

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN
DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI**

Yüksek Lisans Tezi

MERVE AKÇA

İSTANBUL 2012

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK**

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN
DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI**

Yüksek Lisans Tezi

MERVE AKÇA

Tez Danışmanı: Yard. Doç. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI

İSTANBUL 2012

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

Tezin Adı: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı
Öğrencinin Adı Soyadı: Merve Akça
Tez Savunma Tarihi: 10.09.2012

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü
Burak KÜNTAY
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
Yrd. Doç. Dr. Aslı Makaracı

İmza



Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

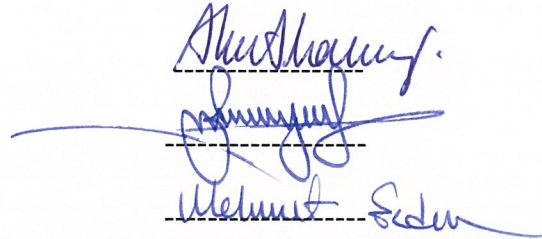
Jüri Üyeleri

İmzalar

Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoğlu Moralı

Doç. Dr. Emre Gökyayla

Yard. Doç. Dr. Mehmet Erdem



ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Merve Akça

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoğlu Moralı

Eylül, 2012, 103 sayfa

Çalışmamızın amacı; eser sözleşmesinde iş sahibinin, teslim edilen eserdeki ayıplara karşı, sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesinin koşulları ve bu hakkın kullanılmasının doğuracağı sonuçları değerlendirmektir. Tez konusu incelenirken, eser sözleşmesi açısından mülga Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri ayırımına önem verilerek ve Türk Borçlar Kanunu ile eser sözleşmesine ilişkin olarak getirilen değişikliklere değinilmiştir

Çalışmamız, temel olarak üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin şartları ve iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı incelenmiştir. İkinci bölümde, sözleşmeden dönme kavramı ve sözleşmeden dönmenin sonuçları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, sözleşmeden dönme üzerine tasfiye ilişkisinin kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu, İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi.

ABSTRACT

THE RIGHT OF THE BUSINESS OWNER TO RECEDE FROM A CONTRACT DUE TO THE DEFECTIVE WORK IN THE FREELANCE CONTRACT

Merve Akça

Private Law Master Program

Dissertation Advisor: Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoğlu Morali

September, 2012, 103 pages

The aim of our study is to evaluate the terms of business owner's right to apply for avoidance of a contract in the freelance contract against the defects in delivered work and to evaluate the consequences of the use of this right. While examining the dissertation subject, the emphasis was placed on the distinction of obsolete the Code of Obligations and the provision of the Turkish Code of Obligations in terms of the freelance contract and the changes which are brought in relation to the Turkish Code of Obligations and the freelance contract was discussed.

Our study consists three main chapter. In the first chapter, provision of warranty against defects and the right of the business owner to recede from a contract was analyzed. In the second chapter the concept of the recede from the contract and the consequences of the recede will be examined. In the third chapter, after receding from the contract, the scope of the liquidation will be determined.

Key Words: Contractor's duty of warranty against defects, The right of the business owner to recede from a contract, Discharge of Freelance Contract.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	ix
1. GİRİŞ	1
2. İŞ SAHİBİNİN AYIP SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASININ KOŞULLARI VE BU HAKKIN KULLANILMASI...5	
2.1 GENEL OLARAK	5
2.2 SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN KOŞULLARI	12
2.2.1 Eserin Tamamlanarak İş sahibine Teslim Edilmiş Olması.....	12
2.2.1.1 Eserin tamamlanması	12
2.2.1.2 Tamamlanan eserin iş sahibine teslim edilmesi	14
2.2.2 Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması	21
2.2.2.1 Ayıp kavramı ve diğer bazı kavramlardan farkı	21
2.2.2.1.1 Ayıp kavramı	21
2.2.2.1.2 Diğer bazı kavramlardan farkı	23
2.2.2.1.2.1 Ayıp ve eksik iş ayrımı	23
2.2.2.1.2.2 Ayıp ve aliud ayrımı.....	26
2.2.2.2 Ayıp türleri.....	26
2.2.2.2.1 Açık ve gizli ayıplar	27
2.2.2.2.2 Önemli ve daha az önemli ayıplar	28
2.2.2.2.3 Maddi (fili) ve hukuki ayıplar	29
2.2.2.2.4 Asli ve ikincil ayıplar	30
2.2.3 Sözleşmeden Dönme Hakkının Koşulu Olan Önemli Ayıplar..	31
2.2.3.1 Kural	31
2.2.3.2 Eserin iş sahibi tarafından kabule zorlanamayacak durumda olması	32
2.2.3.3 Eserin kullanılmayacak durumda olması	34
2.2.3.4 Eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olan bazı özellikleri taşıması	35
2.2.4 İş Sahibinin Muayene Ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması (Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfeti).....	36
2.2.4.1 Genel olarak	36

2.2.4.2 İş sahibinin eseri muayene külfeti	37
2.2.4.3 İş sahibinin eserdeki ayıpları ihbar külfeti	40
2.2.5 Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Bir Neden Olmaması	44
2.2.5.1 Eserin ayıplı olmasının iş sahibinden kaynaklanmıyor olması	44
2.2.5.1.1 Ayıbın iş sahibinin talimatından doğmamış olması	45
2.2.5.1.2 Ayıbın iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsadan doğmamış olması	47
2.2.5.2 İş sahibinin eseri kabul etmemiş olması ve sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarına başvurmamış olması ..	48
2.2.5.2.1 Eserin kabul edilmemiş olması	48
2.2.5.2.2 Diğer seçimlik haklara başvurulmamış olması	50
2.2.6 İş Sahibinin Arasında Yapılan İşlerde Eserin Kaldırılması Veya Yıkılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmayacak Olması	51
2.2.7 Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması	53
3. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI	59
3.1 GENEL OLARAK DÖNME KAVRAMI	59
3.2 DÖNMEYİ AÇIKLAYAN TEORİLER	62
3.2.1 Klasik Dönme Teorisi	62
3.2.2 Yeni Dönme Teorisi	64
3.2.3 Aynı Etkili Dönme Teorisi (İstihkak Teorisi)	65
3.2 DÖNME VE FESİH AYRIMI	67
3.2.1 Genel Olarak	67
3.2.2 Dönme Hakkının Niteliği Ve Borç İlişkisine Etkisi Bakımından Görüşümüz	72
4. SÖZLEŞMEDEN DÖNMEİN SONUÇLARI	74
4.1 DÖNME ÜZERİNE TASFİYE İLİŞKİSİ	74
4.1.1 Sözleşmeden Dönme Üzerine Tasfiye İlişkisinin Kapsamının Belirlenmesi.....	74

4.1.2 Tasfiye İlişkisine Uygulanacak Hükümler	75
4.1.2.1 Öğretide benimsenen görüşler	75
4.1.2.1.1 Tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması görüşü	75
4.1.2.1.2 Tasfiyenin sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi hükümlerine göre yapılması görüşü	76
4.1.2.1.3 Tasfiyenin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yapılması görüşü	76
4.1.2.1.4 Tasfiyenin satım sözleşmesindeki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hükümlerine göre yapılması görüşü	76
4.1.2.2 Benimsediğimiz görüş	77
4.1.2.2.1 Taşınır eser imalinin söz konusu olduğu hallerdeki durum	77
4.1.2.2.2 Bağımsız maddi varlığı olmayan eserlerdeki durum	79
4.1.2.2.3 İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlardaki durum	79
4.1.2.2.4 Sebepsiz zenginleşme hükümleri bakımından iadeye ilişkin sorumluluk	80
4.1.2.2.4.1 İade borçlusunun iyi veya kötüniyetli olması ayrımı	80
4.1.2.2.4.2 İadenin konusu	81
4.2 AYIP NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARI TAZMİN ETTİRME HAKKININ KULLANILMASININ KOŞULLARI	83
4.2.1 Ayıp Nedeniyle Uğranılan Bir Zarar Olması	83
4.2.1.1 Zarar kavramı	83
4.2.1.2 Zararın kapsamı	84
4.2.2 Müteahhidin Kusurlu Olması	85
4.2.2.1 Kusur koşulu	85
4.2.2.2 İstisnalar	86

4.2.2.2.1 Müteahhidin ifa yardımcılarının davransından doğan kusursuz sorumluluğu	86
4.2.2.2.2 Müteahhidin sağladı malzemedeki ayıpların yol açtığı zararlardan doğan kusursuz sorumluluğu ...	88
4.2.2.3 Müteahhidin kusurunun belirlenmesi ve ispatı	88
4.3 SÖZLEŞMEDEN DÖNME ÜZERİNE İSTENECEK TAZMİNAT TALEBİNİN NİTELİğİ VE HÜKÜMLERİ	91
4.3.1 Sözleşmeden Dönme zerine İstenebilen Olumsuz Zarar	91
4.3.2 Olumsuz zarar kalemleri	92
4.3.2.1 Fiili zararlar	92
4.3.2.2 Yoksun kalınan kar	94
5. SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	98

KISALTMALAR

AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
b.	:	Bent.
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BGE	:	Bundesgerichtssentscheidungen (İsvire Federal Mahkeme
BİGŞ	:	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi.
BK.	:	Borçlar Kanunu.
bkz.	:	Bakınız.
C.	:	Cilt.
c.	:	Cümle
dn.	:	Dipnot.
E.	:	Esas.
f.	:	Fıkra.
HD.	:	Hukuk Dairesi.
İ.Ü.	:	İstanbul Üniversitesi.
K.	:	Karar. Kararları).
m.	:	Madde.
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Ve Araştırma Dergisi.
MK	:	Medeni Kanun.
s.	:	Sayfa.
S.	:	Sayı.
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
T.	:	Tarih.
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği.
TBK.	:	Türk Borçlar Kanunu.
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu.
vb.	:	Ve benzeri.
vd.	:	Ve devamı.
Y.	:	Yıl.

Yarg. HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
Yarg. İBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
Yarg. : Yargıtay.

1. GİRİŞ

Eser sözleşmesi, ulusal ve uluslararası boyutları olan bir sözleşme olduğundan, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerine nazaran büyük önem arz etmektedir. Teknolojik ve ekonomik alandaki gelişmeler sonucu ülkeler arası artan ticari alışveriş, eser sözleşmesine de uluslararası bir boyut kazandırmıştır. Hızla gelişen ticari ilişkiler sonucu, Yargıtay ve doktrindeki yazarların büyük çoğunluğu maddi eserlerin yanında, gayri maddi nitelikteki eserlerin de bu sözleşmeye konu teşkil ettiği görüşünü desteklemiştir.

Eser sözleşmesinde de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi amaç, sözleşme çerçevesinde her iki tarafın da elde etmek istedikleri menfaatlerin bir an önce ve sorunsuz bir şekilde elde edilmesidir. Müteahhit açısından sözleşmeden elde edilmek istenilen menfaat, sözleşme ile kararlaştırılan bedelin kendisine eksiksiz olarak ve zamanında ödenmesi iken, iş sahibi açısından da sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun bir eserin kendisine teslim edilmesidir. İşte biz de, iş sahibinin ayıpsız bir eser teslim alma menfaatini koruyan '*müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ve iş sahibinin ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkını*' incelemeye çalışacağız. Eser sözleşmesinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Müteahhidin eserdeki ayıplardan dolayı sorumlu olması, onun teslim borcunun bir sonucudur. Müteahhidin teslim borcundan doğan sorumluluğu da ayıba karşı tekeffül borcu ile tamamlanmaktadır¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre, eser sözleşmesi; müteahhidin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Buna göre eser sözleşmesinde müteahhit, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde bir eser imal edip iş sahibine teslim etme, iş sahibi de imal edilen bu eser

¹ Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu, satım sözleşmesindeki hükümlere benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak, eser sözleşmesinde, müteahhidin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan mesul olması yerine, eserin teslimi borcuna bağlı olan sorumluluğu söz konusudur. Bu konuda bkz.: Asuman TURANBOY, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, Y.: 1989-1990, s. 151.

karşılığında ücret ödeme borcu altına girmektedir². Türk Borçlar Kanunu'nun 470'inci maddesinde, mülga Borçlar Kanunu'nun 355'inci maddesinden farklı olarak, “şey” sözcüğü yerine “eser” kelimesi getirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu ile yapılan bu değişiklikler doktrindeki eleştiriler doğrultusunda olmuştur³.

Eser kavramının kapsamına, maddi eserler, maddi varlığı olmayan eserler ve maddi bir varlığı olmasa da maddi bir şeyde somutlaşan eserler sokulmaktadır. Maddi eserlerin yanında maddi varlığı olmayan, örneğin: sanatçının verdiği bir konserin de eser sözleşmesi hükümleri içinde değerlendirildiğinde, insan emeği olan ve bütün bir görünüş arz eden, iktisadi değeri olan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılacaktır. Bizim görüşümüze göre, bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici veya gayri maddi de olsa muayyen bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen şeyler eser sayılmamalıdır⁴. Özellikle, niteliği gereği sonucun taahhüt edilemeyeceği işlerin eser sözleşmesinin kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Sağlık ve öğrenimle ilgili faaliyetler, bir malvarlığının idaresi bu kapsamda değerlendirilebilir⁵. Dolayısıyla, maddi bir varlığa sahip olmayan fikir, sanat veya spor çalışmaları veya gösterilere ilişkin sözleşmelere eser sözleşmesi hükümlerinin değil, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması daha yerindedir.

Uygulamada, eser sözleşmelerinin konusunun büyük çoğunluğunu inşaat sözleşmelerinin oluşturduğu görülmektedir. Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri

²Eser sözleşmesinde belirlenebilecek ücret türlerinden götürü ve sabit bedel hakkındaki açıklamalar için bkz. Sıtkı AKYAZAN, Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, C.:7, S.:2, Aralık 1973, s. 291 vd.; Sezer ÖZYÖRÜK, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine göre feshin sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988, s. 1-2; Haluk TANDOĞAN, İstisna Akdi Kavramı, UNSURLARI VE BENZERİ AKİTLERDEN AYIRILMASI, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 311 vd.; Doğan ŞENYÜZ, Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 3. Bası, Bursa 2006, s. 252 vd.; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, s. 1 vd.; Aydın ZEVKLİLER/ Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, s. 344 vd.; Nihat YAVUZ, Eser ve Hizmet Sözleşmesi, Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri, İstanbul 2011, s. 3 vd.; Turgut AKINTÜRK, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, İstanbul 2012, s. 307 vd.

³Emre GÖKYAYLA, Eser ve Vekalet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 288.

⁴ TANDOĞAN, İstisna Akdi, s. 313-315.

⁵ Bazı gayri maddi edimler diğer iş görme sözleşmelerinin özellikle de vekalet sözleşmesinin kapsamına dahil edilmelidir. Örneğin, öğrencilere ders verilmesi ve inşaatın denetlenmesi gibi faaliyetler eser sözleşmesinin değil, vekalet sözleşmesinin konusunu teşkil eder. Açıklamalar ve örnekler için bkz.: Emre GÖKYAYLA, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 7.

gerek doktrinde gerekse uygulamada üzerinde oldukça sık durulan konulardan birisidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, inşaat sözleşmesinin bir türü olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşmelerde genel olarak, müteahhit kendi malzemesini kullanarak yapacağı inşaatın bir bölümünü arsa sahibine vermeyi yükümlenmesine karşılık, arsa sahibi de üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda müteahhit adına intikal ettirmeyi taahhüt eder⁶. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, inceleme konumuz dışında olup, yeri geldikçe değinilecektir.

Çalışmamız bir giriş, üç ana bölüm ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır:

Birinci bölümde, iş sahibinin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının koşullarına yer verilecektir. Bu koşullar incelendikten sonra, iş sahibinin eserdeki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi için uyması gereken zamanaşımı sürelerine değinilecektir. Türk Borçlar Kanunu ile eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıptan dolayı başvuracağı haklar için uygulanacak zamanaşımı sürelerinde önemli değişiklikler olmuştur. Yeni Borçlar Kanunu'nda yapılan bu değişiklikler, mülga kanundaki düzenlemelere de yer verilerek incelenmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde, genel olarak dönme kavramı, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından doktrinde kabul edilen görüşler incelenecektir. Ayrıca, dönme ve fesih kavramlarının farklarına da değinilecektir.

Üçüncü bölümde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin sonuçlarına değinilecektir. Bu kapsamda tasfiye ilişkisinin kapsamı ve uygulanacak hükümlere değinildikten sonra, bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler açıklanacaktır. Daha sonra, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte veya ondan ayrı olarak kullanabileceği ayıptan dolayı uğradığı zararlarının tazminini isteme hakkına değinilecektir. Bunun dışında ayrıca, iş sahibinin sözleşmeden dönme sonucu uğradığı zarar olan olumsuz zararının tazminini isteme hakkı ve kapsamından da kısaca bahsedilecektir.

⁶ Cengiz KOSTAKOĞLU, İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 70.

Sonuç bölümünde ise, çalışmanın tümünde konuya ilişkin açıklamaların kısa bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

Tezimizde ayrıntılı olarak, TBK m. 475’de düzenlenmiş olan iş sahibinin seçimlik haklarından ‘dönme’ hakkı incelenecektir. Bu sebeple iş sahibinin diğer seçimlik haklarına yeri geldikçe yer verilecektir.

2. İŞ SAHİBİNİN AYIP SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASININ KOŞULLARI VE BU HAKKIN KULLANILMASI

2.1 GENEL OLARAK

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilmesi için aranan şartlar, TBK m. 474-478 (mülga BK m. 359-363) hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu hakların kullanılması için, öncelikle, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması, teslim edilen eserin ayıplı olması ve iş sahibinin eserdeki bu ayıpları muayene ederek, müteahhide ihbar etmesi gereklidir. İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere⁷, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, ayıplı olarak meydana getirilen eserin iş sahibine teslimi ile birlikte doğacaktır⁸. İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilmesinin diğer şartları, eserdeki ayıpların iş sahibine yüklenmemesi ve eserin iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olmasıdır. Söz konusu şartlar gerçekleştiği takdirde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar ve müteahhit, tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olmadıkça eserdeki ayıplardan dolayı iş sahibine karşı sorumludur.

İş sahibinin, sözleşmeden dönme dışındaki hakları: eserdeki ayıp oranında bedelden indirim isteme ve eserin onarılmasını isteme haklarıdır. Ayrıca iş sahibi, bu seçimlik haklarının yanında veya onlardan bağımsız olarak, genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına da sahiptir (TBK m. 475/2, mülga BK m. 360). İş sahibinin sözleşmeden dönme dışındaki bu hakları da yenilik doğuran birer hak niteliği taşır. Fakat, onarım isteme hakkının mutlak anlamda bir yenilik doğuran hak olmadığı kabul edilmektedir⁹. İş sahibi, onarım hakkına ancak aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde başvurabilir (TBK m. 475/3, mülga BK m. 360/2).

⁷ Bkz. s. 14 vd.

⁸ GÜMÜŞ, s. 45-46.

⁹M. Turgut ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul 1989, s. 123.

İş sahibinin seçimlik haklarından birisi olan sözleşmeden dönme hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nda, mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak ayrı bir bent halinde düzenlenmiştir¹⁰. İş sahibinin, eserin ayıplı olmasından dolayı sözleşmeden dönme hakkını kullanması için yukarıda belirtilen şartlar (eserin tamamlanarak ayıplı şekilde teslimi, iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir nedenini bulunmaması) dışında kanunda bazı özel şartlar aranmıştır. Buna göre, sözleşmeden dönebilmek için eserin kullanılmayacak olması veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması ya da sözleşmede kararlaştırılan hükümlere aynı ölçüde aykırı olması gerekir (TBK m. 475/1/b.1, mülga BK m. 360). Dolayısıyla, kanun koyucu sözleşmeden dönmenin sonuçlarını göz önünde bulundurarak, sözleşmeden dönmeyi ağır şartlara bağlamıştır. Ayrıca maddede iş sahibinin üç seçimlik hakkı sayıldıktan sonra, “*iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*” şeklinde ayrı bir hüküm düzenlenmiştir¹¹.

Eser sözleşmesinde teslim edilen eser, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya elverişli olmalıdır. Eser ayıplı ve ifa menfaatini karşılamaya elverişli değilse, müteahhit edim

¹⁰ Borçlar Kanununda iş sahibinin ayıptan dolayı seçimlik hakları yeni Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi ayrı bentler halinde düzenlenmemiştir. Ayrıca mülga Borçlar Kanunu'nda, sözleşme hükümlerine aykırılığın da “aynı ölçüde” ağır olması şartı açıkça belirtilmemiştir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı da “iş kabulden kaçınma” olarak ifade edilmiştir (BK m. 360/1). Doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucunun eski kanun metninde kabulden kaçınma ifadesini kullanmasının amacı, sözleşmeden dönme dışında başka bir sonuca daha olanak sağlamaktır. Bu görüşe göre, iş sahibi burada belirtilen ağırlıkta olmayan ayıpların varlığı halinde eseri teslim almaktan kaçınmayacak, müteahhidi temerrüde düşüremeyecektir. Dolayısıyla bu ölçüde ağır bir ayıp taşımayan eseri teslim almaktan kaçınan iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşebilecektir. Tam tersi durum halinde ise (eserdeki ayıbın önemli olması durumunda), iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınacak ve müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürüp BK m. 106-108 uyarınca seçimlik haklarına başvuracaktır. Bu görüş için bkz.: ÖZ, Dönme, s. 103. Mülga Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nun karşılaştırılması için bkz. M. Turgut ÖZ, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 93. Mülga BK m. 360/1'de ‘iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir’ ifadesi sözleşmeden dönebilir anlamında, ‘kusurlu’ ifadesi de ayıplı anlamında kullanılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda bu ifadeler düzeltilmiştir. Buradaki hakkın, satım sözleşmesindeki ayıplı malı reddederek sözleşmeden dönme hakkının eser sözleşmesindeki görünümü olduğu belirtilmektedir. Bkz. Haluk BURCUOĞLU, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süre, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, İstanbul 1990, s. 289; Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2010, s. 361; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 48; İhsan ERDOĞAN, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması, SÜHFD, C.: 3, S.: 1, Ocak-Haziran, 1990, Konya, s. 149 vd.; ŞENYÜZ, s. 256.

¹¹ Mülga Borçlar Kanunu'nda tazminat isteme hakkı ayrı bir fıkra düzenlenmemiş, bunun yerine seçimlik hakların düzenlendiği cümlelerin devamında, “*bu hakların kullanılmasyla birlikte müteahhidin taksiri varsa zarar ve ziyan da isteyebilir*” ifadesi yer almaktaydı (Eski BK m. 360/1); Nihat YAVUZ, s. Ayıplı İfa, Ankara 2008, s. 431-432; Hüseyin ALTAŞ, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 207; ŞENYÜZ, s. 375-376.

borcuna aykırı davranmış olur ve sözleşme gereği gibi yerine getirilmemiş sayılır¹². Dolayısıyla, eser sözleşmesinde ayıplı bir eserin teslimi ve kanunda aranan diğer şartların gerçekleşmesi üzerine iş sahibi, öncelikle, TBK m. 474-478 hükümlerinde ayıp sebebiyle kendisine tanınan haklara başvurabilir. Burada, ‘öncelikle’ dememizin sebebi, eser sözleşmesinde ayıplı eser sebebiyle müteahhidin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin, bir anlamda, edim borcunun gereği gibi yerine getirilmemesine bağlanan sorumluluğunun çeşidi olmasıdır. Dolayısıyla burada üzerinde durulması gereken, iş sahibinin, TBK m. 475 hükmü gereği müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı sorumluluğuna gidebilmesinin şartları gerçekleşmişse TBK m. 112’de (mülga BK m. 96) yer alan genel ifa etmemeye bağlanan hükümlere gidip gidemeyeceğidir. Tandoğan ve Tunçomağ’a göre¹³, iş sahibi, muayene ve ihbar görevini yerine getirmişse, özel hüküm olan ayıptan dolayı kendisine tanınan haklara başvurmalı, ayrıca alternatif olarak TBK m. 112 (mülga BK m. 96) hükmüne gidememelidir. Bizim de katıldığımız Seliçi¹⁴, bu konuda şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: Hukukun genel prensiplerinden olan “özel hükmün genel hükümden önce uygulanması” prensibi, eser sözleşmesinde de TBK m. 475 (mülga BK m. 360) hükmünün TBK m. 112 (mülga BK m. 96) hükmünden önce uygulanmasını gerektirir. Ancak bu kural sıkı sıkıya uygulanmamalı, bunun aksine, sözleşmede tarafların menfaatleri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir değerlendirme yapıldığında da eser sözleşmesinde, TBK m. 474 vd. (mülga BK m. 359 vd.) hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira, TBK m. 474 (mülga BK m. 359) müteahhit için daha ağır sonuçlar doğurmaktadır.

Müteahhidin, eseri ayıplı olarak meydana getirmesinden doğan zararlar aynı zamanda, şartları varsa, haksız fiil teşkil eder. Bu durumda iş sahibi, TBK m. 49 vd. (mülga BK m. 41 vd.) hükümleri çerçevesinde, haksız fiilden doğan zararının giderilmesini de

¹² Ayhan UÇAR, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 73.

¹³ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.:2, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 177; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1977, s. 1041.

¹⁴ Özer SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 131-132. Bir görüşe göre, TBK m. 475/2 hükmündeki tazminata ilişkin yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada tartışılan; “iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmak yerine doğrudan genel hükümlere (TBK m. 112) göre yükleniciden tazminat istenebileceği, bu hükümlerin yarışabileceği” yönündeki görüşü desteklemektedir. Bkz. ÖZ, Yeni Borçlar Kanunu, s. 94.

isteyebilir. İnşaat işlerinde bu duruma genellikle, inşaatın tehlike oluşturması ve iş sahibinin bundan dolayı zarara uğraması halinde rastlanır¹⁵.

Burada belirtmek gerekir ki, kötü ifa, eserdeki ayıp şeklinde ortaya çıkmıyorsa, burada ayıba karşı tekeffül hükümlerine giren bir durum zaten yoktur. Bu gibi eserin ayıplı olması dışındaki kötü ifa hallerinde, müteahhit ‘özen borcunu¹⁶’ ihlal ettiğinden, iş sahibi doğrudan TBK m. 112’ye (mülga BK m. 96) başvurabilecektir¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun 474’üncü ve 478’inci maddeleri arasında düzenlenen müteahhidin eserdeki ayıplara karşı tekeffül borcu, onun asli edim borcunun¹⁸ bir tamamlayıcısıdır¹⁹. Ayıba karşı tekeffül borcunun da, müteahhidin bu anlamda bir yan edim borcu olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, eserin ayıpsız yapılması yükümü, sözleşmenin tipini belirmemekte, sözleşenlerin sözleşme ile güttükleri amaca göre belirlenmektedir²⁰. Bu borcun ihlali, yani eserin ayıplı şekilde teslimi halinde iş sahibinin haklarından birisi de sözleşmeden dönmedir.

Sözleşmeyi tek taraflı irade ile sona erdirme ve önceden ifa edilmiş olan edimlerin iadesini sağlayan sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, yönetilmesi gereken irade beyanı ile kullanılan ve niteliği itibariyle bozucu²¹ yenilik doğuran bir haktır²². Dönme

¹⁵ TURANBOY, s. 153.

¹⁶ TBK m. 471’e göre, ‘Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır’.

¹⁷ ÖZ, Dönme, s. 91; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 94 vd.

¹⁸ Sözleşmeden doğan yükümlülükler asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinden oluşur. Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisiyle birlikte doğar ve bu ilişkinin özel tipini belirleyen, ona özelliğini veren yükümlülüklerdir. Örneğin, satım akdinde satıcının satılanın zilyetliğini devir ve mülkiyeti nakil borcu, eser sözleşmesinde iş sahibinin müteahhide ücret ödeme borcu asli edim yükümlülükleridir. Kural olarak, taraflar asli edim yükümlülükleri üzerinde anlaşamazlarsa, geçerli bir borç ilişkisinden söz edilemez. Yan edim yükümlülükleri ise, tıpkı asli edim yükümlülükleri gibi, borç ilişkisiyle birlikte doğar ve bağımsız olarak dava edilebilirler. Yan edim yükümlülüklerinin amacı, alacaklının asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesine olan menfaatinin gerçekleşmesini sağlamaktır. Koruma yükümlülükleri ise, sözleşmenin karşı tarafının mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunması amacı güderler. Eser sözleşmesinde koruma yükümlülükleri özellikle, iş sahibinin mal ve ekonomik değerlerinin korunmasına yöneliktir. Asli edim, yan edim ve koruma yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Fahrettin ARAL, *Kötü İfa*, Ankara 2011, s. 29 vd.; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2001, s. 28 vd.

¹⁹ ÖZ, Dönme, s. 90; UÇAR, s. 74; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160.

²⁰ Ayıba karşı tekeffül borcunun yan edim borcu olduğu hakkında bkz.: Rona SEROZAN, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 304 dn. 163.

²¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. s. 62 vd.

²² Yenilik doğuran haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Harun DEMİRBAŞ, *Yenilik Doğuran Haklar*, İstanbul 2007, s. 566.

hakkının kullanılmasıyla iş sahibi tek taraflı irade beyanıyla, müteahhidin rızasına veya mahkeme kararına gerek olmaksızın, var olan sözleşmeyi geriye etkili olarak (ex tunc) sona erdirmiş olur. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesinin sonucu olarak, taraflar arasındaki sözleşme hiç kurulmamış sayılır²³. Sözleşme, dönme ile geriye etkili olarak ortadan kalkınca, tarafların karşılıklı olarak yükümlendikleri edimlere ilişkin alacakları sona erer; ifa edilmiş edimler açısından ise iade borcu doğar. Müteahhit, ücret almışsa bunu faiziyle geri vermek zorundadır. İş sahibi, eser için birtakım bakım, sigorta, tamir masraflarını, eserde kullanılan malzemenin değerini, müteahhitten isteyebilir. Ayrıca, malzemenin değerinde, müteahhit veya yardımcılarının kusuru yüzünden bir değer azalması varsa, müteahhit bundan da sorumludur²⁴.

İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere bizim katıldığımız görüşe göre²⁵, dönme üzerine taraflar arasındaki sözleşme sanki hiç kurulmamış sayılacak, henüz yerine getirilmemiş yükümlülükler sona erecek, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi talebi, hakkın sona erdiği itirazı ile karşılaşacaktır. Dönme üzerine, daha önce yerine getirilen tasarruf işlemlerine ilişkin edimlerin iadesi istihkak davası ile talep edilecektir²⁶. Bunun dışındaki edimlerin iadesi ise, sözleşmeden dönme üzerine hukuki sebepleri kalmadığından, sebepsiz zenginleşme talebi ile istenebilecektir²⁷.

Dönme hakkının kullanılmasının geçerliliği bir şekilde tabi değildir. Borçlar Kanunu'nun temel prensiplerinden biri olan "şekil serbestisi" kuralı burada da uygulanacak ve iş

²³ Özer SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 208; ÖZ, Dönme, s 31, 102; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 381, 411; Muaz ERGEZEN, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 87; BURCUOĞLU, s. 289; F. H. SAYMEN/H. T. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s. 754; UÇAR, s. 180; Fikret EREN, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 85; ALTAŞ, s. 211; Mustafa Reşit KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, C.2, Ankara 2003, s. 1134 vd.; Seda ÖKTEM, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıntılı Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 2006/5, s. 1952; Ferhat CANBOLAT, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 99; DEMİRBAŞ, s.362.

²⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162; ÖZ, Dönme, s. 225 vd.; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 54.

²⁵ Sözleşmeden dönmeyi açıklayan görüşler ve katıldığımız görüş için bkz. aşağıda s. 62 vd.

²⁶ Vedat BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 140.

²⁷ Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 504; Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.:1, 3. Bası, İstanbul 1968, s. 951; KARAHASAN, s. 1134; OĞUZMAN/ÖZ, s. 411; ÖZ, Dönme, s. 34.

sahibi herhangi bir şekilde bağı olmadan sözleşmeden dönebilecektir²⁸. Fakat, bu beyanın müteahhidin açtığı davada iş sahibi tarafından itiraz olarak da ileri sürülmesi de mümkündür²⁹. Dönme beyanı açık veya örtülü irade beyanıyla yapılabilir. Açık dönme beyanında yukarıda da belirttiğimiz gibi, iş sahibi, müteahhide şekilde bağı olmayan bir bildirimde bulunacaktır. İş sahibinin, ‘sözleşmeden döndüğünü’, ‘sözleşmeyi feshettiğini’ veya ‘sözleşmeye son verdiğini’ belirtmesi açık dönme beyanıdır. İş sahibinin müteahhitten eseri geri almasını istemesi veya ödenmiş ücretin iadesi ise örtülü dönme beyanına örnek olarak gösterilebilir³⁰. Bunun dışında, iş sahibi dönme beyanını kendi açtığı bir davada ileri sürebileceği gibi, müteahhidin açtığı bir davada itiraz olarak da ileri sürebilir³¹. Dönme bildirimini hiçbir koşula ve şarta bağlanmamalı ve kuşkuyla yer vermeyecek derecede açık bir biçimde kullanılmalıdır.

İş sahibi, dönme beyanında bulunurken herhangi bir geçerlilik şekline uymak zorunda olmasa da ispat güclüğü ile karşılaşmamak için, dönme beyanını yazılı olarak veya noter aracılığıyla yapması yerinde olur³². Buna karşılık, sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu hallerde, TTK m. 18 uyarınca, ‘*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla³³, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*’ hükmü yer almaktadır. Mülga TTK m. 20/3 hükmü uyarınca, sözleşmeden dönme beyanı, noter vasıtasıyla, telgrafla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılmak zorundaydı. Dolayısıyla, mülga kanuna göre, öngörülen şekiller geçerlilik şekli olarak kabul edildiğinden bu şekilde yapılmayan dönme beyanları geçerli olmayacaktı³⁴. Yeni Türk Ticaret Kanunu hükmünde ise şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkartılıp ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski madde metninde yer alan “muteber olması için” ibaresine Yeni Kanunda yer verilmemiştir. Yeni TTK m. 18 hükmünün gerekçesine bakıldığında, bu değişikliğin sebebinin, geçerlilik şartının teknolojideki hızlı gelişme sebebiyle artık haklı bir

²⁸ UÇAR, s. 180; ERGEZEN, s. 95; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 467 vd.

²⁹ TANDOĞAN Özel Borç İlişkileri, s. 178.

³⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 160.

³¹ ERGEZEN, s. 95; UÇAR, s. 180.

³² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 161; ERGEZEN, s. 97.

³³ Mülga TTK m. 20/3 hükmünde ise “iadeli taahhütlü mektup” şartı vardı.

³⁴ BURCUOĞLU, s. 290; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 178; CANBOLAT, s. 105.

gerekçesinin bulunmamasıdır. Ayrıca madde gerekçesinde, geçerlilik şartının tacir gibi basiretli bir işadami için öngörölmüş olmasının da anlamsız olduğuna değinilmiştir³⁵.

Dönme hakkı yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan, bu beyan sonradan tek taraflı olarak geri alınmaz³⁶. Yenilik doğurucu bir hak olan dönme hakkı sadece bir kez kullanılabilir. Dönme bildirim, bu bildirim mütcaahhide varması ile hukuki sonuçlarını doğurur. İş sahibi artık ayıptan doğan diğer haklarına (ücret indirimi ve onarım hakkı³⁷) başvuramaz.

³⁵ TTK m. 18 hükmünün gerekçesi için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr>.

³⁶ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 451.

³⁷ Onarım hakkının hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüş taraftarlarına göre, sözleşmeden dönme ve ücret indirimi haklarından farklı olarak, onarım isteme hakkı yenilik doğuran bir hak değildir. Onarım hakkı edime yönelik bir alacak hakkıdır. Mütcaahhidin borcu, ayıplı olmayan bir eser meydana getirmek ve bunu teslim etmektir. Teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, iş sahibi bu ayıbın giderilmesini mütcaahhitten isteyebilir. Çünkü mütcaahhidin borcu, ayıpsız bir eser teslim etmektir. Ayıplı eserin teslimi halinde mütcaahhidin borcu henüz sona ermemiştir. Dolayısıyla iş sahibinin ayıbın giderilmesini istemesi halinde, mütcaahhit için yeni bir borç doğmayacak, eski borcun devam etmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, iş sahibinin onarım hakkını seçmesi diğer haklarını kesin olarak düşürmez. Eğer mütcaahhit onarımı reddeder veya uygun bir zaman içinde yapmazsa, iş sahibi onarım hakkından vazgeçerek diğer seçimlik haklarına başvurabilecektir. Koşulları oluştuğu takdirde sözleşmeden de dönebilecektir. Burada önemli olan, iş sahibinin mütcaahhide eserin onarımı için imkan vermiş olması, buna rağmen mütcaahhidin bunu yerine getirmemiş olmasıdır. Bu görüş için bkz. SELİÇİ, Mütcaahhidin Sorumluluğu, s. 174; ÖZ, Dönme, s. 97; Turgut ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s. 180. Bu konuda diğer görüş, onarım hakkının da sözleşmeden dönme ve ücret indirimi gibi yenilik doğuran bir hak olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, bu hakkın kullanılmasıyla eser sözleşmesinin içeriği değişmekte ve mütcaahhit için eseri onarma borcu doğmaktadır. Dolayısıyla bu hak bir kez kullanıldıktan sonra iş sahibi bundan tek taraflı olarak geri döneemez ve sözleşmeden dönme ve ücret indirimi yollarından birine başvuramaz. Bu görüş için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 180; Cevdet YAVUZ, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 104-105; BURCUOĞLU, s. 296.

2.2 SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN KOŞULLARI

2.2.1 Eserin Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olması

2.2.1.1 Eserin tamamlanması

Eserin iş sahibine teslim edilebilmesinin ön koşulu eserin tamamlanmış olmasıdır. Zira, ancak tamamlanmış bir eserin teslimi söz konusu olur, aksi halde teslim gerçekleşmez³⁸. Bu durumda eser eksik yapılmıştır ve kural olarak, ayıplı ifa değil, ifanın hiç gerçekleşmediği sonucu doğar. Çünkü eser, sözleşmedeki anlamıyla meydana gelmemiştir. Tamamlanmamış bir şeyin teslimi de eserin teslimi sayılmayacağından, iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, temerrüt hükümlerine başvurabilecektir³⁹. Fakat uygulamada bir görüşe göre⁴⁰, eksik iş, ayıplı ifa sayılmasa da, eserin tamamlanmamış olması bunun hukuken teslim edilmiş sayılmasını engellemez. Bu görüşe göre, tamamlanmamış bir eser, müteahhit tarafından sözleşmenin ifası maksadıyla iş sahibine sunulmuş ve iş sahibi de bu eseri teselsüm ettiğini beyan etmişse, teslim edilmiş sayılmalıdır. Bu durumda, ayıplı ifa ve eksik ifa arasında bir ayırım yapılmamalı, iş sahibi her iki halde de ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilmelidir. Bu görüşe göre, teslim edilen eserde, sözleşmeye açık şekilde aykırılık teşkil eden bir eksik ifa durumu varsa müteahhidin sözleşmeyi ifa maksadıyla kabul ettiğinden bahsedilmeyecek, dolayısıyla genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴¹.

Eserin tamamlanmış olmasından bahsedebilmek için, o eserde sözleşmede öngörülen bütün işlerin ifa edilerek teslime hazır hale getirilmesi gerekir. Müteahhit, sözleşmede

³⁸TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 161; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 134, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 401; BURCUOĞLU, s. 287 vd.; GÖKYAYLA, Sempozyum, s. 203; ÖKTEM, s. 1948.; ERGEZEN, s. 67 vd.

³⁹ Fakat iş sahibi, eseri bu haliyle bilerek teslim almışsa, artık müteahhide karşı temerrütten doğan bir talep de ileri süremez. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 104 vd.

⁴⁰ Bu görüşe göre, ayıplı ifa ve eksik ifa arasında, iş sahibi eseri esas itibarıyla ifa olarak kabul ettiği durumlarda bir ayırım yapılmamalı, iş sahibine her iki halde de ayıba karşı tekeffülden doğan haklar tanınmalıdır. Ayırımın tanınacağı nokta, eğer teslim edilen eserde, sözleşmeye açık şekilde bir aykırılık teşkil eden eksik ifa varsa müteahhidin sözleşmeyi ifa maksadıyla hareket ettiğinden bahsedilmeyecek, dolayısıyla genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 87 vd.

⁴¹ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 89.

kararlaştırılan ve yerine getirmek zorunda olduğu bütün işleri ifa etmediği takdirde eser tamamlanmış sayılmayacađından⁴² iş sahibinin ayıpları muayene etme ve ihbar etme külfetleri de doğmaz.

Müteahhidin, sözleşmede kararlaştırılan bütün işleri bitirip bitirmediği dürüstlük kuralına göre belirlenir⁴³. Buna göre, bütün eser değerlendirildiğinde, önemli derecede az, önemsiz ve ikincil ayıplar sebebiyle eserin teslim alınamayacak olduğunun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecektir. Dolayısıyla, bu durumda eser teslim elverişli sayılmalıdır⁴⁴.

Eserin tamamlanmış olması ve eserin ayıpsız olması birbirinden farklı kavramlardır. Bir eser, ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış olabilir ve bu durum eserin teslimine bir engel teşkil etmez⁴⁵. Zaten, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilmesi için, ayıplı bir eser teslimi gereklidir. Bu sebeple eserin ayıplı olmaması durumu teslim için şart değerildir. Eserin tamamlanmamasının ve ayıplı olmasının sonuçları da birbirinden farklıdır. Tamamlanmamış eser için temerrüde ilişkin hükümler uygulanırken (TBK m. 117 vd., mülga BK m.101 vd.), ayıplı eser teslimi halinde bu konudaki özel hükümler olan ayıp hükümleri (TBK m. 474 vd., mülga BK m. 359 vd.) uygulanır.

Müteahhit, eseri sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tamamlamak için, iş zamanında başlamalı ve gecikmelere sebep olmadan devam etmelidir⁴⁶. Işe ne zaman başlanacağı sözleşmede kararlaştırılabilir. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa veya sözleşmeden anlaşlamıyorsa, TBK m. 90 (mülga BK m. 74) uyarınca, sözleşmenin kurulmasından hemen sonra işe başlanmalıdır.

⁴² UÇAR, s. 103; Mustafa Reşit KARAHASAN, İnaşat, İmar, İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuat, C..1, Ankara 1997, s. 260.

⁴³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 134; UÇAR, s. 103.

⁴⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 134; TANDOĞAN, zel Borç İlişkileri, s. 126.

⁴⁵ TANDOĞAN, zel Borç İlişkileri, s. 126; UÇAR, s. 104.

⁴⁶ Kanun koyucu TBK m. 473 (mülga BK m. 358) hükmünde, eserin henüz tamamlanmayıp iş sahibine teslim edilmediği aşamada, müteahhidin bazı davranışlarından dolayı, iş sahibine sözleşmeden “erken dönme hakkı” tanımıştır.

2.2.1.2 Tamamlanan eserin iş sahibine teslim edilmesi⁴⁷

Türk Hukukunda, gerek taşınır eser gerek taşınmaz eser bakımından “teslim” sözcüğü kullanılmaktadır. Buna karşın, İsviçre Hukuku’nda, taşınır eserler için “livraison-Ablieferung”, taşınmaz eserler için ise “reception-Abnahme” olarak iki farklı sözcük kullanılmıştır⁴⁸. Eser sözleşmesini düzenleyen mülga Borçlar Kanunu hükümlerinde teslim borcunun mevcudiyetinden açıkça söz edilmese de dolaylı olarak teslim kavramına yer veren hükümlerin bulunması nedeniyle, teslim borcu zımnen kabul edilmekteydi⁴⁹. Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde de müteahhidin teslim borcu açıkça bir madde de düzenlenmemişse de, çeşitli hükümlerde teslim borcuna yer verilmesi, müteahhidin bu borcunun varlığını doğrulamaktadır⁵⁰.

Teslim, müteahhidin, sözleşmede belirlenmiş özelliklere göre bütün kısımlarıyla tamamladığı⁵¹ eseri, sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibinin veya onun yetkilendirdiği bir kişinin hakimiyetine geçirmesi ve onun doğrudan zilyetliğini sağlaması, taşınır nesnelerin onarılması veya işlenmesine dair eser sözleşmelerinde ise, bunların müteahhit tarafından onarılarak veya işlenerek tekrar iş sahibine verilmesidir⁵². Öyleyse müteahhit, iş sahibinin eser üzerindeki dolaysız zilyetliğini sağlaması durumunda teslim

⁴⁷ Teslim ve teslim alma kavramları birbiriyle farklı kavramlar olmayıp bağlantılıdır. Bu kavramlardan teslim, müteahhit açısından, teslim alma ise iş sahibi açısından önem ifade etmektedir. Müteahhit açısından teslim (eseri teslim etme), tamamlanmış eser üzerindeki fiili hakimiyetin ifa amacı ile iş sahibine geçirilmesi, iş sahibi açısından teslim (eseri teslim alma) ise, müteahhit tarafından bitirilen ve teslimi teklif edilen eserin iş sahibince fiili hakimiyet altına alınmasıdır. Dolayısıyla, müteahhidin eseri teslim etmesi ve iş sahibinin eseri teslim alması borçlarının ifası aynı anda gerçekleşmektedir: bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35, BURCUOĞLU, s. 288.

⁴⁸ BURCUOĞLU, s. 288.

⁴⁹ BURCUOĞLU, s. 287; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 124; UÇAR, s. 105; KARAHASAN, İnşaat, s. 254; Kemal DAYINLARLI, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 4. Bası, Ankara 2008, s. 27; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 366.

⁵⁰ TBK m. 473/1’ de ‘teslim için belirlenen gün’, TBK m. 474’ de ‘eserin tesliminden sonra’, TBK m. 478’ de ‘teslim tarihinden başlayarak’, TBK m. 479/1’de ‘iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur’ ifadeleri teslim borcunun zımnen kabul edildiğinin göstergeleridir.

⁵¹ Teslimin gerçekleşebilmesi için eserin tamamlanmış olması gerekir. İş sahibinin ifaya olan menfaati tamamlanmış bir eserin teslimidir. Dolayısıyla, tamamlanmamış bir eserin, teslimi de söz konusu olmayacaktır. Ancak tarafların aralarında anlaşarak teslimin gerçekleşmesini eserin tamamlanması dışında başka bir şarta bağlamaları da mümkündür. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37.

⁵²SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.35; Senai OLGA.Ç, İstisna Akdi, Ankara 1977, s. 31; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 125; BURCUOĞLU, s. 287; ÖZ, Dönme, s. 104 vd.; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 169 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 366; ARAL, Özel Borç, s. 349; GÖKYAYLA, Ek İş, s. 191; UÇAR, s. 89, 107; KARAHASAN, İnşaat, s. 255.

borcunu yerine getirmiş sayılacaktır. Yargıtay tarafından bu husus, “objektif ölçüler içinde, amaca uygun olarak kullanılabilir olma” şeklinde kabul edilmektedir⁵³.

Teslim borcu, müteahhidin eseri meydana getirme borcunun hem bir gereği hem de zorunlu bir sonucudur⁵⁴. Müteahhit kanunda belirtilen borçlarını gereği gibi yerine getirmek istiyorsa, işi zamanında sonuçlandırmak ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmek zorundadır. Dolayısıyla, müteahhidin eseri meydana getirme borcunun yanında tamamlanan eseri zamanında iş sahibine teslim etme borcu da söz konusudur⁵⁵. Burada belirtmek gerekir ki, eserin teslimi için iş sahibinin de imal faaliyetlerine katılması zorunlu ise, iş sahibi bu faaliyete zamanında iştirak etmelidir. Aksi takdirde, eserin zamanında teslim edilememesinin olumsuz sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır⁵⁶. Bu durumda iş sahibi, alacaklı temerrüdüne düşeceğinden, müteahhit iş sahibine karşı genel hükümlere başvurabilecektir.

Teslim ve kabul birbirinden farklı iki kavramdır⁵⁷. Kabul, müteahhidin teslim ettiği eserin, iş sahibi tarafından, sözleşmeye uygun görüldüğünün, ayıp iddiasında bulunulmayacağıının açıklanması olarak tanımlanabilir⁵⁸. Teslimde ise, eserin iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirilmesi, iş sahibinin esere doğrudan zilyet olması veya zilyetliğini engelleyen durumun ortadan kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla teslimde, kabulden farklı olarak hukuki sonuca yönelik olarak bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur⁵⁹. İş sahibi ancak eseri teslim aldıktan sonra ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilecektir. Dolayısıyla, iş sahibi ancak teslimden sonra eserdeki bozuklukları muayene etme imkanı bulacak ve bu noktadan sonra ya eseri kabul edecek ya da TBK m. 474 vd. hükümleri (mülga BK m. 359 vd.) çerçevesinde düzenlenen haklarına başvuracaktır. Tamamlanmamış eserlerin, kural

⁵³ Yarg. 15. HD., 23.03.1991 T., 3841/1451 (Turgut UYGUR, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku, C. 3, Ankara 2003, s. 7871).

⁵⁴ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için eserin teslim edilmiş olması gereğinden bahsetmiştir. Karar için bkz.: Yarg. 14. HD. 26.01.2006 T., 2005/10188 E., 2006/286 K. (www.kazanci.com).

⁵⁵ UÇAR, s. 106; DAYINLARLI, İstisna, s. 27; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 124 vd.; KARAHASAN, İnşaat, s. 191.

⁵⁶ UÇAR, s. 106, dn. 63.

⁵⁷ GÖKYAYLA, Ek İş, s. 193; UÇAR, s. 94; ERGEZEN, s. 68

⁵⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 127, 217;.

⁵⁹ BURCUOĞLU, s. 288.

olarak teslimi ve kabulü söz konusu olmayacağından, iş sahibi de bu eserin kabulüne zorlanamaz⁶⁰.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eserin ona teslim edilmesi şarttır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için ayıbın belirli bir ağırlıkta olması koşulu aynı zamanda eseri teslim almaktan kaçınma hakkı sağladığından, iş sahibi eseri teslim alıp sözleşmeden dönmek yerine, müteahhidi temerrüde düşürüp borçlu temerrüdü hükümlerine göre de sözleşmeden dönebilir⁶¹. Eğer eser tamamlanmadığı için teslim de edilemiyorsa, müteahhidin iş görme sürecinde özen borcuna aykırı davrandığı sonucuna ulaşılabilir; bu durumda müteahhidin temerrüde düştüğü doğruysa da, eser teslim edilmedikçe müteahhidin ayıp dolayısıyla sorumluluğuna başvurulamaz⁶². Müteahhit, eseri zamanında teslim edemezse temerrüde düşer ve bu konuda özel bir hüküm olmadığından iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri (TBK m.117-125, mülga BK m. 101-108) uygulama alanı bulur. Buna karşılık, teslim borcunun zamanında yerine getirilmesine rağmen, teslim edilen eserin ayıplı olması halinde ayıba ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Teslim, müteahhit tarafından eserin sözleşmede kararlaştırılan özelliklere göre tamamlanıp bitirildiği anlamına geldiğinden, teslimin gerçekleşmiş sayılması için iş sahibinin müteahhidin teslim iradesini anlaması gereklidir⁶³. Eser sözleşmesinde müteahhidin teslim borcunun ifası, imal edilen eserin taşınır veya taşınmaz oluşuna göre ya da bağımsız bir maddi varlığa sahip olup olmamasına göre değişecektir.

Müteahhidin eseri teslim borcu, eseri meydana getirme borcu yanında eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından birini teşkil eder. Eser kavramını; maddi eserler, maddi varlığa sahip olmayan eserler ve maddi olmayan şeylerin (fikri ürünler) maddi bir

⁶⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 40; TURANBOY, s. 154; EREN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 72; GÖKYAYLA, Ek İş, s. 193.

⁶¹ Halil AKKANAT, İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 7 vd.; GÜMÜŞ, s. 45; ÖZ, Dönme, s. 104.

⁶² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 134.

⁶³ UÇAR, s. 107.

şeyde somutlaşması halinde ortaya çıkan eserler olarak üç grupta toplayabiliriz⁶⁴. Bu gibi maddi bir şeyde somutlaşmayan, belli bir çalışmanın sonucu olan eserlerde, bunların üzerinde sürekli olarak biçimlenen nesnenin⁶⁵ verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olunur. Buna karşılık, bir duvarın boyanması, elektrik tesisatının yapılması, binanın döşenmesi gibi eser borçlarında, bağımsız bir eserin iş sahibine teslimi söz konusu olamaz⁶⁶. Öğretide bu gibi durumlarda da teslimden söz edilmekteyse de⁶⁷, burada teslimin, iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumun ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılması gereklidir⁶⁸. Öz'e göre⁶⁹, bağımsız bir maddi varlığı olmayan eserlerde teslimden bahsetmek, bu kuruma taşıyamayacağı kadar geniş bir anlam vermek olur. Örneğin: iş sahibinin evinde duvarları boyayan, parkeleri döşeyen müteahhidin işi tamamladıktan sonra orayı terk etmesi, artık "teslim" olarak nitelenmelidir. Zira müteahhit, böyle bir iş görürken herhangi bir şeye zilyet olmadığı gibi, iş bittikten sonra da iş sahibinin zilyetliğini sağlamak için rahatsız edici bir durumun ortadan kaldırılması da söz konusu değildir.

Taşınır eser imalinde teslim; tamamlanan eserin, müteahhit tarafından, mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi suretiyle yerine getirilir. Buradaki mülkiyeti geçirme borcu, işin niteliği gereği olan ve bu açıdan tarafların baştan sözleşmede kararlaştırdıkları bir borçtur⁷⁰. Eserin mülkiyetini geçirme borcu sadece, kullanılan malzemenin müteahhit tarafından tedarik edildiği taşınır eser imaline ilişkin durumlarda söz konusu olacaktır⁷¹. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı taşınır eser imaline yönelik sözleşmelerde ise, eser zaten iş sahibinin mülkiyetinde olduğundan, mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi de söz konusu olmayacaktır⁷².

⁶⁴TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 125; UÇAR, s. 105; DAYINLARLI, İstisna, s. 50; ARAL, Özel Borç, s. 349.

⁶⁵Örneğin, bilimsel görüş ve raporların yazıldığı kağıdın, müzik eserlerinin kaydedildiği bandın verilmesiyle de teslim borcu yerine getirilmiş olunur. Bkz.: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 125; KARAHASAN, İnşaat, s. 255.

⁶⁶ÖZ, Dönme, s. 167.

⁶⁷Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.:2, İstanbul 1977, s. 1013.

⁶⁸ÖZ, Dönme, s. 167; UÇAR, s. 110.

⁶⁹ÖZ, Dönme, s. 167 vd.

⁷⁰UÇAR, s. 107; DAYINLARLI, İstisna, s. 141; ÖZ, Dönme, s. 166.

⁷¹Bu tür sözleşmelerde müteahhidin teslim borcunun yanında satım akdine kıyasen mülkiyeti sağlama borcu da bulunmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 127; KARAHASAN, İnşaat, s. 258.

⁷²ÖZ, Dönme, s. 166; L. Müjde KURT, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 80; UÇAR, s. 108.

İmal edilen taşınır eserin mülkiyetinin nakli, eserin mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi hususunda anlaşarak, eserin zilyetliğinin iş sahibine devredilmesi ile olur. Buna göre, zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet iş sahibine geçmedikçe müteahhit teslim borcunu ifa etmiş sayılmaz⁷³. Zilyetliğin nakli ise çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Uygulamada en sık rastlanan zilyetliğin nakli şekli: elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim şeklindedir. Fakat zilyetliğin hükmen teslim veya havale yolu ile de geçirilmesi de mümkündür. Fakat bu son halde, iş sahibi bu tür bir zilyetlik devrine razı olmak zorunda değildir. İş sahibi, esere vasıtasız zilyet olması dışında kalan bu gibi devirlere razı olmadığı için alacaklı temerrüdüne de düşmüş sayılmaz. Yeter ki sözleşmede aksi kararlaştırılmamış veya işi niteliğinden, MK m. 2 uyarınca bunun mümkün olduğu sonucu çıkmıyor olsun⁷⁴.

Taşınmaz eserin teslimi ise, inşaatın iş sahibinin arsası üzerinde veya müteahhidin arsası üzerinde yapılmasına göre değişecektir. Taşınmazın inşası iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı durumlarda teslim kural olarak, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açık veya örtülü olarak iş sahibine veya yetkili temsilcisine bildirilmesiyle gerçekleşmiş olur⁷⁵. Burada müteahhidin iş sahibine eserin mülkiyetini geçirmesi söz konusu değildir. Zira, zaten bu durumda imal edilen inşaat arsanın bütünüyle parçası olup, arsa iş sahibinin mülkiyetindedir⁷⁶. Burada, zilyetliğin devrinden de söz edilemez. İş sahibi, MK m. 905 hükmü uyarınca zilyetliğin kendisine tanıdığı yetkileri haizdir. Şu halde, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda ifa, müteahhidin inşaatı eksiksiz olarak tamamladıktan sonra onu iş sahibinin yararlanmasına hazır şekilde terk etmesi suretiyle gerçekleşecektir. Fakat, eğer gerekiyorsa, bu durum müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmelidir⁷⁷. Eğer müteahhit, inşaatın tamamlandığını iş sahibinin anlayacağı tarzda onun tasarrufuna bırakmışsa, bu durumda ayrıca bildirimde bulunmaya gerek olmadığı kabul edilmektedir⁷⁸. Bu durumların tespitinde başvurulacak kural, MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı olacaktır. Sözleşmenin konusunu taşınmaz onarımının teşkil ettiği

⁷³ ÖZ, Dönme, s. 167.

⁷⁴ ÖZ, Dönme, s. 167; UÇAR, s. 108.

⁷⁵ İnşaat sahibi, müteahhidin beyanını beklemeden biten inşaatı kullanmaya başlarsa, inşaatı teslim aldığı kabul edilir. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37.

⁷⁶ ÖZ, Dönme, s. 168; UÇAR, s. 109.

⁷⁷ ÖZ, Dönme, s. 168 vd.

⁷⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37.

durumlarda, usulüne uygun bir teslimden söz etmek için, taşınmazda kurulan baraka, şantiye gibi şeyler ve taşınmazın içinde veya dışında bırakılan, iş sahibinin fiili egemenliğini engelleyecek malzeme ve inşaat artıklarının ortadan kaldırılması teslimin gerçekleşmiş sayılması için şarttır⁷⁹.

Eser müteahhidin arsası üzerinde yapılmışsa, bu borcun ifası, üzerindeki tamamlanmış yapı ile arsanın iş sahibi adına tescil edilmesi ile gerçekleşir. Bu sözleşmeler, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesinin bir arada bulunduğu bir “bileşik sözleşme” oluşturur⁸⁰. Burada inşaat tamamlansa dahi arsanın mülkiyeti iş sahibine geçirilmedikçe veya arsa mülkiyeti iş sahibine geçirilmiş fakat tamamlanmamış olması durumunda müteahhit, teslim borcunu ifa etmiş sayılmaz⁸¹.

Eser sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğundan, taraflar teslim borcunun ifa yerini kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla belirleyebilirler. Eserin bu şekilde teslimi götürülecek, gönderilecek veya aranılacak bir borcun konusunu teşkil edebilir. Eseri teslim borcunun ifa edileceği yer, tarafların açık veya kapalı irade beyanlarıyla belirlenmemişse ifa yerini tespiti TBK m. 89’a (mülga BK m. 73) göre belirlenecektir⁸².

Taşınmaz eserler bakımından teslim, taşınmazın bulunduğu yerde meydana getirilir. Dolayısıyla, taşınmaz şeylerin bütünleyici parçasını veya eklentisini teşkil edecek eserler de (makine gibi) şeyin bulunduğu yerde teslim edilmeli ve takılmalıdır⁸³.

Taşınır eserlerin teslim borcunun ifa yeri ise, taraflarca sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir. Sözleşmede ifa yerine ilişkin bir hüküm olmadığı durumda, MK m. 2 hükmü ışığında, tarafların bu konuya ilişkin iradeleri veya bu konuda uygulanan bir adet olup olmadığına bakılacaktır⁸⁴. Böyle bir tespit yapılamadığı durumlarda ise, malzemesi iş sahibi tarafından getirilmiş ve tamir veya işlemek için bırakılan taşınır eserler, aksi

⁷⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 125-126, ÖZ, Dönme, s. 169; KARAHASAN, İnşaat, s. 255; UÇAR, s. 110

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 8 dn.17.

⁸¹ ÖZ, Dönme, s. 168.

⁸² YAVUZ, Özel Hükümler, s. 337.

⁸³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 128; UÇAR, s. 111.

⁸⁴ UÇAR, s. 111.

kararlaştırılmadıkça iş sahibi tarafından aranmalıdır. Müteahhidin kendi malzemesiyle imal ettiği taşınır eserlerde ise durum genellikle yapılan eserin müteahhit tarafından iş sahibine götürülmesi şeklinde dir⁸⁵.

Eser sözleşmesinde eseri teslim anı, yarar ve hasarın iş sahibine geçmesi (TBK m. 483, mülga BK m. 368), ayıba karşı tekeffülde muayene ve ihbar sürelerinin başlaması (TBK m. 474/1, mülga BK m. 359), ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması (TBK m. 478, mülga BK m. 363) ve müteahhidin ücret alacağının muaccel olması (TBK m. 479, mülga BK m. 364) hususlarında önem tařır⁸⁶.

Teslimin yapılacağı tarih genellikle sözleşmede belirtilir; taraflar bu tarihi, ya belli bir takvim günü göstererek ya da bir süre tayin edip en geç bu sürenin dolması tarihinde eserin tesliminin yapılmasını öngörerek tespit edebilirler⁸⁷. Müteahhidin teslim borcunun muacceliyet anı, belirli bir vade (rneğin: 05.12.2012) veya süre belirlenebilir bir vade (rneğin: sözleşmenin kurulmasından itibaren on beş ay) şeklinde sözleşmede kararlařtırılabilir⁸⁸. Sözleşmede kararlaştırılan bu teslim tarihi iş sahibi tarafından kısaltılamayacağı gibi müteahhit tarafından da uzatılamaz⁸⁹.

Teslim zamanının anlaşmayla belirlenmediği durumlarda, sözleşmedeki bu boşluk işin niteliğine ve tarafların farazi iradelerine göre doldurulmalıdır. Bu yapılırken de, her somut olaya göre eseri meydana getirmek için, deneyimli bir uzmanın normal halde işe başlayıp devamlı bir çalışma sonucu, mutlak çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak işe ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır. Burada, ‘hemen ifa ilkesi’ (TBK m. 90, mülga BK m. 74) her zaman uygulanmamalı, ancak işin niteliğinin imal için çok az zaman gerektirdiği hallerde bu kural uygulanmalıdır⁹⁰.

⁸⁵ TANDOğAN, zel Borç İlişkileri, s. 128; KARAHASAN, İnaşaat, s. 258-259; UÇAR, s. 111.

⁸⁶ ARAL, s. 358.

⁸⁷ TANDOğAN, zel Borç İlişkileri, s. 128.

⁸⁸ AKKANAT, s. 10 vd.

⁸⁹ Fakat bu halde, sözleşmede sürenin kendiliğinden veya müteahhidin istemi üzerine uzatılmasını gerektiren haller ayrıca belirtilmiş olabilir.

⁹⁰ TANDOğAN, s. 129; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler, İSTANBUL 2012, s. 454; UÇAR, s. 113; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 312; GüMüş, s. 62; ARAL, s. 350.

İş sahibi, müteahhide imal veya inşaya ilişkin iş görme borcunu yerine getirmesi için uygun bir zaman vermelidir. Müteahhit, sözleşmenin kurulmasından sonra işin niteliğine göre objektif olarak makul görülebilecek bir zamanda işe başlamalı ve en uygun zamanda imal faaliyetini tamamlayarak imal ettiği eseri iş sahibine teslim etmelidir. Eğer müteahhidin işe zamanında başlamaktaki gecikmesi, teslim tarihinde işi bitiremeyeceğini açıkça gösteriyorsa iş sahibi, teslimden önce dönme hakkını düzenleyen TBK m. 473 hükmü (mülga BK m. 358) uyarınca sözleşmeden dönebilir⁹¹.

GümüŖ'e göre⁹², taraflar sözleşmede eserin tamamlanacağı anı belirli veya belirsiz vade olarak sözleşmede kararlaŖtırmıŖlarsa - yoksa teslim tarihini değil- , teslim borcu, vadesinde veya sözleşmenin kurulmasıyla doğduğu için TBK m. 90'ın (mülga BK m. 74) kıyasen uygulanmasıyla vade içerisinde eser tamamlandıktan sonra derhal muaccel olur.

Teslim zamanının gelmesine rağmen eseri tamamlamayan ve tamamlayıp da teslim etmeyen müteahhit temerrüde düşer. Müteahhidin temerrüde düşmede kusurunun bulunması Ŗart değildir. Temerrüde iliŖkin TBK m. 117 (mülga BK m. 101) hükümleri eser sözleşmesinde teslim borcunu ifada temerrütte de uygulanır⁹³.

2.2.2 Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması

2.2.2.1 Ayıp kavramı ve diğer bazı kavramlardan farkı

2.2.2.1.1 Ayıp kavramı

Eser sözleşmesinde ayıp kavramı, doktrinde çeŖitli Ŗekillerde tanımlanmıŖtır. Bazı yazarlara göre⁹⁴, eser sözleşmesindeki ayıp kavramı ile satım sözleşmesindeki ayıp kavramı⁹⁵ aynı anlamı taŖımaktadır. Bu görüŖe göre, eser sözleşmesinde ayıp kavramı,

⁹¹ İşe başlama ve yürütmekte gecikme sebebiyle sözleşmeden dönme için bkz. ÖZ, Dönme, s. 47 vd.

⁹² GÜMÜŖ, s. 62.

⁹³ ÖZ, Dönme, s. 153 vd; GÖKYAYLA, Ek İş, s. 198.

⁹⁴ ŖENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 92, dn. 65'teki yazarlar.

⁹⁵ Satım sözleşmesinde ayıba karŖı tekeffül için bkz. Seyfullah EDİS, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba KarŖı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 7 vd; C. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s 13 vd.

bir eserin aynı türden başka bir eserin ortalama vasıflarıyla karşılaştırıldığında taşımaması gereken özellikleri taşıması veya olması gereken özelliklerin olmamasıdır⁹⁶. Isı yalıtımının yetersiz olması⁹⁷, sözleşmeye göre muslukların markasının E.C.A marka olması gerekirken başka marka musluk kullanılmış olması⁹⁸, kalorifer kazanının eski olması⁹⁹ ayıplı esere ilişkin sayılabilecek birkaç örnektir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁰⁰, eser sözleşmesindeki ayıp kavramını açıklamak için satım sözleşmesine yollama yapmak uygun değildir. Eser sözleşmesinde, eser henüz yeni meydana getirileceğinden, satım sözleşmesindeki tanıma paralel olarak yapılan “aynı türden eserin normal vasıflarının” tespiti güç olacaktır. Bu sebeple ayıp kavramı, eser sözleşmesinin özelliği dikkate alınarak somut şekilde ifade olunmalıdır¹⁰¹. Bu çerçevede ayıp kavramının içeriği belirlenirken, öncelikle, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılmalıdır. Sözleşme ele alınırken bakılacak ilk husus, taraflar arasında eserin vasıfların neleri içermesi konusunda açık bir anlaşmanın olup olmadığıdır. Üzerinde anlaşma olmayan durumda ise, sözleşmenin yorumundan hareketle tarafların zımnen bu konuda bir anlaşma yapıp yapmadıklarına bakılacaktır. Zımnî anlaşmanın dahi olmadığı durumlarda, sözleşmenin tümü dikkate alınacak ve dürüstlük kuralına göre eserin taşıması gereken vasıflar belirlenecektir. Bu anlamda ayıp, eserin sözleşmeye göre taşıması gereken nitelikleri taşımaması hali veya bu hususta özel bir hüküm olmasa da, sözleşmenin niteliği ve içeriği dikkate alındığında, MK m. 2 hükmü gereği eserde mevcut olması gereken vasıfların eksikliği şeklinde ortaya çıkacaktır¹⁰². Dolayısıyla ayıp, iki ayrı anlam içermektedir. Bunlardan ilki, müteahhidin eserde gerçekleşeceğini taahhüt ettiği niteliklerin mevcut olmaması

⁹⁶Mustafa Cahit GÜNEL, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergün Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 411; UYGUR, Sorumluluk Hukuku, s. 7832; ŞENOCAK, s. 92; ALTAŞ, s. 207; TURANBOY, s. 159.

⁹⁷ Yarg. HGK. 27.3.1991 T., 1990/15-554 E., 1991/159 K. (Bkz. KOSTAKOĞLU, s. 602)

⁹⁸ Yarg. 15. HD. 25.11.1991 T., 1991/2161-5661 K. (www.kazanci.com).

⁹⁹ Yarg. 15. HD. 25.11.1991 T., 1991/2161-5651 K. (www.kazanci.com).

¹⁰⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 135. Tandoğan ise bu konuda benzer bir görüş sergilemekte olup, Selici’den farklı olarak, eser sözleşmesinde ayıp kavramını açıklamak için tek başına satım sözleşmesindeki tanıma bakılmasının uygun olmadığını düşünmektedir. Bu görüş için bkz.: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 161.

¹⁰¹ŞENOCAK, Ayıbm Giderilmesi, s. 93.

¹⁰²SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 136; ÖZ, Dönme, s. 92; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 162; ŞENOCAK, Ayıbm Giderilmesi, s. 93; UÇAR, s. 124 vd.; TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1015 vd.; Fikret EREN, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci- Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 78; ERGEZEN, s. 70.

halidir¹⁰³. Örneğin: çatının su geçirmeyeceğinin¹⁰⁴ taahhüt edilmesi buna bir örnektir. Sözleşmede üzerinde anlaşılan vasıf eksik olmasına rağmen eser teknik açıdan kusursuz da olsa, yine de ayıplıdır. Hatta eser, sözleşmede kararlaştırılan vasfı taşımadığından dolayı daha değerli veya sağlam dahi olsa yine de ayıplıdır¹⁰⁵. Zira müteahhit, herhangi bir şekilde kullanıma uygun olanı değil, sözleşmede kararlaştırılan koşullara göre inşaatı yapmakla yükümlüdür¹⁰⁶. İkinci anlamda ayıp ise, eserin vasıflarının önceden kararlaştırılmamış olmasına rağmen, dürüstlük kuralı gereği eserin kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olmasıdır¹⁰⁷. Başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, müteahhit kullanılmaya elverişli normal bir eserin kalitesinde bir eser teslim etmekle yükümlüdür. Eserin normal yapısı, onun çeşidi ve kullanım amacına göre belirlenecektir. Müteahhit, herhangi bir şekilde kullanmaya elverişli bir eser değil, somut sözleşmedeki kullanım amacına elverişli bir eser teslim etmekle yükümlüdür¹⁰⁸.

Son olarak, ayıp kavramı “nispi” bir kavramdır¹⁰⁹. Zira, eserin ayıplı olması somut sözleşmenin içeriğine bakılarak anlaşılacaktır. Bunun tespiti için de yukarıda açıkladığımız üzere sözleşmede aranan özelliklerle, eserin fiilen taşıdığı özellikler karşılaştırılacak veya sözleşmede kararlaştırılmamış dahi olsa lüzumlu vasıfların mevcut olup olmadığına bakılacaktır. Dolayısıyla, eserdeki ayıp her sözleşme ilişkisine göre farklılık gösterebilecektir¹¹⁰.

¹⁰³ Bu taahhüt olumlu veya olumsuz olabilir. Örneğin çatının su geçirmeyeceğinin taahhüdü olumsuz, fayansların yüksek kalitede olacağı olumlu taahhüde örnektir. Bkz.: ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 165.

¹⁰⁴ BGE 93 II 316 (BURCUOĞLU, s. 285, dn. 4’den naklen).

¹⁰⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 163; ÖZ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 138.

¹⁰⁶ KOSTAKOĞLU, s. 547.

¹⁰⁷ BURCUOĞLU, s. 285; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 162 vd.

¹⁰⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 164; ERGEZEN, s. 71; UÇAR, s. 129.

¹⁰⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 164; ÖZ, Dönme, s. 135; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 339.

¹¹⁰ ERGEZEN, s. 74; UÇAR, s. 126 vd.; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 105.

2.2.2.1.2 Diğer bazı kavramlardan farkı

2.2.2.1.2.1 Ayıp ve eksik iş ayrımı

Ayıplı iş ve eksik iş birbirinden farklı kavramlardır¹¹¹. Eksik iş halinde, kural olarak, teslim gerçekleşmiş olmaz ve dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümleri de uygulama alanı bulmaz¹¹². Ayıplı iş, vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, eksik iş yapılmayan işi ifade eder¹¹³. Dolayısıyla, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye veya dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı da tartışılmayacaktır. Eksik işe örnek olarak: yapılması gereken mobilyaların yapılmamış olması, veya parke döşenecekse döşenmemiş olması gösterilebilir. Ayıplı işte ise eser meydana gelmiştir fakat, eserde sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre olması gerekenle fiili olarak yapılan arasında farklılık söz konusudur.

Bazı hallerde eser veya inşaatta bir eksiklik mi yoksa ayıp mı olduğunun tespiti güç olabilir. Müteahhidin, sözleşme ile üstlendiği edimlerin bir kısmını ifa etmemesi eksik iş olduğu halde, eksik olmadan yalpan bir işin nitelik bakımından bozuk olması ayıbı ifade eder¹¹⁴. Eseri tamamlamak için yeni bir çalışma ortaya koymak gerekiyorsa eksik işten, eserin sözleşmede öngörülen niteliklere aykırı bir şekilde yapılmış olması ve yapılması gereken çalışma eserin hali hazırdaki bir parçasında değişiklik yapılmasından ibaretse ayıplı işten bahsedilecektir¹¹⁵. Örneğin: bütün evin duvarları boyanıp da bir tanesi boyanmadan bırakılırsa eksik iş söz konusu olacakken, duvarlardan birisindeki boyanın kabarması durumunda ayıplı iş söz konusudur veya sarıya boyanacak olan duvarın yeşile boyanması, birinci sınıf parke kullanılması gerekirken üçüncü sınıf parke

¹¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda, “Noksan iş ayıplı iş değildir. Noksan işte, iş yapılmadığından, vasfının uygun olup olmadığı üzerinde durulmaz. O halde noksan işi ayıplı işlerle bir arada ifade etmek ve yasadaki ayıplı işler kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır. Buna göre noksan işlerin ihbar olmasa dahi zamanaşımı süresince tazmini dava edilebilir” diyerek eksik iş ve ayıplı işin birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir. (Yarg. HGK. 13.6.1979 T., 977/13-1270 E., 879/824 K. (KOSTAKOĞLU, s. 548).

¹¹² GÜMÜŞ, s. 48 vd; KOSTAKOĞLU, s. 448.

¹¹³ UYGUR, Sorumluluk Hukuku, s. 7829; BURCUOĞLU, s. 286; Sanem AKSOY DURSUN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı, Legal Hukuk Dergisi, Y.;2011, C.; 9, S.; 101, s. 1847.

¹¹⁴ GÖKYAYLA, Ek İş, s. 138.

¹¹⁵ KURT, s. 70.

kullanılması durumunda da ayıplı iş vardır¹¹⁶. Yargıtay da verdiği kararlarda¹¹⁷ eksik iş ve ayıplı iş kavramları arasındaki farkı bu şekilde belirtmektedir.

Eksik iş ve ayıplı işin ayırıldılmesinin önemi daha çok doğacak olan hukuki sonuçlar açısından dır. Şöyle ki, eksik eser teslimi durumunda, borca aykırılığın genel hükümleri uygulanır (TBK m. 112 vd, mülga BK m. 96 vd.). Dolayısıyla, eksik eser teslimi durumunda, iş sahibi genel zamanaşımı süresi içerisinde aynen ifa talebini koruduğu gibi, müteahhide karşı borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde hareket edebilir; ayıplı ifaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz. Ayıplı iş halinde ise, eser sözleşmesine özgü özel hükümler uygulanacaktır¹¹⁸.

Ayıplı ve eksik iş kavramlarının doğal bir diğer sonucu da, ayıplı iş halinde muayene ve ihbar yükümlülüğü varken, eksik iş halinde böyle bir yükümlülük yoktur. Ayıplı işlerde, ihbar ve muayene yükümlülüğünün ihlali halinde iş sahibi haklarını kaybederken, eksik iş halinde böyle bir durum söz konusu değildir. Eksik işlerde zamanaşımı süresi içinde iş sahibi eksik işin tamamlatılmasını isteyebilir¹¹⁹. Eksik ifa halinde teslimin gerçekleşmeyeceği kuralı bu görüşü savunan yazarlar¹²⁰ tarafından dürüstlük kuralı ile sınırlanmaktadır. Buna göre, mevcut olan eksiklik ufak bir çalışmayla giderilebilecek durumda ise eksik iş nedeniyle eserin tesliminin gerçekleşmediğini savunmak hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden eser teslim edilmiş sayılmalıdır. Yargıtay da¹²¹, ‘*eksikliğin az ve arsa sahibi tarafından katlanılabilir boyutta*’ olması halinde, teslimin gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmektedir.

İş sahibinin, tamamlanmamış bir eseri fiilen kullanmaya başlaması, her ne kadar eseri bu haliyle teslim aldığına karine teşkil etse de, iş sahibi içinde bulunduğu zorunlu sebeplerden dolayı veya ihtirazi kayıt ileri sürerek eksik eseri kullanmaya başlamışsa, iş

¹¹⁶ İzzet KARATAŞ, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 150.

¹¹⁷ Yarg. 15. HD. 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.: “*Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir*”. (www.kazanci.com).

¹¹⁸ ÖZ, Dönme, s. 94 vd.; BURCUOĞLU, s. 286; KARATAŞ, s. 150; AKSOY DURSUN, s. 1854.

¹¹⁹ GÖKYAYLA, Ek İş, s. 138-139; AKSOY DURSUN, s. 1860; Efrail AYDEMİR, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2012, s. 233.

¹²⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 40; GÜMÜŞ, s. 48-49; KURT, s. 70; UÇAR, s. 103.

¹²¹ Yarg. 14. HD. 20.11.2003 T., 5341/8244 ; Yarg. 14. HD., 19.04.2002 T., 2697/3044 (GÜMÜŞ, s. 49, dn. 258). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 15. HD. 03.11.2004 T., 2004/1391 E., 2004/5609 K. (www.kazanci.com).

sahibinin eseri ifa maksadıyla teslim aldığı söylenemeyecek ve teslim de gerçekleşmiş sayılmayacaktır¹²².

2.2.2.1.2.2 Ayıp ve aliud ayrımı

Aliud, sözleşmede kararlaştırılan ve borçlanılan edimden tamamen farklı bir şeyin ifa ve teslim edilmesidir¹²³. Örneğin, bir spor salonu yerine güzellik salonu inşa edilmesi veya palto yerine etek dikilmesi halinde aliud söz konusu olur.

Aliud, basit anlamda bir ifa dahi kabul edilmediğinden, ayıplı ifa durumu da söz konusu olmayacaktır. Bu durumda müteahhit, hiçbir şey teslim etmemiş sayılacaktır. Dolayısıyla iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin hükümlere dayanacaktır¹²⁴ (TBK m. 112 vd, mülga BK m. 96 vd.). Bu çerçevede, iş sahibi on yıllık genel zamanaşımı süresince ifayı talep hakkına sahip olacaktır (TBK m. 146, mülga BK m. 125). İş sahibi bu hakkını, ortada ayıplı bir ifa olmadığından eseri muayene ve ihbar külfeti olmadan kullanacaktır¹²⁵.

Ayıplı ifa halinde ise borçlanılan edime uygun olmayan bir edim vardır. Bu sebeple ayıplı ifa ile aliudun sınırını dikkatli çizmek gerekir¹²⁶. Ayıplı ifada ayıba rağmen ortada bir ifa bulunduğu halde, aliud tesliminde ortada bir ifa yoktur.

Son olarak ayıplı bir eserin mi yoksa tamamen başka bir şeyin mi teslim edildiği konusunda hakimin takdiri büyük rol oynayacaktır. Hakim bu kararına yardımcı olmak üzere, ilgili branşın iş çevrelerindeki hakim görüşü dikkate alarak bir sonuca ulaşacaktır¹²⁷.

¹²² SELİÇİ, İnşaat, s. 37; ÖZ, Dönme, s. 169; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; KURT, s. 71.

¹²³ Kevork ACEMOĞLU, Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine, İ.Ü. MHAD, C.; 6, S.; 9, 1972, s. 19; N. YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 443; Rona SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 127.

¹²⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 166; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 456.

¹²⁵ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 106.

¹²⁶ ACEMOĞLU, s. 19.

¹²⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 166.

2.2.2.2 Ayıp türleri

Ayıp türünün belirlenmesi, müteahhidin sorumluluğunun sınırının çizilmesinde ve iş sahibinin başvurabileceği hakların belirlenmesinde önemli rol oynar. Şöyle ki, ileride daha kapsamlı açıklayacağımız üzere¹²⁸, iş sahibinin seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesinin şartlarından birisi eserde meydana gelen ayıbın eseri, kullanılmayacak veya hakkaniyet gereği iş sahibinden kabulü beklenemeyecek kılması veya eserin sözleşmede kararlaştırılan bazı niteliklere açıkça aykırılık taşıyor olmasıdır.

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen maddelerde açık-gizli, önemli-önemsiz ayıp şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Bunun dışında, eserdeki ayıplar, doktrin tarafından ve Yargıtay kararlarında da maddi-hukuki, asli-ikincil ayıplar şeklinde ayırlara tabi tutulmuştur¹²⁹.

2.2.2.2.1 Açık ve gizli ayıplar

Açık ayıplar, ilk bakışta görülebilen veya basit bir muayene ile anlaşılabilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıplar, ilk başta gözle görülemeyen veya basit bir muayene ile anlaşılabilen, sonradan kullanılmakla ortaya çıkan ayıp türleridir¹³⁰. Başka bir anlatımla, eserin teslim alınması ve “usulü veçhile muayenesinde” görülebilen ayıplar açık, görülemeyenler ise gizli ayıplardır¹³¹.

Bu ayırımın önemi kendini müteahhidin sorumluluğunda gösterir. Şöyle ki kanuna göre, açık ayıplardan dolayı müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için iş sahibinin ‘işlerin olağan akışına göre’ o şeyi muayene edip, ayıpları müteahhide bildirmesi gerekir¹³².

¹²⁸ Bkz. ileride s. 43 vd.

¹²⁹ Satım sözleşmesindeki ayıp türleri için bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 128 vd.

¹³⁰ UYGUR, Sorumluluk Hukuku, s. 7829; UÇAR, s. 130.

¹³¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.143; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167; UÇAR, s. 130-131; ERGEZEN, s. 75; KOSTAKOĞLU, s. 448.

¹³² Yarg. 15. HD. 5.5.1980 T., 1980/1151 E., 1980/1144 K. : Yargıtay bu kararında, açık ayıpların imkan bulur bulmaz derhal bildirilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Karar için bkz. Kemal DAYINLARLI, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 30. Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. 02.05.2007

Kanundaki muayeneden kasıt, gözle veya elle yapılan ve inşaat bünyesine nüfuz edilemeyen bir incelemedir. Örneğin: sıva, badana ve boya işçiliğindeki kalite veya açıkça göze çarpan ayıplı malzeme, el veya gözle yapılabilecek basit bir incelemede saptanabilecek kusurlar açık ayıptır¹³³.

Gizli ayıplar ise, ilk bakışta fark edilemeyen, sonradan yapılacak detaylı bir muayene ile anlaşılan ayıplardır. Bu tür ayıplar genelde eserin yapısıyla ilgili olan ve eserin kullanılmasıyla anlaşılan ayıplardır¹³⁴. Gizli ayıplarda, ayıp ortaya çıktığında veya iş sahibi tarafından öğrenildiğinde müteahhide bildirilmesi gerekir. Bu yönden eserin hiçbir itiraz ileri sürmeden teslim alınması, iş sahibini bu yöndeki hakkını kullanmaktan yoksun bırakmayacağı gibi, müteahhidi de sorumluluktan kurtarmayacaktır¹³⁵. Gizli ve açık ayıplarda müteahhidin sorumluluğu, zamanaşımı süreleriyle sınırlıdır. Dolayısıyla, bu sürelerde bildirilmeyen ayıplardan dolayı iş sahibi müteahhide karşı olan haklarını kaybeder ve müteahhit sorumluluktan kurtulur¹³⁶.

2.2.2.2.2 Önemli ve daha az önemli ayıplar

Türk Borçlar Kanunu'nun yaptığı diğer bir ayırım da önemli ve daha az önemli ayıp ayırımıdır¹³⁷. TBK m. 475 hükmünde, önemli ayıp; eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine göre aynı ölçüde aykırı olması şeklinde tanımlanmıştır. Buna karşılık, bu derece ağır olmayan yani eseri kullanılamaz kılmayan, iş sahibince eserin kabulünün

T., 2006/2294 E., 2007/2903 K.; Yarg. 14. HD. 31.10.2011 T., 2011/11457 E., 2011/13044 K.; Yarg. 15. HD. 15.12.2005 T., 2004/7298 E., 2005/6856 K. (www.kazanci.com).

¹³³ KOSTAKOĞLU, s. 548-549.

¹³⁴ Efrail AYDEMİR, Eser Sözleşmesi Ve İnşaat Hukuku, Ankara 2012, s. 240.

¹³⁵ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, ' İdare üç su deposuna ait işi tasfiye etmiş, ancak sızdırmazlık testi yaptırmamıştır. İkinci yüklenici işi yapıp teslim etmesine rağmen, depoların sızdırdıkları görülmüştür. Bu durumda her iki yüklenici de sorumludur. Yarg. 15 HD. 01.11.1984 T., 84/3782-3312 (AYDEMİR, s. 241, dn. 115). Yargıtay yine buna benzer bir kararında da, Brandaların sonradan solmasının gizli ayıp olduğunu, iş sahibinin buna dayanarak ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabileceğini belirtmiştir. Bkz. Yarg. 15 HD. 08.04.1999 T., 99/1191-1331 (AYDEMİR, s. 241, dn. 115).

¹³⁶ ERGEZEN, s. 75.

¹³⁷ Türk Borçlar Kanununun satım (m. 219) ve eser (m. 475) sözleşmelerinde ayıbı düzenleyen hükümlerin aksine 4077 Sayılı TKHK' da ayıp kavramı tüketicinin lehine genişletilerek önemli, önemsiz ayıp kavramına yer verilemeyerek hizmeti arz eden (müteahhit) her türlü ayıptan sorumlu tutulmuştur (TKHK m. 4).

reddini haklı göstermeyen veya sözleşme hükümlerine bu derece aykırılık teşkil etmeyen ayıplar ise daha az önemli ayıplardır.

Kanunda ayıbın, bu şekilde ayırdedilmesi, iş sahibinin ayıptan dolayı başvurabileceği hakları açısından önem taşımaktadır. Şöyle ki konumuz olan ve iş sahibinin ayıptan dolayı sözleşmeden dönebilmesinin şartlarından birisi de TBK m. 475'e göre ayıbın "önemli ayıp" teşkil etmesidir. Buna karşılık ayıbın niteliği bu denli ağır değilse, iş sahibi bedelden indirim veya eserin ücretsiz onarımı haklarına başvurabilecektir (TBK m. 475/2-3, mülga BK m. 360/2).

Eser sözleşmesinde, önemli ve daha az önemli ayıptan söz edilmesine rağmen, önemsiz ayıba yer verilmemiştir. Oysa, satım sözleşmesinde, satıcı önemsiz ayıplardan dolayı sorumlu değildir (TBK m. 219, mülga BK m. 194). Eser sözleşmesinde ise, iş sahibinin önemsiz ayıplardan dolayı sorumlu olup olmayacağı MK m. 2 dürüstlük kuralına göre belirlenecektir. Buna göre, ayıbın önemsizliği karşısında iş sahibinin sözleşmeden dönme dışındaki¹³⁸ diğer haklarına başvurması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, iş sahibi söz konusu haklara başvuramayacaktır. Özellikle yapı işlerini düzenleyen teknik şartnamelerde işin icrasında kabul edilmiş olan toleranslar ayıp teşkil etmez¹³⁹.

2.2.2.2.3 Maddi (fili) ve hukuki ayıplar

Eserdeki ayıp maddi veya hukuki ayıp şeklinde de meydana çıkabilir. Maddi ayıp, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Tunçomağ'a göre¹⁴⁰, maddi ayıp; bir eşyanın, aynı cinsten normal parçalarla karşılaştırıldığında, kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan her türlü kötü niteliklerdir. Edis'e göre ise¹⁴¹, maddi ayıp; bir eşyada bulunan fiziki eksikliklerdir. Tüm bu tanımlamalar göz önünde tutulduğunda maddi ayıp; iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik, sözleşmeyle kararlaştırılan veya sözleşme konusu şeyin maddi yapısına ilişkin özelliklerin ya da

¹³⁸ Sözleşmeden dönme için ayıbın önemli olması gerektiği açıkça arandığından, önemsiz ayıpların varlığı halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması zaten mümkün değildir.

¹³⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 144.

¹⁴⁰ TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 119.

¹⁴¹ EDİS, s. 13.

dürüstlük kuralınca taşınması gereken fiziki özelliklerin eserde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir¹⁴².

Hukuki ayıplar ise; kanunda belirtilen veya sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin yokluğuna sebep olan veya eserin değerini ya da amacını olumsuz yönde etkileyen ve hukuk düzeni dolayısıyla ortaya çıkan ayıplardır. Hukuki ayıplar çoğu zaman kamu hukukunun binalar, makineler, araçlar ve diğer imal olunan şeylerin kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka açıdan koyduğu kurallara uyulmamasından ortaya çıkarlar¹⁴³. Ayıbın kamu veya özel hukuktaki bir kurala aykırı olması fark yaratmaz. Fakat ayıba sebep olan hukuk kuralları çoğu zaman kamu hukuku kaynaklıdır¹⁴⁴. Hukuki ayıba örnek olarak; iskan ruhsatının alınmaması¹⁴⁵, makinenin bir ülkenin ithal şartlarına uymaması gibi haller gösterilebilir.

Öz'e göre¹⁴⁶, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler (satım sözleşmesindeki aksine) sadece maddi ayıplar göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukuki ayıpların varlığı halinde iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil genel hükümlere başvurabilecektir. Fakat, eserdeki hukuki ayıp (örneğin, oturma izni alınmamış olması), eserdeki maddi bir ayıp yüzünden ortaya çıkmışsa iş sahibi bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir. Seliçi'ye göre ise¹⁴⁷, eğer müteahhit oturma izni almayı üstlenmişse, kural olarak teslim, oturma izninin alınmasına bağlıdır. Ancak, oturma izni olmadan, inşaat sahibi inşaatı teslim almış, fakat daha sonradan oturma izni alınamıyorsa sözleşmedeki şartlara aykırılıktan doğan bir ayıp söz konusu olacak ve iş sahibi TBK m. 474 vd. hükümlerine başvurabilecektir.

¹⁴² ERGEZEN, s. 76; UÇAR, s. 133.

¹⁴³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167.

¹⁴⁴ ERGEZEN, s. 76.

¹⁴⁵ *İskan ruhsatının alınmaması da 'hukuki ayıp' sayılır. Davacının, az önce sözünü edilen ruhsat olmadan eseri teslim almasıyla 'teslim' gerçekleşmiş olur. Karar için bkz.: Yarg. 15. HD. 04.03.1996 T., 1996/424 E., 1996/1062 K.; Yarg. 15. HD. 29.9.1977 T., 1658 E., 1748 K., Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. 25.5.1989 T., 4421 E., 2513 K. (Bkz.: SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 138, dn. 42).*

¹⁴⁶ ÖZ, Dönme, s. 93.

¹⁴⁷ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 138.

2.2.2.2.4 Asli ve ikincil ayıplar

Asli ayıplar eserin teslimi anında, eserde bulunan ayıplardır. İkincil ayıplar ise, teslim sırasında mevcut bir ayıbın, teslimden sonra sebep olduğu (örneğin: betonun ayıplı olması yüzünden duvarın yıkılması) ayıplardır¹⁴⁸. Başka bir anlatımla, eserin teslimden sonra bozulması veya bazı vasıflarını kaybetmesi, daha önceki bir ayıpla bağlantılı ise bu durumda mevcut ayıbın teslimden sonra neden olduğu bir ‘ikincil ayıp’ söz konusudur. Bu durumda, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilecektir. Buna karşılık teslimden sonra ortaya çıkan bozukluk, eserde önceden mevcut olan bir ayıptan kaynaklanmıyorsa bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmayacaktır¹⁴⁹. Bu durumda iş sahibinin uğradığı zararların tazmini Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri çerçevesinde giderilmelidir¹⁵⁰.

2.2.3 Sözleşmeden Dönme Hakkının Koşulu Olan Önemli Ayıplar

2.2.3.1 Kural

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları içinde sonuçları itibariyle en ağırı olduğundan, dönme hakkı bazı özel koşullara bağlanmıştır. Zira, meydana getirilen eser iş sahibinin ihtiyaçları ve istekleri doğrultusunda meydana getirildiğinden, dönme sonucu iade edilen eserin bir başkasına satılması ve devri zordur¹⁵¹.

Mülga Borçlar Kanunu’nun 360’ıncı maddesinde, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için iş sahibinin ayıplı eseri kullanamaması ve dürüstlük kuralına göre eserin kabulünün iş sahibinden beklenemeyecek derecede ayıplı olması şartları bir arada aranıyordu. Doktrinde yapılan eleştirilere de uygun olarak mülga BK m. 360 hükmü TBK m. 475 ile değiştirilmiş ve iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için ayıplı eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı

¹⁴⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167.

¹⁴⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 142; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 166-167; UÇAR, s. 134.

¹⁵⁰ ÖZ, Dönme, s. 93.

¹⁵¹ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 50.

şartlarından bir tanesinin olması yeterli hale gelmiştir¹⁵². Madde metninde eserin kullanılmazlığı ve kabulün beklenilmezliği arasında yer alan ‘veya’ kelimesi, her iki durumun da dönmenin alternatif şartları olduğunu göstermektedir¹⁵³. Türk Borçlar Kanunu’nda iş sahibinin seçimlik hakları, mülga Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak ayrı bentler halinde düzenlenmiştir. İş sahibi bu ölçüde ağır olmayan ayıplar açısından sözleşmeden dönme dışındaki diğer haklarına başvurabilecektir¹⁵⁴. Buna karşı hiç şüphesiz, iş sahibi ayıbın bu ağırlıkta olmasına rağmen sözleşmeden dönme yerine, somut olayın koşulları uygun düştüğü takdirde, diğer seçimlik haklarına da başvurabilmelidir.

2.2.3.2 Eserin iş sahibi tarafından kabule zorlanamayacak durumda olması

İş sahibinin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eser karşısında bulunup bulunmadığı, her somut olayda, o somut olayın koşulları göz önüne alınarak ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenecektir¹⁵⁵. Somut olaya göre bir değerlendirme yapılırken de, ayıbın çeşidi ve kapsamı bakımından olayın tüm önemli koşulları göz önüne alınarak sözleşmeden dönmenin haklı olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, ücret indirimi veya gecikecek onarımın iş sahibine yaramayacak olması kabulün beklenilmezliğini, ayıbın kolay giderilebilecek nitelikte olması veya iş sahibinin dönme hakkını kullanmada gereksiz gecikme kabulün beklenebileceğini gösterir¹⁵⁶.

¹⁵² GÖKYAYLA, Sempozyum, s. 289.

¹⁵³ Türk Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemesine rağmen İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde kabul edilen görüş, dönme hakkının asıl şartının eserin kabulünün beklenilmezliği olduğu; eserin kullanılmazlığının eserin kabulünün beklenilmezliği şartının uygulama alanlarından biri olduğu yönündedir. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 181; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 51.

¹⁵⁴ “İşin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, iş sahibinin işin değer eksikliği oranında fiyatı indirmeye, eğer o işin tamiri büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhidi tamir yapmaya mecbur edebilir”. Karar için bkz. Yarg. 9. HD. 21.03.1963 T., 1963/2274 E., 1963/2225 K. (OLGAÇ, İstisna Akdi, s. 44).

¹⁵⁵ Senai OLGAÇ, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunları C.: 2, İstanbul 1966, s. 790; Yarg. 15. HD. 16.04.1974 T., 274 E., 360 K.: ‘davalının yaptığı şeyi iş sahibinin kullanamayacağı ve nasafet kaidesi uyarınca kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve hayati tehlike arz ettiği...’ (TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 181); Yarg. 15. HD. 30.11.2010 T., 2010/6165 E., 2010/6551 K. (www.kazanci.com).

¹⁵⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 182. Yarg. 15. HD. 30.11.2010 T., 2010/6165 E., 2010/6551 K. www.kazanci.com.

Eserdeki ayıbın onarım yoluyla ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu hallerde, bu onarıma razı olmak iş sahibinden beklenemez ise, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını yine de kullanabilecektir¹⁵⁷. Örneğin: müteahhidin teslim ettiği yapıda iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek derecede ayıplar bulunsa dahi, ekonomik açıdan çok güçlü bir inşaat şirketinden bunların onarımını istemek, onarım masrafı katlanılmaz olmayacağı için mümkün sayılabilir. Bu gibi istisnai durumlarda, iş sahibi onarım talep edebileceği yerde sözleşmeden dönme hakkına başvurabilecektir¹⁵⁸. Ancak bu noktada unutmamak gerekir ki, eğer onarım aşırı bir masrafı gerektirmiyorsa, sözleşmeden dönme dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, bu çerçevede yapılan bir değerlendirme neticesinde iş sahibi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ölçüde sözleşmeden dönecektir¹⁵⁹.

Eserin kabul edilemez nitelikte olup olmadığı tespit edilirken bakılması gereken husus öncelikle, eserdeki ayıbın iş sahibinin sözleşmeyi kurarken güttüğü amaca aykırılık teşkil edip etmediğidir. Özellikle, eserin sözleşmede kullanma biçimi belirlenmişse, eserin kabule elverişli olup olmadığı buna göre belirlenecektir¹⁶⁰. Ayrıca, eserin kabul edilemez nitelikte olup olmadığı belirlenirken aşağıdaki sorular da sorulabilecektir¹⁶¹. Bu sorulara verilecek cevaba göre ayıbın ağırlığı belirlenecek ve iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına başvurup başvuramayacağı anlaşılacaktır. Bu belirlemeye yardımcı olabilecek bazı sorular şunlardır;

- Eserdeki ayıp, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakların kullanılmasıyla iş sahibi açısından tatmin edici bir sonuç doğuracak mı?
- Eserdeki ayıplı parça/parçalar eserin tümüne zarar vermeden değiştirilebilir mi?
- Geri verilen eser müteahhit açısından tekrar değerlendirilebilir mi?
- Eserdeki ayıbın ortadan kaldırılması için harcanması gereken emek, para ve zaman nedir?

¹⁵⁷ Yarg. 15. HD., 09.11.2010 T., 2010/5489 E., 2010/6137 K., Yarg. 15. HD. 06.02.2007 T., 2006/61 E., 2007/653 K.; Yarg. 15. HD. 01.07.2008 T., 2007/4600 E., 2008/4428 K.; Yarg. 15 HD. 21.10.2010 T., 2010/3898 E., 2010/5586 K. (www.kazanci.com).

¹⁵⁸ Örnek için bkz. ÖZ, Dönme, s. 107.

¹⁵⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 163.

¹⁶⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 163; ÖZ, Dönme, s. 107.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGEZEN, s. 89.

Eserdeki ayıbın, iş sahibinin kabulden kaçınmasını gerektirecek derecede ağır olup olmadığına bakılırken, iş sahibinin amaçları yanında, müteahhidin durumunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Zira kanun koyucunun dönme hakkını bu şekilde ağır şartlara bağlamasının sebeplerinden birisi de sözleşme taraflarının çıkarlarını dengelemektir.

Eserde birden fazla ayıp mevcut olmakla birlikte, bu ayıplardan hiç biri tek başına, iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı vermese de eğer bütün eksiklikler birlikte değerlendirildiğinde, eserdeki ayıp iş sahibinin kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı bir eser ise, sözleşmeden dönme imkanı mevcut olmalıdır¹⁶².

İş sahibini, ayıplı eseri kabul etmeye zorlamanın hakkaniyete uygun olup olmadığı her somut olayın şartları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Sözleşmeden beklenen amaca ulaşmanın önemli ölçüde güçleştiği hallerde, iş sahibinin eseri kabul etmesi beklenemez.

2.2.3.3 Eserin kullanılmayacak durumda olması

Eserdeki ayıp iş sahibinin eseri kullanmasına imkan vermeyecek bir durum yaratmışsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Eserin bu ölçüde ayıplı sayılabilmesi için, tamamen ve kesin bir şekilde kullanılmayacak durumda olması şarttır¹⁶³. Buna karşılık, eserin kullanılmaz halde olduğu her durum da sözleşmeden dönmeye imkan vermeyebilir. Bazen de çok basit bir bozukluk bile eseri kullanılmaz duruma sokabilir¹⁶⁴. Örneğin: sadece küçük bir parçası eksik olan bir dolabın kapağının takılamaması durumu böyledir. Fakat bu durumda dahi, bu eksiklik küçük bir müdahaleyle giderilebilecek ise, dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin sözleşmeden dönmemesi gerekir¹⁶⁵.

¹⁶² Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU/Refet ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 575; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 182.

¹⁶³ ÖZ, Dönme, s. 106.

¹⁶⁴ ÖZ, Dönme, s. 106.

¹⁶⁵ ÖZ, Dönme, s. 106; ERGEZEN, s. 91.

Bir görüşe göre¹⁶⁶, ayıp eğer eserin bütün değerini yok ediyorsa, iş sahibi yalnızca sözleşmeden dönme hakkına başvurabilecek, diğer seçimlik haklarına başvuramayacaktır. Öz'e göre¹⁶⁷, satım sözleşmesinden buraya aktarılmak istenilen bu hüküm (mülga BK m. 202/3), kıyasen eser sözleşmesine uygulanmamalıdır. Ayıp halinde eser sözleşmesinde satım sözleşmesinden farklı olarak onarım hakkı tanındığından, iş sahibi koşulları varsa sözleşmeden dönme yerine onarım hakkını kullanabilmelidir. Burada önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 227/3 hükmü ile satım sözleşmesinde alıcının ayıba karşı tekeffül nedeniyle başvurabileceği haklara onarım talep etme hakkı da getirilmiştir.

2.2.3.4 Eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olan bazı özellikleri taşımaması

Türk Borçlar Kanunu'nun 475'inci maddesinin 1. fıkrasında belirtilen, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği hallerden bir diğeri de eserin sözleşme hükümlerine aykırı olmasıdır. Fakat bu aykırılığın, önemli bir aykırılık olması gerektiği de madde metninde belirtilmiştir.

Mülga Borçlar Kanunu'nda, ayıba karşı tekeffülde, iş sahibinin dönme hakkını düzenleyen 360/1 hükmünde, sözleşmede belirtilen niteliklere aykırılığın daima ve başlı başına bir sözleşmeden dönme sebebi olarak düzenlendiği sonucu çıkarılmaktaydı. Fakat, bu yorumun yasanın ruhuna ve dürüstlük kuralına uygun bir sonuç olmadığı, doktrinde ifade edilmekteydi¹⁶⁸. Türk Borçlar Kanunu'nda ise, sözleşmedeki şartlara aykırılık sebebi ile sözleşmeden dönebilmek için, eserdeki ayıbın önemli olması gerektiği kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır. Bu ağırlıkta olmayan ayıplarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olmayacak, şartları oluşmuşsa, iş sahibi bedel indirimi veya onarım hakkına başvurabilecektir (TBK m. 475/2-3, mülga BK m. 360/2).

Eserin sözleşmede kararlaştırılan özellikleri taşımadığı durumların her biri iş sahibinin sözleşmeden dönmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Bu durumda, sözleşmede hükme bağlanmış olan bazı özelliklerin gerçekleşmemesi şeklinde

¹⁶⁶ TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1033-1034.

¹⁶⁷ ÖZ, Dönme, s. 106.

¹⁶⁸ Bkz. ÖZ, Dönme, s. 109.

ortaya çıkan ayıplarda, dürüstlük kuralı gereği, iş sahibinden bu eserin kabulünün beklenip beklenemeyeceği ayrıca incelenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, sözleşmedeki ayıbın tüm eserle orantılı olacak şekilde o eseri nasıl etkilediğine bakılmalıdır. Bir bozukluk o eserde iş sahibince kabulü beklenemez sayılırken, çok daha büyük ve mali açıdan daha değerli bir eserde bu ölçüde ayıplı sayılmayabilir¹⁶⁹. Fakat, sözleşmede kararlaştırılan hususlara uymama yüzünden meydana çıkan ayıpla bir ispat kolaylığı sağladığından, bu tür ayıpların iş sahibince kabulü beklenemez ayıplar olduğu kabul edilmeli, aksini ispat külfeti müteahhit üzerinde bırakılmalıdır¹⁷⁰.

2.2.4 İş Sahibinin Muayene Ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması (Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfeti)

2.2.4.1 Genel olarak

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilmesinin diğer bir koşulu da eserdeki ayıpları tespit edip, bu ayıpları müteahhide bildirmesidir¹⁷¹. TBK m. 474 (mülga BK m. 359) ile düzenlenen bu yükümlülüğe, “muayene ve ihbar külfeti” denmektedir.

İş sahibine eserdeki ayıpları muayene ve ihbar külfeti getirilmesinin amacı, iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği konusunda, müteahhidin mümkün olduğunca hızlı şekilde bilgi edinmesinin sağlanması ve eser tamamlanıp teslim edildikten çok sonra ayıp iddialarının ortaya atılmasının dürüstlük kuralına aykırı düşeceği düşüncesidir¹⁷².

Muayene ve ihbar, iş sahibinin bir ‘borcu’ değil, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken bir külfettir¹⁷³. Bu açıdan, müteahhit iş

¹⁶⁹ ÖZ, Dönme, s. 109; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 182; Cem DOĞAN, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 82.

¹⁷⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 163.

¹⁷¹ Konu ile ilgili kararlar için bkz.: Yarg. 08.04.1992 T., 1991/4925 E., 1992/820 K.; 13.02.1992 T., 1991/4118 E., 1992/614 K.. (KOSTAKOĞLU, s. 449); Yarg. 15. HD. 10.06.2008 T., 2008/2656 E., 2008/3856 K. (www.kazanci.com).

¹⁷² ÖZ, Dönme, s. 112; ŞENOCAK, s. 108.

¹⁷³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 145; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 171; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 458; C. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 107; OLGAÇ, Hususi Kanunlar, s. 788; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 108; UÇAR, s. 137.

sahibinden eserdeki ayıpları incelemesini ve kendisine bildirmesini isteyemez. Eğer iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurmak istiyorsa eserdeki ayıpları kanunun öngördüğü süre içerisinde inceleyecek ve müteahhide bildirecektir; aksi halde eseri o halde kabul etmiş sayılacaktır. TBK m. 477/2-3 (mülga BK m. 362/2-3) hükmünde de iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olması halinde eseri kabul etmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun açık ifadesinden de anlaşılacağı gibi, iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti eserin tesliminden sonra başlar (TBK m. 474, mülga BK m. 359). Zira, çoğu kez ancak eser teslim edildikten sonra iş sahibinin inceleme imkanı doğacaktır. Dolayısıyla, taraflar arasında özel olarak kararlaştırılmadığı sürece¹⁷⁴, teslimden önce iş sahibi eserdeki ayıbı bilse dahi veya eserdeki ayıpları muayene edebilme imkanına sahip olsa da, bu külfetleri yerine getirmek zorunda değildir¹⁷⁵.

İş sahibinin egemenlik alanında yapılan eserlerde ve iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda da muayene ve ihbar külfeti eserin tamamlanması ve müteahhidin işten elini çekmesi ile başlar. Ancak bu halde iş sahibinin eseri teslim aldığı sonucuna ulaşılabilecektir. Yapılan işin niteliği gereği teslimden söz etmenin güç olduğu eserlerde (örneğin, kuaförde saç kestirilmesi) muayene ve ihbar süresi, müteahhidin işi tamamladığını bildirmesi veya aynı anlama gelecek şekilde çalışmayı bırakması üzerine işlemeye başlayacaktır¹⁷⁶.

2.2.4.2 İş sahibinin eseri muayene külfeti

Kanunda öngörülen muayene külfetinin amacı, eserdeki mevcut niteliklerin, sözleşmede kararlaştırılmış olan veya normal bir eserde bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadığının tespitinin yapılmasıdır. Bunun yanında bu külfetler, teslim edilen eserin iş sahibi tarafından kabul edilip edilmeyeceğinin en kısa zamanda öğrenilmesi bakımından

¹⁷⁴ Taraflar, sözleşmede muayene ve ihbar süreleri için özel bir düzenleme kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda tarafların kararlaştırmış oldukları süreye uyulacaktır. Fakat bu sürenin işin niteliğine uymaması halinde, kararlaştırılan sürenin makul bir süreye kadar uzatılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 114.

¹⁷⁵ ÖZ, Dönme, s. 113; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 109.

¹⁷⁶ ÖZ, Dönme, s. 113.

müteahhidi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklara başvuru açısından da iş sahibini korumaktadır¹⁷⁷.

İş sahibinin muayene sırasında göstermesi gereken özenin ölçüsü konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre¹⁷⁸, iş sahibi, eserin tümü açısından o tip eserler için orta vasıfta bir uzmanın yapması gereken olağan incelemeyi yapmakla yükümlüdür. Başka bir anlatımla, eğer iş sahibi o vasıfta bir eseri muayene edecek derecede ortalama bir bilgiye sahip değilse, incelemeyi bir bilirkişiye yaptırmalıdır. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre¹⁷⁹, iş sahibi içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek derecede bir muayene yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, iş sahibinin o işin ortalama bir uzmanı gibi muayene yapma veya yaptıрма yükümlülüğü yoktur. Zira, iş sahibine muayene ve ihbar külfeti getirilerek müteahhit yeterince korunmuştur. Buna ek olarak iş sahibinin yükümlülüğünü ağırlaştırmak hakkaniyete aykırı olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki muayene ve ihbara ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte düzenlemeler olmayıp, tamamlayıcı hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla, taraflar aralarında anlaşarak muayene ve ihbar sürelerinde veya tarzlarında değişiklik yapabilirler¹⁸⁰. Örneğin: sözleşmede muayenenin bilirkişi tarafından yapılacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda muayene öncelikle tarafların arzu ettikleri şekilde yapılacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 474/2'inci maddesine göre, taraflardan her biri eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir, ancak bu zorunlu değildir¹⁸¹. Bilirkişinin hazırlayacağı rapor, iş sahibi ve müteahhide bilgi vermekten öte bir sonuç doğurmaz. Fakat, bilirkişi uzman tanık olarak dinletilebilir¹⁸².

¹⁷⁷ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 148; KARATAŞ, s. 156; AYDEMİR, s. 229 vd.

¹⁷⁸ H.J. REBER, *Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur*, Zürich 1975, s. 147 (ÖZ, Dönme, s. 114'ten naklen).

¹⁷⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 147; ÖZ, Dönme, s. 114.

¹⁸⁰ TUNÇOMAĞ, *Özel Hükümler*, s. 1019; UÇAR, s. 138.

¹⁸¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 148-149; BURCUOĞLU, s. 312; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 173; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 120; UÇAR, s. 129.

¹⁸² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 148.

İş sahibinin, eserin ayıplı olmasından dolayı sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi için teslim aldığı eseri usulüne uygun olarak muayene etmesi sonra bu muayenenin neticesini müteahhide ihbar etmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Usulüne uygun muayeneden söz edilebilmesi için de muayenenin zamanında yapılmış olması gerekir. TBK m. 474/1'e göre iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra, 'işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz' eseri muayene etmek zorundadır. Burcuoğlu'na göre¹⁸³, madde metninde ifade edilen 'işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz' ifadesi ile, belirsiz de olsa muayene için bir süre getirilmiştir. Muayene yükümlülüğü, kural olarak eserin teslim edilmesi ile başlayacaktır. Ancak, iş sahibinin muayeneye derhal başlamamasını haklı gösterecek bir sebep varsa ve gecikme dürüstlük kuralına aykırı olmayacaksa, muayene, işlerin olağan akışına göre, geç sayılmayacak bir zaman sonra da yapılabilir. Ayrıca muayenenin başlangıcını belirleyen kanun maddesi aynı zamanda, başlayan muayenenin bitiş zamanının belirlenmesinde de kullanılır¹⁸⁴.

İş sahibinin eseri muayene yükümlülüğü kural olarak teslimle başlasa da, muayenenin işlerin olağan akışına göre geç sayılmayacak bir süre sonra yapılması da geçerli sayılacaktır. Burada bakılması gereken, iş sahibinin derhal muayeneye başlamasını engelleyen haklı görülebilecek bir sebebin olması veya dürüstlük kuralı gereği muayenenin, müteahhidin sorumluluğunun devam etmesinin kabul edilemeyeceği kadar uzun sürmemiş olmasıdır¹⁸⁵. Bu süre, teslim edilen eserin niteliğine, eserin teknik ayrıntılarına ve muayene süresini belirleyen ticari bir teamül olup olmamasına göre değişecektir. Örneğin, bir ısınma sistemi meydana getirilmesinde bunun muayenesi ancak kış mevsiminde yapılabilecektir¹⁸⁶.

İş sahibinin muayene külfeti kural olarak tamamlanmış olan eserin teslim alınmasıyla başlar¹⁸⁷. Tamamlanmamış eserlerde teslimden söz edilemeyeceği gibi iş sahibi baştan beri bu eserin sahibi dahi olsa muayene ve ihbar külfetleri söz konusu olmaz¹⁸⁸. Dolayısıyla, tam olarak teslimin gerçekleşmediği durumlarda, örneğin: bir ev inşaatında

¹⁸³ BURCUOĞLU, Eser, s. 309.

¹⁸⁴ ARAL, Özel Borç, s. 359; UÇAR, s. 142.

¹⁸⁵ ÖZ, Dönme, s. 114.

¹⁸⁶ KARATAŞ, s. 157.

¹⁸⁷ ÖZ, Dönme, s. 114; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 168; KARAHASAN, İnşaat, s. 261.

¹⁸⁸ C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 458.

bütün işler bitmeden iş sahibinin eve taşınmış olması durumunda, teslim şartı gerçekleştirilmemiş olduğundan iş sahibinin muayene süresi de başlamayacaktır.

Kanundaki muayene süresine ilişkin düzenleme emredici nitelikte olmadığından, taraflar süreye ilişkin olarak aralarında anlaşma yapabilirler¹⁸⁹. Bu durumda tarafların kararlaştırmış oldukları süreye uyulacaktır. Fakat kararlaştırılan süre muayenenin yapılabilmesi için oldukça kısa tutulmuşsa, kanundaki işlerin olağan akışına göre belirlenmiş olan süre, bu kısaltılmış sürenin yerini alacaktır. Doktrindeki kimi yazarlara göre¹⁹⁰, eser sözleşmesindeki muayene süresini, satım sözleşmesindekinden daha uzun tutmak gerekir. Zira eserin muayenesinden amaç, sadece bakarak ortaya konabilen bozuklukları ortaya koymak değildir; özenli muayene, sözleşme ile nitelik farklarını ortaya koyacak bir muayenedir; eser sahibi gözle görülmesi bile tecrübe ile ortaya çıkabilecek açık bozukluklardan da sorumludur. Ancak bunu yaparken müteahhidin korunmaya değer haklı menfaatleri göz ardı edilmemelidir¹⁹¹. Buna karşı çıkan görüşe göre ise¹⁹², ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının tabi olduğu zamanaşımı süresinin satım sözleşmesindeki süreler gibi olduğu kabul edildiğinde, muayene sürelerinin de her iki sözleşmede aynı olmasının, sistemin bütünlüğünü korumak adına da daha iyi olacağını savunur. Bu görüşe göre, istisna sözleşmesine konu olan nesnenin daha karmaşık olacağı varsayımı satımdakinden daha uzun bir muayene ve ihbar süresinin kabulünü doğrulamaz.

Buraya kadarki açıklamalar eserdeki açık ayıplar açısından geçerlidir. Eserin usulüne göre muayenesi sırasında fark edilemeyecek olan gizli ayıplar açısından ise müteahhidin sorumluluğu devam eder¹⁹³. Bu açıdan gizli ayıpların somut olayda ilk başta anlaşılammış olması, iş sahibi aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır; zira, iş sahibinin bildirim yükümü, eserdeki gizli ayıbı öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır¹⁹⁴.

¹⁸⁹ BURCUOĞLU, s. 313.

¹⁹⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 150; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 170.

¹⁹¹ SELİÇİ, s. 150.

¹⁹² Ayrıntılı açıklama için bkz. BURCUOĞLU, Eser, s. 311.

¹⁹³ C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 459.

¹⁹⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 155; BURCUOĞLU, s. 315.

2.2.4.3 İş sahibinin eserdeki ayıpları ihbar külfeti

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına ve diğer haklarına başvurabilmesinin diğer şartı da muayene sonucu tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar etmesidir. İhbar yükümlülüğü gerçek anlamda iş sahibinin bir borcunu oluşturmaz. İhbar yükümlülüğü tıpkı muayenede olduğu gibi iş sahibine yüklenmiş ve haklarına başvurabilmesinin koşulu olan bir külfettir. Dolayısıyla, iş sahibinden bu yükümün yerine getirilmesi talep edilemez. Ancak eser sözleşmesinde kural olarak muayene külfetiyle birlikte, iş sahibince ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı için, ayıpların ihbarı bir ön şart niteliği taşır¹⁹⁵. Fakat, TBK m. 477/1 (mülga BK m. 362/1) uyarınca, müteahhit tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilmeyecek olan ayıplar için müteahhidin sorumluluğu devam edeceğinden, bu gibi hallerde iş sahibinin bildirimde bulunmaksızın ayıptan doğan haklarını kullanabileceği sonucuna varılacaktır.

Eser sözleşmesinde, teslim alınan eserin hangi açılardan ayıplı olduğunun ihbar edilmesindeki amaç, müteahhidin bu konuda bilgilendirilmesidir. Bu nedenle, müteahhit, eserin ayıplı olarak ifa edildiğini yapılacak ayıp ihbarından açıkça çıkarılabilmesi gerekir¹⁹⁶. Bu sebeple, ihbarda ileri sürülen iddialar gerçeğe uygun olmalı, ayıpların cins ve önemi müteahhit tarafından anlaşılabilirliktir. Fakat, iş sahibinin, ayıpları çok detaylı bir şekilde bildirme yükümlülüğü de yoktur. Ayıbın ne olduğunun ve eserin hangi kısımlarında olduğunun bildirilmesi yeterli sayılacaktır. Bunun dışında, bildirim üzerine müteahhidin durum hakkında bir fikir edinmesi gerektiğinden, sadece “eserin sözleşmeye uygun olmadığı” şeklinde bir bildirim de yeterli sayılmayacaktır¹⁹⁷. Ayrıca ihbarın içeriğinde, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkına veya diğer haklarına başvuracağını bildirilmesine gerek yoktur; iş sahibi bu haklarından birisini daha sonradan seçebilecektir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ H. BECKER, İsviçre borçlar kanunu şerhi, ikinci bölüm, S. Dura (Çev.), Ankara 1993, s. 609. KARAHASAN, İnşaat, s. 261; UÇAR, s. 145.

¹⁹⁶ UÇAR, s. 147; UYGUR, Sorumluluk Hukuku, s. 7831.

¹⁹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 172; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151-152; ÖZ, Dönme, s. 117; BURCUOĞLU, s. 307-308.

¹⁹⁸ ÖZ, Dönme, s. 116; BURCUOĞLU, s. 308; KARATAŞ, s. 159.

Son olarak, ayıplar bildirilirken tazminat isteme hakkının saklı tutulmamış olması, bu istemden feragat anlamına gelmez. Çünkü ayıpların ihbarından amaç, sadece müteahhide zamanında karşılık verebilmesi için yükümlülükleri hakkında bilgi verilmesidir¹⁹⁹.

Ayıpların ihbar süresini düzenleyen kanun hükmü, ayıpları bildirmeye ait bütün düzenlemeler gibi, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple, ihbar süresine ilişkin düzenleme tarafların açık ya da örtülü anlaşmaları ile değiştirilebilir. Dolayısıyla taraflar, muayene ve ihbar süresini sözleşmede önceden tespit edebilirler²⁰⁰. Ancak, ihbar süresi, özenle yapılacak muayeneyi imkansız kılacak derecede kısaltıyorsa, bu şekilde yapılmış olan kısaltmanın yerini, işlerin olağan akışına göre geçerli olması gereken süre alır²⁰¹. İş sahibinin eserdeki ayıpları ihbar külfeti de muayene külfetinde olduğu gibi eserin iş sahibine teslimi ile başlar.

İş sahibinin, hem açık ayıplar hem de gizli ayıplar için bu ayıpları ihbar külfeti söz konusudur. TBK m. 474'e (mülga BK m. 359) göre, iş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu "uygun bir süre içinde" yükleniciye bildirmek zorundadır. Gizli ayıplarda ise, iş sahibi bu ayıbı fark ettiği zaman ve gecikmeksizin durumu müteahhide ihbar etmekle yükümlüdür. Mülga Borçlar Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine, muayene sonucu tespit edilen açık ayıpların hangi süre içerisinde ihbar edileceğine dair hiçbir açıklama yapılmamıştı. Dolayısıyla, ihbarın yapılma süresi ile ilgili doktrinde değişik görüşler mevcuttu. Doktrinde kabul edilen hakim görüşe göre²⁰², ayıp ihbarı tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de 'derhal' yapılmalıydı. Bu görüşün gerekçesi de, eser tamamlandıktan ve teslim edildikten çok sonra ayıp iddialarının ortaya atılmasının adil olmayacağıydı. Türk Borçlar Kanunu'na göre ise açık ayıpların ihbarı, uygun bir zamanda yapılacaktır. Dolayısıyla, iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra açık ayıplar açısından kısa bir zaman sonra ayıpları

¹⁹⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 173.

²⁰⁰ Tarafların tespit ettikleri süre içerisinde yapılan ayıp bildirim zamanında yapılmış olur. Bu hususta ayıbın açık ya da gizli olmasının da bir önemi yoktur. BİGŞ. m. 42'de düzenlenen geçici kabul ile kesin kabul arasındaki teminat süresi de bu tür bir süredir (Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 156).

²⁰¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 175.

²⁰² BURCUOĞLU, s. 309, Özgür Katip KAYA, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 58.

müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Bu zamanın tespiti, her somut olayın şartları çerçevesinde ve dürüstlük kuralı ışığında yapılacaktır.

Gizli ayıplar açısından yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi iş sahibine muayene külfeti yüklenmemiştir. Buna karşılık, iş sahibi, tıpkı açık ayıplarda olduğu gibi, gizli ayıplarda da bu durumu müteahhide bildirmekle yükümlüdür²⁰³. TBK m. 477/son hükmünde gizli ayıplar açısından, iş sahibinin gecikmeksizin durumu müteahhide bildirmesi gerektiği aksi halde eseri o haliyle kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Fakat, eserdeki ayıplar ister özenli bir muayene sonucu anlaşılabilir nitelikte olsun, isterse gizli olsun, müteahhidin eserdeki ayıplardan haberi varsa artık ayıp bildiriminde bulunmanın anlamı kalmayacaktır. Zira, bu halde müteahhidin eserdeki ayıpları kasten gizlediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Genellikle, müteahhidin eserdeki ayıpları kasten gizlediği durumlarda, iş sahibi ayıpları ihbar külfeti olmadan ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkı ve diğer haklarına başvurabilecektir (TBK m. 477). Fakat, iş sahibi bu durumda, müteahhidin ayıbın farkında olduğunu ve kendisinden kasten gizlediğini ispat etmek zorundadır²⁰⁴.

Ayıpların ihbarı için kanunda özel bir şekil şartı öngörülmemiştir²⁰⁵. Bu sebeple, aksi kararlaştırılmadıkça ayıp ihbarına ilişkin açıklama, yazılı ya da sözlü yapılabileceği gibi, dava açmak suretiyle de yapılabilir²⁰⁶. TBK m. 474/2 hükmü uyarınca muayene için resmi bilirkişi tayin ettirilen hallerde, mahkemenin tayin ettiği bilirkişi raporunun müteahhide tebliğ edilmesi veya iş sahibinin müteahhit aleyhine dava açması üzerine gönderilen tebligat ayıp ihbarı sayılmaktadır²⁰⁷. İhbar, hukuki bir fiil olmayıp, hukuki işlem benzeri bir fiildir²⁰⁸. Bu sebeple, müteahhide ayıp ihbarında bulunurken bu sebeple doğan haklarını kullanma iradesi aranmaz. Bildirimin müteahhide karşı yöneltilmesi gerekir ve hukuki sonuçlarını da bildirim müteahhide ulaştığı anda değil,

²⁰³ ÖZ, Dönme, s. 117; ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 174.

²⁰⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 202; ÖZ, Dönme, s. 119. Bu konuda bkz. Yarg. 15. HD. 12.06.2009 T., 2009/2567 E., 2009/2953 K.; Yarg. 15. HD. 07.12.2010 T., 2009/6190 E., 2010/6699 K. (www.kazanci.com).

²⁰⁵ “Ayıp ihbarı şekle bağlı değildir. Sözlü olarak da yapılabilir”. Bkz.: Yarg. 15. HD., 04.02.1988 T., 987/4166 E., 988/389 K., aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. 23.10.1996 T., 996/4980 E., 996/5525 K. (www.kazanci.com).

²⁰⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151; ÖZ, Dönme, s. 116; KARATAŞ, s. 159.

²⁰⁷ ÖZ, Dönme, s. 118; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151; UÇAR, s. 153.

²⁰⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 152; ÖZ, Dönme, s. 116; UÇAR, s. 151.

gönderildiği anda doğurur²⁰⁹. Dolayısıyla, ihbar nasıl yapılırsa yapılsın hukuki sonuçlarını doğurur, fakat ispat kolaylığı açısından belli bir şekilde uymakta fayda vardır. Seliçi'ye göre²¹⁰, ispat güçlüğü ile karşılaşılması için, ayıp bildirimının telgraf, taahhütlü mektup ya da noter vasıtasıyla yazılı bir şekilde yapılması gerekir.

Ayıpların vaktinde bildirilmediğini ileri sürmek müteahhide düşer; eğer müteahhit böyle bir iddiada bulunmazsa hakim bunu kendiliğinden nazara almaz ve ayıp ihbarı zamanında yapılmış gibi karar vermek zorundadır²¹¹. Buna karşılık ayıbın vaktinde bildirilmediği sabit ise, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının düştüğünü, müteahhit bunu ileri sürmese de, hakim re'sen hükme bağlar. Zira burada, ayıbın geç bildirildiğinden değil, sabit olan geç bildirilmeye bağlanan hakların düşmesi sonucu hakim tarafından re'sen göz önüne alınmaktadır²¹².

2.2.5 Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Bir Neden Olmaması

2.2.5.1 Eserin ayıplı olmasının iş sahibinden kaynaklanmıyor olması

Eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibi neden olmuşsa, artık ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvuramayacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda iş sahibi eserin ayıplı olmasından dolayı sözleşmeden dönemeyecektir. Bu sebeple eserin ayıplı olmasına neden olan faktörlerin doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. TBK m. 476'da bu durum, iş sahibinin sorumluluğu başlığı altında düzenlemiştir. Bu maddeye göre; *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz”*.

Maddeden de anlaşılacağı gibi, eserin ayıplı olmasında, iş sahibinin kusurlu bulunması şart olmayıp kusursuz dahi olsa bu durumun kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkması, sözleşmeden dönme ve diğer haklarına başvurmasını engelleyecektir.

²⁰⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 173.

²¹⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151.

²¹¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 176.

²¹² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 176.

İş sahibinin dönme hakkını engelleyen hallerden ilki, müteahhidin açıkça yapmış olduğu ihtar karşın, iş sahibinin vermiş olduğu talimatın eserde bir ayıba yol açmış olması halidir.

İkinci hal ise, ayıbın iş sahibinin sağladığı malzemeden veya arsadan doğmuş olmasıdır.

Bunlar dışında diğer bazı hallerde de iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvuramayacaktır. Bu halleri incelemeye geçerseniz;

2.2.5.1.1 Ayıbın iş sahibinin talimatından doğmamış olması

Eser sözleşmesinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıran nedenlerden ilkinin, iş sahibinin müteahhide vermiş olduğu yanlış talimatlar oluşturur. TBK m. 476 (mülga BK m. 361) anlamındaki talimat, iş sahibi tarafından verilen, eser sözleşmesinin içeriğine göre müteahhidin eserin imali konusunda uymakla yükümlü olduğu talimattır. Bağlayıcı nitelikteki bu tür talimatlar ise, genellikle işin icrasına, usulüne, malzemeye veya işin bir alt müteahhide devrine ilişkindir²¹³. Bu talimatlarda iş sahibi, müteahhidin eseri nasıl meydana getireceğini bağlayıcı olarak belirlemektedir. Buna karşılık, iş sahibinin eserin imali konusundaki tavsiye, öneri ve dilekleri kanundaki anlamda talimat sayılmazlar²¹⁴.

Talimatlar çoğu zaman sözleşmenin kurulmasından sonra verilmekle birlikte, sözleşme metninin içinde veya önceden hazırlanmış ihale şartnamesinin içinde de yer alabilir. İş sahibi bu talimatları sözlü veya yazılı bir biçimde kendisi veya yetkili bir temsilcisiyle de bildirebilir²¹⁵. Yapılan talimat sözlü veya yazılı da olsa, önemli olan bildirilen talimatın, iş sahibini eserdeki ayıbın tehlikesi hususunda uyarıcı etkisi olmasıdır.

Müteahhidin eserdeki ayıptan sorumlu tutulmaması için, eserdeki ayıbın iş sahibinin yanlış talimatından doğmuş olması yeterli değildir. Bu hükme göre, iş sahibinin,

²¹³ BECKER, s. 619; UÇAR, s. 234; ŞENOCAK, Ayıbm Giderilmesi, s. 136-137; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 461 vd.

²¹⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 210.

²¹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 210; UÇAR, s. 235; ŞENOCAK, Ayıbm Giderilmesi, s. 137.

müteahhit tarafından açıkça uyarılmasına rağmen vermiş olduğu talimatın yerine getirilmesinde ısrar etmiş olması gerekir²¹⁶. Zira, eser sözleşmelerinde uzman olarak ortaya çıkan kişi çoğunlukla müteahhittir. Müteahhidin tacir sıfatıyla bir eser imal ettiği durumlarda, özen borcunun gereği olarak müteahhit, iş sahibinin verdiği yanlış talimatlar hususunda onu uyarmalıdır. Müteahhit, iş sahibini uyardıktan sonra, iş sahibinin talimatında ısrar edip etmeyeceğinin anlaşılması için, talimatı yerine getirmeden önce dürüstlük kuralına göre uygun bir süre beklemelidir²¹⁷. Dolayısıyla, iş sahibinin sorumluluğu çevresinde doğarak bozukluğa yol açan olgular tek başına müteahhidi sorumluluktan kurtarmaya yetmez. Ayrıca müteahhit, kontrol ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmalıdır²¹⁸. Sorumluluğun iş sahibine ait olması için ayrıca, eserdeki ayıp ile iş sahibinin verdiği talimat arasında illiyet bağı olması gerekir. Ancak bu durumda müteahhit, ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulur ve sorumluluk iş sahibine ait olur (TBK m. 476, mülga BK m. 361). İş sahibince talimatta ısrar edilmesine rağmen bunu rizikosunun üstlenilmediğinin beyan edildiği durumlarda da, bu beyan talimatla çelişkili olacağından hüküm taşımaz ve sorumluluk yine iş sahibine ait olur²¹⁹.

İş sahibinin yetkili uzmanının veya temsilcisinin müteahhide hatalı talimat vermiş olması halinde de yine iş sahibi eserdeki ayıptan sorumlu olacaktır. Örneğin: bir inşaat sözleşmesinde, inşaatın icrası sürerken inşaat sahibinin yetkili mimar-mühendisinin verdiği talimattan doğan sonuçlar da inşaat sahibinin sorumluluk çevresine girer. Zira, inşaat sahibi tarafından tayin olunan mimar ve mühendisler, müteahhide karşı sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinde inşaat sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar²²⁰.

²¹⁶ Yarg. 15. HD. 13.04.1978 T., 822 E., 778 K.: “Kural olarak, yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Ancak kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafta teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Ancak yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil, açıkça söylemesi, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK m. 361 (TBK m. 476) gereğince sorumlu olur. Özet olarak gerekli olan yüklenicinin talimata uyması halinde eserin bozuk olacağını iş sahibine bildirmesi, onun dikkatini çekmesidir” Bkz.: KARAHASAN, İnşaat, s. 299, dn. 166a

²¹⁷ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 141.

²¹⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 194.

²¹⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 235.

²²⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 236.

Sonuç olarak, bildirim yükümlülüğünün müteahhit tarafından usulüne uygun şekilde ifa edilmiş olmasına rağmen, iş sahibi verdiği talimatın uygulanmasında ısrar ederse, artık eserin ayıplı olmasından dolayı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvuramayacaktır (TBK m. 476, mülga BK m. 361).

2.2.5.1.2 Ayıbın iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsadan doğmamış olması

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, malzemenin kimin tarafından temin edileceği açıkça düzenlenmemiştir. Malzemenin kimin tarafından temin edileceği sözleşmenin içeriğine ve halin icabına göre belirlenecektir. Taraflar, eserin imal edileceği malzemeyi kimin temin edeceğini sözleşmede kararlaştırabilirler²²¹. Böyle bir kararlaştırmanın olmadığı durumlarda, malzemenin kimin tarafından temin edileceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre²²², uygulamaya bakıldığında bir eser imali söz konusu olduğu zaman malzemenin genellikle müteahhit tarafından temin edildiği görülmektedir. Bu hususta bir kararlaştırma bulunmuyorsa eserin imal edileceği malzeme iş sahibi tarafından karşılanmalıdır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise²²³, eğer malzemenin kimin tarafından temin edileceği hususunda sözleşmede bir hüküm yoksa, malzeme kural olarak müteahhit tarafından temin edilmelidir. BİGŞ hükümlerine tabi bir eser sözleşmesinde de, kural olarak malzemeyi müteahhit temin etmekle yükümlüdür (BİGŞ m. 18, 25).

Eserdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olmasından ileri gelmişse kural olarak, müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar, daha doğru bir anlatımla, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan sözleşmeden dönme hakkını (ve diğer haklarını) ileri süremez ve sorumluluk da iş sahibine ait olur²²⁴. Eserdeki ayıbın iş sahibi tarafından verilen malzeme veya arsadan kaynaklanmış olması, müteahhidin sorumsuzluğu için tek başına yeterli bir sebep değildir. Bunun yanında, sorumsuzluktan

²²¹ UÇAR, s. 244.

²²² ARAL, Özel Borç, s. 334 vd.

²²³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, 97; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri s. 104 vd.; DAYINLARLI, İstisna, s. 35; UÇAR, s. 244.

²²⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 190; TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 999; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkisi, s. 214.

kurtulması için iş sahibinin verdiği malzemenin veya arsanın muayenesini yaparak, herhangi bir ayıp veya tehlike gördüğünde durumu hemen iş sahibine bildirmesi zorunludur. Aksi halde müteahhit, bundan doğacak zararlardan sorumlu olacaktır (TBK m. 472/3).

Eğer imal edilen eserdeki ayıp, iş sahibine ait arsanın elverişsizliği yüzünden doğmuşsa kural olarak, müteahhit sorumluluktan kurtulur. Fakat bu durumda dahi, müteahhit, inceleme borcunun bir gereği olarak, kontrol ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Şayet müteahhit, açık ayıpları görür ve bunları iş sahibine bildirmezse sorumlu olur. Buna karşılık eserdeki gizli bozuklukların bildirilmemesi halinde müteahhit sorumlu tutulamaz.

Son olarak, iş sahibi tarafından teslim edilen malzeme veya eserin yapıldığı arsa konusunda, müteahhidin gözden geçirme borcu olup, iş sahibinin böyle bir yükümlülüğü yoktur (TBK m. 472/3, mülga BK m. 357/3). Bunun nedeni, eser sözleşmelerinde genellikle iş sahibinin değil, müteahhidin uzman olarak ortaya çıkmasıdır²²⁵. Dolayısıyla müteahhit, malzemedeki ayıpları hemen iş sahibine bildirmezse, bundan doğacak sonuçlardan da sorumlu olacaktır.

2.2.5.2 İş sahibinin eseri kabul etmemiş olması ve sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarına başvurmamış olması

2.2.5.2.1 Eserin kabul edilmemiş olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 477'nci maddesinde, teslim edilen şeyin iş sahibince açıkça veya zımnen kabul edilmesinin müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğuna etkisi düzenlenmektedir. Bu hükmün düzenlenmesindeki temel düşünce, eserin ayıplı olmasına rağmen, iş sahibinin herhangi bir nedenle ihtilaf çıkartmak istememesi halinde bu iradesini geçerli sayıp buna hukuki sonuç bağlamaktır²²⁶.

²²⁵ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 103.

²²⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 198.

Burada dikkat edilmesi gereken, müteahhidin sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olacak ayıplar açık ayıplardır. Gizli ayıplar açısından müteahhidin sorumluluğu devam eder.

Eserdeki açık ayıplar açısından da müteahhidin sorumluluğunun kesin olarak ortadan kalkıp kalkmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre²²⁷, kabulün müteahhit ve iş sahibi açısından doğurduğu sonuçlar mutlak anlamda bir kesinlik arz etmemektedir. Bu görüşe göre, ayıplı eserin kabulü bir hukuki işlem olduğundan, hukuki işlemlerde iradeyi sakatlayan sebeplerin bulunması halinde bu sonucun ortadan kaldırılması mümkündür. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise²²⁸, kabul beyanı ile birlikte müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar ve iş sahibi artık yenilik doğuran haklarına ve bu açıdan sözleşmeden dönme hakkına başvuramaz.

Burada tekrar hatırlatmak gerekirse, iş sahibine kanunda yüklenen muayene ve ihbar külfetleri açık ayıplar açısından söz konusudur. Gizli ayıplar açısından böyle bir külfet söz konusu değildir²²⁹. Zira gizli ayıplar, özenli bir muayene yapılsa dahi ortaya çıkarılamayan ancak kullanımla ortaya çıkabilecek olan ayıplar olduğundan, iş sahibine bu tür ayıpları ortaya çıkartma külfeti de yüklenmemiştir²³⁰. Dolayısıyla, gizli ayıplar ortaya çıkana kadar iş sahibince kabul edilmeleri de mümkün değildir. İş sahibi başlangıçta eseri kabul ediyorum dese de bu sadece açık ayıplar açısından sonuç doğuracaktır. Gizli ayıplar, ancak ortaya çıktıktan sonra iş sahibince kabul edilmesi mümkün olan ayıplardır.

2.2.5.2.2 Diğer seçimlik haklara başvurulmamış olması

İş sahibi, ayıba karşı başvurabileceği diğer seçimlik hakları olan ücretten indirim hakkı ve onarım hakkına başvurduğu takdirde artık, sözleşmeden dönme hakkına

²²⁷ UÇAR, s. 253.

²²⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 199; ERDOĞAN, s. 151; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR.

²²⁹ Öğretide, 'kabul açık ayıplardan doğan sorumluluğu ortadan kaldırır' şeklinde ifade edilmekteyse de, bu ifade yanıltıcı olabilir. Zira, gizli ayıplar ortaya çıktıktan sonra kabul edilmesi mümkündür. Bu yanıltıcı durumun sebebi, TBK m. 477/1 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hükümde hatalı bir şekilde, iş sahibinin eseri kabulüyle gizli ayıplarda muayene yükümünün olmaması iç içe düzenlenmiştir. Bkz. Öz, Dönme, s. 120.

²³⁰ Açıklamalar için bkz. yukarıda s. 38 vd.

başvuramayacaktır. Zira yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Fakat, TBK m. 10 (mülga BK m. 9) hükmüne kıyasen, henüz ilk bildirim müteahhide ulaşmadan varacak bir geri alma beyanı, ilk beyanın hükümsüzleşmesine sebep olur. Zira, geri alma beyanı daha sonra varmış olsa dahi, müteahhit bunu daha önce öğrenmişse, geri alma yine geçerli olacaktır²³¹.

İş sahibinin beyanından ücret indirimini mi seçtiği yoksa sözleşmeden mi döndüğü anlaşılamayabilir. Bu ihtimalde, meselenin çözümü bir yorum sorunudur. Fakat, bu iki kurumun çok farklı olduğu göz önüne alındığında, mesele çoğu zaman net bir şekilde ortaya çıkacak ve meselenin yorum yoluyla çözümüne gerek kalmayacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, iş sahibinin iradesini sakatlayan durumlardan birinin gerçekleşmesi üzerine yapılan beyan iptal edilebilir ve artık sağlıklı bir beyanla sözleşmeden dönülebilir²³².

Onarım hakkı ise, sözleşmeden dönme ve ücret indirimi haklarından farklı olarak, yenilik doğuran bir hak değildir. Dolayısıyla sırf kullanılmasıyla, diğer seçimlik haklar ve bu kapsamda sözleşmeden dönme hakkı mutlak olarak ortadan kalkmış olmaz. Bu haklar, müteahhidin onarım borcunu fiilen ifa ettiği anda düşecektir²³³. Dolayısıyla, müteahhit onarım borcuna uygun bir tarzda hareket ediyorsa, iş sahibi fikir değiştirerek sözleşmeden dönemez.

Onarımın ne zaman başlaması gerektiği ve ne kadar sürmesi gerektiği de önemlidir. Eğer iş sahibi tarafından bir tarih belirlenmemişse müteahhit, ilk uygun zamanda onarıma başlamalıdır. Eğer onarım, iş sahibinin engellemesinden veya davranışlarından dolayı başlayamıyorsa veya devam edemiyorsa, iş sahibin buna dayanarak diğer seçimlik haklarına başvuramaz. Çünkü bu durumda iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusudur²³⁴.

²³¹ ÖZ, Dönme, s. 122; İcap ve kabulün geri alınmasına ilişkin TBK m. 10 hükmünün, kıyasen TBK m. 475'deki seçimlik hakları kullanma beyanına da uygulanacağı hakkında bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 159.

²³² ÖZ, Dönme, s. 123.

²³³ ÖZ, Dönme, s. 123.

²³⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 179; ÖZ, Dönme, s. 124.

Onarımın yapılacağı süre içinde bulunulan durum ve koşulların dikkate alınmasıyla belirlenecek uygun bir zaman parçası olarak kabul edilir. Eğer bu süre işin niteliği bakımından yetersiz kalacaksa, iş sahibi aleyhine sonuç doğurmaması şartıyla, uygun bir süreye kadar uzayacağı kabul edilebilir²³⁵. Öz'e göre²³⁶, verilen sürenin uygun olmadığını anlayan müteahhit, iş sahibini bu durumdan derhal haberdar etmezse, artık uygun süreye kadar uzatma kabul edilmemeli ve iş sahibi, diğer koşulları da varsa, sözleşmeden dönebilmelidir. Bunun dışında müteahhidin tutum ve davranışlarından, onarımı hiç veya uygun bir sürede veya şekilde yapamayacağı anlaşılıyorsa, iş sahibi herhangi bir süreyi beklemeden de sözleşmeden dönebilecektir²³⁷.

Son olarak, eğer onarım aşırı bir masrafı gerektiriyorsa iş sahibi, eserin onarımını isteyemez. Bu durumda iş sahibi onarım hakkını, TBK m. 475/3 (mülga BK m. 360/2) hükmü uyarınca, zaten kullanamayacağından, sözleşmeden dönme hakkı da ortadan kalkmayacaktır. Onarımı aşırı masraf gerektiren bu tür ayıplar, çoğu kez, "eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyecek olması" halini oluşturacağından, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir²³⁸.

2.2.6 İş Sahibinin Arasında Yapılan İşlerde Eserin Kaldırılması Veya Yıkılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmayacak Olması

Türk Borçlar Kanununun 475'inci maddesinin son fıkrası (mülga Borçlar Kanunu'nun 360/son), iş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerde, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını sınırlamaktadır. Bu maddeye göre: "*Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz*".

Kanunun bu hükmü, iş sahibinin arsasına yapılan eserlerin yanında, yapılan eserin iş sahibine ait olmayan bir arazide olduğu durumlarda da uygulanmalıdır²³⁹. Görüldüğü

²³⁵ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 178-179; TURANBOY, s. 172 vd; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 189.

²³⁶ ÖZ, Dönme, s. 124.

²³⁷ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 179.

²³⁸ ÖZ, Dönme, s. 124; TURANBOY, s. 169.

²³⁹ GÜMÜŞ, s. 125.

gibi bu hükmün uygulandığı hallerde iş sahibi ancak ücrette indirim veya onarım hakkına başvurabilecektir²⁴⁰. Ayrıca TBK m. 475/2 (mülga BK m. 360/1) hükmü gereği, uğramış olduğu zararların tazminini de isteyebilir.

Burada belirtmek gerekir ki, eserdeki ayıbın iş sahibinden kabulü beklenemez ölçüde önemli olmaması halinde, zaten TBK m. 475/1 (mülga BK m. 360/1) hükmü gereği sözleşmeden dönmenin özel koşulu gerçekleşmemiş olduğundan, son fıkra hükmünü tartışmaya da gerek kalmayacaktır. O halde burada inceleme konusu olan, iş sahibi açısından önemli ayıpların bulunduğu ve dolayısıyla TBK m. 475/1 hükmünün sözleşmeden dönmeyi engellemediği durumlardır.

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlar sadece binalardan ibaret değildir. Arsa ile veya arsaya tabi bir yapı ile bütünleyici parça oluşturan ve bu sebeple sökülüp aynen iadesi imkansız veya aşırı derecede zarara yol açacak olan her türlü eser bu kapsama girecektir²⁴¹. Dolayısıyla arsanın bütünleyici parçası olmayan ‘taşınır inşaat’ türünden eserler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.

İş sahibinin arsasında yapılan ayıplı eserden dolayı sözleşmeden dönülüp dönülemeyeceği hususunda TBK m. 475/son hükmünde yer alan; ‘*sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarar doğurması*’ kriteri hususunda, öğretide²⁴² genellikle kabul edilen ölçüt; eserin, arsa ile birlikte değerlendirildiği zamanki değeriyle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü oranının göz önünde tutulmasıdır. Örneğin: yapılan inşaat, temelinin sağlam olmaması nedeniyle zaten yıkılabilecek durumdaysa, arsa ile birleştiğinde de bir değeri yoktur; yıkıldığında da ancak enkaz değeri olacaktır²⁴³. Ancak bu değerlendirme, sözleşmeden dönmeyi başlı başına engellememeli, somut olayın şartları çerçevesinde, ücret indiriminin müteahhide vereceği zararın, sözleşmeden dönmenin vereceği zarardan daha fazla olması halinde, iş

²⁴⁰TURANBOY, s. 175 vd. Onarımın aşırı masrafı gerektirdiği durumlarda ise iş sahibi sadece ücrette indirim ve müteahhit kusurluysa tazminat isteyebilecektir. TURANBOY, s. 171.

²⁴¹ ÖZ, Dönme, s. 125.

²⁴² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 163-164; ÖZ, Dönme; 125 vd; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 462.

²⁴³ TURANBOY, s. 176.

sahibinin sözleşmeden dönmesine izin verilmelidir²⁴⁴. Ayrıca, yapılan eserin o haliyle tehlike yaratması durumunda da iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı tanınmalıdır.

Eğer ayıplar, eserden beklenen yararı tamamen ortadan kaldıracak nitelikte ise, artık iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Zira bu durumda artık yapılan eserin yıkılmasının aşırı bir zarar doğuracağından söz edilemeyecektir²⁴⁵.

Eserdeki ayıpların iş sahibinin arsasından kaynaklandığını ve eserin yıkılmasının veya kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açacağını ispat yükü müteahhide aittir²⁴⁶. Buna karşılık iş sahibi, sebepsiz zenginleşmeye veya MK m. 694'e göre yapılacak bir tasfiyenin somut olayda müteahhidin çıkarlarıyla ters düşmeyeceğini, tam tersine iki taraf için de daha olumlu sonuçlar doğacağını ispat ettiği takdirde; sözleşmeden dönme hakkını yine kullanabilmelidir²⁴⁷.

İş sahibinin arsasında yapılan eserler ekonomik bakımdan büyük bir değer taşımayan şeyler ise, sökülüp kaldırılmasının büyük bir zarara yol açacağından genellikle söz edilemeyecektir. Örneğin: kapı, pencere gibi eserlerin ayıplı olması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin TBK m. 475/son hükmünde dahi yasaklanmadığı kabul edilmektedir²⁴⁸. Bu gibi durumlarda, iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı tanınmalıdır.

2.2.7 Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması

Zamanaşımı, kanunun öngördüğü bir süre içinde, alacaklı veya borçlunun, kanunda öngörülen davranışları yerine getirmemesinden dolayı, alacaklarını dava ve cebri icra yolu ile elde etme imkanının kaybedilmesidir²⁴⁹.

²⁴⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 164.

²⁴⁵ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 164.

²⁴⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 164.

²⁴⁷ ÖZ, Dönme, s. 127.

²⁴⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 164.

²⁴⁹ Mehmet ERDEM, Özel Hukukta Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 7.

Zamanaşımı süreleri, her borç ve hak için aynı değil, çeşitli alacaklar için farklı süreler belirlenmiştir. Eser sözleşmesinde, TBK m. 478 (mülga BK m.363) hükmünde iş sahibinin ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkı ve diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için uyması gereken zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde yapılan en önemli değişiklik zamanaşımı sürelerinde olmuştur. Mülga Borçlar Kanunu'nun, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme ve diğer haklara başvuru için uyulması gereken zamanaşımı sürelerini düzenleyen 363. maddesinde, mülga BK m. 207 hükmündeki satım sözleşmesine ilişkin sürelerle atıf yapmakta ve iş sahibinin tabi olduğu zamanaşımı süresini, alıcının sahip olduğu zamanaşımı süresine bağlamaktaydı. Dolayısıyla, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, mülga BK m. 207'deki süreler içinde, yani, taşınır eserlerde teslimden itibaren bir yıl, taşınmaz inşaatında beş yıl²⁵⁰ ve tacirler arasındaki ticari eser sözleşmelerinde altı ay içinde kullanılmalıydı (mülga BK m. 363/3. Ayıbın kasten gizlenmesi halinde ise, bir, on ve beş yıllık zamanaşımı süreleri göz önüne alınmayacak, iş sahibinin hakları, eserin taşınır veya taşınmaz olmasına bakılmaksızın mülga BK m. 207/3 hükmüne kıyasen eserin teslim alınmasından itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacaktı²⁵¹.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin haklarına başvurmada tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin olarak, mülga BK m. 363 yanında, mülga Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer alan ve 126. maddesine eklenen 4. fıkrasında²⁵² bu hususta başka bir düzenleme de yer almaktaydı. Mülga BK m. 126/4'e göre, müteahhidin kast veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan davaların beş senelik zamanaşımına tabi olduğu düzenlenmişti.

Mülga BK m. 126/4 hükmü yürürlüğe girdikten sonra, bu hüküm ile mülga BK m. 363 hükmü arasında tartışmalar ortaya çıkmıştır. Mülga BK m. 126/4 hükmünde geçen,

²⁵⁰ Bu düzenleme satım sözleşmesine ilişkin mülga BK m. 215/2 hükmü ile de paralellik arz etmekteydi.

²⁵¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 201.

²⁵² Bu düzenleme 29.06.1956 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla eklenmiştir.

'müteahhidin kasıt veya ağır kusuru' ifadesi yaşanan bu tartışmaların temelini oluşturmuştur. Mülga BK m. 126/4 hükmünün ifadesine bakıldığında, bu düzenlemenin sadece kasıt veya ağır kusurlu olarak ayıplı malzeme kullanılmış veya ayıplı bir eser meydana getirilmiş olmasını kapsam dışında bıraktığı açıkça görülmektedir²⁵³. Bunun dışındaki hallerde de mülga BK m. 363 hükmü uygulanacaktır. Fakat, böyle bir yorum yapıldığı durumda, kasıt veya ağır kusurlu olarak ayıplı malzeme kullanılması veya ayıplı bir eser meydana getirilmesinde uygulanacak zamanaşımı süresi mülga BK m. 126/4'e göre beş yıl olacak; aynı ihlallerin kasıt veya ağır kusur olmadan yapılması durumunda ise mülga BK m. 363'e göre bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu yorumun, kanuna ve hakkaniyete uymadığı ortadadır. Zira, bu halde zamanaşımı süresi kasıt veya ağır kusurlu olunan durumlarda, hafif kusurlu durumlara nazaran daha kısa tutulmuş olacaktır. Dolayısıyla, bu konuda doktrin ve Yargıtay'ın görüşlerini incelemek yerinde olacaktır.

Yargıtay²⁵⁴ ve bazı yazarlara göre²⁵⁵, mülga Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 4. fıkrasında yer alan '*istisna akdinde yer alan bütün davalar*' şeklindeki ibare ile mülga BK m. 363 ile yine aynı Kanun'un 207. maddesine yapılan atıf zımnen ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla, zamanaşımı sürelerine mülga BK m. 126/4 hükmü uygulanmalıydı. Buna göre, kasıt veya ağır kusur bulunduğu takdirde, ayıplı malzeme kullanılmış veya ayıplı bir eser meydana getirilmiş olması halinde açılacak davalar mülga BK m. 126/4 gereği on yılda; kasıt veya ağır kusur olmadan ayıplı malzeme kullanılmış veya ayıplı bir eser meydana getirilmiş ise, eserin taşınır olup olmadığına bakılmaksızın beş yıllık zamanaşımına uğrayacaktır.

Buna karşılık öğretilerde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre²⁵⁶, mülga BK m.126/4 hükmü, mülga BK m. 363 hükmünü yürürlükten kaldırmamakta, aksine, ayıplı

²⁵³ ERDEM, s. 97.

²⁵⁴ Yarg. HGK. 31.10.1995 T., 12066 E., 14247 K.; Yarg. 15. HD. 31.05.1988 T., 3682 E., 2136 K.; Yarg. 15. HD. 10.02.1983 T., 2684 E., 214 K.; Yarg. 15 HD. 18.04.1985 T., 3740 E., 1315 K. (UÇAR, s. 270, dn. 154).

²⁵⁵ Ergin AKÇAY, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 56; Yaşar KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (İstisna Akdi- Zamanaşımı), Ankara 1975, s. 32; Mehmet Akif TUTUMLU, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara 2008, s. 53.

²⁵⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 222 vd.; ÖZ, Dönme, s. 134; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 205-206; TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1037,1038; BURCUOĞLU, Eser, s. 324-

malzeme kullanılması ve ayıplı işi uygulama alanı dışında bırakarak bu yollamayı ve bir yıllık zamanaşımını saklı tutmaktadır. Mülga BK m. 126/4'te yer alan 'müteahhidin kasıt ya da ağır kusuru' ifadesi sadece, akdi hiç veya yerine getirmeme hallerini kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, ayıplı eser meydana getirilmesi durumunda (müteahhidin ağır kusuru olsun veya olmasın) iş sahibinin ileri süreceği taleplere, mülga BK m. 363 hükmü ve mülga BK m. 207'de öngörülen zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Buna göre, mülga BK m. 126/4'ün uygulama alanı dışında bıraktığı durumlarda, özel hükme başvurulmalı, özel hüküm bulunmayan hallerde ise, mülga BK m. 125'teki genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre uygulanmalıdır. Müteahhidin ayıbı kasten gizlediği durumlarda ise mülga BK m. 125 hükmü değil, mülga BK m. 207/3 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmelidir.

Böylece, mülga BK m. 126/4'teki beş yıllık zamanaşımı müteahhidin iş sahibine karşı olan alacakları, (özellikle ücret alacağı), ve eserde ayıp şeklinde ortaya çıkmayan sözleşmeye aykırılık taşıyan hafif kusurlu davranışlardan dolayı iş sahibinin müteahhide karşı ileri sürebileceği tazminat alacakları için uygulanacaktır²⁵⁷.

Benzer görüşte olan Selici'ye göre²⁵⁸, mülga BK m. 126/4 hükmü, mülga BK m. 363 hükmünü yürürlükten kaldırmamakta, aksine teyit etmektedir. Müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmemiş olması eserde bir ayıba sebep olmuşsa, iş sahibinin hakları mülga BK m. 363 hükmüne göre taşınırlarda bir, taşınmazlarda ise beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Buna karşılık sözleşmeye aykırılık sonucu eserde bir ayıp meydana gelmeyip, başka zararlara yol açmışsa bu durumda, iş sahibinin müteahhide karşı talepleri mülga BK m. 125'teki on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır²⁵⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için uygulanacak zamanaşımı süreleri, satım sözleşmesindeki alıcının sahip olduğu haklara atıf yapmak yerine, çeşitli olasılıklar ve eserin niteliğine göz önüne alınarak

325; ERDEM, s. 100-102; GÖKYAYLA, Sempozyum, s. 290; UÇAR, s. 271; C. YAVUZ, Eser ve Hizmet Sözleşmesi, s. 145.

²⁵⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 230.

²⁵⁸ SELİCİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 205 vd.

²⁵⁹ Aynı hususta bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 230.

düzenlenmiştir²⁶⁰. Mülga BK m. 126 hükmünün Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan 147. maddede de, iş sahibinin ayıptan doğan haklarıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 478'e göre, '*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*'. Öncelikle zamanaşımı süreleri eserin iş sahibine teslimi ile başlayacaktır. İmali söz konusu eser bir taşınır ise, zamanaşımı süresi iki yıl, taşınmaz yapıların söz konusu olduğu sözleşmelerde ise beş yıl olacaktır. Bunlar dışında, müteahhidin ağır kusurunun olduğu durumlarda, eserin taşınır veya taşınmaz olduğuna bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıldır.

Dolayısıyla yeni kanuna göre artık eser sözleşmesinde ayıptan doğan hakların kullanılmasında alıcının sahip olduğu hakların zamanaşımı süresini belirleyen BK m. 207 hükmüne atıf yapılmayacak, doğrudan TBK m. 478 hükmündeki süreler uygulanacaktır.

Zamanaşımı süreleri, eserin iş sahibince kabulünden itibaren değil, eserin iş sahibine teslim edilmesi ile başlar²⁶¹. Diğer bir ifadeyle bu süreler alacağın muaccel olduğu, çoğu zaman eserin tesliminden, teslim olgusunun iskan iznine bağlandığı durumlarda ise, bu iznin alındığı tarihten itibaren başlayacaktır. İş sahibinin gözetiminde yapılan tamirlerde ve eserin maddi olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu durumlarda, fiilen bir teslim söz konusu olmadığından, zamanaşımı işin bitimi tarihinden itibaren hesaplanmalıdır²⁶². Bununla birlikte, eğer iş sahibi ihbar süresini geçirmişse ayıp sebebiyle başvuracağı haklar düşeceğinden, zamanaşımı süresinin de işlemesi söz konusu olmayacaktır²⁶³.

²⁶⁰ Türk Borçlar Kanunu ile ilgili bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, s. 457 vd.; AKÇAY, s. 51 vd.; Çelik Ahmet ÇELİK, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004, s. 375 vd.; TUTUMLU, s. 49 vd.; ÖZ, Yeni Borçlar Kanunu, s. 90 vd. ; Nami BARLAS, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Makalelerim, s. İstanbul 2008, s. 268.

²⁶¹GÜMÜŞ, s. 105 vd., 143; Öz, Dönme, s. 104 vd.; ERDEM, s. 104; DAYINLARLI, İstisna, s. 52; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 79; KURT, s. 84. Aksi bir görüşe göre ise, eserin teslimi, iş sahibi tarafından onun kabulü anlamını taşır. Eğer, iş sahibi eseri kabulden kaçınırsa, zamanaşımı süresi bırakma (tevdî) anından itibaren hesaplanmalıdır. Buna karşılık bırakma mümkün değilse, o zaman, müteahhit, iş sahibini dava yoluyla teslim almaya zorlamalıdır. Bkz. TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1037 vd.

²⁶² C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 460.

²⁶³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 203.

Eser sözleşmesinde, iş sahibine teslim edilen eserin taşınır veya taşınmaz olması yalnızca iş sahibinin haklarına uygulanacak zamanaşımı süresinin tespiti açısından önemlidir. Bunun dışında, zamanaşımının başlangıç anı taşınır ve taşınmaz eserlerde aynıdır²⁶⁴.

Zamanaşımı sürelerini, taraflar anlaşma ile uzatıp kısaltabilirler. Fakat bu uzatma yirmi yılı aşamayacağı gibi, ayıbın kasten gizlendiği durumlarda da yirmi yıllık zamanaşımının kısaltılması mümkün değildir²⁶⁵. Ayrıca, ayıplı ifa müteahhidin ağır kusurundan ileri geliyorsa kısaltmaya ilişkin şart yine geçerli olmayacak ve TBK m. 115 uyarınca zamanaşımı süresini kısaltılmasına ilişkin sorumluluktan kurtulma imkanı söz konusu olmayacaktır.

Müteahhit, yapılan işle ilgili olarak, gerek eser sözleşmesi ile birlikte gerekse bu sözleşmeden ayrı bir sözleşme ile iş sahibine yapılan işe ilişkin olarak belirli bir süre garanti verebilir²⁶⁶. Garanti sözleşmesi ile, müteahhidin kanunda belirlenen tekeffül sorumluluğuna ilişkin süreler uzatılabilir ise de, kısaltılamaz (TBK m. 148, mülga BK m. 127). Tarafların, sözleşme ile kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi tanınması halinde zamanaşımı süresinin, garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilir. Şüphe halinde müteahhit lehine yapılacak olan yorum kabul edilmelidir²⁶⁷.

Son olarak, zamanaşımı süresinin dolması, alacağın sona ermesine neden olmaz. Zamanaşımı, alacağın artık dava yolu ile ileri sürülememesi ve ileri sürüldüğünde de bunun defii yoluyla engellenebilmesi sonucunu doğurur²⁶⁸.

²⁶⁴ UÇAR, s. 276.

²⁶⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 226; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; TURANBOY, s. 189; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 460.

²⁶⁶ Yılmaz ASLAN, Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat, Bursa 1996, s. 153; KOSTAKOĞLU, s. 556.

²⁶⁷ C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 460; TURANBOY, s. 189.

²⁶⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 227; ERDEM, s. 7-8.

3. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI

3.1 GENEL OLARAK DÖNME KAVRAMI

Bir borç ilişkisinin doğal sona erme biçimi, tarafların bu ilişkiden doğan borçlarını sözleşmeye uygun biçimde ve tümüyle ifa etmeleridir. Bunun dışında, taraflar anlaşarak aralarındaki borç ilişkisini sona erdirebilecekleri gibi bazen kanunun öngördüğü bir durumun gerçekleşmesiyle²⁶⁹ de taraflar arasındaki borç ilişkisi son bulur²⁷⁰.

Sözleşmeden dönme, bu durumlar dışında kalan ve geçerli bir sözleşmeyi sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdiren yenilik doğuran bir hakır²⁷¹. Yenilik doğuran hak, tek taraflı bir irade beyanıyla başka bir şahsın hukuki alanında bir değişikliğe yol açma olarak tanımlanmaktadır²⁷². Sözleşmeden dönme de hak sahibine bu tür olağanüstü yetkiler veren bir yenilik doğuran hakır²⁷³. Dönme hakkının bir özelliği de ileri sürülüş biçiminde kendisini gösterir. Dönme hakkının dava yoluyla kullanılması şartı değildir. Tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bakıldığında dönme hakkı, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi halinde, ifanın borçlunun aczi sebebiyle imkansızlaşması halini düzenleyen TBK m. 98'de (mülga BK m. 82) ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 123-125'de (mülga BK m. 106-108) alacaklıya, TBK m. 110'da (mülga BK m. 94) ve TBK

²⁶⁹ Örneğin: inceleme konumuz olan eser sözleşmesinde, TBK m. 483 uyarınca yapılan şeyin telef olması, TBK m. 485 uyarınca ifanın iş sahibi yüzünden imkansızlaşması ve TBK m. 486 uyarınca müteahhidin ölümü veya aczi halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ereceği kanun hükmü ile düzenlenmiştir.

²⁷⁰ ÖZ, Dönme, s. 24.

²⁷¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 381; ÖZ, Dönme, s. 24; BUZ, Dönme, s. 65 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 59 vd.; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 260 vd.; Turgut ÖNEN, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 89; Aydın AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul 1995, s. 138; SAYMEN/ELBİR, s. 756; N. YAVUZ, Eser ve Hizmet Sözleşmesi, s. 127; AKINTÜRK, s. 138.

²⁷² BUZ, Dönme, s. 72.

²⁷³ Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 52; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 46 vd.

m. 111’de (borcun ifasını engelleyen bazı durumlar) (mülga BK m. 95) borçluya tanınmıştır. Bu hükümler içerisinde sözleşmeden dönmenin sonuçları sadece borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 125’de (mülga BK m. 106 ve m. 108) düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümde öngörülen sonuçlar nitelikleri ile bağdaştığı ölçüde diğer sözleşmelere de uygulanacaktır²⁷⁴.

Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerine bakıldığında ise dönme hakkının çeşitli sözleşme tiplerinde taraflara tanındığı görülmektedir. Eser sözleşmesinde de iş sahibi ve müteahhit belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilirler. Örneğin, iş sahibi TBK m. 473/1’e (mülga BK m. 358) göre müteahhidin bazı davranışları sebebiyle, TBK m. 474’de yapılan şeyin ayıplı olması sebebiyle ve TBK m. 482’de (mülga BK m. 367) de yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması sebebiyle sözleşmeden dönme yoluna başvurabilir. Müteahhit de TBK m. 480 (mülga BK m. 365) gereği sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Burada belirtmek gerekir ki, kanunda farklı bir sonuç bağlanmış olmadıkça, genel hükümlerde dönme hakkının doğurduğu sonuçlar, özel sözleşme tiplerine de uygulanacaktır²⁷⁵.

Sözleşmeden dönme hakkı, yukarıda belirttiğimiz gibi kanundan doğan bir hak olabileceği gibi, taraflar arasındaki sözleşme ile de kararlaştırılabilir. Buna ‘iradi dönme hakkı’ denilmektedir²⁷⁶.

Tarafların sözleşme ile iradi dönme hakkı düzenlemelerindeki amaç, ileride ortaya çıkabilecek birtakım olumsuzluklara karşı, sözleşme bağından kurtulma yolunu açık tutma isteğidir. İradi dönme hakkı Alman Hukukunda açıkça düzenlenmiştir.²⁷⁷ Bu konuda Serozan’a göre²⁷⁸, Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu’nun birkaç hükmünde iradi dönme hakkına dolaylı olarak yer verilmiştir. Fakat, sözleşme serbestisi gereği

²⁷⁴ ÖZ, Dönme, s. 32; OĞUZMAN/ÖZ, s. 382.

²⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 382.

²⁷⁶ Rona SEROZAN, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereği Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 198; ÖZ, Dönme, s. 31; OĞUZMAN/ÖZ, s. 385.

²⁷⁷ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 39.

²⁷⁸ Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 203 vd. Aynı yönde BUZ, Dönme, s. 88. İradi dönme hakkına dolaylı olarak yer verilen düzenlemeler TBK m. 235/3, TBK m. 259 ve TBK m. 177’de de yer almaktadır.

tarafkların, yasanın emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla, sözleşmeden dönme hakkını kararlaştırmalarında kural olarak bir engel bulunmamaktadır²⁷⁹.

²⁷⁹G n m zde taraftar toplamaya başlayan bu görüş uyarınca, iradi dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmayacak, taraflar aynı sonucu verecek bir tasfiye ilişkisi sağlamayı birbirlerine borçlanmış olacaklardır. Bu görüş için bkz.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 203 vd; SEROZAN,  z lme, s. 198.

3.2 DÖNMEYİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Dönme hakkının²⁸⁰, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan ve taraflar arasındaki hukuki durumda değişiklik yaratan bir yenilik doğuran hak olduğu doktrinde kabul edilmektedir²⁸¹. Burada tartışma konusu olan husus esas itibariyle dönme hakkının hukuki niteliği ve bu hakkın kullanılmasının sözleşmeye etkisi noktasında toplanmaktadır. Doktrinde ileri sürülen başlıca görüşleri şu şekilde ortaya koymak mümkündür. Doktrinde ileri sürülen görüşler, klasik dönme teorisi, yeni dönme teorisi ve aynı etkili dönme teorisidir.

3.2.1 Klasik Dönme Teorisi

Bu teoriyi benimseyen görüşe göre²⁸², dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme sanki hiç kurulmamış gibi, baştan itibaren geçeriz olur. Burada dönme, ‘bozucu yenilik doğuran bir hakkın’ kullanılmasıdır²⁸³. Klasik görüşü savunanlara göre geriye etkiden anlaşılması gereken, dönme ile sözleşmenin hiç kurulmamışçasına (ex tunc) ortadan kalkmasıdır. Henüz yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri kendiliğinden sona erer, yerine getirilmiş olan sözleşme edimleri ise hakkın sona erdiği itirazı ile karşı karşıya kalır. Tarafların önceki ifa sonucu iktisap ettikleri bütün haklar onlar için sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Bu kazanımlar dönme ile birlikte sözleşme ortadan kalkacağından hukuki sebepten yoksun hale gelmiştir. Yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi talepleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacak²⁸⁴, iade borcunun

²⁸⁰ Mülga BK m. 106/2’ de dönme yerine ‘fesih’ ifadesi kullanılmıştı. Fesih, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesinde kullanılan bir terimdir. Dolayısıyla kanunun bu ifadesi hatalıydı. TBK m. 125/2 hükmünde isabetli olarak fesih ifadesinin yerine ‘dönme’ ifadesine yer verilmiştir.

²⁸¹ M. Turgut ÖZ, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İ.Ü. MHAD, C.: 13, S.: 16, s. 131 vd.; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 160; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 43 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 412; EREN, Genel Hükümler, s. 1108; ÖZ, Dönme, s. 34; UÇAR, s. 174; CANBOLAT, s. 104.

²⁸² TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 504; Selahattin S. TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1985, s. 13; 1289; TUNÇOMAĞ, s. 951, 1160; OĞUZMAN/ÖZ, s. 327-412; ÖZ, Dönme, s. 34; Işık NAZİKOĞLU, Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHF, C.8, S. 1-2, 1951, s. 680 vd.; Mustafa Reşit KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, C.2, Ankara 2003, s. 1134; DAYINLARLI, s. 103; SAYMEN/ELBİR, s. 756.

²⁸³ BUZ, Yenilik doğuran haklar, s. 193.

²⁸⁴ Taraflardan birinin diğerinin arsasına inşaat yapmasına ilişkin nedenle sözleşmeden dönmede sebepsiz zenginleşme hükümlerine nazaran, özel hüküm niteliği taşıyan haksız inşaat hükümlerinin (MK m. 723)

kapsamı da buna göre belirlenecektir. Ayrıca buradaki talebin, ‘sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi’ talebi olduğu belirtilmektedir²⁸⁵. İadeye sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacağından, bu taleplerin bağlı olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 82 uyarınca, mülga BK m. 66’dan farklı olarak dönme bildirimini ulaşmasından itibaren bir değil, iki yıldır. İade yükümlüsü dönme bildirimini öğrendiği andan itibaren sebepsiz zenginleştiğinden zamanaşımı süresi de bu andan itibaren başlayacaktır²⁸⁶.

Klasik dönme görüşünü benimseyen yazarlar da kendi içlerinde özellikle bir noktaya ilişkin olarak ikiye ayrılmıştır. Bir grup klasik görüş yanlısı yazar²⁸⁷, dönülen sözleşme uyarınca önceden yapılan kazandırmalar sebebe bağlı (illi) bir tasarruf işlemiyle dahi yapılmış olsa, tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceği, devredilen hakkın kendiliğinden hak sahibine dönmeyeceği, iadenin ‘sebebin sonradan ortadan kalkmasına’ dayanılarak sebepsiz zenginleşme talebiyle istenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, tasarruf işlemi yapılırken işlemin sebebini etkileyen bir geçersizlik söz konusu değildir; sebebin sona ermesi sonraki bir olguya dayanmaktadır.

Diğer klasik görüş yanlısı yazarlar ise²⁸⁸, dönme üzerine vaktiyle kazanılmış aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin kendiliğinden geçersiz hale gelmemesinin ancak, taşınırlar açısından soyutluk görüşü benimsenirse mümkün olduğunu düşünmektedir. Bu görüşe göre, taşınmazlarda MK m. 1021 gereği, taşınmaz mülkiyetini geçiren tasarruf işleminin ‘sebebe bağlı’ olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, dönme üzerine sebebe bağlı tasarruf işlemi de geçmişe etkili olarak hükümsüzleşecek ve bu yolla verilen şeylerin iadesi aynı hakka dayanan bir taleple istenebilecektir. Bu görüşe getirilen eleştirilerden birisi, sözleşmeden dönme anına kadar sözleşme konusu şeyler

uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. M.Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, s. 418 vd.; ÖZ, Dönme, s. 238 vd.

²⁸⁵ A. Von TUHR/A. Von ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II, 3.Aufl., Zürich 1974, s. 155-156 (BUZ, Dönme, s. 119’dan naklen); Yarg. İçt. BGK. 25.1.1984 3/1 (www.kazanci.com)

²⁸⁶ ÖZ, Dönme, s. 257.

²⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 413; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 952.

²⁸⁸ ÖZ, Dönme, s. 40; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 405. Kanuni borç ilişkisi teorisini destekleyen bir görüşe göre ise iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Tarafların iade borçlarına TBK m. 146 (mülga BK m. 125) uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 967 vd.

üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişilerin durumunu ağırlaştıracağı yönündedir²⁸⁹. Bu görüşü savunanlar ise bu eleştiriye karşılık olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin sözleşmeden dönme üzerine aynı taleple iade isteyene karşı, MK m. 988 ve m. 1023 hükümleri uyarınca korunacağını belirtmektedirler²⁹⁰.

3.2.2 Yeni Dönme Teorisi

Yeni dönme teorisi diye adlandırılan ve gittikçe taraftar toplayan bu görüşe göre²⁹¹, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine dolaylı bir etkisi²⁹² vardır. Dönme işlemi, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp sadece onun konusunu değiştirir. Bir başka deyişle, dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisine dönüştürür²⁹³. Bu görüşe göre dönme ‘değiştirici yenilik doğuran hakkın’ kullanılması biçiminde ortaya çıkar.

Bu görüş taraftarlarından Seliçi’ye göre²⁹⁴, dönme hakkını kullananın amacı, yerine getirdiği edimi geri vermek ve mevcut borcundan kurtulmaktır. Dolayısıyla, bu sonucun sağlanması için, dönmenin mutlaka sözleşmenin hiç yapılmamış sayılması görüşü ile açıklanması zorunlu değildir. Dolayısıyla, dönme üzerine yerine getirilmiş olan edimler açısından iade talebi doğacak, yerine getirilmemiş edim borçları ise ileriye etkili olarak sona erecek, borç ilişkisi ise sona ermeden devam edecek, sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüşecektir.

²⁸⁹ Eleştiriler için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 413.

²⁹⁰ ÖZ, Dönme, s. 40.

²⁹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1295; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd.; Rona SEROZAN, Çözülme, s. 199; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 262; EREN, Genel Hükümler, s. 1108, SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 209 vd.; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162; Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 369 vd.; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 48 vd. Ayrıca bu görüş hakkında açıklamalar için bkz. ÖZ, Dönme, s. 37 vd.; BUZ, Dönme, s. 123 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 415 vd.; UÇAR, s. 176 vd.

²⁹² Bu görüşe göre, dönmenin sözleşme ilişkisini ne geçmişe yürürlü (ex tunc), ne de ileriye etkili (ex nunc) sona erdirmesi söz konusudur. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 37; ÖZ, Karşılaştırma, s. 136.

²⁹³ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd.; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 209 vd.; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162; C. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 462; EREN, Genel Hükümler, s. 1108 vd.

²⁹⁴ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 210; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162.

Dönme beyanı üzerine, tarafların henüz yerine getirmedikleri edimler ortadan kalkar²⁹⁵, yerine getirilmiş olan edimler açısından iade borcu doğar. Bu iade borcu, sözleşmenin içerik değiştirmesinden kaynaklandığı için, sebepsiz zenginleşmeden doğan yükümlülükler çerçevesinde değil, sözleşmesel iade yükümlülükleri çerçevesinde yerine getirilecektir²⁹⁶. Burada sözleşme sona ermemiş sadece içerik değiştirmiştir. Böylece, iadeye ilişkin talepler, ne sebepsiz zenginleşmeye ne de yasadın doğan özel bir talebe dayanır. Verilen şeylerin geri istenmesi yine aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifasının istenmesinden ibarettir. O halde iade yükümlülüğü de, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak kurallara; TBK m. 112 vd. (mülga BK m. 96 vd.) hükümlerine tabi olacaktır²⁹⁷. O halde zamanaşımı süresi de TBK m. 146 (mülga BK m. 125) uyarınca on yıl olacaktır.

Yine bu görüş uyarınca, yan yükümlülüklerin, koruma yükümlülüklerinin ve teminatların²⁹⁸ sözleşmeden dönmeden sonra da devam ettirilebilmelerinin, ancak sözleşmenin dönme ile sona ermeyip, bir tasfiye ilişkisine dönüşmesinin kabul edilmesi halinde mümkün olduğu savunulmaktadır²⁹⁹.

3.2.3 Aynı Etkili Dönme Teorisi (İstihkak Teorisi)

Aynı etkili dönme teorisi veya istihkak teorisi diye adlandırılan bu görüş taraftarlarına göre de³⁰⁰, klasik görüş gibi, dönme üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Fakat burada, klasik görüşten farklı olarak, sözleşmeden dönmeye ‘aynı etki’ tanınmıştır.

²⁹⁵ Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, dönme üzerine henüz ifa edilmemiş borçların son bulmaz, sadece borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir defa hakkı doğar. Bu konuda bkz. ÖZ, Dönme, s. 37; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 74 vd. Yeni dönme görüşünü savunan diğer yazarlara göre ise, dönme üzerine yerine getirilmemiş edimler ileriye etkili olarak sona erecektir. Bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 210.

²⁹⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 1109; BUZ, Dönme, s. 123.

²⁹⁷ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 81; EREN, Borçlar Genel, s. 1110.

²⁹⁸ Dolayısıyla bu görüşe göre, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermeyip sadece içerik değiştirdiğinden, asıl borç için verilmiş olan rehin, kefalet ve cezai şartın, dönme üzerine iade borçlarının teminatı olarak devam edeceği kabul edilmektedir. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 80 vd.

²⁹⁹ Yeni dönme teorisi lehine ileri sürülen diğer bir gerekçe de, bu teorinin uluslararası sözleşmelerde ve özellikle Viyana Satım Sözleşmesinde kabul edilmiş olmasıdır. Bkz. BUZ, Dönme, s. 125.

³⁰⁰ E. KLESS, La Demeure, Diss. Münster, 1968, s. 110 vd.; A. FLESNER, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP, 1977, s. 273. (BUZ, Dönme, s. 54’ten naklen); GÜMÜŞ, s. 79.

Aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması sadece borçlandırıcı işlemleri değil, dönülen sözleşmenin ifası amacıyla daha önceden yapılmış olan tasarruf işlemlerini de etkiler³⁰¹. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla, hem henüz ifa edilmemiş edimler, hem de daha önce yerine getirilmiş olan edimler dönülen sözleşme uyarınca geçmişe etkili olarak sona erer. Dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların da devralana hiç geçmediği kabul edilir³⁰².

Bu görüşe göre, klasik görüşün, dönme üzerine aynı haklara dokunulmamasını kabul eden fikri ancak, taşınırlarda soyutluk görüşü³⁰³ benimsenirse kabul edilebilir. Böylece, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa bile, kazanılan aynı hak kendiliğinden geçersiz olmaz, sadece bir sebepsiz zenginleşme talebiyle iadesi istenebilir³⁰⁴. Aksi halde klasik görüşün bu açıdan kabulü söz konusu değildir.

Aynı etkili dönme teorisine göre, dönme üzerine, daha önce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi sebebe bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak, taşınırlarda “istihkak davası” ile talep edilir (MK m. 683). Sözleşmeden dönmeden önce mülkiyeti karşı tarafa geçirilmiş olan taşınmaz bakımından, hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması ile yolsuz hale gelen tescil “tapu kaydının düzeltilmesi davası” ile düzeltilerek sağlanır (MK m. 1025). Bunun dışında karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabı halinde de sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir³⁰⁵. İstihkak davası ve tapu kaydının düzeltilmesi davasına ilişkin talepler zamanaşımına bağlı değilken, sebepsiz zenginleşmeye dayanan taleplerde zamanaşımı süresi TBK m. 82 hükmü uyarınca iki yıldır. İade kapsamında, eşyadan elde edilen yararlar ve yapılan masraflar açısından ise, haksız zilyedin durumunu düzenleyen MK m. 993 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁶.

³⁰¹ BUZ, Dönme, s. 121.

³⁰² KURT, s. 293.

³⁰³ Türk Hukukunda taşınırlar üzerinde aynı hak kazandıran tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Soyutluk görüşüne göre, taşınır üzerinde aynı hak kazandıran tasarruf işlemleri, kendilerinde bir geçersizlik olmadıkça, hukuki sebeplerini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden etkilenmezler. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 591 vd.

³⁰⁴ ÖZ, Dönme, s. 40.

³⁰⁵ BUZ, Dönme, s. 122; ÖZ, Dönme, s. 39 vd.; KURT, s. 294 vd.

³⁰⁶ BUZ, Dönme, s. 223-231, ÖZ, Karşılaştırma, s. 155 vd.

3.2 DÖNME VE FESİH AYRIMI³⁰⁷

3.2.1 Genel Olarak

Sözleşmeden dönme ve fesih kavramları çoğu kez, hatalı olarak aynı hukuki durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. Mülga Borçlar Kanunu'nda, sözleşmeden dönmenin herhangi bir tanımı yoktur ve açıkça 'dönme' ibaresine de yer verilmemiştir³⁰⁸. İsviçre Borçlar Kanunu'nun dönme kavramına yer veren hükümlerinin tamamına yakını, Türk Borçlar Kanunu'na fesih olarak çevrilmiştir. Oysa fesih ve dönme birbirinden tamamen farklı hukuki sonuçları olan iki kavramdır. Bu iki kavramın birbirinden ayırılması özellikle konumuz olan eser sözleşmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Fesih, sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanı ile sürekli borç ilişkisinin kural olarak³⁰⁹ ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirilmesidir. Fesih hakkı da, dönme hakkı gibi, tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran ve karşı tarafın herhangi bir davranışının gerekli olmadığı bozucu yenilik doğuran bir haktır³¹⁰. Fesih kendi içinde de çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu hususta yapılan ilk ayırım, 'olağan fesih- olağanüstü fesih' ayırımıdır. İkinci olarak da 'sürelili fesih- süresiz fesih' ayırımı yapılmıştır³¹¹. Feshin 'olağan fesih' olarak adlandırılan türünde, hak sahibi sürekli sözleşme ilişkisini herhangi bir sebebe dayanmadan, ihbar sürelerine uymak suretiyle

³⁰⁷ Dönmenin diğer bazı kavramlardan (geri alma, iptal, cayma) farkı için ayrıca bkz. ÖZ, Dönme, s. 25 vd.; BUZ, Dönme, s. 70.

³⁰⁸ Mülga Borçlar Kanunu'nda 'dönme' ifadesinin geçtiği tek yer, 3. maddedeki 'icaptan dönme' şeklindedir. Ancak burada söz konusu olan hakkın dönme değil bir geri alma hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 27, dn. 19. TBK m. 4'te, dönme ibaresi kaldırılarak bu yanlış düzeltilmiştir. Ayrıca, gerek TBK m. 475'de gerekse ilgili diğer maddelerde 'dönme' kavramına açıkça yer verilmiştir.

³⁰⁹ Fesih kural olarak, borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirir. Fakat ölüncüye kadar bakma ve kaydı hayatla irat sözleşmeleri sürekli bir borç ilişkisi kurmalarına rağmen bunlarda geçmişe etkili dönme mümkündür. BK m. 516-517 (TBK m. 616-617), ölüncüye kadar bakma sözleşmesi için bu durumu açık hükme bağlamıştır.

³¹⁰ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 115 vd.; TEKİNAY/AKMANBURCUOĞLU/ALTOP, s. 1290; Y. Engin SELİMOĞLU, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 688; KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 1135; Vedat BUZ, İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C. 21, S. 2, Y. Aralık 2001, s. 229; BUZ, Dönme, s. 81; ÖZ, Dönme, s. 26

³¹¹ Feshin çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 131 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 115 vd.

sona erdirebilir³¹². Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde herhangi bir sebebe dayanmadan serbestçe sözleşmeden dönme ise mümkün değildir. Sözleşmeden dönme hakkının doğması için kural olarak, sözleşmeye aykırı davranışın söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla, dönme bu anlamda her zaman ‘olağanüstü’ bir haktır³¹³.

Fesih ve dönme arasındaki temel farkları konumuzu ilgilendirmesi açısından şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

Fesih, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi bakımından geçerli bir kavramken, dönme ani edimli borç ilişkileri açısından söz konusudur³¹⁴. Sürekli borç ilişkisi ve ani edimli borç ilişkisinin birbirinden ayırıldığını sağlayan kıstas, sözleşme ile yükümlenilen edim borcunun ifasının bir zamana mı yayıldığı yoksa bir defada, aniden mi olduğudur. Daha doğru bir deyişle, bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olarak değerlendirilmesi için, alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin bir defada mı olduğu yoksa zaman içinde bir süreye mi yayıldığına bakmak gerekir³¹⁵. Ani edimli borç ilişkilerinde, edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır. Dolayısıyla dönme, ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olurken, fesih sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Fakat sürekli borç ilişkilerinde henüz edimin ifasına başlanmadan sözleşme sona erdirildiğinde fesih değil dönmenin söz konusu olduğu doktrinde savunuluyordu. Dolayısıyla, henüz sürekli edimin ifasına başlanmadığı hallerde geçmişe etkili sonuç doğuran dönme hakkının varlığının kabul edilmesi gerektiği fikri vardı³¹⁶. TBK m. 126’da sürekli edimli sözleşmelere ilişkin mülga Borçlar Kanunu’nda karşılığı olmayan, yeni bir düzenleme getirilmiş olup, hüküm; *“İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”* şeklindedir.

³¹² SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 132.

³¹³ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 120-121; BUZ, Dönme, s. 84.

³¹⁴ Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008, s. 63; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 120; BUZ, Dönme, s. 83.

³¹⁵ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7 vd.; ÖZ, Dönme, s. 13; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 162 vd.

³¹⁶ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 174; Bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 223; OĞUZMAN/ÖZ, s. 383 dn. 475.

Eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler³¹⁷ vardır. Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığını düşünen yazarlar³¹⁸, müteahhidin eseri meydana getirme unsurundan hareket etmektedirler. Eser sözleşmesinde müteahhit, sadece sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, aynı zamanda bu sonucun gerçekleştirilmesi yolunda faaliyet gösterme yükümü altına da girmektedir. Bu sebeple, müteahhidin bu iş görme faaliyetinden yola çıkan yazarlar, iş görme ediminin zamana yayılmasından hareketle, bu tür edimleri içeren sözleşmelerin tümünün sürekli borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadırlar.

Karma görüş diye adlandırılan görüşü benimseyen yazarlara göre³¹⁹, ani edimli-sürekli edimli borç doğuran sözleşme ayrımı eser sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemektedir. Eser sözleşmesi, eserin teslim edilmesi ve ücret ödenmesi açısından ani edimli, buna karşılık eserin bir zaman dilimi içerisinde meydana getirilmesi açısından da sürekli borç ilişkisi niteliğini taşır³²⁰.

Bu konuda verilmiş bir Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'na göre³²¹; *“İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ‘ani edimli’ sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri ‘geçici- sürekli karmaşıktı’ bir özellik taşımaktadır..... İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak*

³¹⁷ Bu konudaki görüşler için bkz.: ÖZYÖRÜK, s. 50 vd.; GÖKYAYLA, Ek İş, s. 17 vd.

³¹⁸ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 165 vd.

³¹⁹ GÖKYAYLA, Ek İş, s. 18; ŞENOCAK, Ayıbm Giderilmesi, 7 vd.; İbrahim KAPLAN, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996.

³²⁰ Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 166.

³²¹ Yarg. İBGK. 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (www.kazanci.com).

Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına.....” karar vermiştir.

Bizim katıldığımız görüşe göre³²², kural olarak eser sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi doğurur. Eser sözleşmesinde, edim sonucunun gerçekleşmesi, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesiyle gerçekleşir. Müteahhidin edimin ifası için yaptığı hazırlıklar eser sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi haline getirmez. Burada iş sahibinin sözleşmedeki menfaati zamana yayılmış değildir. İş sahibinin ifaya olan menfaati, müteahhidin eseri teslim etmesi ile, ‘bir defada’ son bulacaktır. Nitekim, inceleme konumuz olan TBK m. 475/1’de açıkça ‘sözleşmeden dönme’ ifadesi kullanılmıştır. Sözleşmeden dönme, daha önce de belirttiğimiz gibi ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Fakat, eser sözleşmesi kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi doğursa da, bazı durumlarda sürekli edimler içeren sözleşmelere ilişkin ve feshe ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda iş sahibinin ifaya olan çıkarının zaman içinde yaygın olması hali söz konusudur. Eser sözleşmesinin sürekli edim borcu doğuran bir sözleşme olarak ortaya çıktığı hale örnek olarak, ard arda teslim borcunu içeren eser sözleşmelerini ve inşaat sözleşmelerini gösterebiliriz³²³. Bu durumda sözleşmenin sona ermesi durumunda, dönme ileriye etkili sonuçlar doğuracaktır.

Fesih ve dönme arasındaki farkın belirlenmesinin önemi kendisini doğrudukları hukuki sonuçlar bakımından gösterir. Dönme üzerine, sözleşme ‘geçmişe etkili’ olarak sona erer. Henüz yerine getirilmemiş edim yükümlülükleri dönme ile sona erer, yerine getirilmiş edimlerin ise iadesi söz konusu olur. Fesih ise, ‘ileriye etkili’ sonuçlar doğurur. İleriye etkiden anlaşılması gereken, fesih hakkının kullanılmasından önce

³²²SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; Haluk TANDOĞAN, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, BATİDER, C.11, S. 1, Y. 1981, s. 28-49; ÖZ, Dönme, s. 20; KARAHASAN, İnşaat, s. 56; ALTAŞ, s. 50; Cem BAYGIN, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 21.

³²³ ÖZ, Dönme, s. 21 vd.; ALTAŞ, s. 50. Aksi görüş için bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 211. Bazı eserlerin ise niteliği itibarıyla, sürekli borç ilişkisi doğurduğunu düşünenler de vardır. Bu görüşe göre, belirli süreli veya belirsiz süreli olarak bir binanın temizliğinin yapılmasına, bir makinenin sürekli ve düzenli olarak bakımının sağlanmasına ilişkin sözleşmeler buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Dönme s. 223.

yerine getirilmiş olan edimlerin geçerliliklerini korumasıdır³²⁴. Örneğin: kira sözleşmesinde, fesih hakkının kullanılmasından önce ödenmiş olan kira bedelleri, fesihten etkilenmez. Fesih sadece bu hakkın kullanılmasından sonraki dönemde doğacak olan borçları ileriye etkili olarak sona erdirir³²⁵. Serozan'a göre³²⁶, dönme ve fesih arasındaki ayrımı bu noktada aramamak gerekir. Nasıl ki feshin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıcı etkisi yoksa dönmenin de sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıcı etkisi yoktur. Bu görüşe göre fesih ve dönme arasındaki ayrım şu noktadadır: dönme, sözleşme ilişkisini çözer, fesih ise sürekli sözleşme ilişkisini sona erdirir. Dolayısıyla, dönme yarattığı bu çözüme ilişkisi sonucu, o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi yükümlülüğü doğurduğu halde, fesih, o ana kadar yerine getirilmiş olan sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümlülüğü doğurmaz. Feshin, o ana kadar yerine getirilmiş edim yükümlülüklerini geri verdirici gücü olmaması da, dönme ile arasındaki farkı gösterir³²⁷. Fakat, bazı durumlarda, sürekli sözleşme ilişkisinin fesihle sona erdirilmesinde dahi, bazı iade yükümlülükleri doğabilir. Fakat bu tür iade yükümlülükleri, dönmedeki iade yükümlülüklerinden farklıdır. Fesihte söz konusu olan iade yükümlülükleri, ya kanunla öngörülmüştür ya da sözleşmeden doğmuştur³²⁸.

Dönme hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nda sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından kabul edilmiştir³²⁹. Fesih ise, hem tek tarafa borç yükleyen (örneğin: ödünç sözleşmesi), hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (örneğin: kira sözleşmesi ve eser sözleşmesinde) söz konusu olur.

Dönme ve fesih alanındaki farkı ortaya koyabilmek amacıyla doktrinde yapılan son ayrım da, bu hakların kullanılmasıyla birlikte talep edilebilecek zararın türü

³²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1290 vd; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 63-64.

³²⁵ KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 1135; ÖZ, Dönme, s. 29; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 114 vd.

³²⁶ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 118. Benzer görüş için bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s.213.

³²⁷ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 118.

³²⁸ Örnek olarak, kira sözleşmesinin feshi halinde, kiracı kira konusu malı, kiralayan ise kiracının ödediği depozitoyu iade etmekle yükümlü olacaktır. BUZ, Dönme, s. 83; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 119; ÖZ, Dönme, s. 13; BUZ, Fesih, s. 232.

³²⁹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 120. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdünü düzenleyen BK m. 106-108 hükümlerinin, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 256 vd.

bakımındandır. Buna göre, fesih halinde sürekli borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erdiğinden, ‘müspet zararın’ tazmini talep edilebilecek iken, dönme halinde sözleşme geçmişe etkili olarak sona ereceğinden tazmini talep edilebilecek zarar ‘menfi zarar’ olacaktır³³⁰. Fesih halinde, sözleşme ilişkisinde o ana kadar ifa edilen edimler açısından geçersizliğin söz konusu olmayacağından, menfi zararın (sözleşmenin hüküm ifade ettiğine ilişkin güvenin boşa çıkması yüzünden uğranılan zarar) tazmini de söz konusu olmayacaktır³³¹.

3.2.2 Dönme Hakkının Niteliği Ve Borç İlişkisine Etkisi Bakımından Görüşümüz

Bizim görüşümüze göre, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına aynı etkili dönme teorisinin³³² uygulanması yerindedir.

Öncelikle, dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar. Ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkını seçen iş sahibi, müteahhit ile bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmak istemediği yönündeki iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, eser sözleşmesinde, iş sahibinin ayıptan dolayı sözleşmeden dönmesi ağır şartlara bağlanmıştır. TBK m. 475’e göre sözleşmeden dönülebilmesi için, ‘ayıplı eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması’ şartlarından birisinin gerçekleşmesi gerekir. Bize göre, kanun koyucunun ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmeyi bu denli sıkı şartlara bağlamasının nedeni, sözleşmeden dönmenin sonuçlarının çok ağır sonuçlara yol açacak olmasıdır. Dolayısıyla eğer, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmayıp, yeni dönme teorisi taraftarlarının savunduğu üzere verilenlerin iadesine yönelik bir tasfiye ilişkisine dönüşmüş olsaydı, dönme için bu kadar ağır şartlar düzenlenmezdi. İş sahibinin, dönme ile sözleşmenin ortadan kalkmasını istemesinin sebebi, artık sözleşme ilişkisinin kökten sarsılmış ve karşı taraftan sözleşmenin devamına yönelik bir menfaatinin kalmamış olmasındandır. Dönme beyanında bulunan kişinin bu açık iradesine rağmen, yeni dönme teorisinin ileri

³³⁰ ÖZ, Dönme, s. 29-30; BUZ, Dönme, s. 84; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 121; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 64.

³³¹ ÖZ, Dönme, s. 30. Aksi yöndeki görüşler ve tartışmalar için bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 121; BUZ, Dönme, s. 84.

³³² Aynı görüş için bkz. BUZ, Dönme, s. 133 vd.

sürdüğü üzere, sözleşmenin dönmeden sonra, tasfiye amacıyla devam ettirileceğini kabul etmek bize göre doğru olmayacaktır. Sözleşmenin, dönmeden sonra tasfiye amacıyla varlığını devam ettirebilmesi için tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, böyle bir irade beyanı olmadan, dönülen sözleşmenin kendiliğinden tasfiye ilişkisine dönüşmesinin kabul edilmesi bizce yerinde değildir.

Benimsediğimiz aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine sadece borçlandırıcı işlemler değil, tasarruf işlemleri de geçersiz olur. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmenin geriye etkisi hukuki sebebe bağlı (illi) tasarruf işlemlerini de kapsar. Taşınmaz mülkiyetini geçiren tescil sebebe bağlı olduğundan, taşınmazın mülkiyetini geçirme işleminin sebebi olan sözleşme ilişkisi dönme üzerine geçersiz olduğunda, tasarruf işlemi geçersiz olmalıdır. Sözleşmeden dönme anına kadar verilen şey üzerinde iyiniyetli üçüncü kişilerin hak iktisap etmesi halinde bu iktisap, MK m. 988 ve m. 1023 ile korunacaktır. Dönme üzerine, tasarruf işlemleri geçmişe etkili olarak sona erse bile, üçüncü kişilerin, taşınırılar için (sebebe bağıllık görüşü dahi kabul edilse) emin sıfatı ile zilyetten (MK m. 988)³³³, taşınmazlar için ise yolsuz tescile dayanarak (MK m. 1023) iyiniyetle aynı hak kazanımları korunur.

Son olarak, sözleşmeden dönme üzerine tarafların birbirlerine henüz ifa etmedikleri asli edim yükümlülükleri³³⁴ sona ereceğinden buna ilişkin verilmiş olan teminatlar da, fer'ilik ilkesi gereği sona ermelidir. Fakat taraflar, aralarındaki teminat anlaşmasında, teminatların dönülen sözleşmedeki asli edim yükümlülükleri yanında, iade yükümlülükleri için de verildiğini kabul edebilirler. Bu takdirde, dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirse de teminatlar, dönmeden sonra dahi geçerli kalmaya devam ederler³³⁵.

³³³ Eğer, taşınır mülkiyetinin nakli sebepten soyut sayılırsa bu korumaya da ihtiyaç kalmayacağı yönünde bkz. ÖZ, Dönme, s. 40- 259 vd.

³³⁴ Asli edim yükümlülükleri, sözleşme ilişkisinin doğmasını sağlayan, sözleşmenin karakteristiğini belirleyen ve onu diğer sözleşme ilişkilerinden ayıran edim borçlarıdır. Bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 5-6.

³³⁵ Bkz. BUZ, Dönme, s. 148.

4. SÖZLEŞMEDEN DÖNMEİN SONUÇLARI

4.1 DÖNME ÜZERİNE TASFİYE İLİŞKİSİ

4.1.1 Sözleşmeden Dönme Üzerine Tasfiye İlişkisinin Kapsamının Belirlenmesi

Sözleşmeden dönme hakkının niteliği ve sonuçlarına ilişkin görüşleri ve katıldığımız görüşü yukarıda belirtmiştik. Bizim görüşümüze göre³³⁶, sözleşmeden dönme üzerine, taraflar arasındaki borç ilişkisi son bulacak ve verilenlerin iadesi taşınır lar açısından istihkak talebi ile taşınmazlarda yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile diğer iade talepleri de sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır. Bu konuda her ne kadar farklı görüşler kabul edilse de, dönme hakkının kullanılmasıyla elde edilmek istenen amaç esas itibariyle hepsinde aynıdır. Bu hakkın kullanılmasıyla amaçlanan, taraflar arasındaki ilişkinin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bir şekilde sözleşmenin kurulduğu andaki durumun yeniden sağlanmasıdır.

Bu paragraf altında, sözleşmeden dönmeden önce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesinin ne şekilde gerçekleştirileceği tartışılacaktır.

Eser sözleşmesinden dönme üzerine iadeyi gerektiren durumlar başlıca iki halde ortaya çıkar. İlk hal, iş sahibinin önceden müteahhide verdiği bedelin geri alınmasıdır. Eğer bedel olarak kararlaştırılan bir miktar para ise, sözleşmeden dönme üzerine bu para bir sebepsiz zenginleşme talebiyle istenecektir. Bedelin, paradan başka bir şeyin verilmesi şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda ise, tasfiyenin ne şekilde olacağına ayrıca değinilecektir.

İkinci hal ise, sözleşmeden dönme üzerine iş sahibinin elindekini müteahhide iade etmesidir. Burada, eserin aynen iadesi veya bu mümkün değilse parasal değerinin iadesi söz konusu olacaktır.

³³⁶ Bkz. yukarıda s. 72.

4.1.2 Tasfiye İlişisine Uygulanacak Hükümler

4.1.2.1 Öğretide Benimsenen Görüşler

4.1.2.1.1 Tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması görüşü

Daha önceden de açıkladığımız gibi, klasik dönme görüşüne katılan hukukçulara göre³³⁷, sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, iade taleplerinin daima sebepsiz zenginleşmeye dayanacağını savunurlar. Buna göre, iktisap edilmiş olan şeyin niteliği, ne olduğu ve hangi hükme göre sözleşmeden dönüldüğüne bakılmaksızın, dönmeyle birlikte vaktiyle elde edilmiş olan şeyler, “sonradan ortadan kalkan bir sebebe dayanan iktisap biçimi” oluşturur ve iade daima sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir³³⁸. Bu görüşe göre, iktisap bir hukuki işlemle gerçekleşmiş ve bu işlem sebebe bağlılık taşısa dahi dönme üzerine mülkiyet durumu kendiliğinden düzelmeyecek, sebepsiz zenginleşme talebiyle istenebilecektir. Burada iade talebi her zaman şahsi ve nispi bir hakkın ileri sürülmesi niteliğini taşır³³⁹. Klasik görüş yanlılarından bazılarına göre ise³⁴⁰, dönme üzerine vaktiyle kazanılmış aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin geçersiz hale gelmesinin, ancak taşınırlarda soyutluk görüşünün kabulü halinde mümkün olduğunu, bu sebeple, dönme üzerine, sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin geçersiz olacağını, fakat geri vermeye yönelik talebin aynı hakka dayanan şekilde bir talep olduğunu savunur. İade talebinin tabi olacağı zamanaşımı süresi de sözleşmeden dönmenin gerçekleşmesinden itibaren Türk Borçlar Kanunu’na göre iki yıl olacaktır. Bu süre mülga BK m. 363 hükmünün, mülga BK m. 207 hükmüne yaptığı gönderme nedeniyle bir yıldır.

³³⁷ Bkz. yukarıda, s. 62 vd.

³³⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 405.

³³⁹ ÖZ, Dönme, s. 228.

³⁴⁰ Açıklamalar için bkz. yukarıda s. 63 vd.

4.1.2.1.2 Tasfiyenin sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi hükümlerine göre yapılması görüşü

Yeni dönme görüşünü savunanlara göre³⁴¹, sözleşmeden dönme borç ilişkisini sona erdirmeyip, içeriğini değiştirdiği için, her iki tarafın aldıklarını iade borcu yine aynı sözleşmeden doğan bir borç oluşturur³⁴². Böylece iade TBK m. 112 vd. uyarınca gerçekleşecek ve zamanaşımı süresi de 10 yıl olacaktır³⁴³. Bu görüşün savunucularından Serozan'a göre³⁴⁴, iade ilişkisi sözleşmesel bir ilişkidir ve iadeye uygulanacak hükümler sadece TBK m. 112 vd. (mülga BK m. 96 vd.) değildir. Bu genel kurallarının yanı sıra, Borçlar Kanununda iade, masraf ve tazminat istemlerini düzenleyen bütün sorumluluk hükümleri sözleşmeden dönme üzerine yöneltilen iade talebine de uygulanmalıdır.

4.1.2.1.3 Tasfiyenin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yapılması görüşü

Gautschi'ye göre³⁴⁵, sözleşmeden dönme üzerine, önceden yerine getirilmiş olan edimler sebepsiz zenginleşme değil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme oluştururlar. Yazara göre, sözleşmenin ortadan kalkması üzerine, müteahhidin yürüttüğü faaliyetlerin iş sahibinin çıkarını karşılamayan bir vekaletsiz iş görmeye dönüşür. Bu sebeple, sözleşmeden dönme sonrası tarafların iade borcuna da on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

4.1.2.1.4 Tasfiyenin satım sözleşmesindeki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hükümlerine göre yapılması görüşü

Satım sözleşmesinde, satıcının ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK m. 277 (mülga BK m. 202) hükmü, esas itibariyle, satılan şeyin teslimi borcunun gereği gibi yerine getirilmesinin bir yaptırımıdır. Sözleşme başlangıçta geçerlidir, fakat

³⁴¹ Bkz. yukarıda s. 64 vd.

³⁴² ÖZ, Dönme, s. 228.

³⁴³ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 209; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 161-162; ÖZ, Dönme, s. 228.

³⁴⁴ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 512.

³⁴⁵ G. GAUTSCHİ, Berner Kommentar, VI. Band, Das Obligationenrecht, 3. Teilband: Der Werkvertrag, Bern 1966, s. 475 (ÖZ, Dönme, s. 229'dan naklen).

satıcı, ayıplı bir mal teslim ettiğinde satım sözleşmesi ile ona yüklenilen tekeffül borcunu ihlal etmiş olacaktır³⁴⁶. Bu görüşe göre³⁴⁷, satım sözleşmesinde satılanın zaptı veya ayıplı olması üzerine sözleşmeden dönmeyi düzenleyen hükümler, kıyasen bütün sözleşmeden dönme hallerine uygulanmalıdır. Bu görüşü savunanların elde etmek istediği amaç, bu özel kuralların düzenledikleri hukuki ilişkilerden soyutlanıp bütün iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden dönülmesi üzerine uygulanabilecek bir genel kural niteliğine dönüşmesidir³⁴⁸.

4.1.2.2 Benimsediğimiz görüş

Bizim görüşümüze göre³⁴⁹, dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını seçerek, müteahhit ile artık bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmak istemediğini açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca kanun koyucu, iş sahibinin sözleşmeden dönmesini ağır şartlara bağlanmıştır. Dolayısıyla, dönme ile sözleşme sona ermeyip bir tasfiye ilişkisine dönmüş olsaydı, kanunda bu denli sıkı şartların düzenlenmesine ihtiyaç olmazdı. Benimsediğimiz aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine borçlandırıcı işlemlerin yanı sıra tasarruf işlemleri de geçersiz olacaktır. Dönme üzerine verilenlerin iadesi de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır.

4.1.2.2.1 Taşınır eser imalının söz konusu olduğu hallerdeki durum

Öz'e göre³⁵⁰, müteahhidin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim ederek, mülkiyetini geçirmesi bir tasarruf işlemidir. Bu tasarruf işlemi ile aynı bir hak başkasına geçtiğinden, ortada "aynı bir tasarruf işlemi" vardır. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, eser sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erecek, mülkiyeti geçirme işlemi de hukuki sebepten yoksun kalacaktır. Burada çözümlenmesi gereken, vaktiyle yapılmış

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, s. 104 vd.

³⁴⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, I. Teil, 2. Aufl., Zürich 1929; 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936; 3. Teil, 2. Aufl., Bern 1945, s. 195 (ÖZ, Dönme, s. 229'dan naklen).

³⁴⁸ ÖZ, Dönme, s. 229.

³⁴⁹ Bkz. s. 16 vd.

³⁵⁰ ÖZ, Dönme, s. 232.

olan bir tasarruf işleminin hukuki sebepten yoksun olmasının söz konusu işlemi geçersiz kılıp kılmayacağıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli bir kararında³⁵¹ ve öğretide³⁵² benimsenen görüş, sebebe bağlılık görüşüdür. Buna göre, yapılan tasarruf işleminin kendisinde bir sakatlık bulunmasa da, dayanağı olan borçlandırıcı işlemin sakat olması onu da etkiler ve tasarruf işlemi kendiliğinden geçersizleşir.

Yine Öz'e göre³⁵³, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talepleri, kural olarak, yalnız soyutluk görüşünün benimsenmesi halinde mümkün olacaktır³⁵⁴. Soyutluk görüşüne göre, taşınır üzerinde aynı hak kuran tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden etkilenmez. Daha başka bir deyişle, tasarruf işleminin kendisinde bir geçersizlik nedeni bulunmadıkça bu tasarruf işlemi temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden etkilenmez³⁵⁵. Bu görüşü, konumuza uyguladığımızda, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa da aynı hak otomatik olarak eski sahibine dönmeyecektir. Bu durumda ortada bir sebepsiz zenginleşme durumu söz konusu olacaktır. İşte bu sebeple, mülkiyeti geçirilen taşınırın, sözleşmeden dönme üzerine iadesi de yalnızca sebepsiz zenginleşme talebiyle istenebilir. Soyutluk görüşünün benimsenmesi halinde, iş sahibinin, sözleşmeden dönme üzerine teslim aldığı eser üzerindeki mülkiyet hakkı düşmeyecek, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde bu eseri müteahhide iade borcu altına girecektir.

Bizim görüşümüze göre, eserde kullanılan malzeme müteahhide aitse, sözleşmeden dönen iş sahibi, söz konusu eseri müteahhide iade etmelidir. Eserde kullanılan malzemenin iş sahibine ait olduğu durumlarda ise, eserin mülkiyeti yapım aşamasında dahi iş sahibine aittir³⁵⁶. Dolayısıyla, müteahhit iş sahibine ait olan bir malzeme ile yapımına başladığı eseri, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine ona iade etmekle

³⁵¹ BGE 55 II 304 (ÖZ, Dönme, s. 232).

³⁵² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 975; A. B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C.: 1, (Çev.: B. DAVRAN), İstanbul 1948, s. 283 (ÖZ, Dönme, s. 233'den naklen).

³⁵³ ÖZ, Dönme, s. 233.

³⁵⁴ ÖZ, Dönme, s. 231 vd.

³⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 923; ÖZ, Dönme, s. 233.

³⁵⁶ ÖZ, Dönme, s. 236.

yükümlüdür. Bu durumda, müteahhit de esere harcadığı emeğin parasal değerini iş sahibinden talep edebilir³⁵⁷.

4.1.2.2.2 Bağımsız maddi varlığı olmayan eserlerdeki durum

Bağımsız maddi varlığı olmayan eserler, bir insan emeği olan ve hukuki anlamda bir anlam ifade eden, iktisadi değeri olan, objektif olarak saptanma imkanı olan her türlü varlıktır³⁵⁸. Buna göre, onarım, işleme, boyama ve düzenleme gibi faaliyetlerin, üzerinde gerçekleştikleri taşınır veya taşınmazdan bağımsız bir maddi varlığı olmaz. Bu nedenle bağımsız olarak maddi bir varlığı olmadığından, aynen iade edilemeyen bu tip eserlere ilişkin iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde olacaktır. Ancak burada, iade daima bir miktar paranın verilmesi şeklinde gerçekleşecektir³⁵⁹.

4.1.2.2.3 İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlardaki durum

Öncelikle, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat, örneğin: bir kulübe, oyun bahçesi gibi “taşınır inşaat” ise, bu yapı, üzerinde inşa edildiği arazinin mülkiyetine tabi olmadığından; malzeme sahibi kimse eser de onun mülkiyetinde olacaktır³⁶⁰.

Müteahhidin, iş sahibinin arsası üzerinde gerçekleştirdiği yapılar, bütünleyici parça kuralları gereği iş sahibinin mülkiyetine tabi olurlar (MK m. 684) Ayrıca MK m. 718/2 hükmü gereği, arazinin mülkiyeti, o arazide yapılan şeyleri, yani inşaatı kapsar³⁶¹. Arsa üzerine yapılan şeylerin iadesine uygulanacak hükümler açısından ortaya çıkacak bir sorun, iade borcuna haksız inşaat hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır.

³⁵⁷ KURT, s. 306. Klasik görüş savunucularından Öz'e göre, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte, müteahhit geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın, başkasının malını işleyerek bir şey imal etmiş sayılacağından, burada “işleme” yani hukuk, taşıyıcı hükümlerinden yararlanılarak bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre, eserin mülkiyeti, kullanılan malzemenin değeri çoksa iş sahibine, harcanana emeğin değeri çoksa müteahhide ait olur. Bkz.: ÖZ, Dönme, s. 236.

³⁵⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkisi, s. 4 vd.; KARAHASAN, İnşaat, s. 65; UÇAR, s. 32 vd.

³⁵⁹ ÖZ, Dönme, s. 237.

³⁶⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 393. Taşınır yapı, MK m. 728'e göre: “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, onların malikine aittir. Bu tür yapılar taşınır mal hükümlerine tabi olur”.

³⁶¹ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 392 vd.

Sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ereceğinden, müteahhit, hukuki bir sebebe dayanmaksızın kendi malzemesi ile iş sahibinin arsasına inşaat yapan kişi durumuna düşecektir (MK m. 722). Bu durumda, haksız inşaatla ilişkin hükümler, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere göre “özel hüküm” niteliğinde olduğundan, önce bu hükümlere başvurulması gerekecektir. Buna karşılık, inşaatla kullanılan malzemenin iş sahibine ait olduğu durumlarda, artık haksız inşaat hükümleri uygulama alanı bulmayacak, bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır³⁶².

İadenin kapsamı belirlenirken, müteahhidin iyi niyetli olup olmadığına bakılacaktır. Bu durumda, iş sahibinin sözleşmeden döneceğini göz önünde tutması gerekmeyen bir zamanda yaptığı eserler için müteahhit iyi niyetli sayılmalı, aksi halde kötü niyetli kabul edilmelidir³⁶³. MK m. 722/2’ye göre, müteahhit inşaatı iş sahibinin rızası ile yapmış ise, yapılan kısmın kaldırılması aşırı bir zarar doğurmasa dahi, iş sahibi bunun müteahhit tarafından götürülmesini isteyemeyecektir. İş sahibinin yapıla şeyi kendisinden tutması ve müteahhidin de – iyi niyetli ise- ona uygun bir tazminat ödemesi gerekmektedir.

4.1.2.2.4 Sebepsiz zenginleşme hükümleri bakımından iadeye ilişkin sorumluluk

4.1.2.2.4.1 İade borçlusunun iyi veya kötüniyetli olması ayrımı

Sebepsiz zenginleşmede iadeye ilişkin hükümler, iade borçlusunun iyi niyetli olup olmamasına göre belirlenir. İyi niyet, müktesibin iktisap ettiği şeyi iade etmek zorunda olduğunu veya olacağını bilmemesi ve bilmesi de gerekmemesidir³⁶⁴. Sözleşmeden dönme anına kadar geçen kısım açısından iade borçlusu kural olarak iyi niyetli sayılır. Zira, sözleşmeden dönme anına kadar, iş sahibi esere ilişkin olan haklarını, müteahhit de bedeli geçerli bir hukuki sebebe dayanarak elinde tuttuğuna inanmaktadır³⁶⁵. Dolayısıyla, burada iade taleplerine, iyi niyetli sebepsiz zenginleşene ilişkin kurallar uygulanır. Ancak, bu durumda dahi, müktesibin sözleşmeden dönüleceğini

³⁶² Açıklamalar için bkz. ÖZ, Dönme, s. 238 vd.

³⁶³ ÖZ, Dönme, s. 248.

³⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 779 vd.; ÖZ, Dönme, s. 245.

³⁶⁵ ÖZ, Dönme, s. 245.

hesaplamasına rağmen, kusurlu olarak iadeye zarar verici durumlara yol açtığı belirlenirse yine kötü niyetli zenginleşene ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Sözleşmeden dönme anından sonra ise, iade ile yükümlü olan taraf kesimlikle kötü niyetli sayılacaktır. Çünkü o dönme üzerine elindekini geri vermek zorunda olduğunu bilecektir. Bu durumda, iade borçlusu daima kötü niyetli zenginleşen olacaktır.

Öz'e göre³⁶⁶, genel bir ölçü vermek gerekirse, eser sözleşmesinden doğan bir borcuna aykırı davranan ve böylelikle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanacağından emin olan müteahhit, henüz dönme gerçekleşmemiş sahi olsa, bu sırada kötü niyetli zenginleşene ilişkin hükümlere tabi olmalıdır.

4.1.2.2.4.2 İadenin konusu

İade borçlusu, iyi niyetli olması durumunda sadece iade elinde kalanı iade etmekle yükümlü olacaktır (TBK m. 79, mülga BK m. 63). Ayrıca, iade edilecek olan şey iade borçlusunun kusuru ile veya kusuru olmadan bir kayba uğramışsa veya ortadan kalkmışsa iade borcundan da tamamen kurtulacaktır³⁶⁷. Kötü niyetli zenginleşen açısından ise, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür. Kötü niyetli zenginleşenin, zenginleşme tutarı azalmış, hatta bütünüyle ortadan kalkmış dahi olsa iade borcu devam edecektir (TBK m. 79/2, mülga BK m. 63/2).

İyi niyetli iade borçlusu, iyi niyetli olduğu sürece yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri, geri verme talebinde bulunandan isteyebilirken, kötü niyetli zenginleşen ise sadece zorunlu masraflarını ve yararlı masraflardan da iade anında fiilen mevcutsa isteyebilecektir. Kötü niyetli zenginleşen, zenginleşme sayesinde elde ettiği semere ve kazançların da sonradan ortadan kalkmasına kusurlu olarak sebep olmuşsa bunlardan da sorumludur.

³⁶⁶ ÖZ, Dönme, s. 246.

³⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 782.

İade sırasında şey ile birleştirilmiş ve zarara yol açmadan çıkarılabilir olan fazlalığın, iade alacaklısı tarafından, karşılığı teklif edilmedikçe, sökülüp alınması hakkı; iade borçlusu iyi niyetli de olsa kötü niyetli de olsa vardır (TBK m. 80/3, mülga BK m. 64).

4.2 AYIP NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARI TAZMİN ETTİRME HAKKININ KULLANILMASININ KOŞULLARI

4.2.1 Ayıp Sonucu Uğranılan Bir Zarar Olması

4.2.1.1 Zarar kavramı

Ayıp sonucu uğranılan zarar, eserdeki ayıbın sonucu olarak daha sonradan ortaya çıkan ve ayıbın ilişkin olduğu eserde kıymet düşüklüğü yaratan durumlar dışında kalan her türlü zarardır³⁶⁸. Eserdeki ayıbın sebep olduğu kıymet düşüklüğü, TBK m. 475/2'de (mülga BK m. 360) belirtilen 'ücrette indirim' hakkının kullanılmasına yol açar. Oysa ayıp sonucu uğranılan zarar, bu hakların kullanılmasına rağmen karşılanamayan zararı ifade eder.

Ayıp sonucu uğranılan zarardan bahsedilebilmesi için, müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak kusurlu bir davranışla ayıplı ifade bulunması ve iş sahibinin de bu sebeple zarara uğramış olması gerekir. Ayıp sonucu uğranılan zararın tazmininde amaçlanan, eserin ayıplı ifası dolayısıyla, iş sahibinin diğer mal veya şahsi değerlerinde meydana gelen ek zararların (maddi, şahsi veya kazanç kayıpları) karşılanmasıdır³⁶⁹. Bu zararlar, bina sahibinin ayıp giderilene kadar binada oturamaması şeklinde 'fiili bir zarar' şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, binanın ayıplı olmasından dolayı kiraya verememesi durumunda olduğu gibi, 'kar mahrumiyeti' şeklinde de ortaya çıkabilir.

Müteahhidin eserdeki açık ayıbı bilmesi ve bunu iş sahibine kasten bildirmemesi durumunda iş sahibinin bundan dolayı uğradığı zararların tazmininin, ayıp sonucu uğranılan zarar kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁷⁰, bu tür zararlar ayıp sonucu uğranılan zarar kapsamı dışında kalırlar, müteahhidin bildiği bir ayıbı gizlemesi özen borcunun ihlali anlamı taşır. Dolayısıyla, bu tür zararlar ancak Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazmin edilebilir.

³⁶⁸ ÖZ, Dönme, s. 292; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 182-183; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 204.

³⁶⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 182.

³⁷⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 206.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre³⁷¹ ise, bu konuda bir ayırım yapılmalıdır. Eğer ortaya çıkan zarar, bildirilmeyen ayıba bağlı bir zarar ise, TBK m. 475 hükmü çerçevesinde tazmin edilmelidir. Çünkü buradaki bildirmeme başlı başına müteahhidin bir kusuru olarak kabul edilmeli ve artık ayıbın meydana gelmesinde müteahhidin kusurlu olup olmadığı araştırılmamalıdır. Buna karşılık, iş sahibinin uğradığı zarar, bildirmemeye bağlı bir zarar ise, ancak bu takdirde ortaya çıkan zarar TBK m. 471 ve TBK m. 112'ye göre tazmin edilmelidir.

4.2.1.2 Zararın kapsamı

Türk Borçlar Kanunu'nun 475'inci maddesinde, eserin ayıplı olmasından dolayı iş sahibine tanınan haklar içerisinde, ayıp sebebiyle uğranılan zararın tazmini de vardır. Ayıp sebebiyle tazminat talebi seçimlik haklarla birlikte (sözleşmeden dönme, ayıp sebebiyle bedelden indirim isteme ve onarım hakkı) ya da tek başına talep edilebilir³⁷².

Öncelikle TBK m. 475/2 hükmünde tazmine konu olan zararlar, eserdeki ayıp dolayısıyla uğranılan ve eserin ayıplı olması ile arasında nedensellik bağı bulunan zararlardır. Öz'e göre³⁷³, bu tür zararlar, genel olarak sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilmiş bulunmanın ötesinde, TBK m. 475 (mülga BK m. 360) hükmü uyarınca doğrudan ayıplı eser tesliminden kaynaklanmaktadır. Bu da, bu tür zararların gerçek anlamda bir olumsuz zarar sayılmasını engeller. Bu özelliğinin bir sonucu olarak, iş sahibi sözleşmeden dönme yoluna gitmeden de bu tür zararlarının tazminini talep edebilecektir. Doktrinde³⁷⁴ bu zarar türü, ayıbın sonradan bir sonucu olarak ortaya çıkan, fakat bu sonuç nedeniyle eserin değerinde düşüklük yaratan 'her türlü zarar' olarak da tanımlanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesindeki sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zararın istenebileceği yönündeki genel kuralın, bu konuda özel bir düzenleme

³⁷¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 184.

³⁷² ÖZ, Dönme, s. 293; BURCUOĞLU, s. 298 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 204 vd.

³⁷³ ÖZ, Dönme, s. 293.

³⁷⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 182,183; ÖZ, Dönme, s. 292; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 204.

bulunmayan diğerk hallerde de uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, TBK m. 125 hükmü uyarınca ‘ifaya olan çıkar kaybı’ talep edilmişse, ayıp sebebiyle istenebilecek tazminatın kapsamına artık, ifaya olan çıkar kayıpları sokulamayacaktır. Burada tazmini istenecek olan, ayıpsız ifaya olan çıkar kaybı dışındaki, ayıplı ifadan doğan zararlarıdır³⁷⁵. Başka bir deyişle, ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarım hakkının kullanılmasına rağmen giderilemeyen ve sebebini eserdeki ayıbın teşkil ettiği zararlarıdır³⁷⁶. Bu sebeple, müteahhidin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından (özellikle eserin geç teslim edilmesi halinde), özen borcuna aykırılıklarından veya eserin kullanılma biçimiyle ilgili olarak iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlar ayıp sonucu uğranılan zarar kapsamının dışında kalacaktır³⁷⁷.

4.2.2 Müteahhidin Kusurlu Olması

4.2.2.1 Kusur koşulu

Türk Borçlar Kanunu’nun 475’inci maddesinde düzenlenen sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve onarım hakkının kullanılması için müteahhidin kusurlu olması şart değilken, eserde ortaya çıkan ayıplardan dolayı tazminat istenebilmesi için müteahhidin kusurlu olması şarttır. Fakat, bazı hallerde kanun koyucunun kusur aranmaksızın tazmin borcu doğacağını düzenlediği istisnai hallerde (kusursuz sorumluluk hallerinde) bir kişiyi kusuru bulunmasa dahi karşı tarafın zararını tazminle yükümlü tutmak mümkündür³⁷⁸. Dolayısıyla, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine müteahhit, TBK m. 116 hükmü uyarınca ifa yardımcılarının sebep oldukları zararlardan ve kullandığı malzemenin ayıplı olmasından doğan zararlar dışında, ancak kusuru varsa tazmin borcu altına girecektir.

³⁷⁵ ÖZ, Dönme, s. 294; AYDEMİR, s. 248 vd.

³⁷⁶ UÇAR, s. 211.

³⁷⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 204-105.

³⁷⁸ ÖZ, Dönme, s. 271.

Eser sözleşmesinde, eserin ayıplı olmasından dolayı tazminat talep edilebilmesi için, kusurun ispat külfetinin kimde olduğu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre³⁷⁹, kusurun mevcut olduğunu iş sahibinin ispat etmesi gereklidir. Çünkü, eserin ayıplı olmasından doğan hukuki sonuçlar, eser sözleşmesine ait hükümlerde oldukça geniş düzenlenmiştir. Bu sebeple burada, TBK m. 112 hükmündeki karine uygulama alanı bulmamalı ve satım sözleşmesinin aksine müteahhidin kusurlu olduğu iş sahibi tarafından ispatlanmalıdır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise³⁸⁰, ayıp sonucu uğranılan zarar, sözleşmeden doğan bir tazminat talebi doğurur. Dolayısıyla TBK m. 112 hükmündeki genel kural burada da uygulama alanı bulacak ve müteahhit ancak kusuru olmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır. TBK m. 112'nin gerekçesine göre, sözleşmeyi ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinde ispat yükü tazminat borçlusunda olmalıdır. Zira, zarara yol açan borç ihlalinin nasıl ve hangi koşullarda olduğu tazminat borçlusu tarafından daha iyi bilinmektedir. Aynı şekilde, sözleşmenin uzman tarafı olmayan iş sahibine uzman olmadığı bir konuda ispat külfeti yüklemek de hakkaniyete aykırı düşecektir.

4.2.2.2 İstisnalar

4.2.2.2.1 *Müteahhidin ifa yardımcılarının davranışından doğan kusursuz sorumluluğu*

Müteahhit, sözleşmenin ifası sırasında kullandığı yardımcı şahısların vermiş oldukları zarardan dolayı iş sahibine karşı TBK m. 116 hükmü (mülga BK m. 100) uyarınca sorumludur³⁸¹. Söz konusu maddeye göre müteahhit, ortaya çıkan zararda, kusuru olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu hükümde, kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiştir. Dolayısıyla, meydana zararda müteahhidin kusuru

³⁷⁹ Eugen BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1988, s. 210; Georg GAUTSCHI, Berner Kommentar, VI. Band, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung (die einzelnen Vertragsverhältnisse) 3. Teilband; Der Werkvertrag, Bern 1967, s. 368 (UÇAR, s. 220'den naklen).

³⁸⁰ TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1035; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 185; ÖZ, Dönme, s. 282; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 205; BURCUOĞLU, s. 300; KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 1131;

³⁸¹ Mülga BK m. 100 ve BK m. 55 arasındaki farklar için bkz. Zarife ŞENOCAK, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, s. 136 vd; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C.: 32, Y.: 1975, s. 192.

olmasa da sorumluluğu doğacaktır³⁸². Burada dikkat edilmesi gereken şey, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasının borca aykırı olması ile müteahhidin yardımcı kişiyi seçerken özen göstermemiş olmasının farklı olduğudur. TBK m. 471/2'ye göre, müteahhit, şahsi yeteneklerinin önemli olmadığı işleri başkasına da yaptırabilir. Eğer müteahhit, bizzat kendisinin yapması gereken bir işi başkasına devretmişse TBK m. 112 (mülga BK m. 96) uyarınca sorumlu olacaktır³⁸³. Ayrıca, iş sahibi müteahhidin uygun olmadığı halde işi bir başkasına yaptırmasından dolayı, ilk müteahhitten alt müteahhidin işten uzaklaştırılmasını da isteyebilir³⁸⁴.

Borçlar Kanunu'nun 116'ncı maddesi anlamında ifa yardımcısı sayılmak için, bunların müteahhitle aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğinin önemi yoktur. İfa yardımcısı, müteahhide hizmet sözleşmesiyle bağlı onun emir ve talimatları altında çalışan kimseler olabileceği gibi, üzerine aldıkları işi bağımsız biçimde yürüten alt müteahhitler de olabilir. Hatta bu ifa yardımcısı ile müteahhitler arasında hiçbir hukuki bağ da bulunmayabilir. Bu konuda müteahhidin işi ifası için yardım etmelerine rıza göstermesi yeterlidir³⁸⁵.

Müteahhidin, ifa yardımcısının verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesinin diğer şartı da, bu zarara neden olan davranış ve meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olmasıdır³⁸⁶.

Son olarak, TBK m. 116 hükmü emredici bir düzenleme olmayıp yedek hukuk kuralı olduğundan, müteahhit ve iş sahibi önceden anlaşarak, ifa yardımcılarının vereceği zararlardan dolayı sorumluluğu kısmen veya tamamen bertaraf edebilirler. Ancak bu tarz bir sorumsuzluk anlaşmasında dahi, müteahhidin, ifa yardımcısını seçmede veya ona talimat vermede bizzat kendi kusuru varsa sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁸⁷. Ayrıca, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin

³⁸² ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s. 209 vd; GÖKYAYLA, Ek İş, s. 152; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 125 vd.; EREN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 67.

³⁸³ KILIÇOĞLU, Müteahhidin İdaresi, s. 197.

³⁸⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 92.

³⁸⁵ ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s. 58- 75; ÖZ, Dönme, s. 273; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 127.

³⁸⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 127.

³⁸⁷ OĞUZMAN, s. 368.

fillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüz olacaktır (TBK m. 116/3).

4.2.2.2.2 Müteahhidin sağladığı malzemedeki ayıpların yol açtığı zararlardan doğan kusursuz sorumluluğu

Türk Borçlar Kanununun 472'nci maddesinde, müteahhidin eserde kullandığı malzemenin iyi cinsten olması hususunda satıcı gibi olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 229 hükmünün eser sözleşmesinde de uygulanması durumunda müteahhit, kendi sağladığı malzemenin elverişsizliği yüzünden eserde bir ayıp meydana çıkmasından dolayı, malzemenin bu sonuca yol açacağını bilemeyecek durumda olsa dahi sorumlu olacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 229'uncu maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk hükmü yalnızca, TBK m. 472/1 hükmünün yaptığı yollama kapsamında uygulanacak, bunun dışında kıyasen eser sözleşmesine uygulanamayacaktır. İş sahibinin, malzemedeki elverişsizlik dışında ileri süreceği tazminat taleplerinde daima müteahhidin kusuru aranmalıdır³⁸⁸.

4.2.2.3 Müteahhidin kusurunun belirlenmesi ve ispatı

Müteahhidin tazminat ödeme borcunun doğması için temel koşul kusurlu olmasıdır. Müteahhit ancak tamamen kusursuzsa tazminat ödeme borcundan kurtulabilecektir. Dolayısıyla, müteahhidin hafif ihmali bulursa dahi sözleşmeden dönen iş sahibi tazminata hak kazanabilecektir. Müteahhidin kusurunun ağırlığı yalnızca hükmedilecek tazminatın miktarını etkileyecektir³⁸⁹.

Mülga Borçlar Kanunu'nda, müteahhidin eser sözleşmesindeki sorumluluğu açısından, "işçinin hizmet sözleşmesindeki mesuliyetine dair hükümlere" atıf vardı (mülga BK m. 356/1). Böylece, müteahhitten, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermesi beklenmekteydi. Öğretide, müteahhidin sorumluluğunun, işçinin hizmet

³⁸⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 187-188.

³⁸⁹ ÖZ, Dönme, s. 276.

sözleşmesindeki sorumluluğundan daha ağır olması gerektiği savunulmaktaydı³⁹⁰. Türk Borçlar Kanunu'nda bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve şu şekilde düzenlenmiştir: “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” (TBK m. 471/2). Buna göre müteahhidin eserdeki ayıbın yol açtığı zararlarda kusuru olup olmadığı belirlenirken diğer müteahhitlerin o konudaki davranışı esas alınacaktır. Keza, eğer müteahhit tacir ise, yeni TTK m. 20 hükmüne göre, “basiretli bir iş adamı gibi” hareket etmek zorundadır. Artık, hizmet sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle, iş sahibinin sözleşme kurulurken bilmesi gereken kişisel özellikler dikkate alınarak kusur değerlendirilmesi yapılmayacaktır³⁹¹.

Müteahhidin kusuru, iş görme faaliyetlerinden önce veya sonra meydana çıkabilir. Müteahhidin kusurlu olup olmadığının belirlenmesinin tespitine yarayan müteahhidin özen borcu, daha eser sözleşmesi kurulurken başlar. Müteahhit, bir işi alırken, uzmanlık alanı ve bilgisinin o iş için yeterli olup olmadığını tartmalıdır. Müteahhidin bu hususta objektif bir sorumluluğu olduğundan, kendi yeteneklerini bilmemesi onu sorumluluktan kurtarmaya yetmez. İş sahibinin, sözleşmeyi kurarken yanılmasına sebep olan bu tür davranışlar sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur (culpa in contrahendo) görümündedirler. Bu durumda iş sahibini sözleşmeden dönerek, uğradığı olumsuz zararının tazminini isteyebilir³⁹². Bunun yanında müteahhit, işin görülmesi esnasında da aynı özen ve dikkati göstermek zorundadır. Müteahhit, çalıştırdığı kişileri seçmede ve talimat vermede aynı bilgi ve özen çerçevesinde hareket etmelidir³⁹³. Aynı şekilde müteahhit, iş sahibinin önlem alması gereken bir durumda onu derhal uyarmalıdır³⁹⁴.

Müteahhit, ayıp sonucu doğan zarardan, TBK m. 112 hükmü uyarınca kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumludur. Buna göre, TBK m. 112 genel hükmü burada da uygulama

³⁹⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 93, dn. 153.

³⁹¹ ÖZ, Yeni Borçlar Kanunu, s. 109.

³⁹² ÖZ, Dönme, s. 279; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 94.

³⁹³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 94.

³⁹⁴ Müteahhidin iş sahibine yapacağı uyarı ile sorumluluktan kurtulabilmesi için, bu bildirim doğacak zararın sonuçlarını gösterir biçimde açık olması gerekir. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 107.

alanı bulacak ve müteahhit ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir³⁹⁵.

³⁹⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 205, TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 1035; ÖZ, Dönme, s. 282 vd.; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 185.

4.3 SÖZLEŞMEDEN DÖNME ÜZERİNE İSTENECEK TAZMİNAT TALEBİNİN NİTELİĞİ VE HÜKÜMLERİ

4.3.1 Sözleşmeden Dönme Üzerine İstenebilen Olumsuz Zarar

Olumsuz zarar, dar ve geniş anlamda olmak üzere farklı şekillerde tanımlanabilir. Geniş anlamı ile olumsuz zarar, herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat veya çıkar kaybıdır. Dar anlamda olumsuz zarar ise, sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlalden doğan zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir. Böylece olumsuz zarar, zarar verici olay olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması ve bu sayede malvarlığındaki azalmanın giderilmesini amaçlar³⁹⁶. Başka bir anlatımla olumsuz zarar, hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna güvenmekten doğan zarardır³⁹⁷. Burada zarar sözleşmenin geçerliliğine güvenmekten doğduğu için, zararın kapsamı belirlenirken, alacaklının malvarlığının şimdiki durumu ile, sözleşmeye güvenmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı varsayımsal durum karşılaştırılarak aradaki fark, zararın kapsamını ortaya koyacaktır³⁹⁸.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zarar istenebilmesi için öncelikle, zarar gören kişinin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olması gerekir. Buna göre olumsuz zarar talebinde bulunan taraf, hüküm ifade edeceğine güvendiği sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı ihlal edilen güveni yüzünden malvarlığının uğradığı zararın tazminini isteyecektir. Olumsuz zarardan sorumluluğun diğer bir şartı da, zarar verenin kusurlu olmasıdır. Zarar verenin kusuru, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen zarar görenin güveninin boşa çıkartılmasına ilişkin olmalıdır³⁹⁹.

³⁹⁶ Serkan ERGÜNE, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 38; Turgut ÖNEN, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü İle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 95 vd.

³⁹⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 427; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 37, 154; ÖZ, Dönme, s. 284; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 633 (BAK); Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında olumsuz zararı bu şekilde tanımlamıştır. Bkz. Yarg. 15. HD., 07.05.1981 T., 1981/331 E., 1981/1050 K.; Yarg. 15. HD., 12.05.1983 T., 1983/1307 E, 1983/1255 K.; Yarg. 13. HD. 01.11.1994 T., 1994/7280 E., 1994/9464 K.; Yarg. 15. HD. 09.02.2004 T., 2004/13-208 K., 2004/211 K. (www.kazanci.com).

³⁹⁸ ÖZ, Dönme, s. 285.

³⁹⁹ Olumsuz zararın koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 50 vd.

4.3.2 Olumsuz zarar kalemleri

Olumsuz zararın kapsamına girdiği kabul edilen malvarlığı kayıplarının hepsinin tek tek sayılmasının imkânı yoktur⁴⁰⁰. Bu sebeple, olumsuz zararı oluşturan fiili zararlar ve kar mahrumiyeti kalemlerini ele almak ve incelemek daha isabetli bir çözüm olacaktır.

4.3.2.1 Fiili zararlar

Fiili zarardan anlaşılması gereken, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilmesinden kaynaklanan ve bu güvenin boşa çıkması neticesinde malvarlığının aktiflerinde meydana gelen azalmadır (pasiflerinde çoğalma)⁴⁰¹.

Fiili zarar denilince akla ilk gelen sözleşmeyi kurma masraflarıdır. Hüküm ifade edeceğine güvenilen bir sözleşme için doğrudan doğruya yapılan masraflar, olumsuz zararın içeriğinde yer alan en tipik zarar kalemidir. Sözleşme kurma masraflarına örnek olarak: telefon, noter masrafları, vergiler, harçlar vb. gibi ücretler gösterilebilir⁴⁰². Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardan ancak gerekli olanlar olumsuz zararın kapsamına girecektir. Lüzumsuz sayılan harcamalar bu kapsamdan sayılmazlar. Hangi masrafların gerekli olduğu, hangilerinin lüzumsuz olduğu somut olaydaki duruma göre belirlenecektir.

Olumsuz zarar kapsamına giren diğer bir fiili zarar, sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ve uğranılan diğer zararlardır. Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, kendi edimini yerine getirmek için bazı harcamalar yapmış olabilir. İşte taraflar arasındaki borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden gayesine ulaşamayan, yapmış olduğu bu masrafların tazminini isteyebilir⁴⁰³. Sözleşmenin ifasına yönelik masraflara, zarar görenin, karşı edimini kabulü yönünde yapmış olduğu masraflar da girecektir.

⁴⁰⁰ ÖZ, Dönme, s. 287; ERGÜNE, s. 288.

⁴⁰¹ Yargıtay, olumsuz zarar çerçevesinde meydana gelen fiili zararı “cepten çıkan harcamalar” şeklinde açıklamaktadır. Bu konuda bkz. Yarg. 15. HD. 20.10.2003 T., 2003/1716 E., 1003/4880 K.; Yarg. 15. HD. 19.04.2004 T., 2003/5347 E., 2003/6730 K. (www.kazanci.com).

⁴⁰² ERGÜNE, s. 289.

⁴⁰³ ÖZ, Dönme, s. 288-289; ERGÜNE, s. 291.

Örneğin: karşı edimin muhafazası için depo kiralanması bu anlamda yapılmış bir masraftır.

Sözleşmenin ifası için yapılan masraflar dışında, sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güven dolayısıyla malvarlığında ortaya çıkan kayıplar da olumsuz zararın kapsamına girer. Örneğin⁴⁰⁴: müteahhit ile anlaşarak yerine büyük bir apartman yaptıracığına güvenerek başkalarına kiraya vermiş olduğu evini yıktıran kişinin uğradığı zarar bu kapsamda bir zarardır.

Fiili zarar kapsamına gire diğer bir zarar türü de, güvenilen sözleşme uyarınca yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalardır. Zarar gören, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine olan güvenden dolayı kendi edimini yerine getirmiştir. Dolayısıyla, karşı taraf sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde güven uyandırmış olmasaydı, zarar gören de kendi edimini ifa etmeyecek ve böylece malvarlığı da korunmuş olacaktı. Bu sebeple, amaçlanan sözleşmenin hükümsüz olması edimini yerine getiren taraf açısından malvarlığında bir azalmaya yol açmaktadır⁴⁰⁵. Zarar gören ayrıca, yerine getirdiği edimden elde edeceği yararları da talep hakkına sahiptir. Bu halde zarar göre, edimin doğal ve hukuki ürünlerinden sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle mahrum kalmaktadır⁴⁰⁶.

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, bu sözleşmeyi göz önünde bulundurarak üçüncü kişilerle sözleşme yapmış olabilir. Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi üzerine, zarar gören kişi üçüncü şahıslara karşı yükümlülüklerini yerine getirmezse, karşı taraf bu zararları da karşılamakla yükümlüdür. Bu sebeple, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, bu güvenin boşa çıkması sonucu üçüncü kişilere cezai şart veya tazminat ödemek zorunda kalmışsa, bu zararlar da olumsuz zarar kapsamı içerisinde karşı taraftan istenebilecektir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ ÖZ, Dönme, 288.

⁴⁰⁵ ERGÜNE, s. 292.

⁴⁰⁶ Bazı yazarlara göre, edimden elde edilecek yararların tazminini, kar mahrumiyeti başlığı altında ele almaktadır. Bkz. ÖZ, Dönme, s. 290.

⁴⁰⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 428; ERGÜNE, s. 297.

4.3.2.2 Yoksun kalınan kar

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güvenin boşa çıkması üzerine, sözleşmeye güvenenin malvarlığındaki artışların meydana gelmemesi yoksun kalınan karı ifade eder⁴⁰⁸. Kar mahrumiyeti de fiili zarar gibi olumsuz zarar kavramı içerisinde yer alır. Bununla birlikte, olumsuz zarar kavramı içerisinde yer alan kar mahrumiyetinin hesaplanması olumlu zarardan oldukça farklıdır. Her iki zarar türünde kar mahrumiyeti bulursa da, bunların tespitinde birbirinden değişik oldular dikkate alınmaktadır⁴⁰⁹. Olumlu zarar, sözleşmenin borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, alacaklının sözleşmeden elde edeceği ifa menfaatinin tazminine yöneliktir. Olumsuz zararda ise, güven uyandırılan sözleşme kurulmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazi durumun karşılanması amaçlanmaktadır.

⁴⁰⁸ ERGÜNE, s. 298; ÖNEN, s. 96.

⁴⁰⁹ ERGÜNE, s. 299.

5. SONUÇ

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğundan doğan sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesinin koşullarını yukarıda inceledik. İş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, öncelikle, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesi gerekir. Zira ancak tamamlanan eserlerde teslim söz konusu olacaktır. Tamamlanmamış bir eser teslimi olduğu hallerde ayıptan değil, eksik işten bahsedilir. Bu durumda iş sahibi, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvuracaktır.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna gidilebilmesi için diğer bir şart teslim edilen eserin ayıplı olmasıdır. Bu ayıp gizli veya açık olabilir. Ayrıca, iş sahibi, ayıptan doğan haklarına başvurmak istiyorsa, eserdeki bu ayıpları muayene edip müteahhide bildirmesi gerekir. Muayene ve bildirim iş sahibine yüklenmiş bir borç değil, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanabilmesi için getirilmiş bir külfettir.

Kanun koyucu sözleşmeden dönmenin sonuçlarını göz önünde bulundurarak, iş sahibinin sözleşmeden dönmesini, diğer seçimlik haklarına nazaran daha ağır koşullara bağlamıştır. Zira, iş sahibinin ayıplı eserden dolayı sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi için, eserdeki ayıpların belli bir ağırlıkta olması gerekir. Aksi halde iş sahibi sözleşmeden dönemeyecektir. Buna göre iş sahibi ancak: eser iş sahibinin kullanamayacağı veya dürüstlük kuralına göre kabul edemeyeceği ya da sözleşmede kararlaştırılan şartlara aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönebilecektir.

Mülga Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde iş sahibinin haklarını kullanırken uyacağı zamanaşımı sürelerinde bizim görüşümüze göre, mülga BK m.126/4 hükmü, mülga BK m. 363 hükmünü yürürlükten kaldırmamaktaydı. Türk Borçlar Kanunu ile, mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvuruda uyacağı süreler bakımından satım sözleşmesi hükümlerine atıf yapılmamış, süreler bakımından yeni bir düzenleme getirilmiştir. TBK m 478'e göre, ayıplı eserden dolayı açılacak olan davalar, taşınmaz yapılar dışındaki

eserler açısından iki yıl, taşınmaz yapılarda ise beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Müteahhidin ağır kusuru varsa, eserin niteliğine bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıldır.

Eser sözleşmesi, kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğurur. Eser sözleşmesinde, iş sahibinin menfaati eserin tamamlanıp kendisine teslimi ile, müteahhidin menfaati ise meydana getirdiği eser sonucu sözleşmede kararlaştırılan bedelin kendisine ödenmesi ile gerçekleşir. Müteahhidin edimin ifası için yaptığı hazırlıklar eser sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi haline getirmez. Eser sözleşmesi kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi doğursa da, inşaat sözleşmelerinde ve ard arda teslim borcu içeren eser sözleşmelerinde sürekli edimler içeren bir sözleşme niteliği taşır.

Sözleşmeden dönme hakkı, ani edimli borç ilişkilerini geçmişe etkili olarak sona erdiren ve tek taraflı irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme ile taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Taraflar birbirlerinden aldıklarını iade etmekle yükümlü hale gelirler. Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından, doktrinde kabul edilen görüşlerden, benimsediğimiz aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine borçlandırıcı işlemler yanında, tasarruf işlemleri de geçersiz olacaktır. Tarafların birbirlerinden aldıklarının iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde olacaktır. İade yükümlülüklerinin kapsamı da, iade yükümlüsünün iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre değişecektir. İyi niyetli iade borçlusu, iade anında sadece elinde kalanı vermekle yükümlü olacakken, kötü niyetli iade borçlusu zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlü olacaktır.

İş sahibi, ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkının yanında, ayıp nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. TBK m. 475 hükmünde düzenlenmiş olan bu tazminat talebi, tek başına veya dönme hakkı ile birlikte talep edilebilir. Ayıp sonucu uğranılan zarar; sebebini eserdeki ayıbın teşkil ettiği ve iş sahibinin sözleşmeden dönme ve diğer haklarına başvurmasına rağmen karşılanamayan zararlardır. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına başvurması için müteahhidin kusurlu olması gerekmezken, tazminat talep edilebilmesi için müteahhidin kusuru gereklidir. Müteahhidin kusurunun

aranmaksızın sorumlu olduğu iki hal: TBK m. 116 hükmü uyarınca müteahhidin eserim meydana getirilmesinde kullandığı ifa yardımcılarının davranışlarından doğan kusursuz sorumluluğu ve TBK m. 472 hükmü uyarınca, müteahhidin kendisinin sağladığı malzemedeki ayıpların yol açtığı zararlardan doğan kusursuz sorumluluğudur.

Ayıp sebebiyle istenecek tazminatın dışında, iş sahibi sözleşmeden dönme üzerine uğradığı zararlarının tazminini de isteyebilecektir. İş sahibinin tazminini isteyeceği bu zararlar, ayıptan doğmayan olumsuz zararlardır. İş sahibinin isteyeceği olumsuz zararlarının kapsamına, fiili zararları ve yoksun kalınan kara ilişkin talep edebileceği zararlar girecektir.

Müteahhidin, ayıplı bir eser teslim etmesi, aynı zamanda TBK m. 112 (mülga BK m. 96) anlamında “borcun gereği gibi yerine getirilmemesi” durumu teşkil eder. Bizim görüşümüze göre, Hukukun genel prensiplerinden olan özel hükmün genel hükümden önce uygulanması prensibi burada da göz önüne alınmalı ve eser sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler, genel hükümden önce uygulanmalıdır.

Sonuç olarak, eser sözleşmesinde iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için Kanunu'nun aradığı ve yukarıda açıklamaya çalıştığımız şartların gerçekleşmesi gereklidir. Eserdeki ayıbın, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı verecek derecede ayıplı bir eser olup olmadığı her somut olayın şartları çerçevesinde ve tarafların karşılıklı menfaatleri değerlendirilerek belirlenecektir. Eserdeki ayıp, iş sahibinin sözleşmeden dönmesini haklı gösterecek derecede önemli değilse, iş sahibi ancak diğer seçimlik hakları olan: eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme haklarına başvurabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akçay E., 2010, *Türk borçlar kanunu'na göre zamanaşımı*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- Akıntürk T., 2012, *Borçlar hukuku genel hükümler- özel borç ilişkileri*, 18. Bası, İstanbul.
- Akkanat H., 2000, İfada gecikme ve borçlu temerrüdü, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın anısına armağan*, İstanbul.
- Altaş H., 2002, *Eserin teslimden önce telef olması* (BK m. 368), Ankara.
- Aral F., 2010, *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, 8. Bası, Ankara (Özel Borç).
- Aral F., 2011, *Türk borçlar hukukunda kötü ifa*, Ankara.
- Aslan Y., 1996, *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Bursa.
- Ayan M., 2010, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 6. Bası, Konya.
- Aybay A., 1995, *Borçlar hukuku dersleri genel bölüm*, 11. Bası, İstanbul.
- Aydemir E., 2012, *Eser sözleşmesi ve inşaat hukuku*, Ankara.
- Barlas N., 2008, Yeni borçlar kanunu tasarısının getirdikleri, *Makalelerim*, C. 1, İstanbul, ss. 264-270.
- Baştuğ İ., 1984, *Borçlar hukuku genel hükümler*, Manisa.
- Baygın C., 1999, *Türk hukukuna göre istisna sözleşmesinde ücret ve tabi olduğu hükümler*, İstanbul.
- Becker H., 1993, *İsviçre borçlar kanunu şerhi*, ikinci bölüm, S. Dura (Çev.), Ankara.
- Burcuoğlu H., 1990, Eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ve özellikle bu hakların kullanılabilmesi için uyulması gereken süreler, *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın hatırasına armağan*, İstanbul, ss. 283-332.
- Buz V., 1998, *Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme*, Ankara (Dönme).
- Buz V., 2005, *Medeni hukukta yenilik doğuran haklar*, Ankara (Yenilik Doğuran Haklar).
- Canbolat F., 2009, *İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları*, Ankara.
- Çelik A. Ç., 2004, *Tazminat ve alacaklarda zamanaşımı*, İstanbul (Tazminat).

- Dayınarlı K., 1986, İstisna akdinin ademi ifası ile ilgili yargıtay kararları, ticaret hukuku ve yargıtay kararları sempozyumu 3, *Banka ve ticaret hukuku araştırma enstitüsü*, Ankara (Sempozyum).
- Dayınarlı K., 2008, *İstisna akdinde müteahhidin ve iş sahibinin temerrüdü, hüküm ve sonuçları*, 4. Bası, Ankara (İstisna).
- Demirbaş H., 2007, *Yenilik doğuran haklar*, İstanbul.
- Edis S., 1963, *Türk borçlar hukukuna göre satıcının ayıba karşı tekeffül borcu*, Ankara.
- Erdem M., 2010, *Özel hukukta zamanaşımı*, İstanbul.
- Eren F., 1996, *İnşaat sözleşmeleri, yönetici-işletmeci-mühendis ve hukukçular için ortak seminer*, Ankara (İnşaat Sözleşmeleri).
- Eren F., 2001, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 7. Bası, Ankara (Genel Hükümler).
- Ergezen M., 2007, *İstisna sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sona erdirme hakkı*, Ankara.
- Ergüne M. S., 2008, *Olumsuz zarar*, İstanbul.
- Gökyayla E., 2009, *Eser sözleşmesinde ek iş ve iş değişikliği*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (Ek İş).
- Gökyayla E., 2012, Eser ve vekalet sözleşmesi, *Türk borçlar kanunu sempozyumu*, İstanbul (Sempozyum).
- Güleç Ş., 2009, *Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi*, Ankara.
- Gümüş M. A., 2010, *Borçlar hukuku özel hükümler*, C. 2, İstanbul.
- Günel M. C., 2004, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin inşaattaki ayıp nedeni ile sahip olduğu haklar, *Prof. Dr. Ergün Özsunay'a armağan*, İstanbul, ss. 411-433.
- Hatemi H./Gökyayla E., 2011, *Borçlar hukuku genel bölüm*, İstanbul.
- Hatemi H./Serozan R./Arpacı A., 1992, *Borçlar hukuku özel bölüm*, İstanbul.
- Kaplan İ., 1996, İnşaat sözleşmelerinde yapı sahibinin ücret ödeme borcu ve yerine getirilmemesinin sonuçları, inşaat sözleşmeleri, *Yönetici-işletmeci-mühendis ve hukukçular için ortak seminer*, Ankara.
- Karahasan M. R., 1997, *İnşaat imar ihale hukuku, doktrin, yargıtay, danıştay, sayıştay kararları, ilgili mevzuat*, C. 1, Ankara (İnşaat).
- Karahasan M. R., 2003, *Türk borçlar hukuku genel hükümler, öğreti, yargıtay kararları, ilgili mevzuat*, C. 2, Ankara (Genel Hükümler).
- Karataş İ., 2004, *Eser (İnşaat yapım) sözleşmeleri*, Ankara.

- Karayalçın Y., *Özel hukukta meseleler ve görüşler (İstisna akdi- zamanaşımı)*, Ankara 1975.
- Kaya Ö. K., 1993, *Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Kılıçoğlu A., 2008, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 10. Bası: Turhan Kitabevi (Genel Hükümler).
- Kostakoğlu C., 2011, *İnşaat hukuku ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri*, 8. Bası, İstanbul.
- Kurt L. M., *Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü*, Ankara 2012.
- Oğuzman M. K./Öz M. T., 2009, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 6. Bası, İstanbul.
- Oğuzman M.K./Seliçi Ö./Oktay Özdemir S., 2009, *Eşya hukuku*, 13. Bası, İstanbul.
- Olgaç S., 1977, *İstisna akdi*, Ankara (İstisna Akdi).
- Olgaç S., 1996, *Kazai ve ilmi içtihatlarla türk borçlar kanunu ve ilgili hususi kanunlar*, C. 2, İstanbul (Hususi Kanunlar).
- Önen T., 1975, *Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlunun temerrüdüyle ilgili genel mahiyetteki hükümler*, Ankara 1975: Kalite Matbaası.
- Öz M. T., 1989, *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi, bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte*, İstanbul (Dönme).
- Öz M. T., 2006, *İnşaat sözleşmesi ve ilgili mevzuat*, İstanbul (İnşaat Sözleşmesi).
- Öz M. T., 2011, *Yeni borçlar kanununun getirdiği başlıca değişiklikler ve yenilikler*, İstanbul (Yeni Borçlar Kanunu).
- Özyörük S., 1988, *İnşaat sözleşmesi, yapısı-feshi, borçlar kanununun 371. maddesine göre feshin sonuçları*, Ankara.
- Saymen F. H./ Elbir H. T., 1958, *Türk borçlar hukuku umumi hükümler*, C. 2, İstanbul.
- Seliçi Ö., 1977, *Borçlar kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi*, İstanbul (Sürekli Borç İlişkileri).
- Seliçi Ö., 1978, *İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğu*, İstanbul (Müteahhidin sorumluluğu).
- Selimoğlu Y. E., 1999, Eser sözleşmesi ve kavramlar, *Av. Dr. Faruk Erem armağanı*, Ankara, ss. 685-693.
- Serozan R., 2002, *Borçlar hukuku özel bölüm*, İstanbul (Özel Bölüm).
- Serozan R., 2004, Sözleşme ilişkisinin çözülmesi, Sözleşme gereğince elde edilmiş edimi geri verme yükümü, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için armağan*, Ankara (Çözülme), ss. 195-207.
- Serozan R., 2007, *Sözleşmeden dönme*, 2. Bası, İstanbul (Sözleşmeden Dönme).

- Şenocak Z., 1995, *Borçlunun ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğu*, Ankara (İfa Yardımcısı).
- Şenocak Z., 2002, *Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesini isteme hakkı*, Ankara (Ayıbın Giderilmesi).
- Şenyüz D., 2011, *Borçlar hukuku genel ve özel hükümler*, 5. Bası, Bursa.
- T.C. Adalet Bakanlığı, 2008, *Türk borçlar kanunu tasarısı*, Ankara.
- Tandoğan H., 1970, İstisna akdi kavramı, unsurları ve benzeri akitlerden ayırılması, *İmran Öktem'e armağan*, Ankara 1970 (İstisna Akdi).
- Tandoğan H., 2010, *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, C. 2, 5. Bası, İstanbul (Özel Borç İlişkileri).
- Tandoğan H., 2010, *Türk mesuliyet hukuku*, İstanbul (Mesuliyet).
- Tekinay, S. S. /Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., 1985, *Tekinay borçlar hukuku*, 5. Bası, İstanbul.
- Tunçomağ K., 1968, *Borçlar hukuku genel hükümler*, C. 1, 3. Bası, İstanbul (Genel Hükümler).
- Tunçomağ K., 1977, *Türk borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, C. 2, İstanbul (Özel Hükümler).
- Tutumlu M. A., 2008, *Türk borçlar hukukunda zamanaşımı ve uygulaması*, 4. Bası, Ankara.
- Uçar A., 2003, *İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu*, Ankara.
- Uygur T., 1994, *Açıklamalı-içtihatlı borçlar kanunu özel borç ilişkileri*, C. 6, Ankara (Özel Borç).
- Uygur T., 1997, *Açıklamalı-içtihatlı inşaat hukuku, sözleşmeden doğan borçlar ve eser sözleşmesi*, C. 1, Ankara (İnşaat Hukuku).
- Uygur T., 2003, *Açıklamalı-içtihatlı borçlar kanunu sorumluluk ve tazminat hukuku*, C. 3, Ankara (Sorumluluk Hukuku).
- Velidedeoğlu Hıfzı V./Özdemir R., 1987, *Türk borçlar kanunu şerhi*, Ankara.
- Yavuz C., 1989, *Satıcının satılanın (malın) ayıplarından sorumluluğu*, İstanbul (Satıcının Sorumluluğu).
- Yavuz C., 2012, *Türk borçlar hukuku özel hükümler*, 10. Bası, İstanbul (Özel Hükümler).
- Yavuz N., 2008, *Ayıplı ifa*, Ankara (Ayıplı İfa).
- Yavuz N., 2011, *Eser ve hizmet sözleşmeleri, eski ve yeni türk borçlar kanununun getirdikleri*, İstanbul (Eser ve Hizmet Sözleşmesi).
- Zevkliler A./Gökyayla E., 2010, *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, 11. Bası, Ankara.

Sürelî Yayınlar

- Acemoğlu K. 1972, Aliud ve federal mahkemenin aliud konusundaki tutumu üzerine, *İ. Ü. MHAD*, **6** (9), ss. 19-29.
- Aksoy D. S., 2011, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde eksik iş kavramı ve kavramın ayıplı işten farkı, *Legal Hukuk Dergisi*, **9** (101), ss. 1845-1860.ü
- Akyazan S., Aralık 1973, Taahhüt sözleşmelerinde görülen götürü bedel, sabit fiyat, mücbir Sebepler, önceden tahmin edilemeyen haller ve bunlardan peşinen feragat hükümleri üzerinde bir İnceleme, *BATİDER*, **7** (2), ss. 291-310.
- Buz V., Aralık 2001, İş sahibinin BK m. 369' a göre eser sözleşmesinin feshi, *BATİDER*, **21** (2) (Fesih), ss. 219-265.
- Erdoğan İ., Ocak-Haziran 1990, İstisna sözleşmesi ve bazı işgörme sözleşmeleri ile karşılaştırılması, *SÜHFD*, **3** (1), ss. 135-154.
- Kılıçoğlu A. M., Müteahhidin eseri şahsen yapma veya kendi idaresi altında yaptırma borcu, *AÜHFD*, C.: 32, Y.: 1975, ss. 185-199 (Müteahhidin İdaresi).
- Nazikoğlu I., 1951, Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde borçlunun temerrüdü, *AÜHFD*, **8** (1-2), ss. 685-695.
- Öktem S., 2006, Eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıptan doğan hakları, *İstanbul barosu dergisi*, **80** (5), ss. 1947-1965.
- Öz T., 1989, Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin bu sözleşme gereğince kazanılmış aynı haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi, *İ. Ü. MHAD*, **13** (16), ss. 131-150, (Karşılaştırma).
- Tandoğan H., 1981, Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bırakan müteahhidin yapılan kısım ile orantılı ücret alması sorunu üzerinde görüşler, *BATİDER*, **11** (1), ss. 1-48.
- Tandoğan H., 1981, İstisna akdinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı, *BATİDER*, **11** (1), ss. 1-17.
- Turanboy A., 1989-1990, Yargıtay kararlarına göre müteahhidin teslimden sonra inşaattaki noksan ve bozukluklardan doğan mesuliyeti, *AÜHFD*, ss. 151-189.

Diğer Yayınlar

Doğan C., (2009), *İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Sırataş B., (2009), *İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

www.kazancı.com

www.yok.gov.tr

www.başbakanlık.gov.tr