

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFANIN SONUÇLARI

YÜKSEKLİSANS TEZİ

Müge MEŞE

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

EYLÜL 2011

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFANIN SONUÇLARI

YÜKSEKLİSANS TEZİ

**Müge MEŞE
(0910030001)**

Tezin Savunulduğu Tarih: 27 Eylül 2011

**Tez Danışmanı : Prof. Dr. M. Turgut ÖZ
Diğer Jüri Üyeleri : Prof.Dr.Atilla ALTOP
Yard.Doç.Dr.Cem AKBIYIK**

EYLÜL 2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
SUNUŞ	1
1. ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR	3
1.1. Eser Sözleşmesi.....	3
1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	4
1.2.1. Meydana Getirme	4
1.2.2. Bedel.....	5
1.2.3. Anlaşma	6
1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları.....	6
1.3.1. Yüklenici (Müteahhit).....	6
1.3.2. İş Sahibi	7
1.4. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	7
2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN KULLANILMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR	9
2.1. Genel Olarak.....	9
2.2. Eserin Teslim Edilmiş Olması.....	11
2.3. Eserin Ayıplı Olması	14
2.3.1. Genel Olarak Ayıp Kavramı.....	14
2.3.2. Ayıbın Çeşitleri.....	17
2.3.2.1. Açık Ayıp ve Gizli Ayıp	17
2.3.2.2. Önemli ve Önemsiz Ayıp.....	18
2.3.2.3. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp-Ekonomik Ayıp.....	19
2.3.2.4. Asli Ayıp- İkincil Ayıp	21
2.4. Ayıp Sayılan Durumlar.....	21

2.4.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği	22
2.4.2. Zorunlu Niteliklerin Eksikliği.....	23
2.5. Ayıp Sayılmayan Durumlar.....	24
2.5.1. Başka Bir Şey Teslimi (Aliud).....	24
2.5.2. Eksik İş	25
2.5.3. İşçi ve Malzeme Masraflarının Artması	26
2.5.4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi.....	26
2.4. Eseri Muayene Ve Ayıbı İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmiş Olması	26
2.4.1. İş Sahibinin Eseri Muayene Külfeti.....	26
2.4.1.1. Muayene Tarzı	28
2.4.1.2. Muayene Süresi	29
2.4.2. İş Sahibinin Ayıbı İhbar Külfeti	31
2.4.2.1. İhbarın Şekli, İçeriği ve İspatı.....	31
2.4.2.2. İhbarın Süresi	32
3. İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI.....	34
3.1. Genel Olarak.....	34
3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı	35
3.2.1. Hukuki Niteliği	35
3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Şartları.....	36
3.2.3. Hukuki Sonuçları	44
3.3. Bedel İndirim Hakkı.....	45
3.3.1. Hukuki Niteliği	45
3.3.2. Bedel İndirimi Hakkının Özel Şartları.....	48
3.3.3. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanma Tarzı	49
3.4. Onarım Hakkı.....	53
3.4.1. Hukuki Niteliği	54
3.4.2. Onarım Hakkının Şartları.....	56
3.4.3. Onarım Hakkının Kapsamı ve Onarım Masrafları	58
3.4.4. Yüklenicinin Onarımı Yerine Getireceği Süre	60
3.5. İş Sahibinin Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı	62
3.6. Vadeden Önce Eserin Ayıplı Olacağının Anlaşılması Üzerine İş Sahibinin Hakları	70

4. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİNİN BAŞKA SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE YARIŞMASI	75
4.1. Genel Borca Aykırılık Hükümleri İle Yarışması	75
4.2. Hata Hükümleri İle Yarışması.....	77
5. ZAMANAŞIMI.....	80
SONUÇ.....	84
KAYNAKÇA.....	88

KISALTMALAR

b.	: Bent
BİĞŞ.	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK.	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
DİK.	: Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK.	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: sayfa
TBK.	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
TL.	: Türk Lirası
TMK.	: Türk Medeni Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

SUNUŞ

Eser sözleşmesi, kapsamı itibariyle uygulama alanı oldukça geniş olan bir iş görme sözleşmesidir. Günlük yaşantımızda ihtiyaçlarımızı karşılamamız amacıyla eser sözleşmesine farkına varmadan da olsa taraf olmaktayız. Örneğin, terziye elbise diktirilmesi, diş hekimine takma diş yaptırılması, kuaföre saç yaptırılması gibi durumlarda farkında olmadan eser sözleşmesi kurmaktayız.

Bunun yanında nüfus artışı, hızlı kentleşme, kırsal kesimden kente göç ve buna bağlı olarak gelişen toplumun ihtiyaçları sonucu toplumun konut ve işyerine olan ihtiyacı artmış ve buna bağlı olarak da ilerleyen teknolojinin sağladığı kolaylıkla da taşınmaz inşaatları artmıştır. Olağan günlük ihtiyaçlarımızı karşılamak amacıyla farkına varmadan kurduğumuz eser sözleşmelerinde yapılan eserde tarafların karşılıklı edimlerinin ağırlığının, eser sözleşmesinin kapsamında bulunan taşınmaz yapıyı sözleşmelerine göre daha az olması sebebiyle yargı önüne taşınmaları daha az rastlanılan bir durumdur. Taşınmaz inşaatını konu alan eser sözleşmelerinde hukuki sorunlar çeşitlilik gösterir. Kapsamı bu kadar geniş olan eser sözleşmesinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunların önemli kısmını ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sorunlar oluşturmaktadır.

Eser sözleşmesi ve bu sözleşmeye ilişkin düzenlemeler TBK.'nun 470 ile 485. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Yüklenicinin imal borcunu gereği gibi ifa etmesi için özen borcu kapsamında eseri ayıpsız bir şekilde meydana getirmelidir. TBK.'nun 475. maddesinde belirtildiği üzere, yüklenicinin imal ettiği eserin ayıplı olması halinde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilecektir.

Yüklenicinin, eseri imal ederken gerekli özeni göstermemesi, sözleşmede eserde bulunması gerekli niteliklerin belirtilmesine rağmen bu nitelikleri eserde bulunmaması, eserde niteliği gereği bulunması gereken özelliklerin bulunması,

eserdeki hukuki engeller ve iktisadi vasıf eksiklikleri vb. durumlar karşısında iş sahibi, yükleniciyi ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmektedir.

Çalışmamız iş görme sözleşmelerinin türünü oluşturan eser sözleşmesinde sözleşmenin bir tarafı olan yüklenicinin, eseri ayıplı olarak teslim etmesi halinde iş sahibinin başvurabileceği seçimlik hakları ve bu hakların kullanılmasının şartlarını ayrıntılı olarak inceleme amacı gütmektedir.

Çalışmamız beş başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlık altında, eser sözleşmesinin tanımı yapıldıktan sonra sözleşmenin unsurları, tarafları ve hukuki niteliği incelenecektir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na göre iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için gereken şartlar ikinci başlık altında incelenecektir.

Üçüncü başlık altında ise, TBK m. 475'de iş sahibine tanınan seçimlik haklar, bu hakların hukuki nitelikleri ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında iş sahibinin bu haklara başvurabilmesi için gereken şartlar ve bu hakların kullanılmasının hukuki sonuçları inceleme konusu yapılacaktır.

Dördüncü başlıkta ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinin genel hükümlerle ve hata hükümleriyle yarışması incelenecektir.

Son olarak da, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süreleri incelenecektir.

1. ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

1.1. Eser Sözleşmesi

Arapçada konusu sanat gerektiren bir işin yapılmasını üstlenmek¹ anlamına gelen eser sözleşmesine ilişkin düzenlemeler 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ve 371'nci maddeleri arasında "İstisna Akdi" başlığı altında düzenlenmiştir. 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunumuzun 470-486. maddelerinde "Eser sözleşmesi" başlığı altında düzenlenmiştir. Biz açıklamalarımızı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre yapacağız.

Borçlar Kanunu madde 470'de eser sözleşmesi şu şekilde açıklanmaktadır: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Taraflardan biri (iş sahibi) taahhüt ettiği bedeli vermeyi, diğeri ise (yüklenici) bir eseri meydana getirip teslim etmeyi borçlanmaktadır. Yüklenicinin eser meydana getirme borcunu ivazsız, ücretsiz ya da iş sahibinin asli edimi olan bedel ödeme borcu dışında başka bir edim karşılığında taahhüt etmesi halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez².

Yüklenicinin eseri meydana getirmesi ve bu eseri iş sahibine teslim etmesiyle iş sahibi sözleşmeden beklediği ifa menfaatini elde etmiş olur.

Sözleşmede tarafların öncelikle serbestçe üstünde anlaştıkları akit hükümleri ve bu hükümler yanında TBK'nun eser sözleşmesini düzenleyen 470 ila 486.

¹ Akgündüz Ahmet/ Cin Halil, Türk Hukuk Tarihi, C.2, İstanbul, 1990.

² Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2003, Ankara, (Bundan sonra Aral "Özel Borç İlişkileri" şeklinde anılacaktır), s. 326.

maddeleri hükümleri uygulanır eğer taraflar arasındaki uyuşmazlık bu hükümlere göre çözüme kavuşturulamaz ise TBK³ nun genel hükümlerine başvurulacaktır³.

1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları

1.2.1. Meydana Getirme

Daha önceden var olmayan yeni bir eserin iş görmeye dayalı olarak ortaya çıkarılması, bir eseri meydana getirme olarak kabul edilir⁴. Bu unsur TBK. m. 470'de eserin meydana getirilmesidir⁵. 818 Sayılı Borçlar Kanununda belirtilen "imal" terimi yerine 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda "meydana getirme" terimi kullanılmıştır. Bu sebeple meydana getirme kavramı geniş yorumlanmalı ve eserin değiştirilmesinin ya da onarılmasının da meydana getirme anlamına geldiği kabul edilmelidir⁶. Önemli olan meydana getirilmiş olan eserin bir önceki eserden farklı olmasıdır⁷.

Bir çalışma ürünü olmasına rağmen bir sonucun vaat edilmemiş olması halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez⁸. Örneğin, doktorun yaptığı hasta tedavisi⁹, avukatın dava takibi, öğretim, eğitim gibi konular belli olan veya belli olmayan zaman için vaat edilmelerine rağmen eser sözleşmesinin kapsamına girmezler¹⁰.

Elbise dikimi, mobilya yapımı, yol yapımı, gemi yapımı, ev duvarının boyanması, binanın yıkımı TBK. m. 470 anlamında meydana getirme olarak

³ Dayınlarlı Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayınları, 2003(Bundan sonra "Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü" şeklinde anılacaktır.), s.6.

⁴Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 4.

⁵ Şenocak Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara ,Turhan Kitabevi, 2002, s. 6 .

⁶ Dalamanlı Lütfü, Borçlar Hukuku Davaları, Eda Matbaacılık Ankara, 1988, s. 306; Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,5.Bası, Yetkin Yayınları, 2003 (Bundan sonra "Aral, Özel Borç İlişkileri" şeklinde anılacaktır.), s. 325.

⁷ Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 955, Bilge Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 246.

⁸ Yakuppur Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu Ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2009, s. 10.

⁹ Dayınlarlı Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Sistem Ofset Matbaası, Ankara, 1986, s.3.

¹⁰ Olgaç Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1977, s. 886.

değerlendirilebilir¹¹. Kanunda yüklenicinin teslim yükümlülüğünden söz edilmemiş olsa dahi meydana getirmenin sonucu olarak teslim de gerekli olduğundan, yüklenici meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmekle de yükümlüdür¹². Ancak, iş sahibinin egemenlik alanında tamamlanan eserde, yüklenicinin işi tamamlayarak çekilmesi, teslim yerine geçecektir. İş sahibinin arsasında yapılan inşaat, evinde yapılan badana böyledir.

1.2.2. Bedel

Eser sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir yani aynı akitten doğup biri diğerinin karşılığı bulunan borçları içermektedir¹³. Yüklenici bir şeyin imalini borçlanırken buna karşılık iş sahibi de bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Yani harcanan emek karşılığında bir bedel ödenmektedir¹⁴.

Yüklenicinin ve iş sahibinin eserin ücret ödenmeden imal edileceği hususunda anlaşması halinde sözleşme eser sözleşmesi niteliğinden çıkar¹⁵. Bedel konusunda taraflar açıkça ya da kapalı olarak anlaşmış olabilirler. Taraflar ücreti tam olarak belirlemiş olabilecekleri gibi yaklaşık olarak da belirlemiş olabilirler¹⁶. Taraflar arasında eser karşılığı bedel ödeneceği sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa bile, bu sözleşme niteliğinde bir eser ısmarlama bir bedel ödenmesi gerekmektedir¹⁷. Bu durum Borçlar Kanunu'nun 481. maddesinden anlaşılmaktadır. Taraflar bedel verileceğini belirtip bunun ne kadar olacağını belirtmemişlerse de bu durum sonuca göre belirlenir. İş sahibinin ediminin konusu genellikle para olarak kararlaştırılmaktadır¹⁸. Uygulamada bunun mal olarak da belirlendiği gözlemlenmektedir. Örneğin kat karşılığı inşaat yapımı sözleşmelerinde iş sahibi, yüklenicinin yapacağı inşaat karşılığında arsasını vermeyi taahhüt etmektedir. Buna karşın eser ile bir şeyin değiştirilmesi söz konusu olması durumunda ise eser

¹¹ Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2 ,İstanbul, Beta Yayınları ,1989(Bundan sonra "Yavuz, Özel Hükümler" şeklinde anılacaktır.), s. 64.

¹² Şenocak, a.g.e. s.6.

¹³ Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı "Borçlar Kanunu" Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 6, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 7454.

¹⁴ Zevkliler Aydın, Havutçu Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 306.

¹⁵ Bilge, a.g.e. s. 247.

¹⁶ Gürpınar Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 62-72.

¹⁷ Zevkliler/Havutçu, a.g.e. s. 306.

¹⁸ Yavuz Nihat, Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanunu'na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 5.

sözleşmesi değil, karma bir sözleşmenin olduğu düşünülebilir¹⁹. İş sahibinin yükleniciye yapacağı bedeli ödeme şekli sözleşmenin niteliğine etki etmez²⁰.

1.2.3. Anlaşma

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğundan tarafların, yüklenicinin meydana getireceği eser ve bu eser karşılığında iş sahibinin ödenecek bedel üzerinde anlaşmış olmaları gerekli ve yeterlidir. Tarafların açık ya da zımni iradeleriyle sözleşme kurulabilir. Örneğin, iş sahibinin kirli çamaşırlarını yıkanmak ve ütülenmek üzere çamaşırhaneye bırakması halinde taraflar arasında önceden belirlemiş ücret tarifesi üzerinden eser sözleşmesi kurulmuş olur.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu madde 1'e göre; "Sözleşme, tarafların birbirlerine uygun iradelerini karşılıklı açıklamalarıyla kurulur". Bu maddeden de anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin kurulabilmesi için yüklenici ve iş sahibinin, bir eserin meydana getirilmesi ve karşılığında bedel ödenmesi konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu karşılıklı irade beyanı sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan icap ve kabul açık olabileceği gibi örtülü (zımni) olarak da yapılabilir²¹.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için iş sahibinin ve yüklenicinin karşılıklı olarak edimlerin niteliği ve niceliği konusunda anlaşmış olmaları gereklidir²². Aksi halde ortaya çıkan hukuksal ilişkiden beklenen sonuç alınamaz.

1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları

1.3.1. Yüklenici (Müteahhit)

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde "yüklenici, iş sahibinin vermeyi taahhüt eylediği bedel mukabilinde bir eser meydana getirmeyi üstlenen taraftır" şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtayın bazı kararlarında "müteahhit" ifadesi

¹⁹ Yavuz Nihat, a.g.e. s. 5.

²⁰ Yakuppur, a.g.e. s. 13.

²¹ Canbolat Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 20.

²² Yavuz Nihat, a.g.e. s. 5.

yerine ‘‘yüklenen’’, ‘‘yüklenici’’ veya ‘‘üstlenici’’ ifadeleri kullanılmaktadır²³. Müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir²⁴. Müteahhit, genel müteahhit olabileceği gibi alt müteahhit de olabilir²⁵.

1.3.2. İş Sahibi

İş sahibi, sözleşmeye konu olan eseri bedel karşılığı imal ettiren ve imal edilen bu eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseselerdir, başka bir ifade ile Borçlar Kanunu'na göre işi sipariş eden kimse iş sahibidir²⁶.

1.4. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi, rızai nitelikte, ivazlı, iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir²⁷. Eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir²⁸. Bu sebeple TBK m. 12 'ye göre sözlü olarak da yapılabilir. Ancak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesi uyarınca değeri belirli bir miktarı geçen hukuki işlemlerin senetle ispatının gerekmesi ve eser sözleşmelerinin değerlerinin çoğunlukla bu miktarın üzerinde olması sebebiyle yazılı yapılmaları yararlı olacaktır²⁹. Yargıtay Hukuk Dairesi 3.10.1984 tarihinde vermiş olduğu bir kararında konuyu şu şekilde özetlemiştir: " Eser Sözleşmesi Borçlar kanunumuzda bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak olayımızda, yapımı yüklenilen inşaat, iş sahibi davalı tarafından inkar edilerek taraflar arasında akdi ilişkinin mevcut olmadığı savunulmakta ve böylece akdi ilişkinin mevcudiyeti, inkar ile ihtilafli hale gelmektedir. HUMK.'un değişik 288. maddesi hükmünce; uyuşmazlığın miktar ve değeri beşbin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil koşul, geçerlilik için değil, usul hukuku yönünden konulmuş bir ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı olanağı da yoktur"³⁰.

²³ Y.15.HD.21.12.1978, E.2136, K.2455 sayılı kararı için bkz.; YKD.1979, s.696

²⁴ Gümüş, a.g.e. s. 10

²⁵ Canbolat, a.g.e. s. 25

²⁶ Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.28.

²⁷ Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 322.

²⁸ Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 333, Bilge, a.g.e. s. 247, Ayan Serkan, İnşaat sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 32.

²⁹ Bilge, a.g.e. s. 247, Ayan, a.g.e. s. 32.

³⁰ Kostakoğlu Cengiz, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 21-22.

Yüklenicinin iş sahibine nazaran bağımsız olarak işini görmesi, ani edimli olması ve de bir bütün teşkil eden sonuç borcu tarzında eser meydana getirme borcu altında olması eser sözleşmesinin önemli özelliklerindedir³¹. Eser sözleşmesinde iş sahibinin ifaya olan çıkarı bir anda gerçekleşiyorsa "ani edimli", belli ve ya belirsiz zamana yayılarak gerçekleştiği hallerde ise "sürekli edimli" sözleşmenin varlığından söz etmek gerekir³².

Eser sözleşmeleri, yüklenicinin bir eser meydana getirme faaliyetinde bulunması nedeniyle uzun ömürlü olsalar da iş sahibinin ifaya olan çıkarı bir anda teslimle gerçekleştiğinden kural olarak ani edimlidirler³³. Diğer bir ifade ile eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi meydana getirmemektedir³⁴. Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın 1983/3 esaslı, 1984/1 kararlı ve 25.01.1984 tarihli kararında, "... istisna sözleşmelerinin 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..." şeklinde hüküm kurulmuştur³⁵.

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve bu özelliği nedeniyle tarafları karşılıklı borç altına soktuğundan bu sözleşmeye ilişkin olarak TBK. m. 97 ve 123-124 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³¹ Yavuz, Özel Hükümler, s. 322.

³² Selimoğlu Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Faruk Erem Armağan'ı, Türkiye Barolar Birliği Yayını , Yayın No: 8, Ankara, 1999, s. 686.

³³ Selimoğlu, a.g.e. s. 686.

³⁴ Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınları, C:3, İstanbul, 2004, s. 261.

2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN KULLANILMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

2.1. Genel Olarak

Yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı irade beyanlarıyla oluşan eser sözleşmesinin kurulmasıyla yüklenici bir takım yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu olur. Yüklenici, eseri imal etme yükümlülüğü ile birlikte imal edilen bu eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Yüklenicinin bu yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getirebilmesi için eseri zamanında ve ayıpsız olarak iş sahibine teslim etmesi gerekir. Yüklenicinin, eseri ayıpsız olarak imal etme borcu asli borçlarından ve bu yükümlülüğüne uymaması halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla karşılaşabilir. Eserin ayıplı olarak teslim edilmesi halinde iş sahibine TBK. m. 475'de belirtilen ayıptan doğan seçimlik hakları kullanabilme imkanı tanınmıştır.

Yüklenici, iş görme faaliyetiyle belli bir sonucu gerçekleştirirken bir takım borçlar altına girer ve bu borçlarından biri de "özen borcu"dur.

Yüklenici, işin ifası süresince kendisinden beklenen özeni göstererek, eseri tamamlayıp iş sahibine teslim etmelidir³⁶. Sözleşmenin her aşamasında ve yerine getirilmesi gereken borçların tamamında yüklenici işini özenle yapmalıdır³⁷. Eserin ayıpsız meydana getirilip teslim edilmesi de yüklenicinin özen borcunun içinde yer alır. Eserin ayıpsız olarak ifasını sağlama yükümlülüğü yükleniciye ait yükümlülüklerden biridir³⁸.

³⁶ Duman, a.g.e. s. 153

³⁷ Gökyayla Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Sayı:1, Ocak 2002, s. 787.

³⁸ Başara İzzet, Eser (İstisna) Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar, Adalet Dergisi, Sayı:34, Mayıs, 2009, s. 157

818 sayılı BK. m. 356/1'e göre, "müteahhidin mes'uliyeti, umumi suretle işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir". Yüklenici, hizmet ilişkilerinde işçinin sorumlu olduğu özenin eşi olan özenden sorumludur. Böylece yüklenici, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olacaktır³⁹. 6098 Sayılı Borçlar Kanununun 471. maddesinde ise 818 sayılı kanunun 356. Maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapmak yerine, yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, "benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kuralların uygun davranışının esas alınacağı düzenlenmiştir(TBK. m. 471/2). Böylece yüklenicinin özen borcu ağırlaştırılmıştır, üstlendiği işin gerektirdiği donanıma sahip olduğu düşünülerek kusurunun belirlenmesi öngörülmüştür⁴⁰.

Yüklenici, eserin ifasını ayıpsız olarak sağlamakla yükümlü olduğu için ayıplı ifadan sorumlu tutulmuştur⁴¹.

Eser teslim edildikten sonra, eserin istenilen nitelikte olmaması durumunda başvurulabilecek hukuki yol, ayıba karşı tekeffül hükümleridir. Ancak eser teslim edildikten sonra ayıptan ileri gelmeyen, fakat özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğmuş bulunan zararlar da ortaya çıkabilir⁴². Bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında özen borcuna aykırılıktan doğan sorumluluk da söz konusu olabilir⁴³. İş sahibinin zararı, eser sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde ayıp olarak nitelendirilemeyen başka sebeplerden de kaynaklanabilir böyle bir durumda özen borcuna aykırılıktan doğan iş sahibinin zararları, ayıp dışı kötü ifa olarak, TBK. m. 112'e dayanılarak istenebilir⁴⁴.

³⁹ Yavuz, Özel Hükümler, s. 328.

⁴⁰ Öz M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Bundan sonra "Öz, Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler" şeklinde anılacaktır.), s. 92.

⁴¹ Başara, a.g.e. s.157.

⁴² Gökyayla, a.g.e. s. 788.

⁴³ Tandoğan, Özel İlişkiler, s. 53.

⁴⁴ Gökyayla, a.g.e. s. 799.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu kaldıran sebepler olmadıkça yüklenici eserdeki ayıplardan sorumlu tutulacaktır.

Özetle yüklenici, işi iş sahibi yararına olacak biçimde ve zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapmalıdır⁴⁵ aksi halde ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorundadır.

2.2. Eserin Teslim Edilmiş Olması

İş sahibinin eser sözleşmesini yaparken arzu ettiği edim sonucunun gerçekleşmesi için yüklenicinin eseri imal etmesinin yanında imal edilen bu eserin iş sahibine teslim edilmesi gerekmektedir.

TBK' nda eser sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etme borcu açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bazı maddelerde teslimden söz edilmektedir. Örneğin; TBK. m. 473/1, "... iş sahibi teslim için belirlenen günü..."; TBK. m. 475/f.1/b.2, "...Eseri alıkoyup..."; TBK. m. 477/1 "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden..."; TBK. m. 478 "... teslim tarihinden başlayarak..." maddelerinden yüklenicinin teslim borcunun varlığı kabul edilmektedir.

Teslim, yüklenicinin sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla eseri iş sahibinin zilyetliğini sağlayarak tasarruf alanına bırakması ile gerçekleşir⁴⁶.

Eser sözleşmesinde bir şeyin imalini üstlenen tarafın yani yüklenicinin eseri meydana getirip meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir⁴⁷. Eser sözleşmesinde imal edilen eserdeki ayıplardan dolayı yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu için öncelikle eserin tamamlanıp iş sahibine teslim gerekmektedir. Yüklenicinin eseri teslim borcu, eseri imal etme borcunda olduğu gibi ana borçlarındandır. Eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için teslim anı önem taşımaktadır.

⁴⁵ Zevkliler Aydın, Aydoğdu Murat, Petek Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara, 1998, s.332.

⁴⁶ Seliçi Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 35.

⁴⁷ Yakuppur, a.g.e. s.63

Taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmadıkça henüz tamamlanmamış veya kısmen tamamlanmış eseri, yüklenici eser olarak teslim edemeyeceği gibi, iş sahibini teslim almaya zorlayamaz⁴⁸. Eserin tamamlanmış sayılabilmesi için yüklenicinin üzerine aldığı bütün işleri bitirmesi gerekmektedir⁴⁹.

Teslim, eser ayıplı olsa dahi, tamamlanmış eserin iş sahibinin zilyetliğine geçirilmesidir. Eserin teslim edilmesiyle iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olup olmadığını tespit etme imkanı doğmaktadır. Eserin ayıplı olması iş sahibin eseri teslim almayacağı anlamına gelmez, TBK'da belirtilen ayıp hükümlerinin kullanılabilmesi için eserin teslim edilmiş olması gerekir⁵⁰. Belirtmek gerekir ki iş sahibi teslim sırasında eserin ayıplı olduğunu görüp eseri teslim almaktan kaçınırsa bu durumda temerrüde düşmeyecektir (TBK. m. 106), ayrıca eserin ayıplı olması teslimine engel değildir⁵¹. İş sahibi ayıplı bir eseri almaktan kaçınırsa ya da iş sahibi eseri reddederse yüklenicinin asli yükümü olan sözleşmeye uygun eser meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borcu devam edecektir. İş sahibinin ayıplı eseri teslim alması halinde yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

TBK. m. 474/2'ye göre, iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmeli ve ayıplar varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Bu hükümden anlaşıldığı üzere muayene ve ihbar süreleri teslim anından işlemeye başlayacaktır.

TBK. m. 478'e göre de ayıplı ifadan doğan sorumluluk için zamanaşımı süresinin başlangıcı teslim anıdır.

Bunlar dışında eserin teslimi TBK. m. 479'da belirtildiği üzere ücretin muacceliyet kazandığı andır.

⁴⁸ Seliçi, a.g.e. s. 37

⁴⁹ Yakuppur, a.g.e. s. 66.

⁵⁰ Yavuz Nihat, ag.e. s. 102.

⁵¹ Öz M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayıncılık İstanbul (Bundan sonra "Öz, İnşaat Sözleşmesi" şeklinde anılacaktır.), s. 125.

Taşınırlarda eserin teslim edilmesi, eser tamamlandıktan sonra mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi ile gerçekleşecektir⁵². Fakat burada ikili bir ayırım yapmak gerekecektir; eğer ki eser sözleşmesinde taraflar yüklenicinin malzemesiyle bir taşınır eser yapılacağını kararlaştırmışlarsa mülkiyeti geçirme borcu, satım sözleşmesine kıyasen kabul edilmektedir⁵³. Eser yapımında kullanılan malzeme iş sahibine ait ise eserin mülkiyeti de iş sahibine ait olacağından yüklenicinin zilyetliğin devri yolu ile teslim borcunu yerine getireceği kabul edilmektedir⁵⁴.

Yüklenicinin, taşınmazlara ilişkin eser sözleşmelerinde, iş sahibine eserin tamamlandığını bildirmesi ve bildirim üzerine iş sahibinin eserin tamamlandığını belirlemesi ile teslim gerçekleşir⁵⁵.

Taşınmaz niteliği taşıyan eserlerin onarımının konu olduğu eser sözleşmelerinde zilyetliğin geçirilmesi gerekli olmayıp inşaat iskelesinin sökülmesi, artan malzemenin kaldırılması gibi iş sahibinin taşınmaz üzerinde tekrar egemenliğinin sağlanması yeterlidir⁵⁶.

Taşınmazlarda teslim ilişkisiyle ilgili diğer bir konu da, yapının İmar Kanunu'na tabi olması halinde, yapının tamamlanmasının ancak belediyeden alınacak iskan izninin verilmesi ile gerçekleşeceği kabul edilmektedir (İmar Kanunu m. 18).

Eser sözleşmesinin konusu maddi olmayan varlıklar oluşturduğunda bunlara ilişkin teslim (örneğin; raporun yazıldığı ya da bir projenin çizildiği kâğıtların tesliminde olduğu gibi) eserin üzerinde devamlı kalmak üzere biçimlendiği şeyin iş sahibine verilmesiyle gerçekleşir⁵⁷.

Teslimin konumuz bakımından önemi; eserin teslim edilmesinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli olmasıdır ve teslim anının kanuni külfetlerinin oluşturan muayene ve ihbar sürelerinin başlangıcı olmasıdır.

⁵² Canbolat, ag.e. s. 60

⁵³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 125; Karahasan, İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara, 1997, s. 73

⁵⁴ Öz M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesinden Dönmesi, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1989 (Bundan sonra "Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi" şeklinde anılacaktır.), s. 166.

⁵⁵ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi s. 164, Seliçi, a.g.e s. 35-37.

⁵⁶ Olgaç Senai, İstisna Akdi, Olgaç Matbaası Ankara, 1977, s. 30.

⁵⁷ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 171.

Ayıp, hem yüklenicinin hem de iş sahibinin davranışları yüzünden ortaya çıkabilir, böyle durumlarda yüklenici kısmen de olsa sorumluluktan kurtulamaz, iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir⁵⁸.

TBK. m. 472/f.3 belirtildiği üzere, iş sahibinin sağladığı malzeme veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır ise veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa bunu yüklenici, iş sahibine bildirme zorunluluğu getirilmiştir. İş sahibinin vermiş olduğu hatalı talimat ve elverişsiz malzeme yükleniciyi her zaman sorumluluktan kurtarmaz, yüklenici mesleki uzmanlığa sahip olduğu için iş sahibini uyarmalıdır⁵⁹. Yüklenici uyarı yükümünü yerine getirmez ise eserdeki ayıplardan dolayı sorumlu olacaktır. Yüklenicinin mesleki uzmanlığına rağmen sonucu öngörmesi mümkün değilse yüklenicinin uyarı yükümlülüğünden söz edilemez⁶⁰.

2.3. Eserin Ayıplı Olması

2.3.1. Genel Olarak Ayıp Kavramı

TBK. m. 475'de belirtilen seçimlik hakların iş sahibince kullanılabilmesi için eserin ayıplı olması gerekmektedir.

Ayıp, eserin sözleşme ile taahhüt edilen veya dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşınamamasıdır⁶¹, ayıp durumunda edimden amacına göre yararlanılmamakta veya bu yararlanmanın kalitesi düşmektedir ve edimin olması gereken değeri azalmaktadır⁶². Yüklenicinin eseri ayıpsız ifa etme borcu, özen borcu kapsamındadır. Sözleşmenin her aşamasında ve yerine getirilmesi gereken borçların tamamında yüklenici işini özenle yapmalıdır⁶³.

⁵⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.171.

⁵⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170.

⁶⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.170.

⁶¹ Duman İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2006, s. 402.

⁶² M. Turgut , İnşaat Sözleşmesi, s.167.

⁶³ Gökyayla, a.g.e. , s. 787.

Borca aykırılık durumları, "temerrüt" ve "imkansızlık" şeklinde temel olarak ikili bir ayırımı tabi tutulsa da⁶⁴, her iki duruma da girmeyen bir borca aykırılık çeşidi olarak "kötü ifa" üçüncü bir borç ihlali türünü oluşturur. Burada, borcun konusu olan edim şeklen yerine getirilmişse de, bu edimin kendisinde bazı uygunsuzluklar bulunmakta yahut alacaklının edim dışındaki bazı değerlerine zarar verilmiş bulunmaktadır. Kötü ifa hallerine akdin müspet ihlali de denilmiştir.

Kötü ifanın en sık rastlanan ve en tipik hali ise, "ayıplı ifa"dır. Burada doğrudan borcun konusu olan edimde bir uygunsuzluk bulunmaktadır. Borçlunun ayıplı ifadan sorumluluğu ise, "ayıba karşı tekeffül" olarak ifade edilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen 474-478. maddelerinde ayıbın tanımı verilmemiştir. Fakat satım sözleşmesi bakımından ayıbı tanımlayan m. 219 hükmündeki tanım burada da geçerli sayılabilir. Buna kıyasen ayıp, "yüklenici tarafından iş sahibine bildirilen niteliklerin eserde bulunmaması veya nitelik veya niceliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve iş sahibinin ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki, ekonomik yetersizliklerdir" denebilir. Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde m. 475/f.1, sözleşmeden dönmeye izin verecek ölçüde ayıpları tanımlamıştır; buna göre "eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı" ise sözleşmeden dönülebilir.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde, ayıplı ifa hallerine ve ayıplı ifa durumuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada TBK. m. 112 hükmü, kusurlu ifa imkansızlığının yanında, ayıplı ve kötü ifa hallerinden doğan zararların tazminini de düzenliyor sayılmaktadır. Özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerde ise bazı sözleşme tipleri için "ayıba karşı tekeffül hükümleri" getirilmiştir. Satım sözleşmesinde, kira sözleşmesinde ve istisna sözleşmesinde hükümleri bu düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler arsında en geniş kapsamlı olan düzenleme satım sözleşmesidir. Bununla birlikte sayılabilecek ayrıntılı düzenleme, eser sözleşmeleri bakımındandır.

⁶⁴ Tekinay Selahattin Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.37.

Ayıp kavramının içeriğinin belirlenmesinde, taraflar arasındaki, belirli bir kalitedeki bir eserin meydana getirilmesi borcunu içeren sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır⁶⁵. Ayıp, meydana gelen eserin tarafların sözleşmede belirledikleri niteliklere uygun olmamasıdır. Yüklenici bazı nitelikleri taahhüt etmiş ise o niteliklerin eserde bulunması gerekir⁶⁶. Teslim edilen eserin fiili durumu ile tarafların sözleşmede belirledikleri durumu arasında karşılaştırma yapıldığında, eserin sahip olması gereken vasıfları taşıyamaması halinde ayıptan söz edilecektir⁶⁷. Yüklenici bazı niteliklerin varlığını taahhüt etmese bile (bunlar zorunlu niteliklerdir) eğer bu nitelikler eserden beklenen amacı sağlayacak özellikte ise yüklenici onlardan sorumludur, yüklenicinin bu eksikliği bilmemesi durumu değiştirmez⁶⁸.

Borçlar Kanunu'nun özel kısmında düzenlenen satım sözleşmesine ilişkin ayıp hükümleri bazı şartlarla eser sözleşmesinde de uygulama alanı bulabilir. Ancak bunun için, eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde boşluk olması ve bu boşluğun satım sözleşmesine ilişkin hükümle doldurulmasının eser sözleşmesinin hükümlerine ters düşmemesi gerekir⁶⁹.

Ayıp kavramı için " varlığına güvenilen niteliklerin eksikliği denilebilir"⁷⁰. Başka bir ifadeyle ise, tarafların iradesi ile olması gereken ile olan arasında alıcı zararına beliren nitelik sapmasıdır⁷¹. Her eser kategorisi için geçerli olabilecek bir kıstas yoktur; ayıbın varlığı her somut sözleşme ilişkisinin özelliği göz önüne alınarak saptanmalıdır⁷².

Ayıplı ifa durumunda, taahhüt olunan ve ısmarlanan şey teslim edilmektedir, fakat teslim olunan şey ayıplıdır ve sözleşmenin karşı tarafı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir⁷³.

⁶⁵ Şenocak, a.g.e. s. 93

⁶⁶ Duman, a.g.e. s.402.

⁶⁷ Şenocak, a.g.e. s. 93

⁶⁸ Duman, a.g.e. s. 403

⁶⁹ Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, C.2, İstanbul, 1989 (Bundan sonra " Tandoğan, Özel Hükümler" şeklinde anılacaktır.), s.161.

⁷⁰ Serozan Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2002, s. 122.

⁷¹ Serozan, a.g.e. s. 122.

⁷² Burcuoğlu Haluk, Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları Ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Gerekli Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990 (Bundan sonra "Burcuoğlu, Armağan " şeklinde anılacaktır.), s.285.

⁷³ Canbolat, s. 41.

Ayıba karşı tekeffül borcu bazılarınca bir yan borç olarak nitelendirilmişse de, modern doktrine göre mülkiyeti nakil borcunun tamamlayıcısıdır. Bu borç da kanuni bir borçtur ve yüklenici eserin değerini ve faydasını azaltan noksanların bulunmadığını taahhüt etmese dahi bu borç kanunen mevcuttur⁷⁴.

2.3.2. Ayıbın Çeşitleri

Teslim alınan eserdeki ayıplar çeşitli görünümde ortaya çıkabilir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 475. ve 477' de "açık ve gizli ayıp" ile "önemli-önemsiz ayıp" ayırımına yer verilmiştir. Doktrinde ve yargıda ayıp, "fiili(maddi)ayıp-hukuk ayıp-ekonomik ayıp", "asli-tali (ikincil) ayıp" şeklinde ayırlara da tabi tutulmaktadır⁷⁵.

2.3.2.1. Açık Ayıp ve Gizli Ayıp

Açık ayıp iki şekilde ortaya çıkabilir. Eserin teslimi sırasında herhangi bir muayeneye gerek kalmadan ilk bakışta göze çarpacek kadar belirgin olan ayıplar açık ayıplardır⁷⁶. Bunla birlikte ilk bakışta göze çarpacek kadar açık olmamakla birlikte TBK.'nun 474. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sahibinin eseri teslim alıp basit bir muayene sonucu ortaya çıkan ayıplardır.

TBK. m. 474'e göre; imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. Göz ve el ile yapılan incelemeler sonunda ortaya çıkan veya işin makul gösterdiği olağan bir muayene sonucu⁷⁷ ortaya çıkan ayıplar açık ayıptır. Açık ayıplar nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, zamanında (ihbar süresi içinde) ayıpların yükleniciye bildirilmesi gerekir⁷⁸.

Özetle, teslim esnasında açıkça görülen veya eserin usulüne uygun muayenesi ile fark edilen ayıplar açık ayıptır⁷⁹.

⁷⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.112-113.

⁷⁵ Uçar Ayhan, a.g.e s.129.

⁷⁶ Uçar, a.g.e. s.130, Yavuz Nihat, a.g.e. s. 102.

⁷⁷ Gümüş, a.g.e. s.103.

⁷⁸ Turanboy Asuman, Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Sorumluluğu, Adalet Dergisi, Temmuz-Ağustos 1989, Yıl:80, Sayı:4, s. 17.

⁷⁹ Şenocak, a.g.e. s.104

Gizli ayıp ise; ya saklı ayıplardır⁸⁰ ya da teslim sonrası olağan bir muayene sonucu ortaya çıkamayacak zamanla veya kullanımla ortaya çıkabilecek ayıbı ifade eder⁸¹. Gizli ayıp özel teknik bir inceleme⁸² ile veya eserin kullanılma sürecinde ortaya çıkar. Gizli ayıpların da ortaya çıkar çıkmaz vakit kaybetmeden yükleniciye bildirilmesi gerekir.

Gizli ayıplar, açık ayıplardan farklı olarak eserin tesliminden bir zaman geçtikten sonra ve genellikle kullanımı sonucu kendini gösteren, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki iş sahibi aleyhine meydana gelmiş farklılıklardır. Başka bir ifade ile gizli ayıp genellikle eserin kullanım sürecinde, onun değerini veya kullanılma elverişliliğini azaltan bir unsur olarak ortaya çıkabilir⁸³.

Örneğin, inşaatta demirin az veya çimentonun eksik dozda kullanılması, önceden inşaat sahibi tarafından yapılan muayenesinde anlaşılması mümkün olmadığı halde zamanla kolonların çatlaması veya benzer şekillerde kendini göstermesi ile ortaya çıkar⁸⁴.

2.3.2.2. Önemli ve Önemsiz Ayıp

Borçlar Kanunu'nun 475/1. maddesi ayıbı, eserin sözleşmeye önemli ölçüde aykırı olması ve iş sahibinin eseri kullanamayacağı ölçüde ayıplı olması hali olarak belirtmektedir. Eser, iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu ise ya da sözleşmeye önemli ölçüde aykırı ise önemli ayıptan söz edilir⁸⁵. Eserdeki ayıp belirtilen ölçüde önemli değil ise daha az önemli ayıptan söz edilir. Eserdeki ayıbın önemli olması durumunda iş sahibi eseri kullanamaz ve iş sahibi bu eseri kabule zorlanamaz⁸⁶. Eserdeki ayıbın önemli ya da daha az önemli olması iş sahibine TBK. m. 475' da belirtilen seçimlik hakları kullanabilmesi açısından önem taşır, 475/1'e göre, "Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da

⁸⁰ Yavuz Nihat, a.g.e., s. 104.

⁸¹ Gümüş, a.g.e. s.104.

⁸² Kostakoğlu, a.g.e. s. 492.

⁸³ Karataş İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 149.

⁸⁴ Kostakoğlu, a.g.e. s. 492.

⁸⁵ Duman, a.g.e. s. 406.

⁸⁶ Şenocak a.g.e. s. 104.

sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, 475/2'ye göre eseri alıyoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, 475/3' e göre aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme" haklarına sahiptir. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın önemli olması yani eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacak durumda olması gerekir⁸⁷.

Önemli ayıbın varlığı halinde iş sahibinden eseri kabul etmesi haklı olarak beklenemez veya eser ayıp nedeniyle esasen kullanılamayacak durumdadır⁸⁸.

İş sahibinin ayıbın varlığına rağmen eseri kabul etmesi beklenebiliyorsa eser daha az önemli ya da önemsiz ayıptır⁸⁹. İş sahibi, daha az önemli ya da önemsiz ayıp halinde eseri kabulden kaçınmaz⁹⁰. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu m. 475'de belirtilen bedel indirimi veya onarım haklarını kullanabilir. Önemsiz ayıplar eserin kullanımını büyük ölçüde etkilemeyen kusurlardır. Eserin tamamında değil bir kısmında bozukluk olduğu durumlarda önemsiz ayıp olarak nitelendirilebilir. Örneğin, yeni alınan bir otomobilin müzik çaları, bu müzik çalar arabaya fabrikada takılmış olsun, önemsiz bir bozukluktur ve arabayı satın alan kişinin sırf bu sebeple sözleşmeyi bozması veya arabayı geri vermesi adil bir durum değildir.

2.3.2.3. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp-Ekonomik Ayıp

Maddi ayıp, bir edimin aynı cinsten normal emsalleriyle karşılaştırıldığında kendi değerini ve elverişliliğini kaldıran veya azaltan her türlü kötü nitelikdir⁹¹. Eşyanın arızalı olması, bilgisayarın bozuk olması örnek olarak gösterilebilir. Şekil, renk, muhteva ve direnç bozuklukları bu tür ayıplardır ya da şeyin dış görünüşü istenildiği gibi olabilir, fakat kalitesi bozuk olduğu için değer kaybetmektedir⁹². Maddi ayıp, o şeyin kullanılmasını, normal ve sağlıklı işleyişini sağlayan özelliklerin eksik olması halinde söz konusu olur⁹³.

⁸⁷ Şenocak, a.g.e. s. 104-105.

⁸⁸ Gümüşt, a.g.e. s.103.

⁸⁹ Gümüşt, a.g.e. s.103.

⁹⁰ Duman, a.g.e. s. 406.

⁹¹ Uçar, a.g.e. s. 133

⁹² Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş Sahibinin Sorumluluğu, s. 48.

⁹³ Canbolat, a.g.e. s.41

Hukuki ayıp ise, iş sahibinin teslim aldığı malda beklemeye hakkı olduğu yararı gerçekleştirilmesine engel olan hukuki engeldir. Kanunda belirtilen veya sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin yokluğuna sebep olan ya da şeyin değerine veya tahsis amacından beklenen faydalara tesir eden ve hukuki durumundan doğan ayıplardır⁹⁴. Örneğin, müteahhidin inşa ettiği bina için belediyeden oturma izni almayı taahhüt ettiği sözleşmelerde bunu almaması hukuki bir ayıp olarak kabul edilir⁹⁵.

Yargıtay bir kararında, 15. HD. 15.03.1999 gün ve E. 1998/5091; K. 1999/940, yüklenicinin yaptığı imalatın gerek teknik gerekse yasal sonuçlarından sorumlu olduğu, anılan bilirkişi raporunda projeye aykırılıklar nedeniyle binaya iskan ruhsatı alınamaması nedeniyle oluşan hukuki ayıptan yüklenicinin sorumlu olacağını vurgulamıştır⁹⁶.

Özetle eserin, öngörüldüğü amaca uygun kullanılma imkanından hukuken yoksun olması yani eserin kullanımında hukukun koyduğu bir takım sınırlamalardan ve yasaklamalardan dolayı esiklikler olması eseri hukuki ayıplı kılar⁹⁷. Bu durumda eser TBK. m. 475' e göre ayıplı olduğundan iş sahibi, yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilir. Ancak, zapt halinde tekeffül hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtilmektedir. Şöyle ki, eser sözleşmesinde satım sözleşmesi hükümlerinin aksine sadece ayıba karşı tekeffül göz önüne alınarak düzenlendiğinden, zapt varlığı karşısında iş sahibi TBK. m. 475 hükümlerine göre değil az önce belirttiğimiz üzere genel hükümlere başvurabilmelidir⁹⁸.

İş sahibi eserden beklediği verimi alamıyorsa⁹⁹, eserde iktisadi vasıf eksikliği mevcut ise eser ekonomik ayıplı sayılır¹⁰⁰.

⁹⁴ Canbolat, a.g.e. s. 42

⁹⁵ Öz, İnşaat sözleşmesi, s.166

⁹⁶ Yargıtay Dergisi, Cilt 19, Sayı: 218/01, Ocak 2000, s. 88.

⁹⁷ Uçar, a.g.e. s. 133, Yavuz Nihat, a.g.e. s. 104.

⁹⁸ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 93.

⁹⁹ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, s. 49.

¹⁰⁰ Uçar, a.g.e. s. 135.

Sözleşme konusu şeyin verimi, getirdiği kar ve vergiden muaf olması gibi iktisadi eksikliklerin olması ekonomik ayıbın olduğunu gösterir¹⁰¹. Örneğin, yüklenici yapacağı dükkanın kira geliri olarak 2000TL gelir getireceği vaadinde bulunarak iş sahibi ile anlaşmış ve kira geliri olarak dükkan 500TL bile getirmemiş ise, ekonomik ayıp var demektir.

Ancak şeyin değeri konusunda yapılan ve onun tasvir edilmesine ilişkin açıklamalar iktisadi nitelik olarak kabul edilemez¹⁰² çünkü bu gibi durumlarda bir nitelik taahhüdünün varlığı söz konusu değildir¹⁰³.

2.3.2.4. Asli Ayıp- İkincil Ayıp

Asli ayıp, eserin teslimi sırasında var olan ayıplar, ikincil ayıplar ise, bu olan asli ayıpların teslimden sonra yol açtığı ayıplardır¹⁰⁴.

Eserin teslimden sonra bozulması ve bazı vasıflarını kaybetmesi daha önceki bir ayıp ile bağlantılı ise bu durumda mevcut ayıbın teslimden sonra neden olduğu ikincil ayıplar söz konusu olur¹⁰⁵.

Teslimden sonraki bozulma, önceki ayıpla bağlantılı değil ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz¹⁰⁶.

2.4. Ayıp Sayılan Durumlar

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine karşı ayıplardan dolayı sorumlu tutulmuştur. Yüklenici tarafından yapılan eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olması ve eserde bulunması gereken zorunlu vasıfların eserde bulunması gerekir. Buradan çıkan ayırımı göre sözleşmede öngörülen niteliklerin eksikliği ve zorunlu vasıfların eksikliği olarak ikili bir ayırım yapılabilir.

¹⁰¹ Canbolat, a.g.e. s. 42.

¹⁰² Canbolat, a.g.e. s.42.

¹⁰³ Yavuz Cevdet, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s.61-62.

¹⁰⁴ Duman, s. 406.

¹⁰⁵ Uçar, a.g.e. s. 134.

¹⁰⁶ Seliçi Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.142.

2.4.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Taraflar eser sözleşmesini yaparken eserin nitelikleri hakkında açık ya da zımni¹⁰⁷ olarak anlaşma yaparlar. Bu anlaşma eserin genel ya da özel vasıflarıyla ilgili olabilir.

Yüklenici bazı vasıfları taahhüt etmiş ise, eserde o vasıfların bulunması gerekir¹⁰⁸. Örneğin, terziden kırmızı renk istenen bir elbisenin siyah dikilmesi, mutfak tezgahında granit yerine mermer kullanılması, 150m2 istenilen bir evin 140 m2 yapılması, evin camlarının çift cam yapılması kararlaştırıldığı halde tek cam yapılması halinde eser ayıplıdır. Şekil, ölçü, işin görülüş tarzı, renk gibi eseri somut olarak belirleyen vasıfların eksikliği genel vasıflardaki eksiklikleridir¹⁰⁹.

Genel olarak belirlenen bir eseri daha yakından tasvir eden özellikler özel vasıflardır¹¹⁰. Örneğin, bir çatının yalıtılmamış olması, makinenin veya tesisatın hassasiyet derecesi, özel üretim kapasitesi, bir merkezi kaloriferin ısıtma derecesi, bir köprünün belirli bir taşıma kapasitesi, bir tesisatın tüketeceği enerjinin belli bir miktarı geçmemesi gibi.

Eser sözleşmesinde yüklenici sözleşme ile kararlaştırılan tüm vasıfları yerine getirmek zorundadır. Sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmeyen eserdeki eksiklikler, eserin değerini azaltabileceği gibi değiştiremeyebilir hatta arttıra da bilir. Eserin değeri artsa bile bu durumun ayıplı sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. Baskın olan görüşe göre, eserin daha değerli ve kullanıma elverişli olması veya sözleşmeye göre bulunması gereken bir vasfın eksik bulunması ve bu haliyle kararlaştırılan eserle aynı kullanıma elverişli olması eserin ayıplı sayılmasına engel teşkil etmez¹¹¹.

Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan niteliklere aykırılık eseri objektif olarak daha değerli ve daha kullanışlı kılsa dahi yüklenici sözleşmeye aykırı davranışından sorumlu tutulacağı (burada kural olarak onarım adı altında sözleşmeye uygun

¹⁰⁷ Şenocak, s. 94.

¹⁰⁸ Duman, a.g.e. s. 402.

¹⁰⁹ Şenocak, a.g.e. s. 94.

¹¹⁰ Şenocak, a.g.e. s.94.

¹¹¹ Burcuoğlu, Armağan, s.285. , Şenocak, s. 95-96

özelliklerin sağlanmasından ibaret bir talep söz konusu olabilecektir) gibi aynı zamanda da kararlaştırılan ücretten daha fazlasını isteyemez¹¹².

2.4.2. Zorunlu Niteliklerin Eksikliği

Nitelik kavramından, sadece şeyi diğer şeylerden ayırt eden doğal özellikleri değil, işlerde yaygın anlayışa göre o şeyle ilgili olan ve onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü iktisadi ve hukuki ilişkileri de anlamak gerekir¹¹³.

Önceden kararlaştırılmamasına rağmen dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun gereği olarak eserin, sözleşmeden beklenen menfaati gerçekleştirme bakımından kendisinden beklenen nitelikleri taşımaması durumunda zorunlu niteliklerin eksikliğinden söz edilir¹¹⁴.

Yüklenici bazı nitelikleri taahhüt etmemiş olsa da, eserin taşıyacağı nitelikler konusunda taraflar arasında yapılmış açık ya da zımni anlaşma bulunmasa da o eserde varsayılan kullanma amacına göre bir takım özelliklerin bulunması gerekir.

Eser, eser sözleşmesinden beklenen amacı sağlamaya elverişli olmalıdır¹¹⁵. İş sahibinin de açıkça ya da zımnen kararlaştırılan nitelikler yanında eser sözleşmesinin muhtevasına göre zorunlu olan bazı vasıfları beklemeye hakkı vardır¹¹⁶. Yüklenici farklı bir anlaşma yapmadıkça orta kalitede bir mal teslim etmekle yükümlüdür (TBK. m.70). Eserin normal yapısı onun çeşidine ve kullanım amacına göre belirlenir¹¹⁷. Teslim edilen eser nitelikleri itibariyle orta kalitenin altında bir eser ise, bu eser olması gereken normal vasıfları taşıyor demektir. Normal vasıfları taşımayan bir eser söz konusu olduğunda da iş sahibinin yükleniciyi vasıf eksikliğinden dolayı sorumlu tutması mümkündür.

¹¹² Senai Olgaç, Türk Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, c.2, 2. Baskı, Ankara, 1970, s.1086.

¹¹³ Şahiniz Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 45

¹¹⁴ Uçar, a.g.e. s.128.

¹¹⁵ Duman, a.g.e. s.403.

¹¹⁶ Şenocak, a.g.e. s. 97.

¹¹⁷ Uçar, a.g.e. s.129.

Yüklenici, eseri imal ederken sanatın gereklerine, işin yapıldığı sırada tekniğin bilinen kurallarına, sözleşme ile eklerine uymak zorundadır¹¹⁸.

Bazı ürünlerin bedelinden zımnen özel niteliklerin taahhüt edildiği anlamı çıkarılabilir. Örneğin, satın alınan bilgisayarın piyasada bulunan bilgisayarlara oranla üç misli fiyatının bulunması durumunda zımnen özel niteliklerinin olduğu anlamı çıkarılabilir. Bu gibi durumlarda özel nitelikler mevcut değilse ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilir.

2.5. Ayıp Sayılmayan Durumlar

2.5.1. Başka Bir Şey Teslimi (Aliud)

"Aliud", borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmesidir¹¹⁹. Yüklenici, iş sahibine kararlaştırılan eserden tamamen farklı bir şey imal edip teslim eder ise başka bir şey tesliminden (aliud) söz edilir. Bu durum ayıp sayılmaz. Şayet iş sahibi bu farklı şeyi bilerek teslim almışsa, bu ifa yerine edim(datio in solutum) veya ifa uğruna edim sayılabilir. Ancak, iş sahibi bu edimi bilmeden teslim almış ise veya edim zaten teslimsiz yerine getirilen bir şeyse (iş sahibinin arsasındaki yapı gibi); aliud ayıplı ifa değil hiç ifa etmeme sayılır. İş sahibi yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Fiilen teslim edilen şey üzerinde ise haksız zilyet olunur. Eğer birleşme karışma gibi bir yolla bu şeyin mülkiyetini iktisap etmişse, sebepsiz zenginleşme olur Zira başka bir şey teslim edilmesi durumunda bunun hükmü; borçlanılan edim bakımından hiç teslim yapılmamış sayılmasıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1992 yılında vermiş olduğu bir kararında kararlaştırılan ölçüden eksik şekilde teslim edilen bir işi, ayıp değil aliud olarak nitelendirmiştir¹²⁰. Bu ancak, eksikliğin o somut eser bakımından artık başka bir şey imali ve teslimi anlamına geliyorsa doğru olur.

¹¹⁸ Uçar, a.g.e. s.129.

¹¹⁹ Acemoğlu Kevork, "Aliud" ve Fedaral Mahkemenin "Aliud" Tutumu Üzerine, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:6, Sayı:9, 1972, s.19.

¹²⁰ "Olayda, davalı yüklenici, akdi yükümlülüğünü bilmesine rağmen eseri isteyerek ve kendi yararına noksan şekilde yerine getirmekle iyiniyetli sayılmayacak bir tutum izlemiştir. Davacıya ait bağımsız bölümün yüz ölçümü cm2 sine değin hesapla, işe başlamış, sonuçta ise 75.62m2 yerine 58 m2.'lik dükkan teslim edilmiştir. Bu haliyle de akdin ihlal edildiği ve gereği gibi yerine getirilmediği

Ayıplı ifa durumunda da aliud'da da ifa edilen edimin borçlanılana uygun bulunmadığı bir durum söz konusudur¹²¹, fakat aliud tesliminde sözleşme konusu şeyden farklı bir şey teslim edilmektedir. Bu durumda ayıplı ifa söz konusu olmadığından ayıba karşı tekeffülden doğan haklar ileri sürülemez, sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin hükümler (TBK. m.112 vd.) uygulanacaktır¹²² çünkü aliud tesliminde bir ifa yoktur¹²³. Ayıplı ifa durumunda ise taahhüt olunan şey teslim edilmektedir, fakat teslim edilen şey ayıplıdır ve sözleşmenin karşı tarafı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir.

2.5.2. Eksik İş

Eser sözleşmesinde yapımı kararlaştırılan bütün işlerin tamamlanmamış olması halinde eksik iş söz konusu olur¹²⁴.

Yüklenici, sözleşme ile yapmayı yüklediği şeyi kararlaştırılan niteliklerde ve olması gerekli niteliklerde yapmak zorundadır.

Eğer eserde ayıp varsa, yüklenici ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur, ayıp değil de eksik iş var ise bu kural olarak hiç ifa etmeme anlamına gelir ve yüklenici borçlu temerrüdü hükümlerine tabi olur¹²⁵. Ancak, yüklenicinin işin bir kısmını bitirmişken ölmesi veya kusuru olmaksızın işi bitirmesinin imkansızlaşması durumlarında TBK. 486 hükümleri yapılan kısmı kısmi ifa saymaktadır. Keza, 1984 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararından beri, iş sahibinin arsasında yapılan taşınmaz inşaatlarında, büyük kısmı bitmiş olarak yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine, yapılan kısım kısmi ifa olarak kabul edilmektedir. Bunlar istisnadır.

açıktır...". Y. HGK, 9.12.1992, E.1992/15-649, K. 1992/732, 29.01.2011
<www.kazanci.com/khoz/ibb/files/hgk/1992/15/649.htm>

¹²¹ Acemoğlu, a.g.e. s.19.

¹²² Canbolat, a.g.e. s.41.

¹²³ Acemoğlu, a.g.e. s.19.

¹²⁴ Şenocak, a.g.e. s.106.

¹²⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 167.

2.5.3. İşçi ve Malzeme Masraflarının Artması

Yüklenicinin özensizliği, sadece işçi ve malzeme masraflarını arttırmış eserin büyümesini etkilememişse ayıp söz konusu değildir, bu durum ücretin miktarını tespiti ile ilgili kurallar çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir sorundur¹²⁶.

2.5.4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi

Eserin teslim edildikten sonra kötüleşmesi halinde ayıptan söz edilmez. Eğer eserde teslim esnasında mevcut olan bir ayıp büyümüş veya ikici bir ayıba yol açmışsa, yüklenici artan bu ayıptan ve önceki ayıpla bağlantılı olan ikinci ayıplardan sorumludur¹²⁷.

Yüklenici, belirli yada belirsiz süre için eseri kontrol etme ve bakımını yapmaya ilişkin bir yan edim yükümü üstlenmiş ve bu yükümlülüğünü ihlal sonucunda eser kötüleştirmiş ise ayıplı ifaya ilişkin hükümlere değil, sözleşmenin ihlaline ilişkin hükümlere (TBK. m. 112 vd.) başvurulur¹²⁸.

2.4. Eseri Muayene Ve Ayıbı İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmiş Olması

2.4.1. İş Sahibinin Eseri Muayene Külfeti

Eserin iş sahibine teslim tarihi, eserin muayene edilmesi ve varsa kusurların yükleniciye bildirilmesi için başlangıç tarihi olarak kabul edilir. İş sahibinin içinde bulunduğu şartlara göre teslim edilen eseri incelemesi ve yükleniciyi bu durumdan haberdar etmesi dürüst davranmanın gereği olarak görülmüş ve yasada ayrıca düzenlenmiştir¹²⁹. Eseri bitirip iş sahibine teslim eden yüklenicinin menfaati, iş sahibinin eseri gözden geçirme ve kabulün bir an önce yapılmasıdır böylelikle yüklenici eserin hasarından kurtulur ve sorumsuz hale gelir¹³⁰.

İş sahibini TBK .m 475' de belirtilen seçimlik hakları kullanabilmesi için m. 474'e göre; iş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur

¹²⁶ Şenocak, a.g.e. s.106.

¹²⁷ Tandoğan, Borç İlişkileri, s. 166.

¹²⁸ Tandoğan, Borç İlişkileri, s.166; Şenocak, a.g.e. s. 107.

¹²⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.171.

¹³⁰ Olgaç Senai, İstisna Akdi, s.31

bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Burada iş sahibinin yerine getirmesi gereken muayene açık ayıplar içindir, kanunun koyucu iş sahibini gizli ayıpları ortaya çıkarmakla yükümlü kılmamıştır.

Muayene ve bildirim iş sahibinin borcu değildir, ayıba karşı tekeffülün hükümlerinden yararlanabilmesi için yerine getirilmesi gereken hukuki görevlerdir. Yani burada teknik anlamda bir borç değil ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan iş sahibinin yaralanabilmesi için bir şekil şartı ön görülmüştür¹³¹. Muayene ve ihbar yükümlülüğü birer ön koşuldur, iş sahibinin yerine getirmesi gereken külfetlerdir. Bu külfetlerin yerine getirilmemesi iş sahibinin yükleniciye karşı sorumlu olması sonucunu doğurmaz sadece iş sahibinin eseri ayıplı şekilde kabul ettiği varsayımına yol açar¹³². İş sahibinin eseri muayene edip ayıp varsa bu ayıp ya da ayıpları bildirmesi kendi menfaatinidir. Tespit edilen ayıpların bildirilmemesinin sonuçlarına iş sahibi katlanacaktır. 6080 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 477. maddesine göre eğer ki iş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal eder ise eseri kabul etmiş sayılır ve böylelikle yüklenicinin açık ayıplardan kaynaklanan sorumluluğu kesin olarak ortadan kalkacaktır. Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... her ne kadar hükme dayanarak yapılan bilirkişi raporunda davalının yapımını üstlendiği dekorasyon işinde mevcut kusurların gizli ayıp niteliğinde olduğu görülebilen ise de, raporda belirtilen nitelikleri itibariyle bu kusurların ilk bakışta görülebilen veya muayene ile anlaşılabilen neviden oldukları anlaşılmaktadır. O halde BK. m. 359-362. Madde hükümleri gereğince iş sahibi eseri muayene ettirip bu ayıpları derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Olayda teslim tarihine göre davacının 26.1.1987 tarihli ihbarı gecikmiş bir itiraz olduğundan, tespit edilen açık ayıplar nedeniyle davalıdan herhangi bir tazminat istenemez¹³³.

¹³¹ Edis Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963, s.75.

¹³² Canbolat, a.g.e. s. 83.

¹³³ Y. 15.HD., 20.03.1989, E.1988/2996, K.1989/1360 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

2.4.1.1. Muayene Tarzı

Eserin muayene edilmesi, öncelikle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları şekilde olur, eserin niteliği ve o konuda teamüller, muayenenin nasıl yapılacağı konusunda uyulması gereken kuralları belirleyebilir¹³⁴.

Sözleşme ve teamül gerektirmedikçe, iş sahibi muayeneyi bir uzmana yaptırmak zorunda değildir¹³⁵. TBK. m. 474/2'de belirtildiği üzere, taraflar isterlerse giderini karşılamak koşulu ile eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilirler. Bu şekilde yüklenici teslim ettiği eserde ayıp olmadığını tespit ettirebilir, iş sahibi de teslim aldığı eserde ayıpların olduğunu gösteren belgeyle yüklenicinin sorumluluğuna daha rahat gidebilecektir.

818 sayılı kanunda geçen " ehli hibre"nin, Yeni borçlar Kanunu'nda belirtilen bilirkişi teriminin, "resmen tayin edilmiş" bir bilirkişi olması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶. HMK'nun 266. maddesine göre, "Mahkeme, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasını karar verir." Bilirkişi incelemesine hakim kendiliğinden ya da taraflardan birinin isteği üzerine karar verir¹³⁷. Delil tespiti için mahkemeden, bilirkişi tayin edilmesini isteme imkanı bulunmaktadır.

HMK m. 400 vd. hükümlerine göre, delil tespiti istenebilmesi için, şimdiden tespit edilmemesi halinde ileride kaybolacağı veya ileri sürülmesinde çok güçlük çıkacağı muhtemel bir delilin varlığı gerekmektedir. Fakat, BK. m. 474/2 bu şart gerçekleşmeden de mahkemeden bilirkişi tayini istenmesini mümkün kılmaktadır¹³⁸.

Taraflar TBK. m. 474/2 hükmü çerçevesinde, resmi bilirkişiye başvurabilecekleri gibi, kendilerinin seçtikleri bilirkişiye de başvurabilirler. Resmi bilirkişiden aldıkları rapor, ileride mahkemede taraflar arasında yapılan yargılamada HMK'un aradığı niteliklere uygun rapor olacağından zaman kaybına yol

¹³⁴ Canbolat, a.g.e. s. 85.

¹³⁵ Şenocak, a.g.e. s. 120

¹³⁶ Seliçi, a.g.e. s. 148.

¹³⁷ Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2007, s. 496.

¹³⁸ Karahasan M. Reşit, İnşaat-İmar-İhale Hukuku, s. 137.

açmayacaktır. Kendi belirleyecekleri bilirkişiden aldıkları rapor ise mahkemede sadece bilgi verici nitelikte olacaktır.

İş sahibi tarafından tayin edilen özel bilirkişi, raporunu vermekte gecikir ise, iş sahibi muayene ve ihbar külfetini zamanında yerine getirmemesi nedeniyle ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının düşmesi tehlikesiyle karşılaşacaktır¹³⁹. İş sahibinin talebi üzerine mahkemece atanan bilirkişinin raporunu vermekte gecikmesi halinde, bilirkişinin raporu kısa sürede vermeye zorlanamayacağı da göz önüne alınarak bunun sorumluluğu iş sahibine yükletilemez¹⁴⁰. İş sahibinin, eserin muayenesi için resmi bilirkişiye başvurması durumunda, muayene süresi, muayene sonucunu içeren rapor gelinceye kadar dolmaz, raporun hazırlanmasında gecikme olursa iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları kayba uğramaz¹⁴¹.

2.4.1.2. Muayene Süresi

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından yararlanabilmesi için yerine getirmesi gereken külfetlerden biri olan muayene işlemini TBK. m. 474/1'de "... işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek..." şeklinde yerine getirmesi gerekir. Burada net olmayan şekilde belirtilen bir süre olduğu görülmektedir. İş sahibi eseri teslim aldıktan sonra ilk uygun zamanda muayeneye başlamalıdır. Muayenenin başladıktan sonra ne kadar süreceği de dürüstlük kuralına göre tespit edilir¹⁴².

Muayene süresi, eserin iş sahibine teslim edilmesi ile başlar. İş sahibinin teslimden önce ayıptan haberdar olduğu durumlarda ya da yapılan eseri muayene etme imkanı bulunduğu durumlarda teslim gerçekleşmeden muayene ve ihbar yükümü doğmayacaktır¹⁴³. Taraflar muayene süresini önceden kararlaştırmış olabilirler, fakat kararlaştırılan bu sürenin eserin niteliğine göre özenle yapılması gereken bir muayeneyi imkansız kılacak derecede kısa olmaması gerekmektedir. Eğer tarafların

¹³⁹ Canbolat, a.g.e. s.87.

¹⁴⁰ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 115.

¹⁴¹ Becker H., Eser(İstisna) Sözleşmesi II, Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 4, Ekim, 1983, s. 540, Şenocak, s. 120-121.

¹⁴² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 172.

¹⁴³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.171-172.

anlaşması özenle yapılacak bir muayene için kısa bir süre ise bu sürenin yerini işlerin olağan akışına göre gerekli olan süreler alacaktır¹⁴⁴.

Muayene süresinin belirlenmesinde, imal edilen eserin mahiyetine göre onu gözden geçirmek için yapılacak işler göz önünde bulundurulur¹⁴⁵. Örneğin, yeni inşa edilen bir binanın sıcaklığa karşı yeterli derecede yalıtım yapıldığı anlamak için dışarıdaki sıcaklığın yükselmesini beklemek gerekir. İş sahibinin şahsına ait engeller muayene süresinin uzatılması için ya da muayene süresinin işlememesi için önem arz etmez¹⁴⁶. Şayet iş sahibinin muayeneye başlayamamasını haklı gösterecek bir sebebi varsa ve gecikme dürüstlük kuralına aykırı olmayacaksa, çok geç olmayacak bir zaman sonra muayene yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Eserdeki ayıpların anlaşılabilmesi için eserin birden çok kere denemesi gerekli ise iş sahibine bunun için gerekli zaman bırakılmalıdır¹⁴⁸. Örneğin, bir buhar kazanının muayenesinde olduğu gibi.

Özellikle iş sahibinin tacir olmadığı veya yeterli deneyime sahip olmadığı durumlarda muayene süresinin tespitinde mümkün olduğu kadar esnek olunmalıdır¹⁴⁹.

Muayene süresinin belirlenmesinde, eserin niteliği, ayıbın özellikleri, iş sahibinin muayene yapma konusunda sahip olduğu mesleki bilgi ve tecrübesi yanında tarafların menfaatleri de etkili olacaktır¹⁵⁰.

TBK. m. 474'de iş sahibinin eseri gözden geçirmesi ve ayıpları varsa bunları yükleniciye bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada iş sahibinin gözden geçirip ihbar edebileceği ayıplar, gözle görülebilen ve basit bir muayene ile anlaşılabilen

¹⁴⁴ Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 2. Bası, Beta Yayınları, 1993, İstanbul, s. 81.

¹⁴⁵ Olgaç, a.g.e. s.32.

¹⁴⁶ Tandoğan, Armağan, a.g.e. s. 178.

¹⁴⁷ Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara, 1985, s.356.

¹⁴⁸ Uçar, s. 143, Becker, s. 537.

¹⁴⁹ Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 369.

¹⁵⁰ Canbolat, a.g.e. s. 89.

açık ayıplardır. Kanun koyucu, eser sözleşmesinde, iş sahibine, teslim aldığı eserde gizli ayıpları ortaya çıkarma külfeti yüklememiştir¹⁵¹.

Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından iş sahibinin muayene külfeti bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından kasten gizlenen, muayene ile anlaşılacak ayıplar için gizli ayıp niteliğinde olmasalar bile muayene ve ihbar külfeti bulunmamaktadır.

2.4.2. İş Sahibinin Ayıbı İhbar Külfeti

2.4.2.1. İhbarın Şekli, İçeriği ve İspatı

İş sahibinin ayıpları ihbar edebilmesi için öncelikle muayene yapması gerekir; muayene ihbarın ön şartıdır.

İş sahibi, yapmış olduğu muayene sonucu ya da çok açık olduğu için muayene yapmasına gerek kalmadan tespit ettiği ayıpları, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmek için zamanında yükleniciye bildirmelidir. İş sahibi ayıpları bildirmediği takdirde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybederi iş sahibinin ihbar külfeti açık ayıpların yanında gizli ayıplar için de geçerlidir.

Ayıpların ihbarı için kanunda özel bir şekil öngörülmemiştir¹⁵². Aksi kararlaştırılmadıkça, ayıp ihbarı yazılı ya da sözlü yapılabileceği gibi mahkeme aracılığıyla da yapılabilir¹⁵³. Bildirimin yazılı ve ya mahkeme aracılığıyla yapılması ispat açısından önem taşır. İş sahibinin ayıbı bildirmesi yeterlidir, iş sahibi bildirim yükümünü yerine getirdikten sonra hangi hakları kullanacağını zamanaşımı süresi sonuna kadar bildirebilir¹⁵⁴.

İş sahibi TBK. m. 474/2'ye dayanarak eserin resmi bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini istemişse, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin hazırladığı

¹⁵¹ Uçar, a.g.e. s. 149.

¹⁵² Uçar, a.g.e. s.153, Becker, a.g.e. s. 539.

¹⁵³ Uçar, a.g.e. s.153.

¹⁵⁴ Öz, a.g.e. s. 174.

raporun yükleniciye tebliğ edilmesi ve ya eserin ayıplı olması nedeniyle açılan davanın yükleniciye bildirilmesi ayıp ihbarı olarak kabul edilecektir¹⁵⁵.

TBK m. 477/3'ye göre gizli ayıplar ortaya çıkar çıkmaz vakit kaybetmeden yükleniciye bildirilmelidir.

İhbar, yüklenicinin muayeneyi bizzat yapabilmesi ve gereken tedbirleri alabilmesi için onu ayıbın türü ve kapsamı hakkında bilgi sahibi kılacak içeriğe sahip olmalıdır¹⁵⁶.

İş sahibinin eserden memnun kalmadığına dair genel nitelikteki açıklamaları, eseri sözleşmeye aykırı ya da ayıplı bulduğunu ifade ederek eseri geri çevirmesi yeterli değildir¹⁵⁷. İhbarın usulüne uygun olabilmesi için, iş sahibinin eserde tespit ettiği tüm ayıpları türü ve kapsamını içerecek şekilde yükleniciye bildirmesi gerekir¹⁵⁸. Yüklenici, iş sahibinin kendine yaptığı ihtarından, ayıbın özelliklerini, kapsamını anlayabilmelidir¹⁵⁹.

Ayıp ihbarının süresinde yapılmadığına dair ispat yükü yükleniciye aittir¹⁶⁰. Yüklenici ayıpların geç bildirildiğini iddia ederse, bildirim vaktinde yapıldığının ispat yükü iş sahibine aittir¹⁶¹.

2.4.2.2. İhbarın Süresi

TBK. m. 477 f. 2'ye göre; "İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır", bunun sonucu olarak yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Fakat iş sahibinin muayene ile ayıpları tespit ettikten sonra ne kadar süre içinde bu ayıpları yükleniciye bildirmesi gerektiği Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Satım sözleşmesinde ayıp ihbarının başlangıç süresi ayıpların bilindiği andır yani ayıplar derhal ihbar edilmelidir¹⁶².

¹⁵⁵ Seliçi, a.g.e. s. 151.

¹⁵⁶ Şenocak, a.g.e. s. 126.

¹⁵⁷ Seliçi, a.g.e. s. 152, Şenocak, a.g.e. s. 126.

¹⁵⁸ Şenocak, a.g.e. s. 126.

¹⁵⁹ Yavuz Nihat, a.g.e. s. 106.

¹⁶⁰ Şenocak, a.g.e. s. 129.

¹⁶¹ Uçar, a.g.e. s. 154.

¹⁶² Edis, a.g.e. s. 88.

TBK. m. 477 f. 3 eserdeki ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde iş sahibinin "gecikmeksizin" durumu yükleniciye bildirmesi zorunlu kılınmıştır, gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesine ilişkin bu hüküm açık ayıplar hakkında da kullanılır. Ayıpların hemen bildirilmesi, yüklenicinin durumunu ayarlayabilmesi ve menfaatleri için gereklidir¹⁶³.

Yapılan muayene sonucu ortaya çıkan ayıplar muayenenin bitiminden hemen sonra hatta dürüstlük kuralı gerektiriyorsa muayene süresi bitmeden yükleniciye bildirilmelidir¹⁶⁴.

Eserdeki ayıp, açık ya da gizli olsun, yüklenici tarafından biliniyorsa ayıp bildiriminde bulunmanın bir anlamı yoktur, böyle bir durumda yüklenici bu durumu iş sahibinden saklamaktadır, iş sahibi herhangi bir bildirimde bulunmak zorunda kalmaksızın ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir¹⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki, eserdeki ayıbın iş sahibine isnat edilememesi gerekmektedir. Eserdeki ayıp yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmış ise iş sahibi kendisine tanınan seçimlik haklardan yararlanabilir (ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini talebi hariç). Fakat, eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibi neden olmuş ise, iş sahibi ayıplı ifadan doğan haklarını kullanamaz. TBK. m. 476'da bu şart belirtilmiştir, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenecek olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz". Eserin ayıplı olmasına iş sahibi sebep olmuşsa ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamaz. Eserdeki ayıp, iş sahibinin verdiği yanlış talimattan veya iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin bozuk olmasından kaynaklanıyorsa iş sahibi eserdeki ayıptan sorumludur¹⁶⁶.

¹⁶³ Şenocak, a.g.e. s. 122.

¹⁶⁴ Seliçi, a.g.e. s. 153.

¹⁶⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 175.

¹⁶⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170.

3. İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

3.1. Genel Olarak

TBK. m. 475'e göre, " Eserdeki ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz".

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde eseri kabulden imtina etmek olarak belirtilen seçimlik hak, Yeni Borçlar Kanunu'nda "sözleşmeden dönme" şeklinde düzeltilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, kendisine ayıplı bir eser teslim edilen iş sahibi, seçimlik haklarını kullanabilmesi için, bu haklarını kullanabilmesi için gereken şartları yerine getirmelidir.

İş sahibi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı olmaksızın yapılan ayıpların önemine göre, onarım, ücretten indirim, sözleşmeden dönme hakları arasında bir seçim yapabilir. İş sahibi bu seçimlik haklarının yanında yüklenicinin kusurlu olması şartıyla, ayıbın önemine bağlı olmaksızın ayıp sonucu uğradığı zararların tazminini de talep edebilir¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Uçar, a.g.e. s. 165.

Bu haklar ayıp nedeniyle sadece iş sahibinin kullanabileceği haklardır¹⁶⁸. İş sahibi gerekli şartlar gerçekleştiğinde kanunun 475. Maddesinde belirtilen bu seçimlik haklardan kural olarak istediğini seçerek kullanabilecektir. İş sahibi eseri muayene edip eserdeki ayıbı yükleniciye ihbar ettikten sonra vakit geçirmeden hangi seçimlik hakka başvuracağına karar vererek, hakkını kullanmalıdır¹⁶⁹.

Taraflar, seçimlik hakların kullanılmasını yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlayabilirler¹⁷⁰.

Ayıbı takip eden tazminat talebi, seçilen diğer imkanlarla birlikte ileri sürülebilir¹⁷¹. Bu tazminat talebi yüklenicinin kusuruna dayanmaktadır ve kusura dayanan bu tazminat talebinin amacı, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına rağmen, eserin neden olduğu zarar tamamen giderilememiş ise kusurlu olan yüklenicinin zarara katlanması sağlamaktır¹⁷². Fakat burada da TBK. m. 112 paralelliğinde yükleniciye kusursuzluğunu ispat külfeti yüklenecek, bunu yapmasına kadar kusur karinesi bulunacaktır. Yüklenici ya da hakim, iş sahibinin seçimlik haklarını sınırlayamaz¹⁷³. Bu hakların kullanılması, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı tutulmamıştır, eserin ayıplı olması seçimlik haklarının kullanılması için yeterlidir. Eserin ayıplı olduğunun ispat yükü iş sahibine aittir¹⁷⁴.

3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı

3.2.1. Hukuki Niteliği

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, varması gerekli irade beyanı ile kullanılan yenilik doğurucu bir haktır¹⁷⁵. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin kurulduğu andaki durumu yeniden sağlamayı amaçlar, sözleşme hiç kurulmamış gibi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹⁷⁶. Sözleşmenin feshi ise ileriye etkilidir, sözleşmenin fesih edildiği anda, sözleşme süresince yapılan edimler geçerliliğini

¹⁶⁸ Seliçi, a.g.e. s. 156.

¹⁶⁹ Seliçi, a.g.e. s. 160.

¹⁷⁰ Seliçi, a.g.e. s. 160.

¹⁷¹ Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 371.

¹⁷² Canbolat, a.g.e. s. 98. , Seliçi, a.g.e. s. 157.

¹⁷³ Becker, Sayı 4, s. 540.

¹⁷⁴ Seliçi, a.g.e. s. 157.

¹⁷⁵ Seliçi, a.g.e. s. 160. , Yavuz, Özel Hükümler, s. 345, Başara, a.g.e. s. 160.

¹⁷⁶ Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975 (Bundan sonra "Serozan, Sözleşmeden Dönme" şeklinde anılacaktır.), s. 63.

korur. Eser sözleşmesi kural olarak ani edimli sayıldığından, burada geçmişe etkili dönme hakkı söz konusu olacaktır.

Hakkın kullanılması kural olarak herhangi bir şekilde bağlanmamıştır, sözlü ya da yazılı şekilde kullanılabilir, yazılı olması ispat açısından kolaylık sağlar. Dönme beyanı açık olabileceği gibi zımni de olabilir; iş sahibinin, yükleniciden eserin kullanılmasına yarayan nesnelere geri vermesi gibi, örneğin; inşa edilen evin anahtarı veya iş sahibinin eserin kullanılmaması olduğunu belirterek eseri geri yollaması. Sözleşmeden dönme beyanı yükleniciye varmakla hüküm doğurur, yüklenicinin kabul etmesi ya da onay vermesi gerekmez¹⁷⁷.

TTK. m. 18/3 hükmü, tacirler için özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre; " Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fasih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır" hükmü yer almaktadır. Her iki tarafın tacir olduğu eser sözleşmelerinde, taraflar arasındaki ilişki ticari ise, iş sahibinin dönme hakkının geçerli olabilmesi için beyanın noter aracılığıyla ya da iadeli taahhütlü mektupla yapılması şarttır¹⁷⁸.

3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Şartları

Kanun koyucu iş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için TBK. m. 475'de sınırlama yapmıştır¹⁷⁹, eserin iş sahibi için kullanılmayacak ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı¹⁸⁰ olması gerekir ki iş sahibi

¹⁷⁷ Seliçi, a.g.e. s. 161.

¹⁷⁸ Burcuoğlu, Armağan, a.g.e. s. 289-290.

¹⁷⁹ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Makinedeki bu bozukluğun sorumluluğu onu imal eden davalıya aittir. Ne var ki rapordan ve mahkemece yapılan sair soruşturmadan soğutma sistemindeki yetersizliğin makineyi kabulden imtina etmeyi haklı kılacak önemde olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Davacının sözleşmeyi feshedebilmesi için, soğutma sistemindeki ayıp dolayısıyla makine kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği durumda olmalıdır. Soğutma sisteminin onarılması ve değiştirilmesi mümkün olup bu suretle makinenin kabulü gerekiyorsa davacı makinedeki değer noksanı kadar fiyatı indirebilir. Ayrıca her iki halde davacı davalının kusuru varsa uğradığı zararın giderilmesini de talep hakkına sahiptir...". Y. 15.H.D., 7.10.1977, E.1204, K. 1833 sayılı kararı, YKD. 1978, s. 989-990.

¹⁸⁰ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Borçlar Yasasının 360/1. Maddesi uyarınca yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. İş sahibinin yasanın bu hükmünden yararlanabilmesi için teslim edilen eserin benzeri imalatlarda bulunan değer ve kalitede olmaması, bu yüzden de iş sahibinin eserden beklediği amacı karşılamaması gerekir, eseri kabulden kaçınma hakkı, eseri teslim almadan kaçınma olarak kullanılabilir gibi şayet, ayıplar teslimden sonra kullanmayla ortaya çıkıyorsa zamanaşımı süresinde bunların öğrenilmesiyle de

sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Sözleşmeden dönme hakkı yüklenici için ağır sonuçlar doğurduğundan sınırlandırılmıştır. Yüklenici eseri iş sahibinin istek ve ihtiyaçları doğrultusunda oluşturduğu için dönme sonucunda yüklenicinin bu eseri başkasına devretmesi ya da satması sorun yaratabilir.

İş sahibinin eseri yükleniciye yaptırmasındaki amaca ulaşması önemli ölçüde güçleştiği durumlarda, iş sahibinin eseri kabul etmesi beklenemez¹⁸¹. Örneğin, un değirmeninin istenilen amaca uygun un öğütmemesi, bir buhar kazanının garanti edilmiş su gereksiniminin çok üstünde su harcaması, sipariş edilen ayakkabının ayağa dar gelmesi, elbisenin boyunun istenilen uzunluktan kısa olması böyledir.

Eğer bozukluk düzeltilebilir nitelikteyse, eserin yalnız bir kısmı kullanılamaz olmakla birlikte kullanılmayan kısım düzeltilebiliyorsa kullanılmazlıktan söz edilemez ve buna bağlı olarak sözleşmeden dönme hakkı kullanılmaz¹⁸².

Sözleşmedeki ayıp bu derece önemli değilse iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz, iş sahibi diğer seçimlik haklarından birini seçebilir¹⁸³.

TBK. m. 475/1 "... ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, ..." hükmü getirilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere eğer eser, tarafların kararlaştırdıkları belli nitelikleri taşımaz ise iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 360 ifadesine göre, iş sahibi sözleşme yapılırken önemsiz olarak gözüken bir ayrıntıyı bile belirtmiş ise eserin, iş sahibinin belirttiği bu ayrıntıya uyulmadan yapılması halinde iş sahibi

kullanılabilir. İş sahibinin sözleşmenin feshi hakkını kullanması ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa bunların iadesi istenebilir (BK. m. 108/1). Açıklanan olgular göz önünde bulundurularak somut olaya dönülürse; davacı yanın talebi halinin imal edilerek davalıya teslim edilmesine rağmen, malın ayıplı olduğundan bahisle bakiye borcun ödenmemesi nedeniyle alacağın tahsili için... Yapılan bilirkişi incelmeleri sonucunda üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen raporda halinin kullanılmayacak kadar hatalı olmadığı, ayıplar sebebiyle bedelden %20 oranında düşülmesinin gerekli olduğu... tespit edilmiştir. Şu halde eser benzeri imalatlarda bulunan değer ve kalitede değildir. Bedeli istenen iş özel imalattır. İş sahibinin eserden beklediği amacı karşılamamaktadır. %20 değer indirimi bu nitelikteki imalat için eserin reddini gerektirir. Eserin reddini gerektiren nedenler ortaya çıktığına göre yüklenici olan davacı eserin bedelini isteyemez. İş sahibi olan davalı sözleşmenin feshini ve eser bedeli olarak ödediğinin iadesini isteyebilir...". Y. 15. H.D., 25.02.2004, E.2003/4063, K.2004/998 sayılı kararı, 03.03.2011 <www.kazanci.com/khoz/ibb/files/15hd-2003-4063.htm>

¹⁸¹ Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:4, Beta Yayınları, 1992, s. 980.

¹⁸² Karahasan, a.g.e. s. 981.

¹⁸³ Seliçi, a.g.e. s.157.

sözleşmeden dönebilecek idi Fakat o zaman dahi iş sahibinin bu durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanması hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun bulunmamaktaydı¹⁸⁴. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun m.475/f.1 hükmü "aynı ölçüde..." ibaresini eklediği için, artık tartışmasız şekilde böyle bir durumda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için sözleşmede belirtilen bir hususun bulunmamasının da, eserin değerini önemli derece ortadan kaldırması gerekecektir.

Eserdeki ayıp, iş sahibinden kabulü beklenemeyecek nitelikte bir ayıp olabilir ve bu halde de iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. İş sahibi, onarım hakkını kullanarak eserdeki ayıbın yok edilmesi imkanı olsa bile, iş sahibinden bu onarı kabul etmesi beklenemeyecekse, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir¹⁸⁵. Buradaki ayıbın iş sahibi tarafından kabul edilebilir nitelikte olup olmadığını hakim takdir edecektir¹⁸⁶. Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini ödemektir. Eser, yüklenicinin sermayesi, sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur. İş sahibi, ismarladığı eserin belli nitelikler taşımasını, amacını karşılmasını arzu eder. Şayet ismarlanan eser iş sahibinin beklentisini karşılamıyorsa sözleşmenin yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eser, fen ve sanat kurallarına uygun ve iş sahibinin amacını karşılar nitelikte imal edilmelidir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar. Bir tanımlama yapmak gerekir ise; yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak, meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Bu gibi durumlarda, eserde dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken niteliklerin yokluğu söz konusudur. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan iş sahibinin hakları BK. madde 360'da gösterilmiştir. Bunlar, ayıbın ağırlığına göre, eserdeki ayıpların giderilmesini talep, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim istemek ve eseri kabulden kaçınmaktır. BK. 360/1. Maddesi uyarınca "Yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule

¹⁸⁴ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 109.

¹⁸⁵ Canbolat, a.g.e. s. 108-109.

¹⁸⁶ Aral, Özel Borç ilişkileri, s.84, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 107.

icbar edemeyeceği derecede kusurlu ve mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir". İş sahibinin yasanın bu hükmünden yararlanabilmesi için teslim edilen eserin benzeri imalatlarda bulunan değer ve kalitede olmaması, bu yüzden de iş sahibinin eserden beklediği amacı karşılamaması gerekir. Eseri kabulden kaçınma hakkı (sözleşmeden dönme), eseri teslim almadan kaçınma şeklinde olabileceği gibi şayet, ayıplar teslimden sonra kullanmayla ortaya çıkıyorsa zamanaşımı süresinde bunların öğrenilmesiyle de kullanılabilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile geriye etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar dönmeden önce edimde bulunmuşlarsa bunların iadesi istenebilir. Bu açıklamalar ışığında somut olaya dönülürse; Davacı vekilinin 11.4.2003 günlü dilekçesinde açıklamaya göre, istem; sözleşmeden dönme ve menfi zararların iadesinden ibarettir. Talimat yazılmak suretiyle yerinde yapılan inceleme sonucu 1.7.2002 günlü bilirkişi raporunda, eserdeki ayıplar mevcut asansörlü vitrin kasasının çalışmasında anormallik ve tehlikeler olduğu, çalışılabilir hale getirilebilmesinin dizayn durumuna göre olanaklı bulunmadığı saptanmıştır. Şu halde eser benzeri imalatlarda bulunan değer ve kalitede değildir. Bu yüzden de, iş sahibinin eserden beklediği amacı karşılamamaktadır. Eserin reddini gerektiren nedenler ortaya çıktığına göre, iş sahibi olan davacı sözleşmeden dönülmesini ve eser bedeli olarak ödediğinin iadesini isteyebilir. Dava, davacının iş yerindeki mevcut sistem söküldüğünde hurdasının veya hurda bedelinin davalıya iadesi koşulu ve birlikte ifa yoluyla kabul edilmelidir..."¹⁸⁷.

Yargıtay başka bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur; "...Davacı- karşı davalının temyiz itirazları yönünden; iş sahibinin ısmarladığı eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen esrin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan teslim edilecek eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya var olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. İş sahibi yararına yapılan eser sözleşmesi ile sonuçta ortaya çıkan eser, iş sahibinin amacını karşılamamaktadır. Eğer eser iş sahibinin amaçladığı hizmeti

¹⁸⁷ Y. 15. Hd., 28.1.2004, E.2003/3442, K.2004/446 sayılı kararı, 05.03.2011 <www.kazanci.com/khoz/ibb/files/15hd-2003-3442.htm>

vermiyor ise, kural olarak ayıplı olduğu kabul edilir. BK 'nun 360/1. maddesinde " Yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir..." hükmü getirilmiştir. Yapılan iş, bohçalama izolasyon işidir. Alınan bilirkişi asıl ve ek raporlarında, kontrol ve denetime önem vermemesinden dolayı, imaların bir çok kusur ve hataları beraberinde taşıdığı izolasyon imalatının kısım kısım bazı yerlerden su sızdırdığı, evsafına uygun tecrit sisteminin oluşturulmadığı, bohçalama ve izolasyon imalatını yapan yüklenicinin kusur ve hatasından dolayı binanın su sızıntılarından bu haliyle kurtulmasının mümkün olmayacağı, eserin kabule icbar edilemeyeceği açıklanmıştır. O halde, ortaya çıkarılan eserin amacına uygun olduğundan söz edilemez. Bu durumda iş sahibi, BK. m. 360/1. Maddesi gereğince eseri reddetmekte ve ödediğini geri istemekte haklıdır. BK. m. 360/2. Maddesi hükmü, eserdeki ayıbın, iş sahibinin eseri kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmaması haline münhasır olduğundan, mahkemece bedelden indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş olması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir..."¹⁸⁸.

Ard arda eser teslimi sözleşmesinde, sadece bir ya da birkaç eser bozuk ise iş sahibi bozuk olan kısımlar için sözleşmeden dönebilir, eğer teslim edilen parça ya da parçalardan diğerlerinin de bozuk olacağı anlaşılıyorsa iş sahibi bu halde henüz teslim edilmemiş kısımlar için de sözleşmeden dönebilir¹⁸⁹.

Eserde birden fazla ayıp olduğu ve bu ayıpların tek başına iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına imkan sağlamadığı durumlarda, eserdeki ayıpların tümü göz önünde bulundurulup değerlendirme yapılmalıdır ve eser bütün ayıplar değerlendirildiğinde iş sahibinden kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı bulunursa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi gerekir¹⁹⁰.

İş sahibinin yükleniciye ileri sürdüğü ayıp, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını sağlayacak nitelikte bir ayıp olmasa da iş sahibi yapmış olduğu

¹⁸⁸ Y. 15.HD., 2.11.2006, E. 2005/5224, K.2006/6181 sayılı kararı, 24.03.2011 <www.kazanci.com/khoz/ibb/files/15hd-2003-5224.htm>

¹⁸⁹ Karahasan, a.g.e. s. 981.

¹⁹⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 182, Canbolat, a.g.e. s. 112.

bu bildirimden sonra başkaca sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ayıplar tespit ederse, dönme beyanını ayakta tutabilir¹⁹¹.

İş sahibinin, kendisinden kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı eser karşısında bulunup bulunmadığı, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, tarafların karşılıklı menfaatleri karşılaştırılarak belirlenir¹⁹². Yargıtay bir kararında; "kapılı-cam camekanlı doğramanın yerine monte edilebilmesi için davacıya ait dairedeki bir kısım duvarın yıkılması ve kalorifer tesisatındaki elemanların iptal edilmesi gerekeceği bilirkişi raporu ile sabittir. Bu haliyle davacının eseri zarara uğramadan kullanamayacağı anlaşıldığından iş sahibinin eseri kabulden kaçınması haklıdır" sonucuna varmıştır¹⁹³.

Eserin ayıplı olması durumunda, bedelden indirim ve onarım haklarının iş sahibinin zararını tazmin etmeye yeterli olup olmayacağı ya da sözleşmeden dönmenin yükleniciye vereceği zararlar iş sahibine sağlayacağı yarar arasında aşırı dengesizliğin olup bulunmadığı yahut ayıbın giderilmesi için gerekli zaman ve masraflar göz önünde bulundurulur¹⁹⁴. YHGK, davacı, ölü babasının resminden belirli ebatlarda bir tablo yapılmak üzere davalı ile anlaşmış fakat, teslim edilen tablonun babasının resmine benzememesi nedeniyle kabulün mümkün olmadığı gerekçesiyle açtığı davada fotoğraftaki kişi ile tablodaki kişinin bariz şekilde farklı olduğu, bu sebeple davacı tarafından kabulün mümkün olmayacağı yönünde karar verilmiştir¹⁹⁵.

Eserdeki ayıbın, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek derecede önemli olduğu durumlarda iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanma mecburiyetinde değildir, eserde önemli bir bozukluğun bulunduğu hallerde de diğer seçimlik haklarını kullanabilir¹⁹⁶.

¹⁹¹ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 116, Tandoğan, Özel Borç ilişkileri, s.182, Canbolat, a.g.e. s. 112.

¹⁹² Yavuz, Özel Hükümler, s. 345, Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 371.

¹⁹³ Y. 15. HD, E.2003/3270, K.2004/641 ve E.2001/759, K.2001/1654, 24.03.2011 <www.kazancı.com/khoz/ibb/files/15hd-2003-3270.htm>

¹⁹⁴ Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 371-372.

¹⁹⁵ YHGK, E.1998/15-585, K.1998/607.

¹⁹⁶ Seliçi, a.g.e. s.158.

Yenilik doğurucu haklar bir kez kullanıldıktan sonra geri alınmazlar¹⁹⁷. Eserdeki ayıbın iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde (önemli) ayıplı olmasına rağmen, iş sahibi sözleşmeden dönme yerine bedel indirimi hakkını seçtiyse artık seçtiği bu haktan vazgeçip diğer seçimlik haklarına başvuramaz, sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak olduğundan geri alınması mümkün değildir. İş sahibi seçmiş olduğu seçimlik hakkı yükleniciyle karşı karşıya bulunduğu anda değil de aralarında mesafe bulunduğu durumlarda mektup ya da telgraf gibi yollarla bildirdiğinde, iş sahibinin bildiri henüz yükleniciye ulaşmadan, iş sahibi kullanmış olduğu seçimlik haktan vazgeçip başka bir seçimlik hakkı kullanabilir. Hukuki sonuç seçim hakkının belirtildiği beyanın yükleniciye varması ile doğar¹⁹⁸.

Fakat şartları gerçekleşmemiş seçimlik hakkı kullanma hukuki sonuç doğurmayacağından, hatasını kabul eden iş sahibinin başka bir seçimlik hakkını kullanması geçerlidir. Örneğin, yeterli ağırlıkta olmayan bir ayıp için sözleşmeden dönme bildiriminde bulunan iş sahibi sonradan bedel indirimi istemişse, bedel indirimi beyanı hukuki sonuç doğurur.

İş sahibinin kullandığı seçimlik haktan vazgeçebilmesinin diğer yolu ise, yüklenicinin muvafakat etmesidir, yüklenici, kendi menfaatine zarar vermediğini düşünüp iş sahibinin kullandığı seçimlik haktan vazgeçip başka bir seçimlik hakkı kullanmasına müsaade ederse iş sahibi kullanmış olduğu seçimlik hakkı değiştirebilir¹⁹⁹.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için eserdeki kullanılamazlığın giderilebilir olmaması gerekmektedir. Eserdeki ayıbın giderilebilmesi mümkün ve iş sahibinin buna katlanması kabul edilebilir ise sözleşmeden dönme hakkı değil, onarım hakkı seçilmelidir.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı TBK. 475. maddenin son fıkrasında başka bir sınırlamaya tabi tutulmuştur, anılan maddeye göre, eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ise ve sökülüp kaldırılması aşırı zarara sebep olacaksa, iş sahibi

¹⁹⁷ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 50.

¹⁹⁸ Seliçi, a.g.e. s.158.

¹⁹⁹ Seliçi, a.g.e. s.159.

sözleşmeden dönme hakkını kullanmaz, iş sahibi ancak ücret indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarından birini kullanabilir. Eserin kaldırılmasının aşırı zarara sebep olup olmayacağı somut olayın koşulları ve eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymet ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü göz önünde tutularak belirlenecektir²⁰⁰. Bu hükmün getirilmesinin amacı, ekonomik olarak değerli olan malların ve imal edilmiş olan bir değer korunması olduğu söylenebilir²⁰¹.

Eserin kaldırılmasının yüklenici için aşırı zarara yol açıp açmayacağı hakim tarafından belirlenecektir²⁰². Hakim bu belirlemeyi yaparken yukarıda belirttiğimiz üzere somut olayın özellikleri ve eserin arsaya bağlı arz ettiği kıymet ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde bulunduracaktır²⁰³.

Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Olayda müteahhit akdi borcunu yerine getirmeyip inşaatı yarım bırakmakla temerrüde düşmüştür. Davacı yarım kaldığının tespiti için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, sözleşmenin 8. Maddesinde sözleşme hükümlerini yerine getirmeme halinde, müsbet ve menfi zararların tazmini öngörüldüğünden fesih isteğini reddetmiştir. Taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmenin 8. Maddesi yasal şartların gerçekleşmesi halinde tarafların fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Davacının iddiası davalının inşaat tamamlamadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüt nedeniyle davacının haklı olup olmadığı BK. 360. Maddesinin olaya uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı hangi oranda yerine getirmiş olduğunun belirlenmesi gerekir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı veya nispet kaidelerine göre kabulü icbar edemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değil ise veya aykırılık kabulden çekinmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan yapılmış bir inşaatın refi ve kal'i aşırı zarara neden olacak ise sözleşmenin feshi yerine davacıya verilecek dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi

²⁰⁰ Burcuoğlu, Armağan, s. 291.

²⁰¹ Seliçi, a.g.e. s. 163, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 126, Yavuz Nihat, a.g.e. s. 128.

²⁰² Şenocak, a.g.e. s. 53, Yavuz Nihat, a.g.e. s. 128.

²⁰³ Yavuz Nihat, a.g.e. s. 128.

gerekir. Ancak, yapılacak inşaat türü, miktarı ve değeri itibariyle kaldırılması davalıya aşırı zarar vermeyecekse sözleşmenin feshi gerekir...²⁰⁴.

3.2.3. Hukuki Sonuçları

Sözleşmeden dönme neticesinde, sözleşme hiç kurulmamış sayılacağından tarafların henüz yerine getirmedikleri edimleri ifa borçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, yerine getirilmiş edimlerin ise iadesi gerekir²⁰⁵, iade yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraftan kural olarak TBK. m. 77vd. hükümleri uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak edimin geri iadesi istenebilir. Şayet verilen şeylerin mülkiyeti karşı tarafa geçmemişse, istihkak davasıyla geri istenebileceğini savunanlar da vardır²⁰⁶. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. İş sahibinin eserin teslimine, yüklenicinin bedele ilişkin alacağı sona erer, daha önce ifa edilmiş edimler söz konusu ise bu edimlerin iadesi gerekir. Yüklenici kendisine ödenmiş ise ödenen bedeli, iş sahibi de kendisine teslim edilen eseri iade ile yükümlü olur. Sözleşmeden dönmenin hüküm doğurabilmesi için yüklenicinin herhangi kabul veya onayına gerek yoktur. Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olduğu için, iş sahibi bu hakkını kullanması ile sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları doğacaktır.

Yüklenicinin, eserin imal ederken kullandığı malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi, iş sahibinin dönme hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanınca eser malzemeyle birlikte yüklenicide kalacağından yüklenicinin, malzemenin bedelini iş sahibine vermesi gerekecektir. Eserde kullanılan malzeme, eserdeki ayıp nedeniyle kötüleşirse iş sahibinin malzemenin bedeline ilişkin tazmin hakkının sınırı daralacaktır²⁰⁷.

İş sahibi, eser kendisinde bulunduğu sürece eserden bir fayda sağlamış ise bu faydayı da yükleniciye vermelidir.

Yüklenici ve iş sahibi iade yükümlülüklerini aynı anda yerine getirebilirler²⁰⁸.

²⁰⁴ Y. 15.HD., 8.4.1977, E.470, K.837 YKD. 1977, s. 393.

²⁰⁵ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 63.

²⁰⁶ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 231vd.

²⁰⁷ Şenocak, a.g.e. s.54.

²⁰⁸ Aral, a.g.e. s. 372.

Eser sözleşmesinin bir türünü oluşturan inşaat sözleşmelerinde, inşaat teslim edildikten sonra iş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme yoluna gitmesi çok karşılaşılan bir durum değildir, öncelikle diğer seçimlik haklar olan bedel indirimi ve ayıbın giderilmesi yolunun tercih edildiği görülmektedir²⁰⁹. Kaldı ki iş sahibinin arsasındaki inşaatlarda TBK. 475/3 hükmünün sözleşmeden dönmeyi ağır şartlara bağladığını belirtmiştik.

3.3. Bedel İndirim Hakkı

6080 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 475/2. Maddesinde iş sahibinin bedel indirimi hakkı düzenlenmiştir. Eserdeki ayıp veya sözleşmeye aykırılık, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ölçüde değilse yani eserdeki ayıp iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek derecede önemli değil ise, iş sahibi eserin değerindeki eksiklik oranında bedelin indirilmesi hakkını kullanabilir. Eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli değilse, iş sahibi bedelin kıymet noksanı oranında indirilmesini talep edebilecektir²¹⁰. Bedel indirimi hakkının kullanılabilmesi için teslim edilmiş bozukluk taşıyan eserin değerinin, sözleşmede kararlaştırılan bozuk olmayan eserin teslim zamanındaki değerinden daha düşük olması gerekir²¹¹.

3.3.1. Hukuki Niteliği

Ücretten indirim hakkı bozucu yenilik doğuran haktır. Sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi tek taraflı, varması gereken irade beyanıyla kullanılır²¹². Bu hakkın kullanılabilmesi için ayıba karşı tekeffülün genel şartları ile birlikte, ayıp sebebiyle eserin değerinde bir eksikliğin meydana gelmesi ve eserdeki bu ayıbın sözleşmeden dönmeye imkan verecek derecede önemli olmaması gerekmektedir.

İş sahibini bedel indirimi beyanını, sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi açık ya da zımni şekilde yapabilir. İş sahibi bedelden indirim hakkını kullandıktan sonra, bu beyanını tek taraflı olarak geri alamaz²¹³. İş sahibi hakkını kullandıktan sonra ancak yüklenici kabul ederse geri alabilir. İş sahibi bedel indirimi hakkını

²⁰⁹ Seliçi, s. 166, Canbolat, a.g.e. s. 122.

²¹⁰ Yavuz, Özel Hükümler, s. 346, Yavuz Nihat, a.g.e. 129.

²¹¹ Seliçi, a.g.e. s. 166.

²¹² Uçar, a.g.e. s. 186.

²¹³ Uçar, a.g.e. s. 186.

kullandıktan sonra diğer hakları kullanmaktan vazgeçmiş sayılır²¹⁴. İş sahibi bedel indirimi talep ettikten sonra bu hakkından vazgeçerek sözleşmeden dönme ya da ücretsiz onarım hakkını kullanmayı talep edemez²¹⁵. Bedel indirimi hakkının kullanıldıktan sonra hukuki sonuç doğurması, yüklenicinin kabulüne bağlı değildir. İş sahibinin beyanının yükleniciye varması ile hukuki sonuç doğar.

İş sahibinin bedelden indirim hakkını kullandığı yükleniciye varmasıyla hukuki sonuçlar doğar ve eserdeki ayıp oranında sözleşmede kararlaştırılan bedel ayıp oranında indirilir²¹⁶.

Bedelin indirilmesini ilişkin kurallar, satım sözleşmesindeki hükümler ile benzerlik gösterir. TBK. 226. maddesinin son fıkrasında satım sözleşmeleri için düzenlenen, satılanın değerindeki eksiklik satılanın değerine çok yakın ise alıcı ancak, sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanır. Baskın görüş bu kuralın eser sözleşmesinde de kullanılmasından yanadır²¹⁷.

İş sahibi bedel indirimi hakkını kullanınca, değer düşüşünü karşılayan para tutarını talep etme hakkı doğar. Talep edilen ve indirilen bu miktarın ayrıca yüklenicinin bedel alacağı ile takas edilmesine ya da iş sahibinin takas beyanında bulunmasına gerek yoktur²¹⁸.

Eserin ücreti yükleniciye daha önceden ödenmemişse, yüklenici indirilmiş miktardan fazlasını iş sahibinden talep edemez, indirilmiş miktardan fazlasını talep etmesi halinde iş sahibi, bu talebi borçlu olmadığı gerekçesiyle reddedebilir.

İş sahibi indirim hakkını kullanmadan önce, indirilmiş olan bedelden fazla miktar bedel ödemiş ise, indirim beyanının varması üzerine yüklenici aldığı fazla bedeli faizleriyle geri verme borcu altına girer, iş sahibine tanınan bu hak sebepsiz

²¹⁴ Öz, s. İnşaat Sözleşmesi, s. 177, Seliçi, s. 168, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 95.

²¹⁵ Edis, a.g.e. s. 122.

²¹⁶ Uçar, a.g.e. s. 177.

²¹⁷ Seliçi, a.g.e. s. 167.

²¹⁸ Uçar, a.g.e. s. 186, Seliçi, a.g.e. s. 168.

zenginleşme alacağı niteliğinde değildir ve bu sebeple TBK. m. 478'deki zamanaşımına tabi olur²¹⁹.

Ücretten indirim hakkı, dava yolu ile de dava dışı da kullanılabilir, yüklenicinin rızasına ya da mahkemenin yenilik doğurucu karar vermesine gerek yoktur. Mahkeme tarafların bedel indirimi tutarının doğru hesaplanıp hesaplanmadığı tespit edebilir ve buna bağlı olarak yüklenicinin bedel ödemesine ilişkin davasını kısmen ya da tamamen reddedebilir²²⁰. Tacirler arasında yapılan eser sözleşmesinde bedel indirimi hakkının beyan edilmesi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının olduğu gibi herhangi bir şekle bağlı değildir. TTK. m. 20/3'de özel şekil şartına tabi kılınan beyanlar arasında bedel indirilmesi beyanı yer almamaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de ayıplı ifa sonucu iş sahibi bedel indirimi hakkını kullanabilir. Bu tür sözleşmelerde ayıplar genellikle eser teslim edildikten ve bedel ödendikten sonra ortaya çıkar. Bu sözleşmelerde yükleniciye yapacağı eser karşılığında bedel yerine yapılacak inşaatın bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payı verileceğinden iş sahibinin bedel indirimi hakkını seçmesi üzerine yükleniciye verilecek kat ve arsa payı ayıp oranında azalmış olacaktır²²¹. Çoğu zaman bu bir veya birkaç bağımsız bölümü karşılamaz, böylelikle yüklenici alacağı bazı bağımsız bölümlerde belli oranda iş sahibi ile birlikte malik (paydaş) olması söz konusu olacaktır²²².

Eserdeki ayıplar zaman içinde ve dış etkiler nedeniyle artabilir, bu sebeple bedel indirimine etki edecek ayıp miktarının hangi zamana göre saptanması gerektiği sorunu ortaya çıkar. Bu değerlendirme eserin teslim anına göre yapılmalıdır çünkü eser sözleşmesinde hasar iş sahibine teslim ile geçer. Eserdeki zararın artmasında yüklenicinin kusuru var ise, kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararlar yükleniciden tazminat talebi ile istenebilecektir²²³. Yüklenicinin kusuru olmaksızın, eserdeki ayıp dış etkiler ile artarsa bu ayıplar yüklenicinin sorumluluğunda değildir. Eserin değeri,

²¹⁹ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 96, Seliçi, s. 168, Uçar, s. 186.

²²⁰ Uçar, s. 187.

²²¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

²²² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

²²³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

ayıplı olmasına rağmen teslimden sonra artarsa ve iş sahibinin ödeyeceği ücrete eşit duruma gelirse, iş sahibi ücretin indirilmesi hakkını kullanabilecektir²²⁴. Eserdeki ayıplar açık ayıp ise eserin değeri teslim alındığı ana göre, eserdeki ayıplar gizli ayıp ise eserin değeri gizli ayıpların çıktığı ana göre saptanmalıdır²²⁵.

Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... eserdeki bozuklukların neler olduğu, hangilerinin açık, hangilerinin gizli bozukluk olduğuna ve ne zaman ortaya çıktığı bilirkişi aracılığı ile saptanarak bunların yükleniciye çabucak bildirilip bildirilmediği üzerinde durulmamalı, açık bozukluklar için, işin akışına göre yapılan tespit anlaşılacakla bu bölüme ilişkin istemin reddi gerektiği, gizli bozukluğun ortaya çıktığı ve öğrenilerek haber verme hali saptanmalı, sonuçta taleple bağlı kalınarak öğrenildiği gündeki rayice göre parasal karşılığa hükmetmek gerekir...".

Eser sözleşmesinde, iş sahibine bedel indirim hakkının tanınmasının amacı, ayıplı eser ile ücret arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır²²⁶. Eserin ayıplı olmasından kaynaklanan değer düşüşüne bağlı olarak iş sahibinin ödeyeceği indirimli bedel, değerlerin eşitlenmesini sağlar. Ayıplı ifa nedeniyle edimler arası bozulan denge ücret indirim yapılarak yeniden sağlanmaktadır²²⁷. Eşitliğin sağlanabilmesi için yapılan eserin az çok değer taşıması gerekir, eser hiç değer taşıyorsa ücret indirim hakkının kullanılması yerine sözleşmeden dönme hakkının kullanılması daha doğru olur.

3.3.2. Bedel İndirimi Hakkının Özel Şartları

İş sahibi ayıplı bir eseri teslim aldıktan sonra ücretten indirim hakkını kullanabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel hükümlerinin yanında bazı özel şartların gerçekleşmesi gerekir.

Öncelikle, iş sahibinin teslim aldığı eserde bir değer eksikliğinin olması gerekir. TBK. m. 475/2'de belirtilen " ayıp oranında " ifadesinden anlaşılan budur. Teslim edilen ayıplı eserin, ayıpsız olsa idi taşıyacağı değerden daha az değerde olması gerekir. Eserdeki değer eksikliği, iş sahibi için subjektif olarak taşıdığı değere

²²⁴ Seliçi, a.g.e. s. 167.

²²⁵ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 96, Seliçi, a.g.e. s. 171-172.

²²⁶ Uçar, a.g.e. s. 187.

²²⁷ Şenocak, a.g.e. s. 57.

göre değil, piyasa değerine ya da satış değeri yani objektif değere göre tespit edilecektir²²⁸. Değer eksikliğinin tespitinde, yüklenicinin teslim ettiği ayıplı eseri meydana getirirken, ayıpsız bir eser meydana getirmek için gerekli miktarda ya da daha fazla masraf yapması; ayıplı eserin değerinin, sözleşme ile borçlanılan ücret miktarına eşit olması önem taşımaz²²⁹.

Eserdeki ayıp, değer eksikliği yaratmayıp eserin amacına uygun kullanılmasını etkiliyor ise, şartlar gerçekleşirse iş sahibi bedel indirimi yerine diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir²³⁰. Örneğin, sipariş edilen gözlüğün mercek numarasının iş sahibinin göz numarasına uymaması, eserde karşılaştırıldan farklı renkte boya sürülmüş olması gibi, eserin ayıplı olduğu fakat objektif olarak değer kaybının olmadığı durumlarda ücretten indirim hakkı yerine diğer seçimlik haklar kullanılabilir²³¹.

Ücretten indirim hakkının kullanılabilmesi için gereken diğer şart ise, ayıplı eserin tamamen değersiz olmaması, az çok değer taşımasıdır. Eser ayıplı olmasına rağmen yine de değer taşımalıdır, aksi halde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gerekir. Bedelden indirim hakkı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda da kullanılabilir, fakat eserdeki ayıbın eserin değerine eşit olduğu durumlarda TBK. m. 226/4 hükmüne kıyasen sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi gerekir²³². Eserin ayıptan dolayı hiç değerinin olmaması durumunda, iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bir bedel olmayacaktır bu sebeple iş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır ve böylelikle iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

3.3.3. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanma Tarzı

Eserdeki ayıp nedeniyle eserin değerinde oluşan eksikliğin bedelden indirim yoluyla karşılanması, eserin sözleşmede karşılaştırılan ya da kanuna göre belirlenen

²²⁸ Uçar, a.g.e. s. 188.

²²⁹ Şenocak, a.g.e. s. 59, Aral, Borçlar Özel, s. 372.

²³⁰ Seliçi, a.g.e. s. 166.

²³¹ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 96, Uçar, a.g.e. s. 188.

²³² Uçar, a.g.e. s. 188.

bedel üzerinden değer eksikliği oranında yapılır ve yapılan bu indirimde satım satış bedelinin indirilmesi hakkındaki kurallar esas alınır²³³.

İş sahibinin eserdeki ayıp nedeniyle bedelden indirim hakkına başvurması halinde, indirilecek olan bedelin hangi yöntemle hesaplanacağı sorunu ortaya çıkar. Hesaplama yöntemine ilişkin ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda indirimin ne şekilde hesaplanacağı dair bir hüküm düzenlenmemiştir. İndirimin hesaplanma yöntemi hakkında doktrinde farklı görüşler benimsenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda satım sözleşmesine ilişkin olarak "indirim hesaplanması" kenar başlığında "nispi metot" denilen bir yöntem ile indirimin yapılacağı düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda, uygulanacak yöntem bakımından, öğreti ve uygulama, Alman Hukukunda olduğu gibi nisbi (oransal indirim yöntemi) yöntemi benimsemektedir²³⁴. Nispi metot satımda, satım parasında indirilecek tutarın hesaplanmasında da kullanılan yöntemdir²³⁵. Daha öncede belirttiğimiz üzere bedel indirimi hakkının kullanılabilmesi için, eserin az çok değer taşıması gerekir, eserin hiç değer taşımadığı durumlarda bedelden indirim yoluna başvurulmaz. Eserin hiç değer taşımadığı ya da bedelden indirilecek tutarın bedele eşit olduğu durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme yoluna başvurması gerekmektedir.

Nispi metoda göre indirilecek bedel şu şekilde hesaplanır; sözleşme konusu eserin ayıpsız olsaydı taşıyacağı tahmini değer ile gerçekte ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasındaki oran bedele uygulanır ve fark indirilir²³⁶. Örnekle açıklayacak olursak, sözleşmede kararlaştırılan bedel 300TL olsun, eserin ayıpsız değeri ise 400TL, ayıplı değeri ise 200TL olsun. Ayıplı değer / Ayıpsız değere oranı= 200/400=1/2, Sözleşmede kararlaştırılan bedel 300TL idi, 1/2 oranını 300TL'ye uyguladığımızda 150TL ve 300TL- 150TL=150 TL yani bedelden indirilen miktar 150 TL olacaktır.

²³³ Uçar, a.g.e. s. 190.

²³⁴ Uçar, s. 190, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 95, Seliçi, a.g.e. s. 169.

²³⁵ Yavuz, Özel Hükümler, s. 346.

²³⁶ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 95, Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 178, Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 360.

Nispi metodun tarafların edimleri arasındaki dengeyi sağlaması ve işin taraflara sağladığı karlılık derecesini korumasından dolayı hakkaniyete uygun olduğu düşünülmektedir²³⁷. Yargıtay verdiği bir kararında bu görüşte olduğunu görülmektedir; "... davalı üstencinin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesi ile yüklendiği edimi gereği gibi yerine getirmediği, ipeklerin bozuk bulunduğu, karşılaştırılan nitelikten ayrımlı olarak yapıldığı saptanmıştır. Bu durumda iş sahibi davacının BK. m. 360/2' ye dayanarak eser parasından indirimle ilişkin olarak yasa hükmünde kendisine tanınan seçimlik hakkını kullanması ve dava açması doğrudur. Ne var ki ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi konusundaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretide de desteklenen bu görüşe göre, burada uygulanması gereken yöntem "nispi metod" diye nitelenir. Öyleyse bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında nesnenin ayıpsız olarak ya da vaad edilen nitelikleri taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu bozuk durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır..."²³⁸.

Eserin değeri teslim yeri ve teslim tarihindeki değere göre belirlenecektir. İndirimin yapılacağı bedel ise taraflar arasındaki sözleşmeye göre ya da kanuna göre belirlenen bedeldir.

Bedel indiriminin hesaplanmasında kullanılacak başka yöntemler de vardır. Bunlar; tazminat yöntemi, mutlak indirim yöntemi, maliyete göre hesaplama yöntemidir.

Tazminat yönteminde, eserin karşılaştırılan değeri ile malın ayıplı değeri arasındaki fark bedelden indirilir. Uygulamada bilirkişilerin "nefaset farkı" adı altında başvurdukları yöntem çoğu kez budur, mahkeme raporlarına esas bilirkişi raporlarında, ayıbın giderilmesi için gerekli malzeme ve işçilik masraflarını bulmakta

²³⁷ Canbolat, a.g.e. s. 128.

²³⁸ Y. 15. HD., 23.10.1976, E. 1644, K. 3316 sayılı kararı, Karahasan, s. 146-147, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler.

ve bedeli bu miktarda indirmektedir²³⁹. Eserin meydana getirilirken eserin gerçek değerinden daha ucuza meydana getirilmesi halinde tazminat metodunun kullanılması sakıncalı olacaktır²⁴⁰.

Satım sözleşmelerine ilişkin kabul edilen diğer bir metot ise "mutlak metot" dur. Mutlak metotda ise ayıplı olarak teslim edilen eserin, ayıplı değeri ile piyasadaki ayıpsız değeri arasındaki fark sözleşmede kararlaştırılan bedelden indirilir. Mutlak metot uygulanırken ayıpsız eserin gerçek değeri ile sözleşmede kararlaştırılan eser bedeli arasındaki fark hesaba katılmadığından bu metot sakıncalı bulunmaktadır²⁴¹.

Maliyete göre hesaplama metodu ise, bilirkişilerce yaratılmış bir uygulama olup, şayet mümkünse ayıplı eserin ayıpsız hale getirilmesi için yapılması gereken giderin bedelden indirilmesi şeklindedir. Uygulamada bazı bilirkişilerin hesaplama yöntemiştir. Belirtelim ki bu metot, bir başka seçimlik hak olan "ayıbın onarılması" hakkının seçilip yüklenicinin bizzat onarmaması üzerine başkasına onartma bedelinin alınması ile aynı anlama gelmektedir.

Zira bir yapma borcunun borçlusu borcunu ifa etmediğinde, TBK m. 113/1 uyarınca alacaklı, masrafi borçludan alınmak üzere ifayı kendisi sağlamak için hakimden izin alabilir. Bu izini veren hakim, bu edimin yerine getirilmesi masraflarını hesaplayarak önceden borçluya ödetir. İşte, ayıplı eserin düzeltilmesi masraflarına hükmetmek, onarım şikkı seçildikten sonra onarım borcunu yerine getirmeyen yükleniciye karşı TBK m. 113/1 hükmüne başvurmakla aynı kapıya çıkmaktadır.

Bedelden indirilecek olan tutar iş sahibi tarafından ispat edilecektir²⁴². Bedel indirimi talep etmek yüklenicinin kusuruna bağlı değildir fakat yüklenici ayıplı ifada kusurunun olmadığını ispat edemez ise, iş sahibi bedel indirimi ile karşılanamayan zararının tazminini isteme hakkına sahiptir²⁴³. Bedelden indirilecek olan tutarın en

²³⁹ Öz, İnşaat Hukuku, s. 178.

²⁴⁰ Yavuz Cevdet, Satıcının Sorumluluğu, s. 186.

²⁴¹ Yavuz, Satıcının Sorumluluğu, s. 185-186.

²⁴² Uçar, a.g.e. s. 191.

²⁴³ Öz, İnşaat Hukuku, s. 179.

azından, ayıbın giderilmesi için gereken masraflara eşit olması gerektiği konusunda fiili bir karine kabul edilmektedir²⁴⁴.

3.4. Onarım Hakkı

6098 Sayılı Borçlar Kanunu madde 475/3'de iş sahibine tanınan diğer hak ise onarım hakkıdır, "Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafı yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme" hakkı düzenlenmiştir. İş sahibinin ücretsiz olarak bozukluğun giderilmesini isteme hakkı aşırı masrafa yol açmaması koşuluna bağlanmıştır.

818 Sayılı Borçlar Kanununda iş sahibine tanınan bu hak şu şekilde tanımlanmıştır; sözleşme konusu eserin ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı bulunması sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek derecede önemli değilse ve ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektirmiyorsa iş sahibi, ayıbın giderilmesini isteyebilir. Her ne kadar Yeni Borçlar Kanununda eserin sözleşme şartlarına ya da sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede ayıplı olmaması durumunda iş sahibinin onarım hakkına başvurabileceği belirtilmese de 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 465/3 metnini 818 Sayılı Borçlar Kanununda belirtilen şekilde yorumlamak daha doğru olacaktır. İş sahibinin yükleniciye karşı onarım hakkına başvurabilmesi şartını aşırı masrafa neden olma ile eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede önemli olmaması ve sözleşmede belirtilen şartlara aykırı bulunması şartlarına da bağlamak daha adil olacaktır.

Eserdeki bozukluğun giderilmesini isteme hakkı eser sözleşmesine ilişkin düzenlenmiş olup satım sözleşmesinde alıcıya böyle bir hak tanınmamıştır. Satım sözleşmesinde satıcı üretici durumunda olmadığı için satım sözleşmesine ilişkin böyle bir hak düzenlenmemiştir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri bizzat yaptığı için ve onarım imkanına sahip olduğu için eser sözleşmesinde iş sahibine böyle bir hak tanınmıştır.

²⁴⁴ Canbolat, a.g.e. s. 133.

3.4.1. Hukuki Niteliği

İş sahibine tanınan onarım hakkıyla diğer haklarda olduğu gibi yüklenicinin iş sahibine teslim ettiği ayıplı eser ile karşı edim arasında bozulan dengeyi yeniden sağlamak amaçlanmıştır²⁴⁵.

İş sahibine tanınan onarım hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş sahibinin yükleniciden eserin onarılmasını istemesiyle yüklenici için yeni bir borç doğmuş değildir, iş sahibinin yaptığı bu beyan yüklenicinin eksiksiz ifa borcunun devamıdır²⁴⁶. Çünkü yüklenicinin ayıpsız bir eser teslim etme borcu teslimle birlikte sona ermemiştir. Onarım hakkı, yenilik doğuran bir hak değildir, yüklenicinin eseri ayıpsız bir şekilde ifa etme borcu vardır ve iş sahibinin onarım hakkı ayıpsız ifa borcunun özel bir hükmüdür²⁴⁷.

Bu görüşü kabul edecek olursak iş sahibi onarım hakkını seçtiği takdirde kendisine tanınan sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakkı düşmez²⁴⁸ çünkü bu görüşe göre onarım isteme hakkı yenilik doğurucu hak niteliğinde değildir. İş sahibine tanınan bedel indirimi ve sözleşmeden dönme hakkı, eserin onarım borcu yüklenici tarafından fiilen ifa edildiği anda düşer²⁴⁹. Ancak iş sahibi onarım hakkını seçtikten sonra fikrini değiştirerek sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi hakkını kullanamaz çünkü yüklenicinin, iş sahibinin beyanına güveni korunarak onarım borcunu yerine getirmesine imkan verilmesi gerekir, yüklenici onarım borcunu yerine getirmez ise iş sahibi diğer seçimlik haklarına başvurabilir.²⁵⁰

Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Eserin düzeltilmesi söz konusu olması durumunda, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Davacı iş sahibi teslim edilen eserin ayıplı olduğunu ileri sürerek sözleşmenin bozulmasına ve ödenen ücretin geri verilmesine eser ücreti için düzenlenen bonoların da iptalini istemiştir. Yapılan soruşturmaya, toplanan kanıtlara, dosyadaki belgelerle yazılara, bilirkişi raporunun kapsamına ayıbın yüklenici tarafından giderilmiş

²⁴⁵ Şenocak, a.g.e. s. 155, Seliçi, a.g.e. s. 173.

²⁴⁶ Seliçi, s. 173, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 97.

²⁴⁷ Öz, İnşaat Hukuku, s. 180.

²⁴⁸ Seliçi, a.g.e. s. 174.

²⁴⁹ Seliçi, a.g.e. s.174.

²⁵⁰ Seliçi, a.g.e. s. 174-175.

olmasına ve davacının BK. 360. Maddesi ile tanınan haklardan yalnızca eserin düzeltilmesini isteyebileceğinin anlaşılmasına ve o nedenle de sözleşmeden dönmeye ilişkin davada haklılık olmadığından yerel mahkemenin davanın reddine karar vermesi yerindedir...²⁵¹.

Diğer bir görüş ise, onarım hakkının diğer seçimlik haklar gibi yenilik doğuran bir hak olduğudur. Bu görüşe göre onarım hakkı, yükleniciye varması gereken tek taraflı irade açıklaması ile kullanılır. Bu hakkın kullanılabilmesi için herhangi bir şekil şartına gerek olmadığı gibi dava yoluna başvurmaya da gerek yoktur. Bu hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kabulüne ya da mahkeme kararına gerek yoktur²⁵². İş sahibi onarım hakkını kullandığına dair beyanını tek taraflı olarak geri alamaz, iş sahibinin bu beyanı yükleniciye ulaştıktan sonra iş sahibi artık yüklenicinin muvafakati olmadan tek taraflı bu beyandan vazgeçemez²⁵³.

Yüklenici, eseri onarıp iş sahibine teslim ederse ilk teslimdeki gibi iş sahibinin aynı hakları geçerli olur. İş sahibi, eser onarıp teslim edildikten sonra muayene ve ihbar külfetini yerine getirerek ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilir²⁵⁴. İş sahibi, yüklenicinin onarıp kendisine teslim ettiği eseri muayene edip ayıpları bulduğu takdirde bu ayıpları yükleniciye bildirmezse ayıptan doğan haklarını kaybeder.

İş sahibi onarım hakkını kullandığını her türlü delil ile ispatlayabilir, eğer bu konuda bir anlaşmazlık çıkar ise mahkeme sadece iş sahibinin böyle bir hakkının olup olmadığını, bu hakkın kullanılıp kullanılmadığını ve kullanmanın sonuçlarını tespit edecektir²⁵⁵.

İş sahibine tanınan onarım hakkının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunsa da görüş sahiplerinin birleştiği iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; iş sahibi onarım hakkını kullanırsa ve yüklenici onarım borcunda temerrüde düşerse veya bu borcunu yerine getirmesi objektif olarak imkansız hale gelirse ya da

²⁵¹ Y. 15. HD., 28.6.1979, E.141, K. 1426 sayılı kararı, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 458.

²⁵² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 192.

²⁵³ Uçar, a.g.e. s. 195.

²⁵⁴ Uçar, a.g.e. s. 195-196.

²⁵⁵ Uçar, a.g.e. s. 196.

yüklenicinin elinden geleni yapmasına rağmen ayıp giderilemez ise iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklarını kullanabilir²⁵⁶.

İkincisi ise; eserdeki bozukluklar nedeniyle düzenlenen yasal haklar iş sahibine tanınmıştır. Bu haklardan hangisini kullanacağına karar verecek olan taraf iş sahibidir. Yüklenicinin ayıbının giderilmesine yönelik tanınan haklardan olan onarım hakkını seçme olanağı yoktur. Yüklenici, ayıbın giderilmesini talep edip iş sahibi bu talebi reddederse alacaklı temerrüdü durumuna düşmeyecektir²⁵⁷.

3.4.2. Onarım Hakkının Şartları

İş sahibinin onarım hakkını kullanabilmesi ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli şartlar ve iş sahibinin kanundan doğan külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir.

İş sahibinin onarım isteme hakkı 6098 Sayılı Borçlar Kanunumuzda aşırı masraf gerektirmemesi şartına bağlanmıştır. Bu şart gerçekleşmez ise iş sahibi bu hak yerine diğer haklardan yararlanmak zorundadır²⁵⁸. İş sahibinin onarım sonucu elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım masrafları arasında açık bir dengesizlik varsa, masraflar aşırı kabul edilir²⁵⁹.

Mahkeme masrafın aşırı olup olmadığına karar verirken ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile ayıbın giderilmesinin gerektireceği masrafları karşılaştırarak karar verecektir²⁶⁰. Masrafların aşırı olup olmadığını olayın özelliklerine göre hakim takdir edecektir²⁶¹.

İş sahibinin ayıbın giderilmesi sonucu elde edeceği yarara karşılık, yüklenicinin yapacağı giderlerle ayıpları onarması dürüstlük kuralına göre beklenemeyecek derecede ise ayıpların giderilmesinin aşırı masrafa yol açtığı söylenebilecektir.

²⁵⁶ Seliçi, a.g.e. s.174, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 97, Tandoğan Özel Borç İlişkileri, s. 193.

²⁵⁷ Seliçi, a.g.e. s.174, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 193.

²⁵⁸ Öz, İnşaat Hukuku, s. 179.

²⁵⁹ Öz, İnşaat Hukuku, s. 179.

²⁶⁰ Burcuoğlu, Armağan, s. 297.

²⁶¹ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 97.

Taraflar sözleşmede eserin ayıplı olması halinde mutlaka onarım yapılmasını kararlaştırmışlarsa²⁶² ya da yüklenici eserin belli nitelikleri taşıyacağı konusunda açıkça garanti vermiş ise masraf büyük aşırı olsa bile iş sahibi onarım hakkını kullanabilecektir²⁶³. Ancak iş sahibinin, eserin onarım için aşırı masraf gerekmesine rağmen, bozukluğun giderilmesi için ısrar etmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek ise yükleniciye iş sahibinin düzeltme talebini reddetme hakkı verilmelidir ya da iş sahibinin de masraflara katılması ve böylelikle yüklenicinin yapacağı masrafın indirilmesi yerinde olacaktır.

Ayıbın giderilmesi için gereken masraflara, doğrudan doğruya ayıbı gidermeye ilişkin masraflar ile onarma için gereken zorunlu hazırlık ve eski hale getirmek için yapılan masraflar da dahildir²⁶⁴. Örneğin, evin camından yağmur yağdığı zaman sızın yağmur suyu için yapılacak olan onarıma, sızıntı yapan camın değiştirilmesi ya da onarılması yanında cam değiştirilirken duvardaki boyayanın dökülmesi ya da tuğlanın sökülmesi ve bunların yenisinin yapılması da dahildir, ortaya çıkabilecek bu ek masraflara da yüklenicinin katlanması gerekmektedir.

Yüklenici, ayıbın onarılması için gereken masrafların aşırı olduğunu iddia ederse iş sahibinin onarım hakkına itiraz etmeli ve iş sahibinin bu talebini reddettiğini kendisine bildirmelidir²⁶⁵. Masrafların aşırı olduğunu ispat etmekle yükümlü olan taraf yüklenici taraftır.

Bu şartların yanında iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için, ayıbın giderilebilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekmektedir²⁶⁶. Yani bozukluğun giderilmesi mümkün değil ise iş sahibi bu hakkından yararlanamaz. Burada söz konusu olan imkansızlık objektif imkansızlık ile hukuki imkansızlıktır. Belirtelim ki hukuki imkansızlıklar hemen daima objektif olacaktır.

²⁶² Burcuoğlu, Armağan, s. 297., Öz, İnşaat Hukuku, s. 179 bkz dipnot.

²⁶³ Burcuoğlu, Armağan, s. 297-298.

²⁶⁴ Şenocak, a.g.e. s. 151.

²⁶⁵ Canbolat, a.g.e. s. 139.

²⁶⁶ Şenocak, a.g.e. s. 148.

Yüklenicinin ayıbın giderilebilmesi için ekonomik güce sahip olmaması iş sahibinin bu hakkını kullanmasına engel değildir²⁶⁷. Yüklenicinin ekonomik güçsüzlüğü objektif değil sübjektif bir imkânsızlıktır. Ya da buna benzer şekilde yüklenicinin eserin tamamlanması nedeniyle işçilerini dağıtması onarım hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

Eserin onarımının, eserin yıkılarak yeniden yapılması ile mümkün olacağı hallerde iş sahibinin yenilemeye ilişkin bir hakkının olup olmadığı tartışmalıdır²⁶⁸. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu m. 475/3'de "onarım" dan söz edilmiştir. Eğer eserdeki bozukluk onarım ile giderilebilecek bir bozukluk ise iş sahibinin eserin yeniden yapılmasını istemesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Fakat eserdeki bozukluk, onarım yoluyla geçmeyecek derecede fazla ise iş sahibi diğer seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eserin onarımının mümkün olması nedeniyle kabul edilemeyecek ölçüde ayıplı olması gerekir. Fakat buna rağmen, eserin tekrardan yapılması yüklenici için aşırı bir masrafa yol açmayacak ise ve dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden eseri yenilemesi beklenebilecek ise iş sahibi yenilemeyi isteyebilir.

3.4.3. Onarım Hakkının Kapsamı ve Onarım Masrafları

İş sahibinin onarım hakkı, yüklenicinin sözleşme konusu ayıplı eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekli çalışmasını ifade eder²⁶⁹. Eserdeki ayıbın nasıl giderileceğine yüklenici karar verecektir. Sözleşmede aksi bir hüküm bulunmadıkça iş sahibi, yükleniciye talimat veremez²⁷⁰.

İş sahibinin seçimlik haklarından birini oluşturan onarım hakkını kullanabilmesi için, yüklenicinin yapacağı onarımın fazla masrafa yol açmaması gerekmektedir. Onarım masrafı aşırı olduğu halde iş sahibi onarım hakkını kullanacağını beyan etmiş ise bu beyanı geçersiz olacaktır ve yüklenicinin onarım borcu doğmayacaktır. Bu durumda eğer şartları gerçekleşmiş ise iş sahibi diğer seçimlik haklara başvurabilecektir.

²⁶⁷ Şenocak, a.g.e. s. 148.

²⁶⁸ Seliçi, a.g.e. s. 176.

²⁶⁹ Şenocak, a.g.e. s. 155.

²⁷⁰ Canbolat, a.g.e. s. 140.

Eser yapılırken yüklenici sözleşmede kararlaştırılan malzemeden farklı bir malzeme kullanmış ise yapıda objektif olarak inşaat veya yapı bozukluğu bulunmasa bile, bunların sözleşmeye uydurulması onarım hakkı çerçevesinde istenebilir²⁷¹.

Yüklenici eserdeki bozukluğu onarırken eserdeki başka bölümlerin tahribine neden olmuş ise bu yerlerin düzeltilmesi de onarım borcu kapsamında yer almaktadır²⁷².

Yüklenici eseri onarırken iş sahibinin başka değerlerine zarar vermiş ise, iş sahibi bu sebeple diğer seçimlik haklarına başvuramaz. İş sahibinin böyle bir durumda uğradığı zarar TBK. m. 112 uyarınca tazmin edilebilecektir. Örneğin, su sızıntısı nedeniyle camın tamir edilmesi sırasında duvarın kırıldıktan sonra tekrar boyanması sırasında boyanın koltuğa ya da halıya sürülmesi durumunda iş sahibi TBK. m. 112. uyarınca zararının tazmin ettirebilecektir.

Yüklenici eseri onarırken yani sözleşmeye uygun hale getirirken, onarımın bozukluğun giderildiği belli olmayacak şekilde yapılması gerekir²⁷³. Örneğin, su sızdıran cam tamir edildikten sonra tamir edilen duvarın boyasının kabarması durumunda yüklenici bu duvarın onarıldığı belli olmayacak şekilde belirtilen duvarı tekrar boyamalıdır ya da o duvarın kırılıp tekrar yapıldığı belli olmayacak şekilde yapılması gerekenler yüklenici tarafından yapılmalıdır.

Ayıbın giderilmesi masrafları kural olarak yükleniciye aittir. Onarım masrafı hesap edilirken doğrudan ayıbın giderilmesi için gereken malzeme ve işçilik giderlerinin yanında bozuk kısım onarılırken bozuk olmayan kısımlar için doğacak olan zararlar ve bunların onarımı için yapılacak masraflar da göz önünde tutulur²⁷⁴.

Ayıplı kısım düzeltilirken ayıplı olmayan kısımlar da zarara ve hasara uğrayabilir, yüklenicinin bu yerleri de masrafı kendisine ait olmak üzere gidermesi gerekir. Yüklenicinin bu yükümlülüğü ayıbı giderme borcundan kaynaklanmaktadır,

²⁷¹ Öz, İnşaat Hukuku, s. 179.

²⁷² Öz, İnşaat Hukuku, s. 179.

²⁷³ Seliçi, a.g.e. s. 178.

²⁷⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 179.

kusurundan değil²⁷⁵. Örneğin, sıva ve badanası tamamlanan bir yapının su borularının yanlış bir şekilde döşenmiş olması halinde yüklenici boruların döşemesi düzelttikten sonra duvarın sıva ve badanasını tekrar yaptırmak zorundadır. Yüklenicinin sıva ve badana konusunda yeterli bilgiye sahip olmaması durumu değiştirmez, işin ücreti yüklenici tarafından ödenerek üçüncü kişilere yaptırılabilir.

Ayıplı olan kısmın düzeltilmesi için ayıplı olmayan kısımlarda meydana gelen hasar ve zararın giderilmesi, asıl ayıbın giderilmesi için gerekli masrafları aşsa da bu masraflara yüklenici katlanmak zorundadır²⁷⁶.

Yüklenici ayıbın giderilmesine ilişkin masraflara ve ayıp giderildikten sonra yapılması gereken eski hale getirme çalışmalarının masrafları yükleniciye ait olduğu gibi yüklenicinin ayıbın giderilmesi sırasındaki iş sahibinin edim menfaati dışındaki hukuki varlıklarını korumak için alacağı tedbirlerin masrafları da ayıbın giderilmesi masraflarına dahildir ve bu masraflarda yüklenici tarafından karşılanacaktır.

Ayıbı giderme masrafları yükleniciye ait olmakla birlikte bunun istisnası da mevcuttur. Bunlardan birincisi; iş sahibinin yüklenici ile ortak kusurunun olması, ikincisi; ayıbı giderme masraflarının aşırı olması- eserin düzeltilmesi aşırı masrafa sebep oluyorsa ve iş sahibi bu masraflara katılmayı kabul ediyorsa yükleniciden ayıbın giderilmesini istemeye hakkı olur, üçüncüsü; eser ilk başta ayıpsız meydana getirmiş olsaydı bile iş sahibine düşecek masrafların olması²⁷⁷ durumlarında iş sahibinin masraflara katılması yerinde olacaktır.

İş sahibi onarım masraflarını yükleniciden tazmin ederek dilerse ayıbı kendisi giderebilir veya bir üçüncü kişiye giderebilir. Burada TBK. m. 113/1 hükmünün getirdiği imkanın kullanılması söz konusudur.

3.4.4. Yüklenicinin Onarımı Yerine Getireceği Süre

Borçlar Kanunumuzda yüklenicinin onarımı ne kadar süre içinde yapacağına dair bir hüküm yer almamıştır. Fakat iş görme edimlerinin belirli bir süre için

²⁷⁵ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 98., Seliçi, a.g.e. s. 178.

²⁷⁶ Şenocak, a.g.e. s. 161, Seliçi, a.g.e. s. 178.

²⁷⁷ Şenocak a.g.e., s. 161.

tamamlanması gerektiği kuşkusuzdur. Yükleniciye düzeltme işini düzgün bir şekilde yapabilmesi için uygun bir süre verilmelidir.

Yüklenicinin onarım işini ne kadar sürede yapacağını genelde iş sahibi tayin eder çünkü iş sahibi için eserdeki bozukluğun bir an önce bitirilmesi yararlıdır²⁷⁸.

Yükleniciye verilmesi gereken uygun süre, eserdeki ayıbın niteliğine, büyüklüğüne, yüklenicinin yapacağı bir takım hazırlıklara, ayıbın kapsamına göre tayin edilmelidir.

İş sahibi onarım için bir süre tayin etmiş ise ve bu süre içinde yüklenici onarım işini bitirememişse, bu süre iş sahibi aleyhine sonuç yaratmayacak şekilde ve uygun görülecek süre kadar uzar²⁷⁹.

İş sahibi, yükleniciye işin bitirilmesi için süre bildirdiği sırada eğer yüklenici belirtilen bu sürenin onarım için yetersiz bir süre olacağını biliyor ve bu sürenin yetersizliğini iş sahibine söylemeyip itiraz etmiyorsa, uygun süre kadar uzama kabul edilmemelidir, yüklenici kendisine verilen süre sonunda onarımı bitirmemişse iş sahibi diğer seçimlik haklarından yararlanabilmelidir²⁸⁰.

İş sahibi tarafından onarım için bir süre belirlendiğinde, yüklenici ilk uygun zamanda onarıma başlamalıdır²⁸¹. Bu süreyi taraflar kararlaştırabilir veya iş sahibi belirleyebilir ve eğer ki böyle bir süre belirlenmemiş ise somut olaya göre süre belirlenecektir. Süre belirlenmediği takdirde yüklenici ayıbın kapsam ve önemine göre gerekli süre içinde eseri onarımını tamamlamak zorundadır²⁸².

Yüklenici onarım borcunun ifasında gecikirse iş sahibi, o işin yerine getirilebilmesi için ısrar edebileceği gibi gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteyebilir²⁸³. Aksi halde iş sahibinin ihtar yapmasıyla temerrüde düşer. Yüklenici belirlenen süre içinde onarımı yapmaz ise iş sahibi, onarım hakkından

²⁷⁸ Seliçi, a.g.e. s. 178.

²⁷⁹ Seliçi, a.g.e. s.179.

²⁸⁰ Öz, İnşaat Hukuku, 180-181.

²⁸¹ Öz, İnşaat Hukuku, s. 180.

²⁸² Uçar, a.g.e. s. 203.

²⁸³ Uçar, a.g.e., s. 202.

vazgeçip bedel indirim hakkını ya da şartları varsa sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir²⁸⁴. Eserde bozukluğun giderilmesi imkanı varsa, sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede bir ayıp yok demektir bu halde iş sahibi sadece bedel indirim hakkını kullanabilecektir.

İş sahibinin verdiği uygun süre içinde yüklenici onarımı tamamlayamazsa yüklenici borçlu temerrüdüne düşmüş olur.

Yüklenicinin hal ve hareketlerinden onarımı yapmayacağı ya da onarımı istenilen şekilde yapmayacağı anlaşılıyorsa, iş sahibi herhangi bir süreyi beklemeden diğer seçimlik haklarını kullanabilir²⁸⁵.

İş sahibi onarım hakkını kullanmak istediğini yükleniciye bildirmiş ve yüklenici de onarım aşırı masrafa yol açmamasına rağmen iş sahibinin talebini reddetmiş ise iş sahibi herhangi bir süre beklemeden diğer haklarını kullanabilir²⁸⁶.

3.5. İş Sahibinin Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı

TBK. m. 475/2'ye göre, iş sahibi eserin ayıplı olması halinde sözleşmeden dönme, bedel indirim, ayıbın giderilmesi hakkının yanında, iş sahibi yükleniciden tazminat talep edebilecektir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda iş sahibinin yükleniciden tazminat talep edebilmesi, 360. maddede her bir seçimlik hakkın sonunda ek bir imkan olarak düzenlenmişti. 6098 Sayılı Borçlar Kanununda ise iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı ayrı bir fıkrada saklı tutulmuştur.

İş sahibi, ortaya çıkan zararın giderilmesi isteminde bulunurken bunu diğer haklarıyla birlikte de ileri sürebileceği gibi, yalnız olarak da bu hakkını ileri sürebilir²⁸⁷. 6098 Sayılı Borçlar Kanundaki bu düzenleme, yalnız olarak ileri sürülme imkanını kabule 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun metninden daha elverişlidir. İş

²⁸⁴ Seliçi, a.g.e. s. 179.

²⁸⁵ Öz, İnşaat Hukuku, s. 181.

²⁸⁶ Seliçi, a.g.e. s. 179.

²⁸⁷ Burcuoğlu, Armağan, a.g.e. s. 289.

sahibinin zararların giderilmesi hakkının konusunu yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar oluşturur.

İş sahibi ayıptan doğan zararın giderilmesini istiyorsa öncelikle eser yüklenici tarafından kendisine teslim edilmiş olmalı ve iş sahibi teslim aldığı eseri muayene edip muayene sonucunda eseri ayıplı bulmalı ve iş sahibi bulduğu ayıbı yükleniciye ihbar etmesi gerekmektedir. Bunların yanında ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılmasını engelleyen bir durumun bulunmaması gerekmektedir.

818 Sayılı Borçlar Kanununa göre iş sahibi bu hakkını seçimlik haklarla beraber kullanabilir fakat iş sahibi bu hakkını diğer seçimlik haklarının yerini almak üzere ya da onları kapsayacak şekilde kullanamaz²⁸⁸. Zira, BK m. 360/f.1-2 hükümlerindeki düzenleme şeklinden, yasa koyucunun bu tazminat ancak seçimlik hakların kullanılmasının sonuçlarını tamamlayıcı bir imkan olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Belirtelim ki, iş sahibinin eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine genel hükümlere göre (TBK m. 112 uyarınca) talep edemeyeceği tartışması, başka bir husustur. Ancak, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını düzenleyen 475. Maddesi, seçimlik hakların yanında ayrı bir fıkroda "iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır" demek suretiyle, bu hususta farklı bir çözüm benimsemiş görünmektedir. Tazminata ilişkin yapılan bu yeni düzenlemenin öğretideki ve uygulamadaki iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmak yerine iş sahibinin doğrudan genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği görüşünü desteklediği söylenebilir²⁸⁹. Yargıtay'ın 818 Sayılı Borçlar Kanununa göre verdiği kararlarda genel hükümlere başvurabilme imkanını, muayene ve ihbar sürelerini kaçırmış iş sahiplerini korumak için verdiği görülmektedir.

İş sahibine tanınan bu hak seçimlik bir hak değil, kümülatif bir haktır²⁹⁰. İş sahibinin buradaki zararı ayıp sonucu ortaya çıkan zarardır yani eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan ve iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını

²⁸⁸ Şenocak, a.g.e. s. 64-65, Tandoğan Özel Borç İlişkileri, s.204.

²⁸⁹ Öz Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 94.

²⁹⁰ Şenocak, a.g.e. s. 64

kullanmasına rağmen karşılanamayan zararlardır²⁹¹. İş sahibinin bu zararı tazminat istemi ile giderilmek istenmektedir. Ayıp zararı için ise iş sahibi seçimlik haklar tanınmıştır. İş sahibinin zararının sebebi, ayıplı eserin neden olduğu zarardır. Ayıp ile uygun illiyet bağı içinde olan tüm zararlar ayıp sonucu zarar kapsamındadır²⁹².

Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir;" ... Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı iş sahibi, davalının taktığı kapının dava dışı meçhul hırsız tarafından kolayca kırılıp evinden eşyalarının çalındığını belirterek ilk davada istenmeyen faiz, mahkeme masrafları, manevi tazminat ve evden çaldığı ileri sürülen mücevher bedelinin tahsilini istemiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar taraflarca temyiz edilmiştir. Mahkemece ilk davada istenmeyen faiz alacağına hükmedilmiş ise de, Tüketici Mahkemesinde verilen karar ile kapının aynen değiştirilmesi cihetine gidilmiş, herhangi bir miktarın tahsiline karar verilmemiştir. Aynen ifa talebine dayalı davada faiz yürütülemeyeceğinden ve ayrıca menkul teslimine ilişkin düzenleme öngören İİK. 24. maddede faiz ödemesi söz konusu olmadığından işlemiş faiz talebinin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır. Manevi tazminat yönünden ise davacının manevi değere haiz eşyalarının çalınıp çalınmadığı değerlendirilerek hükme varılmalıdır. Karar bu nedenlerle davalı yararına bozulmalıdır. Davacı temyiz itirazlarına gelince; taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. BK. m. 360. Maddesi uyarınca yüklenici iş sahibinin ayrıca zarar ve ziyanını da ödemekle yükümlüdür. Bunun için yüklenicinin kusurlu bulunması gerekir. Dava konusu olayda yüklenicinin imal ettiği kapının hatalı bulunduğu anlaşılmış ve yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiştir. İlk davada alınan bilirkişi raporunda, kapı aralığında boşluk olduğu ve kapı kilidinin uygun olmadığı kapının levye ile zorlanarak açıldığı belirtilmiştir. Ancak kapının tekniğine uygun yapılmış olması halinde demir levye kullanılarak kapının açılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Tekniğe uygun bir yapının levye kullanılarak açılması mümkün ise bu takdirde yüklenicinin sorumluluğundan bahsedilemeyeceğinden, yapılan hırsızlığın sonuçlarından kendisinin sorumlu tutulma imkanı yoktur. Bu nedenle mahkemece bilirkişiden rapor alınarak hırsızlık olayına kapıdaki imalat hatasının tek başına neden olup olmadığı araştırılmalıdır. Davalı kusurlu bulunduğu takdirde ise davacının sosyal-içtimai

²⁹¹ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 292.

²⁹² Burcuoğlu, Armağan, a.g.e. s. 299.

durumu ve hayatın olağan akışına, dosyada mevcut delil durumuna ve hazırlık tahkikatındaki tespitlere göre davacının basiretli bir kişi olarak evinde tutabileceği vasati altın miktarı belirlenip hüküm altına alınmalıdır...²⁹³.

İş sahibine tanınan seçimlik haklarda yüklenicinin kusuru aranmamışken, iş sahibine tanınan tazminat isteminde yüklenicinin kusuru aranmıştır. Fakat TBK m. 112 genel ilkesi burada da uygulanacaktır; kusursuzluğunu ispatlayamayan yüklenici kusurlu sayılacaktır.

İş sahibinin bu tür zararları bozukluğa bağlı zararlar olarak da kabul edilebilir ya da iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmasına rağmen karşılanamayan zararlarıdır²⁹⁴. Örneğin, yüklenici, iş sahibinin evinin camını onarırken, iş sahibinin koltuğuna zarar vermiş ya da camları temizlerken camları çizmiş ise iş sahibi bu zararları genel hükümlere dayanarak TBK m. 112'e göre tazmin ettirebilir.

Ayıp sonucu uğranılan zararlar, iş sahibinin ayıplı eseri kullanması nedeniyle oluşan maddi, şahsi, veya kazanç kayıplarıdır. İş sahibinin ayıp sonucu uğradığı zararlara örnek verecek olursak, bina sahibinin bina onarılincaya kadar binada oturamaması ve otelde kalması, bacanın yanlış takılması sonucu yangın çıkması, üretilen makinenin hatalı ürünler üretmesi, makinelerin ayıplı olması nedeniyle üretimin durması müşteri kaybı, inşa edilen evin beklenen kirayı getirmemesi gibi zararlar örnek olarak gösterilebilir.

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışları sonucu iş sahibinin zarara uğraması ayıbın neden olduğu zarar kapsamına girmez. Yüklenici bu şekilde sözleşmeye aykırı davranmış olur, çünkü yüklenicinin işi özenle yapma borcu eser sözleşmesinden doğan bir borçtur. Bu tür özen borcunun ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini de genel hükümlere tabidir.

İş sahibinin onarım hakkı başlığı altında, yüklenicinin eserdeki ayıbı onarması sırasında iş sahibinin eser dışındaki değerlerine zarar vermesinden de

²⁹³ Y. 15. H.D., 19.10.2004, E.2004/1204, K.2004/5229 sayılı kararı, 10.04.2011 <www.kazanci.com/khoz/ibb/files/15hd-2004-1204.htm>

²⁹⁴ Seliçi, a.g.e. s. 182.

sorumlu olacağını belirtmiştik. İş sahibi böyle bir durumda BK. m. 112. uyarınca tazminat isteyebilir.

İş sahibinin, eserin ayıplı olması nedeniyle uğradığı manevi zararlar da ayıp sonucu uğranılan zararın kapsamı dışında kalır²⁹⁵. İş sahibi eserdeki ayıp nedeniyle bir kazaya uğrarsa maddi tazminat talebi TBK. m. 475 çerçevesinde söz konusu edilecektir.

Yüklenicinin eseri geç teslim etmesinden, özen borcuna aykırı davranmasından, eserin kullanılış şekli yönünden iş sahibi uyarmadığı için iş sahibinin eseri yanlış kullanmasından kaynaklanan zararlar ayıp nedeniyle uğranılan zararlar değildir ve iş sahibi bu zararlarının tazminini BK. m. 112 vd. hükümlerine göre isteyebilecektir.

Kanunumuzda yüklenicinin zararı tazmin etmesi kusurlu olmasına bağlanmıştır. Kusuru kimin ispatlayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁹⁶, ispat yükünün genel ispat yükü kurallarına göre belirlenmesi (TMK m. 6) yani iş sahibinin sadece zararı ve miktarını değil aynı zamanda da yüklenicinin kusurunu da ispatlayacaktır.

Diğer görüş ise²⁹⁷, TBK. m.112'de belirtilen borçlu, kusurlu olmadığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamaz kuralı benimsenmiştir. Yüklenici kusursuzluğunu ispat etmediği sürece tazminat talebinden kurtulamaz.

Satım sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenen, alıcının ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönmesi halinde ayıplı malın alıcıya teslim edilmesi sebebiyle alıcının uğradığı doğrudan doğruya zararların satıcının kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulacağını düzenleyen TBK. m. 245 hükmünün eser sözleşmesine de uygulanıp uygulanmayacağı diğer tartışmalı olan husustur.

²⁹⁵ Uçar, a.g.e. s. 215.

²⁹⁶ Seliçi, a.g.e. s. 185.

²⁹⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 207, Seliçi, a.g.e. s. 186-187.

Bu konuda hakim olan görüşe göre²⁹⁸ doğrudan doğruya zarar ya da dolaylı zarar ayırımı yapılmaksızın yüklenicinin sorumluluğunun kusura dayanacağı yönündedir. Eser sözleşmesinde, iş sahibinin uğradığı zararlar yüzünden seçimlik haklar düzenlenmiş ve bu seçimlik hakları kullanmasıyla telafi edilemeyen zararları için de bir düzenleme getirilmiştir.

Yüklenicinin, iş sahibine ödeyeceği tazminat miktarının belirlenebilmesi için yüklenicinin kusurunun derecesinin de belirlenmesi gerekir. TBK. m. 51'e göre tazminatın kapsamını ve kusurun ağırlığını takdir olacak olan hakimdir. Hakim, yüklenicinin kusuruna göre tazminat miktarından ya indirim yapacak ya da tazminat miktarını en üst seviyede tutacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise, iş sahibinin de kusurunun bulunup bulunmadığıdır. İş sahibi zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş ise göre hakim tazminatı indirebilir ya da tamamen ortadan kaldırabilir. Hakim karar verirken yüklenicinin maddi durumunu da dikkate alır, yüklenici tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse ya da hakkaniyet gerektirirse hakim tazminatı indirebilir.

Yüklenici, eseri meydana getirirken yardımcı şahıs kullanmış olabilir ve yardımcı şahsın işin ifasındaki kusurundan dolayı yine yüklenici sorumlu tutulmalıdır. TBK. m. 116'da belirtildiği üzere yüklenici, ifa yardımcıları ile işi yürütüyor olabilir ve işin yürütülmesi sırasında ifa yardımcıları karşı tarafa yani iş sahibine zarar vermiş olabilirler ve böyle bir durumda yüklenici bu zararı tazmin etmeye mecburdur. Yüklenici kendi yönetim ve denetimi altında çalışan işçilerin ya da bağımsız olarak çalışan alt yüklenicilerin davranışlarından sorumludur²⁹⁹. TBK. m. 116'ya göre yardımcı şahısların neden olduğu zararların tazmininde kusursuz sorumluluk ilkesi vardır³⁰⁰.

Yüklenici, ifa yardımcılarının sadece asli edimlerini yerine getirirken sebebiyet verdikleri zararlardan değil aynı zamanda da bütün sözleşmeyi kapsayacak

²⁹⁸ Seliçi, a.g.e. s. 186-187, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri s. 207.

²⁹⁹ Seliçi, a.g.e. s.125.

³⁰⁰ Oğuzman Kemal / Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 2005, İstanbul, s. 363 vd.

şekilde borçlu olarak yükümlü bulunduğu bütün özen ve davranış borçlarının ifasına ilişkin davranışlarından da sorumludur³⁰¹.

Tandoğan'a göre³⁰², eserdeki ayıbın ve eserdeki ayıbın meydana getirdiği zararın yüklenicinin yardımcılarının eylemlerinden oluştuğu durumlarda yüklenici bu zararlardan kusursuz sorumludur.

Seliçi'ye göre ise³⁰³, iş sahibinin zararının giderilebilmesi için TBK. m. 475'de kusur koşulunun arandığını kabul etmektedir. Seliçi'ye göre yüklenicinin sorumluluğu eserin teslimiyle ortaya çıkmakta ve yardımcı şahıstan doğan sorumluluk ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun arkasında kalmaktadır.

Yüklenicinin yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğu TBK. m. 116'ya göre, önceden yapılan bir anlaşma ile kaldırılabilir. Taraflar sorumluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilirler. Taraflar TBK. m. 115'e aykırı olmayacak şekilde de sorumsuzluk anlaşması yapabilirler.

Yüklenicinin eserdeki ayıbı bilerek gizlemesinden veya eserde bildiği ayıpları bildirmemesinden doğan zararın ayıp nedeniyle uğranılan zarar olup olmadığı konusunda Yargıtay vermiş olduğu bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; "... Davacılar, 17.08.1999 tarihinde meydana gelen bir depremde, kendilerine ait dairelerin bulunduğu binanın hasar gördüğünü, bunun davalının inşaatı usul ve fen kurallarına aykırı biçimde yapmasından kaynaklandığını ileri sürerek, şimdilik 30 milyar TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, mahkemece depremde ağır hasar gören binanın davalı tarafından ruhsatsız ve kaçak yapıldığı, davacıların mevcut haliyle binayı satın ve teslim aldıkları, bir bakıma bu kanunsuzluğa göz yumdukları, bu nedenle davalıdan herhangi bir talepte bulunamayacakları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir. Dosyada mevcut İstanbul 17. Noterliğinin 21.01.1993 tarih ve 00678 nolu düzenleme şeklinde inşaat sözleşmesi başlıklı belgeden de anlaşıldığı üzere davacılardan Hasan'ın maliki bulunduğu B 3. Bölge Y köyü kuleli mevkiinde kain 12

³⁰¹ Seliçi, a.g.e. s. 127.

³⁰² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 206.

³⁰³ Seliçi, a.g.e. s. 126-127.

pafta 3309 parsel numarasında kayıtlı arsaya bina inşaatı yapılmak üzere davalı ile anlaşma yapılmıştır. Bu sözleşmenin 2. maddesinde davalı, " belediyeden alınacak tasdikli projesine uygun olarak inşaat yapmayı" kabul etmiştir. Belediyeden tasdikli proje ye göre yapılacak inşaatın mevcut imar durumuna ve yasal koşullara göre oluşturulacağı ortadadır. Sözleşme ile davalıya imara aykırı ve kaçak, projersiz bir bina yapma imkanı verilmiş değildir. Esasen imar mevzuatı kamu düzenini korumak için geliştirilmiş bir düzenleme olup herkesin buna riayet etmesi, mevzuata aykırı görülen hususların da görevi gereğince mahkemece resen nazara alınması gerekmektedir. Davacılarından Hasan, arsa sahibi ve sözleşmenin tarafı sıfatıyla akde aykırılıktan doğan zararların sözleşmenin diğer tarafını oluşturan davalıdan tek başına isteyebileceği gibi, dava konusu olayda olduğu gibi diğer kat malikleriyle birlikte de dava edebilir. Burada diğer davacıların dava haklarının arsa sahibince dava hakkının kendilerine devredilmiş olması ve haksız fiil nedeniyle gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu nedenle bütün davacılar açısından sözleşmeye aykırılık olup olmadığı incelenerek dava sonuçlandırılmalıdır. Dava konusu olaya dönüldüğünde; davalının yaptığı bina deprem sonucunda hasar görmüş ve davacılar bu nedenle bir zarara uğramışlardır. Zarar ile davalının yapımcısının fiili arasında illiyet bağının oluşup oluşmadığının belirlenmesi için inşaatın davalının hatalı imalatından kaynaklandığı saptanmalıdır. Diğer yandan, yapımcının imar mevzuatına aykırı yapı oluşturması, ruhsat almaması, proje yapmaması veya hatalı tasdiksiz projeye göre inşaatı bitirmesi tamamen kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Arsa sahibinin inşaatın- sözleşmenin aksine- kaçak yapılmasını istediğine dair dosyada bir belge bulunmamaktadır. İnşaatın mevcut haliyle satın alınmış olması ileride oluşan ve gizli ayıptan kaynaklanan zararların istenmesine engel değildir. Bu tür zararlar zaman aşımı haddi içerisinde her zaman istenebilir (BK. m. 360/son). Esasen arsa sahibinin kabul edilemeyecek derecede kusurlu bir eseri reddetmeye, hatalı imalat sonradan ortaya çıkmış ise bu ayıpların yüklenici tarafından giderilmesini istemeye, inşaat kaçak ve ruhsatsız ise inşaatı yasal hale getirebilmek için (gerektiğinde yıkılıp tekrar yapılması) gerekli masrafların ödetilmesini talebe hakkı vardır. Bu nedenle mahkemece mahallinde keşif yapılarak, uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor alınmalıdır. İnşaatın yasa ve mevzuata uygun hale getirilebilmesi için gerekli masraflar ile gizli ayıp sonucunda ortaya çıkan durumun izalesi için lüzumlu giderler saptanmalı, davalı inşaatı yasal hale getirmeyi ve ayıplı imalatı gidermeyi kabul ettiği takdirde kendisine yetki ve yeterli (makul) bir süre verilmeli,

süre sonunda edimini yerine getirmediği takdirde bilirkişilerce saptanacak miktara hükmetmelidir..."³⁰⁴.

3.6. Vadeden Önce Eserin Ayıplı Olacağına Anlaşılması Üzerine İş Sahibinin Hakları

Yukarıdan beri açıkladığımız TBK. m. 475'deki seçimlik haklara ilişkin ayıba karşı tekeffül düzenlemesi, vade tarihinde veya bu tarihi geçirip temerrüde düştükten sonra yüklenicinin teslim ettiği ayıplı eserlere ilişkindir. Fakat bazen henüz eser imal edilirken ve vadeden önce eserin tamamlandığında ayıplı olacağı anlaşılmış olabilir. Örneğin, inşaatı yaparken yüklenicinin bozuk malzemeler kullandığının tespit edilmesi böyledir. İşte bu durumlarda, kanun iş sahibine işin bitmesini ve vadenin gelmesini bekleyip eseri teslim aldıktan sonra ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmak zorunda bırakmamak için, özel bir hükümle özel imkanlar sağlamıştır: TBK m.473/f.2 hükümlerine göre, iş sahibi böyle bir duruma müdahale ederek bazı haklarını vadeden önce kullanabilecektir. Belirtelim ki aynı maddenin 1. fıkrası, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işin yürütülmesini geciktirmesi yahut bir sebeple işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması üzerine, iş sahibine vadeden önce (erken) bir sözleşmeden dönme hakkı sağlamaktadır. Ancak konumuza ilişkin olan bu hüküm değil, aynı maddenin ikinci fıkrasıdır.

Bu düzenlemeye göre, eserin yüklenici tarafından meydana getirilirken, "yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere yükleniciye uygun bir süre vererek veya verdirerek, ayıp veya aykırılığı gidermezse, hasar veya zararları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ona ihtarda bulunabilir". Kanununun bu maddesinden anlaşıldığı üzere iş sahibince vadeden önce eserin ayıplı olacağı anlaşılması üzerine kendisine bazı haklar tanınmıştır. Bu durumda iş sahibi eserin ayıplı olarak imal edilip teslim edileceğini anlamış olacaktır.

³⁰⁴ Y. 15.HD., 24.11.2004, E.2004/1320, K.2004/5987 sayılı kararı, 12.04.2011 <www.kazancı.com/khoz/ibb/files/15hd-2004-5987.htm>

İş sahibi eserin vadeden önce eserin ayıplı olacağını kesin bir şekilde anlarsa, yükleniciye bu tehlikenin giderilmesi için uygun bir süre vererek bu tehlikenin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Şayet iş sahibince verilen bu ek süre sonunda, yüklenici ayıp tehlikesini ortadan kaldıramadıysa, bu tehlike hala devam ediyorsa hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere iş sahibi işin üçüncü kişi tarafından yapılabileceğini yükleniciye ihtar edebilecektir. Belirtmek gerekir ki yüklenici iş sahibine açıkça bozukluğu gideremeyeceğini beyan etmiş ise iş sahibinin bir süre tayin etmesine gerek yoktur³⁰⁵.

İş sahibinin bu hükümden yararlanabilmesinin ilk şartı, yüklenicinin yapacağı eserin ayıplı olacağını kesin olarak anlaşılmasıdır³⁰⁶. Örneğin, yapılmakta olan inşaatın izinsiz olarak yapılması, ısı yalıtımının kararlaştırılan şekilde yapılmaması inşaatı eksik çimento kullanılmasında durum böyledir. Fakat iş sahibinin, yüklenicinin eseri meydana getirirken eksik beton kullanılacağına dair söylentiler duyması ve bu söylentilere dayanarak bu imkana başvurması mümkün değildir³⁰⁷.

İş sahibinin bu maddeden yararlanabilmesinin ikinci şartı ise kanun metninde belirtildiği üzere yüklenicinin kusurunun bulunmasıdır. Burada da TBK. m. 112'de belirtilen ispat yükünün borçluya ait olacağı kuralı burada da geçerlidir³⁰⁸. Yüklenici kusursuzluğu ispat etmelidir. Yüklenici kusursuzluğunu ispat etmez ise iş sahibi, yükleniciyi kusurlu sayabilir ve haklarını kullanabilir. Yüklenici kusurunun olmadığını ispat ederse, iş sahibi vadeyi bekleyerek ifa gerçekleşince ayıba karşı tekeffülün kusura bağlı olmayan hükümlerine yani bedel indirimi hakkına başvurabilecektir³⁰⁹.

Üçüncü olarak da iş sahibi ayıp tehlikesini ortadan kaldırması için yükleniciye uygun süre vermelidir. Verilen bu süre kararlaştırılan vade süresini değiştirmeye neden olmamalıdır, yani vade süresini uzatmamalıdır³¹⁰. Yüklenici eserdeki ayıbı giderirken eser üzerindeki çalışmalarına da devam etmelidir ki eseri vadeye yetiştirebilsin. İş sahibi, yükleniciye ek süre verirken ayıbı gidermez ise ya da

³⁰⁵ Seliçi, a.g.e. s. 119.

³⁰⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

³⁰⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

³⁰⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

³⁰⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 168.

³¹⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, a.168.

ayıbın giderilmesi için gerekli önlemleri almaz ise eserin yapımının başka birine devredileceğini de yükleniciye ihtar etmesi gerekir³¹¹. Yani iş sahibi, yükleniciye ek süre verirken ayıbı gidermediği takdirde işin üçüncü kişiye tevdi edileceğini de ihtar etmelidir, süresi geçtikten sonra yapılan ihtar geçersiz olacaktır. İş sahibi, ihtarda bulunurken ayıplar giderilmediği takdirde üçüncü kişiye tevdi edileceğini belirtmez ise ve yüklenici verilen sürede ayıpları önlemek için gerekli önlemleri almaz veya ayıbı gidermez ise, iş sahibi üçüncü kişiye tevdi masraflarını TBK. m. 125'e göre müspet zarar kapsamında talep edebilecektir. İş sahibinin verdiği süreye rağmen borcunu yerine getirmeyen yüklenici temerrüde düşeceğinden iş sahibi bu gecikmeden dolayı, yükleniciden tazminat isteme hakkına sahip olacaktır. İş sahibinin, yükleniciye yapacağı ihtar açık bir şekilde anlaşılır olmalıdır ki, yüklenici kendisine verilen sürede aykırılığı ortadan kaldırmadığı takdirde ne gibi sonuçlarla karşılaşabileceğini bilsin.

Eğer ki yüklenici kendisine tanınan sürede ayıp tehlikesini ortadan kaldıramaz ise iş sahibi TBK. m. 113/f.1 hükmünde belirtildiği gibi hakimden izin alarak işi başkasına tamamlayabilir ve bu yüzden uğradığı bütün zararları yükleniciden isteyebilir. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu. m. 473'de belirtilmemiş olsa bile iş sahibi, masrafi yükleniciye ait olmak üzere ayıbı bizzat kendisi de giderebilir.

İş sahibi TBK m. 113/f.1 uyarınca hakimden izin almaksızın ihtara rağmen ayıbı gidermeyen yüklenici yerine ikinci yüklenici ile sözleşme yaparak ayıbı gidermiş ise ancak bu masrafları bizzat yaptığında ve miktarını ispat ederek ilk yükleniciden tazminat isteyebilir. Gene, bu onarım masraflarının makul ve kaçınılmaz olduğu da ispatlamalıdır.

İş sahibinin ayıbın giderilmesini üçüncü şahsa tevdi edebilmesi için öncelikle yapılan işin yüklenicinin şahsına bağlı bir edim olmaması gerekmektedir, bu nedenle eserde yüklenicinin sanatsal ya da bilimsel yeteneğinin önemli olduğu eserlerin meydana getirilmesinde eserdeki ayıpların giderilmesi üçüncü bir kişiye tevdi edilmez³¹². Fakat bu hakkın iş sahibi lehine bir hak olduğunu düşünürsek, iş sahibi bu hakkından feragat ederek işi üçüncü bir kişiye tevdi edebilir.

³¹¹ Şenocak, a.g.e. s. 191.

³¹² Şenocak, a.g.e. s. 199.

İş sahibini, ayıbın giderilmesi işini üçüncü bir kişiye tevdi edince, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında asıl yüklenici ile yapılmış eser sözleşmesinden bağımsız yeni bir eser sözleşmesi meydana gelecektir. Buna bağlı olarak da iş sahibi, bu yeni yükleniciye (üçüncü kişiye) ücret ödeme borcu altına girecektir ve yine eser sözleşmesinden kaynaklanan bütün haklara da sahip olacaktır. Ayıpları gidermek için anlaşılan yeni yüklenicinin ücreti, TBK. 113/f.1 uyarınca diğer (ilk) yüklenici tarafından karşılanacaktır. İş sahibinin ilk yükleniciye eserin yapımı için ödeyeceği ücret, sözleşmede kararlaştırılan ücrettir, eserin onarım masrafları sebebiyle üçüncü kişiye ödenecek ücret iş sahibinde yüklenemez. İlk yüklenicinin, üçüncü kişiye ayıbın onarım masrafını ödeme borcu, iş sahibinin üçüncü kişiyle sözleşme yaptığı anda doğar. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme yoktur.

Üçüncü kişi yani ayıpların onarmakla görevli olan yüklenici, ayıplı ifade bulunur ise iş sahibi üçüncü kişiye başvurabileceği gibi ilk yükleniciye de başvurabilir. Çünkü TBK. m. 61'e göre zarardan müteselsilen sorumludurlar. Kendisine başvuru yüklenici kusuru oranında diğer yükleniciye rücu edebilir.

Üçüncü kişinin yani ikame yüklenicinin ayıbı gidermesinden sonra eser, ilk yükleniciyle yapılan sözleşmeye göre değeri artmış ise, bu değer ilk yükleniciden talep edilecek masraflardan düşülmelidir³¹³.

Eserin yapımı sırasında ortaya çıkan ayıplar nedeniyle Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) özel hükümler getirmiştir. BİGŞ' ne bağlı işlerde İdare inşaattaki ayıpları, noksanları yükleniciyi devamlı kontrol etmekle yükümlü kontrol mühendisleri tarafından kolayca sağlamaktadır. BİGŞ' ninin 22. Maddesinde de belirtildiği üzere, kontrol teşkilatı yüklenicinin yaptığı işin eksik, hatalı, kusurlu olduğunu, malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren belirtiler ve kanıtlar görürse gerek inşaat yapılırken gerekse kesin kabule kadar olan sürede, inşaattaki kusurların incelenmesi ve belirlenmesi gerekli görülen yerlerin kazılmasını veya yıkılıp tekrar yapılmasını yükleniciye tebliğ eder. Yapılacak olan inceleme kural olarak yüklenici veya vekili ile birlikte yapılır. Fakat tebligata rağmen yüklenici veya vekili gelmezlerse kontrol teşkilatı gıyaplarında incelemeyi yapar ve durumu bir

³¹³ Şenocak, a.g.e. s. 206.

tutanakla tespit eder. Bu incelemenin sonunda inŒaatta noksan ve bozukluklar ortaya çıkarsa ve noksanların, bozuklukların yüklenicinin kursundan kaynaklandığı belirlenirse sorumluluk yükleniciye ait olur. Aksi halde genel hükümlere başvurulur. Sorumluluğun yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu, malzemesi kötü işlerin bedelleri yükleniciden tahsil edilir.

4. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİNİN BAŞKA SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE YARIŞMASI

4.1. Genel Borca Aykırılık Hükümleri İle Yarışması

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu TBK. m. 112'de düzenlenmiş bulunan, gereği gibi ifa etmeme yani kötü ifa sorumluluğunun özel olarak düzenlenmiş bir türü niteliğindedir. Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler, gereği gibi ifa etmemenin şartlarını ve sonuçlarını özel olarak düzenlemektedir. Bu durumda iş sahibinin ayıplı ifa durumunda ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında genel hükümlerde yer alan gereği gibi ifa etme sorumluluğuna ilişkin hükümlere dayanıp dayanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Borçlu borcunu ifa etmiş olmakla beraber borcunun ifasını gereği gibi yapmamış olabilir. Böyle bir durumda alacaklı konumunda olan iş sahibi borca uygun olmayan ifayı reddedebilir. Fakat bazı durumlarda ifanın kötü olmasına rağmen alacaklının ifayı reddetme imkanı olmayabilir veya reddetmek istemeyebilir.³¹⁴ Örneğin TBK. m. 475 bazı ayıpların ifayı reddetmeye gerekçe olamayacağını düzenlemiştir, eser sözleşmesinde 475/1'e göre iş sahibi kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği kabul edemeyeceği ayıplar bulunmadıkça sözleşmeden dönemez yani iş sahibi kabulü beklenemeyecek kadar büyük ayıplar olmadıkça eseri kabule mecbur tutulmuştur. Sözleşmede taraflar da bazı ayıpların ifadan kaçınmayı değil tazminat ödeme sebebi oluşturacağını kararlaştırmış da olabilirler³¹⁵.

Bazı durumlarda ifaya iş sahibinin katılması gerekmez böyle durumlarda ortada temerrüt mü yoksa ayıplı ifa mı olduğu maddi olarak değerlendirme sonucu ortaya

³¹⁴ Oğuzman/ Öz, a.g.e. s. 318.

³¹⁵ Oğuzman/Öz, a.g.e. s. 318 Bkz. 136.dpnot.

çıkabilecektir³¹⁶. Örnek olarak, iş sahibinin arsasında bina inşası borcunda, son kat yapılmamış veya bazı duvarlar henüz örülmemiş ise ifanın henüz gerçekleşmemesi söz konusu iken; sadece doğramalar yapılmamış ise veya döşemede eksiklik var ise, ayıplı ifa söz konusudur³¹⁷. Birinci durumda borçlu temerrüdü hükümlerine ikinci durumda ise ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması gerekecektir. İşin niteliği gereği de iş sahibi ayıplı ifayı reddederek temerrüt hükümlerine başvuramayacaktır.

Yüklenicinin yaptığı eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmaması yani eserin ayıplı olması durumunda yüklenicinin temerrüdünden ya da borcun imkansızlığından bahsedilemez³¹⁸.

Eser sözleşmesinde ayıplı ifa haline ilişkin BK.da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu özel düzenlemeye rağmen borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere dayanılıp dayanılmayacağı tartışmalıdır³¹⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ımız TBK. m.112'e dayanılabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın verdiği kararlara bakılınca anlaşılan şudur ki, eğer ki iş sahibi eserin ayıplı olmasına rağmen muayene ve ihbar yükümlüklerini yerine getirmemişse TBK. m.112'e başvurulabilecektir. Fakat borca aykırılığa ilişkin özel hüküm niteliğinde olan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına giren durumlarda genel hükümlere gidilmesi doğru değildir³²⁰. Zaten eser sözleşmesine ilişkin 475. madde iş sahibine özel bir tazminat isteme hakkı düzenlemiştir, bu sebeple TBK. m. 112'ye başvurulamaz. Yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre değil genel hükümlere göre tazminat istemek söz konusu olacaktır³²¹.

³¹⁶ Oğuzman/Öz, a.g.e. s.318, bkz. 136.dpnot.

³¹⁷ Öz, İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 212.

³¹⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e. s.318-319.

³¹⁹ Oğuzaman/Öz, a.g.e. s. 320.

³²⁰ Oğuzman/Öz, a.g.e. s. 320, bkn. 144.dipnot.

³²¹ Yavuz Nihat, a.g.e. s.127

4.2. Hata Hükümleri İle Yarışması

Hata, tarafların iradeleri ile beyanları arasında istenilmeyerek meydana gelmiş bulunan uygunsuzluk halidir³²². Hata halinde iradesini yanlış beyan eden taraf ile karşı tarafın iç iradesini bilme imkanı olmayan tarafın, sözleşmeden sağlamak istediği yararlar çatışmaktadır³²³.

Her sözleşmede olduğu gibi eser sözleşmesini de hata (yanılma) ile yapmış olan taraf yanlış olduğunu öğrendiği andan başlayarak 1 yıl içinde (iradesi sakat olan taraf) sözleşmeden dönebilir böylelikle sözleşme baştan itibaren hiç kurulmamış gibi etkisizleşir. Fiilen yapılmış olan eser için oransal bedel ödenmesi istenemez³²⁴. Tasfiye, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümlerine göre yapılır.

İrade fesadı halleri ve bunun içinde kalan hata yani yanılma hali sözleşmenin kurulmasında bir noksanlığı ifade eder. İş sahibinin, teslim sonucu elinde bulundurduğu eserin bozukluğu iş sahibinin eserden beklediği sonuç bakımından hataya düşüğünü gösterir³²⁵. Bu durum haliyle sözleşme kurulurken mevcut değildir. Noksansız bir eser teslimi ileriye yönelik sonuç doğuracak bir olgudur. Ve ileriye yönelik yani bu olgu TBK. m. 31/5 kapsamında hata olarak kabul edilemez. Geleceği ilişkin önceden öngörülebilir nitelikte ise bunları hata kavramının kapsamına alabiliriz. Buna karşılık sözleşme yapıldıktan sonra şartların önemli ölçüde değişmesi hata sayılmaz³²⁶. Bu gibi durumlarda sözleşme değişen koşullara uyarlanmalıdır.

Teslim edilen eserin ayıplı olması aynı zamanda hata olarak kabul edilebilir fakat bu durumda haklar arasında yarışma söz konusu olacaktır. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hata hükümlerine göre özel nitelikte hükümler olduğu söylenemez³²⁷. Böyle bir durumda iş sahibi dilerse hata hükümlerine başvurulabilir.

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesinin koşulu muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır.

³²² Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 19. Bası, İstanbul, 2006, s. 98.

³²³ Reisoğlu, a.g.e. s. 98.

³²⁴ Öz, İnşaat Hukuku, s. 41.

³²⁵ Uçar, a.g.e. s. 84.

³²⁶ Uçar, a.g.e. s. 85.

³²⁷ Uçar, a.g.e. s. 85.

Fakat iş sahibi hata hükümlerine başvurmak isterse bu tür külfetleri bulunmamaktadır. Bu sebeple de eğer ki iş sahibi bu külfetleri yerine getirmemiş veya getirememiş ise ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağından hata hükümlerine öngörülen süre içinde başvurabilecektir.

İnşaat yapımının söz konusu olduğu eser sözleşmelerinde esaslı şekilde hata oluşturacak olaylara genellikle iki şekilde rastlanmaktadır:

Bunlardan ilki, yüklenicinin inşaatın maliyetini hesaplaması sırasında hata yaparak bu sebeple sözleşmeyi iptal etmek istemesi ve bu nedenle iş sahibini pazarlığa zorlamasıdır³²⁸. Fakat burada dikkat edilmesi gereken şudur ki, yüklenici burada basiretli tacir konumundadır ve bu sebeple de hesaplama hatasına düştüğünün ispatı oldukça zordur. Fakat bazı dış unsurlar nedeniyle makul görülebilecek yanlışmalarda, yanlışmanın fark edilmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşme iptal edilebilir³²⁹.

İkincisi ise, yapılacak olan inşaatın imar mevzuatına aykırı olmasına rağmen uygun sanılarak yanılmadır³³⁰. Yüklenici yanılarak imar mevzuatının izin vermediği bir inşaatı yapacağını iş sahibine taahhüt etmiş ise hata sebebiyle iptale gerek olmadan sözleşme butlan sebebiyle sözleşme kurulması anından itibaren geçersiz sayılacaktır, bu sözleşme baştan itibaren ölü doğmuştur ve hiçbir hukuki sonuç meydana getirmeyecektir çünkü burada hukuki işlemin konusu hukuka aykırıdır. Bu sebeple de iptaline zaten gerek yoktur. Yüklenici İmar mevzuatının izin vermediğini bilerek iş sahibine böyle bir taahhütte bulununca iş sahibinin menfi zararını yani hukuki işlemi geçerli zannetmesinden doğan zararını ödemekle yükümlüdür.

TBK. m. 31/2 " Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir"demektedir bu maddeye göre sözleşmeden ve ekinden hesap hatası fark ediliyorsa tarafların gerçek istediklerine göre sözleşme yapılmış gibi sonuç doğurur.

³²⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 42.

³²⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.42.

³³⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 42.

Sonuç olarak hata hükümleri sadece szleŖme kurulduğu anda mevcut bir durumun bilinmemesi veya yanlış bilinmesi halinde uygulanacaktır. Geleceėe iliŖkin beklentilerde uygulanmaz.

5. ZAMANAŞIMI

Hukuk sistemimizde zamanaşımı kazandırıcı ve düşürücü zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılır. Borcun zamanaşımına uğraması sebebiyle borç sona ermez sadece alacaklının dava yolu ile alacağını elde etme olanağı ortadan kalkar. Bu halde zamanaşımına uğramış bir borç ifa edilebilen buna karşılık dava edilemeyen eksik borç niteliğindedir³³¹.

TBK. m. 146'e göre, "Kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir". Yine 6098 Sayılı Borçlar Kanunumuzun 147. maddesi beş yıllık zamanaşımına tabi alacakları düzenlemiştir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunumuzun 478. maddesinde iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları, taşınır veya taşınmaz haklar yönünden farklı zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuştur. BK m. 478'e göre, "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş ise, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

818 Sayılı Borçlar Kanunumuzun 363. maddesinde yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin sahip olduğu hakları alıcının tabi olduğu zamanaşımı hükmüne tabi kılmıştır. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ise ayıplı mal teslim edilen alıcının, ayıptan doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine yollama yapılmak yerine, çeşitli olasılıklar ve eserin niteliği göz önünde tutularak, her birinin tabi olduğu zamanaşımı süresi ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yüklenicinin, eseri ayıplı olarak meydana getirmesinde ağır kusuru yani kastı ya da ihmalinin bulunmaması koşulu ile açılacak davalar, eserin teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıllık, taşınmaz yapılarda ise beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

³³¹ Reisoğlu, a.g.e. s. 369-370.

Yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesinde ağır kusuru varsa bu takdirde açılacak olan davalar eserin niteliğine bakılmaksızın teslim tarihinden başlayarak yirmi yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Eserin ayıplı olması ve iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesiyle TBK. m 475'de düzenlenen seçimlik haklar doğmuş olacaktır. Bu hakların kullanılması bazı sürelerle sınırlandırılmıştır. Yenilik doğurucu haklar tek taraflı irade beyanıyla kullanıldıkları için zamanaşımına tabi değildirler. Yenilik doğurucu hakkı kullanacağını beyan eden taraf bu beyanıyla yenilik doğurucu hakkı kullanmış olur. Yenilik doğurucu hakkın muhatabı karşı taraf ise bu hakkın kullanılması sonucunda ortaya çıkan hukuki sonuca katlanmak zorundadır. İş sahibine tanınan bütün seçimlik haklar için geçerli sürelerin tümü zamanaşımı süreleridir. Sözleşmeden dönme ve bedel indirim hakkı yenilik doğuran haklardır ve bu sebeple bu hakların zamanaşımı süresine değil hak düşürücü sürelerle tabi olması gerekmektedir. Seçimlik haklardan olan onarım hakkı bir alacak hakkıdır ve alacak hakları zamanaşımına tabi olur. Fakat kanun metninden anlaşıldığı üzere iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme ve bedel indirim hakkı da onarım hakkı gibi zamanaşımına tabidir. Hak düşürücü süreler def'i değil itiraz niteliğindedir. Bu süreler hak düşürücü süre olsalar idi def'i değil itiraz niteliğinde olacaklardı.

Bu haklar zamanaşımına bağlandığı için bu sürelerin zamanaşımının durması ve kesilmesi hükümlerine tabi olurlar. Bu seçimlik haklar hak düşürücü süreye bağlansalardı kesilme ya da durma bu sürelerde söz konusu olmayacaktı. Hak düşürücü sürelerin yasada ya da sözleşmede belirtilen süre içinde kullanılması gerekir aksi halde hak düşürücü süreleri kullanma şansı sona erer. Hak düşürücü sürede, süre biriminde hak ortadan kalkar ve hak düşürücü sürenin bittiğini hakim kendiliğinden dikkate alır zamanaşımı süresini ise hakim kendiliğinden dikkate almaz. Zamanaşımı def'i yüklenici tarafından ileri sürülmedikçe hakim bunu değerlendirmeyecektir.

Zamanaşımı süreleri eserin tesliminden sonra başlayacaktır. İş sahibinin arsasına yapılan inşaatlarda fiili teslim yerine, yüklenicinin işi tamamladığını

bildirmesi ve taşınmazı iş sahibine bırakması teslim anlamındadır³³². Bu nedenle burada zamanaşımı süresi yüklenicinin taşınmazı ifa kastıyla iş sahibine bırakmasıyla zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu m. 8/1, bu kanuna tabi inşaat sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklar bakımından zamanaşımı süresi kesin kabul tarihinden başlamaktadır. DİK ve buna tabi sözleşmelere uygulanacak BİGŞ hükümlerindeki kesin kabul, yapının tesliminin değil ayıpsız olarak kabul edildiği beyanının karşılığı olduğundan, BK' nun ayıba karşı zamanaşımını daima teslimden başlatan kuralına aykırıdır³³³.

Taşınmaz inşaat bir ticari iş olsa bile TTK m. 25/b.4 de belirtilen ticari satımlardaki 6 aylık ayıba karşı tekeffül zamanaşımı burada uygulanmayacaktır, burada da taşınmaz yapılara ilişkin 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Yine aynı şekilde ticari iş dahi olsa, eserin ayıplı olmasında yüklenicinin ağır kusuru var ise buradaki zamanaşımı süresi 20 yıldır.

TBK. m.147/6, yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuru ile hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacakların 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu düzenlemiştir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere "yüklenici yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemiş ise" kural olarak buradaki zamanaşımı süresi TBK. m. 146'daki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak yeni kanunda, ağır kusurla ayıplı eser ifa edilmiş ise özel bir uzun süre getirilmiştir. Yüklenici "ayıplı bir eser meydana getirmiş" ve ayıplı eserin meydana gelmesinde ağır kusurunun bulunması halinde TBK. m. 478'deki 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Yüklenicinin yükümlülüklerinin ayıplı ifa dışında hiç veya gereği gibi ifa etmemesi şeklinde borç ihlallerine örnek verecek olursak, yüklenicinin, kusurlu olarak ifa imkansızlığına uğraması veya temerrüde düşmesi halinde tazminat borcu 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Şayet bu imkansızlıkta veya temerrütte ağır kusuru varsa, bu kez de süre 10 yıla uzayacaktır (ayıptaki ağır kusur gibi 20 yıla değil)

³³² Öz, İnşaat Hukuku, s. 189.

³³³ Öz, İnşaat hukuku, s. 190.

TBK. m. 147. ve 146. maddelerde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceğini belirtmiştir bu sebeple m. 147/6'daki 5 yıllık zamanaşımını ve ağır kusur halinde uygulanacak m. 145'deki 10 yıllık zamanaşımını taraflar sözleşme ile uzatıp kısaltamazlar³³⁴. Fakat bunlar ayıba karşı tekeffül zamanaşımları ile ilgisizdir. Fakat ayıba karşı tekeffülde uygulanacak TBK. m. 478'de düzenlenen zamanaşımı süreleri tarafların anlaşması ile uzatılıp kısaltılabilir ve taraflar sözleşmede zamanaşımının başlangıç süresine dair düzenleme yapabilirler³³⁵.

Sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve onarım hakkı gibi tazminat alacağı da zamanaşımına uğrar.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında ödenen ücretin ya da ödenmiş ücretten fazla olan kısmın iadesine ilişkin taleplerde bu zamanaşımı sürelerine tabidir.

Borcun zamanaşımına uğramasıyla borç sona ermediğinden sadece borcun dava edilebilirliği ortadan kaktığından iş sahibi bu zamanaşımı sürelerinin geçmesine rağmen borcun varlığını ileri sürebilir. Fakat iş sahibi artık zamanaşımına uğramış bu borcu elde edebilmek için dava açamaz, iş sahibinin zamanaşımına uğramış bir borcu dava etmesi durumunda yüklenici zamanaşımı def'i ileri sürerek edimi yerini getirmekten kaçınabilir. Zamanaşımına uğramış olsa da borç hala varlığını koruduğundan yüklenici bu borcu iş sahibine verir ise verdiği bedelin zamanaşımına uğramış olduğunu beyan ederek iadesini talep edemez.

İş sahibi, zamanaşımına uğramış ve para alacağı olan borcunu yüklenicinin aynı sözleşmeden doğan bir alacağı ile takas edebilir³³⁶.

³³⁴ Öz, İnşaat Hukuku, s. 191.

³³⁵ Şenocak, a.g.e. s. 241.

³³⁶ Şenocak, a.g.e. s. 240.

SONUÇ

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Bu sözleşmede yüklenici eseri sözleşmede kararlaştırılan vasıflarda imal etme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. İş sahibi ise yüklenicinin imal edip teslim ettiği eser karşısında bedel ödeme borcu altına girmektedir.

Kanunda tanımı yapılmayan eser kavramının içeriğine neler girdiği konusu, doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte TBK. m. 470'de belirtilen eser kavramı sadece eşyayı biçimlendiren ya da değiştiren durumlar ile kullanmak ve maddi varlığı olan şeyler ile sınırlamak doğru değildir. Maddi olmayan varlıkların da maddi bir varlıkla beraber somutlaşmaları, bağımsız hukuki bir varlığa sahip olmaları ve iktisadi bir değer taşımları koşuluyla eser olarak kabul edilmesi gerekir. Öncelikli olan yüklenicinin, iş sahibine taahhüt ettiği şeyi imal edip teslim etmiş olmasıdır. Meydana getirme kavramı ise sadece yoktan var etme anlamında değil aynı zamanda da ortadan kaldırma ve tahrip etme gibi olumsuz nitelikteki eylemleri de kapsamaktadır.

Eser sözleşmesinin geçerliliği kural olarak TBK. m. 12 uyarınca kanunda açıkça belirtilmedikçe herhangi bir şekle tabi değildir, tarafların zımni irade beyanlarıyla da kurulabilir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi, iş sahibi ve yüklenicinin sözleşmeyi özel bir şekle tabi kılması, diğeri ise, sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının kanunun öngörmesidir.

Eser sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi mi yoksa ani edimli bir borç ilişkisi mi olduğu konusunda, iş sahibi açısından sözleşmenin ifa anı, eserin yüklenici tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslim anı olduğundan kural olarak eser sözleşmesinin, ani edimli bir borç ilişkisi kabul edilmelidir.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için öncelikle; eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması ve teslim edilen bu eserinde ayıplı olması gerekir. Eserdeki ayıp; " eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında eksiklik" ve "eserin zorunlu unsurlarında eksiklik" olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Eserin ayıplı olmasının yanında iş sahibinin eseri teslim aldıktan sonra uygun bir süre içinde eseri muayene edip tespit ettiği ayıpları herhangi bir şekilde tabi olmaksızın yükleniciye bildirme yükümlülüğünü yerine getirmelidir. İş sahibi, kural olarak eserin muayenesini uzman bir kişiye yaptırmak zorunda değildir fakat dilerse muayeneyi kendi seçtiği bir uzmana ya da mahkeme tarafından atanacak bir uzmana yaptırabilir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için geçerli olması halinde, kanuni külfetleri yerine getiren iş sahibine TBK. m. 475. uyarınca eserdeki ayıpların önemine göre; sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi ya da onarım hakkı isteme seçimlik hakları tanınmıştır. Bu hakların yanında, iş sahibinin bu haklarını kullanmasına rağmen karşılanamayan ayıp sonucu ortaya çıkan zararı var ise bu zararlarını genel hükümlere göre isteyebilme imkanı getirilmiştir. İş sahibine tanınan bu seçimlik haklar emredici nitelikte olmayıp TBK. m. 115'e aykırı olmamak kaydıyla taraflarca kararlaştırılabilir.

İş sahibine ayıba karşı tekeffülden doğan haklar yanında genel hükümlere başvurma hakkı tanınmamalıdır. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümler özel olarak düzenlenmiştir. Burada ki düzenleme ile iş sahibine tanınan haklar TBK. m.112'de getirilen imkandan daha elverişlidir. Buna nazaran yüklenici içinde genel hükümlere nazaran daha ağır sorumluluk düzeni getirilmiştir. Yüklenici için ağır sorumluluk getiren ve iş sahibi için ise elverişli bir durum ifade eden bu durum karşısında muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi esas kabul edilmiştir. İş sahibi bu külfetlerini yerine getirdiği takdirde TBK.'nun 475. maddesinden yararlanabilecektir. Borca aykırılığın eserdeki ayıp şeklinde ortaya çıktığı durumlarda TBK. m. 112'ye göre talep edilebilecek ifa etmeme tazminatının ayıba karşı tekeffül hükümleri içinde eridiği ve özel hükümlere tabi olduğu kabul edilmelidir.

Sözleşmeden dönme hakkı, eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları içerisinde sonuçları itibariyle, yüklenici bakımından en ağır olduğundan eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek durumda olması ve aynı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması halinde iş sahibinin bu hakkını kullanılabileceği düzenlenmiş, böylelikle iş sahibin sözleşmeden dönme yoluna başvurması bu özel şartlar ile sınırlandırılmıştır.

İş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı ile sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Böylelikle henüz yerine getirilmemiş sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler ortadan kalkacak, yerine getirilmiş edimlerin ise geri iadesi gerekecektir. Böylelikle tarafları birbirinden olan alacakları sona erer, daha önceden ifade bulunmuşlarsa geri verme yükümlülükleri doğar. Yüklenici ücreti almış ise faiziyle birlikte iade edecek, iş sahibi de eseri ondan elde ettiği yararlarla geri verecektir.

İş sahibinin bedel indirimi seçimlik hakkını kullanabilmesi için, teslim edilen ayıplı eserin değerinin, sözleşmede kararlaştırılan ve ayıplı olmayan eserin değerinde objektif olarak daha düşük olması ve ayıbın varlığına rağmen eserin, az çok değer taşıması gerekmektedir. Eserdeki ayıp, eserin değerini tamamen ortadan kaldırıyorsa iş sahibi bedel indirimi hakkını kullanmalıdır. Çünkü bedel indirimi hakkının amacı; ayıplı eser ile ücret arasındaki dengenin yeniden sağlanmasıdır.

İndirilecek ücretin hesabında kullanılan yöntem nisbi metottur. Bedelin indirilmesinde kullanılabilecek başka yöntemler olsa da nisbi metot, taraflar arasındaki dengenin sağlanması ve işin taraflara sağladığı karlılık derecesinin korumasından dolayı hakkaniyete daha uygun düştüğünden bu yöntem tercih edilmektedir. Bu yöntem gereği, sözleşme konusu eser ayıpsız olsa idi taşıyacağı tahmini değer ile gerçekte ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasındaki oran bedele uygulanır ve fark indirilir.

Onarım hakkı, satım sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde kabul edilmiştir. Bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafa yol açmaması, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekmektedir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların yanında iş sahibine, seçimlik hakkını kullanmasına rağmen karşılanamayan ayıp sonucu ortaya çıkan bir zararı var ise genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı tanınmıştır. İş sahibinin bu haklarından yararlanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması ve ortaya çıkan zararının ayıp sonucu ortaya çıkan bir zarar olması gerekmektedir. yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak eserin teslimi geciktirmesi, özem yükümlülüğüne aykırı davranması veya eserin kullanılması hakkında iş sahibinin uyarılmamasından kaynaklanan zararlar ayıp sebebiyle uğranılan zararlar değildir. 6098 sayılı Borçlar Kanununun getirilen düzenlemenin, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmak yerine doğrudan genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği görüşünü desteklediği söylenebilir.

Eserin ayıplı olmasının, iş sahibinin (yüklenicinin uyarısına rağmen) talimatından doğması, iş sahibinin sağladığı malzeme ve arsanın ayıbından doğması halinde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır. Fakat burada yüklenicinin, iş sahibine oranla uzman olduğu düşüncesiyle yükleniciye, iş sahibini uyarma yükümlülüğü getirilmiştir.

Eserin ayıplı olduğunun iş sahibince bilinip buna rağmen kabul edilmesi halinde de iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması zamanaşımı sürelerine bağlanmıştır. İş sahibi bu süreleri geçirmesi halinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır. TBK m. 478'e göre zamanaşımı süresi taşınır eserler için iki yıl, taşınmaz eserler için ise beş yıldır. Eserin ayıplı olmasında yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde zamanaşımı süresi yirmi yıldır.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork. "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Tutumu Üzerine, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:6, Sayı:9, 1972.

AKGÜNDÜZ, Ahmet/Cin, Halil. Türk Hukuk Tarihi, Cilt.2, İstanbul, 1990.

ARAL, Fahrettin. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

ARAL, Fahrettin. Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara, 1985.

AYAN, Serkan. İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.

BAŞARA, İzzet. Eser (İstisna) Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Adalet Dergisi, Sayı:34, Mayıs, 2009.

Becker, H. (İstisna) Sözleşmesi 2, Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 4, Ekim, 1983.

BİLGE, Necip. Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.

BURCUOĞLU, Haluk. Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Gerekli Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990.

CANBOLAT, Ferhat. İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

DALAMANLI, Lütfü. Borçlar Hukuku Davaları, Ankara, Eda Matbaacılık, 1988.

DAYINLARLI, Kemal. İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 2003.

DAYINLARLI, Kemal. İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara, Sistem Ofset Matbaası, 1986.

DUMAN, İlker Hasan. Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2006.

EDİS, Seyfullah. Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, No:183, 1963.

GÖKYAYLA, Emre. Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat Ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Sayı:1, Ocak 2002.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

GÜRPINAR, Damla. Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması Ve Eksiltilmesi, İzmir, Güncel Yayınevi, 2006.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara, 1997.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:4, Beta Yayınları, 1992.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:3, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.

KARATAŞ, İzzet. Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınları, 2009.

KOSTAKOĞLU, Cengiz. İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.

OLGAÇ, Senai. İstisna Akdi, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977.

OLGAÇ, Senai. Kazai ve İلمي İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaacılık, 1977.

OLGAÇ, Senai. Türk Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, c.2, 2. Baskı, Ankara, 1970.

ÖZ, M. Turgut. İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Yamaner Yayıncılık.

ÖZ, M. Turgut. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1989.

ÖZ, M. Turgut. Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet. Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 6. Bası, 2007.

REİSOĞLU, Safa. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 19. Bası, 2006.

SELİÇİ, Özer. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

SELİMOĞLU, Engin. Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Faruk Erem Armağan'ı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 8, 1999.

SEROZAN, Rona. Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2002.

SEROZAN, Rona. Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

ŞAHİNİZ, Salih. Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

ŞENOCAK, Zarife. Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, 2. Bası, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1984.

TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, C.2, İstanbul, 1989.

- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP, Atilla. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974.
- TURANBOY, Asuman. Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Sorumluluğu, Adalet Dergisi, Yıl:80, Sayı:4, Temmuz-Ağustos 1989.
- UÇAR, Ayhan. İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- UYGUR, Turgut. Açıklamalı-İçtihatlı ‘‘Borçlar Kanunu’’ Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 6, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- YAKUPUR, Sendi. Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009.
- YAVUZ, Cevdet. Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.
- YAVUZ, Cevdet. Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989.
- YAVUZ, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1993.
- YAVUZ, Nihat. Yeni ve Eski Borçlar Kanunu'na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/PETEK, Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 6. Bası, 1998.
- ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.