunmamaktadır. Bu nedenle misli ile değiştirme kararı verilemez. BK'nın 360. maddesinde düzenlenen seçimlik haklar kullanılmayıp değişim istendiğinden dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 26. maddesi gereğı taleple bağıllık ilkesi gereğı talep dışı bir karar verilemeyeceğı gözetilerek davanın reddi gerekirken davanın kabulüne dair verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir..." www.kazancihukuk.com

oluşturmamaktadır. Zira söz konusu talep, iş sahibinin başlangıçta ayıpsız eser üretme yükümlülüğünün doğrudan sonucudur. Bununla birlikte onarımla giderilebilecek bir ayıp söz konusu olduğunda, iş sahibi eserin yeniden imalini talep edemez. Zira bu halde iş sahibinin korunmaya değer herhangi bir hukuki menfaatinden söz edilemez⁶⁴¹.

Buna karşılık İsviçre hukukuna bakıldığında, Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu bir kararda⁶⁴², iş sahibinin ayıplı akaryakıt deposunun yeniden imalini talebe yetkili olmadığına hükmedilmiştir. Mahkeme, ayıplı deponun kaldırılarak yerine yenisinin yapılmasını dönme olarak nitelendirmiştir. Aynı şekilde St Gallen Kanton Mahkemesi de onarımın kapsamını dar tutarak, yeni eser imalinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Doktrinde ise Gauch tarafından savunulan görüşe göre⁶⁴³, iş sahibine kural olarak ayıplı eserin yeniden meydana getirilmesini isteme hakkı tanınmamalıdır. Bununla birlikte Gauch, ayıplı eser parçasının yerine yenisinin ikame edilmesini ve eserin sadece belli bir bölümünün yenilenmesini onarım hakkının kapsamında değerlendirmektedir. Aynı şekilde iş sahibinin söz konusu hakka sahip olmadığını istisnasız bir şekilde kabul etmemektedir. Eserin yeniden meydana getirilmesi mümkün olmasına rağmen onarımı objektif (teknik) sebeplerden ötürü imkânsız olursa, iş sahibine eserin yeniden imalini isteme hakkı verilmelidir. Boyama işinin sağlığı tehlikeye sokan malzemeler kullanılarak yapılması halinde böyle bir durum söz konusudur.

Buna karşılık doktrindeki bazı yazarlar eserin yeniden imalinin onarım hakkının uzantısı olduğu düşüncesinden hareketle, iş sahibinin bunu talebe yetkili olduğunu kabul etmektedirler. Kanun koyucunun teslimden önceki dönemde ayıpsız eser üretilerek bunun teslimini sağlamaya yönelik amacı, teslimle birlikte eserin onarımına, ayıpsız yeni bir eser oluşturulmasına dönüşmüştür. Gerçekten onarım kavramı geniş anlamda değerlendirildiğinde “tamirat” dışında “eserin yeniden imalini” de kapsar. Zaten onarım kavramı dar anlamda ele alındığında, hangi hallerde onarımın hangi hallerde yeni bir eserin söz konusu olduğunu belirlemek bazen güçlük arz edebilir. Örneğin, bir evin boya işini üstlenen yüklenicinin yaptığı boyama sonucunda evde bazı lekeler oluştuğu takdirde, sadece lekeli bölümleri boyamak yerine bütün evi tekrar

⁶⁴¹ Uçar, (2003), s. 192, 193, Adolph, (1957), s. 59, 60.

⁶⁴² BGE 98 II 120, Gauch, (2011), s. 669, 670, Nr. 1774.

⁶⁴³ Gauch, (2011), s. 670, 671, Nr. 1778, 1779. Aynı yönde bkz. Brandli, (2007), s. 162, 163, Nr. 497, 498, Bögli, (1996), s. 60, 61, Tandoğan, (2010), s. 194, Siegenthaler, (2016), s. 1073, Nr. 16.

boyamak yüklenici için daha kolay olacaktır. Bu halde onarım, eserin yeniden imali manasına gelmektedir⁶⁴⁴.

Kanaatimizce, TBK m. 475’de onarımdan bahsedilirken, kanun koyucunun işsahibinin hakkını yalnızca eserin düzeltilmesi ile sınırlandırmak istediği açık değildir. Bu noktada ayıbın onarımla giderilmesi mümkünse, işsahibinin hakkının onarımla sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Çünkü böyle bir durumda eserin yeniden meydana getirilmesini istemek dürüstlük kuralına uygun düşmez. Buna karşılık ayıbın onarım yoluyla giderilmesi mümkün değilse, fakat eserin yeniden imali mümkünse, işsahibine yeni bir eserin meydana getirilmesini isteme hakkı tanınmalıdır. Örneğin, otomobilin giremeyeceği büyüklükte bir garaj yapılması halinde böyle bir durum söz konusudur. Bu halde işsahibi dar olan garajın yıkılıp yerine yenisinin yapılmasını isteyebilir. Burada menfaat dengesinin bozulduğundan söz edilemez. Zira eserin yeniden imali aşırı masrafa yol açacaksa, yüklenici bunun varlığını ispatlayarak işsahibinin ifa talebini reddedebilir⁶⁴⁵. Ayrıca TBK m. 475’te eserin yeniden imalini isteme hakkının açıkça düzenlenmediğinden yola çıkılarak, işsahibini böyle bir haktan yoksun bırakmak son derece tutarsız sonuçlar doğurabilir. Örneğin, evi kahverengiye boyamayı üstlenen boyacı, evi tek düze bir renge boyamadığında, işsahibi sadece onarım ya da indirim haklarını kullanabilecektir. Buna karşılık aynı boyacı evi kahverengi yerine başka bir renge boyasa, aliud söz konusu olduğundan işsahibi evin kahverengiye boyanmasını talep edebilecektir. Ayıplı ifa halinde, işsahibine aynen ifanın görünüm şekli değiştirilmiş hali olan onarım hakkının tanınıp, bizzat aynen ifa anlamına gelen eserin yeniden imalini isteme hakkının tanınmaması, kendi içinde çelişki oluşturur ve pek çok eser sözleşmesinde menfaat dengesinin bozulmasına yol açar. Zira çoğu eser sözleşmesinde ayıbın onarım yoluyla giderilmesi mümkün değildir. İşte ayıbın onarımla giderilemediği hallerde, eserin yeniden imali dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden beklenebiliyorsa, yani bu durum yüklenici açısından aşırı masrafa yol açmayacaksa, işsahibinin eserin yeniden imalini isteyebileceği kabul edilmelidir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Şenocak, (2002), s. 158, Bühler, (1998),s. 235, 236, Nr. 120.

⁶⁴⁵ Seliçi, (1978), s. 177.

⁶⁴⁶ Serozan, (2007), s. 308, Klauser, (1973),s. 42.

IV-Ayıp Zararının Tazmininin Seçimlik Hak Olarak İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu

Ayıp zararı ile ayıby takip eden zarar kavramları birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Bu iki zarar birlikte işşahibinin ayıby ifa dolayısıyla malvarlığında ortaya çıkan kayıpların tamamını ifade etmektedir. Ayıby takip eden zarar, ayıbyın neden olduğu, ancak dönme, indirim ve onarıma rağmen karşılanamayan zararlardır. Buna karşılık ayıp zararı, objektif değer azalması veya onarım masrafları şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, değer azalması ile onarım masraflarının birlikte bulunması sonucunda da gerçekleşebilir⁶⁴⁷.

Alman hukukunda ayıp zararının tazminini isteme, dönme veya indirim haklarının yerine başvurulabilen bir seçimlik haktır (BGB § 635). Buna karşılık ne İsviçre hukukunda (OR 368'de) ne de Türk hukukunda (TBK m. 475'te) konuya ilişkin kanunda açık bir hüküm mevcut olmadığından, ayıp zararının seçimlik hak olup olmadığı tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda savunulan azınlıkta kalan bir görüşe göre⁶⁴⁸, BGB § 635'e ilişkin Alman doktrini izlenerek, ayıp zararının tazmininin seçimlik hak olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi halde onarım hakkına kanuna aykırı bir şekilde üstünlük tanınmış olur ve işşahibi OR 97'de sözleşmenin müspet ihlali kapsamında kendisine tanınmış olan tazminat hakkından hiçbir haklı sebep olmaksızın mahrum kalır. Özellikle ayıby eser üçüncü kişi tarafından onarıldığında, işşahibinin yaptığı onarım masrafları değer azalmasını aşarsa, böyle bir durum söz konusu olur. Zira onarım masraflarının ancak indirim talebi kapsamında istenebileceği dikkate alındığında, söz konusu masraflar ayıby eserde bizzat ortaya çıktığından, ayıby takip eden zarar olarak da istenemez. Bu da maddi bir gerekçe olmaksızın, işşahibinin genel hükümler kapsamında (OR 97'de) kendisine tanınan tazminat hakkından yoksun kalması anlamına gelir. Oysa işşahibinin durumunun bu şekilde kötüleşmesi, kanun koyucu tarafından arzu edilmemiştir. Dolayısıyla OR 368'e göre talep edilecek tazminat hakkının, ayıby takip eden zararın yanı sıra ayıp zararını da kapsaması gerekir⁶⁴⁹. Böylece yüklenicinin hukuki durumunun, işşahibinin indirim hakkı ile birlikte ayıby takip eden zararın tazminini talep etmesine nazaran daha kötü olmasının da önüne geçilmiş olur. Aksi halde işşahibinin ayıbytan dolayı eserde ortaya çıkan değer kaybı ile ayıby

⁶⁴⁷ Pally, (1996), s. 16, 17, Honsell, (2010), s. 300.

⁶⁴⁸ Koller, (2015), s. 229, 230, Nr. 617, Gadiant, (1994), s. 122, Brandli, (2007), s. 383, 384, Nr. 1169-1171.

⁶⁴⁹ Koller, (2015), s. 229, 230, Nr. 617, Brandli, (2007), s. 384, Nr. 1170, 1171.

takip eden zararları ayrı ayrı kanıtlaması gerekir ki bu konuda yüklenicinin korunmaya değer bir hukuki menfaati mevcut değildir⁶⁵⁰.

Buna karşılık hakim görüş⁶⁵¹, tazminat hakkının konusu itibarı ile sınırlı olduğunu, herhangi bir zararın tazmininin değil, sadece ayıbın neden olduğu ve ayıbın varlığının ötesine geçen ayıbı takip eden zararların OR 368'in kapsamına girdiği yönündedir. Zira ayıp zararı çoğunlukla dönme, indirim ve onarım gibi seçimlik haklarla karşılandığı için OR 368'in kapsamına girmez⁶⁵². Gerçi bu sınırlandırmanın varlığı, OR 368'in Almanca metninden açıkça anlaşılammaktadır. Ancak hükmün amaca uygun bir şekilde yorumlanmasından ve Fransızca ile İtalyanca metinlerinin birlikte ele alınmasından, ayıp zararına ilişkin tazminat talebinin seçimlik nitelikte bir talep olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁶⁵³. Kanun koyucu, bu metinlerde tazminat hakkının ayıptan doğan diğer haklarla ilişkisiyle ilgili “en plus (ek)” ve “anche (ayrıca)” ifadelerini bilinçli bir şekilde kullanmıştır. Görüldüğü üzere, kanunun lafzı tazminat hakkının seçimlik hak sayılmasına engeldir⁶⁵⁴.

Kanunun lafzı dışında ayıp zararlarının tazmininin seçimlik olmadığına başka bir gerekçe olarak, eser sözleşmesindeki ayıp hükümleri ile satış sözleşmesindeki özellikle ayıplı cins satışına ilişkin hükümler arasındaki sistematik benzerlik gösterilmiştir. Şöyle ki, OR 208'te cins satışına konu olan ayıplı malın teslimi halinde, alıcıya ayıplı malın misliyle değiştirilmesini isteme veya sözleşmeden dönme arasında seçimlik hak tanınmıştır. Alıcı sözleşmeden dönerse, satıcı satış bedelini faiziyle birlikte iade etme ve *ayrıca* ayıplı malın teslimi dolayısıyla alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Satıcı kusurlu ise, bunun dışında diğer zararları da tazmin etmek zorunda kalır (OR 208/2, 3). Satış sözleşmesinde tazminat talebi, dönme hakkının yerine kullanılamaz. Aksinin kabulü OR 208'in açık lafzıyla (“ayrıca” ifadesiyle) çelişir. Aynı durum, üçüncü fıkra için de geçerlidir. Çünkü “diğer zararlar” ifadesi, ikinci fıkrada ifade edilen doğrudan zararların tamamlayıcısı olarak anlaşılmalıdır. Görüldüğü üzere, satış sözleşmesinde tazminat talebi seçimlik değil, kümülatif nitelikte bir haktır. Aynı değerlendirme, eser sözleşmesi için de yapılmalıdır⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Şenocak, (2002), s. 66, dn. 162.

⁶⁵¹ Gauch, (2011), s. 693, Nr. 1852, Pally, (1996), s. 19, Honsell, (2010), s. 300, 301, Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 533.

⁶⁵² Aynı şekilde ayıp zararlarının tazmini konusunda haksız fiil hükümlerine de başvurulamaz. Zira eserin ayıplı üretimi tek başına mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Honsell, (2010), s. 301.

⁶⁵³ Gauch, (2011), s. 693, Nr. 1852; Bühler, (1998), s. 249, OR 368, Nr. 168, Tandoğan, (2010), s. 204.

⁶⁵⁴ Şenocak, (2002), s. 66.

⁶⁵⁵ Pally, (1996), s. 19, 20.

Türk hukukunda ise TBK m. 475'in lafzına bakıldığında, seçimlik hak olarak indirim, onarım ve dönme hakları sayılmıştır. Bunun dışında iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre⁶⁵⁶, satış sözleşmesi dışında eser sözleşmesinde de yükleniciye seçimlik hak olarak müspet zararın (ifa menfaatinin, ayıp zararının) tazminini isteme hakkı tanınmalıdır. Zira yüklenicinin ayıp sorumluluğunun temelinde kötü ifa hali yatmaktadır. Dolayısıyla borcun gereği gibi ifasında temerrüde düşen yükleniciye karşı TBK m. 125'e dayanarak müspet zararın tazminini isteme hakkı kullanılabilir.

Buna karşın hakim görüşe göre⁶⁵⁷, ayıptan dolayı kanunda tanınan seçimlik haklar sınırlı sayıda olduğu için iş sahibi ayıp zararının giderilmesini isteyemez. Başka bir deyişle, iş sahibi seçimlik hakların yerine ayıp zararının tazminini talebe yetkili değildir.

Görüldüğü üzere, hakim görüşe başvurulduğunda ayıptan doğan zararlar iki aşamada giderilirken, azınlık görüşüne başvurulduğunda tek bir aşamada giderilmektedir⁶⁵⁸. Zira hakim görüş seçimlik hak+tazminat olarak karşımıza çıkarken, azınlık görüşü tazminatı seçimlik hak olarak değerlendirdiği için indirim, onarım gibi seçimlik haklara başvurmaya gerek kalmadan ayıptan doğan bütün zararlar (ayıp zararı ile ayıbı takip eden zarar birlikte) giderilmiş olmaktadır. Böylece hakim görüş kapsamında seçimlik hak kullanılarak giderilen kayıp, azınlık görüşünde ayıp zararı olarak telafi edilmektedir. Kanaatimizce, her iki görüş arasındaki farklılık, kusur noktasında kendisini göstermektedir. Şöyle ki, azınlık görüşü kabul edildiğinde, yüklenici hiçbir kusurunun olmadığını ispat ettiği takdirde her türlü sorumluluktan kurtulabilmektedir. Hâlbuki hakim görüşe göre yüklenicinin kusursuzluğunu ispatlaması sadece ayıbı takip eden zarardan sorumlu olmaktan kurtulmasını sağlar; yoksa iş sahibinin indirim, dönme veya onarım hakları devam eder. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 368/I ve II. fıkralarının lafzından hareket edildiğinde, şartlar gerçekleştiğinde iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir ve yüklenicinin kusuru varsa tazminat talep edebilir. Aynı şekilde şartların gerçekleşmesi üzerine iş sahibi indirim veya onarım isteyebilir ve yüklenici kusurlu ise tazminat isteyebilir. Kanun koyucu, tazminatı seçimlik bir hak olarak öngörmek isteseydi, "ve" ifadesini

⁶⁵⁶ Yavuz, (2016), s. 562, Yavuz, C. (1989). *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Yayınevi. s. 197.

⁶⁵⁷ Eren, (2019b), s. 655, Nr. 2204, Tandoğan, (2010), s. 204, Şenocak, (2002), s. 65, 66, Özdemir, (2017),s. 1189.

⁶⁵⁸ Brandli, (2007), s. 386, Nr. 75.

değil “veya” ifadesini kullanırdı. Burada kanun koyucunun bilinçli olarak “ve” ifadesini kullandığını, böylece tazminatın kümülatif hak olarak değerlendirilmesine zemin hazırladığını düşünmekteyiz. TBK m. 475’te genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulması da bizi aynı sonuca götürmektedir. Kaldı ki, ayıp zararının tazmini seçimlik hak olsa idi, bu defa indirim ve onarım gibi seçimlik haklar işlevsiz hale gelebilirdi.

V-Ayıba İlişkin Cezai Koşulun (Ayıp Cezasının) Ayıptan Doğan Haklarla Birlikte Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

A) Genel Olarak Cezai Koşul

Cezai koşul, borçlunun borcunu sözleşmede öngörülen şekilde ifa etmemesi durumunda, alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu ekonomik değer taşıyan her türlü edim borcunu ifade etmektedir⁶⁵⁹. Borçlu sözleşme kurulurken borca aykırı davrandığı takdirde ne ile karşılanacağı konusunda bilgi sahibi olduğu için daha dikkatli davranacaktır. Bu yönüyle cezai koşul borçlu üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak⁶⁶⁰, borcun gereği gibi ifasına hizmet etmektedir⁶⁶¹.

TBK m. 179/I’de sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir cezai koşul kararlaştırılmışsa, aksi taraflarca açıkça öngörülmediği sürece bunun seçimlik nitelikte bir cezai koşul sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yani hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumunda, alacaklı ya cezai koşulu ya da edimin ifasını talep edebilir. Her ikisinin birlikte talep edilebilmesi, sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması şartına bağlanmıştır.

Buna karşılık borcun ifa yerinde ve zamanında gerçekleşmemesi durumu için bir cezai koşul kararlaştırılmışsa, bunun ifaya eklenen cezai koşul niteliğinde olduğu, dolayısıyla alacaklının aynen ifa ile birlikte cezai koşulun yerine getirilmesini talep edebileceği kabul edilmiştir. Yeter ki, alacaklı cezai koşul alacağından feragat etmiş olmasın ve aynen ifa talebini kabul ederken cezai koşul alacağını saklı tutmuş olsun (TBK m. 179/II). Aksi halde fer’i nitelikteki cezai koşul alacağı da sona erer.

⁶⁵⁹ Cansel, E., Özel, Ç. (2014). “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 713-733. s. 713, 714, Ozanoğlu, (1999), s. 75, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 455.

⁶⁶⁰ Cansel, Özel, (2014), s. 715, Ozanoğlu, (1999), s. 77.

⁶⁶¹ Stotz, (1989), s. 179.

B) Ayıp Cezası ve Miktarı

Tıpkı diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de özellikle edimin ifa zamanında yerine getirilmesini temin etmek üzere cezai koşul kararlaştırılmaktadır. Bunun yanı sıra uygulamada cezai koşulun yüklenicinin eseri ayıpsız bir şekilde ifa etmesini güvence altına almak için de kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu halde ayıp cezasının (Mangelstrafe) varlığından söz edilmektedir. Ayıp cezası, yüklenicinin eseri ayıplı bir şekilde teslim etmesi yoluyla sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinin yaptırımını oluşturmaktadır. Ayıp cezası da tıpkı diğer cezai koşullar gibi TBK m. 179 vd. hükümlerine tabidir⁶⁶².

Yüklenicinin hangi ayıptan dolayı cezai koşul ödeyeceği, ayıp cezasının içeriğine göre belirlenir. Bu yüzden ayıp cezasının içeriği yeterince açık bir şekilde düzenlenmelidir. Bununla birlikte ayıp cezasının farklı ayıpları kapsamı da mümkündür⁶⁶³.

Diğer taraftan ayıp cezasının miktarı belirlenirken de ilgili anlaşma hükümleri dikkate alınır. Ancak kararlaştırılan miktar, aşırı oranda yüksekse, hâkim takdir yetkisini kullanarak ayıp cezasında kendiliğinden indirim yapar (TBK m. 182/III). Ayıp cezasıyla iş sahibinin edimin aynen ifasındaki menfaati arasında açık bir orantısızlık varsa, ayıp cezasının aşırı olduğu söylenebilir⁶⁶⁴. Bu bağlamda ayıp cezasının TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırı nitelik taşıması, örneğin, yüklenicinin ekonomik açıdan mahvına yol açacak şekilde yüksek olması ayıp cezasının aşırı olduğu anlamına gelir⁶⁶⁵. Aşırılığın tayininde, iş sahibinin malvarlığı değerlerinin yanı sıra korunmaya değer hukuki varlıklarının bir bütün olarak göz önünde bulundurulması gerekir. Aynı şekilde ayıbın ağırlığının, iş sahibinin ayıbın meydana gelmesinde kusurlu olup olmamasının da bu konuda belirleyici bir rol oynadığı kabul edilmektedir⁶⁶⁶. Çünkü somut olayda iş sahibinin ortak kusuru varsa, hâkim, menfaat dengesini sağlamak için ayıp cezasında indirim yapabilir.

İş sahibi eserin ayıplı olmasından dolayı herhangi bir zarara uğramasa, aynı şekilde yüklenici ayıbın meydana gelmesinde kusurlu olmasa dahi⁶⁶⁷ ayıp cezasının kanun gereği ödenmesi gerekir (TBK m. 180/I). Zira cezai koşulun amacı zararın tazmini olmayıp, alacağı

⁶⁶² Gauch, (2011), s. 907, Nr. 2527.

⁶⁶³ Gauch, (2011), s. 907, Nr. 2528.

⁶⁶⁴ Stotz, (1989), s. 151.

⁶⁶⁵ Tekelioğlu, (2017),s. 171. Aksi görüşte bkz. Stotz, (1989), s. 151.

⁶⁶⁶ Stotz, (1989), s. 151.

⁶⁶⁷ Cezai koşulun talep edilebilmesi için kusurun gerektiği yönünde bkz. Tekelioğlu, (2017),s. 173.

güçlendirmektir⁶⁶⁸. Ancak kararlaştırılan ayıp cezası, iş sahibinin uğradığı zararı karşılamazsa, karşılanamayan bu kısım aşkın zarar olarak talep edilebilir⁶⁶⁹. Bunun için iş sahibinin hem zararın varlığını hem de yüklenicinin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir (TBK m. 180/II). TBK m. 112’de borçlu aleyhine öngörülen kusur karinesi burada geçerli değildir⁶⁷⁰.

Doktrinde TBK m. 180/II gereğince talep edilebilecek aşkın zararın kapsamına iş sahibinin ayıp yoluyla maruz kaldığı bütün zararların dâhil olduğu savunulmaktadır. Anılan görüşe göre, bütün zararların kapsamına sadece ayıbı takip eden zararlar değil, aynı zamanda ayıplı eserin bizzat kendisinde ortaya çıkan ayıp zararları da dâhildir. İş sahibinin zararı cezai koşulu aşarsa, aşkın kısmı talep edebilmesi ancak yüklenicinin kusurunu ispatlamasına bağlıdır. Bununla birlikte ayıp zararları konusunda illi sorumluluk kabul edildiği için, kusurun ispatı sadece ayıbı takip eden zararlar bakımından gereklidir⁶⁷¹. Aslında bu çözüm, yüklenicinin ayıp zararlarından dolayı tazminat sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki ilke ile çatışmaktadır. Gerçekten ayıp zararı indirim, onarım gibi seçimlik haklarla giderildiği için aşkın zararın kapsamına dâhil edilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Dolayısıyla aşkın zararın kapsamına sadece ayıbı takip eden zarar dâhil edilmelidir⁶⁷².

C) Ayıp Cezası ile Ayıptan Doğan Haklar Arasındaki İlişki

Doktrinde ayıptan doğan haklarla cezai koşul arasındaki ilişkinin nasıl olduğu, yani cezai koşulun dönme, indirim, onarım veya tazminat talebi ile birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Konu ile ilgili hakim görüşe göre⁶⁷³, ayıplı ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin uygulama alanlarından birini oluşturduğu için eserin ayıpsız ifasını teminat altına alma amacıyla kararlaştırılan cezai koşulun seçimlik nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Böylece iş sahibi ya ayıptan doğan haklarını kullanabilir ya da cezai koşulun ifasını talep edebilir.

⁶⁶⁸ Eren, (2019a), s. 1323, Nr. 3677. Bununla birlikte doktrinde ayıp cezasının talep edilebilmesi için zararın varlığı gerekmeseyse de ayıbın yükleniciye isnat edilebilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, yüklenici, ayıbın oluşmasında kendisine herhangi bir kusur isnat edilemeyeceğini ispatladığı takdirde, ayıp cezasını ödemekten kurtulur. Gauch, (2011), s. 907, Nr. 2529.

⁶⁶⁹ Eren, (2019a), s. 1330, Nr. 3701.

⁶⁷⁰ Stotz, (1989), s. 150.

⁶⁷¹ Gauch, (2011), s. 909, Nr. 2532.

⁶⁷² Aynı yönde bkz. Bentele, R. (1994). *Die Konventionalstrafe nach Art 160-163 OR*. Freiburg: Shaker Verlag. s. 135.

⁶⁷³ Bentele, (1994), s. 87, Buz, V. (2017). “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung, Ein Missgriff des Gesetzgebers?”. *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 490. 490-504. s. 495, Gauch, (2011), s. 907, 909, Nr. 2530, 2534.

İş sahibine tanınan bu yetki, hukuken seçimlik yetki sayılır⁶⁷⁴. Dolayısıyla bu görüş kabul edildiği takdirde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece ayıba takip eden zararın cezai koşulla birlikte istenebilmesi mümkün değildir. Yüklenicinin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden emredici nitelikte olmayan bu kümülatif talep etme yasağının gerekçesini, TBK m. 179/I'nin lafzı oluşturmaktadır. Ancak sözleşme ile iş sahibinin hem cezai koşulu hem de ayıptan doğan hakları kullanabileceği kararlaştırıldığında, TBK m. 179/I'deki kümülatif yasak da ortadan kaldırılmış olur. Şüphede böyle bir kümülatif anlaşmanın varlığı karine olarak kabul edilmemelidir, ancak iş sahibine herhalükarda bunu ispat edebilme imkanı verilmelidir⁶⁷⁵.

Başka bir görüşe göre⁶⁷⁶, cezai koşulla ayıptan doğan haklar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği (seçimlik mi yoksa kümülatif nitelikte bir ilişkinin mi söz konusu olduğu) belirlenirken, bunların aynı menfaati (zararı) karşılamayı amaçlayıp amaçlamadığı araştırılmalıdır. Buna göre ayıplı ifa hali için öngörülen cezai koşulun seçimlik nitelikte olduğunun kabulü için ayıptan doğan hakla aynı menfaati karşılaması gerekir. Ayıba ilişkin cezai koşul sadece ayıbın neden olduğu zararların tazminini amaçlamaktadır. O halde ayıba ilişkin cezai koşulla eser sözleşmesindeki ayıba takip eden zarar arasında menfaat benzerliği bulunmaktadır. Dolayısıyla iş sahibi ayıba takip eden zararlarla birlikte cezai koşulu talep edemez. Böylece aynı zararın iki kez tazmin edilmesinin de önüne geçilmiş olur. Buna karşılık ayıptan doğan diğer haklarla (indirim, dönme, onarım haklarıyla) ayıba ilişkin cezai koşul arasında menfaat benzerliği yoktur, bunlar farklı amaçlar gütmektedirler. Bu yüzden nasıl ki ayıptan doğan haklar tazminat talebiyle birlikte istenebiliyorsa, aynı durum cezai koşul için de geçerli olmalı ve iş sahibi dönme, onarım veya indirim talepleriyle birlikte cezai koşulu da talep edebilmelidir.

Aslında bu iki görüşteki yazarlar, farklı gerekçeler sunsalar dahi ayıba takip eden zararlar ayıp cezası arasındaki ilişkinin seçimlik nitelikte olduğu konusunda hemfikirdirler. Görüş farklılığı, ayıptan doğan diğer haklarla ayıp cezası arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce, bu noktada ileri sürülen ayıptan doğan seçimlik hakkın hukuki niteliği ve TBK m. 179/I'deki aynen ifa talebinin ne anlama geldiği araştırılmalıdır. TBK m. 179/I

⁶⁷⁴ Ozanoğlu, (1999), s. 95, Tekelioğlu, (2017),s. 168. Seçimlik cezai koşulda iş sahibi kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, ayıptan doğan hakların yerine cezai koşulu talep ederse, artık ayıptan doğan haklarını kaybetmiş olur. İş sahibinin seçimlik yetkisini kullanmasıyla birlikte borcun konusu değiştiği için bu yetki, hukuken değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dolayısıyla iş sahibinin tek taraflı irade beyanının yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşması, seçimlik yetkinin hüküm ve sonuç doğurması için gerekli ve yeterlidir. Ozanoğlu, (1999), s. 95, dn. 151.

⁶⁷⁵ Gauch, (2011), s. 909, Nr. 2534.

⁶⁷⁶ Buz, (2017), s. 497.

hükmü lafzi olarak yorumlandığında, gereği gibi ifa etmemeden dolayı ayıp cezası seçimlik cezai koşul niteliği taşır. Bu halde ayıp cezasının aynen ifa talebiyle birlikte ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak ayıbyı takip eden zararın tazmininin amacı, edim menfaatinin aynen ifası olmadığından, ayıp cezasının seçimlik nitelik taşıması ayıbyı takip eden zararla birlikte ileri sürülmesine engel değildir. Zira seçimlik olan tazminat değil, aynen ifa talebidir. Ancak kararlaştırılan cezai koşul, zararın üstüdeyse, sadece ayıp cezasının ödenilmesiyle yetinilecektir. Çünkü zarar karşılandığı için ayıbyı takip eden zararın söz konusu olması için aranan zarar şartı ortadan kalkmaktadır. Ayrıca ayıbyı takip eden zarar ile dönme, indirim ve onarıma rağmen karşılanamayan kısmın telafî edilmesi amaçlandığından, aşkın zarara benzediği görülmektedir. Aşkın zararda da uğranılan zararın cezai koşulla karşılanamaması söz konusudur. Bunun dışında her ikisinde de zarar ve kusur şartları aranmaktadır. Dolayısıyla nasıl ki cezai koşulla aşkın zararın tazmini birlikte talep edilebiliyorsa, aynı durum ayıbyı takip eden zarar için de söz konusu olmalıdır. Yani ayıbyı takip eden zararın ayıp cezasıyla birlikte talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Ancak aşkın zararda olduğu gibi, burada da işsahibi ayıp cezasıyla karşılanamayan ayıbyı takip eden zararlarını talep edebilir. Bir diğer deyişle, ayıbyı takip eden zararın miktarı, ayıp cezasından mahsup edilerek belirlenmelidir. Yoksa ayıbyı takip eden zarar ayıp cezasıyla toplanarak tazmin edilmemelidir⁶⁷⁷. Bununla birlikte taraflar ayıbyı takip eden zararla ayıp cezası arasındaki ilişkiyle ilgili sözleşmede farklı yönde düzenlemeler yapabilirler. Buna göre yalnızca ayıp cezasının veya ayıbyı takip eden zararın herhangi bir mahsup yapılmadan ayıp cezasıyla birlikte talep edilebileceği kararlaştırılabilir. TBK m. 27'deki sınırlar dâhilinde bu tür düzenlemelere hukuki geçerlilik tanınmalıdır. Ancak sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, ayıbyı takip eden zarar ayıp cezasını aştığı oranda tazmin edilmelidir⁶⁷⁸.

Diğer taraftan ayıp cezasının seçimlik nitelikte olup olmadığını belirlerken, aynen ifa talebi ile neyin kastedildiği de önem arz etmektedir. Bu noktada onarım, aynen ifanın başka bir görünüm şekli olduğundan ve aynen ifa ile ayıp cezası arasında seçimlik ilişkinin varlığı kabul edildiğinden, onarımla ayıp cezasının birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık dönme ve indirim talepleri aynen ifa ile aynı amacı gütmemektedir. Çünkü dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi sona ermekte ve tarafların iade borcu doğmaktadır. İndirim halinde ise kararlaştırılan bedel olması gereken bedele indirgenmek suretiyle sözleşmenin içeriği

⁶⁷⁷ Aynı yönde bkz. Ozanoğlu, (1999), s. 103.

⁶⁷⁸ Ozanoğlu, (1999), s. 104.

değişmektedir. Dolayısıyla ayıp cezası, dönme veya indirim talepleri ile birlikte ileri sürülebilir. Sözleşmeden dönüldüğünde, ayıp cezası ifayı engelleyen cezai koşul (dönme cezası) niteliği taşır. Buna karşılık indirim hakkı kullanıldığında, ayıp cezası ile birlikte talep edilebildiğine göre, bu durumda ayıp cezası ifaya eklenen cezai koşul niteliği taşır. Dolayısıyla TBK m. 179/I hükmü lafzi olarak yorumlandığında, ayıp cezasının hukuki niteliğinin kullanılan seçimlik hakka bağlı olarak değiştiği görülecektir. Ancak özellikle indirim hakkı ile birlikte talep edilen ayıp cezasının, ifaya eklenen cezai koşul olarak kabul edilmesi konusunda TBK m. 179/II hükmü önemli bir engel oluşturmaktadır. Çünkü hükümde ifaya eklenen cezai koşulun uygulama alanı, ifa yerinde ve ifa zamanında ifanın gerçekleşmediği durumlara özgülenmiştir. Bu durumda indirim ile birlikte talep edilen cezai koşulun hukuki niteliğinin ne olacağı sorun oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, kanun koyucunun gereği gibi ifa etmeme hallerinden olan ifa yerinde ve zamanında ifanın gerçekleşmemesi halinde ifaya eklenen cezai koşulu, buna karşılık diğer gereği gibi ifa etmeme hallerinde seçimlik cezai koşulu kabul etmesinin gerekçesini anlamak mümkün değildir. Bu şekilde bir ayırım yapmanın hiç bir haklı gerekçesi yoktur. İfa modalitelerine göre ayırım yapmak yerine, ayıplı ifa da dâhil olmak üzere gereği gibi ifa etmemeden kaynaklanan bütün durumlarda ifaya eklenen cezai koşulun, hiç ifa etmeme halinde ise seçimlik cezai koşulun varlığını kabul etmek isabetli olacaktır. Nitekim Roma hukuku ile Alman hukukunda da aynı esas kabul edilmiştir⁶⁷⁹. Böylece uygulamada birliktelik de temin edilmiş olacaktır. Ayrıca bu sayede bir taraftan ayıplı ifa karşısında işsahibi daha iyi korunacak, diğer taraftan yüklenicinin edimi ayıpsız ifa etmek için daha çok gayret sarf etmesi sağlanacaktır. Yani cezai koşulun caydırıcı özelliği daha yoğun bir şekilde hissedilecektir. Kanun değişikliği ile gereği gibi ifa etmeme halleri bir bütün olarak ifaya eklenen cezai koşul kapsamında düzenlenmelidir. Böylece cezai koşulun onarım, indirim, dönme ve ayıbı takip eden zararın tazmini talepleriyle birlikte ileri sürülmesi konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmayacak ve seçimlik hakkın türüne göre cezai koşulun niteliği değişmeyeceği için uygulamada yeknesaklık sağlanmış olacaktır. Bunun dışında indirim hakkı ile birlikte ileri sürülen cezai koşulun hukuki niteliğini belirlemeye yönelik sorun da çözülmüş olacaktır.

⁶⁷⁹ Buz, (2017), s. 490, 491.

§ 8. DÖNME HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ

I-Genel Olarak Dönme Hakkı, Şartları ve Sınırları

Dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili (ex tunc) olacak şekilde ortadan kalkar. Böylece tarafların borçları karşılıklı olarak sona erer, daha önce ifa edilen edimlerin ise iade edilmesi gerekir. Bu hak kural olarak eserin tesliminden sonra kullanılan bir hak olsa da, iş sahibinin ayıplı eseri teslim almaktan kaçınmak suretiyle de sözleşmeden dönmesi mümkündür. Bu sayede gereksiz bir iade yükümlülüğünün de önüne geçilmiş olur⁶⁸⁰.

Dönme hakkı, eser sözleşmesinin tamamını kapsamaktadır. Dolayısıyla iş sahibi kalan kısmın kabulü mümkün olsa dahi sadece ayıplı eser parçası için sözleşme ilişkisini ortadan kaldıramaz. Aynı şekilde dönme hakkını kullanan iş sahibi, uygun ücret karşılığında eserin ayıpsız kısmını kabul etmekle de yükümlü değildir. Meğerki, sözleşme ile aynı eserin parçasını oluşturmayan birden fazla farklı eserin üretimi taahhüt edilmiş olsun⁶⁸¹.

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin dönme hakkını kullanması yüklenicinin durumunu bir hayli zorlaştıracığı için bu hakkın kullanımı sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Öyle ki, eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet uyarınca kabul edemeyeceği derecede önemli ayıplı olursa ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa, dönme hakkı kullanılabilir (TBK m. 475). Dolayısıyla önemsiz ayıplar iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı bahşetmez. Kanun koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya iten sebep, satıcıya nazaran yüklenicinin daha çok korunması gerektiği düşüncesidir. Zira yüklenici borcunu yerine getirirken daha fazla zaman ve emek harcar⁶⁸².

TBK m. 475'in lafzına bakıldığında, dönme hakkının kullanımı için aranan "eserin kullanılmaması" ile "hakkaniyete göre kabulün beklenememesi" kriterlerinin alternatif olarak öngörüldüğü görülecektir. Oysa esasen "eserin kullanılmaması", "hakkaniyete göre kabulün beklenemediği" hallerden sadece birini oluşturmaktadır⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Tandoğan, (2010), s. 178, Yavuz, (2016), s. 559, Gautschi, (1967), s. 333, Nr. 10 a, Bögli, (1996),s. 50. Teslimden önce dönme hakkının kullanılmayacağı yönünde bkz. Özdemir, (2017),s. 1163, 1164.

⁶⁸¹ Bühler, (1998),s. 221, Nr. 66. Eserin bir bölümü ayıplı olduğunda, bu bölüm bağımsız eşya niteliğini haiz olduğu sürece kısmi dönmenin mümkün olduğu yönünde bkz. Furrer, (1973), s. 69.

⁶⁸² Öz, (1989),s. 106, Serozan, (2007), s. 307, Canbolat, (2009), s. 106, dn. 341. Bu yönde bkz. Y. 15. HD, 18.02.2015 T., E. 2014/5389, K. 2015/801 sayılı kararı.

⁶⁸³ Gauch, (2011), s. 610, Nr. 1557; Bühler, (1998),s. 216, Nr. 43, Tandoğan, (2010), s. 181; Gümüş, (2014), s. 64; Aral, Ayrancı, (2019), s. 407.

Bu durumda eserin ne zaman kullanılamaz olduğunu ve hangi hallerde işsahibinden kabulün beklenemediğini belirlemek önem arz eder. Doktrinde özellikle eserin kullanım amacı ve bununla ilgili nitelikler sözleşmede açıkça ifade edilmişse, söz konusu niteliklerin eserde bulunmaması halinde karine olarak eserin işsahibi bakımından kullanılamaz olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada eserin mutlak olarak kullanılamaz olmasına gerek yoktur; işsahibinin ihtiyaçları bakımından kullanılamaz nitelik taşınması gerekli ve yeterlidir⁶⁸⁴. Bununla birlikte eserin kullanılamaz sayılabilmesi için bu durumun *sürekli ve kesin olması* gerekir⁶⁸⁵. Ayıptan dolayı eserin geçici olarak kullanılamaması veya ayıbın eserin kullanımını imkânsız hale getirmemesi hallerinde, dönme hakkının kullanımı ancak işsahibinden eserin kabulünün beklenememesine bağlıdır. Bunun söz konusu olup olmadığına karar verirken ayıbın büyüklüğünü dikkate almak tek başına yeterli değildir; somut olayın şartlarının bir bütün olarak göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin, somut olaydaki kullanıma elverişsiz makine ile ilgili onarım veya indirim haklarının kullanılması işsahibinin menfaatine hizmet etmiyorsa, dönme hakkı için aranan kabulün beklenilmezliği şartının gerçekleştiği kabul edilebilir. Hatta değerlendirmede bulunurken, yüklenicinin sonraki davranışları da, örneğin, onarım yükümlülüğünü ifa etmekten haksız olarak kaçınması veya onarımı eksik bir şekilde yerine getirmesi ya da temerrüde düşmesi gibi durumlar da dikkate alınmalıdır. Bunun dışında yüklenici ayıba ağır kusuruyla neden olduğunda, özellikle aldatma kastıyla hareket ettiğinde de kabulün beklenemeyeceğinden söz edilmektedir⁶⁸⁶. Sonuç olarak dönmenin işsahibine sağlayacağı yararlar yükleniciye vereceği zarar karşılaştırılmak suretiyle kabulün beklenilmez olup olmadığına karar verilmelidir⁶⁸⁷. Burada dürüstlük kuralı belirleyici bir rol oynar⁶⁸⁸.

Diğer taraftan eserde birden fazla ayıp bulunabilir ve bunların hiçbiri tek başına kabulün beklenilmesini imkansız kılacak boyutta olmayabilir. Ancak bu ayıplar birlikte ele alındığında, eserin kabulü işsahibinden beklenemediğinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Gautschi, (1967), s. 341, Nr. 13 c, Furrer, (1973), s. 109, Seliçi, (1978), s. 163.

⁶⁸⁵ Gauch, (2011), s. 612, 613, Nr. 1567, 1568, Tandoğan, (2010), s. 182, Yavuz, (2014), s. 641.

⁶⁸⁶ Gauch, (2011), s. 610, 611, Nr. 1561, Bühler, (1998),s. 216, Nr. 44, 45, Furrer, (1973), s. 109.

⁶⁸⁷ Siegenthaler, (2016),s. 1070, Nr. 12, Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 530; Aral, Ayrancı, (2019), s. 407, Yavuz, (2016), s. 559, Uçar, (2003), s. 178, 179.

⁶⁸⁸ Bühler, (1998),s. 216, Nr. 43, Öz, (1989),s. 106, Seliçi, (1978), s. 163, Canbolat, (2009), s. 109, Özdemir, (2017),s. 1166.

⁶⁸⁹ Gauch, (2011), s. 612, Nr. 1564; Tandoğan, (2010), s. 182; Canbolat, (2009), s. 112, Şenocak, (2002), s. 51, Yavuz, (2014), s. 641.

Kabulün beklenilmezliği konusunda karar verirken iş sahibinin subjektif durumunun göz önünde bulundurulması gerektiğini savunan yazarların⁶⁹⁰ yanı sıra, objektif bir değerlendirme yapılmasının isabetli olacağını savunanlar⁶⁹¹ da bulunmaktadır. Ancak herhalükarda açıkça ya da zımnen vaat edilen nitelikler eserde bulunmazsa ya da eserin nitelikleri ile ilgili iş sahibi aldatılmışsa, kabulün beklenemez olduğu söylenebilir. Şu halde teslim sırasındaki ağır kusur, iş sahibinin sadece tazminat hakkını değil, dönme hakkını da etkilemektedir⁶⁹².

Sözleşmeden dönmenin başka bir şartı, eserin teslim edilmiş olmasıdır. Bununla birlikte iş sahibinin teslim anında ayıplı olduğunu anladığı eserleri teslim almaktan kaçınarak da dönme hakkını kullanabileceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir⁶⁹³. Böylece iş sahibinin alacaklının temerrüdüne (TBK m. 106 vd.) düşmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Eserin önemli ayıplarla teslimi halinde ifa talebini reddetme konusunda haklı olan iş sahibi, yükleniciyi borçlu temerrüdüne (TBK m. 117 vd.) düşürebilir⁶⁹⁴.

Diğer taraftan tazminat talebinden farklı olarak dönme hakkının kullanımı, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir⁶⁹⁵. Bu hakkın kullanılabilmesi için ayrıca ayıbın giderilmesi konusunda yükleniciye süre verilmesine de gerek yoktur⁶⁹⁶. Zira Alman hukukundan farklı olarak⁶⁹⁷, Türk-İsviçre hukukunda onarım hakkının üstünlüğü kabul edilmemiştir⁶⁹⁸.

İş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olan eserlerle ilgili dönme hakkına sınırlama getirilmiştir. TBK m. 475'e göre, bu tür eserlerin taşınmazdan sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacaksa, iş sahibi sözleşmeden dönemez; onun yerine bedelden indirim veya onarım haklarını kullanabilir. Böylece ekonomik açıdan değerli olan eserlere ilişkin sözleşmeler

⁶⁹⁰ Koller, (2015), s. 234, 235, Nr. 628.

⁶⁹¹ Gümüş, (2014), s. 64.

⁶⁹² Gautschi, (1967), s. 341, Nr. 13 c.

⁶⁹³ Gauch, (2011), s. 601, 602, Nr. 1532; Tandoğan, (2010), s. 178; Canbolat, (2009), s. 105.

⁶⁹⁴ Öz, (1989), s. 103.

⁶⁹⁵ Honsell, (2014), s. 1358, Nr. 5, Aral, Ayrancı, (2019), s. 406, Eren, (2019b), s. 656, Nr. 2210, Canbolat, (2009), s. 98.

⁶⁹⁶ Honsell, (2010), s. 295, Gümüş, (2014), s. 65.

⁶⁹⁷ Alman hukukunda iş sahibi dönme, indirim ve onarım talepleri arasında serbestçe seçim yapma imkânına sahip değildir. Gerçekten onarım için aranan şartlar gerçekleştiğinde, öncelikle yükleniciye ayıbı giderebilmesi için uygun ortamın sağlanması gerekir. Yüklenici kendisine tanınan sürede ayıbı gidermekten kaçınırsa, iş sahibi dönme veya indirim haklarını kullanabilir. İş sahibi aynı hakka, ayıbın giderilmesi imkânsız olduğunda, yüklenici ayıbı gidermeyeceğini açıkladığında ya da iş sahibinin özel menfaati dönme veya indirim haklarının derhal ileri sürülmesini haklı gösterdiğinde de sahiptir (BGB 633, 634), Böhler, (1998), s. 268, Nr. 242.

⁶⁹⁸ Brandli, (2007), s. 6, Nr. 14, dn. 10. Buna karşılık kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 306 hükmünün kıyasen eser sözleşmesi için de uygulanarak, eserin ayıplı olması halinde dönme hakkının kullanılabilmesi için öncelikle onarım hakkına başvurulması ve onarımın gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin beklenmesinin uygun olacağı yönünde bkz. Serozan, (2007), s. 306.

mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılmıştır⁶⁹⁹. Örneğin, zeminde yapılan yapılarda ya da bina eserinin boyanması halinde böyle bir durum söz konusudur. Buna karşılık kapı, pencere veya buzdolabı, bulaşık makinesi gibi nisbeten kolay tazmin edilme imkânının söz konusu olduğu monte edilen makine ya da bina parçaları, zeminle veya yapının duvarı ile az ya da çok sıkı bağlantı içinde bulunsalar ve bunların eklentileri hatta bütünleyici parçaları olsalar dahi dönme hakkı kullanılabilir⁷⁰⁰. Diğer taraftan hükümde iş sahibinin taşınmazından söz edilse de, doktrinde genişletici yorum yapılarak, üçüncü kişilere ait taşınmazlarda inşa edilen eserlerle ilgili olarak da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁰¹.

Bunun dışında iş sahibi eseri üçüncü kişiye devrettiğinde veya şeklini değiştirdiğinde de sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Zira devredilen veya şekli değiştirilen eserlerin iadesi mümkün değildir⁷⁰². Bununla birlikte dönme hakkından dolayı bir şekilde feragat anlamına gelen bu durum, iş sahibinin indirim hakkını kullanmasına ya da tazminat istemesine engel oluşturmaz⁷⁰³. Aynı şekilde eserin iş sahibinin sorumluluğuna neden olan bir durumdan dolayı yok olması veya esaslı şekilde kötüleşmesi hallerinde de dönme hakkı düşer⁷⁰⁴. Bunun kapsamına iş sahibinin sadece kusurlu davranışları girmez; aksine eserin yok olmasına yol açan her türlü davranışı bu kapsamda değerlendirilir⁷⁰⁵. Böyle bir durumda iş sahibi onarım hakkını da kullanamaz; sadece bedelinin indirilmesi ile aranan şartlar gerçekleşmişse ayıbı takip eden zararının tazminini talep edebilir⁷⁰⁶. Nihayet iş sahibi ayıbı bilmesine rağmen eseri kullanmaya devam ederse sözleşmeden dönemez. Zira sonradan gelen dönme beyanı iş sahibinin önceki davranışı ile çelişmekte, bu da dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelmektedir. Bununla birlikte eserin kullanımı her iki tarafın da menfaatine hizmet ediyorsa, özellikle eser kullanılmadığında değer kaybedecekse, kullanıma rağmen iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı devam eder⁷⁰⁷.

⁶⁹⁹ Bühler, (1998),s. 260, Nr. 211, Aral, Ayrancı, (2019), s. 407; Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 530; Tandoğan, (2010), s. 183, Canbolat, (2009), s. 115, Yavuz, (2014), s. 670.

⁷⁰⁰ Gautschi, (1967), s. 339, Nr. 13 a, Bühler, (1998),s. 260, Nr. 210.

⁷⁰¹ Gauch, (2011), s. 614, Nr. 1574; Gümüş, (2014), s. 66.

⁷⁰² Gauch, (2011), s. 621, Nr. 1600, Bühler, (1998),s. 265, Nr. 228.

⁷⁰³ Yavuz, (2014), s. 625.

⁷⁰⁴ Gauch, (2011), s. 620, 621, Nr. 1597.

⁷⁰⁵ Koller, (2015), s. 237, Nr. 637.

⁷⁰⁶ Uçar, (2003), s. 184, Tandoğan, (2010), s. 184.

⁷⁰⁷ Gauch, (2011), s. 622, 623, Nr. 1606, 1607, Bühler, (1998),s. 265, Nr. 229.

II-Dönme Hakkının Hukuki Niteliği ve Sözleşme İlişkisine Etkisi

Dönme hakkının hukuken yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı konusunda doktrinde görüş birliği sağlanmıştır. Buna karşılık söz konusu hakkın sözleşme ilişkisine etkisinin ne olacağı konusunda görüş ayrılığına düşülmüştür⁷⁰⁸.

Önceden beri savunulan ve doktrinde halen hâkim olan *klasik görüşe* göre, dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır ve bu hakkın kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olacak şekilde (ex tunc) sona erer. Dönme ile sanki taraflar arasında sözleşme ilişkisi hiç kurulmamış gibi bir hukuki durum ortaya çıktığı için, daha önce verilenlerin iadesi konusunda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır. Böylece iade alacağı ile ilgili 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır (TBK m. 82). Tarafların yerine getirilmemiş borçları ise kendiliğinden sona erer⁷⁰⁹.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarla ilgili 2 yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanması, doktrindeki bazı yazarları *yasal borç ilişkisi görüşünü* savunmaya itmiştir. Bu görüş, dönme hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olması ve sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırması yönleriyle klasik görüşe benzemektedir. Yasal borç ilişkisini klasik görüşten ayıran tek fark, zamanaşımı süresinin TBK m. 82'ye göre değil, TBK m. 146'ya göre (10 yıl olarak) belirlenmesi gerektiğidir. Zira bu görüşe göre, dönmenin hukuki dayanağını doğrudan doğruya TBK m. 125 hükmü oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu görüşteki yazarlara göre, TBK m. 125, iadenin nasıl gerçekleşeceği konusuna açıklık getirmediği için bu konuda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir⁷¹⁰.

Doktrinde son zamanlarda *yeni dönme görüşü* savunulmaya başlanmıştır. Buna göre dönme hakkı hukuken bozucu değil, değiştirici yenilik doğuran haktır ve dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamakta, sadece tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Dolayısıyla

⁷⁰⁸ Serozan, (2007), s. 59.

⁷⁰⁹ Serozan, (2007), s. 59, 60; Uçar, (2003), s. 175; Canbolat, (2009), s. 119, Seliçi, (1978), s. 160-162, Öz, (1989),s. 34, 35, Edis, (1963), s. 110, Selimoğlu, (2016), s. 151, Tunçomağ, (1977), s. 169. Klasik görüşün savunucularından Gauch, dönme ile sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olacak şekilde sona ereceğini kabul etmesine karşın, verilenlerin iadesi konusunda sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir, s. 424, Nr. 1538, 1539. Kanaatimizce, bu iki hukuki sonucun bir arada bulunması kendi içinde çelişki arz etmektedir. Zira sözleşme hükümlerine başvurabilmek için ortada geçerli olarak kurulmuş ve henüz sona ermemiş bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığında, artık sözleşme hükümlerine başvurabilmenin temel dayanak noktası da ortadan kalkmış demektir. Bu durumda sebepsiz zenginleşmenin uygulanma şartlarından “geçerli bir hukuki sebebin bulunmaması” şartı gerçekleşmiş olur.

⁷¹⁰ Serozan, (2007), s. 63; Uçar, (2003), s. 176, Öz, (1989),s. 36.

verilenlerin iadesi, zamanaşımı gibi konularda sebepsiz zenginleşme veya istihkak hükümlerini değil, doğrudan sözleşme hükümlerini uygulamak mümkündür⁷¹¹.

Kanaatimizce, yeni dönme görüşü özellikle iadenin mümkün olmadığı hallerde dönme hakkı kullanıldığında sonucun ne olacağını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Örneğin, konser veren ses sanatçısı ücretin ödenmemesi üzerine sözleşmeden döndüğünde, yerine getirdiği edimi nasıl geri isteyebilir? Yeni dönme görüşü sözleşme ilişkisinin sona ermediğini kabul ettiğinden, iade konusunda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacak, sadece tazminat istenebilecektir. Hâlbuki dönme hakkına bağlanan en tipik sonuçlardan biri de verilenlerin iadesidir. Dolayısıyla klasik görüşe üstünlük tanınmalıdır⁷¹².

III-Dönme Halinde Tazmin Edilecek Zararın Türü

Ayıplı ifadan dolayı eser sözleşmesinden dönüldüğünde, istenecek tazminatın türünü belirlemek hiç kolay değildir. Zira her ne kadar dönme halinde iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat talep edebileceği açıkça hükme bağlansa da (TBK m. 475), bu tazminatın türünün ne olduğu, diğer bir deyişle, menfi zarar mı sınırlı olduğu yoksa müspet zararın da mı istenebileceği hususu kanunun lafzından anlaşılammamaktadır. Doktrinde ise gerek sözleşmeden dönmeye bağlanan hukuki sonuçlar gerekse istenecek tazminatın türü ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür.

A) Menfi Zararın Bulunduğunu Savunan Görüş (Klasik Görüş)

Doktrindeki hakim görüş⁷¹³, eser sözleşmesinden dönme halinde iş sahibinin isteyebileceği tazminat talebinin menfi zararla sınırlı olduğu yönündedir. Zira kanun koyucu borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında, alacaklının tazminat talebinin sadece menfi zararı kapsadığını hüküm altına almıştır (OR 109/II, TBK m. 125/III).

Gerçekten borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemezse, alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın menfi zarara yönelik olduğu konusunda herhangi bir şüphe duyulmamalıdır. Burada müspet zararın bulunduğunu savunmak, kabul edilemez bir yorum şeklidir. Zira bu konuda Türk Borçlar Kanununda kavram birliği

⁷¹¹ Honsell, (2010), s. 295, Uçar, (2003), s. 176, 177; Eren, (2019b), s. 657, Nr. 2214, Öz, (1989),s. 37, 38.

⁷¹² Öz, (1989),s. 39.

⁷¹³ Feyzioğlu, (1980),s. 264, 265, dn. 360, Bühler, (1998),s. 256, Nr. 196, Schubiger, A. (1957). *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung* OR 197 ff.-OR 97 ff. Bern: Stämpfli. s. 73, Furrer, (1973), s. 67, Aydemir, (2009),s. 279.

sağlanamasa da kaynak İsviçre Borçlar Kanununda diğer hükümlerde (OR 26/I, 39/I) olduğu gibi OR 109/II'de de aynı kavramın (aus dem Dahinfallen des Vertrages) kullanıldığı görülmektedir. Bunun dışında TBK m. 123-125'te sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ile ifa edilmemesinden doğan zarar arasında alacaklıya seçimlik hak tanınması da, sözleşmeden dönme halinde istenecek tazminatın menfi zarara ilişkin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁷¹⁴.

O halde nasıl ki temerrüt halinde sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında istenecek tazminat menfi zarara ilişkin ise, aynı durum, ayıptan dolayı eser sözleşmesinden dönüldüğünde de geçerli olmalıdır⁷¹⁵. Bu noktada TBK m. 125 hükmünün sözleşmeden dönme ile ilgili genel hüküm niteliği taşıdığı ve kanunda aksine düzenleme bulunmayan tüm sözleşmeden dönme durumları için uygulanacağı kabul edilmelidir⁷¹⁶.

Menfi zarar, hukuken kurulmamış sayılan ya da geçersiz olan sözleşmenin, geçerli olarak kurulacağına ilişkin duyulan haklı güvenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zarardır. Dolayısıyla tazminatın kapsamı belirlenirken, iş sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile eser sözleşmesini hiç yapmasaydı alacağı durum arasındaki fark göz önünde bulundurulur⁷¹⁷. Bu noktada iş sahibinin ifaya ilişkin menfaati menfi zararın kapsamına girmediğinden, sözleşmeden dönen iş sahibi ifa menfaatinin ihlali yüzünden ortaya çıkan hak kayıplarını talep edemez⁷¹⁸. Buna karşılık iş sahibi fiili zararları ile kaçırdığı fırsatların tazminini isteyebilir. Fiili zararların kapsamına öncelikle eser sözleşmesinin kurulması için yapılan masraflar (örneğin noter, telefon, seyahat masrafları gibi), ihtar çekme, mehil verme için yapılan masraflar ile dava takip masrafları dâhildir. Ayrıca iş sahibinin sözleşmeden dönme dolayısıyla üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getiremediğinden, onlara ödemek zorunda kaldığı cezai şartlarla tazminatlar da fiili zarar olarak istenebilir⁷¹⁹. Bunun dışında dönülen sözleşmeye güvenerek daha elverişli şartlarla sözleşme yapma fırsatını kaçıran iş sahibi, kaçırdığı fırsatların tazminini de isteyebilir. Örneğin, taşınmazını tamir ettirmek isteyen T farklı yüklenicilerle görüşmüş ve A yüklenicisi tamirâtı 2 milyon liraya yapabileceğini söyleyince, T, aynı işi 3 milyona yapmayı teklif eden B yüklenicisinin önerisini reddetmiştir. Daha sonra T

⁷¹⁴ Ergüne, M. S. (2008). *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta Yayınevi. s. 256.

⁷¹⁵ Pally, (1996), s. 56.

⁷¹⁶ Öz, (1989), s. 285.

⁷¹⁷ Eren, (2019a), s. 1186, Nr. 3309, Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 240, 241.

⁷¹⁸ Öz, (1989), s. 285.

⁷¹⁹ Eren, (2019a), s. 1260, 1261, Nr. 3516, Buz, (1998), s. 243-245.

sözleşmeden dönüldüğü için C yüklenicisine taşınmazı 4 milyona tamir ettirmek durumunda kalmıştır. Bu halde T, 4-3 =1 milyon lira değerindeki kaçırdığı fırsatı menfi zarar kapsamında talep edebilir⁷²⁰.

B) Müspet Zararın Mevcut Olduğunu Savunan Görüş

Avusturya Medeni Kanununun 921. maddesi ile Fransız Medeni Kanununun 1184. maddesinde, sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararının tazminini talep edebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Viyana Satım Sözleşmesinde de benzer bir düzenleme mevcuttur (m. 45/II)⁷²¹. Buna karşılık Türk hukukunda dönme halinde müspet zararın istenip istenemeyeceği tartışmalıdır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁷²², dönme halinde tazminat talebini menfi zararlarla sınırlandırıp, alacaklıyı müspet zarardan yoksun bırakmanın, somut olay adaletine ve menfaat dengesine uygun düşmeyeceğini savunmaktadır. Aynı şekilde çoğu halde alacaklının menfi zarar ve müspet zarar ayrımı ile ilgili bilgisi olmadığından, sözleşmeden dönüp müspet zararının tazmini yönünde irade beyanında bulunması mümkündür. Bu halde alacaklının gerçek iradesinin sözleşmeden dönmeye mi yoksa müspet zararının tazminine mi yönelik olduğunu belirlemek hiç kolay değildir. Bunun dışında menfi zarar kapsamında değerlendirilen zarar kalemlerini belirlemek, pek çok durumda zorluk teşkil edebilir. Yine tazminat isteminin menfi zararlarla sınırlandırılması, TBK m. 51 gereğince hâkimin tazminatı durumun gereğine ve borçlunun kusuruna göre serbestçe takdir etme yetkisini de zedeler. Nihayet TBK m. 125'teki borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme ile uğranılan zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna yönelik haklı güvenin ihlalinden değil, doğrudan sözleşmenin zamanında ifa edileceğine duyulan güvenin sarsılmasından ileri gelmektedir. Bu durum, özellikle TBK m. 125'teki zarar ile hile halinde tazmini istenen zarar karşılaştırıldığında daha net bir şekilde görülecektir. Gerçekten TBK m. 125'teki zarar, sözleşmenin kuruluşunda söz konusu olan hile dolayısıyla ortaya çıkmış hükümsüzlükten kaynaklanan bir zarar olmayıp, aksine geçerli olarak kurulmuş ancak ifa edilmemiş bir sözleşmeden doğan zarardır⁷²³. Dolayısıyla tazminatın üst sınırı belirlenirken, dönme sonucunda iade edilecek edimlerin değeri çıkarıldıktan sonra, sözleşmeye aykırı davranılmasaydı alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum ile bu tür bir

⁷²⁰ Öz, (1989),s. 289, 290.

⁷²¹ BuZ, (1998), s. 243.

⁷²² Serozan, (2007), s. 589 vd.

⁷²³ Serozan, (2007), s. 589.

aykırılıktan dolayı şu an içinde bulunduğu gerçek durum arasındaki fark, yani geniş anlamda müspet zarar göz önünde bulundurulmalıdır⁷²⁴.

Buna karşılık başka bir görüşe göre⁷²⁵, alacaklının menfi zarar ve müspet zarar ayrımı ile ilgili hukuki bilgiden yoksun olması, dönme halinde müspet zararın tazmininin istenmesi konusunda haklı bir gerekçe oluşturmaz. Hem sözleşmeden dönüp hem de müspet zararını isteyen alacaklının bu iradesi, TBK m. 19/I'e göre yorumlanmalıdır⁷²⁶. Böylece sözleşmede yanlışlıkla kullanılan ifadelerin yerine gerçek iradeler esas alındığı için, ileride ortaya çıkabilecek sıkıntıların da önüne geçilmiş olur. Bunun dışında menfi zararın kapsamına giren hallerin belirlenmesi konusundaki zorluklar ise, menfi zarar ve müspet zarar ayrımının terk edilmesi yoluyla değil, bilakis menfi zararın kapsamını belirlemeye yönelik daha detaylı araştırmaların yapılmasıyla aşılabılır. Nihayet tazminat tutarının tayininde hâkimin takdir yetkisinin bulunması, hukuki kavramları azaltmak yerine bunlara daha fazla özen gösterilmesini haklı kılmaktadır⁷²⁷.

Benzer bir görüşe göre⁷²⁸, menfi zarar belirlenirken sözleşmeden dönülmeden önceki farazi durum araştırıldığı için bazı zorluklarla karşılaşılması muhtemeldir. Ancak söz konusu zorluklar, menfi zararın reddi konusunda haklı bir sebep oluşturmaz. Aksi halde ispat edilmesi zor olduğu için manevi zarar ile satış sözleşmesinde geçerli olan doğrudan zarar ile dolaylı zarar kavramlarının da reddedilmesi gerekirdi. Fakat böyle bir sonuç kavram kısırlığına neden olduğu için kabul edilemez.

Yine bu görüşe göre, dönme halinde müspet zararın tazminine imkan tanınması, alacaklının sahip olduğu seçimlik hakların sayısını azaltır. Böylece fark teorisine göre müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönme arasındaki fark da ortadan kalkar ve fark teorisinin ya da sözleşmeden dönmenin bağımsız bir hukuki kurum olma özelliği sona erer. Bu sonucun isabetli olup olmadığı ise ayrıca sorgulanmalıdır⁷²⁹.

⁷²⁴ Serozan, (2007), s. 598.

⁷²⁵ Öz, (1989),s. 286.

⁷²⁶ Yorumun nasıl yapılacağı tartışmalı olmakla birlikte hakim görüşe göre, alacaklı, ifa menfaatinin (müspet zararının) tazminini talep ediyorsa, sözleşmeden dönme yönünde irade açıklamasında bulunmuş olsa dahi onun sözleşmeden dönmediğini kabul etmek gerekir. Bu sonuç, alacaklının menfaatine uygun düşmektedir. Zira çoğu halde müspet zararın miktarı menfi zararı aşmaktadır. Bununla birlikte alacaklının menfi zararı müspet zararın üstündeyse veya alacaklı için sözleşme ilişkisinden kurtulmak tazminat talep etmeye nazaran daha çok önem arz ediyorsa, alacaklının sözleşmeden dönüp menfi zararı istediği sonucuna varılmalıdır. Ergüne, (2008), s. 265, dn. 411.

⁷²⁷ Öz, (1989),s. 286.

⁷²⁸ Buz, (1998), s. 261, 262.

⁷²⁹ Buz, (1998), s. 265-267.

Diğer taraftan Fransız ve Avusturya Medeni Kanunlarında müspet zararın tazminine imkan tanıyan düzenlemelerin, Türk/İsviçre hukuku bakımından örnek alınması gerektiği savunulabilir. Ancak bu hukuk sistemlerinde Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak alacaklıya aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme hakkı tanınmamış, bu hakkın ancak aynen ifa ile birlikte ya da sözleşmeden dönme halinde kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Buna karşılık Türk/İsviçre hukukunda temerrüt halinde alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, Türk/İsviçre hukukunun yapısına uygun değildir⁷³⁰. Sonuç olarak dönme ile sözleşme kurulmadan önceki hukuki durum yeniden oluşturulmaya çalışıldığı için onunla aynı amaca hizmet eden menfi zararın, dönme ile birlikte talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Böylece dönme hakkının yetersiz kaldığı hallerde menfi zararın tazmini devreye girecek ve ortaya çıkabilecek eksiklikler bu şekilde giderebilecektir⁷³¹.

C) İş sahibinin Seçimine Göre Menfi ya da Müspet Zararın Söz Konusu Olduğunu Savunan Görüş

Dönme halinde menfi zararın istenebileceği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Zira dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, özellikle klasik dönme görüşü kabul edilecek olursa sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erdiği için sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ilişkin duyulan haklı güven de bozulmaktadır.

Buna karşılık dönme hakkının kullanılması üzerine iş sahibinin müspet zararı isteyip isteyemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Kanunun lafzından hareketle, bu sorunun cevaplandırılabilmesi oldukça zordur. O halde tazminatın türü belirlenirken, sistematik yoruma başvurulması ve kanunun hazırlık çalışmalarının göz önünde bulundurulması gerekir⁷³².

Sistematik yorumda hükmün kanunda bulunduğu yere ve diğer hükümlerle olan ilişkisine bakılır. Çünkü her ne kadar kanun hükümleri parça parça görülse de, yorum yaparken bu hükümleri bütün halinde değerlendirmek gerekir. Burada hükmün ruhu araştırılırken, benzer durumları ele alan diğer hükümlerden kıyas veya öncelik yoluyla istifade edilmektedir⁷³³. Dolayısıyla özellikle satış sözleşmesi ile kira sözleşmelerinde ayıplı ifa halinde dönme hakkının kullanılmasına yönelik hükümlerle borçlunun temerrütünde sözleşmeden dönmeye ilişkin

⁷³⁰ Buz, (1998), s. 269, 270.

⁷³¹ Buz, (1998), s. 272.

⁷³² Pally, (1996), s. 57.

⁷³³ Oğuzman, M. K., Barlas, N. (2015). *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 73.

hüküm, eser sözleşmesinden dönme halinde istenecek tazminatın kapsamını belirlerken etkili olacaktır.

Ayıp nedeniyle satış sözleşmesinden dönme halinde satıcının doğrudan zararlardan sorumluluğunun illi olduğu, buna karşılık dolaylı zararlardan ise kusuru varsa sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır (TBK m. 229). Doğrudan zararlar dolaylı zararların kapsamı önceden olduğu gibi bugün de tartışmalıdır. Ancak doğrudan zararın fiili zararı, dolaylı zararın ise yoksun kalınan karı kapsadığı görüşü kabul edilecek olursa, müspet zararın dönme hakkıyla birlikte talep edilebilmesi mümkün hale gelir. Zira yoksun kalınan kar müspet zararın bir parçasını oluşturur⁷³⁴.

Kira sözleşmesi açısından duruma bakıldığında ise, kiralanandaki ayıp, sözleşmeyle kararlaştırılan kullanıma elverişliliği kısmen ya da tamamen ortadan kaldırdığı takdirde, kiracının kaynak İsviçre hukukunda hiç ifa etmemeye ilgili OR 107-109 hükümlerine başvurabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla kiracı aynen ifada ısrar etmek yerine kira konusunu teslim almaktan kaçınabilir ve kusur halinde müspet ya da menfi zararının tazminini isteyebilir⁷³⁵.

Özellikle 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu revize edilmeden önce borçlunun temerrüdü halinde alıcıya iki seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre alıcı ya aynen ifa talebinde ısrar edebilir ya da sözleşmeden dönüp uğradığı bütün zararların tazminini isteyebilir. Buradaki “bütün zararlar” ın kapsamına müspet zararlar da girmektedir. Ancak revizyonla birlikte temerrüt halinde alıcının seçimlik haklarının sayısı üçe çıkarılmış ve BGB’den farklı olarak dönme halinde alıcının tazminat hakkı menfi zararlarla sınırlandırılmıştır. Fakat bu çözüm şekli şu anki dönme anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Bugün doktrinde artık dönme ile sözleşme ilişkisinin geleceğe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı ve tazminat talebinin sözleşme hükümlerine göre istenebileceği görüşü savunulmaya başlanmıştır (yeni dönme teorisi). Bu noktada yeni dönme teorisine üstünlük tanınmalı ve dönme ile müspet zararın karşılıklı olarak birbirlerini dışladıkları yönündeki hukuk dogmatikinden vazgeçilmelidir. Diğer taraftan alıcının sözleşmeden döndüğünde menfi zararlarını isteyebileceği konusunda şüphe yoktur. Aynı şeyin neden müspet zararlar için geçerli olmadığına gerekçesi ise açık değildir. Hâlbuki müspet zararların istenebilmesi için de sözleşme ilişkisinin gelecekte mevcut olmasına gerek yoktur. Nitekim BGB § 325’te de dönme ile sözleşmeye dayalı tazminat talebinin birlikte ileri

⁷³⁴ Pally, (1996), s. 57, 58.

⁷³⁵ Pally, (1996), s. 58.

sürülebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla alıcıya dönme halinde müspet ya da menfi zararın seçimi konusunda bir hak tanınmalıdır. Bu seçimlik hak, yeni dönme teorisinin kabul edilmesine ve dönme ile ifa menfaatinin birbirini dışladığı yönündeki hukuk dogmatığının aşılmasına dayanmaktadır⁷³⁶.

Görüldüğü üzere, eser sözleşmesinden dönme ile hukuken benzerlik gösteren bütün normlar, sözleşmeye güvenen alacaklıya müspet zarar kapsamında tazminat talep etme imkânı vermektedir. Bu durum eser sözleşmesinden dönme halinde de, iş sahibinin müspet zararının tazminini isteme hakkının bulunduğu güçlü bir göstergesidir. Eser sözleşmesi ile cins satışına ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında özellikle seçimlik haklar bakımından büyük benzerlik bulunması, aynı şekilde iş sahibi ile alıcının menfaatleri arasında benzerlik olması da dönme halinde müspet zararın istenebileceğine gerekçe teşkil edebilir⁷³⁷.

Sonuç olarak dönme halinde müspet ya da menfi zararın tazminini talep etme konusunda iş sahibinin seçimlik hakkı olduğu kabul edilmelidir⁷³⁸. Yüklenicinin kusurlu olarak iş sahibinden kabulü beklenemeyecek şekilde ayıplı bir eser teslim etmesi halinde, iş sahibine tanınan tazminat talebini menfi zararla sınırlandırmak, hiçbir haklı gerekçe olmaksızın yüklenicinin korunması anlamına gelir. Yüklenici eser sözleşmesine uygun hareket etseydi, iş sahibi ekonomik olarak hangi durumda bulunacaksa onu sağlamalıdır (müspet zararı karşılamalıdır)⁷³⁹. Nitekim Alman hukukunda başlangıçta sözleşmeden dönen alacaklıya tazminat isteme hakkının tanınmasının isabetli olmadığı savunulurken, ilerleyen dönemlerde BGB'nin değiştirilmesine ilişkin tasarıda (BGB-KE 327/I) sözleşmeden dönen alacaklıya menfi zararı ile müspet zararının tazminini isteme konusunda seçimlik bir hak verilmiştir⁷⁴⁰. Böylece iş sahibi hangi zararın tazmini kendisi için daha avantajlı sonuçlar doğuracaksa onu isteyebilmelidir. Sözleşme ilişkisine devam edileceği yolundaki haklı güveni ihlal edilen iş sahibi, belli bir yönde tercihte bulunmaya zorlanmamalıdır. Çoğu durumda müspet zararın miktarı menfi zararı aşsa dahi, menfi zararın tazmini konusunda iş sahibinin daha fazla menfaati bulunabilir. Çünkü hukuk sistemimizde ilan yoluyla ödül sözü verme (TBK m. 9) dışında menfi zararı müspet zararla sınırlandıran bir hüküm yoktur. Bu noktada iş sahibinin seçimlik hakkı

⁷³⁶ Stoppelhaar, (2019), s. 193, 194.

⁷³⁷ Pally, (1996), s. 59.

⁷³⁸ Koller, (2015), s. 241, Nr. 649.

⁷³⁹ Pally, (1996), s. 60, 61.

⁷⁴⁰ Buz, (1998), s. 241-243.

dolayısıyla yüklenicinin başı sonu belli olmayan tazminat talepleriyle karşı karşıya kalabileceği akla gelebilir. Ancak dürüstlük kuralı sayesinde bu tehlikenin önüne geçilebilir⁷⁴¹.

D) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kanaatimizce, sözleşmeden dönme halinde istenecek tazminatın hukuki niteliğine ilişkin sorunun çözümü, dönmeyle ilgili ileri sürülen teorilerden hangisine üstünlük tanındığı ile yakından ilgilidir. Zira klasik dönme görüşü kabul edilirse, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, iş sahibinin isteyeceği tazminat menfi zararın karşılanmasıyla ilgili olacaktır. Çünkü menfi zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ilişkin duyulan haklı güvenin ihlaline dayanır. Buna karşılık yeni dönme görüşü kabul edilirse, sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayıp sadece tasfiye ilişkisine dönüşeceğinden, istenecek tazminat müspet zarara ilişkin olacaktır⁷⁴². Müspet zarar, sözleşme ilişkisinin ayakta olduğu, ancak borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği hallerde söz konusu olur.

Doktrinde alacaklının menfaatlerini daha iyi koruyabilmek için giderek yeni dönme görüşüne üstünlük tanındığı görülmektedir. Özellikle zamanaşımı konusunda sözleşmeye ilişkin 10 yıllık genel zamanaşımı süresini uygulayabilmek için bu yönde bir eğilim gelişme göstermiştir. Ancak kanaatimizce zamanaşımı için yeni dönme görüşünü benimsemeye gerek yoktur. Zira TBK m. 146'da kanunda başkaca bir hüküm yoksa bütün taleplerin 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki hüküm sayesinde, iade talepleri hakkında 10 yıllık zamanaşımı süresini uygulamak mümkün hale gelmektedir⁷⁴³. Ayrıca sözleşmeden dönme ile aslında her iki tarafın da sözleşme ilişkisine devam etme iradesi sona ermektedir. Taraflar tasfiye amacıyla sınırlı da olsa sözleşmeyi sürdürmek istememektedirler. Zaten sözleşmeyi sürdürmek isteseler dönme dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanırlardı⁷⁴⁴. Dolayısıyla klasik dönme görüşüne üstünlük tanınmalıdır.

Bununla birlikte doktrinde klasik dönme görüşünün kabulü halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden, artık sözleşme hükümlerine göre tazminat istenemeyeceği, bu konuda olsa olsa haksız fiil hükümlerine başvurulabileceği savunulmaktadır⁷⁴⁵. Böyle bir

⁷⁴¹ Ergüne, (2008), s. 267, 268.

⁷⁴² Aynı yönde bkz. Glatli, s. 240-242, Ergüne, (2008), s. 262, dn. 405'ten naklen. Buna karşılık dönmeye ilişkin görüşlerin tazminatın türünün belirlenmesinde etkili olmadığı, dolayısıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının müspet zararın, aynı şekilde sözleşme ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüşmesinin menfi zararın tazminine engel olmadığı yönünde bkz. Ergüne, (2008), s. 262, 263.

⁷⁴³ Aynı yönde bkz. Buz, (1998), s. 151.

⁷⁴⁴ Buz, (1998), s. 134, Feyzioğlu, (1980), s. 265, dn. 360.

⁷⁴⁵ Bilgi için bkz. Buz, (1998), s. 124, dn. 24.

durumda sadece sözleşme sorumluluğu için geçerli olan müspet zarar ve menfi zarar ayırımından bahsedilemez. Bu görüş, ilk bakışta ikna edici görünmektedir. Ancak daha detaylı düşünüldüğünde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının, tazminat talebinin sözleşmesel nitelikte olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği anlaşılabacaktır. Zira dönme hakkının kullanılması ile tazminat talep edilmesinin sebebini, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı (yüklenicinin ayıplı ifası) oluşturmaktadır. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ise, sadece dönmeye bağlanan bir hukuki sonuçtur⁷⁴⁶.

Görüldüğü üzere, dönme ile sözleşme kurulmadan önceki hukuki durum yeniden oluşturulmaya çalışılmaktadır. Menfi zarar da dönme ile aynı amaca hizmet etmektedir. Kanunun sistematiğine, alacaklıya dönme hakkının tanındığı diğer hükümlere (örn. borçlunun temerrüdünde dönmeye ilişkin TBK m. 125/III'e⁷⁴⁷) bakıldığında da, dönme halinde istenecek tazminatın menfi zarara ilişkin olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Aksinin kabulü, yani dönme ile birlikte müspet zararın tazminine imkân tanınması, hem TBK m. 125'te öngörülen aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönüp menfi zararın tazmini şeklinde alacaklıya tanınan seçimlik hakkı ortadan kaldırır hem de kendi içinde çelişki oluşturur⁷⁴⁸. Ayrıca bunun kabulü halinde menfi zarar kavramı işlevsiz hale gelir. Çünkü iptal⁷⁴⁹ dışında menfi zararın istenebileceği en tipik hal dönmedir. Fesih halinde sözleşme ilişkisi geleceğe etkili şekilde sona erdiğinden, istenecek tazminat müspet zararın giderilmesine yöneliktir. İş sahibi müspet zararının tazminini istiyorsa, dönme yerine ayıbın giderilmesi veya bedel indirimi haklarından birini kullanmalıdır. Diğer seçimlik haklarını kullanmayıp sözleşmeden dönmeyi tercih eden iş sahibi, yaptığı tercihin sonuçlarına katlanmalı ve menfi zararın tazminiyle yetinmelidir⁷⁵⁰. Dolayısıyla dönme hakkını kullanan iş sahibi menfi zararın yerine seçimlik olarak müspet zararın tazminini isteyemez. Çünkü seçimlik ilişkinin varlığı için ortak bir noktanın bulunması gerekir. Hâlbuki menfi zararlar müspet zararın şartlarının aynı anda bulunması işin niteliği gereği mümkün değildir. Sonuç olarak, sözleşmeden dönen iş sahibinin tazminat talebinin sadece menfi zarara yönelik olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁴⁶ Aynı yönde bkz. Buz, (1998), s. 148, 149.

⁷⁴⁷ TBK m. 125/III'e göre, "...alacaklı sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."

⁷⁴⁸ Aynı yönde bkz. Öz, (1989),s. 39, Şenocak, (2002), s. 70.

⁷⁴⁹ İptal bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, iptal halinde de sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. İptal halinde istenecek tazminat menfi zarara yöneliktir, müspet zararın tazmini istenemez. Eren, (2019a), s. 451, Nr. 1232.

⁷⁵⁰ Benzer bir görüş için bkz. Ergüne, (2008), s. 259.

IV-Dönme Hakkı Kapsamında Değerlendirilen Haller

Ayıplı ifa halinde işsahibinin eser sözleşmesinden dönmesiyle birlikte yüklenicinin ücret alacağı sona erer, daha önce tahsil edilen ücretin ise faiziyle birlikte iade edilmesi gerekir. Aynı şekilde işsahibi de eseri semereleriyle birlikte geri verme borcu altına girer. Buna karşılık işsahibi eser için bakım, onarım veya sigorta gibi bir takım masraflar yapmışsa, bu masrafları yükleniciden talep edebilir⁷⁵¹.

Yapılan masraflar, dönme hakkı kapsamında değerlendirilen iade alacağının konusunu oluşturduğunda, hukuken ayıplı takip eden zarar olarak nitelendirilemez⁷⁵². Böylece yüklenicinin kusursuz sorumluluğuna başvurulabilir. Buna karşılık iade alacağı içinde değerlendirilmeyen masraflar, hukuken ayıplı takip eden zarar sayılacağı için yüklenici ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla dönme hakkının (iade alacağının) kapsamına giren masrafların neler olduğunun belirlenmesi hukuken önem arz etmektedir. Ancak dönmeye ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 125/III'e bakıldığında, bu sorunun cevapsız bırakıldığı, sadece satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin TBK m. 229 ile taksitle satışa ilişkin TBK m. 260'ta özel nitelikte hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bunun yerine kanun yapma tekniği açısından iade borcunun kapsamına giren hallerin genel nitelikte bir hükümle kaleme alınması ve her sözleşme türüne ilişkin özel hükümler saklı kalmak kaydıyla genel hükümlerin tamamlayıcı nitelikte uygulanması, daha isabetli bir tercih olurdu⁷⁵³.

A) Gerekli ve Faydalı Masraflar

İsviçre hukukunda masraf kavramı ile ilgili yeknesak bir tanım yapılamamıştır. Bir taraftan bu kavram dar anlamda, yani maddi (eşyaya ilişkin) menfaatleri korumak için yapılan ödemeler olarak anlaşılırken, diğer taraftan maddi menfaatlerin yanı sıra kişisel menfaatlere ilişkin ödemeler de masraf kavramının içine dâhil edilmektedir. Hakim görüşüne göre, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından masraf kavramı dar anlamda değerlendirilmelidir⁷⁵⁴.

Pandekt hukukundan itibaren masraflar kendi içinde gerekli (zorunlu) masraf, faydalı masraf ve diğer (lüks) masraflar olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Gerekli masraflar, eşyanın değerinin korunması ya da iktisadi olarak kendisinden beklenen işlevi yerine

⁷⁵¹ Gauch, (2011), s. 602, Nr. 1534, 1535.

⁷⁵² Pally, (1996), s. 62, 63.

⁷⁵³ Buz, (1998), s. 174.

⁷⁵⁴ Pally, (1996), s. 63.

getirmesi için yapılan masraflardır. Faydalı masraflar ise, gerekli olmamakla birlikte yapıldığında eşyanın değerini ya da verimini artıran masraflardır. Nihayet diğer masraflar ise, gerekli ve faydalı masrafların kapsamına girmeyen, kişinin tamamen kendi zevki için yaptığı masrafları ifade eder⁷⁵⁵.

Gerek TBK m. 475'te gerek OR 368/I'de iş sahibine illi olarak tanınan dönme hakkının kapsamı açıklığa kavuşturulmamış, sadece aranan şartlar gerçekleştiğinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği hüküm altına alınmıştır. Hal böyle olunca, sözleşmeden dönüldüğünde hangi masrafların dönme hakkının kapsamına girdiği, hangilerinin ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada sistematik yoruma başvurulmalıdır. Böylece dönme hakkının düzenlendiği diğer hükümlerin, özellikle satılanın ayıplı olması halinde dönme (TBK m. 229) ile temerrüt halinde dönmeye (TBK m. 125/III) ilişkin hükmün kapsamının araştırılması gerekir. Ancak bir taraftan bu hükümler doktrin ve uygulamada yoğun bir şekilde tartışıldığından, diğer taraftan TBK m. 475'e nazaran daha ayrıntılı düzenlemeler içermediğinden, bunların uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelmektedir⁷⁵⁶.

Satış sözleşmesinden dönmeye ilişkin TBK m. 229 hükmüne bakıldığında, kanun koyucunun masraf türleri arasında hiçbir ayırım yapmadığı ve satıcıyı bütün masraflardan dönme hakkı kapsamında kusursuz olarak sorumlu tuttuğu görülmektedir. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak, masrafların talep edilebilmesi konusunda alıcının iyi niyetli ya da kötü niyetli olması arasında ayırım da yapılmamıştır⁷⁵⁷. Bu noktada doktrinde satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin "genel hüküm" düzeyine çıkarılarak, diğer sözleşmelere de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu duruma gerekçe olarak da, Alman hukukundan farklı olarak Türk/İsviçre hukukunda genel hükümlerin yeterince ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği gösterilmektedir⁷⁵⁸. Bu görüşün doğal sonucu, eser sözleşmesinden dönen iş sahibinin, yaptığı bütün masrafları kusursuz da olsa yükleniciden talep edebileceğidir. Zira bu görüşte masrafların tamamı dönme hakkının kapsamına girdiğinden, ayıbı takip eden zarar sayılmamaktadır. Ancak kanaatimizce satış sözleşmesinden dönüldüğünde satıcının sorumluluğunun zararın türüne (doğrudan ve dolaylı zarar olmasına) göre değişiklik arz etmesi,

⁷⁵⁵ Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2018). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi. s. 119, Sirmen, L. (2018). *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 104, Edis, (1963), s. 114, 115.

⁷⁵⁶ Pally, (1996), s. 64.

⁷⁵⁷ Serozan, (2007), s. 528.

⁷⁵⁸ Serozan, (2007), s. 532.

buna karşılık söz konusu ayırımın eser sözleşmesi bakımından geçerli olmaması, anılan sözleşmelerde ayıp sorumluluğunun farklı şekilde ele alındığının en açık göstergesidir. Dolayısıyla masrafların talep edilmesi konusunda satış sözleşmesinden dönmeye ilişkin hüküm kıyasen uygulanmamalıdır. İşin niteliği buna elverişli değildir.

Diğer taraftan temerrüde ilişkin TBK m. 125/III hükmünde (OR 109/I'de) ise, sadece “daha önce ifa edilen edimlerin iadesinden” söz edilmektedir. Burada sözleşme ifa edilirken karşı tarafa verilen her türlü edim kastedilmektedir. Dolayısıyla teslim edilen eserle ilgili verilen teminatlar için yapılan masraflar (örn. sigorta masrafları) bu kapsama girmez. Çünkü bunlar sadece iş sahibinin menfaatine hizmet etmekte olup, sözleşmenin ifası kapsamında karşı tarafa verilen edimle ilgili değildir. Bu noktada TBK m. 125/III'te masraflarla ilgili kanuni bir boşluk bulunduğu görülmektedir⁷⁵⁹. Bu boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür.

Bir görüşe göre⁷⁶⁰, dönme hakkının kullanılması ile iade borçlusu hukuken haksız zilyet konumuna geçtiği için boşluğun zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlere göre doldurulması gerekir. Nitekim bu hükümler sözleşmeden dönmenin niteliği ile de bağdaşmaktadır. Böylece iade borçlusu iyi niyetli ise, yaptığı gerekli ve faydalı masrafları isteyebilir ve bu masraflar kendisine ödeninceye kadar malı geri vermekten kaçınabilir. Bu hak hukuken hapis hakkı niteliği taşımadığından, iade borçlusunun iade konusu edimi paraya çevirme yetkisi bulunmamaktadır. İyiniyetli iade borçlusu lüks masrafları isteyemez. Ancak yaptığı masraflar sayesinde malda oluşan değer artışını mala zarar vermeden ayırma hakkını kullanarak tahsil edebilir. Buna karşılık kötü niyetli iade borçlusu, yalnızca gerekli masrafları isteyebilir (TMK m. 994, 995).

Başka bir görüşe göre⁷⁶¹, söz konusu boşluk sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 80 (OR 65/I) hükmü kıyasen uygulanarak doldurulmalıdır. TBK m. 80'e göre iyi niyetli zenginleşen gerekli ve faydalı masraflarının tamamını talep edebilir. Buna karşılık kötü niyetli zenginleşen yaptığı gerekli masrafların tamamını talep edebilirken, faydalı masraflarından ise sadece geri verme zamanında mevcut olan değer artışının ödenmesini isteyebilir. Diğer masraflar bakımından ise, zenginleşenin iyi niyetli olup olmaması önemli değildir. Her iki halde de kural olarak zenginleşen diğer masraflara kendisi katlanmalıdır. Ancak kendisine karşılık

⁷⁵⁹ Pally, (1996), s. 65.

⁷⁶⁰ Buz, (1998), s. 231.

⁷⁶¹ Pally, (1996), s. 65.

önerilmezse, zenginleşen, o şey ile birleştirdiği ve zararsızca ayrılması mümkün olan eklemeleri geri vermeden önce söküp alabilir.

Görüldüğü üzere, sebepsiz zenginleşen ile haksız zilyedin iade yükümüne bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır.

Nihayet doktrinde sözleşmeden dönme halinde masraflar talep edilirken, sözleşme ilişkisinin niteliği ile borca aykırılığın türünün, bunun dışında tarafların iyi niyetli mi yoksa kötü niyetli mi olduklarının ve kusurlu olup olmadıklarının dikkate alınması gerektiği ve varılacak sonuca göre haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, haksız zilyetlik ile vekâletsiz iş görme hükümlerinden birinin seçilebileceği savunulmaktadır. Hatta masrafların talep edilmesi ile yararların ve zararların tazmini konusunda aynı hükümlere başvurulmasının zorunlu olmadığı ileri sürülmektedir⁷⁶². Kanaatimizce, masrafların talep edilmesi konusunda belli bir sorumluluk sisteminin kabul edilmemesi, birbiriyle birebir örtüşen olaylar hakkında farklı hukuki sonuçların doğmasına yol açacaktır. Böyle bir durum ise, kişilerin hukuka olan güvenlerini sarsar. Çünkü kişiler haklı olarak kendileri hakkında uygulanacak hükmün ne olacağını önceden bilmek isterler. Ancak bu konuda belirsizliğin bulunması, kişilerin haklı güvenlerini boşa çıkartacaktır. Üstelik aynı olayda ileri sürülebilecek taleplerin farklı hükümlere tabi tutulması ile keyfiliğin düzeyi iyice artacağından, anılan görüşün isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Kanaatimizce sözleşmeden dönüp iade yükümlülüğü altına giren iş sahibine, sebepsiz zenginleşen kişiden daha kötü bir şekilde muamele edilmesini haklı gösteren hiçbir sebep yoktur. Dolayısıyla yüklenicinin yapılan masraflardan sorumluluğu belirlenirken, TBK m. 80 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Bu sonuç, işin niteliğine daha uygun düşmektedir⁷⁶³. Böylece iş sahibinin illi (kusursuz) dönme talebinin gerekli ve faydalı masrafları kapsadığı, buna karşılık diğer masrafların hukuken ayıbı takip eden zarar sayıldığı ve yüklenicinin ancak kusuru varsa bu masraflardan sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁷⁶⁴. Tabii söz konusu sonuç, iş sahibinin iyi niyetli olduğu durumlar için geçerlidir. Çünkü iş sahibi kötü niyetli ise, illi (kusursuz) dönme talebinin kapsamına sadece gerekli masraflar dâhil olur. Faydalı masraflar ise alıcının zenginleştiği ölçüde illi dönme talebinin kapsamına girerken, bunun dışında kalanlar ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmelidir. Diğer masraflar ise herhalükarda ayıbı takip eden zarar

⁷⁶² Serozan, (2007), s. 534, 535.

⁷⁶³ Benzer bir görüş için bkz. Öz, (1989),s. 242 vd.

⁷⁶⁴ Pally, (1996), s. 65-67.

sayıldığından, kusursuz olduğunu ispatlayan yüklenici sorumluluktan kurtulur. Görüldüğü üzere, iş sahibinin iyi niyetli olup olmaması, masrafların talep edilmesinde etkin bir rol oynamaktadır.

B) Ayıplı Eserin İadesiyle, Özellikle İmha Edilip Taşınmazdan Kaldırılmasıyla İlgili Masraflar

Yüklenici ayıplı eserin iadesini talep ederse, iş sahibinin iadeyle bağlantılı masraf yapması gerekebilir. Örneğin, eserin imha edilip taşınmazdan kaldırılması, nakli, saklanması veya bakımı için yapılan masraflar bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁶⁵. Söz konusu masraflara kimin katlanacağı ve bu konuda hangi hükümlerin uygulanacağı, önemli bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yüklenici ayıplı eseri imha etmiyorsa, iş sahibi bu konuda yükleniciyi zorlayamaz. Çünkü eseri imha etmek, yüklenici bakımından sadece bir haktır, yoksa onun böyle bir yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla iş sahibinin ayıplı eserin taşınmazdan kaldırılmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır. Ancak yüklenici ayıplı eseri taşınmazdan kaldırmaya yanaşmazsa, iş sahibi mülkiyet hakkına dayanarak söz konusu eseri taşınmazdan kaldırabilir. Zira dönme hakkına sahip olan iş sahibinden eseri alıkoyması beklenemez. Aksine iş sahibi sözleşme öncesi durumun yeniden tesis edilmesini isteyebilir ve yüklenici bunu yerine getirmekten kaçınırsa, iş sahibi üçüncü kişiler aracılığıyla ayıplı eseri taşınmazdan kaldırabilir. Fakat bunu yaparken yükleniciye en az zarar verecek yöntem hangisi ise onu tercih etmelidir. Aksi halde eserde oluşan değer kaybı için iş sahibinin nakdi nitelikte iade borcu ortaya çıkar. Ayıplı eserin taşınmazdan kaldırılmasına ilişkin masraflara ise yüklenici katlanır. Bu masrafların yükleniciden talep edilebilmesi için yükleniciye bunun için makul bir süre verilmesi ve bu süre içerisinde yüklenicinin işin gereğini yerine getirmekten kaçınması gerekir⁷⁶⁶.

Masrafların talebiyle ilgili hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür. Bir görüşe göre⁷⁶⁷, ayıplı eserin imhasıyla ilgili masraflar hukuken doğrudan zarar sayıldığından, TBK m. 229 hükmü kıyasen uygulanmalı ve yüklenici kusuru olmasa da bu masraflardan sorumlu tutulmalıdır. Zira iş sahibi kendisinin kullanamayacağı bir eşyanın bırakılması yoluyla zarara uğramıştır.

⁷⁶⁵ Pally, (1996), s. 77.

⁷⁶⁶ Bühler, (1998),s. 220, Nr. 59, Seliçi, (1978), s. 165, Öz, (1989),s. 257.

⁷⁶⁷ Gautschi, (1967), s. 337, Nr. 11 c.

Buna karşılık başka bir görüşe göre⁷⁶⁸, bu konuda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 530 hükmü uygulanmalıdır. Çünkü işsahibi yüklenicinin yerine getirmediği işi, hem onun hem de kendisinin menfaatine gerçekleştirmektedir.

Nihayet bir diğer görüşe göre⁷⁶⁹, yüklenici ayıplı eserin iadesini talep ederse, iade için yapılan imhaya yönelik masraflar hukuken gerekli ya da faydalı masraf olarak nitelendirilmelidir. Böylece söz konusu masraflar, yüklenici tarafından illi dönme talebi kapsamında karşılandığından, hukuken ayıplı takip eden zarar sayılmamalıdır. Buna karşılık yüklenici ayıplı eserin iadesini talep etmezse ve bununla da yükümlü değilse, işsahibinin montajın sökülmesi, nakliye ve depo ücreti gibi imhayla bağlantılı yaptığı masraflar hukuken ayıplı takip eden zarar kabul edilmelidir. Zira bu masrafların uygun sebebinin eser ayıplı oluşturmakta ve zarar illi dönme talebi kapsamında karşılanamamaktadır.

Kanaatimizce, yüklenicinin ayıplı eserin iadesini talep edip etmemesinden bağımsız olarak, her iki halde de eserin imhasıyla ilgili masraflar eşyanın değerini koruma amacıyla yapıldıklarından gerekli masraf olarak nitelendirilmelidir. Bu sayede anılan masraflar illi nitelikteki iade alacağının konusunu oluşturur ve ayıplı takip eden zarar olarak kabul edilmezler. Aksi halde benzer durumlar söz konusu olmasına rağmen işsahibi hiçbir haklı sebep yokken iki farklı muameleye tabi tutulmuş olur. Kaldı ki, yukarıdaki görüş doğrultusunda, talebin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yüklenicinin davranışlarının etkili olduğu bir sistem benimsenirse, yüklenici kolaylıkla sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca bu sistem sadece işsahibinin durumunun yüklenicinin insiyatifine bırakılması anlamına gelmez, aynı zamanda uygulamada birlikteliğin oluşmasını da zorlaştırır. O halde eserin imhasıyla bağlantılı masraflar hakkında sebepsiz zenginleşmeyle ilgili TBK m. 80 hükmü uygulanmalıdır.

Bununla birlikte Gautschi'ye göre, işsahibi ayıplı eserin kaldırılması için yükleniciye süre tanır, fakat yüklenici bu süre içinde eseri kaldırmaktan kaçınırsa, işsahibi söz konusu eseri kendisi kaldırabilir ve bunun için yaptığı gerekli masrafları ayıplı takip eden zarar olarak isteyebilir⁷⁷⁰. Ancak bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatları ile örtüşmemektedir. Gauch ile Bühler'in de haklı olarak belirttiği üzere, bu masraflar yüklenicinin lehine

⁷⁶⁸ Öz, (1989),s. 257, dn. 142.

⁷⁶⁹ Pally, (1996), s. 77, 87.

⁷⁷⁰ Gautschi, (1967), s. 337, Nr. 11 c.

yapıldığından, ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmemelidir⁷⁷¹. Aksi halde işsahibinin hukuki durumu hiç bir haklı gerekçe olmamasına rağmen ağırlaşmaktadır.

C) İşsahibi Tarafından Temin Edilen Malzemelerdeki Değer Kaybı

Malzemenin işsahibi tarafından temin edilmesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. İşsahibi malzemeyi herhangi bir aracıya başvurmadan bizzat kendisi temin edebileceği gibi, satın aldığı ya da onu meydana getiren üçüncü kişi aracılığıyla da temin edebilir. Bunun dışında yüklenicinin aralarındaki vekâlet ilişkisine dayanarak malzemeyi işsahibinin adına ve hesabına üçüncü kişiden satın alarak temin etmesi de mümkündür. Bu halde de malzemenin işsahibince temin edildiği kabul edilir⁷⁷².

Malzemenin işsahibi tarafından temin edilmesi ve eserdeki ayıbın malzemedeki ayıptan kaynaklanması, kural olarak bizzat kusur sayılmakta ve yükleniciyi ayıp sorumluluğundan kurtarmaktadır. Ancak bunun için eserdeki ayıbın tek belirleyici sebebinin malzemedeki ayıp olması gerekir. Zira yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda olduğu gibi, eserdeki ayıbın oluşmasında yüklenicinin davranışları da etkili olmuşsa, sorumluluk yüklenici ile işsahibi arasında paylaşılır. Yani ortak kusur halinde de işsahibi dönme hakkını kullanabilir, ancak yüklenicinin ödeyeceği tazminatta indirim yapılır⁷⁷³. Görüldüğü üzere, malzeme işsahibi tarafından temin edildiğinde de belli şartlarda sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bu durum sadece kabulün beklenebilirliğini belirken önem arz etmektedir.

Diğer taraftan eserin ayıplı olması malzemenin ayıplı olmasından kaynaklanabileceği gibi, işsahibi malzemeyi ayıpsız şekilde teslim etmesine rağmen yüklenicinin eserin imali sırasındaki davranışları da eser ayıbına neden olabilir. Bu başlık altında ikinci durum, yani işsahibinin ayıpsız olarak teslim ettiği malzemenin eserdeki ayıptan dolayı değer kaybetmesi durumu ele alınacaktır.

Bilindiği üzere, sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında daha önce verilenlerin iade edilmesi gerekmektedir. İade alacağının kapsamına ayıplı eserin girdiği konusunda hiçbir şüphe yoktur. Buna karşılık işsahibi tarafından temin edilen malzemelerin, illi nitelikteki iade alacağının mı kapsamına dâhil olacağı, yoksa hukuken ayıbı takip eden zarar mı sayılacağı

⁷⁷¹ Gauch, (2011), s. 606, Nr. 1545, Bühler, (1998),s. 220, Nr. 59.

⁷⁷² Arpacı, (2019), s. 146.

⁷⁷³ Koller, (2015), s. 207, Nr. 558.

hususunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür. Bu durumun ortaya çıkmasında TBK m. 475'te (OR 368) dönme hakkının kapsamının net bir şekilde belirlenmemesi etkili olmuştur.

Gauch'a göre, eserdeki ayıptan dolayı malzemede oluşan her türlü değer kaybı hukuken ayıplı takip eden zarar sayılır. Zira ayıplı takip eden zarar ayıplı eserde bizzat oluşmayan, ayıplı eser dışında ortaya çıkan zarardır⁷⁷⁴. Varılan bu sonuç, yüklenicinin ne bizzat kusurlu olduğu ne de ifa yardımcısının davranışlarından sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde, eserdeki ayıptan dolayı malzeme zarar görürse, rizikonun iş sahibinde olacağına ilişkin genel kurala da uygun düşmektedir⁷⁷⁵.

Dikkat edilirse, Gauch, malzeme ile eseri birbirinden ayrı değerlendirmiştir. Bazı hallerde ayıplı eseri malzemedan ayırmak kolay olsa da, çoğu halde malzemenin eserden ayrılması imkânsız olmakta ya da ayırım ancak esere çok büyük zararlar verilerek yapılabilmektedir. Kanaatimizce en azından bu gibi durumlarda malzeme de eserin bir parçası olarak değerlendirilmeli ve malzemedeki değer kaybı illi nitelikteki iade alacağı içinde talep edilebilmelidir.

Nitekim Pally'e göre de, iş sahibi tarafından teslim edilen malzemeler, dönülen eser sözleşmesi yerine getirilirken yükleniciye teslim edilen edimin içinde yer alır. Yani malzemeler TBK m. 125/III'te "ödenen" kavramı altında tasnif edilebildiğinden, kural olarak iade alacağının konusunu oluşturur. Malzemenin eserin yapısına dâhil olması ve yeniden iş sahibine devredilecek olması da sonucu değiştirmez. Zira dönme ile iş sahibi ayıplı eseri ve bunun için kullanılan malzemeleri yükleniciye iade etmekle yükümlü olur⁷⁷⁶.

Malzemeler kayda değer bir masraf yapmadan ve ayıplı esere esaslı bir şekilde zarar vermeden ayrılabilirdiğinde, iş sahibi ayırımı bizzat yapmalı ve ayıplı eseri kendisi tarafından temin edilen malzeme olmadan iade etmelidir. Ancak genellikle iş sahibi tarafından temin edilen malzemeler ayıplı eserden kolaylıkla ayırlanamamaktadır. Bu gibi durumlarda iş sahibi ayıplı eseri malzeme ile birlikte geri vermelidir. Burada malzemenin ayıplı eserden makul masraflarla ayırmanın mümkün olduğu durumlarla, böyle bir ayırımın yüklenici için imkansız ya da beklenilmez olduğu durumlar arasında ayırım yapılmalıdır. İlk durumda, yani makul masraflarla bunları birbirinden ayırmanın mümkün olduğu hallerde, yüklenici ayırımı yapmalı ve iş sahibine malzemeyi geri vermelidir. Buna karşılık ikinci durumda, yani ayırımın yüklenici için tamamen

⁷⁷⁴ Gauch, (2011), s. 696, Nr. 1864.

⁷⁷⁵ Gauch, (2011), s. 871, Nr. 2416.

⁷⁷⁶ Pally, (1996), s. 69.

veya kısmen imkansız ya da beklenemez olması durumlarında aşağıdaki şekilde hareket edilmelidir⁷⁷⁷:

Öncelikle işsahibi tarafından temin edilen malzemenin iadesinin hangi durumlarda beklenemez olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu noktada malzemeyi ayıplı eserden ayırmak yüklenici için aşırı masrafa yol açtığına veya ayırmadan dolayı ekonomik açıdan oldukça değerli olan eser büyük ölçüde zarar gördüğünde, böyle bir durumun mevcut olduğu kabul edilir. Bu halde ödenenlerin aynen iadesi, işin niteliği gereği mümkün değildir. Ancak kanunda benzer bir durum TMK m. 723'te (ZGB 672/I) öngörülmüştür⁷⁷⁸. Buna göre arazi maliki yabancı malzeme kullanarak bina inşa eder ve malzemenin sökülerek yapının kaldırılması aşırı zarara yol açarsa, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödenir. Çünkü bütünleyici parçalar aslın hukuki kaderine tabi olduğu (Akzessionsprinzip) için haksız yapı söz konusu olsa bile malzemelerin mülkiyeti arazi malikine geçmektedir⁷⁷⁹. Bunun karşılığında iyi niyetli arazi maliki, malzeme malikine uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur. Arazi maliki kötü niyetli ise, malzeme malikinin bütün zararlarını tazmin etmek zorunda kalır. Sonuç olarak, işsahibi tarafından temin edilen malzemelerin iadesi yükleniciden beklenemezse, TMK m. 723 hükmü kıyasen uygulanmalı ve işsahibine teslim edilen eserin gerçek değeri oranında tazminat isteme hakkı tanınmalıdır. Tazminatın miktarını hakim takdir eder. Böylece işsahibi tarafından temin edilen malzemenin iadesi, yüklenici bakımından beklenilmez nitelikteyse ve bununla bağlantılı olarak işsahibine dönme talebi kapsamında illi nitelikte bir değer tazmini isteme hakkı tanınıyorsa, ayıbı takip eden zarardan bahsedilemez⁷⁸⁰.

Teslim edilen malzemenin iadesi, sadece beklenilmez nitelikte olmayıp aynı zamanda tamamen veya kısmen imkansız olduğunda da, TMK m. 723 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Bu durum, pratik ihtiyaçların dışında imkansızlıkla beklenilmezlik durumlarının çoğu zaman kolayca birbirlerinden ayırt edilememesinden de kaynaklanmaktadır. Böylece malzemenin iadesinin imkansız olması halinde de, işsahibine dönme talebi çerçevesinde illi bir tazminat isteme hakkı tanınmalıdır. Bu halde de ayıbı takip eden zarar söz konusu olmaz. Ancak bu söylenenler istisnasız geçerli değildir⁷⁸¹:

⁷⁷⁷ Pally, (1996), s. 68, 69.

⁷⁷⁸ Pally, (1996), s. 70.

⁷⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, (2018), s. 482.

⁷⁸⁰ Pally, (1996), s. 70, 71.

⁷⁸¹ Pally, (1996), s. 70, 71.

Özellikle teslim edilen malzemelerin iadesi sadece malzemeler ayıplı eserden ayrılmadığında değil, aynı zamanda malzemeler teslimden önce ayıptan dolayı zarar gördüğünde de mümkün olmaz. Bu durumda TBK m. 483 (OR 376/II) hükmü kıyasen uygulandığında, yüklenicinin malzemelerin değerini tazmin etme yükümlülüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir. Gerçekten ilgili hükme göre, eser teslimden önce beklenmedik bir olay sonucunda yok olursa, malzemeyi temin eden malzemedeki hasara katlanmak zorundadır. Diğer taraftan teslimden önce gerçekleşen beklenmedik olay eserin yok olmasına değil, aksine yalnızca eser ayıbına yol açtığında da, söz konusu hüküm kıyasen uygulanmalı ve malzemedeki hasara bunu temin eden kişinin katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü bu iki durum arasında ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Bununla birlikte imkansızlıktan dolayı iade edilemeyen malzemeler için iş sahibi değer tazmini talebinde bulunduğu anda, yüklenici malzemedeki zararın beklenmedik halden kaynaklandığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir⁷⁸².

Teslim edilen malzemelerin iadesi tamamen veya kısmen imkansızsa ve yüklenici değeri tazmin etme yükümlülüğünden malzemenin teslimden önce yok olduğunu veya eser ayıbının beklenmedik olaydan kaynaklandığını ispat ederek kurtulursa, bu durumda iş sahibinin malvarlığında ortaya çıkan zarar hukuken “tazmin edilecek bir ayıbı takip eden zarar” olarak değerlendirilmez. Burada aslında ayıbı takip eden zarar vardır. Çünkü sözleşmenin eksiksiz yerine getirileceğine ilişkin duyulan güvenin boşa çıkmasına dayanan hayal kırıklığı zararları (Frustrationsschaden)⁷⁸³ dönme hakkı kapsamında karşılanamamıştır. Ancak bu zararların tazmini istenemez. Zira yüklenici TBK m. 483’ün kıyasen uygulanması gerektiğini ispat ederek, kusura bağlı olan ayıbı takip eden zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur⁷⁸⁴.

Sonuç olarak, iş sahibi tarafından temin edilen malzeme kural olarak illi nitelikteki dönme talebinin bir parçasını oluşturur. Yüklenici, iş sahibi tarafından temin edilen malzemeyi aynen iade etmelidir. İade yüklenici için imkansızsa veya beklenemezse, malzemenin değerini

⁷⁸² Pally, (1996), s. 72.

⁷⁸³ Hayal kırıklığı zararları ile belli bir olay (örneğin ayıplı eserin teslimi) gerçekleşmeden önce yapılan ve bu olayın gerçekleşmesinden dolayı artık faydasız hale gelen masraflar anlatılmak istenmektedir. Söz konusu masraflar iradi olarak yapıldığı için bunların klasik anlamda zarar kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışılmış ve farklı bir değerlendirme yapmanın hiçbir haklı yanı olmayacağı sonucuna varılmıştır, Gauch, (2011), s. 697, Nr. 1866. Gerçekten iş sahibi bu masrafları kendi rızasıyla yapmış olsa dahi bunlar belli bir amacı gerçekleştirmek üzere yapılmaktadır. Bu amacın gerçekleşmemesi halinde yapılan masraflar da boşa gitmektedir. İstenilen amacın gerçekleşmemesi, boşa giden (faydasız) masrafların da malvarlığında irade dışı azalmaya neden olduğu anlamına gelir. Ergüne, (2008), s. 289.

⁷⁸⁴ Pally, (1996), s. 72, 73.

tazmin etmelidir. Bununla birlikte malzemenin iadesi kısmen veya tamamen imkansızsa, yüklenici değeri tazmin etme yükümlülüğünden, iş sahibi tarafından temin edilen malzemenin beklenmedik bir olaydan kaynaklanan eser ayıbı sonucunda yok olduğunu ya da olumsuz etkilendiğini ispatlayarak kurtulabilir. Böylece iş sahibine dönme hakkı çerçevesinde iade veya tazminat talep etme hakkı tanındığı sürece, ayıbı takip eden zarar söz konusu olmaz. Buna karşın TBK m. 483'ün kıyasen uygulandığı hallerde ise, tazmin edilecek bir ayıbı takip eden zarardan bahsedilemez⁷⁸⁵.

D) Eserin İmaline Katılan İş Sahibinin Yerine Getirdiği İş Görme Edimi

Yüklenicinin asli edim niteliği taşıyan eseri meydana getirme borcunu yerine getirebilmesi için çoğu zaman iş sahibinin ifa faaliyetine katılması gerekir. İş sahibinin katılım faaliyeti, eser sözleşmesi kurulduktan sonra, ancak henüz eserin imaline başlanmadan önce ortaya çıkabileceği gibi, eserin ifası sırasında da ortaya çıkabilir⁷⁸⁶. Uygulamada katılım faaliyetleri, çoğunlukla iş sahibinin eserin ifasına ilişkin talimat vermesi, eserin meydana getirilmesi için gerekli izinleri alması, plan ve projelerin imar durumuna uygun hazırlanması için gerekli işlemleri yapması, malzemeleri temin etmesi, üzerinde inşaat yapılacak araziye teknik ve hukuki açıdan inşaatı uygun ve ayıpsız bir şekilde yükleniciye teslim etmesi ve yüklenicinin araziye girişini sağlaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷⁸⁷.

Eserin ayıplı olması, katılım faaliyetinin ayıplı bir şekilde ifa edilmesinden kaynaklanabileceği gibi, iş sahibinin katılım faaliyetini gereği gibi yerine getirmesine rağmen yüklenicinin özensiz davranışlarından da ileri gelebilir. İlk halde, yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirirse ya da uyarıda bulunsaydı dahi sonucun değişmeyeceğini ispatlayabilirse, ayıp iş sahibine yükleneceği için sorumluluktan kurtulur (TBK m. 476). Buna karşılık ikinci halde, iş sahibi ayıbın oluşmasında etkili olmadığı için ayıptan doğan haklarını kullanabilir; örneğin, sözleşmeden dönüp uğradığı zararları isteyebilir. Bu halde iş sahibinin daha önce katılım faaliyeti kapsamında yerine getirdiği iş görme edimi de dönme ile birlikte faydasız hale gelir. Özellikle iş sahibi ifa sırasında kendi çalışanlarını yüklenicinin emrine vermişse, bunlar için yaptığı masraflar sözleşmeden dönme ile birlikte boşa gider. Burada sözleşmenin eksiksiz yerine getirileceğine ilişkin duyulan haklı beklentinin boşa çıkmasından doğan hayal kırıklığı zararları (Frustrationsschaden) söz konusudur. Dolayısıyla hukuken ayıbı

⁷⁸⁵ Pally, (1996), s. 73.

⁷⁸⁶ Arpacı, (2019), s. 127, 128.

⁷⁸⁷ Arpacı, (2019), s. 133 vd.

takip eden zararın varlığından bahsedilir, ancak bunun için söz konusu masrafların illi dönme talebi kapsamında karşılanamaması gerekir. Aslında burada bir önceki başlıkta ele alınan, işsahibi tarafından temin edilen malzemelerin değer kaybetmesi ile aynı durum geçerlidir⁷⁸⁸. Her iki halde de işsahibinin katılım faaliyeti dönme hakkının kullanılması ile faydasız hale geldiğinden, bunlar arasında farklı bir değerlendirme yapmanın hiç bir haklı gerekçesi yoktur.

İşsahibinin eseri meydana getirirken katılım faaliyetleri kapsamında yaptığı masraflar, sözleşmenin ifası sırasında yükleniciye teslim edilen edimin bir parçasını oluşturur. Bu masraflar, “ödenenler” kavramı altında tasnif edilebilir ve kural olarak iade alacağı kapsamında giderilir. Bu katılım faaliyetinin (iş görme ediminin) eserin bünyesine dâhil olması ve eserin teslimiyle işsahibine devredilecek olması sonucu değiştirmez. Zira dönme ile işsahibi ayıplı eseri ve eserin kapsamına dâhil olan iş görme edimini yükleniciye iade etmekle yükümlüdür. İşin niteliği gereği hizmet edimlerinde aynen iade mümkün olmadığından, görülen hizmetin değerinin tazmin edilmesi gerekir. Fakat eser ayıbı beklenmedik bir durumdan kaynaklanmışsa, istisnai bir durum ortaya çıkar. Bu halde TBK m. 483 hükmü kıyasen uygulanarak, yükleniciye hakkı ortadan kaldırmaya yönelik itirazda bulunma imkânı tanınır. Böylece yüklenici, işsahibi tarafından yerine getirilen iş görme ediminin, beklenmedik bir durumdan doğan eser ayıbı sonucunda faydasız hale geldiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir⁷⁸⁹.

Dönme sonucunda faydasız hale gelen iş görme edimi için işsahibi bunun değeri oranında tazminat almışsa, ayıbı takip eden zarardan söz edilmez. Buna karşılık yüklenici iş görme masraflarının faydasızlığının beklenmedik olaydan doğan eser ayıbından kaynaklandığını ispat ederek tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuşsa, işsahibinin malvarlığında ortaya çıkan azalma “tazmin edilecek ayıbı takip eden zarar” olarak değerlendirilmez. Burada ayıbı takip eden zarar vardır. Çünkü hayal kırıklığı zararları dönme talebi çerçevesinde karşılanamamıştır. Ancak bu zararların tazmini istenemez. Zira ayıbı takip eden zararın tazmini kusura bağlı olduğu için yüklenici kusursuzluğunu (beklenmedik halin varlığını) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Pally, (1996), s. 74, 75.

⁷⁸⁹ Pally, (1996), s. 75.

⁷⁹⁰ Pally, (1996), s. 76.

V-İade Alacağı Kapsamında Karşılanamayan Münferit Zarar Kalemleri

Dönme halinde iş sahibinin yaptığı masraflar iade alacağı kapsamında karşılanmadığında, hukuken ayıbı takip eden zararın konusunu oluşturur. Doktrinde “dönme zararları” (Wandelungsschaden) olarak da adlandırılan bu tür zararlar, eser ayıbından doğmakta olup, sözleşmeden dönen iş sahibinin sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle uğradığı zararları ifade etmektedir. Örneğin, sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, dönmeden dolayı faydasız hale gelen muayene masrafları, iş sahibinin dönülen eser sözleşmesine güvenerek kendisi için elverişli olan başka bir sözleşmeyi yapmadığı için malvarlığında ortaya çıkan kayıplar (kaçırılan fırsatlar) ile iş sahibinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden doğan borcunu eser sözleşmesinden dönme dolayısıyla ifa edemediği için üçüncü kişiye ödemek durumunda kaldığı tazminatlar ve cezai şartlar hukuken dönme zararı ve dolayısıyla ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilir⁷⁹¹. Aslında menfi zarar kapsamında değerlendirilen bu zarar kalemlerini önceden tek tek tayin etmek mümkün değildir⁷⁹². Bu yüzden aşağıda uygulamada sıkça karşılaşılan hallere yer verilmiştir.

A) Diğer (Lüks) Masraflar

Daha önce eser için yapılan masraflar sözleşmeden dönme halinde faydasız masraflara dönüşür. Bu durumda sözleşmenin eksiksiz ifa edileceğine ilişkin duyulan haklı güven boşa çıktığı için hayal kırıklığı zararı, dolayısıyla ayıbı takip eden zarar ortaya çıkmaktadır. Ancak bunun için söz konusu masrafların illi nitelikteki iade alacağı kapsamında telafi edilememesi gerekir. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 80 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu gerekli ve faydalı masrafların iade alacağının konusunu oluşturduğu, buna karşılık diğer (lüks) masrafların ise ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁷⁹³.

B) Yoksun Kalınan Karın Dönme Zararı Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu

Yoksun kalınan kar ile borca aykırı hareket edilmesiydi, alacaklının malvarlığında görülebilecek artış kastedilmektedir. Farazi bir değerlendirme yapılarak belirlenecek olan yoksun kalınan kar, alacaklının malvarlığının aktifinin artmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pasifinin azalmaması şeklinde de gerçekleşebilir⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Gauch, (2011), s. 700, Nr. 1874, Şenocak, (2002), s. 71.

⁷⁹² Ergüne, (2008), s. 288, Buz, (1998), s. 243, Öz, (1989), s. 287.

⁷⁹³ Pally, (1996), s. 78.

⁷⁹⁴ Eren, (2019a), s. 1185, Nr. 3308.

Yoksun kalınan karın dönme zararları, dolayısıyla dönme halinde tazmini istenecek ayıbı takip eden zararların içinde sayılıp sayılamayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre⁷⁹⁵, yoksun kalınan kar somut eser sözleşmesinden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğabileceği gibi, sözleşme ilişkisinin hiç kurulmamasından da doğabilir. İlk halde müspet zarar söz konusu olduğundan, tazminat miktarı belirlenirken yüklenici sözleşmeye uygun davransaydı malvarlığının alacağı farazi durum araştırılır. Buna karşılık ikinci halde menfi zarar (kaçırılan fırsat) bulunduğundan, tazminat miktarı belirlenirken iş sahibinin somut eser sözleşmesine hiç dâhil olmasaydı ve sözleşmenin ifa edileceğine güvenmeseydi malvarlığının alacağı durum göz önünde bulundurulur. Her iki halde de yoksun kalınan kar, illi nitelikteki iade alacağı kapsamında karşılanamadığından bunlar ayıbı takip eden zararın parçasını oluşturur. İş sahibi müspet zararın tazminini seçerse, yoksun kalınan kar somut eser sözleşmesinden doğan ayıbı takip eden zararlar arasında yer alır. Buna karşılık menfi zararı seçerse, ayıbı takip eden zararın konusunu üçüncü kişi ile hukuki işlemin kurulamaması (kaçırılan fırsatlar) oluşturur.

Başka bir görüşe göre⁷⁹⁶, dönme zararları iş sahibinin dönülen sözleşmeden dolayı yoksun kaldığı karı kapsamaz. Çünkü bu tür pozitif ifa menfaatlerinin tazmini talebi, sözleşme ilişkisine son vermeyi hedefleyen dönme talebi ile uyumlu değildir⁷⁹⁷. Gerçekten dönme üzerine tazmini istenecek ayıbı takip eden zararlar, iş sahibinin ifaya ilişkin menfaat kaybı dışındaki zararlardır⁷⁹⁸. İş sahibi ifaya ilişkin menfaat kaybının karşılanmasını istiyorsa, sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanması gerekir⁷⁹⁹. TBK m. 475'te iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteyebileceğinin hüküm altına alınmış olması, iş sahibine sözleşmeden dönme halinde müspet zararın bir parçasını oluşturan yoksun kalınan karı isteme hakkı vermez. Dönme halinde menfi zararın tazminine imkân sağlayan TBK m. 125/III hükmünün genel kural olarak kabul edilip, kanunda aksine hüküm bulunmayan bütün dönme hallerinde uygulanması yerinde olur. Bu halde sözleşmeden dönen iş sahibi eser elinde

⁷⁹⁵ Pally, (1996), s. 78-81.

⁷⁹⁶ Gauch, (2011), s. 700, Nr. 1875, Öz, (1989),s. 293, 294, Buz, (1998), s. 247, Tandoğan, (2010), s. 205.

⁷⁹⁷ Gauch, (2011), s. 700, Nr. 1875.

⁷⁹⁸ Ergüne, (2008), s. 288.

⁷⁹⁹ Buz, (1998), s. 247.

iken eserden elde etmeyi umduğu semereleri sağlayamadığını, örneğin eseri düşük bir bedel karşılığında kiraya verdiğini öne sürerek uğradığı menfaat kaybını talep edemez⁸⁰⁰.

Kanaatimizce yukarıdaki görüş farklılığının sebebini, dönme halinde istenecek zararın türü ile ilgili farklı nitelendirmelerde bulunulması oluşturmaktadır. İlk görüş, dönme halinde iş sahibinin seçimine göre müspet ya da menfi zararın tazmininin söz konusu olacağını kabul ettiği için bu durumun doğal bir sonucu olarak yoksun kalınan karı ayıbı takip eden zararın bir parçası saymaktadır. Buna karşılık ikinci görüş, dönme halinde sadece menfi zararın istenebilmesine imkân tanıdığı için hukuken müspet zararın parçasını oluşturan yoksun kalınan karın ayıbı takip eden zarar olarak talep edilebilmesine karşı çıkmaktadır. Biz de ikinci görüşü kabul ettiğimiz için yoksun kalınan karın dönme halinde değil, ancak indirim veya onarım hakları kullanıldığında ayıbı takip eden zarar olarak istenebileceğini düşünüyoruz. Dönme halinde menfi zararın içinde değerlendirilen kaçırılan fırsatlar ayıbı takip eden zarar olarak talep edebilir.

C) Kaçırılan Fırsatlar

Yüklenici ile yaptığı eser sözleşmesine güvenen iş sahibi, kendisine sunulan diğer sözleşme önerilerini reddetmiş olabilir. Ancak daha sonra teslim edilen eserin ayıplı olması üzerine dönme hakkını kullandığında, aynı eseri bir başka yükleniciden daha yüksek bir bedel karşılığında almak zorunda kalabilir⁸⁰¹. İşte kurulmayan ya da geçersiz olan bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğuracağına güvenen alacaklının, kendisi için aynı veya daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması halinde, menfi zararın bir parçasını oluşturan kaçırılan fırsatlardan söz edilir. Kaçırılan fırsatların tazmini ile sözleşme ilişkisine hiç girilmesiydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum yeniden oluşturulmaya çalışılır. Şu halde kaçırılan fırsatlar, alacaklının akdettiği sözleşmede öngörülen bedelle reddedilen sözleşmedeki bedel arasındaki fark kadardır⁸⁰². Örneğin, iki katlı bir ev yaptırmak isteyen A, piyasayı araştırmış ve yüklenici B evi 150.000 TL'ye, C ise 180.000 TL'ye inşa edebileceğini söylemiştir. Bunun üzerine B ile sözleşme yapan A, evin inşasında kalitesiz malzemeler kullanıldığını fark edince hemen sözleşmeden dönmüş ve C'nin kapısını çalmıştır. C bu arada yaşanan enflasyon nedeniyle malzeme fiyatlarının arttığını, dolayısıyla evi 200.000 TL'ye inşa

⁸⁰⁰ Öz, (1989),s. 294.

⁸⁰¹ Buz, (1998), s. 249, Pally, (1996), s. 81.

⁸⁰² Ergüne, (2008), s. 301-304.

edebileceğini belirtmiş, A da kabul etmiştir. Olayda A'nın kaçırdığı fırsat, 200.000-180.000=20.000 TL'dir⁸⁰³.

Diğer taraftan kaçırılan fırsatlar, aynı sözleşmeyi daha elverişli koşullarla yapma fırsatının kaçırılması ile sınırlı değildir. Bunun yanı sıra yüklenicinin işlerini kontrol etmek için kendi işlerini ihmal eden iş sahibinin bu dönemde gelir kaybına uğraması örneğinde olduğu gibi, değerlendirilemeyen farklı konulardaki avantajlı işler de sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek menfi zararın kapsamına girer. Aynı şekilde yüklenicinin emrine verilen şeylerin belli bir süre değerlendirilememesi yüzünden uğranılan gelir kayıpları da bu kapsamdadır. Örneğin, tamir için yükleniciye verilen evin getireceği kira gelirinden tamir süresi boyunca mahrum kalındığında, böyle bir durum söz konusudur. Ancak bunun tazmini için iş sahibinin yüklenici ile sözleşme yapmasaydı evi kiraya vereceğini kanıtlaması gerekir⁸⁰⁴.

D) Gerekli Muayene Masrafları

Eserin muayenesi, iş sahibine yüklenen bir külfet olduğundan ve eserin teslimini sağlayan bir hazırlık dönemini bünyesinde barındırdığından, muayene masraflarını kural olarak iş sahibi karşılamalıdır. Bununla birlikte sözleşmede aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aynı şekilde muayene sonucunda eserin ayıplı olduğu anlaşılırsa, iş sahibi makul sınırlar içinde yaptığı masrafları yükleniciden talep edebilir⁸⁰⁵.

Eserin niteliğine göre muayenenin şekli değişiklik gösterdiğinden, kanaatimizce muayene masraflarının kapsamını önceden belirlemek bir hayli zordur. Örneğin, eserin muayene edilmesi için belli hallerde kullanılması, işlenmesi ya da bir yerden başka bir yere nakledilmesi gerekebilir. Aynı şekilde iş sahibi teknik bilgisi yetersiz olduğundan, muayene için bilirkişiye başvurmak durumda da kalmış olabilir. Ayıbın ortaya çıkması için bu tür muayene masraflarının yapılması gerekiyorsa, iş sahibi sözleşmeden döndüğünde yaptığı bu masrafları ayıbı takip eden zarar olarak talep edebilir. Buna karşılık gereksiz masraflara iş sahibi katlanmalıdır.

Kanaatimizce, muayene masraflarının gerekli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Örneğin, eserin ayıplı olduğu konusunda çekişme bulunmamasına,

⁸⁰³ Benzer bir örnek için bkz. Şenocak, (2002), s. 71, dn. 186. Olayda A'nın müspet zararı ise, 200.000-150.000=50.000 TL'dir.

⁸⁰⁴ Öz, (1989),s. 290.

⁸⁰⁵ Yücer Aktürk, İ. (2012). Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri Ankara: Yetkin Yayınları. s. 150.

özellikle yüklenici ayıbın varlığını inkâr etmemesine rağmen işsahibi bilirkişiye başvurmuşsa, yapılan masrafin gereksiz olduğu kabul edilmelidir.

Gerekli muayene masraflarının talep edilmesinde işsahibinin kullandığı seçimlik hak önemli değildir. İşsahibi seçimlik haklarından hangisini kullanırsa kullansın, eser ayıplı çıktığında söz konusu masrafları yükleniciden talep edebilir. Ancak bu talebin hukuki dayanağı doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışma, satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229’da dönme halinde satıcının muayene masraflarından kusursuz olarak sorumlu tutulmasından kaynaklanmaktadır⁸⁰⁶.

Konuya ilişkin eser sözleşmesi ile ilgili kanunda açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, doktrinde bazı yazarlar⁸⁰⁷, TBK m. 229 hükmünün kıyasen eser sözleşmesi bakımından da geçerli olması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak bunun kabûlü, beraberinde başka sorunlara da neden olabilir. Şöyle ki, dönme dışında diğer seçimlik haklar kullanıldığında yüklenici muayene masraflarından kusursuz mu sorumlu olacaktır? Yoksa TBK m. 229’un lafzına bağlı kalınarak, kusursuz sorumluluğu dönme hali ile mi sınırlı tutmak gerekecektir? Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre⁸⁰⁸, muayene masraflarından kusursuz sorumluluk, kanunun açık lafzı karşısında satıcının sözleşmeden döndüğü hallerle sınırlandırılmalı ve alıcı diğer seçimlik haklarından birine başvurduğunda satıcı ancak kusuru varsa sorumlu tutulmalıdır. Aynı şekilde borçlar hukukunda kusur sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluk ise istisna niteliğinde olduğundan ve istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiğinden, TBK m. 229 hükmü eser sözleşmelerinde kıyasen uygulanmamalıdır. Böylece işsahibi ister sözleşmeden dönsün isterse diğer seçimlik haklarından birine başvursun, herhalükarda yüklenicinin muayene masraflarından sorumluluğu kusurlu olması şartına bağlı tutulmalı ve bu masraflar ayıplı takip eden zarar olarak kabul edilmelidir⁸⁰⁹. Dönme durumunda söz konusu masrafların ayıplı takip eden zararın konusunu oluşturması, bunların dönme dolayısıyla faydasız masraflara dönüşmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten burada eser sözleşmesinin eksiksiz yerine getirileceğine duyulan haklı güven boşa çıktığı için hayal kırıklığı zararları söz konusudur⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Yücer Aktürk, (2012), s. 150, 151.

⁸⁰⁷ Gautschi, (1967), Nr. 11.

⁸⁰⁸ Yücer Aktürk, (2012), s. 151, 152.

⁸⁰⁹ Yücer Aktürk, (2012), s. 151, 152.

⁸¹⁰ Pally, (1996), s. 83.

E) Dava Dışı Gerekli Bilirkişi Masrafları

Kanun koyucu, ayıptan doğan hakların kullanabilmesini muayene külfetinin yerine getirilmesi şartına bağlamıştır (TBK m. 474/I). İş sahibinin muayene külfetini yerine getirmiş sayılabilmesi için makul ve orta zekâlı bir kişiden beklenen özeni göstermiş olması gerekli ve yeterlidir⁸¹¹, ayrıca bilirkişiye başvurması zorunlu değildir. Yeter ki, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmasın ya da bilirkişiye başvurulması gerektiği yönünde yerel bir adet mevcut olmasın⁸¹². Bununla birlikte eserin ayıplı olduğunu ispat etme külfeti iş sahibinde olduğundan, uygulamada genellikle iş sahiplerinin bilirkişiye başvurduğu görülmektedir. Ancak yüklenicinin de sorumluluktan kurtulmak için eserin ayıplı olmadığını kayıt altına almak amacıyla bilirkişiye başvurması mümkündür⁸¹³. Nitekim TBK m. 474/II'de de taraflardan her birinin masraflarını karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından muayene edilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteme hakkının bulunduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, iş sahibi ya da yüklenici TBK m. 474/II'ye göre mahkeme tarafından atanan resmi bilirkişi marifetiyle eserin muayene edilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra her iki taraf özel bilirkişiye de başvurabilir. Özel ya da resmi bilirkişiye başvurulmasını talep eden kişi kim ise, masraflara katlanacak olan da odur. Zira söz konusu masraflar onun menfaatlerini korumak için yapılmıştır. Talepte bulunan taraf, davada haklı çıktığında, yaptığı masrafları diğer taraftan tazminat olarak isteyebilir⁸¹⁴.

Diğer taraftan bilirkişi masraflarının dava süresince ya da dava dışı ortaya çıkması mümkündür. Doktrinde dava süresince ortaya çıkan bilirkişi masraflarının ayıbı takip eden zararın konusunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir⁸¹⁵. Zira dönme davasında bilirkişi masrafları mahkeme masraflarının bir parçası olarak, davanın seyrine göre taraflar arasında paylaştırılmaktadır. Benzer bir durum ihtiyati delil tespiti kapsamında vekâlet verilen bilirkişiler için de geçerlidir. Bu halde iş sahibi başvuran olarak bilirkişi masraflarına katlanmaktadır⁸¹⁶.

⁸¹¹ İş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermesinin yeterli olduğu yönünde bkz. Öz, (1989),s. 114, Seliçi, (1978), s. 147, 148.

⁸¹² Eren, (2019b), s. 651, Nr. 2192, Uçar, (2003), s. 139, Tandoğan, (2010), s. 170.

⁸¹³ Gauch, (2011), s. 596, Nr. 1514, Seliçi, (1978), s. 148.

⁸¹⁴ Gauch, (2011), s. 599, Nr. 1523, Uçar, (2003), s. 141, Öz, (1989),s. 115, Tandoğan, (2010), s. 171, Tunçomağ, (1977), s. 1021, Becker, (1993), s. 614.

⁸¹⁵ Pally, (1996), s. 84, 85, dn. 215.

⁸¹⁶ Koller, (2015), s. 249, Nr. 669.

İşahibi ancak resmi ya da özel bilirkişi marifetiyle muayene külfetini yerine getirecekse, dava dışı bilirkişi için yapılan masraflar hukuken muayene masrafları arasında yer alır. Eserin muayenesiyle yükümlü olan taraf yüklenici değil, işahibi olduğundan, bu masraflar bir görüşe göre⁸¹⁷ kural olarak işahibine tazminat isteme hakkı tanımaz. Dolayısıyla indirim ve onarım hallerinde muayene masrafları gerekli olsa dahi ayıbı takip eden zararın konusunu oluşturmaz. Bunun istisnasını, işahibinin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmesi oluşturmaktadır. Zira dönme halinde muayene masrafları yüklenicinin ayıbı takip eden zarar olarak tazmin etmesi gereken faydasız masraflara dönüşmektedir⁸¹⁸. Ancak kanaatimizce, muayene masraflarının talep edilmesinde işahibinin kullandığı seçimlik hak önemli değildir. Böylece hangi seçimlik hak kullanılırsa kullanılsın, yüklenici, muayene masraflarından ancak kusuru varsa sorumlu olmalıdır⁸¹⁹.

Eserin muayenesi için dava dışı özel ya da resmi bilirkişiye başvuran kişi işahibi ise, yaptığı masrafları ayıbı takip eden zarar olarak yükleniciden isteyebilmesi için ayıptan doğan hakları güvence altına almak için o anki şartlara ve işahibinin bilgisine göre bilirkişiye başvurulmasının gerekli olması şarttır. Bir diğer deyişle, bilirkişiye başvurma ancak objektif olarak emredilmişse tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir⁸²⁰. Böyle bir durum varsa ve yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumlu olması için aranan diğer şartlar da gerçekleşmişse (örneğin yüklenici kusurluysa), yapılan bilirkişi masrafları yüklenicinin TBK m. 475'e göre sorumlu olması gereken zararın içinde yer alır⁸²¹. Buna karşılık söz konusu masrafların yapılması gereksizse, ayıbı takip eden zarar olarak istenemez. O halde bilirkişi masraflarının ne zaman gerekli olduğunu tespit etmek hukuken önem arz etmektedir. Doktrinde yüklenici eserin ayıplı olduğunu reddediyorsa veya her iki taraf için de bir eser ayıbının bulunup bulunmadığı belirsizse, yapılan bilirkişi masraflarının gerekli olduğu kabul edilmektedir⁸²². Buna karşılık farazi ayıpları ortaya çıkarmak için yapılan masraflar gereksizdir. Hatta işahibinin aslında objektif olarak emredilmeyen bilirkişiye başvururken onun gerekli olduğunu

⁸¹⁷ Pally, (1996), s. 84, dn. 211.

⁸¹⁸ Gauch, (2011), s. 600, Nr. 1526.

⁸¹⁹ Aynı yönde bkz. Yücer Aktürk, (2012), s. 150-152.

⁸²⁰ Koller, (2015), s. 248, 249, Nr. 668.

⁸²¹ Gauch, (2011), s. 599, 600, Nr. 1524. Buna karşılık Koller'e göre, işahibinin özel ya da resmi bilirkişi için yaptığı masraflar, dönme durumunda satış sözleşmesine ilişkin OR 208/II'ye (TBK m. 229'a) göre talep edilebilir, yani kusurdan bağımsızdır. Koller, (2015), s. 248, Nr. 667. Koller, yüklenicinin ayıbı takip eden zararlardan sorumluluğu hakkında satış sözleşmesine ilişkin OR 208 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini savunduğu için onun bilirkişi masraflarının talebi konusunda da yüklenicinin kusursuz sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmesi normaldir. Ancak biz TBK m. 229 hükmünün kıyasen dahi uygulanamayacağını düşündüğümüzden, yüklenicinin bilirkişi masraflarından ancak kusuru varsa sorumlu olabileceğini kabul ediyoruz.

⁸²² Pally, (1996), s. 84, Tandoğan, (2010), s. 171, dn. 222.

düşünmesi de yapılan masrafı gerekli masraf haline getirmez. Bu noktada bilirkişinin özel ya da resmi olarak görevlendirilmesi önemli değildir⁸²³.

Sonuç olarak, muayene için özel ya da resmi bilirkişiye başvuran iş sahibinin yaptığı masraflardan yüklenicinin her durumda sorumlu olduğunu söylemek yanlış olur. Yüklenicinin ayıbı takip eden zarar olarak bu masraflardan sorumlu tutulabilmesi için ayıp dolayısıyla dönme hakkının kullanılması, bilirkişiye dava dışında başvurulması ve bu başvurunun gerekli olması (objektif olarak emredilmesi) şartları aranır.

F) Üçüncü Kişilere Ödenen Tazminatlar veya Cezai Şartlar

İş sahibi yüklenici ile yaptığı eser sözleşmesine güvenerek üçüncü kişiler ile başka sözleşmeler kurabilir. Ancak daha sonra yüklenicinin ayıplı ifada bulunmasıyla iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, üçüncü kişilere olan sözleşmeden doğan borcunu ifa edemeyebilir ve onlara tazminat ya da cezai şart ödemek zorunda kalabilir⁸²⁴. Bu halde iş sahibi üçüncü kişilere ödemek durumunda kaldığı tazminatı ya da cezai şartı yükleniciden ayıbı takip eden zarar olarak talep edebilir⁸²⁵. Zira yüklenici sözleşmenin geçerli olduğu ve gereği gibi ifa edileceği yönünde iş sahibinde haklı bir beklenti oluşturmasaydı, diğer bir deyişle sorumluluk menfaatini (Haftungsinteresse) ihlal etmeseydi, iş sahibi üçüncü kişilerle sözleşme yapmayacak ve tazminat ya da cezai şart ödemek zorunda kalmayacaktı⁸²⁶. Dolayısıyla yüklenicinin ayıplı ifası ile söz konusu tazminat ya da cezai şart arasında uygun illiyet bağının bulunduğu şüphe yoktur.

Bunun gibi iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı tazminat, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Gerçekten yüklenicinin ayıplı ifasından dolayı iş sahibi sözleşme ilişkisi içinde bulunmadığı üçüncü kişilere karşı da tazminat ödemek durumunda kalmış olabilir. Örneğin, iş sahibinin arazisine yapılan ayıplı binanın çökmesi yüzünden üçüncü kişiler zarar gördüğünde, bu tür bir durum söz konusudur. Bu halde iş sahibi hakkında yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 69 hükmü uygulanır⁸²⁷. Ağırlaştırılmış özen sorumluluğunun söz konusu olduğu böyle bir durumda, iş sahibi, zararın meydana gelmemesi için kendisinden beklenen her türlü özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni

⁸²³ Koller, (2015), s. 248, 249, Nr. 668.

⁸²⁴ Ergüne, (2008), s. 297, Buz, (1998), s. 245.

⁸²⁵ Öz, (1989),s. 294.

⁸²⁶ Ergüne, (2008), s. 298.

⁸²⁷ Öz, (1989),s. 294.

gösterseydi dahi zararın ortaya çıkmasını engelleyemeyeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Zira yapı malikine kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. İş sahibi sadece illiyet bağımlı kesen sebeplerden birinin varlığını (örneğin mücbir sebebin bulunduğunu) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁸²⁸. Bu tür bir durum söz konusu olmadığı için üçüncü kişilere tazminat ödemek zorunda kalan iş sahibi, kendisine karşı sorumlu olan diğer kişilere, örneğimizde yükleniciye rücu edebilir (TBK m. 69/III). Buradaki tazminat da hukuken ayıba takip eden fiili zararı karşılamaktadır⁸²⁹.

G) Üçüncü Kişilerin Açtığı Davadan Doğan Masraflar

Yüklenici ayıplı bir eser teslim eder, iş sahibi de söz konusu eseri üçüncü kişiye devrettiğinden ya da kullanım hakkını bıraktığından dolayı üçüncü kişi tarafından kendisine karşı dava açılırsa, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında bu uyuşmazlıkla ilgili mahkeme içi ve mahkeme dışı yargılama masrafları ortaya çıkabilir⁸³⁰. Bu halde acaba söz konusu masraflar ayıba takip eden zarar olarak yükleniciden talep edilebilir mi?

Örneğin, Federal Mahkemenin kararına konu olan bir olayda mobilyacı (iş sahibi), müşterisi (üçüncü kişi) için raf yaptırmak üzere marangoz (yüklenici) ile anlaşmış ve rafların tesliminden 6 ay sonra raflar büyük oranda çöktüğü için müşteri ayıp ihbarında bulunmuştur. Mobilyacı marangozuna danıştıktan sonra raflardaki çökmenin eser ayıbından kaynaklanmadığını, aksine rafın müşteri tarafından bahçeye yerleştirilmesi ve yüksek nem ile güneş ışığına maruz bırakılması sonucunda bu hale geldiğini ileri sürerek sorumluluğu reddetmiştir. Bunun üzerine açılan davada Yüksek Mahkeme, mobilyacının itirazını haksız görmüş ve müşterinin dönme talebini yerinde bularak, mobilyacıyı yargılama masrafları ile uğranılan zararlardan sorumlu tutmuştur⁸³¹. Burada mobilyacının ödediği mahkeme içi ve mahkeme dışı yargılama masraflarını marangozdan ayıba takip eden zarar kapsamında talep edip edemeyeceği sorusu akla gelmektedir.

Üçüncü kişilerin açtığı davadan doğan masrafların eserdeki ayıbın uygun sonucu olduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur. Ancak bu masrafların illi dönme talebi kapsamında istenip istenemeyeceğinin araştırılması gerekir. Zira böyle bir durumda söz konusu masraflar ayıba takip eden zarar olarak istenemeyecektir. Bu konuda satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229

⁸²⁸ Yıldırım, (2019), s. 180, Erdoğan, (2019), s. 153.

⁸²⁹ Gauch, (2011), s. 699, Nr. 1873.

⁸³⁰ Pally, (1996), s. 85.

⁸³¹ Pally, (1996), s. 85.

hükmü kıyasen uygulanırsa, yüklenicinin yargılama masraflarından kusursuz sorumlu olduğu sonucuna varılacaktır. Çünkü kanun koyucu satıcının sadece doğrudan zararlardan değil, yargılama masraflarından da illi bir şekilde sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır. Yargılama masrafları kanunda ayrı bir kalem olarak düzenlenmeseydi dahi doğrudan zarar olarak istenebilirdi. Ancak biz satış sözleşmesindeki doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu öngören TBK m. 229 hükmünün kıyasen dahi eser sözleşmesine uygulanamayacağını kabul ettiğimizden, benzer değerlendirmenin yargılama masrafları için de yapılması gerektiğini düşünüyoruz. O halde yargılama masraflarının illi dönme talebinin değil, aksine ayıby takip eden zararın konusunu oluşturduğu kabul edilmeli⁸³² ve yüklenici ancak kusuru varsa bu masraflardan sorumlu tutulmalıdır. Kaldı ki, söz konusu masraflar, bir önceki başlıkta ele alınan üçüncü kişilere ödenen tazminatların kapsamına girmektedir⁸³³. Dolayısıyla nasıl ki üçüncü kişilere ödenen tazminatlar hukuken ayıby takip eden zarar sayılıyorsa, aynı nitelendirme dava masrafları için de geçerli olmalıdır. Aksi halde bunun gerekçesini açıklamak zordur. Bununla birlikte iş sahibinin davanın bildirilmesi yoluyla önleyebileceği masraflardan yüklenicinin sorumlu olmadığını belirtmek gerekir⁸³⁴.

§ 9. ONARIM HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ

I-Genel Olarak Onarım Hakkı

Eserin ayıplı olması halinde, iş sahibi, kural olarak masrafları yükleniciye ait olmak üzere⁸³⁵ eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteyebilir. TBK m. 475 ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 368/II'nin lafzı, onarımın sanki eserin tamiriyle sınırlı olduğu yönünde bir izlenim uyandırmaktadır. Hâlbuki gerçekte onarım ile eserin sözleşmeye uygun üretilmesi kastedilmektedir. Dolayısıyla ayıbyn giderilmesi için gerekli olan diğer tedbirler de onarımın

⁸³² Pally, (1996), s. 86.

⁸³³ Ergüne, (2008), s. 298.

⁸³⁴ Gautschi, (1967), s. 338, Nr. 11 d.

⁸³⁵ Onarım masraflarının yükleniciye ait olması kuralı istisnasız bir şekilde uygulanan bir kural değildir. Örneğin, eser başlangıçta ayıpsız olarak üretilseydi dahi iş sahibinin katlanması gereken kaçınılmaz masrafları (Sowiesokosten) yüklenici karşılamak zorunda değildir. Aynı şekilde ayıbyn meydana gelmesinde iş sahibinin de kusuru bulunuyorsa (ortak kusur söz konusu ise), iş sahibi onarım masraflarına kusuru oranında iştirak etmelidir. Yine iş sahibinin hiçbir haklı sebep bulunmaksızın onarım hakkını kullanma konusunda gecikmesi onarım masraflarının artmasına neden olmuşsa, masraflardaki bu artışa kendisi katlanmalıdır. Bunun dışında iş sahibi yüklenici için aşırı olmayan onarım masraflarının bir bölümünü karşılamak istediğini beyan ettiğinde ya da onarım sayesinde dolaylı bir menfaat sağladığında ve bu menfaatin dürüstlük kuralı gereğince denkleştirilmesi gerektiğinde, iş sahibi onarım masraflarının bir bölümüne katılmak zorundadır, Gauch, (2011), s. 656, 657, Nr. 1734-1739; Tandoğan, (2010), s. 196; Uçar, (2003), s. 197; Canbolat, (2009), s. 143.

kapsamına dâhildir⁸³⁶. Zira onarım, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu sonradan ifa etmesinden başka bir şey değildir. Onarım yoluyla yüklenici başlangıçta ayıpsız eser teslim etseydi işsahibi hangi durumda olacaksa, o durum sağlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir ifadeyle, onarım ile işsahibi eserin ayıpsız teslim edilmesi halinde içinde bulunacağı durumdan daha kötü ya da daha iyi duruma sokulmamalıdır⁸³⁷.

Onarım hakkı (Nachbesserungsrecht) yükleniciye değil, işsahibine tanınmış bir hak olduğu için yüklenici diğer seçimlik haklara başvurmak isteyen işsahibinin kararına müdahale edemez. Zira onarım hakkının diğer haklara nazaran önceliği (üstünlüğü) söz konusu değildir⁸³⁸. Dolayısıyla yüklenicinin eseri onarma yönündeki önerisi işsahibi tarafından kabul edilmediğinde, işsahibi alacaklı temerrüdüne düşmez⁸³⁹. Bununla birlikte ayıplı ifa ile ilgili hükümler emredici nitelikte olmadığı için tarafların sözleşme ile yükleniciye onarım hakkı tanımaları mümkündür. Böyle bir durum varsa, yüklenicinin eseri gereği gibi onarma yönündeki talebini kabul etmeyen işsahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş olur⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Bühler, (1998),s. 233, 234, Nr. 114.

⁸³⁷ Stotz, (1989), s. 114, Bögli, (1996),s. 58, Yavuz, (2014), s. 672.

⁸³⁸ Honsell, (2010), s. 298, Bühler, (1998),s 237, Nr. 127-129. Aynı durum, İsviçre Borçlar Kanunu (OR 368) için de geçerlidir. İşsahibi onarım hakkını kullanmadan doğrudan indirim veya dönme haklarını kullanabilir. Buna karşılık İsviçre'deki Mühendisler ve Mimarlar Odası tarafından kaleme alınan, inşaat işlerinde genel şartname niteliği taşıyan SIA Norm 118'de onarım hakkının üstünlüğü kabul edilmiştir (Art 169). Böylece inşaat sahibinin kanundan doğan seçimlik hakları, yüklenici lehine açıkça sınırlandırılmış ve inşaat sahibinin tespit edilen ayıpların gecikmeksizin giderilmesindeki menfaatine ağırlık verilmiştir. Gerçekten inşaat sahibinin indirim ve dönme haklarını kullanmadan önce yükleniciye onarım için uygun bir süre tanınması ve bu süre içerisinde onarımın gerçekleşmemesi şartı aranmıştır. Söz konusu süre dolmasına rağmen onarım yapılmamışsa, inşaat sahibi onarımda ısrarcı olabilir. Fakat bunun için inşaat sahibine sağlayacağı faydayla kıyaslandığında, onarımın aşırı masrafa neden olmaması gerekir. Bu halde onarımın, ayıptan sorumlu olan yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Aksine masraflar söz konusu yükleniciye olmak üzere, onarım, bizzat inşaat sahibi veya üçüncü kişi tarafından da yapılabilir. İsviçre doktrini ile içtihatlarda *masrafların tazmini talebinin hukuken tazminat talebi olarak nitelendirilemeyeceği*, bu yüzden yüklenicinin kusuruna gerek olmadığı konusunda görüş birliğine varılmıştır. Diğer taraftan inşaat sahibi onarımda ısrarcı olmak yerine ayıp oranında eserin bedelinde indirim yapılmasını da isteyebilir. Ancak inşaat sahibinin ya da yardımcısının ayıbın oluşmasında birlikte kusuru varsa, indirim de buna uygun olarak daha az olur. Nihayet onarımın verilen sürede yapılmaması üzerine sözleşmeden dönülebilir. Dönme hakkı, ancak eserin kaldırılması yüklenici için orantısız güçlükler doğurmadığında ve inşaat sahibinden eserin kabulü beklenemediğinde, yani sadece önemli ayıplar bulunduğu kullanılabılır. Eğer yüklenici eseri onarmaktan kaçınmışsa veya açıkça eseri onaramayacak durumdaysa, inşaat sahibi onarım süresinin dolmasını beklemeden ayıptan doğan diğer haklarını kullanabilir. Bununla birlikte 2013 Revizyonuyla süre dolmadan önce diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi için aranan “açıkça kaçınma” şartından vazgeçilmiş ve susma, mesleki yetersizlik ya da yüklenicinin yerinde bulunmamasının da kaçınmanın varlığını kabul etmek için yeterli olduğu hükme bağlanmıştır. Hemen belirtelim ki, *onarımın üstünlüğü, inşaat sahibinin m. 171'e göre tazminat isteme hakkını etkilemez*. Spiess, Huser, (2014), Art 169, s. 968-974.

⁸³⁹ Gauch, (2011), s. 648, Nr. 1711; Tandoğan, (2010), s. 192, 193; Uçar, (2003), s. 194, Canbolat, (2009), s. 137, Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 765.

⁸⁴⁰ Gautschi, (1967), s. 325, 5 b.

Onarım hakkı, aslında iş sahibinin aynen ifaya ilişkin talebinin değişmiş şeklinden başka bir şey değildir⁸⁴¹. Buradan hareketle, onarımın imkânsız olduğu hallerde iş sahibinin onarım yerine başlangıçtaki aynen ifa talebine başvuramayacağı, ancak tartışmalı olmakla birlikte aşırı masrafa yol açmamak kaydıyla yeniden üretimin mümkün olduğu söylenebilir. Burada yeniden üretilen eserin iş sahibine sağlayacağı fayda göz önünde bulundurulur⁸⁴². Tıpkı indirim gibi onarım hakkı da edimler arasındaki dengesizliği giderme amacına hizmet etmektedir⁸⁴³.

Onarım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle onarımın gerçekleştirilmesinin (ayıbın giderilmesinin) objektif olarak mümkün olması gerekir. Dolayısıyla yüklenicinin şahsından kaynaklanan subjektif imkânsızlık halleri (örneğin, yüklenicinin eseri imal edecek yeterli sayıda işçisinin olmaması), iş sahibinin onarım hakkını ortadan kaldırmaz⁸⁴⁴. Aynı şekilde onarımın geçici olarak imkânsız olması da iş sahibinin onarım hakkını etkilemez⁸⁴⁵. Diğer taraftan eserin onarımı kısmen mümkünse, iş sahibi mümkün olan kısım için onarım hakkını, geri kalan kısım için değer azalması oranında indirim hakkını kullanabilir⁸⁴⁶. Bu durum, onarımın kısmen mümkün olduğu hallerde, yüklenicinin iş sahibini sözleşmeden dönmeye veya eserin tamamı için indirim hakkını kullanmaya zorlayamayacağı anlamına gelmektedir⁸⁴⁷.

Onarım hakkına başvurulabilmesinin bir diğer şartı, onarımın kural olarak aşırı masrafa yol açmamasıdır⁸⁴⁸. Kanun koyucuyu onarım hakkı için böyle bir sınır öngörmeye sevk eden husus, hakkın kötüye kullanılması yasağıdır⁸⁴⁹. Onarımın yapılması aşırı masrafa yol açacaksa, iş sahibi onarım yerine şartlar gerçekleşmişse diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Bununla birlikte doktrinde indirim hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan değer azalması şartının gerçekleşip gerçekleşmediği kural olarak onarım masraflarına göre belirlendiğinden, söz konusu masrafların aşırı olması halinde iş sahibinin sadece dönme hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁸⁵⁰. Diğer taraftan onarım ancak aşırı masraf yapılarak gerçekleştirilecek olsa dahi istisnaen iş sahibi aşırı olan kısmın karşılığını ödeyerek eserin onarılmasını isteyebilir. Aynı şekilde masrafların aşırı olduğunu ileri sürmek dürüstlük kuralını zedelediğinde de (örneğin

⁸⁴¹ Gauch, (2011), s. 649, Nr. 1714; Honsell, (2010), s. 297, Bögli, (1996),s. 58, Tandoğan, (2010), s. 193, 194.

⁸⁴² Honsell, (2010), s. 297.

⁸⁴³ Pally, (1996), s. 11; Uçar, (2003), s. 193, 194, Seliçi, (1978), s. 173.

⁸⁴⁴ Uçar, (2003), s. 198; Canbolat, (2009), s. 138, Seliçi, (1978), s. 176, Canbolat, (2009), s. 138.

⁸⁴⁵ Brandli, (2007), s. 123, Nr. 384.

⁸⁴⁶ Aslan, (2018), s. 148, 149, Karataş, (2004), s. 168.

⁸⁴⁷ Koller, (2015), s. 258, 259, Nr. 699.

⁸⁴⁸ Onarım masraflarının aşırı olmasının onarım hakkının varlığını etkilemediği, aksine yükleniciye sadece edimi ifadan kaçınma hakkı tanıdığı yönünde bkz. Brandli, (2007), s. 128, Nr. 399.

⁸⁴⁹ Aslan, (2018), s. 150, Bögli, (1996),s. 55.

⁸⁵⁰ Gautschi, (1967), s. 340, Nr. 13 b.

yüklenicinin ayba ağır kusurlu bir davranışıyla neden olması halinde), yüklenici aşırılığı gerekçe göstererek eseri onarmaktan kaçınmaz. Yine yüklenici daha önceden onarımı gerçekleştireceğini beyan ettiğinde veya eserin belli niteliklere sahip olduğunu vaat ettiğinde, aşırılık iddiasında bulunamaz⁸⁵¹. Bunun dışında sözleşme ile yükleniciye onarım hakkı tanındığı için onarım konusunda yüklenicinin sadece yükümlü olmadığı, aynı zamanda yetkili de sayıldığı hallerde, yüklenici, aşırılığı gerekçe göstererek eseri onarmaktan kaçınmaz. Çünkü kanun hükümlerinden sapan bir anlaşma yoluyla avantaj sağlayan kişi, bunun doğurduğu dezavantajlara da katlanmak zorundadır⁸⁵². Gerçekten nimet külfet dengesi bu sonucu haklı kılmaktadır.

Masrafın aşırı olması, onun fahiş olmasını gerekli kılmamaktadır. Yapılan masrafın aşırı olup olmadığı tayin edilirken, doktrinde onarımın yükleniciye getireceği yüküle iş sahibinin sağlayacağı yararın bir bütün olarak karşılaştırılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁸⁵³. Bu noktada ekonomik yararların yanı sıra ekonomik olmayan yararlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁵⁴. Buna karşılık onarımın borçlu olunan ücretle ya da sözleşmeden dönme veya ücret indirimiyle olan ilişkisi, aşırılığın belirlenmesinde önemli değildir⁸⁵⁵. Hatta eserin onarımı yüzünden yüklenicinin kazanç sağlayamayacak olması ya da ayrıca harcama yapacak olması, onarımın aşırı olduğu anlamına gelmez⁸⁵⁶. Masrafın aşırı sayılması için iş sahibinin yararının onarım masrafı yapılmasını makul şekilde haklı göstermemesi gerekli ve yeterlidir⁸⁵⁷. Masrafların aşırı olması halinde iş sahibinin onarım hakkı kanun gereği kendiliğinden düşmektedir; yüklenicinin ayrıca aşırılığın varlığını ileri sürmesine gerek yoktur⁸⁵⁸. Bununla birlikte aşırılık bulunmasına rağmen yüklenici eseri onarma konusunda istekli ise, ona bunu yapabilme imkânı verilmelidir⁸⁵⁹.

⁸⁵¹ Uçar, (2003), s. 200, 201, Seliçi, (1978), s. 175, 176, Bühler, (1998),s. 241, OR 308, Nr. 147, Yavuz, (2014), s. 673, Eren, (1996), s. 85.

⁸⁵² Gautschi, (1967), s. 327, 5 d.

⁸⁵³ Honsell, (2010), s. 296, Siegenthaler, (2016),s. 1073, Nr. 17, Simons, (1927) s. 27, Brandli, (2007),, s. 134, Nr. 417, Aral, Ayrancı, (2019), s. 409; Gümüş, (2014), s. 67; Canbolat, (2009), s. 139, Seliçi, (1978), s. 175, Öz, (1989),s. 97, Özdemir, (2017),s. 1181.

⁸⁵⁴ Bühler, (1998),s. 241, Nr. 145.

⁸⁵⁵ Honsell, (2010), s. 296, Bühler, (1998),s. 240, Nr. 144, Bögli, (1996),s. 56. Aksi yönde bkz. Aslan, (2018), s. 153.

⁸⁵⁶ Tandoğan, (2010), s. 197; Uçar, (2003), s. 199, 200.

⁸⁵⁷ Gauch, (2011), s. 664, Nr. 1758.

⁸⁵⁸ Aksi yönde bkz. Brandli, (2007), s. 129, Nr. 402.

⁸⁵⁹ Koller, (2015), s. 259, Nr. 700.

Eserdeki ayıbın dönme hakkının kullanılmasını haklı gösterecek nitelikte önemli olması, bir görüşe göre⁸⁶⁰ iş sahibinin onarım hakkını ortadan kaldırmaktadır. Ancak kanaatimizce, 818 sayılı BK m. 360/II'de yer alan eserdeki ayıp, iş sahibinin kullanamayacağı veya dürüstlük kuralına göre kabule zorlanamayacağı derecede değilse onarım hakkının kullanılabilmesi yönündeki hüküm, 6098 sayılı TBK m. 475 ile değiştirilmiştir. Olması gereken de budur⁸⁶¹. Zira onarım hakkı önemli olmayan ayıpların varlığı halinde kullanılabilirse, önemli ayıplarda evleviyetle kullanılabilirdir. Çoğun içinde azın da bulunduğu yönündeki kural bu sonucu haklı kılmaktadır⁸⁶². Yeter ki, onarımın gerçekleştirilmesi aşırı masrafa yol açmasın.

Her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmese de, onarımın gerçekleşmesi için yükleniciye uygun bir süre tanınması gerekir. Zira iş görme edimlerinin ifasında işin niteliği gereği belli bir süreye ihtiyaç vardır. Bunun dışında iş sahibi onarım için gerekli ortamı hazırlamalıdır. Örneğin, ayıplı eser bir taşınmazsa, yükleniciye bu taşınmaza rahatça girebilme imkânı verilmelidir⁸⁶³.

Bütün bu şartlar gerçekleştiğinden sonra, yüklenici, iş sahibince talep edilen onarım yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınırsa, iş sahibi, sözleşmeden dönebilir veya bedelin indirilmesini isteyebilir. İş sahibi talebini gecikmeksizin bildirmek zorundadır⁸⁶⁴. Yüklenicinin onarım borcunu ifa etme konusunda temerrüde düşmesi dışında, borcun ifası objektif olarak imkânsız hale geldiğinde veya yüklenicinin tüm gayretine rağmen onarımı gerçekleştirememesi hallerinde de iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir⁸⁶⁵. Bu noktada yüklenici onarım hakkının yenilik doğuran hak olduğunu, dolayısıyla bir kez kullanıldığı için artık diğer seçimlik haklara başvurulamayacağını ileri süremez. Zira dönme ve indirim gibi seçimlik haklar onarım hakkının kullanılmasından değil, eserin fiilen onarılmasıyla düşer⁸⁶⁶.

Bunun dışında onarım yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi üzerine, iş sahibi, dilerse TBK m. 113'e başvurarak masrafi yükleniciye ait olmak üzere eseri bizzat onarabilir veya eserin üçüncü bir kişi tarafından onarılması yoluna gidebilir. Türk hukukunda

⁸⁶⁰ Uçar, (2003), s. 191, 192, Canbolat, (2009), s. 138.

⁸⁶¹ Aynı yönde bkz. Koller, (2015), s. 258, Nr. 698, Brandli, (2007), s. 6, Nr. 15.

⁸⁶² Aynı yönde bkz. Honsell, (2010), s. 296, Tunçomağ, (1977), s. 1034, Şenocak, (2002), s. 34, Seliçi, (1978), s. 158, Özdemir, (2017), s. 1164.

⁸⁶³ Uçar, (2003), s. 196, 197; Canbolat, (2009), s. 144, 145, Seliçi, (1978), s. 178, 179.

⁸⁶⁴ Gautschi, (1967), s. 324, Nr. 4 e, Honsell, (2010), s. 298, Siegenthaler, (2016), s. 1074, Nr. 18, Furrer, (1973), s. 75, Öz, (1989), s. 97.

⁸⁶⁵ Tandoğan, (2010), s. 193, Canbolat, (2009), s. 137.

⁸⁶⁶ Uçar, (2003), s. 195, Seliçi, (1978), s. 174.

hâkimden izin almadan onarımın üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirilmesini sağlayan bir hüküm yoktur. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesine göre, bu konuda hâkimden izin almaya gerek yoktur⁸⁶⁷.

Nihayet yüklenici kendisine verilen süre içinde eseri onarmazsa, iş sahibi, ayrıca ihtarda bulunmaya gerek olmadan TBK m. 116–118 gereğince borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilir. Böylece iş sahibi, eserin onarılmasının (aynen ifanın) yanı sıra gecikme zararlarının tazminini isteyebileceği gibi⁸⁶⁸, onarımdan vazgeçip müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönüp menfi zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak yüklenici onarımın zamanında gerçekleşmemesi konusunda kendisine herhangi bir kusur isnat edilemeyeceğini ispatladığı takdirde tazminat ödemekten kurtulur; fakat onarım yükümlülüğü devam eder⁸⁶⁹. Bununla birlikte doktrinde onarım yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan ya da eseri meydana getirecek yeterliliği bulunmamasına rağmen bunu gerçekleştirmeyi üstlenen yüklenicinin TBK m. 475 ve TBK m. 112 anlamında kusurlu olduğu kabul edilmektedir⁸⁷⁰.

II-Tazmin Edilecek Zararın Türü

Onarım hakkının kullanılmasıyla teslim edilen ayıplı eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Onarım hakkı, aynen ifa talebinin farklı bir görünüm şekli olup, bu hakkın kullanılmasıyla başlangıçta kararlaştırılan edimler karşılıklı olarak ifa edilmektedir. Bu durum menfi zararın niteliği ile bağdaşmadığından, onarım hakkının kullanılmasına rağmen karşılanamayan zararlar hukuken her zaman müspet zarar niteliği taşır. Onarım hakkı ile menfi zararın birlikte tazmini istenemez⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ Seliçi, (1978), s. 180, 181, Canbolat, (2009), s. 146, Furrer, (1973), s. 75.

⁸⁶⁸ Gautschi'ye göre, onarımın ayıplı ifadan, gecikme tazminatının borçlunun temerrüdünden doğması, gecikme tazminatının onarımla birlikte talep edilmesine engel değildir. Zira temerrüde ilişkin OR 107 II'de edimin sonradan ifasını seçen alıcının gecikme tazminatı isteyebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu noktada onarım hakkı, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu sonradan ifa etmesinden başka bir şey değildir. Gautschi, (1967), s. 354, Nr. 22.

⁸⁶⁹ Bühler, (1998), s. 242, OR 368, Nr. 149, Aral, Ayrancı, (2019), s. 410; Tandoğan, (2010), s. 199; Uçar, (2003), s. 204, Özdemir, (2017), s. 1185.

⁸⁷⁰ Gautschi, (1967), s. 352, Nr. 20a.

⁸⁷¹ Pally, (1996), s. 89, Şenocak, (2002), s. 70.

III-Onarım Hakkının Kapsamına Giren Haller

Eserin ayıplı olması üzerine işsahibi onarım hakkını kullanmışsa, yüklenici kural olarak masrafı kendisine ait olmak üzere onarımı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Onarım masrafları, onarıma eşlik eden masraflar, özellikle ön hazırlık ve yeniden üretim çalışmaları için yapılan masraflar, enflasyondan dolayı oluşan pahalanma masrafları onarım hakkı kapsamında yükleniciden talep edilebilir. Söz konusu masrafların talep edilmesinde yüklenicinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Buna karşılık onarım boyunca eserin kullanılamamasından kaynaklanan yoksun kalınan kar onarım hakkının kapsamına girmediğinden, hukuken ayıbı takip eden zarar niteliği taşır ve yüklenici ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir⁸⁷². Görüldüğü üzere, yüklenicinin sorumluluğu değişiklik gösterdiği için, onarım hakkının kapsamının doğru bir şekilde tayin edilerek ayıbı takip eden zarardan ayrılması hukuken önem arz etmektedir.

A) Onarım Masrafları

Onarım masrafı kavramı açıklanırken onarım kavramı esas alınmaktadır. Şöyle ki, yüklenici ayıbı gidermek için belli işleri yapmak zorunda olduğuna göre, bu konudaki uygun masrafları da kendisi karşılamak durumundadır⁸⁷³. Ancak yüklenici kendisine verilen uygun süre içinde ayıbı gidermekten kaçınırsa, işsahibi, mahkemeye başvurarak masrafı yükleniciye ait olmak üzere eserin kendisi tarafından ya da üçüncü kişi aracılığıyla onarılmasına izin verilmesini talep edebilir. İşte işsahibi bu sırada yaptığı uygun masrafları yükleniciden kusuru olmasa dahi isteyebilir⁸⁷⁴. Buna karşılık uygun olmayan masrafa işsahibi katlanacağından, bunlar onarım masraflarının içinde yer almaz.

Onarım masraflarından sorumluluk, ayıbı takip eden zararın aksine kusurdan bağımsız bir sorumluluktur. Zira yüklenici borçlandığı edimi ancak eseri onararak yerine getirebilir⁸⁷⁵. Bununla birlikte doktrinde onarım masraflarının TBK m. 112'ye göre tazmini gereken müspet zararlar arasında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁷⁶. Kanaatimizce, bu masraflar hukuken onarım hakkının devamı niteliğinde olduğundan, bir diğer deyişle, onarım talebinin

⁸⁷² Stotz, (1989), s. 114, 115.

⁸⁷³ Koller, A. (1994). *Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werkes, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag, Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts*, St. Gallen: Vereinigung für Baurecht V. BR. s. 110, Nr. 304.

⁸⁷⁴ Tandoğan, (2010), s. 200.

⁸⁷⁵ Koller, (1994), s. 110, Nr. 304.

⁸⁷⁶ Arbek, Ö. (2005). *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 90.

yerine geçen ayıplı ifadan doğan tali nitelikte bir hak olduğundan, tazminata konu olmazlar, dolayısıyla ayıbı takip eden zarar sayılmazlar⁸⁷⁷.

Bu noktada onarım masraflarının kapsamının belirlenmesi ve bu masraflarla ayıbı takip eden zarar arasında ayırım yapılması hukuken önem arz etmektedir. Fakat bazı hallerde bu ayırımı yapabilmek oldukça zordur. Böyle hallerde ayıbı takip eden zararın karakteristik özelliklerinden (sebebini eser ayıbının oluşturması, indirim, dönme veya onarım haklarına rağmen zararın karşılanamaması, zararın bizzat ayıplı eserde değil, işsahibinin diğer hukuki varlıklarında ortaya çıkması gibi) hareketle bir sonuca varılmalıdır. Söz konusu karakteristik özelliklerden birisi eksikse, onarım masraflarının varlığı kabul edilmelidir⁸⁷⁸.

Doktrinde onarım masraflarının kapsamının oldukça geniş tayin edildiği görülmektedir. Öyle ki, işçilik, nakil, malzeme ve ayıbın belirlenmesi için yapılan muayene masraflarının⁸⁷⁹ yanı sıra onarımla dolaylı bir şekilde bağlantılı olan diğer tali işler için yapılan masraflar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Böylece onarıma ilişkin hazırlık masrafları (örneğin ayıplı su borularının çıkarılması için duvarın imha edilmesi) ile eski hale getirme çalışmaları (örneğin yıkılan duvarın yeniden inşa edilmesi) için yapılan masraflar, eserin teslim masrafları, aynı şekilde eserin yüklenici tarafından onarılması sırasında işsahibinin edim menfaati dışındaki hukuki değerlerini korumak amacıyla yaptığı masraflar onarım masrafları olarak nitelendirilmektedir⁸⁸⁰.

Buna karşılık normalde işsahibinin yapması gereken bir masraf söz konusu ise, bu, onarım masrafı olarak yükleniciden talep edilemez. Örneğin, eser ayıpsız olarak üretilseydi dahi ortaya çıkacak olan kaçınılmaz masraflar (Ohnehinkosten) bu şekildedir⁸⁸¹. Onarım çalışmaları sırasında oluşan masrafın işsahibi tarafından üstlenilmesi, masraf üstlenmesinin sözleşme ile yapıldığı özel bir sorumluluk sebebinin mevcut olmasını gerekli kılar. Böyle bir durum, özellikle işsahibine katılım yükümlülüğü yüklendiğinde söz konusu olur⁸⁸². Onarım masrafları ile özel bir sorumluluk sebebine istinaden işsahibinin sorumluluğu üstlendiği haller arasında sınırın nasıl çizileceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda Gauch, onarım masraflarını geniş

⁸⁷⁷ Aynı yönde bkz. Pally, (1996), s. 96, Şenocak, (2002), s. 250, Tandoğan, (2010), s. 202.

⁸⁷⁸ Spiess, Huser, (2014), Art 170, s. 990, 991.

⁸⁷⁹ Arbek, (2005), s. 204, Aslan, (2018), s. 178.

⁸⁸⁰ Şenocak, (2002), s. 161, Koller, (2015), s. 266, Nr. 724, Koller, (1994), s. 110, Nr. 305, Stotz, (1989), s. 114, Gümüş, (2014), s. 68, Siegenthaler, (2016), s. 1074, Nr. 17.

⁸⁸¹ Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur-und Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 170*. Bern: Stämpfli Verlag. s. 987, 988, Bögli, (1996), s. 59.

⁸⁸² Koller, (2015), s. 266, 267, Nr. 724, 725.

yorumlayarak, onarım çalışmalarının sonucu olarak ortaya çıkan bütün masrafları, örneğin onarım sırasında iş sahibinin ikamet yerininin değiştirilmesi nedeniyle oluşan masrafları da onarım masrafı olarak değerlendirirken⁸⁸³, Koller onarım masraflarını dar yorumlamakta ve şüphe halinde bunun varlığını reddetmektedir⁸⁸⁴.

Bunun dışında iş sahibi onarım çalışmaları yüzünden eseri ancak gecikmeli olarak kullanılabileceğinden, onarım çalışmalarının bir an önce tamamlanması için masrafları üstlendiğinde de yapılan masraflar onarım masrafları kapsamına girmez. Aynı şekilde onarım yoluyla oluşmayan, aksine ayıbın bizzat neden olduğu masraflar da onarım masrafı değildir⁸⁸⁵. Örneğin, iş sahibi ayıp nedeniyle yaralandığında ve tedavi masrafı ortaya çıktığında, bu masraflar onarım masrafı değil, OR 368/II'ye göre tazmini gereken ayıbı takip eden zarardır. Aynı durum, onarım çalışmaları sırasında oluşan yoksun kalınan kar için de geçerlidir. Salt özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan eşlik eden zararların ise TBK m. 112'ye göre tazmini isteneceğinden, bunlar da onarım masrafı değildir⁸⁸⁶.

Onarım masraflarının ayıbı takip eden zarara konu olmaması, iş sahibi TBK m. 473/II'ye göre⁸⁸⁷ onarım için aranan şartlara uygun davranmasa dahi geçerlidir. Yani iş sahibi ister onarım için aranan şartlara uygun davranсын isterse davranmasın, her iki halde de onarım için yaptığı masrafları ayıbı takip eden zarar olarak talep edemez. Bununla birlikte söz konusu şartlar gerçekleşmeden iş sahibinin bizzat ya da üçüncü kişiler aracılığıyla eseri onarması ile yüklenicinin onarım borcunu ifa etmesi hukuken imkânsız hale gelmektedir. Kusursuz sonradan imkânsızlığın mevcut olduğu böyle bir durumda yüklenicinin onarım borcu sona erer. Bu durumda malvarlığında irade dışı bir azalmadan bahsedilemeyeceğinden, iş sahibi yaptığı onarım masraflarını ayıbı takip eden zarar olarak isteyemez⁸⁸⁸. Ancak yüklenici TBK m. 485/II⁸⁸⁹ hükmüne dayanarak onarımı kendi davranışları ile imkânsız hale getiren iş sahibinin tazminat sorumluluğuna başvurabilir. Bu halde yüklenicinin onarım borcu TBK m. 136'ya göre

⁸⁸³ Gauch, (2011), s. 651, Nr. 1718.

⁸⁸⁴ Koller, (2015), s. 267, Nr. 726.

⁸⁸⁵ Koller, (2015), s. 267, Nr. 725.

⁸⁸⁶ Koller, (1994), s. 112, Nr. 308-311.

⁸⁸⁷ TBK m. 473/II hükmüne göre “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*”

⁸⁸⁸ Pally, (1996), s. 97.

⁸⁸⁹ TBK m. 485/II hükmüne göre “*İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.*”

sona erdiğinden, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin ödenecek olan tazminattan indirilmesi gerekir⁸⁹⁰.

B) Eşlik Eden Masraflar, Özellikle Ön Hazırlık ve Yeniden Üretim Çalışmaları

Yüklenicinin katlanacağı masraflar arasında sadece onarım işi yürütülürken yapılan masraflar yer almaz. Malzeme masrafları da bu kapsamda değerlendirilir. Aynı şekilde onarıma eşlik eden masraflara da yüklenici katlanmalıdır. Eşlik eden masraflar (Begleitkosten) ile onarımla doğrudan bağlantılı olmayan, sadece dolaylı ve fonksiyonel bir bağlantı içinde bulunan, fakat bu bağlantının çok sıkı ya da zorunlu olduğu masraflar kastedilmektedir. Doktrinde özellikle ön hazırlık ve yeniden üretim (eski hale getirme) için gerekli olan masraflar, eşlik eden masraf olarak nitelendirilmektedir⁸⁹¹.

Yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu ön hazırlık ve yeniden üretim çalışmalarının kapsamı, somut olayın şartlarına göre belirlenir. Örneğin, yüklenici hava ya da su sızdıran bir radyatörü onarmakla yükümlü ise, onarım borcu ısıtma tesisatının tahliyesini, radyatörün yeniden boyanmasını ve tesisatın yeniden dolumunu kapsar⁸⁹². Aynı şekilde muslukçu tarafından duvara yerleştirilen borunun su sızdırması halinde, boruyu onarmak için duvarın yıkılması ve esaslı bir onarımdan sonra duvarın yeniden örülmesi, sıvanıp boyanması gerekmektedir. Duvarın yıkımı için yapılan masraflar ön hazırlık, yeniden örülmesi ve sıvanıp boyanması için yapılanlar ise yeniden üretim masrafı kapsamında eşlik eden masraftır⁸⁹³.

Yüklenici ayıbın giderilmesi ile bağlantılı olan her türlü ön hazırlık ve yeniden üretim çalışmalarını yapmakla yükümlüdür. Eşlik eden masrafların ayıbın giderilmesi için yapılan masraflardan daha yüksek olması sonucu değiştirmez⁸⁹⁴. Buna karşılık iş sahibi masrafı yükleniciye ait olmak üzere bu tür işleri yapmaya yetkili değildir, meğerki, sözleşmede iş sahibine böyle bir yetki tanınmış olsun⁸⁹⁵.

Eşlik eden masraflar, hukuken eşlik eden zararlara dönüşmezler. Zira eşlik eden zarar ayıplı ifadan değil, özen yükümlülüğünün ihlalinden doğmaktadır⁸⁹⁶. Nitekim doktrin ve uygulamada eşlik eden masrafların onarım borcunun bir parçasını oluşturduğu, ayıbı takip eden

⁸⁹⁰ Şenocak, (2002), s. 251.

⁸⁹¹ Gauch, (2011), s. 651, Nr. 1718, Pally, (1996), s. 99, Bühler, (1998),s. 235, Nr. 119, Şenocak, (2002), s. 251.

⁸⁹² Gauch, (2011), s. 652, Nr. 1722.

⁸⁹³ Pally, (1996), s. 99, Tandoğan, (2010), s. 195.

⁸⁹⁴ Stotz, (1989), s. 114, 115.

⁸⁹⁵ Gauch, (2011), s. 652, Nr. 1721.

⁸⁹⁶ Bühler, (1998),s. 235, Nr. 119, Brandli, (2007), s. 156, Nr. 479.

zarar sayılmayacağı konusunda görüş birliği sağlanmıştır⁸⁹⁷. Dolayısıyla hazırlık ve yeniden üretim yükümlülüğü, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir. O halde yüklenici onarım sırasında hazırlık ve yeniden üretim çalışmaları kapsamında zorunlu olarak yaptığı masraflara kendisi katlanmalıdır⁸⁹⁸.

Bununla birlikte onarıma eşlik eden masrafların ayıbı takip eden zararlardan ayrılması özellikle kesişim noktasında bir hayli zordur. Karar verirken, ortaya çıkan hukuki sonuçlar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu eser edimi dışında iş sahibinin diğer malvarlığı değerlerinde oluşan kayıplar ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmelidir. Örneğin, onarım çalışmaları sırasında eserin kullanılma imkânı ortadan kalktığı için iş sahibinin yoksun kaldığı kar ayıbı takip eden zarar sayılmalıdır⁸⁹⁹. Buna karşılık onarım çalışmaları yürütüleceği için konutta oturanların tahliye edilmesine ve başka bir yere nakledilmesine yönelik yapılan masrafların onarıma eşlik eden masraf mı yoksa ayıbı takip eden zarar mı sayılacağı tartışmalıdır⁹⁰⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 111 II 174 sayılı kararında söz konusu masrafları onarıma eşlik eden masraf olarak değerlendirirken, bu karar doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiştir⁹⁰¹.

C) Kısmi Onarım

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu için aranan şartlar gerçekleştiğinde, iş sahibi dönme, indirim ve onarım hakları arasında seçim yapabilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte eserin onarılması tamamen imkânsız olduğunda, iş sahibinin onarım hakkı düşer ve şartlar gerçekleşmişse eserin yeniden imal edilmesi talep edilebilir. Buna karşılık uygulamada onarımın tamamen imkânsız olmadığı, örneğin, onarımın aşırı masrafa yol açtığı ya da onarımın ayıp nedeniyle eserdeki değer azalmasını karşılayamadığı durumlarla daha sık karşılaşılmaktadır⁹⁰². Bu halde iş sahibinin onarım hakkı, kısmi onarımla sınırlıdır⁹⁰³. İş sahibi kısmi onarım talebinde bulunursa, karşılanamayan değer azalmasının indirim hakkı mı yoksa ayıbı takip eden zarar kapsamında mı istenebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

⁸⁹⁷ Pally, (1996), s. 99, Tandoğan, (2010), s. 195.

⁸⁹⁸ Gauch, (2011), s. 653, Nr. 1723.

⁸⁹⁹ Gauch, (2011), s. 653, Nr. 1725.

⁹⁰⁰ Pally, (1996), s. 100.

⁹⁰¹ Gauch, (2011), s. 653, Nr. 1725.

⁹⁰² Koller, (2015), s. 258, Nr. 699.

⁹⁰³ Gauch, (2011), s. 660, Nr. 1746.

Gerek doktrinde⁹⁰⁴ gerek Federal Mahkeme kararlarında⁹⁰⁵, eserin mevcut durumuyla kıyaslandığında kısmi onarım yoluyla esaslı bir iyileşmenin sağlanabildiği ve tam onarımın imkânsız olduğu ya da aşırı masrafa yol açtığı her durumda, iş sahibine kısmi onarımla birlikte karşılanamayan değer kaybı için bedelden indirim isteme hakkının tanındığı görülmektedir. Değer kaybı, indirim hakkı kapsamında telafi edildiğine göre, tazmin edilecek bir ayıbı takip eden zarar söz konusu değildir. Varılan bu sonuç, onarımın tamamen gerçekleştirilemediği hallerde yüklenicinin iş sahibini dönme veya indirim talebinde bulunma konusunda zorlayamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak iş sahibinden kısmi onarım talebinde bulunması beklenemediğinde, onarım tamamen imkânsızmış gibi değerlendirme yapılmalı ve somut olayda eserin yeniden imali için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır⁹⁰⁶.

Bununla birlikte iş sahibine onarımla birlikte indirim hakkının tanınması, dogmatik açıdan bazı zorluklara neden olmaktadır. Çünkü gerek OR 368/II'de gerekse TBK m. 475'te söz konusu haklar iş sahibine seçimlik olarak tanınmıştır. Bu noktada tam onarımın imkânsız olması ya da caiz olmaması halinde, kısmi onarım yoluyla eserin esaslı bir şekilde iyileştirilmesiyle ilgili kanunda boşluğun bulunduğu kabul edilmeli ve bu boşluk kısmi onarım ile karşılanamayan değer azalması için indirim hakları birlikte kullanılarak doldurulmalıdır. Ayrıca sistematik yorumla da aynı sonuca ulaşılabilir. Şöyle ki, onarım masrafları çoğunlukla eserdeki değer azalmasından daha yüksektir. Bu masraflar aşırı olmadığı sürece, iş sahibi, indirimle kıyaslandığında yüklenici bakımından daha elverişsiz olan onarım hakkını kullanabilir. İş sahibine bir taraftan kendisi için avantajlı olan onarım hakkı tanınırken, diğer taraftan tamamen onarım imkânsız ya da beklenemez olduğu için yüklenicinin onarımdan kaçınmasına izin vermek, hakkaniyete uygun düşmemektedir⁹⁰⁷.

D) Enflasyon Dolayısıyla Daha Fazla Masraf Yapılması Durumu

İş sahibinin onarım hakkını kullanması üzerine, yüklenicinin eseri ücretsiz bir şekilde, yani masrafı kendisine ait olmak üzere onarma yükümlülüğü doğar. Bu kapsamda yüklenici eserin ayıpsız bir hale gelmesi için gereken her şeyi yapmalıdır. Böylece yüklenici eseri başlangıçta ayıpsız bir şekilde teslim etseydi iş sahibi hangi durumda olacaksa, aynı durumu sağlamakla yükümlüdür. Bir diğer deyişle, iş sahibinin onarım sonucundaki durumu başlangıçta

⁹⁰⁴ Pally, (1996), s. 90, Koller, (2015), s. 258, 259, Nr. 699, Şenocak, (2002), s. 250.

⁹⁰⁵ BGE 105 II 101, BGE 111 II 173.

⁹⁰⁶ Koller, (2015), s. 258, 259, Nr. 699.

⁹⁰⁷ Pally, (1996), s. 91.

ayıpsız eser teslim edilmesi halinde alacağı durumdan daha kötü bir hale getirilmemelidir. Dolayısıyla eserin tesliminden sonra gerçekleşen maliyet artışlarının sonuçlarına yüklenici katlanmalıdır. Bu artışın öngörülemeyen sebeplerden, özellikle enflasyondan kaynaklanmış olması sonucu değiştirmez⁹⁰⁸.

Enflasyondan kaynaklanan olası fazla masraflar onarım alacağı kapsamında yükleniciye yüklendiğinden, ayıbı takip eden zarardan söz edilemez. Anılan sonuç, yüklenicinin onarım yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine iş sahibinin onarımı bizzat ya da üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirmesi hali için de geçerlidir. Bu durumda da yüklenici, iş sahibinin enflasyon dolayısıyla yapmış olduğu fazla masrafları onarım borcunun bir parçası olarak karşılamak zorundadır⁹⁰⁹.

E) İş Sahibi Tarafından Temin Edilen Malzemeler

İş sahibinin temin ettiği malzemeden ayıplı eser üretilmişse ve söz konusu malzeme eser ayıbından dolayı zarar gördüğü için yüklenici onarım için yeniden malzemeye ihtiyaç duyarsa, onarım için gerekli malzemenin kim tarafından sağlanacağı, diğer bir deyişle, malzeme masraflarına⁹¹⁰ kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkar. Bu konuda karşımıza iki seçenek çıkmaktadır: Ya yüklenici gerekli malzemeyi bizzat sağlamalı ya da iş sahibine malzemeyi temin etme yükümlülüğü yüklenmelidir. Ancak iş sahibine böyle bir yükümlülük yüklenirse, malvarlığında ortaya çıkan kayıpların ayıbı takip eden zararın konusunu oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelecektir⁹¹¹.

Malzemenin kim tarafından temin edileceği ve buna bağlı olarak malzemedeki değer kaybının onarım hakkı mı yoksa ayıbı takip eden zarar kapsamında mı talep edileceği doktrinde tartışmalıdır.

⁹⁰⁸ Gauch, (2011), s. 651, Nr. 1717, Bühler, (1998), s. 239, Nr. 140, Tandoğan, (2010), s. 194, 195.

⁹⁰⁹ Pally, (1996), s. 98, Stotz, (1989), s. 115. İndirim hakkının kullanılması halinde de enflasyondan kaynaklanan olası masraflar ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmez (BGE 117 II 553) Honsell, (2010), s. 299. Buna karşılık dönme halinde söz konusu masraflar üçüncü kişiyle hukuki işlemin kurulamaması yüzünden olduğundan, diğer bir deyişle kaçırılan fırsatlar kapsamında değerlendirildiğinden, ayıbı takip eden zararın konusunu oluşturur. Pally, (1996), s. 98, dn. 250.

⁹¹⁰ Malzeme masrafı denilince, akla ilk olarak ayıplı parçaların değiştirilmesi için kullanılan yedek parçalar gelse de, aslında söz konusu kavram yedek parça kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Gerçekten ayıplı eser onarılırken mecburen başvurulana, ancak yedek parça gibi ayıplı esere monte edilmeyen malzemeler için yapılan masraflar da malzeme masrafı olarak değerlendirilir. Arbek, (2005), s. 207, Aslan, (2018), s. 179.

⁹¹¹ Pally, (1996), s. 100.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre⁹¹², iş sahibi, yüklenicinin somut olaydaki ayıptan sorumlu olup olmadığından bağımsız olarak her durumda onarım için gerekli malzemeyi temin etmekle yükümlüdür. Böylece yüklenicinin kusuru varsa ya da ifa yardımcılarının davranışlarından sorumlulukla ilgili aranılan şartlar gerçekleşmişse, iş sahibi yaptığı masrafları ayıbı takip eden zarar olarak isteyebilir. Bu durum, malzemenin yüklenicinin sorumlu olmadığı bir eser ayıbından dolayı zarar görmesi halinde ortaya çıkan rizikoya iş sahibinin katlanması gerektiği yönündeki genel ilkeye uygun düşer.

Buna karşılık üstün tutulması gereken diğer görüşe göre⁹¹³, onarım için gerekli malzemeyi sağlamakla yükümlü olan kişi yüklenicidir. Çünkü iş sahibi kural olarak eserin sözleşmeye uygun üretilmesi için yetecek miktarda malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Yüklenici özenli bir şekilde hareket etse idi, iş sahibinin sağladığı malzeme yetecekti. Yüklenici daha fazla malzemeye ihtiyaç duyuyorsa, bunu bizzat kendisi sağlamalıdır. Ancak dürüstlük kuralı, iş sahibine ihtiyaç duyulan malzemeyi ivazlı olarak yüklenicinin emrine hazır bulundurma yükümlülüğü yüklemiştir. İş sahibinin sadece yüklenicinin özenli hareket etmesi halinde yetecek miktarda malzemeyi hazır bulundurma zorunluluğu olduğuna göre, buradan onarım için gerekli malzemeyi sağlama yükümlülüğünün yükleniciye ait olduğu sonucu çıkarılabilir⁹¹⁴.

Anılan görüşün bir devamı olarak, TBK m. 483/I (OR 376/II) hükmünün kıyasen uygulanması, yukarıdaki kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre, teslimden önce eserin beklenmeyen bir halden dolayı yok olması halinde, malzemedeki hasara bunu temin eden kişi katlanır. Teslimden önce beklenmeyen hal, eserin yok olmasına değil, sadece ayıplı olmasına yol açıyorsa, TBK m. 483/I (OR 376/II) hükmü kıyasen uygulanarak aynı şekilde malzemedeki hasara bunu temin eden kişinin katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü eserin beklenmeyen halin etkisiyle yok olması ile ayıplı hale gelmesi arasında ayırım yapmanın hiç bir haklı gerekçesi yoktur. Böylece yüklenici eserin beklenmeyen halden dolayı ayıplı hale geldiğini ispatlarsa, iş sahibi onarım için gerekli malzemeyi temin etmekle yükümlü olur. TBK m. 483/I (OR 376/II) hükmünün kıyasen uygulanması sonucu iş sahibine malzemeyi temin etme yükümlülüğü yüklendiğinde, onun malvarlığında ortaya çıkan kayıplar “tazmin edilemeyen ayıbı takip eden zarar” olarak nitelendirilmelidir. Çünkü burada eser ayıbından doğan kayıplar

⁹¹² Gauch, (2011), s. 659, Nr. 1743, Tandoğan, (2010), s. 196.

⁹¹³ Pally, (1996), s. 100-103, Koller, (2015), s. 266, 267, Nr. 724.

⁹¹⁴ Pally, (1996), s. 100, 101.

onarım hakkı kapsamında telafi edilememektedir. Ancak yüklenici beklenmeyen halin varlığını ispatlayarak, kusura bağlı olan ayıbı takip eden zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulacağı için bu kayıpların tazmini istenemez. Buna karşılık iş sahibi onarım için gerekli malzemeyi temin etmek zorunda değilse ya da sadece uygun bir ivaz karşılığında temin etmek zorundaysa ve eser ayıbından dolayı iş sahibinin başlangıçta temin ettiği malzemedeki değer kaybı onarım yoluyla giderilebiliyorsa, ayıbı takip eden zarar söz konusu olmaz⁹¹⁵. Böylece iş sahibinin temin ettiği malzemelerin değeri, masrafı yükleniciye ait olmak üzere ivazsız şekilde yerine getirilecek onarım yükümlülüğü kapsamında tazmin edilmelidir⁹¹⁶.

F) İş sahibinin İşin İfasına Katılması (İşgörme Edimi)

İş sahibi, kendi iş gücünü veya çalışanlarını yüklenicinin emrine verecek şekilde eserin ifasına katılmışsa, eserin ayıplı hale gelmesi durumunda bunun için yaptığı masraflar kısmen veya tamamen faydasız hale gelir. Burada malzemelerin iş sahibi tarafından temin edilmesine benzer bir durum söz konusu olduğu için orada kabul edilen görüş burada da geçerli olmalıdır. Böylece iş sahibi kendi iş gücünü yüklenicinin emrine verirse, yüklenici, eseri sözleşmeye uygun üretebilmek için özenli hareket halinde iş gücü hangi oranda yeterli olarsa o oranda talebe yetkilidir. Dolayısıyla yüklenici artık iş sahibinin iş gücüne başvuramaz. Ancak eser ayıbı beklenmedik halden kaynaklandığında, istisnai bir durum söz konusudur. Bu halde TBK m. 483/I (OR 376/II) hükmü kıyasen uygulanmalı ve faydasız hale gelen iş görme edimlerine ilişkin hasar iş sahibine ait olmalıdır. Zira malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması ile iş sahibinin eserin ifasına katılması arasında ayırım yapmanın hiç bir haklı gerekçesi yoktur. Sonuç olarak, beklenmedik hal söz konusu olduğunda, iş sahibi eserin onarımı için yetecek oranda iş gücünü yüklenicinin emrine tahsis etmelidir⁹¹⁷.

Buna karşılık eser ayıbı beklenmedik halden kaynaklanmazsa, yüklenici onarım için iş sahibinin iş gücüne başvuramaz. İş sahibi onarım esnasında kural olarak birlikte hareket etmek zorunda değilse ve başlangıçta gerçekleşen işi tamamen veya kısmen faydasız hale getiren eser ayıbı giderilmişse, ayıbı takip eden zarar söz konusu olmaz. Ancak istisnaen TBK m. 483/I (OR 376/II) hükmü kıyasen uygulanarak iş sahibine iş gücünü eserin onarımı için yeniden tahsis etme yükümlülüğü yükleniyorsa, bu kapsamda iş sahibinin malvarlığında ortaya çıkan kayıplar “tazmin edilemeyen ayıbı takip eden zarar” olarak nitelendirilir. Burada eser ayıbına dayanan

⁹¹⁵ Pally, (1996), s. 101, 102.

⁹¹⁶ Koller, (2015), s. 266, 267, Nr. 724. Benzer bir görüş için bkz. Arbek, (2005), s. 208.

⁹¹⁷ Pally, (1996), s. 103, 104.

zarar, onarım hakkı kapsamında giderilemediği için ayıby takip eden zarar vardır. Ancak yüklenici beklenmedik halin varlığını ispatlayarak, kusur şartına bağılı olan ayıby takip eden zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur⁹¹⁸.

IV-Onarım Hakkı Kapsamında Karşılanamayan Münferit Zarar Kalemleri

A) Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kar

Ayıby takip eden zararın tazmini onarım hakkı ile birlikte talep edildiğinde, söz konusu tazminat her zaman müspet zararın karşılanmasına yönelik olduğundan, işşahibi malvarlığının mevcut durumu ile ayıby ifade bulunulmasaydı alacağı durum arasındaki farkı tazminat olarak isteyebilir. İşşahibinin zararı, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yoksun kalınan kar şeklinde de oluşabilir⁹¹⁹. Buna karşılık onarım hakkı ile kaçırılan fırsatların tazmini birlikte istenemez⁹²⁰. Zira bilindiği üzere, kaçırılan fırsatlar menfi zararın bir parçasını oluşturmaktadır.

Örneğin, kaldırımın ayıby onarılması sonucunda işşahibinin kaza yapması ve bu durumun tedavi masraflarına yol açması ya da eserin yapımında kullanılan hastalık yapan maddeden dolayı işşahibinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi hallerinde ayıby takip eden zarar fiili zarar niteliği taşır. Buna karşılık makine onarılncaya kadar işletmenin faaliyetlerinin durması ve bu arada işşahibinin gelir kaybına uğraması ya da ev onarılncaya kadar ev sahibinin kira gelirinden yoksun kalması hallerinde ayıby takip eden zarar yoksun kalınan kar şeklinde gerçekleşmektedir⁹²¹.

B) Ticari Değer Kaybı

Ticari değer kaybı, yüklenicinin ayıby eseri mükemmel bir şekilde onarmasına rağmen eserin satış değerinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir⁹²². Bu yönüyle ticari değer kaybı, ayıbytan dolayı zarar gören eserde oluşan teknik değer kaybının karşıtını oluşturmaktadır⁹²³.

⁹¹⁸ Pally, (1996), s. 104, 105.

⁹¹⁹ Bühler, (1998),s. 256, Nr. 197.

⁹²⁰ Pally, (1996), s. 107.

⁹²¹ Gauch, (2011), s. 699, 700, Nr. 1870-1873, Şenocak, (2002), s. 252, 253, Tandoğan, (2010), s. 205.

⁹²² Gauch, (2011), s. 629, Nr. 1634, Pally, (1996), s. 93, Şenocak, (2002), s. 251.

⁹²³ Trachsel, H. (2017). "Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht". *Baurecht*. S. 333, 333-342. s. 333.

Ticari değer kaybı, toplumun büyük bir kesiminde bir kez ayıplı olduğu anlaşılan eserin satın alınma isteğinin azalmasından kaynaklanır⁹²⁴. Gerçekten daha önce eserde bulunan ayıbın yeniden ortaya çıkma riski her zaman için mevcut olduğundan, bu durum ister istemez eserin piyasadaki değerini de etkiler⁹²⁵. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 84 II 163 sayılı kararına konu olan olayda, işsahibinin kişisel isteklerine uygun şekilde üretilen otomobil, teslim edilmeden test sürüşleri sırasında kazaya karışmıştır. Yüklenici otomobili teknik olarak hiçbir değer azalması kalmayacak şekilde onarmıştır. Ancak Federal Mahkemenin de haklı olarak belirttiği üzere, onarımın mükemmel bir şekilde gerçekleştirilmesi, otomobilin satış değerinin kazasız bir otomobile nazaran daha düşük olmasını engellememektedir. Yeniden satış halinde daha önceki kaza durumu, otomobilin satış değerinin azalmasına neden olacaktır⁹²⁶.

Ticari değer kaybının varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle eserin *piyasa değerinin* bulunması gerekir. Örneğin, konut ve işyeri gibi bağımsız bina eserlerinin piyasa değeri vardır. Köprü, tünel, cadde gibi alt yapı çalışmalarının piyasa değerinin bulunup bulunmadığı her bir somut olay için ayrı ayrı incelenmelidir. Buna karşılık evin merdivenleri, ısıtma tesisatı, zemine yerleştirilecek su tesisatı, koruma duvarı gibi bağımsız nitelik taşımayan bina eserleri hukuken bütünleyici parça sayıldıklarından piyasa değerleri yoktur. Ayrıca Alman hukukunda ticari değer kaybının varlığı için eserdeki *ayıbın önemli olması* şartı aranmaktadır. Bina eserlerinde özellikle evin onarılmasında önemli ayıplarla karşılaşmaktadır. Örneğin, onarım çalışmaları sırasında izolasyon yeterince yapılmadığı için giriş kattaki ya da çatı katındaki evi nem kapladığında önemli ayıptan bahsedilir. Bunun dışında ayıp giderilmesine rağmen piyasanın büyük bir bölümünde ayıbın hala mevcut olduğu, gelecekte ortaya çıkabileceği ve onarım masraflarına yol açabileceği yönünde bir *şüphenin oluşması* gerekir. Böylece eserin kalitesine duyulan güven sarsılmaktadır. Ayıbın türü ve ağırlığı ile ayıbın giderilmesinin şartları, piyasada işlem yapacak kişilerin şüpheye düşmesine objektif olarak elverişli olmalıdır. Nihayet eserdeki önemli ayıp teknik açıdan tamamen giderilse dahi şüpheden dolayı eserin piyasadaki değerinin azalması gerekir⁹²⁷.

⁹²⁴ Gauch, (2011), s. 629, Nr. 1634, Şenocak, (2002), s. 251.

⁹²⁵ Trachsel, (2017), s. 333.

⁹²⁶ Pally, (1996), s. 94, 95.

⁹²⁷ Trachsel, (2017), s. 334-336.

Görüldüğü üzere, ticari değer kaybı eserin kullanıma elverişliliğini değil, sadece satış potansiyelini olumsuz etkilemektedir ve yüklenicinin ayıbı gidermiş olup olmamasına, aynı şekilde işsahibinin eseri devredip devretmemesine bağlı değildir⁹²⁸.

Uygulamada bilirkişiler yüklenicinin sorumluluğunu belirlerken, ayıplar başarılı bir şekilde giderildikten sonra kalan ticari değer kaybını çoğunlukla göz ardı etmektedirler. Hâlbuki somut olayda ticari değer kaybı onarım masraflarına erişebilir, onu aşabilir ve ilgili eserin piyasadaki değerini önemli ölçüde azaltabilir⁹²⁹. Nitekim doktrindeki yazarlar yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu değerlendirirken, ticari değer kaybının dikkate alınması gerektiği konusunda hemfikirdirler⁹³⁰. Ancak söz konusu kaybın indirim veya onarım hakları kapsamında telafi edilecek bir kalem mi olduğu, yoksa ayıbı takip eden zarar mı sayılması gerektiği hususunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre⁹³¹, ticari değer kaybı eserin ayıplı olması sonucunda ortaya çıkmaktadır, ancak söz konusu kayıp ayıplı eserde bizzat görünmediği için ayıp zararı olarak nitelendirilemez. Bu kayıp, ayıbın tamamen giderilmesi durumunda da baki kalan satış değerindeki azalmayı ifade etmektedir. Alman doktrininde hakim görüş, söz konusu kaybı ücretten indirim yapılmasını haklı gösteren değer azalması kapsamında değerlendirmektedir. Ancak İsviçre hukuku için bu görüş reddedilmelidir. Ticari değer kaybı, indirim ya da onarım hakkının kullanılmasını haklı gösteren durumlar arasında yer almaz. Burada yüklenicinin OR 368'e göre tazmin etmesi gereken ayıbı takip eden zarar söz konusudur. Bu değerlendirme, İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatları ile de uyumludur. Buna göre indirim için belirleyici olan değer azalması, ayıbın mükemmel bir şekilde giderilmesi için yapılacak masrafları aşmamalıdır⁹³². Aslında ticari değer kaybının indirim veya onarım mı yoksa ayıbı takip eden zarar kapsamında mı giderileceği, daha geniş bir perspektifte ele alınması gereken bir değerlendirme sorunudur. Bu noktada yüklenicinin kusurdan bağımsız

⁹²⁸ Trachsel, (2017), s. 336.

⁹²⁹ Trachsel, (2017), s. 333.

⁹³⁰ Trachsel, (2017), s. 334.

⁹³¹ Gauch, (2011), s. 629, 630, Nr. 1633-1636. Aynı yönde bkz. Bühler, (1998), s. 257, Nr. 198.

⁹³² BGE 105 II 102. Mahkeme Gauch'un (s. 456, Nr. 1683) görüşüne dayanarak, değer azalmasının onarım masraflarını aşmamasının, işsahibine onarım hakkı karine olarak tanındığında ve onarım yoluyla eserdeki değer azalmasından ayıpsız, sözleşmeye uygun duruma geçildiğinde söz konusu olacağına hükmetmiştir. Kararına gerekçe olarak, eserin bedelinden onarım masraflarını aşacak şekilde indirim yapılırsa, aradaki fazlalık oranında işsahibinin zenginleşmiş olacağını ve bu sonucun dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Trachsel, (2017), s. 337. Gerekenin eser itirazsız bir şekilde onarıldıktan sonra ticari değer kaybına uğradığı durumlar için isabetli olmadığı, işsahibinin bu tür durumlarda indirim hakkına sahip olduğu ve sebepsiz zenginleşmenin varlığından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Heinz Ingenstau/Hermann Korbion/Axel Wirth, N 60 &13, Abs. 6, VOB/B, Trachsel, (2017), s. 337'den naklen.

indirim ya da onarım sorumluluğu değerlendirilirken, edim yükümlülüğünün sonuca ilişkin olduğu düşüncesinden yola çıkılmalıdır. Yüklenicinin edim yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçası olan iş görme sonucu, ilk olarak esere, ikinci olarak ise söz konusu eserin ayıpsız olmasına yöneliktir. Fakat mevcut ayıplar giderildikten sonra satış değerindeki azalma iş görme sonucunun kapsamına girmez. Dolayısıyla eserin bir kez ayıplı olduktan sonra ticari hayatta daha az değerli olduğunun kabulü, kusurdan bağımsız sonuç sorumluluğuna (indirim ya da onarım haklarının kullanılmasına) neden olmaz. Aksine yüklenicinin kusurlu olması halinde tazmin etmesi gereken ayıbı takip eden zarar kalemlerinden birini oluşturur⁹³³.

Buna karşılık diğer görüşe göre⁹³⁴, ticari değer kaybı indirim ya da onarım hakları kapsamında telafi edilir. Çünkü satış değerindeki azalma, aslında eser ayıbını oluşturur ve eser dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklere sahip değildir. Gerçekten eserin ayıpsız sayılabilmesi için kullanıma elverişli olması yeterli değildir. Ayrıca eserin normal nitelikte bir ticari değere sahip olması gerekir. Lüzumlu nitelikler ticari değeri de kapsamaktadır. Dolayısıyla ticari değer kaybı, ayıbı takip eden zararı değil, ayıbın kendisini oluşturmaktadır. Ticari değer kaybı, aslında onarımın tamamen gerçekleştirilememesi üzerine, iş sahibinin onarılamayan bölüm için indirim hakkını kullanmasına benzemektedir. Aynı değerlendirme, ticari değer kaybının söz konusu olması halinde de yapılmalıdır. Böylece indirilecek meblağ hesaplanırken ticari değer kaybı dikkate alınmalıdır. Söz konusu kayıp indirim hakkı kapsamında telafi edildiğinden, ayıbı takip eden zarardan bahsedilemez.

Yukarıdaki örnek üzerinden görüş farklılıkları değerlendirilecek olursa, asıl sorun, yüklenicinin kusursuz olması halinde ortaya çıkmaktadır. Otomobilin kazaya karışmasında yüklenicinin kusuru yoksa, ilk görüş benimsendiğinde, yüklenici tamamen sorumluluktan kurtulur. Çünkü bu halde ticari değer kaybının ayıbı takip eden zarar niteliği taşıdığı kabul edildiğinden, yükleniciye karşı illi nitelikteki indirim ve onarım hakları kullanılamaz. Ayıbı takip eden zarar da kusura bağlı olduğundan, kusursuz yüklenicinin sorumluluğu doğmaz. Buna karşılık ikinci görüş kabul edilirse, ticari değer kaybı ayıp niteliği taşıdığından, indirim ve onarım haklarına başvurulabilir⁹³⁵. Görüldüğü üzere, ikinci görüş, iş sahibinin menfaatlerini daha iyi korumaktadır.

⁹³³ Gauch, (2011), s. 630, Nr. 1636.

⁹³⁴ Pally, (1996), s. 94-96, Koller, (2015), s. 203, Nr. 545, Brandli, (2007), s. 70, Nr. 211, dn. 144, Şenocak, (2002), s. 252.

⁹³⁵ Koller, (2015), s. 203, Nr. 545, 546.

Bunun dışında savunulan başka bir görüşe göre⁹³⁶, ticari değer kaybı ile ortaya çıkan, eserin ayıplı olacağı ve gelecekte de ayıbı takip eden zarara yol açacağı yönündeki şüphe, kural olarak bizzat ayıbı oluşturur. Ancak ayıbın varlığı için söz konusu şüphenin sağlığa ya da vücut bütünlüğünü tehlikeye düşüren niteliklere ilişkin olması gerekir. Diğer bir deyişle, sağlığı ya da yaşamı tehlikeye düşüren bir niteliğin mevcut olduğu yönünde şüphenin varlığı halinde eserin kullanıma elverişliliği olumsuz etkilenmekte olup, ancak kullanım riskleri ile ilgili bu tür belirsizliklerin bulunması durumunda ayıptan söz edilebilir. Dolayısıyla dayanağı olmayan salt korkular, ayıbın varlığı için yeterli değildir. Tehlike rizikosunun ispatlanabilir, somut unsurlara dayanması gerekir. Bununla birlikte eserdeki ticari değer kaybındaki şüphenin ayıp olarak nitelendirilmediği, aksine başka bir ayıba dayandığı durumlar saklı kalmalıdır. Ayıp olarak şüphe, eser sözleşmesindeki synallagma (karşılıklılık) ilişkisini ihlal eder. Söz konusu ihlal, illi nitelikteki indirim veya dönme hakları ile giderilmelidir. Bununla birlikte dönme hakkının kullanımı kanunda özel şartlara bağlandığından, ayıp olarak şüphe iş sahibine nadiren sözleşmeden dönme imkânı verir. Diğer taraftan eserdeki ticari değer kaybına neden olan ayıbın giderilmesi işin niteliği gereği ekonomik olarak beklenemez nitelik taşıdığından veya imkânsız olduğundan, onarım hakkı da kullanılamaz. O halde ticari değer kaybının söz konusu olması halinde, iş sahibi kural olarak indirim hakkını kullanabilir. Dolayısıyla ticari değer kaybı ayıbı takip eden zarar niteliği taşımaz, meğerki, bu kayıp fiilen ayıbın sonucu olarak ortaya çıkmış olsun. Bu durum, özellikle mimarın ya da mühendisin hatalı planı bina eserinde bir ayıba yol açtığına söz konusu olur. Bu durumda planlayan, oluşan zararlardan iş sahibine karşı eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur. Çünkü zarar eserle (planla) bağlantılı olarak oluştuğu için hukuken ayıbı takip eden zarar niteliği taşır. O halde mimarın ya da mühendisin planlama hatasından kaynaklanan ayıplar giderildikten sonra ticari değer kaybı kalıyorsa, planlamaya ilişkin değer kaybı ayıbı takip eden zarar sayılmalıdır.

Kanaatimizce, ticari değer kaybının hukuki niteliğinin belirlenmesinde edim yükümlülüğü ile koruma yükümlülüğü ayrımı önemli bir rol oynar. Zira edim yükümlülüğünün ihlal edildiği kabul edilirse, hukuken ayıp zararının bulunduğu ve oluşan kaybın illi nitelikteki seçimlik haklarla giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşılık koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği kabul edilirse, ayıbı takip eden zararın varlığından bahsedilecektir. Edim yükümlülüğü, sözleşme ilişkisini karakterize eden, onu diğer sözleşmelerden ayıran yükümlülüklerdir. Eser sözleşmesindeki edim yükümlülükleri, ücret ile

⁹³⁶ Trachsel, (2017), s. 339-341.

eserin iş sahibinin isteklerine uygun şekilde meydana getirilip teslim edilmesidir. Ticari değer kaybının varlığı halinde eser başlangıçta ayıplı bir şekilde meydana getirilse de, sonrasında yüklenici ayıbı mükemmel bir şekilde giderdiği için edim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılır. Çünkü ayıptan dolayı eserin kullanıma elverişliliği olumsuz etkilenmediğinden, iş sahibinin ifa menfaati zarar görmemektedir. Bu durumdan sadece yeniden satış halinde eserin piyasadaki değeri olumsuz etkilenmektedir. Gerçekten iş sahibi eseri daha yüksek bir bedelle satma imkânından yoksun kalmaktadır. Burada iş sahibinin onarım süresince eseri kullanamamaktan kaynaklı kar mahrumiyetine benzer bir durum söz konusudur. Nasıl ki, kar mahrumiyetinin varlığı halinde ayıbı takip eden zararın bulunduğu kabul ediliyor, aynı sonuç ticari değer kaybı için de geçerli olmalıdır. Zira her iki halde de zarar ayıplı malın ötesinde iş sahibinin diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıktığından, koruma menfaati ihlal edilmektedir.

C) Gerekli Muayene ve Bilirkişi Masrafları

İş sahibi eseri TBK m. 474/II'ye göre bilirkişiye muayene ettirdiğinde, yaptığı masrafları ayıbı takip eden zarar olarak talep edebilmesi için somut olayın şartlarına göre bilirkişiye başvurmanın hukuken gerekli olması ve ayıbın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusurunun bulunması gerekir. Bu noktada eserin ayıplı olup olmadığı şüpheliyse ya da yüklenici eserin ayıplı olduğunu inkâr ediyorsa, bilirkişiye başvurmanın hukuken gerekli olduğu kabul edilmektedir⁹³⁷. Bu halde tazminat miktarı belirlenirken, TBK m. 51 ile m. 52'deki indirim sebepleri dikkate alınır. Örneğin, bilirkişiye alıılmamış oranda yüksek bir ödeme yapıldığında, tazminat miktarı makul seviyeye indirilir⁹³⁸.

Bununla birlikte TBK m. 474/I kapsamında kalan gerekli muayene masraflarının, iş sahibine tazminat hakkı verip vermediği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁹³⁹, muayene masrafları onarım masrafları arasında yer alsa da, TBK m. 112'ye göre müspet zarara konu olur. Kanaatimizce, bu görüş kendi içinde çelişmektedir. Zira muayene masrafları onarım masraflarının içinde değerlendirildiği takdirde, müspet zararın ya da ayıbı takip eden zararın değil, illi nitelikteki onarım alacağının konusunu oluşturur.

⁹³⁷ Pally, (1996), s. 84.

⁹³⁸ Gauch, (2011), s. 599, 600, Nr. 1524.

⁹³⁹ Arbek, (2005), s. 90, 204.

Başka bir görüşe göre⁹⁴⁰, eserin muayenesi iş sahibine ait bir külfet olduğundan, bu halde iş sahibi kural olarak tazminat talep edemez. Dolayısıyla indirim ve onarım hallerinde muayene masrafları gerekli olsa dahi ayıby takip eden zararın konusunu oluşturmaz. Bunun istisnasını, sözleşmeden dönme ile muayenenin onarılan eserin teslimi üzerine yapılması oluşturmaktadır. Dönme halinde muayene masrafları faydasız masraflara dönüştüğünden, iş sahibi oluşan zararlarını ayıby takip eden zarar olarak talep edebilir. Aynı şekilde onarılan eser kendisine teslim edilen iş sahibi, eserdeki ayıbyın devam edip etmediğini anlamak için eseri yeniden muayene etmek zorunda kalabilir. İkinci kez muayene için yapılan masraflar, eserin önceden ayıbylı olmasından kaynaklandığından, hukuken ayıby takip eden zarar olarak kabul edilir.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre⁹⁴¹, eserin muayenesi kural olarak iş sahibine ait bir külfet olsa dahi tarafların sözleşmede bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Aynı şekilde muayene sonucunda eserin ayıbylı olduğu anlaşıldığında, iş sahibi yaptığı masrafları yükleniciden talep edebilir. Bu konuda TBK m. 474'ün birinci ve ikinci fıkraları arasında ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Dolayısıyla iş sahibi ister sözleşmeden dönsün isterse diğer seçimlik haklarından birine başvursun, herhalükarda yüklenicinin muayene masraflarından sorumluluğu kusurlu olması şartına bağlı tutulmalı ve bu masraflar ayıby takip eden zarar olarak kabul edilmelidir. Çünkü seçimlik hakka bağlı olarak muayene masraflarının hukuki niteliğinin değişiklik göstermesinin sebebini anlamak zordur. Sonuç olarak, sadece dönme ya da onarılan eserin ikinci kez muayene edilmesi üzerine yapılan masrafların değil, aynı zamanda indirim ve ilk kez yapılan onarım hallerinde de muayene masraflarının gerekli olduğu takdirde ayıby takip eden zararın konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

D) Tahliye ile Nakil ve Yerleştirmeden Doğan Masraflar

Ayıbylı eserin onarılması için bazı hallerde başka bir yere nakledilmesi gerekebilir. Nakil gerekliliği, genellikle taşınır eserlerde karşımıza çıkar⁹⁴². Bununla birlikte onarım sırasında iş sahibinin ayıbylı konutu tahliye etmesi ve başka bir yerde, örneğin otelde kalması gerekebilir⁹⁴³. Bu hallerde tahliye ile nakil ve yerleştirme masraflarına kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkar.

⁹⁴⁰ Gauch, (2011), s. 600, Nr. 1526, Pally, (1996), s. 84, dn. 211, Şenocak, (2002), s. 253, 254.

⁹⁴¹ Yücer Aktürk, (2012), s. 151, 152.

⁹⁴² Arbek, (2005), s. 205.

⁹⁴³ Şenocak, (2002), s. 253.

Ayıplı ifa ile ilgili TBK’da öngörülen hükümler emredici nitelikte olmadığından, sözleşmede anılan masraflara kimin katlanacağı serbestçe kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda ilgili sözleşme hükümleri uygulanır. Buna karşılık sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa, söz konusu masraflara yüklenicinin katlanması gerekir. Böylece işsahibi tahliye ve nakil için yaptığı masrafları yükleniciden talep edebilir. Zira bu masraflar yüklenicinin ayıplı ifada bulunması dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte işsahibi aynı zamanda tüketici vasfına sahipse, anılan masraflardan işsahibinin sorumlu olduğu yönünde sözleşmede yer alan hükümler geçerli olmaz⁹⁴⁴. Zira TKHK’daki hükümler nisbi emredici nitelikte olduğu için tüketici aleyhine bu hükümlerde değişiklik yapılamaz.

Tahliye ve nakilden doğan masrafların yükleniciden onarım borcunun kapsamında mı yoksa ayıplı takip eden zarar olarak mı talep edilebileceği, doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 111 II 174 sayılı kararında herhangi bir gerekçe göstermeden aynı evde oturanlardan birinin tahliye edilmesi ile başka bir yere yerleştirilmesine ilişkin masrafları onarıma eşlik eden masraf olarak nitelendirmiş, dolayısıyla onarım borcunun bir parçası olarak kabul etmiştir⁹⁴⁵.

Buna karşılık Gauch, tahliye ve nakilden doğan masrafların ayıplı takip eden zarar olarak nitelendirilmesi gerektiğini, zira burada onarım çalışmaları sırasında işsahibinin katlanmak zorunda olduğu kazanç kaybına benzer bir durumun bulunduğunu savunmuştur⁹⁴⁶.

Pally ise, farklı bir gerekçe ile aynı sonuca ulaşmıştır. Ona göre, yüklenicinin onarım borcu, mevcut ayıbın giderilmesi ile sözleşmeye uygun durumun yeniden oluşturulmasından ibarettir. Bu bağlamda işsahibine iki farklı yükümlülük yüklenmektedir: Bunlardan ilki, *katlanma yükümlülüğüdür*. İşsahibi onarım sırasında kendi hukuki alanına geçici olarak müdahale edilmesine (örneğin konutuna girilmesine, zeminin kırılmasına) katlanmakla yükümlüdür. Buna karşılık yüklenici ise onarım borcu kapsamında iş görme edimini yerine getirmekle, özellikle geçici müdahaleyi yapma ve onun her türlü sonucunu gidermekle yükümlüdür. Onarımla zorunlu bağlantılı bir şekilde yapılan iş görme edimleri ile buna ilişkin masraflar hukuken onarıma eşlik eden masraf olarak nitelendirilir. Diğer taraftan işsahibinin ikinci yükümlülüğü ise, *kaçınma yükümlülüğüdür*. İşsahibi, yüklenici onarım borcunu yerine getirirken eseri kullanmaktan kaçınmakla da yükümlüdür. Kaçınma yükümlülüğü sonucunda

⁹⁴⁴ Arbek, (2005),s. 205.

⁹⁴⁵ Gauch, (2011), s. 653, Nr. 1725, Pally, (1996), s. 110.

⁹⁴⁶ Gauch, (2011), s. 653, Nr. 1725. Aynı yönde bkz. Bühler, (1998),s. 257, Nr. 198, Şenocak, (2002), s. 253.

iş sahibinin malvarlığında ortaya çıkan kayıp (örneğin, geçici kullanamama sonucunda yoksun kalınan kar ya da geçici ikame eser için ek masraf yapılması), yüklenicinin iş görme edimi ile telafi edilemez. Bunun telafisi, ancak ikame eser sağlanarak ya da nakdi olarak yapılabilir. Bunlar iş görme edimi içinde yer alan onarım borcunun konusunu oluşturamayacağı için iş sahibinin malvarlığında oluşan kayıp onarım kapsamında giderilebilecek eşlik eden masraf olarak nitelendirilemez. Bunlar eser ayıbının dolaylı ve uygun sonucu oldukları için ayıbı takip eden zararın konusunu oluştururlar. Nakil ve tahliye masrafı yapıldığı için iş sahibinin malvarlığında ortaya çıkan kayıp, iş sahibine yüklenen kaçınma yükümlülüğünün doğal bir sonucu olduğundan, hukuken ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmelidir⁹⁴⁷.

Buna karşılık Türk hukukunda Arbek, söz konusu masrafları onarım masrafları içinde değerlendirmiş, ancak onarım masraflarının TBK m. 112'ye göre müspet zararın tazmini yoluyla giderileceğini kabul ettiğinden⁹⁴⁸, sonuç değişmemektedir. Yani bu masrafları ayıbı takip eden zarar olarak kabul eden görüşle ulaşılan sonuç aynıdır. Biz onarım masraflarını onarım borcunun bir parçası olarak gördüğümüzden, tazminata konu olamayacağını düşünüyoruz. Ancak nakil masrafları ayıbın sonraki sonucu olarak ortaya çıktığından, ayıbı takip eden zarar sayılması gerekir ve onarım halinde ayıbı takip eden zarar hukuken müspet zarar niteliği taşıdığından, bu masraflarla ilgili TBK m. 112 hükmü uygulanabilir ve yüklenici ancak kusuru varsa sorumlu olur.

E) Üçüncü Kişinin Açtığı Davadan Doğan Masraflar

İş sahibi, yüklenicinin teslim ettiği ayıplı eseri üçüncü kişiye devreder ya da kullanım hakkını ona bırakırsa, üçüncü kişinin eserdeki ayıptan zarar görmesi ihtimal dâhilindedir. Bu durumda üçüncü kişi iş sahibine karşı dava açtığında, iş sahibi bu uyuşmazlıkla ilgili yaptığı dava masraflarını yükleniciden talep edebilir. Dava masraflarının uygun sebebinin eserdeki ayıp oluşturmaktadır, ancak bunlar onarım hakkı kapsamında telafi edilemediğinden ayıbı takip eden zararın konusunu oluştururlar⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Pally, (1996), s. 110, 111.

⁹⁴⁸ Arbek, (2005), s. 90, 205.

⁹⁴⁹ Pally, (1996), s. 108.

§ 10. BEDELDEN İNDİRİM HALİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ

I-Genel Olarak Bedelden İndirim Hakkı

Ayıp dolayısıyla eserin değerinde azalma meydana geldiğinde, iş sahibi, bu değer azalması oranında ücretten indirim yapılmasını isteyebilir. Böylece ayıplı ifa dolayısıyla taraflar arasında bozulan menfaat dengesi de yeniden sağlanmış olur. Bu hak, iş sahibine ayıbi bizzat giderme veya üçüncü kişiler aracılığıyla gidertme niyetine bağlı olmaksızın tanınmış bir haktır⁹⁵⁰.

Yüklenici eser ayıplı olmasına rağmen kararlaştırılan ücretin tamamını talep ettiğinde, iş sahibi, indirilecek meblağı aşan kısmı ödemekten kaçınabilir. Buna karşılık iş sahibi indirim hakkını kullanmadan önce kararlaştırılan bedelin tamamını ödemişse, indirilecek meblağı aşan kısmın faiziyle birlikte iadesini talep edebilir. Bu talep, sebepsiz zenginleşme kapsamına girmeyen sözleşmeden doğan bir talep olduğu için zamanaşımı konusunda TBK m. 478 hükmü uygulanmalıdır⁹⁵¹. Sonuç olarak iş sahibinin indirim talebi, yüklenicinin ücret alacağı ile takas edilebilen bir alacak değildir⁹⁵². Zira iş sahibinin beyanı üzerine bedel borcunda azalma olması, kanundan dolayı (kendiliğinden) gerçekleşmektedir. Bunun için ayrıca iş sahibinin takas beyanına gerek yoktur⁹⁵³. İş sahibinin para alacağı, ancak indirim talebinde bulunduğu ve ödemesi gereken meblağdan fazlasını ödediğinde ortaya çıktığından, indirimden sonra ise yüklenicinin hiçbir ücret alacağı kalmayacağından, takas söz konusu olmaz⁹⁵⁴. Aynı şekilde indirim talebi hukuken tazminat alacağı niteliğinde de değildir. Bunun en önemli sonucu, iş sahibinin ayıbın meydana gelmesinde ortak kusuru bulunsa dahi TBK m. 52'ye dayanarak indirilecek meblağda herhangi bir azalma yapılamayacak olmasıdır⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ Gauch, (2011), s. 628, Nr. 1626, Uçar, (2003), s. 185, Tandoğan, (2010), s. 188, Özdemir, (2017),s. 1172.

⁹⁵¹ Gauch, (2011), s. 625, 626, Nr. 1617, 1618, Uçar, (2003), s. 186, Tandoğan, (2010), s. 186, 187, Öz, (1989),s. 95, 96. İade alacağı ile ilgili sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Koller, (2015), s. 254, Nr. 685.

⁹⁵² Yavuz, (2014), s. 671. Buna karşılık Gautschi'ye göre, gerek iş sahibinin indirim talebi gerekse yüklenicinin ücret alacağı hukuken para alacağı niteliği taşıdığından takas edilebilirler, yeter ki, söz konusu alacaklar mevcut ve muaccel olsunlar. Gautschi, (1967), s. 349, Nr. 17a.

⁹⁵³ Öz, (1989),s. 96, Seliçi, (1978), s. 168.

⁹⁵⁴ Gauch, (2011), s. 626, Nr. 1619, Tandoğan, (2010), s. 187.

⁹⁵⁵ Gautschi, (1967), s. 347, Nr. 16 f, Doerig, (1985), s. 181, Seliçi, (1978), s. 172, Canbolat, (2009), s. 131, Tunçomağ, (1977), s. 174. Aksi yönde bkz. Öz, (1989),s. 112, dn. 125.

Hukuken değiştirici yenilik doğuran hak⁹⁵⁶ olan indirim hakkının kullanılmasında, eserdeki ayıbın niteliği önemli değildir. 818 sayılı BK m. 360'da ayıbın önemsiz olması gerektiği yönünde bir ifadeye yer verilmişse de, 6098 sayılı TBK m. 475'te bu yönde bir ifade bulunmamaktadır. Dolayısıyla eserdeki ayıp ister önemli olsun isterse önemsiz olsun, işşahibi indirim hakkını kullanabilir⁹⁵⁷. Bunun doğal bir sonucu olarak, dönme hakkına başvurabilmenin caiz olduğu hallerde dahi indirim hakkı kullanılabilir⁹⁵⁸.

Bununla birlikte indirim hakkı, ancak ayıp nedeniyle eserin değerinde azalma meydana geldiğinde kullanılabilen bir haktır. Değer azalması, ayıplı eser ile ayıpsız eserin değeri arasındaki fark kadardır. Uygulamada görölme olasılığı nadir de olsa, bu iki değer arasında bir fark yoksa indirim hakkı kullanılmaz. Eserin değerinde azalma olup olmadığı belirlenirken, eserin işşahibi veya yüklenici için arz ettiği sübjektif değerin değil, aksine objektif değerin (piyasa fiyatının) dikkate alınması gerekir⁹⁵⁹. Dolayısıyla ayıplı eserin objektif olarak hiçbir değeri yoksa işşahibi indirim hakkını kullanamaz; sadece sözleşmeden dönebilir⁹⁶⁰.

Değer azalmasının ne kadar olduğu tayin edilirken, Alman hukukunda sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman dikkate alınmaktadır. Buna karşın Türk/İsviçre hukukunda bu anda henüz daha ayıplı bir eser meydana getirilmediği için, hesaplama yaparken, hasarın geçtiği anın, yani teslim zamanı ve yerinin göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ Eren, (2019b), s. 659, Nr. 2220, Gümüş, (2014), s. 66, Özdemir, (2017),s. 1172, Selimoğlu, (2016), s. 154. İndirim hakkının bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu yönünde bkz. Yavuz, (2016), s. 561, Uçar, (2003), s. 185.

⁹⁵⁷ Bühler, (1998), s. 205, Nr. 4, Honsell, (2010), s. 296, Brandli, (2007), s. 6, Nr. 15, Bögli, (1996),s. 51. Gümüş, (2014), s. 66; Aral, Ayrancı, (2019), s. 408, Tunçomağ, (1977), s. 1034. İndirim hakkının sadece önemsiz, hafif ayıplarda söz konusu olacağı yönünde bkz. Eren, (2019b), s. 658, Nr. 2218; Eren, (1996), s. 85, Uçar, (2003), s. 185.

⁹⁵⁸ Koller, (2015), s. 250, Nr. 672, Tandoğan, (2010), s. 186, Aydoğdu, Kahveci, (2019),, s. 764. Aksi görüşte bkz. Yavuz, (2016), s. 561, Yakuppur, (2009),s. 60, Karataş, (2004), s. 164.

⁹⁵⁹ Gautschi, (1967), s. 346, Nr. 16b, Bühler, (1998),s. 226, Nr. 86, 87, Siegenthaler, (2016),s. 1071, Nr. 14, Furrer, (1973), s. 41, Aral, Ayrancı, (2019), s. 408, Eren, (2019b), s. 659, Nr. 2219, Gümüş, (2014), s. 67, Zevkliler, Gökyayla, (2017), s. 531, Tandoğan, (2010), s. 188, Seliçi, (1978), s. 166, Yavuz, (2014), s. 672. Örneğin, evin duvarlarını boyamayı üstlenen yüklenicinin, duvarları sözleşmede kararlaştırılan aksine, limon sarısı yerine hardal sarısına boyaması halinde, eserin değerinde salt sübjektif bir değer azalması söz konusu olacağı için indirim hakkı kullanılmaz. Bu halde şartları gerçekleşmişse dönme veya onarım hakları kullanılabilir. Ancak verilen örnekte önemli ayıp söz konusu olmadığı için dönme hakkının ve ayıbın giderilmesi aşırı masrafa yol açacağı için onarım hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Sonuç olarak, yüklenicinin kusurlu olması şartıyla sadece tazminat talep edilebilir, Koller, (2015), s. 250, 251, Nr. 673, 674.

⁹⁶⁰ Uçar, (2003), s. 189, Gauch, (2011), s. 631, Nr. 1639, Yavuz, (2016), s. 561, Canbolat, (2009), s. 126, Bögli, (1996),s. 52, Karataş, (2004), s. 167, Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 764. Ayıp dolayısıyla eser tamamen değersiz hale geldiğinde indirim hakkı kullanılamasa dahi, işşahibine sözleşmeden dönme yerine aşırı masrafi gerektirmemesi kaydıyla onarım hakkının tanınması gerektiği yönünde bkz. Öz, (1989),s. 106, Özdemir, (2017),s. 1175.

⁹⁶¹ Gauch, (2011), s. 633, Nr. 1653, Gautschi, (1967), s. 346, Nr. 16a, Bühler, (1998),s. 226, Nr. 85, Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den*

İndirilecek meblağın hesaplanmasında satış sözleşmesinde olduğu gibi nispi yöntem uygulanmalıdır. 818 sayılı BK döneminde tartışmalı olan, ancak doktrindeki hakim görüş ile Yargıtay⁹⁶² tarafından kabul edilen nispi yöntem, 6098 sayılı TBK m. 475/f. 1, b. 2'de "ayıp oranında" ifadesine yer verilmesiyle birlikte yasal bir zemine kavuşturulmuştur⁹⁶³. Buna göre eserin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki oran, sözleşme ile kararlaştırılan ücrete uygulanarak, iş sahibinin ödemesi gereken ücret tayin edilir⁹⁶⁴. Kararlaştırılan ücretten iş sahibinin ödemesi gereken ücret çıkarıldığında ise, indirilecek meblağ bulunmuş olur. Daha açık bir deyişle,

Eserin ayıpsız değeri/ayıplı değeri=kararlaştırılan ücret/ödenmesi gereken ücret

İndirilecek meblağ=kararlaştırılan ücret-ödenmesi gereken ücrettir⁹⁶⁵.

İndirilecek meblağ belirlenirken ayıp sonucunda eserde meydana gelen değer azalmasını ispat etme külfeti iş sahibindedir. Bununla birlikte doktrinde indirilecek meblağın onarım masraflarına eşit olduğu yönünde aksi ispat edilebilir fiili bir karine kabul edilmektedir. Dolayısıyla eserin ayıpsız değeri ile fiilen ayıplı değeri arasındaki fark onarım masraflarından fazla olamaz. Bu karinenin haklı olup olmadığı her somut olay için ayrı ayrı araştırılması gerekir⁹⁶⁶. Örneğin, eserdeki ayıbın giderilmesinin imkânsız olduğu hallerde, indirilecek meblağın onarım masraflarına göre hesaplanması işin doğası gereği mümkün olmadığından, söz konusu karine uygulama alanı bulmaz⁹⁶⁷. Aynı şekilde doktrinde kararlaştırılan ücretin

Schweizerischen Ingenieur-und Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 169. Bern: Stämpfli Verlag. s. 975. Furrer, (1973), s. 41, Tandoğan, (2010), s. 189, 190, Öz, (1989),s. 96.

⁹⁶² Y. 15. HD'nin 27.03.2018 T., E. 2016/6089, K. 2018/1188 sayılı kararına göre "Dava; eser sözleşmesinden kaynaklanan sözleşme bedelinin iadesine ilişkindir. Mahkemece yapılacak iş; kök raporu veren bilirkişi kurulundan ek rapor almak suretiyle TBK 475/1. madde uyarınca eserin kabule icbar edilemeyecek şekilde ayıplı olup olmadığı hususunda değerlendirilme yapılmalı, söküldü kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa dönme hakkını kullanamayacağı nazara alınmalı ve bu halde TBK 475/2. maddesi uyarınca ayıp oranında bedelden indirim konusunda inceleme yapılmalıdır. Gerek Dairemiz gerekse Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre bedel indiriminde ise "nisbi metod" uygulanmalıdır. Nisbi metod; kararlaştırılan ücret ile eserin ayıplı değerinin çarpılması sonucu elde edilecek bedelin, eserin ayıpsız değerine oranlanması suretiyle indirilecek bedelin belirlenmesidir. Bu şekilde alınacak rapora itirazlar varsa karşılanmalı iş bedeli ve ödenen bedel belirlenip buna göre karar verilmelidir." Aynı yönde bkz. Y. 15. HD, 23.01.2017 T., E. 2016/1142, K. 2017/241 sayılı kararı, www.kazancihukuk.com

⁹⁶³ Özdemir, (2017),s. 1176.

⁹⁶⁴ Koller, (2015), s. 255, Nr. 688, Honsell, (2010), s. 296, Bögli, (1996),s. 52, Uçar, (2003), s. 190, Tandoğan, (2010), s. 191, Seliçi, (1978), s. 169, Feyzioğlu, (1980),s. 295, Aydemir, (2009),s. 281, Aydoğdu, Kahveci, (2019), s. 764.

⁹⁶⁵ Gauch, (2011), s. 636, Nr. 1664, Gautschi, (1967), s. 346, Nr. 16a, Bühler, (1998),s. 228, Nr. 94, 95.

⁹⁶⁶ Bühler, (1998),s. 226, Nr. 86, Siegenthaler, (2016),s. 1071, Nr. 14, Honsell, (2010), s. 296, Uçar, (2003), s. 191, Tandoğan, (2010), s. 191, 192.

⁹⁶⁷ Koller, (2015), s. 251, Nr. 676.

eserin ayıpsız değerine uygun olduğu, bu yüzden indirilecek meblağla objektif değer azalmasının aynı olduğu da fiili bir karine olarak kabul edilmektedir⁹⁶⁸.

II-Tazmin Edilecek Zararın Türü

Ayıbı takip eden zararın indirim hakkı ile birlikte talep edilmesi halinde, söz konusu zararın hukuken müspet zarar sayılacağı konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliğine varılmıştır. İşin niteliği gereği, indirim hakkı ile menfi zararın birlikte istenebilmesi mümkün değildir. Zira onarım hakkında olduğu gibi, indirim hakkı kullanıldığında da sözleşme ilişkisi varlığını devam ettirmektedir. Başlangıçta kararlaştırılan edimlerin bedelden indirim yapılmasıyla kısmen değişikliğe uğramış olması, sözleşme ilişkisinin devam ettiği gerçeğini değiştirmez⁹⁶⁹.

III-Değer Azalması Kapsamında Telafi Edilen Değerler

A) Genel Olarak

Ayıptan dolayı iş sahibinin malvarlığında oluşan kayıp, değer azalması (indirim hakkı) kapsamında giderilebiliyorsa, ayıbı takip eden zarardan söz edilemez. Buna karşılık ayıp eserin değerini azaltmadan, iş sahibinin malvarlığında başka bir kayba yol açtığında, değer azalmasından bahsedilemez. Dolayısıyla ilgili kayıp, indirilecek meblağ hesaplanırken göz ardı edilir. Çünkü bu halde ayıbı takip eden zarar söz konusudur⁹⁷⁰. Görüldüğü üzere, değer azalmasının kapsamının belirlenmesi hukuken önem arz etmektedir.

B) Bizzat Onarım ve Bununla Bağlantılı Masraflar

Eseri bizzat onaran iş sahibi, onarım için yaptığı masrafların karşılanmasını isterse, zaten indirim hakkının kapsamında telafi edilen bir değeri talep etmiş olur. Onarım masrafı dolayısıyla iş sahibinin malvarlığında oluşan kayıp, indirim hakkının kullanılmasıyla ortadan kalktığı için ayıbı takip eden zarardan bahsedilemez. Bu durum, sadece onarım masrafı için değil, onarımla doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bağlantılı olan bütün masraflar için geçerlidir.

⁹⁶⁸ Koller, (2015), s. 256, Nr. 690.

⁹⁶⁹ Pally, (1996), s. 89, Şenocak, s. 70.

⁹⁷⁰ Gauch, (2011), s. 635, Nr. 1659.

Bu kapsamda özellikle onarıma eşlik eden masrafların, onarımla bağlantılı tahliye masrafları ile enflasyondan dolayı daha fazla masraf yapılması durumlarının zikredilmesi gerekir⁹⁷¹.

Bununla birlikte doktrinde enflasyon dolayısıyla fazla masraf yapıldığında, bu masrafların indirim hakkı kapsamında yüklenicinin omuzlarına yüklenemeyeceği savunulmaktadır. Anılan görüşe göre⁹⁷², değer azalmasının ne kadar olduğu belirlenirken eserin teslim anı esas alınmalıdır. Bu yüzden enflasyonun etkisiyle eserin tesliminden sonra onarım masraflarında artış yaşanmışsa, bu fazla masraflar değer azalması hesaplanırken göz ardı edilir. Ayrıca indirim ile ayıp her bakımından giderildiği için fazla masrafların ayıbı takip eden zarar olarak tazmini de istenemez.

Kanaatimizce enflasyondan dolayı fazla masraf yapılması durumunu diğer onarım masraflarından farklı bir şekilde değerlendirmenin hiç bir haklı gerekçesi yoktur. Kaldı ki, yukarıdaki görüşün kabulü, enflasyonun sonuçlarına her türlü iş sahibinin katlanması anlamına gelir. Hâlbuki yüklenici eseri zamanında onarsaydı iş sahibi onarım masrafı yapmak zorunda kalmayacaktı ve enflasyondan dolayı daha fazla masraf yapılması durumu ortaya çıkmayacaktı. Dolayısıyla ayıplı ifanın sonuçlarına buna yol açan yüklenicinin yerine iş sahibinin katlanması hakkaniyete uygun düşmez. Sonuç olarak, enflasyondan dolayı ortaya çıkan fazla masrafların, indirim hakkı kapsamında telafi edilen değer azalmasının içinde yer aldığı kabul edilmelidir⁹⁷³.

IV-İndirim Hakkının Kullanılması Üzerine Tazmini İstenecek Münferit Zarar Kalemleri

A) Yoksun Kalınan Kar

İndirim hakkının kullanılması üzerine istenecek ayıbı takip eden zararın tazmini talebi, tıpkı onarım hakkında olduğu gibi müspet zararın karşılanmasına yöneliktir. Dolayısıyla yüklenici, müspet zararın kalemleri arasında yer alan yoksun kalınan kardan ancak kusuru varsa sorumlu olur. Buna karşılık üçüncü kişilerle hukuki işlemin kurulamamasından dolayı kaçırılan fırsatlar, hukuken menfi zarar niteliği taşıdığından, indirim halinde ayıbı takip eden zararın kapsamına girmez⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ Pally, (1996), s. 106. Onarım durumunda da bu masraflar ayıbı takip eden zararın değil, illi nitelikteki onarım alacağının konusunu oluşturmaktadır. Buna karşılık dönme halinde ayıbı takip eden zarar sayılmaktadır. Pally, (1996), s. 106, dn. 272.

⁹⁷² Koller, (2015), s. 253, Nr. 681, Siegenthaler, (2016),s. 1072, Nr. 14.

⁹⁷³ Aksi yönde bkz. Bühler, (1998),s. 227, Nr. 90.

⁹⁷⁴ Pally, (1996), s. 107.

B) Dava Dışı Gerekli Bilirkişi Masrafları

Dava dışı gerekli bilirkişi masrafları ile ilgili olarak dönme hakkı kapsamında yapılan açıklamalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde indirim hakkı için de geçerli olduğundan, oradaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁹⁷⁵.

C) Üçüncü Kişinin Açtığı Davadan Doğan Masraflar

İş sahibi, yüklenicinin teslim ettiği ayıplı eseri üçüncü kişiye devredebilir ya da eserin kullanım hakkını ona bırakabilir. Bunun üzerine üçüncü kişi tarafından iş sahibine karşı dava açıldığında, iş sahibi yaptığı mahkeme içi ve mahkeme dışı masrafları ayıplı takip eden zarar olarak yükleniciden talep edebilir. Zira bu masrafların uygun sebebinin eser ayıplı oluşturmada ve oluşan kayıp indirim hakkı kapsamında telafi edilememektedir⁹⁷⁶.

D) Ticari Değer Kaybı

Ticari değer kaybı, daha önce de açıklandığı üzere, ayıplı eserin mükemmel bir şekilde onarılmasına rağmen satış değerinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Zira bir kez ortaya çıkan ayıp yüzünden ilgili eserin ticari hayatta daha az değerli olduğu kabul edilir. Bu durum, toplumun büyük çoğunluğunda söz konusu eseri alma isteğinin daha düşük olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁷⁷.

Alman hukukunda hakim görüş, ticari değer kaybını ücretten indirim yapılmasını haklı gösteren değer azalması kapsamında değerlendirmektedir. Ancak indirim hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan değer azalması, ayıplı eserde bizzat oluşan değer farkıyla sınırlıdır. Bu yüzden sözleşmeye uygun durumun yeniden oluşturulmasıyla değer azalması ortadan kalkar. Dolayısıyla Türk/İsviçre hukuku açısından bu görüş kabul edilmemeli ve ticari değer kaybı indirilecek meblağ belirlenirken dikkate alınmamalıdır. Burada yüklenicinin TBK m. 475'e göre tazmin etmesi gereken ayıplı takip eden zarar söz konusudur. Nitekim bu düşünce, İsviçre Federal Mahkemesinin "indirim için belirleyici olan değer azalmasının ayıplı mükemmel bir şekilde giderilmesi için gerekli olan masraflardan fazla olmayacağı" yönündeki içtihadı ile de uyumludur⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ İkinci Bölüm, § 11, V, E, s. 179.

⁹⁷⁶ Pally, (1996), s. 108.

⁹⁷⁷ Gauch, (2011), s. 629, Nr. 1634, Şenocak, s. 251, Bühler, (1998),s. 227, Nr. 88.

⁹⁷⁸ Gauch, (2011), s. 629, 630, Nr. 1635, Trachsel, (2017), s. 337, Bühler, (1998),s. 227, Nr. 88, Spiess, Huser, (2014), Art 169, s. 975.

E) İşsahibi Tarafından Teslim Edilen Malzeme

İndirilecek meblağ belirlenirken, ayıplı eserin malzemesinin yüklenici tarafından mı yoksa işsahibince mi temin edildiği önemli değildir. İşsahibinin malzemeyi bizzat temin etmiş olması, indirilecek meblağın artmasına yol açmaz. Bu durum, ayıplı eserden dolayı işsahibinin temin ettiği malzemede oluşan değer kaybının indirim hakkı ile karşılanamaması anlamına gelir. O halde işsahibi tarafından teslim edilen malzeme eserdeki ayıptan dolayı zarar görürse, ortaya çıkan değer kaybı hukuken ayıplı takip eden zararın konusunu oluşturur⁹⁷⁹. Çünkü indirilecek meblağ hesaplanırken, işsahibinin teslim ettiği ve ayıptan dolayı zarar gören malzeme göz önünde bulundurulmaz. Sonuç olarak, değer kaybının uygun sebebinin eser ayıplı oluşturduğundan ve bu kayıp indirim hakkı kapsamında telafi edilemediğinden, hukuken ayıplı takip eden zararın varlığı kabul edilir⁹⁸⁰.

Görüldüğü üzere, malzemedeki değer kaybının hukuki niteliği işsahibinin kullandığı seçimlik hakka bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu kayıp, indirim hakkının kullanılması halinde ayıplı takip eden zarar niteliği taşıırken, daha önce de açıklandığı üzere, dönme ve onarım hallerinde kural olarak illi nitelikteki seçimlik hakkın konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla dönme ile onarım haklarından farklı olarak, indirim halinde TBK m. 483/I' in kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaz⁹⁸¹.

F) İşsahibinin İşgörme Edimi

İşsahibi eserin üretiminde kendi iş gücünü ya da çalışanlarını yüklenicinin emrine verecek şekilde birlikte hareket etmişse, bu iş için yaptığı masraflar ayıplı sonucunda tamamen veya kısmen faydasız hale gelebilir. Burada işsahibi tarafından temin edilen ve ayıptan dolayı zarar gören malzemelere ilişkin düşünceler aynı şekilde geçerlidir. Dolayısıyla indirilecek meblağ hesaplanırken, işsahibi tarafından yapılan faydasız iş masrafları yahut bu masraflarla sözleşmeye uygun ifade bulunulseydi eserde ortaya çıkacak değer fazlası dikkate alınmaz. İşsahibinin bu konudaki değer kaybının uygun sebebinin eser ayıplı oluşturduğundan ve söz konusu kayıp indirim hakkı kapsamında telafi edilemediğinden, ayıplı takip eden zararın varlığı kabul edilmelidir⁹⁸².

⁹⁷⁹ Gauch, (2011), s. 636, 637, Nr. 1666.

⁹⁸⁰ Pally, (1996), s. 111, 112.

⁹⁸¹ Pally, (1996), s. 112, dn. 287.

⁹⁸² Pally, (1996), s. 114.

G) Objektif Değer Azalması ile İndirilecek Meblağ Arasındaki Pozitif Fark

Doktrindeki hakim görüşe göre, eserin ayıplı olması üzerine bedelden indirilecek meblağın hesaplanmasında tıpkı satış sözleşmesinde olduğu gibi nispi metodun esas alınması gerekir. Böylece indirim yaparken ayıpsız eserin objektif değeri ile ayıplı eserin objektif değeri arasındaki oran dikkate alınır⁹⁸³. Şöyle ki,

Ayıpsız eserin objektif değeri/Ayıplı eserin objektif değeri=Kararlaştırılan bedel/Ödenecek bedel

İndirilecek meblağ=Kararlaştırılan bedel-Ödenecek bedel⁹⁸⁴. Bir başka ifadeyle,

İndirilecek meblağ=Objektif değer azalması x Kararlaştırılan bedel / Ayıpsız objektif değer⁹⁸⁵.

Doktrin ve uygulamada indirilecek meblağın objektif değer azalmasına eşit olduğu yönünde fiili bir karine bulunmaktadır. Fakat bunun için kararlaştırılan bedelle ayıpsız eserin objektif değerinin aynı olması gerekir⁹⁸⁶. Bu halde ayıbı takip eden zarar söz konusu olmaz. Bununla birlikte kararlaştırılan bedel ile ayıpsız eserin objektif değeri aynı olmadığında, indirilecek meblağ ile objektif değer azalması arasında da farklılık ortaya çıkar. Ayıpsız eserin objektif değeri kararlaştırılan bedelden daha yüksekse, objektif değer azalmasının indirilecek meblağdan yüksek olduğu sonucuna ulaşılır ve bu halde objektif değer azalması ile indirilecek meblağ arasındaki fark pozitif olur. Aradaki pozitif fark ayıbı takip eden zarar olarak talep edilebilir⁹⁸⁷. Daha açık bir formülasyonla,

Ayıpsız eserin objektif değeri > Kararlaştırılan bedel ⇒ Objektif değer azalması > İndirilecek meblağ

Objektif değer azalması - İndirilecek meblağ = (+) Ayıbı takip eden zarar

İndirimin amacı, ayıplı ifa dolayısıyla bozulan, başlangıçta kararlaştırılan edim ve karşı edim arasındaki dengeyi yeniden sağlamak olduğuna göre, indirilecek meblağ nispi metoda göre hesaplanmaktadır. Ayıbı takip eden zararın tazmini talebi ile ise, iş sahibinin malvarlığında indirime rağmen karşılanamayan zararı telafi etmek amaçlanmaktadır. Bu zarar, indirimden

⁹⁸³ Aral, Ayrancı, (2019), s. 408, 409.

⁹⁸⁴ Aral, Ayrancı, (2019), s. 149.

⁹⁸⁵ Pally, (1996), s. 115, Yavuz, (2014), s. 627.

⁹⁸⁶ Koller, (2015), s. 256, Nr. 690.

⁹⁸⁷ Pally, (1996), s. 115, 116.

sonra işsahibinin malvarlığının alacağı fiili durumla yüklenici eseri ayıpsız bir şekilde ifa etseydi alacağı durum arasındaki fark kadardır. Bahsedilen anlamda zararın oluşabilmesi için işsahibinin ayıplı eserin yeniden devrinden doğan farklı yoksun kalınan karların hepsini birden ileri sürememesi ve objektif değer azalmasının indirilecek meblağdan yüksek olması gerekir. Çünkü indirim sonucunda işsahibi bir taraftan indirilmiş bedeli öderken, diğer taraftan ayıplı eseri teslim almaktadır⁹⁸⁸.

Buna karşılık eserin objektif değeri karşılaştırılan bedelden daha düşükse, bu durum objektif değer azalmasının indirilecek meblağdan düşük olduğu anlamına gelir. Bu iki değer arasındaki fark da negatif olur. Farkın negatif olduğu hallerde, işsahibinin malvarlığında herhangi bir zarar söz konusu değildir. Aksine indirim hakkına başvurulması işsahibi için avantaj sağlar. Dolayısıyla aradaki negatif fark ayıbı takip eden zarara konu olmaz. Tazminat zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağı için işsahibinin bu avantajının diğer ayıbı takip eden zararlardan mahsup edilmesi gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte doktrinde işsahibinin malvarlığındaki avantajın malvarlığının büyümesinden değil, aksine sadece azalmış bir malvarlığı kaybindan kaynaklandığı, dolayısıyla mevcut hukuk sisteminin mahsuba imkân vermediği savunulmaktadır. Ancak duruma yüklenicinin bakış açısıyla bakıldığında, değer azalması ile indirilecek meblağ arasındaki negatif farklılık karşılaştırılan bedelin eserin ayıpsız objektif değerinden daha yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu farklılık, yüklenicinin karını oluşturmaktadır. Fakat hakkaniyet düşüncesi, eseri ayıplı bir şekilde ifa eden yüklenicinin ayıplı ifadan kar elde etmesini haklı göstermemektedir⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ Pally, (1996), s. 116, 117.

⁹⁸⁹ Pally, (1996), s. 119, 120.



3. BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBI TAKİP EDEN ZARARIN TAZMİNİ KONUSUNDA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU HÜKÜMLERİN TBK M. 475 İLE İLİŞKİSİ

§ 11. AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞUN DİĞER SORUMLULUK SEBEPLERİ İLE İLİŞKİSİ

İşahibi ayıplı eserin teslimi halinde uğradığı zararlar için TBK m. 475 hükmüne başvurabilir. Bununla birlikte somut olayda ayıplı ifadan doğan sorumluluğun şartları ile irade bozukluğu (yanılma, aldatma, korkutma), haksız fiil, borcun gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun temerrüdü, sebepsiz zenginleşme gibi Türk Borçlar Kanununun genel hükümler bölümünde düzenlenen sorumluluk sebeplerinin şartları aynı anda gerçekleşmiş olabilir⁹⁹⁰. Aynı olayın birden fazla hükmün uygulama alanına dâhil olduğu bu gibi hallerde, hükümler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz eder. Zira iş sahibinin sadece ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere mi başvurabileceği, yoksa bu hükümlere alternatif oluşturacak şekilde borçlar hukukundaki diğer hukuki çarelere de başvurup başvuramayacağı sorununun çözümü buna bağlıdır.

Hükümler arasındaki ilişki, kümülatif (yığılma) nitelikte⁹⁹¹ olabileceği gibi, birbirini dışlama (münhasır uygulanma)⁹⁹² ya da yarışma şeklinde de olabilir⁹⁹³. Somut olayda bu üç ilişkiden hangisinin geçerli olduğunun belirlenmesi, yorum sorunudur. Sorunun çözümünde söz konusu hükümlerin hukuki sonuçları karşılaştırılarak ilgili hükümlerle korunmak istenen

⁹⁹⁰ Acun, H. (2018). *Eser Sözleşmesinde Ayrıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması*. Ankara: Seçkin Yayınları. s. 101, Aral, Ayrancı, (2019), s. 161.

⁹⁹¹ Somut olaya genel hükümlerle onu tamamlayan özel hükmün aynı zamanda, birlikte uygulanmasına “kümülatif (yığılma) şekilde uygulama” denir. Alacaklı serbestçe bu hükümlerden doğan talepleri kullanabilir. Burada hükümler arasında çatışma sorunu ortaya çıkmaz. Örneğin, TBK m. 475’te ayıplı takip eden zararın tazmini konusunda genel hükümlere atıf yapılmış, buna karşılık kusur şartından bahsedilmemiştir. Ancak genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 uyarınca tazminat talebi için kusur gerektiğinden, kümülatif uygulamaya başvurulur ve ayıplı takip eden zarar ancak yüklenicinin kusuru halinde istenebilir. Balmer, D. (2019). “Mangelrüge im Mietrecht, Zur Konkurrenz von Art 267/267a OR mit deliktischem Anspruch“, *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 515. s. 516, Eren, (2019b), s. 12, Yıldırım, M. F. (1992). *Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin Yarışması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 60, Aral, Ayrancı, (2019), s. 50.

⁹⁹² Dışlama ilişkisi, aynı olayla ilgili genel hükümlerle özel hükmün farklı çözümler öngörmesi halinde, “özelin genele göre önceliği vardır” ilkesi uyarınca özel hükmün genel hükmün uygulanmasını engellemesi demektir. Eren, (2019b), s. 12, 13, Nr. 37, Yıldırım, (1992), s. 59, Aral, Ayrancı, (2019), s. 49.

⁹⁹³ Klauser, (1973),s. 103, Balmer, (2019), s. 516.

menfaat ile özel hükümle güdülen her türlü özel amaç göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁹⁴. Bu noktada uygulamada kümülatif ilişki ile nadiren karşılaşmaktadır. Çünkü kanun hükümleri, çoğunlukla zarar gören kimsenin tazminat talebi ile ilgili istediği hükme serbestçe başvurabilmesine imkân verecek şekilde düzenlenmiş ve zararın ikinci kez tazminine izin verilmemiştir. Aksi halde sebepsiz zenginleşme söz konusu olur. Bundan dolayı uygulamadaki sorunlar, daha ziyade hükümler arasında dışlamı mı yoksa seçimlik bir ilişki mi bulunduğu noktasında ortaya çıkmaktadır⁹⁹⁵.

Şayet iki talep aynı sonucu doğurmak için öngörülmüş ve bu sonucun doğmasına özgülenmişse, bu talepler arasında *yarışma ilişkisinin* mevcut olduğu kabul edilir⁹⁹⁶. Dolayısıyla iki hüküm arasında ortak hiçbir nokta yoksa, ikisi de tamamen farklı konuları düzenliyorsa, yarışma ilişkisinden söz edilemez. Buna karşılık iki hükmün ayrıcı özellikleri ne tamamen farklı ne de tamamen aynı olduğunda, diğer bir deyişle, kısmen ortak kısmen farklı ayrıcı özellikleri bulunduğu, yarışma ilişkisinin varlığından bahsedilir. Bu, bir hükmün diğer hükmü kapsamı şeklinde gerçekleşebileceği gibi, her iki hükmün bir veya birden fazla ortak, fakat aynı zamanda bir veya birden fazla ayrıcı özelliğinin bulunması şeklinde de ortaya çıkabilir⁹⁹⁷. Örneğin, TBK m. 475 ile TBK m. 112’de zararın tazmini için kusur şartının gerekmesi bu hükümlerin ortak noktasını, TBK m. 112’den farklı olarak TBK m. 475’in uygulanabilmesi için ayıp ihbarının gerekmesi ise ayrıcı özelliğini oluşturmaktadır⁹⁹⁸.

Yarışma ilişkisinin varlığı için öncelikle somut olaya uygulanacak birden fazla hukuk kuralının varlığı, diğer bir deyişle, aynı olayın birden fazla kanun hükmü tarafından altlanması gerekir. Ayrıca bu kuralların aynı zamanda uygulanmasını engelleyen bir kuralın bulunmaması⁹⁹⁹, yani, kurallar arasında dışlama ilişkisinin mevcut olmaması şarttır. Nihayet talepler aynı kişiye ait olup yöneltilecek kişiler de aynı olmalıdır. Zira talepler farklı kişilere yöneltildiğinde, kural olarak teselsül ilişkisi söz konusu olur¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁴ Klauser, (1973),s. 103, 104.

⁹⁹⁵ Balmer, (2019), s. 517.

⁹⁹⁶ Acun, (2018), s. 90.

⁹⁹⁷ Klauser, (1973), s. 76-78, Schubiger, (1957), s. 13, 14.

⁹⁹⁸ Klauser, (1973), s. 101.

⁹⁹⁹ Yıldırım, (1992), s. 56.

¹⁰⁰⁰ Acun, (2018), s. 95, 96.

Yarışma halinde, işsahibi, birden fazla hukuki yoldan dilediğine dayanabilir¹⁰⁰¹. Ancak alacaklı bu hukuki yollardan hangisine başvuracağına karar vermek zorundadır¹⁰⁰². Zira alacaklının seçimiyle birlikte artık ilgili hükmün uygulanması kesinleşir ve diğer hükme başvurulamaz¹⁰⁰³. Aşağıda ayıba karşı tekeffülle diğer hükümler arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, özellikle bunlar arasında yarışma ilişkisinin bulunup bulunmadığı inceleme konusu yapılmıştır.

§ 12. TBK M. 475’TE YAPILAN ATIF DOLAYISIYLA TBK M. 112 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu TBK m. 475’te hüküm altına alınmıştır. Burada yapılan atif dolayısıyla, işsahibi, seçimlik haklarını kullanmadan, ayıbı takip eden zararının tazminini, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 hükmüne dayanarak isteyebilir¹⁰⁰⁴. Gerçi atif yapılmasaydı dahi kanaatimizce ayıplı ifanın hukuken kötü ifa sayıldığı¹⁰⁰⁵ gerçeğinden hareket ederek de, aynı sonuca ulaşmak mümkün olurdu. Zira TBK m. 112’de ifade edilen borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı, yan yükümlülüklerle aykırılık dışında kötü ifayı da kapsamaktadır¹⁰⁰⁶. Kötü ifa, borcun nitelik olarak gereği gibi ifasına engel olan durumları, bu kapsamda eserin ayıplı olması yüzünden uğranılan ayıba takip eden zararlarla eşlik eden zararlar dışında borcun hiç ifa edilmemesinden kaynaklanan zararları kapsamaktadır¹⁰⁰⁷.

İşsahibi ayıba takip eden zararın tazmini konusunda TBK m. 112 hükmüne başvurduğunda, TBK m. 475 ile arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür. Öyle ki, bunlar arasında genel hüküm-özel hüküm (dışlama) ilişkisinin mevcut olduğunu savunanların yanında, yarışma ilişkisinin bulunduğunu ileri süren yazarlarla da karşılaşılmaktadır. Hatta yarışma ilişkisinin varlığını kabul eden

¹⁰⁰¹ Acun, (2018), s. 90, Aral, Ayrancı, (2019), s. 50, Kalkan, A. (2018). *Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 263.

¹⁰⁰² Balmer, (2019), s. 516.

¹⁰⁰³ Eren, (2019b), s. 14, Nr. 40, Yıldırım, (1992), s. 61.

¹⁰⁰⁴ Öz, (2017), s. 1118, Tunçomağ, (1977), s. 1035. Eserin ayıplı olması halinde işsahibinin TBK m. 112’ye (OR 97’ye) başvuramayacağı, bu konuda sadece TBK m. 475 (OR 368) hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. Honsell, (2010), s. 292.

¹⁰⁰⁵ Schubiger, (1957), s. 31, Mankowski, (2006),s. 486, Kalkan, (2018),s. 265, Aral, (2011), s. 192, Edis, (1963), s. 21, Özdemir, (2013), s. 71.

¹⁰⁰⁶ Eren, (2019a), s. 1174, Nr. 3277, Uçar, (2003), s. 74.

¹⁰⁰⁷ Klauser, (1973),s. 97.

yazarlar da kendi içinde ikiye bölünmüş durumdadır: Bazıları bağımlı (sınırlı) yarışma ilişkisini savunurken, bazıları da yarışmanın bağımsız (tam) nitelikte olduğunu kabul etmektedirler¹⁰⁰⁸.

I-Genel Hüküm-Özel Hüküm İlişkisinin Bulunduğunu Savunan Görüş

Doktrindeki bazı yazarlara göre¹⁰⁰⁹, ayıba karşı tekeffüle ilişkin TBK m. 475 hükmü özel hüküm, borcun gereği gibi ifa edilmemesiyle ilgili TBK m. 112 hükmü ise genel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla özel hükmün genel hükme göre önceliği olduğu yönündeki kuraldan (Lex specialis derogat generali) hareketle, iş sahibinin ayıbı takip eden zararları için TBK m. 112 hükmüne başvurması mümkün değildir; bu konuda sadece TBK m. 475 hükmü uygulama alanı bulur.

Ayrıca TBK m. 474 vd. da ayıba karşı tekeffülle ilgili getirilen muayene ve ihbar külfetleri ile zamanaşımına ilişkin katı kurallar kusursuz sorumlulukla ilgilidir. Buna karşılık TBK m. 112’de kusura dayanan bir sorumluluk öngörüldüğünden, TBK m. 475 ile TBK m. 112 arasında seçimlik yarışma ilişkisi bulunduğu bahsedilemez¹⁰¹⁰. Bununla birlikte yüklenici ayıbı kasten gizlediğinde, ayıbı takip eden zararın tazmini konusunda TBK m. 475 değil, TBK m. 112 hükmü uygulanmalıdır¹⁰¹¹.

Diğer taraftan menfaat dengesi bakımından da iş sahibine TBK m. 112’ye başvurma hakkı tanınmamalıdır. Zira kanun koyucunun ayıba karşı tekeffüle ilişkin getirdiği sistem kapalı bir sistemdir. Burada iş sahibinin menfaati, TBK m. 112’ye nazaran daha iyi korunmaktadır. Nimet külfet dengesi dikkate alındığında, iş sahibinin kendisi için daha avantajlı olan TBK m. 475’e başvurabilmesi için kısa zamanaşımı sürelerine uyulması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi gibi ek bazı şartların varlığı aranmıştır. Bu durum, ayıba karşı tekeffül konusunda genel hükümlere başvurmayı gerekli kılmayan adil bir sistemin öngörüldüğünün en açık göstergesidir. Dolayısıyla borca aykırılık eser ayıbı şeklinde ortaya çıktığında, TBK m. 112’ye göre talep edilebilecek tazminat talebinin TBK m. 475’in bünyesinde eridiği kabul edilmelidir¹⁰¹². Zira TBK m. 112’den doğan genel tazminat yükümlülüğü, ayıba karşı tekeffül

¹⁰⁰⁸ Eren, (2019b), s. 157, Nr. 468, 469.

¹⁰⁰⁹ Bühler, (1998),s. 207, 208, Nr. 14, Gauch, (2011), s. 842, 843, Nr. 2326-2329, Gautschi, (1967), s. 327, Nr. 6a, Pally, (1996), s.179 vd., Brandli, (2007), s. 25, Nr. 67, Öz, (1989),s. 98, 99, Seliçi, (1978), s. 130, 131, Tandoğan, (2010), s. 176, 177, Doerig, (1985), s. 146, Özcan, (2018),s. 324.

¹⁰¹⁰ Tandoğan, (2010), s. 177, Uçar, (2003), s. 76, Canbolat, (2009), s. 103, Yavuz, (2014), s. 667, 668.

¹⁰¹¹ Yavuz, (2014), s. 668.

¹⁰¹² Seliçi, (1978), s. 130, 131, Öz, (1989),s. 98, Uçar, (2003), s. 77, Canbolat, (2009), s. 102. Yarışma ilişkisinin ancak menfaat dengesini ihlal etmemesi ve hakkaniyete uygun düşmesi şartıyla söz konusu olabileceği, eserin ayıplı olması halinde ise böyle bir durumun bulunmadığı, dolayısıyla genel hüküm-özel hüküm ilişkisi görüşünün isabetli olduğu yönünde bkz. Öz, (1989),s. 99.

hukukunda tamamlayıcı bir karaktere sahiptir. Burada tıpkı özen yükümlülüğünün ihlalinin eser ayıbına yol açması halinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin TBK m. 471'e (OR 364'e) göre genel özen sorumluluğunu bünyesinde eritmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak erimenin söz konusu olması için ayrıca iş sahibinin zararının ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında karşılanabilmesi gerekir. Çünkü ayıp hükümleri zararı karşılama bakımından yetersiz kalırsa, TBK m. 112'ye başvurulabilir. Bu halde TBK m. 112 hükmü, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere entegre olacağından, bundan doğan tazminat talebi, TBK m. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresine değil, ayıptan doğan diğer haklar gibi TBK m. 478'deki kısa zamanaşımı süresine tabi olur¹⁰¹³.

Aynı şekilde Gauch da OR 97/I'deki sözleşmenin müspet ihlalden doğan tazminat talebinin hukuken tali nitelikte olduğunu, buna karşılık eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin OR 368 hükmünün ise nihai (kesin) nitelikte olduğunu kabul etmektedir¹⁰¹⁴. Bu itibarla Yazar'a göre, kanunen ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler öncelikli olarak uygulanacak olup, iş sahibi OR 97/I'deki genel tazminat davasına OR 368'deki hukuki çareye seçimlik olacak şekilde başvuramaz. OR 368 hükmünün OR 97/I'i uygulama alanı dışında tutması, kanun koyucunun iradesine de ters düşmemektedir. Çünkü kanun koyucu bizzat kendisi OR 97/I'in uygulama alanını, sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı ile sınırlandırmıştır¹⁰¹⁵. Burada savunulan görüşün aksine, iş sahibinin OR 97/I'e göre tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilseydi dahi, bu sefer ihbar külfeti ve zamanaşımı ile ilgili sıkı şartların OR 97/I için de uygulanması gerekirdi (bağımlı yarışma). Ancak hukuken doğru olan, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkından yoksun bırakılmasıdır¹⁰¹⁶. Bununla birlikte uzak ayıbı takip eden zarar söz konusu olduğunda, bu zararlar eser sözleşmesindeki ayıp sorumluluğu ile karşılanamadığı için genel hükümlere tabi tutulmalıdır. Fakat bunun için yüklenicinin eseri sadece ayıplı olarak ifa etmesi yeterli olmayıp, ayrıca sözleşmenin ayıbın kasten gizlenmesi

¹⁰¹³ Gautschi, (1967), s. 328, OR 368, Nr. 6c.

¹⁰¹⁴ Gauch, (2011), s. 842, Nr. 2326, Aynı yönde bkz. Gautschi, (1967), Nr. 10. Buna karşılık Klauser'e göre, eserin ayıplı olması halinde OR 368'in kesin hüküm niteliği taşıdığından hareketle OR 97'nin uygulanmaması sonucuna varılabilmesi için bunun haklı gerekçesinin ortaya konması gerekir. Zira kanunda bu yönde bir sınırlandırma (istisnai bir düzenleme) öngörülmemiştir. Söz konusu haklı sebep, yarışma ilişkisi halindeki norm gruplarının hukuki sonuçlarının değerlendirilmesinden doğabileceği gibi, özel hükümlerin her türlü özel amacının dikkate alınmasından da doğabilir. Fakat OR 97'nin uygulama alanının bu şekilde keyfi olarak sınırlandırılması, hukuken yerinde değildir, Klauser, (1973),s. 160, 161.

¹⁰¹⁵ Bununla birlikte Gauch'un aksine doktrinde hakim görüş, OR 97/I'in uygulama alanını lafzın ötesine geçecek şekilde geniş yorumlamakta ve anılan hükmün, sonraki kusurlu imkânsızlık dışında borçlunun temerrüdü, ayıplı ifa, özen yükümlülüğünün ihlali gibi borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği bütün halleri kapsadığını kabul etmektedir, Klauser, (1973),s. 80, 81, Schubiger, (1957), s. 15, 16.

¹⁰¹⁶ Gauch, (2011), s. 842, Nr. 2326, 2327. Aynı yönde bkz. Tandoğan, (2010), s. 177, Uçar, (2003), s. 76.

yoluyla ihlal edilmesi gerekir. Zararla sözleşmenin bu şekilde müspet ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunduğunda ve iş sahibinin tazminat talebi uzak ayıbı takip eden zararlara dayandığında, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler uygulanmaz, onun yerine OR 97/I hükmü uygulama alanı bulur¹⁰¹⁷.

Bunun dışında elverişlilik kıyaslaması¹⁰¹⁸ yapılarak da ayıba karşı tekeffül hükümlerinin özel hüküm niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılabilir. Zira gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümler seçimlik olarak uygulandığında, eser sözleşmesinde sıkı bir şekilde öngörülen zamanaşımı ile hakkı ortadan kaldıran durumlara ilişkin hükümler büyük ölçüde anlamsız hale gelir. Başka bir deyişle, seçimlik yarışma ilişkisi kabul edildiğinde, TBK m. 475 hükmü içeriği boş bir kanun hükmüne dönüşür. Bu da kanun koyucunun hükmü düzenleme amacına uygun düşmez¹⁰¹⁹.

II-Yarışma İlişkisinin Mevcut Olduğunu Savunan Görüş

A) Bağımlı (Sınırlı) Yarışma İlişkisi Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi ile doktrindeki bazı yazarlar, ticari hayatta işlem güvenliğini sağlayabilme endişesiyle TBK m. 475 ile TBK m. 112 arasında bağımlı yarışma ilişkisinin mevcut olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Buna göre iş sahibinin TBK m. 112'ye göre tazminat talep edebilmesi için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi, 2 yıllık kısa zamanaşımı süresine uyması¹⁰²⁰ ve yüklenicinin uyarılarını dikkate alması gerekir. Bunlara uyulmaması, özellikle yüklenicinin tüm uyarılarına rağmen iş sahibinin talimatında ısrarcı olması, diğer bir deyişle, ayıbın tamamen iş sahibine yüklenmesi, tazminat hakkının sadece TBK m. 475'e göre değil, aynı zamanda TBK m. 112'ye göre de kaybedilmesine neden olur. Zira burada TBK m. 112'den doğan tamamlayıcı nitelikteki tazminat talebi, ifa yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımını oluşturmamakta, aksine ayıptan doğan bir talep olarak karşımıza

¹⁰¹⁷ Gauch, (2011), s. 843, Nr. 2329.

¹⁰¹⁸ Buna göre gereği gibi ifa etmeme hali için öngörülen zamanaşımı süresinin daha uzun olması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi halinde kabul karinesinin işlememesi, genel hükme başvurulmasının iş sahibi için daha elverişli olduğu anlamına gelmektedir, Pally, (1996), s. 177. Ancak kanaatimizce, ayıp hükümlerinin sıkı şartlara tabi tutulması, nimet külfet dengesi ile ilgilidir. Yoksa ayıba karşı tekeffül kapsamında öngörülen seçimlik hakların yüklenicinin kusuruna bağlanmadığı dikkate alındığında, ayıp hükümleri iş sahibi için daha elverişlidir. Aynı yönde bkz. Yıldırım, (1992), s. 98, 99.

¹⁰¹⁹ Pally, (1996), s. 180, Doerig, (1985), s. 146.

¹⁰²⁰ Yavuz, (1989), s. 230, Yıldırım, (1992), s. 62, Aral, Ayrancı, (2019), s. 165, Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 75, dn. 102, Doerig, (1985), s. 142, 143.

çıkmaktadır¹⁰²¹. Bu durumda iş sahibi, yalnızca TBK m. 49'a dayanarak tazminat talebinde bulunabilir. Ancak bunun için haksız fiilin şartlarının gerçekleşmesi, eserin ayıplı ifası dolayısıyla iş sahibinin hukuken korunan bir menfaatinin ihlal edilmesi şarttır. Bununla birlikte TBK m. 49 hükmü, iş sahibinin zararını her zaman tamamen karşılamayabilir¹⁰²². Çünkü anılan hükmün uygulanabilmesi için iş sahibinin zararın varlığını ispatlaması yeterli değildir; yüklenicinin kusurlu olduğunu da kanıtlanması gerekir (TBK m. 50). Ayrıca haksız fiil hükümleri uygulandığında yüklenicinin ifa yardımcılarının davranışlarından sorumlu olabilmesi, ancak zararın meydana gelmemesi için gerekli özeni göstermediğinde söz konusu olmaktadır (TBK m. 66/II).

B) Bağımsız (Tam) Yarışma İlişkisi Görüşü

Hak sahibine baştan itibaren seçimlik hak tanınmış ve sadece bu seçimlik hak için öngörülen şartların gerçekleşmesi ile söz konusu hakkın kullanımına imkân verilmiş, buna karşılık hakkın kullanılması ile birlikte diğer hükümlere başvurulamayacağı kabul edilmişse, bağımsız bir seçimlik yarışmadan bahsedilir. Seçim hakkını kullanan hak sahibi, artık bundan dönemeyeceği için başvuracağı hukuki yolu baştan iyice düşünmelidir¹⁰²³.

Bağımsız seçimlik yarışma ilişkisinde iş sahibinin TBK m. 112'ye göre tazminat talep edebilmesi için TBK m. 475'te aranılan şartları (muayene ve ihbar külfeti ile kısa zamanaşımı süresine uyulması gibi) yerine getirmesi gerekmez¹⁰²⁴. Zira TBK m. 475'e başvurulabilmesi için gereken şartlar, tazminat hakkının sınırlandırılması için değil, aksine bunun dışında istenebilecek seçimlik nitelikteki dönme, onarım gibi haklara karşı taraflar arasında menfaat

¹⁰²¹ Furrer, (1973), s. 35. Buna karşılık Brandli'ye göre bağımlı yarışma ilişkisi dogmatik açıdan savunulamaz. Zira bir taraftan genel hüküm-özel hüküm arasında yarışma ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilirken, diğer taraftan genel hükmün aynı şekilde özel hükmün şartlarına tabi tutulması kabul edilemez. Yani bu halde gerçekte artık genel hüküm özel hüküm arasındaki yarışma ilişkisinden bahsedilemez, aksine yarışma durumu özel hüküm ile yeniden oluşturulan ikinci bir özel hüküm arasında söz konusu olur, Brandli, (2007), s. 25, Nr. 66.

¹⁰²² Klauser, (1973), s. 162, 163. Klauser, bağımlı seçimlik yarışma görüşünü kabul etse de, muayene ve ihbar külfetine uyulmaması ile zamanaşımı süresi ve yüklenicinin uyarılarının dikkate alınmaması arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre 2 yıllık kısa zamanaşımı süresinin kaçırılması ile yüklenicinin uyarılarının dikkate alınmamasının, hem TBK m. 475'e hem de TBK m. 112'ye göre tazminat hakkının kaybına yol açacağını kabul ederken, muayene ve ihbar külfetinin zamanında yerine getirilmemesini birlikte kusur hali olarak nitelendirmekte ve tazminatta indirim yapılmasını sağlayan bir sebep olarak görmektedir. Halbuki bu durum ayıbın zımnen kabul edildiği anlamına geldiğinden, sadece TBK m. 475'e göre talep edilebilecek tazminat hakkının kaybına yol açar. Yoksa kanaatimizce TBK m. 112'ye göre istenecek tazminat hakkı üzerinde etkili olmaz. Zira TBK m. 112'ye göre tazminat istemenin şartları arasında ayıbın kabul edilmemiş olmaması yer almamaktadır. Münferit bir durum için öngörülen şartın genelleştirilerek sözleşmeden doğan bütün tazminat talepleri için uygulanması hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır.

¹⁰²³ Yıldırım, (1992), s. 61.

¹⁰²⁴ Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, 4.4. 1974, E. 74/492, K. 74/755, Y. 13. HD, 16.3.1984, E. 83/5994, K. 83/7349.

dengesinin sağlanabilmesi için öngörülmüştür. Yani TBK m. 475'te getirilen külfetler, iş sahibine sağlanan yararın karşılığını oluşturmaktadır. Bu yarardan faydalanmak istemeyen bir kimsenin bu yararların karşılığını oluşturan külfetlere katlanmak zorunda bırakılması hakkaniyete uygun düşmez¹⁰²⁵.

Bu görüşün kabulü halinde, menfaat dengesinin iş sahibinin lehine bozulduğu yönünde bir endişeye kapılmaya da gerek yoktur. Çünkü TBK m. 114'te yapılan atıf sayesinde tazminat miktarı belirlenirken TBK m. 52'deki indirim sebepleri göz önünde bulundurulur. Tazminat miktarının hakkaniyete uygun bir şekilde belirlenmesi ile menfaat dengesindeki bozukluk da giderilmiş olur¹⁰²⁶.

III-Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Kötü ifa ile ayıp sorumluluğu arasında kümülatif ilişkinin bulunduğunu savunan görüş reddedilmelidir. Zira her iki hukuki kurum da aynı menfaatin korunmasına hizmet etmektedir. Gerçekten hem TBK m. 475 hem de TBK m. 112 ile borçlunun ayıplı ifada bulunmasından dolayı alacaklının malvarlığında ortaya çıkan zararın karşılanması amaçlanmaktadır. Oysa kümülatif ilişki, ancak farklı menfaatler söz konusu ise uygulama alanı bulur. Aynı menfaatin korunduğu hallerde ya dışlama ya da yarışma ilişkisi söz konusu olur. Hangi hallerde dışlama hangi hallerde yarışma ilişkisinin mevcut olduğu belirlenirken, TBK m. 475'ten ve TBK m. 112'den doğan hukuki sonuçlar karşılaştırılmalıdır¹⁰²⁷.

TBK m. 475'te genel hükümlere atıf yapılması, TBK m. 112 ile arasında yarışma ilişkisi bulunmadığını düşündürebilir¹⁰²⁸. İlk bakışta bu düşünce akla yatkın görünmektedir. Zira yarışma ilişkisinin varlığı için kanun hükümlerinin aynı olaya farklı hukuki sonuçlar bağlaması gerekir. Satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 229'dan farklı olarak eser sözleşmesinde ayıplı takip eden zararlar ilgili TBK m. 475'te özel sonuçlar öngörülmemesi (doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmaması), genel hükümlere atıf yapılmakla yetinilmesi, yarışma ilişkisinin bulunmadığı düşüncesini güçlendirmektedir. Ancak daha detaylı düşünüldüğünde, TBK m. 475'te ayıplı takip eden zararın tazmini için aranan muayene ve ihbar külfetleri ile kısa zamanaşımı sürelerinin, TBK m. 112'ye göre istenecek ifa etmeme tazminatı bakımından

¹⁰²⁵ Yavuz, (1989), s. 231, Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 82, Yıldırım, (1992), s. 97, 98, Aral, (2011), s. 193, 194, Akıncı, (2017), s. 1418, Doerig, (1985), s. 144.

¹⁰²⁶ Yıldırım, (1992), s. 62.

¹⁰²⁷ Klauser, (1973),s. 105, 106.

¹⁰²⁸ Bu yönde bkz. Acun, (2018), s. 124.

geçerli olmadığı görülecektir. Çünkü TBK m. 112'ye göre tazminat talep edilebilmesi için borca aykırı davranış sonucunda zarara uğranılması, bunlar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve borçlunun kusursuz olduğunu ispatlayamaması gerekli ve yeterli görülmektedir. Buna karşılık TBK m. 475'e göre tazminat istenebilmesi için TBK m. 112'de aranan şartların yanı sıra ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için gereken ortak şartların da gerçekleşmesi (eserin ayıplı olması, eserin iş sahibine teslim edilmesi, ayıbın iş sahibine yüklenmemesi, ayıbın kabul edilmemesi, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi, kısa zamanaşımı sürelerinin dolmaması) ve zararın hukuken ayıba takip eden zarar niteliği taşıması, yüklenicinin de kusurlu olması gerekir. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümlerde tazminat talebi farklı şartlara tabi tutulmuştur.

Bunun dışında TBK m. 112'de sadece müspet zararın tazminine imkân tanınmaktadır¹⁰²⁹. Hâlbuki TBK m. 475'e göre istenecek tazminat talebinin hukuki niteliği iş sahibinin seçimlik hakkına göre değişmektedir ve tazminat yanında illi nitelikteki seçimlik hakların kullanılması da mümkündür. Bu da, sadece şartların değil, hukuki sonuçların da dayanan hükme bağlı olarak değişiklik gösterdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Sonuç olarak kanaatimizce TBK m. 475'te genel hükümlere atıf yapılması, TBK m. 112 ile arasında yarışma ilişkisinin bulunmasını engellemez. Yeter ki, ayıbın varlığı hile ile gizlenmiş olmasın. Zira hile söz konusu olduğunda, iş sahibinin ayıba ihbar külfeti ortadan kalkmakta ve ayıpla ilgili kısa zamanaşımı süreleri uygulanmamakta, onun yerine sadece TBK m. 112 uygulama alanı bulunduğundan, yarışma ilişkisinden bahsedilememektedir¹⁰³⁰.

Yarışma ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, yarışmanın niteliği ile ilgili ileri sürülen görüşlerden, kanaatimizce, bağımsız seçimlik yarışma görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Zira ayıplı ifa TBK m. 112'ye gereği gibi ifa etmeme hallerinden biri olan kötü ifanın uygulama alanı içinde yer aldığından, iş sahibi dilerse TBK m. 475'e dilerse TBK m. 112 hükmüne başvurabilmelidir. Bu noktada iş sahibi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmese, TBK m. 478'deki kısa zamanaşımı sürelerine uymasa dahi TBK m. 112'ye göre tazminat talep edebilmelidir. Aksinin kabulü, özel hüküm için aranan şartların genel hükme aktarılması

¹⁰²⁹ Bununla birlikte doktrinde borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlu kusursuz ise, alacaklının tazminat talep edemeyeceği için hukuken korunmasız kalacağı, böyle bir durumda temerrüde ilişkin TBK m.125 hükmünün kıyasen uygulanarak alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır. Klauser, (1973),s. 84, Pally, (1996), s. 168. Gerçekten zaman bakımından borcun gereği ifa edilmemesi anlamına gelen temerrüt halinde alacaklıya böyle bir hak tanınmasına karşın, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 kapsamında bunun tanınmamasının hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Schubiger, (1957),s. 34.

¹⁰³⁰ Klauser, (1973),s. 133.

anlamına gelir. Ancak bu durumda TBK m. 112'nin genel hüküm olduğunu söylemek bir hayli zordur¹⁰³¹.

Ayrıca bağımlı seçimlik yarışma görüşünün kabulü halinde, tazminat talebi aynı şartlara tabi tutulacağından, iş sahibine gerçek anlamda bir seçim hakkı da tanınmış olmaz. Zira bu şartları yerine getiren iş sahibinin mantıken TBK m. 112'ye değil, kendisini daha iyi koruyan TBK m. 475'e başvurması beklenir. TBK m. 112 hükmü, esasen ayıba karşı tekeffüle ilişkin şartlar yerine getirilmediğinde önem arz eder. Dolayısıyla her ne kadar TBK m. 475'teki ağır şartları yerine getiren iş sahibinin TBK m. 112'ye başvurmasına da engel bir durum olmasa da¹⁰³² böyle bir halde TBK m. 112 hükmü büyük oranda işlevsiz hale gelir. Nitekim “sebeplerin yarışması” başlığını taşıyan TBK m. 60'ta “*bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir, hâkimin zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği*” hüküm altına alınmıştır.

Kanun koyucunun TBK m. 475'teki şartları ağırlaştırması nimet-külfet dengesi ile ilgilidir. TBK m. 475'te seçimlik haklarla ilgili kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi karşılığında muayene ve ihbar külfeti gibi ağır şartlar getirilmiştir. TBK m. 112'ye başvurulduğunda aynı imkânın olmamasına rağmen sorumluluğun aynı şartlara tabi tutulması, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozacağından hakkaniyete uygun değildir¹⁰³³. Gerçekten böyle bir durumda şartları yerine getirmeyen iş sahibi hukuken korunmasız kalacak, buna karşılık ayıplı ifade bulunan yüklenici ise hiçbir haklı sebep yokken sorumluluktan kurtulacaktır.

§ 13. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ İLE İLİŞKİSİ

Borçlunun temerrüdü ile ifası mümkün olan muaccel bir borcun alacaklının ihtarına rağmen yerine getirilmemesi kastedilmektedir (TBK m. 117). Bir diğer deyişle, temerrüt borcun zaman bakımından gereği gibi ifa edilmemesidir.

Borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için her şeyden önce edimin ifa edilebilir nitelikte olması gerekir. Zira imkânsızlık halinde temerrüt hükümleri uygulanmaz. Ayrıca borcun muaccel olması ve vade belirli değilse alacaklının ihtarda bulunması şarttır. Bunun

¹⁰³¹ Eren, (2019b), s. 158, Nr. 469.

¹⁰³² Aynı yönde bkz. Yavuz, (1989), s. 232, Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 82.

¹⁰³³ Aynı yönde bkz. Yavuz, (1989), s. 231, 232, Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 82, Yıldırım, (1992), s. 98.

dışında alacaklının daha önce temerrüde düşmemiş olması ve borçlunun ödemezlik def'i gibi kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmaması gerekir. Buna karşılık temerrüt için borçlunun kusuruna gerek yoktur. Kusur sadece temerrüdün bazı sonuçları (gecikme zararı, müspet ya da menfi zarar, beklenmedik halden sorumluluk gibi) için aranır¹⁰³⁴.

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, yüklenicinin eseri ifa zamanında teslim etmemesi üzerine iş sahibi aynen ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönüp menfi zararın giderilmesini de talep edebilir (TBK m. 125). Ancak son iki seçimlik hakkın kullanılabilmesi için ihtar çekilmesi yeterli değildir, ayrıca yükleniciye uygun bir süre verilmesi gerekir. Bu noktada iş sahibinin susması, karine olarak aynen ifa ve gecikme tazminatı istediği anlamına gelir¹⁰³⁵.

Eserin kanunda ya da sözleşmede öngörülen sürede üretilip iş sahibine teslim edilmemesi üzerine yüklenicinin temerrüde düşeceğinden şüphe yoktur¹⁰³⁶. Bir diğer deyişle, ifa zamanı gelmesine rağmen eser henüz tamamlanmamışsa, iş sahibi borçlu temerrüdüne dayanabilir. Eserin tamamlanamaması, eser ayıplı niteliğinde olmadığı için ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler uygulanmaz¹⁰³⁷. Buna karşılık yüklenici tarafından tamamlanan fakat ayıplı nitelik taşıyan eserler için de temerrüde ilişkin hükümlere başvurulup başvurulamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰³⁸. Eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, temerrütle ayıplı hükümleri arasında yarışma ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorgulanacaktır.

Eser ayıplı olarak tamamlanmışsa, iş sahibi ayıplı eseri teslim almaktan kaçınabilir. Bu halde iş sahibinin ifayı reddetmesi haklı bir sebebe dayandığından alacaklı temerrüdüne düştüğü söylenemez, aksine yüklenici borçlu temerrüdüne düşmüş olmaktadır¹⁰³⁹. Fakat eserdeki ayıplar önemli değilse, iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınamayacağından, borçlunun temerrüdüne başvuramaz. Bu halde dönme dışındaki ayıptan doğan diğer hakları kullanabilir¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁴ Eren, (2019a), s. 1222 vd. Nr. 3398 vd, Schubiger, (1957),s. 23, Yavuz, (1989), s. 227.

¹⁰³⁵ Erdoğan, (2019), s. 243.

¹⁰³⁶ Uçar, (2003), s. 78.

¹⁰³⁷ Gauch, (2011), s. 844, Nr. 2333.

¹⁰³⁸ Gauch, (2011), s. 843, 844, Nr. 2330.

¹⁰³⁹ Yavuz, (1989), s. 228.

¹⁰⁴⁰ Uçar, (2003), s. 79.

Buna karşılık iş sahibi ayıplı eseri teslim almışsa, artık yükleniciyi temerrüde düşüremez, onun yerine ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir¹⁰⁴¹. Çünkü eserin teslimi ile iş sahibinin başlangıçtaki ayıpsız eserin teslimini talep etme hakkının yerine TBK m. 475'ten doğan ayıptan doğan haklar geçmiş olur. Bu yüzden yüklenicinin başlangıçtaki edimi ifada temerrüde düşmesi söz konusu değildir¹⁰⁴². Bununla birlikte ayıplı eseri teslim alan iş sahibi onarım hakkını kullanmış, ancak yüklenici kendisine verilen uygun sürede eseri onarma yükümlülüğünü yerine getirmemişse, iş sahibi temerrüde ilişkin hükümlere başvurabilir¹⁰⁴³.

Temerrüt hükümleri eserin teslim edilmemesi halinde uygulanırken, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için ayıplı da olsa eserin teslim edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu hükümler arasında yarışma ilişkisi söz konusu olmaz¹⁰⁴⁴. Gerçekten edimin ifa zamanında yerine getirilmemesi temerrüdün karakteristik unsurunu oluşturmaktadır. Buna karşılık ayıp halinde ise edim ifa zamanında yerine getirilmesine karşın borçlanılan nitelikte değildir¹⁰⁴⁵.

Ayrıca temerrüt halinde iş sahibinin seçimlik hakları sınırlandırılmış, kural olarak aynen ifaya ilişkin yükleniciye uygun bir süre vermeden diğer seçimlik hakları kullanabilmesi engellenmiştir. Ayıp halinde ise durum tamamen farklıdır. Şöyle ki, ayıplı eserin onarımını istemek sadece iş sahibine tanınmış bir hak olup, iş sahibi yükleniciye süre verip sonradan edimin gereği gibi ifasını talep etmek zorunda değildir, aksine ayıptan doğan haklarını serbestçe kullanabilir. Dolayısıyla ayıba ilişkin unsurlarla temerrüde ilişkin unsurlar birbirinden farklıdır¹⁰⁴⁶.

Temerrüt ihtarı ile ayıp ihtarından yola çıkarak da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bunlar her ne kadar varması gerekli irade beyanları oldukları için birbirlerine benzeseler de, amaç yönünden aralarında farklılık bulunmaktadır. Temerrüt ihtarında borçluya borçlandığı

¹⁰⁴¹ Yavuz, (1989), s. 228, Uçar, (2003), s. 78, 79.

¹⁰⁴² Gauch, (2011), s. 843, 844, Nr. 2330.

¹⁰⁴³ Gauch, (2011), s. 844, Nr. 2332, Acun, (2018), s. 125.

¹⁰⁴⁴ Acun, (2018), s. 124, 125, Mankowski, (2006),s. 486. Aksi yönde bkz. Yıldırım, (1992), s. 53.

¹⁰⁴⁵ Klauser, (1973),s. 90.

¹⁰⁴⁶ Klauser, (1973),s. 91. Aksi görüşte olan Schubiger'e göre, gerek temerrüt gerekse ayıplı ifa halinde borçlanılan edimin sonradan yerine getirilmesi mümkündür. Fakat böyle bir durumda edim zamanında ifa edilmiş olmamaktadır. Bu, temerrüde ilişkin karakteristik özelliğin her iki halde de aynı şekilde uygulanmasını sağlayan bir unsurdur. Ancak bu hallerde borçlanılan edimin zamanında yerine getirilmemesinin sebebi farklıdır. Temerrüt halinde borçlu edimi zamanında yerine getirmeyi ihmal etmektedir. Buna karşılık ayıp halinde borçlu edimi zamanında ifa etmesine rağmen söz konusu edim borçlanılan nitelikte değildir. Ancak söz konusu borca aykırılığın sebeplerinin farklı olması, temerrüt ile ayıp arasında ortak nokta bulunduğu yönündeki gerçeği değiştirmez. Aksine ayıplı ifa, temerrüde ilişkin hükümlerin özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Buradaki özel unsur, ayıp halinde borçlu ifa zamanında edimini ayıplı olarak yerine getirdiğinden, aslında edim yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemiş sayılmasıdır. Schubiger, (1957),s. 26.

edimi yerine getirmesi gerektiği hatırlatılmaktadır. Ayıp ihbarında ise salt bir bildirimde bulunmaktadır. Yani işsahibi ayıp ihbarında bulunurken kullanmak istediği seçimlik hakkı açıklamak zorunda olmadığından, ayıp ihbarı temerrüt ihtarından farklı olarak doğrudan edim alacağına yönelik değildir. Bunun dışında temerrüt ve ayıp halinde istenecek zararların niteliği de farklıdır. Temerrüt halinde istenen gecikme tazminatının yerini ayıp halinde ayıbı takip eden zararın tazmini almaktadır¹⁰⁴⁷. Görüldüğü üzere, temerrütle ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulama alanı farklı olduğundan, bunlar arasında yarışma ilişkisinin varlığından bahsedilemez.

§ 14. SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TBK M. 229 HÜKMÜNÜN ESER SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KIYASEN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

Satış sözleşmesinde satıcının ayıbı takip eden zarardan sorumluluğu düzenlenirken doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapılmıştır¹⁰⁴⁸. Buna göre satılanın ayıplı olması üzerine alıcı sözleşmeden döndüğünde, uğradığı doğrudan zararlar için kusuru olmasa dahi satıcıyı sorumlu tutabilir. Buna karşılık satıcının dolaylı zararlardan sorumluluğu kusurlu olmasına bağlıdır. Kanun koyucu satıcı aleyhine kusur karinesi öngördüğünden, satıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için zararın meydana gelmesinde kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir (TBK m. 229).

Buna karşılık eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 475'te doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapılmadan, yüklenicinin, kusurlu olması şartıyla ayıpla uygun illiyet bağı içinde bulunan bütün zararlardan sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰⁴⁹. Satış sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğinden, doktrinde TBK m. 229 hükmünün kıyasen eser sözleşmesi bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmış ve bu konuda görüş birliğine varılamamıştır.

Benzer durum, İsviçre hukuku için de geçerlidir. Gerçekten 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu revize edilse de, satış sözleşmesindeki doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımından vazgeçilmemiştir (OR 208). Bu durum, ayırımın nasıl yapılacağı ve söz konusu ayırımın eser

¹⁰⁴⁷ Klauser, (1973),s. 92, 93.

¹⁰⁴⁸ Satış sözleşmesi bakımından ayıbı takip eden zarar kavramının hukuki etkiden yoksun salt dogmatik bir kavram olduğu yönünde bkz. Doerig, (1985), s. 98.

¹⁰⁴⁹ Bühler, (1998),s. 253, Nr. 187, Seliçi, (1978), s. 186.

sözleşmesi (OR 368) bakımından da geçerli olup olmayacağı ile ilgili farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır¹⁰⁵⁰.

Doktrindeki görüş farklılıkları, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarını da etkilemiştir. Gerçekten Federal Mahkeme'nin kararları incelendiğinde, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü hükme bağlayan OR 368 hükmünün uygulama alanı ile ilgili yeknesaklığın söz konusu olmadığı görülmektedir. Mahkeme, bazı kararlarında OR 368'in ayıplı ifadan doğan bütün zararları kapsadığını vurgularken, bazı kararlarında ise hükmün sadece eserin ayıplı olmasından kaynaklı doğrudan zararları kapsadığını, buna karşılık dolaylı zararların ise borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin OR 97'ye göre tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁵¹.

Doktrinde savunulan görüşlere bakılacak olursa, azınlıkta kalan bir görüşe göre¹⁰⁵², satış sözleşmesindeki doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının kıyasen eser sözleşmesi bakımından da uygulanması gerekir. Zira ayıplı ifa halinde alıcının menfaatleri ile sözleşmeden dönen iş sahibinin menfaatleri birbirine benzemektedir. Dolayısıyla bu kişilerin aynı hukuki muameleye tabi tutulmalarında herhangi bir sakınca yoktur. Nitekim Gauch¹⁰⁵³ da önceleri Gautschi'den etkilenerek, satış sözleşmesine ilişkin OR 208/II hükmünün kıyasen eser sözleşmesi için de uygulanması gerektiği görüşünü savunmuş ve eserdeki ayıptan dolayı iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, yüklenicinin doğrudan ayıbı takip eden zararlardan kusursuz sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Ancak daha sonraki eserlerinde¹⁰⁵⁴ bu görüşün yol açacağı sorunların farkına varmış ve kıyasen uygulamayı reddetmiştir.

Gerçekten bu görüş kabul edildiği takdirde, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının sözleşmeden dönme dışında diğer seçimlik haklar (bedel indirimi, onarım) kullanıldığında

¹⁰⁵⁰ Buna karşılık revizyonla birlikte önceden İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümler bölümünde düzenlenen doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı terk edilmiştir. Federal Mahkemeye göre bu sayede muhtemel keyfi kararların da önüne geçilmeye çalışılmıştır. Çünkü çoğu halde söz konusu zarar türleri arasında ayırım yapmak zorluk arz etmekte idi. Klauser, (1973),s. 54. Ancak Federal Mahkemenin bu görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Zira genel hükümler için bahsedilen zorluklar, satış sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Kanun koyucunun genel borca aykırılık bölümünde bu ayırdan vazgeçip, satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk bakımından hiçbir gerekçe olmadan bunu muhafaza etmesi, hukuken “düzenleme hatası” olarak nitelendirilmelidir. Satış sözleşmesinde de bu ayırdan vazgeçilseydi, genel hükümlerle uyum sağlanmış olurdu. Stoppelhaar, (2019), s. 185.

¹⁰⁵¹ Klauser, (1973),s. 122, dn. 84.

¹⁰⁵² Koller, (2015), s. 246, Nr. 662, Gautschi, (1967), s. 335 vd, N. 11 b.

¹⁰⁵³ Gauch, P. (1977). *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag. s. 157, Nr. 622.

¹⁰⁵⁴ Gauch, (2011), s. 703, Nr. 1890.

geçerli olup olmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır¹⁰⁵⁵. Zira bu ayırım, satış sözleşmesinde sadece dönme hakkıyla birlikte düzenlenmiştir. Bu halde kanunun lafzına bağlı kalınırsa, sebep sorumluluğu ile ilgili hükmün uygulama alanını bedel indirimi ile onarım haklarını kapsayacak şekilde genişletmemek gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Mahkeme, satış sözleşmesi için öngörülen doğrudan zararlarla ilgili sebep sorumluluğunun sadece sözleşmeden dönme bakımından geçerli olduğunu, alıcının indirim veya onarım haklarını kullanması halinde ise, zararın türü ne olursa olsun, satıcının ancak kusuru varsa sorumlu olacağını kabul etmiştir¹⁰⁵⁶. Böylece TBK m. 229 hükmü eser sözleşmesi bakımından kıyasen uygulandığında ve işsahibi, bedel indirimi veya onarım haklarını kullandığı takdirde, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımı yapılmadan yüklenicinin ayıbı takip eden zararların tamamından sorumluluğu ancak kusurlu olması halinde söz konusu olur. Buna karşılık işsahibi sözleşmeden dönerse, yüklenici doğrudan zararlardan kusursuz, dolaylı zararlardan ise kusuru varsa sorumlu tutulur¹⁰⁵⁷. Bu halde kullanılan seçimlik hakka göre tazminat sorumluluğu değişiklik gösterir. Fakat bunun sebebini anlamak oldukça güçtür¹⁰⁵⁸. Ayrıca illi sorumluluğun dönme ile sınırlandırılması, hiçbir şekilde haklı değildir. Zira işsahibi ister sözleşmeden dönsün isterse diğer seçimlik haklarını kullanmış olsun, eserin ayıplı olması dolayısıyla kural olarak aynı şekilde zarar görür¹⁰⁵⁹. Bunun dışında doktrinde dönme dışındaki seçimlik hakların kullanılması halinde de yüklenicinin doğrudan zararlardan kusursuz sorumlu olacağı görüşü de savunulmaktadır¹⁰⁶⁰. Görüldüğü üzere, azınlık görüşünün kabulü beraberinde başka sorunlara da neden olmaktadır.

Konuya ilişkin bir başka görüşe göre¹⁰⁶¹, hâkim, somut olayda dürüstlük kuralını dikkate alarak, ayıpla zarar arasındaki uygun illiyet bağının yoğunluğunun ayıbı takip eden zararlar için illi (kusursuz) sorumluluğu haklı gösterip göstermeyeceğini araştırmalıdır. Ancak hem doğrudan hem de dolaylı zararın ayıpla uygun illiyet bağı içinde bulunması gerektiği düşünüldüğünde, uygulamada bu iki zarar türü arasında net bir ayırım yapmanın neredeyse

¹⁰⁵⁵ Tandoğan, (2010), s. 206, 207.

¹⁰⁵⁶ Pally, (1996), s. 35, 36, Gautschi, (1967), N. 11 b, Kuhn, M. W. (2003). “Wegbedingung der Haftung für Lieferverzug, Gewährleistung sowie Mangelfolgeschaden in Kaufverträgen, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts”, *Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*. 441-450. s. 444, Stoppelhaar, (2019), s. 187. Aksi yönde bkz. Furrer, (1973), s. 71, Doerig, (1985), s. 176.

¹⁰⁵⁷ Canbolat, (2009), s. 150.

¹⁰⁵⁸ Seliçi, (1978), s. 186.

¹⁰⁵⁹ Klauser, (1973), s. 56.

¹⁰⁶⁰ Neuenschwander. (1971). *Die Schlechterfüllung*. Bern. s. 78; Spiro. (1969). *Festgabe Oftringer*. Zürich. s. 259 (Tandoğan, (2010), s. 207’den naklen).

¹⁰⁶¹ Schubiger, (1957), s. 77, Stotz, (1989), s. 139.

imkânsız olduğu görülecektir¹⁰⁶². Dolayısıyla bugün doktrinde hâkim olan uygun illiyet bağı görüşü bile doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımında yeterince yardımcı olmamaktadır. Gerçekten belli bir olayın uygun sonucu olarak ortaya çıkan iki zarar türü arasında ayırım yapmak çoğu halde neredeyse mümkün değildir. Bu durum, zarar türlerini ayırmak için gerçekten net ve hakkaniyete uygun bir kural bulmayı oldukça zorlaştırmaktadır¹⁰⁶³.

Buna karşılık hakim görüşe göre ise¹⁰⁶⁴, satış sözleşmesine ilişkin ayırımın kıyasen dahi eser sözleşmesine uygulanması mümkün değildir. Zira ayıptan sorumlulukla ilgili satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında benzerlikler bulunsa dahi farklılıklar olduğu da bilinen bir gerçektir¹⁰⁶⁵. Nitekim bu durumu dikkate alan kanun koyucu, eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin kendi içinde tutarlı bir sistem öngörmüştür. Satış sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamak suretiyle bu sisteme müdahale etmek, hem hukuken doğru olmaz hem de kanun koyucunun getirmek istediği menfaat dengesini zedeler. Şöyle ki, zaten seçimlik hakların kullanımında yüklenicinin kusuru aranmamaktadır. Ayıbı takip eden zararların bir kısmı (doğrudan zararlar) için de kusur koşulunu aramamak, yüklenici karşısında iş sahibinin menfaatlerinin aşırı ölçüde korunması anlamına gelir¹⁰⁶⁶. Diğer taraftan TBK m. 475'in lafzına bakıldığında da görülecektir ki, eser sözleşmesinde satış sözleşmesinden farklı olarak doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımı yapılmamış, ayıbı takip eden zararların tazmini bir bütün olarak yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla satış sözleşmesi için geçerli olan bu ayırımın eser sözleşmesi bakımından kabul edilmesi, hem TBK m. 475'in lafzı ile çelişir hem de maddi olarak gerekçelendirilemez¹⁰⁶⁷. Gerçekten satış sözleşmesinde bu ayırımı kabul eden kanun koyucunun eser sözleşmesinde bu konuya değinmemesi, TBK m. 229'a göndermede bulunmaması, söz konusu ayırımı eser sözleşmesinde uygulamak istemediği anlamına gelmektedir. Burada bilinçli bir susma söz konusudur¹⁰⁶⁸. Çünkü satış sözleşmesinde doğrudan zararlar için öngörülen kusursuz sorumluluğun isabetli olup olmadığı şüphelidir¹⁰⁶⁹. Ayrıca gerek uygulamada gerekse doktrinde şu ana kadar ayırımın nasıl yapılacağı konusunda

¹⁰⁶² Stotz, (1989), s. 139.

¹⁰⁶³ Schubiger, (1957), s. 77, Klauser, (1973), s. 55.

¹⁰⁶⁴ Gauch, (2011), s. 703, Nr. 1890; Schlatter, (1934), s. 63, Bühler, (1998),s. 253, Nr. 187, Pally, (1996), s. 38, 39; Tandoğan, (2010), s. 207; Eren, (2019b), s. 662, Nr. 2234, Seliçi, (1978), s. 187, Şenocak, (2002), s. 69.

¹⁰⁶⁵ Seliçi, (1978), s. 187.

¹⁰⁶⁶ Öz, (1989),s. 276.

¹⁰⁶⁷ Klauser, (1973),s. 57, Bühler, (1998),s. 253, Nr. 187.

¹⁰⁶⁸ Özdemir, (2017),s. 1188.

¹⁰⁶⁹ Nitekim doktrinde satış sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulan OR 208/III hükmünün, doğrudan ve dolaylı nitelik taşıyan bütün ayıbı takip eden zararlar bakımından uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Böylece satıcı bütün ayıbı takip eden zararlarından kusurlu sorumlu olacaktır, Honsell, (2010), s. 114, Kuhn, (2003), s. 444.

itiraza mahal vermeyecek şekilde net bir ayırım kriteri ortaya konamamıştır¹⁰⁷⁰. Öyle ki, bazı yazarlar ayırım yaparken menfi zarar ve müspet zarar esasını dikkate alırken¹⁰⁷¹, bazıları fiili zarar ve yoksun kalınan kar ayırımını dikkate almaktadır¹⁰⁷². Bunun dışında uygun illiyet bağının yoğunluğunu göz önünde bulunduran yazarlar bulunduğu gibi¹⁰⁷³, zararın meydana geldiği yeri dikkate alan yazarlarla da karşılaşılmaktadır¹⁰⁷⁴. Bundan başka doğrudan zararın zarar bizzat zarar görenin malvarlığında ortaya çıktığında söz konusu olacağı, dolaylı zararın ise sözleşmenin ihlali yoluyla üçüncü kişiler zarar gördüğünde mevcut olacağı da savunulmaktadır¹⁰⁷⁵. Hatta doktrinde doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımından vazgeçilmesi gerektiği dahi savunulmaktadır¹⁰⁷⁶. Dolayısıyla satış sözleşmesi için bile oldukça karmaşık olan ve isabetli olup olmadığı tartışılan bu ayırımın eser sözleşmesi için kıyasen uygulanmasının hiçbir haklı yanı yoktur¹⁰⁷⁷. Kaldı ki, böyle bir uygulama sadece hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olmaz, aynı zamanda hukuki güvenliği de tehlikeye sokar¹⁰⁷⁸. Nitekim Alman

¹⁰⁷⁰ Stoppelhaar, (2019), s. 180. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen meşhur papağan kararının doktrindeki yankıları farklı olmuştur. Karara konu olan olayda alıcıya satılan altı papağan ölümcül virüs taşımaktadır. Virüsün etkisiyle sadece sözleşmeye konu papağanlar değil, alıcının kafesteki diğer papağanları da ölmüştür. Federal Mahkeme, uygun illiyet bağı kriterinden hareket etmiş ve diğer papağanların ölümü nedeniyle oluşan zararı ayıplı takip eden doğrudan zarar olarak nitelendirmiş ve satıcıyı oluşan zarardan kusursuz olarak sorumlu tutmuştur. Honsell, H. (2007). “Der Mangelfolgeschaden beim Kauf- der Papageienfall des Bundesgerichts”, *Recht*. s. 154 vd., Eren, (2019b), s. 146, Nr. 428, Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1121. Federal Mahkemenin vardığı sonucun tarihi kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayacağı yönünde bkz. Stoppelhaar, (2019), s. 190. Kararın isabetli olduğu yönünde bkz. Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1124, 1125.

¹⁰⁷¹ Sözleşmeden doğan menfaate göre yapılan bu ayırma göre, doğrudan zarar ile menfi zararın fiili zarar kalemi kastedilirken, dolaylı zararla fiili zarar ve yoksun kalınan kar dâhil olmak üzere müspet zararın tamamı anlatılmak istenmektedir. Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1104, Eren, (2019b), s. 144, Nr. 424, 425. Ancak bu görüş, koruma menfaatinin ihlalinden doğan zararları tasnif etme bakımından yetersizdir. Ayrıca aynı olayda müspet zararlar menfi zararın birlikte istenebilmesine imkân verdiğinden isabetli değildir. Stoppelhaar, (2019), s. 182.

¹⁰⁷² Buna göre doğrudan zarar ile fiili zarar, dolaylı zarar ile ise yoksun kalınan kar kastedilmektedir. Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1104.

¹⁰⁷³ Buna göre uygun illiyet bağının ilk ve en yakın sonucu olarak ortaya çıkan zararlar doğrudan zarardır. Buna karşılık ayıplı ifaya başka olayların eklenmesi, araya başka sebeplerin girmesi durumunda ise dolaylı zarardan söz edilir. Burada illiyet zincirinin yakın mı yoksa uzak mı olduğu araştırılmaktadır. Stoppelhaar, (2019), s. 182, Yıldırım, Başpınar, (2008), s. 1104; Eren, (2019b), s. 147, Nr. 429, Doerig, (1985), s. 29, Aydos, O. S. (2010). “Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. 1, 317-334. s. 325. Ayırım yaparken uygun illiyet bağı görüşünün açık ve anlaşılır bir kriter oluşturmayacağı, bunun da hukuki güvenliği zedeleyeceği yönünde bkz. Kırca, (2009), s. 458.

¹⁰⁷⁴ Buna göre zarar sözleşme ile korunan hukuki değerde bizzat ortaya çıkmışsa doğrudan zarar, malvarlığının bütününde (diğer hukuki değerlerde) gerçekleşmişse dolaylı zarar söz konusudur. Dieter, (1977), s. 11.

¹⁰⁷⁵ Bu görüşün doğal sonucu, dolaylı zararın tazmininin ya özel bir kanun hükmüne ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak istenebileceğidir. Dieter, (1977), s. 17, 18.

¹⁰⁷⁶ Kırca’ya göre, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımı kaldırılıp, onun yerine satıcının aiptan doğan bütün zararlardan kusurlu bir şekilde sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Olan hukuk bakımından ise, kusura dayanmayan doğrudan zararlardan sorumluluğun uygulama alanı olabildiğince dar tayin edilmelidir. Kırca, (2009), s. 455.

¹⁰⁷⁷ Aynı yönde bkz. Şenocak, (2002), s. 70.

¹⁰⁷⁸ Adolph, (1957), s. 93.

ve Avusturya hukuklarında ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler incelendiğinde de, gerek satış gerek eser sözleşmesinde illi bir tazminat sorumluluğunun öngörülmediği görülecektir¹⁰⁷⁹.

Bunun dışında doktrinde hakim görüşe katılmakla birlikte, ayıptan doğan bütün zararların tazmini için yüklenicinin kusurlu olması şartını aramanın belli durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı da savunulmaktadır. Anılan görüşe göre, özellikle iş sahibinin vücut bütünlüğü ihlal edildiğinde, yüklenici kusurlu olmasa dahi ayıbı takip eden zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Zira yüklenicinin sözleşmenin uzman tarafı olarak önceden bu tür durumları tahmin edip gerekli önlemleri alması gerekir. Yine bu görüşe göre, yoksun kalınan kar söz konusu ise, sorumluluk için yüklenicinin kusuru aranmalıdır. Zira vücut bütünlüğünün ihlali ile yoksun kalınan karın aynı şekilde değerlendirilmesi beklenemez¹⁰⁸⁰.

Kanaatimizce, hakim görüşe üstünlük tanınmalı ve doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasında ayırım yapılmadan, ayıbı takip eden zararın tazmini her durumda yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmalıdır. Kanun koyucunun eser sözleşmesinde zararın tazminini düzenlerken genel hükümlere atıf yapmakla yetinmesi, satış sözleşmesindeki gibi doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımına yer vermemesi, onun iradesinin söz konusu ayırımın eser sözleşmesinde uygulanmaması yönünde olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zira kanun koyucu aynı ayırımın eser sözleşmesinde de geçerli olmasını isteseydi bunu açıkça öngörebilirdi. Çünkü bu ayırımın farkındadır. Hâlbuki kanun koyucu bilerek bu yönde bir düzenleme yapmamıştır. Yani burada bilinçli susma söz konusudur¹⁰⁸¹. Diğer taraftan kanunun lafzından hareketle de aynı sonuca ulaşılabilir. Zira TBK m. 475'te zararın tazmini ile ilgili genel hükümlere atıf yapıldığına göre, burada TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulur ve kusuru olmayan borçlunun sorumluluğuna başvurulamaz. Buna karşılık satış sözleşmesinde doğrudan zararlarla ilgili getirilen sebep sorumluluğu hükmü genel nitelikte bir hüküm değildir, aksine istisnai niteliktedir. İstisnai nitelikteki hükümlerin ise dar yorumlanması gerekir¹⁰⁸². Bu noktada hakkaniyet düşüncesinden yola çıkarak, ihlal edilen menfaatin türüne göre farklı değerlendirmelerde bulunmak, belli hallerde keyfiliği de beraberinde getireceğinden, hukuki güvenliği zedeleyebilir. Bunun önüne geçebilmek için kusursuz sorumluluğun sınırının iyi çizilmesi gerekir. Uygulamada yeknesaklığı sağlamak için bunu yapacak olan makam kanun koyucudur. Kanun koyucunun kusursuz sorumluluğu açıkça öngörmediği hallerde ise kusur

¹⁰⁷⁹ Klauser, (1973), s. 56.

¹⁰⁸⁰ Uçar, (2003), s. 219, 220.

¹⁰⁸¹ Aynı yönde bkz. Özdemir, (2017),s. 1188.

¹⁰⁸² Aynı yönde bkz. Edis, (1963), s. 116.

sorumluluğunun varlığı kabul edilmeli ve yüklenici ayıbı takip eden zararın niteliği ne olursa olsun kusuru yoksa sorumlu tutulmamalıdır.

§ 15. HAKSIZ FİİL İLE İLİŞKİSİ

I-Genel Olarak

Eserin ayıplı ifası nedeniyle işsahibinin şahıs varlığı ya da malvarlığı zarara uğrarsa, sözleşme sorumluluğu dışında şartları gerçekleşmişse yüklenicinin haksız fiil sorumluluğuna (TBK m. 49) da başvurulabilir. Ancak bunun için ayıplı ifanın aynı zamanda TBK m. 49 anlamında hukuka aykırı bir davranış sayılması gerekir. Bu noktada her borca aykırı davranışın teknik anlamda hukuka aykırılık teşkil etmediği vurgulanmalıdır. Çünkü haksız fiil sorumluluğu için gereken hukuka aykırılık şartı ile sözleşmeden doğan borca uygun davranılması değil, genel olarak haksız fiil hükümlerine göre belirlenmiş koruma normuna uyulması amaçlanmaktadır¹⁰⁸³.

Görüldüğü üzere, yüklenicinin ayıbı takip eden zarardan sorumluluğu ile ilgili TBK m. 49'a başvurulabilmesi için zarar, kusur ve uygun illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca hukuka aykırılığın varlığı için aranan, söz konusu davranışın ihlal edilen hukuki değeri koruma amacıyla öngörülmüş temel ya da özel koruma normunu ihlal etmesi şartı da gerçekleşmiş olmalıdır. Kişilik hakkı, aynı hak gibi mutlak bir hak ihlal edilirse ya da özel koruma normunun koruma alanı içinde yer alan ekonomik bir menfaatin ihlali durumunda bu şart sağlanmış olur¹⁰⁸⁴. Bu noktada sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali, TBK m. 49'un uygulanabilmesi için yeterli değildir¹⁰⁸⁵. Örneğin, yanlış monte edilen ocağın patlaması sonucunda işsahibinin evinin yanması, çatının iyice kapatılmaması yüzünden akan yağmur sularının işsahibinin deposuna zarar vermesi hallerinde, işsahibi ilgili eşyanın aynı zamanda maliki olduğundan, haksız fiil kapsamında talepte bulunabilecek mülkiyet hakkının ihlal

¹⁰⁸³ Yıldırım, (1992), s. 39.

¹⁰⁸⁴ Gautschi, (1967), s. 329, Nr. 7, Bühler, (1998),s. 208, Nr. 15, Brandli, (2007), s. 26, Nr. 68, Doerig, (1985), s. 149, Eren, (2019a), s. 659, Nr. 1811, König, (2019), s. 102, Yıldırım, (2019), s. 158. Bununla birlikte doktrinde ayıplı eserin tesliminin tek başına TBK m. 49 anlamında hukuka aykırılık teşkil ettiği, dolayısıyla koruma normunun ihlal edilip edilmediğini araştırmaya gerek kalmadan yüklenicinin haksız fiil sorumluluğuna başvurulabileceği savunulmuştur. Ancak ayıba karşı tekeffülle haksız fiile ilişkin unsurlar birbirinden farklı olduğundan, her ayıplı ifa haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz. Bunun için ayrıca haksız fiilin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. TBK m. 49 anlamında hukuka aykırılığın mevcut olup olmadığı, ancak her somut olayın özelliği göz önünde bulundurularak belirlenebilir. Bu noktada eserin ayıplı olması, temel ya da özel koruma normunu ihlal etmiyorsa, yüklenicinin haksız fiil sorumluluğundan bahsedilemez. Schubiger, (1957),s. 134, Yavuz, (1989), s. 235.

¹⁰⁸⁵ Honsell, (2010), s. 300.

edildiği konusunda şüphe yoktur¹⁰⁸⁶. Nihayet yüklenicinin haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilmesi için TBK m. 63'te¹⁰⁸⁷ öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmaması gerekir.

Buna karşılık yüklenicinin haksız fiil sorumluluğu için zararın yüklenicinin kendi davranışlarından kaynaklanması şart değildir. Ayıba takip eden zarara yüklenici ile aralarında bağımlılık ilişkisi bulunan yardımcıların neden olması, yükleniciyi haksız fiil sorumluluğundan kurtarmamaktadır. Aksine yüklenici hakkında adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 hükmü uygulanır¹⁰⁸⁸. Ancak yüklenici çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispatlarsa sorumlu olmaktan kurtulur.

Diğer taraftan doktrinde yüklenicinin haksız fiil sorumluluğunun, sözleşmeye özgü tipik rizikoları kapsamadığı yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşün kabulü halinde, örneğin, yüklenici buzdolabını ayıplı olarak onardığı için iş sahibinin buzluktaki yiyecekleri zarar gördüğünde, yüklenicinin haksız fiil sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Yürürlükteki hukuk bakımından bu tür rizikolar hakkında haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmemesi için hiçbir haklı gerekçe yoktur¹⁰⁸⁹.

Yüklenicinin ayıplı ifası aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiğinde, TBK m. 475 ile TBK m. 49 arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür:

II-Kümülatif İlişki

Kümülatif ilişki görüşüne göre, somut olayda ayıp sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun koşulları aynı anda gerçekleştiğinde, iş sahibi hem TBK m. 475'e hem de TBK m. 49'a göre tazminat isteminde bulunabilir. Ancak bu görüş, aynı maddi zararın iki kez tazmin edilmesi anlamına geldiğinden kabul edilemez. Aksi halde tazminat zenginleşme aracı olarak kullanılmış olur¹⁰⁹⁰. Bununla birlikte eserin ayıplı ifasından dolayı iş sahibinin vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ve bu yüzden manevi olarak da zarara uğramışsa, TBK m. 475 ile TBK m. 56'dan

¹⁰⁸⁶ Gauch, (2011), s. 847, Nr. 2344.

¹⁰⁸⁷ TBK m. 63'e göre "Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz".

¹⁰⁸⁸ Gauch, (2011), s. 847, Nr. 2343.

¹⁰⁸⁹ Gauch, (2011), s. 848, Nr. 2346.

¹⁰⁹⁰ Yıldırım, (1992), s. 92.

doğan talepler kümülatif olarak ileri sürülebilir¹⁰⁹¹. Bu halde tedavi masrafları (fili zarar), hastanede kalınan süre boyunca gelir kaybına uğranılması (yoksun kalınan kar) gibi maddi nitelikteki ayıbı takip eden zararlar TBK m. 475'e göre tazmin edilir. Buna karşılık manevi zararlar TBK m. 475'in kapsamına girmediğinden, bunlar hakkında TBK m. 56 ile TMK m. 25 hükümleri uygulanır. Dolayısıyla bu halde aynı zararın iki kez tazmin edildiğinden bahsedilemez.

III-Yarışma İlişkisi

Yarışma ilişkisi için tazmin edilecek zararın mutlaka eser ayıbından kaynaklanması gerekir. Yüklenici sadece eserin teslimi ya da üretimi vesilesiyle zarara yol açmışsa, örneğin, ev yeniden boyanırken pencere camlarına zarar verilmişse, bu durumda yarışma ilişkisi içinde bulunan bir ayıbı takip eden zarardan söz edilemez¹⁰⁹². Zira burada mülkiyet hakkının ihlali dolayısıyla haksız fiilin şartları gerçekleşmiş olsa da, TBK m. 475'in şartları gerçekleşmemiştir. Hâlbuki yarışma ilişkisinden ancak aynı olay birden fazla hükmün uygulama alanına girdiğinde bahsedilir. Buna karşılık verilen örnekte salt özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan eşlik eden zarar söz konusu olduğundan, TBK m. 112 ile TBK m. 49 arasında yarışma ilişkisi ortaya çıkar.

Burada TBK m. 49 ile yarışma ilişkisi içinde olan, sadece TBK m. 475'ten doğan ayıbı takip eden zararlardır. Buna karşılık illi nitelikteki ayıptan doğan haklar ya da ayıp zararları bu kapsama girmez. Zira ayıp zararları ile mülkiyet hakkı ihlal edilmediğinden, TBK m. 49 anlamında hukuka aykırılık şartı gerçekleşmemektedir. Aynı durum, teslimden sonra ayıp sözleşme konusu eserde başka zararlara yol açtığında da geçerlidir¹⁰⁹³.

Yarışma ilişkisinin varlığı halinde, iş sahibi dilerse TBK m. 49'a dilerse TBK m. 475 hükmüne başvurabilir. Ancak bunlardan birine başvurduğunda artık talebi kesinleştiğinden, diğer hükme dayanma imkânı ortadan kalkar¹⁰⁹⁴. Bu noktada iş sahibinin TBK m. 475'e başvurması kendisinin lehine olur¹⁰⁹⁵. Zira TBK m. 49'a başvurduğu takdirde, hem zararın varlığını hem de yüklenicinin kusurunu ispat etmek zorunda kalır. Sözleşme sorumluluğundan farklı olarak, haksız fiillerde borçlu aleyhine kusur karinesi söz konusu değildir. Ayrıca zarar

¹⁰⁹¹ Schubiger, (1957),s. 135. Aksi yönde bkz. Yavuz, (1989), s. 238.

¹⁰⁹² Gauch, (2011), s. 848, 849, Nr. 2347.

¹⁰⁹³ Brandli, (2007), s. 26, 27, Nr. 70.

¹⁰⁹⁴ Uçar, (2003), s. 84.

¹⁰⁹⁵ Bununla birlikte iş sahibi ayıbı ihbar etme konusunda gecikmişse ya da eser sözleşmesinde öngörülen zamanaşımı sürelerini kaçırmışsa, haksız fiil hükümlerine nazaran sözleşme sorumluluğuna başvurmak kendisinin lehine olmaz. Zira bu sürelerin dolmasıyla yüklenici sözleşme hükümlerine göre sorumlu olmaktan kurtulmaktadır. König, (2019), s. 103.

yüklenicinin davranışlarından kaynaklandığında, işsahibi haksız fiile dayandığı takdirde, yüklenici TBK m. 66'ya göre kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir. Buna karşılık sözleşme sorumluluğunda yükleniciye böyle bir imkân tanınmamıştır (TBK m. 116). Bununla birlikte işsahibi kendisi için avantajlı olmasa da TBK m. 49'a başvurabilir. Ancak dava dilekçesinde tazminat talebinin hukuki dayanağı belirtilmemişse, hâkim “zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir” (TBK m. 60).

Yarışma ilişkisinin kabul edilmesi halinde, haksız fiilden doğan tazminat talebinin eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi olup olmayacağı, özellikle eserin kabulü ile ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresinin nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁶. Zira haksız fiilden doğan tazminat davaları zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki, herhalükarda fiilin işlenmesinden itibaren on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuşken (TBK m. 72), eser sözleşmesinde özel hükümler saklı kalmak kaydıyla iki, beş ve yirmi yıllık zamanaşımı süreleri getirilmiştir (TBK m. 478). Zamanaşımı sürelerinin farklı olması, TBK m. 49'a göre istenecek tazminat talebi hakkında hangi hükmün uygulanacağı sorusunu akla getirmektedir¹⁰⁹⁷. Yarışma ilişkisinin niteliği ile ilgili kabul edilen görüşe bağlı olarak bu sorunun cevabı değişiklik gösterecektir.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına bakıldığında, Mahkemenin yarışma ilişkisinin niteliği ile ilgili yeknesak bir tutum sergilemediği görülmektedir¹⁰⁹⁸. Gerçekten Yüksek Mahkeme bir kararında¹⁰⁹⁹ ayıp ihbarının zamanında yapılmaması halinde alıcının haksız fiile ilişkin taleplerinin düşeceğine hükmederek, bağımlı yarışma ilişkisi görüşünü benimserken, başka bir kararında¹¹⁰⁰ bağımsız yarışma görüşünü kabul etmiş, nisbeten daha yeni tarihli bir kararında¹¹⁰¹ ise bu sorunun çözümünü cevapsız bırakmıştır¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ Gauch, (2011), s. 849, Nr. 2348, Klauser, (1973),s. 164.

¹⁰⁹⁷ Acun, (2018), s. 120.

¹⁰⁹⁸ Benzer durum doktrin için de geçerlidir. Schubiger, (1957),s. 136.

¹⁰⁹⁹ Federal Mahkemenin satış sözleşmesine ilişkin BGE 67 II 132 sayılı kararında, ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcının OR 41'e başvuramayacağı hükmüne bağlanmıştır. Mahkeme, ticari işlemlerin hızlı bir şekilde yerine getirilmesi gerekliliğine ve hukuki güvenlik ilkesine işaret ederek bu yönde bir karar vermiştir, Klauser, (1973),s. 165, dn. 25, Schubiger, (1957),s. 136.

¹¹⁰⁰ Federal Mahkeme, BGE 64 II 254 sayılı kararında işsahibi muayene ve ihbar külfetini ihmal etmiş olsa dahi haksız fiile ilişkin OR 41 hükmüne dayanarak ayıba takip eden zararının tazminini isteyebileceğine hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak, yarışma halinde zarar görenin hukuki durumunun, sadece haksız fiilin koşulları gerçekleşseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü olmaması gerektiğine vurgu yapmıştır, Klauser, (1973),s. 165, 166, Schubiger, (1957),s. 137, dn. 1.

¹¹⁰¹ Mahkeme, BGE 90 II 86 sayılı kararda satış sözleşmesine ilişkin OR 210'daki kısa zamanaşımı süresinin, OR 41'den doğan tazminat talebi hakkında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu cevaplamamıştır, Klauser, (1973),s. 165, dn. 25.

¹¹⁰² Yavuz, (1989), s. 239.

A) Bağımlı Yarışma İlişkisi

Doktrinde azınlıkta kalan bağımlı yarışma ilişkisi görüşüne göre, eserin ayıplı olması üzerine işsahibinin TBK m. 49'a göre tazminat talep edilebilmesi için muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi, böylece ayıplı eseri kabul etmemesi, ayrıca TBK m. 478'deki zamanaşımı sürelerine uyması gerekir. Aksi halde işsahibi yüklenicinin seçimlik olarak haksız fiil sorumluluğuna başvuramaz. Bu görüşün reddi, sadece hukuki güvenliğin değil, ticari hayatın da sarsılması demektir¹¹⁰³. Ayrıca eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması, kanun koyucunun haksız fiile ilişkin talepleri de bu kapsama dâhil etmek istediğinin en açık göstergesidir¹¹⁰⁴.

Ancak bağımlı yarışma görüşünün kabulü halinde, işsahibinin hukuki durumu hiç bir haklı sebep olmaksızın sözleşme ilişkisi içinde olmayan, fakat ayıplı eserden zarar gören üçüncü kişilere nazaran daha az korunmuş olur. Zira üçüncü kişiler yüklenici ile sözleşme ilişkisi içinde olmadıklarından, ayıptan dolayı uğradıkları zararlar için sadece TBK m. 49 hükmüne başvurabilirler. Bu halde üçüncü kişinin talebi TBK m. 72 gereğince 10 yılda zamanaşımına uğrar. Buna karşılık işsahibi, bağımlı yarışma görüşü kabul edilirse, zararının tazmini için TBK m. 49 hükmüne başvurursa da tazminat talebi TBK m. 478 gereğince 2 yılda zamanaşımına uğrar¹¹⁰⁵.

B) Bağımsız Yarışma İlişkisi

Doktrinde hâkim olan ve isabetli olduğuna düşündüğümüz bağımsız yarışma ilişkisi görüşüne göre, TBK m. 475'e göre ayıptan doğan haklar eserin kabulü, özellikle muayene ve ihbar külfetlerinin ihlal edilmesi yoluyla düşmüş olsa bile haksız fiilden doğan talepler varlığını devam ettirir¹¹⁰⁶. Aynı şekilde işsahibinin haksız fiilden doğan talepleri TBK m. 478'e göre değil, TBK m. 72'ye göre zamanaşımına uğrar. Zira sözleşme ile haksız fiil hukuku arasında sıra ilişkisi yoktur; ikisi de yan yana bulunabilir. Ayrıca bu görüş, "eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül kapsamında işsahibinin menfaatlerinin hakkaniyete aykırı olarak zedelendiği durumların düzeltilmesi" şeklindeki isteğe uygun düşmektedir. Bunun dışında ayıba karşı tekeffüle ilişkin katı kurallar, haksız fiilden doğan talepler hakkında uygulandığında, pratik

¹¹⁰³ Schubiger, (1957),s. 138, 139, Klauser, (1973),s. 164, 165, Gautschi, (1967), s. 329, Nr. 7, Yıldırım, (1992), s. 93, Acun, (2018), s. 120, Yavuz, (1989), s. 239.

¹¹⁰⁴ Gauch, (2011), s. 850, Nr. 2351.

¹¹⁰⁵ Doerig, (1985), s. 151, dn. 193.

¹¹⁰⁶ König, (2019), s. 80.

açından haksız fiil hükümlerine başvurmak anlamsız hale gelir¹¹⁰⁷. Böyle bir durum haksız fiil sorumluluğunun öngörülme amacı ile bağdaşmaz¹¹⁰⁸. Nihayet bağımsız seçimlik yarışma görüşü, sanılanın aksine, hukuki güvenliğin ya da ticari hayatın sarsılmasına da neden olmaz. Zira yüklenicinin kastı varsa, zaten muayene ve ihbar külfetine ilişkin TBK m. 474 ile zamanaşımıyla ilgili TBK m. 478 hükümleri uygulanmaz¹¹⁰⁹. Dolayısıyla kastın söz konusu olması halinde, yarışma ilişkisinin hukuki niteliği fazla bir anlam ifade etmez. Bu ilişki, esasen ayıba ihmal ile neden olduğunda önem arz eder¹¹¹⁰. Aynı şekilde haksız fiillerde zamanaşımı süresi iki yıl olduğundan ve bu süre zararın öğrenildiği andan itibaren işlemeye başladığından, hukuki güvenliğin sarsılacağından endişe edilmemelidir. Ayrıca haksız fiillerde kusurun ispatının iş sahibine ait olması da yüklenicinin menfaatine hizmet etmektedir. Bütün bunlar bağımsız seçimlik yarışma görüşüne karşı oluşan endişelerin yersiz olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluğun her biri kendisine ait kurallara ve şartlara tabi tutulmalı, sözleşme dışı sorumluluğun uygulama alanı sözleşme sorumluluğuna ilişkin özel şartlarla sınırlandırılmamalıdır¹¹¹¹.

§ 16. YÜKLENİCİNİN ÜRÜN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SORUMLU TUTULUP TUTULAMAYACAĞI SORUNU

Ürün sorumluluğu, üreticinin piyasaya sürdüğü ürünün ayıplarından dolayı tazminat yükümlülüğünün doğmasıdır¹¹¹². Söz konusu sorumluluk, herhangi bir sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, ayıplı malın üreticisi tarafından piyasa sürülmesi ve bu malı alan kişilerin hukuk düzeni tarafından korunan menfaatlerinin zarar görmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır¹¹¹³. Buradaki ayıp, satılanın zikredilen veya dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklerinin bulunmaması, yani satılanın kullanım amacına uygun düşmemesi biçiminde değil, kişilerin piyasaya sürülen maldan bekledikleri haklı güvenin ihlali biçiminde gerçekleşmektedir¹¹¹⁴. Gerçekten malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak

¹¹⁰⁷ Gauch, (2011), s. 849, Nr. 2350.

¹¹⁰⁸ Klauser, (1973),s. 166, Acun, (2018), s. 120.

¹¹⁰⁹ Yıldırım, (1992), s. 93, Yavuz, (1989), s. 239.

¹¹¹⁰ Schubiger, (1957),s. 135.

¹¹¹¹ Klauser, (1973),s. 166.

¹¹¹² Öztan, B. (1982). *İmalatçının Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 21.

¹¹¹³ Çağlayan, H. C. (2016). “Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Seçimlik Haklar”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 0 (7). 351-372. s. 365, 366.

¹¹¹⁴ Erlüle, F. (2008). “Yapımcının Sorumluluğu”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 303-338. s. 322, Çağlayan, (2016), s. 365, 366.

bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal, ürün sorumluluğu anlamında ayıplı mal sayılmıştır (Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m. 5/D).

Üreticilerin ayıplı ürün dolayısıyla sorumluluğunu ele alan ilk özel düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dur. Kanunun 4. maddesi¹¹¹⁵, aslında satıcının ayıplı ifadan doğan sorumluluğunu hükme bağlamıştır. Diğer taraftan satıcının ayıptan sorumluluğu, TBK m. 219 vd. ile de düzenlenmiştir. Kanaatimizce, satıcının taraf olduğu tüketici sözleşmelerinde TKHK hükümleri, TBK m. 219 vd. hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanmalıdır. Genel kanun-özel kanun ilişkisi bu sonucu haklı kılmaktadır.

TKHK m. 4'te tüketicinin dönme, indirim, onarım veya ayıpsız misliyle değiştirme haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde üreticiden tazminat isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Dikkat edilirse, tüketicinin tazminat talebi, ayıplı malda bizzat meydana gelen zararları, yani ayıp zararlarını kapsamamaktadır¹¹¹⁶. Zira ayıp zararları,

¹¹¹⁵ TKHK m. 4: "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.

Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.

İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıplı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz.

Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir.

Güvenli olmayan mallar, piyasaya özürlüdür etiketiyle dahi arz edilemez. Bu ürünlere, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri uygulanır.

Bu hükümler, mal satışına ilişkin her türlü tüketici işleminde de uygulanır."

¹¹¹⁶ Erlüle, (2008), s. 327.

satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamındaki seçimlik haklarla karşılanmaktadır. Yani ürün sorumluluğunun konusunu ayıbı takip eden zararlar oluşturmaktadır¹¹¹⁷. Dolayısıyla üründeki ayıp yüzünden tüketicinin aldığı ürün dışındaki diğer hukuki değerlerinde (malvarlığında ya da şahıs varlığında) ortaya çıkan zararlar ürün sorumluluğunun kapsamına girmektedir. Örneğin, elektrikli bir su ısıtıcısının termostatının bozuk olması sonucunda ısıtıcının patladığı ve tüketicinin vücudunda yanıklara neden olduğu bir durumda, ısıtıcıda oluşan zararlar için satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulabilir. Buna karşılık tüketicinin vücudundaki yanıklardan dolayı oluşan zararlar ise ayıbı takip eden zarar niteliği taşıdığı için ürün sorumluluğu kapsamında giderilir. Aynı düşünceden hareketle, tüketicinin ayıplı üründen beklediği yararı sağlayamaması dolayısıyla uğradığı zararlar ürün sorumluluğunun konusuna girmez. Aynı şekilde ürünün kısmen kullanılamaması yüzünden uğranılan zararlarla ürünün kullanım değerindeki eksiklik de ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilemeyeceği için ürün sorumluluğuna yol açmaz. Bu hallerde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulabilir¹¹¹⁸.

TKHK m. 4'teki hükümden hareketle, ayıplı maldan dolayı üreticinin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için piyasaya sürülen ürünün ayıplı olması, üründeki ayıbın ölüm, yaralanma ya da eşyanın hasara uğraması şeklinde bir ayıbı takip eden zarara yol açması ve uygun illiyet bağının bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca olumsuz bir şart olarak, sorumluluktan kurtulma sebeplerinden herhangi birinin¹¹¹⁹ mevcut olmaması da gerekir¹¹²⁰. Buna karşılık zarar gören ile üretici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur¹¹²¹.

Hükümde ayrıca seçimlik haklardan dolayı üreticinin yanı sıra satıcı, bayi, acente ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olduğu, buna karşılık ayıplı malın neden olduğu zararlardan sadece üreticinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, seçimlik hakların kullanılabilmesi çevre geniş tutulmasına rağmen, tazminat talebinin sadece üreticiye

¹¹¹⁷ Kırca, (2007), s. 2, Öztan, (1982),s. 22.

¹¹¹⁸ Öztan, (1982),s. 23.

¹¹¹⁹ Ürünün üretici tarafından piyasaya sürülmemiş olması, ayıbın ürünün piyasaya sürülmesinden sonra ortaya çıkması, ürünün ticari amaçlar doğrultusunda ya da ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemiş olması, ürünün piyasaya sürüldüğü sırada mevcut bilim ve tekniğin ayıbı varlığını belirleyememesi, ürünün teknik düzenlemesinin ayıba yol açması durumlarından birinin varlığını ispatlayan üretici, oluşan zarardan sorumlu değildir (Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik, m. 7). Tüketicinin yönetmelikten doğan haklarını kullanmaktan feragat ettiğine ilişkin kayıtlarla, üreticinin yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran sorumsuzluk kayıtları kesin hükümsüzdür (Yönetmelik, m. 8).

¹¹²⁰ Aydos, O. S. (2009). *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 111, Erlüle, (2008), s. 319.

¹¹²¹ Kırca, (2007), s. 1.

yöneltilmesi, kanunun amacına uygun düşmemektedir. Gerçekten hukuken zayıf durumda olan tüketicilerin korunabilmesi için tazminat hakkının ileri sürülebileceği kişilerin geniş tutulmasında fayda vardır. Kaldı ki, tazminat hakkı ile seçimlik hakların kullanılabilmesi kişilerin farklı düzenlenmesinin hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Kanun değişikliği ile üretici dışındaki kişiler de tazminat sorumluluğunun kapsamına dâhil edilmelidir. Ancak 6502 sayılı Kanunun 11. maddesine bakıldığında, sözleşmeden dönme ve indirim haklarının sadece satıcıya karşı, buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarının satıcının yanı sıra üretici ve ithalatçıya karşı da kullanılabilmesi, tazminat talebinin ileri sürülebileceği kişilerin ise açıklığa kavuşturulmadığı görülmektedir. Tüketicinin başvurabileceği çevrenin genişletilmesi gerekirken, bunun 6502 sayılı Kanun ile daraltılması isabetli olmamıştır.

4077 sayılı TKHK döneminde üreticinin ayıbı takip eden zarardan sorumlu olduğu tespit edildiğine göre, ikinci aşamada bu sorumluluğun hangi hükümlere tabi olduğu belirlenmelidir. Konu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte¹¹²², bizim de katıldığımız görüşe göre, üreticinin sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine tabi tutulması gerekir. Zira üretici ile zarar gören arasında genellikle sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Sözleşme ilişkisi nisbi nitelik taşıdığına göre, üreticiye karşı sözleşme hükümlerine başvurulamaz¹¹²³. Bununla birlikte üreticinin karşısında yer alan, ürünün ayıplı olmasından dolayı zarar gören tüketicinin zayıf durumda olduğu için daha çok korunmaya ihtiyaç duyduğu düşünüldüğünde, haksız fiil hükümlerinin onu yeterince korumadığı anlaşılacaktır¹¹²⁴. Bunun üzerine doktrinde üreticinin

¹¹²² TKHK m. 4/III'te yer alan “*satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz*” yönündeki hükümden yola çıkılarak, üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kırca, (2007), s. 94, 95, Erlüle, (2008), s. 309. Kanunda yer alan bu ifadenin kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi için yeterli olmadığı yönünde bkz. Karaman Akçura, T. (2008). *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 142. İmalat kaçağından ve gelişim ayıplarından dolayı üreticinin kusursuz sorumlu olduğu, bunun dışındaki ayıplardan ancak kusuru varsa sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. Öztan, (1982),s. 188, 189. Yazar, üreticinin kusurlu sayılabilmesi için kendisinden objektif olarak beklenen tedbirleri almamış olması, tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünü ihlal etmesi gerektiğini savunmaktadır.

¹¹²³ Karaman Akçura, (2008), s. 54. Nitekim Yargıtay da üreticinin sorumluluğu konusunda haksız fiil hükümlerini uygulamakla birlikte, zararın üreticinin kusurundan kaynaklandığı yönünde aksi ispat edilebilir fiili bir karine kabul etmiştir. Böylece tüketici zararın üreticinin kusurundan kaynaklandığını ispat etme külfetinden kurtulmuştur. Fiili karinenin kabul edilerek, kusuru ispat yükünün ters çevrilmesinde, üretim sürecinin karmaşık bir yapıda olmasının yanı sıra, tüketicinin üretim sürecinin dışında yer alması da etkili olmuştur. Gerçekten tüketici genellikle olayların dışında kaldığından, ürünün ayıplı olmasında üreticinin kusurlu olup olmadığını bilemez. Bu yüzden üreticinin kusurunu ispatlaması neredeyse imkânsızdır. Ancak üreticinin kendi hukuki iktidar alanı içinde gerçekleşen bir durumu, yani kusurlu olmadığını ispat etmesi zor değildir. Bu noktada üreticinin tehlikeyi önleme yönünde bir yükümlülüğü vardır. Buna göre üretici ürünü piyasaya sürerken hukukun kendisinden beklediği özenin tamamını göstermelidir. Aksi halde kusurlu sayılır. Kırca, (2007), s. 42-44, Öztan, (1982),s. 236, 237.

¹¹²⁴ Gerçekten haksız fiillerde failin kusurlu olduğunu zarar görenin ispat etmek durumunda kalması (TBK m. 50/I), ayrıca zarara adam çalıştırmanın emir ve talimatı altındaki kişiler neden olduğunda, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi (TBK m. 66/II), nihayet tazminat talebinin zararın ve failin

sorumluluğunun objektif sorumluluk olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmaya başlanmıştır. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte ürünlerin elektronik ortamda milyonlarca kişiye ulaştığı dikkate alındığında, bu ürünlere tüketicilerin güven duymalarının sağlanması ticari hayatın gereklerinden sayılmıştır¹¹²⁵.

Konuya ilişkin ileri sürülen eleştiriler üzerine, 2003 yılında 4077 sayılı Kanuna dayanarak Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 6. maddesinde “*ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır. Böylece ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı üreticinin objektif sorumluluğu kabul edilmiştir¹¹²⁶.

Söz konusu hüküm, tüketici sözleşmesine¹¹²⁷ taraf olan yüklenicinin, eserde oluşan ayıby takip eden zararlar için kusursuz (objektif) sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı

öğrenilmesinden itibaren iki yıl, herhalükarda on yıllık zamanaşımı süresine tabi olması (TBK m. 72/I), zarar görenin hukuki durumunu zorlaştırmaktadır.

¹¹²⁵ Çağlayan, (2016), s. 366.

¹¹²⁶ Yönetmelik, üreticinin sorumluluğuyla ilgili tartışmaları sona erdirmemiş, aksine üreticinin objektif sorumluluğunun türü ile ilgili doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, yönetmelikle objektif özen yükümlülüğünün ihlalini esas alan basit objektif bir sorumluluk sistemi getirilmiştir. Ancak burada üreticinin ürünün ayıplı olmaması için kendisinden beklenen özeni göstermesi onu sorumluluktan kurtarmamaktadır. Ayıp, beklenmeyen bir durumdan doğsa bile üretici sorumlu olmayı sürdürmektedir. Yani üreticinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Bu itibarla yönetmelikle, tıpkı bina malikinin sorumluluğunda olduğu gibi, üreticinin objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği konusunda kesin bir kanuni karine getirilmiştir. Akçura Karaman, s. 151. Aynı yönde bkz. Kırcı, (2007), s. 123. Buna karşılık diğer görüşe göre, üreticinin sorumluluğunun kurtuluş kanıtı getirilemeyen tehlike veya hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zira failin zararın meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu özeni gösterseydi dahi zararın gerçekleşmesinin kaçınılmaz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulmasına imkân sağlayan ve objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan olağan sebep sorumluluğu ihtiyaçları karşılayacak nitelikte değildir. Aydos, (2009), s. 96, 97. Üreticinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Öztan, (1982), s. 282, 283.

¹¹²⁷ 4077 sayılı TKHK'nın genel yapısı göz önüne alındığında, kanun koyucunun tüketici karşısındaki tarafı tayin ederken, profesyonel bir girişimciyi değil, ekonomik ve sosyal açılardan daha alt seviyedeki satıcıyı esas aldığı görülecektir. Fakat bu durum, girişimci boyutunda mal ve hizmet sunan kişilere karşı tüketicinin korunmayacağı şeklinde değerlendirilmemelidir. Aksinin kabulü kanunun ruhuna uygun düşmez. Tüketici, satıcı dışında mal ve hizmet sunan diğer meslek gruplarına karşı da TKHK hükümlerinden yararlanabilir. Yeter ki, yapılan hukuki işlem tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilsin. Bu noktada doktrinde bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılmasında, sözleşmenin türünün önemli olmadığına vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla eser, vekalet gibi tipik sözleşmelerin yanı sıra atipik sözleşmeler de tüketici sözleşmesi niteliği taşıyabilir. Burada belirleyici olan, tüketicinin kendi özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere sözleşmeyi addedip akdetmemesidir. Tüketici sözleşmeleri, ticari ya da mesleki amaçlar için değil, tüketicilerin nihai özel ihtiyaçlarını karşılamak için yapılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, H. S. (2001). “Tüketici Sözleşmesi Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (1). 55-90. s. 65-75. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, 6502 sayılı Kanun ile tüketici sözleşmelerinin kapsamını genişletmiş ve satış dışında eser, vekalet, taşıma, sigorta, bankacılık gibi sözleşmelerin de bu kapsama girdiğini açıkça hükme bağlamıştır (m. 3/1).

sorusunu akla getirmektedir. Bu sorunun sorulmasında, ürün sorumluluğunun konusunu ayıbı takip eden zararların oluşturması etkili olmuştur. Bu noktada ürün ve üretici kavramları ile neyin kastedildiği önem arz etmektedir.

Ürün (mal) kavramı, TKHK m. 3/c’de “*alışverişe konu olan taşınır eşya, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar*” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelikte de benzer bir tanım yapılmıştır (m. 4/c). Doktrinde üretim şeklinin, yani ürünün seri halde mi yoksa sipariş üzerine mi üretildiğinin önemli olmadığı savunulmaktadır. Zira ürün kavramı, sadece sanayi ürünlerini değil, serbest meslek uzmanları ile zanaatkarların ürettiklerini de kapsamaktadır¹¹²⁸. Yani bu yaklaşıma göre, ürün kavramı eseri de içine almaktadır¹¹²⁹. Söz konusu yaklaşımın doğal sonucu, eser sözleşmesinden doğan ayıbı takip eden zararların da yönetmeliğin uygulama alanına dâhil edilmesidir. Ancak Yargıtay’ın vermiş olduğu muhtelif kararlarda, ürün ve eser kavramları arasında ayırım yaptığı ve sipariş üzerine üretilenleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirerek, bu konudaki ihtilafları Yönetmeliğin kapsamına dâhil etmediği görülmektedir¹¹³⁰.

Üretici kavramı ise, TKHK m. 3/1 bendinde “*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanlar*” olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte, satışa sunmak amacıyla ürünü ithal eden kişiler de üretici kapsamında sayılmıştır (m. 4/d).

Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, üreticinin malı üreten kişiyle sınırlı olmadığı görülmektedir. Lafzi yorum yapıldığında, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme borcu altına girdiğinden hareketle, yüklenicinin de üretici olarak kabul edilmesi gerekir. Bu halde üretici ile yüklenici aynı kişi olacaktır. Nitekim bu düşünceden hareketle, doktrinde üreticinin eser sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır¹¹³¹. Ancak kanaatimizce, ürün sorumluluğu düzenlenirken, amaç, satış

¹¹²⁸ Kırca, (2007), s. 184. Buna karşılık fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarla, marka ve patent gibi haklar TKHK anlamında ürün sayılmazlar. Kırca, (2007), s. 196.

¹¹²⁹ Aydos, (2009),s. 130, 131.

¹¹³⁰ Y. 15. HD, 12.7.2004 T., 2003/6665 E., 2004/3893 K. (Yayınlanmamış Karar), Y. 15. HD, 30.6.2004 T., 1463 E., 3655 K. (Yayınlanmamış Karar), Y. 15. HD, 25.3.2004 T., 2003/4811 E., 2004/1692 K.(Yayınlanmamış Karar), Y. 15. HD, 25.9.2003 T., 697 E., 4297 K. (Yayınlanmamış Karar). Sözleşme sırasında mevcut bir ürünle, yapılması sözleşme ile kararlaştırılan ürün arasında ayırım yapmanın, TKHK ile yönetmeliğin amacına uygun düşmediği yönünde bkz. Aydos, (2009),s. 132.

¹¹³¹ Öztan, (1982),s. 46, 47.

sözleşmesine taraf olan satıcı dışında malı üreten üçüncü kişilerin de sorumluluk alanına dâhil edilerek tüketicinin hukuki durumunun iyileştirilmesidir¹¹³². Hâlbuki yüklenici zaten sözleşmenin tarafı olduğuna göre, onun hakkında ürün sorumluluğuna başvurmaya gerek yoktur. Aksinin kabulü işin niteliğine aykırı düşer. Dolayısıyla Yönetmelik hükümleri yüklenici bakımından uygulanmayacağı için, tüketici işlemi söz konusu olsa dahi yüklenici ayıbı takip eden zararlardan ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir.

Kaldı ki, yüklenici üretici olarak kabul edilseydi bile, üreticilerle ilgili Yönetmelikle getirilen objektif (kusursuz) sorumluluğun isabetli olup olmadığı sorununa takılırdı. Zira kusursuz sorumluluk istisnai niteliktedir ve ancak kanunla öngörülebilir¹¹³³. Kanunda kusur şartı aranan bir durumda, yönetmelikle kusursuz sorumluluk öngörmek, normlar hiyerarşisine uygun düşmez. Çünkü yönetmeliğin amacı kanunun uygulama alanını göstermektir, yoksa yönetmelik kanuna aykırı olamaz. Aksi halde yönetmelik hükümleri değil, kanun hükümleri uygulanır. Dolayısıyla üreticinin ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğunu öngören Yönetmelik hükmü üreticiler bakımından da geçerli değildir. Üretici, ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı TBK m. 49 vd. hükümlerine göre sorumludur¹¹³⁴. Üreticinin objektif sorumluluğunun kabul edilebilmesi, kanuni bir düzenleme yapılmasına bağlıdır.

Bununla birlikte yüklenici eserin ifasında yardımcı kişilere başvurduğunda, ifa yardımcılarının üretici olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu akla gelmektedir. Üretici, ürünü kendi hesabına üreten kişi olduğuna göre, ifa yardımcıları (örneğin, mühendis, usta başı) hakkında da ürün sorumluluğuna başvurulamaz¹¹³⁵.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, 4077 sayılı Kanuna dayanarak çıkartılan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zarardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğin ilga olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü kanun yürürlükten kalktığında, ona dayanarak çıkartılan yönetmelikler de hukuki

¹¹³² Kırca, (2007), s. 7.

¹¹³³ Aydos, (2009),s. 95.

¹¹³⁴ Aynı yönde bkz. Karaman Akçura, (2008), s. 153, 154. Buna karşılık aksi görüşte olan Kırca'ya göre, üreticinin sorumluluğunun yönetmelik yerine ayrı özel bir kanunla düzenlemesi gerekse dahi, bu durum, üreticinin ayıplı maldan kaynaklanan zararlardan kusursuz sorumlu olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira TKHK m. 4/III'te yer alan, ayıbın bilinmemesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı yönündeki hüküm, üreticinin ayıbı takip eden zararlardan kusursuz sorumlu olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla yönetmelik, kanuna aykırı nitelik taşımamaktadır. Kırca, (2007), s. 86, 101. Kanaatimizce TKHK m. 4/III'teki ifade kusursuz sorumluluğun kabulü için yeterli olmadığından, yönetmelik kanuna aykırı niteliktedir. Aynı yönde bkz. Karaman Akçura, (2008), s. 142.

¹¹³⁵ Kırca, (2007), s. 204.

temelden yoksun hale gelmektedirler. Konuya ilişkin 6502 sayılı Kanununun geçici 3. maddesinde “*bu kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu kanunla yürürlükten kaldırılan TKHK’ya dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Kanaatimizce, Yönetmelik sadece 4077 sayılı Kanuna değil, aynı zamanda 6502 sayılı Kanuna da aykırı nitelik taşıdığı için zımnen ilga olmuştur. Şöyle ki, 6502 sayılı Kanunda da tüketicinin ayıptan doğan seçimlik haklardan biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır (m. 11/VI). Yüklenicinin ayıp sorumluluğu ile ilgili TBK m. 475’te ise, zarardan sorumluluk konusunda genel hükümlere (TBK m. 112’ye) atıf yapıldığı için yüklenici ayıbın meydana gelmesinde kusuru olmadıkça ayıbı takip eden zarardan sorumlu tutulamaz. Burada da kanunen kusur şartı aranan bir durumda, yönetmelikle kusursuz sorumluluğun öngörülemeyeceği yönündeki genel hukuk ilkesi ihlal edilmiştir. Ancak uygulamada yeknesaklık sağlanması için yönetmeliğin açıkça yürürlükten kaldırılmasında fayda vardır.

§ 17. CULPA IN CONTRAHENDO İLE İLİŞKİSİ

Sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler sadece edim yükümlülüklerinden oluşmamaktadır. Taraflar arasında sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte koruma yükümlülükleri doğmaktadır. Çünkü sözleşme görüşmeleri ile taraflar karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki alanlarına müdahale etme imkânı bulmaktadırlar. Dürüstlük kuralı, hukuki işlem yapmak üzere bir araya gelen taraflara, karşı tarafın edim menfaati dışında kalan diğer şahıs varlığı değerleri ile malvarlığı değerlerine zarar verici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yüklemiştir. Söz konusu yükümlülüğün doğması, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından bağımsızdır. Sözleşme herhangi bir sebepten dolayı kurulamamış olsa ya da kurulmuş olmakla birlikte kesin hükümsüz olsa bile koruma yükümlülüğüne uyulması gerekir. Sözleşme görüşmeleri ile başlayan koruma yükümlülükleri, sözleşme kurulduktan sonra, hatta sözleşme sona erdikten sonra da belli bir süre varlığını devam ettirir¹¹³⁶. Koruma yükümlülüğüne uyulmaması dolayısıyla oluşan zararlardan sorumluluk hukuken güven sorumluluğudur¹¹³⁷.

¹¹³⁶ Eren, (2019a), s. 40 vd, Nr. 105 vd., Demircioğlu, H. R. (2009). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayınları. s. 122 vd.

¹¹³⁷ Kırcı, Ç. (2004). *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 155. Güven sorumluluğunun, culpa in contrahendo sorumluluğunun yanı sıra sözleşme sırasında ve sözleşme sonrasındaki koruma yükümlülüklerinden doğan sorumlulukları içine alan üst bir kavram

Edim yükümlülüğünü içermeyen, yalnızca koruma yükümlülüğünden oluşan borç ilişkileri doktrinde “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri” olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu borç ilişkisi, edim yükümlülüğünden farklı olarak tarafların iradelerinden doğmaz. Burada borç ilişkisinin doğuşu, tarafların birbirlerinin hukuki alanlarına etki ettikleri anda, yani taraflar arasında sosyal temas sağlandığında gerçekleşir. Hukuki işlem yapmak amacıyla temasta bulunan kişiler, hukuki değerlerinin karşı tarafça haksız fiil hukukunun gerektirdiği özenden daha fazla korunacağı konusunda haklı bir güven içindedirler. Dolayısıyla bu kişiler hakkında salt haksız fiil hükümlerini uygulamak yeterli bir koruma sağlamaz¹¹³⁸. Nitekim bu düşünceden hareketle, doktrinde sözleşme kurulmadan önceki safhada koruma yükümlülüğünün (edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin) kusurlu olarak ihlal edilmesinin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmiştir. Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme kurulmadan önce görüşmecilerden birinin ya da yardımcılarının dürüstlük kuralından doğan sözleşme benzeri güven ilişkisini zedeledikleri için diğer görüşmecinin veya onun koruması altında bulunan kişilerin uğradıkları zararlardan sorumlu olmalarıdır¹¹³⁹.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin hiç kurulmamasından doğabileceği gibi, kurulmuş olan sözleşmenin kesin hükümsüz olmasından yahut iptal edilmiş olmasından, bütünlük menfaatinin ihlalden veya karşı taraf için sözleşmenin elverişliliğini azaltan davranışlarda bulunmaktan ileri gelebilir¹¹⁴⁰. Culpa in contrahendoya neden olan olayların büyük bir çoğunluğu, sözleşmenin kurulması bakımından önem arz eden hususlarla ilgili açıklama yapma yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanmaktadır. Gerçekten açıklama yükümlülüğünün ihlali, sözleşmenin elverişliliğini azaltan bir davranış olarak culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açmaktadır¹¹⁴¹. Fakat hukuk düzeni kişilere açıklama yapma yönünde genel bir yükümlülük yüklememiştir. Böyle bir yükümlülük, ancak kanundan veya sözleşmeden doğabilir ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde meydana gelebilir¹¹⁴². Bu noktada dürüstlük kuralı eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin eserin nitelikleri ile ilgili

olduğu yönünde bkz. Kırca, (2004), s. 137. Buna karşılık güven sorumluluğunun içerisine culpa in contrahendo ya da güven ilişkisine dayalı hukuki ilişkilerin kolaylıkla dâhil edilemeyeceği yönünde bkz. Kalkan Oğuztürk, B. (2008). *Güven Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. s. 225.

¹¹³⁸ Demircioğlu, (2009) s. 126 vd., Aral, (2011), s. 52 vd, Kırca, (2004), s. 148.

¹¹³⁹ Demircioğlu, (2009), s. 142, 143, Yıldırım, (1992), s. 46, 47, Kırca, (2004), s. 142, 143.

¹¹⁴⁰ Demircioğlu, (2009), s. 191, Kalkan Oğuztürk, (2008), s. 94, 95.

¹¹⁴¹ Demircioğlu, (2009), s. 222, 223.

¹¹⁴² Açıklama yükümlülüğünün kapsamı, sözleşmenin niteliğine ve tarafların özelliklerine göre belirlenir, Aral, (2011), s. 119.

iş sahibini bilgilendirmesini gerekli kılmaktadır. Özellikle yüklenici sözleşme kurulmadan önce iş sahibinin verdiği talimatın yanlışlığı ya da iş sahibince teslim edilen malzemelerin veya arazinin ayıplı olduğu ile ilgili açıklama yapmakla yükümlüdür. Yüklenici bu şekilde sözleşme öncesi açıklama yükümlülüğünü ihlal eder, sözleşme kurulduktan sonra da zamanında uyarıda bulunmazsa, iş sahibinin bu yüzden ortaya çıkan ayıplar için culpa in contrahendo kapsamında tazminat isteyip isteyemeyeceği sorunu ortaya çıkar¹¹⁴³. Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıklama yapma yükümlülüğünün ihlalden kaynaklandığında, culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı konusunda doktrinde görüş birliğine varılamamıştır.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre¹¹⁴⁴, henüz sözleşme kurulmamış veya sözleşme konusu şey iş sahibine teslim edilmemişse, yüklenici TBK m. 475 uyarınca sorumlu olmaz. Böyle bir durumda culpa in contrahendo ile ayıplı ifadan doğan sorumluluk arasında yarışma ilişkisinden söz edilemez. Buna karşılık sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ve eserin iş sahibine teslim edildiği bazı hallerde, culpa in contrahendo sorumluluğu doğmaktadır. Bu halde iş sahibi dilerse culpa in contrahendo dilerse ayıba karşı tekeffül kapsamında yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilir¹¹⁴⁵. Ayrıca her ne kadar ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için hasarın geçtiği anda sözleşme konusu şeyin ayıplı olması gerektiğinden, ilk bakışta yüklenicinin culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmayacağı düşüncesi oluşsa da, daha detaylı düşünüldüğünde aynı olayda ayıba karşı tekeffülle culpa in contrahendonun şartlarının birlikte gerçekleşebileceği ve bunlar arasında yarışma ilişkisinin söz konusu olabileceği görülecektir. Özellikle irade bozukluğu nedeniyle sözleşme iptal edilmeden önce eser teslim edilmiş ve söz konusu eser ayıplı olduğu için iş sahibi zarara uğramışsa, yüklenici culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulabilir. Aynı şekilde ayıp sebepleri hasarın geçişi anında mevcut olmakla birlikte, söz konusu sebepler hasar iş sahibine geçtikten sonra eserin ayıplı olmasına yol açmışsa, iş sahibi bu durumun varlığını kanıtlayarak ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Şayet yüklenici iş sahibine karşı açıklama yükümlülüğünü yerine getirseydi söz konusu sebeplerin ayıba yol açması engellenebilecek idiyse ve bu yükümlülüğün ihlali yükleniciye kusur olarak yüklenebiliyorsa, yüklenicinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilir ve ayıba karşı tekeffülle aralarında yarışma ilişkisi meydana gelir¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³ Gauch, (2011), s. 837, 838, Nr. 2314.

¹¹⁴⁴ Yavuz, (1989), s. 212, Yıldırım, (1992), s. 48.

¹¹⁴⁵ Yavuz, (1989), s. 212.

¹¹⁴⁶ Yıldırım, (1992), s. 48.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre¹¹⁴⁷, açıklama yükümlülüğünün ihlalinin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açıp açmayacağı belirlenirken, söz konusu ihlalin sözleşmenin ifasını mı yoksa kuruluşunu mu etkilediği araştırılmalıdır. Açıklama yükümlülüğünün ihlali taraflardan birinin sözleşme kurma iradesini etkilerse, culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olurken, sözleşmenin ifasını etkilerse doğrudan sözleşme hükümleri uygulama alanı bulur¹¹⁴⁸. Bu anlamda eserin ayıplı olması, sözleşmenin ifası ile ilgili olduğundan, culpa in contrahendoya dayanan tazminat talebi TBK m. 475'in gerisinde kalır ve doğrudan TBK m. 475 hükmüne başvurulur. Bu halde culpa in contrahendo sorumluluğu TBK m. 475 karşısında tali nitelik taşıdığından, söz konusu sorumluluk türleri arasında yarışma ilişkisinden bahsedilemez. Zira zarar gören iş sahibinin sözleşmesel talepte bulunma imkanına sahip olduğu hallerde, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanmasını gerekli kılan kanun boşluğundan ya da hakkaniyete daha uygun bir sorumluluk oluşturma ihtiyacından söz edilemez. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri dolayısıyla oluşan özel bağlantı dolayısıyla sözleşme sorumluluğunun kıyasen uygulandığı bir sorumluluktur. Bu itibarla doğrudan sözleşme hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılan bir halde culpa in contrahendoya başvurarak aynı hükümlerin kıyasen uygulanması, hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır¹¹⁴⁹.

Bunun dışında culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra doğmayacağından, bu aşamadan sonra koruma yükümlülüğü ihlal edilse bile TBK m. 112 anlamında sözleşmenin müspet ihlali söz konusu olur¹¹⁵⁰. Buna karşılık yüklenicinin eserin ayıplarından dolayı TBK m. 475 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için ise, hasarın geçtiği anda, yani teslim anında eserin ayıplı olması gerekmektedir. Eserin teslimi sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşeceğinden, yüklenicinin culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu ile TBK m. 475'den doğan sorumluluğunun yarışması mümkün değildir. Çünkü zarar sözleşmenin farklı safhalarında ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte ayıbı takip eden zarar bakımından önem arz eden, ayıbın yüklenicinin kusurundan doğup doğmadığı sorunuyla ilgili karar verirken sözleşme görüşmelerindeki her

¹¹⁴⁷ Demircioğlu, (2009), s. 282-284, Kırca, (2004), s. 215, Gauch, (2011), s. 838, Nr. 2315.

¹¹⁴⁸ Demircioğlu, (2009), s. 227.

¹¹⁴⁹ Demircioğlu, (2009), s. 282-284.

¹¹⁵⁰ Demircioğlu, (2009), s. 147.

türlü kusurun da dikkate alınması gerekeceğinden, bu noktada culpa in contrahendoya başvurulur¹¹⁵¹.

Diğer taraftan yüklenicinin sözleşme öncesi kusurlu davranışları eser ayıbına yol açmayıp, başka bir zarara neden olduğunda, iş sahibinin culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurması mümkündür. Fakat bu halde eser ayıbı bulunmadığından TBK m. 475 hükmü uygulanmayacağından, yarışma sorunu da ortaya çıkmaz¹¹⁵².

§ 18. SEBESİZ ZENGİNLEŞME İLE İLİŞKİSİ

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin sebepsiz zenginleşme kapsamında talepte bulunamayacağını belirtmek gerekir. Zira yüklenici eseri ayıplı şekilde imal ederken belli masraflar yapmış olsa bile, iş sahibi ücreti hukuken sebepsiz olarak değil, aksine sözleşmeye dayanarak ödemektedir. Ayrıca sözleşmeden doğan talepler, hukuken tali nitelik taşıyan sebepsiz zenginleşmeden önce geldiğinden, ödenen ücretin iadesiyle ilgili sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz¹¹⁵³. Bunun dışında ayıptan dolayı iş sahibi zenginleşmemekte, aksine malvarlığında bir azalma meydana gelmektedir. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme ile ayıp hükümleri arasında yarışma ilişkisinin varlığından söz edilemez¹¹⁵⁴.

§ 19. İMKANSIZLIKLA İLİŞKİSİ

Eser sözleşmesi ile üstlenilen eseri meydana getirme borcu, hukuken parça borcu niteliği taşıdığından imkansız hale gelebilir. İmkânsızlık halinde borçlunun edimi ifa edebilme imkanı, maddi ya da hukuki bir engel dolayısıyla sürekli ve kesin bir şekilde ortadan kalktığından¹¹⁵⁵, böyle bir durumda yüklenicinin eseri meydana getirip mülkiyetini iş sahibine geçirmesi mümkün değildir. Bu halde iş sahibi, imkânsızlığın sözleşmenin kurulduğu anda mı yoksa sözleşme kurulduktan sonra mı gerçekleştiğine bağlı olarak bazı taleplerde bulunabilir. Şöyle ki, eğer imkânsızlık eser sözleşmesi yapıldığı sırada mevcutsa ve objektif nitelik¹¹⁵⁶

¹¹⁵¹ Gauch, (2011), s. 838, Nr. 2315, Brandli, (2007), s. 22, 23, Nr. 61.

¹¹⁵² Brandli, (2007), s. 23, Nr. 62.

¹¹⁵³ Gauch, (2011), s. 837, Nr. 2313.

¹¹⁵⁴ Seliçi, (1978), s. 133, Uçar, (2003), s. 86, Gautschi, (1967), s. 331, 332, Nr. 9a, Brandli, (2007), s. 27, Nr. 73.

¹¹⁵⁵ Klausner, (1973), s. 85, Aral, (2011), s. 69, Eren, (2019a), s. 1453, Nr. 4118, Yıldırım, (2019), s. 103.

¹¹⁵⁶ Objektif imkânsızlık, edimin ifasının borçlu dâhil hiçkimse tarafından ifa edilememesi anlamına gelir. Aral, (2011), s. 70, Eren, (2019a), s. 1453, Nr. 4121, Yıldırım, (2019), s. 105.

taşıyorsa, söz konusu sözleşme TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olur¹¹⁵⁷. Buna karşılık eserin yapımı sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmişse, bu durum sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak yüklenici sonraki imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusurlu ise, iş sahibinin uğradığı müspet zararları TBK m. 112 uyarınca tazmin etmek zorunda kalır. Eğer sonraki imkânsızlık yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamışsa, yüklenici eseri teslim etme borcundan kurtulur ve iş sahibi daha önceden eserin bedelini ödemişse, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği bedelin iadesini isteyebilir (TBK m. 136).

Görüldüğü üzere, eserin ayıpsız üretimi ve teslimi imkânsız hale geldiğinde, imkansızlığın meydana geldiği ana göre yüklenicinin sorumluluğu değişiklik göstermektedir. Buna bağlı olarak ayıp hükümleri ile aralarındaki ilişki de farklı olacaktır. Dolayısıyla ayıp hükümlerinin başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlıkla ilişkisi, aşağıda iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

I-Başlangıçtaki İmkânsızlıkla İlişkisi

Sözleşme konusu edim kesin olarak yerine getirilemiyorsa, diğer bir ifadeyle, başlangıçta tamamen imkânsızlık söz konusu ise, genel olarak hiç ifa etmeme ile eser sözleşmesindeki ayba karşı tekeffül hükümleri arasında hiçbir kesişim noktası bulunmaz. Çünkü TBK m. 475 anlamında eser ayıbının söz konusu olabilmesi için sözleşmeye uygun olmasa da bir eserin varlığı gerekir¹¹⁵⁸. Böyle bir durumda hükümler arasında yarışma ilişkisi ortaya çıkmaz, aksine imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanır¹¹⁵⁹.

Buna karşılık başlangıçtaki kısmi imkânsızlık halinde, TBK m. 27'deki (OR 20'deki) unsurların yanında TBK m. 475'in (OR 368'in) unsurları da gerçekleşebilir. Örneğin, eser sözleşmesinin konusunu 60 metrelik bir geçidin üzerine belli bir taşıma kapasitesine sahip bir köprünün inşası oluşturmaktadır. Fakat günümüzdeki teknik standartlara göre köprünün %20 daha az taşıma kapasitesine sahip olması gerekmektedir. Sonuç olarak inşa edilen köprü OR 368 anlamında ayıplıdır ve aynı zamanda başlangıçtaki objektif kısmi imkânsızlık durumu söz konusudur. Çünkü sözü edilen taşıma kapasitesi, sözleşmenin kurulduğu anda objektif olarak

¹¹⁵⁷ Oysa edimin ifasının sadece borçlu bakımından mümkün olmadığı subjektif imkânsızlık halinde sözleşme geçerlidir, ancak alacaklı müspet zararının tazminini talep edebilir. Schubiger, (1957),s. 19, Aral, (2011), s. 71, Yıldırım, (2019), s. 105. Görüldüğü üzere, objektif ve subjektif imkânsızlık ayrımı başlangıçtaki imkânsızlık bakımından önemlidir. Buna karşılık sonraki imkânsızlığın objektif ya da subjektif olması esasa etkili değildir. Aksine sonraki imkânsızlıkta önemli olan, borçlunun kusurlu olup olmamasıdır. Klauser, (1973),s. 85.

¹¹⁵⁸ Pally, (1996), s. 143.

¹¹⁵⁹ Gauch, (2011), s. 846, Nr. 2340.

gerçekleştirilebilir nitelikte değildir¹¹⁶⁰. İşte eser ayıbı başlangıçtaki objektif kısmi imkânsızlığa dayandığında, TBK m. 27'nin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre¹¹⁶¹, böyle bir halde TBK m. 27 (OR 20) hükmü uygulanmamalı, sadece ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Zira TBK m. 27'de (OR 20'de) sözleşmenin imkânsızlığına bağlanan tam veya kısmi hükümsüzlük yaptırımları, makul bir hukuki sonuç oluşturmamaktadır. Kanunda başka bir hukuki sonuç öngörülebilir. Eğer yüklenici teslim edilen eserin baştan itibaren kaçınılamayan ayıpları için de ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulursa, eser ayıbı alanında bu sonuç tam olarak sağlanmış olur. Söz konusu sonuç, TBK m. 27'de (OR 20'de) öngörülen kesin hükümsüzlük sonucunun yerine geçer. Aynı sonuç, eserin vaat edilen niteliklere uygun üretilmesi, teknik açıdan imkânsız olduğunda da geçerli olmalıdır. Böylece imkânsızlığa ilişkin genel hükümler ayıp hükümleri yoluyla yerlerinden edilmiş olur. Dolayısıyla ayıpsız eser üretimi baştan itibaren imkânsızsa, teslimden önce de taraflardan hiçbiri sözleşmenin tamamen veya kısmen kesin hükümsüz olmasına dayanamaz. Fakat bu durumda iş sahibine OR 366/II'ye dayanarak sözleşmeden dönme hakkı tanınabilir. Yeter ki, kaçınılamayan ayıp iş sahibine OR 368/I'e göre sonradan sözleşmeden dönme hakkı tanımış olsun. Bu noktada ayıpsız üretimin baştan itibaren mi yoksa sözleşme kurulduktan sonra mı imkânsız hale geldiği önemli değildir.

Buna karşılık kanaatimizce üstün tutulması gereken görüşe göre¹¹⁶², başlangıçtaki objektif imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz. Zira ayıbın varlığı için öncelikle eserin tamamlanıp teslim edilmesi gerekmektedir. Hâlbuki imkânsızlık halinde eserin teslimi objektif olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bunlar arasında dışlama ilişkisi mevcuttur. O halde başlangıçta objektif kısmi imkânsızlık varsa, TBK m. 27 hükmü öncelikli olarak uygulanmalıdır.

¹¹⁶⁰ Pally, (1996), s. 143.

¹¹⁶¹ Gauch, (2011), s. 845, Nr. 2335-2337.

¹¹⁶² Schubiger, (1957),s. 22, Gümüş, (2014), s. 67, Yıldırım, (1992), s. 56, 57, Acun, (2018), s. 95.

II-Sonraki İmkansızlıkla İlişkisi

Doktrinde sözleşme kurulduktan sonra bizzat eserin üretimi değil, aksine sadece ayıpsız bir eserin üretiminin imkansız hale geldiği durumlarda *nitelikli bir kısmi imkansızlığın* söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, bu halde üstlenilen edim tamamen ifa edilmekte, fakat borçlanılan kalitede gerçekleşmemektedir¹¹⁶³. Halbuki edimin kalitesi sözleşmenin kapsamına dahil olduğundan, yüklenicinin borcu kararlaştırılan eseri teslim etmekle sona ermez, aksine eserin sözleşmeye uygun olması da gerekir. Edim kalite itibarı ile sonradan imkansızlaşırsa, kısmi imkansızlığa ilişkin hükümlere başvurulur¹¹⁶⁴.

Sonraki kısmi imkansızlığa bağlanan hukuki sonuçlar, yüklenicinin kusurlu olup olmasına göre değişiklik göstermektedir. Gerçekten bu konuda yüklenicinin kusuru varsa, yüklenici kısmen imkansızlaşan edim dolayısıyla iş sahibinin uğradığı müspet zararı tazmin edip, kalan edimi de aynen ifa etmekle yükümlü olur. Ancak dürüstlük kuralı gereğince kalan kısmın kabulü iş sahibinden beklenemiyorsa, iş sahibi kısmi ifayı reddedip edimin tamamı için müspet zararının giderilmesini isteyebilir. Kısmi ifanın reddi iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez. Buna karşılık yüklenicinin kusuru yoksa, imkansızlaşan kısım için borç sona erer, iş sahibi indirilmiş bedeli ödeyerek kalan kısma ilişkin edimin aynen ifasını isteyebilir. İş sahibinden kısmi edimi kabul etmesi beklenemezse, borç tamamen sona erer¹¹⁶⁵.

Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan kısmi imkansızlık durumunda, hem TBK m. 112 ve TBK m. 136'nın hem de TBK m. 475'in unsurları aynı olayda gerçekleşebilir. Özellikle yüklenicinin gideremeyeceği bir ayıp söz konusu olduğunda ya da ayıbın giderilmesi mümkün olmasına rağmen aşırı masrafa yol açacağı için yüklenicinin bunu reddetme hakkına sahip olduğu hallerde, ifa imkansızlığı ile karşılaşılır¹¹⁶⁶. Örneğin kuyumcu, müşterisi tarafından teslim edilen kıymetli bir taşı işlemeyi ve altın bir takıya dönüştürmeyi borçlandığında, ancak işleme sırasında taşın bir kenarına zarar verdiğinde, hem artık ayıpsız bir eserin üretimi

¹¹⁶³ Pally, (1996), s. 146.

¹¹⁶⁴ Yıldırım, (1992), s. 51, 52, Klauser, (1973),s. 87. Buna karşılık aksi görüşte olan Barth'a göre, edimin kalitesi (niteliği) nicelikten farklı bir gereği gibi ifa etmeme türüdür. Dolayısıyla edimin kalite olarak imkânsızlaşması kısmi imkânsızlığa değil, gereği gibi ifa etmemenin başka bir şekilde imkânsızlaşmasına yol açar. Çünkü kısmi imkânsızlık ancak bölünebilen edimlerde söz konusudur. Hâlbuki eser edimi niteliği itibarı ile bölünemeyeceğinden, kısmi imkânsızlığa konu olmaz. Barth, H. R. (1958). *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung*. Zürich. s. 44 (Klauser, (1973),s. 88'den naklen). Aynı yönde bkz. Schubiger, (1957),s. 22.

¹¹⁶⁵ Pally, (1996), s. 148 vd.

¹¹⁶⁶ Klauser, (1973),s. 87.

mümkün değildir hem de sonraki objektif kısmi (nitelikli) imkansızlık durumu söz konusudur¹¹⁶⁷.

Buna karşılık sonraki tam imkansızlıkla ayıplı ifanın birlikte bulunması mümkün değildir. Zira ayıplı ifa halinde istenilen nitelikte olmasa da ifa gerçekleşirken, tam imkansızlıkta borçlanılan edimin ifasını bir bütün olarak engelleyen bir durum mevcuttur¹¹⁶⁸. Dolayısıyla ayıp hükümleri ile aralarında yarışma ilişkisinin bulunup bulunmadığı ancak sonraki kısmi imkansızlık bakımından sorun teşkil eder.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre¹¹⁶⁹, işsahibi edimin kalite itibarı ile sonradan imkansızlaştığını bilmeden eseri teslim alırsa, dilerse sonraki kısmi imkansızlığa dilerse de ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir.

Buna karşılık üstün tutulması gerektiğini düşündüğümüz, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen doktrindeki hakim görüşe göre, sonraki kısmi imkansızlıkla ayıp hükümleri arasında seçimlik yarışma ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bu konuda ayıp hükümleri kati bir özel düzenleme içermektedir¹¹⁷⁰. Dolayısıyla eserin ayıpsız üretimi sözleşme kurulduktan sonra imkansız hale geldiğinde, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler sonradan edimin imkansızlaşmasına ilişkin hükümlere nazaran öncelikli olarak uygulanmalıdır. Bu halde yüklenici ayıplı bir eser teslim ettiğinde TBK m. 112 (OR 97/I) ile TBK m. 136 (OR 119) hükmü uygulama alanı bulmaz¹¹⁷¹. Ayrıca yarışma ilişkisinin kabulü, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül kapsamında düzenlenen sıkı zamanaşımı ve hakkın ortadan kaldırılmasına ilişkin hükümlerin devre dışı kalmasına yol açar ve bu da kanunun amacıyla bağdaşmayacak şekilde söz konusu hükümleri anlamsız hale getirir. Gerçekten elverişlilik kıyaslamasından hareket edildiğinde, ayıp hükümleri dışlanmış olur. Zira ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından geçerli olan zamanaşımı süreleri ile hakkı ortadan kaldıran haller dikkate alındığında, hem kusurlu hem de kusursuz sonraki kısmi imkansızlığın işsahibinin menfaatini daha iyi koruduğu görülecektir. Fakat daha elverişli olduğu için imkansızlık hükümlerinin uygulanması, ayıpla ilgili hükümleri anlamsız hale getireceğinden seçimlik yarışma görüşü reddedilmelidir¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ Pally, (1996), s. 147.

¹¹⁶⁸ Schubiger, (1957),s. 22, Klauser, (1973),s. 88.

¹¹⁶⁹ Yıldırım, (1992), s. 52, Yavuz, (1989), s. 227.

¹¹⁷⁰ Pally, (1996), s. 160.

¹¹⁷¹ Gauch, (2011), s. 844, Nr. 2334.

¹¹⁷² Pally, (1996), s. 159.

§ 20. İRADE BOZUKLUĞU HALLERİ İLE İLİŞKİSİ

İrade bozukluğu, kişinin hukuki işlem iradesinin oluşum ya da beyan aşamasında sakatlanmasıdır. İrade bozukluğu ile yanılma, aldatma ve korkutma halleri kastedilmektedir. Saik yanılması, aldatma ve korkutma hallerinde kişinin iradesi sadece oluşum aşamasında sakatlanmaktadır; yoksa kişinin iradesi ile beyanı arasında herhangi bir uygunsuzluk söz konusu değildir. Buna karşılık beyan yanılması halinde iradenin oluşumunda herhangi bir sorun yoktur; sadece yanılanın beyanı gerçek iradesine uygun düşmemektedir¹¹⁷³.

Vaat edilen veya dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklerin eserde mevcut olmaması, iş sahibinin yanılmasından doğabileceği gibi, yüklenicinin aldatmasından da kaynaklanabilir. Bu hallerde yanılma ve aldatma hükümleri ile ayıp hükümleri arasındaki hukuki ilişkinin nasıl olduğu sorunu ortaya çıkar. Aşağıda bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuştur. Buna karşılık işin niteliği gereği eserin ayıplı olması ile korkutma halinin şartları birlikte bulunamayacağından¹¹⁷⁴, çalışmamızda bu konu üzerinde durulmamıştır.

I-Yanılma İle İlişkisi

Yanılma, kişinin belli bir konu hakkında yanlış ya da eksik bilgi sahibi olmasıdır. Yanılma, sözleşmenin karşı tarafının kimliğine ilişkin olabileceği gibi, sözleşmenin türüne, içeriğine veya edimin miktarına da ilişkin olabilir. Beyan yanılması kapsamında değerlendirilen bütün bu haller, TBK m. 31'e göre aynı zamanda esaslı yanılma sayıldığından, yanılan kişi, yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi geçmişe etkili bir şekilde sona erdiğinden, tarafların ifa yükümlülükleri karşılıklı olarak ortadan kalkar, daha önce verilenlerin ise iade edilmesi gerekir¹¹⁷⁵.

Buna karşılık sadece sözleşmeyi yapmaya iten sebeplerde yanılma olarak tanımlanan saik yanılması, kural olarak sözleşmeyi iptal hakkı vermez. Ancak saik yanılması temel yanılmasına dönüşürse, iptal hakkı kullanılabilir. Bunun için yanılığa düşülen hususun sözleşmenin kurulması bakımından olmazsa olmaz bir unsur (conditio sine qua non) oluşturması, bu hususun iş çevresinde geçerli olan anlayışa (dürüstlük kuralına) göre

¹¹⁷³ Eren, (2019a), s. 422, Nr. 1155 vd.

¹¹⁷⁴ Acun, (2018), s. 125, Yavuz, (1989), s. 213.

¹¹⁷⁵ Eren, (2019a), s. 425, Nr. 1164 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 576 vd.

sözleşmenin zorunlu temeli sayılması, nihayet durumun karşı tarafça da öngörülebilir olması gerekir¹¹⁷⁶ (TBK m. 32).

Esaslı yanılma kapsamında değerlendirilen haller (TBK m. 31), eserde ayıp olarak nitelendirilebilecek haller değildir. Gerçekten örneğin sözleşmenin konusunda yanılma, daha çok aliud ile karşılaştırılabilecek bir haldir. Eserdeki ayıp, daha ziyade temel yanılmasından kaynaklanır¹¹⁷⁷. Örneğin, özel olarak sipariş edilen gerdanlığın üretiminde kullanılan malzemelerin altın yerine altın kaplama olduğunun anlaşılması, aynı şekilde binanın inşasında dağ kumu yerine deniz kumu kullanıldığına tespit edilmesi hallerinde temel yanılma ile ayıbın şartları birlikte gerçekleşmiş olur. Zira dürüstlük kuralı, iş sahibinin bu nitelikleri sözleşmenin temeli saymasına imkân vermektedir¹¹⁷⁸.

Kural çokluğu şartının gerçekleştiği böyle bir halde, acaba iş sahibi yalnızca ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere mi başvurabilir, yoksa temel yanılmasına ilişkin hükümlere de seçimlik olarak başvurabilir mi? Ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler iş sahibinin menfaatini daha iyi koruduğundan, temel yanılma hükümlerine başvurma, özellikle ayıp ihbarında bulunulmadığında veya kısa zamanaşımı süreleri kaçırıldığında önem arz eder. Bu durumdaki bir iş sahibinin temel yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği sağlanamamıştır¹¹⁷⁹.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre¹¹⁸⁰, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler temel yanılmasına göre özel hüküm niteliği taşır. Özel hüküm genel hükmün uygulanmasını engellediği için ayıplı ifa halinde temel yanılmasına başvurulamaz. Aksi halde ayıba karşı tekeffül için aranan sıkı şartların öngörülme amacı ortadan kalkmış olur. Böyle bir durum, ticari ve hukuki güvenliğin zedelenmesi anlamına gelir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 110 II 70) de hayvan satışlarıyla sınırlı olarak bu görüşü benimsemiştir. Alman hukukundaki hakim görüş de ayıpla temel yanılma arasında dışlama ilişkisinin kabul edilmesi gerektiğinden yanadır¹¹⁸¹. Fakat bu durum eser sözleşmesi hukukunda temel yanılmasına hiç bir şekilde

¹¹⁷⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 577 vd., Yıldırım, (2019), s. 127, Erdoğan, (2019), s. 95.

¹¹⁷⁷ Yavuz, (1989), s. 214, Yıldırım, (1992), s. 29.

¹¹⁷⁸ Schubiger, (1957),s. 131.

¹¹⁷⁹ Şahin, (2008),s. 192, 193, Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 79, Yavuz, (1989), s. 220.

¹¹⁸⁰ Schubiger, (1957),s. 132, 133, Brandli, (2007), s. 23, Nr. 63, 64.

¹¹⁸¹ Aral, Ayrancı, (2019), s. 162.

başvurulamayacağı anlamına gelmez. Aksine bu söylenenler, sadece yanılma eserin niteliklerine ilişkin olduğunda geçerlidir¹¹⁸².

Bu görüşe karşılık doktrinde her iki hükmün uygulanma şartları farklı olduğu için bunlar arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin bulunmadığı savunulmaktadır. Gerçekten temel yanılma sözleşmenin kurulması ile ilgili bir aşama iken, eserin ayıplı olması sözleşmenin ifası ile ilgilidir. Ayrıca ayıba karşı tekeffül özel hüküm niteliği taşıyorsa, genel hükmün bütün şartlarını bünyesinde barındırması gerekirdi. Oysa bu hükümlerin uygulama alanı her zaman kesişmemektedir. Gerçekten temel yanılmasının kapsamına girip de eser ayıbı olarak değerlendirilmeyen durumlarla karşılaşıldığı gibi, eser ayıbının temel yanılma dışında başka bir sebepten kaynaklandığı durumlarla da karşılaşılmaktadır. Bunun dışında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin söz konusu olabilmesi için hükümlerden birinin uygulanması ile diğer hükmün anlamsız hale gelmesi ya da bir hükmün amacının diğer hükmün amacı ile çelişmesi gerekir. Fakat ayıp ile yanılma hükümleri farklı amaçlar gütseler de çelişki içinde değildir¹¹⁸³. Dolayısıyla bunlar arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin varlığından söz edilemez.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, hayvan satışları dışında satılanın ayıplı olması halinde alıcının temel yanılma hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerine seçimlik olarak başvurabileceğini, bu konuda bir örf ve adet kuralı bulunduğunu kabul etmiştir¹¹⁸⁴. Buna karşılık Gauch, satış sözleşmesi için geçerli olan yarışma ilişkisinin¹¹⁸⁵ eser sözleşmesine

¹¹⁸² Brandli, (2007), s. 23, Nr. 64.

¹¹⁸³ Yıldırım, (1992), s. 86, 87.

¹¹⁸⁴ Yavuz, (1989), s. 222, Schubiger, (1957),s. 132. Hayvan satışları ile diğer satışların farklı ele alınmasının hakkaniyete aykırı olduğu yönünde bkz. Gauch, P. (2001). "Sachgewahrleistung und Willensmangel beim Kauf einer mangelhafter Sache-Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages BGE 127 III 83 ff.", *Recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. S. 184, 184-190. s. 185.

¹¹⁸⁵ İsviçre hukukundaki yerleşik içtihatlar göre, alıcı ayıplı ifa halinde OR 197'ye göre dava açabileceği gibi OR 23 gereğince irade bozukluğuna dayanarak sözleşme ilişkisine de son verebilir. Böylece özellikle ayıba karşı tekeffüle ilişkin zamanaşımı sürelerini kaçıran ya da ayıplı geç ihbar eden alıcının seçimlik olarak irade bozukluğuna dayanma imkânı ortaya çıkar. Ancak alıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurursa, aynı zamanda OR 31'e göre sözleşmeyi kabul etmiş sayılır. Zira ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması şarttır. Dolayısıyla alıcının seçimlik olarak irade bozukluğuna dayanabilmesi, ancak ayıplı sözleşmeyi kabul etmediği sürece mümkündür. Bu anlamda alıcı OR 31'de öngörülen süreleri kaçırmışsa, sözleşmeyi kanunen kabul etmiş sayılır. Aynı şekilde alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ileri sürmesi de sözleşmenin kabulü anlamına gelir. Ancak Gauch, Federal Mahkemenin ayıp hükümlerinin sözleşmenin kurulmasını gerekli kıldığını gerekçe göstererek, ayıptan doğan hakların ileri sürülmesinin kabul olarak değerlendirileceği yönündeki içtihadını isabetli bulmamaktadır. Ona göre irade bozukluğu hallerinde geçerli olan tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulandığı sözleşmenin kurulmamış bir sözleşme olduğu düşüncesi yerinde değildir. Aksine irade bozukluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması da kurulmuş bir sözleşmenin varlığını gerekli kılar. Sözleşme kurulmamışsa tek taraflı bağlamazlık sorunu da ortaya çıkmaz. Ayrıca ayıplı sözleşmenin açıkça ya da zımnen kabulü, beyan sahibinde bilinçli bir iradenin varlığını gerekli kılmaktadır. Bunun varlığı için beyan sahibinin sözleşmenin ayıplı olduğunu bilmesi ve bundan doğan hukuki sonuçların farkında olması veya en azından irade bozukluğuna

aktarılamayacağı görüşündedir. Ona göre, eserin gelecekteki nitelikleri bakımından yanılma hiçbir zaman temel yanılması oluşturmuyacağından, ayıplı eseri teslim alan iş sahibinin temel yanılmasına dayanması mümkün değildir. Çünkü eser ayıbı ancak sözleşme kurulduktan sonra, eserin ifası aşamasında ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki temel yanılması sözleşme kurulurken söz konusudur. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanununun temel yanılmasına bağladığı tek taraflı bağlamazlık yaptırımı, eser ayıpları için uygun bir çözüm değildir¹¹⁸⁶.

Yargıtay ise İsviçre Federal Mahkemesi gibi yarışma ilişkisi görüşünü benimsemiştir¹¹⁸⁷. Bu noktada Türk doktrini ise ikiye bölünmüş durumdadır. Bir görüşe göre¹¹⁸⁸, “nitelik” edimin ifasıyla ilgili bir aşama olduğundan, bunun mevcut olmaması halinde temel yanılmasına başvurulamaz. Zira eserin ayıplı olması, sözleşmenin ifası ile ilgili bir aşama iken, temel yanılması sözleşmenin kurulması aşamasında söz konusu olabilir. Esasen sözleşmeye uygun bir eser bekleyen iş sahibine ayıplı eser teslim edilmesi, temel yanılmasının mevcut olduğu anlamına gelir. Fakat eser, sözleşmenin kurulduğu sırada henüz mevcut değildir, ileride iş sahibinin istekleri doğrultusunda üretilecektir. İleride oluşacak durumlar ise temel yanılmasına konu olmaz. Bu halde ayıplı ifa söz konusu olduğundan, ayba karşı tekeffüle ya da TBK m. 112 hükmüne dayanılabilir.

Buna karşılık hakim görüşe göre¹¹⁸⁹ ayıp ile temel yanılması arasında bağımsız seçimlik yarışma ilişkisi söz konusudur. Bu görüş, hem ihtiyaçlara daha iyi cevap vermekte hem de menfaat dengesine uygun düşmektedir. Ayrıca özellikle iş sahibinin tüketici olduğu hallerde hukuken zayıf durumda olan tüketiciyi daha iyi korumaktadır. Gerçekten bu görüşün kabulü

dayanabileceğini göz önünde bulundurması gerekir, meğerki, satıcı somut olayın şartlarına göre böyle bir bilincin oluşmasına zemin hazırlamış olsun. Böyle bir durum yoksa alıcının ayıptan doğan hakları ileri sürmesi sözleşmenin kabulü anlamına gelmez. Bu görüş, hem Alman doktrin ve içtihatları ile uyumludur hem de pratik açıdan anlamlıdır. Özellikle herhangi bir sebepten dolayı indirim ya da dönme talebi reddedilen alıcı, temel yanılmasına ya da aldatmaya dayanabildiği ölçüde sözleşmeyi iptal edebilir. Böylece alıcıya hukuki çareler arasında serbestçe seçim yapma imkânı tanınmış olur. Fakat iptal talebinin sonuç doğurabilmesi için talebin ileri sürüldüğü anda henüz kanunda öngörülen hak düşürücü sürelerin dolmamış olması gerekir. Gauch, (2001), s. 184 vd. Sonuç olarak Federal Mahkemenin görüşü tek taraflı bağlamazlık teorisi ile uyumlu değildir. Bunun yanı sıra irade beyanlarının güven ilkesi uyarınca yorumlanması ilkesi ile çelişmekte ve yarışma ilişkisinin temellerine ters düşmektedir. Kramer, E. A. (2001). “Bundesgericht, 14.12.2000 BGE 127 III 83 ff., Berufung”, *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 1454. 1454-1456. s. 1456.

¹¹⁸⁶ Gauch, (2011), s. 839, Nr. 2317, 2318, Aynı yönde bkz. Koller, (2015), s. 195, Nr. 524, Gautschi, (1967), Nr. 40 a vd.

¹¹⁸⁷ Yargıtay’ın 04.06.1968 T. 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde “...satılan malın ayıplı olması hali uyarınca sözleşmenin feshi istenebileceği gibi, Borçlar Kanununun 24. maddesinin 4. bendi hükmüncü vasıfta yanılma esasına dayanılarak da sözleşmenin feshi cihetine gidilecektir” ifadesi yer almaktadır. Bilgi için bkz. Eren, (2019a), s. 440, Nr. 1205, dn. 59.

¹¹⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, (1968),s. 81, 82, Seliçi, (1978), s. 132, Uçar, (2003), s. 84.

¹¹⁸⁹ Eren, (2019a), s. 441, Nr. 1205, Yavuz, (1989), s. 221, Aral, Ayrancı, (2019), s. 162, Şahiniz, (2008),s. 193, Kalkan, (2018),s. 262, Tunçomağ, (1977), s. 185, Feyzioğlu, (1980),s. 272.

halinde, eserin ayıplı olması üzerine temel yanılmasına başvurulabilmesi için ayıba karşı tekeffüle ilişkin şartların yerine getirilmesi (muayene ve ihbar külfeti ile kısa zamanasını sürelerine uyulması) gerekmez. Aksine işsahibinin eserin ayıplı olduğunu bilseydi sözleşmeyi hiç ya da mevcut şartlarla yapmayacağını, yani nitelik eksikliğinin sözleşmenin kurulması bakımından olmazsa olmaz bir şart olduğunu ve bu durumun iş çevresinde geçerli olan anlayışa göre sözleşmenin zorunlu bir unsuru olduğunu ispatlaması gerekli ve yeterlidir.

Kanaatimizce, temel yanılması ile ayıbın sözleşmenin farklı aşamalarında ortaya çıktığından hareket edilirse, bunlar arasında ne genel hüküm özel hüküm ilişkisinin ne de yarışma ilişkisinin mevcut olduğu söylenebilir. Zira hükümler arasında hiçbir kesişim noktası yoksa bunlar birbirlerinden bağımsız olarak uygulanırlar. O halde hükümlerin uygulanma alanları farklı olduğu için ayıp halinde temel yanılmasına başvurulamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu görüş, temel yanılmasının kapsamı, mevcut olaylarla sınırlandırıldığında haklıdır. Ancak tartışmalı da olsa, kanaatimizce temel yanılmasının mevcut olaylar dışında gelecekteki olaylara ilişkin olması da mümkündür. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de gelecekteki olaylar öngörülebilir nitelik taşıdığına temel yanılmasının söz konusu olabileceğini kabul etmiştir¹¹⁹⁰. Eser sözleşmesi bakımından işsahibinin ileride ayıpsız bir eser üretileceğini düşünerek sözleşmeyi akdetmesi ancak teslim edilen eserin sonradan bu nitelikte olmadığını anlaşılması durumunda, ayıpla gelecekteki olaya ilişkin temel yanılmasının şartları birlikte gerçekleşmiş olur. Bu halde hükümler arasında bağımsız yarışma ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir¹¹⁹¹. Çünkü temel yanılmasının geleceğe ilişkin olayları da kapsadığının kabul edilmesiyle birlikte ayıba karşı tekeffülle temel yanılmasının uygulama alanları kesişmiş olmaktadır. Zaten satış sözleşmesi bakımından da bu hükümler arasında bağımsız yarışma ilişkisinin mevcut olduğu, doktrin ve uygulamada genellikle kabul edilmektedir. Aynı görüşün eser sözleşmesi bakımından da kabul edilmemesi için hiçbir sebep yoktur. Aksi halde işsahibi herhangi bir haklı sebep olmaksızın alıcıya nazaran daha az korunmuş olur. Özellikle ayıba ilişkin sıkı şartlar yerine getirilmediğinde böyle bir durum söz konusu olur ve bu halde alıcı temel yanılmasına başvurabilirken, işsahibi aynı korumadan yoksun kalır. Sonuç olarak vaat edilen veya sözleşme ile kararlaştırılan nitelikler, işsahibi için sözleşmenin temeli teşkil ediyorsa, işsahibi dilerse ayıp hükümlerine dilerse de temel yanılmasına başvurabilmelidir. Bu noktada temel yanılmasına başvurabilmek için TBK m.

¹¹⁹⁰ Eren, (2019a), s. 439, 440, Nr. 1204.

¹¹⁹¹ Aynı yönde bkz. Uçar, (2003), s. 85. Aksi yönde bkz. Yıldırım, M. F. (2002). *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel Yayıncılık. s. 84, 85.

32’de aranılan şartların gerçekleşmesi gerekli ve yeterli olup, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesine ve kısa zamanaşımı sürelerine uyulmasına gerek yoktur.

II-Aldatma ile İlişkisi

Aldatma, bir kişinin sözleşme yapmaya sevk edilmek amacıyla belli bir konuda yanlış bilgilendirilmesi ya da kişide zaten mevcut olan yanlış bilgi durumunun kasıtlı olarak devam ettirilmesidir¹¹⁹².

Kişiye doğrudan yanlış bilgi verilmesi halinde aktif aldatmadan, karşı tarafın içinde bulunduğu yanlış durumunun anlaşılmasına rağmen susarak gerekli açıklamanın yapılmaması halinde ise pasif aldatmadan söz edilir. Özellikle dürüstlük kuralı gereğince bazı hallerde tarafların birbirlerini aydınlatmaları gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğün ihlali sonucunda karşı tarafın sözleşme yapmayı kabul etmesi, pasif aldatmanın mevcut olduğu anlamına gelir¹¹⁹³.

Aldatma halinde karşı taraf saik yanılmasına maruz kalmaktadır. Aldatma dolayısıyla oluşan yanlış esaslı olmasa dahi bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşme iptal edilebilir (TBK m. 36/I) ve uğranılan zararların tazmini istenebilir. Hatta sözleşmeye onay verilmesi de tazminat istenmesine engel değildir (TBK m. 39/II). Ancak söz konusu hakların kullanılabilmesi için öncelikle aldatma kastının bulunması gerekir. Çünkü aldatma fiili ihmali bir davranışla gerçekleştirilemez. Ayrıca aldatma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında uygun illiyet bağının bulunması da şarttır. Eğer karşı taraf aldatma fiili olmasaydı dahi sözleşmeyi aynı koşullarla yapacaktı ise, uygun illiyet bağı mevcut olmadığından aldatmanın varlığından bahsedilemez¹¹⁹⁴.

Yüklenicinin eserdeki ayıbı kasten gizlemesi veya eserde bulunmayan nitelikleri aldatma ile mevcutmuş gibi göstermesi durumunda, ayıplı ifa ile aldatmanın koşulları birlikte gerçekleşmiş olur¹¹⁹⁵. Örneğin, iş sahibi mutfak dolabı sipariş verirken suya ve ısıya dayanıklı olmasına özellikle vurgu yapmasına rağmen, yüklenici maliyeti azaltmak için daha düşük kalitede bir malzeme kullanırsa ve teslim anında durumu iş sahibine açıklamazsa, böyle bir durum söz konusu olur. Bu halde iş sahibinin sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerine mi

¹¹⁹² Yıldırım, (2002), s. 8, Eren, (2019a), s. 446, Nr. 1219, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 599, Erdoğan, (2019), s. 97, 98.

¹¹⁹³ Eren, (2019a), s. 447, Nr. 1223 vd, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 602, Yıldırım, (2002), s. 98.

¹¹⁹⁴ Eren, (2019a), s. 448 vd., Nr. 1226 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 602, 603.

¹¹⁹⁵ Şahiniz, (2008),s. 200, Acun, (2018), s. 126.

başvurabileceği yoksa anılan hükümler arasında yarışma ilişkisinin mi söz konusu olacağı sorunu ortaya çıkar. Sorunun çözümüyle ilgili doktrinde görüş birliğine varılamamıştır.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre, işsahibi hem ayıba karşı tekeffüle hem de aldatma hükümlerine başvurabilir. Kümülatif nitelikteki bu görüş, aynı zararın iki kez tazminine yol açtığından kabul edilemez. Aksi halde tazminat zenginleşme aracı olarak kullanılmış olur. Gerçekten işsahibi TBK m. 477'ye başvurduğunda sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini isteyebilecektir. Bunun yanında işsahibine TBK m. 36'ya dayanma imkânı verildiğinde, sözleşmeyi iptal edip bir kez daha tazminat talep edebilecektir¹¹⁹⁶.

Başka bir görüşe göre, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler özel hüküm niteliği taşıdığı için işsahibinin aldatma ile ilgili TBK m. 36 hükmüne başvurabilmesi mümkün değildir. Zira özel hüküm, genel hükmün uygulanmasını engeller¹¹⁹⁷.

Nihayet hakim görüşe göre ise, söz konusu hükümler arasında bağımsız yarışma ilişkisi mevcuttur. Zira TBK m. 36'da yer alan "tarafardan birinin aldatması" sözü ile TBK m. 477'deki "yüklenici tarafından kasten gizlenen" sözü, hükümler arasında yarışma ilişkisinin varlığı için aranan kural çokluğu şartının gerçekleştiğini açıkça ortaya koymaktadır¹¹⁹⁸. Böylece işsahibi ayıba karşı tekeffüle ilişkin sıkı şartları yerine getirmek (muayene ve ihbar külfeti ile kısa zamanaşımı sürelerine uymak) zorunda olmadan TBK m. 36'ya göre sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak bunun için işsahibinin aldatma fiilinin varlığını ve kendisini sözleşme yapmaya sevk eden sebebin aldatma fiili olduğunu (uygun illiyet bağının bulunduğunu) ispatlaması gerekir.

Kanaatimizce hakim görüşe üstünlük tanınmalıdır. Çünkü özel hüküm, ancak kanun koyucunun genel hükmün uygulanma amacını daraltmak istediğinde söz konusu olur. Hâlbuki kanun koyucu ayıba karşı tekeffül hükümlerini aldatma hükmünün uygulama alanını daraltmak için öngörmediğinden yarışma ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Nitekim taraflar arasında menfaat dengesinin sağlanması ile tüketicinin korunması amaçları da varılan bu sonucu haklı kılmaktadır. Bu noktada ayıba karşı tekeffülle ilgili getirilen muayene ve ihbar külfeti ile kısa zamanaşımı süreleri, ayıba karşı tekeffülle işsahibi lehine yaratılan avantajın karşılığını oluşturmaktadır. Yoksa kanun koyucu, bu sınırlamalarla hiçbir şekilde aldatma hükümlerine

¹¹⁹⁶ Yıldırım, M. F. (2006). "Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, 965 vd. s. 975, 976.

¹¹⁹⁷ Yıldırım, (2006), s. 973.

¹¹⁹⁸ Acun, (2018), s. 126, Kalkan, (2018),s. 265.

başvurulmasını engellemeyi arzulamamıştır¹¹⁹⁹. Ayrıca dışlama ilişkisinin varlığı kabul edilirse, özellikle ayıbın önemli olmadığı hallerde işsahibi aslında istemese de sözleşme ile bağlı kalmak zorunda kalacaktır. Zira dışlama ilişkisinin kabulü aldatma hükümlerinin uygulanmaması anlamına geldiğinden, işsahibinin önemli olmayan ayıplarda dönme dışındaki seçimlik haklara başvurmaktan başka çaresi kalmayacaktır. Çünkü TBK m. 477’de dönme hakkının kullanımı önemli ayıplarla sınırlandırılmıştır. Hâlbuki yarışma ilişkisi kabul edilirse, işsahibi önemli olmayan ayıplarda da TBK m. 36’ya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir¹²⁰⁰.

Bununla birlikte hakim görüşe göre ayıp hükümleri ile aldatma arasındaki yarışma ilişkisi sadece teorik bir anlam ifade etmektedir, yoksa pratik açıdan herhangi bir değeri yoktur. Zira yüklenicinin ayıbı kasten gizlediği hallerde, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile ilgili getirilen kısıtlamalar uygulama alanı bulmamaktadır. Gerçekten aldatmanın söz konusu olduğu hallerde, yüklenici hukuken korunmayı hak etmediği için işsahibine muayene ve ihbar külfeti yüklenmemekte, aynı şekilde ayıptan doğan haklar TBK m. 478’deki kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmamakta ve ayıp sorumluluğunu sınırlandıran kayıtlar hukuken kesin hükümsüz sayılmaktadır¹²⁰¹.

Bununla birlikte Yavuz’un da haklı olarak belirttiği gibi¹²⁰², yarışma ilişkisinin kabul edilmesi bazı hallerde pratik sonuçlar doğurabilir. Özellikle aldatma halinde iptal hakkının kullanılması ile ilgili kanunda bir yıllık hak düşürücü süre dışında herhangi bir üst sınır öngörülmediği¹²⁰³ için işsahibi TBK m. 146’daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile sözleşmeyi iptal edebilir. Buna karşılık işsahibi TBK m. 478’deki zamanaşımı süreleri dolduğunda ayıba karşı tekeffüle başvurma hakkını kaybeder. Ayrıca aldatma hükümlerine

¹¹⁹⁹ Yıldırım, (2006), s. 980.

¹²⁰⁰ Aynı yönde bkz. Acun, (2018), s. 128.

¹²⁰¹ Şahin, (2008), s. 200, 201, Yıldırım, (1992), s. 90.

¹²⁰² Yavuz, (1989), s. 225.

¹²⁰³ Buna karşılık 6098 sayılı TBK taslağının ilk halinde, aldatma hükümlerine başvurulabilmek için bir yıllık subjektif süre dışında on yıllık objektif bir süre de öngörülmüştü. Böylece sözleşmenin kurulmasının üzerinden on yıl geçtikten sonra aldatma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi mümkün olmayacaktı. Ancak daha sonra doktrinde ileri sürülen eleştiriler üzerine, irade bozukluğu hallerinde iptal hakkının kullanılabilmesi için on yıllık süre şartından vazgeçilmiştir. Yıldırım, (2006), s. 974, 975. Her ne kadar 6098 sayılı TBK’da irade bozukluğu halleri için on yıllık bir üst sınır öngörülme de, doktrinde bazı yazarlar sözleşmenin üzerinden yirmi yıl, otuz yıl gibi çok uzun süreler geçtikten sonra irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin iptalinin istenemeyeceğini, aksi halde hukuki güvenliğin sarsılacağını ileri sürmektedirler, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1985), s. 613 vd. Bu noktada Eren’in haklı olarak belirttiği üzere, kanunda irade bozukluğu halleri için açıkça bir üst sınır getirilmediğinden, iptal hakkının herhangi bir süreyle sınırlandırılması söz konusu değildir. Fakat bütün haklar gibi iptal hakkının da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir. O halde sözleşmenin kurulmasının üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra iptal hakkının kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmazsa, iradesi bozulan kişinin sözleşmeyi iptal edemeyeceği kabul edilmelidir. Eren, (2019a), s. 463, Nr. 1268.

başvurma, ayıba karşı tekeffül kapsamında tazminat isteme hakkını seçimlik bir hak olarak kabul etmeyen görüş bakımından işsahibine ayıba karşı tekeffül hükümleriyle düzenlenmemiş bir hak bahsetmektedir: Aldatma hükümlerine başvuran işsahibi, sözleşme ilişkisini ayakta tutup aldatma nedeniyle uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilir (TBK m. 39/II).

§ 21. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE TAZMİNAT TALEBİ İLE İLGİLİ UYGULANACAK HÜKÜMLER

Tüketici işlemi, “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade eder (TKHK m. 3/1).

Görüldüğü üzere, tüketici işlemlerinin kapsamı satış sözleşmesi ile sınırlandırılmamış, eser sözleşmeleri de bunların arasında sayılmıştır. Ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden yüklenici eseri ayıplı olarak ifa ettiğinde, tüketici TKHK m. 8 vd. hükümleri kapsamında yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilir. Bu halde TBK m. 474 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, doktrinde bu hükümlerin kural olarak tüketici işlemlerine uygulanamayacağı savunulmaktadır¹²⁰⁴. Zira özel kanun genel kanunun uygulanmasını engeller. Bununla birlikte özel kanun niteliğindeki TKHK’da konuyla ilgili bir düzenleme bulunmadığında, genel kanun niteliğindeki TBK hükümleri tamamlayıcı nitelikte uygulama alanı bulur (TKHK m. 83/I).

Ayıplı ifadan sorumluluk için aranan şartlar gerçekleştiğinde, tüketici sözleşmeden dönebileceği gibi ayıp oranında bedelin indirilmesini de isteyebilir. Bunun dışında aşırı masrafi gerektirmediği sürece ücretsiz onarım ile imkân varsa ayıpsız misliyle değiştirme haklarını kullanabilir. Nihayet *bu seçimlik haklardan biri ile birlikte* 6098 sayılı TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir (TKHK m. 11). Kanundaki bu son ifadeden hareketle, sanki seçimlik haklara başvurulmadan tazminat hakkının kullanılamayacağı gibi bir hukuki sonuç ortaya

¹²⁰⁴ Önder Dingil, G. G. (2017). *6502 sayılı TKHK kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. s. 86, 87.

çıkılmaktadır. Hâlbuki tazminat hakkının tek başına kullanılmasına engel bir durum yoktur¹²⁰⁵. Tazminat hakkı, hukuken seçimlik değil, aksine kümülatif nitelikte bir haktır¹²⁰⁶.

TKHK m. 11’de malın ya da hizmetin ayıplı olması halinde tüketicinin sahip olduğu haklar düzenlenirken, maddenin devamında satıcının tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Böylece seçimlik hakların sanki sadece satış sözleşmesinde kullanılabileceği gibi bir izlenim uyandırılmıştır. Nitekim doktrinde de tazminatın kapsamı açıklanırken TBK m. 229 vd. daki satışa ilişkin hükümlere atıf yapıldığı¹²⁰⁷ ve bu hükümlerde tazminatın kapsamı tartışmalı iken, TKHK’da da bu hükümlere göndermede bulunulmasının isabetli olmadığı savunulmaktadır¹²⁰⁸. Ancak satış sözleşmesi esas alınmasına rağmen satış dışında eser, vekâlet gibi sözleşmeler de tüketici sözleşmelerinin kapsamına dâhil edildiğinden (m. 3/1), tüketici işleminin söz konusu olması için aranan şartlar gerçekleştiği takdirde¹²⁰⁹, tüketici, teslim edilen eserin ayıplı olması halinde de yükleniciye karşı TKHK m. 11’e başvurabilir. Nitekim doktrinde de 6502 sayılı TKHK ile eser sözleşmesinin ayıplı hizmet¹²¹⁰ kapsamına alındığı ve eserin ayıplı olması halinde tüketicinin ücretsiz onarım hakkını kullanabileceği vurgulanmıştır¹²¹¹. Tüketici onarıma rağmen karşılanamayan zararları

¹²⁰⁵ Havutçu, A. (2016). “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini“, C. 2, *Uluslararası Kongre*. s. 11, Kalkan, (2018),s. 199.

¹²⁰⁶ Erdoğan, (1997), s. 65. Tazminat hakkının seçimlik nitelikte olduğu yönünde bkz. Yavuz, (2000), s. 1312.

¹²⁰⁷ Havutçu, (2016), s. 6, Kalkan, (2018),s. 254.

¹²⁰⁸ Şenocak, Z. (2014). “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9 (99). 30-37. s. 37.

¹²⁰⁹ Tüketici işleminin söz konusu olabilmesi için öncelikle bu işlemin tüketici ile girişimci arasında yapılması gerekir. Zira her iki tarafın da tüketici olduğu ya da her iki tarafın da tacir olduğu hallerde tüketici işleminden bahsedilmez. Bu noktada hukuki işlem yapılırken güdülen amaç önemlidir. Gerçekten tüketiciden bahsedebilmek için ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket edilmesi gerekirken, girişimci için durum tam tersidir. Yani sadece ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye mal veya hizmet sunan ya da onların adına veya hesabına hareket eden kişiler girişimci sayılır. Buna karşılık nitelendirmede bulunurken hukuki işlemin türü önemli olmadığından, tipik ya da atipik sözleşmelerin tüketici işlemi olması mümkündür. Bununla birlikte sadece karşılıklı borç doğuran sözleşmeler tüketici işlemi olabilir. Nihayet hukuki işlemin konusunun TKHK m. 3/d, h bentlerindeki mal ve hizmetlerden birine dâhil olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan, (2018),s. 72 vd. Sonuç olarak tüketici işlemi, girişimci ile tüketici arasında akdedilen, tüketicilerin nihai ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla girişimcilerin işletme faaliyetleri kapsamında belli bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da belli bir hizmeti görmeyi taahhüt ettiği, buna karşılık tüketicilerin ise ücret ödemeyi üstlendiği işlemlerdir. Ozanoğlu, (2001), s. 65, Aslan, (2018), s. 8.

¹²¹⁰ TKHK’da geçen “ayıplı hizmet” kavramı ile hizmet sözleşmesinden doğan borcun ayıplı ifası değil, aksine tüketiciye herhangi bir mal verilmediği, ancak işin görüldüğü esnada kötü ifade bulunduğu durumlar kastedilmektedir. Baş Süzel, E. (2018).“Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa“, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 24 (2), 966-998. s. 969. Yani bu kavramla ayıplı ifa söz konusu olmasına rağmen ayıplı malın kapsamına girmeyen haller anlatılmak istenmektedir. Bununla birlikte “ayıplı hizmet” ile kastedilenin, bir mal ile ilgili yerine getirilen hizmetler olduğu, bunun da doğrudan ve dolaylı olarak yerine getirilen hizmetler olmak üzere iki başlık altında incelenebileceği de savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryaki, (2007),s. 60 vd.

¹²¹¹ Yıldırım, A. (2013). “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17 (1-2), s. 1039.

için TKHK m. 11'e ya da m. 15'e başvurabilir. Bununla birlikte doktrinde eserin ayıplı olması halinde malın mülkiyetinin devri ön plana çıktığında ayıplı mal teslimine ilişkin hükümlerin, buna karşılık halının temizlenmesi veya klima montajı örneklerinde görüldüğü gibi mülkiyetin devrinin üstlenilmediği hallerde ayıplı hizmetle ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır¹²¹². Burada hangi görüş kabul edilirse edilsin, eserin ayıplı olması halinde yüklenicinin TKHK m. 11'e veya 15'e göre tazminat sorumluluğu doğacaktır.

TKHK m. 11 ile m. 15'teki tazminat talebi, sözleşme konusunun ayıplı olmasından doğan ve dönme, onarım, değiştirme ya da indirim haklarının kullanılmasına rağmen karşılanamayan zararın tazminine yöneliktir¹²¹³. Yani anılan hükümler kapsamında tazmin edilecek zarar, hukuken ayıplı takip eden zarardır. Dolayısıyla sözleşme konusu eserdeki ayıbın giderilmesi için yapılan masraflar tazminat talebinin kapsamına dâhil değildir. Zira söz konusu masraflar zaten onarım hakkı kapsamında giderilir. Aynı şekilde nakliye, posta, iletişim masrafları gibi tüketicinin seçimlik hakkını kullanırken yaptığı masraflar da tazminat kapsamına girmez¹²¹⁴. Esasen bu masraflar hukuken maddi zarardır. Ancak kanun koyucu seçimlik hakkın kullanımı sırasında yapılan masrafları tazminat talebi içinde değerlendirmeyerek, tüketicinin seçimlik hakkını kullanırken masrafların ne kadar olacağını düşünerek hareket etmesini arzulamamıştır. Bunun dışında yüklenicinin eserin ayıplı olmasında kusurlu olmadığını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Zira tazminat sorumluluğu için yüklenicinin kusuru gerekirken, seçimlik haklardan doğan sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak öngörülmüştür¹²¹⁵. O halde yüklenici kusursuz

¹²¹² Baş Süzel, (2018), s. 975.

¹²¹³ Şenocak, (2014), s. 37.

¹²¹⁴ Önder Dingil, (2017), s. 83, TKHK m. 11'in gerekçesi. Buna karşılık satış sözleşmesi bakımından tüketicinin tazminat talebinin onarım masraflarını, kaçırılan kullanım maliyeti ile ayıp zararlarını kapsadığı, tüketicinin garanti vermesi durumunda ise ayıplı takip eden zararların da tazminatın konusunu oluşturacağı yönünde bkz. Aydos, (2010), s. 321.

¹²¹⁵ Havutçu, (2016), s. 7. Bununla birlikte doktrinde 4077 sayılı TKHK'nın 4/A bendinde yer alan "*Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz*" yönündeki hükümden hareketle, tüketicinin tazminat talebinin kusura dayanmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Tiryaki, (2007),s. 116. Kanaatimizce, bu hükümle sağlayıcının ayıptan doğan sorumluluğunun kanuni bir sorumluluk olduğu anlatılmak istenmiştir, yoksa tazminat sorumluluğu ile ilgili istisnai bir düzenleme getirilmemiştir. Kaldı ki, 6502 sayılı TKHK'da bu yönde bir hüküm öngörülmemiştir. Ancak bunun öngörülmemiş olmaması, sağlayıcı konumundaki yüklenicinin ayıp sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira TBK kapsamında da tazminat dışındaki seçimlik hakların kullanımı için yüklenicinin kusuru aranmamıştır. Buna karşılık tazminat hakkı ile ilgili genel hükümlere (TBK m. 112'ye) atıf yapıldığından, yüklenici, gerek tüketici işlemlerinde gerekse diğer hukuki işlemlerde kusuru yoksa tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Zira kusursuz sorumluluk, istisnai nitelik taşıdığından kanunda özel olarak düzenlenmesi gerekir. Hâlbuki bu konuda ne TBK'da ne de 6502 sayılı TKHK'da açık bir düzenleme mevcuttur.

olduğunu ispatlayamadığı takdirde, tüketicinin uğradığı ayıbı takip eden zararları tazmin etmek durumunda kalır. Zararın varlığını ispat etme külfeti ise tüketicinin omuzlarındadır.

Sorumsuzluk anlaşması ile yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırılamaz. Aksine düzenlemeler kesin hükümsüzdür. Çünkü TKHK'daki hükümler nisbi emredici nitelik taşıdığından, kanundaki hükümlerin tüketici aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir, değişiklik sadece tüketici lehine yapılabilir¹²¹⁶.

Tüketicinin talep ettiği eser ayıplı çıktığında, ayıbı takip eden zararlar hakkında TKHK m. 11 ya da m. 15 hükmünün uygulanması, kanaatimizce sonuca etkili değildir. Zira burada 6098 sayılı TBK hükümlerine atıf yapıldığından, tüketicinin tazminat talebi ile ilgili TKHK'da özel bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir¹²¹⁷. Dolayısıyla ayıbı takip eden zararın tazmini konusunda söz konusu işlemin tüketici işlemi olması önem arz etmemektedir. Sözleşmenin tarafı ister tüketici isterse tacir olsun, her iki halde de, taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesi ise, ayıbı takip eden zararın tazmini ile ilgili TBK m. 475 hükmü uygulama alanı bulur. Hatta tüketici işlemlerine TBK m. 475 hükmünü uygulayabilmek için TKHK m. 83'e başvurmaya gerek yoktur. Bu noktada TBK m. 475'te yüklenicinin tazminat sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere atıf yapıldığından, tüketicinin tazminat talebi ile ilgili TBK m. 112 hükmüne de başvurulabilir. Zira ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmemenin türlerinden biridir.

Diğer taraftan doktrinde TKHK m. 11 ve 15'te düzenlenen, seçimlik haklarla birlikte ya da ayrı olarak talep edilebilecek tazminatın, maddi zararların yanı sıra manevi zararları da kapsadığı savunulmaktadır. Nitekim Yargıtay da 2010 yılında verdiği bir kararda, tüketicinin mal veya hizmetin ayıplı olmasından dolayı moral bozukluğu yaşadığında manevi tazminat isteyebileceğine hükmetmiştir¹²¹⁸. Kanaatimizce, TKHK m. 11 ve m. 15 sadece ayıbı takip eden

¹²¹⁶ Baş Süzel, (2018), s. 985.

¹²¹⁷ Kalkan, (2018),s. 254. Nitekim Y. 15. HD'nin 02.05.2017 T., 2016/2080 E., 2017/1864 K. sayılı kararına göre "...28.11.2013 tarihli resmi gazetede yayımlanıp 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3.maddesi (k) bendinde ifade edilen ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişi tüketicilerin taraf olduğu eser sözleşmeleri aynı maddenin (1) bendinde tüketici işlemi olarak sayılmış ve kabul edilmiştir. Aynı Kanun'un 73/1 maddesine göre tüketicinin taraf olduğu eser sözleşmesi niteliğindeki tüketici işlemlerinden doğan davalarda da tüketici mahkemeleri görevlidir. 6502 Sayılı T.K.H.K'nın 83. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da tüketicinin taraf olduğu eser sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Üçüncü kısımda yer alan ayıplı mal ve hizmetlerle ilgili düzenlemeler satım ve hizmet sözleşmelerindeki ayıplarla ilgilidir. Eser sözleşmesi ve eserdeki ayıplarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmadığından 6502 Sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin eser sözleşmesinden doğan ihtilaflarda uygulanması mümkün değildir. Hal böyle olunca 6502 Sayılı Kanun'un 83. maddesi hükmü karşısında eser sözleşmesi ile ilgili tüketici işlemleri ve uyumsuzluklarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde yer alan eser sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerekecektir..." www.kazancihukuk.com

¹²¹⁸ Önder Dingil, (2017), s. 83.

zararı kapsadığından, tüketicinin uğradığı manevi zararın tazmini konusunda söz konusu hükümlerin değil, doğrudan TBK m. 56 ile TMK m. 25 hükmünün uygulanması gerekir. Böylece tüketici ayıp sorumluluğuna ilişkin şekli şartları (muayene ve ihbar külfetlerini) yerine getirmek zorunda olmadan manevi zararının tazminini talep edebilir. Varılan bu sonuç, hukuken zayıf durumda olan tüketicinin korunması gerektiği yönündeki genel hukuk ilkesine de uygun düşmektedir. Gerçi 6502 sayılı TKHK ile birlikte tüketicinin ayıpları 30 gün içinde ihbar etme külfeti kaldırılmış, muayene külfetinden ise hiç bahsedilmemiştir¹²¹⁹. Dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğu için ayıba karşı tekeffüle ilişkin maddi koşulların gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterli görülmüştür¹²²⁰. O halde manevi tazminatın ayıbı takip eden zarar kapsamında değerlendirilmemesi, asıl etkisini, ayıptan doğan sorumluluğu kaldıran sebeplerle TKHK'daki 2, 3 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerinin manevi tazminat bakımından uygulanmamasında kendisini gösterir. Bu halde hukuken sağlayıcı konumundaki yüklenici ayıba ağır kusuruyla neden olmuşsa, manevi tazminat talebi hakkında 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerliken (TBK m. 146), zararın gerçekleşmesinde hafif kusurluysa bu süre 5 yıl olacaktır (TBK m. 147/6). Ancak her iki durumda da zamanaşımı süresi TKHK'ya göre daha uzun olduğundan, sonuç tüketicinin lehinedir.

TKHK'da ayıplı ifanın kapsamı TBK'ya göre daha geniş öngörülmüştür. İfa zamanına uyulmamasının (temerrüdün) yanında (aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, montaj talimatındaki eksiklik gibi) yan yükümlülüklerle aykırılık da ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmiştir¹²²¹. Bu halde lüzumlu olan ya da kararlaştırılan vasıflardaki eksiklik dışında diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde istenecek tazminatın ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Burada genel hükümlere yapılan atıftan dolayı temerrüt hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelir.

Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre, TKHK ile imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulan ifa engelleri hukukuna aykırı davranılmıştır¹²²². Dolayısıyla temerrüdün ayıplı ifanın kapsamına dâhil edilmesi isabetli

¹²¹⁹ Yıldırım, (2013), s. 1038, 1039.

¹²²⁰ Kalkan, (2018),s. 194. Burada TKHK m. 83/I'den hareketle, tüketicinin muayene ve ihbar külfetinin bulunduğu akla gelebilir. Ancak TKHK'da yapılan değişikliğin amacı dikkate alındığında, tüketiciyi muayene ve ihbar külfeti altına sokmak uygun olmaz. Aynı yönde Cumalıoğlu, E. (2014). "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları". *Terazi Hukuk Dergisi*. 9 (99), 20-29. s. 27, 28.

¹²²¹ Havutçu, (2016), s. 3.

¹²²² Cumalıoğlu, (2014), s. 22, 23.

olmamıştır. Bununla birlikte kanundaki açık hükümden dolayı temerrüt halinde ayba ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü oranda uygulama alanı bulur¹²²³.

Buna karşılık diğer görüşe göre¹²²⁴, geç ifa temerrütü aynı anlama gelmemektedir. Zira temerrüt için ifada gecikmenin dışında kural olarak alacaklının ihtarı da gerekir. Dolayısıyla TKHK kapsamında temerrüt ayıplı ifa halleri arasında yer almaz. Temerrüt halinde TBK m. 117 vd. hükümleri uygulanmaya devam eder.

Kanaatimizce uygulamada vade çoğunlukla belirli olduğu için ifası mümkün olan borcu yerine getirmekte gecikmek, temerrüde düşmek için yeterli olmaktadır. İhtara ihtiyaç duyulan hallerle fazla karşılaşılmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu geç ifa ile aslında temerrüdünü ayıplı ifanın kapsamına dâhil etmek istemiştir. Böylece tüketicinin menfaatlerinin daha iyi korunacağını düşünmüştür. Hâlbuki temerrüdün ayıplı ifanın kapsamına alınması aslında tüketicinin aleyhine olmuştur. Özellikle temerrüt halinde zamanaşımı süresinin 10 yıl, TKHK'daki ayıptan doğan hakların tabii olduğu zamanaşımı sürelerinin ise 2, 3 ve 5 yıl olduğu dikkate alındığında, bu sonuca ulaşmak mümkündür. Aynı şekilde tüketicinin seçimlik hakları düzenlenirken ayıplı ifa esas alındığından, işin niteliği gereği dönme dışındaki seçimlik haklara temerrüt halinde başvurulması mümkün değildir. Zira örneğin onarım hakkının kullanımı için öncelikle ayıplı da olsa eserin teslim edilmesi gerekir. Hâlbuki temerrüt halinde eser ifa zamanı gelmesine rağmen teslim edilmediğinden, onarılacak bir eserden bahsetmek zordur. Yine temerrüt söz konusu olduğunda işin yeniden görülmesi yoluna da başvurulamaz. Çünkü henüz görülmüş bir iş bulunmadığından bunun yeniden görülmesinden bahsedilemez. Bu noktada doktrinde haklı olarak söz konusu hükmün uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır¹²²⁵. Kanaatimizce, burada örtülü boşluğun¹²²⁶ varlığı kabul edilmelidir. Zira hükmün birebir uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Kanun koyucu, tüketiciyi daha fazla korumak isterken farkında olmadan tüketicinin aleyhine sonuç doğuracak bir düzenleme

¹²²³ Şenocak, (2014), s. 31.

¹²²⁴ Aslan, (2018), s. 106.

¹²²⁵ Baş Süzel, (2018), s. 979, 980.

¹²²⁶ Örtülü boşluk halinde, somut olaya ilişkin kanunda hüküm bulunmasına rağmen söz konusu hükmün uygulanması ya hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmakta ya da hükmün sözü ile özü birbirine uygun düşmemektedir. Nihayet mevcut hüküm aynı değerde başka bir hükümle çatıştığında da örtülü boşluk söz konusu olur. Oğuzman, Barlas, (2015), s. 103, 104. Örtülü boşluk, genellikle kanun koyucunun somut olayı değerlendirirken göz önüne alması gereken hususları almamasından doğar. Kanunun lafzı oldukça kapsamlı olduğundan, tüm daraltıcı yorum yöntemlerine karşın ortaya çıkan sonuç adalet duygusunu zedeler. Örtülü boşlukların amaca uygun sınırlandırma yoluyla doldurulması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, Ç. (2001). "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (1). 91-119. s. 96-98.

yapmıştır. Uygulamada yeknesaklığı sağlamak için hükmün temerrüdü kapsam dışında bırakacak şekilde yeniden kaleme alınmasında fayda vardır. Böylece tüketicinin hakları bakımından geriye gidişin de önüne geçilmiş olur.

TKHK m. 12 ve 16'da tüketicinin ayıplı ifadan doğan talepleri 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Ancak yüklenici eserin ayıplı olmasında ağır kusurlu ise bundan yararlanamaz. Bu halde 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır¹²²⁷. Kanunda seçimlik haklar dışında ayıplı takip eden zararın tazmini talebinin de 2 yıl gibi kısa bir süreye bağlanması, tüketicinin durumunu olumsuz etkilemektedir¹²²⁸. Onun yerine yapılacak bir kanun değişikliği ile en azından tazminat hakkının 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutulmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

¹²²⁷ Kalkan, (2018),s. 261.

¹²²⁸ Erdoğan, (1997), s. 66.

SONUÇ

Sözleşme ile kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklerin eserde mevcut olmaması halinde, eserin ayıplı olduğundan söz edilir. Bu halde işsahibi TBK m. 475'te aranan şartların gerçekleşmesi üzerine, yüklenicinin hukuki sorumluluğuna başvurabilir. Ancak bunun için eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, eserdeki ayıbın işsahibine isnat edilememesi, ayıbın açıkça veya zımnen kabul edilmemiş olması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi ve kanunda öngörülen zamanaşımı sürelerine uyulması gerekir. Söz konusu şartlar gerçekleştiğinde, işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği gibi, ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını veya masrafı yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteyebilir. İşsahibi, seçimlik nitelikteki bu hakların yanı sıra ayıbı takip eden zararının tazminini de talep edebilir.

Hukuken kümülatif nitelik taşıyan ayıbı takip eden zararın tazmini talebi, seçimlik nitelikteki haklarla birlikte ileri sürülebileceği gibi, onlardan ayrı da ileri sürülebilir. Ancak bu halde tazminat talebi, seçimlik hakların yerine kullanılmış olmamaktadır. Diğer bir deyişle, Alman hukukundan farklı olarak, Türk/İsviçre hukukunda işsahibine seçimlik nitelikte tazminat isteme hakkı tanınmamıştır.

Ayıbı takip eden zarar ile eserin ayıplı olması sonucunda meydana gelen, seçimlik haklar kullanılmasına rağmen karşılanamayan, eserdeki değer azalması dışında oluşan her türlü zarar kastedilmektedir. Bu anlamda bizzat ayıplı eserde oluşan değer kaybı hukuken ayıbı takip eden zarar değildir, aksine ayıp zararıdır. Ayıp zararı ise, dönme, indirim ya da onarım hakları kapsamında karşılandığı için TBK m. 475'teki tazminatın konusunu oluşturmaz. TBK m. 475'e göre istenebilecek tazminat, sadece ayıbı takip eden zarara yöneliktir. Ayıbı takip eden zarar, ayıbın sonraki sonucu olarak ayıplı eser dışında ortaya çıkar ve işsahibinin ayıpsız ifaya ilişkin doğrudan menfaatinin ötesine geçer. Diğer bir deyişle, ayıbı takip eden zarar ile işsahibinin edim menfaati değil, koruma (bütünlük) menfaati ihlal edilmektedir. Örneğin, eserin onarımı boyunca işsahibinin yoksun kaldığı kar, yeni yapılan konuttaki ayıp giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için işsahibinin yaptığı bilirkişi masrafları, duman tahliye borusundaki ayıptan dolayı işsahibinin binasının yanması, işsahibinin üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, ayıptan dolayı eserde meydana gelen ticari değer kaybı ya da dönme zararları hukuken ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilir. Görüldüğü üzere, ayıbı takip eden zarar ile aslında haksız fiil sorumluluğunun kapsamına giren mutlak hukuki değerler ihlal edilmektedir. Sözleşme sorumluluğu, ifa menfaatinin

karşılanmasını amaçladığından esasen ayıby takip eden zarar sözleşme sorumluluğunun kapsamına girmemektedir. Ancak doktrinde edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşünün kabul edilmesiyle birlikte, ifa menfaati dışında koruma menfaatinin de sözleşme sorumluluğunun kapsamına girdiğı kabul edilmeye başlanmış ve koruma menfaatinin ihlalinden doğan ayıby takip eden zararlar için sözleşme hükümlerine başvurulabilmesinin önü açılmıştır.

Ayıby takip eden zararın varlığı için zararın bizzat ayıby eserinde meydana gelmemesi yeterli değildir. Ayrıca zararın uygun sebebinin eser ayıby olması gerekir. Dolayısıyla gecikme zararları ya da yüklenicinin salt özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan eşlik eden zararlar hukuken ayıby takip eden zarar sayılmazlar. Bunlar hakkında TBK m. 112 hükmü uygulanır. Aynı şekilde zarar eser ayıbyndan kaynaklansa bile, manevi zararlar da ayıby takip eden zarar olarak kabul edilmemektedir. Zira ayıby takip eden zarar belirlenirken, iş sahibinin sadece maddi zararları dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla ayıby takip eden zarar fiili zarar şeklinde ortaya çıkabileceğı gibi, yoksun kalınan kar şeklinde de karşımıza çıkabilir.

Ayıby takip eden zarar, eserdeki ayıbyın doğrudan sonucunu oluşturabileceğı gibi, dolaylı sonucunu da oluşturabilir. Bu noktada ayıby takip eden zararın varlığı için gerçekleşen zararın eserdeki ayıbyın uygun sonucu olması gerekli ve yeterlidir. Yoksa zararın ayıbyın doğrudan ya da dolaylı sonucu olması önemli değildir. Örneğın, eserdeki ayıbyın etkisiyle iş sahibinin yaralanması doğrudan zarar iken, bu süre zarfında çalışamayan iş sahibinin uğradığı kazanç kaybı dolaylı zarardır. Bu zararların her ikisi de uygun illiyet bağı bulunduğundan ayıby takip eden zarar olarak nitelendirilirler ve doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımına başvurulmaksızın tazmin edilirler. Zira TBK m. 475'in lafzı dikkate alındığında, satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımının yapılmadığı, ayıby takip eden zararların tazmininin bir bütün olarak yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla satış sözleşmesi için geçerli olan satıcının doğrudan zararlardan illi, dolaylı zararlardan ise kusuru varsa sorumlu olacağı yönündeki hüküm (TBK m. 229 hükmü), eser sözleşmesi bakımından kıyasen dahi uygulanmamalıdır. Bunun kabulü, hem TBK m. 475'in lafzı ile çelişir hem de maddi olarak gerekçelendirilemez. Zira TBK m. 229 hükmü, istisnai nitelikte bir hüküm olduğundan, dar yorumlanması gerekir. Ayrıca satış sözleşmesi bakımından bu ayırımı kabul eden kanun koyucunun eser sözleşmesinde bu konuya değinmemesi, söz konusu ayırımı eser sözleşmesinde uygulamak istemediğı anlamına gelmektedir. Burada bilinçli bir susma söz konusudur. Çünkü satış sözleşmesinde doğrudan

zararlar için öngörülen kusursuz sorumluluğun isabetli olup olmadığı şüphelidir. Ayrıca şu ana kadar doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımının nasıl yapılacağı konusunda net bir ayırım kriteri de ortaya konamamıştır. Dolayısıyla satış sözleşmesi için bile oldukça karmaşık olan ve isabetli olup olmadığı tartışılan bu ayırımın eser sözleşmesi için kıyasen uygulanmasının hiçbir haklı yanı yoktur.

Diğer taraftan ayıby takip eden zararın tazmini için öncelikle TBK m. 475'te aranılan ayıby sorumluluğuna ilişkin genel şartların yerine getirilmesi gerekir. Bu şartlar, sadece seçimlik nitelikteki haklar için değil, ayıby takip eden zararın tazmini bakımından da geçerlidir. Nitekim Alman ve İsviçre hukuklarında da ayıby sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler ile özel zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı seçimlik haklarla sınırlandırılmamış, ayıby takip eden zararları da kapsamıştır. Bunun yanı sıra TBK m. 112'de hükme bağlanan sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğüne ilişkin (kusur, zarar, uygun illiyet bağı, tazminat miktarının tayiniyle ilgili TBK m. 51 ve m. 52 hükmü ile sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 ile ifa yardımcısının davranışlarından sorumluluğa dair m. 116 hükümlerine uyulması gibi) genel şartların da gerçekleşmesi gerekir. Böylece seçimlik haklar bakımından kabul edilen illi (kusursuz) sorumluluk esası, kural olarak ayıby takip eden zarar bakımından geçerli değildir.

Ayıby takip eden zararın hukuki niteliği, iş sahibinin başvurduğu seçimlik hakka bağılı olarak değişiklik göstermektedir. Bu noktada ayıby takip eden zararın tazmini talebi dönme hakkı ile birlikte ileri sürüldüğünde, söz konusu tazminat hukuken menfi zararı karşılar. Zira dönme ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili bir şekilde sona erdiğinden, işin niteliği gereği dönme ile müspet zararın birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık tazminat talebi indirim veya onarım hakları ile birlikte kullanıldığında, sözleşme şartlarında kısmen değişiklik olsa da sözleşme ilişkisi varlığını devam ettirdiğinden, ayıby takip eden zarar hukuken müspet zarar niteliği taşır.

Eser sözleşmesinde ayıby takip eden zararın kapsamı belirlenirken, seçimlik hakların kapsamına dahil olan değerlerin belirlenmesi hukuken önem arz eder. Çünkü dönme, indirim veya onarım haklarının kapsamına giren hukuki değerler ayıby takip eden zarara konu olmaz. Aksine ayıby takip eden zararın varlığı için zararın seçimlik haklarla karşılanamaması gerekir. Buna göre, örneğin, dönme hakkı kullanıldığında, gerekli ve faydalı masraflarla, ayıby eserin taşınmazdan kaldırılmasıyla bağlantılı masraflar, iş sahibi tarafından temin edilen malzemelerdeki değer kaybı ile eserin imaline katılan iş sahibinin yerine getirdiği iş görme edimi hukuken ayıby takip eden zarar olarak istenemez. Söz konusu kalemler dönme hakkı

kapsamında iade alacağıının konusunu oluşturur. Buna karşılık lüks masraflar, kaçırılan fırsatlarla, gerekli muayene masrafları, bilirkişi masrafları, üçüncü kişilere ödenen tazminatlar veya cezai şartlar hukuken ayıby takip eden zarar sayılır. Onarım hakkı bakımından ise, onarım masrafları, onarıma eşlik eden masraflar, enflasyon dolayısıyla yapılan fazla masraflar onarım hakkı kapsamında giderilecek kalemlerdir. Buna karşılık eser mükemmel bir şekilde onarılsa dahi eserde meydana gelen ticari değer kaybı, tahliye ve nakil ile yerleştirmeden doğan masraflar, onarım süresince yoksun kalınan kar hukuken ayıby takip eden zarar sayılır. Nihayet indirim hakkı kullanıldığında, değer azalması kapsamında telafi edilen değerler ayıby takip eden zarara konu olmaz. Buna karşılık üçüncü kişinin açtığı davadan doğan masraflar, dava dışı gerekli bilirkişi masrafları veya ticari değer kaybı hukuken ayıby takip eden zarar sayılır.

Ayıby takip eden zararın tazmini konusunda, işsahibi TBK m. 475 dışında şartları gerçekleşmişse TBK'nın genel hükümler bölümünde düzenlenen sorumluluk sebeplerine (borcun gereği gibi ifa edilmemesi, temerrüt, haksız fiil gibi) de başvurabilir. Bu halde TBK m. 475 ile söz konusu hükümler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin (kümülatif ilişki mi yoksa dışlama ya da yarışma ilişkisinin mi bulunduğu) belirlenmesi önem arz eder.

Ayıplı ifa hukuken kötü ifa sayıldığı için işsahibi dilerse TBK m. 475'e dilerse TBK m. 112 hükmüne başvurabilir. Kanaatimizce, söz konusu hükümler arasında bağımsız yarışma ilişkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla işsahibi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmese ya da TBK m. 478'te öngörülen zamanaşımı sürelerine uymasa dahi TBK m. 112 gereğince ayıby takip eden zararının tazminini isteyebilir. Zira TBK m. 474'te öngörülen külfetler, işsahibine sağlanan yararların (seçimlik hakların kusura bağılı olmaması gibi) karşılığını oluşturmaktadır. Bu hükümden yararlanmak istemeyen işsahibinin, bu yararların karşılığını oluşturan külfetlere katlanmak zorunda bırakılması hakkaniyete uygun düşmez.

Buna karşılık TBK m. 475 ile temerrüt hükümleri (TBK m. 117 vd.) arasında yarışma ilişkisi söz konusu olmaz. Zira temerrüt hükümleri eserin teslim edilmemesi halinde uygulanırken, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için ayıplı da olsa eserin teslim edilmesi gerekir.

Eserin ayıplı ifası aynı zamanda TBK m. 49 anlamında hukuka aykırı bir davranış niteliği taşımakta ise, işsahibi uğradığı ayıby takip eden zararlar için haksız fiil hükümlerine başvurabilir. Ancak bunun için zarar, kusur ve uygun illiyet bağı gibi tazminata ilişkin genel şartların gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca hukuka aykırılığın varlığı için aranan, yüklenicinin davranışının ihlal edilen hukuki değeri koruma amacıyla öngörülmüş temel ya da

özel bir koruma normunu ihlal etmesi gerekir. Aranan bütün şartlar gerçekleştiğinde, iş sahibinin kendisinin menfaatini daha iyi koruyan TBK m. 475'in yerine TBK m. 49 hükmüne başvurması mümkündür. Ancak aksi belirtilmediği takdirde, hâkim TBK m. 60'a göre karar vereceğinden, böyle bir durumda iş sahibinin tazminat talebi hakkında TBK m. 475 hükmü uygulanır.

TBK m. 49 ile TBK m. 475 arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülse de, kanaatimizce bağımsız seçimlik yarışma ilişkisinin bulunduğu yönündeki görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira ayıplı ifa ilgili katı kurallar, haksız fiilden doğan talepler hakkında uygulandığında, pratik açıdan haksız fiil hükümlerine başvurmak anlamsız hale gelir. Böyle bir durum, haksız fiil sorumluluğunun öngörülme amacı ile bağdaşmaz.





KAYNAKLAR

- Acun, H. (2018). *Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Adolph, P. (1957). *Die Haftung des Verkäufers, Vermieters und Werkunternehmers auf Schadenersatz für schuldhaft, mangelhafte Vertragserfüllung*. Kiel.
- Akıncı, Ş. (2017). “Kötü İfa-Eksik İfa-Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yıl Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk – İsviçre Medenî Hukuku*, 17-20 Şubat 2016.
- Akman, G. S. (1976). *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Alniak, M. İ. (1969). “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Kemalettin Birsen'e Armağan*. 35 (1-4).
- Altaş, H. (2002). *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aral, F., Ayrancı, H. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aral, F. (2011). *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arbek, Ö. (2005). *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arpacı, Ö. (2019). *Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Edimin İfasına Katılımı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aslan, B. (2018). *Tüketicinin Onarım Hakkı*, Ankara: Lykeion Yayınları.
- Ayan, E. (2016). “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (3), 3-36.
- Ayan, E. (2013). *Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aydemir, E. (2009). *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydoğdu, M., Kahveci, N. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydos, O. S. (2010). “Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. 1, 317-334.
- Aydos, O. S. (2009). *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Balmer, D. (2019). “Mangelrüge im Mietrecht, Zur Konkurrenz von Art 267/267a OR mit deliktischem Anspruch“, *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 515.
- Baş Süzel, E. (2018).“Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa“, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 24 (2), 966-998.
- Başalp, N. (2011). *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Becker, H. (1993). *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*. (Çev.: Dura, A. S.). Ankara: Yargıtay Yayınları.
- Bentele, R. (1994). *Die Konventionalstrafe nach Art 160-163 OR*. Freiburg: Shaker Verlag.

- Bieri, U. (1993). *Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke*, Beromünster: Shaker Verlag.
- Bilge, N. (1971). *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Bittner, R. (1987). *Schutz des französischen Käufers vor Mangelfolgeschaden*. Regensburg.
- Brandli, R. (2007). *Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA Norm 118*. Zürich: Dike Verlag.
- Bögli, R. (1996). *Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mangelhaftung beim Werkvertrag, Zeitpunkt und Voraussetzungen*, Bern: P. Haupt Verlag.
- Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Buz, V. (2017). “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung, Ein Missgriff des Gesetzgebers?“. *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 490. 490-504.
- Bühler, T. (1998). *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/2 d, Der Werkvertrag, Art 363-379 OR*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Bürgel, A. (1992). *Die Haftung des Verkäufers und Herstellers für Mangelfolgeschaden im Englischen Recht*, München.
- Canavcı, M. A. (2006). *Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Canbaz, A. T. (2008). *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Akdinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Canbolat, F. (2009). *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Cansel, E., Özel, Ç. (2014). “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 713-733.
- Choi, B. (2003). *Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und Folgeschaden ohne Mangel im Lichte typologischen Denkens*, München: C.H. Beck Verlag.
- Cumalıoğlu, E. (2014). “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9 (99), 20-29.
- Çağlayan, H. C. (2016). “Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Seçimlik Haklar”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 0 (7). 351-372.
- Dağdelen, A. H. (2017). “Avusturya İfa Aksaklıkları Hukukunun Temel Yapısı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 66 (4). 659-676.
- Demircioğlu, H. R. (2009). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Diederichsen, U. (1965). “Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschaden“, *Archiv für die civilistische Praxis*. Bd. 165. Heft 2. S. 150, 150-168.
- Dieter, M. (1977). *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*. Heidelberg: Müller Verlag.

- Doerig, R. (1985). *Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschaden" aus Kaufvertrag (Art. 208 OR)*, Zürich.
- Edis, S. (1963). *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Emiroğlu, H. (2011). Roma Hukukunda Alım Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2), 99-119.
- Erdem, M. (2009). "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 97-124.
- Erdoğan, İ. (1997). "Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (2), 53-66.
- Erdoğan, İ. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Erdoğan, B. (2006). *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları.
- Eren, F. (2019a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2019b). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (1996). "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", *Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 63-86.
- Eren, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi.
- Ergüne, M. S. (2008). *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Erlüle, F. (2008). "Yapımcının Sorumluluğu", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 303-338.
- Erten, A. (1977). *Sorumsuzluk Şartları*, Ankara: Olgaç Matbaası.
- Fels, A. (2000). *Die Sachmangelgewährleistung im Werkvertragsrecht des BGB*. Hamburg: Lit Verlag.
- Feyzioğlu, F. N. (1980). *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri*, C. 1, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi.
- Finger, P. (1973). "Die Haftung des Werkunternehmers für Mangelfolgeschaden", *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 3.
- Fuglinszky, A. (2007). *Mangelfolgeschaden im deutschen und ungarischen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.
- Furrer, R. (1973). *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht*. Zürich: Schulthess.
- Gadient, A. L. (1994). *Mangel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag*, Zürich.
- Gauch, P. (1977). *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Gauch, P. (2011). *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag.
- Gauch, P. (2001). "Sachgewährleistung und Willensmangel beim Kauf einer mangelhafter Sache-Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages BGE 127 III 83 ff.", *Recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. S. 184, 184-190.

- Gautschi, G. (1967). *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band. VI, 2. Abteilung. 3. Teilband, Der Werkvertrag. Art 368*. Bern: Stampfli Verlag.
- Grimm, D. (1968). "Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung", *Neue Juristische Wochenschrift*.
- Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C. 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, A. (2016). "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini", *C. 2, Uluslararası Kongre*.
- Hofer, S. (2001). "Der Schadensersatzanspruch des Kaufers bei Sachmängeln, Grundsätze, Wertungen und Konstruktionen", *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 201.
- Honsell, H. (2007). "Der Mangelfolgeschaden beim Kauf- der Papageienfall des Bundesgerichts", *Recht*.
- Honsell, H. (2010). *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Honsell, H. (2014). *OR Kommentar*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag.
- Jakobs, H. H. (1975). "Die Verjährung des Schadensersatzanspruches wegen mangelhafter Werkleistung". *Juristische Schulung*.
- Kalkan, A. (2018). *Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kalkan Oğuztürk, B. (2008). *Güven Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kapancı, B. (2013). "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", *Mustafa Dural'a Armağan*. 655-683.
- Karabağ Bulut, N. (2009). "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları". *Hüseyin Hatemi'ye Armağan*. C. 1, 825-889.
- Karaman Akçura, T. (2008). *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Karaman Akçura, T. (2009). "Üreticinin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. 295-308.
- Karataş, İ. (2004). *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kılıçoğlu, A. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kırca, Ç. (2004). *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırca, Ç. (2009). "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar Dolaylı Zarar Ayrımı". *Ali Naim İnan'a Armağan*. 433-458.
- Kırca, Ç. (2001). "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (1). 91-119.
- Kırca, Ç. (2007). *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Klauser, P. (1973). *Die Werkvertragliche Mangelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*, Zürich: Schulthess Verlag.

- Kramer, E. A. (2001). "Bundesgericht, 14.12.2000 BGE 127 III 83 ff., Berufung", *Aktuelle Juristische Praxis*. S. 1454. 1454-1456.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1968). *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi.
- Kolberg, K. (2002). *Der Veranstaltungsbesuchsvertrag*. Kassel: Kassel University Press.
- Koller, A. (2015). *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Zürich: Dike Verlag.
- Koller, A. (1994). *Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werkes, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag, Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts*, St. Gallen: Vereinigung für Baurecht V. BR.
- Koschaker, P., Ayiter, K. (1977). *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi.
- König, R. (2019). "Vom Mangelfolgeschaden: Grundzüge und Streitfrage". *Schweizerische Baurechtstagung: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht*, 79-106.
- Kuhn, M. W. (2003). "Wegbedingung der Haftung für Lieferverzug, Gewährleistung sowie Mangelfolgeschaden in Kaufverträgen, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts", *Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*. 441-450.
- Larenz, K. (1976). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 2, Allgemeiner und Besonderer Teil*, München: Beck Verlag.
- Linder, F. (2005). *Gewährleistung in England und Österreich*. Wien: Linde Verlag.
- Lorenz, S., Stringari, K. (2006). "Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im reformierten Deutschen und Griechischen Schuldrecht", *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, 237-279.
- Mankowski, P. (2006). "Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von "Mangelfolgeschaden" (Integritätsschaden)", *Juristische Schulung*. Heft 6.
- Oğuz, C. (1993). *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Oğuzman, M. K., Barlas, N. (2015). *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2018). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. II. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Ozanoğlu, H. S. (1999). "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3 (1-2).
- Ozanoğlu, H. S. (2001). "Tüketici Sözleşmesi Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50 (1). 55-90.
- Önder Dingil, G. G. (2017). *6502 sayılı TKHK kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Öz, M. T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte*, İstanbul: Kazancı Yayınevi.

- Öz, T. (2017). “Yeni Borçlar Kanununda Eser Sözleşmesine İlişkin Yenilikler”. *Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*. 17-20 Şubat 2016, C. II.
- Özcan, Z. (2018). “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Nuri Necipoğlu’na Armağan*, S. 11, 317-339.
- Özdemir, H. (2017). “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı Mal Tesliminden Dolayı Sorumluluğu”. *Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*. 17-20 Şubat 2016, C. II.
- Özdemir, H. (2013). *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Öztan, B. (1982). *İmalatçının Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Pally, D. (1996). *Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht-Begriff und Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*. Bamberg.
- Parlak Börü, Ş. (2017). “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228.
- Peters, F. (1978). “Mangelschaden und Mangelfolgeschaden”. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 14.
- Rado, T. (2011). *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Rado, T. (1945). “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 10 (3-4), 604-619.
- Rinke, C. (1969). *Die Haftung des Kraftfahrzeug-Herstellers für Mangelfolgeschaden fehlerhafter Kraftfahrzeuge*, Mainz.
- Rohlack, T. (1997). *Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmangelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag*. Baden: Nomos Verlag.
- Saaf, J. (2005). “Leistungsstörungen im Kauf-und Werkvertragsrecht-Länderbericht Österreich, Gewährleistungsrecht im Kauf-und Werkvertrag“. *31. Tagung der DACH in Budapest vom 23. bis 25. September 2004*. Zürich.
- Saran, B. (1992). *Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Maldaki Maddi Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Schlatter, H. (1934). *Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag*. Schaffhausen: Unionsdruckerei.
- Schubiger, A. (1957). *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff.-OR 97 ff*. Bern: Stämpfli.
- Schwenger, A. (1977). *Der Ersatz von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden bei lästigen Verträgen*. Bern: H. Lang.
- Seliçi, Ö. (1978). *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Selimoğlu, Y. E. (2016). *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınları.

- Stotz, F. (1989). *Die Leistungspflicht und die Mangelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag*, Bern: Lang.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Siegenthaler, T. (2016). *Prajudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, OR 368.
- Simons, R. (1927). *Die Mangelhaftung im Werkvertrage*. Würzburg: Bavaria.
- Sirmen, L. (2018). *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Somer, P. (2008). *Roma Hukukunda İstisna Akdi*. İstanbul: Der Yayınları.
- Soydan, C. (2016). *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Özyeğin Üniversitesi.
- Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur-und Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 169*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur-und Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 170*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Spiess, H. R., Huser, M. T. (2014). *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur-und Architektenverein. Stämpflis Handkommentar Art 171*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Stoppelhaar, R. (2019). “Der Schadenersatzanspruch des Kaufers im Rahmen der Wandelung“, *Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. S. 180. 180-196.
- Stotz, F. (1989). *Die Leistungspflicht und die Mangelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag*, Bern: Lang.
- Şahinöz, C. S. (2008). *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Şenocak, Z. (2002). *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Şenocak, Z. (2014). “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9 (99), 30-37.
- Tahiroğlu, B. (2013). *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları.
- Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekelioğlu, N. (2017). “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, 159-186.
- Tekinay, S.S, Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1985). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C.1, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tiryaki, B. (2007). *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Todt, G. (1970). *Die Schadensersatzansprüche des Kaufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmangeln*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

- Trachsel, H. (2000). *Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmangeln*, Bern: Verlag Paul Haupt.
- Trachsel, H. (2017). “Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht“. *Baurecht*. S. 333, 333-342.
- Tunçomağ, K. (1977). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul: Sermet Matbaası.
- Turanboy, A. (1991). “Yargıtay Kararlarına Göre Yüklenicinin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- Uçar, A. (2003). *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Umur, Z. (1999). *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Wagner, G. (2002). “Mangel- und Mangelfolgeschaden im neuen Schuldrecht?”. *Juristen Zeitung*. Nr. 10. 475-481.
- Walter, A. P. (1966). *Der Werkvertrag und die Mangelhaftung des Herstellers nach den Rechtsordnungen des Deutschen und des Französischen Sprachkreises*, Saarbrücken.
- Walter, T. (1990). *Das Verhältnis der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche im Kauf- Miet- und Werkvertragsrecht zu dem Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung*. Frankfurt: Lang.
- Waltermann, F. (2003). *Die Mangelhaftung im neuen Schuldrecht, Rechtsfolge, Tatbestand und Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgeschaden*, Frankfurt: Lang.
- Winter, J. (1979). *Die Distinktion von Mangel- und Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht*. Bayern.
- Yakuppur, S. (2009). *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılık*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Yavuz, C. (2016). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Yavuz, C. (1989). *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Yavuz, C. (2000). “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4)”. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*. 1293-1316.
- Yavuz, N. (2014). *Ayıplı İfa*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yıldırım, A. (2013). “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17 (1-2).
- Yıldırım, A. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Monopol Yayınları.
- Yıldırım, M. F. (2002). *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel Yayıncılık.
- Yıldırım, M. F. (2006). “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, 965 vd.

- Yıldırım, M. F. (1992). *Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin Yarışması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yıldırım, M. F., Başpınar, V. (2008). “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”. *Bilge Öztan’a Armağan*. 1093-1125.
- Yücer Aktürk, İ. (2012). *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri* Ankara: Yetkin Yayınları.
- Zevkliler, A., Gökyayla, E. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zilelioğlu, H. (1987). “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 39 (1-4). 241-264.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı: Elif AYAN

Uyruğu: Türkiye Cumhuriyeti

Doğum Tarihi ve Yeri: 18.09.1988/Nallıhan

Medeni Hali: Bekâr

GSM: 0506 681 66 65

e posta: elif.ayan@hbv.edu.tr

Eğitim Derecesi	Okul/Program	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2013
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010
Lise	Rauf Denктаş Lisesi	2006

İş Deneyimi, Yıl	Yer	Görev
2011-2018	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2018-	AHBVÜ Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dili

İngilizce, Almanca

Yayınlar

Ayan, E. (2016). “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (3). 3-36.



