

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIBIN
GİDERİLMESİNİ İSTEME VE TAZMİNAT TALEP
ETME HAKKI

Nur Banu ESİRCİ

2501151443

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER

İstanbul, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : NUR BANU ESİRCİ Numarası : 2501151443
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER
Tez Savunma Tarihi : 21.08.2019 Saati : 10.00
Tez Başlığı : İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME VE TAZMİNAT TALEP ETME HAKKI

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

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ KÜRŞAD YAĞCI		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ EMRAH KULAKLI		Kabul

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

ÖZ

**İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME VE
TAZMİNAT TALEP ETME HAKKI**

Nur Banu ESİRCİ

"İnşaat Sözleşmelerinde Ayıbın Giderilmesini İsteme ve Tazminat Talep Etme Hakkı" isimli bu tezde, öncelikle yapının ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilmek için gerekli olan şartlar, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller, zamanaşımı ve genel hatları ile iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik hakları incelenmiştir. İkinci bölümde, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından ayıbın giderilmesini isteme hakkı detayları ile ele alınmış olup bu kapsamda hakkın hukuki niteliği, benzer talepler ile karşılaştırılması, özel şartları, ayıbın giderilmesi borcu ve bu borcun içeriği, borcun ifasında temerrüt ve kötü ifası, ayıbın giderilmesine engel olan durumlar ve son olarak ödemezlik def'i üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise ayıplı ifa halinde iş sahibinin genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat hakkı ile bu hakkın kapsamı, talep edilebilecek tazminat kalemleri ele alınmıştır.

Konunun tüm yönleri ile incelenebilmesi için tartışmalı noktalarda doktrindeki görüşlere yer verilmiş, Yargıtay kararlarından faydalanılmış ve gerekli olan yerlerde eski ve yeni kanun hükümleri karşılaştırılmıştır. Son bölümde ise sonuç başlığı altında çalışmadan elde edilen sonuç özetlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmeleri, Ayıp, Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Tazminat Hakkı

ABSTRACT
RIGHT TO REQUEST RECTIFICATION OF DEFECT AND
INDEMNIFICATION IN CONSTRUCTION AGREEMENTS

Nur Banu ESİRCİ

In this thesis named “Right To Request Rectification of Defect And Indemnification in Construction Agreements”, firstly required conditions in order to resort to the liability of the contractor in case of defective construction, circumstances which eliminate the liability of the contractor, statute of limitations and, in general, optional rights of contractee which are arised from defective performance are reviewed. Secondly, right to request rectification of defect which is one of the optional rights of contractee which are arised from defective performance is discussed in detail and in this context the legal nature of the right, the comparison with other similar requests, special conditions, the debt of the rectification of defect and its content, default in performance and circumstances of poor performance, the circumstances that prevented the rectification of defect and lastly the exception of non performance are emphasized. Finally, in the event of defective performance, the contractee’s right to request indemnification according to the general provisions and its content, indemnification items which can be requested are discussed.

In order to wholly analyse the subject, opinions in doctrine is given in the disputed points, the Court of Cassation decisions are used, and old and new law provisions are given comparatively, as required. In the final section, conclusion, the conclusion of this work is summarised.

Key words: Construction contracts, Defect, Right to Rectification of Defect, Right to Indemnification

ÖNSÖZ

“İnşaat Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıbın Giderilmesini İsteme ve Tazminat Talep Etme Hakkı” isimli bu çalışmamızda, inşaat sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan en önemli uyuşmazlık konularından biri olan ayıp konusu incelenmektedir. Bu kapsamda, inşaat sözleşmelerinde ayıp kavramı, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları ile iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan ayıbın giderilmesini isteme ve tazminat talep etme hakları incelenmiş, konuyla ilgili doktrindeki tartışmalara yer verilmiştir.

Bu vesile ile, çalışma süreci içinde bilgilerinden ve görüşlerinden yararlandığım tez danışmanım Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER’e, eğitim hayatım boyunca benden desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen canım Annem Züleyha Akpınar ve Babam Ahmet Akpınar’a, kütüphane çalışmalarım esnasında bana her türlü anlamda destek olan kardeşim Nurefşan’a ve diğer kardeşlerim Nursena ve Zeynep Sultan’a, bu süreçte belki de en stresli zamanlarımda yanımda olan, desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, kendisi makine mühendisi olsa da hukuk dinlemekten sıkılmadan anlamaya çalışıp görüş ve düşüncelerini benimle paylaşan, yönlendirmeleri ile bana ışık tutan, sabrına hayran kaldığım canım eşim Ömer Esirci’ye teşekkür etmek isterim.

Nur Banu ESİRCİ

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIP, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak.....	3
II. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları.....	5
A. Yapının Teslim Edilmiş Olması	5
1. Genel Olarak.....	5
2. Teslimin Şartları	6
3. Teslimin Nasıl Gerçekleştirileceği.....	9
B. Yapının Ayıplı Olması.....	14
1. Genel Olarak.....	14
2. Ayıp Kavramı	15
a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği	16
b. Gerekli Niteliklerin Eksikliği	18
c. Ayıp Türleri.....	20
(1). Hukuki Ayıp – Fiili (Maddi) Ayıp – Ekonomik Ayıp	20
(2). Gizli Ayıp – Açık Ayıp.....	21
(3). Tam Önemli – Daha Az Önemli Ayıp	22
(4). Asli Ayıp – İkincil (Tali) Ayıp.....	23
d. Eksik İfa ve Ayıplı İfa Ayırımı.....	23
C. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesi.....	27
1. Genel Olarak.....	27
2. Gözden Geçirme Külfeti.....	29
3. Bildirim Külfeti.....	34
D. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Hallerin Bulunmaması	43
1. Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilecek Nedenlerden Kaynaklanması	43

2. Yapının Kabulü.....	49
a. Açık Ayıplar Bakımından.....	50
b. Gizli Ayıplar Bakımından	52
E. Zamanaşımı.....	53
III. Genel Olarak İş Sahibinin Ayıplı İfadan Doğan Hakları	56

İKİNCİ BÖLÜM

AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

I. Kavram ve Unsurları	63
II. Hukuki Niteliği, Kullanılması ve Sonuçları.....	64
III. Benzer Talepler ile Karşılaştırılması.....	67
IV. Özel Şartları	68
A. Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması.....	69
B. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf Gerektirmemesi	70
V. Ayıbın Giderilmesi Borcu.....	74
A. Ayıbın Giderilmesi Borcunun İçeriği	75
B. Ayıbı Giderme Masrafları.....	82
1. Kural	82
2. İstisnalar.....	83
C. Ayıbın Giderilmesi Borcunun İfasında Temerrüt ve Borcun Kötü İfası	86
1. Yapıyı Ayıbı Giderilmiş Şekilde Teslim Borcunda Temerrüt.....	87
a. Temerrüdün Şartları.....	87
(1). Yapıyı Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	88
(2). Yükleniciye İhtar Yapılmış Olması	90
(3). Yapıyı Zamanında Teslim Etmemenin Borca Aykırılık Teşkil Etmesi.....	91
b. Temerrüdün Sonuçları	91
2. Yapıyı Ayıbı Giderilmiş Şekilde Teslim Borcunun Kötü İfası	95
3. Ayıbı Gidermeye İlişkin İş Görme Borcunda Temerrüt ve Kötü İfa.....	95
a. Temerrüt	96
b. Kötü İfa.....	98
D. Ayıbın Giderilmesine Engel Olan Durumlar	100
E. İş Sahibinin Ödemezlik Def'i İleri Sürme Hakkı	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAZMİNAT TALEP ETME HAKKI

I. Genel Olarak.....	108
II. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar (Ayıbbı Takip Eden Zarar) ve Ayıp Zararı Kavramları.....	109
III. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı ile Birlikte Tazminat Talep Etme Hakkının Kullanılması	111
A. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kapsamında Tazmini Talep Edilemeyecek Zarar Kalemleri.....	112
B. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kapsamında Tazmini Talep Edilebilecek Zarar Kalemleri.....	113
IV. Tek Başına Tazminat Talep Etme Hakkının Kullanılması	115
V. Tazminat Hakkının Kullanımına İlişkin Şartlar	119
SONUÇ.....	125
KAYNAKÇA	132

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
C.İ.P.	: Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı
com.	: Commercial
Değ.	: Değişik
dn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas(lı)
gov.	: Government
HD.	: Hukuk Dairesi
http.	: Hyper Text Transfer Protocol
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar(ı)
Karş.	: Karşılaştırınız
md.	: Madde(si)
Prof.	: Profesör
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
sy.	: Sayılı
T.	: Tarih(li)
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
tr.	: Turkish Republic
t.y.	: Basım tarihi yok
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YYÜHFD	: Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
www	: World Wide Web

GİRİŞ

Hızla gelişen dünyada, artan nüfus ile yeni konut ve iş yerlerine olan talep de artmaktadır. Günümüzde bu talep artışı yalnızca insanların temel ihtiyaçlarından olan barınma ihtiyacının karşılanmaya çalışılmasından kaynaklanmamaktadır. Bu artışın fazla olmasının bir diğer etkeni ise hiç şüphesiz, ekonomik getirileri dikkate alınarak taşınmaz yapıların yatırım aracı olarak görülmesidir.

İnşaat sözleşmeleri, bu isim altında kanunda açıkça düzenlenmemişse de niteliği itibari ile eser yapımı olarak kabul edildiğinden Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmelerine ilişkin 470 ile 486. Maddeleri, inşaat sözleşmeleri için de uygulama alanı bulmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında bir inşaat yapmayı, bir diğer ifadeyle bir yapı eseri meydana getirmeyi borçlanmaktadır.

Söz konusu bu çalışmamızda ise inşaat sözleşmelerinde ayıp konusu üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda inşaat sözleşmelerinde ayıp kavramı, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları ile iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklardan ayıbın giderilmesini isteme ve tazminat talep etme hakları detaylı olarak incelenecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, inşaat sözleşmelerinde yapının ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmek için gerekli olan şartlara değinilecek, bu kapsamda inşaatın teslimi, ayıp, gözden geçirme ve bildirim külfetleri gibi noktalar üzerinde durulacak ve yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olan kabul, ayıbın iş sahibinden kaynaklanması ve zamanaşımı konuları değerlendirilecektir. İlk bölüm kapsamında ise son olarak iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik hakları olan sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve bedelden indirim isteme haklarına genel hatları ile değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından olan ayıbın giderilmesini isteme hakkına detaylı olarak değinilecektir. Bu kapsamda, ayıbın giderilmesini isteme kavramı, unsurları, hukuki niteliği, benzer talepler ile karşılaştırılması, özel şartları, ayıbın giderilmesi borcu ve bu borcun içeriği,

borcun ifasında temerrüt ve kötü ifa, ayıbın giderilmesine engel olan durumlar ile son olarak ödemezlik def'i üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, ayıbın varlığı halinde iş sahibinin genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat hakkı, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar ve ayıp zararı kavramları, tazminat talep etme hakkının ayıbın giderilmesini isteme hakkı ile birlikte ve tek başına kullanılması halinde talep edilebilecek zarar kalemleri ve son olarak hakkın kullanımına ilişkin şartlar incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE AYIP, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bedel ödeme borcuna karşılık olarak yüklenici, sözleşmede açıkça kararlaştırılan ve çeşidi ile kullanım amacına uygun vasıflara haiz bir yapı meydana getirmek ve bu yapıyı iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Yüklenicinin ayıpsız yapı meydana getirme borcu, yüklenicinin yapıyı teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olup yapıyı meydana getirip teslim etmesine ilişkin aslî yükümlülüğüne onun ayıpsız olarak meydana getirilmesi de dahildir¹.

Yüklenicinin ayıpsız yapı teslimi konusundaki asli edim yükümlülüğünün ihlali ise onun ayıp nedeniyle sorumluluğunu doğuracaktır. Yüklenicinin meydana getirdiği yapı, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımayan ayıplı bir yapı ise yüklenici, edim borcuna aykırı bir davranış içindedir².

Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi, eser sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi özel hükümlerinde ayıptan doğan sorumluluk genel olarak, ifanın şeklen

¹ Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002., s.31-32; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2015, s.547; Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s.78; Turan Şahin, "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2011, s.136; Asuman Turanboy, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1889-1890, s.151; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.160; Kemal Kanber, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, Y.54, 1997, s.37; Seda Öktem, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.80, S.5, 2006, s.1947; Ayhan Uçar, "İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 1997, s. 32.

² Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.128; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.136.

gerçekleşmiş olmasına karşın, bunun hukuken gerekli nitelikte olmaması halinde borçlunun tabi tutulduğu özel sorumluluk hali olarak ifade edilmektedir. Bir tür eser sözleşmesi olan inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, TBK m. 473/f.2, m. 474-478 hükümlerine tabi olmaktadır³.

Eser sözleşmelerinde yüklenici, henüz tasarı halinde düşünülen bir yapıyı meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlenir ve bu eserin ne olacağı da sözleşmede zorunlu olarak belirlenir. Hatta çoğu zaman eserin taşıyacağı nitelikler üzerinde de taraflarca detaylı anlaşma yapılmış olabilir. Ancak her halükârda, yüklenicinin meydana getireceği eser, iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılan ifa menfaatinin karşılamaya elverişli olmalı ve eser, yüklenici tarafından ayıpsız bir şekilde yapılarak teslim edilmelidir⁴.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıplı ifası, inşaatın ayıplı olarak yapılması anlamı taşır. Bu da yüklenicinin sözleşme yapılırken taahhüt ettiği niteliklerin inşaatla bulunmaması veya bu niteliklerin bulunmayacağının anlaşılması ya da önceden kararlaştırılmamış olmasına rağmen dürüstlük kuralı ve ticari doğruluğun bir gereği olarak yapının kendisinden beklenen menfaati sağlamakta kısmen de olsa elverişsiz olması hallerinde söz konusu olur⁵.

Teslim alınan eserde mevcut ayıplar için Türk Borçlar Kanunu, özel bir sorumluluk düzenlemesine yer vermiştir. Bu düzenlemenin amacı, ayıp sebebiyle iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatinin, kanun tarafından sağlanan imkanlarla en uygun şekilde dengelenmesidir. Bu kapsamda iş sahibine, aranan koşulları yerine getirmiş olmak kaydıyla sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve bedelden indirim isteme hakkı tanınmıştır. Bu haklarla birlikte ya da bağımsız olarak iş sahibi, karşılanamayan zarar kalemleri için yüklenicinin kusuruna bağlı olarak genel hükümlere göre tazminat da talep edebilmektedir⁶.

³ M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 3. Basım, Vedat Kitapçılık, 2016, s.191.

⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.128.

⁵ Öz, **İnşaat**, s.192.

⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.129.

II. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi ve iş sahibinin ayıp karşısındaki haklarını kullanabilmesi için yapının ayıplı olması, tek başına yeterli değildir. Ayıp karşısında yüklenicinin sorumluluğuna gidilerek iş sahibinin sahip olduğu hakları kullanabilmesi için belirli şartların varlığı aranmaktadır.

TBK m. 474/f.1’de; “*işsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*” denilmektedir. Hükümden anlaşıldığı üzere iş sahibi lehine kanunda tanınan hakların kullanılabilmesi için; 1) inşaatın teslim edilmiş olması; 2) inşaatın ayıplı olması ve 3) iş sahibinin inşaatı zamanında gözden geçirerek ayıpları yükleniciye bildirmiş olması gerekmektedir⁷. Bu şartların yanı sıra yüklenicinin sorumluluğunu kaldıran hallerin bulunmaması ve tabii ki zamanaşımı sürelerine riayet edilmiş olması şartlarının da sağlanması gerekir.

Aşağıda yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar detaylıca incelenecektir.

A. Yapının Teslim Edilmiş Olması

1. Genel Olarak

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ilk şart, yapının tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır⁸. Bu anlamda yüklenici, yapıyı henüz teslim etmemiş ise iş sahibinin kendisine herhangi bir ayıp bildirimi yapmadığını ileri süremeyecektir⁹.

⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.133; Mustafa Cahit Günel, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 413; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.137-141; Turanboy, **a.g.e.**, s.153.

⁸ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.79; Kanber, **a.g.e.**, s.38; Öktem, **a.g.e.**, s.1948; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.137. Satış sözleşmeleri bakımından da ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmek için teslim şartı gerçekleşmiş olmalıdır. Bkz.: Hayrunnisa Özdemir, **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 83; Uçar, **Karşılaştırma**, s.34; Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, s.513; Mehmet Deniz Yener, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1, Kayseri, Haziran-2009, s.158; Günel, **a.g.e.**, s.413.

⁹ İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.75.

Yüklenicinin teslim borcu, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde açıkça düzenlenmiş değildir. Buna rağmen eserin tesliminden söz eden birçok madde (TBK m. 473/I, 474/I, 475, 478, 479/I) bulunmaktadır ki bu düzenlemeler kanun koyucunun teslim borcunu zımni olarak kabul ettiğini göstermektedir¹⁰. Hukukumuzda teslime bağlanan sonuçlar da bunun bir diğer göstergesidir. Örneğin, teslim ile iş sahibinin ücret ödeme borcu muaccel hale gelir, yüklenicinin ayıptan doğan sorumlulukları için zamanaşımı işlemeye başlar, iş sahibi ayıba ilişkin bildirimlerini yapıyı teslim aldıktan sonra yapabilir hale gelir, vs¹¹. Bu nedenle yüklenicinin borcu yapılan işin niteliği gereği hem eserin meydana getirilmesi hem de teslimidir¹². İş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat, teslim ile gerçekleşeceği için teslim borcu, yüklenicinin asli borcu kabul edilmektedir¹³.

2. Teslimin Şartları

Kural olarak eser, bütün olarak tamamlanmasının ardından teslime elverişli hale gelmekte olup eser bütünüyle tamamlanmadan yapılan teslim önerisini, iş sahibi kabul etmek zorunda değildir¹⁴. Bu manada teslim; tamamlanmış eserin, iş sahibine ifa olarak sunulması onun fiili egemenliğine geçirilmesi olarak tanımlanabilir¹⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere teslimin iki ana unsuru bulunmaktadır; eserin bütün

¹⁰ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.33; Tandoğan, **a.g.e.**, s.124; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.509; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.72; Turanboy, **a.g.e.**, s.154; Uçar, **Teslim**, s.513; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.67.

¹¹ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.516.

¹² Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s.146.

¹³ Şenocak, **a.g.e.**, s.26; Zevkliler, /Gökyayla, **a.g.e.**, s.509.

¹⁴ Erman, **İnşaat**, s.34; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.510; Kurt, **a.g.e.**, s.70.

¹⁵ Nezih Sütçü, **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 1, 6. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.800; Tandoğan, **a.g.e.**, s.125; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 3. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.1012; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.509; Haluk Burcuoğlu, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, s.287; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.72; Turanboy, **a.g.e.**, s.154; Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.89-90; Kurt, **a.g.e.**, s.67; Erman, **İnşaat**, s.33-34; Cevdet Salih Şahin, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.11; İzzet Karadağ, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.162.

olarak tamamlanması ve iş sahibine arz edilmesi¹⁶. Eserin tamamlanması ile kastedilen ise kural olarak tarafların sözleşme ile kararlaştırdığı bütün işlerin bitirilmesidir¹⁷. Bununla birlikte eserin tamamlanıp tamamlanmadığının tespitinde tamamen önemsiz ve tâli işler (elektrik anahtarının takılmamış olması gibi) eksik kalmış ise bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise eser, tamamlanmış kabul edilmelidir¹⁸. Yani teslim amacıyla sunulan eserin, teslim alma olgunluğuna sahip olması için tamamlanmış ya da ayıpsız olması zorunlu değildir; önemsiz bir eksiklik ya da ayıp barındıran eser de teslim alma olgunluğunda olduğu için iş sahibi tarafından teslim alınması gerekmektedir¹⁹. Diğer bir deyişle sözleşme ile belirlenen kullanım amacı dikkate alındığında eser, objektif ölçülere göre kullanabilir durumda ise iş sahibi, önemsiz nitelikte olduğu kabul edilebilir eksiklik veya ayıplar nedeni ile eseri teslim almaktan kaçınamaz²⁰. Buna karşılık, yapının güvenliği ile ilgili hususlar bakımından eksiklik ya da ayıp mevcut ise bunlar önemli nitelikte kabul edilmektedir²¹. Ancak belirtmek gerekir ki, eserde ayıpların var olması, eserin tamamlanmış sayılarak iş sahibine teslim için sunulmasına ve hatta iş sahibi tarafından kabul edilmesine engel değildir; bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir²².

Henüz tamamlanmamış bir yapı, teslim edilmiş sayılmayacağı için mevcuttaki hali ile beklenen özellikleri taşımasa dahi ayıp sebebi ile sorumluluk hükümleri

¹⁶ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.510.

¹⁷ Uçar, **Teslim**, s.529; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.510; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları)**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s.46; Seliçi, **a.g.e.**, s.40-41: “Yapı işinin tamamlanıp tamamlanmadığı inşaat sözleşmesine göre belirlenecektir. İnşaat sözleşmesine ekli planlarda tasarı olarak belli olan yapı eseri projeye uygun olarak inşa edilmiş, amacına uygun olarak kullanma imkanı verecek tarzda bütün eksiklikler giderilmiş, inşaat sahibinin herhangi bir ek inşaat işine girişmesine gerek kalmadan, proje ve planlara göre derhal kullanıma alınabilecek tarzda inşaat yapılmışsa, inşaat bitmiş demektir; yapı teslimine hazırdır.”; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.137.

¹⁸ Erman, **İnşaat**, s.34; Tandoğan, **a.g.e.**, s.126; Turanboy, **a.g.e.**, s.155; Kurt, **a.g.e.**, s.70.

¹⁹ Bilgehan Çetiner, “Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları”, **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Eylül, 2015, s.117.

²⁰ Azmi Ardiç, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s.130-131; Kurt, **a.g.e.**, s.70-71.

²¹ Ardiç, **a.g.e.**, s.131.

²² Tandoğan, **a.g.e.**, s.126; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.510;

uygulama alanı bulmayacaktır²³. Tamamlanan yapının teslim edilmesi, iş sahibi açısından ayıba ilişkin taleplerin doğması için ön koşul olup, inşaat tamamlanmadığı için teslim edilemiyorsa, burada yüklenicinin iş görme sürecinde borca aykırı davranışı sebebiyle sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak inşaat teslim edilmedikçe, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna başvurulamayacaktır²⁴. İnşaatın ayıplı olması ise teslimde engel bir husus değildir²⁵. Nitekim TBK m. 474 “İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” hükmü ile ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilmek için eserin teslim edilmiş olması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

İnşaatın teslim alınması, onun kural olarak tamamlandığı sonucuna götürse de herhangi bir eksiklik ya da ayıp barındırıp barındırmadığı kesin olarak belirlenmiş değildir. Teslim ile iş sahibi, bunları gözden geçirme, inceleme yoluyla tespit etme imkanına kavuşacak ve bunları yükleniciye bildirmesiyle de tamamlanmış yapıdaki ayıplar dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilecektir²⁶.

Teslim etmenin karşılığı olan ve iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken eylem ise teslim almadır. İş sahibinin, sözleşmeye göre meydana getirilen eseri, herhangi bir sebep olmaksızın ve haksız yere teslim almaktan kaçınması, kural olarak alacaklı temerrüdüne sebep olur ve eseri teslim almaktan kaçınan iş sahibi aleyhine yüklenici, alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir²⁷.

²³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.160; Seliçi, **a.g.e.**, s.134; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.287; Şenocak, **a.g.e.**, s.78 vd; Öktem, **a.g.e.**, s.1948; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.547; Öz, **İnşaat**, s.197; Günel, **a.g.e.**, s.413; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.137.

²⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.134; Öktem, **a.g.e.**, s.1948.

²⁵ Kanber, **a.g.e.**, s.38; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.58; Kurt, **a.g.e.**, s.68.

²⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.134; Turanboy, **a.g.e.**, s.151.

²⁷ Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.79; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.53; Kurt, **a.g.e.**, s.158. Öz’e göre, inşaatın bitmiş olmasına rağmen iş sahibinin onu teslim almaması, her zaman alacaklı temerrüdü olarak yorumlanmamalıdır. Yazar, inşaat sözleşmeye uygun olarak yapıp yüklenici tarafından durum iş sahibine bildirilerek taşınmazdan çekinilmiş ise artık ifanın gerçekleşmiş sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda, yapıyı tasarrufuna alıp kullanıp kullanmamak iş sahibinin takdirinde olduğu için ifasına alacaklının katılması gerekmeyen ve ifası alacaklı tarafından da önlenemeyen borç söz konusu olacak ve bu borçlarda da alacaklı temerrüdü gündemde gelemeyecektir. Ancak, sözleşmede örneğin iş sahibinin katılacağı bir teslim tutanağı imzalamak sureti ile teslimin gerçekleşeceği belirlenmiş ise teslim alma şartları tamam olmasına rağmen, iş sahibi, üzerine düşeni yapmayarak haksız olarak teslim almaktan kaçınıyor ise, bunu ispat

Teslim alma ve eserin kabul edilmesi ise farklı kavramlardır²⁸. Eserin kabulü, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin irade beyanını yansıtmakta olup TBK m. 477²⁹ gereğince kabulün, açık ya da örtülü olması mümkündür³⁰. Çalışmamızda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere işin kabulü, yüklenicinin yaptığı inşaatın sözleşmeye uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusunda iş sahibinin iradesini açıklaması niteliğindedir³¹.

3. Teslimin Nasıl Gerçekleştirileceği

Yüklenicinin teslim borcunun ifasının nasıl gerçekleştirileceği noktasında ise inşaat sözleşmeleri açısından farklı ifa şekilleri söz konusu olabilecektir. Borçların ifası bakımından teslim, aslında taşınır eşyaların verilmesine ilişkin edimlerde ortaya çıkar ve TMK m. 977 gereğince temel zilyetlik devri şeklindedir. İnşaat sözleşmelerinde ise yüklenicinin borcunu ifası bakımından teslim, taşınır bir eşyanın teslimi gibi değildir. Burada inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği ifa fiili, bazı ayrımlara tabidir³². Yüklenicinin teslim iradesini ortaya koyması iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi; yüklenici, işlerin tamamlandığını iş sahibine bildirerek inşaat sahasından ayrılabilir. İkincisi ise yüklenicinin böyle bir bildirimde bulunmaksızın inşaat sahasını terk etmesidir. Netice itibari ile yüklenici, inşaat sahasını terk etmemiş ve çalışmaya

eden yüklenici, iş sahibine bildirimde bulunduğu anda ifayı gerçekleştirmiş kabul edilmelidir (Öz, **İnşaat**, s.147).

²⁸ Selici, **a.g.e.**, s.35; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.289; Tandoğan, **a.g.e.**, s.127; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.43; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1021; Kurt, **a.g.e.**, s.69; Ardıç, **a.g.e.**, s.134; YHGK, 13.06.2007 T., 2007/11-324 E., 2007/399 K.: “...Hemen ifade etmekte yarar vardır ki, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ilk temel borcu eserin meydana getirilmesi, ikinci temel borcu ise meydana getirilen bu eserin iş sahibine teslimidir. Meydana getirilen eserin niteliğine ve varsa sözleşmede bağitlanan koşullara göre eserin teslim şekli de özellik gösterecektir. Yüklenicinin temel borçlarından olan teslimin sözleşmeye ve işin niteliğine uygun yapıldığını kanıtlama yükü ise yüklenicidedir. Teslim alma ve kabul ayrı ayrı hukuki kavramlar olup, eserin teslim alınması her zaman eserin kabul edildiği anlamına gelmemekte; teslim olgusunda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlüğünü yerine getirmemişse teslim ettiği eserin ayıbından kendisi sorumlu olur...” (C.İ.P.).

²⁹ TBK m. 477: “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.”

³⁰ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.511-512; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.288; Kurt, **a.g.e.**, s.69; Ayan, **a.g.e.**, s.50; Şahin, **a.g.e.**, s.4; Uçar, **Teslim**, s.517; Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.55.

³¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.127.

³² Öz, **İnşaat**, s.145.

devam ediyorsa teslimin gerçekleştiğinden söz etmek mümkün değildir ve iş sahibinin bu dönemde taşınmazı fiilen kullanmaya başlaması da teslimin gerçekleştiği anlamına gelmeyecektir³³.

Yapının, yüklenicinin kendi arsasına yapılması halinde borcun ifa edildiğinin kabul edilebilmesi için inşaatın iş sahibi adına tescili gerekmektedir³⁴. Yapının yüklenicinin arsasına yapılması ve sonra bu arsanın mülkiyetinin devri ile teslimin kararlaştırıldığı sözleşmeler, aslında yalın bir inşaat sözleşmesi değil, inşaat ile taşınmaz satışı karması bir sözleşmedir ve burada sadece inşaatın bitirilmesi yüklenicinin ediminin ifasını oluşturmaz, ayrıca o taşınmazın ya da konu payın mülkiyetinin de tapuda iş sahibi adına tescili gerekmektedir. Bu durumda ne sadece mülkiyet devri ne de sadece inşaatın tamamlanması ile edim ifa edilmiş kabul edilmez³⁵.

İnşaatın iş sahibinin arsası üzerinde ya da iş sahibinin üst hakkına sahip olduğu arsa üzerinde yapılması halinde, yüklenicinin arsayı iş sahibinin mülkiyetine geçirmesi söz konusu değildir; nitekim TMK. m. 718/f.2 ve m. 722/f.1 hükümleri uyarınca inşaat bütünlüyci parça olarak arsanın dolayısı ile iş sahibinin mülkiyetine geçmiştir³⁶. Bu durumda yapının tamamlandığının iş sahibine açık ya da örtülü olarak bildirilmesi ile teslim borcu ifa edilmiş kabul edilmektedir³⁷. Yüklenici yapıyı, iş sahibi tarafından görülebilecek şekilde tamamlamış ve onun üzerinde tasarruf edebileceği hale getirmiş ise burada örtülü bildirimden söz edilebilir³⁸. Ancak yapılan sözleşmede, açık bir bildirim yapılması kararlaştırılmış ya da yapının tamamlandığını iş sahibi anlayamayacak durumda ise teslimin gerçekleşmesi için yüklenicinin bildirimde

³³ Ayan, **a.g.e.**, s.60.

³⁴ Öz, **İnşaat**, s.145; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.513; Kurt, **a.g.e.**, s.83.

³⁵ Öz, **İnşaat**, s.145.

³⁶ Öz, **İnşaat**, s.145.

³⁷ Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 9. Baskı, 2012, s.347; Dayınlı, **a.g.e.**, s.46; Ayan, **a.g.e.**, s.52; Öz, **İnşaat**, s.146; Tandoğan, **a.g.e.**, s.125; Turanboy, **a.g.e.**, s.154; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.513; Yener, **a.g.e.**, s.158; Kurt, **a.g.e.**, s.82.

³⁸ Erman, **İnşaat**, s.34; Tandoğan, **a.g.e.**, s.125; Kurt, **a.g.e.**, s.82; Şahin, **Temerrüt**, s.106.

bulunması gerekecektir³⁹. Teslime ilişkin yüklenici tarafından yapılacak olan bildirim, iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği bir temsilcisine karşı yapılmalıdır⁴⁰.

Yüklenici, inşaatı tamamlamakla birlikte, inşaatın tamamlandığını iş sahibine bildirmemiş veya inşaatın fiilen ayrılmamış ise henüz ifa gerçekleşmemiş olduğu için, teslim borcunun muaccel olması ve diğer koşulların da gerçekleşmiş olması şartıyla temerrüde düşecektir⁴¹. Ancak, teslim borcunun bildirim ile yerine getirildiği hallerde, iş sahibinin yapı üzerinde fiili egemenliğini gereği gibi kurabilmesi sağlanmadığı sürece (örneğin, tamamlanan yapının anahtarlarının iş sahibine teslim edilmemesi) veya bu egemenliği engelleyici durumlar ortadan kaldırılmadıkça (inşaat iskelelerinin sökülmemesi, getirilen araç ve gereçlerin, artan malzemelerin geri götürülmemesi gibi) teslim borcu yalnızca yapının tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi ile ifa edilmiş sayılmaz⁴².

Diğer taraftan iş sahibi, tamamlanan yapıyı, yüklenicinin bildirimini beklemeksizin kullanmaya başlamış olabilir. Bu durumda iş sahibi artık teslimin hukuki sonuçlarından bildirim yapılmadı şeklinde itirazda bulunarak kurtulamayacaktır⁴³. Ancak iş sahibinin yapıyı kullanmaya başlaması halinde dikkat edilmesi gereken şey, yapının sözleşmede kararlaştırılan amacına uygun olarak kullanımı olup örneğin; halihazırda oturduğu evi boşaltmak zorunda olduğu için yani zorunluluk nedeni ile iş sahibinin yapıya taşınması, teslim alma anlamına gelmeyecek; ayrıca yüklenicide haklı güven uyandıran başka davranışların da varlığı aranacaktır⁴⁴.

Uygulamada sıklıkla tercih edildiği için belirtmekte fayda var ki inşaat işlerinde düzenlenen “kesin kabul tutanağı” da aynı şekilde yapının teslim edildiğini göstermektedir⁴⁵.

³⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s.12; Uçar, **Ayıp**, s.109, Uçar, **Teslim**, s.537.

⁴⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.52.

⁴¹ Ayan, **a.g.e.**, s.52.

⁴² Öz, **İnşaat**, s.147; Tandoğan, **a.g.e.**, s.126; Kurt, **a.g.e.**, s.82; Şahiniz, **a.g.e.**, s.12.

⁴³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.126; Kurt, **a.g.e.**, s.83; Seliçi, **a.g.e.**, s.37. Bu durumda her ne kadar kullanım başlamış olsa da, teslimin varlığını karine olarak kabul ederek, iş sahibine aksini ispat etme imkanı tanınması ve ispat edilmesi halinde de teslimin gerçekleşmemiş olacağı yönünde bkz. Şahiniz, **a.g.e.**, s.13-14; Sanem Aksoy Dursun, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadeler Farkları”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011, s.1851.

⁴⁴ Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.116.

⁴⁵ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.46; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.513.

Teslimin gerçekleştiğini ispat yükü, yüklenici üzerinde olup teslim, maddi bir olgu olduğundan her türlü delil ile ispat edilebilecektir⁴⁶. Buna karşılık, iş sahibi, eksikliklerine rağmen eseri ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin fiilen kullanmaya başlamış ise bu durum, teslimin gerçekleştiğine karine teşkil edeceği için eserin eksik olduğunu iş sahibinin ispat etmesi gerekecektir⁴⁷.

Taraflar arasında teslimin hangi şartlar ile yapılacağına ilişkin sözleşmede düzenlemeler de yapılmış olabilir. Örneğin yapının teslimi; iskan alınması⁴⁸, işletme ruhsatının alınması, muayenenin olumlu çıkması gibi şartlara bağlanabileceği gibi yapının kısım kısım teslimi de kararlařtırılabilir⁴⁹. Bu durumda sözleşmede belirlenen şartlar gerçekleşmediği müddetçe kural olarak bir teslimin varlığından söz edilemez. Tarafların, ancak iş sahibinin katılacağı bir teslim tutanağının imzalanması ile işin teslim edilmiş sayılacağını hükme bağlamış olmaları halinde, bu şart yerine getirilmedikçe, inşaat bitse bile teslim gerçekleşmemiş olacak ve yüklenici temerrüde dřrlebilecektir⁵⁰.

Konuyu, uygulamada çok çeşitli problemlere yol açması sebebi ile iskan ruhsatı açısından ayrıca irdelemek gerekmektedir. Bir görüşe gre⁵¹; yüklenicinin tamamladığı yapı için iskan ruhsatı almaması, hukuki bir ayıptır ve iş sahibi bu durumda ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe gre⁵²; iskan ruhsatı alma yükümlülüğünün sözleşmede yüklenici tarafından üstlenilmesi ve teslimin iskan ruhsatının alınması şartına bağlanması halinde, yapı fiziken tamamlanmış olsa dahi iskan ruhsatı alınmadığı müddetçe yapının hukuken tamamlanmadığı ve bu nedenle iş sahibinin yapıyı ifa olarak kabul etme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir. Bir diğer deyişle iskan ruhsatının alınmaması eksik ifa olarak kabul edilmekte ve fiilen teslim

⁴⁶ şahiniz, **a.g.e.**, s.29; Ayan, **a.g.e.**, s.81; şahin, **Temerrüt**, s.77; Kanber, **a.g.e.**, s.359; Kurt, **a.g.e.**, s.69.

⁴⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.81; Kurt, **a.g.e.**, s.69.

⁴⁸ Erman, **İnşaat**, s.35; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.287-288; Nurettin Filinte, Duygu Pişkinpaşa, “Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84., S. 3., 2010, s. 1482; Kurt, **a.g.e.**, s.68.

⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.127; Kurt, **a.g.e.**, s.68.

⁵⁰ z, **İnşaat**, s.147.

⁵¹ Seliçi, **a.g.e.**, s.138; şenocak, **a.g.e.**, s.103.

⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s.163; Ayan, **a.g.e.**, s.70; Kurt, **a.g.e.**, s.73.

gerçekleşmiş olsa dahi hukuken teslimin gerçekleşmemiş olduğu ifade edilmektedir⁵³. Bu görüşün savunucularından Ayan, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun, gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmiş olmasına bağlanacağı ve bunun da hakkaniyete uygun düşmeyeceği gerekçesi ile iskan ruhsatının alınmamış olmasının, hukuki bir ayıp değil, olsa olsa eksiklik olarak nitelendirilmesi gerektiğini dile getirmektedir⁵⁴. Yargıtay ise bazı kararlarında iskan ruhsatı alınmamış olmasını hukuki ayıp olarak nitelendirmekte⁵⁵, bazı kararlarında ise örtülü şekilde eksik ifa olarak nitelendirerek iskan ruhsatı alınmadıkça teslimin gerçekleşmiş sayılmayacağını⁵⁶ karara bağlamaktadır. Doktrinde, iskan ruhsatı bulunmayan yapıyı teslim almak zorunda olmayan iş sahibinin, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin fiilen kullanmaya başlaması halinde, onun teslimin gerçekleşmesi için iskan ruhsatı alınması koşulundan vazgeçtiği, yapıyı ifa olarak teslim aldığı anlamına geleceği ifade edilmektedir⁵⁷. Burada belirtmek gerekir ki; iskan ruhsatının yükleniciye yüklenmesi, her zaman teslimin iskan şartına bağlı tutulduğu anlamına gelmez. Yani, iskan ruhsatı,

⁵³ Zeynep Özcan, **Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.108.

⁵⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.71, dn.249.

⁵⁵ Yarg. 15. HD., 02.11.2011 T., 2010/6520 E., 2011/6434 K.: “... Davalı yüklenici tarafından iskan ruhsatı alınmamıştır. Ancak davacılara ait bağımsız bölümlerin davacılar tarafından teslim alındığı, su aboneliğinin 03.01.2003, elektrik aboneliğinin 07.01.2003 tarihinde yapıldığı dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı arsa sahiplerinin kendilerine ait bağımsız bölümleri teslim alıp kullandıkları ilk bilirkişi raporu içeriğinden de anlaşılmaktadır. Bu durumda 07.10.2002 tarihi ile 07.01.2003 tarihi arasındaki dönem için davacıların gecikme tazminatı isteyebilecekleri dikkate alınıp, bu konuda gerekirse bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle tazminat miktarının belirlenerek karar oluşturulması gerekirken davacıların kendilerine ait bağımsız bölümleri fiilen teslim aldıkları dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm oluşturulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...” (C.İ.P.). Aynı doğrultuda: Yarg. 15. HD., 25.05.1989 T., 1988/4421 E., 1989/2513 K.: “... Diğer bir anlatımla, oturma izni bulunmayan bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına ve kullanılmasına engel bir durum mevcut değildir...”; Yarg. 23. HD., 18.12.2015 T., 2014/6840 E., 2015/8278 K. (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 26.05.2010 T., 2010/1941 E., 2010/2979 K. (C.İ.P.).

⁵⁶ Yarg. 15. HD., 31.10.2003 T., 2003/1739 E., 2003/5138 K.: “... Görülüyor ki, taraflar inşaatın iskan ruhsatı alınmadığı sürece tamamlanmış sayılamayacağını, iskan ruhsatı alma yükümlülüğünün de yükleniciye ait olduğunu kararlaştırmışlardır. Bir başka anlatımla davacıların daireleri teslimi iskan koşuluna bağlanmıştır. Yüklenici iskan almadığı sürece inşaat tamamlanmış sayılamayacağından, yüklenici borçlu temerrüdünden kurtulamaz. Arsa sahiplerinin bir süre binada oturmuş olmaları da teslim anlamına gelmez. Sözleşmenin bu hükümleri delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemece resen gözetilmelidir (HUMK.287.md.)...” (C.İ.P.). Aynı doğrultuda: Yarg. 23. HD., 05.12.2014 T., 2014/4316 E., 2014/7879 K. (C.İ.P.); Yarg. 15. Hd., 08.06.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K. (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 28.02.2005 T., 2004/4417 E., 2005/1075 K. (C.İ.P.).

⁵⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.42; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s.170; Ayan, **a.g.e.**, s.70; Kurt, **a.g.e.**, s.79.

teslimin şartı haline getirilmemiş ise iskan ruhsatı alınmadan önce de teslimin gerçekleştirilmesi mümkündür⁵⁸.

İnşaat sözleşmesi neticesinde ortaya çıkan şey, bir taşınmaz olduğundan teslim borcunun ifa yeri de taşınmazın bulunduğu yer olarak tespit edilmektedir⁵⁹.

Yapının ne zaman teslim edileceği, yani teslim borcunun ifa zamanı konusunda taraflar sözleşmede diledikleri gibi belirlemede bulunabilirler. Taraflar arasında bu konuda herhangi bir belirleme olmadığı takdirde TBK m. 90 hükmü uyarınca tarafların varsayılan iradesi ve işin niteliği dikkate alınarak⁶⁰ yapının tamamlanması ile teslim borcunun muaccel olacağı kabul edilmektedir⁶¹. Teslim borcunun ifa zamanı, ayıba karşı tekeffül ile ilgili gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmesine ilişkin sürelerde (TBK m. 474) ve zamanaşımı konusunda (TBK m. 478); ücret alacağının muacceliyetinde (TBK m. 479); yarar ve hasarın intikalinde (TBK m. 483); taraflarca belirlenen cezai şartların talep edilebilir hale gelmesinde (TBK m. 179) büyük önem taşımaktadır⁶². Uygulamada tarafların teslim zamanı ile ilgili olarak cezai şart ve prim anlaşmaları yaptığına sıklıkla rastlanmaktadır. Bu durumda, eseri zamanında teslim edemeyen yüklenici cezai şart ödemek zorunda kalmakta, belirlenen tarihten önce teslim ettiği takdirde ise iş sahibi ona kararlaştırılan primi ödemektedir⁶³.

B. Yapının Ayıplı Olması

1. Genel Olarak

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu tutulması için gerekli bir diğer şart ise yapının ayıplı olmasıdır⁶⁴. Bu kapsamda çalışmamızın devamında ayıp kavramı, sözleşmede kararlaştırılan ve kararlaştırılmayan niteliklerdeki ayıplar ile ayıbın türleri incelenecektir.

⁵⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.82.

⁵⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.128; Turanboy, **a.g.e.**, s.155.

⁶⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s.129; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s.454.

⁶¹ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.516.

⁶² Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.516.

⁶³ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.73.

⁶⁴ Erman, **İnşaat**, s.121; Şenocak, **a.g.e.**, s.93; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 161; Büyükcay, **a.g.e.**, s.100; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.138; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.548; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.78.

2. Ayıp Kavramı

Yapının, sözleşmeyle belirlenen veya dürüstlük kuralına göre taşınması gereken nitelikleri taşınamaması ayıp olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Ayıp, teslim edilen yapıda sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmamasıdır. Bu manada ayıp, yapının sözleşmeye aykırı olduğunu ve dolayısı ile yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmediğini ya da kötü ifa ettiğini göstermektedir⁶⁶.

Diğer bir deyişle ayıp, meydana getirilen yapıdaki mevcut özelliklerin, olması gerekenlerden farklı olması veya yapının mevcut olması gereken özellikleri taşınamaması hali olarak tanımlanabilir⁶⁷.

Ayıp, yüklenicinin kullandığı yardımcı şahıslar ya da alt yükleniciler tarafından da meydana getirilmiş olabilir. Bu halde dahi iş sahibi, yüklenicinin sorumluluğuna gidebilecek olup bu sorumluluk, yüklenicinin yardımcı şahıs ya da alt taşeron kullanmasından bağımsız olarak mevcuttur⁶⁸.

Yapının taşınması gereken özelliklerinin ne olduğu, öncelikle sözleşmeye göre belirlenecek olup iş sahibinin, sözleşme amacı çerçevesinde kullanmaya elverişli bir yapı teslimini beklemek, en doğal hakkıdır. Yapının amacına göre taşınması gereken özellikler, sözleşmede belirlenmiş olabileceği gibi belirlenmemiş olsa dahi dürüstlük

⁶⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.161; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.284-285; Erman, **İnşaat**, s.121; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.456; Öz, **İnşaat**, s.192; Şenocak, **a.g.e.**, s.92-93; Uçar, **Ayıp**, s. 124; Uçar, **Karşılaştırma**, s. 32; Öktem, **a.g.e.**, s.1949; Karadaş, **a.g.e.**, s.41; Ferhat Canbolat, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.37 vd; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.354; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.78-79; Günel, **a.g.e.**, s.411-412; Seliçi, **a.g.e.**, s.135; Yener, **a.g.e.**, s. 157; Köksal Kocaağa, **İnşaat Sözleşmesi**, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.140; Şahiniz, **a.g.e.**, s.101; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.548; Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.142-143 ve 149-150; Kanber, **a.g.e.**, s.39; Öktem, **a.g.e.**, s.1949; Turanboy, **a.g.e.**, s.157-158. İlave iş kavramının, yapının ayıplı olması halinden farklı bir durum olduğu konusunda bkz.: Köksal Kocaağa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 85, 2009, s.94; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.785; Yarg. 15. HD., 22.05.2017 T., 2017/809 E., 2017/2159 K.: “...Ayıp, imal edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır...” (C.İ.P.).

⁶⁶ Erman, **İnşaat**, s.121; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.138.

⁶⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.136; Öz, **İnşaat**, s.192; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.548.

⁶⁸ Erman, **İnşaat**, s.121; Seliçi, **a.g.e.**, s.122-123.

kuralına göre bulunması gerektiği düşünölen özellikler de yapıda bulunmalıdır⁶⁹. Yapının ayıplı olup olmadığının belirlenmesi daha çok teknik bir konu olup, uygulamada da bu konuda teknik bilirkişilerden faydalandığı görölmektedir. Ayıbın tespiti bakımından, sözleşmede kararlaştırılan nitelikler veya yapıda bulunması gereken nitelikler ile teslim edilen yapının taşıdığı nitelikler karşılaştırılmalıdır⁷⁰.

Aşağıda sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliği ve gerekli niteliklerin eksikliği noktasında detaylı açıklamalar yapılacaktır.

a. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Taraflarca, yapının taşınması gereken nitelikler sözleşmede belirlenmiş olabilir. Yüklenici bu durumda, edim borcunu her şeyden önce kendisine verilen plan, proje ve inşaatla kullanılacak malzeme ve işçilik bakımından detayları içeren teknik şartnameye göre yerine getirecektir⁷¹. Teslim edilen yapıda bu niteliklerden herhangi birinin bulunmaması, inşaatın genel niteliklerini belirleyen bu detaylara uygun yapılmamış olması yapının ayıplı olduğu sonucunu doğurmaktadır⁷². Uygulamada, inşaat sözleşmelerin bir eki olarak belirlenen teknik şartnameler, ayıbın belirlenmesi konusunda oldukça kolaylık sağlamakla olup buna uygun olmayan imalat ayıplı kabul edilmektedir⁷³. Örneğin, teknik şartnamede koridorların mermer kaplanacağı ifade edilmiş olmasına rağmen paladiyen yapılması ya da birinci sınıf işçilik ve malzeme kullanılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen duvarlar terazisinde değil ya da adi malzeme kullanılmış ise inşaatın ayıplı olduğundan söz edilebilecektir⁷⁴.

Yapının teknik açıdan kusursuz olması, eksik niteliklerine rağmen sözleşme ile planlanan yapı ile aynı derecede kullanılabilir olması veya aynı değere sahip olması yapının ayıplı sayılması gerektiğini ortadan kaldırmamaktadır⁷⁵. Örneğin, sözleşmede bina cephesinin fasarit sıva yapılacağı kararlaştırılmış, ancak yüklenici düz sıva

⁶⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s.136; Şenocak, **a.g.e.**, s.94; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1016; Öktem, **a.g.e.**, s.1949; Uçar, **Karşılaştırma**, s.37; Turanboy, **a.g.e.**, s.151.

⁷⁰ Erman, **İnşaat**, s.122; Tandoğan, **a.g.e.**, s.162; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.456.

⁷¹ Seliçi, **a.g.e.**, s.136-137; Turanboy, **a.g.e.**, s.158.

⁷² Erman, **İnşaat**, s.122; Seliçi, **a.g.e.**, s.137; Tandoğan, **a.g.e.**, s.162; Öktem, **a.g.e.**, s.1950.

⁷³ Öz, **İnşaat**, s.192.

⁷⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.137.

⁷⁵ Erman, **İnşaat**, s.122; Tandoğan, **a.g.e.**, s.163; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285; Seliçi, **a.g.e.**, s.138; Şenocak, **a.g.e.**, s.95-96; Turanboy, **a.g.e.**, s.158.

yaparak boyamışsa iş sahibi, yüklenicinin sözleşmede üstlendiği özelliği yani fasarit sıvanın yapılmasını talep edebilir⁷⁶. Bu durum sözleşmede belirlenen niteliğin yapıda bulunmaması halinde yapının daha değerli ve kullanışlı bir hale gelmesinde de aynen geçerlidir; ancak bu halde iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmak istemesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilir⁷⁷. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin, yapının tahsis edildiği amacı gerçekleştirmeyi ya da yapının kullanılabilirliğini engellemesi halinde ise, bunların bulunmamasını ayıp olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Bu durumda tarafların, sözleşme kurulması anında bu çelişkiyi bilselerdi, dürüst ve makul olarak neyi kararlaştıracakları tespit edilerek buna göre bir çözüme varılması gerekmektedir⁷⁸.

Taraflar arasındaki sözleşmede yapının taşıyacağı asgari nitelikler belirlenmiş ise yapının ayıplı olarak kabul edilmesi için yapı niteliklerinin bu asgari seviyenin altında olması gerekmektedir⁷⁹. Kararlaştırılan asgari seviyenin üzerinde bir kalitenin varlığı ise sözleşme koşullarına aykırılık teşkil etmez ve ayıp olarak nitelendirilemez⁸⁰.

Sözleşmede belirlenen niteliklerin yapıda yer almaması noktasında, yüklenicinin bu nitelikler bakımından sorumluluk yüklenip yüklenmemesinin ya da bu niteliklerin iş sahibinin sözleşmeyi yapma kararına etkisi olup olmamasının ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerine başvurabilmek açısından hiçbir önemi yoktur. Yüklenici, bu ayıplardan sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak, yüklenici ayrıca bazı nitelikler açısından garanti vermiş ise bu durum, ayıp sonucu zarar için yüklenicinin kusursuz sorumluluğu kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecektir⁸¹.

Yapıdaki niteliklerle ilgisi olmayan, edimin konusu dışında kalan bazı sonuçların taahhüt edilmesi ancak bunların gerçekleşmemesi halinde ise yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacak olup burada bir çeşit garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilerek genel hükümlere göre

⁷⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.138.

⁷⁷ Erman, **İnşaat**, s.122; Tandoğan, **a.g.e.**, s.163-164.

⁷⁸ Erman, **İnşaat**, s.123; Tandoğan, **a.g.e.**, s.165.

⁷⁹ Erman, **İnşaat**, s.123; Turanboy, **a.g.e.**, s.159.

⁸⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.139.

⁸¹ Erman, **İnşaat**, s.123; Şenocak, **a.g.e.**, s.102-103; Tandoğan, **a.g.e.**, s.163.

yükleniciden tazminat talebinde bulunulabilecektir⁸². Yüklenicinin kira getirisi taahhüdünde bulunması bu niteliktedir⁸³.

Taraflar arasındaki sözleşmede işçilik ve malzeme konusunda herhangi bir belirleme yapılmamış ise yüklenicinin orta nitelikte işçilik ve malzeme kullanması yeterli olup iş sahibi, birinci sınıf işçilik ve malzeme kullanılmadığı için ayıp hükümlerinden faydalanamayacaktır. Ancak tabii ki sözleşmenin niteliğine göre iş sahibinin bekleyebileceği özelliklerin göz önünde tutulması gerekmekte olup tek düze sosyal konut projesi ile inşaatı yapılan pahalı bir villa arasında kalite farkı olacağı, iş sahibinin de neye göre ücret ödüyorsa o kaliteyi istemeye hakkı olacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Bu noktada kararlaştırılan sözleşme bedeli de kalite bakımından yol gösterici olabilir. Nitekim, olağan maliyetin çok üstünde bir götürü bedel, inşaatta yüksek kalitede malzeme ve işçilik aranacağına karine teşkil ederken, aksine oldukça düşük bir götürü bedel, yüklenicinin düşük kalitede malzeme ve ucuz işçilik kullanmasına iş sahibin rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilir⁸⁵.

b. Gerekli Niteliklerin Eksikliği

İş sahibinin ifa menfaatinin karşılanması, yapının normal olarak taşınması gereken özelliklere sahip olmasına bağlı olup sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmadan yüklenici, yapının sahip olması gereken özellikleri taşıyamamasından sorumlu tutulmuştur⁸⁶.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, yapının hangi nitelikleri taşıyacağı belirlenmemiş ise yüklenici bu durumda, dürüstlük kurallarının ve ticari doğruluğun gereği olarak kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin kalitesini taşıyan nitelikte bir inşaat yapmakla⁸⁷; bir diğer deyişle yapı tekniğine uygun bir işçilik, orta

⁸² Erman, **İnşaat**, s.123; Tandoğan, **a.g.e.**, s.163; Seliçi, **a.g.e.**, s.142; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.287; Turanboy, **a.g.e.**, s.159.

⁸³ Erman, **İnşaat**, s.124.

⁸⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.137.

⁸⁵ Öz, **İnşaat**, s.192.

⁸⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.140; Şenocak, **a.g.e.**, s.97; Turanboy, **a.g.e.**, s.159.

⁸⁷ Erman, **İnşaat**, s.123; Tandoğan, **a.g.e.**, s.164; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1015; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285; Öz, **İnşaat**, s.193; Şenocak, **a.g.e.**, s.97; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.457; Hasan Erman, **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, Der Yayınları, C. 1, 2012, s.382; Öktem, **a.g.e.**, s.1950.

kalitede standartlara uygun iyi malzeme sağlamakla⁸⁸ yükümlüdür. Bu inşaat, sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun orta kalitede bir inşaat olmaktadır⁸⁹. Örneğin, galvaniz sac kullanılmak suretiyle çatı kaplama işi üstlenilmiş; ancak kullanılacak sacın kalınlığı taraflar arasında belirlenmemiş ise yüklenicinin orta kaliteden daha düşük ve ince sac kullanması, yapının ayıplı olarak ifa edilmesi sonucunu doğuracaktır⁹⁰. Yüklenicinin, genellikle kabul edilmiş olan teknik kurallara uygun bir şekilde inşaatı yapması ve teslim etmesi gerekmektedir; aksi durumda yapının ayıplı olduğundan bahsedilebilecektir. Bunun tespiti, inşaatın yapıldığı yerdeki kural ve genel uygulamalar da göz önüne alınacaktır⁹¹. Aynı amaçla kullanıma yönelik aynı tür bir yapıda dürüstlük kuralları ve iş çevrelerinin değerlerine göre bulunması gerekli özelliklerden yoksun bir yapı, ayıplı bir yapı olarak kabul edilecektir⁹².

Yapının kullanılmaya elverişliliği, kullanma amacına göre belirlenir⁹³. Sözleşmede özel bir kullanım amacı açık veya örtülü olarak öngörülmüş ise inşaatın bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir⁹⁴.

Yüklenici, yapının amacına uygun kullanılmasının gerek iş sahibi gerekse de üçüncü kişiler için bir tehlike oluşturmamasından da sorumludur. Örneğin, tehlike teşkil edecek şekilde arızalı bir asansör kullanılmaya elverişli değildir⁹⁵.

⁸⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.142; Turanboy, **a.g.e.**, s.160; Yarg. 15. HD., 05.02.2016 T., 2015/6109 E., 2016/740 K.: “...Öte yandan sözleşmede, kullanılacak malzemelerin niteliği belirtilmediğinden TBK’nın 86. maddesi uyarınca ortalama nitelikte bir malzeme kullanılması gerekir...” (C.İ.P.).

⁸⁹ Erman, **İnşaat**, s.124; Öktem, **a.g.e.**, s.1950; Yarg. 15. HD., 18.06.2014 T., 2013/5254 E., 2014/4229 K.: “...Tarafların imzasını taşıyan sözleşme ve ekindeki iş listesinden sözleşmenin, davacının işletmeye açacağı kafenin dekor ve dolap kısımlarının yapılıp monte edilmesi için yapıldığı anlaşılmaktadır. İş listesinde ürün bilgileri kısmında bazı imalâtların markasının star olacağı gösterilmiş ancak yapılacak imalâtların ebat, metraj ve diğer özellikleri belirtilmemiştir. Bu halde, gerçekleştirilen imalâtın sözleşmeye uygun olup olmadığının saptanması için iş sahibinin sözleşmeden beklediği amacının göz önünde tutulması gerekir. Davacı bu sözleşme ile açacağı kafenin dekor ve dolaplarının işine yarayacak şekilde yapılmasını amaçladığından yapılan işlerin marka olarak uygunluğu yeterli olmayıp ayrıca beklenen amacı karşılamaya yeterli ve uygun olup olmadığının da araştırılması gerekir...” (C.İ.P.).

⁹⁰ Büyükkay, **a.g.e.**, s.102.

⁹¹ Erman, **İnşaat**, s.124.

⁹² Seliçi, **a.g.e.**, s.141.

⁹³ Seliçi, **a.g.e.**, s.140; Şenocak, **a.g.e.**, s.98-99; Öktem, **a.g.e.**, s.1950; Turanboy, **a.g.e.**, s.159.

⁹⁴ Erman, **İnşaat**, s.124.

⁹⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s.141.

Doktrinde, taraflarca kararlaştırılmış olmasa bile, yüklenici konut olarak inşa edilmiş yapının iskan ruhsatını alamıyorsa bu yapı, hukuki açıdan ayıplı bir yapı olarak kabul edileceği ifade edilmektedir⁹⁶.

c. Ayıp Türleri

Yapıdaki ayıplar, çeşitli görünümelerde olabilirler. Ayıp türleri, genel olarak “*hukuki ayıp-fiili (maddi) ayıp*”, “*gizli ayıp-açık ayıp*”, “*tam önemli-daha az önemli ayıp*” ve “*asli-ikincil (tali) ayıp*” şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır⁹⁷.

(1). Hukuki Ayıp – Fiili (Maddi) Ayıp – Ekonomik Ayıp

Hukuki ayıp, genellikle kamu hukukunun binanın kullanılması için güvenlik veya başka açılardan koyduğu kurallara uyulmamasından doğan ayıplardır⁹⁸. Yapının dışa yansıyan ve niteliği itibariyle kullanım ve değeri üzerinde etki yapabilen hukuki ilişkiler, yapının niteliği olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, yüklenicinin üstlenmiş olmasına rağmen iskan ruhsatını almamış olması⁹⁹ hukuki ayıp olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Fiili (maddi) ayıplar ise inşaattaki bir bozukluğu ifade eden ayıplardır¹⁰¹. Yapıda fiili (maddi) ayıp bulunup bulunmadığı, sözleşme hükümlerine, dürüstlük

⁹⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.141; Öz, **İnşaat**, s.193. İskan ruhsatı ile ilgili tartışmalar için bkz.: I. Bölüm, A. Yapının Teslim Edilmiş Olması.

⁹⁷ Erman, **İnşaat**, s.124 vd.; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285; Şenocak, **a.g.e.**, s.103; Günel, **a.g.e.**, s.412; Yener, **a.g.e.**, s.157.

⁹⁸ Erman, **İnşaat**, s.125; Tandoğan, **a.g.e.**, s.167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285-286; Seliçi, **a.g.e.**, s.138; Şenocak, **a.g.e.**, s.103; Büyükay, **a.g.e.**, s.103; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.139.

⁹⁹ Teslim, iskan şartına bağlanmış ise bunun hukuki ayıp değil de eksik ifa teşkil edeceği ve iskan ruhsatı alınmadığı müddetçe geçerli bir teslimden söz edilemeyeceği ve diğer ayrıntılar için bkz.: I. Bölüm, A. Yapının Teslim Edilmiş Olması.

¹⁰⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.138; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.151; Kocağa, **İlave**, s.102; Öz, **İnşaat**, s.193; Yarg. 15. HD., 25.05.1989 T., 1988/4421 E., 1989/2513 K.: “...dairesinin öteden beri yerleşmiş ihtihatlarına göre oturma izninin alınmaması inşaat açısından hukuki bir ayıp teşkil eder. Diğer kusurlu ve eksik işlerde olduğu gibi oturma iznine bağlı hukuki ayıbın giderilmesi masraflarının yükleniciye ait olacağı tabiidir. Diğer bir anlatımla, oturma izni bulunmayan bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına ve kullanılmasına engel bir durum mevcut değildir...”; Yarg. 15. HD., 17.09.2001 T., 2001/2045 E., 2001/3862 K.: “... Öte yandan inşaat yapımı nedeniyle tahakkuk eden ve davalının ödemesi gereken SSK prim borçlarının ödenmemesi sebebiyle iskan ruhsatının alınmadığı anlaşılmaktadır. Ruhsatın alınmaması hukuki bir ayıp olup, bu konuda davacıların ya prim borçlarını bizzat ödeyip, davalıya rücu etmeleri veya borç ödeninceye kadar varsa üzerlerindeki tapu kaydının devrinden imtina etmeleri ya da iskan ruhsatı alımı için gerekli masrafların tespiti isteyip, bu miktarı davalıdan talep hakları bulunmaktadır...” (C.İ.P.).

¹⁰¹ Erman, **İnşaat**, s.125; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285; Şenocak, **a.g.e.**, s.103; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.139.

kuralına, eserin mutad kullanım amacına ve kanun hükümlerine göre tespit edilir¹⁰². Yapının mevcut yönetmeliklerdeki niteliklere uygun olmaması halinde de maddi ayıp söz konusu olmaktadır¹⁰³. Her iki ayıp açısından da yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁰⁴.

Ekonomik ayıp ise inşaattaki ekonomik niteliklerin eksikliğini ifade etmektedir¹⁰⁵. Süreç sonunda ortaya çıkacak olan inşaatın asgari olarak belirli bir değere sahip olacağının ya da belirli bir gelir getireceğinin kararlaştırıldığı ancak bunun karşılanmadığı durumlar, ekonomik ayıplara örnek olarak gösterilebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da ekonomik ayıbı, malın iktisadi vasıflarında eksiklik olarak tanımlamaktadır¹⁰⁶.

(2). Gizli Ayıp – Açık Ayıp

Gizli-açık ayıp ayrımı, ayıp nedeni ile yükleniciyi sorumlu tutabilmek için iş sahibinin uyması gereken kuralların belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. TBK m. 477/f.1 hükmü gereğince, usulüne göre gözden geçirme esnasında fark edilebilecek olanlar açık ayıp; fark edilemeyecek olanlar ise gizli ayıp olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷. Diğer bir deyişle gizli ayıp, özenli bir incelemenin ortaya koyamayacağı ve sonraki bir tarihte, yapı kullanılırken ortaya çıkan ayıplardır¹⁰⁸. Gardırobun kapağının tam kapanmaması açık ayıp olarak nitelendirilebilir iken, başlangıçta bir problem yaşanmamasına ve hatalı kullanımdan kaynaklı olmamasına rağmen gardırobun bağlantı yerlerinin zamanla atması gizli ayıp olarak nitelendirilebilecektir¹⁰⁹.

¹⁰² Büyükay, **a.g.e.**, s.103.

¹⁰³ Erman, **Hukuki Mütalaalar**, s.380.

¹⁰⁴ Erman, **İnşaat**, s.125.

¹⁰⁵ Uçar, **Ayıp**, s.135.

¹⁰⁶ Yargıtay HGK., 24.05.2017 T., 2017/678 E., 2017/963 K.

¹⁰⁷ Erman, **İnşaat**, s.125; Tandoğan, **a.g.e.**, s.167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.286; Şenocak, **a.g.e.**, s.104; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.456; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.139-140; Turanboy, **a.g.e.**, s.161; Karadaş, **a.g.e.**, s.188.

¹⁰⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.143; Turanboy, **a.g.e.**, s.161; Karadaş, **a.g.e.**, s.199; Yarg. 15. HD., 31.10.2001 T., 2001/2732 E., 2001/4881 K.: “...Dava ayıplı yapılan doğramaların bedeline ilişkindir. Ayıp, istenen evsafıta malzeme kullanılmadığından zaman içinde doğramanın şekil değiştirmesine ilişkin olup gizli niteliktedir. Ancak zaman geçmekle ortaya çıkmıştır. BK. 360 ve 362. maddeleri hükmünce iş sahibinin ayıbın giderilmesine dair bedeli isteme hakkı mevcuttur...” (C.İ.P.).

¹⁰⁹ Selimoğlu, **a.g.e.**, s.151.

Açık ayıplar bakımından, TBK m. 474/f.1¹¹⁰ ve m. 477/f.2 hükmü uyarınca iş sahibinin teslim aldığı yapıda gözden geçirme ve bildirim külfetini zamanında yerine getirmemesi, yüklenicinin sorumluluğuna başvurulmasına engel olmaktadır¹¹¹.

Gizli ayıplar bakımından ise bu gizli ayıplar ortaya çıktığında gecikmeden yükleniciye bildirilmesi gerekmekte olup Türk Borçlar Kanunu'nun belirlediği zamanaşımı süreleri içinde yüklenicinin bu ayıplardan sorumluluğuna başvuru imkanı bulunmaktadır¹¹².

(3). Tam Önemli – Daha Az Önemli Ayıp

Bu ayırım, ayıplı ifa karşısında iş sahibinin kullanabileceği hakları gösterdiğinden önem arz etmektedir (TBK m. 475).

Tam önemli ayıplar, iş sahibinin yapıyı kullanmasını engelleyen, ondan yapının kabulünün beklenemeyeceği ayıplardır¹¹³. Diğer bir deyişle tam önemli ayıplar, yapının iş sahibi için kullanılması olanağının bulunmadığı veya hiç olmazsa adalet anlayışı ve dürüstlük kuralı gereğince iş sahibinden yapıyı kabul etmesinin beklenemeyeceği ayıplardır. Bu noktada önemli olan, iş sahibinin ihtiyaçları açısından durumun değerlendirilmesidir. İş sahibinin kullanma amacına hizmet edecek nitelikler, yüklenici tarafından garanti edilmişse kural olarak bunların bulunmaması, yapının iş sahibinin ihtiyaçları açısından kullanılmaz olduğunu gösterir. Kısa sürede bertaraf edilebilecek bir ayıp ise tam önemli ayıp olarak kabul edilmeyecektir¹¹⁴.

Yapının kullanılmasına engel olmayan daha az önemli ayıplarda, iş sahibi yapıyı teslim almaya mecburdur; ancak yine de yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Daha az önemli ayıplarda, bunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadıkça ayıp hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹¹⁵. Yapıdaki ayıpların, daha az önemli olduğu durumlarda, iş sahibinin ayıp nedeniyle haklarının sınırlarını

¹¹⁰ TBK m. 474/f.1: “İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.”

¹¹¹ Erman, **İnşaat**, s.125; Seliçi, **a.g.e.**, s.143; Turanboy, **a.g.e.**, s.161.

¹¹² Seliçi, **a.g.e.**, s.143; Şenocak, **a.g.e.**, s.104; Büyükcay, **a.g.e.**, s.105.

¹¹³ Erman, **İnşaat**, s.126; Tandoğan, **a.g.e.**, s.167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.286; Şenocak, **a.g.e.**, s.104; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.457; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.140; Turanboy, **a.g.e.**, s.162.

¹¹⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.143.

¹¹⁵ Erman, **İnşaat**, s.126; Tandoğan, **a.g.e.**, s.167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.286; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.457; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.140.

dürüstlük kuralı belirleyecektir. Tam önemli ayıpların varlığı, TBK m. 475 hükmü gereğince sözleşmeden dönmenin bir koşulu iken, daha az önemli bir ayıp söz konusu ise iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır. Bu durumda iş sahibi, diğer seçimlik hakları kullanabilecek olup bu hakların kullanımında dürüstlük kuralı dikkate alınacaktır¹¹⁶.

(4). Asli Ayıp – İkincil (Tali) Ayıp

Yapının teslimi sırasında bünyesinde mevcut olan ayıplar, asli ayıplardır. İkincil ayıplar ise bir asli ayıbın sebep olduğu ayıplardır. Örneğin, ayıplı beton yüzünden duvarın çökmesi gibi. Her iki ayıp türü de yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğuna yol açmaktadır. Fakat, yapının tesliminden sonra bozulması ya da bazı niteliklerinin eksilmesi asli bir ayıptan kaynaklanmıyor, yani ikincil bir ayıp niteliği dahi taşımıyorsa bu durumda ayıp nedeniyle sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹¹⁷.

d. Eksik İfa ve Ayıplı İfa Ayrımı

Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri ile borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulama alanını ayırabilmek için öncelikle ayıplı ifa ve eksik ifa kavramlarının ayrıştırılması gerekmektedir. TBK m. 475 hükmü gereğince iş sahibinin, çok ağır ayıplar haricinde sözleşmeden dönme imkanının bulunmaması ve özellikle iş sahibinin kendi arsasında yapılan inşaatlarda, taşınırlardaki gibi bir teslim olmaksızın ifanın gerçekleşmesi karşısında, eksiklik ve ayıp kavramlarını ayırmak büyük öneme haizdir¹¹⁸.

Yüklenici, yapımını üstlendiği inşaatı, sözleşme ve fenni şartlara uygun olarak yapıp teslim etmekle yükümlü olup buna uygun yapılmayan inşaat, ayıplı kabul edilmektedir. İnşaatın ayıplı olması, vasıf eksikliğini ifade etmekte olup ayıbın varlığı önce fenni koşullara ve sözleşme hükümlerine, bunlarla çözüm sağlanamadığı takdirde, dürüstlük kuralına göre belirlenmektedir. İnşaatın ısı yalıtımının yetersiz

¹¹⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.144; Şenocak, **a.g.e.**, s.104-105; Büyükay, **a.g.e.**, s.106; Eugen Bucher, Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.175.

¹¹⁷ Erman, **İnşaat**, s.126; Tandoğan, **a.g.e.**, s.166-167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.286; Seliçi, **a.g.e.**, s.142.

¹¹⁸ Öz, **İnşaat**, s.194.

olması, muslukların sözleşme ile kararlaştırılan markadan başka takılması gibi haller, yapının ayıplı olmasına sebebiyet vermektedir¹¹⁹.

Eksik ifa ise sözleşme ile taahhüt edilen ya da orta seviye bir inşaatla bulunması gereken bazı kalemlerin yapılmaması, inşaatla bulunmaması durumunda söz konusu olmaktadır¹²⁰. Herhangi bir edimin ifasında eksiklik, edimin inşaat gibi bölünemeyen bir şey olduğunu varsaydığımız takdirde, alacaklının o edimden amaca uygun şekilde hiç yararlanamayacağını ifade etmektedir. Eseri tamamlamak için yeni bir çalışma ortaya koymak gerekiyorsa, diğer bir deyişle eseri meydana getirmek için sözleşme gereğince yapılması gereken bir iş yapılmamışsa burada eksik ifadan söz etmek gerekir¹²¹. Buna karşılık ayıplı ifa halinde, edimden amaca uygun bir şekilde yararlanmak belirli oranda mümkün iken bu yararlanmanın kalitesi düşmekte, edimin olması gereken değeri azalmaktadır¹²². Yüklenici, eseri sözleşmede öngörülen niteliklere aykırı şekilde yapmış ve yapılması gereken çalışma eserin hali hazırda mevcut bir parçasında değişiklik yapılmasından ibaret ise burada ayıplı ifadan söz etmek gerekecektir¹²³. Diğer bir deyişle, ayıplı ifa, vasıf eksikliğini ifade ederken, eksik ifa yapılmamış işi ifade eder ve iş yapılmadığı için niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı tartışılmamaktadır¹²⁴.

Genel bir ifade ile bulunması gereken niteliklerdeki eksiklikler ayıplı oluşturduğu halde, ekseriyetle miktar, parça ya da kısımların tam olmaması eksik ifa olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, inşa edilen evde kapıların hiç takılmaması eksik ifa iken kapıların boyalarının bozuk olması ya da kapıların kırık olması ayıplı ifayı oluşturmaktadır¹²⁵. Asansör aksamının takılmadan bırakılması, yapılması gereken dolapların yapılmaması ya da bağımsız bölümlere şofben takılacağı konusunda anlaşıldığı halde bunların takılmaması eksik ifaya örnek olarak gösterilebilir¹²⁶.

¹¹⁹ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1846.

¹²⁰ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1847.

¹²¹ Kurt, **a.g.e.**, s.72; Erman, **İnşaat**, s.199.

¹²² Öz, **İnşaat**, s.195.

¹²³ Kurt, **a.g.e.**, s.72; Erman, **İnşaat**, s.199.

¹²⁴ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1847; Şahin, **a.g.e.**, s.39.

¹²⁵ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.549.

¹²⁶ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1847; Yarg. 13. HD., 16.01.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.: “... Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak

Benzer şekilde taşınmazın camlarının hiç takılmaması eksik ifa iken, kaynak kıvılcımlarının sıçramasıyla takılan camlarda deliklerin oluşması ayıplı ifa söz konusu olur¹²⁷.

Ayıplı ifa halinde yüklenici, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Ancak eksik ifa halinde uygulanması gereken hükümler konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hakim görüşe göre¹²⁸; eksik ifa halinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmayacak ve yüklenici genel hükümlere göre sorumlu tutulacaktır. Bir diğer deyişle eğer yapıda ayıp değil de eksiklik var ise bu, hiç ifa etmeme anlamına gelir ve yüklenici sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlere göre sorumlu olur¹²⁹. Eksik ifa halinde yüklenicinin temerrüdü söz konusu olacak ve yüklenici buna göre sorumlu tutulacaktır¹³⁰. Ancak yapıda ayıp var ise bu kez yüklenici, ayıba karşı tekeffül hükümlerine (TBK m. 473-478) göre sorumlu olacaktır¹³¹. Ayıplı ifa ve eksik ifa kavramlarının farklılığının doğal sonucu olarak ayıplı ifa halinde iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmediği takdirde haklarını yitirmektedir. Ancak eksik ifa bakımından böyle bir külfet söz konusu değildir ve iş sahibi, zamanaşımı süresince eksik işlerin tamamlanmasını isteyebilecektir¹³². Yargıtay da eksik ifa halinde yüklenicinin genel hükümlere göre sorumlu tutulacağını kabul etmektedir¹³³. Bir diğer ifade ile eksik ifanın varlığı halinde Yargıtay, hukuki anlamda

bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır...” (C.İ.P.).

¹²⁷ Özcan, **a.g.e.**, s.105.

¹²⁸ Erman, **İnşaat**, s.199; Ayan, **a.g.e.**, s.76; Büyükcay, **a.g.e.**, s.110; Kocaağa, **İnşaat**, s.142; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.286; Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1852; Günel, **a.g.e.**, s.412; Özcan, **a.g.e.**, s.107; Şahinöz, **a.g.e.**, s.69 vd.; Ardıç, **a.g.e.**, s.132.

¹²⁹ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1855; Günel, **a.g.e.**, s.412; Öktem, **a.g.e.**, s.1949.

¹³⁰ Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1856; Öz, **İnşaat**, s.195.

¹³¹ Öz, **İnşaat**, s.195.

¹³² Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s.1860; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.148.

¹³³ YHGK, 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.: “...Bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibariyle noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir. Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. Md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden, yahut sözleşmenin müsbet ihlalden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Hakimin herşeyden önce bu hükümleri uygulayarak uyumsuzluğu çözümlemesi gerekir...” (C.İ.P.).

teslimin gerçekleşmemiş olduğunu kabul ederek iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetinin başlamadığını ve zamanaşımı sürelerinin genel hükümlere göre belirleneceğini, eksik kalan kısma yönelik olarak iş sahibinin ifayı talep etme hakkının devam ettiği, teslimde ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek olmadığı¹³⁴ görüşünü savunmaktadır.

Eksik ifanın varlığı halinde doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre¹³⁵; inşaattaki eksiklikler de ayıp hükümlerine tabidir. Bu görüş, temel ayırım noktasını teslim olarak kabul etmektedir. İş sahibinin yükleniciye karşı talep hakkı, teslim öncesi dönemde genel hükümlere tabi iken; teslimden sonra ayıp hükümlerine tabi olacaktır. Eserin iş sahibi tarafından teslim alındığı veya teslim alındığının varsayıldığı durumlarda, ifanın eksik olarak gerçekleştirilmesi halinde yalnızca ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Görüş gereğince eksiklikler, ayıp hükümlerine tabi tutulduğu için, iş sahibi ancak gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesi şartı ile eksiklikler hakkında ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir.

Özellikle eksik ifa ve ayıplı ifa halinde uygulanacak hükümlerin farklı olduğunu savunan görüşe göre, bu iki halin birbirinden ayırt edilmesi oldukça önemlidir. Ancak bunları birbirinden ayırt etmek her zaman kolay değildir¹³⁶. Örneğin, asansörün birtakım parçaları takılmamış (eksik) ise somut durumda eksik ifa hükümleri mi yoksa ayıplı ifa hükümleri mi uygulama alanı bulacaktır? Her ne kadar net bir cevap verebilmek için somut koşulların incelenmesi gerekmekte ise de, asansörün motorunun takılmaması eksiklik olarak nitelendirilirken; motorun içindeki bir parçanın takılmamış olması sebebi ile asansörün çalışmamasının ayıp olarak nitelendirileceği savunulmaktadır¹³⁷.

¹³⁴ YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: “...Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayyene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide halen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir...” (C.İ.P.).

¹³⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s.134, dn.26; Öz, **Dönme**, s.105 ve 110; Şenocak, **a.g.e.**, s.90; Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.122; Halil Akkanat, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.75.

¹³⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s.40.

¹³⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.61. Çetiner’e göre, eksik ifa – ayıplı ifa ayrımı için doktrinde verilen bu örnekler dahi ayırımın ne kadar suni ve kendi içinde adaletsiz olduğunu açıkça ortaya koymaktadır (Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.124, dn.49).

C. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesi

1. Genel Olarak

Eser sözleşmelerine ilişkin özel düzenleme dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde, yükleniciyi ayıp nedeniyle sorumlu tutabilmek için iş sahibine birtakım külfetler getirilmiştir. Gözden geçirme ve bildirim külfetleri, iş sahibinin borcu değil, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için kanunun aradığı bir şart, hukukî bir yük ve görevdir¹³⁸. Bu nedenle yüklenici, iş sahibinden yapıyı gözden geçirmesini ve ayıp var ise kendisine bildirmesini isteyemez, bu sebeple iş sahibini temerrüde düşüremez¹³⁹.

TBK m. 474/f.1 hükmü uyarınca iş sahibi, yapının tesliminden sonra işlerin akışına göre imkan bulur bulmaz yapıyı gözden geçirmek ve ayıp var ise bunu yükleniciye bildirmek zorundadır. Teslimin akabinde, önce yapının gözden geçirilmesi, ardından da belirlenen ayıbın bildirilmesi gerekmekte olup iş sahibi gözden geçirmeyi işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz yapmalı ve uygun bir süre içinde de yükleniciye bildirmelidir¹⁴⁰. “*Uygun bir süre*” ifadesi benzer şekilde TBK m. 223 ile satış sözleşmeleri için de öngörülmüştür¹⁴¹.

TBK m. 477/f.2’ye göre iş sahibi, bu gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmez ise gizli ayıplar ve yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar haricindeki ayıplar için yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurması mümkün olmayacak, normal bir gözden geçirme ile anlaşılabilecek ayıplardan (açık ayıplar) dolayı yüklenicinin sorumluluğu kesin şekilde ortadan kalkacaktır¹⁴². Diğer

¹³⁸ Öz, **İnşaat**, s.200; Seliçi, **a.g.e.**, s.145; Erman, **İnşaat**, s.128; Tandoğan, **a.g.e.**, s.167-168; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.306; Şenocak, **a.g.e.**, s.108-109; Canbolat, **a.g.e.**, s.83; Günel, **a.g.e.**, s.413; Kanber, **a.g.e.**, s.40; Öktem, **a.g.e.**, s.1950; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.140; İpek Yücer Aktürk, **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 93.

¹³⁹ Öz, **İnşaat**, s.200.

¹⁴⁰ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.551; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.144; Emre Gökyayla, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.584; Turanboy, **a.g.e.**, s.163.

¹⁴¹ Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yazar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 107.

¹⁴² Erman, **İnşaat**, s.127; Seliçi, **a.g.e.**, s.145; Öz, **İnşaat**, s.200; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.141; Turanboy, **a.g.e.**, s.163; Ardıç, **a.g.e.**, s.148; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 171. Gözden geçirme ve bildirim külfetinin kati şekilde uygulanmasının doğurduğu adaletsiz sonuçlara ilişkin değerlendirme için bkz. Bucher, Buz, **a.g.e.**, s. 145 vd.

bir bakımdan iş sahibi, yapıyı zımnen kabul etmiş sayılacaktır¹⁴³. Burada zımnen kabul etme beyanı veya aksi ispatlanabilir bir kabul karinesi değil, belli süreler içinde gözden geçirme ve bildirim yasal şartı gerçekleşmediği için hakların kaybedilmesi söz konusudur¹⁴⁴.

İş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti, TBK m. 474/f.1'de açıkça ifade edildiği üzere yapının (bağımsız bölümlerin) kendisine teslimi ile başlamaktadır. Bu nedenle yapı teslim edilmeden önce iş sahibi yapıdaki ayıpları biliyor olsa dahi gözden geçirme ve bildirim külfetinden söz edilemeyecektir. Örneğin, inşaat tamamlanmadan gözden geçirme ve bildirim külfeti doğmayacağı için, müstakbel ayıbı kabul edeceği anlamına gelmediği müddetçe, bu aşamada ayıplı işler yapılmaya başladığı halde iş sahibinin susması, onun ilerideki gözden geçirme ve bildirim hakkını düşürmeyecektir¹⁴⁵. Diğer bir deyişle, tamamlanmış yapının tesliminden önce iş sahibi baştan beri yapının maliki olsa bile gözden geçirme ve bildirim külfeti söz konusu olmayacaktır. Hatta bazı ayıplar, yapı tamamlanınca normal bir gözden geçirme ile tespit edilemeyecek olsa dahi durum böyledir¹⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki taraflar, sözleşmede gözden geçirme ve bildirim külfeti için özel düzenlemeler yapabilirler. Sözleşmede böyle bir düzenleme var ise iş sahibinin kural olarak bu hükümlere uyması gerekecektir. Ancak sözleşmede belirlenen süre, yapının kapsam ve niteliği nazara alındığında kısa kalıyor ise işlerin olağan akışına göre gerekli olan süre dikkate alınacaktır¹⁴⁷. Benzer şekilde, kasten gizlenen ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin getirilen hükmün emredici nitelikte olduğu, bu nedenle kasten gizlenen ayıpları da kapsar şekilde yüklenicinin sorumluluğunu sona erdiren anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸.

¹⁴³ Erman, **İnşaat**, s.126; Seliçi, **a.g.e.**, s.145; Şenocak, **a.g.e.**, s.109; Öktem, **a.g.e.**, s.1951; Yener, **a.g.e.**, s.159.

¹⁴⁴ Öz, **İnşaat**, s.200; Erman, **İnşaat**, s.129; Seliçi, **a.g.e.**, s.145.

¹⁴⁵ Erman, **İnşaat**, s.130; Öz, **İnşaat**, s.200; Tandoğan, **a.g.e.**, s.168-169; Şenocak, **a.g.e.**, s.109; Öktem, **a.g.e.**, s.1951.

¹⁴⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.169.

¹⁴⁷ Erman, **İnşaat**, s.130; Öz, **İnşaat**, s.200; Tandoğan, **a.g.e.**, s.174-175; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.458; Öktem, **a.g.e.**, s.1951; Yener, **a.g.e.**, s.161.

¹⁴⁸ Ardıç, **a.g.e.**, s.149.

İnşaatın yapımında yüklenici tarafından alt yükleniciler kullanılması halinde ise gözden geçirme ve bildirim süresi her bir alt yüklenicinin yaptığı bölümlere ilişkin ayrı olarak değil, inşaatın tüm işlerinin yapıp iş sahibine teslim edilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁴⁹. Ancak sözleşmede kısmi teslimler öngörülmüş ise teslim edilen her bir kısım için ayrı ayrı gözden geçirme ve bildirim külfeti söz konusu olacaktır¹⁵⁰.

TBK düzenlemesi çerçevesinde ayıby ispat etmekle yükümlü olan, iş sahibidir¹⁵¹. Ancak bu noktada 6502 s. TKHK m. 10/f.1 hükmüne¹⁵² değinmekte fayda bulunmaktadır. İlgili hüküm gereğince teslim tarihinden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda tüketici, malın ayıplı olduğunu ispat külfetinden kurtulmaktadır. Satıcı/yüklenici aksini iddia ediyor ise malın ayıplı olmadığını ispatla mükelleftir. Söz konusu düzenleme ile tüketici lehine bir ispat kolaylığı getirilmiştir. Ancak 6 aylık süre sonrasında ortaya çıkan ayıpları, genel ispat kuralı¹⁵³ gereğince tüketicinin ispat etmesi gerekmektedir.

2. Gözden Geçirme Külfeti

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TBK m. 474/f.1 uyarınca “*İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*”.

Gözden geçirme, eserin teslimi borcu ile yükümlü olan yüklenicinin, bu borcunu ayıpsız bir eser teslim ederek yerine getirip getirmediğinin, ayıptan doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için olumlu veya olumsuz olguların somut durumda mevcut olup olmadığının tespitine yarayan bir faaliyet olup konusunu eserin nitelikleri oluşturmaktadır¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Erman, **İnşaat**, s.130-131; Tandoğan, **a.g.e.**, s.168; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.458.

¹⁵⁰ Erman, **İnşaat**, s.131; Tandoğan, **a.g.e.**, s.169.

¹⁵¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.79; Seliçi, **a.g.e.**, s.157; Büyükay, **a.g.e.**, s.103; Şahiniz, **a.g.e.**, s.222.

¹⁵² TKHK m. 10/f.1: “*Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığının ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz.*”.

¹⁵³ TMK m. 6: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*”.

¹⁵⁴ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 42-43.

Gözden geçirmenin genel itibari ile iki amacının olduğundan söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, teslim edilmiş eserin özelliklerinin incelenmesi suretiyle ayıplı olup olmadığını ve kötü ifa olup olmadığını belirlemek; ikincisi ise eserde mevcut ayıbın somutlaştırılarak yükleniciye yapılacak olan bildirimin içeriğini doldurmaktır¹⁵⁵.

TBK m. 474 hükmünde yer alan gözden geçirme külfeti, yalnızca açık ayıplar bakımından söz konusu olup eserdeki gizli ayıpların ve yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıpların gözden geçirme külfetinin kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim gizli ayıplar, zaten olağan inceleme ile tespit edilemeyecek ayıplar olduğu için ileride ortaya çıktıkları zaman TBK m. 477/f.3 uyarınca yükleniciye bildirilirler¹⁵⁶. Yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar ise açık ayıp ya da gizli ayıp niteliğinde olabilirler. Yüklenici, kendisinin bildiği ancak iş sahibi tarafından açıkça fark edilemeyecek durumda olan bir ayıbı, iş sahibi bilseydi itiraz etmeksizin kabul etmeyeceğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde iş sahibine bildirmiyor ise burada kasten gizlenen bir ayıptan söz etmek mümkündür¹⁵⁷. Gizli ayıplar bakımından iş sahibinin zaten gözden geçirme külfetinin olmamasının yanı sıra kasten gizlenen açık ayıplar bakımından da iş sahibinin TBK m. 474'teki gözden geçirme külfetini yerine getirmesinin mümkün olmamasından dolayı yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Değinilmesi gereken diğer bir durum ise yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar, iş sahibi tarafından özenli bir inceleme yapılsaydı tespit edilebilecek nitelikte olmasına rağmen, iş sahibi bu incelemeyi yapmadığı için görememiş ve böylece durumu geç öğrenmişse ne olacaktır? TBK m. 477/f.1, “...onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar...” demek suretiyle, iki ifade arasında “ve” bağlacını kullanmış ise de¹⁵⁹ genellikle kabul edilen,

¹⁵⁵ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.45; Seliçi, **a.g.e.**, s.145-146.

¹⁵⁶ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.94.

¹⁵⁷ Ardıç, **a.g.e.**, s.147.

¹⁵⁸ Öz, **İnşaat**, s.202; Seliçi, **a.g.e.**, s.202; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.316; Erman, **İnşaat**, s.134; Büyükcay, **a.g.e.**, s.117.

¹⁵⁹ “Bu ifade, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 370/1 hükmünün yanlış tercümesine dayanmaktadır (OR Art.370/1, “usulüne uygun muayene ile anlaşılamayan veya müteahhidin kasten gizlediği ayıplar” şeklindedir)” (nakleden Öz, **İnşaat**, s.202, dn.89).

bu durumda da ayıptan doğan hakların düşmeyeceğidir. Nitekim bu durumda yüklenicinin özen borcunu ağır şekilde ihlal ederek iş sahibinin özenli inceleme külfetini ihlal etmesinden yarar sağlamaya çalışması kabul edilebilir değildir¹⁶⁰.

TBK m. 474/f.1’de yer alan bu düzenleme sebebi ile inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, yapının tesliminden sonra onu gözden geçirmekle yükümlüdür. Kanun maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere bu gözden geçirme, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz yapılmalı ve sonucu yükleniciye uygun bir süre içinde bildirilmelidir.

İş sahibinin yapıyı, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmesi gerekmekte olup bu süre teslimle başlamaktadır¹⁶¹. Ancak gözden geçirme işlemlerinin ne kadar sürede yapılarak bitirilmesi ve bildirimin ne zaman yapılması gerektiği ile ilgili olarak kanun koyucu kesin bir süre belirlememiştir¹⁶². Maddede yer alan “imkan bulur bulmaz” ifadesi, “işlerin olağan akışı” ifadesi ile birlikte ele alınmalıdır. Bu sebeple gözden geçirme, ancak objektif olarak mümkün ve makul olarak beklenebilecek zamanda yapılmalıdır. Ancak buradan zamanlamanın, iş sahibinin sübjektif durumuna göre tespit edileceği şeklinde bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Örneğin, yapının teslim edileceğini bilerek uzun süreliğine başka bir yere giden iş sahibinin bu gecikmesi, sürenin uzatılmasına sebep olmayacaktır¹⁶³. Fakat diğer bir açıdan, iş sahibinin başka bir yere gitmesi gerektiğini bilen yüklenici tarafından yapının teslim edilmesi halinde yüklenicinin gözden geçirmenin gecikmesi nedeni ile sorumluluktan kurtulması, dürüstlük kuralı gereğince kabul edilmemelidir. Bu durumda, teslim borcunun uygun zamanda yerine getirilmediği, dolayısıyla iş sahibinin gözden geçirme yükümünün henüz başlamadığı da kabul edilebilir¹⁶⁴. Netice itibari ile iş sahibinin gözden geçirmeye derhal başlamamasını haklı gösterecek bir sebep var ise ve gecikme dürüstlük kuralına aykırı değil ise, gözden geçirmenin işlerin

¹⁶⁰ Öz, **İnşaat**, s.202.

¹⁶¹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.308-309; Seliçi, **a.g.e.**, s.149; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.551; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1018; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.144; Turanboy, **a.g.e.**, s.163; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁶² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.309; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.551; Şenocak, **a.g.e.**, s.110; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁶³ Erman, **İnşaat**, s.131; Tandoğan, **a.g.e.**, s.169-170; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁶⁴ Erman, **İnşaat**, s.131.

olağan akışına göre geç sayılmayacak, makul bir zaman sonra yapılabileceği de kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Gözden geçirmenin ne kadar sürede bitirileceği noktasında ise kuşkusuz yapının niteliği ve büyüklüğü önemli bir rol oynamaktadır. Gözden geçirme süresi, yapının özelliklerine göre normal bir iş sahibinden, olağan olarak beklenebilecek özenli bir araştırma için gereken makul zamana göre belirlenecektir. Bu süre ile ilgili tacirler arasında teamül bulunabileceği gibi tacir olmayan kimseler arasında da yaygın bir uygulama olabilir. Gözden geçirmenin süresinde yapılıp tamamlandığının belirlenmesinde tüm bu hususlar göz önüne alınarak bir tespitle bulunulması gerekmektedir¹⁶⁶.

İş sahibinin gözden geçirme esnasında göstereceği özenin ne derecede olacağı noktasında ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁶⁷; iş sahibi sözleşmeyle kararlaştırılan eser dikkate alındığında, ilgili branştaki orta vasıfta bir uzmanın yapması gereken olağan incelemeyi yapmalıdır. Bu görüşe göre, iş sahibinin belli bir uzmanlık bilgisi yok ise gözden geçirme için uzman bir kişiye başvurmak zorunda kalacak; aksi durumda ortalama bir uzmanın tespit edebileceği şeyleri tespit ederek bildirimde bulunmaz ise ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerine başvuramayacaktır. Bir diğer görüşe göre¹⁶⁸; iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek bir özenle incelemesini yapması yeterli kabul edilmektedir. Gözden geçirme sırasında gösterilecek özenin ölçüsü, bu özenin gösterilmesi halinde tespit edilebilecek olan ayıpların bildirilmemesi halinde TBK m. 475'teki hakların kullanılmasını engelleyeceğinden önem taşımaktadır. Bu durumda inceleme esnasında gösterilmesi gereken asgari özen gösterilmemiş ise iş sahibi bu ayıpları sonradan fark etse dahi TBK m. 477/f.3 hükmünden yararlanamayacaktır¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Erman, **İnşaat**, s.131; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.309; Şenocak, **a.g.e.**, s.111-112.

¹⁶⁶ Erman, **İnşaat**, s.131; Tandoğan, **a.g.e.**, s.170; Öz, **İnşaat**, s.201; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1019; Şenocak, **a.g.e.**, s.113-114; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.144.

¹⁶⁷ Pedrazzini ve Gautschi bu görüştedirler (nakleden, Şenocak, **a.g.e.**, s.115, dn.175; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.313 dn. 127; Seliçi, **a.g.e.**, s.146 dn.60).

¹⁶⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.147-148; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.313; Tandoğan, **a.g.e.**, s.170; Erman, **İnşaat**, s.133; Şenocak, **a.g.e.**, s.115-116; Büyükkay, **a.g.e.**, s.117-118; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.99. Klausner ve Gauch da bu görüştedir (nakleden Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.313 dn.128; Seliçi, **a.g.e.**, s.148 dn.72).

¹⁶⁹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.313; Erman, **İnşaat**, s.133.

Normal şartlar altında ne yüklenicinin ne de iş sahibinin yapıyı uzmana incelettirme zorunluluğu yoktur. Ancak TBK m. 474/f.2’de “*Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Burada düzenlendiği üzere taraflar, dilerse masrafı kendilerine ait olmak üzere eserin bir uzman tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla tespit edilmesini isteyebilecektir¹⁷⁰. Bu hüküm, hem yüklenici hem iş sahibi yararınadır. Nitekim yüklenici, teslim ettiği eserde ayıp olmadığını tespit ettirerek sorumluluktan kurtulmakta, iş sahibi ise ayıbın varlığını belirtecek bir belgeye sahip olmaktadır¹⁷¹.

TBK m. 474/f.2 hükmü, hem iş sahibine hem yükleniciye yapının bir uzman tarafından gözden geçirilmesi yetkisi vermektedir. Ancak pratik açıdan bakıldığında yüklenicinin bu incelemeyi yaptırması iş sahibinin ayıp bildiriminde bulunması halinde söz konusu olur. Nitekim iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemişse zaten yapıyı kabul etmiş sayılarak yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacağından ayrıca yapının gözden geçirilmesini istemenin anlamı kalmayacaktır¹⁷². Ayrıca taraflar, sözleşme ile böyle bir yükümlülük getirebilir ya da teamül gözden geçirmenin bir uzman tarafından yapılmasını gerektirebilir. Bu durumda da sözleşme ya da teamüle göre hareket etmek gerekecektir¹⁷³.

TBK m. 474/f.2’de yer alan “bilirkişi” ifadesi, mahkemece tayin edilmiş bilirkişi olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴. HMK 400 vd. maddeleri uyarınca “*delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde*” ise mahkemeden delil tespiti isteminde bulunulabilmektedir. TBK m. 474/f.2 hükmü, HMK m. 400’de yer alan bu şart olmasa dahi taraflara bilirkişi tespiti yapılmasını isteme hakkını vermektedir. Mahkeme tarafından atanan resmi bilirkişilerin rapor hazırlamakta gecikmesi halinde ise bu durum iş sahibine yükletilemeyeceği için yüklenici, gözden geçirmenin süresi içinde

¹⁷⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s.170-171; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.552; Şenocak, **a.g.e.**, s.120; Büyükcay, **a.g.e.**, s.118-119.

¹⁷¹ Seliçi, **a.g.e.**, s.148.

¹⁷² Erman, **İnşaat**, s.134.

¹⁷³ Erman, **İnşaat**, s.133; Tandoğan, **a.g.e.**, s.170; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.312.

¹⁷⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.171; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1020; Öz, **İnşaat**, s.202; Seliçi, **a.g.e.**, s.148; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.312; Erman, **İnşaat**, s.133; Şenocak, **a.g.e.**, s.120; Turanboy, **a.g.e.**, s.164.

yapılmadığını ileri süremeyecektir¹⁷⁵. Ancak iş sahibi, gözden geçirmeyi mahkeme aracılığı ile resmi bir bilirkişiye değil de özel bir uzmana yaptırma yolunu seçmişse, uzmanın gözden geçirmeyi geciktirmesinden iş sahibi sorumlu olacaktır¹⁷⁶.

İş sahibinin gözden geçirmeyi resmi bilirkişilere yaptırması halinde, iş sahibi kendisine kanun tarafından tanınmış bir hakkı kullandığı için resmi bilirkişilerin tespit etmesi gerekirken tespit edemediği ayıplar nedeni ile iş sahibinin haklarının sona erdiğinden bahsedilemez ve resmi bilirkişinin aslında açık olan bir ayıbı tespit edememesi halinde, iş sahibi açısından bu gizli ayıp olarak nitelendirilir¹⁷⁷. Bilirkişi giderlerine ise kural olarak bilirkişi incelemesini isteyen taraf katlanacaktır; ancak yüklenicinin ayıbın varlığı halinde iş sahibinin bu yüzden yaptığı giderleri tazminle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸.

3. Bildirim Külfeti

Bildirim kavramı, teslim edilen eserin, belirlenen ve dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken niteliklere sahip olmaması nedeniyle iş sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla sahip olduğu hakları ileri sürebilmesi için, yükleniciye bunları bildirmesine yönelik yaptığı açıklama şeklinde tanımlanabilir¹⁷⁹.

İş sahibinin, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurarak TBK m. 475'te yer alan haklarını kullanabilmesi için yapıdaki ayıpları yükleniciye zamanında bildirmesi gerekmektedir. Aksi durumda, gözden geçirme ile tespit edilen ayıplar yükleniciye bildirilmediği müddetçe herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.171; Öz, **İnşaat**, s.202; Seliçi, **a.g.e.**, s.149; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.312; Erman, **İnşaat**, s.133; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1020; Şenocak, **a.g.e.**, s.120; Turanboy, **a.g.e.**, s.164.

¹⁷⁶ Erman, **İnşaat**, s.134; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1020; Şenocak, **a.g.e.**, s.120-121; Büyükkay, **a.g.e.**, s.119.

¹⁷⁷ Erman, **İnşaat**, s.134; Öz, **İnşaat**, s.202.

¹⁷⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1021.

¹⁷⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s.150-151; Şenocak, **a.g.e.**, s.108-109; Öz, **Dönme**, s.112; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.52.

¹⁸⁰ Öz, **İnşaat**, s.203; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.552; Şenocak, **a.g.e.**, s.121; Yarg. 15. HD., 20.07.2010 T., 2009/3561 E., 2010/4228 K.: "...Borçlar Kanunu'nun 359. maddesi uyarınca açık ayıplarda iş-eserin tesliminden sonra iş sahibi işin gidişine göre olanak bulur bulunmaz, eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Somut olayda ise, davalı yüklenici kooperatife davacılar tarafından ayıp ihbarında bulunulduğu davacılar tarafından kanıtlanmış değildir. O halde, davacılar Nihat ve Remzi'nin ayıpların giderilmesine ilişkin tazminat davalarının da reddi gerekirken; mahkemece, bu davacıların her birine 1.430,00 TL maddi tazminatın davalıdan alınarak verilmesine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir..." (C.İ.P.).

Ayıp bildirimi gerek m. 474'te yer verilen olağan bir gözden geçirme sonucu ortaya çıkan açık ayıplar, gerekse de sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar için yapılmalıdır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ister açık ister gizli ayıp olsun, iş sahibinin bildirim külfetini zamanında yerine getirmemesi, TBK m. 475'te yer alan haklarının ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Nitekim, yükleniciye zaten bildiği ayıbı tekrar bildirmenin anlam ve amacı bulunmamaktadır. Ayrıca, iş sahibi kasten gizlenmiş bir ayıbı bildirmedi diye kötü niyetli yükleniciyi koruyarak hileli davranışın sonuçlarına katlanmaktan kurtarmak adil değildir¹⁸¹.

Benzer durum, satış sözleşmeleri bakımından TBK m. 225'de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Ağır kusurlu olan satıcı, satılana ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir”*. Mevcut düzenleme ile satış sözleşmeleri açısından ağır kusurlu olan satıcının, satılana ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamayacağı ve ayrıca satıcılığı meslek edinmiş kimselerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hükmün geçerli olduğu ifade edilmektedir¹⁸².

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümler ile satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nda şartları itibari ile birbirlerine paralel olarak düzenlenmiştir¹⁸³. Bu doğrultuda, yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar bakımından iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim şartının aranmayacağı yönündeki görüşleri, TBK m. 225 hükmünü kıyasen uygulayarak desteklemenin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu doğrultuda; alıcı veya iş sahibi tarafından hiç veya gereği gibi bildirim yapılmamış olması halinde satıcının veya yüklenicinin sorumluluğunun

¹⁸¹ Büyükay, **a.g.e.**, s.119; Seliçi, **a.g.e.**, s.202-203; Tandoğan, **a.g.e.**, s.174; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.316; Erman, **İnşaat**, s.135; Öz, **İnşaat**, 203-204; Şenocak, **a.g.e.**, s.129; Ardic, **a.g.e.**, s.148; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.227-228; Gauch ve Klauser de bu görüştedir (nakleden Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.317, dn.148). Aksi görüşte; Becker (nakleden Tandoğan, **a.g.e.**, s.174, dn. 237) ve Gautschi (nakleden Seliçi, **a.g.e.**, s.202, dn.256).

¹⁸² Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.125.

¹⁸³ Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.106.

devam etmesi, her şeyden önce ayıbın satıcı veya yüklenici tarafından bilinmesi ya da bilinmek zorunda olması şartına bağlanmıştır. Ayıbın bilinmesi kavramı netse de bilinmek zorunda olmasından, satıcının veya yüklenicinin ayıbı bilmemesinin, onun ihmal veya ağır ihmaline dayandığı hallerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Hangi aykırılıkların bilinmek zorunda olduğu ise her somut olayda malın veya eserin yapısı, ayıbın türü ve ekonomik ilişkiler nazara alınarak tespit edilecektir¹⁸⁴.

Ayıbın gizlenme noktasında da eser sözleşmeleri bakımından “kasten gizleme”, satış sözleşmeleri bakımından “ağır kusur” ifadeleri kullanılmış olsa da bundan maksadın yalnızca hileli davranışlar olmadığı bilakis, satıcı ve yüklenicinin ifa anında dürüstlük kuralına aykırı olan herhangi bir davranışının varlığının, dolayısıyla kötü niyetinin yeterli olduğu; “kasten gizleme” ve “hileyle gizleme” arasında herhangi bir ayırım yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁵.

Bu noktada akla gelebilecek bir soru ise; tacir olmayan satıcının ağır kusuru halinde sorumlu tutulmasına karşın, satıcılığı meslek edinmiş kimseler (tacirler) için hafif ihmalin de sorumluluk için yeterli görülmüş olmasının, eser sözleşmelerinde yüklenicinin tacir olması halinde uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Doktrinde, inşaat sözleşmelerinin bir türü olan ve içeriğinde hem eser hem de satış sözleşmelerine ilişkin özellikler barındıran arsa payı karşılığı veya gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, tacir niteliğini haiz yüklenicinin kendi inşa ettiği bağımsız bölümlerden, kendi mülkiyetinde bulunanları kendisinin satması veya gelir paylaşımli inşaat işlerinde olduğu gibi satışına aracılık ettiği bağımsız bölümlerden gelir elde etmesi, onun ticari ve mesleki faaliyeti kapsamında olduğundan, TBK m. 225/f.2 hükmü gereğince hafif kusuru olsa dahi sorumlu olacağından şüphe etmemek gerekeceği ifade edilmektedir¹⁸⁶. Ancak bünyesinde satış sözleşmesi unsurları bulundurmayan salt inşaat sözleşmelerinde, TBK m. 225/f.2 hükmünün uygulanmasının, kanunun öngördüğü sorumluluk sınırları dışına çıkarak yüklenicinin sorumluluğunu hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde genişleteceğini ve bu nedenle kıyasen uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Diğer bir deyişle, iş sahibi tarafından

¹⁸⁴ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.228. Yazar, eserinde, satıcılığı meslek edinmiş kimseler için yapılan düzenleme hariç, satıcı ve yüklenici tarafından ayıbın gizlenmesini aynı başlık altında incelemiştir.

¹⁸⁵ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.230.

¹⁸⁶ Bkz.: Çetiner, **Gelir Paylaşımli**, s.125.

ayıplar süresi içinde bildirilmemiş olmasına rağmen, ticari faaliyeti kapsamında inşaat meydana getiren yüklenicinin, hafif kusuruyla sebep olduğu ayıplar bakımından sorumlu tutulması, TBK düzenlemeleri çerçevesinde kabul edilebilir gözükmemektedir. Nitekim çoğunlukla özel bir uzmanlık gerektiren eser sözleşmeleri bakımından yüklenicinin yeni bir şey imal ederken hafif kusur ile de olsa ayıba sebebiyet vermesi, çok olağanüstü bir durum değildir. Eser sözleşmeleri, daha önce imal edilmiş bir şeyin satımından oldukça farklıdır ve bir sürece yayıldığı için bünyesinde birçok farklı bileşeni bir arada bulundurmaktadır. Bu haliyle değerlendirildiğinde, iş sahibinin ayıp bildirimini süresinde yapmasa dahi yüklenicinin hafif kusuruyla sebep olduğu ayıplardan sorumlu olacağını ifade etmek, bir nevi kanunun öngördüğü gözden geçirme ve bildirim sistemini egale etmek anlamına dahi gelebilecektir. Ayrıca, eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde, TBK m. 225/f.2 benzeri hükme yer verilmemiş olması da aslında görüşümüzü destekler niteliktedir.

TBK m. 477/f.3 hükmü gizli ayıplar ile ilgili olarak “*Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.*” şeklindedir. Buna göre iş sahibi, gizli ayıbı fark ettiği zaman derhal yükleniciye bildirmekle yükümlüdür¹⁸⁷. Bu yükümü yerine getirmeyen iş sahibi, yapıyı kabul etmiş sayılacak ve ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını kullanamayacaktır¹⁸⁸.

TBK m. 477/f.3’te gizli ayıpların bildirim süresine ilişkin “gecikmeksizin” ifadesi kullanılmış ancak özenli bir gözden geçirme sonucu ortaya çıkan açık ayıplar bakımından bildirimin yoruma muhtaç bırakacak şekilde “*uygun bir süre içinde*” yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Doktrinde, bu durumda da ayıp bildiriminin olağan gözden geçirme süresinin tamamlanmasından sonra derhal yapılması gerektiği

¹⁸⁷ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.315; Seliçi, **a.g.e.**, s.155; Öz, **İnşaat**, 203; Tandoğan, **a.g.e.**, s.174; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.552; Şenocak, **a.g.e.**, s.123-124; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.148; Turanboy, **a.g.e.**, s.165.

¹⁸⁸ Yarg. 15. HD., 19.09.2005 T., 2004/6065 E., 2005/4764 K.: “...*Borçlar Yasası’nın 355 ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmesinin bir türü olan Kat Karşılığı İnşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin eseri teslim aldıktan sonra gözden geçirmesi, bozukluk (ayıp) var ise 359. Madde hükmünce yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi durumda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. (BK 362/2. Madde) Ne var ki, yüklenicinin kasden sakladığı, usulüne göre yapılan muayenede görülemeyecek kusurlar (gizli olanlar) bakımından yüklenicinin sorumluluğu devam eder. (BK 362/1. Madde) Eserin kabulü gizli ayıpları kapsamaz. Ancak sonradan ortaya çıkan gizli kusurlar da derhal bildirilmelidir. Bildirim (haber verme) görevi çabucak (hemen) yerine getirilmezse yüklenici yine BK’nın 362/2. maddesince sorumluluktan kurtulur...*” (C.İ.P.).

kabul edilmektedir¹⁸⁹. Ancak gözden geçirmenin tamamlanmasından sonra kısa bir süre geçmiş olması ayıp bildiriminin derhal yapılmadığı anlamına gelmez; bu durumda iş sahibine düşünme ve karar vermesi için kısa bir süre tanınmalıdır¹⁹⁰.

Konunun 6502 sayılı TKHK açısından yansımalarına da kısaca değinmek faydalı olacaktır. TKHK düzenlemesi çerçevesinde, ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbın belirli bir süre içinde bildirilmesi külfeti kaldırılmıştır. Ancak, tüketicinin ayıptan doğan haklarını zamanaşımı içinde kullanması gerektiğinden haliyle ayıp bildiriminin de zamanaşımı süresine riayet edilerek yerine getirilmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise mevcut düzenlemenin dürüstlük kuralı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğidir. Ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen, uzun süre boyunca bildirimde bulunulmamış olması TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Yapının teslimi sırasında özenli bir gözden geçirmeye dahi gerek olmaksızın doğrudan saptanabilecek nitelikte açık ve bariz ayıplar da söz konusu olabilir. Söz konusu bu ayıpların derhal bildirilmesi gerektiği, ayrıca bir gözden geçirme süresinin tanınmayacağı genellikle kabul edilmektedir¹⁹¹. Belirtmek gerekir ki teslim sırasında bildirilen bu açık ve bariz ayıplar, gözden geçirme sonrası tespit edilecek diğer ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır¹⁹².

Değiniilmesi gereken bir diğer konu ise iş sahibinin yapıda mevcut açık ayıpları ve farkına vardığı gizli ayıpları bildirmemesine rağmen, sonradan bunların büyük

¹⁸⁹ Öz, **İnşaat**, 203; Seliçi, **a.g.e.**, s.152-153; Tandoğan, **a.g.e.**, s.173; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.309-310; Erman, **İnşaat**, s.135; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1021. Yarg. 15. HD., 04.03.2008 T., 2007/2157 E., 2008/1382 K.: “...Eserin tesliminden sonra işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa açık ayıpları yükleniciye derhal bildirmek zorundadır. Tersî durumunda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur (BK. m. 359)...” (C.İ.P.). Doktrinde Yücer Aktürk, TBK m. 474/f.1’de uygun süre içinde bildirim yapılması gerektiğinin hükme bağlandığını, BK m. 358/f.1’deki bildirimin derhal yapılması gerektiği ifadesinin bu şekilde değiştirilmesi sebebiyle bu sürenin, çok kısa bir süre olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir (Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 191).

¹⁹⁰ Erman, **İnşaat**, s.136; Tandoğan, **a.g.e.**, s.173-174; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.310; Öz, **İnşaat**, 203.

¹⁹¹ Erman, **İnşaat**, s.138; Seliçi, **a.g.e.**, s.153; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.314; Tandoğan, **a.g.e.**, s.174. Doktrinde Yücer Aktürk, derhal göze çarpan nitelikteki bu ayıpların da bildirimi için gözden geçirme süresinin sona erdiği anın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.188, dn.538.

¹⁹² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.314; Erman, **İnşaat**, s.138.

boyutlara ulaşması ya da başka tür ayıplara yol açması halinde iş sahibinin ayıp bildiriminde bulunup TBK m. 475'te yer alan haklardan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Bu durumda öncelikle iş sahibinin bildirmediği açık ve gizli ayıplar bakımından yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu olmayacağı tartışmasıdır. Fakat bu ayıpların sonradan sebep olduğu ayıplar bakımından ise bir ayırım yapılması gerekmektedir. İş sahibinin, gözden geçirme sonrası anlaması gerektiği açık ayıpların ve farkına vardığı ancak önemsemediği gizli ayıpların, sonradan bu boyutlara ulaşabileceğini bilmesi gerekiyorsa ayıptan doğan haklardan yararlanamayacağı, aksi durumda ise sonradan ortaya çıkan bu tür ayıpların yeni bir gizli ayıp sayılarak, gecikmeksizin bildirimde bulunmak sureti ile yüklenicinin sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir¹⁹³.

Gözden geçirme ve bildirim sürelerine ilişkin kanuni düzenlemeler, yedek hukuk kuralları niteliğinde olduğundan taraflarca sözleşmede gözden geçirme ve bildirim için süreler öngörülebilir¹⁹⁴. İş sahibi tarafından sözleşmede öngörülen sürelerle uyularak bildirimde bulunulmuş ise yüklenici artık bildirim gecikmeksizin yapılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yüklenicinin imalat ve işçilik hatalarına ilişkin iş sahibine garanti vermesi halinde, TBK m. 474'teki gözden geçirme ve bildirim külfetinin sözleşme ile kaldırıldığı ve garanti süresince yüklenicinin ayıpları gidermeyi önceden kabul ettiği sonucuna varılması gerekmektedir¹⁹⁵.

¹⁹³ Öz, **İnşaat**, 203-204; Seliçi, **a.g.e.**, s.154; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.316; Erman, **İnşaat**, s.136.

¹⁹⁴ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.313; Tandoğan, **a.g.e.**, s.174-175; Erman, **İnşaat**, s.136-137; Seliçi, **a.g.e.**, s.156; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.90.

¹⁹⁵ Erman, **İnşaat**, s.136-137; Seliçi, **a.g.e.**, s.156; Turanboy, **a.g.e.**, s.166; Yarg. 15. HD., 06.10.2016 T., 2016/3460 E., 2016/4156 K.: "...Açık ve gizli ayıplarda kural olarak az yukarıda açıklandığı gibi ihbar zorunluluğu bulunmakla birlikte, ayıp garantisi bulunması halinde işi yapan taşeron ya da yüklenici garanti vermekle iş sahibinin açık ayıplarda muayene ve süresinde ihbar yükümlülüğünü, gizli ayıplar yönünde de derhal ihbar yükümlülüğünü kaldırmayı ve garanti süresi içinde ortaya çıkan bu ayıpları bedelsiz olarak gidermeyi üstlenmiş demektir. Garanti süresi içinde ortaya çıkan açık ve gizli ayıplarla ilgili iş sahibi ayıp ihbarında bulunmak zorunda kalmaksızın zamanaşımı süresi içinde ayıbın giderilmesi ve zararlarını isteyebileceği gibi, iş bedeline karşı ayıp defini de ileri sürebilir..." (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 15.04.2008 T., 2007/3124 E., 2008/2496 K.: "...Ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme veya yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunması olarak tanımlanabilir. Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre, imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Garanti süresi kararlaştırılmış ise, garanti süresi içinde de ayıp ihbarı yapılabilir..." (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 14.06.2017 T., 2016/3378E., 2017/2560 K.: "...ayrıca taraflar arasında imzalanan sözleşmenin "R" bendinde işçilik ile ilgili oluşabilecek hasarların 5 yıl

Ayıp bildirimi, hukuki niteliği itibarı ile yalnızca iş sahibinin yapının durumu hakkındaki bilgisini açıklamak anlamında olmayıp ayrıca belirlenen bu ayıplar nedeniyle yapının sözleşmeye aykırı olduğuna ve yüklenicinin sorumlu tutulacağına ilişkin irade beyanı niteliğindedir¹⁹⁶. Yüklenicinin sorumlu tutulacağına ilişkin beyan, örtülü de olabilir ve ayıpların bildirilmesinin bu beyanı da içerdiği kabul edilir¹⁹⁷. Diğer taraftan ayıp bildirimi, irade açıklaması olmasına rağmen “hukuki bir işlem” değil, “hukuki işlem benzeri fiil” sayılmaktadır¹⁹⁸. Yüklenicinin sorumluluğunun doğması bu beyana değil, bildirilen ayıba bağlıdır; ayıp gerçekte yok ise yüklenici itiraz etmese dahi sorumluluğu gündeme gelmeyecektir¹⁹⁹.

Ayıp bildiriminin usule uygun bir şekilde zamanında yapılması sonucunda iş sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla sahip olduğu haklara başvurma imkanı doğmaktadır. Ancak iş sahibi, bu haklardan hangisini kullandığını belirtmek zorunda olmadığından bu hakkını, ayıp nedeniyle sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresinin sonuna kadar kullanabilecektir²⁰⁰.

Ayıp bildirimi, herhangi bir şekle tabi değildir²⁰¹. Ancak, ayıp bildiriminin ispatı açısından bildirimin şekli önem taşımaktadır. İş sahibi, delil tespiti istemişse mahkemenin tayin ettiği bilirkişi tarafından hazırlanan raporun yükleniciye tebliğ edilmesi de ayıp bildirimi niteliğinde kabul edilmektedir. Ayıp sebebiyle iş sahibinin

garanti kapsamında olduğunun ve böylelikle bu süre içerisinde ayıp oluştuğundan ayıp ihbarına gerek bulunmadığının anlaşılmasına göre...” (C.İ.P.).

¹⁹⁶ Erman, **İnşaat**, s.137; Tandoğan, **a.g.e.**, s.172; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.306.

¹⁹⁷ Erman, **İnşaat**, s.137.

¹⁹⁸ Erman, **İnşaat**, s.137; Seliçi, **a.g.e.**, s.152; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.306; Tandoğan, **a.g.e.**, s.172-173; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.145; Yarg.15. HD., 20.06.2018 T., 2018/1965 E., 2018/2595 K.: “...Mahkemece dava ayıp ihbarı yapılmadığından bahisle reddedilmiş ise de ayıp ihbarı yapılması hukuki bir işlem değil “hukuki işlem benzeri bir fiil” olması nedeniyle süresi içerisinde ayıp ihbarının yapıldığının tanık da dahil olmak üzere her türlü delille kanıtlanması mümkün olduğundan...” (C.İ.P.).

¹⁹⁹ Erman, **İnşaat**, s.137.

²⁰⁰ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.308; Öz, **İnşaat**, 204; Tandoğan, **a.g.e.**, s.173; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.144.

²⁰¹ Erman, **İnşaat**, s.137; Öz, **İnşaat**, 203; Seliçi, **a.g.e.**, s.151; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.306-307; Tandoğan, **a.g.e.**, s.173; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.552-553; Şenocak, **a.g.e.**, s.125; Kanber, **a.g.e.**, s.41; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.141; Turanboy, **a.g.e.**, s.165; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 184; Yarg. 15. HD., 01.11.2011 T., 2010/6006 E., 2011/6370 K.: “...Sözleşmede inşaatın anahtar teslimi yapımı öngörüldüğünden yapı kullanma izin belgesini alma mükellefiyeti de yükleniciye aittir. Davacı yüklenici tarafından yapı kullanma izin belgesi alınmış ise de, bilirkişi raporuna göre bir kısım ayıplar bulunduğu anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda bu ayıpların açık ayıp niteliğinde olduğu ve ayıp ihbarında bulunulmadığı şeklinde görüş bildirilmiş ise de; davalı arsa sahipleri teminat olarak tuttukları 22 nolu bağımsız bölümün devrinden kaçındıklarından, yani ödemeleri gereken bedelin bir kısmını (22 nolu daireyi) ödememek suretiyle ayrıca ayıp ihbarında bulunmalarına gerek olmayıp bu eylemleri ayıp ihbarı niteliğindedir...” (C.İ.P.).

doğrudan doğruya dava açtığı hallerde de bunun resmi bir bildirim olduğu kabul edilmektedir²⁰². Tacirler arasındaki ayıp bildirimleri bakımından da TTK m. 18/f.3²⁰³'te yer alan şekil şartları aranmamaktadır²⁰⁴. Ayıp bildirimi, hukuki sonuçlarını bildirimin yükleniciye ulaştığı anda değil, gönderildiği anda doğurmaktadır²⁰⁵.

Ayıp bildiriminin içeriği ile ilgili mevcut kanunlarda bir düzenleme yer almamaktadır²⁰⁶. Bununla birlikte doktrinde, ayıp bildiriminde “eser ayıplıdır”, “eser sözleşmeye uygun değildir”, “inşaatı hiç beğenmedim, hoşuma gitmedi” gibi genel ifadelerin kullanılmasının yeterli olmayıp yüklenicinin ayıbın kapsam ve niteliğini anlayabilmesine elverişli açıklamalara yer verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁷. Ancak iş sahibi, belirlediği ayıpları bildirmekle yükümlü olup ayıp hakkında teknik bilgi vermek, ayıbın sebebini belirtmek zorunda değildir²⁰⁸.

İş sahibi kural olarak yapıdaki tüm ayıpları bildirmelidir; açık ayıplardan bazılarını bildirip bazılarını bildirmemişse bildirilmeyen ayıplara muvafakat ettiği kabul edilerek bunlara ilişkin TBK m. 475'te yer alan haklarını kullanamayacaktır. Böylelikle, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim için kendisine tanınan süre geçtikten sonra özenli bir gözden geçirme ile anlaşılacak ayıpları ileri sürebilmesi önlenmiş olmaktadır²⁰⁹.

Ayıp bildiriminin zamanında yapılıp yapılmadığını davalı yüklenici ileri sürmelidir; hakim bu konuda re'sen inceleme yapamaz. Yüklenicinin ayıp bildiriminin süresinde yapılmadığını ileri sürmesi halinde ise iş sahibi bunun aksini ispatlamakla

²⁰² Seliçi, **a.g.e.**, s.151; Turgut Uygur, **İnşaat Hukuku: Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, t. y., s.250.

²⁰³ TTK m. 18/f.3: “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*”

²⁰⁴ Erman, **İnşaat**, s.138; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.307. Ayıp bildirimi ile birlikte fesih ihbarı da yapılıyor ise bu durumda TTK m. 18/f.3'te aranan şekil şartlarına uyulması gerektiği yönünde bkz.: Tandoğan, **a.g.e.**, s.173, dn. 231.

²⁰⁵ Erman, **İnşaat**, s.138; Seliçi, **a.g.e.**, s.152.

²⁰⁶ Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 174.

²⁰⁷ Erman, **İnşaat**, s.138; Seliçi, **a.g.e.**, s.151-152; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.307-308; Tandoğan, **a.g.e.**, s.172; Öz, **İnşaat**, 203; Şenocak, **a.g.e.**, s.126; Kanber, **a.g.e.**, s.41; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 175-176.

²⁰⁸ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.285; Erman, **İnşaat**, s.138; Tandoğan, **a.g.e.**, s.172; Seliçi, **a.g.e.**, s.152; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1021; Şenocak, **a.g.e.**, s.126; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 180.

²⁰⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s.152; Turanboy, **a.g.e.**, s.166.

mükelleftir²¹⁰. İddia edilen ayıbın, gizli değil açık ayıp olduğunu ileri süren yüklenici bunu ispatlamakla yükümlü olup, iş sahibi ayıbın yüklenici tarafından kasten gizlendiğini veya zaten bilindiğini ileri sürüyor ise bunu ispat yükü kendi üzerindedir²¹¹.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise tarafların tacir olması durumunda ticari satışlara ilişkin TTK m. 23/f.1, bent c, uyarınca getirilen 2 ve 8 günlük sürelerin uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasındadır. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır*”. Ancak, burada belirlenen sürelerin, ticari inşaat sözleşmelerine kıyasen uygulanması ve kabul edilmesi mümkün değildir. Farklı sözleşme türleri için özel süreler içeren kanun hükümlerini, çok büyük bir ihtiyaç bulunmadıkça kıyasen ortadan kaldırmamak gerekir²¹². Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²¹³. Dolayısıyla yüklenicinin, ayıp sebebi ile iş sahibine karşı sorumluluğu için aranan ayıp bildirimi, münhasıran TBK m. 477 hükmüne göre tespit edilecektir²¹⁴. Ancak Burcuoğlu’na göre²¹⁵; eser sözleşmesinin tarafları tacir ve mahiyeti ticari ise gözden geçirme ve bildirim için Türk Ticaret Kanunu’nda yer verilen 2 ve 8 günlük süreler uygulama alanı bulacaktır; ancak sözü edilen süreler, teslimde gözle görülebilir veya olağan gözden geçirme ile belirlenebilir (açık) ayıplara ilişkin olup gizli ayıplar için hükmün atıf yaptığı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

²¹⁰ Erman, **İnşaat**, s.139; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.553.

²¹¹ Erman, **İnşaat**, s.139; Seliçi, **a.g.e.**, s.202; Tandoğan, **a.g.e.**, s.176.

²¹² Öz, **İnşaat**, s.204; Büyükay, **a.g.e.**, s.121; Ardic, **a.g.e.**, s.145.

²¹³ Yarg. 14. HD., 25.09.2012 T., 2012/9832 E., 2012/10921 K.: “... yeri gelmişken belirtilmelidir ki, TTK’nun 25. Maddesindeki ayıp ihbarı ve o maddede öngörülen süreler ticari satımla ilgilidir. Başka bir anlatımla TTK’nun 25. Maddesinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda uygulama yeri yoktur...” (C.İ.P.).

²¹⁴ Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.127-128.

²¹⁵ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.319 vd. Aynı görüşte bkz.: Seliçi, **a.g.e.**, s.20; Erman, **İnşaat**, s.140.

D. Yüklenicinin Sorumluluğunu Kaldıran Hallerin Bulunmaması

Yukarıda, yüklenicinin inşaattaki ayıplardan dolayı sorumlu olabilmesinin şartları belirtilmiştir. Ancak iş sahibinin, ayıplı ifa nedeniyle sahip olduğu haklarını kullanabilmesi için bu şartların gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir. Yapının iş sahibi tarafından kabul edilmesi ve ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir nedenden kaynaklanması hallerinde yüklenici sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Aşağıda yüklenicinin sorumluluğunu kaldıran haller incelenecektir.

1. Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilecek Nedenlerden Kaynaklanması

Eser sözleşmelerinde her ne kadar eserin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesinde asli sorumluluk yüklenici üzerinde olsa da iş sahibi, sözleşmenin kurulmasından sonra, işin niteliği ve somut koşulların getirileri ile eserin meydana getirilme sürecine etki eder ve eserin kendi talepleri doğrultusunda meydana getirilmesini sağlar²¹⁶. Ancak iş sahibinin bu müdahalesi her zaman işin gereği ile örtüşmeyebilir. Bu minvalde TBK m. 476 hükmünde de iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple eserin ayıplı olması hali özel olarak düzenlenmiştir.

TBK m. 476'da; *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* hükmü yer almaktadır.

Maddede genel olarak ayıbın herhangi bir şekilde iş sahibine yüklenebilir olmasından bahsedilmiş ve ayrıca yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar rağmen iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş olması hali özel olarak düzenlenmiştir²¹⁷. İş sahibi, yapının meydana getirilmesinde değişik şekillerde rol oynayabilir, aralarında hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağımlılık ilişkisi bulunmasa da yükleniciye emir ve talimat verebilir, yükleniciye malzeme, plan, proje, araç, gereç temin edebilir.

²¹⁶ Ardıç, **a.g.e.**, s.284.

²¹⁷ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.301; Erman, **İnşaat**, s.160; Tandoğan, **a.g.e.**, s.208; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.79.

Yapıdaki ayıbın, iş sahibinden kaynaklandığı bu gibi durumlarda yüklenici ihtar yükümlülüğünü yerine getirmiş ise kural olarak ayıptan sorumlu tutulmaz²¹⁸.

Hükümden anlaşıldığı üzere, yapının ayıplı olmasında iş sahibinin kusurlu olması şart olmayıp bu durumun kendi faaliyet alanına ilişkin bir sebepten doğmuş olması, iş sahibinin yükleniciyi ayıp nedeniyle sorumlu tutmasını ve haklarını kullanmasını engellemektedir²¹⁹.

Madde hükmünde ayıbın sebebine ilişkin ayırım gözetilmemişse de hükmün uygulanmasında ayıbın sebebinin araştırılması gerekmektedir. İnşaat işlerinde ayıbın sadece belirli bir sebebe bağlanması güç ise de hukuki değerlendirme için sebeplerden hangisinin ağır bastığının belirlenmesi gerekecektir. Yapıda görülen ayıp genel itibari ile inşaat malzemesinin ayıplı olması, inşaat yapılan arazinin inşaaata elverişsiz olması, plan ve projelerdeki planlama yanlışlığı, inşaatın özensiz yapılmasından kaynaklanabilir. Somut olayda tek bir sebep üzerine yoğunlaşılmalıdır²²⁰. Bu durumda müterafik kusur vardır ve TBK m.52 uyarınca zarar, kusurları oranında taraflar arasında paylaştırılmalıdır²²¹.

²¹⁸ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.301; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.549; Şenocak, **a.g.e.**, s.134-135; Yener, **a.g.e.**, s.171; Turanboy, **a.g.e.**, s.179; Yarg. 15. HD., 13.10.2014 T., 2014/177 E., 2014/5693 K.: “...Kural olarak işinin ehli ve konusunda uzman olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK'nın 357/son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olması ya da bu malzemenin kullanılması halinde eserin yapılmasını tehlikeye sokacak veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Eldeki davada yüklenici, projenin, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 1998 yılı Deprem Yönetmeliğine uygun olmadığı konusunda davacı iş sahibini uyardığını usulen kanıtlamadığına göre yönetmeliğe uygun düşmeyen imalat zararını karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir...” (C.İ.P.).

²¹⁹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.302; Öz, **İnşaat**, s.198; Şenocak, **a.g.e.**, s.133-134; Günel, **a.g.e.**, s.428.

²²⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.190; Şenocak, **a.g.e.**, s.134.

²²¹ Büyükkay, **a.g.e.**, s.127.

Yapıdaki ayıp nedeniyle sorumlu olan tarafın belirlenmesinde TBK m. 476 hükmü ile TBK m. 472²²² hükmünün birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır²²³.

Ayıp iş sahibine ait ve inşaatın üzerinde yapıldığı arsanın elverişsizliği yüzünden doğmuşsa kural olarak sorumluluk iş sahibine aittir. Ancak yüklenici, iş sahibine göre uzman konumda olduğu için arsanın elverişsizliği konusunda TBK m. 472 hükmü gereğince iş sahibini ikaz etme yükümlülüğü altındadır. Bunu gereği gibi yerine getirmeyen yüklenici, sorumluluktan kurtulamayacaktır²²⁴.

Ayıp, iş sahibi tarafından tedarik edilen inşaat malzemelerinden kaynaklanmışsa sorumlu tutulması gereken taraf, iş sahibidir. Ancak, TBK m. 472 hükmü gereğince, yüklenicinin bu malzemeleri kontrol ve ayıp ya da elverişsizlik varsa derhal bildirme yükümlülüğü vardır²²⁵. Bildirime rağmen malzemelerin kullanılmasında ısrar eden iş sahibi, ayıp sebebiyle yükleniciden talepte bulunamayacaktır²²⁶.

Ayıp, iş sahibinin hazırladığı ya da mühendis-mimarlar tarafından hazırlattığı proje, plan veya teknik belgelerdeki yanlışlık sebebiyle oluşmuşsa yükleniciye sorumluluk yüklenemeyecektir. Ancak, her ne kadar yüklenicinin bu belgeleri üst düzey bir

²²² TBK m. 472: “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”

²²³ Büyükkay, **a.g.e.**, s.123.

²²⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.190-191; Erman, **İnşaat**, s.162; Tandoğan, **a.g.e.**, s.214-215; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.302; Yener, **a.g.e.**, s.171; Turanboy, **a.g.e.**, s.179.

²²⁵ Yarg. 15. HD., 07.02.2006 T., 2005/8093 E., 2006/558 K.: “...Kural olarak yüklenici eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Kendisi teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Yüklenici iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK. md. 361 gereğince sorumlu tutulur. Dava konusu olayda yüklenici iş sahibine sıkı ve kireç maddesini aldırması ve her iki malzemeyi sıvada birlikte kullanarak zararlı sonucun doğmasına neden olmuştur. Yüklenici teknik bilgi donanımına sahip bir taraf olarak bu iki malzemenin birlikte kullanılmaması gerektiğini bilmesi gerekmektedir. İş sahibi talimat verse dahi doğacak zararı ortaya koymalı, uyan borcunu yerine getirmelidir. Somut olayda yüklenici zararlı sonuca kendisi neden olmuştur. Sonuçlarına katlanmalıdır...” (C.İ.P.).

²²⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.191; Erman, **İnşaat**, s.162; Tandoğan, **a.g.e.**, s.214-215; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.302; Öz, **İnşaat**, s.198-199; Şenocak, **a.g.e.**, s.142-143; Turanboy, **a.g.e.**, s.179.

denetime tabi tutması kendisinden beklenemeyecekse de plan ve projelerde rastlayacağı yanlışlıkları, göze batacak nitelikte açık yapı tekniği kurallarına aykırı detayları iş sahibine bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu istisnai durum dışında yüklenicinin, plan ve projeleri özel olarak denetlemesi ve yanlışlıkları bildirmesi beklenemez²²⁷.

İnşaatın yapım sürecinde, iş sahibi veya onun yetkili kıldığı mimar, mühendisler tarafından verilen talimatlardan doğan sonuçlar, iş sahibinin sorumluluk alanına girmektedir. Nitekim, iş sahibi tarafından yetkilendirilen mimar ve mühendisler, yükleniciye karşı sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinde iş sahibinin TBK m. 116 çerçevesinde yardımcı şahsı durumundadır. İş sahibi tarafından bizzat verilen talimatlar, yüklenicinin iş sahibi karşısında uzman konumunda olduğu nazara alındığında, yüklenicinin talimatları kontrol etmesi ve yanlışlıkları bildirmesi gerekecektir. Ancak talimatlar; mimar, mühendis gibi uzman kişiler tarafından veriliyorsa yüklenicinin açık olarak yapı tekniğine bir aykırılık yoksa ayrıca bir denetim yapması ve uyarıda bulunması beklenmemelidir²²⁸. Diğer bir deyişle, özellikle iş sahibinin kendisi ya da yardımcı şahısları, somut talimatlar açısından belirli bir uzmanlığa sahip olup, bunların doğruluğunu denetleyerek muhtemel bir ayıp tehlikesini öngörebilecek durumdaysalar, yüklenici de talimatın yanlışlığını bilemediği gibi bilecek durumda da değilse yüklenicinin ayıptan sorumlu olmadığı kabul edilmeli; ancak yüklenicinin yanlışlığı bildiği veya bilmesi gerektiği kabul ediliyorsa artık yanlış talimat ayıbın tek sebebinin oluşturmadığı için yüklenici sorumluluktan tamamen kurtulamamalıdır²²⁹. İş sahibinin bağlayıcı olmayan öneri niteliğindeki dilek veya tavsiyeleri ise TBK m. 476 anlamında talimat olarak kabul edilmeyecek olup²³⁰ ayrıca iş sahibinin hem talimatında ısrarcı olup hem de bunun riskini üstlenmediğini ifade etmesi, bu ifade talimatıyla çelişkili olduğundan hüküm doğurmayacaktır²³¹.

²²⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.191-192; Şenocak, **a.g.e.**, s.139; Turanboy, **a.g.e.**, s.179.

²²⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.192-193; Öz, **İnşaat**, s.198; Şenocak, **a.g.e.**, s.139; Turanboy, **a.g.e.**, s.181.

²²⁹ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.81.

²³⁰ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.79.

²³¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.210; Şenocak, **a.g.e.**, s.137.

Kısmi edimin söz konusu olduğu durumlarda, kısmi edimdeki ayıp, zorunlu olarak üzerine yapıldığı şeyin ayıplı olmasından kaynaklanıyorsa bunun sorumluluğu normal olarak iş sahibine aittir. Çünkü, gerekli zemini elverişli olarak sağlama yükümlülüğünün iş sahibi üzerinde olduğu kabul edilmelidir. Bu hallerde yüklenicinin, önceki edimi, kendi yapacağı işe elverişliliği noktasından incelemesi ve kendi uzmanlığı çerçevesinde aldığı işi tekniğine uygun bir şekilde yapması için zemin koşullarının ne olması gerektiğini bilmesi yeterli görülecektir²³². Sonraki yüklenicinin önceki yüklenicinin yaptığı kısmi kontrol etmesi gereği, genel özen yükümlülüğünden çıkarılabilir. Sonraki yüklenici, ayıbın farkına varıp iş sahibine bildirir ve iş sahibi gerekli önlemleri almaz ya da ayıbın farkına varması sonraki yükleniciden beklenemez ise sonraki yüklenici sorumluluktan kurtulur²³³.

Ayıbın yüklenicinin açık ihtarına rağmen iş sahibinin talimatından kaynaklanıyor olması halinde, yüklenici adına sorumluluğun doğmaması için uyarıda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İş sahibinin talimatının ayıp sonucu doğuracak olması halinde yüklenici, bu talimatın yanlışlığı konusunda iş sahibini bilgilendirmeli, onun durumu yeniden değerlendirmesini ve kararını vermesini sağlamalıdır²³⁴. Diğer bir deyişle yüklenici, ihtar ile iş sahibine, ortaya çıkan olgunun yapıda ayıba yol açacağını beyan ederek bu olguya rağmen inşaata devam edilmesinde direnirse sorumluluk kabul etmeyeceğini açıklamaktadır²³⁵. Ancak burada belirtmek gerekir ki yüklenicinin ihtarı, genel olarak talimatın yerinde bulunmadığını belirten, sebep göstermeyen, muğlaklık içeren nitelikte olmamalı; iş sahibinin konuyu tekrardan değerlendirmesine elverişli olmalıdır²³⁶.

Gerek iş sahibi tarafından verilecek olan talimatın gerekse de yüklenicinin yapacağı ihtarın herhangi bir şekilde yapılması zorunlu değildir. Ancak tabii ki

²³² Seliçi, **a.g.e.**, s.193; Turanboy, **a.g.e.**, s.181.

²³³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.216; Şenocak, **a.g.e.**, s.143-144; Büyükkay, **a.g.e.**, s.128.

²³⁴ Erman, **İnşaat**, s.160; Tandoğan, **a.g.e.**, s.211; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.155; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.80.

²³⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s.194. Öğretide ihtarın amacının sadece iş sahibini talimatı sebebiyle doğabilecek zararlardan dolayı uyarmak olduğu için yüklenicinin açıkça sorumluluğu kabul etmediğini beyan etmesinin şart olmadığı dile getirilmektedir. Bu görüşte bkz.: Uçar, **Ayıp**, s.240; Ardiç, **a.g.e.**, s.296.

²³⁶ Erman, **İnşaat**, s.160; Tandoğan, **a.g.e.**, s.211; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.301-302; Seliçi, **a.g.e.**, s.194; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1035-1036; Şenocak, **a.g.e.**, s.140-141; Günel, **a.g.e.**, s.428; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.155; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.81; Karadaş, **a.g.e.**, s.198.

bunların yazılı olması, ispat kolaylığı sağlayacaktır²³⁷. İhtarın, yüklenici veya yetkili temsilcisi tarafından, iş sahibine şahsen veya yetkili temsilcisine yöneltilmesi gerekmektedir²³⁸. Yetkili temsilci, kendi hatası yüzünden uyarılmış; ancak bunu göz önüne almamış ise yüklenicinin uyarıyı bir kere de iş sahibine tekrarlaması özen borcunun gereği olarak kabul edilmektedir²³⁹.

İhtarda bulunan yüklenici, belirli bir süre ihtarının iş sahibi üzerinde doğuracağı tepkiyi beklemek zorundadır. İş sahibi, verdiği talimatta açıkça ısrar eder, yanlış talimatı da ayıba yol açarsa yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır. İş sahibinin açık bir tepki göstermediği hallerde ise yüklenici, yeni talimat verilmesini beklemek zorunda değildir; iş sahibinin ihtarla rağmen susması ısrar anlamında kabul edilmelidir²⁴⁰.

Yüklenicinin talimatın yanlışlığı ile ilgili ihtarda bulunma yükümlülüğü, onun iş sahibinden daha uzman bir kişi olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu noktada, iş sahibinin de o konuda uzman olması ya da bir uzmandan yardım alması durumunda verilen talimata karşı ihtarda bulunma yükümlülüğünün olup olmadığı ayrıma tabi tutulmaktadır. Eğer yüklenici, talimattaki yanlışlığı bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor ise iş sahibini ihtar etmese dahi talimat sonucu meydana gelen ayıptan sorumlu değildir. Ancak talimatı veren kişi uzman dahi olsa, yüklenici talimatın yanlışlığını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa bu durumda ayıptan sorumlu olacaktır. Bu durumda ayrıca yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışından da bahsetmek mümkündür²⁴¹.

Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önceki dönemde de yüklenicinin, yanlış talimatları ile ilgili iş sahibini uyarması gerekmekte olup bu ayrıca sözleşmenin kurulması sırasındaki dürüstlük kurallarının da bir gereğidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlardan yüklenicinin sözleşme öncesi kusur (culpa in contrahendo) nedeniyle sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁴². Sözleşme kurulmadan önceki dönemde yüklenici talimatın yanlışlığı ile ilgili iş sahibini ihtar

²³⁷ Erman, **İnşaat**, s.161; Tandoğan, **a.g.e.**, s.211-212; Öz, **İnşaat**, s.198. Seliçi, **a.g.e.**, s.194; Turanboy, **a.g.e.**, s.182.

²³⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.196.

²³⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.211.

²⁴⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.196; Turanboy, **a.g.e.**, s.182.

²⁴¹ Erman, **İnşaat**, s.161; Tandoğan, **a.g.e.**, s.213-214; Büyükay, **a.g.e.**, s.124.

²⁴² Erman, **İnşaat**, s.161; Tandoğan, **a.g.e.**, s.213.

etmiş ise sözleşme kurulduktan sonra ayrıca TBK m. 476 kapsamında tekrar ihtarda bulunması gerekmemektedir. Benzer şekilde ihtarın sonuçsuz kalacağının kanıtlanması halinde de ihtarda bulunma zorunluluğu aranmamaktadır²⁴³.

TBK m. 476 kapsamında ispat yükü yükleniciye ait olup yüklenici, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana geldiğini, uyarma, bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya böyle bir yükümlülüğü bulunmayan bir durum içerisinde olduğunu ispat etmelidir²⁴⁴. Bununla birlikte yüklenici, ihtarda bulunmanın faydasız olacağını ya da ihtar edilecek durumun iş sahibi tarafından bilindiğini ve buna bağlı olarak doğabilecek tehlikelerin göze alınmış olduğunu kanıtlamak suretiyle, ihtar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa dahi sorumlu tutulmayacaktır²⁴⁵. Benzer şekilde, ihtar yapılmış olsaydı dahi iş sahibinin hatalı talimatında ısrar edeceği ve bu nedenle eserin ayıplı olacağı ispat edildiği takdirde de yüklenicinin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir²⁴⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana gelmesine rağmen, ayıbın doğmasında yüklenicinin bir kusuru veya yardımcısının eylemi de etkili olmuşsa bu kez yüklenicinin sorumluluktan kurtulamayacağı, iş sahibinin yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurabileceği kabul edilmektedir. Fakat iş sahibi ayrıca kusurlu ise, TBK m. 52 kıyasen uygulanarak müterafik kusur sebebiyle yüklenicinin tazminat borcu bakımından sorumluluğundan indirim yapılacaktır²⁴⁷.

2. Yapının Kabulü

TBK m. 477/f.1’de “*eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder*” hükmü yer almaktadır. Bu madde uyarınca, yapının kabulü, iş sahibinin açık ayıplar bakımından, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin haklarını

²⁴³ Erman, **İnşaat**, s.161; Tandoğan, **a.g.e.**, s.213.

²⁴⁴ Erman, **İnşaat**, s.162; Seliçi, **a.g.e.**, s.198; Turanboy, **a.g.e.**, s.183; Ardiç, **a.g.e.**, s.302.

²⁴⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.213.

²⁴⁶ Uçar, **Ayıp**, s.241.

²⁴⁷ Erman, **İnşaat**, s.163; Seliçi, **a.g.e.**, s.172-173; Tandoğan, **a.g.e.**, s.209; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.302-303; Öz, **İnşaat**, s.199; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.156; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.83.

kullanmasını engellemekte ve de yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır²⁴⁸.

Yapının *kabulü* ile yapının *teslimi* ise birbirinden farklı kavramlardır²⁴⁹. *Kabul* kavramının niteliği, yapının sözleşmeye uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunulamayacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır. Açık veya örtülü olarak yapılması mümkündür²⁵⁰. Bu irade beyanının hukuki sonucu ise yapıda bulunabilecek ayıplara rağmen, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmiş sayılmasıdır²⁵¹. Kabul, her aşamada söz konusu olabilir; iş sahibi yapıyı teslim alır almaz kabul beyanında bulunabileceği gibi daha sonra ve hatta gözden geçirme ve ayıp bildirimine müteakip de ayıplı yapıyı kabul edebilir²⁵².

Kabul beyanının ihtirazi kayıtla, koşula bağlı olarak yapılması da mümkündür²⁵³. Çoğunlukla iş sahibi, belirttiği eksikliklerin giderilmesi kaydı ile yapıyı kabul ettiğini beyan eder. Bu durumda yapının kabulü, şartın gerçekleşmesine bağlı olacaktır. Düzeltmeler yapılmadığı takdirde, şart yerine getirilmiş olmayacağından iş sahibi, yapıyı kabul etmiş sayılmayacaktır²⁵⁴.

TBK m. 477/f.1’de aynı zamanda bir istisna durumu düzenlenerek açık ve gizli ayıplar bakımından bir ayırım yapılmıştır. Aşağıda bu ayrımlar üzerinde durulacaktır.

a. Açık Ayıplar Bakımından

Açık ayıplar, hemen fark edilen veya zamanında ve usulüne uygun bir gözden geçirme ile anlaşılabilen ayıplardır. Türk Borçlar Kanunu kabulün yükleniciyi sorumluluktan kurtarıcı etkisini, yalnızca açık ayıplar bakımından kabul etmiştir²⁵⁵.

²⁴⁸ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.303; Erman, **İnşaat**, s.163; Öz, **İnşaat**, s.205; Tandoğan, **a.g.e.**, s.217; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.550; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1021; Günel, **a.g.e.**, s.429; Kanber, **a.g.e.**, s.45; Yener, **a.g.e.**, s.172; Turanboy, **a.g.e.**, s.183.

²⁴⁹ Yarg. 15. HD., 15.06.1992 T., 1992/3006 E., 1992/3087 K.: “...Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi (BK. m. 359) "eserin teslimi" ile "eserin kabulü" de eş anlamlı değildir...” (C.İ.P.).

²⁵⁰ Erman, **İnşaat**, s.163; Tandoğan, **a.g.e.**, s.217; Günel, **a.g.e.**, s.429; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.149; Turanboy, **a.g.e.**, s.183.

²⁵¹ Erman, **İnşaat**, s.163; Seliçi, **a.g.e.**, s.199.

²⁵² Öz, **İnşaat**, s.205.

²⁵³ Erman, **İnşaat**, s.163; Seliçi, **a.g.e.**, s.199; Öz, **İnşaat**, 206; Günel, **a.g.e.**, s.429; Turanboy, **a.g.e.**, s.183.

²⁵⁴ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.305; Seliçi, **a.g.e.**, s.199.

²⁵⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s.199; Turanboy, **a.g.e.**, s.183.

TBK m. 477/f.1’de yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ile gizli ayıplar açısından yüklenicinin sorumluluğunun devam edeceğinin düzenlenmiş olması bunu göstermektedir. TBK m. 477/f.2²⁵⁶ hükmünde de gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen iş sahibinin yapıyı zımnen kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir²⁵⁷. Netice itibari ile açık ayıplar bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmemesi, zımni kabul anlamına gelmekte ve bu durumda iş sahibi ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin haklarını kullanamamaktadır. Ayrıca bu tür ayıplarda yapının teslim alınması sırasında, teslimden önce veya sonra kabul beyanında bulunulması ya da gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirildikten sonra yapının kabul edildiğinin bildirilmesi halinde de ayıp nedeniyle yüklenici sorumluluktan kurtulmaktadır²⁵⁸.

İş sahibinin, bildiği açık ayıplara rağmen yapıyı herhangi bir ihtirazi kayıt sürmeksizin teslim alması, yüklenicinin açık ayıplar dolayısıyla sorumluluktan kurtulmasına sebep olur²⁵⁹. Bizim de makul bulduğumuz görüşe göre ise; iş sahibinin ihtirazi kayıt koymaksızın yapıyı teslim alması, kural olarak ayıbı kabul ettiği anlamına gelmez²⁶⁰. Ancak, somut olayda bu durumda iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmayacağına dair yükleniciye haklı bir güven verdiği ve sonradan buna aykırı hareket etmesinin çelişkili davranış (venire contra factum proprium) teşkil edeceği durumlarda bunun korunmayacağı ve ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı kabul edilebilir²⁶¹. Nitekim somut olayın koşullarını incelemeksizin salt ihtirazi kayıt olmadığı gerekçesi ile yükleniciyi sorumluluktan kurtarmak, çoğu zaman yükleniciye göre inşaat alanında herhangi bir uzmanlığı bulunmayan iş sahibi aleyhine hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlar doğmasına

²⁵⁶ TBK m. 477/f.2; “İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.”

²⁵⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.201.

²⁵⁸ Erman, **İnşaat**, s.165.

²⁵⁹ Yarg. 15. HD., 21.06.1976 T., 1976/1691 E., 1976/2627 K.: “... Davacı ihtirazi kayıt sürmeksizin daireyi teslim alırsa, davalı açık ayıplar dolayısıyla sorumluluktan kurtulur...” (C.İ.P.); YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: “...Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, eserdeki ayıplardan dolayı teslim alınırken ihtirazi kayıt ileri sürülmesi gerekmesine karşılık...” (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 22.11.1990 T., 1990/3773 E., 1990/5000 K.: “...Davacının, dava dilekçesiyle eski hale getirilmesini istediği hususlar açık ayıp olup, davacı inşaatı kabul ve teslimden ihtirazi kayıt ileri sürmediğinden davalıdan bir istemde bulunamaz...” (C.İ.P.).

²⁶⁰ Öz, **İnşaat**, s.205.

²⁶¹ Erman, **İnşaat**, s.165; Öz, **İnşaat**, s.205.

sebeup olacaktır. Bu durumda, açık ayıpların bilindiği nazara alınarak, teslimden sonra makul kabul edilebilecek bir süre içinde ayıp bildiriminde bulunan iş sahibinin talebini kabul etmenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Açık ayıplar bakımından bir ayırım yapılmasını gerektiren ve farklı hukuki sonuçlar doğuran yüklenici tarafından kasten gizlenen açık ayıplar halinde ise yapının kabulü, yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Bu durum madde metninde “...ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder” denilmek sureti ile açıkça ortaya konmuştur. Yüklenicinin bu tür açık ayıplar bakımından sorumluluğunun devamı için bunları yapıyı teslim zamanında bilmesi ve bilinçli olarak iş sahibine bildirmemesi (kasti susması) gerekmektedir²⁶².

Böyle bir durumun varlığını kabul edebilmek için yüklenicinin aldatma iradesine sahip olması yani kötü niyetli olması gerekir ve bunun varlığını kabul için susma da yeterlidir. Bu nedenle yüklenicinin, ayıbın varlığını bilmesine rağmen susması ve iş sahibinin de ayıbı bilmemesi halinde kasten aldatma gerçekleşmiş olup; ayrıca bazı oyunlar, manevralar ve aldatıcı beyanlar gerekli değildir²⁶³. Burada kastın varlığına ilişkin ispat yükü iş sahibi üzerindedir²⁶⁴.

b. Gizli Ayıplar Bakımından

Gizli ayıplar, usulüne uygun bir gözden geçirme neticesinde ortaya çıkarılamayan ayıplar olup teslim sırasında çekirdeği bulunmasına rağmen sonradan gelişerek fark edilebilir bir hal alan²⁶⁵ ya da teslim sırasında var olan ayıbın oluşturduğu etki sebebiyle sonradan doğan ayıplar (ikincil ayıp) şeklinde de olabilir²⁶⁶.

İş sahibinin, bu gizli ayıpların ortaya çıkmasından sonra durumu derhal yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Aksi durumda, yapı kabul edilmiş sayılacak ve yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır²⁶⁷. İkincil ayıba sebep olan asli ayıbın,

²⁶² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.304; Erman, **İnşaat**, s.166; Seliçi, **a.g.e.**, s.201-202; Tandoğan, **a.g.e.**, s.219; Günel, **a.g.e.**, s.429.

²⁶³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1028; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.230.

²⁶⁴ Erman., **İnşaat**, s.166; Seliçi, **a.g.e.**, s.201-202.

²⁶⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s.202; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1023.

²⁶⁶ Erman., **İnşaat**, s.167; Tandoğan, **a.g.e.**, s.220.

²⁶⁷ Erman., **İnşaat**, s.167; Tandoğan, **a.g.e.**, s.220; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.149; Turanboy, **a.g.e.**, s.184.

gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirilmeyerek yükleniciye bildirilmemesi halinde yüklenici, asli ayıp bakımından sorumluluktan kurtulsa dahi, bildirim vaktinde yapılmış ise ikincil ayıp açısından sorumlu olmaya devam edecektir²⁶⁸.

Gizli ayıplar açısından iş sahibine gözden geçirme külfeti getirilmediği için sonradan yapılacak bir inceleme ile anlaşılabilir olan gizli ayıbın anlaşılabilmesi yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır²⁶⁹. Yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar, Yargıtay tarafından gizli ayıplara eş tutulmuş olup²⁷⁰ iş sahibi bu ayıpları fark ettiğinde derhal yükleniciye bildirmekle yükümlü olduğu karara bağlanmıştır²⁷¹. Derhal bildirim yapılmaması halinde yapının, iş sahibi tarafından kabul edildiği konusunda kanun tarafından varsayım getirilmektedir²⁷².

Bildirim külfetinin zamanında yerine getirildiğini ispat etme yükü, iş sahibi üzerindedir²⁷³. Bu durumda iş sahibinin, yükleniciye karşı ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin haklarını kullanabilmesi gerekmektedir²⁷⁴. İş sahibinin, eseri kabul etmesi ya da kabul anlamına gelecek şekilde kullanmaya devam etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğu sona erecektir²⁷⁵.

E. Zamanaşımı

İş sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmesi için aranan tüm şartları sağlamış olmasının yanı sıra TBK m. 475'te yer alan seçimlik hakların, TBK m. 478'de yer alan zamanaşımı sürelerine uygun olarak kullanması

²⁶⁸ Erman, **İnşaat**, s.167; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.315-316; Tandoğan, **a.g.e.**, s.220.

²⁶⁹ Erman, **İnşaat**, s.168.; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.315.

²⁷⁰ Yarg. 15. HD., 21.06.1976 T., 1976/1691 E., 1976/2627 K.: “...Ancak yapılan dairelerdeki kusurlar, sonradan meydana çıkmış veya müteahhit olan davalıların kasten sakladığı kusurlardan ise, yani gizli ayıp niteliğini taşıyorsa davacının buna vakıf olur olmaz keyfiyeti davalılara haber vermesi şartıyla, gizli ayıplardan doğan tazminatı talebe hakkı vardır...” (C.İ.P.).

²⁷¹ Erman, **İnşaat**, s.167; Turanboy, **a.g.e.**, s.184. Yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ister açık ister gizli ayıp olsun, iş sahibinin bildirim külfetini zamanında yerine getirmemesinin, TBK m. 475'te yer alan haklarının ortadan kalkması sonucunu doğurmayacağına ilişkin açıklamalar için bkz.: Birinci Bölüm, II. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğun Şartları, C. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yetine Getirilmesi, 3. Bildirim Külfeti.

²⁷² Erman., **İnşaat**, s.168; Tandoğan, **a.g.e.**, s.221; Öz, **İnşaat**, s.203; Seliçi, **a.g.e.**, s.202.

²⁷³ Erman, **İnşaat**, s.167.

²⁷⁴ Erman, **İnşaat**, s.168; Seliçi, **a.g.e.**, s.202-203; Tandoğan, **a.g.e.**, s.220-221; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.316-317.

²⁷⁵ Erman, **İnşaat**, s.168.

gerekmektedir. Maddede yer alan sürelerle riayet edilmediği takdirde bu haklar zamanaşımına uğramış kabul edilecektir²⁷⁶.

TBK m. 478; “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddede görüleceği üzere inşaat sözleşmelerinde ayıptan doğan haklar, kural olarak 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak, yüklenicinin ağır kusuru olduğu durumlarda zamanaşımı süresi 20 yıl olarak belirlenmiştir. Düzenlemede yer alan 20 yıllık sürenin, 1999 depremi sonrası yaşanan mağduriyetlerin ve uyuşmazlıkların etkisi ile getirildiği ifade edilmektedir²⁷⁷.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun eski düzenlemesine nazaran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yapılan bu düzenlemenin inşaat dahil, tüm eser sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek ayıplar karşısında iş sahipleri açısından çok daha avantajlı olduğunu söylemek mümkündür. Yalnızca süreler bakımından dahi aradaki fark, dikkat çekicidir²⁷⁸.

Zamanaşımı süresinin başlangıcı ise eserin kabulü değil, teslimi tarihidir²⁷⁹. Bildirim süresinin geçirilmiş olması sebebiyle iş sahibinin ayıptan doğan haklarının düşmüş olması halinde, zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olmayacaktır²⁸⁰.

²⁷⁶ Öz, **İnşaat**, s.223.

²⁷⁷ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s. 559; Öz, **İnşaat**, s.225; Gökyayla, a.g.e., s.587; Semih Yünlü, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi”, **YYÜHFD**, C. 1, S. 3, 2014, s.109.

²⁷⁸ 818 sayılı eski Borçlar kanundaki düzenleme için bkz ve karşı. BK md. 363: “Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.

Fakat gayrimenkul inşaat müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin mütaahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.”.

²⁷⁹ Burcuoğlu, a.g.e., s.328; Erman, **İnşaat**, s.172; Seliçi, a.g.e., s.203; Öz, **İnşaat**, s.226; Tandoğan, a.g.e., s.226; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.560; Tunçomağ, a.g.e., s.1038; Selimoğlu, a.g.e., s.176; Kanber, a.g.e., s.46; Uçar, **Teslim**, s.548.

²⁸⁰ Seliçi, a.g.e., s.203.

Değinilmesi gereken önemli konulardan biri, 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına sebep olan “ağır kusur” kavramının nasıl tespit edileceğidir. İlk olarak, yüklenici tarafından kasten, bilerek ve isteyerek meydana getirilen ayıpların bu kapsamda olduğu noktasında şüphe yoktur; çünkü kast kavramı sözleşmeye ilişkin bariz ve en ağır ihlali ifade etmektedir²⁸¹. Ağır kusur, normal şartlar altında ortalama bir insanın aynı veya benzer bir işi yaparken göstermesi gereken dikkat ve özen ile ölçülecektir. Yüklenicinin eylemlerinde kasttan bahsedemiyor ancak ağır ihmali olduğundan söz edebiliyorsak ağır ihmalin de ağır kusurluluğa yol açacağını belirtmek gerekir²⁸². İnşaat sözleşmeleri açısından da yüklenicinin uzman olması beklendiğinden kusur belirlemesi yapılırken, normal bir insan değil, benzer işleri yapan ortalama bir yüklenicinin esas alınması gerekmektedir²⁸³.

Maddede belirlenen sürelerin, tarafların anlaşması çerçevesinde uzatılıp kısaltılabilmesi mümkündür²⁸⁴. Nitekim TBK m. 148²⁸⁵ uyarınca yalnızca, TBK m. 146 ila m. 161 aralığını kapsar şekilde, Türk Borçlar Kanunu’nun Birinci Kısım, Üçüncü Bölüm, İkinci Ayrımında yer alan zamanaşımı sürelerinin, sözleşme ile değiştirilmesi yasaklanmıştır. İnşaat sözleşmelerini içeren eser sözleşmelerine ilişkin zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 478 hükmü, TBK m. 148’deki sınırlamanın uygulama alanı dışında kalmaktadır²⁸⁶. Ancak kanunun tanıdığı olduğu bu yetki sınırsız değildir. Zamanaşımı süresinin, iş sahibinin haklarını kullanmasını engelleyecek şekilde, hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde, kısaltılması dürüstlük kuralı gereğince mümkün kabul edilmemektedir²⁸⁷. Ayrıca, ağır kusurun varlığı halinde dikkate alınacak olan 20 yıllık zamanaşımı süresinin uzatılabileceği kabul edilmekle birlikte, yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde bu süreyi kısaltmanın bir

²⁸¹ Yünlü, **a.g.e.**, s.109.

²⁸² Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.495; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.560; Yünlü, **a.g.e.**, s.110.

²⁸³ Yünlü, **a.g.e.**, s.110-111.

²⁸⁴ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.328-329; Büyükay, **a.g.e.**, s. 129; Yavuz, Acar, /Özen, **a.g.e.**, s.460; Seliçi, **a.g.e.**, s.211; Tandoğan, **a.g.e.**, s.226-227; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.180.

²⁸⁵ TBK m. 148: “*Bu ayırimda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.*”.

²⁸⁶ Öz, **İnşaat**, s.226; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.180.

²⁸⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 241; Büyükay, **a.g.e.**, s. 129; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.460; Tandoğan, **a.g.e.**, s.227.

çeşit sorumsuzluk anlaşması hükmünde olacağı nazara alınarak TBK m. 115 hükmü²⁸⁸ gereğince kısaltılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir²⁸⁹.

İş sahibinin inşaattaki ayıplardan doğan haklarının zamanaşımına uğramış olmasının sonuçlarına da kısaca değinmek gerekmektedir. Zamanaşımına uğramış alacak, hukuki anlamda bir alacak olup ifası kural olarak mümkündür. Ancak, borçlu yüklenicinin zamanaşımı def'i ileri sürmesiyle bu borç, eksik borç haline gelir. Yüklenici, TBK m. 78/f.2²⁹⁰ gereğince, zamanaşımından habersiz olarak yerine getirdiği borcun, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iadesini talep edemez²⁹¹.

Ayıplı ifadan doğan hakları zamanaşımına uğramış olmasına rağmen iş sahibi, mutlak bildirim süresi içinde ayıpları bildirmiş ise, TBK m. 231/f.1, c.2²⁹² kıyasen uygulanmak suretiyle, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını def'i yoluyla kullanabilir; zamanaşımına uğramış ve para alacağına dönüşmüş alacağını yüklenicinin aynı sözleşmeden doğan bir alacağı ile ya da başka bir alacağı ile takas edebilir, ücret henüz ödenmemiş ise ücreti ödemekten kaçınabilir²⁹³.

III. Genel Olarak İş Sahibinin Ayıplı İfadan Doğan Hakları

Kendisine ayıplı bir yapı teslim edilmiş olan iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş, ayıp herhangi bir şekilde kendisinden kaynaklanmamış ve yapıyı kabul etmemiş olması şartıyla zamanaşımı süresine riayet etmek kaydı ile birtakım haklara sahip olmaktadır.

²⁸⁸ TBK md. 115: “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

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

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

²⁸⁹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.329; Öz, **İnşaat**, s.226; Seliçi, **a.g.e.**, s.211; Tandoğan, **a.g.e.**, s.227; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.180.

²⁹⁰ TBK m. 78/f.2: “Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez.”

²⁹¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.240; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.460.

²⁹² TBK m. 231/f.1, c.2: “Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.”

²⁹³ Seliçi, **a.g.e.**, s.207; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.330; Ayan, **a.g.e.**, s.87, dn.322.

İş sahibi, koşulların gerçekleşmiş olması şartıyla kendisine tanınan bu haklardan, istediğini kullanma imkanına sahip olup bu haklar yalnızca iş sahibine tanınmıştır. Yüklenicinin ayıba ilişkin bu haklardan yararlanması söz konusu değildir. Bu nedenle yüklenici, sözleşme ile kendisine ayıbı giderme hakkı tanınmış olması hali dışında, teslim edilmiş yapıdaki bozuklukları gidereceğini beyan ederek iş sahibinin sözleşmeden dönmesine veya bedelden indirim istemesine engel olamaz²⁹⁴.

İş sahibinin, ayıp karşısında kullanabileceği seçimlik hakları ve hangi koşulların varlığı halinde bunları kullanabileceği TBK m. 475 hükmünde düzenlenmiş olup ilgili hüküm şu şekildedir:

“Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı 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.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.”

Yukarıda yer verilen kanun maddesinden de anlaşılabacağı üzere kanunda aranan şartları sağlayan iş sahibi, yükleniciye karşı sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve ayıp oranında bedelden indirim isteme haklarına sahiptir. İş sahibinin bu seçimlik haklara ek olarak ayrıca genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır²⁹⁵.

²⁹⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.157-158; Öktem, **a.g.e.**, s.1952; Uçar, **Karşılaştırma**, s.35.

²⁹⁵ Yarg. 15. HD., 09.07.2015 T., 2015/802 E., 2015/4061 K.: “...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde, eserin ayıplı teslim edilmesi durumunda iş sahibinin hakları sayılmıştır. Bu haklar, eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule

İş sahibinin tazminat isteme hakkı, diğer üç seçimlik hakkın kullanılmasını engelleyici bir hak değildir. İş sahibi, genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkını, bu üç seçimlik haktan biriyle birlikte kullanabileceği gibi bunlardan bağımsız bir şekilde de kullanabilecektir²⁹⁶.

İş sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği bu üç seçimlik hak için yüklenicinin kusurunun varlığı aranmamaktadır²⁹⁷. Ancak, bağımsız olarak kullanılabileceği gibi diğer üç seçimlik haktan biriyle beraber de kullanılabilecek olan, genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının yükleniciye yöneltilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır²⁹⁸. Netice itibari ile iş sahibi, üç seçimlik haktan birini yükleniciye karşı onun kusuru aranmaksızın kullanabilecek iken, yüklenicinin kusurundan bahsedilemediği durumlarda genel hükümlere göre tazminat isteminde bulunamayacaktır²⁹⁹. Ayrıca, ayıp bildiriminde bulunurken veya seçimlik haklardan biri kullanılırken tazminat talebinin saklı tutulmamış olması da bu istemden vazgeçildiği anlamına gelmemektedir³⁰⁰.

Madde metni nazara alındığında, ayıp halinde iş sahibine genel olarak, herhangi bir koşul aranmaksızın bedel indirimi hakkı tanındığı; diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi için ise bazı koşulların varlığının arandığı ortaya çıkmaktadır³⁰¹. Örneğin, iş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilmesi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın önemli olmasına ve eser iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılmış ise sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açmayacak olmasına; ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanabilmesi, onarımın aşırı masraf gerektirmemesine bağlı tutulmuştur. Diğer bir deyişle, iş sahibine tanınan seçimlik hakların her biri aynı

zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını istemek olup, ayrıca bu hususta yüklenicinin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyanda isteyebilir...” (C.İ.P.).

²⁹⁶ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.298; Öz, **İnşaat**, s.206; Uçar, **Ayıp**, s. 165.

²⁹⁷ Erman, **İnşaat**, s.141; Uçar, **Ayıp**, s. 165; Öz, **İnşaat**, s.206; Seliçi, **a.g.e.**, s.157; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.554; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.284; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.157; Uçar, **Karşılaştırma**, s.35.

²⁹⁸ Erman, **İnşaat**, s.141; Uçar, **Ayıp**, s. 165; Öz, **İnşaat**, s.206; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.554; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1035; Günel, **a.g.e.**, s.414; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.157; Yener, **a.g.e.**, s.162; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.142; Yünlü, **a.g.e.**, s.108.

²⁹⁹ Öktem, **a.g.e.**, s. 1962 vd.; Günel, **a.g.e.**, s.414.

³⁰⁰ Erman, **İnşaat**, s.142; Tandoğan, **a.g.e.**, s.173; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.308; Günel, **a.g.e.**, s.415.

³⁰¹ Erman, **İnşaat**, s.141; Günel, **a.g.e.**, s.414.

değerde değildir ve kendi iradesine bağlı olmayan kanuni sınırlamalar sebebi ile iş sahibi seçim hakkını her istediği olanak için serbestçe kullanamamaktadır³⁰².

TBK m. 475 hükmüne göre sözleşmeden dönme, ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın önemli olması şartına bağlamıştır. Madde metnine göre yapı, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı bir durumda ise ayıp önemli kabul edilmiş ve iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Yapının kabul edilemeyecek derecede ayıplı olup olmadığı, hakkaniyete, somut olayın özelliklerine ve çıkarlar dengesine göre belirlenecek olup özellikle sözleşmeden dönmenin yükleniciye vereceği zarar ile iş sahibine sağlayacağı yarar bir arada değerlendirilecektir³⁰³. Örneğin, çatısı özenli olarak kapatılmamış bir bina, iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olarak kabul edilebilir³⁰⁴. Sözleşmeden dönme hakkı, iş sahibi tarafından tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır ve geçmişe etkili olarak sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi etki doğurur. Bu kapsamda taraflar birbirlerine verdiklerini geri alırlar. İş sahibi ayrıca varsa yaptığı giderlerin tahsilini de isteyebilir³⁰⁵. Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ise yüklenici, bunu yıkmak ve kaldırmak, ayrıca enkaz ve molozlarını da arsadan uzaklaştırmak zorundadır. Aksi halde iş sahibi bunu yapabilir ve yüklenici, iş sahibinin sağladığı malzeme ile inşaatı yapmış ise yüklenicinin malzemeyi ref borcu da vardır, mümkün olmazsa tazminat ödemekle yükümlüdür³⁰⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki burada takdir hakkı iş sahibine tanınmış olup iş sahibinin, önemli ayıbın varlığına rağmen diğer seçimlik haklarına başvurma olanağı da vardır. Ayıp ya da sözleşmeye aykırılık bu derece önemli değil ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması bertaraf edilmiştir. Bu durumda iş sahibi; ayıbın giderilmesini veya bedelin indirilmesini isteyebilecektir³⁰⁷.

³⁰² Seliçi, **a.g.e.**, s.157; Öktem, **a.g.e.**, s.1952.

³⁰³ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.290; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.555; Tandoğan, **a.g.e.**, s.181; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1029-1030; Günel, **a.g.e.**, s.415-416; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.84; Fikret Eren, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s.102-103; Öktem, **a.g.e.**, s.1956; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.142; Turanboy, **a.g.e.**, s.168-169.

³⁰⁴ Büyükkay, **a.g.e.**, s.134-135.

³⁰⁵ Selimoğlu, **a.g.e.**, s.158; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.85; Öktem, **a.g.e.**, s.1953-1954; Yener, **a.g.e.**, s.162.

³⁰⁶ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.85.

³⁰⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.157-158; Öz, **İnşaat**, s.214-216; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.84.

Kanun gereğince yapıdaki ayıpların, masrafları yükleniciye ait olarak ücretsiz bir şekilde giderilmesini isteme hakkı ise ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve bunun aşırı masrafa yol açmaması koşuluna bağlı kılınmıştır. Bu şart gerçekleşmediği takdirde iş sahibi sadece diğer haklara başvurabilecektir. Bunun hesaplamasında, iş sahibinin onarım üzerine elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım masrafları arasında açık bir dengesizlik olup olmadığı incelenecektir³⁰⁸. Bununla birlikte TBK m. 475/f.3 ile inşaat sözleşmeleri açısından önemli bir sınırlama getirilmiştir: inşaat, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılmış ve sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara yol açacaksa iş sahibine sözleşmeden dönme olanağı verilmemiştir. Bu durumda iş sahibi ancak bedelin indirilmesini veya ayıbın ücretsiz olarak giderilmesini talep edebilecektir³⁰⁹. Eserin kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açıp açmayacağına ise somut olayın koşulları ile özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği değer ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde tutarak hakim TMK m. 4 çerçevesinde takdir hakkını kullanarak karar verecektir³¹⁰.

İş sahibi, TBK m. 475/f.1, b. 2 gereğince bedelden indirim yapılmasını da isteyebilir. Yapı, sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak kadar önemli derecede ayıplı olmaz ise ya da iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmemiş ise iş sahibi ayıp yüzünden eserdeki değer eksikliği oranında bedelden indirim yapılmasını

³⁰⁸ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.296-297; Öz, **İnşaat**, s.209; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.557; Tandoğan, **a.g.e.**, s.193; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1034; Büyükay, **a.g.e.**, s.138-139.

³⁰⁹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.291; Seliçi, **a.g.e.**, s.157-158; Öz, **İnşaat**, s.217; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.556; Tandoğan, **a.g.e.**, s.183; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1032-1033; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.462; Turanboy, **a.g.e.**, s.170; Öktem, **a.g.e.**, s.1956-1957; Hasan Erman, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **İÜHFM**, C.50, S.1-4, 1984, s.517. Arpacı, bu hükmün uygulamada adaletsizliğe yol açacağını savunmakta ve adaletsiz uygulamaların önüne geçebilmek için “gerçek olmayan boşluk” çaresine başvurmak gerektiğini, söz konusu boşluğun aynı hükmün ilk fıkrasının birinci bendi kıyasen uygulanmak suretiyle doldurularak sözleşmeden dönmeyi mümkün kılınması gerektiğini söylemektedir (Abdülkadir Arpacı, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 576-575).

³¹⁰ Öktem, **a.g.e.**, s.1957; Yener, **a.g.e.**, s.164; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.144; Yarg. 15. HD., 02.05.2012 T., 2011/2215 E., 2012/2940 K.: “...İmara aykırı ve kaçak olan inşaatla ilgili taraflar, ekonomik değeri haiz olmadığından bedel talep edemez iseler de bu yapının yıkımını talep edebilirler. Tarafların sözleşmede binanın imara aykırı ve kaçak yapıldığını kabul etmeleri bu şekilde yapılan bina-inşaatın yıkımını engellemez. Bu durumda dava konusu yerde yapılan inşaatın imara aykırı ve kaçak olup yıkılması gerektiği sabit olduğu ve davacı yüklenicinin de sözleşmenin tarafı olarak kaçak yapının kal'ini istemekte hukuki yarar ve taraf ehliyeti bulunduğu anlaşıldığından davacıya inşaatın yıkılması ile ilgili yetki verilmek suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken kamu düzeninden olan imara aykırılığı sürdürecektir biçimde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur...” (C.İ.P.).

da talep edebilir³¹¹. Bedelden indirim hakkının kullanılması ile diğer seçimlik haklar düşer ve iş sahibinin bedel indirimini seçtiğini bildirmesi üzerine, yapıdaki ayıp oranında sözleşmedeki bedel borcu azalarak iş sahibinin bedelin bu kısmını yükleniciye verme borcu sona erer³¹². İş sahibine bu hakkın tanınmasının amacı, ayıp nedeni ile değeri azalan eser ile ücret arasındaki eşitliği sağlamaktır³¹³. Bu sebeple bedelden indirim yapılabilmesi için öncelikle, eserin ayıplı olması nedeniyle aldığı değer, ayıplı olmaması halinde alacak olduğu değerden düşük olması ve ayrıca ayıplı eserin az veya çok bir değer taşıması gerekmektedir³¹⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, işin bedeli arsa payı olarak tespit edildiği için bedelden indirim hakkının kullanılması halinde nasıl hareket edilecektir? Yargıtay, bu durumda tapuda pay indirimi yapılmasını kabul etmemekte, bu nedenle hakim, ayıplı işlerin parasal karşılığını TBK m. 481 uyarınca inşaatın yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin giderine bakarak; diğer bir deyişle eserin teslim edildiği tarih itibarıyla serbest piyasa rayiçlerine göre tespit ederek yükleniciden tahsiline hükmetmektedir³¹⁵.

Değinilmesi gereken bir diğer konu ise iş sahibinin ayıplı yapı ile ilgili olarak TBK m. 475'te düzenlenen haklarının yanı sıra genel hükümlere göre hak talebinde bulunup bulunamayacağıdır. Yüklenicinin ayıplı yapı teslim etmesi aynı zamanda “borcun müsbet ihlali” ya da “borcun kötü ifası” olarak ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık halini oluşturmaktadır. Sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun sorumluluğu TBK m. 112 vd. maddelerinde düzenlenmiştir³¹⁶. Bir görüşe göre³¹⁷ somut olay nazara alındığında taraflar arasındaki çıkar dengesi, iş sahibinin TBK m. 112 uyarınca tazminat talebini haklı gösteriyor ise bu yola başvurulabilmelidir ve ayıp halinde iş sahibinin yalnızca TBK m. 475'te yer alan hakların kullanılabileceğini söylemek yerinde değildir. Bu görüşün kabul edilmesinin en önemli sonucu ise şüphesiz TBK

³¹¹ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.292; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.556-557; Tandoğan, **a.g.e.**, s.186 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1033; Öktem, **a.g.e.**, s.1957; Turanboy, **a.g.e.**, s.171.

³¹² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.293; Öz, **İnşaat**, s.206-207.

³¹³ Günel, **a.g.e.**, s.419.

³¹⁴ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.294; Günel, **a.g.e.**, s.419; Kanber, **a.g.e.**, s.43; Öktem, **a.g.e.**, s.1958; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.147; Turanboy, **a.g.e.**, s.171.

³¹⁵ Selimoğlu, **a.g.e.**, s.162. Bu konudaki farklı görüşler için, Bkz. Öktem, **a.g.e.**, s.1960.

³¹⁶ Erman, **İnşaat**, s.127.

³¹⁷ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s.332.

m. 474'te yer alan gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen iş sahibinin yine de yükleniciden tazminat isteyebilmesidir³¹⁸.

Baskın olan bir diğer görüşe göre³¹⁹, ayıplı yapı tesliminde özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 475 uygulama alanı bulmakta ve iş sahibinin genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 112 hükmüne göre tazminat talep etmesi mümkün olmamakta ve ayrıca çıkarlar dengesi de bunun aksini gerektirmemektedir. Nitekim, TBK m. 475 hükmü, TBK m. 112 hükmüne göre iş sahibine daha geniş haklar tanımakta ancak getirdiği yükümlülükler ve daha kısa zamanaşımı süreleri ile çıkar dengesini de korumaktadır. Ayrıca TBK m. 475 hükmü iş sahibine şartları mevcut ise yükleniciden tazminat talep etme imkanı da sunmaktadır. Tüm bunlara rağmen gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyerek TBK m. 475 hükmünü kullanma imkanını kaybeden iş sahibinin, TBK m. 112 hükmünden faydalanarak yükleniciden tazminat talep etmesi çıkarlar dengesi ve hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır³²⁰.

Aşağıda, iş sahibinin yapıdaki ayıpların varlığı halinde yükleniciye karşı ileri sürebileceği seçimlik haklardan ayıbın giderilmesini isteme hakkı ve genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat hakkı üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

³¹⁸ Erman, **İnşaat**, s.128.

³¹⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s.130-131; Erman, **İnşaat**, s.128.

³²⁰ Erman, **İnşaat**, s.128.

İKİNCİ BÖLÜM

AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

I. Kavram ve Unsurları

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, inşaatın ayıplı olması halinde iş sahibine tanınan seçimlik haklardan biridir. Ayıbın giderilmesi hakkı, “*eserin ayıplı olması nedeniyle kısmen başarısızlığa uğrayan ifa girişiminden sonra, eseri sözleşmeye uygun (ayıpsız) hale getirmek için gerekenin yapılması*” şeklinde tanımlanabilir¹.

TBK m. 475/f.1, b.3’e göre, iş sahibi teslim edilen yapının ayıplı olması halinde, aşırı masraf gerektirmediği sürece ve bütün masrafları yüklenici tarafından karşılanmak üzere² ayıbın giderilmesini isteyebilir³. Bu hakkın kullanılabilmesi için öncelikli olarak diğer seçimlik hakların kullanılmasında da geçerli olduğu üzere, yapının teslim edilmiş olması, ayıplı olması, iş sahibi tarafından gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması, ayıbın iş sahibine yüklenememesi, yapının kabul edilmemiş olması ve zamanaşımı sürelerine riayet edilmesi şeklinde sayılan genel şartların sağlanmış olması gerekmektedir.

İş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilmesi için genel şartlara ilave olarak madde metninden de anlaşılabacağı üzere ayıbın giderilmesinin yüklenici için aşırı masraf gerektirmemesi ve doktrinde yer bulduğu üzere ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekmektedir⁴.

¹ Schluep, **Nachbesserungsanspruch**, s.3 (nakleden Şenocak, **a.g.e.**, s.36, dn.20).

² Yarg. 15. HD., 19.09.2005 T., 2004/6068 E., 2005/4761 K.: “...Yanlar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde, yapılan işin kalite ve işçilik olarak idareye beğendirilmesinin şart olduğu kararlaştırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun istisna akdine ilişkin hükümleri ve sözleşmenin anılan maddesi uyarınca yüklenici taahhüt konusu işi eksiksiz ve kusursuz yapmak ve iş sahibine beğendirmek zorundadır. İkinci kez yapılan boya işinin iş sahibinin kusurlu davranışlarından kaynaklandığı kanıtlanmadığı sürece, yüklenici beğenilmeyen yerlerin düzeltilmesi (ayıpların giderilmesi) için ayrıca bedel isteyemez...” (C.İ.P.).

³ İş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkına ilişkin düzenleme, 818 sy. BK m. 360/f.2’de “... ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da istiyebilir.” şeklinde yer almaktaydı.

⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.37; Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Seliçi, **a.g.e.**, s.176; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.297; Erman, **İnşaat**, s.152; Büyükay, **a.g.e.**, s.139; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.557; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Günel, **a.g.e.**, s.423; Öktem, **a.g.e.**, s.1961; Turanboy, **a.g.e.**, s.173.

II. Hukuki Niteliği, Kullanılması ve Sonuçları

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵, ayıbın giderilmesini isteme hakkı yenilik doğuran bir hak niteliği taşır. İş sahibinin bu hakkı kullanması (hakkın kullanılmasına yönelik beyanın yükleniciye ulaşması) ile birlikte yüklenici ile iş sahibi arasında bir akdi ilişki meydana gelir ve bu akdi ilişki uyarınca yüklenici, eserdeki ayıbı ücret talep etmeksizin giderme borcu altına girer⁶ ve iş sahibinin dava edilebilir bir alacak hakkı ortaya çıkar⁷.

Bu görüşün savunucularından olan Şenocak, ayıbın giderilmesini isteme hakkının yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olduğunu şu şekilde açıklamaktadır⁸: Yüklenicinin asli edim borcu, eserin teslimi ile birlikte sona ermektedir. Bu borcun yerini ise TBK m. 475'te düzenlenen üç seçimlik hak almaktadır. İş sahibi, hangi hakkı seçtiğine dair beyanda bulununcaya kadar taraflar arasındaki sözleşmenin ne şekil alacağı, dengenin nasıl kurulacağı belirsizdir. İş sahibi, seçimlik hakkını kullanıncaya kadar yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin yetki ve yükümlülüğü de mevcut değildir. Ancak iş sahibinin ayıbın giderilmesi talebine ilişkin beyanı ile yüklenici, bir yükümlülük altına girmektedir. Bu nedenle ayıbın giderilmesini isteme hakkı, yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirilmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise⁹, ayıbın giderilmesini isteme hakkı hukuki niteliği itibari ile alacak hakkı niteliğindedir. Bu görüş, yüklenicinin başlangıçtaki ayıpsız eser meydana getirme ve teslim borcu ile ayıbın giderilmesini isteme hakkının muhtevası itibariyle aynı olduğu noktasından hareket etmektedir. Buna göre ifa talebi, sorumluluk sistemi içinde ayıbın giderilmesi hakkına dönüşmüş olup amaç, iş sahibine bu vasıta ile ayıp nedeniyle bozulmuş olan edim-karşı edim dengesinin yeniden kurulmasını sağlamaktır. İş sahibinin ayıbın giderilmesini istemesi

⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.37-38; Şahiniz, **a.g.e.**, s.189; Büyükcay, **a.g.e.**, s.137; Tandoğan, **a.g.e.**, s.192; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.171; Uçar, **Ayıp**, s.194.

⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s.189; Tandoğan, **a.g.e.**, s.192; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463.

⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s.192.

⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.38.

⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s.173-174. Kanber, **a.g.e.**, s.42; Öz, **İnşaat**, s.210.

ile yüklenici açısından yeni bir borç doğmamakta olup bu beyan yalnızca, devam eden eksiksiz ifa borcunun bir teyidinden ibaret olmaktadır¹⁰.

Bu görüşün savunucularından olan Öz, ayıbın giderilmesini isteme hakkının yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olmadığını şu şekilde açıklamaktadır¹¹: “*Diğer seçimlik haklardan farklı olarak, onarım talebi, yenilik doğuran bir hak niteliğinde görülmemektedir. Zira yüklenicinin zaten ayıpsız ifa borcu vardır ve onarım talebi de buna ilişkin özel bir hükümdür. Buna göre iş sahibinin onarım istemeyi seçmesi diğer seçimlik hakları kesin olarak düşürmez. Eğer yüklenici onarımı reddeder veya uygun zaman içinde yapmazsa, iş sahibi bedel indirimi ve şartları varsa sözleşmeden dönme haklarına başvurabilir. Buna karşılık yüklenicinin uygun zamanda onarıma başlamış ve bu onarım talebinin gereklerine aykırı davranmamış olması halinde, iş sahibi kararından vazgeçip diğer seçimlik haklara başvuramaz.*”

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukuki niteliğine ilişkin bu tartışmalar, aslında daha çok kuramsaldır. Çünkü, netice itibari ile iki görüş, birçok noktada aynı çözümü benimsemektedir. İki görüşe göre de yüklenicinin ayıbı giderme borcunda temerrüde düşmesi veya borcun yerine getirilmesinin objektif olarak imkansızlaşması ya da yüklenicinin tüm çabalarına karşı ayıbın giderilememiş olması halinde iş sahibinin, diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir¹².

Daha önce de ifade edildiği üzere yapıdaki ayıp sebebiyle kanun tarafından düzenlenen seçimlik haklar, yalnızca iş sahibine tanınmıştır. Yüklenici, ayıbı gidermekle yükümlü olup buna karşılık ayıbı gidermeye yönelik bir hakkı bulunmamaktadır¹³. Ancak taraflar, sözleşmede yükleniciye böyle bir hak tanımış

¹⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.173.

¹¹ Öz, **İnşaat**, s.210.

¹² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.296; Tandoğan, **a.g.e.**, s.193; Turanboy, **a.g.e.**, s.175. Seliçi, bu durumu şöyle açıklamaktadır: Yüklenici, ayıbın giderilmesini talebini reddeder veya tanınan süre içinde ayıbı gidermezse iş sahibi, TBK m. 475’te yer alan seçimlik haklarını kullanabilir. Ayıbı giderme talebi, başlı başına diğer seçimlik hakların düşmesi için yeterli değildir. Sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme hakları, ancak bilfiil ayıp giderildiği takdirde düşer. Ayıbın gereği gibi giderilmemesi halinde ise iş sahibi, dönme, bedel indirimi ve ayıbın giderilmesi haklarından birini kullanabilir. Eğer yüklenici, baştan itibaren ayıbı gidermeyi reddetmiş ise iş sahibinin tekrar ayıbın giderilmesini talep etmesi, faydasızdır. Çoğu zaman da dönme hakkını haklı gösterecek derecede bir ayıp olmadığı için iş sahibinin, bedel indirimi hakkını kullandığı hallere daha sık rastlanmaktadır. İş sahibi, söz konusu haklarını süre geçtikten sonra vakit kaybetmeksizin kullanmalıdır (Seliçi, **a.g.e.**, s.179-180).

¹³ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.85; Seliçi, **a.g.e.**, s.174.

iseler iş sahibi, yükleniciye, ayıbı gidermesi için olanak tanımadan diğer seçimlik haklarını kullanamayacaktır¹⁴.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, yükleniciye varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve kullanılması için yükleniciye dava yoluyla yöneltilmesi ya da geçerliliğinin yüklenicinin kabulüne bağlı olması söz konusu değildir¹⁵.

Yüklenici, kendi itibarını korumak ya da ayıpların alt yüklenici tarafından giderilmesini sağlamak için iş sahibinin tercihini ayıbın giderilmesi hakkından yana kullanmasını istese dahi, iş sahibi bu seçeneği kullanmak zorunda değildir. Yani yüklenicinin, kendiliğinden ayıpları giderme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle yüklenicinin talebini reddeden iş sahibi, alacaklı temerrüdüne düşmeyecektir¹⁶.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılması da bütün yenilik doğuran haklar için geçerli olan kurallara tabidir; iş sahibi şarta bağlı olarak ayıbın giderilmesini isteyemez ve kural olarak bu husustaki beyanını geri alamaz. Ancak, yüklenicinin korunmaya değer bir menfaatinin ihlal edilmediği durumlarda, iş sahibinin ayıbın giderilmesine ilişkin beyanını geri alabileceği ve diğer seçimlik haklarından birini kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁷.

Taraflar arasında bu hakkın kullanımına ilişkin uyumsuzluk olması halinde mahkeme, iş sahibinin bu hakkını kullanması için gerekli genel ve özel şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini, bu hakkın kullanılıp kullanılmadığını ve kullanmanın sonuçlarını tespit eder ve gerekirse yüklenicinin ayıbı giderme ediminde bulunmasına ilişkin bir hüküm verir. Ancak mahkemenin bu hükmü yenilik doğurucu nitelik taşımamaktadır¹⁸.

Alt yüklenicinin meydana getirdiği eser için iş sahibi, asıl yükleniciden talepte bulunabilir; ancak asıl yüklenici izin vermediği müddetçe alt yükleniciden doğrudan ayıbın giderilmesini talep edemez¹⁹.

¹⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.174.

¹⁵ Şahiniz, **a.g.e.**, s.189; Tandoğan, **a.g.e.**, s.192.

¹⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.193.

¹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.39.

¹⁸ Şahiniz, **a.g.e.**, s.189-190; Tandoğan, **a.g.e.**, s.192.

¹⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s.190; Şenocak, **a.g.e.**, s.148.

Yüklenici, ayıbın giderilmesi borcunu masrafları kendisi karşılamak suretiyle yerine getirmek zorundadır. Bununla birlikte yapıdaki ayıp, yüklenicinin yanında iş sahibine de izafe edilebiliyor veya ayıbın giderilmesi iş sahibine uygun bir denkleştirme gerektiren bir yarar sağlıyor ise iş sahibinin de ayıbın giderilmesine ilişkin masraflara katılması gerekir. Yine yapı ayıpsız olarak meydana getirilseydi dahi iş sahibinin karşılamak zorunda olduğu bir masraf söz konusuysa bu masraf yükünü de iş sahibinin taşıması gerekmektedir. Ayıbın giderilmesinin yüklenici tarafından aşırı bir masraf gerektirmesi durumunda da iş sahibi, bu aşırılığı giderecek ölçüde masraflara katılarak ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilecektir²⁰. Aşağıda bu konularla ilgili detaylı açıklamaya yer verilecektir.

III. Benzer Talepler ile Karşılaştırılması

Eser sözleşmelerindeki özel düzenleme dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde ayıbın giderilmesini isteme hakkı ile en iyi ilişki kurulabilecek hak, TBK m. 123 vd. hükümlerine göre alacaklıya tanınmış olan aynen ifayı talep etme hakkıdır. Her iki durumda da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için alacaklıya (eser sözleşmeleri bakımından iş sahibine) aynen ifa talebi tanınmaktadır. Ancak buradaki fark; TBK m. 123 vd. hükümlerine göre tanınan aynen ifayı talep hakkı, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesinden kaynaklanmakta iken eser sözleşmelerinde tanınan hak, ayıplı ifanın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir diğer fark ise, TBK m. 125'te öngörülen diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi için kural olarak borçluya aynen ifa için süre verilmesi ve bu süre içinde borçlunun edimini yerine getirmemesi (akabinde alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmesi) gerekirken; eser sözleşmeleri bakımından iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep hakkını diğer seçimlik haklardan önce kullanması zorunlu değildir. İş sahibi dilerse özel şartları gerçekleştiği takdirde diğer seçimlik haklarını da kullanabilecektir²¹.

Benzer bir hakka, taşınır satışına ilişkin ayıptan sorumluluk hükümlerinde de rastlamaktayız. TBK m. 227'ye göre, satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcıya; sözleşmeden dönme, bedel indirimi isteme, satılanın ayıpsız bir

²⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.40.

²¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.45.

benzeri ile değiştirilmesini isteme ve aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ayıbının giderilmesini isteme seçimlik hakları tanınmaktadır²². Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması, eser sözleşmeleri için de söz konusu olduğu gibi aşırı bir masrafı gerektirmemesi şartına bağlı kılınmış, böylelikle değeri düşük ve günlük hayatta sürekli alınıp satılan şeylerin, değerinden fazla bir masraf ile tamirat gerektirmesi halinde, hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır²³. Söz konusu hüküm, eser sözleşmelerinden farklı olarak satıcıya da alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleme hakkı da tanımaktadır²⁴.

Bir diğer benzerlik ihtiva eden hakka ise kira sözleşmelerinde (adi kira ve hasılat kirası) rastlanılmaktadır. Kiracıya tanınan ayıbın giderilmesini isteme hakkı çerçevesinde kiracı, gerek teslim esnasında gerekse de sözleşme süresince kendi kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıpların, masrafları kiraya veren tarafından karşılanmak üzere giderilmesini kiraya verenden talep edebilecektir (TBK m. 304, m. 305 ve m. 361)²⁵. Kiraya veren uygun bir süre içinde ayıpları gidermediği takdirde kiracı, TBK m. 304 ve TBK m. 306 çerçevesinde masrafı kiraya verene ait olmak üzere söz konusu onarımı bizzat yapabilir veya üçüncü kişilere yaptırabilir. Hasılat kirasında ise adi kiradan farklı olarak kiracı, m. 365/f.2 gereğince önemli olmayan ayıpları kendi hesabına giderebilecektir²⁶.

IV. Özel Şartları

İş sahibi tarafından ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılabilmesi için diğer seçimlik haklar için de geçerli olan genel şartların sağlanmasının yanı sıra, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve aşırı masraf gerektirmemesi özel şartlarının da sağlanmış olması gerekmektedir. Aşağıda bu şartlar üzerinde detaylıca durulacaktır.

²² Şenocak, **a.g.e.**, s.45; Çetiner, **Yarar ve Hasarın İntikali**, s.110; Melek Yüce Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.399.

²³ Çetiner, **Yarar ve Hasarın İntikali**, s.110; Yüce Bilgin, **Ayıp**, s.411.

²⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.45; Yüce Bilgin, **Ayıp**, s.400.

²⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.47; Uçar, **Karşılaştırma**, s.47-48.

²⁶ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.230 vd.; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.320; Şenocak, **a.g.e.**, s.47.

A. Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 475'te bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen doktrinde tabii olarak iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebilmesi için bunun objektif olarak mümkün olması gerektiği kabul edilmektedir²⁷. Ayıbın giderilmesinin objektif olarak imkansız olması; yüklenicinin işçilerini dağıtmış olması, ayıbı giderme masraflarını karşılayacak ekonomik gücü ve imkanı olmaması gibi yükleniciye isnat edilebilir, sübjektif nedenlerden doğmuşsa iş sahibi, ayıbın giderilmesini yine de talep edebilmektedir²⁸.

Ayıbın giderilmesinin tam olarak imkansız olduğu durumlara uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Eserin üçüncü kişiye ait olduğu ve bu kişinin ayıbın giderilmesine muvafakat etmediği durumlarda imkansızlığın varlığı düşünülebilir. Bu duruma örnek olarak, alt yüklenicinin eylemi nedeniyle oluşan ayıbın giderilmesini asıl yüklenici istiyor olmasına rağmen asıl iş sahibinin buna muvafakat etmemesi gösterilebilir²⁹.

Ayıbın tamamen değil, kısmen giderilmesi mümkün ise iş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı, mümkün olan kısımla sınırlıdır³⁰. Ayıbın giderilmesinin tamamen imkansız olması haline nazaran kısmi imkansızlık hali ile karşılaştırılması uygulamada daha olasıdır. Kısmi imkansızlık ile kastedilen, ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olması, eserin tamamen sözleşmeye uygun hale getirilmesi mümkün olmasa dahi önceki haline göre sözleşmeye daha uygun hale getirilebilir olmasıdır. Bu

²⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.362; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.297; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Erman, **İnşaat**, s.152; Şenocak, **a.g.e.**, s.148; Şahiniz, **a.g.e.**, s.190; Büyükcay, **a.g.e.**, s.139; Günel, **a.g.e.**, s.423; Kanber, **a.g.e.**, s.42; Öktem, **a.g.e.**, s.1961; Yener, **a.g.e.**, s.165; Uçar, **Ayıp**, s.198; Seliçi, burada objektif imkansızlığın yanı sıra objektif imkansızlığa eş değerde hukuki imkansızlık haline de yer vermektedir (Seliçi, **a.g.e.**, s.176); Yarg. 15. HD., 22.02.2007 T., 2005/6204 E., 2007/1093 K.: "...Davacı arsa sahiplerinin A2 ve A3 bloklarda 3 bağımsız bölümleri daha bulunmaktadır. Davacılar eksik ve ayıplı işlerin giderilme bedellerini isterken A2 ve A3 bloklardaki 3 bağımsız bölümler içinde istekte bulunmuşlardır. A2 ve A3 bloklarda yapılan inşaatın imara ve projesine aykırı olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada imara ve projeye aykırı olan üç bağımsız bölüm için eksik ve ayıplı iş bedellerinin tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. Ancak A2 ve A3 bloklar imara ve projeye uygun hale getirildiğinde, bu bloklardaki bağımsız bölümlerin eksik ve ayıplı işlerinin giderilme bedellerinin istenmesi mümkün olabilecektir. Mahkemece bu durum gözden kaçırılarak A2 ve A3 bloklardaki arsa sahiplerine ait üç bağımsız bölüm yönünden de eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır..." (C.İ.P.).

²⁸ Erman, **İnşaat**, s.153; Seliçi, **a.g.e.**, s.176; Günel, **a.g.e.**, s.423; Öktem, **a.g.e.**, s.1961; Uçar, **Ayıp**, s.198.

²⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.148.

³⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s.197; Günel, **a.g.e.**, s.423.

durumda iş sahibinin ayıbın giderilmesine ek olarak kalan ayıp için bedel indirimi isteyebileceği gibi şartları varsa sözleşmeden dönme veya tek başına bedelden indirim isteme haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir³¹.

B. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf Gerektirmemesi

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı TBK m. 475/f.1, b.3'te ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesi şartına bağlı tutulmuştur. Bu düzenleme gereğince iş sahibi, ayıbın giderilmesini talep etmiş olsa dahi yüklenici, bu giderimin aşırı masraf gerektirdiği gerekçesiyle ayıbı gidermekten kaçınabilecektir³².

Masrafın aşırı olup olmadığını, somut olaya göre masrafın uygun olup olmaması belirleyecek ve anlaşmazlık durumunda ise hakim tarafından TMK m. 4 çerçevesinde takdir hakkı kullanarak belirlenecektir³³.

Somut olaya göre belirleme yapılırken ilk olarak, ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile bu gidermenin muhtemel masrafları dikkate alınacaktır. Ayıbın giderilmesi neticesinde iş sahibinin elde edeceği menfaat ile yüklenicinin yapacağı masraf arasında orantısız bir ilişki var ise bu masraflar aşırı kabul edilmelidir³⁴. Diğer bir deyişle, iş sahibinin elde edebileceği menfaat karşısında yüklenicinin ayıbı gidermesini beklemek, dürüstlük kurallarına göre haklı görülmezse masrafın aşırı olduğu kabul edilebilecektir³⁵.

Ayıbın giderilmesine ilişkin muhtemel masraflar tespit edilirken yalnızca yüklenici tarafından yapılacak olan masraflar nazara alınmakta, istisnaen de olsa iş sahibi tarafından karşılanacak olan masraflar bu hesaplama nazara alınmamaktadır³⁶.

³¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.149; Uçar, **Ayıp**, s.199; Erman, **İnşaat**, s.153.

³² Tandoğan, **a.g.e.**, s.198; Şenocak, **a.g.e.**, s.149; Şahiniz, **a.g.e.**, s.190; Büyükkay, **a.g.e.**, s.139; Günel, **a.g.e.**, s.423; Öktem, **a.g.e.**, s.1961; Uçar, **Ayıp**, s.199; Erman, **İnşaat**, s.153; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.145.

³³ Şenocak, **a.g.e.**, s.149.

³⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.197-198; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.362; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.297; Seliçi, **a.g.e.**, s.175; Öz, **İnşaat**, s.209; Şenocak, **a.g.e.**, s.149-150; Şahiniz, **a.g.e.**, s.191-192; Günel, **a.g.e.**, s.423; Turanboy, **a.g.e.**, s.173.

³⁵ Erman, **İnşaat**, s.153; Seliçi, **a.g.e.**, s.175;

³⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.150-151; Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

Ayıbın giderilmesi masraflarına yalnızca doğrudan doğruya masraflar değil, o giderim için yapılması gereken diğer işlemlere ilişkin masraflar da dahildir³⁷. Onarım sonucunda yüklenici, ayıbın nedenini ortadan kaldırmakla beraber, tüm eser onarıma girdiğinde nasılsa o şekilde bırakmak zorundadır³⁸. Sızıntı yapan su borusunun değiştirilmesi durumunda sızıntının tespiti için fayansların kırılması ve yenilerinin yaptırılmasında³⁹, bozuk tesisatın onarımı için delinen duvarların tekrar yapılarak sıva ve boyasının yaptırılmasında⁴⁰ durum böyledir. Ancak iş sahibinin, ayıplı yapı dışında bazı değerleri zarara uğramış, örneğin onarım sırasında mobilyalarına zarar verilmiş ise, iş sahibi sırf bu gerekçeyle diğer seçimlik haklarına başvuramayacak, bu durumda şartları var ise TBK m. 112 çerçevesinde tazminat talep edebilecektir⁴¹.

Ayıbın giderilmesi neticesinde iş sahibinin sağlayacağı menfaat ve yüklenicinin yapacağı masraf kararlaştırılırken iş sahibinin elde edeceği sadece maddi menfaatler değil maddi olmayan menfaatlerin de göz önüne alınması gerekmektedir⁴². Maddi menfaat ile anlaşılması gereken yapının sözleşmede öngörülen kullanım amacına elverişliliği olup bu elverişlilik ayıp dolayısıyla kısmen ya da tamamen ortadan kalkmış ise bu durum iş sahibinin ayıbın giderilmesindeki menfaati kapsamında dikkate alınır. Oturma odasının büyüklüğü, çatının su geçirmezliği, binanın ısı yalıtımı ve sağlamlığı, maddi menfaate örnek olarak gösterilebilir. Maddi olmayan menfaat ise yapının objektif değerini etkilemeyen ancak evin dış cephesinin sözleşmede belirlenenden farklı bir renge boyanması gibi nefaset eksikliklerinin giderilmesi şeklinde kendini gösteren, maddi özellik taşımayan menfaatlerdir⁴³.

Ayıbın giderilmesi masrafları ile iş sahibinin elde edeceği menfaat arasındaki orantısız ilişkinin tespiti için doktrinde birtakım kıstaslar geliştirilmiştir. Buna göre, ayıbın giderilmesi masrafları, yüklenici normal durumda ayıpsız bir yapı meydana getirseydi yapmak zorunda olduğu masraflardan fazla değilse⁴⁴ veya bu giderim

³⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.151; Şahiniz, **a.g.e.**, s.192; Seliçi, **a.g.e.**, s.175.

³⁸ Öz, **İnşaat**, s.210.

³⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.151.

⁴⁰ Öz, **İnşaat**, s.210; Seliçi, **a.g.e.**, s.178.

⁴¹ Öz, **İnşaat**, s.210.

⁴² Şenocak, **a.g.e.**, s.151; Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁴³ Şenocak, **a.g.e.**, s.151-152.

⁴⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.152; Şahiniz, **a.g.e.**, s.191.

masrafları, ayıp nedeniyle yapıda meydana gelen değer eksikliğini aşmıyorsa⁴⁵ TBK m. 475/f.1, b.3 anlamında aşırı masraf olarak kabul edilmemektedir. Ancak, söz konusu masrafların yapıdaki değer eksikliğini aşması, tek başına aşırılık olarak nitelendirilemeyecektir⁴⁶.

Ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olmasından bahsedebilmek için ayıbın, eserin kullanım amacına elverişliliği etkilememesi ya da bu etkinin önemsiz olması gerekmektedir⁴⁷. Pencere çevresindeki birkaç çizik gibi ayıbın nefaset eksikliğinden ileri gelmesinde de durum böyledir⁴⁸. Ancak, özellikle sözleşmede kararlaştırılan durumlarda estetiğin bir eserin asli özelliğini oluşturabileceği durumu gözden kaçırılmamalıdır⁴⁹. Ancak özellikle, yapının kullanım amacına tamamen elverişsiz olduğu ya da iş sahibi veya üçüncü kişilerin yaşam ve sağlığını tehdit edici bir nitelik taşıdığı durumlarda masrafların ne olursa olsun iş sahibinin elde edeceği menfaat ile orantısız bir ilişki içinde olduğundan söz edilemeyecektir. Hatta bu durumlarda yapılacak masraf tutarının ayıplı yapı yerine yenisinin yapılması masraflarına eş değer olması da durumu değiştirmeyecektir⁵⁰.

Yüklenicinin kayıtsız şartsız ayıbın giderilmesini taahhüt etmiş olduğu durumlarda iş sahibi ayıbın giderilmesini, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği müddetçe her zaman isteyebilir ve bu durumda artık giderim masraflarının aşırı olup olmadığı incelenmez⁵¹. Yüklenicinin yapıya ilişkin belirli bir özelliği açıkça garanti etmiş olması halinde de durum böyledir⁵². Sözleşmedeki böyle bir hükmün, dürüstlük kurallarına göre değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekmekte olup ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmesine rağmen iş sahibinin bu konuda ısrar etmesi, dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa yükleniciye itiraz imkanı tanınması gerekmektedir⁵³.

⁴⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁴⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.152; Şahiniz, **a.g.e.**, s.191.

⁴⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.151; Şahiniz, **a.g.e.**, s.191.

⁴⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.152.

⁴⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.152; Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁵⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.152; Şahiniz, **a.g.e.**, s.191.

⁵¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.191-192; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.297-298; Seliçi, **a.g.e.**, s.176; Günel, **a.g.e.**, s.424; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.85; Turanboy, **a.g.e.**, s.173.

⁵² Şahiniz, **a.g.e.**, s.191-192; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.298, dn.64.

⁵³ Seliçi, **a.g.e.**, s.176.

Ayrıca belirtmekte fayda var ki; yüklenicinin, ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olduğunu ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Yüklenicinin, ayıbın giderilmesi talebini uygun bir süreyi geçirdikten sonra ve neden göstermeyerek reddetmesi, ayıba kasten düşük değerli malzeme kullanmak veya başka bir ağır kusuruyla sebep olmasına rağmen masrafların aşırı olduğunu ileri sürmesi hallerinde durum böyledir⁵⁴.

Masrafın aşırı olup olmadığı tespit edilirken sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme ile olan ilişki dikkate alınmamalıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme hakkına sahip olması, olsa olsa ayıbın giderilmesi neticesinde iş sahibinin elde edeceği yarar kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁵. Yüklenicinin ayıbı giderme masrafları nedeniyle kâr elde edemeyecek ve hatta üstüne para verecek olması da bu masrafların aşırı sayılmasını gerektirmemektedir⁵⁶.

Kural olarak, ayıbın giderilmesi faaliyetlerinin, yüklenicinin işletmesinin faaliyet planını aksatacak olması, masrafların aşırı olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin kusuru veya iş sahibinin, ayıbın giderilmesini isteme hakkını, yükleniciyi zor duruma sokmak amacıyla kullanması masrafların aşırı olup olmadığının tespitinde dikkate alınacak hususlar arasında yer almaktadır⁵⁷.

Masrafların aşırı olmasına rağmen iş sahibinin ayıbın giderilmesini istemesi halinde yüklenici, iş sahibinin bu talebini yerine getirmekten kaçınabilecek olup anlaşmazlık durumunda masrafların aşırı olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir⁵⁸. Yüklenici, iş sahibinin ayıbın giderilmesi talebine açık ya da örtülü olarak (örneğin ayıbın giderilmesi çalışmalarına başlamak) onay verdiği takdirde bundan sonra masrafların aşırı olduğunu ileri sürerek ayıbı gidermekten kaçınamayacaktır⁵⁹.

⁵⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.198; Erman, **İnşaat**, s.153.

⁵⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.153; Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁵⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁵⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.153.

⁵⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.154; Tandoğan, **a.g.e.**, s.197.

⁵⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.154; Tandoğan, **a.g.e.**, s.198; Şahiniz, **a.g.e.**, s.192-193; Erman, **İnşaat**, s.153; Seliçi, **a.g.e.**, s.175-176.

Yüklenicinin ayıbın giderilmesi istemini kabul etmemesi ve hakimın de masrafların aşırı olduğuna karar vermesi⁶⁰ veya yüklenicinin uygun zamanda düzeltmeyi yapmaması veya eseri yine ayıplı bir şekilde onararak teslim etmesi halinde⁶¹ iş sahibi şartları varsa sözleşmeden dönme veya bedelden indirim yapılması haklarından birini kullanabilecektir⁶². Bir görüşe göre⁶³, ayıbın giderilmesi, eserin bedeline göre aşırı bir harcamayı gerektiriyorsa, iş sahibinin sözleşmeden dönme yerine ayıbın giderilmesi seçeneğini benimsemiş olması, iyi niyet ilkesiyle bağdaşmayacağından, yüklenici, ayıbın giderilmesi istemini yerine getirmekten kaçınabilecek ve yüklenici ancak yıkım ve yeniden yapım harcamalarından sorumlu tutulabilecektir. Şahiniz'e göre, hakim burada, TBK m. 227/f.4'e kıyasen, davacının diğer seçimlik haklarından hangisini kullanmak istediğine ilişkin talebini sormalı ve davacının istediği seçimlik hakkın özel şartları gerçekleşmiş ise davacının istediği seçimlik hak doğrultusunda sonuca varmalı, davacının istediği seçimlik hakkın da özel şartları gerçekleşmemiş ise özel şartları gerçekleşmiş olan seçimlik hak doğrultusunda hüküm tesis etmelidir⁶⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki, masrafların aşırı olacağını ispat etmesi gereken taraf, kanundaki açık düzenleme kapsamında tüm masraflar üzerinde olan ve ayıbın giderimini yapacak olan yüklenicidir⁶⁵.

V. Ayıbın Giderilmesi Borcu

Ayıplı ifa halinde iş sahibinin seçimlik hakkını, ayıbın giderilmesini isteme hakkından yana kullanmasıyla birlikte yüklenici, eserdeki ayıbı ücret talep etmeksizin giderme borcu altına girer. Bu borç hakkında eser sözleşmesinin özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk Borçlar Kanunu'nun borçların ifasına ve ifa edilmemesine ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Ancak doğaldır ki; bu uygulama

⁶⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.154.

⁶¹ Erman, **İnşaat**, s.154; Tandoğan, **a.g.e.**, s.193; Seliçi, **a.g.e.**, s.174; Öz, **İnşaat**, s.210.

⁶² Şenocak, **a.g.e.**, s.154; Erman, **İnşaat**, s.154; Tandoğan, **a.g.e.**, s.193; Seliçi, **a.g.e.**, s.174; Öz, **İnşaat**, s.210.

⁶³ Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Haziran, 2016, s.355 vd.

⁶⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s.193.

⁶⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.198; Uçar, **Ayıp**, s.200.

esnasında eser sözleşmesinin kendine özgü nitelikleri de göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁶.

Aşağıda ayıbın giderilmesi borcunun içeriği, ayıbın giderilmesine ilişkin masraflar, ayıbın giderilmesi borcunda temerrüt ve kötü ifa halleri ile ayıbın giderilmesine engel olan durumlar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

A. Ayıbın Giderilmesi Borcunun İçeriği

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, diğer seçimlik haklarda olduğu gibi ayıplı bir yapının teslimi ile edim ve karşı edim arasındaki bozulan dengeyi yeniden sağlama amacına hizmet etmektedir.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkan ayıplı giderme borcu da esas itibari ile yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan ifa borcu ile aynı içeriğe sahiptir⁶⁷. Ancak burada ayıplı da olsa meydana getirilmiş ve teslim edilmiş bir yapı söz konusu olduğu için yüklenici, ayıpsız bir yapı meydana getirme borcunu, yapıda mevcut ve bildirilen ayıpların giderilmesine yönelik olarak ifa etmektedir. Bir diğer ifadeyle yüklenici, ayıpsız yeni bir yapı meydana getirme yükümü altında olmayıp yalnızca meydana getirilmiş yapının düzeltilmesini üstlenmiş olmaktadır⁶⁸.

Ayıbın giderilmesi kapsamında yalnızca ayıplı kısımların onarımı anlaşılmamalı ve dolayısıyla sadece bozuk ve kötü yapılmış tesisatın düzeltilmesi sağlanmamalı; ayrıca sözleşmeye göre kullanılması gerekenden başka malzeme kullanılmış, bazı yerler sözleşme ile belirlenenden farklı bir şekilde yapılmış ise yapıda objektif olarak bir inşaat ya da tesisat bozukluğu bulunmasa bile bunların da sözleşmeye uygun hale getirilmesi sağlanmalıdır⁶⁹.

Ayıbın giderilmesi borcunun içeriğini, yapıda var olan ayıpların giderilerek, yapının sonradan sözleşmeye uygun hale getirilmesi⁷⁰ oluşturduğu için iş sahibi, kendisine başlangıçta ayıpsız bir yapı teslim edilmiş olsaydı içinde bulunacağı

⁶⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.155; Şahiniz, **a.g.e.**, s.193.

⁶⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.155; Tandoğan, **a.g.e.**, s.193-194.

⁶⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.156.

⁶⁹ Öz, **İnşaat**, s.209.

⁷⁰ Şahiniz, **a.g.e.**, s.193

durumdan ne daha iyi ne de daha kötü bir hale sokulmalıdır⁷¹. Bu nedenle yüklenici, ayıbı giderme borcunu ifa ederken ayıbın giderilmesi için ne gerekiyorsa onu yapmalı ve özenli davranmalıdır⁷². Bu çerçevede, yapıdaki ayıbı masrafı kendisine ait olmak üzere giderme borcu altına giren yüklenici, yapının tesliminden sonra, örneğin enflasyona bağlı olarak meydana gelen masraf artışı riskini de kural olarak kendisi taşımaktadır⁷³.

İş sahibi, kendisine ayıplı yapı teslim edilmiş olması vesilesiyle, örneğin eserde daha kaliteli ve daha pahalı malzeme kullanılmasını istemek gibi, sözleşmede öngörülmemiş değişiklikler talep etme hakkına sahip değildir. Böyle bir talep, taraflar arasında anlaşma yaparak sözleşme hükümlerinin değiştirilmesini gerektirmektedir⁷⁴.

Yüklenici, ayıbın giderilmesine ilişkin izlenecek yöntem, çalışmaların türü ve kapsamı konusunda tek başına söz sahibidir. Ancak tabii ki taraflar, aksine bir anlaşma yaparak iş sahibine, talimat verme yetkisi veya birlikte karar alma yetkisi tanıyabilirler⁷⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki yüklenicinin, tek başına söz sahibi olma özgürlüğü de kanun hükümleri gereğince bazı sınırlamalara tabidir. Öncelikle yüklenici, yapıyı zamanında ve kendisine bildirilen ayıplardan arınmış şekilde iş sahibine teslim etmesi gerektiğini göz önünde bulundurarak plan ve programını yapmalı, çalışmalarını da bu çerçevede yürütmelidir. Ayrıca, işin mahiyeti gereği yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı haller haricinde işi bizzat yapmalı veya kendi idare ve gözetimi altında yaptırmalıdır. Yine yüklenicinin ayıpsız yapı meydana getirme borcundaki özen yükümlülüğü, ayıbın giderilmesi borcu için de geçerli olup yüklenici ayıbın giderilmesi borcunu yerine getirirken özenli davranmalıdır⁷⁶.

İş sahibinin yeni bir yapı meydana getirilmesini istemek suretiyle ayıbın giderilmesini talep edip edemeyeceği ise doktrinde tartışmalı olup hakim olan görüşe göre⁷⁷; kural olarak iş sahibinin böyle bir talepte bulunamayacağı kabul edilmekle

⁷¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.156; Tandoğan, **a.g.e.**, s.194; Şahiniz, **a.g.e.**, s.193

⁷² Şenocak, **a.g.e.**, s.156; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194.

⁷³ Şenocak, **a.g.e.**, s.156; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194; Tandoğan, **a.g.e.**, s.194-195.

⁷⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.156; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194.

⁷⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.156; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194; Tandoğan, **a.g.e.**, s.194.

⁷⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.156-157.

⁷⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.176-177. Aynı görüşte diğer yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.157, dn.9.

birlikte ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı durumlara ilişkin olarak istisna getirilmektedir. Buna göre ayıbın giderilmesi objektif olarak imkansız, ancak yapının yeniden meydana getirilmesi mümkünse, iş sahibi yeni bir yapı talep edebilmelidir.

Bu görüşün savunucularından Seliçi'ye göre⁷⁸; kanun koyucu burada ifa talebinin bir görünümünü düzenlemektedir ve yüklenicinin ayıplı bir yapı meydana getirmesi ve bunun teslimi ile iş sahibinin ayıpsız yapı ifasına ilişkin talebi sona ermemiştir. Ayıbın, onarım ile giderilmesi mümkünse iş sahibinin talebi sınırlanmış olup aksi durum dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmektedir ve kanunda düzenlenen durum da asıl olarak budur. Ancak, ayıbın düzeltme ile giderilmesinin mümkün olmadığı, buna karşılık yenilemenin mümkün olduğu durumlarda, iş sahibinin ifa talebinin sona erdiğini kabul etme zorunluluğu yoktur. Kanun zaten yükleniciyi, aşırı masraf itirazı tanıyarak korumaktadır. Yüklenici, yenileme masraflarının aşırı olması halinde, inşaatın yıkılarak yeniden yapılmasını reddedebilecektir. Diğer taraftan, iş sahibinin kabul ettiği veya etmesi gerektiği bir yapının varlığı halinde yenileme istemesi, ayrıca dürüstlük kuralına da aykırılık olarak kabul edilecektir. Bu durumda iş sahibi, yalnızca bedelden indirim yapılmasını isteme hakkına başvurabilir. Netice itibariyle, yenileme yoluyla ayıbın giderilmesi, iş sahibinin sağlayacağı menfaat karşısında yükleniciye aşırı bir masrafa yol açmayacak ise ve yenileme dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden beklenebilecek ise iş sahibi yenilemeyi isteyebilmelidir. Bu duruma örnek olarak da inşaat sahibinin otomobilinin giremeyeceği kadar dar yapılmış bir garajın yıkılarak yeniden yapılmasını istemesi gösterilmektedir ve bu durumda iş sahibinin talebinde haklı olduğu savunulmaktadır.

Tandoğan ise, ayıbın giderilmesinin mümkün olmaması halinde kanunda boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun TMK m. 1/f.1 ile doldurularak, iş sahibine eserin yeniden meydana getirilmesini isteme hakkını tanımak gerektiğini; ancak bu durumda da eserin yeniden meydana getirilmesinin aşırı masrafa yol açmaması şartının aranması gerektiğini savunmaktadır⁷⁹.

⁷⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.177. Aynı yönde; Şenocak, **a.g.e.**, s.159 vd; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194; Canbolat, **a.g.e.**, s.140.

⁷⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s.194.

Buna karşılık bir diğer görüşe göre⁸⁰, TBK m. 475/f.1, b.3'te yer alan ayıbı giderme kavramının geniş yorumlanması mümkün olup yeni bir yapı meydana getirilmesi de bu kavramın içine dahil edilebilecektir. Bu görüşe göre, ayıbı giderme borcunun amaç ve içeriği de ayıpsız bir yapı teslimi olduğuna göre yapının onarım ya da düzeltilmesi ile bu amaç gerçekleştirilemiyorsa söz konusu borç, yapının yeniden meydana getirilmesi ile ifa edilmelidir.

Azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre⁸¹, “teslimin teslim alınan eseri somutlaştırdığı” fikrinin etkisi ile teslimden sonra ayıbın giderilmesinin mümkün olmaması durumunda, yapının yeniden meydana getirilmesinin iş sahibince talep edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Ancak bu görüş, daha sonra öğreti ve uygulama tarafından terk edilmiş, Alman Medeni Kanunu'nda da eser sözleşmesine ilişkin yapılan değişiklik ile birlikte de ayıbın giderilmesi kavramı yerine eserin yeniden meydana getirilmesini de kapsayacak şekilde aynen ifa kavramı kullanılmıştır⁸². İsviçre Federal Mahkemesi ise iş sahibinin, teslimden sonra eserin yeniden yapımını talep etme hakkı bulunmadığı doğrultusunda karar vererek yenileme talebini sözleşmeden dönme beyanı olarak kabul etmiştir⁸³.

Konunun, satış sözleşmesinde satılanın ayıplı olması halinde alıcıya tanınan seçimlik hakları düzenleyen TBK m. 227 hükmü nazara alınarak irdelenmesinde fayda vardır. Şöyle ki, Türk Borçlar Kanunu'nun ayıba ilişkin düzenlemeleri içerisinde, satış sözleşmesinde satılanın ayıplı olmasına ilişkin hükümler, diğer ayıp hükümlerine göre genel nitelik taşır. Bu nedenle de satış sözleşmesi dışındaki sözleşmelerin niteliği elverdiği ölçüde, satış sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler, diğer sözleşmeler için de dikkate alınır ve kıyasen uygulanır⁸⁴. Ayrıca bu hükümlerin, TBK'da, şartları itibari ile birbirlerine paralel olarak düzenlenmiş olması da⁸⁵ kıyasen uygulamaya imkan sağlamaktadır.

⁸⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.158, dn.11.

⁸¹ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.158-159, dn.15-16.

⁸² Şenocak, **a.g.e.**, s.158-159.

⁸³ BGE 98 II 120 sayılı karar için bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s.176, dn.176.

⁸⁴ Canbolat, **a.g.e.**, s.38; Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 1963, s.8; Serozan, **a.g.e.**, s.309

⁸⁵ Çetiner, **Gelir Paylaşımı**, s.106.

TBK m. 227/f.1, b.4 ile satıcının, satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcıya, “*imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme*” seçimlik hakkı tanınmıştır. Bu hükme paralel olarak da TBK m. 227/f.3’te “*satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu doğrultuda, satış sözleşmelerinde tanınan yenisi ile değiştirme seçimlik hakkının, hangi şartlar dahilinde kullanılabileceğini belirlemek gerekmektedir. TBK m. 227/f.5⁸⁶ hükmünün, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcının ancak sözleşmeden dönme ve yenisi ile değiştirme hakkını talep edebileceği yönündeki düzenleme ve özellikle ticari satışlar bakımından, satılanın iadesinin sebep olacağı masraflar ve risk dikkate alındığında, yenisi ile değiştirme hakkının, sözleşmeden dönme hakkı ile benzer şekilde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının haklı görülmediği hallerde, hakimin satış bedelinin indirilmesi ya da onarıma karar verebileceğini düzenleyen TBK m. 227/f.4⁸⁷ hükmünün de yenisi ile değiştirme hakkı bakımından kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁸⁸.

Bununla birlikte her ne kadar TBK m. 227/f.3 hükmü ile satıcıya ayıbın giderilmesi hakkı tanınmamış, bu hak yenisi ile değiştirme hakkı ile sınırlandırılmışsa da doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca satıcının TMK m. 2 hükmüne göre, dürüstlük kuralından doğan ayıbın giderimini sağlama hakkı bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁹. Bu bahisle satıcı tarafından yapılan makul bir ayıbın giderilmesi teklifi, alıcı tarafından kabul edilmez ve malın yenisi ile değiştirilmesi istenir ise bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği, basit tamir ile düzeltilebilecek şeylerde alıcıya,

⁸⁶ TBK m. 227/f.5: “*Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.*”

⁸⁷ TBK m. 227/f.4: “*Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.*”

⁸⁸ Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı (TBK ve CISG Uyarınca)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.224 vd.

⁸⁹ Bilgehan Çetiner, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S.58, 2007, s.3145; Yücedağ, **a.g.e.**, s.236. Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz.: Yücedağ, **a.g.e.**, s.224 vd.

sözleşmeden dönme veya yenisi ile değiştirme hakkı tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁰.

Kanaatimizce, satış sözleşmesine ilişkin yenisi ile değiştirme hakkı ve yukarıda yer verilen açıklamalar nazara alındığında benzer bir hakkın eser sözleşmeleri bakımından da mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Nitekim inşaat sözleşmeleri, her zaman devasa yapıların meydana getirilmesi ile sınırlı değildir. Bir duvarın yapılması işi dahi inşaat sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Ancak bu noktada iş sahibine herhangi bir şarta bağlı olmayacak şekilde yapının yeniden inşasını talep etme hakkı tanınmamalıdır. Ayıplı olarak teslim edilmiş bir eserin, onarım ile ayıpsız hale getirilmesi mümkün ise artık yapının yeniden inşası suretiyle ayıbın giderilmesini istemek, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından mümkün değildir. Ancak, ayıbın giderilmesinin, onarım ile mümkün olmaması ya da yeniden inşaya göre daha maliyetli olması halinde, yapının yeniden inşası suretiyle ayıp giderilebilecek ise iş sahibine yeniden inşa talep etme hakkını tanımak gerekecektir.

Bu yönde benzer bir düzenlemeye Yapı İşleri Genel Şartnamesi m. 15/f.6'da rastlanmaktadır. İlgili hüküm ile kamu inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yapıyı ayıplı olarak yapması halinde iş sahibi idareye, ayıplı kısmın yıkılarak yeniden yapılmasını talep etme hakkı tanınmıştır⁹¹.

Yargıtay, konuyla ilgili vermiş olduğu kararında şu ifadelere yer vermiştir⁹²:
“...Yapının güçlendirilmesi ya da yıkılıp yeniden inşa edilmesi gerektiği bilirkişilerce gerekli görülmüştür. Alınan raporlardan beton kalitesinin çok düşük olması nedeniyle hasarın oluştuğu, meydana gelen zararda zeminden (arsadan) kaynaklanan bir hatanın bulunmadığı ve varsa bile bu konuda yüklenici tarafından davacı iş sahibinin BK.nun 357. maddesi uyarınca uyarılmadığı belirlenmiştir. Yine yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu belirtilmekle ilk yüklenici davalı şirket yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumludur...”. Kararda ifade edildiği üzere yapının yıkılıp yeniden yapılması, güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu için bu yol tercih edilmiştir. Bu noktadan hareketle, yapının

⁹⁰ Yücedağ, **a.g.e.**, s.237.

⁹¹ Özcan, **a.g.e.**, s.123.

⁹² Yarg. 15. HD., 23.02.2006 T., 2005/5519 E., 2006/1011 K. (C.İ.P.).

yıkılmasının aşırı zarara yol açması halinde iş sahibinin bu hakkı talep edemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁹³. Ayrıca yapının yıkılarak yeniden yapılmasına ilişkin şartlar mevcut olmasına rağmen iş sahibi tarafından eserin yıktırılması talep edilmemiş ise hakim bu yönde re'sen bir karar veremeyecektir⁹⁴.

Yıkılıp yeniden yapılmasının aşırı zarara yol açıp açmayacağıının değerlendirilmesinde ise yıkım sebebi ile arazi ve eserde meydana gelecek değer eksikliğinin, ayıplı kısmın yıkılması ile iş sahibinin elde edeceği yarardan daha fazla olup olmadığı dikkate alınacaktır⁹⁵.

Dubleks villanın parsel üzerine yanlış applike edildiği bir kararında ise, binaya iskan ruhsatı almak mümkün ise eksik işlerin giderim bedeli ödenmesine; ancak mümkün değil ise yıkılıp yeniden yapılması için gerekli masrafların iş sahibine ödenmesine karar vermiştir⁹⁶. Bu kararlar özelinde de görüleceği üzere, yapının onarım ile ayıpsız hale getirilmesi güç; ancak yenisinin yapılması mümkün ise iş sahibine yeniden inşa suretiyle ayıbın giderilmesi hakkını tanımak gerekecektir.

⁹³ Özcan, **a.g.e.**, s.122.

⁹⁴ Özcan, **a.g.e.**, s.122. Yarg. 1. HD., 04.04.2017 T., 2017/1603 E., 2017/1684 K.: "...Somut olayda; davacı, davalının 28/04/2014 tarihli fen bilirkişi raporuna ekli krokide A harfi ile gösterilen yere fırın kazıkları çakmak suretiyle çekişmeli taşınmaza yaptığı müdahalenin önlenmesini istediği, ancak taşınmaz üzerindeki tecavüzlü yapının yıkımı konusunda herhangi bir talepte bulunmadığı gözetilmeksizin HMK'nun 26.maddesineaykırı olarak yıkıma da karar verilmesi isabetsizdir. Hal böyle olunca; 28/04/2014 tarihli fen bilirkişi raporuna ekli krokide A harfi ile gösterilen kısım yönünden sadece elatmanın önlenmesi kararı verilmesi gerekirken yanılmalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..." gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne ilişkin verilen karar davalı tarafından temyiz edilmiş, mahkemece davalının temyiz dilekçesinin süre yönünden reddine karar verilmiştir... Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına..." (C.İ.P.).

⁹⁵ Özcan, **a.g.e.**, s.122.

⁹⁶ Yarg. 15. HD., 08.04.2008 T., 2007/426 E., 2008/2300 K.: "...O halde mahkemece yapılması gereken iş; mevcut binaya yasal hale getirilerek iskan alınıp alınmayacağıının ilgili belediyeden sorulup tespit edilmesi suretiyle imara ve iskan alımına uygun hale getirilmesi mümkün olmadığı takdirde yıkılıp yeniden yapılması için gerekli masrafların 2002 yılı serbest piyasa rayiçlerine göre hüküm altına alınması, imara uygun hale getirilmesi mümkün olduğu takdirde ise, bunun için gerekli masraflar ile eksik bırakılan işlerin ikmal için gerekli bedelin yine 2002 yılı mahalli rayiçleri ile belirlenmesi ve bu bedellerden sözleşme gereği proje tanzimi yükleniciye ait olduğundan davacı tarafından yapılan ödemelerin 14 milyar TL. olduğu kabul edilmek suretiyle, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelden mahsup edilerek ödenmeyen miktarın düşülmesi suretiyle oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesinden ibarettir..." (C.İ.P.).

B. Ayıbı Giderme Masrafları

1. Kural

Ayıbın giderilmesi masrafları TBK m. 475'te de yer verildiği üzere kural olarak yükleniciye ait olup yüklenici ayıbı, iş sahibinden herhangi bir ücret talep etmeksizin, ivazsız olarak gidermekle yükümlüdür⁹⁷.

Yüklenicinin karşılamakla yükümlü olduğu masraflar, yalnızca doğrudan doğruya ayıbın giderimi masrafları olmayıp ayıbın giderimi ile bağlantılı olan diğer ikincil işlerin, hazırlık çalışmalarının, ayıbın giderilmesinin ardından yapılması gerekli olan eski hale getirme masraflarının da yüklenici tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayıbın giderilmesi esnasında yüklenicinin, iş sahibinin edim menfaati dışındaki hukuki varlıklarını korumak için alacağı tedbirlerin masrafları da ayıbın giderilmesi masraflarına dahildir⁹⁸. Ayıbın giderilmesi, iş sahibinin yapı meydana getirilirken kendi nam ve hesabına başvurduğu mimar ve mühendislerin de çalışmasını gerektiriyorsa bunun masraflarını da yüklenici karşılamakla yükümlüdür⁹⁹. Ancak iş sahibinin, ayıbın giderilmesinde iş birliği yapma yükümlülüğü ya da külfeti söz konusu ise bunun masrafları iş sahibi tarafından karşılanmalıdır¹⁰⁰.

Yapının, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile meydana getirilmesi, ancak ayıp nedeniyle malzemenin kullanılamaz hale gelmesi durumunda, ayıbın giderilmesi için yüklenicinin yeniden bu malzemeye ihtiyaç duyması halinde malzeme masraflarının kim tarafından karşılanacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁰¹; malzeme masrafları da ayıbın giderilmesi masraflarına dahil kabul edilmekte ve bu nedenle yüklenici, bu masraflardan kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Diğer

⁹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.161; Şahiniz, **a.g.e.**, s.194; Tandoğan, **a.g.e.**, s.195; Yarg.15. HD., 25.05.2017 T., 2016/2206 E., 2017/2255 K.: “...Eser sözleşmelerinde yüklenicinin edimi eseri fen ve tekniğine, iş sahibinin amacına uygun olarak imal edip teslim yükümlülüğüdür. Eserin kusuru halinde iş sahibinin haklarını düzenleyen BK'nın 360. maddesinde yapılan düzenlemeyle imâl edilen şey iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da mukavele koşullarına aykırı olursa, iş sahibi kabulden imtina edebilir. Ve müteahhidin kusuru varsa tazminat isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise, iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirme yapabilir veya müteahhide aşırı masrafı mucip olmadığı taktirde eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir...” (C.İ.P.).

⁹⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.161.

⁹⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.161-162; Şahiniz, **a.g.e.**, s.195; Tandoğan, **a.g.e.**, s.195.

¹⁰⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.162.

¹⁰¹ Koller bu görüştedir (nakleden Şenocak, **a.g.e.**, s.162, dn.9).

bir görüşe göre¹⁰²; yeniden malzeme temini dolayısıyla yapılan masraflar ayıp sonucu ortaya çıkan masraflar olarak kabul edilmekte ve bu nedenle yüklenici ancak kusuru var ise bu masraflardan sorumlu tutulmaktadır.

Şenocak'a göre de, sözleşme hükümleri nazara alındığında malzemeyi iş sahibi temin etmekle yükümlü olup ayıp ne yüklenicinin ne de onun yardımcılarının ediminden doğmamış ise kullanılamaz hale gelen malzeme masraflarını iş sahibi karşılamakla yükümlü olmalıdır. Yazara göre de bu masraf, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kalemi olarak kabul edilmekte ve ayıp ancak yüklenici veya onun yardımcılarının kusuruna dayanıyor ise malzeme masrafı yüklenici tarafından karşılanmalıdır¹⁰³.

Yapıdaki ayıp, yüklenicinin talebi ile iş sahibi tarafından giderilmiş ise taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe yüklenici, iş sahibinin ayıbın giderilmesi için yaptığı masraf ve harcamaları karşılamakla yükümlüdür¹⁰⁴.

2. İstisnalar

Ayıbın giderilmesine ilişkin masraflar kural olarak yükleniciye ait olsa da bu kuralın birtakım istisnaları da mevcuttur. Aşağıda bu istisnalara değinilecektir.

İlk olarak, yapının ayıplı olmasında TBK m. 476 anlamında iş sahibinin de ortak kusuru var ise, diğer bir deyişle iş sahibinin de sorumlu olduğu bir nedenden dolayı yapıdaki ayıp meydana gelmiş ise iş sahibi (TBK m. 52/f.1'e kıyasen) bu katkı oranında ayıbın giderilmesi masraflarına katılmak zorundadır¹⁰⁵.

¹⁰² Gauch bu görüştedir (nakleden Şenocak, **a.g.e.**, s.162, dn.10); Tandoğan, **a.g.e.**, s.196: "Malzemeyi iş sahibi sağlıyorsa ve ayıbın giderilmesi için de yeniden malzeme gerekiyorsa iş sahibi bunu vermeli, ancak ayıp müteahhidin veya yardımcılarının kusurundan doğmuşsa, bu fazla malzeme için tazminat isteyebilmelidir; burada ayıp sonucu doğan zararın tazmini söz konusudur."

¹⁰³ Şenocak, **a.g.e.**, s.162.

¹⁰⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.162.

¹⁰⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.163; Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Şahin, **a.g.e.**, s.195; Yarg. 15. HD., 21.12.1993 T., 1993/1 E., 1993/5450 K.: "...Niksar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/119 Değ. İşl. sayılı tesbit dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancası ve blok numuneler üzerinde yapılan laboratuvar incelemesine göre mevcut yapının inşaatına devam edilmesinin mümkün olmadığı ve böylece yıkılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Nevar ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu

Bir diğerk istisnai durum, ayıbın giderilmesi masraflarının TBK m. 475/f.1, b.3 anlamında aşırı olması halidir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu durumda iş sahibi kural olarak ayıbın giderilmesini talep edemez. Ancak iş sahibi, bu aşırılığı kaldıracak ölçüde masraflara katıldığı takdirde yükleniciden ayıbın giderilmesini isteyebilecektir. Diğerk bir deyişle, masrafların aşırı olması halinde iş sahibi, ayıbın giderilmesini istiyor ise bu masrafların, aşırılığı kaldıracak ölçüdeki kısmını üstlenmek zorundadır¹⁰⁶.

Üçüncü istisnai durumu ise yapı, başlangıçta ayıpsız olarak meydana getirilmiş olsaydı iş sahibine ait olacak masraflar oluşturmaktadır. Ayıbın giderilmesi esnasında iş sahibinin iş değışikliğı veya ilave iş talep etmesi nedeniyle doğan ek masraflar, iş sahibi tarafından üstlenilecektir. Benzer şekilde yüklenici, yapıyı meydana getirirken iş sahibinin talimatıyla ucuz malzeme kullanmış ve sonuçta ayıplı bir yapı meydana gelmiş ise yüklenici, TBK m. 476 gereğince uyarma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması halinde, ayıplı ifadan sorumlu olmayacak; iş sahibi de ayıbın giderilmesini talep edemeyecektir. Ancak yüklenici buna rağmen iş sahibinin talebi ile ayıbı giderirse bunun masrafları iş sahibine ait olacaktır¹⁰⁷.

Dördüncü istisnayı, iş sahibinin ayıbın giderilmesi sonucu elde ettiğı yararları, ayıbın giderilmesi masraflarından mahsup etmek zorunda olunan durumlar oluşturmaktadır. Burada bahsi geçen yararlar, yapı başlangıçta ayıpsız olarak teslim edilmiş olsaydı iş sahibinin elde edemeyeceğı yararlardır. Doktrinde, iş sahibinin ayıbın giderilmesi suretiyle elde ettiğı bu yararların, yüklenicinin ayıbın giderilmesi için yaptığı masraflardan mahsup edilmesi gerektiğı kabul edilmektedir. Bu tür yararlar çoğunlukla, ayıbın yapı teslim edildikten uzun süre sonra giderilmesi ile ortaya çıkan yararlardır. Örneğın, ayıbın uzun süre sonra giderilmesi sebebiyle iş sahibi, yapı zamanında ayıpsız olarak teslim edilmiş olsaydı yapması gereken bakım masraflarından kurtulmakta ya da ayıbın geç giderilmesi sebebiyle dayanıklılık süresi uzamaktadır. Sonuç itibariyle, yapı teslim edildikten uzun süre sonra giderilen ayıplar

uzman bilirkişilerden oluşan kurula hesaplattırılarak bulunacak miktardan da 4.500.000 TL. tenzil edilmek suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirdi...” (C.İ.P.).

¹⁰⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.163; Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Şahiniz, **a.g.e.**, s.196.

¹⁰⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.164-165; Tandoğan, **a.g.e.**, s.195-196; Şahiniz, **a.g.e.**, s.196.

nedeniyle iş sahibi lehine oluşan bu tip yararların parasal tutarının, yüklenicinin ayıbbı giderme masraflarından mahsup edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki; normal şartlar altında iş sahibinin ayıbbın giderilmesi ile bağlantılı olarak elde ettiği yararlar için esas itibari ile bir denkleştirme talep edilemez; çünkü yüklenici ayıbbı gidererek aslında karşılığında ücret almaya hak kazandığı asli edim yükümünü yerine getirmektedir. Sözleşmeye aykırı olarak iş sahibine ayıplı bir yapı teslim eden ve daha sonra iş sahibinin talebi ile ayıbbı gidermek zorunda kalan yüklenici, iş sahibine tesadüfen sağladığı bu yararlar dolayısıyla bir denkleştirme talep edememelidir. Nitekim yüklenici, baştan itibaren yapmak zorunda olduğu şeyi ifa etmektedir. Ayrıca denkleştirmeyi kabul etmek, yükleniciyi, ayıbbı mümkün olduğunca geç gidererek iş sahibinin elde edeceği yararı ve dolayısıyla onun masraflara katkısını artırmaya teşvik edebilecektir¹⁰⁹. Ancak yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi bazı durumlarda, iş sahibinin yapı ayıpsız meydana getirilseydi elde edemeyeceği menfaatleri, ayıbbın giderilmesi ile elde etmesi onun dürüstlük kuralına göre masraflara katılmasını gerektirebilir. İstisnai olarak ortaya çıkacak olan bu durum, ayıbbın teslimden çok uzun süre sonra ortaya çıktığı ve iş sahibinin yapıyı o zamana kadar herhangi bir önemli etkisi olmaksızın kullanabildiği durumlarda söz konusu olacaktır¹¹⁰.

İş sahibinin ayıbbın giderilmesine ilişkin masraflara katılması gereken, yukarıda sayılan tüm istisnai durumlarda, üzerine düşen payı ne zaman ödemek zorunda olduğu konusu da doktrinde tartışmalıdır¹¹¹. Bir görüşe göre¹¹²; yüklenici ayıbbı giderme borcunu, masraflara katılma yükümlülüğü bulunan iş sahibi karşısında öncelikle ifa ile yükümlü olmadığı gibi iş sahibi de ödemeyi, yüklenici ayıbbı gidermeden önce yapmakla yükümlü değildir. Bu borçlar için aynı anda ifa ilkesi geçerlidir. Ancak, yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi zaman dilimine yayıldığından yüklenici, edimin konusu olan işleri tamamlamadan önce iş sahibinden payına düşen masrafları ödemesini talep edemeyecek; ancak bir teminat göstermesini isteyebilecektir. İş sahibi

¹⁰⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.167; Tandoğan, **a.g.e.**, s.195; Şahiniz, **a.g.e.**, s.196-197.

¹⁰⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.168.

¹¹⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.169; Tandoğan, **a.g.e.**, s.195.

¹¹¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.169.

¹¹² Koller bu görüştedir (nakleden Şenocak, **a.g.e.**, s.170, dn.48-49).

tarafından teminat gösterilmemesi halinde ise iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşecektir.

Diğer görüşe göre ise iş sahibinin payına düşen masrafları ne zaman ödemek zorunda olduğu dört istisnai durum için ayrı ayrı belirlenmelidir¹¹³. Buna göre; yapının ayıplı olmasında iş sahibinin TBK m. 476 gereğince ortak kusurunun bulunduğu durumlarda, iş sahibi payına düşen tutarı, ayıp giderilmeden önce, avans olarak, yükleniciye ödemek zorundadır¹¹⁴. Ayıbın giderilmesine ilişkin masrafların TBK m. 475/f.1, b.3 çerçevesinde aşırı olması halinde iş sahibi, aşırılığı gidermek için üstlendiği masrafları, ayıbın giderilmesinden önce, avans olarak yükleniciye ödemek zorundadır¹¹⁵. Yapı başlangıçta ayıpsız olarak meydana getirilmiş olsaydı yine iş sahibine ait olacak masraflar, TBK m. 479/f.1'e kıyasen, yapı ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslim edildikten sonra ödenmelidir¹¹⁶. Ayıbın giderilmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin parasal karşılığı, yapı ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslim edildikten sonra yükleniciye ödenmelidir¹¹⁷.

C. Ayıbın Giderilmesi Borcunun İfasında Temerrüt ve Borcun Kötü İfası

Ayıbın giderilmesi talebi, içerik olarak ifa talebinin değişikliğe uğramış bir hali olup başlangıçta iş sahibinin sahip olduğu alacak hakkının bir görünümünü teşkil etmektedir. Bu açıdan ayıbı giderme süresi dolup yapıyı, ayıbı tamamen giderilmiş bir şekilde teslim etme borcu muaccel olduğunda yüklenici, ayıbı giderme çalışmalarını tamamlayamamış ya da yapıyı teslim edememiş ise iş sahibi yükleniciyi, TBK m. 117 hükmüne göre temerrüde düşürebilir. Aynı zamanda ayıbın giderilmesi borcu, bir iş görme borcu ihtiva ettiğinden yapıyı teslim etme borcu muaccel olmadan önce de iş sahibine, kıyasen TBK m. 473'teki hakları kullanma imkanı veren temerrüt ya da kötü ifa söz konusu olabilir. Bir diğer durum ise yapıyı teslim borcu muaccel olduğunda

¹¹³ Şenocak, **a.g.e.**, s.170; Şahiniz, **a.g.e.**, s.197; Gauch da bu görüştedir (nakleden Şenocak, **a.g.e.**, s.170, dn.50).

¹¹⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.170; Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Şahiniz, **a.g.e.**, s.197.

¹¹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.171; Tandoğan, **a.g.e.**, s.196; Şahiniz, **a.g.e.**, s.197.

¹¹⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.171; Şahiniz, **a.g.e.**, s.197; Tandoğan'a göre bu durumda da iş sahibi, masrafları ayıbın giderilmesinden önce, avans olarak, yükleniciye ödemelidir, bkz.: Tandoğan, **a.g.e.**, s.196.

¹¹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.171; Şahiniz, **a.g.e.**, s.198.

yüklenicinin ayıbı gereği gibi gidermeden iş sahibine tekrar ayıplı bir yapı teslim etmesi halidir¹¹⁸. Aşağıda sayılan bu durumlar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

1. Yapıyı Ayıbı Giderilmiş Şekilde Teslim Borcunda Temerrüt

İş sahibi, ayıbın giderilmesini talep ettikten sonra yüklenici, ayıbın giderilmesi için gerekli olan ve objektif koşullara göre belirlenecek olan makul bir süre içinde ayıbı giderme ve eseri ayıbı giderilmiş bir şekilde iş sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir¹¹⁹. Yüklenicinin bu yükümlülüğüne aykırı davranışının hüküm ve sonuçları, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, iş sahibi, ayıbı giderilmiş şekilde yapıyı teslim etme borcunu zamanında ifa etmeyerek temerrüde düştüğü takdirde, bu gecikme ister çalışmaları zamanında tamamlayamaması ister ayıbı gidermiş olmasına rağmen vaktinde teslim edememesinden kaynaklansın, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurma imkanına sahiptir¹²⁰. Gerek yüklenicinin bu borcun ifasında temerrüde düşmesi için gerekli olan şartların belirlenmesinde, gerekse de iş sahibinin sahip olacağı hakların belirlenmesinde, genel olarak borçlu temerrüdü şartları ve sonuçlarını düzenleyen TBK m. 117 ve devamı hükümleri ve ayıplı ifa dolayısıyla iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları düzenleyen TBK m. 475 hükümleri, birlikte kıyasen uygulama alanı bulacaktır¹²¹.

a. Temerrüdün Şartları

Yüklenicinin ayıpsız bir şekilde teslim etme borcunda temerrüde düştüğünden söz edebilmek için; yapıyı ayıbı giderilmiş şekilde teslim etmenin objektif olarak mümkün olmasının yanı sıra, yapıyı teslim borcunun muaccel olması ancak buna rağmen yüklenicinin ayıbı henüz gidermemiş ya da yapıyı ayıbı giderilmiş şekilde henüz teslim etmemiş olması, kural olarak iş sahibi tarafından yükleniciye ihtar

¹¹⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.172.

¹¹⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.172; Şahiniz, **a.g.e.**, s.198; Tandoğan, **a.g.e.**, s.198; Günel, **a.g.e.**, s.425; Uçar, **Ayıp**, s.201.

¹²⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.172; Şahiniz, **a.g.e.**, s.198;

¹²¹ Şahiniz, **a.g.e.**, s.198.

çekilmiş olması ve yapıyı ayıbı giderilmiş şekilde zamanında teslim etmemenin borca aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir¹²².

(1).Yapıyı Teslim Borcunun Muaccel Olması

Yüklenicinin, ne zamana kadar ayıbı giderip yapıyı iş sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmediği için yapıyı teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı tespit edilirken TBK m. 90 hükmünü ve ayıbı giderme borcunun özelliklerini dikkate almak gerekmektedir¹²³.

TBK m. 90 hükmünde “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*” denilmektedir. Bu hükme göre borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir ise de ayıbın giderilmesi işlemlerinin teslimden önce yapılması gerekeceğinden ve bu işlemler zaman alacağından, işin mahiyeti gereği yükleniciye belirli bir süre tanınması gerekmektedir¹²⁴. Ancak bu sürenin tespiti için her şeyden önce yüklenicinin, ayıbı giderme işine ne zaman başlaması gerekeceği bir diğer ifade ile ayıbı gidermeye ilişkin iş görme borcunun ne zaman muaccel olacağının belirlenmesi gerekmektedir¹²⁵.

Ayıbı gidermeye ilişkin iş görme borcunun muacceliyeti noktasında belirleme yapılırken öncelikle taraflar arasında bir anlaşma var ise anlaşma hükümleri dikkate alınacaktır. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma yok ise ayıbın giderilmesine ilişkin işin mahiyetine bakmak gerekecek ve somut olayın tüm hal ve şartları dikkate alınarak bir tespitte bulunulacaktır. İşin aciliyeti, ayıbın giderilmesine ilişkin işin türü, malzeme iş sahibi tarafından sağlanıyorsa bunların temini, belirli hava koşulları gerekiyorsa bunların gerçekleşmesi dikkate alınacaktır. Yine taraflar yapının ayıpları giderilmiş şekilde teslimi için belirli bir vade öngörmüşlerse yüklenici, kalan süreye göre işe başlama zamanını tespit edebilir. Ancak netice olarak taraflar arasındaki anlaşmadan ya da işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı müddetçe iş sahibi TBK m. 90

¹²² Şenocak, **a.g.e.**, s.173; Uçar, Ayıp, s.193; Yener, **a.g.e.**, s.166

¹²³ Şenocak, **a.g.e.**, s.174.

¹²⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s.178; Şenocak, **a.g.e.**, s.175; Öktem, **a.g.e.**, s.1961; Uçar, **Ayıp**, s.196.

¹²⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.175.

hükmü gereğince ayıbın giderilmesine derhal başlanmasını isteyebilir ve tabii ki burada yükleniciye hazırlık için uygun bir süre tanınması gerekmektedir¹²⁶.

Ancak ayıbın giderilmesine ilişkin çalışmalar, iş sahibinin engellemesi veya bu hususta kendi üzerine düşeni yapmaması sebebi ile başlayamıyor ya da devam edemiyor ise iş sahibi, buna dayanarak diğer seçimlik haklarına başvuramayacaktır. Nitekim bu durumda iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olacaktır¹²⁷. Ancak bu noktada yüklenici, çalışmalara girerken iş sahibi için uygun olan zamanı da kollamak zorundadır. Yüzme havuzunun onarılmasının, iş sahibi tarafından yaz geçtikten sonra yapılmasının istenmesi buna örnek olarak gösterilebilir¹²⁸. Benzer şekilde, iş sahibi tarafından önceden planlanmış bir organizasyon var ise iş sahibi onarımın, organizasyon sona erdikten sonra yapılmasını talep etmekte haklı olacaktır.

Başlangıcı yukarıdaki şekilde tespit edilebilen ayıbın giderilmesi faaliyeti için yükleniciye tanınması gereken süre noktasında, iş sahibi tek taraflı olarak bir süre tayin edebilir. Ancak bu yolla bir süre tayini, bu sürenin uzunluğunun tespiti konusundaki sorunu ortadan kaldırmaz. Nitekim bu süre, duruma göre uzun ya da kısa olabilir. İş sahibinin belirlediği süre, işin niteliğine göre uygun değilse uygun olan süreye kadar uzamış sayılır¹²⁹. Öz'e göre, verilen sürenin yetersiz olduğunu anlaması gereken kişi yüklenici olup yüklenici, iş sahibini bu konuda derhal uyarmadığı takdirde artık uygun süreye kadar uzama kabul edilmemeli, verilen süre sonunda onarım bitmemiş ise iş sahibi diğer seçimlik haklarına başvurabilmelidir¹³⁰.

Yükleniciye ne uzunlukta bir süre verilmesi konusunda ise bir takım objektif kıstasların ortaya konulması gerekmektedir¹³¹. Doktrinde de yer verildiği üzere, yüklenicinin uygun bir süre içinde ayıbı gidermesi gerekteyse de ne kadar uzunlukta bir sürenin uygun olacağı konusunda her somut olayın ayrıca

¹²⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.175; Güler Gümüşsoy Karakurt, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.126 vd.

¹²⁷ Öz, **İnşaat**, s.211.

¹²⁸ Öz, **İnşaat**, s.211; Seliçi, **a.g.e.**, s.179.

¹²⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.175; Erman, **İnşaat**, s.155; Seliçi, **a.g.e.**, s.178-179; Öz, **İnşaat**, s.211; Günel, **a.g.e.**, s.425.

¹³⁰ Öz, **İnşaat**, s.211.

¹³¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.175.

değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken ayıbın kaynağının tespit edilmesine ilişkin çalışmalar, diğer hazırlık çalışmaları, ayıbın giderilmesinin iş sahibi açısından arz ettiği aciliyet de dikkate alınarak tecrübe sahibi ortalama bir yüklenicinin objektif olarak ihtiyaç duyduğu süre tespit edilmeli ve yüklenici, bu sürenin sonuna kadar çalışmalarını ayıbı tamamen giderecek şekilde yürütmelidir¹³².

İş sahibi tarafından yükleniciye süre tayin edilmemesi halinde yükleniciye verilecek süre yukarıdaki açıklamalara göre tespit edilecektir. İş sahibi tarafından yükleniciye tek taraflı olarak verilen sürenin kısa olduğu ve yüklenicinin bu süreye itirazda bulunduğu durumlarda da yüklenicinin ayıbı gidermekte gecikip gecikmediği, objektif olarak tespit edilen süreye göre belirlenecektir. Bu sürenin belirlenmesinde anlaşmazlık yaşanması halinde uygun olan süre hakim tarafından tespit edilecektir. Süre, taraflarca birlikte kararlaştırılmış ise objektif olarak belirlenen süreye göre uzun ya da kısa olsa dahi ayıbın giderilmesinde, taraflarca belirlenen süre esas alınacaktır¹³³.

(2).Yükleniciye İhtar Yapılmış Olması

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması tek başına yeterli olmayıp TBK m. 117 çerçevesinde yükleniciye ihtar yapılmış olması da gerekmektedir. Aksi durumda yüklenici, iş sahibi tarafından ayıbın giderilmesi talep edildikten sonra uygun bir süre geçmesi ile kendiliğinden temerrüde düşmeyecektir. Bununla birlikte, TBK m. 117/f.2 hükmü kapsamında yapının teslimi için belirli bir tarih ya da ayıbın giderilmesi için belirli bir süre kararlaştırılması halinde ihtara gerek yoktur. İş sahibinin tek taraflı olarak süre belirlemesi halinde de durum böyledir¹³⁴.

Ayrıca iş sahibi, kanunun kendisine tanıdığı seçimlik hakları kullanabilmek için yükleniciye, ifa teşebbüsünde bulunması için TBK m. 124 hükmünde yer verilen haller istisna olmak üzere, uygun bir süre de tanınması gerekmektedir¹³⁵.

¹³² Şenocak, **a.g.e.**, s.176.

¹³³ Şenocak, **a.g.e.**, s.176-177.

¹³⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.177-178; Tandoğan, **a.g.e.**, s.199; Yener, **a.g.e.**, s.166; Uçar, **Ayıp**, s.203.

¹³⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.178; Seliçi, **a.g.e.**, s.179.

(3).Yapıyı Zamanında Teslim Etmemenin Borca Aykırılık Teşkil Etmesi

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, ayıbın iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle giderilememesi, yüklenicinin edimi ifadan kaçınmasına imkân veren bir def’iden yararlanarak ayıbı gidermekten ya da teslimden kaçınması durumunda yüklenicinin, eseri zamanında teslim etmemesi borca aykırılık teşkil etmeyeceği için borçlu temerrüdü de söz konusu olmayacaktır. Ancak belirtmekte fayda var ki yüklenicinin temerrüde düşmesi için onun bu gecikmede kusurlu olması şartı aranmamaktadır.

b. Temerrüdün Sonuçları

Yüklenici, ayıbın giderilmesi borcunun ifasında temerrüde düşerse, bu konuda özel bir hüküm bulunmadığından, iş sahibinin hukuki durumu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen kurallara göre belirlenecektir¹³⁶. Buna göre iş sahibi, yükleniciye, TBK m. 124 hükmünde¹³⁷ yer verilen istisnai haller saklı kalmak kaydıyla, TBK m. 123 hükmüne¹³⁸ uygun verilen sürenin sonunda, TBK m. 125’te yer alan seçimlik haklarını kullanabilecektir¹³⁹.

İş sahibinin TBK m. 125¹⁴⁰ çerçevesinde kullanabileceği seçimlik hakları ise şu şekildedir: 1) İş sahibi, ayıbı giderilmiş olarak yapının teslimi (aynen ifa) ile gecikme tazminatı ödenmesini isteyebilir. 2) İş sahibi, borcun aynen ifasından ve

¹³⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.179; Büyükay, **a.g.e.**, s.138; Günel, **a.g.e.**, s.425.

¹³⁷ TBK m. 124: “Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa.

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa.”

¹³⁸ TBK m. 123: “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.”

¹³⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.179; Şahiniz, **a.g.e.**, s.198; Yener, **a.g.e.**, s.166; Mustafa Kırmızı, **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Mayıs, 2018, s.233.

¹⁴⁰ TBK m. 125: “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

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

gecikme tazminatın vazgeçtiğini derhal bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının (müspet zararının) tazminini isteyebilir. 3) İş sahibi, sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir. Ancak iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını, TBK m. 475/f.1, b.1 ve f.3'te öngörülen sınırlamalara uymak kaydı ile kullanabilecektir. Bir diğer deyişle iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, yani ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın eseri kullanamayacak veya hakkaniyet gereğince kabule zorlanamayacak ölçüde ağır olması ve eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerine inşa edilmiş ise sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açmayacak olması gerekmektedir¹⁴¹.

Yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibi, TBK m. 125'te yer alan seçimlik haklardan birini kullanmayıp, dördüncü bir seçenek olarak, TBK m. 475/f.1, b.2 çerçevesinde bedelden indirim yapılması seçimlik hakkını da kullanabilir¹⁴². İş sahibinin talebi ile bedelden indirim yapılması hakkının kullanılması halinde, yapının ayıplı değerinin tespitinde, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesinin ardından yüklenicinin yapmış olduğu ayıbı giderme çalışmaları da dikkate alınır. Bunun sonucu olarak ayıplı yapının değerinde bir iyileşme olduysa ya da bir düşme meydana geldiyse eserin bu son hali dikkate alınacaktır¹⁴³.

Doktrinde, yüklenicinin ayıbın gideriminde temerrüde düşmesi halinde, TBK m. 473/f.2 kıyasen uygulanarak iş sahibine, hakim iznine gerek olmaksızın, ayıbın giderilmesini üçüncü kişiye bırakma ve bunun sonucu ortaya çıkan masrafları yükleniciden tazmin etme hakkı tanınması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁴. Buna göre iş sahibi, yüklenici süresi içinde ayıbı gidermediği takdirde, TBK m. 473/f.2 hükmü kıyasen uygulanarak masrafı ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere işi bir başkasına yaptırabilir. Bu görüş çerçevesinde iş sahibinin, ayıbın giderilmesi işini bir başkasına tevdi edebilmesi için, yüklenicinin süresi içinde ayıbı gidermemiş olması ve iş

¹⁴¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.179; Şahiniz, **a.g.e.**, s.199; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.298; Tandoğan, **a.g.e.**, s.199; Günel, **a.g.e.**, s.425-426; Öktem, **a.g.e.**, s.1961-1962; Yener, **a.g.e.**, s.166.

¹⁴² Şenocak, **a.g.e.**, s.180; Şahiniz, **a.g.e.**, s.199; Öktem, **a.g.e.**, s.1962.

¹⁴³ Şenocak, **a.g.e.**, s.180.

¹⁴⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.180, 189, 197 ve 198; Şahiniz, **a.g.e.**, s.199; Köksal Kocaağa, "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2004, s.189. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Seliçi, **a.g.e.**, s.198, dn.118.

sahibinin yükleniciye, ayıp giderilmediği takdirde işin bir başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunarak ek süre vermesi gereklidir¹⁴⁵.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre¹⁴⁶, yapının tesliminden sonra ayıbın giderilmesine ilişkin borcun ifasında temerrüde düşülmesi halinde kural olarak TBK m. 473/f.2 değil, TBK m. 113/f.1 hükmü uygulanmalı, ayıbın giderilmesi işinin bir başkasına verilebilmesi için hakimin izni alınmalıdır¹⁴⁷. Bununla birlikte, ayıbın giderilmesinin özel aciliyet gerektirmesi halinde TBK m. 473/f.2 hükmü kıyasen uygulanarak işin üçüncü kişiye tevdi için hakim izni aranmayacaktır¹⁴⁸. Ayrıca taraflar, sözleşmede yüklenicinin süresinde ayıbı gidermemesi halinde iş sahibinin hakim izni almaksızın ayıbı, masrafları yükleniciye ait olmak üzere¹⁴⁹, yüklenici hesabına giderebileceği veya üçüncü kişiden giderilmesini isteyebileceğini kararlaştırabilirler¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.189.

¹⁴⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.180; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.362; Tandoğan, **a.g.e.**, s.200; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.298; Büyükkay, **a.g.e.**, s.138; Öktem, **a.g.e.**, s.1962; Yener, **a.g.e.**, s.167; Turanboy, **a.g.e.**, s.174; Uçar, **Ayıp**, s.205; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.257. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.197, dn.113.

¹⁴⁷ Yarg. 15. HD., 03.03.2009 T., 2008/6908 E., 2009/1163 K.: “... Yüklenici ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda; arsa-iş sahipleri, Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen üç ayrı seçimlik haktan birini kullanabilirler. Eksik ve kusurlu işlerin giderilmesinin istenmesi, Borçlar Kanunu'nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan olan "akdin ifasına" yönelik hakkının kullanılmış olduğunu gösterir. Bu durumda, arsa sahibi ya da sahipleri, eksik ve kusurlu işlerin giderilmesini Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi gereğince de talep edebilirler. Çünkü, "nama ifa" sözleşmenin "aynen ifası" kapsamındadır (Y. 15. H.D. 11.12.2002 T., 5721/5764 ve 06.04.1989 T. 1988/2909 Esas, 1989/1783 Karar sayılı kararlar), Arsa payı karşılığı yapılan inşaatlarda "nama ifa" istenmesi durumunda; arsa sahibi, kural olarak nama ifa suretiyle tamamlayacağı inşaatın, yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik işlerini tamamlamak ve kusurları gidermek zorunda değildir. Buna göre, inşaatın kendisine isabet edecek bağımsız bölümler ile ortak alanlarını yüklenici namına tamamlamak üzere Borçlar Kanunu'nun 97/1. maddesi hükmüne dayanarak izin talep edebilir. Sözleşmenin yanları arasında bağımsız bölümlerin paylaşımı yapılmamış ise, arsa sahibi inşaatın tamamı için nama ifa izni talep etmek durumundadır. Eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsili isteminde ise; akdin ifası doğrultusunda zararın tazmini kapsamında sadece bedel istemi söz konusu olduğundan nama ifada olduğu gibi "hakim izni" gerekmez...”; Yarg. 15. HD., 12.07.2018 T., 2018/994 E., 2018/3067 K.: “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda yüklenicinin süresi içinde işi tamamlaması ya da ayıplı olarak yapması halinde eksik ve kusurlu işlerin yüklenici namına arsa sahibince infazına izin verilmesi mümkündür. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında nama ifaya izin verilirken giderilmesi gereken eksikler, ayıpların nelerden ibaret olduğu ve bunların avans niteliğindeki giderim bedellerinin hüküm fıkrasında infazı mümkün olacak şekilde gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir...” (C.İ.P.).

¹⁴⁸ Gauch bu görüştedir (nakleden, Şenocak, **a.g.e.**, s.197, dn.114).

¹⁴⁹ Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.213.

¹⁵⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s.181; Turanboy, **a.g.e.**, s.174.

Son olarak belirtmek gerekir ki Yargıtay, ayıbın öğrenilmesi ve yükleniciye bildirilmesine rağmen yüklenicinin ayıbın giderilmesi işlemlerini başlatmaması halinde iş sahibinin daha fazla gecikmeye yol açmamak adına ayıbı gidermesini ya da üçüncü kişilerce giderilmesini sağlamasını, aksi halde iş sahibinin zararın artmasına sebebiyet vermiş olacağını ve bu nedenle müterafik kusurunun olduğunu kabul ederek tazminat tutarının buna göre hesaplanması gerektiğine karar vermektedir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2016 Tarih, 2015/4666 Esas, 2016/209 Karar sayılı kararına göre: “...Dava konusu asansörlerle ilgili K... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/... D.ış sayılı dosyasında iş sahibince yaptırılan tespit sonucunda düzenlenen 03.06.2010 tarihli raporda asansörlerde arıza bulunduğundan çalışmadığının saptandığı görülmektedir. Uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 818 sayılı BK'nın 98. maddesi delaletiyle BK'nın 44. maddesi gereğince zararın artmasına idarece sebep olduğu da gözetilerek 2010 yılında idarece öğrenilmesi ve buna göre, tespit raporu ile ayıbı öğrendiğinden ve davalı yüklenicinin de ayıbın giderilmesi konusunda idareyi oyaladığı da kanıtlanamadığından **bu tarih itibariyle idarece ayıbın giderilebileceği gözetilmeden** ve dava tarihini aşar biçimde 2013 tarihi itibariyle ayıp giderim bedelini hesaplayan bilirkişi raporuyla bağlı kalınarak hüküm kurulması doğru değildir. Öte yandan ayıpların giderim süresi kadar davacının ayıptan kaynaklanan zararının hesaplanması gerekirken dava tarihine kadar zarar hesabı da doğru olmamıştır. Bu nedenlerle mahkemece yapılacak iş ayıbın öğrenildiği 2010 yılı itibariyle ayıp giderim bedelinin tespitiyle bu miktarın tahsiline karar verilmesi ve yine davacı idarenin ayıptan kaynaklanan zararı hesaplanırken ayıpların giderilme süresinin saptanarak hesaplanması ve bu yönlerden bilirkişiden ek rapor alınarak karar verilmesinden ibarettir...”¹⁵¹.

¹⁵¹ Kaynak: C.İ.P. Aynı yönde: Yarg. 15. HD., 25.10.2018 T., 2018/2563E., 2018/4079 K.: “Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre; eserdeki ayıplar yönünden ayıp giderim bedelinin ayıbın ortaya çıktığı tarihe ayıpların giderilmesi için gereken makul süre eklenmek suretiyle bulunacak tarihe göre belirlenmesi gerekir. (emsal Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2016/3378 Esas, 2017/2560 Karar sayılı ilamı) Ayıbın ortaya çıktığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında uzun süre var ise davanın geç açılmasında davalı yüklenicinin bir kusuru bulunmadığından 6098 sayılı TBK'nın 114/II. maddesi yollamasıyla 52. maddeleri gereğince artan zarardan davalı sorumlu tutulamaz. Ayıbın ortaya çıktığı tarih ile dava tarihi arasındaki maliyet farkına (artan zarara) iş sahibi katlanmak durumundadır...” (C.İ.P.); Yarg. 15. HD., 14.06.2017 T., 2016/3378 E., 2017/2560 K.: “...Ayıbın ortaya çıktığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında uzun süre var ise davanın geç açılmasında davalı yüklenicinin bir kusuru bulunmadığından BK'nın 98/II. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 44. maddesi uyarınca artan zarardan davalı sorumlu tutulamaz. Ayıbın ortaya çıktığı tarih ile dava tarihi arasındaki maliyet farkına (artan zarara) iş sahibi katlanmak durumundadır, katlanmalıdır...” (C.İ.P.).

Yargıtay'ın bu uygulaması karşısında iş sahibine tanınan ayıbın giderilmesini üçüncü kişiye bırakma hakkının adeta bir külfete dönüştüğünü, kendisine tanınan hakları gecikmeksizin kullanmaması halinde zararın artışına sebebiyet verebileceği için tazminat konusunda müterafik kusurunun varlığının kabul edileceğini ve buna göre hesaplama yapılacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Yapıyı Ayıbı Giderilmiş Şekilde Teslim Borcunun Kötü İfası

Yüklenicinin, ayıbı giderme çalışmaları tamamlandıktan sonra tekrar ayıplı bir yapı teslim etmesi halinde iş sahibinin, TBK m. 475'ten doğan seçimlik hakları tekrar canlanır. Yani bu durumda iş sahibi, bedelden indirim talep edebilir, şartları varsa sözleşmeden dönebilir ya da tekrar ayıbın giderilmesini isteyebilir. Bu seçimlik haklardan birini kullanan iş sahibi, bu talebine ek olarak ayıp sonucu ortaya çıkan zararını, bir diğer deyişle seçimlik hakkın kullanılması ile karşılanmayan zararının tazmini de talep edebilir¹⁵². Ayrıca iş sahibi, bu seçimlik haklardan hiçbirini kullanmayarak ayıp zararını ve ayıbı sonucu ortaya çıkan zararının da tazminini talep edebilir¹⁵³.

Yüklenicinin, ayıbı giderilmiş şekilde yapıyı teslim borcunu kötü ifa etmesi nedeniyle iş sahibi tarafından diğer seçimlik haklar olan sözleşmeden dönme veya bedel indirimi hakkının kullanılabilmesi için iş sahibinin, yeniden gözden geçirme ve bildirim külfeti altında olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁵⁴. Ancak genel olarak bu durumda gözden geçirme ve bildirim dahil tüm külfet ve yükümlülüklerinin süresinde yerine getirilmesi zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵.

3. Ayıbı Gidermeye İlişkin İş Görme Borcunda Temerrüt ve Kötü İfa

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin ayıbı gidermeye yönelik iş görme borcunda temerrüde düşmesi ve bu borcu kötü ifa etmesi durumunu doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, yüklenicinin ayıbı giderme borcuna zamanında başlamaması, işi gerekli tempoda sürdürmemesi veya iş sahibine yüklenemeyen sebeplerle ayıbın giderilmesinin vade tarihine

¹⁵² Şenocak, **a.g.e.**, s.216; Şahiniz, **a.g.e.**, s.200-201.

¹⁵³ Şahiniz, **a.g.e.**, s.201.

¹⁵⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s.201.

¹⁵⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.216; Uçar, **Ayıp**, s.195-196; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.363-364.

yetişmeyeceğinin anlaşılması halinde iş sahibinin TBK m. 473/f.1 uyarınca sözleşmeden dönebileceği; benzer şekilde ayıbın giderilmesinde temerrüde düşülmeden önce ayıbı giderme çalışmaları devam ederken eserin yine ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşılması halinde iş sahibinin TBK m. 473/f.2 uyarınca işi yeni bir ikame yükleniciye bırakabileceği belirtilmektedir¹⁵⁶. TBK m. 473 hükmü bu düzenleme şekli itibarıyla, ilk fıkrası bakımından zamansal, ikinci fıkrası bakımından niteliksel müdahale imkanı vermektedir¹⁵⁷.

a. Temerrüt

Seçim hakkını ayıbın giderilmesinden yana kullanan iş sahibi, aslında tercihini sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasından yana yapmış demektir. Yapının teslimine yönelik nihai amaç, yüklenicinin ayıbı gidermeye başlamaması ya da işi geciktirmesi nedeniyle tehlikeye düştüğü takdirde iş sahibine, teslim için öngörülen vadenin gelmesini beklemeksizin kendi menfaatlerini koruması için hak tanınması gerekmektedir. Bu nedenle yüklenici, ayıbı giderme işine zamanında başlamaz ya da işin icrasını geciktirir veya bu işin tamamlanması mümkün olmayacak derecede ayıbın giderilmesinde geri kalırsa iş sahibi, TBK m. 473/f.1 kıyasen uygulanarak vade tarihinden önce sözleşmeden dönebilecektir¹⁵⁸. Bu hükmün amacı, teslim borcunun ifasında temerrüde düşeceği açıkça anlaşılan veya öngörülebilen durumlarda, teslim vadesini beklemeksizin erkenden, iş sahibince temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasını sağlamaktır¹⁵⁹.

Ayıbın giderilmesi konusunda TBK m. 473/f.1 hükmü, iş sahibinin seçimlik hakkını kullandığı tarihten başlayarak, yüklenicinin ifa tarihine kadar olan sürede kıyasen uygulama alanı bulmaktadır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.208; Şahiniz, **a.g.e.**, s.199-200; Tandoğan, **a.g.e.**, s.199; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.258.

¹⁵⁷ Melek Yüce Bilgin, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Pratik Çalışmaları**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, s.123.

¹⁵⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.208-209; Tandoğan, **a.g.e.**, s.199; Şahiniz, **a.g.e.**, s.200; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.71-73. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.209, dn.177.

¹⁵⁹ Müge Ürem, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme (Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Geciktirmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK M. 473/I))**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim, 2017, s.54-55.

¹⁶⁰ Bkz.: Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.105.

Hükmün uygulanabilmesi için yüklenicinin kusuru şart değildir. Ancak dönme sebepleri ile yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve gecikmenin iş sahibine yüklenememesi gerekmektedir¹⁶¹. Bununla birlikte iş sahibi her durumda değil, maddede öngörülen durumların varlığı halinde vade tarihinden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Bu haller ise yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işin icrasını geciktirmesi veya iş sahibinin sorumlu tutulamayacağı sebepler ile işin vade tarihine yetişmeyeceğinin açıkça ortaya çıkmasıdır¹⁶². Doktrinde, yüklenicinin işi ifa etmeyeceğini açık, ciddi ve kesin bir şekilde bildirmesi ve hatta iş sahasını terk etmesi durumunda, işin kalan kısmının vadeye yetişmeyeceği şartının aranmaması gerektiği ve iş sahibinin, bu şart aranmaksızın sözleşmeden TBK m. 473/f.1 çerçevesinde dönebileceği kabul edilmektedir¹⁶³. Ancak belirtmek gerekir ki; işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılmasına rağmen çok az bir gecikme ile tamamlanabileceği söylenebiliyor ve dürüstlük kuralı gereğince bu durumun iş sahibi açısından aşırı bir zarara yol açmayacağı anlaşılabiliyor ise doktrinde kabul edildiği üzere iş sahibi, vadeden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanamamalıdır¹⁶⁴.

Her ne kadar TBK m. 473/f.1 hükmünde, vade gelmeden önce sözleşmeden dönülebileceği düzenlenmiş olsa da hükmün eksik olduğu ve borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler ile tamamlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁵. Bu kapsamda, iş

¹⁶¹ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.106-108; Ürem, **a.g.e.**, s.97.

¹⁶² Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.126; Ürem, **a.g.e.**, s.63 vd. Yarg. 15. HD., 21.04.1993 T., 1992/3812 E., 1993/1871 K.: "...Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilrkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılanı göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimidir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir..." (C.İ.P.).

¹⁶³ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.146.Erman, **İnşaat**, s.81; Ayan, **a.g.e.**, s.337, dn.46'da yer verilen yazarlar.

¹⁶⁴ Öz, **Dönme**, s.61; Öz, **İnşaat**, s.136; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.187.

¹⁶⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.190, dn.360. Aksi yönde azınlıkta kalan görüşe göre; maddede yer alan gecikme, teknik anlamda temerrüt olmayıp, borçlu temerrüdünden farklı olarak özel bir borca aykırılık hali olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle de TBK m. 472/f.1 hükmünün, TBK m. 117 vd. hükümleri ile tamamlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Aynı görüşte; Ürem, **a.g.e.**, s.151 ve dn.7'de yer alan yazarlar.

sahibinin, TBK m. 473/f.1’de yer verildiği üzere sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, ilgili hükümde yer verilmemiş olsa dahi TBK m. 124’te yer alan istisnalar saklı kalmak kaydı ile TBK m. 123 gereği yükleniciye mehil verilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir¹⁶⁶. İş sahibi, vermiş olduğu ek süre yüklenici tarafından kullanılmaksızın geçirildiğinde TBK m. 473/f.1’den doğan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek için ayıbın giderilmesinden vazgeçtiğini gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir. TBK m. 473/f.1’de iş sahibinin yalnızca dönme hakkında bahsedilmiş ise de doktrinde burada TBK m. 125’te öngörülen tüm seçimlik hakların da gündeme geleceği kabul edilmektedir¹⁶⁷.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için TBK m. 475/f.1, b.1 ve f.3’te öngörüldüğü üzere, ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın eseri kullanamayacak veya hakkaniyet gereğince kabule zorlanamayacak ölçüde olması ve eser iş sahibinin taşınmazı üzerine inşa edilmiş ise sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara yol açmayacak olması şartlarının sağlanması gerekmektedir. İş sahibi, TBK m. 473/f.1 hükmü çerçevesinde sözleşmeden döndüğünde, eğer yüklenici kusurlu ise olumsuz zararlarının tazminini de talep edebilecektir¹⁶⁸.

b. Kötü İfa

Yüklenicinin kusuru yüzünden, ayıbı giderme çalışmalarının devam ettiği esnada (vade tarihinden önce) kötü ifada bulunduğu, bir diğer deyişle ayıbı giderme çalışmaları sonucunda tekrar ayıplı bir yapı teslim edeceği anlaşıyor ise iş sahibi, TBK m. 473/f.2 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle, yapının teslimini beklemeksizin ayıbı giderme işini bir başkasına tevdi ederek masraflarını yükleniciden talep edebilecektir¹⁶⁹. Bu hakkın kullanılabilmesi için her şeyden önce, ayıbın giderilmesi çalışmaları esnasında¹⁷⁰ yapının ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak inşa

¹⁶⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s.118 ve 199; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.455; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.363; Şenocak, **a.g.e.**, s.211.

¹⁶⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.211. Öz tarafından savunulan görüşe göre, TBK m. 473/f.1 çerçevesinde iş sahibinin sadece sözleşmeden dönebileceği, aynen ifa ve gecikme tazminatı veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını isteme hakkının bulunmadığı ileri sürülmektedir (Öz, **Dönme**, s.48; Öz, **İnşaat**, s.128). Aynı görüşte; Ürem, **a.g.e.**, s.151; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.191 ve dn.364’te yer alan yazarlar.

¹⁶⁸ Öz, **Dönme**, s.50; Gümüş, **a.g.e.**, s.25; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.178.

¹⁶⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.215; Şahiniz, **a.g.e.**, s.200; Kocaağa, **Ayıp**, s.189; Tandoğan, **a.g.e.**, s.62.

¹⁷⁰ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.231.

edileceğinin¹⁷¹ kesin olarak¹⁷² tahmin edilebilir, belli olması gerekmektedir¹⁷³. Bununla birlikte ilgili maddede açıkça yer verildiği üzere iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin, ayıba veya sözleşmeye aykırılığa yol açan davranışlarında kusurlu olması gerekmektedir¹⁷⁴.

TBK m. 473/f.2'de yer alan hakkını kullanması ile birlikte iş sahibi, yükleniciye, vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde ayıbı ya da aykırılığı gidermesini, aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, ayıbın giderilmesi işine ilişkin onarım veya işe devamın üçüncü bir kişiye verileceğini ihtar ederek işi bir başkasına tevdi edebilecektir¹⁷⁵. Burada TBK m. 113 hükmünden farklı olarak işin üçüncü kişiye tevdi için hakim izni alınmasına gerek bulunmamaktadır¹⁷⁶.

Borçlu temerrüdünde, süre verilmesine gerek olmayan halleri düzenleyen TBK m. 124 hükmünün, TBK m. 473/f.2 hükmüne göre yükleniciye süre tayin edilirken de kıyasen uygulanması gerektiği dile getirilmektedir. Buna göre özellikle, yüklenicinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyor ise iş sahibinin süre vermesine ihtiyaç yoktur¹⁷⁷. Doktrinde bu duruma örnek olarak, yüklenicinin ayıbı ya da borca aykırılığı gidermeyeceğini açıkça beyan etmesi gösterilmektedir¹⁷⁸. Yükleniciye süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan biri mevcut olsa dahi iş sahibinin yükleniciye en azından, ortaya çıkan masraflardan kendisinin sorumlu tutulacağını bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁹.

Şartların sağlanması ile iş sahibi ve üçüncü kişi yüklenici arasında yeni bir eser sözleşmesi kurulmakta iken ilk yüklenici ile olan sözleşmesel ilişkinin ise tasfiye ilişkisine dönüşeceği ifade edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷¹ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.219 vd.

¹⁷² Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.230.

¹⁷³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.63; Kocaağa, **Ayıp**, s.182.

¹⁷⁴ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.235.

¹⁷⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.216; Tandoğan, **a.g.e.**, s.65; Kocaağa, **Ayıp**, s.185-187; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.240.

¹⁷⁶ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.254; Erman, **İnşaat**, s.51.

¹⁷⁷ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.244.

¹⁷⁸ Kocaağa, **Ayıp**, s.187; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.517; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.339; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.244.

¹⁷⁹ Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.247.

¹⁸⁰ Kocaağa, **Ayıp**, s.190.

Her ne kadar TBK m. 473/f.2’de açıkça öngörülmemişse de iş sahibinin bu durumda, işi üçüncü bir kişiye tevdi etmek yerine, eseri meydana getirme borcunda temerrüitten doğan tüm haklarını kullanabileceği de ile sürülmektedir¹⁸¹.

D. Ayıbın Giderilmesine Engel Olan Durumlar

Ayıbın giderilmesine engel olan durumların başında iş sahibinin, ifa imkansızlığına yol açması gösterilebilir. İş sahibi, TBK m. 473/f.2’de yer alan şartlar oluşmadan, örneğin ilgili hüküm gereğince yükleniciye ek süre vermeden, ayıbı bizzat kendisi giderir ya da üçüncü kişiler tarafından giderilmesini sağlar ise yüklenici bakımından ifa imkansızlığına yol açmış olur. İş sahibi bu suretle yüklenicinin ayıbı gidermesini imkansız hale getirir ise borçlunun kusursuz imkansızlık halini düzenleyen TBK m. 136/f.1¹⁸² hükmü uyarınca yüklenicinin borcu sona erer. Ancak bu durumda, TBK m. 136/f.2¹⁸³ hükmü uygulanarak yüklenicinin bedel alacağını sona ermeyeceği, bu hüküm yerine eser sözleşmesinin muhteviyatına daha uygun düşen TBK m. 485¹⁸⁴ hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini, iş sahibinden isteyebilecektir¹⁸⁵. Yüklenicinin yaptığı işin değerinin tespitinde hangi kıstasların dikkate alınacağı ise tartışmalı olup bir görüşe göre¹⁸⁶; yüklenicinin talep edebileceği bedel, yapılan işin değeri ve yüklenicinin yaptığı masraflar nazara alınarak hesaplanacak ancak sözleşme ile kararlaştırılan ücret dikkate alınmayacaktır. Şenocak’ın da savunduğu bir diğer görüşe göre¹⁸⁷; yüklenicinin yaptığı işin değeri, sözleşmede kararlaştırılan hususlar dikkate alınarak hesaplanacak olup yüklenici,

¹⁸¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.216.

¹⁸² TBK m. 136/f.1: “Borçun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.”

¹⁸³ TBK m. 136/f.2: “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borçun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.”

¹⁸⁴ TBK m. 485: “Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”

¹⁸⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.217-218.

¹⁸⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.218, dn.7.

¹⁸⁷ Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.218, dn.8.

yaptığı işle orantılı bir kâr payı da alacak ancak ayıbın giderilmesi halinde elde edeceği kârın tamamını alamayacaktır.

Normal şartlar altında TBK m. 485/f.2 uyarınca, iş sahibinin ifa imkansızlığına kusuruyla sebep olması halinde yüklenicinin tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Şenocak, iş sahibinin TBK m. 473/f.2 şartları oluşmadan ayıbı gidermesi ya da üçüncü kişilere gidertmesi de çoğunlukla bir kusur olarak kabul edileceği için yüklenicinin, ayıbın tamamen giderilmiş olması halinde elde edeceği kâr payını da kapsar şekilde iş sahibinden tazminat talep edebileceğini ileri sürmektedir. Ancak yazara göre, yüklenicinin bu talebinin kapsamı TBK m. 484 hükmü nazara alınarak belirlenecek olup yüklenici, ayıbın giderilmesinden kurutulması nedeniyle yaptığı tasarruflar ile bu yüzden başka işlerden elde ettiği veya kötü niyetli olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar düşülmek kaydıyla ücretin tamamını talep edebilecektir¹⁸⁸.

Ayıbın giderilmesine engel olan durumlardan bir diğeri, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halidir. Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu ifa etmesi, iş sahibinin bir takım işbirliği yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı olabilir. Olumlu ya da olumsuz bir davranış şeklinde ortaya çıkabilecek olan bu yükümlülükleri yerine getirmeyen iş sahibi, TBK m. 106 hükmü çerçevesinde alacaklı temerrüdüne düşebilir. İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin en önemli sonuçlarından biri, yüklenicinin, ayıbın giderilmesine ilişkin iş görme borcunda gecikmeden dolayı temerrüde düşmesini engellemesidir¹⁸⁹.

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi ile birlikte yüklenici, borcundan kurtulmamaktadır. Bu durumda yüklenici, ayıbı gidermesi için normal şartlar altında gerekli olan sürenin, uygun bir şekilde uzatılmasını isteme hakkına sahip olur. Diğer bir deyişle yüklenici, iş sahibinin temerrüdü boyunca da ayıbı gidermekle yükümlü olup iş sahibi de ayıbın giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Bununla beraber

¹⁸⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.218-219. Doktrinde iş sahibinin, TBK m. 473/f.2 uyarınca yükleniciye, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için mehil tayin etmeden ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi işini üçüncü kişiye bırakırsa bunun için yaptığı masrafları henüz şekil şartları gerçekleşmediğinden yükleniciden TBK m. 473/f.2 uyarınca talep edemeyeceği, ancak şartları mevcutsa vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 526 vd. maddelerine göre talep edebileceği de ileri sürülmektedir. Bkz.: Kocaağa, Ayıp, s.188; Gümüşsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.244-245.

¹⁸⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.219-220; Şahiniz, **a.g.e.**, s.202.

yükleniciden, alacaklı temerrüdü sona erinceye kadar bekleyip sona erince de uygun süre içinde ayıbbı gidermesi beklenemez. Bu durumda bir iş görme edimi söz konusu olduğu için TBK m. 110 çerçevesinde yüklenici, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir¹⁹⁰.

E. İş Sahibinin Ödemezlik Def'i İleri Sürme Hakkı

TBK m. 97¹⁹¹ uyarınca, karşılıklı borçlar, sözleşmede aksine düzenleme bulunmamakta ise aynı anda ifa edilmelidir. Eser sözleşmelerine ilişkin TBK m. 479 hükmü¹⁹² de aslında bu kuralın tekrarı niteliğindedir¹⁹³. TBK m. 479/f.1 hükmü gereğince de iş sahibinin bedel ödeme borcu, ilke olarak eserin teslimi anında muaccel olmaktadır¹⁹⁴. Eserin parça parça teslimi öngörülmüş ise her parçaya ilişkin bedel, o parçanın teslimi ile muaccel olmaktadır¹⁹⁵. Elbette taraflar, sözleşmede bu muacceliyet hükmünden farklı şekilde düzenleme yapabilirler¹⁹⁶.

Bir görüşe göre¹⁹⁷, yüklenicinin ücret alacağının muaccel olabilmesi için, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlanarak iş sahibine teslimi

¹⁹⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.220-221; Şahiniz, **a.g.e.**, s.202.

¹⁹¹ TBK m. 97: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”

¹⁹² TBK m. 479: “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.

Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.”

¹⁹³ Öz, **İnşaat**, s.91.

¹⁹⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1048.

¹⁹⁵ Öz, **İnşaat**, s.91; Ardic, **a.g.e.**, s.135.

¹⁹⁶ Ardic, **a.g.e.**, s.136.

¹⁹⁷ Uçar, **Ayıp**, s.115. Yargıtay da ücret alacağının ayıpsız bir eserin teslimi ile muaccel olacağı görüşündedir. Bu doğrultuda: Yarg. 15. HD., 28.02.2005 T., 2004/4417E., 2005/1075K: “... Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallara uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de teslim aldığı eserin bedelini ödemekle mükelleftirler... Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskan izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskan izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus B...Belediyesi imar İşleri Müdürlüğü'nün 09.06.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten İskan ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davada zamanaşımından da söz edilemez...” (C.İ.P.); Yarg. 23. HD., 10.12.2015 T., 2014/8617 E., 2015/8011 K.: “...Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 81. (6098 sayılı TBK'nın 97.) maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. Somut olayda davalı, eksik ve ayıplı işler bulunduğunu, inşaatın henüz teslim edilmediğini savunmuş olup, davalı arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını, teminat altına alabilmek amacıyla elde tutulan bağımsız bölüm veya bölümlerin eksik ve ayıplı işleri tamamlanmadan veya bedeli ödenmeden ve gecikme tazminatı alacağı ödenmeden

gerekmektedir. Bu görüşün kabulü halinde, eser ayıplı bir şekilde iş sahibine teslim edilmiş ise, iş sahibinin ücret ödeme borcu ancak seçimlik haklardan ayıbın giderilmesini isteme hakkı kullanılıp, eser de ayıbı giderilmiş bir şekilde yükleniciye teslim edildiğinde muaccel olacaktır. Nitekim, ayıplı eserin teslimi ile birlikte ücret alacağı muaccel olmamıştır ve iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında muacceliyet hiç söz konusu olmayacak, ücretin indirilmesini talep ettiğinde ise bu hakkın kullanıldığı ana kadar ertelenmiş sayılacak ve hak kullanıldığında da yalnızca indirimden kalan kısım için muaccel olacaktır. Bu görüş doktrinde, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması kaydıyla kendisine tanınan seçimlik hakları zamanaşımı süresi içinde kullanma imkanına sahip olması, bunun da haliyle yüklenicinin ücretini ne zaman talep edebilir hale geleceği açısından belirsizlik ve hukuki güvensizlik oluşturması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir¹⁹⁸.

Tüm bu açıklamalar ışığında bizim de katıldığımız görüşe göre, iş sahibi, ayıplı da olsa kendisine sunulan eseri teslim aldığı takdirde ücretin tamamı muaccel olmaktadır¹⁹⁹. Tam olarak bu noktada, ayıplı ifa nedeni ile TBK m. 475'te sayılan haklara sahip olan iş sahibinin, henüz ücret ödeme borcunu yerine getirmemiş olması halinde TBK m. 97 hükmü²⁰⁰ gereğince ödemelik def'i ileri sürüp süremeyeceği, ne zaman sürebileceği, borcun ne kadarlık bir kısmı için bu def'iden faydalanabileceği konuları önem arz etmektedir²⁰¹.

Ayıplı eserin teslimi halinde iş sahibinin, yükleniciye karşı ne zaman ödemelik def'i ileri sürme hakkına sahip olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁰²; ayıplı bir eser alan iş sahibi, kendisine tanınan seçimlik haklardan birini kullanıncaya kadar ödemelik def'ini ileri sürme hakkına sahiptir ve iş sahibi,

sözleşmeye uygun olarak teslim olgusunun gerçekleştiği kabul edilemeyeceğinden, davacı yüklenici tescile hak kazanamaz..." (C.İ.P.).

¹⁹⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.243. Ayan da, inşaatın hukuki anlamda teslimi gerçekleştiğinde, inşaat ayıplı ya da eksik olsa dahi, yüklenicinin ücret alacağının muaccel olacağı görüşündedir, bkz: Ayan, **a.g.e.**, s.86.

¹⁹⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.242; Ayan, **a.g.e.**, s.86.

²⁰⁰ TBK m. 97: "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*"

²⁰¹ Şenocak, **a.g.e.**, s.242.

²⁰² Gehrre bu görüştedir (nakleden, Şenocak, **a.g.e.** s.,244).

sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini isteme haklarından birini kullandığında ödemezlik def'i ileri sürme hakkı ortadan kalkar. Ayıbın giderilmesini talep etmesi durumunda ise ayıp giderilinceye kadar ödemezlik def'ini ileri sürebilir.

Şenocak'ın da katıldığı bir diğer görüşe göre²⁰³; ayıplı eserin teslimi ile iş sahibi ödemezlik def'i hakkına sahip olmamaktadır. İş sahibinin ödemezlik def'ini kullanabilmesi için ayıpları yükleniciye bildirmiş olması da tek başına yeterli değildir. İş sahibi ancak, seçimlik hakkını ayıbın giderilmesi hakkından yana kullanması halinde henüz ücreti yükleniciye ödemiş ise ödemezlik def'i hakkını ileri sürebilir hale gelecektir. Nitekim iş sahibi, sözleşmeden döndüğü takdirde yüklenicinin ücret alacağı sona ereceği için ödemezlik def'i ileri sürmesi söz konusu olmayacaktır²⁰⁴. Benzer şekilde ücretin indirilmesini talep etmesi halinde de indirilmiş miktara ilişkin borcu, bu seçimlik hakkın kullanılması ile birlikte ortadan kalkacağı için ödemezlik def'ini ileri sürmesi söz konusu olmayacaktır. İş sahibi, indirilmiş ücret miktarını ise ödemekten kaçınamayacaktır²⁰⁵.

İş sahibinin seçimlik hakkını, ayıbın giderilmesi hakkından yana kullanması halinde yüklenicinin ayıbı giderme borcu doğmaktadır ve yüklenicinin bu borcu, iş sahibinin bedel ödeme borcu ile karşılıklılık ilişkisi içindedir. Bu nedenle iş sahibi, ayıp tamamen giderilinceye kadar TBK m. 97 hükmü çerçevesinde ödemezlik def'ini kullanarak ücret ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir²⁰⁶.

İş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanması ve ödemezlik def'ini ileri sürmesi halinde, ücretin ne kadarlık kısmını ödemekten kaçınabileceği konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre²⁰⁷; iş sahibi ancak ayıbın giderilmesi çalışmaları için gerekli olan kısmı ödemekten kaçınabilecek olup bu kısım, iş sahibinin ayıbın giderilmesi işlemlerini üçüncü bir kişiye yaptırması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel masraflardan oluşmaktadır. Bu görüşe göre iş sahibi, muhtemel

²⁰³ Gauch ve Koller de bu görüştedir (nakleden, Şenocak, **a.g.e.**, s.245).

²⁰⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.246.

²⁰⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.246. Aynı görüşte; Şahin, **a.g.e.**, s.225; Ayan, **a.g.e.**, s.87. Ayan, iş sahibinin ücretin indirilmesine yönelik seçimlik hakkını kullandığında ödemezlik def'ine kural olarak yer olmadığı görüşünün yanı sıra, iş sahibinin ayıptan ya da eksiklikten doğan zararının tazmini alacağı için ödemezlik def'ini ileri sürebileceği görüşündedir, bkz: Ayan, **a.g.e.**, s.87.

²⁰⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.246; Şahin, **a.g.e.**, s.225.

²⁰⁷ Bu görüşte bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.248 ve dn.35'te yer alan yazarlar.

masrafları aşan kısma ilişkin bedel ödeme borcunu ifa etmekten kaçınamayacaktır. Bir diğer görüşe göre ise²⁰⁸, yüklenici üzerinde ayıbı gidermesi yönünde baskı unsuru oluşturacağından iş sahibi, muhtemel ayıbı giderim masraflarının iki ya da üç katına tekabül eden ücreti ödemekten kaçınabilecektir. Bu görüş bizce de özellikle gerekçesi noktasında makul kabul edilmektedir. Ancak yine de net bir kıstas koymak yerine, somut durumun getirileri dikkate alınarak hem iş sahibinin haklarını koruyacak ve baskı unsuru oluşturmaya yardım edecek hem de diğer taraftan yükleniciyi yaptığı işe ve ayıbın niteliğine nazaran mağdur etmeyecek bir tutar üzerinden iş sahibinin ödemezlik defii kullanabilmesine imkan tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Uygulamada ise en büyük sıkıntılardan biri özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıp ya da eksikliğin giderilmesi için gereken masrafların ve varsa tazminat ve cezai şart tutarlarının, yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölüm değerinden oldukça düşük olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda iş sahibini, bağımsız bölümü devretmeye mahkum etmek, onun elindeki teminatın kaybolup gitmesi anlamına gelirken, aksi yönde düşünce ise hakkaniyetsiz bir sonuca yol açabilecektir²⁰⁹.

Yargıtay ise konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında şu ifadelere yer vermiştir²¹⁰: “...Bu durumda mahkemece, mahsup itirazı niteliğinde olan bu savunma üzerinde re'sen durulması gerektiğinden, dava konusu inşaatla ilişkin onaylı proje getirilip, mahallinde konunun uzmanı bilirkişiler refakatinde keşif ve inceleme yapılarak, sözleşme hükümleri ve proje değerlendirilip, eksik ve ayıplı işlerin ve davalının gecikme tazminatı alacağının belirlenmesi, eksik ve ayıplı işlerin giderim bedeli hükmüne en yakın tarihteki piyasa rayıçlarına göre hesaplatılıp, bu tutarın ve gecikme tazminatı alacağının faizsiz olarak davacı yükleniciye mahkeme veznesine 6098 sayılı TBK'nın 97. (818 sayılı BK'nın m. 81.) maddesi uyarınca depo ettirilmesi, depo edilen paranın karar kesinleştiğinde arsa sahibine

²⁰⁸ Aynı görüşte; Şahiniz, **a.g.e.**, s.226; Şenocak, **a.g.e.**, s.248, dn.38'de yer alan yazarlar.

²⁰⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.88.

²¹⁰ Yarg. 23. HD., 10.12.2015 T., 2014/8617 E., 2015/8011 K. (C.İ.P.). Aynı yönde: YHGK, 16.02.2005 T., 2005/14-6 E., 2005/73K.: “... eksik bırakılan bir iş varsa, ve bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelinin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır... Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca davacılara önel verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...” (C.İ.P.).

ödenmesi koşulu ile davacı adına tapu iptali ve tescile karar verilmesi, davalı arsa sahibinin dava tarihi itibarıyla tapuda davacıya devir yapmamakta, diğer anlatımla davaya karşı çıkmakta haklı olduğu hususunun yargılama giderleri ve vekalet ücretinin takdirinde nazara alınması, davacı yüklenici depo etmez ise, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, infazda zorluk yaratacak ve kararın infazını belirsiz bir tarihe erteleyecek şekilde paranın depo edilmesi karar tarihinden sonrasına bırakılarak ve davalı lehine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmesi gerektiği gözardı edilerek, davalının gecikme tazminatı alacağı ile ilgili haklarını daha sonra kullanabileceği belirtilerek, yazılı şekilde eksik inceleme ve yanılıgılı gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamıştır...”. İlgili karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay bu tür durumlarda, yüklenicinin, ayıpların ve eksikliklerin giderilmesi için gereken masrafları, uygun sürenin sonuna kadar işleyecek olan gecikme tazminatı ve varsa cezai şartla birlikte ödemesinin teklif edilmesi halinde artık iş sahibinin bu teklifi reddetmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı sonucuna varmakta²¹¹ ve içtihatlarında da söz konusu bedelin mahkeme veznesine depo edilmesi halinde tescile karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

İş sahibinin, yüklenicinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararı tazmin borcuna dayanarak ödemezlik def’i ileri sürüp süremeyeceği de bu noktada incelenmelidir. Şenocak’a göre²¹², yüklenicinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararı tazmin borcu ile iş sahibinin ücret ödeme borcu birbiriyle bir değişim ilişkisi içinde değildir. Nitekim, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini, seçimlik hakların kullanılmasına rağmen telafi edilemeyen zararların giderilmesine ilişkindir ve bu nedenle zararın tazmini, yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme borcunun ikamesi niteliğinde değildir. Bu gerekçe ile iş sahibi, yüklenicinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararı tazmin borcuna dayanarak ücret ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınamayacaktır. Şahiniz ise²¹³, TBK m. 475/f.2 ile iş sahibinin ayıp zararları ve ayıp sonucu ortaya çıkan zararları olmak üzere ayıplı ifa nedeniyle uğradığı tüm zararların tazmini, seçimlik hakları kullanmadan dahi talep etme imkanına sahip olduğunu nazara alarak; hiçbir seçimlik hakkını kullanmadan ayıp sonucu ortaya çıkan ve/veya

²¹¹ Erman, **İnşaat**, s.194; Ayan, **a.g.e.**, s.89.

²¹² Şenocak, **a.g.e.**, s.246 ve dn.26’da yer alan yazarlar.

²¹³ Şahiniz, **a.g.e.**, s.224. Şahiniz, Şenocak’ın görüşünün eski Borçlar Kanunu düzenlemesine dayandığı ve bu dönemde savunulduğunu dayanak göstererek, TBK’daki yeni düzenleme karşısında bu görüşü savunan yazarların farklı bir sonuca varabileceğini düşünmektedir, bkz: Şahiniz, **a.g.e.**, s.224, dn.580.

ayıp zararlarının tazminini talep eden iş sahibinin, ödemezlik def'ini ileri sürerek, tazminat alacağı ödeninceye kadar kendi ücret ödeme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceğini savunmaktadır. Aynı şekilde, seçimlik haklardan herhangi biri ile birlikte ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazmini talep eden iş sahibinin de bu talebi yerine getirilinceye kadar ödemezlik def'i ileri sürebileceğini ifade etmektedir.

Şahiniz bu görüşten hareket ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde bu talebi ile birlikte ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini de istemiş ise tazminat alacağı ödeninceye kadar ve ayrıca, ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep etmemiş olsa dahi, dönme sonucu tasfiye ilişkisi neticesinde yükleniciden bir karşı alacağı bulunması halinde de bu alacağı yerine getirilinceye kadar (her ne kadar teknik anlamda karşılıklılık ilişkisi olmasa da ödemezlik def'ine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması suretiyle) ödemezlik def'ini ileri sürebileceğini ileri sürmektedir²¹⁴.

²¹⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s.225.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAZMİNAT TALEP ETME HAKKI

I. Genel Olarak

TBK m. 475/f.2 ile maddede sayılan seçimlik haklar dışında, “iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” hükmüne yer verilerek iş sahibine, tazminat talep etme hakkı tanınmıştır¹. Buna göre iş sahibi, ayıp karşısında kullanabileceği sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılmasını isteme ve ayıbın giderilmesini isteme seçimlik haklarından biri ile birlikte ya da onlardan ayrı olarak genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkına sahiptir². Ayıplı yapı teslimi halinde iş sahibinin, yükleniciden tazminat talep edebilmesi için zarara uğramış olması gerekmektedir. Dolayısıyla tazminat talebi için ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve yüklenici kusurlu olmalıdır.

Benzer bir düzenlemeye satış sözleşmeleri bakımından da yer verilmiştir. Nitekim TBK m. 227 ile alıcının, ayıplı ifa nedeniyle sahip olduğu seçimlik haklar sözleşmeden dönme, bedel indirimi, ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeri ile

¹ İş sahibinin, ayıplı ifa karşısında kullanabileceği tazminat hakkı, 818 sy. BK m. 360 hükmünde dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve ayıp oranında bedelden indirim haklarına ilişkin fıkra hükümlerinin ardından ek olarak düzenlenmişti. İlgili düzenleme şu şekildeydi: BK m. 360: “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.

İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.

Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.”

Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3787 E., 1997/4754 K.: “...Betonun projeye, fen ve teknik kurallara aykırı olarak döküldüğü ve bunun bina değerini olumsuz yönde etkileyeceği de teknik bilirkişi marifetiyle saptanmıştır. Eser sözleşmesinin biçim bakımından yazılı olması gerekmez. Özen borcunu (BK. md. 356, 321) yerine getirmemesi sonucu üstlendiği işi ayıplı yaptığı belli olan yüklenicinin, bu ayıp nedeniyle doğan zararın tazmininden sorumlu tutulması gerekir (BK. md. 360/II).” (C.İ.P.).

² Şenocak, **a.g.e.**, s.64; Erman, **İnşaat**, s.157; Öz, **İnşaat**, s.220; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.198; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Gökyayla, **a.g.e.**, s.586; Öktem, **a.g.e.**, s.1962; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364.

değiştirilmesi olarak sıralanmış, akabinde de alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir³.

TBK m. 475/f.2 hükmü çerçevesinde iş sahibinin tazminini talep edebileceği kalemlere ve tazminatın şartlarına, bu konudaki farklı görüşlere aşağıda değinilecektir.

II. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar (Ayıbı Takip Eden Zarar) ve Ayıp Zararı Kavramları

Doktrinde yapılan tanımlamaya göre ayıp sonucu ortaya çıkan zarar (ayıbı takip eden zarar), eserdeki ayıptan kaynaklanan ve sözleşmeden dönmeye, bedel indirimine ve ayıbın giderilmesine rağmen telafi edilemeyen zarardır⁴. Bir diğer deyişle, ayıbın sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan ve ayıbın eserde doğurduğu değer eksikliği dışında kalan her türlü zarardır⁵. Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, yeni inşa edilen evde ayıp giderilinceye kadar oluşan kira kaybı⁶, ayıplı makinenin onarımı sırasında işletmedeki üretimin durmasından kaynaklanan kâr kaybı gibi kâr mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş sahibinin uzman bir kişiye yapıyı inceletmek için yaptığı masraf, ayıplı bir duman borusunun yangına ve zarara sebep olması, ayıplı bir merdivenin kullanan kişinin bacağının kırılmasına ve tedavi masraflarına sebep olması, ayıp sebebiyle iş sahibinin hammaddelerinin yanması gibi fiili zarar şeklinde de ortaya çıkabilir⁷. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmin

³ Ahmet Kazgurt, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, Aralık, 2014, s.280.

⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.65; Şahiniz, **a.g.e.**, s.203; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364; Seliçi, **a.g.e.**, s.182; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.299; Öktem, **a.g.e.**, s.1962; Yener, **a.g.e.**, s.169; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.149; Turanboy, **a.g.e.**, s.177; Uçar, **Ayıp**, s.210; Nihat Yavuz, **Ayıplı İfa**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016; s.803.

⁵ Şahiniz, **a.g.e.**, s.203; Erman, **İnşaat**, s.157; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.558; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364.

⁶ YHGK, 08.10.1997 T., 1997/15-501 E., 1997/784 K.: “...davacı arsa sahibi sadece mevcut ayıp ve noksanlıkların giderilmesi için zorunlu ve gerekli makul süre için kira kaybına hak kazanacaktır...” (C.İ.P.).

⁷ Şahiniz, **a.g.e.**, s.203; Erman, **İnşaat**, s.157; Tandoğan, **a.g.e.**, s.205; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364; Seliçi, **a.g.e.**, s.184-185; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.299; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Yarg. 15. HD., 17.03.2014 T., 2013/2160 E., 2014/1826 K.: “...Buna göre sözleşmeden dönebileceği gibi onarım yapılmasını veya ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Yine anılan madde hükmünce yüklenicinin kusurlu davranışı nedeniyle uğradığı zararların da tazmini istenebilir. Bu kapsamda ayıbın giderilmesi çalışmaların gerektirdiği makul süre içinde fabrikanın yahut işletmenin kısmen yahut tamamen durması yüzünden üretimin yapılamaması veya azalması gibi iş sahibinin kardan yoksun kalma biçiminde gerçekleşen olumlu zararı da ayıp sonucu ortaya çıkan zararlardan sayılır...” (C.İ.P.). Aynı yönde: Yarg. 15. HD., 10.03.2010 T., 2009/1807 E., 2010/1333 K. (C.İ.P.).

edilebilmesi için, söz konusu zararın uygun sebebinin, eserdeki ayıp olması gerekmektedir. Yani teslim edilen yapıdaki ayıp, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır⁸. Zararın, eserdeki ayıbın doğrudan ya da dolaylı sonucu olup olmamasının bir önemi yoktur⁹. Nitekim TBK m. 475/f.2, satış sözleşmesinden farklı olarak (TBK m. 229/f.1, b.3 ve f.2) bu hususta doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapmamıştır¹⁰. Doğrudan zarar, zarar verici olayın ilk ve en yakın sonucu olan zarardır. Dolaylı zarar ise, zarar verici olayın ilk ve en yakın sonucuna bağlı olan ve ondan doğan zarardır. Satış sözleşmesinde TBK m. 229'da yapılmış bulunan doğrudan zarar, dolaylı zarar ayırımına ilişkin hüküm kıyasen de olsa burada uygulanamaz. Dolayısıyla, uygun illiyet bağı içinde kalmak ve kusurlu olmak şartıyla yüklenici, iş sahibinin ayıplı eser teslimi nedeniyle uğramış olduğu hem doğrudan hem de dolaylı zararlarından sorumludur¹¹.

⁸ Yarg. 15. HD., 03.03.2014 T., 2013/1487 E., 2014/1399 K.: "... Davacı iş sahibi, meydana gelen hırsızlık olayında davalı yüklenici şirket tarafından kurulan ve izlenen alarm sisteminin çalışmadığını ifade ederek maddi ve manevi tazminat isteğinde bulunmuş; davalı yüklenici şirket ise, alarm sisteminin kablolarının kemirgen hayvanlarca yenilmesi sonucunda alarm sisteminin devreye girmediğini, sözleşme gereği bu durumda sorumluluklarının olmadığını ifade ederek davanın reddini savunmuş, mahkemece davalı savunmasında gösterilen gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. 06.2011 tarihli servis formunda, 3 numaralı bölgede kurulu pır dedektörün algılama yapmaması nedeniyle alarm sisteminin devreye girmediği ve panik butonunun kablosunu fare yediği için bu kabloun yenilendiği ifade edilmiştir. Mahkemece, konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak hırsızlık esnasında alarm sisteminin devreye girmemesinin sebepleri araştırılarak sistemin devreye girmemesinin sebebinin dedektörün algılama yapmaması olduğunun tespiti halinde, sistemde meydana gelen arızanın hırsızlık olayından önce yüklenici şirketçe belirlenerek iş sahibine bildirilmesi gereken bir arıza olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre maddi tazminat isteği hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamış, kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir..." (C.İ.P.).

⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.67; Tekinay vd., **a.g.e.**, s.573.

¹⁰ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.559.

¹¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.648.

Türk uygulamasında, doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayrımın menfi ve müspet zarar ayırımına göre değerlendirildiği, ayıplı malın teslimi nedeniyle meydana gelen doğrudan zarar çerçevesinde alıcının uğradığı menfi zararların tazmininin istenebildiği, dolaylı zarar kapsamında sözleşmenin ifası neticesinde elde edilecek menfaat olan müspet zararının tazmini için ise satıcının kusursuzluğunu ispat edememiş olması gerektiği yönünde ayrıntılı ve tarihsel değerlendirme için bkz.: Doğan Kara, "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, s.518.

Doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki sınırın nedensellik bağının yoğunluğuna göre tespit edilmesi gerektiği ve buna göre ayıplı malın tesliminden doğan ilk ve en yakın zararların doğrudan zarar, ayıplı ifa olgusuna eklenen başka olayların sonucu olarak ortaya çıkan zararların ise dolaylı zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz.: Çetiner, **Yarar ve Hasarın İntikali**, s.112.

Doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına ilişkin diğer tartışmalar için bkz.: Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145, Eylül, 2016, s.964-967.

İkincil ayıpların sebep olduğu değer düşüklüğü, bu ayıba ilişkin olarak diğer üç seçimlik haktan birine başvurma yolunu açtığı için bunlar da ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilmezler¹². Ancak ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, bu ikincil ayıba bağlı oluşabilir. Bu durumda ayıp ile uygun nedensellik bağı içinde olan ve fakat ayıbın eserde doğurduğu değer düşüklüğü dışında kalan tüm zararlar, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilebilir¹³.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın, ayıp zararı ile karıştırılmaması gerekmektedir. Ayıp zararı, teslim edilen ayıplı eserdeki değer eksikliğinden ibarettir. Bir diğer deyişle, ayıplı eserin değeri ile eser ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer arasındaki fark, ayıp zararını oluşturmaktadır. Ayıp zararı içinde ayıp sonucu ortaya çıkan zarar yer almadığı gibi, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar da ayıp zararını kapsamamaktadır. Ayıp zararı, iş sahibinin sözleşmede öngörülen değerde bir eser (karşı edim) elde etme menfaatinin ihlaline yol açar. Nitekim iş sahibi, ayıp nedeniyle, sözleşme ile belirlenen kendi ücret ödeme edimine uymayan, ondan daha düşük değerde bir eser teslim almakta, yani sözleşmede belirlenen bedelin karşılığı edim yerine daha düşük değerde bir edim almaktadır¹⁴.

Ayıp zararı, TBK m. 475/f.1 çerçevesinde seçimlik hakların kullanılması ile tazmin edilmiş olmaktadır¹⁵. Ancak ayıp zararı dışında kalmasına rağmen uygun sebebini eserdeki ayıbın oluşturduğu ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, iş sahibine tanınmış olan seçimlik hakların kullanılması ile tazmin edilmiş olmamakta ve bu nedenle TBK m. 475/f.2 ile tanınan tazminat hakkı ile giderilmeye çalışılmaktadır¹⁶.

III. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı ile Birlikte Tazminat Talep Etme Hakkının Kullanılması

Yukarıda tazminat talep etme hakkının, seçimlik haklardan biri ile birlikte, kümülatif olarak kullanılabileceğinden bahsetmiştik. Konumuzla yakın ilgisinden dolayı iş sahibinin seçimlik hakkını, ayıbın giderilmesinden yana kullanması halinde,

¹² Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.299; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204.

¹³ Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.299; Seliçi, **a.g.e.**, s.182, 186; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204.

¹⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.65; Şahiniz, **a.g.e.**, s.203-204.

¹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.65; Şahiniz, **a.g.e.**, s.204.

¹⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.65; Şahiniz, **a.g.e.**, s.204.

bu hak ile birlikte tazminini talep edemeyeceği ve edebileceği zarar kalemlerine aşağıda değineceğiz.

A. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kapsamında Tazmini Talep Edilemeyecek Zarar Kalemleri

Öncelikle ayıbın giderilmesinin tamamen mümkün olmaması yani ayıbın kısmi gideriminin söz konusu olduğu durumlarda, eserde meydana gelen değer farkı, bedelden indirim yapılması suretiyle giderilebilecektir. Bu manada eserde meydana gelen değer farkı, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olmadığı için bu talebin yerine getirilmesi de yüklenicinin kusuruna bağlı değildir¹⁷.

Ayıbın tamamen giderilmesine rağmen, eserde meydana gelen ticari değer kaybının ise ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁸; ayıbın tamamen giderilmesi halinde eserde meydana gelen ticari değer kaybı, eser artık ayıplı olmadığı için bir ayıp zararı değildir ve ayıbın giderilmesine ek olarak bedelden indirim yapılması talep edilemez. Ancak bu zarar, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilir ve kusuru olması halinde yükleniciden tazmini talep edilebilir. Buna karşılık diğer bir görüşe göre¹⁹; ayıp tamamen giderilmiş olsa dahi, eserin daha önce ayıplı yapılmasından dolayı ortaya çıkan bu ticari değer farkı da ayıp olarak nitelendirilmelidir. Nitekim, eserin kullanıma elverişli olmasının yanı sıra normal bir vasıfta bir ticari değere sahip olması da lüzumlu vasıflardandır ve elverişlilik açısından ayıp tamamen giderilse dahi önceki ayıp nedeniyle eserin ticari değerinde meydana gelen azalma, ayıp sonucu zarar değil, bizzat ayıptır. Bu nedenle oluşan ticari değer farkı, bedelden indirim yapılması suretiyle karşılanmalıdır.

Ayrı bir durum olarak iş sahibi, TBK m. 473/f.2 ile kendisine tanınan hak uyarınca ayıbı bizzat gidermiş ya da üçüncü kişiye gidertmiş ise buna ilişkin masraflar da ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak değerlendirilmeyecektir²⁰. Nitekim maddede

¹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.250.

¹⁸ Bu görüşte bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.251, dn.6'da yer alan yazarlar.

¹⁹ Bu görüşte bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.252 ve dn.7'de yer alan yazarlar.

²⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.250.

işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masraflardan ilk yüklenicinin sorumlu olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir²¹.

Doğrudan doğruya ayıbın giderilmesi faaliyetiyle ilgili olmayan ancak bununla zorunlu bir bağlantı içinde olan hazırlık çalışmaları ya da eski hale getirme çalışmalarının sebep olduğu masraflar (eşlik eden masraflar), ayıbın giderilmesine ilişkin masraf türü olduğundan, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle kusuru olsun ya da olmasın tazmini yükleniciye aittir²².

B. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kapsamında Tazmini Talep Edilebilecek Zarar Kalemleri

İş sahibi, kendisine tanınan seçimlik haklardan biriyle beraber ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazmini talep ettiğinde bu kapsamda hem dolaylı hem doğrudan zarar olarak nitelendirilebilen zararlarının tazminini talep edebilecektir. Nitekim kanunda da bu konuda bir ayırım yapılmamıştır²³.

Ancak iş sahibinin, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında müspet zarar mı yoksa menfi zarar mı talep edebileceği, kullandığı seçimlik hakka göre değişiklik gösterecektir. İş sahibinin ayıbının giderilmesini ya da bedelden indirim hakkını kullanmak istemesi halinde, sözleşmeyle başlangıçta kararlaştırılmış olan edimler (bedelden indirim halinde kısmen değişikliğe uğramış olsa bile) karşılıklı olarak yerine getirildiği için, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak tazmin edilmesi gereken zarar, müspet zarardır. İş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması halinde ise iş sahibi ifayı reddetmiş olduğundan, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak menfi zararının tazmini talep edebilecektir²⁴.

²¹ İlk yüklenicinin karşılamakla yükümlü olduğu masraf miktar ve kalemleri için detaylı bilgi için bkz.: Gümüsoy Karakurt, **a.g.e.**, s.259 vd.

²² Şenocak, **a.g.e.**, s.251; Seliçi, **a.g.e.**, s.177.

²³ Şahiniz, **a.g.e.**, s.210; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.365.

²⁴ Şenocak, **a.g.e.**, s.70 ve s.252; Şahiniz, **a.g.e.**, s.210; Öz, **İnşaat**, s.220; Tandoğan, **a.g.e.**, s.205; Öz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Yarg. 15. HD., 01.03.2005 T., 2005/977 E., 2005/1120 K.: “...Karşılıklı edimleri havi sözleşmenin feshi halinde davacı ancak olumsuz (menfi) zararını isteyebilir. Olumsuz zarar ilk sözleşme yapılırken davalının teklifinden sonra verilen en uygun teklif ile fesihden sonra yapılan sözleşmedeki fiyat arasındaki farktan ibarettir. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığından akdin feshi ile birlikte olumlu (müsbet) zarar kapsamındaki gecikme cezasına hükmedilmesi doğru olmamış, karar bu yönden bozmayı gerektirmiştir...” (C.İ.P.).

Ayıbın giderilmesi halinde, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında tazmin edilebilecek müspet zarar, fiili zarar veya yoksun kalınan kâr şeklinde olabilir²⁵. Bu kapsamda, ayıplı makine sebebiyle hatalı ürün üretilmesi ve bu nedenle malzemenin telef olması fiili zararı oluştururken, makinedeki ayıbın giderilmesi sırasında üretim durdurulduğu için iş sahibinin kazanç kaybına uğraması, ev ayıplı olduğu için kiraya verilememesi nedeniyle uğranılan kira kaybı ise yoksun kalınan kâr bakımından zarara sebep olmaktadır²⁶.

Üçüncü kişilerin ayıplı eser sebebi ile uğradıkları zararlar için iş sahibinden talep ettikleri tazminatlar, ayıbın giderilmesi çalışmaları sırasında evin boşaltılması ve başka yerde kalınması nedeniyle yapılan masraflar da ayıbın giderilmesi halinde ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak tazmini talep edilebilecek zarar kalemleri arasında yer almaktadır²⁷.

İş sahibinin talep edebileceği bir diğer zarar kalemi ise TBK m. 474/f.1’de düzenlenen zorunlu gözden geçirme ve bildirim masrafları kapsamına girmeyen bilirkişi masraflarıdır²⁸. Nitekim, m. 474/f.1 kapsamında kalan zorunlu gözden geçirme ve bildirim masrafları, iş sahibine düşen külfet niteliğinde olup bunun masrafları iş sahibinin kendisine aittir. Bununla birlikte TBK m. 474/f.2’ye göre iş sahibi eseri bilirkişiye incelettirdiğinde, bu incelemenin masrafları, böyle bir incelemenin zorunlu olması ve yüklenicinin eserin ayıplı olmasından dolayı kusurlu olması halinde yükleniciden talep edilebilecektir. Örneğin, yüklenicinin eserin ayıplı olduğunu kabul etmemesi ya da ayıplı olduğunun şüpheli olması durumlarında böyle bir incelemenin zorunlu olduğundan bahsedilebilecektir²⁹.

²⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.252; Tandoğan, **a.g.e.**, s.205. Yarg. 15. HD., 23.01.2017 T., 2016/1142 E., 2017/241 K.: “... ayıp ihbarının süresinde yapıldığı sonucuna varıldığında ayıp sebebiyle istenebilecek bedel indiriminin dairemizin emsal kararındaki örnek de dikkate alınarak nisbi metoda göre hesaplatılması ve yine ayıpta yüklenici kusurlu kabul edildiğinden iş sahibinin ayıbın giderimi süresince tesisi kullanamaması ya da tam olarak istifade edememesi nedeniyle uğrayacağı kazanç kaybının gerekçeli ve denetime elverişli olarak hesaplatılıp değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun görülmüştür...” (C.İ.P.).

²⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s.252-253; Şahiniz, **a.g.e.**, s.213.

²⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.253; Şahiniz, **a.g.e.**, s.213.

²⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.253; Şahiniz, **a.g.e.**, s.212.

²⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s.253.

İş sahibi tarafından ayıbın giderilmesi talep edildikten ve bu talep yüklenici tarafından yerine getirildikten sonra eserin tekrar gözden geçirilmesine ilişkin masraflar ise doğrudan eserin daha önce ayıplı yapılmış olmasıyla ilgili olduğu için bu ikinci gözden geçirme masraflarının ayıp sonucu zarar olarak tazmin edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁰.

IV. Tek Başına Tazminat Talep Etme Hakkının Kullanılması

Türk Borçlar Kanunu ile birlikte m. 475/f.1’de iş sahibine, ayıplı ifa halinde kullanabileceği sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve ayıbın giderilmesini isteme hakkı olmak üzere üç seçimlik hak tanınmıştır. Ancak 818 sy. BK m. 360/f.1 ve f.2 hükümlerinden farklı olarak, TBK m. 475/f.1’de iş sahibinin bu seçimlik haklardan biriyle birlikte, yani kümülatif olarak, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini talep hakkından söz edilmemiş; TBK m. 475/f.2 ile iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir³¹. Yapılan düzenleme ile iş sahibinin, ayıplı yapının teslimi nedeniyle ortaya çıkan zararının tazmini hakkı, 818 sy. BK m. 360 hükümlerinden farklı olarak seçimlik hakları düzenleyen hükümlerin tamamlayıcısı olarak değil, TBK m. 475/f.2 hükmünde ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiş³² ve genel hükümlere atıf yapılarak konunun buna göre çözümleneceği ifade edilmiştir.

818 sy. Borçlar Kanunu’nun düzenlemesi çerçevesinde doktrindeki baskın görüş³³, iş sahibinin sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından biri ile birlikte zararın tazminini kümülatif olarak ya da yalnız başına talep edebileceği; ancak seçimlik hakların yerini almak üzere tazminat talep edilemeyeceği şeklindedir. Bu görüş gereğince de tazminat hakkının kapsamını, yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar oluşturmakta; ancak ayıp zararı bu kapsamda kabul edilmemektedir. Nitekim ayıp zararlarının, kanunda tanınan seçimlik hakların

³⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.254.

³¹ Şahiniz, **a.g.e.**, s.206.

³² Şahiniz, **a.g.e.**, s.206; Öz, **İnşaat**, s.219.

³³ Bu görüşteki yazarlar: Tandoğan, **a.g.e.**, s.204; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Uçar, **Ayıp**, s.211; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.149; Yavuz, **a.g.e.**, s.803; Duman, **a.g.e.**, s.888; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.298; Canbolat, **a.g.e.**, s.148. Bu görüşün savunucularından Şenocak, tazminat hakkının, diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilen kümülatif bir hak olduğunu dile getirmektedir (Şenocak, **a.g.e.**, s.64).

kullanılması ile karşılandığı ifade edilmektedir. Bu görüş hala savunulmaktaysa da özellikle kanun değişikliğinden sonra gelişen diğer bir görüşe göre³⁴ iş sahibi, TBK m. 475/f.2 hükmü çerçevesinde zararın tazminini, seçimlik haklardan biriyle birlikte kümülatif olarak ya da yalnız başına talep edebileceği gibi, ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarının yerini almak üzere de tazminat talep edebilecektir. Burada bahsedilen tazminat ise hem ayıp zararını hem de ayıp sonucu ortaya çıkan zararı kapsar şekildedir.

İş sahibinin seçimlik haklarından birini kullanarak ayrıca tazminat talep etmesi halinde ise tazminatın buna göre hesaplanacağı kuşkusuzdur. Örneğin iş sahibi, ayıbın giderilmesini talep ettikten sonra ayrıca giderim masraflarının tazminini talep edemeyecektir. Nitekim seçmiş olduğu hak kapsamında bu zararı zaten giderilmiş olmaktadır³⁵.

Bununla birlikte TBK m. 475/f.2'nin açık düzenlemesi çerçevesinde iş sahibinin, hiçbir seçimlik hakkını kullanmadan yalnızca genel hükümlere göre tazminat talep etmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak bu durumda tazminatın hesaplanmasında seçimlik haklarının göz önüne alınıp alınmayacağı hususunda bazı ayrımlar yapılması gerekmektedir. Öz'e göre, ilk olarak, iş sahibinin seçimlik hakları, zamanında ileri sürülmediği için zaten düşmüş ya da zamanaşımına uğramış ise bunlar hesaba katılmadan tazminat istenebilmelidir. İkinci olarak, iş sahibi, seçimlik haklarını kullanma imkanı bulunduğu sırada bu hakların sağlayacağı faydayı da kapsayacak şekilde tazminat talep etmiş, örneğin ayıp sebebi ile ortaya çıkan değer eksikliğini de tazminat olarak istemiş ise, talebi kabul edilmekle birlikte seçimlik hakları bu oranda düşürülmelidir. Üçüncü ve son olarak, iş sahibi seçimlik haklara başvurma imkanı var iken, yalnızca bu seçimlik haklarını kullansa dahi karşılanmayacak zararın tazminini talep etmişse bu miktardaki tazminat talebi kabul edilmekle birlikte iş sahibi seçimlik hakkını sonradan da kullanabilmelidir³⁶.

³⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s.208 ve 214; Öz, **İnşaat**, s.220; Gökyayla, **a.g.e.**, s.586; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Vekâlet, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefaret ve Garanti)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014. **a.g.e.**, s.49; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.165.

³⁵ Öz, **İnşaat**, s.220.

³⁶ Öz, **İnşaat**, s.220; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.559: "Eğer seçimlik haklardan biri kullanılmadan sadece tazminat talep edilmişse, TBK m. 113 gereğince, ayıp yüzünden malvarlığında meydana gelen

Yapıdaki ayıp, iş sahibinin ayrıca edim menfaati dışında kalan bütünlük (korunma) menfaatini de ihlal etmiş olabilir³⁷. Örneğin, hatalı bir bacanın yangına yol açması³⁸, hatalı tamir edilmiş su tesisatı nedeniyle evi su basması ve iş sahibini evde bulunan eşyalarının hasarlanması³⁹ gibi ayıp nedeniyle iş sahibinin malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerinde meydana gelen zararlar da ayıp sonucu ortaya çıkan zararın kapsamına girerler. Bu nedenle iş sahibi hangi seçimlik hakkını kullanırsa kullansın, yüklenicinin kusurunun varlığı şartıyla bu tür zararların da ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak tazmini gerekir⁴⁰.

Yüklenici tarafından temin edilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle ortaya çıkan zarar, ayıp sonucu zarar olarak kabul edilmemektedir. Nitekim, malzemeyi sağlama borcunu yüklenici üstlenmiş ise, yüklenici iyi cinsten⁴¹ malzeme temin

eksilme (örneğin ayıbın sonucu olan zarar yanında ayıp yüzünden ortaya çıkan değer farkı da) talep edilebilir”.

³⁷ Yarg. 15. HD., 19.10.2004 T., 2004/1204 E., 2004/5529 K.: “...Taraflar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. B.K.360.maddesi uyarınca yüklenici iş sahibinin ayrıca zarar 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 şekilde yapılması halinde demir levye kullanarak kapının açılıp açılmayacağını mümkün olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Tekniğine uygun yapılan bir kapının 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 durumu ve hayatın olağan akışına, dosyada mevcut delil durumuna ve hazırlık tahkikatındaki tespitlere göre davacının basiretli bir kişi olarak evinde tutabileceği vasatı altın miktarı belirlenip hüküm altına alınmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan çalınan eşyalara ilişkin talebin reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenlerle davacı yararına bozulması gerekmektedir...” (C.İ.P.).

³⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.74.

³⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s.213.

⁴⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.74; Şahiniz, **a.g.e.**, s.213; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.364-365. Yarg. 15. HD., 26.03.2012 T., 2012/872 E., 2012/1867 K.: “...Davalı yüklenici tarafından yapımı yüklenilen raf sisteminin işyeri duvarına hatalı olarak monte edildiği ve montaj yapılırken seçilen montaj elemanlarının delikli tuğla duvarı için uygun olmadığı ve işin ayıplı yapıldığı toplanan deliller ve dosya kapsamındaki bilirkişi raporlarının işin yapımına ilişkin bölümlerinin değerlendirmesi sonucu anlaşılmaktadır... Mahkemece yapılacak iş; hasar gördüğü ileri sürülen elektronik eşyaların zarar gördüğüne ilişkin davacının tüm ve davalının da karşı delillerinin toplanması ve inceleme konusu işi bilen elektronikçi bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla hasarlı elektronik eşyalar üzerinde inceleme yapılması ve ayrıca dava dilekçesinde dava edilen tazminatın miktarının ne miktarının kar kaybı, ne miktarının iş bedeli ve hasar gören elektronik eşya bedeli olduğu da davacı tarafa açıklattırılarak ve taleple bağlılık ilkesi de gözetilerek uyumsuzluğun çözümlenmesinden ibaret olmalıdır...” (C.İ.P.).

⁴¹ İyi cins malzeme ile kastedilen yapının sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olan malzeme olup lüks kalite malzeme olması şart değildir. Bkz.: Erman, **İnşaat**, s.41; Tandoğan,

etmekle yükümlüdür⁴² ve TBK m. 472/f.1'in özel düzenlemesi uyarınca, malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu tutulmuştur⁴³. Ancak malzemeyi iş sahibi sağlıyorsa ve ayıbın giderilmesi için de yeniden malzeme gerekiyorsa iş sahibi bunu vermesi gerektiği; ancak ayıp yüklenici ya da yardımcılarının kusuru sebebiyle meydana gelmişse, bu fazla malzeme için tazminat talep edebileceği, burada ayıp sonucu doğan zararın tazmini söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

Yüklenicinin veya onun yardımcı şahıslarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından doğan zararlar, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilmemektedir⁴⁵. Bu zararlar, TBK m. 116 hükmü çerçevesinde yükleniciden kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmin edilebilecektir⁴⁶. Benzer şekilde, yapının meydana getirilmesinde veya teslimindeki gecikme nedeniyle ortaya çıkan gecikme zararları, özen borcunun ihlali nedeniyle iş sahibinin malvarlığı veya şahıs varlığı değerleri üzerinde meydana gelen zararlar (örneğin, boyama işi esnasında binadaki çerçevelerin üzerinin kapatılmaması nedeniyle buralara sıçrayan kireçlerin temizlenmesi esnasında çerçevelerin çizilmesi gibi)⁴⁷, yapının kullanılma biçimi hakkında iş sahibinin aydınlatılmaması ve uyarılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlar, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar olarak kabul edilmemektedir⁴⁸.

Yapının ayıplı olmasının neden olduğu manevi zarar da ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda manevi zararın

a.g.e., s.106; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.332; Eren, **Müteahhidin Borçları**, s.69-70; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.539.

⁴² Tunçomağ, **a.g.e.**, s.997; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.539.

⁴³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.108; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.998; Gökyayla, **a.g.e.**, s.583.

⁴⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s.196.

⁴⁵ Şahiniz, **a.g.e.**, s.213-214; Öktem, **a.g.e.**, s.1963.

⁴⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s.125.

⁴⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.74-75; Seliçi, **a.g.e.**, s.182-183; Günel, **a.g.e.**, s.425.

⁴⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.74-75; Şahiniz, **a.g.e.**, s.214; Erman, **İnşaat**, s.157; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.365; Tandoğan, **a.g.e.**, s.204; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.299; Yener, **a.g.e.**, s.170-171; Turanboy, **a.g.e.**, s.177.

tazmini, TBK m. 114/f.2⁴⁹ atfıyla, TBK m. 56⁵⁰ veya m. 58⁵¹ şartları gerçekleşmiş ise talep edilebilecektir⁵².

V. Tazminat Hakkının Kullanımına İlişkin Şartlar

TBK m. 475/f.2'nin tazminat konusunda genel hükümlere atıf yapması sebebiyle ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakların kullanılabilmesi için aranan şartların, tazminat hakkının kullanılabilmesi için de aranıp aranmayacağı tartışmalı hale gelmiştir. Şöyle ki, 818 sy. BK m. 360 hükmüne dayanılarak talep edilecek olan tazminatın, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine uymak zorunda olacağı; bu nedenle seçimlik hakların kullanılmasına yönelik aranan genel şartların özellikle gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesi gerektiği savunulmaktaydı⁵³. Bu görüş hala savunulmaktaysa da bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre; 6098 sy. TBK m. 475/f.2 çerçevesinde genel hükümlere atıf yapılması sebebiyle artık madde kapsamında istenecek tazminatın gözden geçirme ve bildirim külfetlerine bağlı olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴. Bir diğer deyişle gelişmekte olan bu görüşe göre iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemiş olsa bile, ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararlarının (ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar ve ayıp zararları) tazminini talep edebilecektir⁵⁵.

Hükmün getirdiği diğer sonuç ise zamanaşımı bakımındandır. Ayıplı ifadan doğan tazminat taleplerinde, özel hükümler arasında yer alan ve özel ayıp zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 478 hükmü değil, genel hükümler arasında yer alan ve

⁴⁹ TBK m. 114/f.2: “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

⁵⁰ TBK m. 56: “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

⁵¹ TBK m. 58: “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”

⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s.205; Uçar, **Ayıp**, s.215.

⁵³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.205; Şenocak, **a.g.e.**, s.75; Selimoğlu, **a.g.e.**, s.165.

⁵⁴ Şahiniz, **a.g.e.**, s.207; Öz, **İnşaat**, s.221; Gümüş, **a.g.e.**, s.49; Alper Tanrıverdi, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.3, 2014, s.279; Duman, **a.g.e.**, s.863.

⁵⁵ Şahiniz, **a.g.e.**, s.207.

eser sözleşmesine ilişkin genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 147/b.6 hükmü uygulanacaktır. Bu hükümde zamanaşımı süresi beş yıl olarak belirlendiği için taşınmaz inşaatını konu alan eser sözleşmeleri açısından bir fark olmayacaktır. Taşınmaz inşaatını konu alan eser sözleşmelerinde TBK m. 478 hükmünün değil de TBK m. 147/b.6 hükmünün uygulama alanı bulmasının oluşturacağı en önemli fark, zamanaşımı süresinin uzunluğu değil, bu süreyi uzatan ya da kısaltan anlaşmaların TBK m. 148 hükmünce geçersiz olmasıdır. Bununla birlikte yüklenici ağır kusurlu ise kanunun amacı nazara alınarak TBK m. 478’de yer alan 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması uygun olacaktır⁵⁶.

Yasal süre içinde gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen iş sahibi, ayıplı ifa dolayısıyla kendisine tanınan seçimlik haklardan biri ile birlikte ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini de TBK m. 112 vd. hükümlerine göre talep ettiğinde, bu külfetler süresi içinde yerine getirilmediği için hakim, iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmasına ilişkin talebini reddedebilecektir. Ancak, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmeyen iş sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla uğradığı zararların tazminini talep edebileceğine yönelik gelişmekte olan görüş çerçevesinde hakim, iş sahibinin tazmin talebini kabul etmek durumunda kalacaktır. Bu nedenle birbiriyle bağlı olan bu iki talebin ileri sürülmesi, farklı şartlara tabi tutulmuş olacaktır. Bu ayırtırma durumu zamanaşımı açısından da geçerli olacak, seçimlik haklara ilişkin zamanaşımı süresi TBK m. 478 uyarınca, tazminata ilişkin zamanaşımı süresi ise yüklenicinin ağır kusurlu olması hali hariç olmak üzere TBK m. 147/b.6 uyarınca değerlendirmeye tabi tutulacaktır⁵⁷.

Yine iş sahibi, herhangi bir seçimlik hakkını kullanmaksızın, doğrudan doğruya ve yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep ettiğinde de aynı şekilde tazminat talebi, yukarıda yer verdiğimiz görüş çerçevesinde, yasal süreler içinde yerine getirilmesi gerekli olan gözden geçirme ve bildirim külfetine bağlı olmayacağı gibi, zamanaşımı bakımından da yüklenicinin ağır kusurlu olması hali hariç TBK m. 147/b.6 hükmüne tabi olacaktır⁵⁸.

⁵⁶ Şahiniz, **a.g.e.**, s.207; Öz, **İnşaat**, s.221; Yünlü, **a.g.e.**, s.113.

⁵⁷ Şahiniz, **a.g.e.**, s.208-209.

⁵⁸ Şahiniz, **a.g.e.**, s.209.

Yukarıda TBK m. 227 hükmü ile satış sözleşmeleri bakımından da alıcıya benzer seçimlik hakların tanındığı ve m. 227/f.2 ile de alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının saklı olduğunu ifade etmiştik. Satış sözleşmeleri ile eser sözleşmeleri arasındaki bu paralel düzenleme nazara alındığında, benzer tartışmaların satış sözleşmeleri bakımından da yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer bir deyişle, alıcının, diğer seçimlik hakları ile birlikte veya onlardan ayrı olarak TBK m. 227/f.2 hükmüne göre tazminat talep edebilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmek zorunda olup olmadığı ve tazminat talebinin TBK m. 231’de düzenlenen 2 yıllık zamanaşımı süresine mi yoksa TBK m. 146’da yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresine mi tabi olacağı tartışmalıdır. Çetiner, konuyu ikili bir ayırım yaparak incelemektedir. Yazara göre, sözleşmeden dönme halinde talep edilecek olan tazminat, TBK m. 229/f.2’de sözleşmeden dönme hakkının kullanımı ile aynı hüküm ve koşullara tabi tutulduğu için alıcının, ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi halinde de bildirim koşulunun aranması ve tazminat talebinin 2 yıllık zamanaşımına tabi tutulması gerekmektedir. Diğer taraftan alıcı, ayıplı edimi uhdesinde tutarak ayıplı ifa nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini talep eder ya da ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isterse bu durumda talebinin, genel hükümlere göre, yani herhangi bir bildirim şartı aranmadan ve TBK m. 146’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresi nazara alınarak değerlendirilmesi gerekecektir⁵⁹.

İspat noktasında ise iş sahibinin, malvarlığında ortaya çıkan azalmaları⁶⁰, zarar verici davranışı ve aradaki uygun nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir. Bununla birlikte, iş sahibinin seçimlik haklarından herhangi birini kullanması için yüklenicinin

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çetiner, **Yarar ve Hasarın İntikali**, s.111.

⁶⁰ Yarg. 15. HD., 14.03.2016 T., 2015/2936 E., 2016/1593 K.: “... Eser sözleşmelerinde eserin kusurlu olması halinde iş sahibinin haklarını düzenleyen maddede, ayıpların önemsiz olması halinde, ayıbın giderilme bedeli yanında ayıp nedeniyle uğranılan zarar ve ziyan isteyebileceği düzenlemesi bulunmaktadır (BK’nın 360/II). Benzer düzenleme 6098 sayılı TBK’nın 475. maddesinde de düzenlenmiş ve madde gerekçesinde de metinde düzeltme ve arılaştırma dışında, hüküm değişikliği olmadığı belirtilmiştir. Ne var ki, zararın somut olarak kanıtlanması da gerekmektedir. TMK’nın 6. maddesi uyarınca aksine bir hüküm bulunmadığından davacı iş sahibinin ayıp nedeniyle kira kaybı oluştuğunu kanıtlaması zorunludur. Davacı vekili kira kaybı oluştuğunu ileri sürmüştü de, bu hususa ilişkin iddiasını kanıtlayamamıştır. Somut olayda okul binası olarak kullanılan yerde kira kaybının oluştuğu veya bu nedenle kira bedeli ödendiği somut delillerle kanıtlanmadığından bilirkişi raporunun afaki hesabıyla bağlı kalınarak istemin kabulü doğru olmamıştır. Bu nedenle işsahibinin kira kaybı isteminin tümüyle reddi gerekmektedir...” (C.İ.P.).

kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Ancak, iş sahibinin bu seçimlik haklardan biri ile birlikte veya ayrı olarak ileri sürebileceği TBK m. 475/f.2’de yer alan tazminat talebi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir⁶¹. Yüklenicinin kusuru, sözleşmeyle kararlaştırılan kalite tedbirleri temininin yerine getirilmemesi, eserin meydana getirilmesinde tekniğin genel kabul görmüş kurallarına riayet edilmemesi şeklinde bir özensizlik sonucunda da meydana gelmiş olabilir⁶². TBK m. 112 hükmüne göre kusursuz olduğunu ispatlaması gereken yüklenicidir⁶³ ve yüklenici ancak bu suretle sorumluluktan kurtulabilecektir. İş sahibinin, yüklenicinin kusurunu ispat etmesi gerekmez. Yüklenici, kusursuz olduğunun ispatında, ücretin az olduğunu veya yeteneğinin ancak bu kadarını yapmaya elverdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶⁴.

Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması veya bilgisini gerektiği biçimde kullanmaması, uzmanlığı olmamasına rağmen uzmanlık gerektiren bir işi üstlenmesi ve bu konuda bir uzmandan yardım alınmaması, uzmanlığını tümüyle esere vermemesi, gerekli koruma önlemlerini almaması, gerekli konularda iş sahibinin uyarıp aydınlatmaması, özen yükümüne aykırı davranması, dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi gibi durumlarda yüklenici kusurlu kabul edilecektir⁶⁵.

⁶¹ Şahin, **a.g.e.**, s.210; Şenocak, **a.g.e.**, s.68; Erman, **İnşaat**, s.157; Öz, **İnşaat**, s.211; Büyükcay, **a.g.e.**, s.142; Seliçi, **a.g.e.**, s.184-185; Günel, **a.g.e.**, s.425; Öktem, **a.g.e.**, s.1963; Yener, **a.g.e.**, s.170. Yarg. 15. HD., 18.02.2014 T., 2013/2013 E., 2014/1055 K.: “...Davacı, davalı yüklenicinin kendisine ait evin çatı onarımını ayıplı yapması nedeniyle çatının uçtuğunu ve dava dışı 3. şahsa ait araca zarar verdiğini iddia ederek, çatı hasarı ve araç bedelini talep etmektedir... O halde mahkemece yapılacak iş; 818 Sayılı BK’nın 360. maddesi gereğince davalı yüklenici tarafından tamir edilen çatının ayıplı olup olmadığı, bir başka deyişle yüklenicinin edimini ayıplı ifa edip etmediği 6100 Sayılı HMK’nın 266 ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun oluşturulacak teknik bilirkişi heyetinden rapor alınmak suretiyle belirlenmesi, alınacak raporda ayıplı ifanın söz konusu olduğunun belirlenmesi halinde oluşan zararın ayıplı ifadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, bir başka deyişle illiyet bağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi, illiyet bağının varlığının da belirlenmesi halinde araç hasarı ve çatı hasarı yönünden bilirkişi değerlendirmesinde belirlenecek miktara göre davanın sonuçlandırılması gerekir...” (C:İ.P.).

⁶² Şenocak, **a.g.e.**, s.68; Şahin, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s.150.

⁶³ Şahin, **a.g.e.**, s.210; Şenocak, **a.g.e.**, s.68; Erman, **İnşaat**, s.158; Tandoğan, **a.g.e.**, s.205; Seliçi, **a.g.e.**, s.185; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s.300; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.1035; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s.463; Öktem, **a.g.e.**, s.1963; Turanboy, **a.g.e.**, s.178.

⁶⁴ Duman, **a.g.e.**, s.864.

⁶⁵ Duman, **a.g.e.**, s.864.

Doktrinde bir görüşe göre⁶⁶, herhangi bir ayırım yapmadan uğranılan tüm zararların tazmini için yüklenicinin kusurlu olmasını aramak, kimi zaman hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Eserdeki bozukluğun iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili/doğrudan zararlarda yüklenicinin bir kusuru olup olmadığına bakılmaksızın iş sahibinin zararı karşılanmalıdır. Örneğin, bozuk olarak onarılan bir tırmanma kayışı, iş sahibinin sakatlanmasına yol açıyor ise kusur araştırması yapılmaksızın zarar tazmin edilmelidir. Nitekim sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenici, bu tür durumları önceden öngörebilmeli ve gerekli önlemleri almalıdır. Bu, kendisinden beklenebilir bir davranıştır. Buna aykırı davranan yüklenici, zararın ortaya çıkmasında kusuru olmasa dahi ortaya çıkan zararı tazmin etmelidir. Dolaylı zararda ise tazmin için yüklenicinin kusurunun varlığı aranabilir. Yüklenici, kusurlu davranışı ile bir tazminat alacağının doğmasına neden olursa uygun nedensellik bağının varlığı halinde bunu tazminle yükümlüdür.

Seliçi'ye göre⁶⁷, inşaat işlerinde yüklenicinin sorumluluktan kurtulması diğer eser sözleşmelerine göre daha zordur. Özellikle, inşaattaki kusur, yapı tekniği kurallarına aykırılık dolayısıyla ortaya çıkar ise bu, mesleki kusur anlamına gelir ve bu durumda yüklenici, yapı tekniği kurallarını bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Başka bir bakış açısıyla eğer yüklenici, kendi yetenek ve imkanlarını aşan bir işi üstlenmiş ise bu da ayrıca başlı başına bir kusurdur ve bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması kabul edilebilir değildir. Ancak, yüklenici, kendisine verilen plan ve projelere uygun olarak ve de iş sahibince belirlenen, o işte uzman bir kişinin talimatına dayanarak işi yapmışsa yapıdaki ayıpta kusuru söz konusu olmaz; yüklenici, ayıbın kendisinden daha uzman kişilerce anlaşılabilceğini düşünerek onların talimatına uymakta haklıdır ve bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir.

Eğer zararın meydana gelmesinde iş sahibinin de kusuru olduğu söylenebiliyor ise yani müterafik (ortak) kusur var ise bu durumda öncelikle tarafların kusur oranı

⁶⁶ Duman, **a.g.e.**, s.865.

⁶⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s.185-186.

tespit edilecektir. Tazminat miktarı da taraflara düşen kusur oranları çerçevesinde belirlenecektir⁶⁸.



⁶⁸ Yarg. 15. HD., 04.07.1989 T., 1989/4668 E., 1989/3242 K.: “... Davalı idare, gerek inşaat yerinin seçiminde ve gerekse projelerde üstüne düşen dikkat ve hassasiyeti göstermediği gibi, davacı yüklenici de, bu hususları bile bile ikaz görevini yerine getirmeden inşaatı yapmış olması sebebiyle kusurludur. Dosyadaki tespit raporu ile yüklenicinin olaydaki kusurunun 5/8 olduğu ehil bilirkişiler tarafından belirtilmiş olmasına göre, mahkeme, davacı yüklenicinin, olaydaki kusur oranını göz önünde tutarak alacağını tespit etmesi ve buna hükmetmesi gerekirken bu hususları göz ardı ederek, yazılı şekilde hüküm kurması yasaya aykırıdır...” (C.İ.P.).

SONUÇ

İnşaat sözleşmeleri, bu isim altında kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak inşaat yapımı, Türk Borçlar Hukuku anlamında eser yapımı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle inşaat sözleşmelerine, Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ile 486. Maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmeleri niteliğinde olup Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde incelenmektedir.

İnşaat sözleşmeleri, hukuki niteliği itibari ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşme kapsamında yüklenici, taraflar arasında kararlaştırılan niteliklere uygun, ayıpsız bir yapı meydana getirmek ve bunu teslim etmekle yükümlü iken iş sahibi, belirlenen bedeli yükleniciye ödeme borcu altına girer.

Yükleniciyi, ayıplı ifadan dolayı sorumlu tutabilmek için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki; yapının tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır. Teslim ayrıca, yüklenicinin inşaat sözleşmeleri çerçevesinde nihai borcunu da oluşturmaktadır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir şekilde yüklenicinin teslim borcu düzenlenmemişse de eserin tesliminden söz eden birçok madde kanun koyucunun zımni olarak bu borcu kabul ettiğini göstermektedir. Taraflar arasında teslimin hangi şartlarla yapılacağına dair düzenleme yapılmış olabilir. Uygulamada çoğunlukla teslimin iskan şartına bağlı tutulduğu görülmektedir. Eğer yapı, iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ise yapının tamamlandığının açık ya da örtülü olarak iş sahibine bildirilmesi ile teslim borcu ifa edilmiş kabul edilir. Yapının yüklenicinin arsası üzerine yapılması halinde ise taşınmazın tamamı ya da iş sahibine düşen payının tapuda iş sahibi adına tescili ile teslim ifa edilmiş kabul edilecektir. İnşaat sözleşmesi neticesinde ortaya çıkan şey, bir taşınmaz olduğundan teslim borcunun ifa yeri de taşınmazın bulunduğu yer olarak tespit edilmektedir. Teslimin belirlenen zamanda gerçekleşmemesi halinde ise yüklenicinin temerrüdü gündeme gelecektir. Teslimin çalışmamız açısından en önemli sonucu ise yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğuna ilişkindir. Nitekim teslim ile iş sahibinin gözden geçirme ve

bildirim külfetleri doğmakta ve ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için riayet etmesi gereken zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.

Yükleniciyi, ayıplı ifadan dolayı sorumlu tutabilmek için ikinci şart ise, yapının ayıplı olmasıdır. Ayıp, yapının sözleşmeyle belirlenen veya dürüstlük kuralına göre taşınması gereken nitelikleri taşınamaması halidir. Yani ayıplı yapıdaki mevcut özellikler, olması gerekenden farklıdır ya da yapının sahip olması gereken özellikler yapıda hiç bulunmamaktadır. Yapının taşınması gereken özelliklerin neler olduğu öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi yapının, kullanım amacına göre dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken özellikleri taşınamaması hali de ayıp olarak değerlendirilecektir.

Yükleniciyi, ayıplı ifadan dolayı sorumlu tutabilmek için üçüncü şartı ise, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken gözden geçirme ve bildirim külfeti oluşturmaktadır. İş sahibi, yapının tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz yapıyı gözden geçirmek ve ayıp var ise bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Bildirimin amacı, yapıdaki ayıplar konusunda yükleniciyi uyarmak ve yapının bu hali ile kabul edilmediğini ifade etmektir. Bu nedenle iş sahibi bildirimde, “yapıyı hiç beğenmedim”, “güzel olmamış” gibi hoşnutsuzluk bildiren ifadeler yerine tespit ettiği ayıpları net bir şekilde yükleniciye iletmelidir. Ayıp bildirimini herhangi bir şekle tabi değildir ve sözlü olarak yapılması, tanık ile ispatlanması mümkündür. Ancak inşaat sözleşmelerindeki maliyetler nazara alındığında bildirimin ispatı açısından ileride problem yaşamamak adına yazılı şekilde yapılması önerilmektedir. Normal şartlar altında ne iş sahibi ne de yüklenicinin yapıyı uzmana incelettirmek zorunluluğu olmasa da kanun koyucu taraflara, yapının resmi bilirkişiler tarafından gözden geçirilerek sonuçların bir raporla belirlenmesini talep etme hakkı tanımıştır.

Gözden geçirmenin kapsamına yalnızca olağan bir gözden geçirme ile fark edilebilecek nitelikte olan açık ayıplar girmektedir. Ancak gerek açık ayıp gerekse daha sonradan ortaya çıkan ve başlangıçta olağan bir inceleme ile fark edilmesi mümkün olmayan gizli ayıplar için bildirim külfeti devam etmektedir. İş sahibi gizli ayıpları ortaya çıkar çıkmaz derhal yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Yüklenici

tarafından kasten gizlenen ayıplar açısından ise doktrinde gözden geçirme ve bildirim külfeti bulunmadığı, iş sahibinin yüklenici tarafından kasten gizlenen bir ayıbı bildirmedi diye kötü niyetli yüklenicinin korunmasının dürüstlük kuralına uygun olmadığı ifade edilmektedir. Gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen iş sahibi, ayıplı yapıyı bu haliyle kabul etmiş sayılacak ve ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını kaybetmiş olacaktır.

Yüklenicinin ayıplı ifadan dolayı sorumlu tutulabilmesi için sayılan şartların gerçekleşmiş olması tek başına yeterli değildir. Yapının iş sahibi tarafından herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul edilmesi ve ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir nedenden kaynaklanması hallerinde yüklenici sorumluluktan kurutulmuş olacaktır.

Ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir nedenden kaynaklanması haline, özellikle ayıbın iş sahibinin verdiği talimatlardan doğması durumunda rastlanılmaktadır. İş sahibi, yapının meydana getirilmesinde yükleniciye emir ve talimatlar verebilir, malzeme, plan, proje, araç, gereç temin edebilir. İş sahibinin bağlayıcı nitelikteki bu talimatlarının yükleniciyi sorumluluktan kurtarabilmesi için yüklenicinin açık bir ihtarla iş sahibini uyarması gerekmektedir. Ancak özellikle talimatlar, iş sahibini yetkilendirdiği mimar, mühendis gibi uzman kişiler tarafından verilmiş ve açık olarak yapı tekniğine aykırılık yok ise yüklenicinin ayrıca bir inceleme yaparak bildirimde bulunması beklenemeyecektir. Yani yüklenici, talimatın yanlışlığını bilmediği gibi bilebilecek durumda da değilse yüklenicinin sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. Yüklenici ve iş sahibinin ortak kusurlu olması hali saklıdır. Bu durumda TBK m. 52 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

İş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanmasını engelleyen bir diğer hal ise zamanaşımı süresinin aşılmış olmasıdır. İş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması şartıyla ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını ayıplı taşınmaz yapının tesliminden itibaren 5 yıl içinde kullanmalıdır. Ancak ayıplar, yüklenicinin ağır kusurundan kaynaklanıyor ise zamanaşımı süresi 20 yıl olarak kabul edilmektedir.

İş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından ilki sözleşmeden dönme hakkıdır. Ancak bu hak kanunen sınırlamaya tabi tutulmuş ve yalnızca yapının, iş

sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması halinde sözleşmeden dönülebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yapı, iş sahibinin arsasına yapılmış ve yıkılıp kaldırılması aşırı zarara yol açacaksa sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. İş sahibinin diğer seçimlik hakkı ise ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkıdır. Yapı, sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak kadar önemli derecede ayıplı olmaz ise ya da iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmemiş ise iş sahibi ayıp yüzünden yapıdaki değer eksikliği oranında bedelden indirim yapılmasını da talep edebilecektir. Sözleşmeden dönme ve ayıp oranında bedelden indirim isteme hakları yenilik doğurucu hak niteliğinde olup kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır.

Çalışmamızın ana inceleme konularından birini oluşturan ayıbın ücretsiz olarak giderilmesini isteme hakkı ise iş sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından sonuncusudur. Diğer seçimlik haklar için de öngörüldüğü üzere bu hakkın kullanılabilmesi için de yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Bu hakkın hukuki niteliği açısından doktrinde yenilik doğurucu hak ya da yüklenicinin ayıpsız yapı meydana getirmesine ilişkin asli borcunun devamı niteliğinde alacak hakkı olduğu noktasında tartışmalar bulunmaktaysa da bu tartışmalar aslında daha çok kuramsaldır. Nitekim her iki görüşe göre de yüklenicinin ayıbı giderme borcunda temerrüde düşmesi veya borcun yerine getirilmesinin objektif olarak imkansızlaşması ya da yüklenicinin tüm çabalarına karşı ayıbın giderilememiş olması halinde iş sahibinin, diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir.

İş sahibi tarafından ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılabilmesi için genel şartların sağlanmış olmasının yanı sıra ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve aşırı masraf gerektirmemesi gerektirmektedir. Masrafın aşırı olup olmadığı belirlenirken ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile bu giderimin muhtemel masrafları dikkate alınacaktır. Eğer iş sahibine sağlanacak olan yarar ile yüklenicinin yapacağı masraf arasında orantısız bir ilişki oluşur ise masrafın aşırı olduğu kabul edilecektir. Yüklenicinin kayıtsız şartsız ayıbın giderilmesini taahhüt etmiş olması, belirli nitelikleri açıkça garanti etmiş olması, ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektireceğine dair itirazının dürüstlük kuralına aykırı

olması hallerinde masrafların aşırı olup olmadığının incelenmeyeceği kabul edilmektedir.

Ayıbın giderim masraflarının yüklenici tarafından karşılanacağı kural olmakla birlikte bu halin istisnaları bulunmaktadır. İş sahibinin ortak kusuru olması, ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olması halinde aşırılığı kaldırarak kısmi iş sahibinin üstlenmesi, yapı başlangıçta ayıpsız olarak yapılmış olsaydı iş sahibine ait olacak masraflar ve son olarak iş sahibinin ayıbın giderilmesi sonucu elde ettiği yararların masraflardan mahsup edilmesi gereken durumlar bu kuralın istisnaları olarak kabul edilmektedir.

Ayıbı giderme süresi dolup ayıbı giderilmiş şekilde yapıyı teslim etme borcu muaccel olduğunda yüklenici, ayıbı giderme çalışmalarını tamamlayamamış ya da yapıyı teslim edememiş ise iş sahibi yükleniciyi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlere göre temerrüde düşürebilecek ve TBK m. 125'te yer alan seçimlik haklarını (ayıp halinde sözleşmeden dönmeye ilişkin sınırlama saklı kalmak kaydı ile) kullanabilecektir. İş sahibi ayrıca TBK m. 125'teki seçimlik haklardan birini kullanmayarak ayıplı ifa halinde seçimlik hakkı olan ayıp oranında bedelden indirim isteme seçimlik hakkını da kullanabilecektir. Tüm bunların yanı sıra hem yapının meydana getirilmesi esnasında hem de ayıbın giderilmesi işlemleri esnasında, eğer yapının ayıplı olacağı teslimden önceki bir vakitte kesin bir şekilde öngörülebiliyorsa iş sahibi, yükleniciye ayıbın giderilmesi için uygun bir süre vererek ayıbın giderilmesini, aksi halde işin veya ayıbın giderilmesinin, masrafları yükleniciye ait olmak üzere üçüncü kişiye verileceğini ihtar edebilir. Verilen sürede ayıp giderilmez ise iş sahibi, masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi bir başkasına yaptırabilecektir.

TBK m. 479/f.1 uyarınca sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yok ise iş sahibinin bedel ödeme borcu, teslim ile birlikte muacceliyet kazanmaktadır. Kendisine ayıplı bir eser teslim edilmiş olan iş sahibi, henüz ücret ödeme borcunu yerine getirmemiş ise TBK m. 97 hükmü gereğince ödemezlik def'i ileri sürebilecektir. Ancak bu def'inin ne zaman ve borcun ne kadarlık kısmı için ileri sürülebileceği, ayıp

sonucu ortaya çıkan zararın tazmini borcuna karşılık olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Son olarak iş sahibi, seçimlik haklarının yanında veya onlardan ayrı olarak genel hükümlere tazminat talebinde de bulunabilecektir. Tazminat talep edebilmek için yüklenicinin kusuru gerekmektedir. Tazminatın kapsamı ile ilgili doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, iş sahibinin yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zararını talep edebileceği savunulmaktayken bir başka görüşe göre, iş sahibinin ayıp sonucu zararın yanında ayıp zararının da tazminini talep edebileceği ileri sürülmektedir. Yine genel hükümlere göre tazminat talebinin, seçimlik hakların yerini alacak şekilde kullanıp kullanamayacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle 6098 s. TBK düzenlemesi çerçevesinde tazminatın, ayıp zararını da kapsar şekilde talep edileceği ve yine seçimlik hakların yerini almak üzere de talep edilebileceği görüşü gelişmektedir. Tabi ki bu noktada iş sahibinin tazminat talebi, seçimlik hakları kullanıp kullanmadığı nazara alınarak tespit edilecektir.

TBK düzenlemesi çerçevesinde tazminat talebi için genel hükümlere atıf yapıldığından maddenin yol açtığı bir diğer tartışma ise iş sahibinin, seçimlik hakların kullanılması için yerine getirmekle yükümlü olduğu gözden geçirme ve bildirim şartlarının, tazminat hakkının kullanılabilmesi için de aranıp aranmayacağı noktasındadır. Genel hükümlere atıf yapılması dolayısıyla bir görüşe göre iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmese ve bu nedenle ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarını kullanamasa dahi genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilecektir. Diğer görüş ise tazminat hakkının kullanılabilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması şartını aramaktadır.

Tazminat hakkının tabi olduğu zamanaşımı konusu da önem arz etmektedir. Madde, genel hükümlere göre tazminat istenebileceği şeklinde düzenlendiği için zamanaşımı süresinin belirlenmesinde özel hüküm olan TBK m. 478 hükmü değil, TBK m. 147/b.6 hükmünün uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Ancak TBK m. 147/b.6 hükmünde de zamanaşımı süresi 5 yıl olarak belirlendiğinden, taşınmaz inşaatını konu alan inşaat sözleşmeleri bakımından fark olmayacaktır. TBK m. 147/b.6 hükmünün uygulanmasının getireceği en önemli fark ise TBK m. 148 gereğince bu

süreyi uzatan ya da kısaltan anlaşmaların geçersiz olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, yüklenicinin ağır kusuru halinde 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, bunun kanunun ruhuna daha uygun olduğu kabul edilmektedir.



KAYNAKÇA

Akkanat, Halil:

“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 63-76.

Aksoy Dursun, Sanem:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadan Farkları”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011, s. 1841860.

Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı:

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Ardıç, Azmi:

“Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Arpacı, Abdülkadir:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 573-599.

- Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Aydemir, Efrail: **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Haziran, 2016.
- Aydıncık, Şirin: **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Bilgin Yüce, Melek: “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 383-420. (Ayıp)
- Bilgin Yüce, Melek: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Pratik Çalışmaları**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015. (Pratik Çalışmalar)
- Bucher, Eugen, Vedat Buz: “Mağdur Edilen Alıcı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 145-178.
- Burcuoğlu, Haluk: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması

- Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, s. 283-331.
- Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Büyükkay, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Canbolat, Ferhat: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Çetiner, Bilgehan: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S.58, 2007, s. 3139-3152.
- Çetiner, Bilgehan: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 97-113. (Yarar ve Hasarın İntikali)
- Çetiner, Bilgehan: “Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları”, **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, 1. Baskı, İstanbul, On

İki Levha Yayıncılık, Eylül, 2015, s. 97-135.
(Gelir Paylaşımı)

Dayınlarlı, Kemal:

İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.

Duman, İlker Hasan:

İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda:

“Türk Borçlar Kanunu’na Göre Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145, Eylül, 2016, s. 947-971.

Edis, Seyfullah:

Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963.

Eren, Fikret:

“İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s. 59-86. (Müteahhidin Borçları)

Eren, Fikret:

“İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1996, s. 87-103.

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2010. (İnşaat)
- Erman, Hasan: “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **İÜHFM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 505-517.
- Erman, Hasan: **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, Der Yayınları, C. 1, 2012. (Hukuki Mütalaalar)
- Filinte, Nurettin, Duygu Pişkinpaşa: “Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84, S. 3, 2010, s. 1477-1499.
- Gökyayla, Emre: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 579-596.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Vekâlet, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefaret ve Garanti)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Gümüşsoy Karakurt, Güler:

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Günel, Mustafa Cahit:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 411-435.

Kanber, Kemal:

“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, Y. 54, 1997, s. 36-47.

Kaplan, İbrahim:

İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kara, Doğan:

“İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, 2018/1, s. 483-530.

Karadaş, İzzet:

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Kazğurt, Ahmet:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, Aralık, 2014, s. 275-284.

Kırmızı, Mustafa:

Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Mayıs, 2018.

Kocaağa, Köksal:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 85, 2009, s. 86-104. (İlave)

Kocaağa, Köksal:

“Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 2004, s. 177-201. (Ayıp)

Kocaağa, Köksal:

İnşaat Sözleşmesi, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014. (İnşaat)

Kurşat, Zekeriya:

“Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İÜHFM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 143-166.

Kurt, Leyla Müjde:

Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre), Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Öktem, Seda:

“Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 5, 2006, s. 1947-1965.

Öz, M. Turgut:

İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 3. Basım, Vedat Kitapçılık, 2016. (İnşaat)

Öz, M. Turgut:

İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. (Dönme)

Özcan, Zeynep:

Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Özdemir, Hayrunnisa:

Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Rona, Serozan:

Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975.

- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Selimoğlu, Yaşar Engin: **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, 4. Basım, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Sütçü, Nezih: **Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, C. 1, 6. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Şahin, Turan: “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2011, s. 135-157. (Ayıba Karşı Tekeffül)
- Şahin, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012. (Temerrüt)
- Şahiniz, Cevdet Salih: **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Şenocak, Zarife: **Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş**

Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tanrıverdi, Alper:

“Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.3, 2014, s. 266-281.

Tekinay, Selahattin Sulhi,
Sermet Akman,
Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop,
Kenan Tunçomağ:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.

Turanboy, Asuman:

“Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1889-1890, s. 151-189.

Uçar, Ayhan:

“İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, 1997, s. 31-67. (Karşılaştırma)

Uçar, Ayhan:

İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003. (Ayıp)

Uçar, Ayhan: “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 513-555. (Teslim)

Uygur, Turgut: **İnşaat Hukuku: Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, t.y.

Ürem, Müge: **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme (Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Geciktirmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK M. 473/I))**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim, 2017.

Yavuz, Cevdet,
Faruk Acar, Burak Özen: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

Yavuz, Nihat: **Ayıplı İfa**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Yener, Mehmet Deniz: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1, Kayseri, Haziran-2009, s. 155-176.

Yücedağ, Nafiye:

Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı (TBK ve CISG Uyarınca), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yücer Aktürk, İpek:

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

Yünlü, Semih:

“Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi”, **YYÜHFD**, C. 1, S. 3, 2014, s. 103-115.

Zevkliler, Aydın,
K. Emre Gökyayla:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.

Elektronik Kaynaklar:

<https://www.corpus.com.tr>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>