ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞSAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Tolga Olacak
181102106

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Müge Ürem

İstanbul
T.C. Maltepe Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Mayıs, 2022

ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞSAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Tolga Olacak
181102106
ORCID: 0000-0002-3656-1761

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Müge Ürem

İstanbul
T.C. Maltepe Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Mayıs, 2022



JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Bu belge, Yükseköğretim Kurulu tarafından 19.01.2021 tarihli *"Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge"* ile bildirilen 6689 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında gizlenmiştir.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYUM BEYANI

Bu belge, Yükseköğretim Kurulu tarafından 19.01.2021 tarihli *"Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge"* ile bildirilen 6689 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında gizlenmiştir.

TEŞEKKÜR

Tez konusu seçilmesinde, incelenmesinde ve yazılması sırasında bana destek olan kıymetli görüş, tavsiye, eleştirilerini ve yardımlarını esirgemeyen sevgili teyzem Hakim Gülay Öztürk'e tezin değerlendirmesini yapan sayın jüri üyelerine, yine bu çalışmam sırasında bana yardım eden desteğini esirgemeyen tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Müge Ürem' e ve çalışmam sırasında bana yardımcı tüm Maltepe Üniversitesi çalışanlarına teşekkürü borç bilirim.

Ayrıca sadece bu çalışma sürecinde değil tüm hayatım boyunca benden hiçbir zaman maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen tüm aile fertlerime, arkadaşlarıma özellikle de sabır ve inancıyla her daim yanımda olan sevgili annem ve meslek büyüğüm olan Avukat Tülay Olacak'a sonsuz teşekkür ederim.

Tolga Olacak

Mayıs, 2022

ÖZ

ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞSAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Tolga Olacak
Yüksek Lisans Tezi
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Müge Ürem
Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022

Çalışmamızın konusu günlük yaşamımızda bilerek ya da bilmeyerek geniş bir uygulama alanı olan eser sözleşmesinde ayıplı ifa nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının şartları ve sonuçlarıdır. Konu incelenirken mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yapılan değişiklikler ilgili bölümlerde karşılaştırılarak öğretideki görüşler ve Yargıtay uygulaması birlikte değerlendirilmiştir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi genel hatlarıyla incelenmiştir. İkinci bölümde bu sözleşmede ayıp kavramı ile işsahibinin seçimlik hakları konusunda açıklamalar yapılmıştır. Üçüncü bölümde ise, işsahibinin ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönmesinin genel ve özel koşulları, sözleşmeden dönmenin hukuki niteliği, kullanılma şekli bu hakkın kullanılması sonucu tasfiyenin yapılış şekli, tasfiye aşamasında işsahibinin ve yüklenicinin yükümlülükleri ile işsahibinin uğradığı zararın tazminini isteme ve cezai şartın durumu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, ayıp, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı.

ABSTRACT

JOB OWNER'S RIGHT TO RESCIND THE CONTRACT DUE TO DEFECT IN THE WORK

Tolga Olacak
Master's Thesis
Main Branch Of Private Law
Prıvate Law Master's Program Wıth Thesıs
Thesis Advisor: Dr. Lecturer Müge Ürem
Maltepe University Graduate School, 2022

The subject of our study is the conditions and consequences of the job owner's right to rescind the contract due to defective performance in the contract of work, which is a wide application area in our daily life, knowingly or unknowingly. While examining the subject, the amendments made in the abrogated Code of Obligations No. 818 with the Turkish Code of Obligations No. 6098 were compared in the relevant sections, and the views in the doctrine and the practice of the Supreme Court were evaluated together.

In the first part of this study, the contract of work has been examinedin general terms. In the second part, the concept of defect and the optional rights of the job owner due to this contract. In the third part, the general and special conditions of the job owner's rescission of the contract due to defective performance, the legal character of the rescission, the way in which this right is exercised, the method of liquidation as a result of the exercise of this right, the obligations of the employer and the contractor during the liquidation phase, the demand for compensation of the damage suffered by the job owner and the situation of the penalty clause are examined.

Key Words: Work Contract, defect, job owner's right of rescission.

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ..... **ii**
ETİK İLKE VE KURALLARA UYUM BEYANI ..... **iii**
TEŞEKKÜR ..... **iv**
ÖZ ..... **v**
ABSTRACT ..... **vi**
İÇİNDEKİLER ..... **vii**
KISALTMALAR ..... **x**
ÖZGEÇMİŞ ..... **xii**
BÖLÜM 1.GİRİŞ ..... **xiii**
BÖLÜM 2. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ **1**
2.1.Eser Sözleşmesinin Tanımı **1**
2.2.Eser Sözleşmesinin Unsurları **2**
2.2.1.Genel Olarak 2
2.2.2.Eser Sözleşmesinde Objektif Esaslı Noktalar 2
2.2.2.1.Bir Eser Meydana Getirme 3
2.2.2.1.1.Eser Kavramı 3
2.2.2.1.2.Eser Meydana Getirme 6
2.2.2.2.Bedel Ödeme Taahhüdü 8
2.2.2.3.Taraflar Arasında Anlaşma 12
2.2.3.Eser Sözleşmesinde Subjektif Esaslı Noktalar 13
2.2.4.Eser Sözleşmesinde İkinci Derecedeki Yan Noktalar 14
2.3. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği **15**
2.3.1.Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir 15
2.3.2.Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir. 16
2.3.3.Eser Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir. 16
2.3.4.Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir. 18
BÖLÜM 3. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, İŞSAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI **19**
3.1. Eser Sözleşmesinde Ayıp Kavramı Ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması **19**
3.1.1.Genel Olarak Ayıp Kavramı 19
3.1.2.Ayıbın Çeşitleri 22
3.1.2.1.Açık Ayıp- Gizli Ayıp 23

3.1.2.2.Önemli Ayıp- Daha Az Önemli Ayıp 25
3.1.2.3.Maddi Ayıp - Hukuki Ayıp 25
3.1.2.4.Ekonomik Ayıp 26
3.1.2.5.Asli Ayıp- İkincil Ayıp 26
3.1.3.Benzer Kavramlarla Karşılaştırma 27
3.1.3.1.Ayıp-Eksik İş 27
3.1.3.2.Ayıp-Aliud 29
3.2. İş Sahibinin Seçimlik Hakları 31
3.2.1.Sözleşmeden Dönme Hakkı 33
3.2.2.Eseri Alıkoyup Ayıp Oranında Bedelden İndirim İsteme Hakkı 34
3.2.3.Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı 36
3.2.4.İşsahibinin Ayıplı İmalat Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı 39
BÖLÜM 4. SÖZLEŞMEDEN DÖNME, KOŞULLARI VE SONUÇLARI 42
4.1.Eser Sözleşmesinde Ayıplı İmalat Nedeniyle İşsahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Koşulları 42
4.1.1.Maddi Koşullar 42
4.1.1.1.Eserin Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmesi 42
4.1.1.2.Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması 47
4.1.1.3.İşsahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması 51
4.1.1.4. Eserin Ayıplı Olmasının İşsahibinden Kaynaklanmamış Olması 52
4.1.2. Şekli Koşullar 55
4.1.2.1.İş Sahibinin Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetini Yerine Getirmiş Olması 55
4.1.2.1.1.Gözden geçirme 55
4.1.2.1.2.Ayıp Bildirimi 56
4.1.2.1.3.Garanti Şartı 59
4.1.2.1.4.Yüklenici Tarafından Teminat Gösterilmesi 61
4.1.2.2.Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması 62
4.1.3. Özel Koşullar 65
4.1.3.1. Sözleşmeden Dönme Dışındaki Seçimlik Haklara Başvurulmamış Olması 65
4.1.3.2.Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Bir Neden Bulunmaması 65
4.1.3.3.İşsahibinin Taşınmazında Yapılan İşlerde Eserin Kaldırılması Veya Yıkılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmayacak Olması 67
4.2. Genel Olarak Dönme Kavramı 69
4.2.1.Sözleşmeden Dönmenin Borçlara Etkisini Açıklayan Teoriler 73

4.2.1.1.Klasik Dönme Teorisi 73
4.2.1.2.Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi 74
4.2.1.3.Ayni Etkili Dönme Teorisi (İstihkak Teorisi) 75
4.2.1.4. Yasal Borç İlişkisi Teorisi 75
4.2.2.Benzer Kavramlarla Karşılaştırma 76
4.2.2.1.Dönme-Fesih Ayırımı 76
4.2.2.2.Dönme- İptal Ayırımı 77
4.2.2.3.Yargıtay Uygulaması 78
4.2.2.4.Sözleşmeden Dönmeyi Açıklayan Teoriler Hakkındaki Görüşümüz 79
4.2.3.Ayıplı İmalat Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönmenin Sonuçları 83
4.2.3.1.Sözleşmeden Dönme Tarihinde ifa Edilmemiş Edimlerin Sona Ermesi 83
4.2.3.2.Sözleşmeden Dönme Tarihine Kadar İfa Edilmiş Edimlerin Geri Verilmesi 85
4.2.3.2.1.Sözleşmeden Dönmenin İşsahibine Getirdiği Yükümlülükler 85
4.2.3.2.2. Sözleşmeden Dönmenin Yükleniciye Getirdiği Yükümlülükler 88
4.2.3.2.3.İade Borcunun Yerine Getirilme Sırası Ve Yeri 89
4.2.3.2.4.İade Borcunun Tabi Olduğu Zamanaşımı 90
4.2.3.2.5.Sözleşmeden Dönme Karşısında Cezai Şartın Durumu 91
4.2.3.3.Sözleşmeden Dönme Üzerine İstenecek Tazminat Talebinin Niteliği Ve Hükümleri 93
4.2.3.3.1.Genel Olarak 93
4.2.3.3.2.Menfi Zararın Kapsamı 94
4.2.3.3.2.1.Fiili Zarar 94
4.2.3.3.2.2.Yoksun Kalınan Kar 95
4.2.3.4. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Haklarına Etkisi 96
4.2.3.4.1.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme Karşısında Üçüncü Kişilerin Durumu 96
4.2.3.4.1.1.Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı Sahibi Olması 97
4.2.3.4.1.2.Üçüncü Kişinin Şahsi Hak Sahibi Olması 101
4.2.3.4.2.Yüklenici Alacağını Temlik Alan Üçüncü Kişinin Durumu 102
BÖLÜM 5. SONUÇ 104
KAYNAKÇA 109

KISALTMALAR

ABD : Ankara Baro Dergisi

AÜEHFD :Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B : Basım

BGE : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyatı

BİGŞ : Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi

bkz : Bakınız

C : Cilt

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİK : Devlet İhale Kanunu

dn : Dipnot

E : Esas

EBK : Eski Borçlar Kanunu

ETTK : Eski Türk Ticaret Kanunu

FSEK : Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu

HD : Hukuk Dairesi

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD : İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

K : Karar

KİK : Kamu İhale Kanunu

KİSK : Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

m : Madde

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

RG : Resmi Gazete

s : Sayfa

SDÜ : Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

SHK : Sinai Haklar Kanunu

sy : Sayı

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd : Ve Devamı

Y : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

YİGŞ : Yapım İşleri Genel Şartnamesi

YÜEHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ÖZGEÇMİŞ

Tolga Olacak
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Eğitim

Derece	*Yıl*	*Üniversite, Enstitü, Anabilim/Anasanat Dalı*
Ls.	2016	İstanbul Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	2012	Kocaeli Atılım Anadolu Lisesi
Ortaöğretim	2008	Kocaeli Hızır Reis İlköğretim Okulu

İş/İstihdam

Yıl	*Görev*
2019 -	Avukat - Serbest
2017- 2019	Avukat -Kavanlar İnşaat Beton Oto.Tur.Paz.San.Ltd.Şti.
2016 – 2017	Stajer Avukat - Geredeli Hukuk Bürosu

Mesleki Birlik

Yıl	*Kurum*
2017 -	Üye: Kocaeli Barosu

BÖLÜM 1. GİRİŞ

6098 sayılı Yasa'nın 470-486 maddelerinde düzenlenen eser sözleşmeleri günlük hayatta en çok karşılaşılan sözleşme türüdür. TBK'nun 470 hükmünde eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşmede, yüklenici eserin meydana getirilmesi faaliyetlerinin yanı sıra edim sonucunu da borçlandığından eser sözleşmesi bir sonuç yaratma sözleşmesi olup, insan emeği sonucu yaratıcı bir faaliyetle imalat yapılması taahhüt edildiğinden borcun ifası madde değişikliği şeklinde olur. Eser sözleşmeleri, bina, yol, baraj, köprü yapımı gibi büyük sermaye gerektiren kapsamlı inşaat işleri olabileceği gibi, bir elbise dikimi, bir ayakkabı yapımı, ısmarlanan tablonun yapılması, saç ekimi, vücuda dövme yapılması, bir şarkının bestelenmesi, film veya senaryo yazımı, bahçe düzenlemesi, tamirat yapılması şeklinde de olabilir. Gerek ticari hayatta gerekse diğer alanlarda eser sözleşmeleri ile ilgili hususlarda çıkan uyuşmazlıkların sıklığı ve bu ihtilafların çoğunluğunun eserin ayıplı olmasından kaynaklanması karşısında tarafların hakları ve yükümlülüklerinin neler olduğunun bilinmesi bu tür anlaşmazlıkların çözümünde önem kazandığından inceleme konusu olarak ayıplı imalat karşısında işsahibinin seçimlik haklarından birisi olan ve yüklenici açısından en ağır sonuçları doğuran sözleşmeden dönme hakkı inceleme konusu yapılmıştır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak eser sözleşmesinin hukuki niteliği, kurulması, özellikleri ele alınmıştır.

Tezin ikinci bölümünde ise, eser sözleşmesinde ayıp kavramı ve bu kavramın benzer kavramlarla karşılaştırması yapılarak işsahibinin seçimlik hakları ile bu hakların yanı sıra getirilen tazminat isteme hakkı incelenmiştir.

Eserdeki ayıp nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı bu tez çalışmasının ana konusudur. İşsahibinin eserdeki ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını genel ve özel koşulları, hangi hallerde sınırlanabileceği, hukuki niteliği, hakkın kullanılmasının şekli ve sonuçları, taraflara getirdiği yükümlülükler doktrindeki görüşler ve ilgili yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

BÖLÜM 2. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

2.1.Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı TBK'nun İkinci Kısım Yedinci Bölümünde 470-486. maddelerinde düzenlenmiş olup, 470. maddede, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

818 sayılı EBK'nun 355. maddesinde istisna[1] akdi başlığı altında düzenlenen maddede tanım için kullanılan ifadelerle ilgili öğretide yapılan eleştiriler ve uygulama 6098 sayılı Yasa'nın hazırlanması sırasında dikkate alınarak gerekli düzeltmeler yapılarak ve bu husus madde gerekçesinde de açıklanmıştır[2].

Yasa'daki tanımından da anlaşılacağı üzere, yüklenici bir iş görme faaliyetini üstlenerek bunun sonucunda bir eser meydana getirme, işsahibi de yapılan iş karşılığı bedel ödeme taahhüdü altına girdiğinden sözleşmenin tarafları, yüklenici ve iş sahibi olup, yapılan iş görme faaliyetinden çok meydana getirilmesi kararlaştırılan belli bir sonucun yani eserin yaratılması söz konusu olduğundan bu husus eser sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur.

Öğreti ve uygulamada eser sözleşmesi Yasa'daki tanımından daha geniş olarak "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi taahhüt

[1] İstısna, arapça kökenli bir kelime olup, sanat ve mahareti gerektiren emek sarfederek bir şeyi meydana getirme, ortaya çıkarma anlamındadır. (Karadaş, s. 134); 818 sayılı EBK'nundaki adı istısna, olmasına rağmen bu sözcük yeni kuşak tarafından istisna olarak okunup yazılmıştır. Ancak her iki sözcüğün anlamı farklıdır. (Selimoğlu, s. 1).

[2] Maddenin gerekçesi: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda Onbirinci Bap/İstisna Akdi şeklindeki üst başlık Tasarıda "Yedinci Bölüm /Eser Sözleşmesi" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun Onbirinci Babının üst başlığında kullanılan "istisna akdi" şeklindeki ibare ile 355-371 inci maddelerinde kullanılan "müteahhid" şeklindeki terimler yerine, Tasarıda öğreti ve uygulamada yaygınlık kazanmış olan "eser sözleşmesi" ve "yüklenici" şeklindeki terimlerine kullanılması tercih edilmiştir. Ayrıca tanım içinde yer alan "semen mukabilinde" ve "bir şeyin imalini" şeklindeki hatalı ibareler düzeltilmiş olmaktadır. Gerçekten "semen" teriminin, satış bedelini ifade etmek için kullanılması yerinde olmakla birlikte, yükleniciye ödenen karşılığın "bedel" terimiyle ifade edilmesi gerekir. "Bir şeyin imali" şeklindeki ibare yerine "bir eser meydana getirme" den söz edilmesi yerinde olur. Çünkü burada "şey" ile "eser" kastedilmekte, ayrıca "imal" sözcüğü yerine, mevcut bir eser üzerinde yapılacak değişikliklerinde eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi sebebiyle "meydana getirme" sözcüklerinin kullanılması daha uygun düşmektedir.

ettiği, kural olarak geçerliliği şekle bağlı olmayan rızai, ani edimli, tam olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme" olarak tarif edilmektedir[3].

2.2.Eser Sözleşmesinin Unsurları

2.2.1.Genel Olarak

6098 sayılı TBK'nun 1. maddesinde, sözleşmenin tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağı, irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği hükme bağlanmış, 2. maddesinde ise, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuş olmaları halinde, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşmenin kurulmuş sayılacağı, ikinci noktalarda uyuşulmazsa hakimin, uyuşmazlığın özelliğine bakarak karara bağlayacağı, sözleşmenin şekline ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir.

Anılan hükümlerde de belirlendiği üzere; sözleşme, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan belirli bir hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik iki ya da çok taraflı bir hukuki işlemdir. Bir sözleşmenin kurulması ve hukuki sonuç doğurabilmesi için bazı unsurların bulunması gerekir ki, bunlar objektif ve sübjektif esaslı olan noktalar ile ikinci derecedeki yan noktalardır. Taraf iradelerinin sözleşmenin kurulması için zorunlu unsurlar olan objektif ve sübjektif esaslı noktalarda birleşmesi ile sözleşme kurulur. Bunlardan biri veya tamamı üzerinde anlaşma sağlanamazsa sözleşme kurulmuş sayılmaz[4].

2.2.2.Eser Sözleşmesinde Objektif Esaslı Noktalar

Bir sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlar sözleşmenin objektif esaslı noktaları olup, kurulmak istenen sözleşmenin tipini, türünü ve içeriğini

[3] Uygur, C.6, s.7447; Ürem, s.6; A.Avcı, Şekil, s.238;Aksi görüş, Çelik Ahmet Çelik, 6098 sayılı TBK'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen sözleşme türünün eser sözleşmesi olarak adlandırılmasının hem yanlış olduğu hem de uygulama alanını tam belirtmediğini, eser denilince daha çok edebiyat, sanat ve bilim eserlerinin akla geldiğini, bir bina ve yapı sanat değeri taşımıyorsa veya tarihsel bir niteliği yoksa ona eser denemeyeceğini, taraflarca önceden kararlaştırılan niteliklere göre ısmarlanan ve işin ustası olan kişiden yapımı istenen özel yapım nesnelere eser denilemeyeceğini, bir eser meydana getirmenin sınırlı olmadığını, bakım, onarım gibi işlerinde bu kapsama girdiğini, 5846 sayılı FSEK'nun 1/B hükmündeki tanımda belirtilen eser sahibinin özelliklerini taşımadığını, bu sözleşme türünün "yapım, bakım, onarım ve yüklenim sözleşmeleri" olarak adlandırılmasının daha uygun olacağı görüşünde (s.1).

[4] Eren, Genel, s. 229,250**;** Kılıçoğlu, Genel, s.86; " Sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalar ile kurulmuş olur. Taraflar bütün ana noktalarda anlaşmış iseler, ikinci derecedeki noktalar saklı tutulmuş olsa bile tamamlanmış olur."(FM.2. HD.27.11.1958 T, BGE 84 II 418) (Uygur, C.1, s.480).

oluşturduğundan bunlar, sözleşmenin kurucu unsurlarıdır. Sözleşmenin içeriği ve özellikle esaslı noktaları, tarafların birbirine uygun irade beyanlarına göre ya belirli ya da tarafların bu hususu öngörmeleri koşuluyla daha sonra objektif kriterlere göre belirlenebilir olmalıdır[5].

Eser sözleşmesinin objektif esaslı noktaları, bir eser meydana getirme, ücret ve anlaşmadır.

2.2.2.1.Bir Eser Meydana Getirme

2.2.2.1.1.Eser Kavramı

Eser, eser sözleşmesinin temel kavramı olup, yüklenicinin işsahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı üstlendiği sonuçtur. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, eser sözleşmesi bir sonuç yaratma sözleşmesi olduğundan bu sözleşmenin konusu olan eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici işsahibinin yararına olacak şekilde ona hiçbir zarar vermeden objektif olarak bütünlük taşıyan sonucu meydana getirme yükümlülüğü altındadır. İnsan emeği ürünü olmayan kendiliğinden gerçekleşen veya doğal bir kısım oluşumlar sonucu meydana gelen sonuçlar eser olarak kabul edilemez[6].

Öğretide, eserin mahiyetini açıklayan çeşitli görüşler vardır.

Bunlardan birincisi, yalnız maddi varlıkları eser olarak niteleyen görüştür. Bu görüş taraftarları, belli bir şekil içerisinde maddi varlığı olan, başkasına devir ve teslim edilen ürünleri (sipariş üzerine yapılan mobilya, gelinlik diktirilmesi, makine yapılması, bir aracın tamiri, otoyol, tünel ve bina yapımı, bahçe düzenlemesi, çatı yapımı, kuyu açılması gibi) eser olarak kabul ederler. Maddi bir varlık ya da özellikle bir cisim şeklinde meydana gelmeyen çalışma ve sonuç ürünlerini eser, bu tür sözleşmeleri de eser

[5] Eren, Genel, s. 250; Oğuzman/Öz, C.1, s. 73; Reisoğlu, s. 63; Ürem, TBK'nun 2/1 hükmünde sözü edilen esaslı noktaların sadece objektif esaslı noktalar olduğunu (s.8), Eren ise, TBK'nun 2/1 maddesinde öngörülen kaydın taraflarca yan noktalardaki anlaşmanın ileriye bırakılması halinde sözleşmenin kurulabileceği hükmünü içerdiği, emredici nitelikte bulunmadığından bir sözleşmede istisnai nitelikte olsa da, bütün noktaların objektif ve sübjektif yönden esaslı nokta haline getirilmelerini engellemediği (Eren, Genel, s.236); " …karşılıklı borçları kapsayan sözleşmelerde karşılık borçlardan birisinin sözleşme yapanlarca belli edilmemiş bulunması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim satış sözleşmesinde mal parası veya kira sözleşmesinde kira parası, hizmet sözleşmesinde işçi parası, eser sözleşmesinde ise iş parası belli edilmiş değil ise bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir" YİBK. 18.11.1964 T, 2/4 sy.k (YİBK. 5, s. 284).

[6] Yavuz/Acar/Özen, s. 508; Kılıçoğlu, Özel, s. 456; Ürem, s. 8; Y.15. HD. 9.11.2020 T, 2020/1808-2925 sy.K. (UYAP).

sözleşmesi olarak nitelendirmediklerinden spor müsabakaları, konser senaryo, mimari proje gibi bilimsel ve sanatsal faaliyetlerle oluşan sonuçların eser olarak değil, bu tür edimlerin niteliklerine göre hizmet veya vekalet sözleşmesine konu olabileceği kabul edilir. Bu kabulün gerekçesi olarak da, yalnızca maddi bir varlık olarak ortaya çıkan eserlerde, ayıptan kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceği, özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluğun ise, eser ve vekalet sözleşmelerinde farklılık göstermediği, tek taraflı caymada da vekalet akdinin bu tür sözleşmelerde daha uygun olduğu gösterilmektedir[7].

Öğretide hakim olan ikinci görüş ise, eser kavramını daha geniş yorumlayarak hem maddi hem de maddi olmayan sonuçları eser olarak nitelendirirler[8]. Maddi nitelikte olmayan eserler, maddi olarak ortaya konulamayan, elle tutulamayan yüklenicinin daha çok zihinsel faaliyeti ile yaratılan sonuç olup, maddi varlığa sahip bulunmamakla birlikte objektif olarak tespiti mümkün olan, bir bütün oluşturan maddi bir şey içinde veya üzerinde kendini devamlı olarak gösteren şeylerdir. Bu görüş taraftarlarına göre, hem bina yapımı, araba yapımı ve tamiri, otoyol yapımı gibi maddi varlığa sahip şeyler hem de bir film ya da tiyatro senaryosunun yazılması, ilmi veya edebi bir kitabın yazılması, bir resmin yapılması, mimari bir projenin hazırlanması, havai fişek veya ışık gösterisi yapılması, konser verilmesi, beste yapılması, bilgisayar programı hazırlanması gibi maddi olmayan şeylerde eser olarak kabul edilir[9].

Ancak bu görüşü savunan yazarlar arasında da, maddi olmayan iş görme sonuçlarının kapsamı ile ilgili görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar[10], maddi bir şey üzerinde ya da içinde yer almayan cisimleşmemiş fikir, sanat ve spor çalışmalarında, teslim ve müteahhide karşı ayıpla ilgili hükümlerin uygulanma olanağı

---

[7] Eren, Özel, s. 596; Yavuz/Acar/Özen, s. 507 **;** Ürem, s.9.

[8] Eren, Özel, s. 597; Aral/Ayrancı, s. 315; Yavuz/Acar/Özen, s. 508;Ürem, s. 11; Karadaş, s.34, Zevkliler/Gökyayla, s. 457; Selimoğlu, s. 19; Kürşat, s. 149; A.Avcı, Şekil, s. 289; Federal Mahkeme BGE 98 II 305 vd. yalnız maddi eserleri eser kavramı içinde kabul etmiş, daha sonra BGE II 64 bir yapı projesinin çizilmesini eser olarak nitelendirmiş ve daha sonra içtihat değiştirerek BGE II 98 eser sözleşmesinin konusunu sadece maddi varlığı olan çalışma sonuçlarının oluşturabileceğini, çünkü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi eserlerde uygulanabileceğini belirtmiş, eleştiriler üzerine yeniden görüş değiştirerek eski görüşüne dönerek BGE 109 II 34 bir arsanın ölçümlemesinin bir plan üzerinde gösterilmesine ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiş, daha sonraki kararlarıyla da, hem maddi hem de maddi olmayan şeylerinde eser sayılacağı görüşünü benimsemiştir (Eren, Özel, s. 596, dn.14; s.597, dn, 14'den naklen; Aral/Ayrancı, s.316, dn.14,15 ve 17'den naklen).

[9] Yavuz/Acar/Özen, s. 508; Zevkliler/Gökyayla, 491; Ünsal, s. 4; Kürşat, s.150; Kılıçoğlu, Özel, s. 457.

[10] Yavuz/Acar/Özen, s.509;

bulunmadığından vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği, bir kısmı ise[11], kendi içinde bütünlüğe sahip belli ölçüde belirlenebilir nitelik taşıyan her iş görme sonucunun eser olduğunu kabul ederler.

Maddi varlığı olmayan, bağımsız bir bütünlük oluşturmayan ve belli bir şekilde ortaya çıkmayan bir öğrenciye ders verilmesi, doktorun tedavi amacıyla hastayı ameliyat etmesi, bir ortaklığın muhasebesinin devamlı olarak tutulması, bir hukukçunun hukuki bir ihtilaf hakkında ilmi mütalaa vermesi, diş tedavisi, bir inşaatın idaresi gibi insan emeği olan çalışmalarda, belli bir şekilde ortaya çıkan ve bir bütün oluşturan sonuç bulunmadığı için eser kabul edilmemektedir[12].

Yargıtay uygulamalarında da, önceleri maddi bir varlığın ortaya çıkarılmasına ilişkin sonuçlar eser olarak kabul edilirken[13] sonraki yıllarda insan emeği sonucu oluşan, ekonomik değeri bulunan, bir bütünlük oluşturan halı üretimi[14], ormandan istihsal işlemi[15], sondaj kuyusu açılması[16], araç tamiri[17], kumaş boyanması[18], sulama sistemi kurulması[19] gibi maddi ve göl üzerinde senkronize su ve ışık gösterisi yapımı[20], nikah töreninin video kasetle görüntülenmesi[21] Web tasarımı ve Talk Show yapılması[22] gibi gayri maddi nitelikteki sonuçlar[23] eser olarak kabul edilmektedir.

Bize göre de, yol, bina baraj yapımı gibi büyük inşaat işleri yanı sıra hayatımızın en küçük alanlarında bile karşılaştığımız el emeği ürünü küçük bir vazonun veya bir şarkı

---

[11] Eren, Özel, s. 599

[12] Eren, Özel, s. 600; Yavuz/Acar/Özen, s. 508;Aral/Ayrancı, s. 318, Kürşat, s.152.

[13] Arı kovanı yapımı (Y.3. HD. 21.3.1963 T, 2274/2225 sy.k) ; Gemi inşası (YHGK. 19.121951 T, 1951/42/138 sy.k) ; Elbise dikilmesi (Y.3. HD. 8.6.1954 T, 5047/3650 sy. k.) (Uygur, s.C.6, 7535-7536).

[14] Y.15. HD. 23.1992 T, 1992/4625-973 sy.k(Uygur, C.6, s.7535)

[15] Y.15.HD. 26.3.1992 T, 1992/5954/1556 sy.k (Uygur, C.6, s.7541).

[16] Y.15. HD. 9.4.2013 T, 2013/1143-2452 sy.k (UYAP)

[17] Y.15. HD. 22.4.2008 T, 2008/2043-2666 (UYAP)

[18] Y.15. HD. 5.2.2009 T, 2008/810-2009/567 syk (UYAP)

[19] Y.15. HD. 27.1.2016 T,2015/3961-2016/477 sy.k (UYAP)

[20] Y.15. HD. 9.4.2019 T, 2017/1814-2019/1615 sy.k (UYAP)

[21] Y.15. HD. 20.6.1989 T, 1989/1742-2970 sy.k (Uygur, C.6, s. 7537).

[22] Y.15. HD. 2.4.2013 T, 2013/1132-2246 sy.k, YHGK'nun 16.1.2020 T, 2019/11-474 E, 2020/26 ve aynı doğrultuda YHGK'nun 18.11.2009 T, 2019/114-454 E, 2009/541 sy.kararları (UYAP).

[23] "BK'nun 355. maddesinde düzenlenen eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla yüklenici, iş-eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Gerek hukuk öğretisinde gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi varlıkta kendini göstermek kaydıyla maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının eser sözleşmesi konusu olan şeyin "sonuç sorumluluğunu" üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şey, ister maddi varlığı bulunsun ister bulunmasın eser olarak kabul edilmelidir."(Y15. HD. 6.2.2009 T, 2008/7916-2009/599 sy.k)(Karadaş, s.34).

bestesinin yapılması, bir elbisenin dikilmesi, saç ekimi gibi işler insan emeği sonucu yapan kişinin sonuç sorumluluğunu üstlenerek yarattığı bir bütün oluşturan maddi ve maddi olmayan sonuçların gerek öğreti de gerekse uygulamada eser kabul edilerek geniş şekilde yorumlandığı görüş yerindedir.

2.2.2.1.2.Eser Meydana Getirme

Eserin meydana getirilmesi, yüklenicinin emek, sanat ve becerisini gerektiren sözleşmede kararlaştırılan sonucu elde etmek için yaptığı belli bir sürece yayılmış faaliyetleri içerir. Eserin meydana getirilmesine ilişkin faaliyet bir yapma edimi olup, genellikle yaratıcı bir faaliyet ile sonuç yaratmayı içerdiğinden bu edimin temel özelliği borcun ifasının madde değişikliği biçiminde ortaya çıkmasıdır. Bu biçim değişikliğinin az veya çok değer taşıması önemli olmayıp, bir emek sonucu tarafların amaçları doğrultusunda eskisinden farklı bir hukuki varlığın ortaya çıkması yeterlidir [24].

Meydana getirme kavramı madde gerekçesinde de belirtildiği üzere geniş yorumlanmalıdır. Çünkü bu deyimin kapsamına bina inşası[25], asansör yapımı[26], güneş enerjisi yapımı[27], mimara proje yaptırılması[28] olarak yeni bir eser meydana getirme

[24] Ürem, s. 14, 16, 42; Zevkliler/Gökyayla, s. 491; Selimoğlu, s. 18; Kılıçoğlu, Özel, s. 458; M.Avcı, s. 305; EBK'nun 355 maddesinde, "meydana getirme" yerine "imal etme" deyimi kullanılmış olup, bu ifadenin genellikle yeni bir şeyi yaratmayı içerdiği ve imalat sonucu oluşan şeylerin maddi varlıklar olduğu, bunun da eser sözleşmesinin alanını daralttığı halbuki eser sözleşmelerinde sonuç yaratma unsurunun geniş yorumlanması gerektiği ve maddi nitelikte olmayan sonuçlarında eser sözleşmesinin konusu olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmesi sonucu madde gerekçesinde de açıklanmak suretiyle 6098 sayılı Yasa'da "meydana getirme" deyimi kullanılmıştır (Bkz. dn. 2, s. 1).

[25] Y.15. HD. 28.1.2013 t, 2012/2765-2013/417 sy.k (UYAP).

[26] Y.15. HD. 2.7.2013 T, 2012/6860-2013/4281 sy.k (UYAP).

[27] Y.17. HD. 4.7.2013 T, 2013/9939-10719 sy.k (UYAP).

[28] Mimarlık sözleşmesi, uygulamada çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Tekil mimarlık sözleşmesi olarak anılan sözleşmede işsahibi, bir inşaatın plan ve projelerini, uygulama ve detay planlarını yaptırır ki, bu sözleşme eser sözleşmesidir. İnşaat yönetim sözleşmesinde ise, mimar inşaatın yönetim ve denetim işlerini yaptığından bu sözleşme vekalet sözleşmesidir. Tam mimarlık sözleşmesi ise, inşaatın plan projelerinin çizilmesi, ihale ve maliyet hesaplarının çıkarılması, inşaat denetim ve yönetim işlerinin yürütülmesini içeren geniş kapsamlı bir sözleşme olup, bu sözleşmede, işsahibinin borcu bir miktar para ödemek, karşı tarafın borcu ise plan ve proje yapmak (eser) ve inşaatı yönetip denetlemek(vekalet) olduğundan karma bir sözleşmedir.(Eren, Özel, s.601, 955); Kürşat, plan, proje hazırlanmasının eser sözleşmesi olarak kabulü için meydana getirilen sonucun ayıp denetimine elverişliliğinin bulunması gerektiğini, tekil mimarlık sözleşmesinin ayıp denetimine elverişli olmadığı ve iş yapanın özen borcundan söz edilebileceğinden vekalet sözleşmesi, birçok edimi içiren genel mimarlık sözleşmesinin ise, objektif olarak denetlenmesi mümkün olduğundan eser sözleşmesi olarak kabulü gerektiği görüşünde (s.158); Yargıtay, inşa edilecek olan binanın mimarı projesinin çizimini eser sözleşmesi olarak kabul ettiği gibi (Y.15 HD. 30.6.2020 T, 2019/3685-2020/1966 s.k), mimari, statik, elektrik, sıhhi tesisat projelerinin hazırlanması, yapı ruhsatı ve kullanma ruhsatı alınmasını içeren mimarlık sözleşmelerini de eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. (Y.15. HD. 8.7.2020T, 2019/3065-2020/2168 sy.k)(UYAP).

girebileceği gibi, araç tamiri[29], dış cephe yenilenmesi[30], çatı tamiri[31] gibi mevcut bir eser üzerinde gerçekleştirilen değiştirme veya mevcut bir eseri ortadan kaldırma[32] da girebilir. Burada önemli olan, mevcut bir şey üzerinde yapılacak onarım, ekleme veya şekil değişikliği ya da yıkım sonucu farklı bir hukuki varlığın oluşmasıdır.

İnsan vücudu üzerinde yapılan çalışmaların eser sözleşmesine konu olup olamayacağı özellikle estetik ameliyatlar konusu öğretide tartışmalıdır. Tıp mesleğinin icraya yetkili bir kişi tarafından kişinin bedensel ve ruhsal yönden oluşan bir eksikliğini doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen teşhis, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan ve her türlü faaliyeti içeren işlemler tıbbi müdahaledir. Estetik amaçlı cerrahi müdahaleler ise, kişinin doğuştan mevcut veya sonradan herhangi bir olay nedeniyle ya da kendiliğinden oluşan görünüm bozukluklarını düzeltmek yahut herhangi bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin güzelleşmek amacıyla yaptırdığı müdahalelerdir[33]. Tedavi amaçlı ya da güzelleşmek amacıyla estetik ameliyatlar yaptırılabildiği gibi, bazen de her iki amacın birlikte bulunduğu estetik ameliyatlar söz konusu olabilmektedir. Estetik ameliyatlarda güzellik ve estetik görünüm önem kazandığından estetik cerrahlar, diğer cerrahlara göre daha fazla özen ve dikkat göstererek el becerisini de ortaya koyarak bir sanatçı gibi eser yaratmaktadırlar. Estetik cerrah ile hasta arasında işin doğası gereği kurulan sözleşmenin niteliği hususunda öğreti de farklı görüşler ileri sürülmektedir [34].

---

[29] Y.15. HD. 17.12.2019 T, 2019/2324-5222 sy.k (UYAP)
[30] Y.15. HD. 19.4.2018 T, 2018/57-1641 sy.k (UYAP).
[31] Y.15. HD. 19.4.2018 T, 2016/4523-2018/1640 sy.k (UYAP)
[32] Y.15. HD. 11.4.2017 T, 2016/1734-2017/1669 sy.k (UYAP)
[33] Estetik ameliyatlar sonucu cerrah ile hasta arasında çıkan uyuşmazlıklarla ilgili bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Hukukunun genel nitelikteki hükümleriyle çözüme gidilmekte olup, hekim ile hasta arasında önceden geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşme varsa sorumluluk bu sözleşmeyle ilgili hükümler, böyle bir sözleşme yoksa haksız fiile ilişkin hükümler uygulanarak giderilmektedir. Estetik cerrahla hasta arasında sözleşmesel sorumluluğun doğabilmesi için sözleşmenin öncelikle icrai veya ihmali bir hareketle ihlal edilmesi gerekir. Bu da genellikle borcun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır. (Petek, s.194; Kıcalıoğlu, s. 61-83) .
[34] Bir kısım yazarlar, estetik ameliyatların başarıyla sonuçlanabileceğinin sonucu taahhüt edenin dışında kalan faktörlere, hastanın bünyesinin yapılan işe tepkisine ve diğer etkenlere bağlı olduğundan ve eser sözleşmesinde elde edilmesi istenen sonucun yaratılmaya elverişli olması kuralının burada gerçekleşmeyeceği, ayrıca eserin teslimi ve ayıba ilişkin hükümlerin uygulanması olanağı bulunmadığından hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin vekalet akdi hükümlerine tabi olması gerektiğini (Kürşat, s.152; Ürem, s. 19;Aral/Ayrancı, s.318); Kıcalıoğlu, tedavi amaçlı doktor hasta ilişkisinin vekalet sözleşmesi, doktorun belli bir sonucu üstlendiği estetik ameliyatların ise eser sözleşmesi olduğu (s. 172-178); Bir kısım yazarlar ise hekimin belli bir sonucu taahhüt ettiği, tedavi amacı olmayıp sırf güzel görünüm için yapılan estetik ameliyatların eser sözleşmesine konu olabileceğini, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hastanın ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarının karşılaştırılarak yapılabileceği, yaratılan sonucun

Yargıtay, estetik ameliyatların tedaviye ilişkin hasta doktor arasındaki sözleşmeden farklı olduğu[35], güzelleşme amacı güttüğünü belirterek[36] bu tür ameliyatların eser sözleşmesine konu edilebileceğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce, tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde, tedavinin sonucu, hastalığın niteliğine ve hastanın genel durumu ve vücudun göstereceği tepkiye bağlı olduğundan doktorun böyle bir tedavide önceden sonucu garanti etmesi mümkün değildir. Bu nedenle hem tedavi hem de güzel görüntü sağlanması amaçlanan ancak, tedavinin ağırlıkta ve ön planda olduğu estetik ameliyatların eser sözleşmesi olarak değil vekalet sözleşmesi, tedavi gerekmediği halde sadece güzel görüntü sağlanması için yapılan estetik ameliyatların ise, estetik cerrah kararlaştırılan sonucu garanti ettiğinden eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir.

Ancak insan vücudunun dış yüzeyinde belli bir alanı konu edinen dövme veya hızma yapılması, saç kesilmesi, saç boyanması manikür gibi hayati önemi bulunmayan ve vücudun dış kısmında belli bir alanda sonuç doğuran işlemler insan sağlığına ilişkin müdahaleler olmadığından eser sözleşmesine konu edilebileceği kabul edilmektedir[37].

2.2.2.2.Bedel Ödeme Taahhüdü

Eser sözleşmesinin asli unsurlarında birisi de yüklenicinin meydana getirdiği eser karşılığı iş sahibinin bedel ödeme taahhüdüdür. Eser sözleşmesi karşılıklı taahhütleri içeren iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme olduğundan yüklenicinin yaratacağı sonuç için işsahibinin ödeyeceği bir bedelin kararlaştırılmış olması bu sözleşmenin kurucu unsurudur. Bedelin hesaplanış tarzı sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğine sahip olup olmadığının saptanmasında önem taşımadığı gibi, miktarın açıkça belirtilmemiş

---

mutlaka yeni bir eser yaratma biçiminde olması zorunlu olmayıp var olan bir şeyin değiştirilmesinin de eser kapsamına gireceği, önemli olanın bir bütün oluşturması ve farkedilebilir olması olduğu (Petek, s. 191;Zevkliler/Gökyayla, s. 492;); Kılıçoğlu, kişinin sağlığı için zorunlu olmayan sadece güzelleştirmeye yönelik tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesine konu olabileceği (Özel, s, 456).

[35] " Taraflar arasındaki sözleşme estetik niteliği itibariyle güzelleşme amaçlı olarak kurulduğundan hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin vekalet sözleşmesinden farklı olduğu ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. ..Davacı karın bölgesindeki yağlarını aldırmak suretiyle güzelleşmek amacıyla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni, belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır… "(Y.15. HD. 15.6.2020 T, 2019/3257-2020/1565 syk; Y.15. HD. 9.11.2020 T, 2020/1808-2925 sy.k(UYAP).

[36] Y.13. HD. 5.4.1993 T, 1993/131-2741 sy.k)(Kıcalıoğlu, s. 179); Y.15. HD. 23.6.2020 T, 2019/3897-2020/1791 sy.k (UYAP).

[37] Zevkiler/Gökyayla, s. 492; Kılıçoğlu, Özel, s. 456; Aral/Ayrancı, s. 319;Ürem, 19;Kürşat, s. 153.

olması da sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz. Bedel konusunda tarafların açıkça veya örtülü olarak anlaşmış olmaları mümkündür[38].

Eserin bedeli, tek bir rakam (götürü bedel TBK. m.480)[39] olarak kararlaştırılabileceği gibi çalışılan gün veya saat sayısı, işin parça başına birim fiyatı ya da üretilen değere göre yaklaşık[40] olarak da belirlenebilir. Eğer eser bedelinin ne kadar olacağı hususunda bir kararlaştırma yoksa, bu durumda sözleşmedeki boşluk yaklaşık bedelle ilgili TBK'nun 481. maddesi uyarınca yapılacak şeyin değerine ve yüklenicinin harcadığı giderlere göre saptanabilir. Bazen de eser bedelinin Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatları, Mimar ve Mühendisler Odası asgari ücret tarifelerindeki miktarlara göre belirlenebileceği kararlaştırılabilir [41].

---

[38] Zevkliler/Gökyayla, s. 495; Karadaş, s.36; Kılıçoğlu, Özel, s. 459; Yavuz/Acar/Özen, s.509.

[39] Meydana getirilecek eserin tamamlanıp teslim edilmesi karşılığında yükleniciye ödenecek ücretin önceden kesin ve belli bir miktar olarak saptanması götürü ücrettir. Bu ücretin önceden kesin olarak belirlenmesi özel bir şekle bağlı olmayıp, miktar önceden belli bir meblağ olarak belirlenebileceği gibi birim fiyat olarak (100 m² binanın metrekaresinin 6.000,00.-TL den yapılması gibi) ya da azami veya asgari tutar olarak belirlenebilir. Sözleşmede kararlaştırılan bu miktar, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi gereğince her iki taraf içinde bağlayıcıdır. İşsahibi, yükleniciye kararlaştırılan götürü ücret miktarını ödemekle yükümlüdür. Götürü bedel, sabit bir ücret olduğundan eserin maliyeti ve verilen emek fazla olsa bile bu ücret değiştirilemez. Bu tür ücretle yapılan eser sözleşmelerinde eserin kararlaştırılan ücretten fazla olmasının riski yükleniciye yüklenmiştir. Kararlaştırılan ücretin altında maliyetle eserin meydana getirilmesi halinde ise, işsahibi ücretin indirilmesini isteyemez. Götürü bedel, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmesi karşılığı belirlenen bedel olup, eğer yüklenici işi tamamlamaz veya ayıplı olarak yaparsa, işsahibinin eseri tamamlatmak ya da ayıplı ifayı düzeltmek için yaptığı giderlerin kararlaştırılan götürü bedelden indirilmesini isteme hakkı vardır. Ancak TBK'nun 480. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen durumlarda (EBK'nun m. 365/2) buna istisna getirilmiş olup, yüklenicinin sözleşme koşullarının uyarlanmasını isteyebileceği hükme bağlanmıştır(Zevkliler/Gökyayla, s. 494; Uygur, C.7, s. 8248,); Götürü ücretle yapılması kararlaştırılan bir eser sözleşmesinde işsahibinin sözleşmeyi haksız feshi durumunda, yüklenicinin kar kaybının uygulamada kesinti yöntemi denilen usulde belirleneceği kabul edilmiş olup, bu yönteme göre kar kaybı, yapılmayan işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli belirlendikten sonra, bu bedelden yüklenicinin işi tamamlamaması nedeniyle tasarruf ettiği malzeme ve işçilik bedelleri ile genel bütçe giderleri, bu süre içinde başka iş bulup çalışmış ise elde ettiği kar, başka iş bulmaktan kasden kaçınmışsa elde etmekten kaçındığı kar tespit ettirilerek yapılmayan iş bedelinden çıkarılmak suretiyle bulunur. (Y.15. HD. 26.4.2018 T, 2016/5951-2018/1756 sy.k) (UYAP); Yine götürü bedelle yaptırılması kararlaştırılan bir eserin yapımı sırasında, sözleşmede yer almayan bazı ilave işler yapılmış ise, yüklenici bu ilave iş bedellerini vekaletsiz iş görme (TBK m.410) hükümlerine göre isteyebilir (Y.15. HD. 24.6.2015 T. 2014/4837-2015/3626 sy.k)(UYAP).

[40] Yaklaşık ücret TBK'nun 481. maddesinde (EBK m.366) düzenlenmiş olup, taraflarca yapılacak eserin bedeli, alt ve üst sınırlar arasında tahmini ve yaklaşık olarak kararlaştırılabilir. Bu şekilde kararlaştırılan bedel taraflar yönünden bağlayıcı değildir. Anılan hükmün son cümlesinde bedelin, işin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

[41] " Taraflar arasında sözlü olarak fason kot dikimi konusunda düzenlenen eser sözleşmesinde, iş bedeli konusunda mutabık kalmadıklarından iş bedelinin akdin yapıldığı 2010 yılında yürürlükte olan 818 sayılı BK'nun 366. maddesi hükmü uyarınca işin yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerekir."(Y.15. HD. 17.4.2013 T, 2012/4189-2013/2664 sy.k)(UYAP); " Taraflar arasında sözlü olarak 21 adet dişe zirkonyum metal desteksiz porselen yapımı konusunda eser sözleşmesi kurulmuş olup, bedelin ne kadar olacağı önceden kararlaştırılmamıştır. TBK'nun 481. maddesine göre işin yapıldığı tarihteki Diş Hekimleri Odası tarifesi esas alınarak bedel belirlenmelidir." (Y.15. HD. 152.2018 T, 2018/168-630 sy.k)(UYAP).

TBK'nun 479. maddesine göre, işsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi ile muaccel hale gelir[42]. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi halinde muaccel hale gelir. İşsahibinin bedel ödeme borcu, para borcu olduğundan TBK'nun para borçlarına ilişkin genel hükümleri (TBK m. 99, 120, 122) eser sözleşmelerinde de uygulanır. Bedel olarak belirlenen para ülke parası olabileceği gibi yabancı para da olabilir.

Eser sözleşmesinde kural olarak bedel bir miktar para olmasına rağmen yüklenicinin eseri meydana getirmesi karşılığında işsahibinin bedeli para olarak değil de, başka bir sözleşmedeki asli edimi yerine getirmesi olarak kararlaştırılması halinde karma bir sözleşme söz konusu olur ki, bunun tipik örneği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir[43].

Yine taraflar arasında, işsahibine ait arsa üzerinde yüklenici tarafından yapılacak inşatta oluşturulacak mesken veya işyerlerinin yüklenici tarafından satılarak elde edilecek gelirin paylaştırılması şeklinde sözleşme yapılması da mümkün olup, bu durumda "gelir (hasılat) paylaşım sözleşmesi" söz konusu olur[44].

---

[42] "Eser sözleşmesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa iş bedeli alacağı, eserin tamamlanıp teslim edildiği tarihte, sözleşmenin feshi halinde ise, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla muaccel hale gelir." (Y.15. HD. 8.7.2020 T, 2019/1216-2020/2189 syk)(UYAP).

[43] Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşme serbestisi ilkesi kabul edildiğinden bu doğrultuda taraflar hukuk düzenine uymak suretiyle diledikleri içerikte sözleşme yapabilirler. Anılan Yasa'nın özel borç ilişkileri kısmında ya da özel bir kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılırlar. Bu tür sözleşmelerde, eğer taraflar kanunda düzenlenmiş iki ya da daha fazla sözleşme tipinin unsurlarını, özellikle asli edimleri kanunun öngörmediği bir şekilde kısmen veya tamamen bir araya getirmişlerse karma sözleşme söz konusu olur. Karma sözleşme içinde bulunan isimli sözleşmelerin unsurları bağımsızlıklarını kaybederler, yeni bir sözleşme içinde birbirleriyle tamamen karışıp kaynaşarak yeni bir bütün oluştururlar. Bu sözleşmelere örnek olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, kapıcılık sözleşmesi gibi akitler gösterilebilir (Eren, Genel, s. 207; Zevkliler/Gökyayla, s. 495; Yavuz/Acar/Özen, s. 12; Ertaş/Serdar/ Gürpınar, s. 258 ; Kahraman, s. 782; A.Avcı, Şekil, s. 302).
"818 sayılı BK'nun 355. maddesinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" bazı özellikler taşıyan çifte tipli karma sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu ise, bedel olarak arsa payının veya arsanın mülkiyetini kayden yükleniciye geçirmektir. Bu tür sözleşmede iki sözleşme iç içedir. Bunlardan birisi hiçbir şekle bağlı olmayan inşaat sözleşmesi, diğeri ise TMK'nun 706, TBK'nun 237, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılması gereken tapulu taşınmaz veya tapulu taşınmaz payının devrini içeren sözleşmedir…." (Y.15. HD. 7.10.2008 T, 2008/5049-5825 sy.k)(Karadaş, s. 43).

[44] Gelir paylaşım sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, tarafların karşılıklı olarak ifa ettikleri edimler sonucu elde edilen gelirin paylaşılması amacını taşır. Bu yönüyle sonuca katılmalı bir sözleşme türü olup, bu sözleşmelerde elde edilecek sonuç belirsizdir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesinde, yüklenici işsahibine ait taşınmaz üzerinde inşaatı yaparak eseri meydana getirme, bunların pazarlanmasını ve satılmasını sağlama borcu, arsa sahibi ise yapılan inşaattaki bağımsız bölümlerin satışı için yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satışlardan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma yükümlülüğü altına girmektedir. Gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri yasada düzenlenmemiş olmasına rağmen, arsa sahibinin

Eser sözleşmesinde bedelin para olarak kararlaştırılmadığı başka bir karma sözleşme şekli ise, günümüzde geniş bir uygulama alanı bulan yap-işlet-devret sözleşmeleridir[45].

İşsahibinin bedel ödeme yükümlülüğü, sözleşmenin diğer tarafı yükleniciye karşıdır. Yüklenicinin yapımını üstlendiği işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye yaptırması veya yardımca kişi kullanması bu sonucu değiştirmez. Alt yüklenici de yaptığı işin bedelini işsahibinden değil asıl yükleniciden isteyebilir. Bunun istisnası, işsahibi ve alt yüklenicinin yapılan işle ilgili birbirlerine karşı taahhütte bulunmalarıdır[46].

---

yapılacak inşaatı finanse edecek gücünün bulunmaması ve inşaat yapılsa bile bunun pazarlaması ve satışının yapılmasında yeterli özelliklere sahip olmamasından kaynaklanan ihtiyaç sonucu uygulamada rastlanmaktadır. Bu tür inşaat sözleşmeleri, arsada yapılan mesken, işyeri, kapalı otopark, spor kompleksi, rüzgar enerji santralı, depo gibi yapılar için yapılabilmektedir. Bu sözleşmede, yüklenicinin ürettiği yapıları pazarlayıp satabilmesi için arsa sahibinin kendisine temsil yetkisi vermesi gerekir ki, bu çoğunlukla vekalet sözleşmesi şeklinde olur. Yüklenici sözleşmede inşaatın yapılması için emeğini ve malzemeyi, arsa sahibi de arsasını elde edilecek gelire özgülediğinden üretilen yapıların pazarlanması ve satışı sonucu elde edilen gelir, sözleşmede belirlenen şekilde taraflar arasında paylaştırılacağından taraflar gelir elde etme konusunda kader birliği yapmaktadırlar. Bu sözleşme, hukuksal nitelik olarak eser, adi ortaklık ve kendisine özgü niteliği olan sözleşmelerden oluşan karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Yüklenicinin inşaatı yapması ani edim borcu, yapılan yapıların pazarlanıp satılması ve taraflar arasında gelirin paylaştırılması ise sürekli edim borcu doğurur. Satışa ilişkin arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekaletle ilgili sorunlar ise vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenir.(Kılıçoğlu, Özel, s. 517-520; Yavuz/Acar/Özen, s.569; Kostakoğlu, s. 28); (YHGK. 22.4.2015 T, 2013/13-1917 E, 2015/1258 K. sy ilam) (UYAP).

[45] 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da, ikinci maddede kapsamı belirtilen (elektrik üretimi, iletimi, otoyol, karayolu, raylı sistem, gar kompleksi, yeraltı ve yer üstü otopark, sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları, kanal İstanbul ve benzeri su yolları, milli park gibi) işlerin, özel bir finansman modeli olan yatırım bedeli (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare ve hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi şeklinde tanımlanan yap-işlet devret modeli ile yaptırılması usul ve esasları düzenlenmiştir. (13.6.1994 T, 21959 sayılı RG).

İdarenin bazı kamu hizmetlerini sermayesi, yatırımı, kar ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere kurdurması ya da kurulu bir hizmetin işletilmesi ve belli bir süre sonra her türlü borçtan arındırılmış olarak kendisine iadesi yöntemine göre idare hukuku kurallarına bağlı yaptığı sözleşmeler kamu imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanır. Burada özel bir kişiye bir imtiyaz tanınmakta ise de, idare yine üstün durumda olup, böyle bir sözleşme idarenin tek taraflı hazırladığı ve karşı tarafa kabul ettirdiği bir katılmalı (iltihaki) sözleşmedir. (Selimoğlu, s. 8)

Yap işlet devret türü eser sözleşmelerinde, bir taraf kendisine ait olmayan taşınmaz üzerinde eser sözleşmesi hükümlerine göre bina, tesis veya başka bir eser meydana getirmekte, diğer tarafta taşınmazına yapılan bu eserin ayrıca bedelini ödemediği için karşı tarafın belli bir süreyle kullanmasına izin vermektedir. Bu tür sözleşmelerde bedel, yapılan eserin taraflarca belirlenen süreyle işletme hakkının yükleniciye verilmesi ve gelirin belirlenen kısmının arsa sahibine ödenmesidir. Başka bir anlatımla bedel, kullanım hakkı ile ödenecek miktardır. Uygulamada, sadece kamu kurumları ile şirketler arasında değil, özel hukuk tüzel kişileri arasında da bu şekilde sözleşmeler yapıldığı görülmektedir. (Y.15. HD. 16.4.2018 T, 2018/2083-1568 sy.k; Y.11.HD. 10.10.2017 T, 2016/7328-2017/5192 sy.k; Y.3. HD. 21.3.2017 T, 2017/339-3457 s.yk.)(UYAP).

[46] Eren, Özel, s. 618; Zevkliler/Gökyayla, s. 535; AralAyrancı, s. 327; Kostakoğlu, s. 265; M.Avcı, s. 315; Tutar, s. 302; "..Dava, alt yüklenici tarafından işsahibine karşı açılan iş bedelinin tahsili istemidir. İşsahibi ile asıl yüklenici arasında yap işlet devret modeline göre otel yapımı hususunda eser sözleşmesi düzenlenmiş olup, bu işin bir kısmı alt yüklenici davacı tarafından yapılmıştır. Davalı işsahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşme, davacı alt yüklenicinin yaptığı iş bedelinin davalı işsahibi veya işin yapımını

2.2.2.3.Taraflar Arasında Anlaşma

Eser sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri ise, tarafların meydana getirilecek eser ve bunun karşılığında ödenecek bedel konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesidir. Tarafların irade beyanları, sözleşmenin objektif ve sübjektif tüm esaslı noktalarında birbirine uygun olmalıdır. Bu noktalar, sözleşmenin kurulması için zorunlu unsurlar olduğundan tamamı ya da bir kısmı üzerinde anlaşmanın sağlanamamış ya da anlaşma koşulu ileriye bırakılmış ise sözleşme kurulamaz. Yüklenicinin yaptığı eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmesi ve işsahibinin ise bedeli ödemesi sözleşmenin kendiliğinden doğan sonuçlarıdır[47].

6098 sayılı Yasa'nın[48] 12. maddesinde sözleşmelerin kanunda aksi öngörülmedikçe geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı, kanunda sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı bulunduğu öngörülen sözleşmelerin şekle uyulmadan yapılması halinde hüküm doğurmayacağı, 17. maddede ise, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belli bir şekilde yapılacağının kararlaştırılacağı, taraflarca belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmelerin geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır[49]. Gerek Yasa'da, gerekse taraflar arasında iradi olarak geçerliliği belli bir şekle bağlı kılınan sözleşmeler açısından şekil koşulu, objektif ve sübjektif esaslı nokta oluşturduğundan bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersizdir.

Eser sözleşmesi içinde kanunda özel bir geçerlilik koşulu konulmadığından bu sözleşme şekle bağlı değildir[50]. Ancak taraflar isterlerse TBK'nun 17. maddesi

---

alacak diğer yükleniciler tarafından ödeneceği koşulu ile feshedilmiş ve işsahibi asıl yükleniciyi ibra etmiştir. Fesihten sonra davalı işsahibinin davalı alt yükleniciye gönderdiği 16.10.2001 tarihli yazıda, davalının 700.000 USD alacaklı olduğu kabul edilerek bu bedelin ödeneceği bildirildiğinden işsahibinin sorumluluğu açısından işin esasının incelenmesi gerekirken alt yüklenici ile işsahibi arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir…"(Y:15. HD. 21.3.2013 T, 2012/4298-2013/1903 sy.k (UYAP).

[47] Karadaş, s.36; Ürem, s. 23; Zevkliler/Gökyayla, s. 496; Eren, Genel, s. 244; Kılıçoğlu, Genel, s. 83; A.Avcı, Şekil, s. 290.

[48] Türk Hukuku sözleşmeler yönünden şekil serbestisini esas almış olup, Yasa'nın özel borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci kısmında düzenlenen sözleşmelerin çoğu geçerlilik şartı yönünden hiçbir şekle bağlı değildir. Taşınır mallara ilişkin satış sözleşmeleri, eser sözleşmesi gibi. Ancak usul hukukunda bazı konularda şekil ispat şartı açısından öngörülebilir (Eren, Genel, s.282, 286; A.Avcı, Şekil, s.291).

[49] Taraflar sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmalarına rağmen bu şeklin geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda açıkça bir belirleme yapmamışlarsa, kararlaştırılan şeklin geçerlilik şartı karine olarak kabul edilir ve bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçerli kabul edilemez(Reisoğlu, s.96; A.Avcı, Şekil, s. 297).

[50] "..Taraflar arasında prefabrik ev yapımı konusunda sözlü eser sözleşmesi kurulmuştur…" (Y.15.HD. 22.5.2013 T, 2012/5783-2013/3281 sy.k)(UYAP).

doğrultusunda sözleşmenin yazılı ya da resmi şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler. Bazen de, taraflardan birinin veya ikisinin ya da üçüncü kişilerin yahut kamu yararı ve güvenliğinin korunmasının amaçlandığı hallerde sözleşmenin belli bir şekilde yapılması kararlaştırılabilir. Yine meydana getirilen eserin yapımı ile ilgili sözleşme herhangi bir şekil koşuluna tabi tutulmazken bu eserin işsahibine devri hususunda özel geçerlilik koşulu getirilebilir[51]. Yüklenicinin kendi arsası üzerinde yaptığı bir bina ya da havuzu işsahibine devretmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tapuda yüklenici adına devri işlemi, TBK'nun 237. maddesine göre resmi şekil şartına bağlı olup, burada şekil geçerlilik koşuludur. Ancak geçerlilik koşulu olan bu şekle uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bazı durumlarda geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği uygulamada kabul edilmiştir[52].

2.2.3.Eser Sözleşmesinde Subjektif Esaslı Noktalar

Bir sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan hususlar ikinci derecedeki yan noktalardır. Objektif yönden esaslı nokta sayılmayan bir nokta taraflarca veya taraflardan birinin isteği üzerine sübjektif esaslı nokta haline getirilebilir. Örneğin, eser sözleşmesinde ifa zamanı, teslim şekli, teminat gösterilmesi objektif yönden yan noktalar olmasına rağmen taraflardan birinin karşı tarafa bu isteğini açıkça bildirerek sözleşmenin

[51] Mimara proje hazırlatılması, senaryo yazımı, otomobil kaportası tasarımı gibi hususlarda yapılan eser sözleşmelerinin yapılması şekil koşuluna bağlı değil ise de, bu eserler üzerindeki mali hakların devri FSEK'nun 52 maddesi ve 6769 sayılı SMK'nun 148/IV hükmü gereğince yazılı şekil koşuluna bağlıdır (Kılıçoğlu, Özel, s.460; Karadaş, s.36); yine eser sözleşmelerinde en çok uygulama alanı bulan ve bir tarafı kamu kurumu olan kamu yararının bulunduğu ya da kamu kaynağı kullanılarak kamu denetimi altında yapılan inşaat yapım sözleşmeleri ile ilgili uygulama alanı bulan 2886 sayılı DİK (m. 53, 55, 57 ve 61), 4734 sayılı KİK (m. 469, 4735 sayılı KİSK (m.7) ve 3996 sayılı Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasına İlişkin (m. 4,5) kanunlarda eser sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir.

[52] "…şekil koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin fiilen hayata geçirildiği, tarafların edimlerini ağırlıkla yerine getirdiğinin anlaşıldığı durumlarda bu sözleşmelere geçerlilik tanımaktadır. Şekil zorunluluğunun birinci istisnası; "sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile, yüklenici edimini (bina meydana getirme borcunu) tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmişse, arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez" kuralıdır. Zira böyle bir davranış, TMKnun 2. maddesinde tanımlanan "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralına aykırı düşer. İkinci istisnası ise; "sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine ilişkin yüküm, taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesidir". Zira karma nitelikli sözleşmenin diğer kısmı, yani "inşaat sözleşmesi" zaten biçim koşuluna bağlı değildir. Gerek edimlerin karşılıklı olarak tümüyle veya önemli bir oranda yerine getirilmesi ve gerekse şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmeye rağmen arsa payının tapuda yükleniciye geçirilmesi halinde şekil eksikliğinin ileri sürülmemesi kuralı dayanağını 30.9.1988 tarih, 1987/2-1988/2 sayılı YİBK'nın gerekçesinden almaktadır." (HGK'nun 26.12.2012 T, 2012/13-591 E, 2012/1380 K. sayılı ilam)(UYAP).

yapılması için bu koşullar üzerinde de anlaşmaya varılmasını istemesi bunları sübjektif esaslı nokta haline getirir ve bu koşullarda anlaşma sağlanamaması halinde sözleşme kurulmuş olmaz. Aksi takdirde TBK'nun 2/1 hükmüne göre bu nokta ikinci derecedeki yan nokta olarak kabul edilir ve sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz. Ancak taraflar sübjektif esaslı noktayı saklı tutup bu hususta anlaşmayı ileriye bırakamazlar. Böyle bir halde sözleşme kurulmuş olmaz[53] .

TBK'nun 471/3. maddesinde, yüklenicinin meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olduğu düzenlemiş olup, bu hüküm yüklenicinin kişisel özelliğinin eserin meydana getirilmesinde önemli olmadığı durumlarda eserin yapılmasının üçüncü kişiye bırakılmasına olanak tanıdığından bir yan noktadır. Ancak sözleşmede, eseri meydana getirme faaliyetinin üçüncü kişiye bırakılmaması ya da alt yükleniciye yaptırılabileceği hususunda bir kararlaştırma yapılmasının istenmesi halinde bu husus sübjektif esaslı nokta haline gelir.

TBK'nun 471/son hükmünde adet ve anlaşma olmadığı sürece yüklenicinin, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve malzemeyi kendisinin sağlamak zorunda olduğu, 472. maddesinde ise, eserin yapımı için gereken malzemenin yüklenici veya işsahibi tarafından sağlanması durumunda tarafların sorumluluğu düzenlenmiştir. TBK'nun 471/son hükmü emredici nitelikte olmadığından malzemenin kimin tarafından sağlanacağının belirlenmesi hususunda taraflarca sözleşmeye hüküm konulmasının istenmesi halinde, bu nokta sübjektif esaslı nokta haline gelir.

Yine TBK'nun 17. maddesi doğrultusunda taraflardan birinin sözleşmenin belli bir şekilde yapılması ya da eserin tamamlanarak teslim edileceği zamanın belirlenmesi önerisinde bulunması halinde bu koşullar sübjektif esas nokta haline gelir.

2.2.4.Eser Sözleşmesinde İkinci Derecedeki Yan Noktalar

Objektif ve subjektif yönden esaslı olmayan ve sözleşmenin kurulması için mutlaka bulunması gerekmeyen noktalar, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarını meydana getirirler. İkinci derecedeki noktalar daha çok tamamlayıcı ve yorumlayıcı niteliktedir. Örneğin edimin ifa zamanı, ifa yeri, faiz oranı gibi. Tarafların sözleşme müzakereleri sırasında hiç üzerinde durmadıkları, tartışma konusu yapmadıkları yan

[53] Eren, Genel, s.250; Kılıçoğlu, Genel, s. 87; Ürem, s. 24; Oğuzman/Öz, C.1, s.74; Başaran, s.1310.

noktalar objektif yan noktalar, tarafların sözleşme müzakereleri sırasında tartışma konusu yaptıkları ancak esaslı nokta haline getirmedikleri anlaşmayı ileri bir tarihe bıraktıkları noktalar ise, sübjektif yan noktalar olup, sözleşmenin kurulması için bunlar üzerinde anlaşma bulunması koşulu aranmaz. Ancak sözleşmede yan noktalar açısından bir boşluk olması halinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakim tarafından çözümlenmesi gerekir. Böyle bir durumda taraflarca hiç müzakere edilmeyen yani objektif yan noktalar hususundaki ihtilaf konu ile ilgili tamamlayıcı hukuk kurallarına bu yoksa örf ve adet hukuku ile TMK'nun 1. maddesine göre çözümlenir[54].

2.3. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

2.3.1.Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri diğer tarafın hem alacaklısı hem de borçlusu olup, bu tür sözleşmelerde, bir tarafın edimi karşı tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Taraflarca yüklenilen edimlerin birbiri ile değiştirildiği iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu değişim ilişkisi "synallagma" olarak adlandırılır[55].

Eser sözleşmesinde ise, tarafların birbirine borçlandıkları edimler sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturur. Bu sözleşmede, yüklenicinin eser yaratma ve onun tamamlayıcı unsuru olan teslim yükümlülüğü karşılığı işsahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret birbiri ile değiştirilmekte olup, edimler arasında karşılıklılık ilişkisi bulunduğundan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[56]. Ödemezlik def'i, TBK'nun 123-125. maddelerinde hükme bağlanan temerrüt ile TBK. m. 136 ifa imkansızlığı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur.

---

[54] Eren, Genel, s. 252; Oğuzman/Öz, C.1, s. 202; Kılıçoğlu, Genel, s. 88; Başaran, s.1309; Ürem, taraflarca hiç tartışılmayan yan noktalar hususunda çıkacak uyuşmazlıkta, TBK'nun 2/II hükmüne göre tamamlayıcı yorumla ve madde hükmü amacı gözetilerek işin niteliği gözetilerek çözüm üretilmesi, ancak işin niteliğinin farklı bir çözümü gerektirmemesi durumunda yedek hukuk kurallarına başvurulabileceği görüşünde (s. 27).

[55] Eren, Genel, s. 211; Reisoğlu, s. 52; Oğuzman/Öz, s. 40, Uygur, C.1, s.460, Ertaş, s. 3103.

[56] Zevkliler/Gökyayla, s. 502; Kılıçoğlu, Özel, s. 461; " Eser sözleşmesi niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Eserde işsahibinin borcu bedelin yükleniciye ödenmesi, yüklenicinin borcu ise işsahibinin amacına, fen ve sanata uygun imal ve teslimdir."(Y.15. HD. 11.7.2018 T, 2018/2036-3025 sy.k)(UYAP).

2.3.2.Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir.

Sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açık veya örtülü irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmeler rızai sözleşmelerdir. Eser sözleşmesi de, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesi sonucu kurulduğundan rızai bir sözleşmedir. Eserin yaratılması ve teslimi ile ücretin ödenmesi ifa ilgili olup sözleşmenin kurulması aşamasıyla ilgisi yoktur[57].

2.3.3.Eser Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir.

Ani edimli sözleşmeler, borçlunun asli edim yükümlülüğünü bir defada yerine getirdiği sözleşmelerdir. Ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayırımında sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi için tarafların asli edim yükümlülüklerine bakılması gerekir. Yan edimler sözleşmenin ani veya sürekli edimli olup olmadığının saptanması yönünden önem taşımazlar. Sözleşmelerde bazen asli edimin ifası için yapılması gereken işlerin bir süreye yaygın olmasına rağmen alacaklı için ifa, herşeyin tamamlandığı son bir eylemle gerçekleşiyorsa ani edimli sözleşme söz konusu olur [58].

Öğretideki bir görüşe göre, eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmedir. Bu görüş taraftarlarına göre, yüklenicinin eseri meydana getirmesi ve tesliminin belli bir işgörme faaliyetini gerektirdiği, yüklenicinin ediminin yalnızca eserin tesliminden ibaret olmayıp aynı zamanda eserin meydana getirilişini de kapsadığından eserin yapılmasına ilişkin bu faaliyetin ifaya hazırlık aşaması olarak kabul edilemeyeceği, meydana getirilmesi uzun zaman alan büyük inşa eserlerinin (liman, otoyol, havaalanı, tünel gibi) yapımına ilişkin sözleşmeler, teslim ve eserin meydana getirilmesi safhasını

[57] Eren, Özel, s. 595; Zevkliler/Gökyayla, s. 505.

[58] Sürekli sözleşmelerde ise, asli edim yükümünün ifası ile zaman unsuru arasında sürekli bir ilişki olup, süreklilik belirli ya da belirli olmayan bir zamanı kapsar. Süreklilikten anlaşılması gereken edimin zaman yönünden hiçbir kesintiye uğramadan, ara verilmeksizin ifası değil, fiili ve hukuki yönden bütünlük oluşturacak şekilde uzun bir zaman süresi içinde edimin yerine getirilmesidir. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi işçinin hizmet görme, işverenin ücret ödeme asli edim yükümlülüğü, kira sözleşmelerinde kiralayanın kullandırma kiracının ise kira bedeli ödeme yükümlülüğü sözleşme sona erinceye kadar zaman içinde devamlı olarak ifa edilir. (Eren, Genel, s. 213; Oğuzman/Öz, C.1, s.12,342; Doğan, s. 391; Ertaş, 3094); Bir borç ilişkisinin ani edimli ya da sürekli borç ilişkisi içeren sözleşme olarak nitelendirilmesi ilişkinin sona erdirilmesinde uygulanacak hükümler bakımından önem taşır. TBK'nun temerrüt (123-125), ifa imkansızlığı (TBK.m.136) gibi hükümleri ani edimli borç ilişkilerine göre düzenlenmiş olup 818 sayılı BK'nunda bulunmayan ancak 6098 sayılı TBK'na konulan 126. maddeyle sürekli sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hüküm getirilmiştir.

içerdiğinden taraflar arasında inşa safhasında da akdi ilişki kurulduğu kabul edilmektedir[59].

Öğretide hakim olan ve bizimde katıldığımız görüş ise, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, ifanın ani mi, yoksa sürekli mi olduğunu tespiti, borçlunun faaliyetlerine değil, alacaklının ifaya ilişkin çıkarının gerçekleşmesinin bir an içinde mi yoksa zamana mı yayıldığına göre belirlenmesi gerekir[60]. Yüklenicinin edimini bir zaman dilimi içinde yerine getirmesi, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında belirli bir zamanın geçmesi tek başına sözleşmeye sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliği kazandırmaz. Yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi, terzinin elbiseyi dikerek teslimi işinin yapılması terzi ve yüklenici açısında belli bir zaman boyunca çalışma gerektirmesine rağmen bu çalışmalar alacaklı işsahibi yönünden teslim anına kadar ifa yönünden bir anlam taşımayacağından alacaklı yararı zaman içinde değil teslimle bir defada gerçekleştiğinden sözleşme sürekli borç doğuran bir sözleşme değil, ani edimli sözleşmedir[61].

Bir kısım düşünürler ise, "ani edimli sözleşme- sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme" ayırımının eser sözleşmesine tam olarak uygulanmasının mümkün olmadığını, eserin teslimi ve bedelin ödenmesi yönleri ile ani edimli, eserin belli bir zaman içinde yerine getirilmesinin ise, sürekli borç doğuran sözleşmelerin özelliğini gösterdiğini ileri sürmektedirler[62].

Yargıtay, eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili

---

[59] Doğan, s. 394; Eren, eser sözleşmesinin niteliği gereği ani edimli sözleşme olduğunu, inşaat sözleşmelerinde inşaat yapım sürecinin uzun olmasının hiçbir zaman eser sözleşmesinin sürekli sözleşme olduğunu gerektirmeyeceği (Özel, s. 595); Serozan, eser sözleşmesinin hiçbir zaman sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşımayacağını ileri sürmenin doğru olmadığını, alacaklının perspeftifinden değil, sürekli edim eylemleriyle eseri yaratacak borçlu yönünden bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü hukuksal çerçeveye oturtulabileceğini, BK'nun 368/III, 369 ve 370 maddelerindeki kuralların iş sonucuna götüren eylemlere, müeahhidin işine de hukuksal önem ve değer bağladıklarını (s. 166).

[60] Oğuzman/Öz, s. 11; Eren, Genel, s. 213; Ürem, s. 30; Uygur, C.7, s.7447; Gökyayla, s. 54.

[61] Eren, Özel, s. 595; Aral/Ayrancı, s.314; Ürem, s. 36; Oğuzman/Öz, eser sözleşmesinde ifaya hazırlık faaliyetlerinin özel bir önem taşıdığı, bu hususlar nazara alınarak bu aşamadaki aksaklıklar hakkında (TBK.m.473)özel hükümlerin bulunduğu, alacaklı yararının teslimle gerçekleştiği ve eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu (s.11).

[62] Zevkliler/Gökyayla, s. 504; Gökyayla, s.54.

25/01/1984 tarih 3/1 sayılı İBK kararında, inşaat sözleşmelerinin " geçici, sürekli karmaşığı" bir özellik taşıdığı kabul edilmiştir[63].

Eserin tesliminden önce fesih ve sözleşmeden dönme hallerinde tarafların talep edebilecekleri hususlara ilişkin TBK'nun 473, 482/2, 484, 485 ve 486. maddelerinde yer alan düzenlemelerin sürekli borç ilişkilerine ilişkin kuralları barındırmakta olması, bu sözleşmenin ani edimli sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

2.3.4.Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir.

Hukuki işlemler, bir karşı edim karşılığı yapılabileceği gibi herhangi bir karşı edim olmadan da yapılabilirler. İvazlı sözleşmeler, tarafların bir karşı alacak elde etmek için yaptıkları sözleşmelerdir. Özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok taraflı sözleşmeler ivazlı sözleşmelerdir. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde mutlaka edim ve karşı edim vardır[64]. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin eser yaratma, işsahibinin ise bunun karşılığında bedel ödeme yükümlülüğü bulunduğundan ve asli edimlerin değişimi söz konusu olduğundan ivazlı bir sözleşmedir[65].

---

[63] 27.2.1984 T, 18325 sy. RG.

[64] İvazlı sözleşme ile ivazsız sözleşme arasındaki fark sözleşme sorumluluğunda kendisini gösterir. TKB'nun 114. maddesinde, bu husus dikkate alınarak borçlunun sorumluluğunun kapsamının, işin özel niteliğine göre belirleneceği, iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluğun daha hafif değerlendirileceği belirtilmiştir. (Eren, Genel, s. 168, 241).

[65] Aral/Ayrancı, s. 313; Kılıçoğlu, Özel, s. 461, Ünsal, s. 6.

BÖLÜM 3. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, İŞSAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

3.1. Eser Sözleşmesinde Ayıp Kavramı Ve Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

3.1.1.Genel Olarak Ayıp Kavramı

Borcun ihlali hallerinden imkansızlık ve temerrüt genel hükümlerde, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesini ifade eden ayıplı ifa ise, özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmiştir.

Ayıp kelimesi sözlük anlamı olarak eksiklik, kusur ve bozukluk anlamına gelir[66]. Sözleşme hukukunda ise, ayıplı ifa yani akdin gereği gibi ifa edilmemesi, kötü ifa olarak tanımlanmakta olup, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi sözleşme türlerinde bu hususta açık düzenlemeler getirilmiştir. Ayıplı ifa nedeniyle taraflar açısından doğan talepler karşısında borca aykırılığa ilişkin genel bir hüküm olan TBK'nun 112. maddesine dayanılıp dayanılamayacağı tartışmalı olmakla birlikte uygulama ve öğreti de[67] kötü ifa halinde yasada özel düzenleme bulunması hallerinde bu hükümlerin, özel düzenleme bulunmayan kötü ifa hallerinde ise, TBK'nun 112 maddesinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

---

[66] Yılmaz, s. 91.

[67] Kötü ifa, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemiş olması halidir. Alacaklının kararlaştırılan şekilde yapılmayan ifayı kabul etmiş olması onun, borçlunun sorumluluğuna dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelmez. Bazı durumlarda ifanın kötülüğünün alacaklıya zarar vermesi, ifadan sonra ortaya çıkabilir. Borçlunun yaptığı ifanın, edimde aranılan niteliklere uygun olmaması yani ayıplı ifa, zapt veya yan borçlara aykırılık hallerinde temerrüt ya da imkansızlıktan bahsedilemez. Borca aykırılığa ilişkin özel hüküm niteliğinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına giren durumlarda genel hükümlere gidilemez. Bu hükümlerde belirtilen muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da zamanaşımının dolması hallerinde dahi ayıplı ifa nedeniyle genel hükümlere başvurulmaması gerekir (Oğuzman/Öz, s. 484,486; Reisoğlu, s.350; Eren, Genel, s. 1070-1077; Kılıçoğlu, Genel, s. 817,858); Ayıplı ifa halinde işsahibi genel hükümlere göre talepte bulunamaz. Ancak işsahibi ayıplı ifa halinde seçimlik haklarından ayıbın giderilmesini talep eder ve yüklenici bu borcu yerine getirmekte temerrüde düşerse bu durumda işsahibi TBK'nun 123 (818 m.106) hükümleri gereğince istemde bulunabilir.(Şahin, s. 137); Hukukun genel prensiplerinden olan özel hükümlerin genel hükümlere göre önceliğinin bulunduğu, işsahibinin eserdeki ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin TBK'nun 475 maddesinin TBK'nun 112 maddesine göre daha önce uygulanması gerektiği, bu hükümlerde hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin daha kısa olduğu ve yüklenicinin işsahibi karşısında durumu ağırlaştırıldığından kendi yükümünü yerine getirmeyen işsahibi karşısında yüklenicinin TBK'nun 112. maddesine göre sorumlu tutulamayacağı ve özel hükmün uygulanması gerektiği (Akça, s. 7; Özcan, s. 326).

Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesinde yapılan tanıma göre ayıp, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunması yani eşyanın özünde vasfındaki noksanlık nedeniyle normal niteliklerinden ayrılması ve kullanım amacı bakımından değer ve faydaları ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki veya ekonomik noksanlıklardır.

Eser sözleşmesinde ayıpla ilgili hükümler TBK'nun 474-478[68] maddelerinde düzenlenmiş olup, ayıbın açık tanımı yapılmamıştır. Ancak 474 ve 477 maddelerinde açık ve gizli ayıp, 475/I fıkranın 1 ve 3 bendinde önemli ayıp, önemsiz ayıptan söz edilmiştir.

Doktrinde bazı yazarlara göre[69] eser sözleşmesindeki ayıp kavramı ile satış sözleşmesindeki ayıp kavramının aynı anlamı taşıdığı, bizimde katıldığımız görüşü savunan yazarlarca ise[70], eser sözleşmesindeki ayıp kavramını açıklamak için satım sözleşmesine atıf yapılmasının uygun olmadığı görüşü ileri sürülmüştür. Satış sözleşmesinin hazır olan bir şeyin temlikini içeren bir sözleşme, eser sözleşmesinin ise, bir sonuç sözleşmesi olması ve alıcının ayıba karşı haklarının düzenlendiği TBK'nun 227/I fıkrası 4 bendinde misli ile değişim hakkının eser sözleşmesinde işsahibinin ayıba karşı sahip olduğu seçimlik haklar arasında bulunmaması[71], eser sözleşmesinin niteliği gereği misli ile değişim gibi bir durumun söz konusu olamayacağı[72] gözetildiğinde ayıp

---

[68] 818 sayılı TBK'nun 359 vd maddelerinde "ayıp" kavramı yerine "kusur" kavramı kullanılmaktaydı. 6098 sayılı TBK'nun 474 vd maddelerinde ayıp terim kullanılmıştır.

[69] Zevkliler/Gökyayla, satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde "zikir ve vaad olunan" (bildirilen nitelik) kavramına yer verilmediğini, ancak sözleşme ile yüklenicinin belirli nitelikleri taahhüt etmesine engel durum bulunmadığını, eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğu üstlenme borcunun satış sözleşmesine benzer şekilde düzenlendiği görüşünde (s. 548).

[70] Bu görüş taraftarlarına göre, eser sözleşmesinin ayıba ilişkin hükümlerinin satış sözleşmesindeki hükümlerden etkilendiğini, ancak her iki sözleşmenin de içerik ve nitelikleri farklı olduğundan satış sözleşmesindeki ayıpla ilgili hükümlerin kıyas yolu ile de olsa eser sözleşmesinde uygulanamayacağı, eser, yapılan sözleşme kapsamına göre meydana getirileceğinden satım sözleşmesindeki tanıma paralel olarak yapılan aynı türdeki eserin vasıflarının tespitinin güç olacağını, eser sözleşmesinde ayıp kavramının değerlendirilmesi için önce sözleşme hükümlerine bakılması gerektiğini, yapılacak eserin niteliklerinin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olup olmamasına ve sözleşmenin tümü ile dürüstlük kuralına göre eserin vasıflarının belirlenmesi gerektiği (Yavuz/Acar/Özen, s. 529; Akça, s. 22; Öktem, s. 1950); Aral/Ayrancı bu görüşlere ek olarak satış sözleşmesinde bulunmayan TBK'nun 476 hükmünün işsahibinin eser sözleşmesinde aktif rol aldığı düşüncesine dayandığı ve ayıptan sorumluluğa eser sözleşmesindeki hükümlerin uygulanması gerektiği (s.354).

[71] ".. Satım sözleşmesinde ayıplı mal satışı halinde satıcının seçimlik haklarının düzenlendiği TBK'nun 227 maddesinin birinci fıkrasının ilk üç bendinde TBK'nun 475. maddeye benzer hükümler getirilmekle birlikte birinci fıkranın 4 bendinde "İmkanı varsa satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini" isteme hakkı ile misli ile değişim hakkı getirilmiştir. Misli ile değişim eser sözleşmesinde ayıplı imalat nedeniyle işsahibinin hakları arasında gösterilmediği gibi eser sözleşmesinin mahiyeti ile de bağdaşmaz." (Y.15. HD. 29.4.2015 T, 2014/4247-2015/2265 sy.k)(UYAP).

[72] "..Yüklenici tarafından imal edilerek montajı yapılan seksiyonel kapıların ayıplı olduğu iddiasıyla işsahibi misli ile değişim istemiştir. Sözleşme ilişkisinin kurulduğu tarihte yürürlükte bulunan EBK'nun

kavramının uyuşmazlık konusu olan sözleşme hükümleri ve eser sözleşmesinin niteliği dikkate alınarak satış sözleşmesinden ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Uygulamada da, taraflar arasındaki sözleşmenin satış ya da eser sözleşmesi olup olmadığı hususunda ihtilaf bulunması halinde, tarafların gösterdiği hukuki sebeple bağlı olmaksızın uyuşmazlığa konu sözleşme türleri arasındaki benzer ve farklılıklar taraflar arasında sözleşme hükümlerine göre değerlendirilerek ihtilafa uygun olan hukuki müessese ve ilgili kanun hükümlerinin HMK 33. maddeye göre belirlenerek ayıp ve sorumluluğa ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[73].

Ayıp, sözleşmenin ihlalinden, imalat sırasında fen ve sanat kurallarına uyulmamasından[74] meydana gelen kötü ifanın sonucu olduğundan ayıbın belirlenmesi için öncelikle taraflarca meydana getirilecek eserin özelliklerinin belirlendiği sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır. Eğer taraflar sözleşmede eserin niteliklerini açıkça kararlaştırmışlarsa, yüklenicinin sözleşme gereği taahhüt ettiği niteliklerin mevcut olup olmadığına; aksi durumda ise, zımni olarak böyle bir kararlaştırmanın bulunup bulunmadığına bakılmalı, böyle bir anlaşmanın bulunmadığının saptanması halinde de sözleşmenin tümü, yapılacak eserin niteliği gözetilerek dürüstlük kuralına göre meydana getirilen eserin kendisinden beklenen yararı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine göre ayıplı olup olmadığı değerlendirilmelidir[75].

Uygulamada ve doktrinde eser sözleşmesindeki ayıbın iki ayrı anlam içerdiği kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi, yüklenicinin eserde gerçekleştireceğini vadettiği niteliklerin bulunmamasıdır. Teslim edilen eserde, sözleşmede kararlaştırılan vasıflardan birinin eksikliği hali (kalorifer tesisatının sözleşmede kararlaştırılan ısıtma derecesine

---

360. maddesinde ayıplı imalat karşısında işsahibinin kullanabileceği belirtilen seçimlik haklar arasında misli ile değişim bulunmadığından istemin reddi gerekir." (Y.15. HD. 29.4.2015 T, 2014/4247-2015/2265 sy.k)(UYAP).

[73] Y.15. HD. 24.4.2017 T, 2016/1874-2017/1749 sy.k (UYAP).

[74] "23.11.2009 tarihinde sipariş edilen römork tamamlanarak 4.12.2009 tarihinde teslim edilmiş, 16.12.2010 tarihli araç muayene raporunda, römork boyutlarının ilgili mevzuatta belirlenen ölçülerden büyük olduğu saptanarak ağır kusurlu kabul edilmiş ve trafikten men edilmiş, işsahibi tarafından bu durum yükleniciye 24.12.2010 tarihli ihtarname ile bildirilmiştir. Römorka ait uygunluk belgesinde römorkun genişliğinin 2,55 m olarak belirtilmesini rağmen aracın muayenesinde söz konusu römorku yüklenicinin belirlenen ölçülerden daha geniş yaptığı saptanmıştır. Davalı yüklenici işin uzmanı olup işsahibi tarafından Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde belirlenen ölçülerden farklı olarak sipariş verilmesi halinde dahi sözleşmeyle üstlendiği işi fen ve sanat tekniğine uygun olarak yapma sorumluluğu kapsamında işsahibini uyarma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük yerine getirilmediği gibi muayene sonucu ortaya çıkan ayıp, gizli ayıp olup makul sürede ihbarda da bulunulduğundan yüklenici bu ayıptan sorumludur."(YHGK 26.2.2020 T, 2017/15-252 E, 2020/224 K sy ilam) (UYAP).

[75] Yavuz/Acar/Özen, s.528; Özcan, s. 323; Karadaş, s. 185.

ulaşmaması, santimetre karesinde 100 ilmek olacak şekilde imali kararlaştırılan halının santimetre karesinde 60 ilmek atılarak yapılması) ayıp sayılabileceği gibi, bulunması gereken lüzumlu vasıfların eksikliği hali (yeni yapılan bir binada çatının akması) de ayıp sayılır[76]. Sözleşmede üzerinde anlaşılan vasıf eksik olmasına rağmen eser teknik açıdan kusursuz, daha değerli ve sağlam olsa dahi yine de ayıplıdır. Çünkü yüklenici, herhangi bir şekilde kullanıma uygun olanı değil, sözleşmede kararlaştırılan koşullara uygun eseri yapmakla yükümlüdür.

İkincisi ise, eserin vasıflarının önceden kararlaştırılmamış olmasına rağmen, dürüstlük kuralı gereği eserin kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsiz olmasıdır. Başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenici kullanılmaya elverişli normal bir eserin kalitesinde bir eser teslim etmekle yükümlüdür. Eserin normal yapısı, onun çeşidi ve kullanım amacına göre belirlenir. Ayrıca ayıp, her sözleşme kapsamına göre imal edilmesi kararlaştırılan eserin özellikleri dikkate alınarak belirleneceğinden "nispi" bir kavramdır[77].

3.1.2.Ayıbın Çeşitleri

Ayıbın türünün belirlenmesi, işsahibinin yükleniciye karşı ayıp nedeniyle kullanabileceği seçimlik hakkın ve uygulanacak hükümlerin saptanması açısından önemlidir. Eser sözleşmesinde "Ayıp Sebebiyle Sorumluluk" başlığı altında düzenlenen 474. maddede, ayıbın türünün belirlenmesi açısından bir açıklık yoktur. Ancak "Eserin

[76] " …Eser sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. İşin uzmanı olan yüklenici eseri; sözleşmeye, işsahibinin kullanma amacına ve varsa projesine, ilgili imar mevzuatına buna bağlı olarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine ve kamu düzenine göre yapmak zorundadır. Bu zorunluluk, yasal olarak özen ve sadakat borcu ve genel ihbar yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır (TBK m.471 vd). Kız yurdu için yangın kapısı yapımı hususundaki anlaşma kapsamında yapılacak kapılar alelade kapılar olmayıp, özel amaç ve nitelikteki yangın çıkış kapılarıdır. İşsahibinin sunduğu teknik inceleme sonuçlarında, yapılan kapılarda, yangında kendiliğinden şişen fitillerin bulunmadığı, yangına dayanıklı boya ile boyanmadığı ve duman sızdırmazlık contalarının ve test raporlarının olmadığı ve eksikliklerin bulunduğu belirtilmektedir. Mahkemece, taraf delillerinin toplanarak kapıların amacına uygun yapılıp yapılmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekir…." (Y.15. HD. 25.10.2017 T, 2016/4836-2017/3615 sy.k)(UYAP).

[77] Yavuz, s.188; Öktem, s.1950; Şahin, 138; Yavuz/Acar/Özen, s. 528;Uçar, s. 545; Ünsal, s. 16; Kal, s.10; A.Avcı, Özen, s. 377; " Eser sözleşmesinden doğan yüklenicinin borçları, bozuklukları sağlama (ayıplara karşı tekeffül) borcunu da kapsar. Bozukluk, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, bozukluk (ayıp), eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır. Eserin taşıması gereken nitelikler ise, sözleşme ile belirlenir. Tersi durumda YHGK'nun 5.10.1960 T, 4/46 esas, 248 sayılı inancında da belirtildiği üzere, yüklenici MK'nun 2. maddesi uyarınca, sözleşme konusu yapılan eserin kullanılacağı yeri göz önünde bulundurarak uygun nitelikte eseri meydana getirilmelidir. Eser, belli niteliklerden yoksunsa, bozuk (ayıplı)sayılır." (Y.15. HD. 17.3.1977 T, 5464/1210 sy.k) (Karataş, s. 185) .

kabulü" başlıklı 477. madde ve işsahibinin seçimlik haklarının düzenlendiği TBK'nun 475/1 fıkra 1 ve 3. bentteki hükümlerle 474. madde birlikte değerlendirildiğinde Yasa'nın açık ayıp-gizli ayıp, önemli ayıp-önemsiz ayıp şeklinde bir ayırımı olduğu görülür.

Yasada belirlenen bu ayıp türleri dışında doktrin ve uygulamada ise, maddi ayıp-hukuki ayıp, asli ayıp-tali ayıp ve ekonomik ayıp gibi ayırımlar kabul edilmiştir.

3.1.2.1.Açık Ayıp- Gizli Ayıp

Açık ayıplar, eserin işsahibine teslimi sırasında kolaylıkla görülebilecek, basit ve özenli bir muayene ile anlaşılabilecek ayıplardır. Kanundaki muayeneden kasıt, gözle veya elle yapılan ve işin bünyesine nüfuz edilemeyen bir incelemedir. Örneğin sipariş üzerine dikilen elbisenin giyilemeyecek halde bulunması[78], plastik badana yerine kireç badana yapılması, su tesisatının ECA markası olması gerekirken değişik marka tesisat yapılması[79] açık ayıptır. Teslim edilen eserdeki nesafet kesintisini gerektiren ayıplar daima açık ayıplardır[80].

Gizli ayıp ise, eserin teslimi sırasında görülemeyen veya basit bir muayene ile anlaşılamayan ancak, eserin kullanımı sırasında kendiliğinden ortaya çıkan ya da teknik ve detaylı bir inceleme sonucu saptanan, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla, fiilen mevcut olan arasında işsahibi aleyhine meydana gelmiş farklılıklar olup, bunlar genellikle eserin sağlıklı bir şekilde kullanılmasına engel olan bozukluklardır[81]. Örneğin; araç tamirinde kullanılan ve gözle görülmeyen bir parçanın orijinal değil ikinci el kullanılmış olması, yapımında deniz kumu kullanılması nedeniyle

[78] Y.15. HD. 18.1.2003 T, 6214-45 sy.k (Uygur, C.7, s. 7834).
[79] Y.15. HD. 8.4.1992 T, 4925-1820 sy. k. (Uygur, C.7, s. 7834).
[80] Karadaş, s. 188; Şahin 139; Akça, 28; Nesafet (Nasafet) kelime anlamı olarak, adaletin somut ve belirgin olaylara uygulanması, somut olay adaleti, hukukun katılığının giderilmesi, bireylerin yasa karşısında eşitliği ve onların haklarına uyulmasının zorunlu bulunduğu esaslardan doğal olarak çıkartılan adalet ilkesi, hakkaniyet olarak tanımlanır. (Yılmaz, s. 307, 610); Nesafet kesintisi ise, yüklenicinin alacağı iş bedeli ya da teminattan yapılan işteki eksik ve kusurlu işlerin eserde meydana getireceği değer azalması, eksik ve ayıbın doğuracağı bakım ve onarım giderleri ve diğer giderler dikkate alınarak uygun bir miktarın kesilmesidir. Yapılan işteki sıva, badana, boya, zemin kaplama veya duvar kaplama ya da doğramanın projesine, teknik veya özel şartnamesine uygun olarak yapılmaması gibi hususlar nesafet kesintisine konu olabilir. Uygulamada, tamamlanan eserin kabulüne engel olmayacak eksik ve ayıplar için kesilecek bedel, nesafet kesintisi olarak kabul edilmektedir. Nesafet kesintisi, mevzuatta yazılı bir terim olarak yalnızca Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin 2 nolu geçici kabul ve 4 nolu kesin kabul tutanağı ile YİGŞ'nin 41 maddesinin 12. fıkrasında geçmektedir.
[81] Karadaş, s. 189; Kılıçoğlu, Özel, s. 478; Şahin, s. 140; Ünsal, s. 18; Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

evin yıkılması, ısı yalıtımının yeterli olmaması[82], kumaşlardaki baskı hatasının ancak belirli bir sıcaklıkta yıkanması sonucu ortaya çıkması[83] gizli ayıp olarak kabul edilir.

Gizli ayıpla açık ayıp arasındaki ayırımın önemi, ihbar zamanı, uygulanacak hükümler ve bunun süresinde kendini gösterir. TBK'nun 474/I hükmünde, işsahibinin eseri teslim aldıktan sonra işlerin normal akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirerek eserde bulunan açık ayıpları yükleniciye uygun bir süre içinde bildirmesi gerektiği belirtildiğinden işsahibi, bu görevi yerine getirmediği takdirde yüklenici sorumluluktan kurtulur, işsahibi açık ayıplı eseri kabul etmiş sayılır[84].

TBK'nun 477/3 hükmünde ise, eserdeki gizli ayıbı, işsahibinin, gecikmeksizin yükleniciye bildirmek zorunda olduğu, bildirmediği takdirde eseri kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Kasden saklanan ayıplar ve gizli ayıplar nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu eserin kabulünden sonra da devam ettiğinden ve bu sorumluluk zamanaşımı ile sınırlı olduğundan işsahibi, gecikmeksizin gerekli bildirimde bulunduktan sonra yasada belirlenen zamanaşımı süresi içinde istediği zaman yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir. Gizli ayıp yönünden eserin hiçbir itiraz ileri sürülmeden teslim alınması, işsahibini bu tür ayıptan doğan haklarını kullanmaktan yoksun bırakmadığı gibi, yükleniciye de sorumluluktan kurtarmaz [85].

---

[82] YHGK. 27.3.1991 T, 15-554 E, 159 K. sy ilam (Uygur, C.7, s. 7837).

[83] Y.15. HD. 23.11.1995 T, 4405-6854 sy.k (Uygur , C.7, s. 7838).

[84] Kostakoğlu, s. 377,379; "..Ayıp ihbarı süresinde yapılmadığı takdirde, işsahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır." (Y.23. HD. 5.7.2018 T, 2015/8370-2018/4016 sy.k) (UYAP).

[85] " …Davalı yüklenici 484 adet konut inşaatının yapımını 01.08.2000 tarihli sözleşme ile anahtar teslimi götürü bedelle üstlenmiş, işin kesin kabulü 18.05.2004 tarihinde onaylanmıştır. Kesin kabulü müteakip 164 ada B ve C bloklarda bulunan 1 ve 2 nolu dairede sözleşme ve ekleri, projeler ve şartnamelerine uygun yapılmayan imalât sonucu zemin çökmesi meydana gelmiştir. Dava konusu dairelerde oluşan hasarın sebebinin ve oluşmasına neden olan eksik ve kusurlu imalâtların belirlenmesi için mahallinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporunda, söz konusu hasarların oluşmasının sebebinin binanın zemin suyunu temelinden içeri alması, dolgu teknik şartnamesine uygun yapılmadığından su tahliyesini sağlayamaması, bina temelinde drenaj sisteminin eksik ve kusurlu olmasına dayandığını, söz konusu eksik ve kusurların gizli ayıp niteliğinde olduğunu bildirmişlerdir. Müteahhidin yaptığı inşaattaki kusurla ilgili davalar ile müteahhidin kasten veya ağır kusuru sonucu inşaatı hiç veya gereği gibi yapmamasından dolayı, iş sahibinin talep edebileceği haklar dışında kalan ve inşaat sözleşmesinin tarafları arasında doğacak sair her türlü uyuşmazlıklar BK'nın 126/son maddesi hükmünce 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Müteahhidin kasıt yahut ağır kusuru ile sözleşmedeki yükümlülüğünü koşullarına göre hiç yerine getirmemesi veya sözleşmeye veya inşaat projesine kasıtlı şekilde uymaksızın inşaatı yapması yahut özellikle ayıplı malzeme kullanmak suretiyle ayıplı bir inşaat yapmış olması halinde BK'nın 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık yasal zamanaşımı uygulanacağından ve somut olayda kesin kabulün onay tarihi olan 18.05.2004 tarihi ile davanın açıldığı 14.07.2011 tarihleri arasında 10 yıllık zamanaşımı gerçekleşmemiştir…" (Y.15. HD.20.6.2013 T, 2013/2836-4023 sy.k)(UYAP).

3.1.2.2.Önemli Ayıp- Daha Az Önemli Ayıp

Bu ayıp ayırımı, işsahibinin yararlanabileceği hakkın türünü belirlediğinden büyük önem taşımaktadır.

TBK'nun 475/1 fıkra 1 bendinde "*...iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı*" olmasının önemli, 3. bendinde ise "*aşırı masraf gerektirmemesi halinde onarımın mümkün olması*" şeklindeki ayıbın ise, daha az önemli olduğu belirtilerek ayıbın ağırlığı ile ilgili bir sıralama yapılmıştır. Bu tanımlamaya göre, önemli ayıplar, işsahibinin eseri kullanım amacına göre kullanmasının mümkün olmadığı ve dürüstlük kuralları gereği eserin kabulünün beklenemeyeceği haller olup, eseri kullanılamaz hale getirmeyen, işsahibince eserin kabulünün reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla düzeltilebilecek ayıplar ise daha az önemli ayıplardır.

İşsahibi, eserde 475/I.1 hükmünde belirlenen şekilde bir ayıp mevcutsa sözleşmeden dönme hakkını, anılan maddenin 1. fıkra 3. bendindeki durumda ise, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmayıp bedelden indirim ya da ücretsiz onarım haklarından birini kullanabilir. Ayıpla ilgili bu ayırım üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu kısımda sadece ayıp türü olarak belirtilmekle yetinilecektir.

3.1.2.3.Maddi Ayıp - Hukuki Ayıp

Maddi ayıplar, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralınca eserde bulunması gereken açık ya da gizli olarak ortaya çıkan, gözle görülen duyu organları hissedilebilen fiziksel niteliklerin eserde bulunmamasıdır. Şekil, renk, muhteva ve direnç bozuklukları bu tür ayıplardır. Öte yandan eserin dış görünüşü istenildiği gibi olabilir. Fakat kalitesi bozuk olursa değer kaybeder. Güneşte solan elbisenin değerinin azalması, üzerinde lekeler bulunan elmasın değer kaybı maddi ayıptır[86].

Hukuki ayıp ise, kanunda belirtilen veya sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin yokluğuna sebep olan ya da eserin değerini ya da kullanım amacını azaltan yahut ortadan kaldıran hukuksal bazı yasaklama ve sınırlamalar yani hukuki eksikliklerdir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, teslim edilen eserde, kamu düzeninin aradığı ve yüklenici

[86] Zevkliler/Gökyayla, s.549; Şahin, s. 139; Yavuz, s.189; Öztürk/Gözütok, s.141.

tarafından sağlanacak bir belge olmadığından işsahibinin eseri öngörülen amaca uygun kullanamamasıdır**.** Hukuki ayıplar aslında açık ayıplar olup, çoğu zaman kamu hukukunun binalar, makineler, araçlar ve diğer imal olunan şeylerin kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka açıdan koyduğu kurallara uyulmaması sonucu ortaya çıkar. Hukuki ayıba örnek olarak anahtar teslimi yapımı kararlaştırılan bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin iskan ruhsatı almadan teslim ettiği bina, patenti olmayan bir makine, projenin onaylatılmaması, inşaat ruhsatı alınması mümkün olmayan bir binanın yapılmış olması gösterilebilir[87].

3.1.2.4.Ekonomik Ayıp

Ayıbın türlerinden bir diğeri ise, ekonomik ayıptır. İşsahibi teslim edilen eserden beklediği verimi alamıyorsa eser, ekonomik olarak ayıplıdır. Ekonomik ayıp, eserin ekonomik yönden değerine etki eden unsurları kapsadığından eserde hiçbir eksiklik ve işlev yönünden yetersizlik bulunmasa da, eserin sözleşmede kararlaştırılan kalitede yapılmaması veya kararlaştırılmamış olsa dahi normal kalitenin altında malzeme kullanılması hallerinde bu tür ayıbın varlığı söz konusu olur. Sözleşmede öngörülenin aksine, doğramaların birinci sınıf kereste yerine üçüncü sınıf keresteden yapılması, tabanın granit kaplama yerine traverten ile kaplanması, bağımsız bölümlere yüksek kapasiteli kombi yerine düşük kapasiteli kombi takılması, TSE'li tesisat ve elektrik malzemesi yerine kalitesiz malzeme kullanılması hâlleri eserin değerini azaltıcı unsurlar olduğundan birer ekonomik ayıp sayılacağı gibi otel veya sanayi tesisi olarak işletilmek üzere yaptırılan tesislerin bu özelliklerin tamamını taşımaması nedeniyle istenilen ekonomik verimin alınmaması durumunda da ekonomik ayıbın varlığından bahsedilir[88].

3.1.2.5.Asli Ayıp- İkincil Ayıp

Asli ayıplar, eserin teslimi anında bulunan ayıplardır. İkincil ayıplar ise, teslim sırasında mevcut bir ayıbın, teslimden sonra sebep olduğu (yapım sırasında bina zemininde gerekli düzenleme, güçlendirme çalışmalarının yapılmaması sebebiyle

[87] Yavuz, 190; Akça, 30; Ünsal, s. 22; Karadaş, s. 189; Selimoğlu, s. 152, "..Ruhsatsız bir yapı, fiziksel (maddi) anlamda eksiksiz olsa dahi hukuken ayıplı sayılır. Yapı ruhsatı alınmaksızın yapılan inşaat kaçak yapı olduğundan ekonomik değeri yoktur. Yüklenici iş bedeli isteyemez." (YHGK 14.6.2017 T, 2017/15-503 E, 2017/1190 K. sy.ilam) (UYAP).
[88] Ünsal, s. 23; Selimoğlu, s. 150.

sonradan binada çatlaklar oluşması)[89] ayıplardır. Başka bir anlatımla, eserin teslimden sonra bozulması veya bazı vasıflarını kaybetmesi, daha önceki bir ayıpla bağlantılı ise, bu durumda mevcut ayıbın teslimden sonra neden olduğu bir 'ikincil ayıp' söz konusu olup yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir[90].

3.1.3.Benzer Kavramlarla Karşılaştırma

3.1.3.1.Ayıp-Eksik İş

Kanunda eksik iş kavramı ile ilgili bir tanımlama bulunmamaktadır.

Taraflarca sözleşmede kararlaştırılan eserin, sözleşme hükümlerine uygun ve tam olarak yerine getirilmesi ahde vefa (pacta sund servanta) ilkesi gereği olup, ifa ancak bu şekilde eksiksiz gerçekleşmiş olur. Yüklenicinin sözleşme uyarınca meydana getirdiği ve teslim ettiği eserde, teslime engel olmayacak eksiklikler bulunması işsahibinin eseri teslim almasına engel oluşturmaz [91].

Eksik iş, sözleşmede yapımı kararlaştırılan bazı işlerin yapılmaması ya da kararlaştırılmamış olmasına rağmen TMK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken kısımların hiç yapılmamış olması olarak tanımlanır[92].

Ayıp ve eksik işlerin giderilmesi veya buna ilişkin taleplerde bulunulması ancak eserin tesliminden sonra söz konusu olur. Henüz yapım aşamasında olan bir eserde eksik veya kusurlu işlerin bulunduğundan bahsedilemez. Bunun istisnası TBK'nun 473/II hükmünde belirtilen haller olup anılan hükümdeki koşulların gerçekleşmesi halinde ise işsahibine erken dönme hakkı tanınmıştır [93].

---

[89] Y.13. HD. 18.9.2008 T, 2008/6176-10736 sy.k (UYAP).

[90] Yavuz/Acar/Özen, s. 529; Akça, s. 31; Ünsal, s. 24.

[91] Bu kısımda incelenen eksik iş, yüklenicinin ifa zamanında yani temerrüde düşmeden teslim ettiği eserde bulunan eksiklerdir. Borçlunun temerrüdü sonrası işsahibinin yüklenici nam ve hesabına eseri bizzat tamamlamak veya başka bir yükleniciye tamamlattırmak için nama ifa talebinde bulunması ayrı bir konudur. Yapma borcunun yüklenici tarafından yerine getirilmediği yani eserin yüklenici tarafından tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlarda işsahibi, mahkemeye başvurarak gideri borçluya ait olmak üzere eksik bırakılan eserin kendisi veya üçüncü bir kişiye yaptırılması için ifaya izin davası açabilir. (Selimoğlu, 276-308).

[92] Karadaş, s. 189; Özcan, s.325; Öztürk/Gözütok, s. 254;Selimoğlu, s.247; " ..Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre, yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. ….. Arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin yükleniciye kalan bağımsız bölümlerden metrekare olarak daha küçük yapılması eksik iştir." (Y.23. HD. 15.11.2017 T, 2015/9799-2017/3239 sy.k.)(UYAP).

[93] "…Eksik işler bedeline ilişkin alacak talepleri, eserin teslimi ile muaccel hale gelir.." (Y.15. HD. 19.7.2011 T, 2010/3663-2011/4753 sy.k)(UYAP).

Ayıp ve eksik işle ilgili tanımlamalara göre, ayıplı iş ile eksik iş kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu görülmektedir. Her iki kavramda özünde, tarafların sözleşme ile yükümlendikleri edimleri, sözleşmeye uygun ifa etmemeleriyle ilgilidir. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, sözleşmeye aykırılık her zaman ayıplı bir malın teslim edildiği anlamına gelmeyeceğinden eksik ifada bu anlamda, kararlaştırılmış olan ya da yapılması gereken bir kısım işlerin yapılmaması suretiyle sözleşmeye aykırı ifayı içermektedir. Yapılmayan iş tamamlandığında yapılan iş bozuluyorsa ayıplı ifa, bozulmuyorsa eksik iş söz konusu olur. İnşa edilen binada su sayaçlarının ve kaloriferlerin takılmaması, çevre düzenlemesinin yapılmaması[94], dairede kartonpiyerlerin ve elektrik su tesisatının yapılmamış olması, kapı ve pencere yapılmasına rağmen camların takılmamış olması, çatı izolasyonunun yapılmaması eksik iş kapsamındadır [95].

Ayıplı işte, meydana getirilen eserde, sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gerekenle fiilen yapılan arasında farklılık bulunmasına rağmen eksik işte, yapılmayan iş söz konusu olup, hukuken ve fiilen teslim gerçekleşmediğinden niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti mümkün olmadığından eksik işlerle ayıplı işleri aynı kapsamda değerlendirme olanağı yoktur[96]. Asansör motorunun takılmaması eksik iş, motorun bir parçasının takılmaması nedeniyle asansörün çalışmaması ise ayıplı iştir. Ayıpla ilgili işsahibinin kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için, eserin teslim edilmiş olması ve ihbarda bulunması gerektiği halde, eksik işin söz konusu olduğu bir eserde yapılması kararlaştırılan ancak yapılmayan bir iş teslim edilmiş

[94] Y.15. HD. 24.9.2018 T, 2018/590-3364 sy.k (UYAP)

[95] Özcan, s. 325; Karadaş, s. 189; Zevkliler/Gökyayla, s.549; Eser sözleşmelerinin en çok rastlanan türü olan inşaat sözleşmelerinde, iskan ruhsatının alınmaması ayıplı ifa mı yoksa eksik iş mi sayılacaktır. İskan ruhsatı (yapı kullanma izni), ruhsatlı binaların ruhsat ve eklerine uygun olarak tamamlandıklarını gösteren Belediyelerin İmar Müdürlüklerinin yapı kullanma izni birimince düzenlenen belgedir. İnşaat sözleşmelerinde iskan ruhsatının alınması genellikle yüklenicinin sorumluluğuna bırakılmaktadır. Yargıtay iskan ruhsatının alınmamasını bir dönem eksik iş (Y.15. HD. 28.2.2005 T, 2004/4417-2005/1075 sy.k), bir dönem ise hukuki ayıp olarak kabul etmiştir. Öğreti de ise, iskan ruhsatının alınmaması eksik iş olarak kabul edilmektedir. (Özcan, s. 329,331).

[96] Uygulamada, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi önceleri noksan ve ayıplı iş ayırımı yapmaksızın işsahibi tarafından kendisine teslim edilen eserin TBK 474 maddesi uyarınca muayenesinin yapılarak eksik ve ayıplı imalat varsa ihbar edilmesi gerektiğini, aksi takdirde noksan işten dolayı yüklenicinin sorumlu tutulamayacağını kabul etmekteydi. Daha sonra bu uygulamadan vazgeçerek işsahibinin açık rıza ve kabulü olmadığı müddetçe eksik iş bedelinin muayene ve ihbar koşuluna tabi olmaksızın zamanaşımı süresi içinde talep edileceği kabul edilmiş olup halen bu şekilde devam edilmektedir. Yine uygulamada inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan metrajdan daha küçük yapılan ve teslim edilen bağımsız bölümlerdeki bu durumun eksik iş mi yoksa ayıplı imalat mı kabulü gerektiği hususunda çelişkili kararlar verilmiş, ancak son yıllarda kararlaştırılan miktardan daha küçük yapılan yapıda noksan iş olduğu kabul edilmiştir. Kararlaştırılan miktardan daha küçük yapılan yapı için daha az malzeme ve işçilikle yapıldığı ve bununda işin noksanı olarak kabulü gerektiğinden son yıllardaki uygulama daha adildir. (Kostakoğlu, s. 375,376).

sayılamayacağından işsahibinin haklarını kullanması için ihtara veya teslim sırasında ihtirazı kayda gerek yoktur [97].

Eksik iş bedeli, teslim tarihine bu işlerin ikmal edileceği sürenin ilavesiyle bulunacak tarihteki rayiç bedele göre, açık ayıplı imalatın bedeli eserin teslim edildiği ve ayıp ihbarının yapıldığı, gizli ayıplı imalatın bedeli ise, gizli ayıbın çıktığının tespit edildiği tarihteki rayiç değere göre belirlenir [98]. Eksik iş bedelinin istenebilmesi için eser sözleşmesinin yapımı için kararlaştırılan ücretin tamamının ödenmesi gerekir. Ücretin tamamının ödenmediği durumlarda, fazla ödeme varsa bu istenebilir.

Eserde eksik iş bulunması halinde, akdi gereği gibi ifa etmeme söz konusu olduğundan işsahibi zararını TBK'nun 112 hükmüne göre ister. Ayıplı ifada ise, işsahibi TBK'nun 474-478 maddelerinde düzenlenen ayıptan doğan haklarını kullanır [99].

Eksik iş bulunması halinde, TBK'nun 147/6 hükmünde belirtildiği üzere yüklenicinin ağır kusuru dışında yükümlülüklerini hiç ve gereği gibi ifa etmemesi dışında eser sözleşmesinden doğan alacaklar için 5 yıllık zamanaşımı uygulanacağı belirtildiğinden eksik işlerde de, teslim tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı uygulanır. Ayıplı ifa nedeniyle açılacak davalar da ise TBK'nun 478 maddesindeki düzenleme dikkate alınmalıdır[100].

3.1.3.2.Ayıp-Aliud

Aliud, borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmesi olarak tanımlanır. Ayıplı ifa halinde de, borçlanılan edime uygun bir ifa söz konusu olmadığından ifa edilen edimin, borçlanılan edime uygun olmadığı her durum aliud olarak kabul edilemez. Bu nedenle de ayıplı ifa ile aliud arasındaki sınırın iyi çizilmesi

[97] Özcan, s. 326;Selimoğlu, s.252; Karadaş, s. 193; Kostakoğlu, s. 376; Öztürk/Gözütok, s. 354.
[98] Yargıtay uygulamalarında ise, son yıllardaki kararlarda teslim tarihi ve bu tarihe eksik işin yapım süresi eklenerek belirlenecek tarihteki piyasa rayiç değerin esas alınarak belirlenmesi (Y.15. HD. 24.4.2017 T, 2016/1874-2017/1749 sy.k) doğrultusunda kararlar verdiği görülmektedir. (UYAP); Eksik iş bedelinin gecikmeli istenmesi halinde, bu gecikmeden kaynaklanan fiyat artışlarından yüklenici sorumlu tutulamaz. İşsahibi, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa hakim tazminat miktarını indirebilir veya tamamen kaldırabilir (TBK'nun 114/II yollamasıyla m.52); Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde para olarak kararlaştırılmış bir bedel bulunmadığından bu tür bir inşaatta eksik iş bulunması halinde işsahibi kendisine bırakılacak bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin tümünün giderim bedeli ile ortak alanlardaki eksikliklerle ilgili ise arsa paylarına düşen oranlarda giderim bedeli isteyebilir.(Öztürk/Gözütok, s.355; Selimoğlu, s. 253,252).
[99] Öktem, s. 1949; Selimoğlu, s. 247; Özcan, s.327.
[100] Özcan, s. 327; Selimoğlu, s.252

gerekir. Ayıplı ifa da kötü de olsa bir ifa bulunmasına rağmen aliud teslimde bir ifa yoktur[101].

Eser sözleşmesinde taraflar, meydana getirilecek eseri belirlemeye yönelik genel ve özel nitelikler konusunda anlaştıklarından ve bu kararlaştırmalar sözleşmenin içeriğini oluşturup akdi nitelik taşıdığından kararlaştırılandan farklı bir şekilde tamamlanan eserin teslimi aliud teslimi oluşturur. Örneğin, taraflarca yapımı kararlaştırılan binada bağımsız bölümlerinin 3 odalı olacağı belirlenmesine rağmen teslim edilen yapıda dairelerin 2 odalı olarak yapılması[102], apart otel olarak yapımı kararlaştırılan binanın beş yıldızlı otel olarak yapılması gibi[103].

Aliud ifa, ayıplı ifa olarak kabul edilemez. Çünkü ayıplı ifada, yüklenici vaad edilen eseri kararlaştırıldığı şekilde tamamlayarak teslim etmiştir. Ancak, teslim edilen eser, ayıplıdır. Aliud teslimde ise, sözleşmede kararlaştırılan hususlar dışında başka bir şeyin yapılarak teslimi söz konusu olup, kararlaştırılan edim sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmediğinden borcun hiç ifa edilmemesi hali mevcuttur. Böyle bir durumda ayıpla ilgili TBK'nun 475 madde hükmü değil, borçlunun temerrüdüne ve borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK'nun 112 ve 125. maddeleri uygulama alanı bulur. İşsahibinin

---

[101] Yavuz, s. 19; Yılmaz, s. 54;Zevkliler/Gökyayla, s. 124; Eren, Genel, 1074; Gümüş, s. 805, 806; Acemoğlu, s. 19; **"** Köprü inşaatında kullanılmak üzere C-30 standartında hazır beton alımı konusunda yapılan anlaşmaya rağmen daha düşük nitelikte beton teslim edilmesi nedeniyle işsahibinin köprüyü yıktırmasından doğan zararın tazmini istemini içeren talebin dayanağı hazır beton alımı ile ilgili sözleşmede kararlaştırılandan farklı nitelikte beton teslimi aliud teslimdir."(Y.19. HD. 15.6.2020 T, 2018/3923-2020/1036 sy.k); "Sözleşmede seramik ya da alüminyum gövdeli lamba tedarikinin kararlaştırılmasına rağmen plastik gövdeli, kısa ömürlü ve az tasarruflu lambaların teslimi aliud teslimdir."(Y.11. HD.1 9.11.2020 T, 2020/3471-4853 sy.k)

[102] " Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesine aykırı olarak arsa sahibine verilmesi kararlaştırılan dükkanların 75,62 m² olması gerekirken teslim edilen bu yerlerin 58 m² olması eksik ifadır. Ancak yüzölçümü noksanlığının fahiş boyutlara ulaşması ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan 3 odalı yerine 2 odalı daire teslimi gibi hallerde "değişik eser"in (aliud)varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda borcun ifasına ilişkin genel hükümlere başvurulmalıdır." (YHGK'nun 9.12.1992 T, 1992/15-649 E, 1992/732 K. sy.ilam). Yargıtay bu kararında mesaha eksiğini aliud olarak kabule etmesine rağmen başka birçok kararında ise, oda sayısının eksik olması veya bağımsız bölümlerin belirtilenden az yüzölçümünde yapılmasını eksik iş olarak kabul etmiştir. YHGK'nun 27.9.2000 T, 2000/15-1134 E, 2000/1191 K sy.ilamı; Y.15. HD. 17.6.2008 T, 2008/1942-4021 sy.k, kararları bu doğrultudadır.

[103] Y.23. HD. 17.10.2018 T, 2016/826-2018/4764 sy.k. (UYAP); Federal Mahkeme, aliud'la ilgili vermiş olduğu BGE 52 II 143 kararda, tarafların anlaştıkları gerçek Şah Abbas halısı yerine onun taklidinin teslim edilmesini aliud olarak kabul etmiştir. BGE II 11 411 kararda ise, aynı olaya benzeyen bir durumda tam aksi sonuca varmıştır. En son verdiği BGE 94 II 26 karara göre ise, teslim edilen aracın satılandan bir eski model jaguar olması nedeniyle aliud olduğuna karar vermiştir. İkinci kararda Van Gogh'un sahte tablosu parça borcu olduğu için aliud sayılmamış, jaguar bir çeşit borcu olduğu için aliud sayılmıştır. Bu kararın eleştirisi için bak, Acemoğlu, s. 21-29; Gümüş, s. 807, 853.

bu hakkı kullanması için muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmadığı gibi hakkın kullanılması 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir[104].

3.2.İş Sahibinin Seçimlik Hakları

Yüklenicinin eserin sözleşmeye uygun olarak imali için gerekenleri yapma ve eserin ayıplı imaline ve işsahibinin zararına sebebiyet verecek fiillerden kaçınma borcu, özen yükümlülüğü kapsamında ve eser meydana getirme borcunun içinde asli bir borçtur. Bu borç tam olarak yerine getirilmediği takdirde, işsahibinin eserin ayıplı imal edilmesi halinde kullanabileceği 6098 sayılı TBK'nun 475 (EBK m. 360) maddesinde düzenlenen seçimlik hakları kullanma hakkı doğar. Eserin teslimiyle yüklenicinin ayıplı imalattan doğan sorumluluğu başlar. Anılan hükümde, sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme olarak belirlenen ve işsahibinin ayıplı imalat karşısında yükleniciden talepte bulunabileceği seçimlik haklarla ilgili düzenleme yapılmıştır. İşsahibi bu haklardan herhangi birini kullanabilir. Ancak tanınan seçimlik haklar birbirine eşdeğerde olmayıp, yasa hükmü ile bazı kısıtlamalar getirilmiştir. TBK'nun 475 maddesinde işsahibine tanınan haklar sınırlı olarak sayılmış bulunduğundan bu haklar genişletilemezler. TBK m. 475 emredici bir hüküm olmayıp, tamamlayıcı nitelikte olduğundan taraflar bu konuda farklı bir düzenleme yapabilirler[105].

TBK m. 475 de belirtilen hakların kullanılabilmesi için, yüklenicinin eseri teslim etmesi, işsahibinin ise muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekir. Bu koşullar gerçekleşmediği takdirde maddenin uygulanma olanağı kalmaz. Ayıptan doğan hakların ortaya çıkmasıyla ayıptan doğan talebin ileri sürülmesi farklı kavramlardır. TBK'nun 475. maddesinde belirlenen haklar, eserin teslim edilmesiyle ortaya çıkar. Ancak bu haklardan doğan taleplerin ileri sürülmesi şartların gerçekleşmesiyle olur. Örneğin onarım veya ücretten indirim hakkının kullanılması işsahibinin bu hakları seçerek talepte bulunduğu tarihte ortaya çıkabileceği gibi, işsahibi eser tamamlanır tamamlanmaz teslim almadan önce de bu hakları kullanabilir. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmini

[104] Gümüş, s. 806; Ünsal, s. 28; Akça, s. 26; Yavuz, s. 192.
[105] Eren, Özel, s. 647; Öktem, s.1952; Uygur, C.7, s. 7889, A.Avcı, Özen, s. 377.

hakkının ortaya çıkış tarihi ise, işsahibinin malvarlığı durumunun kötüleşmeye başladığı zamandır[106].

İmalatın ayıplı yapılması karşısında işsahibinin kullanabileceği seçimlik haklar yenilik doğurucu haklardan[107] olup, seçilen hak, tek taraflı irade beyanının yükleniciye yöneltilmesiyle kullanılır, bildirimin, yükleniciye ulaşmasıyla da hukuki sonuç doğurur ve o andan itibaren işsahibinin, kullandığı seçimlik hak dışındaki diğer seçimlik hakları düşer. Yenilik doğuran hakkın kullanılması kural olarak bu hususta açılacak bir dava bulunmasa dahi hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmektedir. Değişik şekilde ifade etmek gerekirse, işsahibi hangi seçimlik hakkı kullanırsa bu hakla bağlı olup, diğer seçimlik haklara başvuramaz. Türk Borçlar Kanunu'nda tek taraflı ve yöneltilmesi gereken irade beyanlarının geri alınmasına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu konuda TBK'nun icap ve kabulün geri alınmasına ilişkin 10. maddesinin bütün tek taraflı hukuki işlemlerin geri alınmasına uygulanacağı kabul edilmektedir [108].

Yenilik doğuran haklar, kesinlik ve açıklık gerektirdiğinden bu hakların kullanılması şarta bağlanamaz. Hakkın kullanımında, TMK'nun 2. maddesindeki

---

[106] Uçar, s. 551; Uygur, C.7, s. 7889.

[107] Yenilik doğuran haklar, bir hukuki yetkiye dayanarak hak sahibinin varması gereken tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki durum yaratan, mevcut bir hukuki durumu değiştiren veya ortadan kaldıran haklardır. İnşai haklar olarak da ifade edilir. Değişik bir şekilde ifade edilirse, yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir işlemle bir başkasının hukuki durumunu, onun katılmasına gerek olmadan değiştiren yetkilerdir. Bu hakların kullanılması kayıt ve şarta bağlanamayacağı gibi bir kez kullanılmakla hak sahibinin ulaşmak istediği amaç gerçekleştiğinden hak sona erer ve ikinci kez kullanılması mümkün olmaz. Yenilik doğuran haklar kanundan doğabileceği (TMK m.732 ön alım hakkı) gibi sözleşmeden de doğabilir. Bazı yenilik doğuran haklar ise, hem yasadan hem de sözleşmeden doğabilir. Fesih hakkı, dönme hakkı, geri alım hakkı gibi. Yenilik doğuran haklar doğurdukları etki bakımından kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olmak üzere üçe ayrılır. TBK m. 3 vd maddelerindeki sözleşmenin kabulü kurucu, satılan malın ayıplı olması karşısında alıcının satış bedelinden indirim hakkı değiştirici, temerrüt veya ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshinin istenmesi ise bozucu yenilik doğuran haklardır. (Yılmaz, s. 886; Buz, haklar, s. 57-88; Özmen/Ürem, s. 193; Eren, Genel, s. 61, 2017; Gümüş, s. 77-80; Dural/Sarı, s. 175).

[108] Karadaş, s. 209; Selimoğlu, s.157; Zevkliler/Gökyayla, s. 134; Öktem, s. 1952; Özmen/Ürem, s. 194;Dural/Sarı, 181; Serozan, s. 47; Eren, yenilik doğuran hakkın kullanılasından sonra bunu geri almanın mümkün olmadığını, çünkü bir kez kullanılmakla tükendiğinden sona eren bir hakkın mevcudiyetinde söz edilemeyeceği, tarafların anlaşmalarının veya hakkı kullananın bundan feragatinin sonucu değiştirmeyeceği, hakkın kullanılmasıyla meydana gelen sonuçlardan dönülebileceğinin kabulünün hukuki güvenlik ilkesine aykırı düşeceği (Genel, s. 69); Gümüş ise, geri almanın istisnaen varması gerekli olmayan yenilik doğuran haklar ve yenilik doğuran hakkın geri alınmasının muhatabın ve üçüncü kişinin haklarını ihlal etmediği durumların oluşturacağı (s. 69); Buz, tarafların karşılıklı anlaşması veya muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılmasına itiraz etmesi hallerinde yenilik doğrun hakkın geri alınmasının mümkün olduğu, ayıplı ifa halinde muhatabın kullanılan yenilik doğuran hakkı kesin olduğuna güvenene ve bu yeni hukuki duruma hazırlanıncaya kadar, hak sahibinin daha önce kullandığı bedelden indirim veya dönme hakkını tek taraflı geri alıp diğer seçimlik hakkını kullanabileceği, tek taraflı geri almanın sadece bu haklar açısından mümkün olup, bu seçimlik haklardan birini kullanan hak sahibinin sonradan ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanamaması gerektiği (Haklar, s. 447, 469).

dürüstlük kuralı dikkate alınmalıdır. Yenilik doğuran haktan feragat edilebilmesi için herşeyden önce hakkın doğması ve feragate elverişli olması gerekir. Yenilik doğuran haklar, alacak hakkı olmadıkları ve bir edimi kapsamadıklarından ilke olarak zamanaşımına bağlı olmayıp, hak düşürücü süreye tabi iseler de, istisnaen ayıplı ifa hallerinde olduğu gibi zamanaşımı süresine tabi olabilirler. [109].

Eserin ayıplı imalatı sebebiyle işsahibine tanınan bu üç seçimlik hakkın kullanılması için yüklenicinin kusurlu olması koşulu aranmaz. Zira, yüklenicinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olup, ayıbın yükleniciden kaynaklanmış olması yeterlidir[110].

İşsahibinin yasa hükmünde belirlenen seçimlik haklarının yanı sıra aynı hükümde genel hükümlere göre tazminatta talep edebileceği de düzenlenmiştir.

İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle belirtilen seçimlik haklardan herhangi birinin kullanılmasıyla ilgili genel koşullar ve sözleşmeden dönme seçimlik hakkı için gereken özel şartlar üçüncü bölümde ayrıntılı inceleneceğinden bu kısımda kullanılabilecek seçimlik haklar ayrıntıya girmeden açıklanacaktır.

3.2.1.Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK'nun 475/1.1 hükmünde işsahibinin eseri kabulünü engelleyecek oranda ayıplı imalat karşısında birinci seçimlik hak olarak sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme hakkının niteliği, koşulları ve sonuçları üçüncü bölümün inceleme konusu olduğundan bu kısımda sadece bu hakkın, seçimlik hakların en önemlisi ve yüklenici açısından ağır sonuçlar doğuran hak olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

---

[109] Eren, Genel, s. 62,70; Gümüş, s. 69-80; Dural/Sarı, s. 183,184; Buz, dönme, iptal veya fesih gibi bozucu yenilik doğruna haklar hakkın kullanılması yönünden hak düşürücü süreye tabi olup, bu hakların kullanılmasıyla doğan iade taleplerine zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği (Haklar, s. 265).

[110] Öktem, s 1952; Eren, Özel, s. 647; Aral/Ayrancı,s. 359;TBK'nun 474. maddesinde kusurdan bahsedilmemiş ise de, 473/II hükmünde ise, eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin kusuru nedeniyle eserin ayıplı ve sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinden bahsedilmiş ve işsahibine eser teslim edilmeden sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Kılıçoğlu, TBK'nun 473 maddesinde kusurdan bahsedildiğini, yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesinde kusur sorumluluğu bulunduğu (s. 479).

3.2.2.Eseri Alıkoyup Ayıp Oranında Bedelden İndirim İsteme Hakkı

TBK'nun 475/1.2 bendinde işsahibinin, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteyebileceği düzenlenmiştir.

Bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel şartlarının yanı sıra imal edilen eserde sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar ağır ayıp bulunmaması, ayıbın işsahibinin katlanabileceği boyutta olması gerekir. Yani bedelde indirim isteme hakkı, ağır olmayan ayıpların bulunması halinde kullanılabilir ve bu hak, işsahibinin mevcut ayıbı giderme niyeti olup olmadığına bakılmaksızın vardır [111].

Bu hakkın kullanılabilmesi için birinci koşul, teslim edilen ayıplı eserin değerinin, sözleşmede kararlaştırılan ve ayıpsız olması gereken eserin teslim anındaki değerinden düşük olmasıdır. Eserdeki değer eksikliği, teslim edilen ayıplı eserle, ayıpsız olarak yapımı kararlaştırılan eser arasındaki fark olup, değer eksikliği objektif değer, yani piyasa değerine göre belirlenir. Eserdeki mevcut ayıplar, eğer değer düşüşü yaratmıyor, sadece eserin amacına göre kullanılmasını etkiliyorsa (kararlaştırılan renkten farklı bir renge boyanması ya da dikilen elbisenin ısmarlayanın ölçülerine uygun olmaması gibi) işsahibi koşullarının gerçekleşmesi halinde ayıptan doğan diğer haklara başvurabilir [112].

İkinci koşul ise, ayıbın varlığına rağmen eserin az veya çok bir değerinin bulunmasıdır. Ayıplı eserin değeri yoksa, işsahibi bedel indirimi hakkından yararlanamaz. Bu gibi durumlarda, dürüstlük kuralı gereğince, ayıp nedeniyle ücretten indirim değil, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının tercih edilmesi gerekir[113].

---

[111] Karadaş, s. 216; Eren, Özel, s. 659; Kılıçoğlu, Özel, s. 484; Uygur, C.7, s. 7894.

[112] Şahin, s.147; ; Öztürk/Gözütok, s. 148; Öktem, s. 1958;Karadaş, s.221; " ..Taraflar arasında kağıt dilimleme makinesi yapımı konusunda eser sözleşmesi yapılmış, davacı işsahibi, makinenin çalışmadığını bildirerek sözleşmenin feshi ile bedelin iadesini istemiştir. Yüklenici makinenin ayıplı olmadığını savunmuş, bilirkişi incelemesinde, makinenin demonte vaziyette depoda olduğu, elektrik bağlantısının olmadığı, bir kısım parçalarının dağınık ve sökük vaziyette olduğu ve bu durumda çalıştırılamadığı belirtilerek hurda değeri düşülmek suretiyle iadesi gereken bedel belirlenmiştir. İşsahibi eserin ayıplı olduğunu ispat etmek zorunda olup, işsahibinin TBK'nun 475 maddesinde belirtilen seçimlik haklardan hangisini kullandığının tespiti bakımından masrafları davacı tarafa ait olmak üzere makinenin montajının yaptırılarak makinedeki ayıbın niteliğinin ek raporla saptanmasından sonra seçimlik haklardan hangisini kullanabileceği belirlenerek bir hüküm kurulması gerekir." (Y.15. HD. 15.4.2015 T, 2014/4250-2015/1957 sy.k)(UYAP).

[113] Dokrinde baskın olan görüş, ayıplı eserin bir değerinin bulunmaması yani ayıbın imal edilen eseri değersiz kılması halinde, işsahibinin sadece dönme hakkını kullanması ve satım sözleşmesine ilişkin TBK'nun 227. maddesinin burada kıyasın uygulanması gerektiği, ücretin indirilmesindeki amacın, ayıplı ifa edilen eserle ücret arasında yeniden bir denge kurulması olduğu, ayıbın neden olduğu eserdeki değer

Sözleşmeden dönme anlamına gelecek miktarda bir bedel indirimi istenmesi halinde hakim seçimlik hakkın doğru kullanılıp kullanılmadığı ve ayıbın niteliği ile ilgili gerekli incelemeyi yaparak çoğun içinde azda vardır kuralı gereğince uygulamada bedel indirimi veya onarım bedeline karar verilebilmektedir[114] .

Ayıp nedeniyle bedelden yapılacak indirim miktarının nasıl hesaplanacağı hususunda yasada bir hüküm yoktur. Bu seçimlik hakla ilgili düzenleme emredici nitelikte bulunmadığından taraflar ayıp nedeniyle ücrette indirilecek miktarı aralarında kararlaştırabilecekleri gibi anlaşamadıkları takdirde mahkemece belirlenir. Uygulamada, sözleşmedeki karşılıklı edimler ve tarafların sağladıkları menfaatler dengesini koruma açısından bu bedelin belirlenmesinde nispi metot uygulanmaktadır[115]. Buna göre; kararlaştırılan ücretle ayıplı değerin çarpımının ayıpsız değere bölünmesiyle ödenecek indirilmiş ücret bulunur.

İşsahibinin ayıp oranında bedel isteyebilmesi için iş bedelinin tamamını ödemesi gerekir. Eğer iş bedeli tam olarak ödenmemişse, kalan iş bedelinden ayıplı imalata ilişkin kısmı ödemeyi reddedebileceği gibi, yüklenicinin açtığı iş bedelinin tahsili davasında mahsup talebinde bulunabilir. Bedel indirimi hesabında, açık ayıbın varlığı eserin tesliminden sonra yapılacak muayene ile ortaya çıkacağından, teslim tarihinde ve yerindeki rayiç değerlerin, gizli ayıplar ise, kullanım sonucu ortaya çıktığından bu tür ayıpların varlığı halinde de, gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihin esas alınması gerekir[116]. İşsahibinin ayıplı eserle ilgili bedelin indirilmesini, TBK'nun 478 maddesinde belirtildiği üzere taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde teslim tarihinden itibaren iki yıl, taşınmaz yapılarda ise beş yıl, şayet yüklenicinin ağır kusuru varsa ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yıllık zamanaşımı süresi içinde isteme hakkı var ise de; iş bedelinin tamamen ödenmiş olması durumunda indirilmesi gereken bedeli, teslim tarihinden itibaren makul bir süre içinde talep etmesi gerekir. Makul sürenin aşılması ve bu tür

azalmasının işsahibinin ödeyeceği bedelden düşürülmesi ile eşitliğin sağlanabileceği, eşitliğin sağlanması içinde az veya çok eserin bir değerinin bulunması gerektiği, değeri olmayan ayıplı bir eserde ücretin indirilmesinin de bir anlam taşımayacağı kabul edilmektedir (Uygur, C.7, s. 7894; Öktem, s. 1958; Karadaş, s. 221; Zevkliler/Gökyayla, s. 557; Aral/Ayrancı, s. 361).

[114] Öztürk/Gözütok, s. 149; Y.15. HD. 23.12.2015 T, 2015/1080-6602 sy.k (UYAP).

[115] Öktem, s. 1958; Uygur, C. 7, s. 7804.

[116] Karadaş, s. 218,221; Öktem, s. 1960; Selimoğlu, s. 162; Uygur, C.7, s. 8019; Y.15. HD. 24.4.2017 T, 2016/1874-2017/1749 sy.k

istemin geç talep edilmesi halinde yüklenicinin ağırlaşan kusurundan işsahibi de sorumlu olur (TBK m. 114/II delaletiyle m.52).

Eseri alıkoyarak bedelde indirim isteme hakkı, tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanıyla kullanılan değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Yükleniciye ulaşmasıyla hukuki sonuç doğurur. Kullanılması herhangi bir şekle bağlı olmayıp, yüklenicinin açtığı bedelin tahsili davasında ya da dava dışında kullanılabilir. İşsahibinin bedelde indirim seçimlik hakkını kullanması, borcun yenilenmesi ya da yeni bir sözleşme olarak kabul edilemez. Sadece eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan bedel miktarı değişmekte olup ayrıca bir tazminat istemi de değildir[117].

Eser sözleşmelerinin uygulamada en çok karşılaşılan türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıplı imalat halinde, bedelden indirim istenilmesi durumunda, bunun para olarak mı yoksa arsa payı olarak mı belirleneceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK'nun 475 maddesinde para olarak belirlenecek değer indiriminin esas alındığı, bu nedenle de arsa payından indirim yapılamayacağı; bir diğer görüşe göre ise, ücretin yalnızca parayı değil, arsa payını da kapsadığı ve ayıp oranında arsa payından indirim yapılması gerektiği savunulmaktadır. Uygulamada ise, tapuda pay indirimi kabul edilmemekte, ayıbın piyasa rayici belirlenerek bu miktar yükleniciden alınmakta daha sonra sözleşme gereği yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölümler yüklenici adına tescil edilmektedir[118].

3.2.3.Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı

Eserdeki ayıbın onarım suretiyle giderilmesi, ayıplı ifa nedeniyle oluşan kötü ifanın gerekli tamirler yapılarak sözleşmeye uygun hale getirilerek tam ifanın sağlanmasıdır. Eserin onarılması suretiyle ayıbın giderilmesi konusunda taraflar aralarında eserdeki ayıbın mahkemeye başvurmadan üçüncü kişiye yaptırılabileceği ya da ayıplı imalatın aynı şekilde yargı yollarına başvurulmadan yüklenici tarafından giderilebileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda öncelikle sözleşmede bir kararlaştırma bulunup bulunmadığı ve varsa bunun yerine getirilip getirilmediğine

[117] Uygur, C.7, s. 7893; Eren, Özel, s. 659; Gümüş, s. 78; Öktem, s. 1958; Öztürk/Gözütok, s. 148; Tacirler arasında düzenlenmiş bir eser sözleşmesinin varlığı halinde, ayıp nedeniyle bedelde indirim hakkının kullanılması TTK'nun 18 (ETTK m.20) maddesindeki şekle bağlı değildir. Çünkü bu hükmün şekle tabi kıldığı beyanlar arasında işsahibinin bedelden indirim talebi yoktur.
[118] Selimoğlu, s, 162 ; Karadaş, s. 220; Öktem, s. 1960.

bakılması gerekir. Sözleşmede bu hususta herhangi bir anlaşma yoksa o zaman yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanılması gerekir[119].

Bu hak TBK'nun 475/1.3 hükmünde, "*aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları, yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı*" olarak işsahibine tanınmış olup, işsahibi talep etmediği takdirde yüklenici böyle bir talepte bulunamaz. İşsahibi talep etmediği halde ayıbı giderme önerisinde bulunan yüklenicinin bu önerisinin işsahibi tarafından reddedilmesi onun hakkında alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez ise de, işsahibi ayıbın giderilmesini talep etmesine rağmen yüklenicinin bu işlemi yapmak için eserin bulunduğu yere girmesini engellemesi halinde alacaklının temerrüdü hükümlerine göre sorumlu olur[120].

Ayıbın onarım yoluyla giderilmesi hakkının kullanılabilmesi için birinci koşul, kanun hükmünde de açıklandığı üzere, onarım aşırı bir masrafı gerektirmemelidir. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, işsahibinin elde edeceği yarar karşısında, yüklenicinin katlanacağı zarar çok fazla ise ve bu durum doğruluk ve dürüstlük kuralarına aykırılık oluşturacaksa masraf aşırı kabul edilerek bu seçimlik hakkın kullanılmaması gerekir. Ancak yüklenici onarımın yapılmasının aşırı gider gerektirmesi halinde dahi onarımı kabul edebilir[121].

İkinci koşul ise, sözleşme koşullarına aykırı ayıplı imalatın, sözleşmeden dönmeyi gerektirecek ve işsahibinin eseri kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde olmaması gerekir. Ancak yüklenici eserde bazı niteliklerin bulunacağı konusunda vaatte bulunarak garanti vermiş ve vaadini yerine getirmemişse, işsahibi masrafın fazlalığına bakmaksızın onarım yolu ile eserin düzeltilmesini isteyebilir[122].

Bu hakkın kullanılabilmesi için üçüncü koşul ise, eserdeki ayıbın onarım suretiyle giderilebilecek bir bozukluk olması gerekir. Eserdeki ayıbın giderilmesi mümkün değilse, zaten işsahibinin bu hakkı kullanması olanağından da bahsedilemez[123].

---

[119] Selimoğlu, s.165.
[120] Eren, Özel, s. 659; Uygur, C.7, s.7895.
[121] Öztürk/Gözütok, s. 149; Şahin, s. 145; Eren, Özel, s. 659; Kılıçoğlu, Özel, s. 485.
[122] Uygur, C.7, s. 7896; Eren, Özel, s. 659.
[123] Şahin, s. 146;

Eserde bulunan imalat bozukluklarının giderilmesi için işsahibinin yükleniciye ayıbın niteliği nazara alınarak makul ve belli bir süre vermesi gerekir. Ancak, tanınan süre içinde iş yapılmaz veya yüklenici onarımı reddeder ya da yüklenicinin tutumu nedeniyle işin verilen süre içinde tamamlanmayacağının anlaşılması halinde, işsahibi yükleniciye verdiği sürenin dolmasını beklemeden diğer seçimlik haklarını kullanabileceği gibi TBK'nun 113 (818 sayılı BK m. 97) hükmü gereği ayıplı kısmın yüklenici, kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması için mahkemeden izin isteyebilir ya da yükleniciyi işin tamamlanması konusunda göndereceği ihtarla temerrüde düşürüp, TBK m. 123 de tanınan seçimlik haklarını eser sözleşmesinin özelliklerini gözeterek kullanabilir. İşsahibi onarım hakkını kullanmış ve yüklenici bu talebi yerine getirmemişse o zaman sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Çünkü, onarım istenmesine rağmen onarımın yapılmaması halinde bu hakkın kullanılmış olması sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmaz. Yine ayıbın yüklenici tarafından tam olarak giderilmemesi karşısında da tekrar TBK m. 475 de tanınan seçimlik hakları elde eder[124].

Eserdeki ayıbın giderilmesi (onarım hakkı) hususundaki talep, yenilik doğurucu, yükleniciye varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır. Ancak bu hakkın dava yoluyla kullanılması halinde talep doğrultusunda verilen hüküm yenilik doğurucu bir nitelik taşımaz. Öğretide eserdeki ayıbın onarım suretiyle giderilmesini isteme hakkının yenilik doğurucu hak olmadığı yönünde görüşler bulunduğu gibi, bu hakkın edimin ifasına yönelik bir alacak hakkı olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak her iki görüş tarafları da, yüklenicinin ayıbı giderme borcunda temerrüde düşmesi veya onarımın imkansız hale gelmesi yani yüklenicinin tüm çabalarına karşı ayıbın giderilmemesi halinde işsahibi için sözleşmeden dönme ya da ücret indirimi talep hakkının doğacağını kabul etmektedirler[125].

İşsahibi eserdeki ayıbın giderilmesi süresinde uğradığı kar yoksunluğu için ancak kusur şartına bağlı olarak ve ayıp sonucu zararın tazmini hükümleri çerçevesinde talepte bulunabilir. Yüklenici ayıbın giderilmesinin işsahibine sağladığı dolaylı yararlar için

[124] Eren, Özel, s. 660; Uygur, c. 7, s. 7896; Aral/Ayrancı, s. 363.
[125] Uygur, C.7, s. 7891; Gümüş, s. 77; Şahin, ayıbın giderilmesini isteme hakkının, yüklenicinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sadece eserin ayıplı olması durumunda, işsahibinin sözleşmeden dönme ve ücretten indirim haklarının alternatifi olarak getirilmiş, eserdeki tüm ayıpların ortadan kaldırılmasını isteme olanağı veren ifaya yönelik özel bir talep hakkı olduğu (s. 145).

(giderme süresi içinde bakım masrafı yapılmaması nedeniyle işsahibinin sağladığı kazanç, eski-yeni farkı gibi) kural olarak bir karşılık isteyemez. Ancak, ayıp uzun süre sonra ortaya çıktığında, yüklenici işsahibinden yenileme masraflarından yaptığı tasarruf için uygun bir karşılık isteyebilmelidir[126].

3.2.4.İşsahibinin Ayıplı İmalat Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı

TBK'nun 475 maddesinin 2. fıkrasında ilk fıkrada belirtilen üç seçimlik hakla birlikte işsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının da bulunduğu düzenlenmiştir. Tazminat isteme hakkı bir seçimlik hak olmayıp onlarla birlikte kullanılan bir hukuki imkandır. İşsahibi isterse sadece tazminat talebinde bulunur, isterse seçimlik haklardan birisi ile birlikte tazminat ister. Fakat seçimlik hakları da kapsayacak şekilde tazminat talebinde bulunamaz. Birinci fıkrada belirtilen seçimlik hakların kullanılması için eserin ayıplı olması yeterli kabul edilmesine rağmen ayıplı imalat nedeniyle doğan zararın tazmini istemleri için, yüklenicinin kusurlu olması şartı getirilmiştir [127].

Ayıplı ifada, işsahibinin müspet zararı; tazminat isteminde ise, işsahibince seçimlik haklar kullanılmasına rağmen giderilmeyen zararlar söz konusu olur. Yani, ayıbın eserde meydana getirdiği değer düşüklüğü dışında, mevcut ayıpla uygun nedensellik bağı olan işsahibinin diğer malvarlığı ve şahsi haklarında meydana gelen ek zararlardır. Yapılan binada ayıbın giderilmesine kadar mahrum kalınan kira kaybı, ayıbın giderilmesi nedeniyle işletmede oluşan kar kaybı, ayıplı bacanın yangına sebebiyet vermesi, onarılan şeyin ayıp nedeniyle piyasa değerinin düşmesi, eserin kullanılmasına ilişkin yeterli açıklamanın yapılmamasından doğan zararlar gibi[128]. Tazminata konu olabilecek zararlar belirlenirken ayıplı ifa sonucu eserdeki zararla, eser sözleşmesine aykırı davranışın işsahibine verdiği zararın ayırt edilmesi gerekir. TBK 475 maddesi gereği istenebilecek tazminat, taraflar arasındaki eser sözleşmesi ilişkisinden doğan tüm

---

[126] Uygur, C.7, s. 7895.

[127] Şahin, s. 149; Öktem, s. 1962; Aral/Ayrancı, s. 364; Karadaş, s. 223..

[128] Aral/Ayrancı, s. 364; Uygur, C.7, s. 7896; "Davacının kolundaki dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor aynı zamanda, izi tamamen yok etmeği de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır. Oysa dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıksız ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahale izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK'nun 360. maddesi gereğince kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir. Bu durumda, davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması izahtan varestedir. Manevi tazminat talebinin kabulü gerekir." (Y.15. HD. 3.11.1999 T, 4007/3868 sy.k) (Kıcalıoğlu, s. 181).

zararları değil, sadece eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararları kapsar[129]. Yüklenicinin eserin yapımı sırasında kendisinin veya yardımcı kişilerin ya da alt yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı sonucu esere değil de, işsahibinin başka bir malvarlığına zarar vermesi halinde (badana yapımı sırasında işsahibinin koltuklarının boyanmış olması gibi) genel hükümlere tabi tazminata konu olur ve işsahibinin TBK'nun 112 maddeye göre tazminat hakkı doğar [130].

İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle seçimlik haklarla birlikte veya bu haklar dışında yükleniciden tazminat isteyebilmesi için, eserin ayıplı olması, ayıbın zamanında ihbar edilmesi zararla ayıp arasında uygun illiyet bağının bulunması ve yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, işsahibi aleyhine doğan zararlar ayıba bağlı olarak ortaya çıktığından ayıpla, zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Örneğin, tamir için verilen aracın tamiri sırasında kullanılmış parça takılması sonucu tamirat yüzünden araçta sonradan başka arızaların ortaya çıkması, ayıplı inşa edilen evin iyi kira getirmemesi nedeniyle yoksun kalınan kira geliri gibi. Ayıpla zarar arasında illiyet bağı yoksa tazminat talebinde bulunulamaz [131].

Yüklenicinin kural olarak objektif kusurunun ve koşulları gerçekleşmişse sübjektif kusurunun bulunması gerekir. TBK'nun 112 (EBK m.97) hükmündeki genel ilke burada uygulanarak yüklenici kusurunun bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Çünkü yüklenici işin uzmanı olup, işin yapımı sırasındaki teknik süreci ve faaliyetleri en iyi bilendir. Ayrıca TBK'nun 205/II hükmündeki satış sözleşmesinde, dönme halinde sadece doğrudan doğruya zarar istenebileceği düzenlemesinden farklı olarak eser sözleşmesinde dolaylı zarar ve dolaysız zarar ayırımı yapılmadığından, uygun illiyet bağı bulunması koşulu ile yüklenici ayıplı eser teslimi nedeniyle işsahibine verilen dolaylı ve dolaysız zararlarını tazminle yükümlü olur [132].

Yüklenicinin eserin yapımı sırasında meydana gelen zararların hepsinde kusura dayalı sorumluluk söz konusu olmaz. Yardımcı kişilerin veya eserin alt yüklenicilere yaptırılması sonucu onların eylemlerinde doğan zarar bakımında kusura dayanmayan

---

[129] Şahin, s. 150; Uygur, C.7, s. 7896; A.Avcı, Özen, s. 381,376.

[130] Öktem, s. 1963; Eren, BK'nun 360 (TBK m.475) maddesi uyarınca eserdeki ayıp nedeniyle istenecek tazminata BK'nun 96.(TBK m.112) maddesi uygulanmaz buna karşılık ademi ifadan, mesela eserin teslim edilmemesinden doğan zararların tazmininde TBK 112 (EBK m. 96) maddesine dayanmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir (Özel, s. 661) .

[131] Uygur, C.7, 7897; Şahin, s. 150; Öktem, s. 1962; Karadaş, s. 224

[132] Uygur, C.7, s. 7897; Eren, Özel, s. 661; Öktem, s. 1963.

sorumluluğu söz konusu olur. Böyle bir durumda yüklenici kurtuluş beyyinesi getirerek yani o işi kendisi de yapmış olsa aynı sonucun doğacağı ve kusurun bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulur.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmini hususunda özel hükümler varsa bu hükümler, özel bir düzenleme yoksa genel hükümler uygulanmalıdır. İspat külfeti ise, TBK. 112 (EBK nun 96) maddesine göre belirlenmelidir. İşsahibi, zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi, yüklenici ise, yapılan iş konusunda ehil olduğundan kusurunun bulunmadığını yani kusursuzluğunu ispat etmelidir [133].

[133] "… Depremde binanın çökmesinin malzeme ve işçilik hatasından kaynaklandığı anlaşıldığından müteahhit özen borcuna aykırı davranışından sorumludur. Müteahhidin sorumlu tutulmuş olması, ihalenin hazırlanmasında, kontrollük görevinin yerine getirilmesinde, eserin kabulünde, işin amacına uygun ve sağlıklı yürütülmesinde yeterince özen göstermeyen ve ihmali davranan idare görevlilerinin yasadan kaynaklanan sorumluluklarını kaldırmaz. Burada sözleşmeden doğan sorumluluk ile yasadan doğan sorumluluğun bir arada bulunması söz konusudur.." (Y.15. HD. 21.5.1992 T, 248/2683 sy.k.) (Uygur, C.7, s. 7959).

.

BÖLÜM 4. SÖZLEŞMEDEN DÖNME, KOŞULLARI VE SONUÇLARI

4.1.Eser Sözleşmesinde Ayıplı İmalat Nedeniyle İşsahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Koşulları

Sözleşmeden dönme, yüklenicinin meydana getirdiği eserin ayıplı olması halinde işsahibine tanınan seçimlik haklardan yüklenici açısından en ağır olanıdır. Bu nedenle de diğer seçimlik hakların kullanılması için gereken eserin teslimi, teslim edilen eserin ayıplı olması, ayıbın işsahibinden kaynaklanmaması, eseri işsahibinin kabul etmemesi gibi maddi koşulların ve eseri gözden geçirme, ihbar külfeti ile zamanaşımı süresinin gözetilmesi gibi şekli koşulların bulunmasının yanı sıra sözleşmeden dönme için bazı ek şartların varlığı da gerekir.

4.1.1.Maddi Koşullar

4.1.1.1.Eserin Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmesi

TBK'nun 470 vd**.** maddelerde teslimle ilgili özel bir hüküm bulunmamasına rağmen yüklenicinin işe zamanında başlama ve teslimin gerçekleşmemesi halinde işsahibinin sözleşmeden dönebileceğine ilişkin 473/1, açık ayıpların muayene ve ihbarına yönelik 474/1, ayıplı imalatla ilgili dava zamanaşımı süresinin düzenlendiği 478, yüklenici ücretinin istenebilir hale geldiği zamanı belirleyen 479/I, II ile yarar ve hasarın işsahibine geçmesine ilişkin 483. maddelerindeki düzenlemelerde de açıkça görüldüğü üzere hak ve borçların doğumu eserin teslimine bağlı kılınmıştır. Yasadaki bu düzenlemeler, eserin teslimi borcunun, yüklenicinin asli borçlarından olduğunu gösterir.

Yüklenicinin eserde bulunan ayıplı imalatla ilgili sorumluluğuna gidilmesinin vazgeçilmez koşulu, eserin tamamlanarak işsahibine teslim edilmiş olması yani hukuken ve fiilen işsahibinin hakimiyet alanına verilmesidir. Teslim edilmeyen bir eserde yüklenicinin ayıplı imalat nedeniyle sorumluluğu başlamaz[134]. TBK'nun 474/1 hükmünde de, "*eserin tesliminden sonra*" ibaresi ile bu husus açıkça belirtilmiştir.

[134] "..Arsa paylı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan imalatın tesliminden önce ayıplı ve eksik iş bedeli dinlenemez. Buna göre öncelikle bağımsız bölümlerin teslim edilip edilmediği ve teslim tarihinin

Yüklenicinin asli borcu olan eseri meydana getirmesi yeterli olmayıp eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp işsahibinin hakimiyet alanına geçmesinin sağlanması yani hukuki ve fiili teslimin gerçekleşmesiyle edimin ifası tamamlanır. Teslim, işgörme borcunun tamamlanması sonucu yerine getirilen bir yükümlülük olduğundan tamamlanmamış eserin teslimi söz konusu olamayacağından teslimin konusunu tamamlanmış eserler oluşturur[135]. Yüklenicinin işi ifa etmemesi nedeniyle terketmesi üzerine işsahibinin o şeye el koyması teslim olarak kabul edilemez[136]. Tamamlanmış bir eserin teslimi, işsahibinin ayıp ve eksik işle ilgili talep haklarının doğması için zorunlu koşuldur.

Eserin tamamlanmamış olması ile eserin ayıplı olması hali farklıdır. Çünkü eser tamamlanmış olmasına rağmen ayıplı olabilir. Tamamlanmış bir eserin ayıplı olması teslime engel olmaz. Yüklenici eseri teslim edebilmek için tamamlamak zorunda olduğundan bir kısım işleri gereği gibi yerine getirmemiş olabilir. Bu husus, yani bazı edimlerin yapılan işin niteliğine uygun olmaması teslim ve tesellümde önemli değildir. Teslim için imal edilen eserin ayıplı olmaması diye bir koşul yasa koyucu tarafından getirilmemiştir. TBK'nun 474 maddesindeki işsahibi açısından teslimden sonra doğan muayene ve ihbar yükümlülüğü de bunu göstermekte olup, ayıplı eserin teslim alınmış olması işsahibinin ayıp nedeniyle sahip olduğu hakları kullanmasına engel oluşturmaz. Sözleşme hükümlerine göre tamamlanmayan bir eser ayıplı kabul edilemeyeceğinden işsahibi böyle bir durumda ayıptan doğan haklarını kullanamaz. Ayıplı ifa halinde bu hususta özel düzenlemeler uygulama alanı bulurken tamamlanmamış bir eserde temerrüde ilişkin hükümler uygulanır [137].

belirlenmesi, açık ya da gizli ayıbın varlığı halinde ihbar edilip edilmediği ve sürelerine göre talep değerlendirilmelidir." (Y.23. HD. 24.10.2018 T, 2015/9562-2018/4900 sy.k)(UYAP).

[135] "..Kural olarak imal ve inşa edilecek bir eser ancak tamamının ikmalinden sonra teslim edilebilir. Teslimin yapılmış sayılması, sözleşmede kararlaştırılan tüm işlerin bitirilmiş ve icra edilmiş olması anlamına geldiği, henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceği, gerek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal Mahkeme kararları ile benimsenmiş bir olgudur (YHGK 13.6.1976 T, 1977/13-1270 E, 824 K sy,ilamı). Buna göre bir eserin tamamlanmış olması eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür." (Y.15. HD. 9.4.1987 T, 2168-1543 sy.k) (Karadaş, s. 195).

[136] "..Anahtar teslimi yapılması kararlaştırılan inşaatta 100 m²lik inşaat natamam olarak müteahhit tarafından terkedilmiştir. Bu durumda işsahibi tarafından tamamlanmak üzere inşaata el konulması onun haklarından vazgeçerek inşaatı teslim aldığı şeklinde yorumlanamaz." (Y.15.HD. 23.9.1986 T, 1986/432-2970 sy.k)(Kostakoğlu, s. 534, 535) .

[137] Uçar, s. 551;Kılıçoğlu, Özel, s. 467; Eren, Özel, s. 629, Başaran, s. 1323.

Eserin teslimi ile teslim alınması ve kabulü farklı kavramlar olup[138], tarafların sözleşmeden doğan yararlarının korunması ve elde edilmesine yönelik değişik gayelere hizmet ederler. Eserin teslimi yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu ve işsahibinin ayıp nedeniyle seçimlik hakları kullanması için başlangıç olmasına rağmen, eserin kabulü ile yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğu, işsahibinin ise seçimlik hakları ve tazminat talep hakkı sona erer[139]. Tamamlanmış eseri teslim alan işsahibinin tesellümle ilgili bir irade açıklamasına gerek bulunmadığı halde, kabulde işsahibi eserin sözleşme hükümlerine uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir açık ya da örtülü bir irade açıklamasında bulunur. Teslim ve tesellüm aynı anda gerçekleşmesine rağmen kabul genellikle eserin teslim alınmasından sonraki aşamada yapılan bir beyandır. Eserin kabulü ile teslimi kavramlarının ortak özelliği ise, her ikisinde de eserin tamamlanmış olması koşulunun bulunmasıdır.

Teslim, yüklenicinin ana borcu olduğundan tamamlanan eserin işsahibine teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü de ona aittir. Teslim hukuki işlem olmayıp, hukuki fiil olduğundan her türlü delille kanıtlanabileceğinden gerekirse bu hususta tanık dinlenebilir[140].

---

[138] Teslim borcunun karşıtını tesellüm oluşturur. Bu iki kavram, karşılıklı birbiriyle bağlantılıdır. Çünkü bu kavramların birisi yüklenici, diğeri ise işsahibi açısından aynı olayı ifade etmektedir. Taşınır bir eserin yapımı veya onarımının tamamlanarak işsahibine verilmesi veya taşınmaz üzerinde yapılan inşaatın tamamlandığının bildirilmesiyle aynı anda hem teslim hem de tesellüm gerçekleşir. TBK'nun 477 maddesinde düzenlenen kabul ise, yüklenicinin meydana getirdiği eserin sözleşmeye uygun olduğu ve artık eserde ayıp iddiasında bulunulmayacağının işsahibi tarafından açıklanması olup, kabul beyanı işsahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi, ayıbı bildirmemesi veya eserin sözleşmeye uygun olduğunu yazı ile bildirmesi şeklinde açık ya da örtülü yapılabilir (Uçar, s. 521; Kılıçoğlu, Özel, s. 487; Kal, s. 4).

[139] ".. Eserin teslimi ile kabulü eş anlamlı değildir. Malın teslim alınmış olması onun kabulü anlamını taşımaz. Yeter ki, işin mutat cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz muayene edilmemiş veya edilip karşı tarafa durumu iletilmemiş olsun." (Y.15. HD. 29.4.1998 T, 1217/1716 sy.k) (Uygur, C.7, s. 7971).

[140] Selimoğlu, s. 138; Öktem, s. 1948; Karadaş, s. 194;Uçar, s.515; Kostakoğlu, s. 494; Başaran, s. 1324; Aksi görüş, uygulamada kabul edildiğinin aksine teslimin maddi vakıa olmayıp, hukuki işlem olduğu ve buna bağlı olarak da teslim borcunun yerine getirildiğinin kural olarak kesin delillerle ispat edilmesi gerektiği (Zevkliler/Gökyayla, s, 511); " ..Eser sözleşmelerinde teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa niyetiyle işsahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi olarak tanımlanmaktadır. Teslimi kanıtlama yükümlülüğü yüklenici de olup, bu husus hukuki işlem olmayıp hukuki fiil olduğundan kural olarak her türlü delille ispat edilebilir…" (Y.15. HD. 30.9.2020 T, 2020/1047-2622 sy.k); " ..Genel olarak eser sözleşmesinde yüklenicinin sadece eseri meydana getirmesi, asli edim borcunun yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Yüklenici sözleşmeye uygun meydana getirdiği eseri usul, yasa ve sözleşme hükümlerine göre teslim borcu altındadır. Teslimin nasıl yapılacağı sözleşmede kararlaştırılmamışsa veya bu konuda taraflar arasında bir delil sözleşmesi yoksa yüklenici eseri teslim ettiği vakıasını kural olarak her türlü kanıtla bu arada tanıkla dahi ispat edebilir." (Y.15. HD. 20.3.2017 T, 2017/526-2199 sy.k)(UYAP).

Teslim yükümlülüğü, sözleşme hükümlerine göre tamamlanan eserin ifa amacıyla işsahibi veya onun yetkilendirdiği temsilcisine usulüne uygun şekilde verilmesi, eser üzerinde onların doğrudan zilyetliğinin sağlanması suretiyle yerine getirilir. Bunun için yüklenicinin tamamlanmış eseri teslim etme hususundaki iradesinin işsahibine bildirilmesi gerekmekte olup, eserin taşınır, taşınmaz veya maddi varlığa sahip olup olmamasına göre teslim farklı şekillerde gerçekleşir. Taşınırlarda teslim borcu, tamamlanan eserin ifa amacıyla işsahibinin doğrudan doğruya fiili hakimiyet alanına geçirilmesi ve zilyet kılınmasıyla gerçekleşir. Malzemesi yüklenici tarafından sağlanarak yeni yapılan taşınır eserlerde zilyetliğin devrinin yanı sıra mülkiyeti nakil borcu da söz konusudur. Örneğin dikilen elbisenin terzinin dükkanında işsahibine teslimi gibi. Ancak eserin imalinde kullanılacak malzemenin işsahibi tarafından sağlanması durumunda sadece zilyetliğin işsahibine devri suretiyle teslim gerçekleşir. Tamir için bırakılan aracın tamirin yapıldığı yerde teslimi gibi. Zilyetliğin devri genellikle elden teslim şeklinde gerçekleşmesine rağmen, hükmen teslim veya havale yoluyla da teslim yapılabilir. Tarafların sözleşmede teslimin ne şekilde olacağını kararlaştırmaları halinde bu anlaşmanın dışında yapılan teslimi işsahibinin kabul etmemesi halinde işsahibi hakkında alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümleri uygulanmaz. Taşınır bir eserin teslimi kavramı içine bazen yapılan eserin niteliği gereği montajının yapılması ve çalışır hale getirilmesi faaliyeti de dahil olabileceğinden bu işlemler tamamlanmadan yapılan teslim kabul edilmeyebilir. Taşınır eserlerin söz konusu olduğu durumlarda, aksi kararlaştırılmadığı takdirde eser sözleşmesinin niteliği gereği teslim borcunun aranacak borçlardan olduğunun kabulü ile yüklenicinin bulunduğu yerde teslim yapılmalıdır[141].

Taşınmazlarda ise, iş görme sonucu taşınmazın bulunduğu yerde meydana getirildiğinden teslim, taşınmazın bulunduğu yerde yapılır. İşsahibinin maliki olduğu taşınmaz üzerinde yapılıp tamamlanan eserin bittiğinin işsahibine bildirilmesi, eserin kullanılmasına engel durumların ortadan kaldırılarak işsahibinin fiili hakimiyetine terk edilmesi ve onun rahatça kullanabilmesinin sağlanmasıyla teslim tamamlanır. Taşınmaz eserin eksiksiz olarak imal edilip görülebilecek şekilde tamamlandığı ve bu durumun işsahibi tarafından anlaşılması gerektiği hallerde, (bina, fabrika yapımı gibi) yüklenicinin yapım mahallinden şantiye yapısını kaldırmak, makine, diğer araç ve aletlerini toplayarak

[141] Uçar, s. 536; Eren, Özel, s. 630,631; Akça, s. 17,19; Uygur, C.7, s. 7721; Ertaş/Serdar/Gürpınar, s. 447-448; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 73-84, 737 vd.; Başaran, s. 1323 .

çekilmek suretiyle işsahibinin kullanımına terkedilmesi örtülü biçimde eserin teslimi olarak kabul edilir. Bazı durumlarda ise, taşınmaz üzerindeki eserin tamamlandığı işsahibince anlaşılabilecek durumda olmayabilir ki, o zaman yüklenicinin eseri teslim iradesini işsahibine açıkça bildirmesi gerekir. Eğer yükleniciye ait bir arsa üzerinde bina yapılmışsa, yüklenici yapım tamamlandıktan sonra taşınmazın mülkiyetini de işsahibine geçirmek zorunda olup, eser sözleşmesi mülkiyetin devrinin sebebini oluşturduğundan mülkiyetin geçirilmesi eşya hukuku kurallarına göre işsahibi adına yapılacak tescille ifa tamamlanır. Yine taşınmaz üzerinde işsahibinin zilyetliğinde yapılan eser niteliği itibariyle maddeten teslim edilemediği takdirde, işsahibi tarafından işin görülecek derecede tamamlanmış ve tasarruf edilebilecek duruma getirilmiş bulunmasıyla (duvarın boyanmasının bittiğinin, elektrik arızasının giderilmesi işinin tamamlandığının ya da bir hidroforun tamirinin tamamlandığının yapan usta tarafından bildirilmesi ve kullanıma sokulması) teslim yapılmış olur[142].

Eserin maddi olmayan bir çalışma olması halinde ise, bunların üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin işsahibine verilmesiyle teslim tamamlanır. Bir mütalaanın yazılması ya da bir bestenin yapılması gibi maddi olmayan bir sonuç ise, mütalaanın yazılı olduğu sayfaların ya da bestenin kayıtlı olduğu bandın işsahibine verilmesi gibi. Eserin niteliği maddi anlamda bir teslimi olanaksız kılıyorsa bu durumda yüklenicinin, eseri işsahibi tarafından görülebilecek derecede bitirilmiş ve tasarrufa hazır duruma getirilmesiyle teslim gerçekleşmiş olur. Havai fişek gösterisinin sunulması, sanatçının konser vermesi gibi[143].

Teslim olgusu, eser sözleşmelerinde önemli sonuçlar doğuran bir vakıadır. Yüklenicinin hakimiyet alanından işsahibinin hakimiyet alanına geçen yani hukuki ve fiili teslimi gerçekleştirilen eser üzerindeki yarar ve hasar işsahibine geçer[144]. Teslimle işsahibinin eseri inceleyerek ayıp varsa yükleniciye bildirim süreleri ve ayıplı imalat nedeniyle kendisine tanınan haklarla ilgili zamanaşımı süreleri işlemeye başlar, gecikme

[142] Zevkliler/Gökyayla, s. 512; Akça, s.13,19; Ertaş/Serdar/Gürpınar, s. 256-258; Eren, Özel, s. 630; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 157; Uygur, C. 7, s. 7720; Selimoğlu, s. 141; Başaran, s. 1322

[143] Uçar, s. 538, Ürem, s. 49; Eren, Özel, s. 629,630; Uygur, C.7, s. 7719; Akça, s. 14-21; Öktem, s. 1949; Öztürk/Gözütok, s. 137; Başaran, s. 1321.

[144] TBK'nun 483 (EBK m.368) maddesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak hasarın teslimle karşı tarafa geçeceği düzenlenmiş olup, teslimden önce eserin beklenmedik bir olay nedeniyle telef olması halinde yüklenicinin yaptığı işin ücretini ve giderlerini isteyemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak bunun için işsahibinin eseri teslim almakta temerrüde düşmemesi koşul olarak belirlenmiştir.

cezası isteme hakkı teslim sırasında saklı tutulmamışsa kalkar[145]. Yüklenicinin ise ücret alacağı muaccel hale gelir.

4.1.1.2.Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması

TBK'nun 83 maddesinde, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı hususundaki genel kuralın istisnası, bir işgörme sözleşmesi olan ve iş görenin yeteneği yapılacak iş konusundaki uzmanlığı yani yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı eser sözleşmelerinde getirilmiştir. TBK'nun 471/3 hükmünde, yüklenicinin meydana getirilecek eseri, doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetiminde yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilmek suretiyle şahsen ifa kural haline getirilmiştir. Bunun sonucu olarak da, yüklenicinin ayıplı imalat nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için teslim edilen eserin ayıplı olması yeterli olup, ayıbın bizzat yüklenici veya yardımcı kişi ya da alt yükleniciden kaynaklanması ayıba bağlanan sonucu değiştirmeyeceğinden önemi yoktur. Eser sözleşmesinde şahsen ifa kuralının istisnasını oluşturan imal edilecek eserin niteliğinin uygun olması ve koşullarının bulunması halinde işin bir kısmının ya da tamamının alt yükleniciye yaptırılması ve bu imalatın ayıplı olması karşısında işsahibine karşı sorumluluk asıl yükleniciye aittir. Yüklenici böyle bir durumda, TBK'nun 112 ve 116 maddeleri uyarınca sorumlu olup, bu sorumluluktan alt yüklenicinin yerine aynı işi kendisi yapmış olsa bile kusurlu sayılmayacağını ispat etmek suretiyle kurtulabilir [146].

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan özellikleri taşımayan veya kullanım amacına uygun olmayan ya da sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile dürüstlük kuralları gereği

[145] Eserin teslim tarihinin kararlaştırılan sürede yapılmaması halinde taraflar sözleşmeye gecikme nedeniyle cezai şart hükmü koyabilirler. TBK'nun 179/2 hükmünde, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı hakkından açıkça feragat etmedikçe veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu ceza koşulu ifaya ekli ceza olup, yüklenici işi zamanında ifa etmediği takdirde belli bir para ödemeyi ya da başka bir edimde bulunmayı taahhüt eder. İşsahibi ifaya ekli ceza ile birlikte sözleşmenin ifasını da yükleniciden talep edebilir. Ancak, işsahibi cezai şart isteme hakkını saklı tutmadan eseri teslim alırsa sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı isteme hakkı düşer. Sözleşmeden dönme halinde ifaya ekli cezai şart talep edilemezse de, sözleşmenin feshi halinde, fesih halinde fesih tarihine kadar olan cezai şartı isteyebilir (Aral/Ayrancı, s. 351; Selimoğlu, 349-260; "..taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılan cezai şart niteliği itibariyle ifaya ekli cezadır. Bu cezanın istenebilmesi için eser teslim alınırken anılan cezayı isteme hakkının saklı tutulması ya da sözleşmede ihtirazi kayda gerek olmaksızın cezai şart istenebileceğine ilişkin hüküm bulunması gerekir. Aksi halde ihtirazi kayıt konulmaksızın eserin teslim alınması durumunda ceza düşer." (Y.15. HD. 10.2.2018 T, 2016/5576-2018/499 syk) (UYAP)

[146] Tutar, s. 296,302; Kostakoğlu, s. 265; Aydoğdu/Nart, s. 477, M.Avcı, s.309,315; A.Avcı, Özen, s. 375.

eserde bulunması gereken özelliklerin bulunmaması olarak tanımlanan ayıbın çeşidi ve ağırlığı dönme hakkının kullanılmasında önem taşır.

TBK'nun 475/1.1 hükmünde dönme hakkının kullanılmasını gerektiren ayıbın niteliği ile ilgili belirleme yapılmış olup, anılan hükme göre, işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı derecede aykırı olan eserin teslimi halinde işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği belirtilmiştir[147]. Yasa hükmünde de belirtildiği üzere, yüklenicinin imal ettiği eserde bulunan basit nitelikteki ayıplar (yapılan inşaatın bir kısmındaki işçiliğin kötü olması veya tamir edilen bir eşyaya takılan parçalardan birinin orijinal olmaması gibi) sözleşmeden dönülmesini gerektirmez. Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için meydana getirilen eserdeki ayıbın önemli olması gerekir.

Önemli ayıpların varlığı halinde hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin eseri kabul etmesi beklenemez. Bunun içinde; her somut olayın özelliğine göre ayıbın önemli olup olmadığı öncelikle saptanmalıdır. Bu belirleme yapılırken de, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, yapılması kararlaştırılan eserin niteliği, kapsamı, işsahibinin kullanma amacı, ayıbın niteliği ve tarafların karşılıklı yararları ile hakkaniyet gözetilerek işsahibinin mevcut haliyle eseri kabulünün mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Değişik bir ifadeyle, eserdeki ayıbın onarım suretiyle giderilmesi mümkünse veya onarım aşırı masraf gerektirmiyorsa ya da eserin yalnızca bir kısmında bulunan ayıplar, eserin tamamının kullanımını etkilemiyorsa, bu durumda daha az önemli ayıp söz konusudur. Ancak eserin bir kısmında bulunan bozukluk eserin diğer kısımlarını veya tamamını kullanılamaz hale getiriyorsa ya da değiştirilmesi ve onarılması mümkün değilse, bu durumda ayıp eserin bir kısmında olsa dahi ayıp önemli kabul edilir [148].

---

[147] EBK'nun 360 maddesinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla ilgili birinci fıkrada, "*Yapılan şey iş sahibinin kullanamıyacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu*" şeklindeki ifadeyle işsahibinin sözleşmeden dönebilmesi için ayıplı eseri kullanamaması ve dürüstlük kurallarına göre kabule zorlanamayacağı koşulları birlikte aranıyordu. 6098 sayılı TBK'nun 475/1.1 hükmünde ise, bu ifade değiştirilerek "ve" sözcüğü yerine "veya" sözcüğü konulmak suretiyle bu şartlardan birinin bulunmasının sözleşmeden dönme için yeterli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca 360 maddede, "*…işsahibi o şeyi kabulden imtina edebilir*.." ifadesi kullanılmakta olup açıkça sözleşmeden dönme ifadesi kullanılmamış, 475 maddede açıkça bu ifade kullanılmak suretiyle gerekli düzeltme yapılmıştır.

[148] Ünsal, s. 20; Şahin, 140; Başaran, s. 1324; "..Ayıba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. BK'nun 360 maddesinde de seçimlik haklar kullanılırken eserdeki ayıbın önemi dikkate alınmalıdır. Eserdeki ayıp tamiratla giderilmesi mümkünse işsahibi eserdeki ayıbın tamiratla giderilmesi

Hükümde belirtilen birinci unsur eserin kullanılamazlığıdır. Kullanılamazlık işsahibinin sözleşmede meydana getirilmesi kararlaştırılan eseri kullanım amacına bakılarak değerlendirilmelidir. Başka biri tarafından o eserin kullanılabilir olması, sözleşmenin tarafı olan işsahibinin de eseri kullanabileceğini göstermez. Ayıbın kapsamı ve çeşidine göre olayın tüm özellikleri dikkate alınarak işsahibinin eseri kabulünün mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Eserdeki ayıbın onarımla giderilebilir nitelikte olması, kullanılamazlık nedenine dayanılarak sözleşmeden dönme için yeterli sayılmaz. Örneğin, sipariş edilen ayakkabının ayağa dar gelmesi, yapılan makinelerin amaca uygun olmaması, sürekli arızalanması, verimli çalışmaması, arızaların giderilmesi için yapılan girişimlerden sonuç alınamaması[149], kullanılamayacak durumdaki asansörün sökülmesinin gerekmesi[150], ısmarlanan yas elbisesinin belirtilen süreden sonra teslim edilmesi hallerinde kullanılamazlık söz konusudur[151].

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için ikinci olarak belirtilen husus ise, eserdeki ayıp, eserin kullanımına engel olmamakla birlikte hakkaniyet gereği teslim edilen eserin kabulünün işsahibinden beklenemeyecek derecede ayıplı veya aynı derecede sözleşme hükümlerine aykırı olmasıdır. Ayıplı eseri, işsahibinin kabulünün gerekip gerekmeyeceği hususu, tarafların karşılıklı yararları ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Sözleşmeden dönmenin yükleniciye vereceği zarar ile işsahibine sağlayacağı yarar gözetilmeli, bedelden indirim ya da onarım hakkının yararsız olup olmayacağı saptanmalıdır[152]. Örneğin yüklenici imara aykırı, ruhsat almaksızın bir inşaat yapmışsa ve yapının mevcut durumuna göre ruhsat alınarak yasal hale getirilmesi

seçeneği yerine eserin yükleniciye iadesi koşuluyla ödediği bedelin iadesi isteminde bulunamaz. Zira seçimlik yetkinin bu şekilde kullanılması dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Yüklenicinin yapımını üstlendiği kalorifer tesisatının boru çaplarının gereken yerlerde değiştirilmesi ve kalorifer kazanının büyütülmesi halinde eserdeki ayıpların ortadan kaldırılması mümkünse eser bedelinin tenzili gerekir." (Y.14. HD. 12.4.2012 T, 2012/3773-5355 sy.k.)(UYAP).

[149] Y.15. HD. 19.2.2007 T, 2006/64-2007/1015 sy.k (UYAP)

[150] Y.15. HD. 20.1.1992 T, 3135-56 sy.k (Uygur, C.7, s. 7903).

[151] Ünsal, s. 21; Akça, s. 33; Uygur, C.7, s. 7891 7892; Şahin, s. 142; "..Pissu borularının sağlığa aykırı bir şekilde döşendiği anlaşıldığına göre, dava konusu taşınmazların mesken olmaları itibariyle sağlık şartların aykırı yapılan işin kabulü mümkün değildir." (Y.15. HD. 2.4.1996 T, 260/1843 sy.k)(Uygur, C.7, s. 7922).

[152] Şahin, s. 142; Zevkliler/Gökyayla, s. 557; "..Kalitesiz beton kullanılması nedeniyle yazlık dubleks olarak yapılıp teslim edilen evin duvarlarında derin çatlaklar oluştuğu, betonların döküldüğü, güçlendirmenin yararsız olacağı durumda işsahibinin eseri reddi gerektiğinden işsahibi lehine BK'nun 360/1 hükmündeki koşullar oluşmuştur. Yeniden yapım ve yıkım bedelinin yükleniciden tahsili gerekir." (Y.15. HD. 3.4.2017 T, 2016/6137-2017/1490 sy.k) (UYAP).

mümkün değilse işsahibinin kabule ve teslime zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eserin varlığı söz konusu olur[153].

Eserin kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olarak teslim edilmek istenmesi tam bir ifa kabul edilemeyeceğinden, işsahibi eseri teslim almak zorunda değildir. Buna rağmen eseri teslim almışsa TBK'nun yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğunun düzenlendiği 474-478 maddeleri, eseri teslim almamışsa borçlu direnimine ilişkin 112. maddesi gereğince talepte bulunabilir[154].

İşsahibinin, sözleşmede kararlaştırılan eserin TBK'nun 475/1 hükmünde belirtilen sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesine olanak verecek nitelikte olup olmadığını saptamasında TMK'nun 2 maddesindeki dürüstlük kuralını esas alınması ve buna göre kendisine tanınan hakkı kullanması gerekir[155]

Eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek derecede olması halinde işsahibi böyle bir talepte bulunamaz. Bulunmuş ise de, mahkemece ayıbın niteliğine göre çoğun içinde az da vardır kuralı gözetilerek hangi seçimlik hakkın kullanılması gerektiği hakim tarafından belirlenir[156].

İşsahibi, eserde 475/I.1 hükmünde belirlenen şekilde bir ayıp mevcutsa sözleşmeden dönme hakkını, anılan maddenin 1. fıkra 3. bendindeki durumda ise, bedelden indirim ya da ücretsiz onarım haklarından birini kullanabilir Anılan hükümlerde yapılan ayırım dışında eser sözleşmesinde satış sözleşmesinde olduğu gibi önemsiz ayıp şeklinde bir ayıba yer verilmemiştir[157].

Önemli ve daha az önemli ayıp ayırımı yapılan ancak önemsiz ayıba yer verilmeyen eser sözleşmesinde, yüklenicinin önemsiz ayıplardan sorumlu olup olmayacağı TMK nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı esas alınarak belirlenir. Bazen sözleşmede yapımı kararlaştırılan eserin asgari nitelikleri belirlenir ya da bu vasıflar için

---

[153] Y.15. HD. 23.12.2015 T, 2015/1186-6603 sy.k; Y.15. HD. 28.1.2013 T, 2012/2765-2013/417 sy.k; Y.14. HD. 12.11.2007 T, 2007/12203-1390 sy.k (UYAP).
[154] Selimoğlu, s. 161.
[155] Dural/sarı, s. 228.
[156] Y.15. HD. 7.11.2017 T, 2017/2286-3847 sy.k (UYAP).
[157] TBK'nun satım (m.217) ve eser (m.475) sözleşmelerinde ayıbı düzenleyen hükümleri aksine 6502 sayılı TKHK'da ayıp kavramı tüketici lehine genişletilerek önemli önemsiz ayıp kavramına yer verilmeyerek satıcı ve hizmet vereni her türlü ayıptan sorumlu tutmuştur (TKHK. m. 8,13). Ayrıca, miktar noksanlıkları ve malın değerindeki ya da kullanımındaki azalmanın önemli olması TBK'nun 219 vd. maddeleri (818 sayılı BK m 194 vd)ve diğer hükümlerden farklı olarak TKHK'da aranmamıştır. (Yavuz, s. 189).

belli ölçüde tolerans tanınabilir. Böyle bir durumda belirtilen en az sınırların üstünde olan ya da tolerans sınırı içinde kalan niteliklere sahip eser ayıplı kabul edilemez. Örneğin yapı işlerinin düzenlendiği teknik şartnamelerde işin icrasında kabul edilmiş olan teknik toleranslar ayıp oluşturmadığından işsahibi bunlara dayanarak ayıpla ilgili hükümlere başvuramaz [158].

4.1.1.3.İşsahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması

TBK'nun 477/1. maddesinde eserin kabulü ve sonuçları düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur.

Maddenin birinci fıkrasında eserin açık veya örtülü olarak kabulü ile yüklenicinin ayıpla ilgili her türlü sorumluluktan kurtulacağı düzenlemesi açık ayıplar için geçerli olup, hükmün 1 fıkrasının ikinci cümlesi " *..ancak, onun tarafından kasden gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder*." ve son fıkrasında " *Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır*." şeklindeki ifadelerle istisnalar gösterilmiştir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse eserin açık veya örtülü kabulü yüklenicinin sadece açık ayıplardan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırır, gizli ve kasden saklanan ayıplarla ilgili sorumluluğu devam eder[159].

Eserin kabulünden söz edebilmek için; tamamlanarak teslim edilmiş bir eserde, işsahibinin yapılan işin sözleşme hükümlerine uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunmayacağı hususunda beyanının olması veya tamamlanmamış bir eseri işsahibinin haklarını saklı tutmadan, hiçbir çekince koymadan kabul etmesi gerekir. Eserin kabulü açık bir irade beyanı ile yapılabileceği gibi örtülü olarak da yapılabilir. İşsahibinin eseri kabulü, hukuki niteliği itibariyle yüklenicinin kötü ifa olgusunu düzelten, tek taraflı yükleniciye yöneltilmiş bir irade beyanı olup, bu beyanla işsahibi kendisine teslim edilen eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğunu bildirmiş olur. Bu beyanın geçerliliği, her

[158] Akça, s. 29; Oğuzman/Öz, C.1, s. 363; Yavuz/Acar/Özen, s.529.
[159]Zevkliler/Gökyayla, s. 550; Kılıçoğlu, Özel, s. 487; Yavuz/Acar/Özen, s.532; Uygur, madde hükmünde kasden gizlenen ayıplar içinde açık ayıplarında bulunduğunu ve yasa koyucunun gizli ayıplarla kasden gizlenen açık ayıpları eşit tuttuğunu ve kabule rağmen kasden gizlenen açık ayıplar nedeniyle yüklenicinin sorumluluğunun devam ettiği görüşünde (C.7, s. 7969).

hangi bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi işsahibinin tek yanlı olarak kabulden dönmesi de mümkün değildir. Açık kabulde, işsahibi veya yetkili temsilcisi açık bir irade beyanını doğrudan doğruya yükleniciye yöneltir. İşsahibinin yükleniciyi ibra etmesi, yazılı olarak eserin sözleşmeye ve isteklerine uygun olduğunu veya eserde hiçbir sorun olmadığını bildirmesi açık kabuldür. Örtülü kabul ise, susma veya bu yöndeki iradeyi gösterir bir davranışla yapılabilir. İşsahibinin ayıplı olduğunu bildiği gömlekleri herhangi bir çekince kaydı koymadan teslim alarak bedelini ödemesi, dizi filmini gösterime sunması, besteyi icra edilmek üzere sanatçılara vermesi, yapılan çim sahanın kullanılmaya başlanması, teslim edilen eserin üçüncü kişiye satılması ya da bağışlanması, şeklinin değiştirilmesi gibi davranışlar örtülü kabule örnek gösterilebilir. Buna karşılık işsahibinin eseri kuvvet kullanarak zilyetliğine geçirmesi ya da faturalara itiraz etmemesi örtülü kabul sayılmaz. TBK'nun 477/2 fıkradaki, işsahibinin gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal etmesi halinde eseri kabul etmiş sayılacağı düzenlenmesi kabulün örtülü şekilde yapılması olup, burada aksi ispat edilemeyen kesin bir karine söz konusudur[160].

Yüklenicinin kabule rağmen ayıplı imalat nedeniyle sorumlu tutulacağı bir hal ise, işsahibinin kabul sırasında bazı ayıpların giderilmesi ile ilgili haklarını saklı tutmasıdır. Bu şekilde yapılan bir kabulde, yüklenicinin saklı tutulan ayıplarla ilgili sorumluluğu devam eder[161]. İşsahibi, kasden gizlenen ayıbı bilerek eseri teslim almışsa, bu durum yükleniciyi ibra ettiği ve kabul sayılacağından ayıptan doğan haklarını kaybeder[162].

4.1.1.4. Eserin Ayıplı Olmasının İşsahibinden Kaynaklanmamış Olması

TBK'nun 476. maddesinde, eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara rağmen işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibinin, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacağı belirtilmiştir.

Bu hükmün uygulanması açısından işsahibinden kaynaklanan nedenleri iki grupta toparlayabiliriz. Bunlardan ilki, eserin işsahibinin verdiği talimata göre yapılması sonucu

[160] Eren, Özel, s. 648,649; Kılıçoğlu, Özel, s. 487.
[161] Yavuz/Acar/Özen, s. 529; ".. Oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. BK'nun 362. maddesi gereğince eser teslim alınırken ihtirazi kayıt ileri sürülmezse müteahhit sorumluluktan kurtulur." (Y.15. HD. 4.10.1989 T, 2731/4015 sy.k)(Uygur, C.7, s. 7973).
[162] Eren, Özel, s. 654; Kostakoğlu, s. 379.

ayıplı olması hali olarak belirtilen özel durumdur. Hükümde belirtilen talimat, işsahibinin eser sözleşmesinin kapsamında yükleniciye yönelttiği her türlü bağlayıcı nitelikteki direktiflerdir. Bağlayıcı olmayan öneri ve tavsiye niteliğindeki beyanlar talimat olarak kabul edilemez. İşsahibinin verdiği talimat, tek başına eserin ayıplı yapılmasında etkili olduğu takdirde yüklenici ayıptan sorumlu tutulmaz. Talimat yazılı veya sözlü olarak verilebileceği gibi sözleşmenin koşulları veya şartnamelerde belirtilebilir Eseri meydana getiren yüklenici, TBK'nun 471 maddesine göre işin uzmanıdır. İşsahibinin eserin veya sözleşmenin yapılması sırasında hatalı talimat vermesi, yapılacak iş konusunda ehil olmadığından mümkündür. Yüklenici, verilen talimatın yanlış olduğu ve buna göre işin yapılması sonucu eserin ayıplı olacağı konusunda işsahibine uyarma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli ihtarı yapmalıdır. İhtar yapılmasına rağmen işsahibi verdiği talimat doğrultusunda işin yapılmasında ısrar ederse yüklenici ayıplı imalat nedeniyle sorumlu tutulamaz. Ancak verilen talimatın yasaya aykırı olması halinde yüklenicide sorumlu olur[163].

Madde hükmünde ayıplı imalatın herhangi bir sebeple işsahibine yüklenmesi olarak genel bir şekilde ifade edilen kapsama 472/3 hükmündeki eserin yapımında işsahibi tarafından sağlanan malzeme veya işsahibinin eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olması veya işin başlangıcında işin yapımı ile ilgili işsahibinin çizdirdiği plan ve projenin[164] uygun olmaması da girer. Yüklenici eserin yapılacağı yer, işsahibinin verdiği malzeme ya da yapımı kararlaştırılan iş için işsahibinin çizdirdiği plan ve projenin yapacağı işe uygun olup olmadığını özen yükümlülüğünün gerektirdiği sorumluluğu göstererek inceleyerek uyarma görevini yerine getirmemişse ayıptan sorumlu olur. Yüklenici, işsahibi tarafından verilen malzeme veya işin yapımı için gösterdiği yerin ya da projenin yapılacak esere uygun olmadığı gerekli incelemeyi ve uyarıyı yapmasına rağmen işsahibi ısrar ederse bunlardan kaynaklı ayıplı imalat nedeniyle yükleniciyi sorumlu tutulamaz[165].

Maddede belirtilen her iki durum içinde, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.

[163] Kılıçoğlu, Özel, s. 486; Selimoğlu, s. 155; Yavuz/Acar/Özen, s. 531; Uygur, C.7, s. 7966; A. Avcı, Özen, s. 383,386; Ünsal, s. 38; Kal, s.41; Y.15. HD. 21.10.2020 T, 2020/2607-2841 sy.k ;Y.15, HD. 28.1.2008 T, 2007/5443-445 sy.k; YHGK 1.7.1992 T, 1992/15-309 E, 1992/452 K. (Kostakoğlu, s. 281).
[164] Y.15. HD. 23.11.2015 T, 2015/235-5957 sy.k (UYAP).
[165] Kılıçoğlu, Özel, s. 486; Selimoğlu, s. 117; Uygur, C.7, s. 7967; Ünsal, s.44.

İhbarda, yüklenici, verilen talimatın, işsahibi tarafından sağlanan malzeme veya eserin yapımı için gösterilen yerin ya da işin yapımına ilişkin plan ve projenin sözleşmede kararlaştırılan eserin yapımına uygun olmadığı, mevcut duruma göre eserin yapılması halinde ayıplı olacağı ve işsahibinin beklediği amaca hizmet etmeyeceğini açıkça bildirmelidir. İhbarın genel ve soyut olması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz. İhbarın yapılması şekle bağlı değil ise de, bu hususta taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde ispat kolaylığı açısından yazılı olarak yapılmasında fayda vardır. Eserin ayıplı yapılmasına işsahibinin sebebiyet verdiği iddiasını ispat yükü, TBK'nun 112 maddesindeki "*Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun sözleşmeye aykırı harekette bulunduğunu yani kusurlu olduğunu alacaklı değil, kusursuz olduğunu ispat borçluya aittir*" hükmü uyarınca yükleniciye aittir[166].

Eserdeki ayıbın hem yüklenici hem de işsahibinin sorumlu olduğu bir nedenden kaynaklanması halinde, bu durum işsahibinin ayıplı imalat nedeniyle sahip olduğu hakları kullanmasına engel olmaz. Ancak, TBK'nun 114 maddesi vasıtasıyla 52/1 hükmü dikkate alınarak yüklenicinin sorumlu olduğu miktardan işsahibinin kusuru oranında indirim yapılması gerekir[167].

---

[166] Kılıçoğlu, Özel, s. 486; Selimoğlu, s. 156;Ünsal, s. 40-43; YİGŞ nin 5 maddesinde idare, yüklenici ve yapı denetim görevlisi arasındaki her türlü iletişimin yazılı olması gerektiği, 14.3 maddesinde ise, yüklenicinin kendisine işin yapımı ile ilgili verilen projelerin, şartnamelerin teslim edilen işyeri veya malzemenin ya da talimatların sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu, fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki görüşlerini teslim ve talimat alış tarihinden itibaren 15 gün içinde yazılı olarak idareye ve yapı denetim görevlisine yazı ile bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.
".. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, fore kazık imalatına ilişkin eser sözleşmesi uyarınca yapılan imalatın ayıplı olduğu iddiasıyla ayıpların giderilme bedeli konusundadır. İşsahibi ayıp oranında iş bedelinden indirim ve zararın tazmini isteminde bulunmuştur. Uyuşmazlığın çözümünde sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nun eser sözleşmesiyle ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. İşsahibinin zarara uğramasından kaçınmak yüklenicinin özen borcunun gereği olup, bu borç BK'nun 96 maddesinin (TBK m.112) özel biçimidir. Yasa koyucu istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verdiğini göstermiştir. İşsahibi zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kasdı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını ve her türlü önlemi aldığını beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti yükleniciye aittir(HGK 12.10.994 T, 1994/15-265 E, 1994/600 K sy.ilam). Mahkemece iksa sistemindeki ayıbın yüklenicinin sözleşme hükümleri, fen, teknik ve projeye aykırı davranışından mı yoksa işsahibinin 2. etabı güçlendirmek için proje dışında yaptığı imalattan mı kaynaklandığını denetime elverişli raporla saptayarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." (Y.15. HD. 20.2.2013 T, 2012/1993-2013/1868 sy.k)(UYAP).
[167] Uygur, C.7, s. 7967; Eren, Özel, s. 647; M.Avcı, s.309; Ünsal, s. 40; Kal, s. 40.

4.1.2. Şekli Koşullar

4.1.2.1.İş Sahibinin Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetini Yerine Getirmiş Olması

TBK'nun 474/1 maddesinde, işsahibinin eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir sürede yükleniciye bildirmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Hükümde belirtilen gözden geçirme ve varsa ayıbı yükleniciye bildirme yükümlülüğü, teknik ve gerçek anlamda bir borç olmayıp sadece bir ödev, hukuki niteliği itibariyle bir külfettir. Bunun sonucu olarak da yerine getirilmediği takdirde işsahibi ayrı bir aynen ifa yada tazminatla sorumlu olmaz. Sadece eseri kabul etmiş sayılarak ayıplı imalattan doğan haklarını kullanamaz. Zira "külfet" bir şey yapmaya zorlamaz, kaybettirir. TBK'nun m. 474/1, işsahibince muayene ve bildirim külfetinin yerine getirilmesi sonucunda eserin işsahibi tarafından kabul edilip edilmeyeceği hakkında yükleniciye bilgi sahibi olma ve buna göre haklarını ve yararlarını savunma olanağı sağladığından yükleniciyi koruyucu bir hükümdür. Ayrıca, anılan hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar ayıp ihbar ve süresini sözleşmeyle kararlaştırabilirler [168].

İşsahibinin eseri gözden geçirme ve bildirme ödevi, ayıplı eser nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi ve kendisine tanınan seçimlik hakları kullanması için mutlaka yerine getirmesi gereken zorunlu koşullardan birisidir[169].

4.1.2.1.1.Gözden geçirme

Eserin gözden geçirilmesi, tamamlanıp işsahibine teslim edilen eserin, özellik ve nitelikleri itibariyle sözleşmeye uygun olarak yapılıp yapılmadığının saptanmasını ifade eder. Yasa koyucu, her somut olayın özelliğine göre farklı sürelerin gerekli olabileceği düşüncesiyle yüklenici tarafından işsahibine teslim edilen eserin, ne kadar süre içinde gözden geçirilmesi hususunda belli bir süre koymamıştır. Bu nedenle de, makul ve özenli bir gözden geçirme süresinin başlangıcı ve bitimin belirlenmesinde, taraflar arasında

[168] Eren, Özel, s. 650; Kılıçoğlu, Özel, s. 480; Karadaş, s. 200,202; Yavuz/Acar/Özen, s. 530; Şahin, s. 141;Yavuz, s. 1999.

[169] " ..İşsahibi, açık ayıplarda 6098 sayılı TBK'nun 474 (818 sayılı BK m.359), gizli ayıplarda ise TBK'nun 477 (818 sayılı BK m. 362) madde hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunması halinde 475 ve 360 maddelerinden doğan hakları kullanabilir. " (Y.23. HD. 2015/715-2016/2685)(UYAP).

yapımı kararlaştırılan eserin niteliği, cinsi, türü, kapsamı, tarafların sıfatları ve yapılan işle ilgili deneyimleri, bilgileri, tacir olup olmadıkları, yerel adetler ile iş hayatındaki teamüller gözetilmelidir. Eğer gözden geçirme ile ilgili yaygın bir uygulama veya teamül yoksa Yasa hükmündeki "*imkan bulur bulmaz*" ölçüsü esas alınmalıdır[170].

Gözden geçirmenin nerede yapılacağı hakkında Yasa'da açık bir düzenleme bulunmadığından taraflar bu işlemin nerede yapılacağı hususunda sözleşmede açık ya da örtülü bir kararlaştırma yapabilirler. Sözleşmede böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa, gözden geçirme yeri, işsahibinin tasarruf yetkisini kullanabileceği yer, yani eserin teslim edildiği yerdir[171].

Gözden geçirmeyi işsahibi kendisi yapabileceği gibi, 474/2 hükmünde belirtildiği şekilde, eseri işin uzmanı bir bilirkişiye incelettirebilir ki, bu hak her iki tarafa da tanınmıştır. İşsahibi gözden geçirmeyi yaparken sözleşmenin konusu eserin niteliği ve türüne göre gerekli özeni göstermelidir. Uygulamada genellikle 6100 sayılı HMK'nun 400 vd. maddeleri uyarınca delil tespiti şeklinde inceleme yaptırılarak alınacak rapora göre taraflar haklarını kullanmaktadırlar.

4.1.2.1.2.Ayıp Bildirimi

Ayıp bildirimi, sadece eserin ayıplı olduğuna ilişkin bir tasavvur açıklaması olmayıp, işsahibinin eseri kabul etmeyerek yükleniciyi sorumlu tutacağını bildirir bir irade beyanıdır. Yukarıda bahsedildiği üzere ayıp bildirimi de bir külfet olup, bu bildirimin süresi hakkında da yasada açık bir hüküm yoktur. Ancak ayıp bildirimi, gözden geçirme işlemi sonucunda yapılacağından bildirim süresi buna göre belirlenmelidir. Bazı durumlarda işsahibi eseri teslim aldığında, herhangi bir gözden geçirmeye gerek kalmadan eserde gördüğü açık ayıpları yükleniciye bildirebilir. Bildirim, yüklenicinin, işsahibinin kendisini hangi hususlardan sorumlu tuttuğunu anlayabileceği şekilde eserde bulunan tek veya birden fazla ayıpla ilgili gerekli ve detaylı açıklamayı içermelidir. Teslim edilen eserin ayıplı olduğu, sözleşmeye uygun yapılmadığı gibi genel ve soyut ifadelerle yapılan bildirim yeterli değildir[172].

---

[170] Zevkliler/Gökyayla, s. 551; Eren, Özel, s. 651; Kılıçoğlu, Özel, s. 480; Karadaş, s. 203;
[171] Eren, Özel, s. 652; Kal, 29.
[172] Eren, Özel, s. 653; Zevkliler/Gökyayla, s. 552; Kal, 31; Ünsal, 65; Yavuz/Acar/Özen, teslim edilen eserdeki ayıpların genel bir ifadeyle belirtilmesinin yeterli olacağı (s. 531); Y.15. HD. 20.6.2017 T, 2016/2669-2017/2628 sy. k. (UYAP).

Ayıp bildiriminin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından sözlü olarak da yapılabilir. Ancak, bu konuda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde ispat kolaylığı açısından işin niteliği ve önemine göre ya noter kanalıyla resmi şekilde ya da yazılı şekilde yapılmasında yarar vardır. Kural olarak ayıp ihbarının varlığı şekil koşuluna bağlı olmadığından her türlü delille ve tanık ifadesiyle kanıtlanabilir[173]. Taraflar arasında ayıp bildirimi ile ilgili çıkan bir uyuşmazlıkta ayıp bildiriminin yapıldığını işsahibi, süresinde yapılmadığını ise yüklenicinin ispatlaması gerekir. Ayıbın varlığı, ihbarı, ihbarın süresinde yapılıp yapılmadığı mahkemece kendiliğinden gözetilecek bir husus olmadığından, taraflarca usulüne uygun ve süresinde ileri sürülmesi halinde bu hususlarla ilgili değerlendirme yapılabilir[174].

İşsahibinin ayıp bildirimini mutlaka yazılı veya sözlü bir ihtarla yapması da gerekmez. Bazen işsahibinin hal ve davranışları, ayıp ihbarı yerine geçebilir. Eserin tesliminde ödeneceği kararlaştırılan bedelin işsahibi tarafından ödenmeyeceğinin bildirilmesi, yapılan binada yer karolarının sökülerek bir tarafa yığılması gibi[175].

Bildirim süreleri ile ilgili Yasa hükümleri değerlendirildiğinde; 474/1 hükmünde açık ayıplarla ilgili düzenleme yapılmış olup, buna göre işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz eserin gözden geçirilerek ayıp varsa uygun sürede[176], gizli ayıplarla ilgili olarak ise 477/3 hükmünde, ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde işsahibinin

---

[173] " …Ayıp ihbarı hukuki işlem olmayıp bir hukuk işlem benzeridir. Bu niteliğinden dolayı da ayıp bildirimi, tacirler arasında yapılmış olsa bile tanık dahil her türlü delille ispat edilebilir." (Y.15 HD. 24.1.2013 T, 2012/5185-2013/343 sy.k); ".. Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp, süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla da kanıtlanabilir." (Y.23.HD. 25.9.2014 T, 2014/1106-5941 sy.k) ve aynı doğrultuda 16.1.2013 T, 2014/Y.15. HD. 5.12.2008 T, 2008/46-7317 sy.k (UYAP); Taraflarca yapılan sözleşmede ayıp bildiriminin ne şekilde yapılacağı hususunda bir kararlaştırma yapılabileceği gibi sözleşme eki belgelere atıf yapılarak bu belgelerde belirlenen koşullara göre bildirim ve ispat edilmesi kararlaştırılabilir. Delil sözleşmesi kesin delille ispat zorunluluğunun istisnasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi Kuru, s. 435-443; Kamu inşaat sözleşmelerinde genellikle sözleşme eki belgelerde bu hususta kararlaştırma yapılmaktadır.

[174] Zevkliler/Gökyayla, s. 553; Öztürk/Gözütok, s. 144; Kostakoğlu, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı kamu nizamı ile ilgili bulunmamakla birlikte hak düşürücü süre olması nedeniyle hakimin kendiliğinden gözetmesi gerektiği görüşünde(s. 379).

[175] Karadaş, s. 208

[176] Kostakoğlu, inşaat sözleşmelerinde işsahibinin herhangi bir mazereti bulunmadığı takdirde inşa edilen eserin tesliminden itibaren 10-15 günlük sürenin açık ayıplarla ilgili bildirim için makul süre kabul edileceği görüşünde (s. 378, 1097); ".. HGK'nun 13.5.2009 T, 13-160 E, 185 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, ayıp ihbarı şekle bağlı olmayıp içeriği itibariyle ayıptan karşı tarafın haberdar olmasını sağlayan her türlü ihbarın ayıp ihbarı olarak kabulü mümkündür. Delil tespiti dilekçesinin veya bilirkişi raporunun tebliği işlemi de ayıp ihbarı niteliğindedir. 2011 yılında yapılan binada, 22.5.2013 tarihinde tespit yaptırılarak 13.6.2013 tarihinde raporun tebliği üzerine 9.7.2013 tarihinde dava açılmış olduğundan açık ayıplarla ilgili süresinde yapılmış bir ayıp ihbarının bulunduğu kabul edilemez." (Y.23. HD. 27.4.2016 T, 2015/751-2016/2685 sy.k) (UYAP).

gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Muayene külfeti açık ayıplar için getirilmiş olup gizli ayıplar ve kasden gizlenen ayıplarla ilgili işsahibine böyle bir ödev yüklenmemiştir. Kullanılma sonucu ortaya çıkan gizli ayıplar, açık ayıplar gibi basit bir muayene ile anlaşılmadığından TBK'nun 477/3 hükmü de dikkate alındığında ayıbın öğrenilmesi ile derhal bildirimde bulunulmalıdır. Yine ikincil (tali) ayıpların, TBK'nun 477/3 (EBK m. 362/III) hükmü kapsamında kaldığı kabul edilebilir. Teslim sırasında bulunan asli ayıbın yol açtığı tali ayıp madde metninde yer alan "*sonradan ortaya çıkarsa*" ifadesine de uygundur. Asli ayıpla ilgili işsahibi muayene yükümlülüğünü yerine getirmediğinden yüklenici asli ayıpla ilgili sorumluluktan kurtulsa dahi, sonradan ortaya çıkan tali ayıp için süresinde bildirimde bulunulduğu takdirde sorumluluğu devam eder. Kasden gizlenen ayıplarda ise, işsahibi eseri kabul etmiş olsa da, yüklenicinin sorumluluğu devam ettiğinden gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğü yoktur. Ayıbın ihbarı, yükleniciyi eserdeki mevcut ayıpların varlığı hususunda bilgilendirmeyi amaçlar. Kasden gizlenen ayıplar ise, zaten yüklenicinin bildiği ayıplardan olduğundan bunların ayrıca bildirilmesi gerekmez[177].

28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'nun 3. maddesinde sayılan tüketici işlemleri arasına eser sözleşmesi de alınmıştır. Diğer tüketici işlemleri hakkında anılan Yasa'da ayrıntılı düzenlemeler bulunmasına rağmen bir tarafını tüketicinin oluşturduğu eser sözleşmeleri ile ilgili bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda tüketici işlem olarak kabul edilen eser sözleşmelerinde hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı ve muayene ve ihbar süresinin neye göre belirleneceği hususunda öğreti de değişik görüşler bulunmakla birlikte uygulamada TBK'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir[178].

---

[177] Zevkliler/Gökyayla, s. 553; Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

[178] Gözden geçirme ve ihbar süreleri hakkında uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti önem taşır. Öğretide, 4077 sayılı Yasa ve bu kanunda değişiklik yapan 4822 sayılı Kanun'da eser sözleşmesi tüketici işlemi olarak yer almadığı, Yasa'nın 3. maddesinde yapılan tanımlamalara göre, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri ve olağan tüketim işlerinin bulunduğu, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesinden kaynaklanan ilişkilerin bu Yasa kapsamında değerlendirilmesinin amaca aykırı ve hukuken olanaklı olmadığı genel hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. 6502 sayılı Yasa'nın ise, gerek satım gerekse hizmet akitlerinde sorumluluğa ilişkin özel düzenlemeler içerdiği, bu Yasa'daki hizmet kavramının Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet kavramından farklı olup, iş görme anlamında kullanıldığı, TBK'nun 471. maddesinde eserin meydana getirilmesinde malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı hükmünde malzemenin ayıplı olması halinde bundan sorumluluk ve zamanaşımı hususlarında satış veya eser sözleşmesi hükümlerinden hangisinin uygulanacağının tartışmalı olduğu ancak malzemeyi yüklenicinin sağladığı eser teslim sözleşmelerinde, 6502 sayılı TKHK'nun ayıplı maldan sorumluluğa ve TBK'nun satışa ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği de kabul edilmekte idi. (Yolcu, s. 3166-3176;

Taraflarının tacir olduğu ticari nitelikteki eser sözleşmelerinde ise, ayıp bildiriminin yapılması herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. TTK'nun 23. maddesinde düzenlenen ayıp bildirimi ile ilgili şekil şartı tacirler arası satış ve mal değişimi sözleşmeleri ile olduğundan eser sözleşmelerinde uygulanmaz [179].

4.1.2.1.3.Garanti Şartı

818 sayılı EBK ile 6098 sayılı TBK'nunda ve diğer mevzuatta garanti sözleşmesi düzenlenmemiştir. Garanti sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlem olmasına rağmen tek tarafa borç yükleyen kendisine özgü (sui generis) yapısı olan bir isimsiz sözleşme niteliğindedir. Satım ve eser sözleşmeleri gibi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin içinde ya da ayrı bir sözleşmeyle bu yönde yapılan düzenlemeler uygulamada garanti şartı veya garanti kaydı olarak anılmaktadır. Garanti şartı ya da garanti sözleşmesinde, satış sözleşmesinde satıcı, eser sözleşmesinde yüklenici, garanti süresi olarak belirlenen zaman dilimi içinde, satılanın veya meydana getirilen eserin üretim, imal, çalışma ve dayanıklılığı konusunda teminat verdikleri gibi garanti süresi içinde ortaya çıkan hasar ve zararları giderme yükümlülüğünü de kabul etmektedirler[180].

Zevkliler/Gökyayla, s. 554);); uygulamada ise, eser sözleşmesinin 4077 sayılı Yasa kapsamında olmadığından TBK'nun eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri uygulamaktaydı (Y.3. HD. 26.11.2012 T, 2012/20116-24336 sy.k ; Y.23. HD. 3.6.2013 T, 2013/3595-3718 sy.k (UYAP);
28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'nun 3. maddesinde eser sözleşmesine tüketici işlemleri arasında yer verilmekle bu tartışmalar sona ermiş, ancak bir tarafını tüketicinin oluşturduğu eser sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklara uygulanacak özel bir düzenleme getirilmemiştir. Aynı Yasa'nın 83 maddesinde, bu Yasa'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Yargıtay 15. HD 30.5.2018 tarih, 2017/1948-2018/2291 sayılı kararında bunun gerekçesini, 6502 sayılı Yasa'nın üçüncü maddesinde tanımlanan satış ve hizmete ilişkin tüketici işlemlerinin ayıplı olması halinde Yasa'da ayrıntılı düzenleme yapıldığı, ancak eser sözleşmesinin söz konusu olduğu bir işlemde ayıplı ve eksik iş, fesih zamanaşımına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, satış işlemindeki misli ile değiştirme, satıcı, sağlayıcı, üretici ve imalatçının sorumluluğuna gidilmesi hallerinin eser sözleşmesinin niteliği gereği uygulama alanı bulmayacağı ve yasa koyucunun bilinçli olarak bu hususta düzenleme yapmadığı, anılan Yasa'nın 83. maddesindeki atıf doğrultusunda TBK'nun 470 vd. maddelerindeki hükümlerin tüketici işlemlerine de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kararda, 6502 sayılı Yasa'nın ayıplı mal satışı ve ayıplı hizmete ilişkin hükümlerinin tüketici işlemi olan eser sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği belirtilerek muhalefet şerhi yazılmıştır.

[179] Uygur, C.7, s. 7831; Kal, 37; "..Taraflar arasında çimento torbası imali hususunda eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinde ayıp ihbarının yapılması, tacirler arasında olsa dahi herhangi bir şekle tabi olmayıp, ihbar keyfiyeti de, bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan BK'nun 359 ve 362 maddelerinde belirtilen sürelerde yapılıp yapılmadığı husus tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir." (Y.15 HD. 13.5.2011 T, 2010/7511-2011/2896 sy.k); Benzer şekilde TTK'nun 23/1.c maddesindeki 2 günlük ihbar süresinin eser sözleşmelerde uygulama alanı bulunmadığına ilişkin Y.15. HD. 24.2.2013 T, 212/5185-2013/343 ve Y.15. HD. 5.5.2016 T, 2015/4343-2016/2603 sy. kararları (UYAP).

[180] Öztürk/Gözütok, s. 151; Karadaş, s. 202; Yavuz/Acar/Özen, s. 798; Kostakoğlu, s. 383

Eser sözleşmelerinde garanti şartı, genellikle eserdeki malzeme ve yapımla ilgili açık ve gizli ayıplar konusunda verilmektedir. Kural olarak işsahibi teslim edilen eserde açık ayıp bulunması halinde makul süre içinde, gizli ayıpların ise ortaya çıkmasından itibaren gecikmeksizin derhal ihbarda bulunmak zorundadır. Ancak garanti şartının bulunduğu bir eser sözleşmesinde, yüklenici, kendisi lehine olan işsahibinin Yasa'da belirlenen şekil ve sürelerde ihbarda bulunması koşulundan vazgeçerek kararlaştırılan süre içinde ayıpları ücretsiz olarak gidermeyi peşinen kabul ve taahhüt etmektedir[181]. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, işsahibi açık ve gizli ayıplarla ilgili Yasa'da belirtilen şekil ve zamanda ihbarda bulunmuş gibi garanti süresi içinde yükleniciden ayıpların giderilmesini isteyebilecektir. Ancak açık ayıplarda işin teslimi, gizli ayıplarda ise ayıbın ortaya çıktığı tarihe göre, ayıplı iş bedelleri belirleneceğinden işsahibinin garanti süresi verilen bir eserde böyle bir talebi geç ileri sürmesi halinde artan giderlerden yüklenici sorumlu tutulamaz. Artan giderlerden işsahibide TBK'nun 114/II maddesi yollamasıyla aynı Yasa'nın 52 maddesi uyarınca sorumlu olur[182].

Yasa'da açık bir düzenleme bulunmayan garanti sözleşmesinin süresi ve şekli taraflarca sözleşme serbestisi ilkesi sınırları içinde kararlaştırılabilir. Garanti sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değilse de, eser sözleşmesiyle ilgili yapılan işlerin garanti kapsamında olduğu ve taraflar arasında garanti anlaşması bulunduğu hususunda taraflar arasında çıkacak bir uyuşmazlıkta ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır[183].

Garanti süresi, taraflarca zamanaşımından daha kısa bir süre olarak kararlaştırılabileceği gibi zamanaşımından daha uzun bir süre de olabilir. Kısa olarak kararlaştırılan garanti süresinde tarafların gözden geçirme ve bildirim süresini de bu süre ile sınırlı tutmak istediği anlaşılabilir. Garanti süresinin kısa tutulduğu sözleşmelerde, işsahibi ayıba bağlı istemlerine ihbar koşuluna bağlı olmaksızın garanti süresi içinde isteyebilirse de, garanti süresi bittikten sonra öğrendiği ayıbı Yasa'da belirtilen sürede ve şekilde ihbar etmek suretiyle zamanaşımı süresi içinde talepte bulunabilir. Eser

[181] Selimoğlu, s. 182;Kostakoğlu, s. 384, Y.15. HD. 19.6.2014 T, 2013/4976-2014/4282 sy.k (UYAP).
[182] ".. Davanın geç açılmasında yüklenicinin bir kusuru bulunmadığından BK'nun 98/II maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 44 maddesi uyarınca artan zarardan davalı sorumlu tutulamaz. 2005-2007 yılları arasındaki maliyet farkına (artan zarara) davacı idare katlanmalıdır…"(Y.15. HD. 2.11.2011 T, 2011/6430-4747) ve aynı nitelikte Y. 15. HD. 19.6.2014 T, 2014/4976-4282 sy. k; Y.15. HD. 28.1.2015 T, 2015/1955-442 sy.k (UYAP).
[183] Öztürk/Gözütok, s. 152.

sözleşmelerinde ayıplı imalatla ilgili verilen garanti süresinin ne kadar olması gerektiği öğretide[184] tartışmalı olmakla birlikte uygulamada, garanti şartı bulunan sözleşmelerde Yasa'da belirlenen süreler dışında garanti süresi içinde ayıp bildirimi yapılabileceği kabul edildiği gibi[185], garanti süresinin uzun olarak kararlaştırıldığı durumlarda bu sürenin genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlara rastlanmaktadır[186].

4.1.2.1.4.Yüklenici Tarafından Teminat Gösterilmesi

Yüklenici tarafından sözleşmenin yapılması sırasında ayıplı imalata karşılık olmak üzere işsahibine ipotek, banka teminat mektubu, senet ve buna benzer teminatlar verilebilir. Bu teminatlar, ayıplı eser imali karşılığında işsahibi tarafından tahsil edilebilecek bir ceza olmayıp, ayıplı imalat bedelinin tahsiline olanak sağlar. Ayıplı imalat için yüklenici tarafından teminat verilmesi halinde, işsahibinin eseri teslim alırken ayıplar hakkında çekince kaydı koyması veya teslimden sonra TBK'nun 474/1 hükmünde belirtildiği şekilde eseri derhal muayene ederek bildirimde bulunması zorunluluğu ortadan kalkar. Ayıba karşı teminat taraflar arasında yapılan eser sözleşmesinde kararlaştırılabileceği gibi sözleşmeden sonra ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu teminat, genellikle iş bedeli olarak yükleniciye verilecek bir bağımsız bölüm olarak kararlaştırılmaktadır[187].

---

[184] Selimoğlu, s. 185; Bir kısım yazarlar, genel olarak garanti süresinin kabulünün, her olayda bildirim süresinin de garanti süresi sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmeyeceği görüşünde (Yavuz/Acar/Özen, s. 531; Zevkliler/Gökyayla, s. 553); Kostakoğlu, inşaat hukukundaki sorumluluk süresi olan beş yılın garanti süresi olarak kabulünün gerektiği görüşünde (s. 383).

[185] "..Eser sözleşmesinde garanti süresi kabul edilmişse işsahibi BK'nun 359/1 ve 363/III maddelerinde öngörülen sürelerle bağlı olmayıp ayıp ihbarını garanti süresi içinde her zaman yapabilir." (Y.15. HD. 24.5.2017 T, 2016/698-2017/2213 sy.k.)(UYAP).

[186] Y.15. HD. 21.6.2007 T, 4988-4244 sy.k (Selimoğlu, s. 185).

[187] Kostakoğlu, s. 384; Selimoğlu, 386, "..Yüklenicinin yaptığı işle ilgili garanti vermiş olması halinde, garanti süresi geçtikten sonra ortaya çıkan ayıp, gizli ayıp olmadıkça teminatın iadesi gerekir.." (Y.15. HD. 9.9.1991 T, 1991/3609-3959 sy.k); ".. Kural olarak, ayıp ve noksan işler giderilmedikçe sözleşmede teminat olduğu kararlaştırılan bağımsız bölümün yükleniciye ferağ ve tescili istenemez. Ancak arsa sahibine tanınan bu hakkın uzun süre kullanılmaması yani, arsa sahibinin hiçbir işlem yapmadan teminatı tutması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağı gibi, eksik ve kusurlu işler bedelinin bağımsız bölüm bedeline oranla daha düşük olduğu hallerde, böylesine bir davranışın yasanın koruması altında olduğu söylenemez. Teminat olarak tutulan dairenin, işsahibince savunulan eksik ve ayıplı işlerin bedeli saptanıp, birlikte ifa ile tescil ve tazminata hükmedilmesi yararlar dengesine uygundur. .." (Y.15. HD. 12.4.1990 T, 1989/4002-1990/1782 sy.k)(Kostakoğlu, s. 474).

4.1.2.2.Zamanaşımı Sürelerine Uyulmuş Olması

TBK'nun 478 maddesindeki, yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi halinde, bu sebeple açılacak davaların, 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 uğrayacağı şeklindeki düzenlemeyle işsahibinin kendisine teslim edilen ayıplı eser nedeniyle yükleniciye karşı açacağı davaların tabi olduğu zamanaşımı[188] süreleri belirlenmiştir.

Anılan hükümde ayıpların açık veya gizli olması hususunda bir ayırıma yer verilmemiş, eserin niteliğine göre özel zamanaşımı süreleri belirlenmiş, yüklenicinin ayıplı imalatta ağır kusurunun bulunması halinde eserin taşınır veya taşınmaz olmasına bakılmaksızın 20 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Gerekçede de, maddede yapılan düzenlemenin Yasa'nın 147 maddesinin 6 numaralı bendinde (tasarının 146/son) düzenlenen zamanaşımının yüklenicinin ayıplı eser meydana getirilmesi dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde uygulama alanı bulacağı açıklanmak suretiyle ayıpla ilgili sorumluluklarda TBK'nun 478 maddesinin uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Mevcut yasal düzenleme dikkate alındığında, 478 madde, eser sözleşmesindeki ayıplara ilişkin özel bir hüküm içerdiğinden ayıplı imalat hususundaki taraf talepleri için zamanaşımı yönünden başka bir hükme gidilemez[189].

---

[188] Zamanaşımı, bir alacak hakkının, uzun süre kullanılmamış olması nedeniyle dava edilebilme hakkını ortadan kaldıran hukuki bir olgudur. Zamanaşımı ile alacak hakkı ortadan kalkmaz, sadece dava edilmesi halinde borçlu zamanaşımı def'inin ileri sürerek edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Zamanaşımı ile hak düşürücü süre benzer etkiler meydana getirmekle birlikte, nitelik ve sonuçları itibariyle farklılık gösterir. Hak düşürücü süre hakkı ortadan kaldırdığından bunun ileri sürülmesi itiraz yolu ile olabileceği gibi karşı tarafça hiç ileri sürülmemiş olsa bile mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Zamanaşımı süresinin geçmesi ise, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece borçluya ifadan kaçınma hakkı verdiğinden def'i olup ancak süresinde ve usulüne uygun olarak ileri sürülmesi halinde mahkemece dikkate alınır. Belli koşulların bulunması halinde zamanaşımının durması ve kesilmesi söz konusu iken, hak düşürücü sürede, durma ve kesilme söz konusu olmaz. TBK'nun 158 hükmü dışında hak düşürücü sürenin öngörülenden daha uzun bir süreyi kapsaması mümkün değildir (Ertaş, s. 3093; Dural/S259,260).

[189] EBK'nun ayıba ilişkin 363 maddesi 29.6.2956 tarihli 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet Ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41 maddesinin c bendi 818 sayılı BK'nun 126 maddesine eklenen 4 bent nedeniyle zımnen ilga edildiğinden; 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar BK'nun 126/son hükmü uyarınca ağır kusura bağlı olmayan ayıplarda eserin taşınmaz veya taşınır olmasına bakılmaksızın 5 yıllık, ağır kusurlu ayıplarda da 126/son maddeden hareketle 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmıştır. 1956 yılında yapılan değişikliğin EBK'nun 363 maddesinin tamamını yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı hususundaki tartışmalar 6098 sayılı Yasa ile ayıba karşı sorumlulukla ilgili özel zamanaşımı süresine ilişkin 478 maddeyle sona ermiştir. Selimoğlu, s. 177; Uygur, C.7, s. 7979,7980; Ünsal, s. 83; Şahin, 150); YHGK. 22.3.1995 T, 15-31 E, 196 K. sy. ilam (Uygur, C.7, s. 7983);

İşsahibinin ayıpla ilgili seçimlik haklarını Yasa hükmünde belirlenen süreler içinde yükleniciye karşı ileri sürmesi gerekir. Çünkü zamanaşımı, alacak hakkının ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, Yasa'nın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde alacaklının alacağını, cebri icra veya dava yolu talep etme hakkı ortadan kalkar. Zamanaşımı hukuki niteliği itibariyle maddi hukuktan kaynaklanan def'i olup, usul hukuku açısından ise bir savunma aracıdır. Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan bir alacak ortadan kalkmamakla birlikte eksik borç haline gelir ve borçluya bir def'i hakkı sağlar. Borçlu tarafından ileri sürülmedikçe hakim zamanaşımını re'sen gözönünde bulunduramayacağı gibi zamanaşımından önceden feragat edilmesi de mümkün değildir (TBK m.160). Sözleşmeden doğan haklarla ilgili genel zamanaşımı TBK'nun 146. maddesinde düzenlenmiş olup, TBK'nun 148 maddesinde belirtildiği üzere, Yasa'nın birinci kısım üçüncü bölüm ikinci ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri kesin olup, değiştirilemezler. Ancak 478 maddede düzenlenen özel zamanaşımı, hükümde belirtilen ayırım içinde olmadığından tarafların anlaşma yolu ile bu süreyi uzatmaları veya kısaltmaları mümkündür. Tarafların belirleyecekleri bu süre, genel zamanaşımı süresi olan 10 yılı geçemeyeceği gibi, yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin 20 yıllık sürede kısaltılamaz. Eser sözleşmesi taraflarının garanti sözleşmesiyle yasal zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi belirlemeleri halinde zamanaşımının garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilir. Şüphe halinde yüklenici lehine yapılacak yorum kabul edilmelidir[190].

Kural olarak yenilik doğuran hakların kullanılması, zamanaşımına tabi değildir. Eser sözleşmesinde ayıplı imalat nedeniyle işsahibine tanınan seçimlik haklar yenilik doğuran haklardan olduğundan Yasa'da belirlenen sürenin hak düşürücü süre mi zamanaşımı mı olduğu hususunda tereddüt oluşsa da, sürenin konulduğu hükmün amacı

"..Somut olayda, uygulanması gereken ve dava tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK'nun 125 ve 126/IV maddesi gereğince; eser sözleşmesinde ayıplı malzeme kullanılmış veya ayıplı bir iş meydana getirilmiş olması sebebiyle açılacak davalarda zamanaşımı süresi 10 yıl olup bu sürenin, yine aynı Kanun'u 128. maddesi uyarınca davacı yüklenicinin alacağının muaccel olduğu tarih olan kesin kabulün yapıldığı 29.11.1997 tarihinden itibaren hesaplanması gerekir…" (Y.15. HD. 3.11.2014 T, 2014/4900-6261 sy.k)(UYAP).

[190] Oğuzman/Öz, C.1, s. 599-627; Kostakoğlu, s. 1100; Uygur, C.7, s. 7980; Akça, s. 58; Selimoğlu, s. 180; Yavuz/Acar/Özen, s. 532; Ertaş, s. 3093.

gözönüne alındığında 478 maddede düzenlenen sürenin zamanaşımı süresi olduğu uygulama ve teoride kabul edilmektedir[191].

Borçlar Kanunu'nda sözleşmeden doğan borçlarda zamanaşımının başlangıcı konusunda borç ilişkisinin ani edimli veya sürekli edimli olması halleri konusunda bir ayırım yapılmamıştır. TBK'nun 149. maddesinde de, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu yani borçludan istenebileceği andan itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır. Ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmelerinde zamanaşımı başlangıcı, TBK'nun 478. maddesinde de belirtildiği üzere, teslim tarihidir. Eserin işsahibi tarafından kabul tarihi, zamanaşımının başlangıcı yönünden kamu ihale sözleşmeleri istisna olmak üzere önemli değildir. Zamanaşımının başlangıcı yönünden eserin taşınır veya taşınmaz, ayıbın açık ya da gizli olması hususunda bir ayırım yapılmamıştır. Zamanaşımının başlangıcı ile ilgili bu açık belirtme karşısında, işsahibinin ayıbı öğrenme tarihinin sürenin başlangıcı olarak belirlenmesi mümkün değildir. İşsahibinin eserin tesliminden itibaren muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi koşuluyla, teslim tarihinden itibaren taşınmaz eserlerde beş yıl, taşınır eserlerde ise iki yıl içinde seçimlik haklarını kullanması gerekir. İşsahibi ihbar ve muayene yükümlülüğünü yerine getirmemişse, seçimlik hakların kullanılması mümkün olmayacağından zamanaşımı da söz konusu olmaz. Eserin tesliminin iskan ruhsatının alınması koşuluna bağlanması halinde oturma ruhsatının alındığı tarih, eserin işsahibinin zilyetliğinde yapılan bir tamir olması halinde ise, işin bittiğinin bildirildiği tarih teslim tarihi olarak kabul edilmelidir[192].

[191] Oğuzman/Öz, C.1, s. 601; Uygur, C.7, s. 7980; Gümüş, 80; Aksi görüş, Dural/Sarı, s. 184.

[192] Kostakoğlu, s. 1098; Akça, 57; Kılıçoğlu, Özel, s. 488; Selimoğlu, s.176;Eren, Özel, s.662; Uygur, C.7, s. 7890; Kal, s. 49; Uçar, 548; Aydoğdu/Nart, s. 474; 4735 sayılı KİSK'nun 30. Maddesine göre yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler yapının fen ve sanat kurallarına göre yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzer nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan kesin kabul onay tarihinden itibaren 15 yıl süreyle müteselsilen sorumludurlar. 2886 sayılı DİK'nun 87 maddesinde ise, bu süre kesin kabul tarihinden itibaren beş yıldır. Yargıtay, periyodik ifaları öngören, sürekli borç ilişkilerine benzer bir durum yaratan inşaat sözleşmelerinde sözleşme ilişkisinin sona ermesi ve hesaplaşmasının yapılmamış olması halinde, zamanaşımının başlamayacağını kabul etmektedir (Ertaş, s. 3100); Y.15.HD. 9.10.1995 T, 5147/5377 sy.K (Uygur, C.7, s. 7896).

4.1.3. Özel Koşullar

4.1.3.1. Sözleşmeden Dönme Dışındaki Seçimlik Haklara Başvurulmamış Olması

İşsahibinin ayıplı bir eserin teslimiyle yükleniciye karşı kullanabileceği seçimlik haklar TBK'nun 475 maddesinde sayılmıştır. Anılan hükümde belirtilen yenilik doğuran seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla diğer seçimlik haklar düşer. Sözleşmeden dönme koşulları lehine oluşan işsahibinin, bu hakkı kullanabilmesi için diğer seçimlik hakları kullanmamış olması gerekir. Ancak seçimlik haklardan eserin alıkonularak onarım suretiyle ayıbın giderilmesine ilişkin seçimlik hak kullanılmış ise, talebin yüklenici tarafından yerine getirilmemesi, verilen süre içinde ayıbın giderilmemesi veya giderilemeyeceğinin anlaşılması halinde sözleşmeden dönme hakkı yeniden canlanacağından bu hakkı kullanabilir.

4.1.3.2.Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Bir Neden Bulunmaması

TBK'nun 483 (EBK m.368) maddesinde, eserin yok olması düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, tamamlanan eserin teslim edilmek istenmesine rağmen işsahibinin teslim almakta temerrüde düşmesi halinde eserin bu süre içinde beklenmedik bir nedenle yok olması halinde yükleniciye karşı sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. İşsahibinin eseri teslim almakta temerrüdü söz konusu değilse, teslime kadar eserin muhafazası ve korunması ile ilgili her türlü tedbiri almak yüklenicinin özen ve sadakat borcu kapsamında olduğundan yüklenicinin sorumluluğu doğar. Hükümde belirtilen beklenmedik olayın, yüklenicinin veya işsahibinin dışında bunların kusurlarına dayanmayan her türlü mücbir sebep ya da umulmadık halleri kapsadığı ve eserde, teslimden önce hasarın yükleniciye ait olduğu kabul edilmiştir[193].

Maddenin ikinci fıkrasındaki, eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yokolması ve yüklenicinin doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiş olması halinde yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini

[193] Kılıçoğlu, Özel, s. 502; A.Avcı, s. 381; Uçar, s. 546..

isteyebileceği şeklindeki düzenlemenin mefhumu muhalifinden hükümdeki koşulların oluşmasıyla işsahibinin talep edebileceği bir hakkın bulunmadığı çıkarılır.

Ancak eserin işsahibinden kaynaklanan bir nedenle yok olması (m. 483), ayıbın işsahibinden kaynaklanan bir nedenden doğmasından (m.476) farklıdır. Ayıbın işsahibinden kaynaklanan bir nedenle meydana gelmiş olmasında, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı yoktur. Eserin işsahibinin sorumlu olduğu bir sebeple yok olmasında ise, TBK 228/2 hükmü[194] kıyasen uygulanarak işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Eserin işsahibinden kaynaklanan bir nedenle yok olması halinde, eser tamamlanarak işsahibine teslim edilmiş olup, bu eserde sözleşmeden dönmeyi gerektirecek bir ayıp bulunması halinde, ayıplı teslim edilen eser varlığını sürdürseydi işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecekti. Yani eserin yok olması ile birlikte işsahibi lehine doğmuş olan dönme hakkını kullanabileceği bir eser kalmadığından hak kullanılamaz hale gelmiştir. İşsahibi böyle bir durumda sadece bedelin indirilmesini ve koşulları oluşmuşsa ayıp sonucunda meydana gelen zararın tazminini isteyebilir. İşsahibinden kaynaklanan bir nedenden yok olan eserdeki ayıplı imalatta işsahibinden kaynaklanmışsa, bu durumda işsahibinin ayıplı imalattan kaynaklanan haklarını kullanması söz konusu olamayacağı gibi sözleşmeden dönme hakkının varlığı da kabul edilemez[195].

Sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıran eserin yok olmasında işsahibinin sorumluluğunu gerektirir neden, mutlaka işsahibinin kusurlu olmasını gerektirmez. İsnat edilen olaylar bakımından iş sahibinin kusurlu olup olmaması istenebilecek zarar kapsamı bakımından önemlidir [196].

Sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıran diğer bir neden ise, işsahibinin eseri temlik etmesi, eseri değiştirmesidir. TBK'nun 228/II'ye (EBK m. 204/II) kıyasen bu durumlarda da işsahibinin dönme hakkının kalkacağı kabul edilmektedir.

Yine işsahibinin eseri kullanması da sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını engelleyen nedenlerden biridir. İşsahibi tarafından eser kullanılırken ortaya çıkan gizli

---

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

[195] Şahin, s. 144; Eren, Özel, s. 656.

[196] Uygur, C. 7, s. 8379.

ayıplar nedeniyle eser işsahibinin amacını karşılamıyorsa yani kullanamıyorsa, ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün değilse, işsahibi yine sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. İşsahibinin ayıbı bilerek kullanması halinde dönme hakkının kullanılması, işsahibinin fiili davranışıyla çelişkili ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturacağından dönme hakkı kullanılamaz. Ancak bazı durumlarda işsahibi ayıbı bilmesine rağmen daha büyük zararların önlenmesi için eseri kullanmak zorunda kalabilir. Bu kullanımda her iki tarafında yararı varsa, daha büyük zararlar önlenebilecekse (makinenin çalıştırılmasıyla işletme bozukluklarının giderilmesi gibi) kullanmaya rağmen sözleşmeden dönme istenebilir[197].

Ayıptan doğan sorumluluk ile ilgili hükümler emredici nitelikte bulunmadığından taraflar ilke olarak sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Ancak yüklenicinin eserin ayıplı olmasında ağır kusuru varsa ve kasden gizlenen ayıplar mevcutsa TBK'nun 115 ve 116 maddeleri uyarınca yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersizdir[198].

4.1.3.3.İşsahibinin Taşınmazında Yapılan İşlerde Eserin Kaldırılması Veya Yıkılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmayacak Olması

TBK'nun 475/son hükmünde, eserin işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olması halinde sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibinin sözleşmeden

[197] Şahin, s. 144; Uygur, C.7, s. 7891, Karadaş, s. 211.

[198] Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zarardan borçlunun sorumlu tutulmamasına ilişkin, borca aykırı davranıştan önce yapılacak sözleşmelerin hangi ölçüde geçerli kabul edileceği TBK m. 115 de düzenlenmiştir. 115/1 hükmünde, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı belirtildiğinden tersten ifade edildiğinde, borçlunun hafif kusuru halinde borca aykırılıktan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeye kayıt konulması mümkün olup, bu koşul geçerlidir. Taraflar sorumsuzluk anlaşmasını aynı sözleşmede kararlaştırabilecekleri gibi ayrı bir sözleşme de yapabilirler. Asıl sözleşmenin geçerliliği için bir şekil şartı varsa, sorumsuzluk anlaşması o şekilde yapılmalıdır. Önemli olan borca aykırı davranıştan önce bu şartın konulması veya sözleşme yapılmasıdır. Borca aykırı hareketten sonra böyle bir anlaşma yapılamayacağı gibi, yapılmış olsa bile bu bir sulh sözleşmesi veya borçluyu ibra etmektir. Sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun "hiçbir kusurundan dolayı sorumlu olmayacağı" şeklinde konulan ibarenin "hafif kusuru halinde sorumluluktan kurtarır" şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü hükümde, ağır kusur bulunması halinde, sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında mevcut olan hallerde ise hafif kusurdan sorumluluğu kaldıran anlaşmanın geçersiz olduğu getirilmiştir. TBK'nun 116 maddesinde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan borca aykırılıklara ilişkin sorumsuzluk anlaşması düzenlenmiştir. (Oğuzman/Öz, C.1, s. 420 vd ; Reisoğlu,359; Eren, Özel, s. 663; Kılıçoğlu, Genel, s. 839).

dönme hakkını kullanamayacağı hükme bağlanmış olup, bu koşul dönme hakkının kullanılmasını sınırlayan özel bir hükümdür[199].

Bu fıkra hükmünün uygulanması için öncelikle eserin işsahibine ait bir taşınmaz üzerinde yapılmış olması, sonrasında ise eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara neden olması gerekir. İşsahibinin taşınmazı üzerine bina, karayolu, stadyum, köprü, çocuk bahçesi, aqua park, alışveriş merkezi gibi eserler yapılabilir. Bu tür eserlerin meydana getirilmesi büyük masraf ve emek gerektirdiğinden yasa koyucu, özellikle eserin yapılma seviyesinin yüksek olduğu durumlarda sözleşmeden dönülmesinin yüklenici açısından ağır bir ekonomik yıkım yaratabileceği gibi milli servetin de yok edilmesi sonucunu doğuracağını kabul etmiştir. İşsahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserdeki ayıbın yüklenici açısından aşırı zarara yol açıp açmayacağının tespitinde, TMK'nun 4. maddesi uyarınca hakimin takdir hakkının kullanılmasıyla ilgili hükmün dikkate alınması gerekir. Bu hak kullanılırken her somut olayın özelliğine göre, öncelikle eserin arsaya bağlı hali ile olan değeri ve taşınmazdan bu eserin kaldırılması halinde uğrayacağı değer farkı gözetilmelidir. İşsahibinin arsası üzerine yapılan eserin ayıplı olması halinde bedel indiriminin yükleniciye vereceği zarar, sözleşmeden dönme halinde vereceği zarardan fazla ise, böyle bir durumda dönmeye izin verilmelidir [200]. Diğer bir deyişle, işsahibine ait taşınmaz üzerinde yapılan eserin yapılı değeri ile bu eserin ayıplı olması nedeniyle sökülüp kaldırılması halinde aşırı fark olacaksa o zaman işsahibi, bedelden indirim veya eserin onarılması suretiyle zararın giderilmesini talep edebilecek sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır.

İşsahibinin arsası üzerinde yapılan binanın statik projeye aykırı olması nedeniyle tehlike oluşturması ve bunun düzeltilmesinin mümkün bulunmaması, imara aykırı ve inşaat ruhsatı alınmadan kaçak olarak yapılması ve ruhsat alınmasının mümkün olmaması

[199] 818 sayılı EBK'nun 363/son hükmündeki, "işsahibinin arsası" ifadesi yerine 6098 sayılı TBK'nun 475/son hükmünde "işsahibinin taşınmazı" terimi getirilmek suretiyle hükmün uygulama alanı genişletilmiş ve netleştirilmiştir. EBK'nun 360/III hükmünde 360/II'ye yollama (ayıbın giderilmesi ya da ücretten indirim istenebileceğinin düzenlendiği fıkra) yapılmış, ancak 6098 sayılı Yasa'nın 475/son hükmünde açık bir şekilde sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir.

[200] Şahin, s. 144; Öztürk/Gözütok, s. 146; Kılıçoğlu, Özel, s. 483; Uygur, C.7, s. 7893; Kahraman, s. 784; Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle dönme hakkının kullanılmasında yapılan iş oranı dikkate alınmaktadır.

gibi hallerde yapının ekonomik bir değerinin bulunduğundan söz edilemeyeceğinden işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir[201].

4.2.Genel Olarak Dönme Kavramı

TBK'nun genel hükümlerinde m. 98/II'de ifa güçsüzlüğü nedeniyle tarafların, 106/II, 110 ve 111 maddelerinde alacaklının temerrüdünde borçlunun, 125. maddesinde borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönme hakkına, 125/3 hükmünde ise, sonuçlarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Eser sözleşmesine ilişkin 473/II, 475/I.1, 480/II, 482/1 maddeleriyle sözleşmeden dönme hakkında hüküm getirilmiş olup, farklı bir sonuç bağlanmış olmadıkça bu maddelerde düzenlenen özel dönme hakları kullanıldığında da, genel hükümlerdeki sözleşmeden dönmenin sonuçları uygulanır. Dönme, yasa hükümleri ile belirtilen durumlarda söz konusu olabileceği gibi, taraflar sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda düzenledikleri sözleşmeye bu hususla ilgili hüküm de koyabilirler[202].

Konumuz açısından TBK'nun 475/I.1 hükmünde belirlenen koşulların gerçekleşmesi halinde açıkça sözleşmeden dönülebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle dönme kavramı, bu hakkın kullanılması sonucu tarafların hak ve borçlarının neler olacağını açıklayan görüşler ile benzer kavramlarla kısa bir karşılaştırmanın yapılması konunun değerlendirilmesi açısından yararlı olacaktır.

---

[201] Selimoğlu, s. 169; Kılıçoğlu, Özel, s. 483; Aral/Ayrancı, s. 360; " .. 3194 sayılı İmar Yasası'nın 21. maddesi hükmü uyarınca bütün yapılar için belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur. Ruhsatsız veya ruhsat ile eklerine aykırı olarak inşa edilen yapılar ruhsata bağlanamıyor veya ruhsata aykırılık giderilemiyor ise 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesi hükmü gereğince ilgili belediye ve valilikçe inşaat derhal durdurulur. Yasal hale getirilmesi imkânsız olur veya süre verilmesine rağmen yasal hale getirilmezse bu haliyle yapının yıkılmasına karar verilir. İmar Kanunu'ndaki bu hükümler kamu düzenine ilişkin olduğundan görevi gereği mahkemeler ve temyiz halinde Yargıtay'ca kendiliğinden gözetilir. Yapının imara aykırı ve kaçak olup yasal hale getirilmesinin mümkün bulunmaması ya da verilen süreye rağmen yasaya aykırılığın giderilip uygun hale getirilmemesi halinde sözleşme hukuki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olacağından imara aykırı ve kaçak yapının sadece yıkımı istenir. Böyle bir yapının ekonomik değeri olmayacağından yasaya aykırılığı korur biçimde yıkılan kısımların tazmin ve yeniden yapım bedeline hükmedilemez…" (Y.15. HD. 23.12.2015 T, 2015/1186-6603 sy.k)(UYAP).

[202] Borçlar Kanunu'nda fesih ve dönme ile ilgili kavram kargaşası bulunduğu ve sözleşmenin geçmişe etkili sona erdirilmesi sözleşmeden dönme, ileriye etkili sona erdirilmesini ise fesih olarak kabul edilmesi gerektiği (Oğuzman/Öz,C.1, s. 449,455); Öztürk/Gözütok, s. 463,464; Buz, Dönme, s. 77; Buz, Haklar, s. 190; Kılıçoğlu, Genel, s. 984.

Sözleşmeden dönme, iki tarafa tam borç yükleyen ani edimli[203] sözleşmelerde, hiç ifa edilmemiş edim yükümlülüklerine son veren yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkı, tek taraflı irade beyanının muhatabına ulaşmasıyla sonuç doğurur. Tüm yenilik doğuran haklar gibi dönme hakkının kullanılması ve sonuç doğurması için karşı tarafın onayı aranmaz. Dönme ile taraflar arasında sözleşme ilişkisi geriye dönüp ilk kurulduğu aşamaya gittiğinden bu hak, bozucu yenilik doğuran hakların tipik örneğidir[204].

Dönme ile ilgili irade beyanı, muhatabına ulaştığı anda hakkın doğumuna ilişkin koşullar gerçekleşmemişse sonuç doğurmaz. Sözleşmeden dönme sebebi, hakkın maddi şartını oluşturduğundan dönme anında bu sebebin varlığı gereklidir. Sebep olmadan şekle bağlı dönme bildiriminde bulunulabileceğine ilişkin istisna TBK'nun 484 ve 179/son hükümlerinde belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, sözleşmeden dönme hakkına sahip olmak, hakkın geçerli sonuç doğurması için yeterli olmayıp, hakkın kullanılması için gereken koşulların da oluşması gerekir[205]. Hakkın kullanılması belirli bir biçime bağlı olmayıp sözlü veya yazılı olarak kullanılabileceği gibi, açık ya da örtülü (eser sözleşmesinde işsahibinin yükleniciden ödediği bedeli istemesi gibi) yapılabilir. Uyuşmazlık halinde ispat açısından yazılı veya noter kanalıyla gönderilecek bildirimle yapılması, dönme hakkını kullananın yararına olur. Dönme beyanında bulunanın, hangi haklı sebeple veya hangi gerekçeye dayanarak bu hakkı kullandığını bildirmemiş olması, kural olarak şartları oluşmuş dönmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönmek için muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunduğundan işsahibinin yaptırdığı inceleme sonucunu ve ayıpları yükleniciye bildirdiğinde, bu işlemin arkasından yaptığı dönme beyanında sebep bildirmemesi dönme beyanının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Çünkü ayıp ihbarında zaten bu hususu açıklamıştır. Ancak muhatap, dönmenin nedenini bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, hakkı kullanan da

[203] Sürekli sözleşmelerde ise TBK'nun m. 126 uyarınca ileriye etkili fesih söz konusu olur. Gökyayla, ani edimli sözleşme- sürekli edimli sözleşme ayırımının eser sözleşmesine ve eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine tam olarak uygulanmasının mümkün olmadığını, arsa sahibinin sözleşmeden doğan yararının tamamlanan bağımsız bölümlerin teslim edilmesiyle bir kerede gerçekleşmesi nedeniyle ani edimli olduğu ve fesihle değil dönme ile sözleşmenin sona erdirilebileceği (s. 54).

[204] Kılıçoğlu, Genel, s. 984; Buz, Haklar, s. 193;Serozan, s, 42-46; Anık, s. 224; Gümüş ve Eren, dönme hakkı bakımından klasik dönme teorisi, yasal borç ilişkisi görüşü ve ayni etkili dönme teorisi benimsenirse bozucu, yeni dönme görüşü benimsenirse değiştirici yenilik doğuran hak olduğu (Eren, Genel, s. 64; Gümüş, s. 78) ; Arsa payı inşaat sözleşmelerinde Yargıtay'ın arsa sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönemeyeceği, mahkemeden bu konuda karar alması gerektiği hususundaki görüşünün hatalı olduğu (Kahraman, s. 786; Gökyayla, s. 49).

[205] Özmen/Ürem, s. 199; Buz, Dönme, s.237; Buz, Haklar, s. 215; Öktem, s. 1953; Uçar, s. 172; Öz, s. 134; Selimoğlu, s. 157,376 ; Kostakoğlu, s. 618; Oğuzman/Öz,C.1, s. 529; Serozan, s. 499.

muhatabın bu durumunu biliyorsa, dürüstlük kuralı gereği bu beyanın sonuç doğurmayacağı kabul edilir. Dönme beyanında bulunan bu hakkı kullanmasının gerekçelerini açıklamışsa bunlarla bağlı olur[206].

Dönme hakkının söz konusu olabilmesi için taraflar arasında geçerli şekilde kurulmuş ve ifasına başlanmış bir sözleşmenin bulunması gerekir. Sözleşmeden dönmeyle, sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olan ancak, sözleşmeye aykırı hareketle bozulan taraflar arasındaki edim, karşı edim dengesinin yeniden sağlanması ve sözleşmenin kuruluşundaki mevcut duruma dönülmesi amaçlandığından her iki tarafta ifa edilmeyen edimi yerine getirmekten kurtulur, dönme beyanından önce yerine getirilen edimler ise aynen veya nakden iade edilir [207].

Ayıplı imalat nedeniyle işsahibine tanınan seçimlik haklardan olan sözleşmeden dönme hakkı kullanılmakla kesin hak halini alır, diğer seçimlik haklar ortadan kalkar ve hakkın kullanılması belirsizlik yaratacak şekilde şarta bağlanamaz. Ayrıca bu hak kullanıldıktan sonra dönülemeyeceği gibi dürüstlük kuralına aykırı olarak da kullanılamaz. Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların devri ancak sözleşmenin devriyle olur. Sadece sözleşmeden doğan alacak hakkının üçüncü kişiye temlikiyle yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönme hakkı, temlik alana geçmez. Bu nedenle işsahibi, eserin ayıplı olması nedeniyle kullanabileceği sözleşmeden dönme hakkını yükleniciyle arasındaki hukuki ilişkiden doğduğu için üçüncü kişiye devredemez[208].

---

[206] Oğuzman/Öz, C.1, s. 454; Öktem, s. 1953; Uçar, s. 172, Öz, s. 134; Selimoğlu, s.377; Buz, Dönme, s. 297, Haklar, s.220, 250; Eren, Özel, s. 655; Özmen/Ürem, bozucu yenilik doğuran hakkın şekli olarak muhataba varması gereken irade beyanı içeriğinde, bu beyanın geçerliliğine vücut veren sebebin gösterilmesinin gerekmediğini ve geçersiz olarak kabul edilemeyeceğini, haklı nedene dayanmadan sözleşmeden dönülmesinin kabul edilemez olduğunu belirtmektedirler (s.199, 209) ; Tarafları tacir olan bir eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme veya fesih ihbarının, 6102 sayılı TTK'nun 18/III (ETTK m.20/III) hükmüne göre, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemiyle yapılması gerekir.

[207] Buz, Dönme, s. 68- 78, ; Reisoğlu, s. 382; Oğuzman/Öz, C.1, s. 449; Selimoğlu, s. 158; Serozan, s. 39-42.

[208] Öğretide, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların alacağın devriyle temlik alana geçmeyeceği, yenilik doğuran hakların devri için sözleşmenin de devri gerektiğini, dönme hakkının kullanılmasının sadece alacağı değil devreden şahısla arasındaki (borçlu) sözleşme ilişkisini de etkileyeceğinden dönme hakkının temlik alana geçmeyeceği kabul edilmektedir. (Eren, Özel, s. 655; Oğuzman/Öz, C.2, s. 545; Serozan, s. 48); Buz, alacağın temliki halinde yeni alacaklının temlik edilen alacağı inançlı temlik yoluyla tekrar eski alacaklıya geçirmesi, eski alacaklı sözleşmeden döndükten sonra daha önce yerine getirdiği edimin iadesi ve zararın tazminine ilişkin talep hakkını yeniden alacaklıya devretmesi şeklinde yapılmasının daha doğru olacağı görüşünde (Dönme, s. 75, 299, 304, 306).

Sözleşmeden dönme, tam olur, işsahibi sözleşmeden kısmi olarak dönemez. Ancak birden fazla eserin yapımı veya alacaklı ve borçlunun bölünebilir nitelikte birden fazla asli ediminin söz konusu olması ya da borçlunun asli edimi yerine getirip yan edimi yerine getirmemesi, yahut borçlu veya alacaklının birden fazla olması durumlarında dönmenin kısmen yapılabileceği kabul edilmektedir[209].

Koşulları gerçekleşen dönme hakkının kullanılması tek taraflı bir irade beyanı ile yapıldığından bunun için dava açılmasına gerek yoktur. Ancak sözleşmeden dönme koşullarının oluşup oluşmadığı, hakkın kullanılmasının usulüne uygun ve geçerli olup olmadığı hususlarında açılacak davalarda, mahkemece tarafların kullanacağı seçimlik hakla ilgili yenilik doğuran bir karar değil, sadece hakkın usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığı hususunda tespit niteliğinde hüküm kurulması gerekir. Böyle bir tespit kararı verilmesi halinde istenilen sonuç kararın verildiği tarihte değil, hakkın kullanıldığı anda meydana gelir[210]. Uygulamada ise, bu şekilde açılan davalarda Yargıtay'ca sözleşmeden dönme hakkının yerinde olup olmadığı hususunda tespit kararı verilmeyip hukuki yarar yokluğundan ret kararları verildiği görülmektedir[211].

---

[209] Eren, Özel, s. 659; Buz, 292, 313-316; Zevkliler/Gökyayla, s. 556; Oğuzman/Öz, C.1, s. 455,577; "…Taraflar arasında iki adet balkonun alüminyum ve camla kapatılması konusunda eser sözleşmesi düzenlenmiştir. Davacı, yatak odası balkonunda sorun olmadığını, mutfak balkonunun ayıplı imal edildiğini belirterek sökülmesini ve bedelin iadesini talep etmiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğu anlaşılan mutfak balkonunda yapılan imalat için ödenen bedel saptanarak imalatın sökülerek davalıya iadesine, bu imalat için belirlenecek bedelin ise davacıya verilmesi gerekir…" (Y:15. HD. 15.1.2008 T, 2007/763-2008/81 sy.k (Karadaş, s. 211).

[210] Tespit davaları 6100 sayılı HMK 106 maddesinde düzenlenmiştir. Bir hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun belirlenmesine ilişkin bir dava türü olan tespit davasının işlevi, bundan öteye gitmez. Tespit davasının açılabilmesi için genel dava şartlarının dışında iki şartın daha bulunması gerekir. Bunlardan birisi hukuki yarar, yani bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının hemen tespit edilmesinde hukuki yararı olmalı, diğeri ise davanın konusunun sadece hukuki ilişkileri kapsamasıdır. Maddi vakıalar tek başına tespit davasının konusunu oluşturmazlar. Senedin sahte olduğunun tespiti gibi kanun hükmü ile belirtilen hususlarda maddi vakıanın tespiti için dava açılabilir. Her davada bulunması gereken hukuki yararın bulunması tespit davalarında da önemli olmasında rağmen tek başına tespit davasının açılması için yeterli değildir. Hukuki ilişkinin varlığının hemen saptanmasında talep edenin korunmaya değer bir yararının bulunması gerekir. Görülmekte olan bir davada veya açılacak bir davada iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek bir konuda tespit davası açılamayacağı gibi eda davası açılabilecek hallerde de tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Eda davası açılabilecek hallerde tespit davası açılamaz kuralının geçerli olabilmesi için, eda davası sonucu verilecek hükmün tespite ilişkin bölümü ile tespit davası sonucu alınacak tespit hükmü arasında getirdikleri kesin hüküm etkisi bakımından bir fark bulunmaması gerekir. Yani tespit davası ile istenen hukuki koruma, eda davası ile tamamen elde edilebilecekse, o zaman ayrı bir tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur. Tespit davalarında yalnızca tespit hükmü verilir. HMK 26/1 hükmü uyarınca talepten fazlaya karar verilemeyeceğinden ayrıca eda hükmü kurulamaz. Tespit hükmü ayrıca kesin hüküm ve kesin delil oluşturur ve tespit hükmünde bir eda emri bulunmadığından, ilamlı icra yolu (İİK m.24 vd) ile icraya konulamaz (Kuru, s. 204-208), Eren, Genel, s. 67.

[211] Öktem, s. 1953; Eren, Özel, s. 655,658; Buz, s. 71 vd; Özmen/Ürem, 213 vd.; ".. Sözleşmeden dönme, mahkeme kararın gerek olmaksızın ileri sürülebilen karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı geri alınması mümkün olmayan bozucu

4.2.1.Sözleşmeden Dönmenin Borçlara Etkisini Açıklayan Teoriler

4.2.1.1.Klasik Dönme Teorisi

Bu teori taraftarlarına göre[212], dönme, sözleşme ilişkisine doğrudan etkide bulunur ve kullanılmasıyla sözleşme geriye etkili olarak (ex-tunc) kurulduğu andan itibaren hiç yapılmamışçasına ortadan kalkar. Geriye etkili olarak ortadan kalkmanın sonucu olarak da, iadenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılması gerektiği kabul edilir (TBK m.70-81). Zamanaşımı ise, bildirimin muhatabına vardığı tarihten itibaren iki yıl olarak uygulanır.

Bu görüş taraftarlarınca, dönmeyle borçlandırıcı işlemlerin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı ancak, karşı tarafın dönme anına kadar borçlandırıcı işlem olan sözleşme nedeniyle kazandığı ayni hakların kendiliğinden önceki malike dönmeyeceği hususunda fikir birliği olmasına rağmen ayni hakkın geçişinin sebebe bağlı olup olmamasına göre tasarruf işlemlerinin etkilenmesi hususunda görüş ayrılıkları vardır. Bir kısım klasik görüş taraftarları, geriye etkili dönmede, geçerliliği sebebe bağlı olan taşınmaz mülkiyetinin devrini oluşturan tasarruf işlemi yapılırken sebep olan sözleşmenin geçerliliğine etkili bir durum bulunmadığı, iptalden farklı olarak dönmede, sebebin sona ermesinin sonraki bir olguya dayandığı ve tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceği ancak, devredilen hak kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceğinden sebepsiz zenginleşme nedenine dayalı tescile zorlama davasıyla, taşınırlarda ise sebebe bağlılık olmayıp soyutluk ilkesi kabul edildiğinde zilyetliğin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteneceği görüşündedir. Bir kısmı ise, sebebe bağlı tasarruf işleminin sözleşmeden dönme üzerine geçmişe etkili olarak hükümsüzleşeceği ve bu yolla verilen

---

yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır. …nakit bedel karşılığı eser sözleşmeleri yönünden sınırlayıcı istisnai bir kural bulunmadığından mahkeme kararına gerek olmaksızın tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönmek mümkündür. Fesih işleminin geçersiz olduğuna ilişkin dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gibi fesih suretiyle sona eren sözleşme yönünden aynen ifa kararı verilmesi doğru değildi…" (Y.15. HD. 9.1.2019 T, 2018/5160-2019/94 sy.k) ve aynı doğrultuda verilen Y.15. HD. 26.10.2015 T, 2015/1177-5319 sy.k ; Y.15. HD. 21,12,2018 T, 2018/4143-5232 sy. kararları (UYAP);
Arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden yapılması özel şekil koşuluna bağlandığından dönme beyanının tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasıyla yapılması mümkün değildir. Ancak tarafların tamamının katılımı ve dönme konusundaki uygun iradelerinin birleşmesiyle sona erdirilebileceği gibi açılacak dava sonunda dönme nedeniyle sözleşme ilişkisine sona erme kararının kesinleşmesiyle sona erer (Öztürk/Gözütok, s. 463).

[212] Oğuzman/Öz, C.1, s.534**;** Öz, 135 vd; Kılıçoğlu, Genel, s. 935; Gümüş, s. 815; Karadaş, s. 214.

şeylerin iadesinin ayni hakka dayanacağı görüşünü savunurlar. Dönme hakkının kullanılmasından itibaren taraflar sözleşmedeki ifa edilmeyen edimlerini yerine getirmekten kaçınırlar. Bu teoriye göre dönme hakkının kullanılması bozucu yenilik doğuran bir haktır[213].

4.2.1.2.Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi

Bu görüşü savunan yazarlara[214] göre dönme, sözleşme ilişkisine dolaylı olarak etkide bulunur. Sözleşme ilişkisini ne geçmişe etkili (ex-tunc), ne de ileriye etkili (ex-nunc) şekilde sona erdirmediğinden dönme beyanı ile geçerli şekilde kurulan sözleşme ilişkisi ortadan kalkmaz. Sözleşmeden dönme beyanının muhatabına ulaşması, yalnızca sözleşmenin içeriğini değiştirir, ifa edilmeyen asli yükümlülükler sona erer ve ifa edilen edimlerin geri verilmesi için taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi başlar. Bu şekildeki kabul, sadece borçlandırıcı işlemleri kapsadığından daha önce devredilmiş ayni hakları etkilemez. Sözleşme geçerli olarak kurulduğundan ve sebepsiz hale gelmeyeceğinden ifa edilmiş edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre yapılır ve TBK'nun 112. maddesi uygulama alanı bulur. Sözleşme sadece alacak ve borç hükümleri içermeyip, yan yükümler ve teminatı da içerdiğinden, dönme ile sözleşme sona ermeyip tasfiyeye dönüşerek değiştiğinden iade, bunları da kapsayacak şekilde yapılır. Geri verme borcu, sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi kişisel bir borç, istihkak davasında olduğu gibi ayni nitelikte olmayıp, sözleşmeden doğan borcun ifasına yönelik sözleşmesel bir sorumluluktur. İade, mümkünse aynen, aksi takdirde nakden dönme anındaki objektif değer esas alınarak yapılır. Geri verme borcu kapsamında kalan ayni ve nispi hak, kendiliğinden eski sahibine dönemeyeceğinden hakkın eski sahibine iadesi için ayrı bir tasarruf işleminin yapılması gerektiğinden taşınırlarda zilyetliğin teslimi, taşınmazlarda tescilin yapılması, alacakların ise ödenmesiyle iade tamamlanır. Yerine getirilmemiş edimler ise, son bulmaz, sadece borçluya ifadan kaçınmasına yarayan bir def'i hakkı verir. Zamanaşımı ise TBK m. 146

[213] Oğuzman/Öz, C.1, s. 531; ,Öztürk/Gözütok, s. 463; Buz, s. 181, Öktem, s. 1955; Akça, s. 63; Yine bu görüş taraftarları, iade yükümlüsünden malı alan iyiniyetli üçüncü kişilerin sözleşmeden dönme üzerine ayni taleple iade isteyene karşı TMK m. 988 ve 1023 uyarınca korunabileceğini belirtmektedirler (Oğuzman/Öz, C.1, s. 530, 534); Öz, klasik dönme teorisine ilişkin tartışmalar için bkz. adı geçen makale 138-163; Ürem, 163 ve teorilerle ilgili ayrıntılı tartışma için bkz. aynı eser s. 170-183.
[214] Eren, Özel, 656; Aral/Ayrancı, 360; Serozan, s,74-90.

göre 10 yıl olarak kabul edilir. Bu görüş taraftarlarına göre, dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır[215].

4.2.1.3.Ayni Etkili Dönme Teorisi (İstihkak Teorisi)

Klasik dönme teorisini hukuki sebebe bağlılık ilkesi ışığında yorumlayan bu görüş taraftarlarına[216] göre, sözleşmeden dönme beyanının muhataba ulaşmasıyla klasik dönme teorisinde olduğu gibi, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak, burada klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye ayni etki tanınır. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması sadece borçlandırıcı işlemleri değil, dönmeden önce ifa amacıyla yapılan tasarruf işlemlerini de kapsar. Dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan ayni hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, sözleşmeden dönme beyanı ile hem ifa edilen hem de ifa edilmeyen edimlerin dayanağı olan sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalktığından edimlerin ifası sebebe bağlılık ilkesinin doğal sonucu olarak taşınırlar için istihkak davasıyla; değiştirme, karışma ve birleşme, iyiniyetli üçüncü kişilerin edinimleri ile geri vermenin mümkün olmadığı kullandırma ve iş görme gibi edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak istenir. İstihkak davası zamanaşımına tabi değil ise de, diğer iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tabi olduğu zamanaşımı içinde istenmesi gerekir. Geçerliliği borçlandırıcı işlemin varlığına yani sebebe bağlı taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmeden dönüldüğünde tescil yolsuz hale geleceğinden TMK m. 1025 göre yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilir[217].

4.2.1.4. Yasal Borç İlişkisi Teorisi

Klasik dönme kuramını benimseyen bir kısım görüş taraftarları[218], dönmenin geçmişe etkili olduğunu kabul etmekle birlikte dönme sonrası taraflar arasındaki iade borcunun gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme olmadığını, TBK m. 125 (EBK m.108) den kaynaklanan özel bir iade borcu olduğu ve dönmenin sözleşme ilişkisini sebepsiz zenginleşme ilişkisine değil, yasal borç ilişkisine dönüştürdüğünü ancak, anılan

[215] Öz, s. 134; Ürem, s. 164-170; Eren, Özel, s. 656; Akça, s. 65; Aydın, s. 431; Anık, s. 226.
[216] Buz, Dönme, s. 134; Öz, s. 141; Akça, 72; Kal, s.74.
[217] Buz, Dönme, 121; Akça, s. 65; Oğuzman/Öz, s. 531; Ürem ve Aydın ayni etkili dönme görüşünün, taşınmaz tescilinin bozucu koşula bağlanamayacağına ilişkin TBK 243 ve TST'nün 16 maddesi hükümleri ve eşya hukuku öğretisine aykırı olduğu (Ürem, s, 179; Aydın, s. 437).
[218] Ürem, s. 183; Aydın, s. 434; Anık, s. ,225, 233; Yasal borç ilişkisi görüşünü savunanlar hakkında ayrıntılı bilgi Oğuzman/Öz, s. 532-533; Buz, Dönme, s. 120-121.

hükümde iadenin kapsamı hakkında düzenleme olmadığından kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilir. Bu görüşün kabulünde en önemli neden, sözleşmeden dönme ile taraflarca dönme anına kadar yerine getirilmiş edimlerin iadesi talebine, sebepsiz zenginleşmenin tabi olduğu kısa zamanaşımı değil, sözleşme hukukunda uygulanan 10 yıllık zamanaşımının uygulanmasını sağlamaktır. TBK. m. 125'de geri verme borcunun kapsamı ile ilgili hüküm bulunmadığından iadenin kapsamı bakımından ise, sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, yasal borç ilişkisi kuramında da, sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hak olup, klasik dönme teorisinden en önemli farkı zamanaşımı süresi ile ilgilidir[219].

4.2.2.Benzer Kavramlarla Karşılaştırma

4.2.2.1.Dönme-Fesih Ayırımı

818 sayılı EBK'nunda sözleşmeden dönmenin herhangi bir tanımı olmadığı gibi genel ve özel hükümlerde "dönme" ifadesi açıkça kullanılmamış, genellikle "fesih" terimi kullanılarak bir kavram kargaşası yaratılmıştır. Uygulamada da, çoğu kez dönme ve fesih kavramları aynı hukuki durumu ifade etmek için kullanılmıştır. Her iki kavramda, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirmesine rağmen hukuki sonuçları farklıdır.

Sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran haklardandır. Sözleşmenin feshi, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi ileriye etkili (ex-nunc), dönme ise, sözleşmenin geriye etkili biçimde (ex-tunc) sona erdirilmesidir. Dönme ile henüz yerine getirilmemiş edimler sona erip, yerine getirilmiş edimlerin iadesi sonucu doğarken; fesihte genel olarak tarafların fesih tarihinden önce yerine getirdikleri edimler için geri verme borcu doğmayacağı gibi fesihten önceki aşamada taraflar lehine doğmuş hak ve borçlar sona ermeyip devam eder. İstisnaen bazı sürekli borç ilişkilerinde fesihle sona erme durumunda iade yükümlülüğü

[219] Buz, Dönme, s.120; Ürem, 160; Öktem, s. 1955; Oğuzman/Öz, C.1, s. 532; Aydın, s. 429; Bir kısım yazarlar ise, klasik dönme görüşü ile yeni dönme teorisi arasında yer alan uzlaştırıcı görüşün sözleşmeden dönme sonucu sözleşmeden doğan haklara etkisinin değerlendirilmesinin daha yerinde olduğunu savunarak; sözleşmedeki yerine getirilmemiş edimlerin hakkın sona erdiği itirazı ile son bulacağı, yerine getirilmiş edimler bakımından ise, sözleşmeye dayanan akdi bir geri verme talebi ile geri verilmesinin gerektiği, bu görüşe göre sözleşmenin ifasına kadar klasik dönme teorisinin, ifasından sonra ise dönüşüm teorisinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler (Yavuz/Acar/Özen/, s.534).

söz konusu olur ise de, bu geri verme borcu sözleşmeden dönme sonucu doğan iade borcundan farklı olup, feshin hukuki sonucu olmayıp sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda öngörülen ve fesihle muaccel hale gelen (fesih sonucu kiralanın veya bağışlananın iadesi gibi) hak ve yükümlülüklerdir[220].

Fesih, ifasına başlanılmış iki taraflı veya tek taraflı her türlü sürekli borç ilişkilerinde, dönme ise iki tarafa tam borç yükleyen ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olur[221]. Hak sahibinin sürekli borç ilişkisini herhangi bir sebebe dayanmadan ihbar sürelerine uyarak sona erdirmesi olarak tanımlanan olağan fesihte, bir nedene dayanma zorunluluğu yokken, dönmede mutlaka sözleşmeye aykırı bir davranışın bulunması gerekir. Yine her iki hakkın kullanılması sonucu istenecek tazminatlar farklı olup, dönmede menfi zarar talep edilirken fesihte müspet zarar istenir[222].

4.2.2.2.Dönme- İptal Ayırımı

İptal, ya bir hukuki işlemin kuruluş aşamasında irade beyanında sakatlık olması nedeniyle baştan geçersizliği ya da baştan geçerli olarak kurulan bir hukuksal işlemin (TMK, m. 148,298, 506, 557; TBK. M. 182,281, 287 gibi) sonradan geriye etkili olarak sona erdirilmesi olup, tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bir sözleşmenin kurulması için gereken ana unsur, tarafların iradelerinin aynı doğrultuda birleşmesi yani, anlaşmadır. Baştan geçersiz işlemler, TBK'nun 28 maddesinde aşırı yararlanma, 30-35 maddelerinde yanılma, 36. maddede aldatma ve 37 maddedeki korkutma halleri iradeyi fesada uğratan nedenler arasında sayılmış olup, bu hükümlerdeki "*sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme*" olarak ifade edilen hak, iptal hakkıdır.

---

[220] Buz, Dönme, 80; Haklar, s. 330; Selimoğlu, s. 382; Kılıçoğlu, Genel, s. 937; TBK'nun istisnaen sürekli borç ilişkisi kurulmasına rağmen özel hükümle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak kaldırılabileceği belirtilen (TBK'nun 516,517 uyarınca ölünceye kadar bakma akdinde dönme hakkı) sözleşmeler bulunduğu gibi, bunun tersi yani ani edimli borç ilişkisi özelliğine sahip olmasına rağmen ileriye etkili feshi mümkün (TBK'nun tazminat karşılığı fesih başlıklı 484 maddesinde, işsahibinin eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek suretiyle sözleşmeyi feshedebileceği düzenlemesi) kılan hükümlerde bulunmaktadır. (Oğuzman/Öz, C.1, s. 452); Serozan, fesihle dönme arasındaki fark olarak belirtilen sözleşmenin geçmişe veya ileriye dönük sona erdirilmesi ayırımının yerinde olmadığını, gerek dönmenin gerekse feshin sözleşmeyi geçmişe dönük ortadan kaldırma gücü bulunmadığı (s. 118).

[221] 25.1.1984 tarih 3/1 sayılı YİBK'da ani edimli olan eser sözleşmelerinde, sadece kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshinin inşaatın getirildiği aşamaya göre, sürekli borç ilişkileri gibi ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir.

[222] Buz, Dönme, s. 83; Oğuzman/Öz, s. 452; Başaran, s. 403; Akça, s. 68-72, Selimoğlu, s. 382; Serozan, s. 120; Anık, s. 227.

Dönme ve iptal yönündeki beyan ve başvurularda geriye etkili bir sona erdirme iradesi varsa da; iptalde, anılan hükümlerdeki nedenlerle başlangıçtan beri sözleşme geçerli olarak kurulmadığından geçersiz bir borç ilişkisi, dönmede ise, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin ifası aşamasındaki sözleşmeye aykırılık söz konusudur. İptal, irade fesadının söz konusu olduğu her türlü hukuki işlem için talep edilebilirken, dönme iki tarafa tam borç yükleyen ani edimli sözleşmelerde uygulama alanı bulur. İptal hakkının kaynağı sadece yasa hükümleri olmasına rağmen, dönme hakkı hem yasadan hem de taraf iradelerinden doğar. Yine, irade fesadı nedeniyle sözleşmenin iptalinin istenmesi için tanınan süreler hak düşürücü süre olup, dönmede herhangi bir hak düşürücü süre belirlenmemiştir[223].

4.2.2.3.Yargıtay Uygulaması

Eser sözleşmesinden dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi ve sonuçlarının tartışıldığı açık kararlara fazla rastlanılmamakla birlikte, sözleşmeden dönmenin geriye etkili fesih olduğu, sebebin ortadan kalktığı ve tarafların birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmeleri gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır[224]. Bir çok kararda da, akdin feshi ve dönme kavramları aynı anda kullanılmış ve bu taleplerle ilgili menfi zarar istenebileceği belirtilmiştir[225].

Yine para karşılığı yapılan eser sözleşmelerinde sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğuracağı, dönmenin haklı olup olmadığının açılan davalarda tartışılması gerektiği[226], arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, bedelin taşınmaz pay tescili olması nedeniyle tek taraflı beyanla feshin mümkün olmadığı, ya tarafların bu konuda iradelerinin birleşmesi ya da mahkeme kararı gerektiği ihtilafın niteliğine göre geriye etkili veya ileriye etkili feshe karar verileceği şeklinde kararlara rastlanmıştır[227].

Sonuç olarak Yargıtay her ne kadar kararların birçoğunda fesih ve dönme kavramını aynı anda kullanmış, geriye etkili, ileriye etkili fesih olarak değerlendirme

[223] Oğuzman/Öz, s. 92 vd; Buz, Dönme, s. 86; Dural/Sarı, s. 211; Serozan, s. 147.
[224] Y.15. HD. 10.1.2019 T, 2018/3435-2019/96 sy.k ; Y. 13. HD. 26.10.2011 T, 2011/7550-2011/16120 sy.k.(UYAP); Y. 15. HD. 19.4.2004 T, 2003/5347-2004/2196 sy.k. (Kostakoğlu, s. 625).
[225] Y.15. HD. 9.5.1991 T, 1591/2433 sy.k; Y.15. HD. 20.5.1992 T, 1883/2671 sy.k; Y.15. HD. 20.1.1992 T, 3135/56 sy.k. (Uygur, C.7, s. 7898-7905).
[226] Y.15. HD. 17.3.2010 T, 98/1538 sy.k (Selimoğlu, s. 377) ; Y.15. HD. 14.4.2008 T, 2007/1276-2008/2431 sy.k (Kostakoğlu, s. 618).
[227] Y. 23. HD. 20.3.2013 T, 97/1709 sy.k; Y.15. HD. 21.12.2006 T, 7594/7533 sy.k (Selimoğlu, s. 378);

yapmış ise de, geriye etkili fesih ve dönmenin sonuçları ile ilgili hükümler kurmuştur. Dönme ile ilgili verdiği kararlarda, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle TBK 125/II (EBK m.108) hükmü ve sebepsiz zenginleşme kuralları nazara alınarak iade yükümünün yerine getirilmesi gerektiği yönündeki kararları çoğunlukta olduğundan yasal borç ilişkisi teorisine yakın olduğu düşünülebilir. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönülmesi halinde devredilen tapunun arsa sahibine iadesi yönünde verdiği kararlarda da ayni etkili dönme teorisini kabul ettiği kanısı uyandırmaktadır.

4.2.2.4.Sözleşmeden Dönmeyi Açıklayan Teoriler Hakkındaki Görüşümüz

Ani edimli sözleşmelerde uygulama alanı bulan sözleşmeden dönmede, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları ile güveni sarsılan alacaklının amacı, o ana kadar ifa edilmiş edimleri geri almak, ifa edilmemiş edimler yönünden ise, ifadan kurtulmak olduğundan bize göre, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ayni etkili dönme teorisinin uygulanması yerinde olur.

Eserin ayıplı ifası nedeniyle işsahibine tanınan sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması için getirilen koşullar diğer seçimlik haklara oranla daha zor koşullara bağlanmıştır. Bu da, sözleşmeden dönmenin, seçimlik haklar arasında yüklenici açısından en ağır sonucu doğurması nedeniyledir. Sözleşmeden dönme beyanının muhataba ulaşmasıyla işsahibi artık yükleniciye sözleşmeyle bağlı olmak istemediğini bildirmektedir. Bu nedenle yeni dönme görüşünde kabul edildiği şekilde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermeyerek ayakta kalması, tasfiyeye yönelik içerik değiştirmesi şeklindeki kabul, her şeyden önce TBK nun 1/1 hükmündeki taraf iradelerinin uygunluğunun bulunmaması ve ayrıca sözleşmeden dönmenin niteliği ile alacaklı istemine uygun değildir. Eğer alacaklı yeni dönme görüşü doğrultusunda bir tasfiye ilişkisi isteseydi, bunu karşılıklı anlaşma ve ibralaşma suretiyle yapabilirdi.

Dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirdiği, borçlandırıcı işlemlerin sebebinin kalmayacağı, tasarruf işlemlerinin ise geçerliliğini devam ettireceği ve ifa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme kuralları gereği iadesi gerektiği şeklindeki klasik dönme teorisi ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği kabul edilmesine rağmen dönme anına kadar yapılan tasarruf işlemlerinin sözleşmenin geçerli olduğu

dönemde yapıldığı ve borçlandırıcı işlemin hükümsüzlüğünden etkilenmeyeceği savunulan kanuni borç ilişkisi teorisi, ayıplı ifa nedeniyle eser sözleşmesinden dönme sonucu iadesi gereken taşınırların sebebe bağlılık ve soyutluk ilkesine göre bir ayırıma tabi tutulması ve taşınmazların devrinin sebebe bağlı olması ilkesi tasfiyede birçok sorunu gündeme getirmektedir. Aynı sözleşme ilişkisinde hem sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdiğinin hem de bu sözleşme gereğince dönme anına kadar gerçekleştirilen tasarruf işlemlerinin geçerli olacağının kabulünün çelişki oluşturması nedeniyle tarafımızca benimsenmemiştir.

Ayni etkili dönme teorisinde, sözleşmeden dönme beyanıyla taraflar arasındaki eser sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, dönmenin borçlanma ilişkisine etkisi dolaylı değil, dolaysızdır. Bunun sonucu olarak da, ayni etkili dönme teorisinde de kabul edildiği üzere, işsahibinin sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Bu sonuç gerek tasarruf[228] gerekse borçlandırıcı işlemleri kapsayacağından iadenin konusunun taşınır olması veya taşınmaz olması halinde sebebe bağlılık ilkesi doğrultusunda yapılacak ayırım da burada önem taşımaz. Taşınırlarda, soyutluk ilkesi kabul edildiğinde, borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden tasarruf işlemi etkilenmez, mülkiyet kazanan kişiye geçer. Ancak devralanının bu kazanımı sebepsiz zenginleşme oluşturur. Sebebe bağlılık ilkesi devredeni ve alacaklılarını, soyutluk ilkesi ise, kazananı ve onun alacaklarını korur. Borçlandırıcı işlem sona erdiğinden taşınır mal devralan açısından sebepsiz zenginleşme oluşturacağından bu hukuki sebebe dayanılarak iadesi istenebilir. Taşınırlarda son zamanlarda ağırlık kazanan sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde ise, sözleşme ilişkisi

[228] Tasarruf işlemi, bir hakkın varlığına doğrudan etkili olan ve yapılmasıyla hakkı kuran, değiştiren, sınırlayan hukuk işlemdir. Tasarruf işleminin, yapan tarafın malvarlığına etkisi aktifinde azalma olarak görülür. Bir tasarruf işlemi etkisini ayni bir hak üzerinde gösteriyorsa ayni tasarruf işlemi söz konusu olur. Ayni hakların devren kazanılması, Miras Hukuku'ndaki külli halefiyet durumu dışında daima geçerli bir tasarruf işlemi ile olur. Taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil ile devir tamamlanır. Borçlandırıcı işlem ise, bir kişinin bir şey yapma, yapmama veya verme şeklinde belli bir davranışta bulunmayı taahhüt ettiği işlemler olup, kişi belli bir tasarruf işlemi yapmayı yükümlenir. Dolayısıyla tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem arasında sıkı bir sebep sonuç ilişkisi vardır. Tasarruf işlemleri çoğunlukla bir sözleşmenin ifası şeklinde olup, sözleşmenin tarafı olan ve tasarruf işlemini yapan sözleşmeyle kendisine yüklenen edimi yerine getirir. Başta sözleşmeler olmak üzere, borç altına sokan tüm hukuki işlemler borçlandırıcı işlemler olup, tasarruf işleminin yapılmasının dayanağı olan işlemde, bu borçlandırıcı işlemdir. Aralarındaki açık nitelik farkına rağmen, borçlandırıcı işlemle tasarrufi işlem arasında yakın bir ilişki vardır. Genellikle tasarrufi işlemden önce bir borçlandırıcı işleme ihtiyaç vardır. Türk Hukukunda tasarrufi işlemin kendine bağlanan hukuki sonucu doğurabilmesi için, temelinde bulunan borçlandırıcı işlemin geçerli olması gerekir. (Yılmaz, s.380,788; Öz, s. 132; Oğuzman/Öz, C.1, s.36; Reisoğlu, s.53;Dural/Sarı, 200).

iadesi gereken taşınırın devrinin sebebini oluşturduğundan ve dönmeyle sebep ortadan kalktığından sebepsiz zenginleşme kuralları değil, ayni nitelikte bir talep hakkı doğduğundan istihkak davası ile iade istenir[229].

Sebebe bağlılık, tasarruf işleminin geçerliliğinin, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlanmasıdır. Taşınmazlar için sebebe bağlılık geçerli olduğundan bu kazanmanın dayanağı olan borçlandırıcı işlemin sözleşmeden dönülmesiyle baştan beri kurulmamış hale gelmesiyle tasarruf işleminin nedeni kalmayacaktır. Böyle bir durumda iade, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, ayni bir taleble yani, iade alacaklısı gerçek hak durumu yansıtmayan tapu kaydının düzeltilerek yeniden adına tescilini talep edebilecektir. Ayni haklarla ilgili tasarruf işlemlerinin borçlandırıcı işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucundan tasarruf işlemlerinin etkilenmeyeceğini savunan görüş taraftarlarının gösterdikleri en güçlü gerekçe, ayni hakların bağımsızlığı ilkesi ilkesidir[230]. Bu ilkeye göre, ayni hakların geçerli olarak kurulması ya da devredilmesinden sonra hukuki sebepten bağımsızlaştıkları, devir veya kazanmanın temelini oluşturan işlemin sonradan geçersiz sayılması ya da iptal edilmesinin önemli olmadığı, önemli olanın sadece ayni hakkın kazanıldığı anda temelini oluşturan işlemin geçerli olmasıdır. İleri sürülen bu ilkeye göre bile, hakkın doğumu sırasında geçerli bir hukuki sebep aranmakta olup, bu da dönülen sözleşmedir. Borçlandırıcı işlem olan sözleşmeyi ayni hakkın devri için hukuki sebep olarak kabul edip, daha sonra bu sözleşmenin geçmişe etkili olarak dönme ile ortadan kalktığı kabul edilmesine rağmen taşınmaz devrine ilişkin tasarruf işleminin bundan etkilenmeyeceğinin kabulü; dönmenin hukuki niteliği ve taşınmazların sebebe bağlı olduğu hususundaki Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz mülkiyetinin kazanma yollarının düzenlendiği 706 maddesinde (EMK m.634), mülkiyet devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması gerektiği, tescil isteme hakkı ile ilgili 716 hükmündeki (EMK m.642) *"mülkiyetin kazanılmasına esas olacak hukuki sebebe dayanarak*" ifadesine ve tapuya tescil, terkin ve değişiklik yapılması ile ilgili 1015 ve 1016 maddelerindeki taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması için geçerli bir hukuki sebep gerektiği şeklindeki düzenlemelere aykırılık

[229] Buz, s. Dönme, 166,167; Öz, iktisabı sebebe bağlı ayni haklar geriye etkili olarak sözleşmeden dönülmesi ile hukuki sebepten yoksun kalacağından bunların iadesinin soyutluk ilkesinin geçerli olduğunu kabul ettiğini belirttiği taşınırlarda haksız zilyedine iade borcuna ilişkin hükümlerin, taşınmazlarda ise sebebe bağlılık ilkesi geçerli olduğundan istihkak davası davasıyla istenmesi gerektiği görüşünde (s. 156).
[230] Serozan, s. 91-96;

oluşturur. Sözleşmenin kurulmasından dönme anına kadar bu sözleşmeye dayalı tasarruf işlemleri geçerli ise, bunların taşınır veya taşınmaz ayırımı yapmaksızın iadesinin de istenmemesi gerekir ki, bu da sözleşmeden dönmenin niteliği ile bağdaşmaz. Ayrıca aynı sözleşme nedeniyle yapılan diğer tasarruf işlemlerinin geçmişe etkili dönme nedeniyle sözleşme hiç yapılmamış kabul edilip, sadece ayni haklara ilişkin tasarruf işlemlerinde bunun aksini savunmakta ayrı bir çelişki oluşturmaktadır. Eğer bir sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönüldüğü kabul ediliyorsa bunun bu sözleşmeye bağlı olarak yapılan tüm tasarruf işlemleri için aynı sonucu doğurduğunu kabul etmek gerekir. Aksi takdirde yani sözleşmenin başından beri (tasarruf işleminin yapıldığı anda dahil) ortadan kalkmasını kabul edip, ayni hakların bundan etkilenmeyeceğini ileri sürmek soyutluk ilkesinin kabulü ile mümkün olur [231].

Yine ifa edilmiş edimler yönünden geçmişe etkili olarak dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan ayni hakların devralana geçmediğinin kabulünün ayni hakların mutlak hak niteliği ve tapu sicilinin aleniyeti ilkesi ile bağdaşmadığı ve taşınmazlarda devredene sicilsiz kazanma hakkı tanınması, taşınırlarda ise zilyetliğin mülkiyet karinesi olma işlevinin yerine getirmemesi sonucunu doğuracağı şeklinde eleştiriler ileri sürülmüştür. Dönme hakkının kullanılmasından önce borçluya tapu sicilinde devredilmiş bir ayni hak üçüncü kişiye devredilmiş ise, üçüncü şahıs dönme hakkının kullanılmasından sonra hak sahibi olmayan bir kimseden hak iktisap eden durumuna düştüğünden iyiniyetli ise tapu siciline güven ilkesi gereği tescilin olumlu (TMK m. 1023) hükmü, taşınırlarda TMK'nun 988 maddesi ve diğer alanlarda ilgili mevzuatlarda üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına ilişkin getirilen hükümlerle korunduğundan eleştirilerinde yerinde olmadığı görülecektir. Klasik dönme veya yasal borç ilişkisi görüşüne göre, tasarruf işlemleri geçerli olarak kalmaya devam ettiğinden dönme hakkının kullanılmasından sonra borçludan ayni veya şahsi hak devralan şahıs malik olmaya devam edeceğinden onun iyiniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek olmayacaktır. Üçüncü şahıs, üçüncü şahıs dönme hakkının kullanıldığını ve borçlunun

[231] Bu konudaki ayrıntılı tartışma için bakınız Öz, s. 141- 143, Buz, Dönme, ayni hakların bağımsızlığı ilkesinin MK'nun 798,858,ve BK'nun 113 maddesi hükümlerinin karşıt anlamından çıkarıldığını, bu hükümlerin ise rehin hakkına ait olup, bu hükümlerden geçmişe etkili sona ermenin ayni hakları kapsamayacağı yolundaki bir yargıyı oluşturabilecek bir ayni hakların bağımsızlığı ilkesinin çıkarılmasının mümkün olmadığını belirterek böyle bir ilke ile bahsedilenin ayni hakların geçerliliğinin bir hukuki sebebin varlığından bağımsız olması ise bunun hukuki sebepten soyutluk ilkesinden başka bir anlamı olmadığını belirtmektedir. (s. 168-170).

iade ile yükümlü olduğunu bilse bile iade konusu taşınır, taşınmaz veya alacağın sahibi olacak, bu durumda alacaklının korunamayacaktır. Halbuki, tasarruf işlemleri içinde geçmişe etkili sonuç doğuran ayni etkili dönme teorisinde, bu şekilde hak veya mal kazanan üçüncü şahsın iyiniyetli olup olmadığı değerlendirilebileceğinden alacaklının korunması mümkün olacaktır[232].

Yine, sözleşmeye aykırılık nedeniyle dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucu, dönme hakkı sahibine tanınan tazminat talebinin kaynağı dönülen sözleşmeye aykırılığın yaptırımı olduğundan ayni etkili görüşe aykırılık oluşturmaz. Çünkü dönme, sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut olan durumun tesisini sağlamaya yöneliktir.

Dönmenin sonuçlarına ilişkin ileri sürülen tüm görüşler, iadenin nasıl yapılacağı hususunda kesin çözümler içermemektedir. Ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönme sonucu iadenin ne şekilde yapılması gerektiği hususunda Yasa'da da ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından benzer hükümlerin kıyas yoluyla uygulanarak tasfiye ilişkisinin tamamlanmasının uygun olacağı kanısındayız.

4.2.3.Ayıplı İmalat Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönmenin Sonuçları

Ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönülmesinin en önemli sonucu, tarafların dönme anına kadar dönmeye konu sözleşmeden kaynaklanan alacak ve borçlarının yasaların belirlediği çerçevede tespitiyle ayrıştırılması yani tasfiyedir[233]. Sözleşmeden dönme sonucu, tarafların hak ve borçlarını içeren tasfiye ilişkisin iki ana başlık altında inceleyeceğiz.

4.2.3.1.Sözleşmeden Dönme Tarihinde ifa Edilmemiş Edimlerin Sona Ermesi

Meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin TBK'nun 475/1 hükmünde belirtilen şekilde ayıplı olması ve koşulların gerçekleşmesi sonucu, işsahibi tarafından geçerli bir şekilde bildirilen sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla kabul ettiğimiz

[232] Yeni dönüşüm teorisinde iade konusu edimin kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabına TBK'nun m. 49/II (EBK m.41/II) hükmü gereği engel olunabileceğini ileri sürerler (Serozan, s. 441).
[233] Tasfiye, arapça kökenli bir sözcük olup, arıtım, ayıklama, hesap ve işlemlerin incelenerek aktif ile pasif arasındaki farkı belirlemeye yarar işlem olarak tanımlanmaktadır (Yılmaz, s. 788; Selimoğlu, s. 384).

ayni etkili dönme teorisine göre sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Bu tarih itibariyle de tarafların sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri biter. İfa edilmemiş edimlerin ifası istenemez.

Sözleşmeden dönme tarihine kadar ifa edilmeyen edimler yönünden her iki tarafta borcundan kurtulur. Dönme nedeniyle ifa edilmeyen edimlerin sona ermesi, taraflar yönünden def'i değil, itiraz konusunu oluşturur. Sözleşmeden dönme tarihinden önce sözleşmeden doğan hakkın üçüncü kişiye temliki ve üçüncü kişinin işsahibinden talepte bulunması halinde işsahibi temlik alana karşı TBK m.188 uyarınca itirazda bulunabilir. Buna göre, işsahibi ödemediği bedeli ödemekten kurtulur, yüklenici ise ayıbın onarım suretiyle giderilmesinden sorumlu tutulmaz[234].

Yine geriye etkili sona erme sadece asli edim yükümlülüklerini değil, yan edim yükümlülükleri ve teminatları da kapsayacağından böyle bir durumun mevcut olması halinde sözleşme değerlendirilmelidir. Fer'i nitelikteki teminat, sözleşmedeki asli yükümlülüklerin yerine getirilmesi kapsamında verilmişse, sözleşmeden dönme ile asli yükümlülükler sona erdiğinden teminatın da iadesi gerekir. Eğer, teminat sadece asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesini değil de, işsahibinin yükleniciye karşı kullanabileceği her türlü talep hakkını ve dönme halinde iade yükümlülüğünü de kapsıyorsa, sözleşmeden dönmeden sonra tasfiyenin tamamlanmasına kadar geri verilmez. Sözleşmeden dönülmesiyle asli edime bağlı yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yükümlülüklerde sona erer. Ancak TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralı gereği, aydınlatma ve koruma yükümlülükleri dönmenin borçtan kurtarıcı gücünden etkilenmeyip geri verme borcunun sonuna kadar varlıklarını devam ettirirler. İade alacaklısının yerine getirdiği edimin kullanılmasına ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, iade

[234] Ürem, s. 207; Selimoğlu, s. 384; Def'i, aslında borçlu olunan bir şeyin veya edimin özel bir nedenle yerine getirilmesinden kaçınmaya olanak sağlayan bir haktır. Zamanaşımı def'i, ödemezlik def'i, satış bedelinin indirilmesi def'i gibi. İtiraz ise, bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren vakıalardır. İtirazlar, hakkın doğumuna engel olan itirazlar (sözleşme taraflarından birinin fiil ehliyetinin olmadığı, sözleşmenin yasada belirtilen şekilde yapılmadığı gibi), bir hakkı sona erdiren itirazlar (borcun ödenmiş olduğu gibi) olarak gruplandırılır. Def'i ile itiraz arasındaki farkların belirlenmesi usul hukuk açısından önemlidir. İtirazda ya hak hiç doğmamıştır veya sona ermiştir. Def'i de ise, hak vardır ancak borçlu özel bir nedenle o hakkı yerine getirmemektedir. Def'i cevap dilekçesinde açıkça ileri sürülmemişse mahkemece kendiliğinden dikkate alınamaz. İtiraz ise, taraflarca ileri sürülmese bile dosyaya ibraz edilen belgelerden ve vakıalardan bir itirazın varlığının anlaşılması halinde mahkemece kendiliğinden dikkate alınabilir (Kuru, s. 249, Dural/Sarı, 185).

borçlusunun geri verme konusu edimin herhangi bir zarara uğramaması ve çalınmaması için muhafaza sorumluluğu devam eder[235].

4.2.3.2.Sözleşmeden Dönme Tarihine Kadar İfa Edilmiş Edimlerin Geri Verilmesi

TBK'nun 125/3 hükmünde, sözleşmeden dönme halinde tarafların karşılıklı yükümlülüklerinden kurtulacakları, daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilecekleri belirtilmesine rağmen ifa edilen edimlerin iadesinin ne şekilde yapılacağı hususunda bir açıklama getirmemiştir. Aynı şekilde TBK m. 475/1 hükmünde de, tasfiye ile ilgili açıklama yoktur. Gerek sebepsiz zenginleşme gerekse istihkakla ilgili düzenlemelerde konumuz açısından dönme üzerine yapılacak iadenin kapsamını belirleyecek yeterlilikte bulunmamaktadır. Bu nedenle ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönülmesi üzerine, dönmenin niteliği, dönme nedeni ile eser sözleşmesinin özelliği dikkate alınarak ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi yapılırken, istihkak ve tapu kaydının iadesini ilişkin hükümlerle TBK'nun satış sözleşmesinde dönmenin sonuçlarının düzenlendiği 229 madde hükmünden[236] ve sebepsiz zenginleşmeyle ilgili TBK'nun 77-82 hükümlerinden yararlanılabilir.

4.2.3.2.1.Sözleşmeden Dönmenin İşsahibine Getirdiği Yükümlülükler

Benimsediğimiz ayni etkili dönme görüşüne göre, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından işsahibinin dönme tarihine kadar ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi ile ilgili yükümlülüklerini değerlendirdiğimizde;

İşsahibi öncelikle eseri elde ettiği yararlarla birlikte yükleniciye iade etmek zorundadır. Örneğin, asansörün kabul edilemeyecek derecede ayıplı yapımı nedeniyle

---

[235] Buz, s. Dönme, 158,157, Anık, s. 227.

[236] *TBK m. 229 : Dönmenin sonuçları a- Genel Olarak*

Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı ondan elde ettiği yararlar ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir.

1.Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri vverilmesi,

2. satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderler ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi,

3. Ayıplı maldan doğan dorudan zararın giderilmesi

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

sökülüp kaldırılma bedelleri yüklenici tarafından karşılanarak asansör ve aksamlarının[237], zincir imalatının ayıplı olması nedeniyle zincirlerin sözleşmeden dönen işsahibince yükleniciye geri verilmesi gerekir[238]. Eserin imalinde kullanılan malzemenin işsahibi tarafından sağlanmış olması eserin iadesi sırasında önem taşımaz. Çünkü işsahibi tarafından sağlanan malzeme ile yapılan eserin dönmeyi gerektirecek şekilde ayıplı olması sonucu dönme ile sözleşme sona erdirilip eser iade edildiğinde işsahibi bunun bedelini yükleniciden alacaktır[239].

Eğer meydana getirilecek eser işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılan bir yapı ise ve yıkımı gerekiyorsa (imara aykırı, ruhsatsız yapılan ve ruhsata bağlanamayacak bir yapıysa) sözleşmeden dönen işsahibinin eseri iade borcu söz konusu olmaz. Yapılan yapının sökülüp kaldırılması (enkazın taşınması) işlemleri yüklenicinin yükümlülüğündedir. Yüklenici bu borcu yerine getirmediği takdirde arsa sahibi tarafından bina yıkılarak arsa üzerinden kaldırılır, masrafları yükleniciden alınır. Yıkılan eserde kullanılan malzemelerin hurdası işsahibi tarafından yükleniciye iade edilir. Eğer eserin yıkılması gerekmiyorsa[240] yüklenicinin dönme tarihine kadar yaptığı imalat bedelinin (işçilik ve malzeme masraflarının) yükleniciye iadesi gerekir. Taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış ve arsa maliki yükleniciye arsa payının tamamını veya bir kısmını devretmişse, sözleşmeden dönülmekle sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından ve taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olması[241] nedeniyle pay devrinin hukuki sebebi de kalmadığından bu payların iadesini yükleniciden talep edebilir. Yüklenici tarafından iade yapılmazsa temlikin hukuki sebebi ortadan kalktığından yolsuz hale gelen sicilin düzeltilmesi için TMK m. 1025'e (EMK m.933) göre dava açabilir[242].

---

[237] Y.15. HD. 2.7.2013 T, 2012/6860-2013/4281 sy.k (UYAP).
[238] Y.15. HD. 11.2.2019 T, 2018/3681-2019/533 sy.k (UYAP).
[239] Eren, Özel, s. 657; Kal, 77.
[240] İşsahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserin yasal borç ilişkisini savunan yazarlarca, TMK 722 maddesi uyarınca sözleşmeden dönme sonucu geçerli bir sebep olmaksızın "*kendi malzemesiyle başkasının arazisine inşaat yapan kimse*" konumuna gelebileceği ve işsahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine haksız yapı hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (Ürem, s. 216).
[241] Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 157; Ertaş/Serdar/Gürpınar, s. 255; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 236; 4721 sayılı TMK 716, 1015, 1016,1024, 1025 (EMK m. 642, 932,934, 933) maddeleri.
[242] Buz, Dönme, 172; Selimoğlu, s. 384, 390; Kal, s. 78.

Yükleniciye ait bir arsa üzerinde yapılan yapı nedeniyle düzenlenen sözleşmeden dönülmesi halinde, işsahibinin yine eseri iade etme borcu yoktur[243]. Ancak malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa o zaman kullanılan malzeme değerini ister. Yüklenici taşınmazı üzerinde yapılan inşaatta genellikle eserin tamamlanması sonucu tapu devri yapılmasına rağmen tamamlanmadan tapunun işsahibine devredilmiş olması halinde de, işsahibinin sözleşmeden dönmesiyle tapu kaydı yolsuz hale geleceğinden ve hukuki sebebi kalmayacağından yükleniciye iadesi gerekir.

Sözleşme konusunun bir taşınır olması halinde benimsediğimiz ayni etkili dönme teorisine göre, menkullerde soyutluk ilkesinin geçerli olduğu kabul edildiği hallerde[244], dönülen sözleşme gereği borçlandırıcı işlemin geriye etkili sona erdirilmesi tasarruf işlemini etkilemeyeceğinden işsahibine teslim edilen menkul eserin, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesi gerekir. Son zamanlarda ağırlık kazanan ve bizimde katıldığımız taşınırlarda sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde ise, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesiyle borçlandırıcı işlem geçersiz hale geleceğinden menkul malın devrine ilişkin tasarruf işleminin hukuki sebebi kalmayacağından ayni nitelikte bir talep hakkının doğumu söz konusu olur. Dönme beyanının muhatabına ulaşmasıyla devredilmiş menkulün mülkiyeti ilk sahibine döneceğinden işsahibinin menkul eseri geri vermemesi halinde yüklenici TMK m. 683'e dayalı istihkak davası ile iadeyi talep edebilir[245].

Yüklenici taşınmazı üzerine yapılan eser, oyun bahçesi, kulübe gibi taşınır nitelikte ise, arazinin mülkiyetine tabi olmayıp kaldırılıp götürülmesi mümkün olduğundan malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa tamamının yükleniciye bedelsiz iade edilmesi, malzemenin işsahibi tarafından sağlanması halinde ise malzeme bedelinin işsahibine iadesi gerekir[246].

İşsahibi imal edilecek eser için yaptığı bakım, sigorta giderleri gibi masrafları yükleniciden dönme sonucu talep edebilir[247].

---

[243] Ürem, s. 215.
[244] Ertaş/Serdar/Gürpınar, s. 448; Öz, s. 146; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 741; Serozan, s. 91.
[245] Taşınırlarda sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu görüşünü savunanlar (Buz,Dönme, s. 167; Ürem, 171).
[246] Akça, s. 79; y.15. HD. 10.1.2019 T, 2018/3435-2019/96 sy.k (UYAP).
[247] Selimoğlu, s. 158.

Konusu fikri bir eser olan ve aynen iadenin mümkün olmadığı sözleşmeden dönülmesi sonucu işsahibi, yüklenicinin dönme anına kadar meydana getirdiği kısımdan bir fayda elde edebiliyorsa bu kısmın değerini yükleniciye vermek zorundadır[248].

Bağımsız varlığı olmayan (boya, badana yapılması, araç tamiri, salon süsleme gibi) bir eserin söz konusu olduğu sözleşmeden dönülmesi halinde, aynen geri verme mümkün olmayıp nakden iade yapılması gerekir. İşsahibi, yapılan işin dönme tarihine kadar olan kısmından bir yarar sağlaması ve kalan kısmın başka bir kişiye yaptırılarak ekonomik olarak yararlanması söz konusu ise, yüklenicinin harcadığı emek karşılığını nakden verme yükümlülüğü altındadır. Çünkü sağladığı fayda kadar zenginleşmiştir. Ancak yapılan kısmın bir değeri yoksa sebepsiz zenginleşme de olmayacağından herhangi bir iade borcu söz konusu olmaz[249].

Eserin yapımında yüklenicinin temin ettiği malzeme varsa ve bunlar eserle bütünleştiğinden sökülerek alınması fazla masraf gerektirecek ise, işsahibi bunların hurda değerini yükleniciye ödemek zorundadır[250]

4.2.3.2.2. Sözleşmeden Dönmenin Yükleniciye Getirdiği Yükümlülükler

Yüklenici, sözleşmede meydana getirmeyi vaat ettiği eser nedeniyle belirlenen bedelin tamamını almışsa bunu, kısmen almışsa, aldığı miktarı faiziyle birlikte iade etme yükümlülüğündedir[251].

Eser işsahibinin arsası üzerine yapılmış bir yapı ise, sözleşmeden dönme ile yapılıp teslim edilen binanın yıkımı, enkazın kaldırılması ve arsa sahibinin taşınmazından taşınması yüklenici tarafından yerine getirilmelidir. Aksi takdirde arsa sahibi eserin

---

[248] Ürem, s. 219;

[249] Ürem, s. 220; Buz, Dönme, s. 216; Akça, s. 79; Selimoğlu, s. 389.

[250] ".. Eser, işsahibi tarafından kullanılamayacak derecede ayıplı olduğundan işsahibinin BK m.360 uyarınca eseri kabulden kaçınması yerinde olup eserin bedelini ödemesi gerekmez. Ancak yapıda üzeri başka malzeme ile kaplanarak kullanılan mermerlerin yapıdan sökülerek davacı yükleniciye iadesi ağır masrafı gerektirdiğinden eser bedelinin ödenmesi gerekmez ise de, bunların hurda değerinin verilmesi gerekir." (Y.14. HD. 16.1.2012 T, 2011/14460-2012/257 sy.k)(UYAP).

[251] Uygur, s. 7893; Eren, Özel, s. 657; Yavuz/Acar/Özen, s. 533; Ürem, s. 220;Selimoğlu, s. 384; "..Taraflar arasında 40 m² lik katı yakıtlı kalorifer kazanı, iki sirkülasyon pompası, duman boruları ve inşaat işi yapımı konusunda eser sözleşmesi yapılmış olup, imal edilen kazan 24,7 m² ısıtma yüzeyine sahip olup, bu haliyle sözleşmeye uygun değildir. İşin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olması nedeniyle 6098 sayılı TBK'nun 475/1 maddesi gereğince işsahibi eseri reddedip ödediği bedelin iadesini istemekte haklıdır…"(Y.15. HD. 23.5.206 T, 2016/1771-2928 sy. k) (UYAP).

kaldırılması ile ilgili işlemleri yaparak masraflarını yükleniciden talep edebilir. Yine işsahibi arsası üzerine yapılan yapı nedeniyle tapuda yapılan pay devri varsa sözleşmeden dönme ile bu devirlerin sebebi de ortadan kalkacağından yüklenicinin bu payları da işsahibine iade etmesi gerekir[252].

Yüklenici imal ettiği eseri kullanmış ise kullanma bedelini, kiraya vermek suretiyle bir gelir elde etmişse bu miktarı sözleşmeden dönme ile birlikte işsahibine iade etmek zorunda olduğu gibi, işsahibi de eseri kullanmış ve bundan bir yarar sağlamışsa, bu faydanın da yükleniciye geri verilmesi gerekir[253]. Eserin meydana getirilmesi için malzeme işsahibi tarafından karşılanmışsa bu malzemeyi kaldırma yükümlülüğü de yükleniciye aittir[254]. Yüklenici eser için yaptığı zorunlu ve faydalı giderlerin ödenmesini de TBK m. 80 uyarınca işsahibinden talep edebilir[255].

4.2.3.2.3.İade Borcunun Yerine Getirilme Sırası Ve Yeri

Sözleşmeden dönülmekle tarafların ifa edilmiş edimler yönünden doğan geri verme borcunun yerine getirilme sırası ne şekilde olacaktır. Sözleşmenin geriye etkili şekilde sona ermesiyle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kalmadığından iki taraflı sözleşmelerde ifa sırasının düzenlendiği hükmün uygulama alanı bulmayacağı bazı görüş taraftarlarınca ileri sürülmekteyse de, işin niteliği gereği taraflar arasında bir karşılıklılık bulunduğu tartışmasızdır. Doktrinde baskın görüş[256], sözleşme dışı karşılıklı tasfiye ilişkilerine de TBK'nun 97. maddesinin uygulanması gerektiği yönündedir. Buna göre de, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde de, tasfiye sırasında TBK m.97 kıyasen uygulanmalıdır. Anılan hükümde, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasının isteyen tarafın sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede de birlikte ifa kuralının uygulanacağı sözleşmeler arasında eser sözleşmesi de sayıldığından bu hükmün uygulanması gerekir[257]. Taraflardan birinin kendi

[252] Eren, Özel, s. 657; Kal, s. 78.
[253] Y.15. HD. 11.11.2019 T, 2018/5454-2019/4467 sy.k (UYAP).
[254] Eren, Özel, s. 658; Ürem, s. 223;
[255] Ürem, s. 224;
[256] Buz, s. Dönme, 233 dn 369'daki yazarlar.
[257] Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulanacak birlikte ifa kuralına aykırı olarak alacağının ödenmesini isteyen taraf kendi borcunu ifa etmemiş veya ifayı önermemiş ise karşı tarafın ödemezlik def'i ile karşılaşır. Ödemezlik gerçek anlamda bir def'i olup, itiraz değildir. Bu nedenle de, kendi borcunu ödemeksizin ifa talebinde bulunan kimsenin durumunu hakim kendiliğinden dikkate alamaz. (Reisoğlu, s. 331;Oğuzman/Öz, s.345-356 ;Yılmaz, s.642).

edimini ifa etmeden karşı taraftan ifa talep etmesi karşısında, karşı taraf ödemezlik def'ini ileri sürerek ödemeden kaçınabilir. Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi sonucu, işsahibi ödediği bedel iade edilmeden eseri yükleniciye vermeyebilir.

İade borçlarının ifa yeri bakımından ise TBK'nun 89. maddesi uygulanır[258]. İade ile ilgili masraflara, geri verme yükümlülüğünde olan taraf katlanır. TBK m. 89'a göre işsahibinin, yükleniciye eserin iadesi borcu kapsamında eserin geri götürülmesi giderleri yükleniciye aittir[259].

4.2.3.2.4.İade Borcunun Tabi Olduğu Zamanaşımı

Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesiyle iade borcu muaccel hale gelir. Benimsediğimiz ayni etkili dönme teorisine göre, işsahibinin sözleşmeden ayıp nedeniyle dönmesiyle sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden daha önce yapılan ayni nitelikteki tasarruf işlemleri de sebebe bağlılık kuralı uyarınca geçersiz hale gelir. Taraflar önceden yapılan ayni nitelikteki tasarruf işlemlerinin iadesini istihkak, tapu sicilinin düzeltilmesi davalarıyla talep edebilirler. Ayni nitelikteki bu talepler zamanaşımına bağlı değildir[260].

Diğer talepler yönünden ise, yani edimin aynen iadesinin mümkün olmadığı ve değerinin ödenmesi, yararların ve zorunlu masrafların istenmesi hallerinde hangi zamanaşımının uygulanacağı sorunu karşımıza çıkar. TBK m. 125/3 de sözleşmeden dönme ile tarafların iade sorumluluklarının bulunduğu belirtilmesine rağmen bu taleplerin kullanılacağı zamanaşımı ile ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Bu durumda boşluğun Borçlar Kanunu'nda yer alan tasfiye hükümleri ile doldurulması gerekecektir. Şahsi nitelikteki iade istemleriyle ilgili sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olabilir. TBK'nun 82 maddesinde sebepsiz zenginleşme nedeniyle kullanılacak talep hakları için 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. 10 yıllık

[258] Aranılacak borçlar, borçlunun yerleşim yerinde veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlardır. Alacaklı bizzat veya temsilcisi vasıtasıyla alacağını söz konusu yerden almak zorundadır. TBK m.89 da bu hususta düzenleme yapılmıştır. Buna göre borç bir para borcu ise, ödeme alacaklının ödeme zamanındaki ikametgahının bulunduğu yerde (götürülecek borç, masrafı ve hasarı borçluya ait olarak nakledilecek şeylere ilişkin) parça borcu, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bunun dışındaki tüm borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde (aranılacak borç, borç konusu şeyi alıp götürmek, nakil sorununu çözmek alacaklıya ait) ödenir. (Oğuzman/Öz, s. 333; Reisoğlu, s. 324; Yılmaz, s. 358).

[259] Eren, Özel, s. 658; Buz, Dönme, s. 234.

[260] Buz, Dönme, s. 235.

zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak belirtilen zenginleşmenin gerçekleştiği tarihin sözleşmeden dönme sonucu geri verme taleplerinde sözleşmeden dönme anı ile iade isteminin muaccel olduğu an aynı tarih olduğundan uygulanması mümkün olmaz. Ancak sözleşmeden dönme ile ilk kurulduğu ana dönen sözleşmeden kaynaklanan ifa edilmiş edimlerin iadesi istemi, tipik bir sebepsiz zenginleşme olmadığından iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması zorunlu değildir. Bu durumda iade talepleri bakımından TBK 146 maddesindeki "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*" hükmü uygulama alanı bulur. Çünkü TBK m.125' de iade yükümlülüğünün yerine getirilmesi için özel bir zamanaşımı öngörülmemiştir[261].

4.2.3.2.5.Sözleşmeden Dönme Karşısında Cezai Şartın Durumu

Cezai şart; bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda sözleşmeye aykırı davranan tarafın ana sözleşmede yer alan bir ceza hükmü veya bağımsız bir ceza sözleşmesiyle karşı tarafa ödenmek üzere taraflarca kararlaştırılan fer'i nitelikte bir edim borcudur. Bu niteliği gereği, istenilebilir olup olmayacağı asıl edim borcuna bağlıdır. Asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi halinde henüz istenebilir hale gelmemiş olan fer'i nitelikteki ceza koşulu da sona erer (TBK m. 131)[262]. Ceza istenebilir olduktan sonra bağımsız hale gelir ve diğer bütün borçlar gibi çeşitli nedenlerle sona erer. TBK'nun 179 maddesindeki cezalara ilişkin düzenleme emredici nitelikte olmayıp düzenleyici hükümler olduğundan taraflarca aksi kararlaştırılabilir. TBK 179/1 hükmünde belirtildiği gibi, taraflarca kararlaştırılan cezanın aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ifasını ya da cezanın ifasını isteyebilir şeklindeki hükümle seçimlik cezai şart, son fıkrasında ise borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeyi dönme veya fesihle sona erdirebileceğine ilişkin dönme cezası, 179/2

[261] Buz, s. Dönme, 232-237; Öz, s. 156; Kılıçoğlu, Genel, s. 936, 989; Selimoğlu, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde, ayıba bağlı istemlerin tabi olduğu zamanaşımı süresinde iadenin yapılması gerektiği, sebepsiz zenginleşmenin tabi olduğu zamanaşımının uygulanamayacağı görüşünde (s. 396); "…Eser sözleşmesinin feshi halinde açılacak geri alma davalarında, Borçlar Kanunu'nun sebepsiz iktisaba ilişkin zamanaşımı değil, eser sözleşmesine ilişkin zamanaşımının uygulanacağı istikrar kazanmış olup, YHGK'nun 17.10.1962 T, 14-35 ve 6.1.1968 T, 1728-6 sayılı içtihatlarıyla da benimsenmiştir…"(Y.23. HD. 28.2.2013 T, 2013/6193-1173 sy.k)(UYAP).

[262] TBK m.131 " *Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.*

İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir."

hükmünde ise, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenecek ifaya ekli ceza düzenlenmiştir[263].

Yasal düzenlemeye göre cezai şart, asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olduğundan ve ayıplı imalat nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönmesiyle tarafların asli edim yükümlülükleri sona ereceğinden buna bağlı fer'i nitelikteki yan borç olan cezai şartı talep etme hakkı da sona erer. Başka bir anlatımla, sözleşmeden dönülmekle sözleşme geçmişe etkili sona erdiğinden yürürlükte olmayan bir sözleşme hükmüne veya bu sözleşmeye bağlı ayrıca düzenlenen bir hükme dayanılarak ceza talep edilemez[264].

Tarafların sözleşmeden dönmeye sebep olan tarafın ceza ödeyeceği veya sözleşmeden dönme halinde dahi kararlaştırılan cezanın ödeneceği hususunda bir kararlaştırma yapmalarına Yasa'da engel bir hüküm yoktur. Eğer böyle bir kararlaştırma yapılmışsa o zaman ceza olarak kararlaştırılan miktarın ödenmesi gerekir ve sözleşmeden dönme ile ortadan kalkmaz. Ancak tarafların tacir olup olmamalarına göre TBK'nun 182 ve TTK'nun 22 maddelerinin de dikkate alınması gerekir. Ayrıca, TBK'nun 181/1 fıkrasında, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme durumunda ifa edilmiş kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağı belirtilmiştir. Dönme halinde, borçlu tarafından dönme anına kadar kısmen ifa edilmiş edimlerin ona iadesi gerekir. Ancak, anılan hüküm gözetildiğinde, dönme iradesinin açıklandığı ana kadar borçlu tarafından yerine getirilmiş kısmi ifanın borçluya iade edilmeyerek ceza koşulu olarak alacaklıda kalacağı taraflarca kararlaştırılabileceğinden böyle bir koşulun bulunması halinde ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir[265].

---

[263] Yılmaz, s.150; Reisoğlu, s. 455; Selimoğlu, s. 328,341, gümüş, s. 1019 vd.

[264] Buz, Dönme, s.161; Selimoğlu, s. 342; Anık, s. 227; Kal, s. 93; Gökyayla, müspet zarar kapsamında olan ceza koşulunun uygulamada sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik iradenin fesih mi, dönme mi olduğu hususunun yeterince araştırılmadığı ve bu ayırıma dikkat edilmediğinden dönme-fesih ile ceza koşulu arasındaki ilişkinin doğru değerlendirilmediği (s. 56-639); " …Sözleşmeden dönen, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan menfi zarar kapsamında kalmayan müspet zararları isteyemez. Gecikme cezası ve cezai şart alacağı müspet zarar kapsamında kaldığından sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, sözleşmeden dönen tarafın isteyebilmesi mümkün değildir. TBK 179/2 deki ifaya ekli ceza, borcun belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi halinde söz konusu olup, sözleşmeden dönen tarafın akdin ifasından vazgeçmiş olması nedeniyle ifaya ekli ceza istenemez. Seçimlik cezada ise, sözleşmeden dönülmemiş veya feshedilmemiş olması gerektiğinden ceza koşulu ile ilgili talebin reddine karar verilmesi gerekir…" (Y.15. HD. 19.2.2018 T, 2016/4690-2018/649 sy.k) (UYAP); ".. taraflar arasında 9.9.2004 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 20. maddesinde yer alan cezai şart BK'nun 158/III maddesinde düzenlenen dönme cezasıdır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeden dönen tarafın cezai şart isteyebilmesi mümkün değildir…" (Y.15. HD. 7.4.2008 T, 2007/2999-2008/2201 sy.k)(UYAP).

[265] Kılıçoğlu, Genel, s. 998-1000;Kal, s. 94, gümüş, 1024.

4.2.3.3.Sözleşmeden Dönme Üzerine İstenecek Tazminat Talebinin Niteliği Ve Hükümleri

4.2.3.3.1.Genel Olarak

İşsahibinin ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde TBK 125/3 hükmü gereğince tazminat isteme hakkı mevcuttur. Sözleşmeden dönen alacaklının maddi olarak sözleşmenin kurulmasından önceki duruma dönmesinin sağlanması amacıyla menfi zararın tazminini talep etme hakkı tanınmıştır[266].

Olumsuz (menfi) zarar[267], alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güveninin boşa çıkmasından kaynaklanan zarar olarak tanımlanır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmenin ifa edilmemesi halindeki malvarlığı ile dönülen sözleşmenin hiç kurulmamış olması durumundaki mal varlığı arasındaki farktır. Olumlu zarar ile olumsuz zarar kapsamında kalan benzer kalemlerle karşılaşmak mümkündür. Örneğin, inşaatı zamanında bitirmeyen yükleniciden işsahibi gecikme nedeniyle hemen kiraya verilemediğinden yoksun kalınan karı olumlu zarar kapsamında

---

[266] Buz, Dönme, s. 246; Reisoğlu, s. 388; Oğuzman/Öz, s. 536; Ürem, s. 185; Serozan, s. 80 vd; Anık, s. 228; Kılıcoğlu, dönme sonucu menfi zarar istenebileceğine ilişkin kuralın emredici nitelikte bulunmadığını ve tarafların müspet zararda talep edilebileceği hususunda anlaşma yapabilecekleri (Genel, s. 936).
TBK m. 475 hükmü uyarınca işsahibinin seçimlik haklarının yanında talep edebileceği tazminat ikinci bölümde incelendiğinden bu kısımda TBK'nun 125/3 hükmü gereğince sözleşmeden dönme halinde işsahibinin yükleniciden talep edebileceği menfi zararın kapsamı değerlendirilecektir.
TBK 125/3 hükmünde " …*Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir*." şeklindeki ifadeyle tazminat isteme hakkının bulunduğunu açıklamış, gerekçede ise, alacaklının giderilmesini isteyebileceği zararın olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarar olduğu belirtilerek zararın türüne dair açıklık getirilmiştir.

[267] Olumlu (müspet) zarar, alacaklının mal varlığının borcun ifası sonucu alacağı durum ile borcun ifa edilmemesi halinde alacağı durum arasındaki fark yani alacaklının borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zarardır. (Oğuzman/Öz, s. 396, Kılıçoğlu, Genel, s. 930).
"818 sayılı BK'nun 106 ve 108 maddeleri uyarınca akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın tazmini istenebilir. Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay yerleşik uygulamasına göre burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar; sözleşmenin karşı tarafınca yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı sözleşme yapmamış olsaydı uğramayacağı zarar olup, niteliği gereği daima ileriye dönük bir beklenti kaybıdır. Sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların tamamının, başka bir anlatımla karşı tarafın mal varlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Örneğin, kira geliri kaybı, geciken ifa sebebiyle ifaya bağlı ceza (BK. M.158/1), eksik iş bedeli, kar kaybı müspet zarar kapsamındaki alacakları oluşturmaktadır. Sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle feshedenin kar kaybı isteyebilmesi için sözleşmede buna dair bir düzenlemenin olması gerekir." Y.15. HD. 24.4.2018 T, 2016/5887-2018/1691 sy.k (UYAP).

isteyebileceği gibi, aynı inşaat sözleşmesinden dönülmesi durumunda, başka bir yüklenici ile aynı şartlarla sözleşme imzalansaydı bu yüklenicinin işi bitireceği zamandan daha önce bitirebileceği tarihten, sözleşmeden dönme üzerine ilk fırsatta başka bir yüklenicinin işi bitirebileceği tarihe kadar geçen süre için yoksun kalınan kiralar olumsuz zarar kapsamında da istenebilir. Her iki halde de, zararın ispatı ve süreleri farklıdır [268].

Menfi zarar istenebilmesi için Yasa hükmünde de belirtildiği gibi borçlunun kusurunun bulunması gerekir. Bunun yanı sıra, alacaklı sözleşmeden dönmekle, malvarlığında meydana gelen azalmanın dönülen sözleşme nedeniyle oluştuğunu yani sözleşme ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesi gerekir[269].

Tazminat talebinin muaccel olduğu an, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı zaman olduğundan menfi zararın belirlenmesinde de sözleşmeden dönme tarihi esas alınır. TBK m.125/3 hükmündeki tazminat, sözleşmeye aykırı davranışın sonucu istenebildiğinden TBK m. 112 paralel olarak borçlu kusursuz olduğunu, alacaklı ise tazminat miktarını ve zararın dönülen sözleşme nedeniyle meydana geldiğini ispat etmek zorundadır. Menfi tazminat istemi TBK m.146 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olup, zamanaşımının başlangıcı alacağın istenilebilir hale geldiği tarih olan sözleşmeden dönme tarihidir[270].

4.2.3.3.2.Menfi Zararın Kapsamı

Menfi zarar kapsamına giren kalemler, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak iki ayrı başlık altında incelenebilir.

4.2.3.3.2.1.Fiili Zarar

Fiili zarar, akdin ifa edileceğine güvenilerek yapılan masraf ve zararlardan ibaret olup, mal varlığındaki azalmayı ifade eder. Bu azalma, ya malvarlığının azalması ya da pasifinin artması şeklinde olabilir.

Sözleşmenin kurulması aşamasında yapılan noter masrafları, vergiler, harçlar, sözleşme bir komisyoncu aracılığı ile yapılmış ise ona ödenen ücretler, seyahat giderleri fiili zarar kapsamındadır. Yine ifaya duyulan güven nedeniyle işsahibinin kendi

[268] Oğuzman/Öz, s. 399, 536.
[269] Buz, Dönme, s. 246; Ürem, s. 194, Selimoğlu, s. 406.
[270] Oğuzman/Öz, s. 537; Buz, Dönme, 275;Ürem, s.202; Selimoğlu, s. 406.

arazisinde bulunan ruhsatlı binanın yıkılması halinde objektif değeri, bina ruhsatsız ise enkaz değeri ve bunun kiraya verilmemesinden kaynaklanan gelir kaybı, inşaat süresince başka bir evde oturmuşsa bunun için ödediği kiralar[271], kendi edimini yerine getirmek için yaptığı masraflar, dönme için gönderilen ihtar giderleri ve bunu vekil aracılığı ile yapmışsa ödenen ücret, depo kiralanması, eserin teslim alınması nedeniyle yapılan masraflar, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmedeki edimlerini dönülen sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmemesi nedeniyle yerine getirememesi ve bu sebeple tazminat veya cezai şart ödemesi yapmak zorunda kalması sonucu yaptığı bu ödemeler, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme masrafları, banka kredisi faizi, yargılama giderleri, dava masrafları, ayıba bağlı yaptığı giderler fili zarar kapsamındadır[272].

İşsahibinin sözleşmenin ifasına güvenerek yapmış olduğu bazı masraflar nedeniyle kendisi de bir yarar elde etmesi durumunda yararla zararın denkleştirilmesi gerekir. Örneğin, muhafaza için depo kiralanmış ve işsahibi bir dönem bu depoda kendisine ait malları muhafaza etmişse bu miktar zararın hesabında dikkate alınmalı, bu husus borçlu tarafından ispat edilmelidir[273].

Dönülen sözleşmenin tasfiyesi sırasında edimlerin iadesi için ödenen masraflar, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle verilen şeylerin iade edilmemesinden kaynaklanan zararlar menfi zarar kapsamındadır[274].

4.2.3.3.2.2.Yoksun Kalınan Kar

Yoksun kalınan kar, alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmasıdır[275]. Değişik bir ifadeyle, alacaklının malvarlığının aktifindeki artma veya pasifindeki azalma olanağının kaybedilmesidir. Menfi zarar kapsamında kalan fiili zarar kalemlerinin ispatı kolay olmasına rağmen başka sözleşme

[271] Y.15. HD. 11.7.2005 T, 2005/5821-4163 sy.k (Selimoğlu, s. 399).
[272] Oğuzman/Öz, C.1, s. 400; Buz, Dönme, s. 243-245; Ürem, s. 186.
[273] Buz, Dönme, s. 275
[274] Buz, Dönme, 245; Oğuzman/Öz, . C.1, s. 399; Selimoğlu, s. 400.
[275] "..Taraflar arasında diş tedavisi ve gerekli kron kaplamaları yapımıyla ilgili eser sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeden dönen işsahibi menfi zararın ödenmesini isteyebilir. Kaçırılan fırsat nedeniyle menfi zararda fesihten itibaren makul sürede söz konusu işlerin bedel dışında aynı şartlarda yapılacak sözleşme sonucu ödenecek bedeli ile davalı yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği bedel arasındaki fark olduğundan menfi zararın hesaplanabilmesi için öncelikle dönülen sözleşmeye göre iş bedelinin belirlenmesi gerekir. Taraflar arasında iş bedeline ilişkin yazılı bir sözleşme bulunmadığından iş bedelinin, yapıldığı tarihteki piyasa rayicine göre tespiti gerekir. Ayrıca menfi zarar hesabına esas olmak üzere davacı karşı davalı olan yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsaydı işin başkasına hangi fiyatla yaptırılabileceğinin de saptanması gerekir.." (Y.15. HD. 16.4.2018 T, 2018/1985-1561 sy.k)(UYAP).

yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle istenecek tazminat farazi bir zarar olduğundan kanıtlanması zordur. Bu durumda TBK 50/2 (EBK m.42/2) maddesinden yararlanılabilir. Alacaklı dönülen sözleşme nedeniyle başka sözleşme yapılamadığından bunun getirisinden yoksun kaldığını ispat edecek, hakimde varlığı ispat edilen zararın miktarını belirleyecektir[276]

Ayrıca işsahibinin, sözleşme uyarınca yerine getirdiği edimi ifa etmemiş olsaydı bundan elde edeceği yararlarda yoksun kalınan kar kapsamında istenebilir. Örneğin, binanın yapılacağı yerde tarım yapılıyorsa ve yükleniciye yer teslim edilirken ürün kaldırıldığından bu ürünün kaldırılmaması halinde elde edeceği geliri istemesi gibi[277].

4.2.3.4. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Haklarına Etkisi

Sözleşmede meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin ayıplı olması nedeniyle işsahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, arsa sahibinden ayni veya şahsi hak elde eden üçüncü kişiler açısından sorun doğmaz. Ancak, dönme anına kadar bu sözleşme gereğince yükleniciden hak elde eden üçüncü kişilerin durumunun nasıl etkileneceğinin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu hususu yüklenicinin iş bedeli olarak sözleşmenin yapımı sırasında hak ettiği alacağı temlik alan üçüncü kişilerin durumu ile eser sözleşmesinin bir türü olan karma nitelikteki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca ayni veya şahsi hak elde eden üçüncü kişilerin durumu iki ayrı başlık altında incelenecektir.

4.2.3.4.1.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme Karşısında Üçüncü Kişilerin Durumu

Uygulamada en çok karşılaşılan eser sözleşme türlerinden olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflar inşaatın yapımına başlanmadan önce yapılacak inşaatın bedeli olarak yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarının tümünün doğrudan doğruya tapuda devrinin yapılacağının kararlaştırabilecekleri gibi, inşaatın yapım aşamalarına göre kademeli olarak pay devri yapılması konusunda anlaşabilirler. Ya da yükleniciye sözleşme uyarınca verilecek arsa paylarının devri için arsa sahibi, yüklenici veya yetkili temsilcisine bu hususta vekaletname verebilir. Yüklenici bu kararlaştırmalara

[276] Buz, Dönme, s. 253, Ürem, s. 197.
[277] Ürem, s. 193.

göre inşaatın yapımı sırasında kendisine devredilen arsa paylarını üçüncü kişilere devredebilir. Bu devirlerin yapılış şekline göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

4.2.3.4.1.1.Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı Sahibi Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar arasında yukarıda belirtilen şekillerden hangisi konusunda anlaşma yapılırsa ona göre, yükleniciye devredilen arsa paylarını, yüklenici inşaatın yapımı için gerekli sermayeyi sağlamak için üçüncü kişilere satarak tapudan devrettiğinde üçüncü kişiler ayni hak sahibi olurlar. Yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı eser sözleşmesinde yerine getireceği edimlerin karşılığı olarak hak sahibi olacağı bu arsa paylarını üçüncü kişilere devrettikten sonra, yapının sözleşmeden dönmeyi gerektirecek ölçüde ayıplı olması nedeniyle arsa malikince sözleşmeden dönülmesi üzerine, üçüncü kişilerin geçerli bir tasarruf işlemi ile kazandıkları edinimin iadesi hususunun dönme ile ilgili teoriler ve Yargıtay uygulaması dikkate alınarak çözümlenmesi gerekir.

Benimsediğimiz ayni etkili dönme teorisine göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden dönme anına kadar yapılan borçlandırıcı işlemler ve buna bağlı olarak yapılan tasarruf işlemleri de geçersiz hale gelecektir. Taşınmazların devrinde sebebe bağlılık ilkesi[278] kabul edildiğinden yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan tapu devirlerinin hukuki sebebi, yükleniciyle arsa maliki arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bu sözleşme işsahibinin dönme hakkını kullanmasıyla geçmişe etkili olarak sona erip baştan beri hiç kurulmamış olduğu kabul edildiğinde yükleniciye arsa maliki tarafından yapılan pay devirlerine ilişkin tasarruf işleminin hukuki sebebi kalmaz. Sebebe bağlılık ilkesinden doğan tüm sonuçların birlikte kabul edilmesi gereği dönme beyanının yükleniciye ulaşmasıyla hukuki sebep baştan beri hiç olmamış duruma geçtiğinden arsa paylarının mülkiyeti önceki malike döneceğinden tapunun düzeltilmesi davası ile talepte bulunulabilecektir[279].

[278] Sebebe bağlılık, tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlılığıdır. Tasarruf işleminin hukuki sebebi çoğunlukla bir sözleşmedir. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin satış, bağışlama, eser sözleşmeleri gibi (Öz, s. 143; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 742).

[279] Ürem, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi nedeniyle iade talebinin sadece yükleniciye yöneltilebileceği, yasal borç ilişkisi görüşü uyarınca, borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu dönemde yapılan geçerli tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkmasıyla geçersiz hale gelmeyeceği,

Yüklenicinin dönülen eser sözleşmesi gereği hak kazanacağı tapu paylarını alan üçüncü kişilerin kazanımı TMK m. 1023 (EMK m. 933) hükmü gereği koruma altında olsa da, bu onların iyiniyetli olmalarına bağlıdır. İyiniyet ise, mevcut durumu bilmek veya öngörmektir. İşsahibinin arsası üzerine yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin TMK'nun 1009 maddesinde belirtildiği şekilde tapuya şerh verilmesi mümkündür. İnşaatın tapuya şerh verildiği durumlarda yükleniciden bağımsız bölüm karşılığı pay devrini alan üçüncü kişiler aldıkları pay devrinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapıldığını tapu devri sırasında tapu sicilinin aleniyeti ilkesi gereğince öğrendiklerinden iyiniyetli olarak kabul edilmeleri mümkün olmayacaktır. İnşaatın tapuya şerh verilmemesi durumunda ise, topraktan satın alma olarak tabir edilen yükleniciden devralınan payların kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapıldığı ve bağımsız bölüm devri için sözleşme hükümlerinin yüklenici tarafından tam olarak yerine getirilmesi halinde tam olarak tapu devrine hak kazanılacağını, inşaat halinde olduğunu görerek tamamlanmış binaya göre daha ucuza pay alan üçüncü kişinin bilmesi ve öngörerek sonuçlarına katlanması gerektiğinden bu durumda da iyiniyetin varlığı kabul edilemeyeceğinden iade alacaklısı olan arsa maliki TMK m. 1025 (EMK m.933) dayanan tapu kaydının düzeltilmesi davası ile yükleniciden veya devir yapılmışsa üçüncü kişiden iadeyi talep edebilecektir[280].

---

yükleniciden tapu siciline güvenerek ayni hak elde eden üçüncü kişinin bu hakkının etkilenmeyeceği ve ona iade talebinin yöneltilemeyeceği, üçüncü kişinin arsa payları üzerinde mülkiyet kazanması için iyiniyetli olması gerekmediği, arsa sahibinin yüklenicinin artık pay sahibi olmadığı arsa payları ile ilgili üçüncü kişiye TMK 716/1 hükmü gereğince tescil davası açarak mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep etme hakkının bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği, yükleniciye karşı sözleşmelerin nisbiliği de nazara alınarak arsa payı yüklenici adına olmadığından nakden iade istenebileceği, bunun miktarının ise arsa payının yükleniciye devredildiği tarihteki değer olmayıp sözleşmeden dönüldüğü tarihteki rayiç değer olması gerektiği ve Yargıtay'ın yükleniciye devredilen arsa paylarının hatalı olarak avans şeklinde nitelendirilmesinin ve arsa sahibinin arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının yükleniciye devretmesine ilişkin tasarruf işleminin koşula bağlanmasının TBK m.243/1 ve eşya hukuk öğretisi ile TST m.16/II ye göre yerinde olmadığı görüşünde (s. 231).
Öz, taşınmazlarda ayni tasarruf işlemlerinin extunc ortadan kalkmasıyla kendiliğinden tescilin yolsuz sayılması gerektiği, bunları dönmenin extunc etkisinden kurtaracak bütün kapıların kapalı olduğu, ayni hakkın hiç kurulmamış sayılması gerektiği, ayni hakkın bağımsızlığı ilkesinin extunc dönmede değil, ancak ileriye etkili sona erme hallerinde exnunc fesihle ayni hakkın mevcut durumunu koruyabileceği, zira ancak bu durumlarda borçlandırıcı işlem sona ermesine rağmen hakkın kazanıldığı andaki varlığını yitirmediğinden sonradan ortadan kalkmasının bağımsızlaşmış ayni hakkı etkilemeyeceği, üçüncü kişi tescil anında gerçek malikten hak iktisap etmişse de, dönmeyle bu tescil anında bile sadece yolsuz tescille malik gibi görünen birinden hak kazanmış durumda olduğu, iyiniyetli ise iktisabının korunacağı, kendilerine bu hakkı kazandıranın taraf olduğu sözleşmeden ileride dönülmesi sonucu tasarruf yetkisine sahip olmayan birinden hak iktisap etmiş sayılacaklarından edinim anında bunu bildikleri ya da öngördükleri kanıtlandığı takdirde iyiniyetlerinin korunamayacağı görüşünde (s. 143-150).
[280] Kılıçoğlu, Özel, s. 516,981; Kostakoğlu, s. 608; Selimoğlu, s. 453; Kahraman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, yükleniciye tapuda devri yapılmasının şarta bağlanamayacağı gibi şarta bağlı devir

Yargıtay uygulamalarında ani edimli eser sözleşmelerinden dönmenin geriye etkili sonuç doğuracağı ve sözleşmenin hiç yapılmamış gibi ortadan kalkacağı kabul edilerek ifa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yüklenicinin kendisine devredilen arsa paylarını, arsa malikinin ise yüklenicinin yaptığı iş bedelini geri vermesi gerektiği kabul edilmesine rağmen, arsa payı inşaat sözleşmelerinde yüklenici ile arsa maliki veya arsa maliki, yüklenici ve yükleniciden ayni ya da şahsi hak kazanan üçüncü kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü 24.1.1984 tarih 1983/3-1984/1 sayılı YİBK ile somut olayın özelliğine, yasalara ve tekniğine uygun olarak inşaatın yapılma aşamasına göre sürekli edimli sözleşmelerde uygulama alanı bulan feshinde gözetilmesi gerektiği ve duruma göre ileriye etkili veya geriye etkili olarak sözleşmenin sonlandırılmasına karar verilebileceği kararlaştırılarak çelişkili kararların çıkması önlenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ayıplı ifa nedeniyle (projesine uygun yapılmayan, inşaat ruhsatı alınmadan yapılan ve ruhsatlandırılması mümkün olmayan veya tekniğe uygun yapılmaması nedeniyle tehlike arzeden, amaca uygun kullanılması mümkün olmayan bozuklukların bulunması gibi hallerde) arsa sahibinin sözleşmeden dönme ve aynen iade talep etmesi karşısında; Yargıtay'ca, yüklenicinin üçüncü kişilere yaptığı pay devirlerinin alacağın temliki[281] hükümlerine tabi olduğu ve yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin gerçekte arsanın yükleniciye ait olmadığını, sözleşmedeki edimini yerine getirmesi karşılığında verildiğini, edimlerin yerine getirilmemesi halinde arsa payının iptal edileceğini bilerek tapu aldıklarını ve bu durumda üçüncü kişilerin TMK m.1023 hükmündeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığını, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinde aynı Kanun'un 1024 maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin alımlarının

yapılmasının ve arsa payının yükleniciye avans olarak verildiği, mülkiyetin sadece borç ifa edildiğinde geçeceğinin şart edilmesinin mümkün olmadığını, yükleniciye yapılan mülkiyet devrinin tescil ile gerçekleştiği ve avans niteliği taşımadığını, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin gerçek malikten sebebi belli, yolsuzluktan ari tescile dayalı hak iktisap ettiğini, bu şekilde hak kazanan üçüncü kişinin iyi niyetinin araştırılamayacağını, üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımının, yüklenicinin üstlendiği edimi ifa koşuluna bağlanamayacağını, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarınca kabul edilen avans tapu kavramının ve bua bağlanan sonuçları isabetli olmadığı (s.788-794).

[281] 30.9.1988 T, 1987/2-1988/2 sayılı YİBK; Y.3. HD. 9.10.2018 T, 2017/10770-2018/9727 sy.k (UYAP).

korunmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle üçüncü kişiler adına olan tapuların iptali ile arsa sahibi adına tescili şeklinde iadeye karar verdiği görülmektedir[282].

İşsahibinin sözleşmeden dönme beyanından sonra yükleniciden pay devri satın alan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu zaten kabul edilemeyeceğinden TMK m. 1023 korumasından yararlanması da düşünülemez[283].

---

[282] Y.15. HD. 27.9.1995 T, 2054/5042 sy.k ; 15. HD. 19.10.198 T, 3274/3915 sy.k; 15. HD. 21.12 2006 T, 7594/7533 sy.k ; Y.23. HD. 20.3.2013 T, 97/1709 sy.k (Selimoğlu, s. 376-378) ; Y.23. HD. 3.7.2018 T, 2017/9708-2018/3902 kararında yukarıda belirtilen gerekçe aynı şekilde açıklanmış ancak, bu kararın muhalefet şerhinde, TMK 1023 maddesindeki iyiniyetin öncelikle korunması gerektiği, tapu siciline güven ilkesinin öncelikle korunmasının hakkaniyet gereği olduğu, her arsa payı inşaat sözleşmesinde yükleniciden pay alan üçüncü kişinin işin başında iyiniyetli olmadığını kabul etmenin hakkaniyet ve ilgili yasa hükmüne açıkça aykırılık teşkil edeceği gibi adalette onarılmaz yaralar açacağı ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını arsa sahibinin ispatlaması gerektiği, risk almak istemeyen arsa sahibinin tapuya şerh verme imkanını kullanması gerektiği halde bunu yapmadığı ve arsa sahibinin iyiniyetli üçüncü kişi karşısında korunmasının menfaatler dengesine de aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle bozma kararına bu yönüyle muhalif kalınmıştır. (UYAP) ; 15. HD.'nin 4.2.2005 tarihli 2004/2507-2005/505 sayılı kararında ise, yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilerin TMK m.1023 gereği iyiniyetleri korunacağından bu hususun araştırılması gerektiği, normal bir araştırma ve gösterilecek özen sonucu arsa payının kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince devredildiğini bilip bilmeyeceğinin saptanması için karar bozulmuştur. (Kostakoğlu, s. 706); benzer nitelikte Y.14. HD. 30.1.2013 T, 2012/13364/1254 sy.k (UYAP).
Yine aynı şekilde açılan bir dava sonucunda arsa paylı inşaat sözleşmesine göre yapılan binadan yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler ve yüklenici aleyhine arsa sahibi, yüklenicinin edimlerini yerine getirmediği, binanın yapı kullanma izninin olmadığı ve alınmasının da mümkün bulunmadığı, inşaatın sözleşme hükümlerine göre bitirilmediği iddiasıyla sözleşmenin feshi ile arsa paylarının iptalini talep etmiş, ilk derece mahkemesince davanın kabulüne dair verilen kararın üçüncü kişileri Sultan Tari ve Faik Tari ile yüklenici tarafından temyiz edilmesi üzerine Y.15. HD. 20.10.2012 tarih 2011/6160-2012/5968 sayılı karar ile ilk derece mahkemesi kararını onamış karar düzeltme talebinin ise 22.5.2014 tarihinde reddine karar vermiştir. Üçüncü kişiler kesinleşen karar karşı Anayasa Mahkemesi'ne 2014/12321 başvuru numarası ile bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Mahkemece yapılan inceleme sonucu verilen karar 27.9.2017 tarih 30193 sayılı RG yayınlanmıştır. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, yükleniciye düşen arsa payını alan bireysel başvuruculaın, yüklenici tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tapu kaydının iptali suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlal bulunmadığına çoğunlukla karar vermiştir. Muhalefet şerhinde ise, binanın kullanılmaya başlanmasından yıllar sonra başvuruculaın tescilin yolsuz yapılıp yapılmadığını bilmesi gerektiğinin söylenemeyeceği, arsa malikleri ile üçüncü kişilerin çatışan menfaatlerinin hangi tarafın daha fazla iyiniyetli olduğuna bakılarak çözümlenmesi gerektiğini, arsa maliklerinin binanın projesinin olmadığı ve yapı kullanma izninin alınmasının mümkün olmayacağını bilmelerine rağmen yükleniciye pay devretmeleri ve 24 yıl boyunca da yasal girişimde bulunmamalarının, binanın ömrünü doldurduğu ve arsanın değerinin daha fazla olduğu aşamada dava açmalarının iyiniyetli olmadıklarını gösterdiği, Yargıtay kararlarındaki lehe hususlardan yararlanamayacakları belirtilerek başvuruculaın mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği görüşünü bildirmişlerdir. Bu kararla ilgili değerlendirme hususunda inceleme yapan Aydın, Yargıtay'ın görüşünün ayni etkili dönme teorisine uygun olduğu ancak üçüncü kişilerin doğrudan iyiniyetle olmadıkları şeklindeki kabulünün sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından ayni etkili dönme görüşünün amacını aşan bir değerlendirme olduğunu, verilen kararın Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve Tapu Sicil Tüzüğü hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini, arsa sahibinin bu talebi iki yıl içinde yükleniciye yöneltmesi ve ayni olarak talepte bulunamayacağından bedelini istemesi gerektiği gerekçesiyle kararın yerinde olmadığını bu hususla ilgili yasal düzelemeye ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s. 417-453).

[283] "… Fesihten sonra yükleniciden tapuda pay satın alan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilemez…"(Y:23. HD 11.6.2012 T, 2012/2482-4067 sy.k)(UYAP).

4.2.3.4.1.2.Üçüncü Kişinin Şahsi Hak Sahibi Olması

Taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye tapuda pay devri yapılmamış veya tapu devri yapılmış olmasına rağmen yüklenici sözleşme gereği kendisine devredilen ya da devredilmesi gereken arsa paylarını üçüncü kişilere harici bir sözleşme veya satış vaadi sözleşmesiyle satıp tapuda devir işlemini yapmamış veya bir kira sözleşmesi yapmış olabilir. Bu durumda üçüncü kişinin kazandığı hak şahsi nitelikte olup ayni nitelik kazanmamıştır. Arsa sahibinin ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönmesiyle sözleşme, geçmişe etkili ortadan kalktığından ve yüklenici kendisine devredilen arsa paylarını henüz tapuda üçüncü kişilere devretmediğinden arsa sahibi yükleniciye karşı açacağı dava ile arsa paylarının devrini isteyebilir. Yüklenicinin sözleşmeden dönülmekle arsa sahibine karşı ileri sürebileceği kişisel bir hakkı kalmaz. Üçüncü kişi, arsa sahibiyle aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından ondan herhangi bir talepte bulunamaz. Ancak sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği yükleniciden TBK 112 maddesi uyarınca zararının tazminini isteyebilir[284].

Üçüncü kişi ile yüklenici arasında yapılan sözleşmelerin TMK 1009[285] maddesi uyarınca tapu siciline şerh verilmesi halinde ise; şerh edilen hak eşyaya bağlı borç[286] haline gelir. Ayni etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönülmekle dönülen sözleşme ile yapılan borçlandırıcı işlemle ve tasarruf işlemleri geçmişe etkili olarak sona erdiğinden tapuya yapılan her türlü tescil işlemi hukuki sebebe (TMK m. 1015) bağlı olduğundan yapılan bu işlemin de hukuki sebebi kalmayacaktır.

Bir görüşe göre[287], tapu siciline güvenin şerhin doğuşundaki eksikliği gideremeyeceği, sadece kişisel hak sahibi olarak kendi borçlusuna başvurabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise[288], TMK 1023 maddesinde düzenlenen iyiniyetli

---

[284] Ürem, s. 235; Selimoğlu, s. 470; Öz, s. 152.

[285] TMK m. 1009- 2. Şerhler a.Kişisel Haklarda
Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geri alım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.
Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.

[286] Bir kimseyi bir mala sahip olmasından dolayı yükümlülük altına sokan borç; bu borcun alacaklısı, borcun bağlı bulunduğu malın her malikine karşı alacağını ileri sürebilir. Bu tür borçlarda, borç ilişkisi mala bağlanmıştır. Herkese karşı ileri sürülemeyen ayni hakka konu olamayacak kişisel (şahsi) bir edimin (yapma ya da verme gibi olumlu bir edimin) yükünün eşyanın sahipliğine bağlanmasıdır. **(**Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.216; Yılmaz, 243).

[287] Öz, s. 152, dn 40'daki yazarlar; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 239.

[288] Öz, s. 152; Ürem, s. 238.

hak sahipleri korunacağı kabul edildiğinde şerh, dönmeye rağmen geçerli kabul edilerek sözleşmeden dönmenin sonuçlarından etkilenmeyecektir.

İkinci görüş de belirtilen sicile şahsi haklarını şerh ettiren üçüncü kişilerin bu haklarının TMK 1023 maddesi uyarınca korunması gerektiği görüşüne katılıyoruz. TMK m.1009'da belirtilen şerh verilecek kişisel haklardan satış vaadi sözleşmesiyle yükleniciden bağımsız bölüm satın alınması veya kira akdi yapılması halinde bu sözleşmeler tapuya şerh edilebilir. Harici sözleşme ile satın almalar ise şerh edilemez. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan inşaattan satış vaadi sözleşmesiyle bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi yapıyı görerek satın aldığından ve kendisine satışı yapılan yerin yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkı olduğunu bildiğinden iyiniyetli kabul edilemeyeceği şerh edilmemiş şahsi haklara ilgili aynı uygulamanın yapılması gerektiği kanısındayız.

4.2.3.4.2.Yüklenici Alacağını Temlik Alan Üçüncü Kişinin Durumu

Yüklenici, meydana getirdiği eser karşılığı alacağı bedeli, üçüncü kişiye devredebilir. Alacağın temliki, TBK'nun 183-194 maddelerinde düzenlenmiş olup, devredenle devralan arasında yapılan bir tasarruf işlemidir. Devredilen alacağın, temlik edenin malvarlığından temlik alanın malvarlığına geçmesi suretiyle borç ilişkisinde taraf değişikliği meydana gelir. Bir kısım yazarlar alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğunu[289] kabul ederken bir kısmı da sebebe bağlı olmayıp soyut olduğunu[290] kabul etmektedirler. Alacağın devrinin TBK m.183/1 hükmüne göre, yazılı şekilde yapılması, alacağın temliki anında devredilen bir alacağın mevcut olması ve devir engelinin bulunmaması gerekir.

Yüklenicinin imal edilen eser karşılığı doğan alacağını üçüncü kişiye temlik edebilmesi için yüklenici ile işsahibi arasında düzenlenen sözleşmede bu hususun yasaklanmaması[291] gerekir. Sözleşmede böyle bir men kararı varsa, yüklenicinin temlik

[289] Ürem, s. 241.
[290] Oğuzman/Öz, s. C.2, s. 548;
[291] *TBK 183 maddesindeki, "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü kişiye devredebilir." şeklindeki hükümle devredilen alacakla ilgili engelleme bunulmamasını belirtmiş, anılan hükmün ikinci fıkrasında ise üçüncü kişiyi korumak için " Borçlu devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın*

işlemi geçersiz olup, işsahibi tarafından ödenmeyebilir. Sözleşmede herhangi bir yasaklama bulunmazsa, yüklenici işsahibinden hak ettiği ancak almadığı alacağı ya da iş bedeli olarak kararlaştırılan ancak henüz yapılan imalat seviyesi bakımından hak etmediği bedeli üçüncü kişiye devredebilir. Alacağın temlikinin unsurlarından olan mevcut bir alacağın bulunması koşulu karşısında, temlik anında işsahibi ile temlik eden yüklenici arasındaki eser sözleşmesine göre henüz hak kazanılmayan bir alacağın devredilmesi halinde temlik işlemi geçersiz olur. Temlik alanın başvurusu karşısında işsahibi borçlu, bedelin karşılığı işin yapılmadığı ve devredenin alacak hakkının bulunmadığı savunmasında bulunabilir.

İşsahibinin ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönmesi üzerine, benimsediğimiz ayni etkili dönme teorisine göre, sözleşme başa dönüp hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracağından üçüncü kişinin işsahibinden iş bedeli olarak kararlaştırılan ve kendisine temlik edilen miktarın tahsiline yönelik bir talepte bulunması mümkün olmayacaktır. Çünkü alacağın temlikine ilişkin tasarruf işleminin dayanağı olan borçlandırıcı işlem, işsahibi ile yüklenici (devreden) arasında yapılan eser sözleşmesidir. İşsahibi, TBK'nun 188. maddesi uyarınca yüklenici ile yapılan sözleşmeden dönüldüğü savunmasında bulunabilir. Sözleşmeden dönülmekle borçlandırıcı işlem ve buna bağlı olarak yapılan tasarruf işlemi de geriye etkili olarak sona erdiğinden devralan, alacağın temliki işleminde muhatabı olan devredenden talepte bulunma hakkına sahip olup, temlik işlemi için ödediği karşılığı ve zararı varsa genel hükümlere göre bunun tazminini isteyebilecektir.

---

devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez." şeklindeki düzenlemeyi getirmiştir.

"..Alacağın temliki, temlik tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu**n** 183 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak, alacaklı borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın temliki ile birlikte, alacaklı değişir, alacak devredenin malvarlığından çıkarak devir alanın mal varlığına girer. Alacağı temlik eden artık alacağın ödenmesini borçludan isteyemez, bu hak alacağı temlik alan yeni alacaklıya aittir. Geçerli bir temlikden söz edebilmek için yasanın ve sözleşmenin aradığı şekil şartına haiz olmasının yanında sözleşmede devir yasağının da bulunmaması gerekmektedir. Davacı ile dava dışı yüklenici şirket arasında yapılan 13.09.2012 günlü temlik sözleşmesi, yasanın aradığı şekil şartına uygun yapılmıştır. Ne var ki; dava dışı yüklenici şirket ile davalı iş sahibi arasında imzalanan ve az yukarda sözü edilen 22.06.2012 günlü sözleşmenin 11.5. maddesinde, yüklenicinin hakediş alacağının idarenin ancak yazılı izniyle başkasına temlik edilebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm alacağın temlikini yasaklayan, temlikin geçerliliğini idarenin yazılı iznine bağlayan bir hükümdür. Davacı, iş sahibi idarenin yazılı izniyle alacağını temlik aldığını ispatlayamamıştır…" (Y.15. HD. 17.6.2015 T, 2014/5638-2015/3418 sy.k)(UYAP).

BÖLÜM 5. SONUÇ

6098 sayılı TBK ‘nun ikinci kısım yedinci bölümünde 470-486. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmeleri, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin ise, bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği, kural olarak şekle bağlı olmayan ivazlı, karşılıklı iki tarafa tam borç yükleyen ani edimli bir iş görme sözleşmesidir. Eser sözleşmesinin objektif esaslı noktaları, bir eser meydana getirme, ücret ve anlaşmadır. Bu unsurlar eser sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli unsurlar olup, bunlardan birinin bulunmaması sözleşmenin başka tür bir sözleşme olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurur. Örneğin sözleşmede ücretin kararlaştırılmamış olması halinde vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gibi. Sözleşmenin ana unsurlarından biri olan eser kavramı ile ilgili öğreti de farklı görüşler bulunmasına rağmen hakim olan ve bizimde katıldığımız uygulamada da kabul edilen görüş, eser kavramını geniş yorumlayarak maddi ve maddi olmayan sonuçları eser olarak nitelendiren görüştür. Eser sözleşmesini, alacaklının yararı zaman içerisinde değil teslimle ifa bir defada gerçekleştiğinden ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak niteleyen görüşler olduğu gibi sürekli borç ilişkisi olarak kabul eden görüşlerde vardır. Uygulamada da, Yargıtay, eser sözleşmelerini ani edimli sözleşme olarak kabul etmekle birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili verdiği 25.1.1984 tarihli 3/1 sayılı İBK’da ani edimli sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde işin yapımına başlandıktan sonra sözleşmeden dönülmesi halinde geçmişe etkili fesih sonucunun her eser sözleşmesinde istisnasız uygulanmasının adil olmayacağı böyle bir durumda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde olduğu gibi ileriye etkili fesih hükümlerinin uygulanmasının uygun olacağı bu tür sözleşmelerin “geçici, sürekli karmaşığı” bir özellik taşıdığı kabul edilmiştir.

Bir iş görme sözleşmesi olan ve yapma edimini içeren eser sözleşmeleri, bir sonucun yaratılmasının taahhüt edilmesi, kişiye özel yapılması, iş gören yüklenicinin bağımsız çalışması, şekil şartı, yapılan iş karşılığı mutlaka bir ücretin bulunması gibi özelliklere sahiptir.

Eser sözleşmesi iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme olup, yüklenici, eseri ayıpsız, tam olarak meydana getirmek ve teslim etmekle yükümlü olup, bu borcu, eseri sözleşmeye uygun olarak tamamlayarak işsahibinin hakimiyet alanına geçirmesi yani

hukuki ve fiili teslimi gerçekleştirmesiyle tamamlar. Eğer eser, işsahibinin hakimiyet alanında yapılmışsa bu durumda, teslim yüklenicinin işsahibine yapacağı bir bildirimle gerçekleşir. Ancak her teslim edilen eserin ayıpsız olacağı düşüncesi yanlıştır. Eser tamamlanmış olsa bile ayıplı bir şekilde teslim edilebilir. Eserin ayıplı olması teslime engel değildir. Eseri teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesi aynı zamanda yüklenicinin ayıplı imalat karşısında sorumluluğunun başlaması, işsahibinin ise böyle bir durumda kendisine tanınan hakları kullanması açısından önemlidir. Ancak eser sözleşmesinde teslim ile kabul kavramları tarafların sözleşmeden doğan yararlarının korunmasıyla elde edilmesine yönelik farklı amaçlara hizmet ettiğinden bu iki kavramın karıştırılmaması gerekir. Eserin kabulü, işsahibinin eserin sözleşmeye uygun yapıldığı ve ayıp bulunmadığı bunlarla ilgili hak iddiasında bulunmayacağını içeren irade beyanı olup, eseri kabul eden işsahibi bu beyanından tek taraflı dönemeyeceği gibi ayıpla ilgili kendisine tanınan hakları da kullanamaz. Bunun tek istisnası, yüklenicinin kasten sakladığı veya usulüne uygun muayene sonucu görülmeyen ve tespiti mümkün olmayan gizli ayıplarla ilgili talep hakkının eseri kabul etmesine rağmen devam etmesidir.

Yüklenicinin ayıplı imalat nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi gereken ilk koşul eserin tamamlanarak teslim edilmesidir. Teslim edilmeyen bir eserde ayıplı imalat bulunup bulunmadığının saptanması mümkün olmadığından işsahibinin seçimlik haklarını kullanması da söz konusu değildir. Bu nedenle yüklenicinin ayıplı imalat nedeniyle sorumluluğunun başlaması için öncelikli koşul eserin teslim edilmesi olup, eserin teslimi zamanı işsahibinin ihbar ve muayene yükümlülüğü ile ayıpla ilgili talep haklarını kullanabileceği zamanaşımının başlangıcı yönünden önemlidir.

Diğer bir koşul ise, eserin ayıplı olmasıdır. Eser sözleşmesinin düzenlendiği TBK'nun 474-478 maddelerinde ayıbın tanımı yapılmamış olmakla birlikte açık-gizli, önemli-daha az önemli ayıp şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Ayıp, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan vasıfların bulunmaması veya sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile gerekli vasıfların bulunmamasıdır. Kanunda belirtilen ayıp ayırımları dışında doktrinde ve uygulamada ayıbın niteliğine göre, maddi ayıp-hukuki ayıp, asli ayıp-tali ayıp ve ekonomik ayıp gibi türler belirlenmiştir. Ayıbın niteliğinin belirlenmesi, işsahibinin yükleniciye karşı kullanabileceği hakların belirlenmesi, yüklenicinin de sorumluluğunun sınırlarının saptanmasında önem kazanmaktadır. Eğer eserdeki ayıp önemli ve eseri işsahibinin kabul edemeyeceği nitelikte ise, işsahibi

sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek, daha az önemli olan ayıplar söz konusu olduğunda ise diğer seçimlik hakları olan ayıbın onarım suretiyle giderilmesi ya da iş bedelinden indirim isteyebilecektir.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ikinci şart ise işsahibinin eserin teslimini takiben gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesidir. Ayıbın niteliğinin önemi bu koşulda da önem kazanmakta olup, açık ayıplarda teslimi takiben imkan bulur bulmaz muayene yapılarak bildirimde bulunulması gerekirken gizli ayıplarda ve kasten gizlenen ayıplarda böyle bir süre öngörülmemiş, ayıbın ortaya çıktıktan sonra derhal bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Diğer bir koşul ise, ayıpla ilgili yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için gözden geçirme ve ihbar koşulu yerine getirilmek suretiyle TBK'nun 478 maddesinde düzenlenen ve eserin ayıplı olması halinde öngörülen özel zamanaşımı içinde işsahibinin seçimlik haklarını kullanması gerekliliğidir.

Bu genel koşulların yanı sıra yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için bazı özel koşullarında bulunması gerekir. Bunlardan ilki, eseri ayıplı olmasının işsahibinden kaynaklanmamasıdır. Yüklenicinin gerekli süre içinde ihbarda bulunmasına rağmen işsahibinin sağladığı malzeme, eserin yapılacağı belirtilen yer veya verdiği talimat sonucu eser ayıplı yapılmışsa bundan yüklenici sorumlu tutulamaz. Yine yüklenicinin ayıplı ifadan kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilmesi için diğer bir koşul ise taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının yapılmamasıdır.

İşsahibinin ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi için yukarıda sayılan koşulların yanında işsahibinin eseri kabul etmemiş olması da gerekir. Eserin işsahibince kabul edilmesi, istisnai haller dışında yüklenicinin ayıplı imalattan kaynaklanan sorumluluğunu sona erdirir.

İşsahibinin ayıplı imalat karşısında yükleniciye karşı kullanabileceği seçimlik haklardan yüklenici açısında en ağır külfet getiren sözleşmeden dönme hakkının kullanabilmesi için, eserdeki ayıbın önemli ve işsahibinin hakkaniyet kuralları çerçevesinde kabule zorlanamayacağı ölçüde olması, yukarıda açıklanan genel kuralların yanı sıra bazı özel koşullarında bulunması gerekir. Bunlardan ilki, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı dışında diğer seçimlik hakları kullanmamış olmasıdır. Bunun tek istisnası, ayıbın onarım yolu ile giderilmesi istenmesine rağmen bu talebin yerine

getirilmemesi halidir. Eserin yok olması, eserin işsahibince temlik edilmesi, işsahibinin ayıbı bilerek eseri kullanması gibi hallerde de sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Diğer bir özel koşul ise, işsahibinin taşınmazında yapılan eserin kaldırılmasının veya yıkılmasının aşırı zarara yol açmayacak olmasıdır.

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı iki tarafa tam borç yükleyen ani edimli sözleşmelerde hiç yapılmamış edimlere son veren yerine getirilmiş edimlerin ise iadesi sonucunu sağlayan tek taraflı yenilik doğuran bir irade beyanı olup karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurur. Dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi geriye dönük olarak son bulduğundan bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafın onayı aranmaz. 818 sayılı BK'nunda sözleşmeden dönmenin açık bir tarifi bulunmadığı gibi genel ve özel hükümlerde de dönme kelimesi açıkça kullanılmadığından uygulamada çoğu kez sözleşmeden dönme ile sözleşmenin feshi kavramları aynı hukuki durumu ifade etmek için kullanılarak bir kavram kargaşası yaratılmış ise de, 6098 sayılı TBK'nun 475/1 hükmünde açıkça sözleşmeden dönme kavramı kullanılmak suretiyle bu karışıklığa son verilmiştir.

Öğretide, işsahibinin TBK'nun 475/1 hükmünde belirlenen şekilde ayıplı bir eser nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde tarafların yükümlülüklerin açıklayan çeşitli görüşler ileri sürülmüş olup, bunlar klasik dönme görüşü, yeni dönme görüşü, ayni etkili dönme teorisi ve yasal yasal borç ilişkisi görüşü olmak üzere gruplandırılabilir. Bizimde katıldığımız ayni etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme ile taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Geçmişe etkili olarak sona erme, borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerini de kapsadığından dönme anına kadar ifa edilmemiş edimler nedeniyle sorumlulukları kalmaz. Dönme anına kadar ifa edilmiş edimler yönünden ise, iade yükümlülükleri gündeme gelir. İade konusunun taşınır veya taşınmaz olması halinde sebebe bağlılık ilkesi doğrultusunda yapılacak ayırım da burada önem taşımaz. Sebebe bağlılık ilkesinin taşınmazlarda geçerli olduğu kabul edildiğinde sözleşmeden dönülmesi ile borçlandırıcı işlem sona erdiğinden devralan açısından sebepsiz zenginleşme oluşturacağından bu hukuki sebebe dayalı olarak, taşınmazlarda zaten geçerli olan sebebe bağlılık ilkesinin taşınırlarda da geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde ise, sözleşme ilişkisinin sona ermesi iadesi gereken taşınır veya taşınmazın sebebini oluşturduğundan istihkak davası veya tapu kaydının düzeltilmesi şeklinde iade istenir. Ancak dönmenin sonuçları ile ilgili ileri sürülen tüm görüşler iadenin nasıl yapılacağı konusunda kesin çözümler içermediğinden ve yasal

düzenlemede de bu hususta bir açıklık bulunmadığından benzer hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması ile çözüme gidilmesi mümkündür.

Ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanan işsahibinin ifa edilmiş edimlerin iadesinin yanı sıra sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yaptığı için uğradığı veya sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacağı menfi zararını yani mal varlığındaki azalmayı ve sözleşme yapılması nedeniyle yoksun kalınan karını isteyebilir.

İşsahibinin ayıplı imalat nedeniyle sözleşmeden dönülmesi sonucu isteyebileceği menfi zararın dışında TBK'nun 475/2 hükmü uyarınca gelen hükümlere göre ayrıca tazminat isteme hakkı da bulunmakta olup, bu ayıplı ifa nedeniyle kullanılan seçimlik haklarda aranmayan yüklenici kusuruna bağlı olarak oluşan zarardır.

Sözleşmeden dönülmekle, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erdiğinden asıl alacağa bağlı cezai şart gibi fer'i haklarda sona erer. Bunun istisnası ise, tarafların sözleşmede açıkça sözleşmeden dönülmesi halinde dahi cezai şartın istenebileceğini hüküm altına almış olmaları halidir.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork. "Aliud" ve Federal Mahkeme'nin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine, İÜMHAD**.** C.6, sy.9 ,s.19-29, 1972.

Akça, Merve. *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi (Bahçeşehir.edu,tr)

Anık, Gülgün."Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", *TBB Dergisi***.** sy.59, s.214-235, 2005.

Aral , Fahrettin. Ayrancı ,Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.

Avcı, Ali. : "Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat Ve Özen Borcu", *TBBD.* Sayı 119, s. 367-349 (Kısaltma; A.Avcı, Özen) Temmuz-Ağustos 2015.

Avcı, Ali. "İstisna sözleşmesinde Şekil Ve Bağlanan Sonuçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. yıl 6, sy.21, s.285-335 (Kısaltma:A. Avcı, Şekil) Nisan 2015.

Avcı, Mehmet Özgür. "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", *MÜHFHAD*. C.22, Sayı.3, s. 303-322.(Kısaltma; M.Avcı) 2016.

Aydın, Gülşah Sinem. "Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*. (141) 417-449, 2019.

Aydoğdu, Murat. Nart, Serdar. "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış Ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art 210 ve 371 OR) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*. s. 451-486. 2018.

Başaran, Zeynep Sümeyra. "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı s. 1305-1338, 2017.

Buz, Vedat. Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**.** Ankara: Yetkin Yayınevi, (Kısaltma:Dönme), 1998 Baskıdan Tıpkı Basım 2014.

Buz, Vedat. Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. Ankara: Yetkin Yayınevi, (Kısaltma: Haklar) 2005.

Çelik, Ahmet Çelik. Eser Sözleşmesi, (Yapım, Bakım ve Onarım Yüklenim Sözleşmeleri) www. tazminathukuku.com

Doğan, Gülmelahat. "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", *ABD*. s. 387-415, 2014/4.

Dural, Mustafa. Sarı, Suat. Türk Özel Hukuku C.I, *Temel Kavramlar Ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri*. 7. Bası. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2012.

Eren, Fikret. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler. B.15. Ankara: Yetkin Yayınevi, (Kısaltma: Genel) 2017.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. B.8. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020. (Kısaltma: Özel)

Ertaş, Şeref. "Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.16, Özel Sayı, s.3093-3104 (basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan 2014.

Ertaş, Şeref. Serdar, İlknur. Gürpınar, Damla. Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku. B.4. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.

Gökyayla, Emre. *DEÜ hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, s.47-67, 2017.

Gümüş, Mustafa Alper. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Kal, Ceylan Bilici. *Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul: İstanbul Üniversitesi 2019.

Kahraman, Zafer. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan "Avans Tapu" Kavramının Değerlendirilmesi", *YÜHFD* C.XVIII, sy.2, s,781-795, 2021.

Karadaş, İzzet. Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri. B.3. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Kıcalıoğlu, Mustafa. Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler**.** Genişletilmiş 22 bası, Ankara: Turhan Kitapevi, (Kısaltma: Genel) 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. B.2, Ankara: Turhan Kitapevi, (Kısaltma: Özel) 2020.

Kostakoğlu, Cengiz. İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri. 10.B. İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.

Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.

Kürşat, Zekeriya. "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", *İÜHFM*. C. LXVII, sy.1-2, s. 143-166, 2009.

Oğuzman, M. Kemal. Öz, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1,2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Oğuzman, Kemal. Seliçi, Özer. Özdemir, Saibe Oktay. Eşya Hukuku. Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası'dan 16. (Tıpkı) Bası. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013.

Özcan, Zeynep. "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Haziran sy. 11, s, 317-339. 2018.

Öktem, Seda. "Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Ayıptan Doğan Hakları" , *İBD*. C.80, Sayı 5, s. 1947-1965. 2006.

Öz, Turgut. ”Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, *İÜMHAD***.** 13, C.3, sy.16, s. 131-172, 1996.

Özmen, E.Saba . Ürem, Müge. “Geçerli Bir Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, *İBD.* C.90, sy.3, s. 193-218, 2016.

Öztürk, Muammer. Gözütok, Zeki. Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması. B.3. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.

Petek, Hasan. “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *DEÜHFD.* C.8, Sayı 1, s. 177-240, 2006.

Reisoğlu, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.

Selimoğlu, Yaşar Engin. Eser Sözleşmesi. B.4. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Serozan, Rona. Sözleşmeden Dönme. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Şahin, Turan. “Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *SDÜHFD.* C.1, sayı 2, s. 135-157, 2011.

Tutar, Elce. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları İle Birlikte Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* sy. 2, s. 293-311, 2018.

Uçar, Ayhan. “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, *AÜHFD.* C. V, sy.1-4, s.513-555, 2001.

Uygur, Turgut. Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Tazminat ve Sorumluluk Hukuku. C.1,6,7, B.2. Ankara: Seçkin Yayınevi, (Kısaltma: Tazminat) 2003.

Ünsal, Ayşe Hatipoğlu. *Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İşsahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2009.

Ürem, Müge. Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**.** (On iki levha) B.1.İstanbul 2017.

Yavuz, Nihat. Öğreti Ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi. Ankara: Kartal Yayınevi, 2007.

Yavuz, Cevdet. Acar, Faruk. Özen, Burak. Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler. B.12. İstanbul: Beta Yayınevi, 2013.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü. Genişletilmiş 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996.

Yolcu, Altıner Zeynep. “6502 sayılı TKHK Çerçevesinde Tüketici İşlemi Niteliğini Taşıyan Eser Teslim Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk İçin Uygulanacak Hükümler”, *MÜHFAD.* C.22, sy. 3, s. 3164-3177, Ocak 2016.

Zevkliler, Aydın. Gökyayla, K. Emir. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Turhan Kitapevi 2015.