



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



İsa AKANSEL

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCU

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



İsa AKANSEL

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCU

Danışman

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

İsa AKANSEL'in bu çalışması, jürimiz tarafından Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN (İmza)

Üye : Doç. Dr. Halit YILMAZ (İmza)

Tez Başlığı:

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 06/09/2019

Mezuniyet Tarihi : 26/09/2019

(İmza)

Prof. Dr. İhsan BULUT

Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İsa AKANSEL





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	İsa AKANSEL
Öğrenci Numarası	20165225035
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN
Tez Başlığı	“Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu”
Turnitin Ödev Numarası	1168114908

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 116 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 06/09/2019 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 13

alıntılar dahil % 25 'tir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

06/09/2019

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
TEŞEKKÜR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ, ÖZEN KAVRAMI VE ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİDEN BEKLENEN ÖZEN

1.1.Genel Olarak Eser Sözleşmesi	2
1.1.1.Tanımı	2
1.1.2.Unsurları	3
1.1.2.1.Eser Meydana Getirme	3
1.1.2.2.Bedel (Ücret) Ödeme	5
1.1.2.3.Tarafların Anlaşması	6
1.1.3.Şekli	6
1.1.4.Tarafları	7
1.1.5.Tarafların Borçları	8
1.1.6.Hukuki Niteliği	8
1.1.7.Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	9
1.2.Özen Kavramı	10
1.2.1.Günlük Dilde	10
1.2.2.Teknik Anlamda	12
1.2.3.Türk Borçlar Kanunu'nda	13
1.3.Eser Sözleşmesinde Yükleniciden Beklenen Özen	16
1.3.1.Genel Olarak	16
1.3.2.Özenin Ölçüsü	16
1.3.3.Özen Borcunun Hukuki Niteliği	21
1.3.4.Başlıca Özen Yükümlülükleri	24
1.3.4.1.Koruma Yükümlülüğü	24
1.3.4.2.Aydınlatma ve Bilgi Verme Yükümlülüğü	27

1.3.4.3.Diğer Özen Yükümlülükleri	29
1.3.4.3.1.Genel Olarak	29
1.3.4.3.2.Yapı Malikinin Sorumluluğu Bakımından	29
1.3.4.3.3.Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Bakımından.....	32
1.3.5.Uygulama Halleri.....	35
1.3.5.1.İşi Bizzat Yapma veya Gözetimi Altında Yaptırma	35
1.3.5.1.1.Genel Olarak	35
1.3.5.1.2.İşi Başkasına Yaptırma	36
1.3.5.1.2.1.Alt Yüklenicilik İlişkisi.....	36
1.3.5.1.2.2.Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki.....	38
1.3.5.1.2.3.İş sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki.....	38
1.3.5.1.2.4.Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Fiillerinden Dolayı İşsahibine ve Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu.....	40
1.3.5.1.2.4.1.İş Sahibine Karşı	40
1.3.5.1.2.4.2.Üçüncü Kişilere Karşı.....	41
1.3.5.2.Araç ve Gereçleri Sağlama	47
1.3.5.3.Malzeme Sağlama.....	48
1.3.5.4.İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme	51
1.3.5.5.Ek İş ve İş Değişikliği	52
1.3.5.5.1.Genel Olarak	52
1.3.5.5.2.Ek İş	53
1.3.5.5.3.İş Değişikliği.....	56
1.3.5.5.4.Ek İş ve İş Değişikliği ile Yüklenicinin Özen Borcu Arasındaki İlişki	57

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEN BORCUNA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

2.1.Genel Olarak.....	59
2.2.Eserin Tamamlanmasından Önce	59
2.2.1.İşin Yapımı Sırasında Eserin Kararlaştırılan Zamanda Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması.....	60
2.2.1.1.Şartları.....	61

2.2.1.1.1.Yüklenici İşe Zamanında Başlamamalı veya İşin Yapımı Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olarak Geciktirilmelidir	61
2.2.1.1.2.Yüklenicinin İş Kararlaştırılan Zamanda Bitiremeyeceği Açıkça Anlaşılmalıdır	63
2.2.1.1.3.Gecikme Haklı Bir Sebebe Dayanmamalıdır	64
2.2.1.2.Sonuçları.....	65
2.2.2.İşin Yapımı Sırasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceğinin Açıkça Görülmesi	67
2.2.2.1.Genel Olarak	67
2.2.2.2.Şartları.....	68
2.2.2.2.1.Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceği Açıkça Görülmelidir	68
2.2.2.2.2.Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olması Yüklenicinin Kusurundan İleri Gelmelidir.....	70
2.2.2.2.3.İşsahibi Ayıplı Gidermesi İçin Yükleniciye Uygun Bir Süre Vermeli ve Yükleniciye İhtarda Bulunmalıdır	71
2.2.2.3.Sonuçları.....	72
2.3.Eserin Tamamlanmasından Sonra	75
2.3.1.Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu.....	75
2.3.1.1.Genel Olarak	75
2.3.1.2.Şartları.....	76
2.3.1.2.1.Genel Olarak	76
2.3.1.2.2.Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır	77
2.3.1.2.3.Eser Ayıplı Olmalıdır	82
2.3.1.2.4.Ayıp İşsahibine Yüklenememelidir	85
2.3.1.2.5.İşsahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır	88
2.3.1.2.6.İşsahibi Eseri Gözden Geçirme (Muayene) ve Ayıplı Bildirme (İhbar) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır	89
2.3.1.3.İşsahibinin Seçimlik Hakları	94
2.3.1.3.1.Genel Olarak	94
2.3.1.3.2.Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	95
2.3.1.3.3.Bedelden İndirim İsteme Hakkı.....	100
2.3.1.3.4.Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı.....	102
2.3.1.3.5.Tazminat İsteme Hakkı.....	104

2.3.1.4.Zamanaşımı 107

SONUÇ 110

KAYNAKÇA..... 114

ÖZGEÇMİŞ 120



KISALTMALAR

Akt.	Aktaran
Art.	Article
b.	Bent
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BK (eBK)	818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bk.	Bakınız
D.	Değişik
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	Fıkra
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
OR	İsviçre Borçlar Kanunu
s.	Sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TL	Türk Lirası
TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	Ve Benzeri
vd.	Ve Devamı
vs.	Ve Sair
Yarg.	Yargıtay

ÖZET

Bu çalışmada, uygulamada önemli bir yer işgal eden eser sözleşmesinin taraflarından biri olan yüklenicinin, en önemli ve genel nitelikli borcu kabul edilen özen borcunu inceleyeceğiz. Eser sözleşmesinin genel hatlarını, özen kavramının tanımını, farklı anlamlarını, yüklenicinin özen borcunu, yükleniciden beklenen özenin ölçüsünü, özen borcunun hukuki niteliğini ve uygulama hallerini ilk bölümde inceledikten sonra; yüklenicinin özen borcunu ihlal etmesi halinde meydana gelecek sonuçlara, eserin tamamlanmasından önce ve sonra olmak üzere iki ana başlık altında, çalışmamızın ikinci bölümünde değineceğiz.

Anahtar Kelimeler: Özen borcu, Eser sözleşmesi.



SUMMARY
CONTRACTOR'S DUTY OF CARE AT THE CONTRACT OF
CONSTRUCTION

In this study, we will examine the contractor who is party to a contract of construction's duty of care which is accepted the general and key quality obligation in practice. In the first part, we will examine the general knowledge of contract of construction, definition and different meanings of duty of care, contractor's duty of care, care measure which is to hope for contractor, legal character of care of duty and situation of practice; and then in the second part, we will mention about the legal results of the contractor's duty of care and unethical acts like two captions which is called before the work which is not completion and after the work which is completion.

Keywords: Duty of care, The contract of construction

TEŞEKKÜR

Uzun bir sürecin emeği olan bu çalışmanın belki de en güzel yanı, şu an büyük bir heyecanla kaleme aldığım, yazım aşamasındaki bütün zorluk ve yorgunlukları unutturan, sevdiklerime karşı teşekkür etme fırsatı bulduğum bu sayfaya en saf duygularımı aktarabilmem oldu. Yıllar önce girdiğim Hukuk serüveninde küçük bir hikayemin olması benim için büyük bir mutluluk. En başta gözümde büyüyen ancak yazdıkça her anı ayrı bir şevke bürünen bu süreçte elbette ki tek başına değildim. Kendisine teşekkür etmem gereken çok değerli insanlar var.

Her şeyden önce her zaman yanımda olan, beni bugünlere getiren, kararlarımda beni her zaman destekleyen, bana her daim inanan, benimle düşünen, benimle dertlenen, beni benden daha iyi tanıyan, yazılsa satırlara sığmayacak daha nice zamanda yanımda bildiğim kıymetli annem ve kıymetli babama sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Size olan minnet duygum bu küçük satırlara sığmaz. İyi ki varsınız, iyi ki benim annem ve babamsınız.

Erken zamanda dünyadan göçen; ama kendisiyle dolu dolu zaman geçirme fırsatı yakalayabildiğim kıymetli babaannem, nurlar içinde uyu. Bugün benim ben olmamda büyük önemi olan, daha küçük yaşta bana kazandırdığın paha biçilmez değerler için sana çok teşekkür ederim.

Yaklaşık on üç senedir hayatıma dokunan, her şeyimle ilgilenen, derin bilgisinden her zaman nasiplenebildiğim, fiiliyatta bana bir telefon kadar uzak; ancak her daim yanımda hissettiğim, benim için öğretmenden öte bir arkadaş, dost, anne olan değerli öğretmenim Hatice YILMAZ TUNCER'e çok çok teşekkür ederim. Bu hayatta iyi ki sizinle karşılaşmışım hocam, iyi ki varsınız. Bir çocuğa öğretmenin ne anlama geldiği ve ne kadar kıymetli olduğunu ne güzel öğrettiniz.

Bu çalışmada beni destekleyen danışman hocama da teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmamın tüm hukuk okuyucuları ve uygulayıcılarına faydalı olması temennisiyle...

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, uygulamada karşımıza çıkan önemli bir sözleşmedir. Bu sözleşme, şarkı söyleme, elbise dikme gibi en küçük şeylerin yapımından; gökdelenler, köprüler, barajlar inşa etme gibi devasa ve karmaşık birçok işin yapımına kadar pek çok alanda karşımıza çıkar. Uygulamada bu kadar önemli bir yer teşkil eden eser sözleşmesinin, birçok sıkıntı ve uyuşmazlığı da beraberinde getirmesi doğaldır. Günümüzde, her alanda ve özellikle ekonomi ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, eser sözleşmesinin uygulama alanını genişlettiği gibi, her geçen gün farklı görünümde uyuşmazlıkların da karşımıza çıkmasına sebep olmaktadır.

Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. Eser sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle, tarafların birbirine karşı borçları bulunur. Çalışmamızın konusu, eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcudur. Yüklenicinin daha birçok borcu bulunmakla birlikte, bu borçların temelini oluşturan ve genel nitelik taşıyan özen borcunun hepsinden önce incelenmesi gerekir. Zira aslolan geçici çözümlerden ziyade, sorunun en temeline inerek gerekli çözümleri üretmektir. Yüklenicinin borçlarından her birinin ihlali karşısında, kanunun öngördüğü müeyyideler bulunur. Oysa ki hepsinin harcını oluşturan özen borcuna tam manasıyla uyulması halinde aslında bunların hiçbirisine gerek kalmayacaktır. Bu sebeple, bu denli önemli ve genel nitelikli bir borcun, eser sözleşmesinde söz konusu olan borçların ve ihlallerinin genel felsefesini oluşturması bakımından incelenmeye değer bir borç olduğu su götürmez bir gerçektir.

Bu çalışmada, birçok kaynak incelenmiş ve uygulamadan yararlanılmıştır.

Çalışma, iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde eser sözleşmesiyle ilgili temel bilgiler verilmiş, özen kavramı açıklanmış, özen kavramının günlük ve teknik anlamları ile Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlendiği maddelere değinilmiş, yüklenicinin özen borcu, yüklenicinin göstermesi gereken özenin ölçüsü Türk Borçlar Kanunu göz önünde bulundurularak ele alınmış, özen borcunun hukuki niteliği tartışılmış, gerek Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde somut şekilde düzenlenerek gerekse uygulama ve öğretiden çıkarılarak belirlenmiş özen borcunun uygulama halleri anlatılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise özen borcuna aykırılık halleri ve hukuki sonuçları eserin tamamlanmasından önce ve eserin tamamlanmasından sonra olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınmıştır. Eserin tamamlanmasından önceki kısımda, TBK m. 473 hükmü, detaylı bir şekilde; eserin tamamlanmasından sonraki kısımda ise özen borcuna aykırılık hali yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu çerçevesinde incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ, ÖZEN KAVRAMI VE ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİDEN BEKLENEN ÖZEN

1.1.Genel Olarak Eser Sözleşmesi

1.1.1.Tanımı

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda m. 470 ile m. 486 arasında düzenlenmiştir. TBK m. 470'te bu yönde öncelikle eser sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre *“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*. Bu tanım, yüklenicinin asli ediminden olan *meydana getirilen eseri teslim borcunu* içinde barındırmadığından eksik bir tanımdır. Oysaki eseri meydana getirme borcu yanında, bu eseri teslim borcu da yüklenicinin temel edimlerinden birisidir. Bir diğer anlatımla, eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu yalnızca eseri meydana getirmek değildir. Eserin teslimi de en az meydana getirme kadar önemli bir asli edimdir. Bu durumda eser sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin ödeyeceği bedel karşılığında, bir eser meydana getirip bu eseri teslim etmeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanabilir¹.

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine karşı bir iş görmeyi üstlenmekte olup, bu iş görme belirli bir sonucu meydana getirmeyi gerektirmektedir. Eser sözleşmesine özgü olan ve bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik de eser sözleşmesinde bu sonucun iş sahibine karşı borçlanılmış olmasıdır².

¹ Gümüş, II, 2014: 1; Farklı tanımlar için bk.; Aral/Ayrancı, 2014: 333; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 486; Eren, 2017: 584; Tandoğan, II, 2010: 1; Erman, 1979: 9; Öz, 1989: 1; Yavuz, 2014: 984; Kocağa, 2014: 27; Ayan, 2008: 23; Yakuppur, 2009: 3; Şenocak, 2002: 5; Dirican, 2007: 5; Baygın, 1999: 3; Karakurt, 2017: 4; Ürem, 2017: 5.

² Tandoğan, II, 2010: 1; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 487. Yarg. 15. HD., T. 7.11.2017, E. 2017/2286 K. 2017/3847: *“Davada herhangi bir tıbbi rahatsızlıktan bahsedilmeksizin estetik amaçlı kepçe kulak ameliyatı yaptırıldığı, davalı yüklenicilerin sözleşmeye aykırı davranışları sebebiyle davacının maddi ve manevi zarara uğradığı ileri sürülmektedir. Kepçe kulak diye tabir edilen kulağın görünümündeki normal dışı büyüklüğün giderilip kulak ve yüze güzel bir görünüm kazandırılması işlemi estetik bir işlem olduğu ve sonuç olarak tedavi değil güzelleşme amaçlandığından tarafların arasındaki ilişki hizmet ilişkisi değil sözleşme ve ilk müdahale yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 vd. ile 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. Eser sözleşmesinin varlığı halinde uyumsuzluğun da eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Eser sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli farkı sonuç sorumluluğu, yani tarafların anlaşmaları doğrultusunda yüklenicinin bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesidir”, (www.kazanci.com; erişim tarihi: 05.04.2019).*

1.1.2.Unsurları

Yukarıda da görüldüğü gibi, eser sözleşmesinden bahsedebilmek için, bazı unsurların bir araya gelmesi gerekir. Bunlar; *eser meydana getirme, bedel ödeme ve tarafların anlaşmasıdır.*

1.1.2.1.Eser Meydana Getirme

Eser kavramının içeriği hakkında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu görüşlerin temelde iki noktada toplandığından söz edilebilir. Bu görüşlerden ilkinde göre, eser kavramı dar olarak tanımlanır ve sadece maddi varlıkların eser sözleşmesine konu olabileceği kabul edilir; diğer ve geniş olarak eseri tanımlayan görüşe göre ise, eserin illaki maddi varlıklarla ilişkilendirilmesi gerekmeyip, maddi olmayan varlıklar da eser sözleşmesinin konusu olabilir³. Bir diğer anlatımla, öğretide bazı yazarlara göre, yalnız maddi varlıkları eser olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda, maddi bir şey üzerinde meydana gelmeyen, bir cisim şeklinde ortaya çıkmayan ürünler eser olarak kabul edilemez. Eserin bu sebeple maddi bir varlığa bürünmüş ve başkasına devir ve teslimi mümkün olacak şekilde meydana gelmiş olması gerekir⁴. Bu görüşün taraftarları haliyle maddi varlığı haiz olmayan çalışmalarını, maddi bir varlık üzerinde ortaya çıksalar bile eser olarak kabul etmemekte ve bu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak da nitelememektedir. Zira ortaya çıkan ürünün, üzerinde meydana gelinen maddi varlık değil de; bilfiil fikri ürünün kendisi olduğu kabul edilir. Burada fikri iş görme ürünlerinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir⁵. Maddi eser, taşınır veya taşınmaz olabilir. Yol, köprü yapılması, ısmarlanan elbiselerin terzi tarafından dikilmesi maddi eserlere örnek olarak gösterilebilir. Öğretide baskın ve eser kavramını geniş olarak tanımlayan görüşe göre⁶, TBK m. 470'te bahsi geçen eser kavramından, yalnızca maddi varlık arz eden eserler değil, maddi nitelik taşımayan eserler de anlaşılmalıdır. Böyle bir durumda yukarıda bahsedilenlerin aksine, objektif olarak tespiti mümkün olup da bir bütün görünümü arz eden maddi ve maddi olmayan varlıkları meydana getirme, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Örneğin bu görüşe göre, bir mimarın çizdiği proje, senaristin yazdığı senaryo da eser olarak kabul edilir. Bununla birlikte, belli bir bütünlük arz etmeyen, belli bir şekilde ortaya çıkmayan, maddi olmayan varlıkların eser olarak kabulü ise mümkün değildir. Örneğin hastanın tedavi edilmesi, beyin tümörünün

³ Bu konuda en geniş tartışmayı incelemek için bk. Tandoğan, II, 2010: 3-22; Eren, 2017: 588; Gümüş, II, 2014: 4-5; Yavuz, 2014: 986.

⁴ Eren, 2017: 588.

⁵ Gümüş, II, 2014: 5.

⁶ Tandoğan, II, 2010: 4; Yavuz, 2014: 987-988.

ameliyatla alınması gibi durumlarda insan emeğinin sonuçları eser olarak kabul edilemez. Bu durumda vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir⁷.

Yeri gelmişken burada öğretide bahsi geçen fikri eser kavramının kabulü için gerekli olan şartlardan da bahsetmek gerekir. Öğretide baskın görüş olarak, her ne kadar maddi olmayan fikri iş görme sonuçlarının da eser olarak kabulü söz konusu ise de bazı yazarlarca bu durumun da sınırlarının olması ve birtakım şartlara tabi olması gerektiğinden söz edilmektedir⁸. Buna göre, fikri eserin kabulü için, öncelikle sonucun yüklenici tarafından vaat edilmeye elverişli nitelikte olması gerekir. Örneğin bir davada sonuç baştan itibaren tartışılmayan, sözleşmenin yapıldığı andaki gücün dışında kalan etkenlere bağlı olduğundan eser sözleşmesine konu bir durumdan bahsedilemeyecektir. Bu tür durumlarda vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilir⁹. Bununla birlikte sadece vekalet hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmaz; zira vekalet dışında kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşmeler de meydana gelebilir¹⁰. Fikri eserin kabulü için bir diğer şart ise maddi olmayan varlığın maddi bir varlık üzerinde tecessüm etmesi şartıdır. Özellikle, eser teslimi ve eserin gözden geçirilerek muayenesine dair eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilirliği bu sayede mümkün olacaktır¹¹. Somut hale gelen şeyin ne olduğu önemli değildir; üzerinde somutlanılan şeyin kağıt, elektronik araç vs. gibi nesnelere biri olmasının herhangi bir önemi yoktur. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlara göre¹², illaki çalışma sonucunun bir cisim üzerinde somutlaşması gerekmez. Bu görüşü savunan yazarlara göre, eser sözleşmesinin temel özelliği, maddi veya maddi olmayan varlık kavramından ziyade edim sonucuna odaklanmış bir sözleşme olmasıdır. Teknolojinin gelmiş olduğu son durum edim sonucunun giderek önem kazanmasına sebep olurken, sürekli şekilde maddi dayanağı olmayan sözleşmeleri de eser sözleşmesi kapsamına almak gerekir. Bir diğer anlatımla, gelişen ve gelişmekte olan cari teknolojik şartların söz konusu olduğu günümüzde, maddi varlık kazanmış olup olmamanın eser sözleşmesinin konusu olmak için gereken tek özellik olduğunun kabulü, uygulanacak olan hukuk kurallarını belirlemede elbette ki tek etken olmamalıdır. Yüklenicinin objektif anlamda bütünlük arz eden belli bir sonucu üstlenmiş

⁷ Diğer örnekler için bk. Yavuz, 2014: 988; Tandoğan, II, 2010: 5-6; Gümüş, II, 2014: 5; Yavuz, 2014: 989.

⁸ Bu şartları geniş anlamda incelemek için bk. Tandoğan, II, 2010: 20-22; Yavuz, 2014: 989; Gümüş, II, 2014: 5; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 491.

⁹ Gümüş, II, 2014: 5.

¹⁰ Tandoğan, II, 2010: 22.

¹¹ Eren, 2017: 590; Yavuz, 2014: 989.

¹² Eren, 2017: 591.

olması ve eseri yapabilecek yetkinlikte olması yeterlidir. Sonucu elde edip etmeme riski zaten eser sözleşmesinin yapısında bulunan bir özelliktir¹³.

Eser kavramının karışık ve tartışmalı muhtevası yukarıdaki gibi iken, eser sözleşmesinin unsurlarından ilki olan eser meydana getirme unsurunun, meydana getirme kısmından da biraz bahsetmek gerekir. Meydana getirme, nitelik olarak bir yapma edimidir. Meydana getirme olgusundan; yeni bir eser meydana getirme, hali hazırda bulunan bir eseri değiştirme ve mevcut bir eseri yok etmeyi anlamak gerekir. Görüldüğü üzere, meydana getirme yalnızca yeni bir eser ortaya çıkarma değil; eseri değiştirme, onarma, eklemeler yapma, yıkma, yok etme gibi daha geniş bir kapsamı ifade etmektedir. Meydana getirmenin asıl özelliği, borcun ifasının maddenin şeklinde değişiklik biçiminde görünmesidir¹⁴. Her şeyden önce, olmayan bir şeyin ortaya çıkarılması yeni bir eser meydana getirmektir. Buna göre, yol, köprü, binanın hiç yokken yapımı yeni bir eser meydana getirmez. Mevcut eserde değişiklik yapılması durumu da eser meydana getirme olup, bozuk olan bir aletin tamir edilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Son olarak bir apartmanın yıkılması, eserin yok edilmesidir ve yine bir eser meydana getirme olarak kabul edilmektedir.

Her ne kadar, kanunda yer bulamamışsa da, eserin meydana getirilip teslim edilmesi durumunda, eseri meydana getirme borcu ifa edilmiş olur. Eser sözleşmesinde, yüklenici eserin meydana getirilmesi şeklindeki edim fiili yanında, ayrıca bu eserin teslimi olan edim sonucuyla da yükümlüdür. Edim fiilini yerine getirme, ifa için yeterli olmayıp, yalnızca edim sonucunun elde edilmesi için zorunlu bir araçtır¹⁵.

1.1.2.2. Bedel (Ücret) Ödeme

Eser sözleşmesinin ikinci unsuru, bedel unsurudur. Bedel, eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisidir. Zira bedel kanunun lafzında da açıkça ifade edilmiştir. Eser sözleşmesinde bedel unsuru mevcut değilse, vekalet veyahut da isimsiz bir sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir¹⁶. Bedel, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Bedel ödeneceği kararlaştırılmış ancak miktarı belirlenmemişse, yine eser sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir. Bu durumda TBK m. 481' de belirtilen hususlara göre bedel tespiti yapılır. Sözleşmede bedel belirli ise, bu bedel ödenir. Eser sözleşmesinde bedel, temelde ya kesin olarak belirlenir, buna götürü bedel denir, bu bedel sabittir, değişiklik yapılması kural olarak istenemez; bununla birlikte bir de yaklaşık bedel vardır, bu bedel, yapılan şeyin değeri ve

¹³ Tandoğan, II, 2010: 7; Eren, 2017: 591.

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, 2015:491.

¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 493.

¹⁶ Tandoğan, II, 2010: 24; Eren, 2017: 595; Gümüş, II, 2014: 6.

yüklenicinin masraflarına göre tespit edilir¹⁷. Bedel, kural olarak para olmakla birlikte, eser meydana getirmenin karşılığı olarak başka bir sözleşmenin asli ediminin yerine getirilmesi de kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi çifte tipli karma bir sözleşme söz konusu olur¹⁸. Bedel, eserin meydana getirilip iş sahibine tesliminden sonra ödenir. Bununla birlikte, bedelin kısım kısım ödeneceği de kararlaştırılabilir¹⁹.

1.1.2.3. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesinin bir diğer unsuru tarafların anlaşmasıdır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla eser sözleşmesi kurulmuş olur. Bir diğer anlatımla eser sözleşmesi, iş sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığı, yüklenicinin eser meydana getireceği noktada anlaşmaları halinde kurulmuş olur. Eser sözleşmesi bu haliyle rızai bir sözleşmedir. Tarafların eseri teslim etmesi veya bedeli ödemesinden önce anlaşmış olmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Anlaşma, açık veya örtülü olabilir²⁰.

1.1.3. Şekli

Eser sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir. Ancak, taşınmaz mülkiyeti devrinin söz konusu olduğu sözleşmelerin eser sözleşmesiyle birlikte karma şekilde yapıldığı hallerde, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bu sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekil, geçerlilik şartı olup, uyulmaması halinde sözleşme geçersiz olur. Türk Hukuku'nda taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeler genellikle tapu müdürlükleri veya noterler tarafından yapılmaktadır. Noter tarafından, imza onaması yeterli olmayıp, sözleşmenin düzenleme şeklinde yapılması gerekir²¹.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 53 birinci cümlesine göre “Bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır” ve aynı kanuna göre bu sözleşmelerin de noter tarafından tescil edilmesi gerekir²². Keza, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda da ihalelerin sözleşmeye bağlanmakla ve sözleşme taraflarının imzalarının noter tarafından onaylanmasıyla geçerlilik kazanacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu kanunların uygulama alanına giren sözleşmelerin, şekle

¹⁷ Tandoğan, II, 2010: 27; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 494.

¹⁸ Eren, 2017: 595; Gümüş, II, 2014: 7; Tandoğan, II, 2010: 28. Meydana getirilen eserin başka bir eser ile değiştirilmesi halinde bu sözleşmenin eser sözleşmesi, eserin bir şeyle veya eserden başka bir iş görme sözleşmesine ait edimle değiştirilmesi durumunda ise çift tipli bir karma sözleşmenin söz konusu olacağına ilişkin açıklamalar için bk. Yavuz, 2014: 992.

¹⁹ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 496.

²⁰ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 496; Yavuz, 2014: 993.

²¹ Eren, 2017: 597; Öz, 2017: 498.

²² Tandoğan, II, 2010: 33; Büyükcay, 2013: 52.

tabi olduğu görülmektedir. Tarafların şekle tabi olmayan eser sözleşmesini, kendi iradeleriyle şekle tabi kılmaları da mümkündür²³.

1.1.4.Tarafları

Eser sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir. İş sahibi, yükleniciye bir bedel ödeyerek, ondan eser meydana getirmesini isteyen kişidir. Yüklenici ise, bu bedel karşılığı kendisinden istenilen eseri meydana getiren kişidir. Kural olarak, hak ehliyetini haiz herkes eser sözleşmesinin tarafı olabilir²⁴. Hem gerçek hem de tüzel kişilerin iş sahibi veya yüklenici olması mümkündür. Tüzel kişilerde de kamu veya özel hukuk tüzel kişisi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Yüklenici veya iş sahibinin kamu tüzel kişisi olması halinde aradaki ilişki yine eser sözleşmesidir. Yüklenici tek bir kişi olabilirken, yine yüklenicinin birden fazla kişi olması da mümkündür. Birden fazla kişinin ortak ilişki halinde olması durumunda aralarında adi ortaklık hükümleri geçerlidir²⁵. Yüklenicinin eseri bütünüyle meydana getireceği hallerde genel yüklenicilik söz konusu olur. Genel yüklenici, iş sahibince hazırlanan plan ve projeye göre işlerin tamamını kendisi yapar. Genel yüklenici ile iş sahibi arasında tam manasıyla bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eserin bütünü meydana getirilmekle birlikte, her bir yüklenici tarafından bu faaliyetin belli kısımlarının yapılması halinde ise kısmi yüklenicilik söz konusu olur²⁶. Kısmi yüklenicilerin birbirleri arasında eser sözleşmesi söz konusu değil iken, her birinin iş sahibiyle yaptığı sözleşme eser sözleşmesidir. Yüklenici, eğer ki yapması gereken işlerden bir kısmını veya tamamını kendi ad ve hesabına yapması için başka bir yükleniciyle anlaşıyorsa alt yüklenicilik ortaya çıkar²⁷. Alt yüklenicinin iş sahibiyle arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte adına iş yaptığı yüklenici ile arasında ise eser sözleşmesi söz konusudur. İnşaat sözleşmelerinde yer alan müşavir mühendisler de eser sözleşmesinin tarafı değillerdir²⁸. Müşavir mühendisler, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Serbest Müşavir Mühendislik Hizmetleri Yönetmeliği'nde şu şekilde tanımlanmıştır: "17/6/1938 tarihli ve 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun'un verdiği yetkiyle bu yönetmeliğin 7' nci maddesinde belirtilen elektrik, elektronik, elektrik elektronik, bilgisayar, biyomedikal mühendisliği hizmetlerinden birini ya da birkaçını Elektrik Mühendisleri Odası'na kayıt ve tescilini yaptırarak, ücreti karşılığında, kendi hesabına ya da kamu kurum ve kuruluşları dışında bir gerçek-tüzel kişi

²³ Eren, 2017: 598; Büyükay, 2013: 52.

²⁴ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 499.

²⁵ Eren, 2017: 605.

²⁶ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 500; Eren, 2017: 606.

²⁷ Eren, 2017: 607.

²⁸ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 501.

hesabına ücretli, sözleşmeli, ortak ve benzeri bir bağlantı içinde yapan elektrik, elektronik, elektrik elektronik, bilgisayar, biyomedikal mühendisleri ile yüksek mühendislerini” ifade eder. Aynı yönetmeliğin yedinci maddesine göre ise müşavir mühendisler, ait oldukları meslek dallarının gerektirdiği mühendislik meslek alanlarında oda mevzuatı çerçevesinde “etüd ve yapılabirlik hizmetleri, proje hizmetleri” gibi bu maddede sayılan hizmetleri üretebilir.

1.1.5.Tarafların Borçları

Eser sözleşmesinin taraflarının yüklenici ve iş sahibi olduğu yukarıda açıklanmıştı. Sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin birtakım borçları bulunmaktadır. Eser sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olduğundan her iki tarafın da birbirlerinin edimlerini karşılayan yükümlülükleri bulunmaktadır. Yüklenicinin borçlarını öğretilerdeki yazarların farklı başlıklar altında inceledikleri görülmektedir. Bununla birlikte, yüklenicinin borçları, temel olarak bir eserin meydana getirilmesi ve aynı zamanda bunun teslim edilmesidir. Bu durum TBK m. 470’de de açıkça düzenlenmiştir. Eser meydana getirme borcu, geniş bir borçtur. Kapsamında birden çok borç bulunur. Bunlar; sadakat ve özen borcu (TBK m. 471 f. 1), işi bizzat veya yönetimi altındakilere yaptırma borcu (TBK m. 471 f. 3), araç, gereç (TBK m.471 f. 4) ve malzeme sağlama borcu (TBK m. 472), işe zamanında başlama ve devam etme borcu (TBK m. 473 f. 1), aydınlatma ve bilgi verme borcu olarak sayılabilir. Yüklenicinin sayılan bu borçları yanında, bu borçların hepsi bakımından önemli olan özen borcudur. Yüklenicinin özen borcu, TBK m. 471 f. 1’de açıkça düzenlenerek önemi Kanun koyucu tarafından özellikle vurgulanmıştır.

Özen borcu, eser sözleşmesinin mahiyeti gereği, ayrı bir önem arz eder. Çünkü yüklenicinin diğer borçlarını gereği gibi ifa etmesi, özen borcunun ifasından geçer.

Eser sözleşmesinin diğer tarafı olan iş sahibinin borcu ise, her şeyden önce bedel ödemektir. Bazı hallerde iş sahibi, malzeme sağlamayı üstlenmiş olabilir.

1.1.6.Hukuki Niteliği

Her şeyden önce eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İş sahibinin borcu olan bedel ile, yüklenicinin meydana getireceği eser birbirlerinin karşılıklarını oluşturduğundan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. İkinci olarak, eser sözleşmesi, baskın görüşe göre ani edimli bir sözleşmedir²⁹. Her ne kadar sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasında kimi zaman uzun bir süreç bulunmakta ise de sözleşmenin niteliği

²⁹ Gümüş, II, 2014: 2; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 502; Eren, 2017: 587; Yavuz, 2014: 994; Eren, 1996: 52.

değişmemektedir. Zira kanunda zamanın uzunluğunun bir önemi bulunmamakta ve sözleşme feshi ihbar yoluyla olağan olarak sona erdirilememektedir³⁰. Ayrıca, alacaklının menfaati zaman içerisinde değil de sözleşme sonunda bir defada tatmin edilmektedir³¹. Üçüncü olarak, eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin kurulmasının ne bedelin ödenmesi ne de eserin meydana getirilip teslim edilmesiyle bir ilgisi bulunur. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması halinde sözleşme kurulur.

1.1.7. Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

Eser sözleşmesinin benzerlik gösterdiği birtakım sözleşmelerden de ayırt edilmesi gerekir. Her sözleşmenin kendine ait özellikleri bulunmaktadır. Ancak bu özelliklerin kimi zaman iç içe girmesi bir sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini zorlaştırmaktadır. Eser sözleşmesi öncelikle, satış sözleşmesiyle karıştırılabilmektedir. Hem satış hem de eser sözleşmesinde sözleşme konusu şeyin mülkiyetinin devir ve teslimi üstlenilmektedir. Bununla birlikte, satış sözleşmesinde hazır olan mevcut bir şey teslim ve devredilirken; eser sözleşmesinde bunun yanında bir de meydana getirme aşaması bulunmaktadır. Bu durumda mevcut bir malın bedel karşılığı devri satış sözleşmesidir; ancak henüz ortada devredilecek bir şey yok ve sözleşmenin kurulduğundan sonra meydana getirilecekse eser sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir³². Bunun yanında yüklenicinin malzemesiyle eseri bir kerede meydana getirmesi halinde kural olarak eser sözleşmesi söz konusuysen, yüklenicinin malzemesi olmakla birlikte seri üretim şeklinde imal söz konusu ise satış sözleşmesinden bahsedilir³³. Burada iş sahibinin talimat verebilme imkanı varsa satış değil, eser sözleşmesi söz konusudur³⁴. Sözleşme konusu şeyin, iş sahibinin kişisel ihtiyaçlarına hizmet etmediği durumlarda ise satış sözleşmesi söz konusu olacaktır³⁵. Son olarak, eser sözleşmesinde emek unsuru yoğunken, satış sözleşmesinde daha çok malzeme unsuru önemlidir³⁶.

Eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesiyle de benzerlik göstermektedir. Hizmet sözleşmesiyle eser sözleşmesi, öncelikle bağımlılık ilişkisi açısından farklıdır. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinden bağımsız şekilde ve kendi başına eseri meydana getirirken, işçi işverenin gözetiminde ve ona bağlı olarak iş görür. Bunun dışında hizmet

³⁰ Gümüş, II, 2014: 2.

³¹ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 503.

³² Tandoğan, II, 2010: 42; Eren, 2017: 602; Gümüş, II, 2014: 8.

³³ Gümüş, II, 2014: 9.

³⁴ Tandoğan, II, 2010: 43; Gümüş, II, 2014: 9.

³⁵ Eren, 2017: 603.

³⁶ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 507.

sözleşmesinde herhangi bir sonuç taahhüt edilmemektedir. Oysaki eser sözleşmesinde edim fiilinden çok edim sonucu önemlidir³⁷.

Eser sözleşmesiyle vekalet sözleşmesinin benzerliklerini de irdelemek gerekir. Vekalet sözleşmesinde vekilin işi özenle yürütmeyi üstlendiği görülmektedir. Bunun dışında eser sözleşmesindeki gibi herhangi bir sonucu üstlenmesi gerekmez³⁸. Vekil de aynı hizmet sözleşmesindeki gibi edim filini borçlanır, edim sonucu burada önemli değildir. Eser sözleşmesinde bedel unsuru sine qua non bir nokta iken, vekalet sözleşmesinin bedel karşılığı olmadan da yapıldığı görülmektedir³⁹. Vekalet sözleşmesinde güvene dayalı ilişkinin eser sözleşmesine oranla çok daha yoğun olduğu görülür. Bu sebeple, vekalet sözleşmesinde işin şahsen yapılması önemli iken, eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça şahsen ifa zorunlu değildir. Bu güven ilişkisinin yoğunluğu gereği, vekalet sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sebep dahi göstermeden sona erdirmeleri (TBK m. 512) mümkünken, eser sözleşmesinde sona ermenin daha sıkı şartlara tabi olduğu görülmektedir. İşin görülmesinden kaynaklı masraf ve giderler vekalet sözleşmesinde vekalet verene, eser sözleşmesinde ise yükleniciye aittir⁴⁰.

1.2.Özen Kavramı

1.2.1.Günlük Dilde

Yüklenicinin özen borcunu irdeleyebilmek için, öncelikle özen kavramını açıklamak gerekir. Hem eski hem de yeni Borçlar Kanunu’muzda, özen kavramına birçok hükümde rastlanmaktadır. Özen kavramı, esasen yeni Borçlar Kanunu’muzda kullanılmıştır. Eski Borçlar Kanunu’nda ise ihtimam, kısmen de olsa bazı hükümlerde itina, dikkat, iyi suretle ifa ve bu yönde bazı hükümlerde de tekayyüd kelimesi kullanılmıştır. Bir diğer anlatımla, özen sözcüğünün tarihi çok eski olmayıp, yeni kanunla birlikte kullanılmaya başlanmıştır; bununla birlikte terimsel olarak ve hukuki açıdan ifade ettiği anlam baki olup, eski kanunda farklı kelimelerle anlatılmıştır.

³⁷ Tandoğan, II, 2010: 36; Eren, 2017: 598; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 505.

³⁸ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 506; Gümüş, II, 2014: 9. Yarg. 15 HD, T. 23.11.2010, E. 2010/ 5327 K. 2010/6334: “Tarafların açıklamaları, dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; yanlar arasında yapılan sözlü sözleşme gereğince, davacı diş hekiminin, davalıya 3 adet implant protez ve 18 üye Veneer Kron (seramik) protez yapımını yüklediği sonucuna varılmaktadır. Yanlar arasındaki bu akdî ilişki, hukuksal niteliğince Borçlar Kanununun 355. maddesinde tanımlandığı üzere bir eser sözleşmesidir. Davacı yüklenici; davalı ise iş-eser sahibidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş-eser sahibi ile akdî ilişkiye girerken bir sonuç yani eser meydana getirmeyi yüklenmektedir. Bu anlamda eser bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Bu niteliği itibarıyla eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklıdır. Diğer yandan eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdüldüğünden ve yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlü olduğundan, protez yapımı sözleşmesi de vekâlet akdi değil, bir eser sözleşmesidir”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³⁹ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 506; Eren, 2017: 601.

⁴⁰ Tandoğan, II, 2010: 40; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 507; Eren, 2017: 601.

Her ne kadar özen kavramı, Borçlar Kanunu'nda yer alsada da, genel olarak tanımına hiçbir maddede rastlanılmamaktadır. Aynı zamanda kanun, tanım yapmamakla beraber, dil bilgisi olarak da yeterli değerlendirmeyi yapabilecek ölçüde şeffaflık sağlayamamaktadır⁴¹. Bununla birlikte, kanunda tanımın olmaması, genel nitelikte kanun yapma tekniği açısından yerindedir. Zira belirli bir tanıma yer vermek, o kavramın zamanla meydana gelen gelişmelere karşı sürekli değiştirilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu mantıkla genel bir tanımın yapılmaması oldukça isabetli olmuştur⁴².

Özen, birden fazla anlamı içinde barındıran bir kavramdır. Günlük kullanımda çeşitli anlamları ifade eden bir kelimedir. Özen, her şeyden önce insan davranışını niteler. Bu nedenle, özen kavramından bahsedebilmek için, ortada bir insan davranışı bulunmalıdır. Zira özen olumlu davranışları bünyesinde barındırır⁴³.

Genel olarak, hem Türkçe hem de Hukuk Terimleri sözlüklerine baktığımızda, özenin, “bir işin iyi olmasına gayret etme, üzerinde dikkatle çalışma”, “itina”, “ihtimam”, “bir işin iyi olması için titizlik gösterme”; “dikkatli davranma”, “bir şey yaparken o işin iyi olması için elden geldiğince çabalama”; “bir işte gösterilmesi gerekli dikkat” gibi ibarelerle açıklanmaya çalışıldığı görülür⁴⁴.

Özen kavramı ile birlikte, özen kelimesinden türeyen kelimelere de değinmek gerekir. Bu noktada, öncelikle özenli kelimesi karşımıza çıkar. Özenli, özenden türemiş olup, sıfat görevini üstlenmektedir. Kelime anlamına bakıldığında, “özen sarf ederek yapılan”, “itina gösterilen”, “özen gösteren kimse” anlamlarına geldiği görülür⁴⁵. Sıfat niteliği üstlenmesi sebebiyle, özenli kelimesi cümlelerde tek başına kullanılmayıp, kendinden sonra mutlaka bir ismi nitelemektedir⁴⁶. İkinci olarak, özenin karşıtı özensizliktir. Özensiz, “özen gösterilmeden, baştan savılarak, gelişigüzel yapılan” anlamına gelmektedir⁴⁷.

Özen, yabancı dillerde de Türkçe'de olduğu gibi birden fazla anlamı barındırmaktadır. Almanca sözlüklerde özenin karşılığını oluşturan “Sorgfalt” kavramının “basiret”, “ihtimam ve takayyüt”, “özen”, “itina” anlamlarında kullanıldığı görülmektedir⁴⁸. İngilizce sözlüklerde kullanılan “Diligence” kelimesi de “ihtimam”, “dikkat”, “tedbir” anlamlarını karşılamaktadır⁴⁹.

⁴¹ Gümüş, 2001: 46.

⁴² Başpınar, 2004: 123.

⁴³ Gümüş, 2001: 47; Başpınar, 2004: 122-124.

⁴⁴ Ayverdi, 2006: 2439; Şener, 2001: 388; Püsküllüoğlu, 2004: 1368.

⁴⁵ Ayverdi, 2006: 2439; Püsküllüoğlu, 2004: 1368.

⁴⁶ Başpınar, 2004: 123.

⁴⁷ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 05.04.2019).

⁴⁸ Ulusoy, 1999: 565; Çakar, 1999: 471.

⁴⁹ Ovacık, 2000: 113.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, özenin özellikle bir insan davranışıyla ilgili olması gerekir. Zira özenin temelinde insanın akıl, irade ve azmiyle belli bir işi dikkatle yapması esas alınmaktadır. Bu sebeple özenin öncelikle insanın içsel muhasebesi ile ilgili olduğu söylenebilir⁵⁰. Kişinin azim, irade ve dikkati yanında sahip olduğu veya olması gerektiği bedeni ve fikri özellikleri de özen kavramı içerisindedir. Özen kullanıldığı anlama bakılmaksızın, bir iş yapılırken kişinin normalin üstünde dikkat ve çaba göstermesi anlamına gelmektedir⁵¹.

Tüm bu açıklamalar üzerine özen, her şeyden önce bir insan davranışı ile alakalı ve bir şeyin iyi olması için gösterilen çabanın yanında kişilerin sahip olduğu veya olması gereken fikri ve bedeni özelliklerin tümü olarak tanımlanabilir⁵².

1.2.2.Teknik Anlamda

Teknik anlamda özen, özenin hukuk dünyasında ne ifade ettiğidir. Bir diğer anlatımla, özen günlük dildeki yanı sıra, hukuk dünyasında da bazı anlamlar taşımaktadır. Yüklenicinin özen borcu, TBK m. 471 f. 1 ve 2’de düzenlenmiştir. Buna göre, yüklenici, iş sahibinin haklı menfaatini gözeterek *özenle ifa* ile yükümlüdür. Kanun metninden çıkan anlam, özen kavramının teknik anlamıdır.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nun 356. maddesinin ilk fıkrası, yüklenicinin sorumluluğunu, işçinin sorumluluğuyla bir tutmaktaydı. Dolayısıyla, yüklenicinin sorumluluğu, hizmet sözleşmesi bünyesindeki şartlarla bir tutulurdu. eBK m. 356 f. 1’in atfı yaptığı eBK m. 321 f. 1’e göre ise, işçi borcunu özenle ifaya mecburdu. Özen kelimesi, bahsi geçen maddede “ihtimam” olarak geçmekteydi. Açık olan bu düzenleme uyarınca, özenin kastettiği manada herhangi bir duraksama bulunmamaktaydı. Örneğin eBK m. 390 f. 2’de geçen iyi bir suretle ifa gibi muğlak bir anlam taşımamaktaydı. Öğretide, “iyi bir suretle ifa”nın, mehaz kanunda (OR. Art. 398/2) yer alan “sadakât ve özenle ifa” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmekteydi⁵³. Oysa ki hem eser sözleşmesini düzenleyen hükmün hizmet sözleşmesine yaptığı atfı, hem de atfı yapılan hükümdeki “ihtimam” kelimesi, zaten oldukça açıktı. Yeni kanunla birlikte, eser sözleşmesi hükümlerinde hizmet sözleşmesine yapılan atfı kaldırılmış ve ayrıca düzenlenmiştir. Bununla birlikte sadece özenle ifa değil “sadakât ve özenle ifa” yükümlülüğü getirilmiştir. TBK m. 471 f. 1’e göre, yüklenici iş sahibinin menfaatlerini düşünerek sadakât ve özenle ifayla yükümlüdür.

⁵⁰ Gümüş, 2001: 47.

⁵¹ Başpınar, 2004: 124.

⁵² Bk. İzveren’den akt. dn. 31, Başpınar, 2004: 128.

⁵³ Başpınar, 2004: 128.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayrı ve özel olarak düzenlenmiş olduğu özen borcu, gerçek ve teknik anlamı oluşturur⁵⁴. Buna göre teknik anlamda özen ve özen borcu “yüklenicinin üstlendiği borcun ifası için zorunlu ve kendisinden beklenen dikkat, basiret, itina, fikri ve bedeni beceriler toplamıdır⁵⁵”. Görüldüğü üzere, yüklenicinin kendisinden beklenen basiret, dikkat ve her türlü becerilerinin bütünü özenin kapsamında yer alır. Bu becerilere ve yeteneklere sahip yüklenici, özen borcunu yerine getirmiş ve özenli davranmış olur.

1.2.3. Türk Borçlar Kanunu’nda

Çalışmamızın konusunu oluşturan yüklenicinin özen borcu, TBK m. 471 ile düzenlenmekle beraber, özen kavramı başka hükümlerde de yer alır⁵⁶. Bu anlamda, TBK’nın diğer hükümlerinde geçen özen kavramını kısa kısa incelememiz, özeni anlamamız açısından yol gösterici olur.

Özen kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde yer alır. TBK’da özen kavramının geçtiği hükümler şunlardır: m. 66, m. 67, m. 71, m. 192, m. 316, m. 372, m. 377, m. 396, m. 464, m. 471, m. 472, m. 506, m. 507, m. 529, m. 534, m. 572, m. 592. TBK’da özen kavramının geçtiği tüm maddeler sayılanlar olmakla beraber, aşağıda sırasıyla bu hükümlere değinilmiştir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66’da, adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu ve yine adam çalıştırmanın, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde, sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Hayvan bulduranın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 67’de de bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstelenen kişinin, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu; hayvan bulduranın, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli *özeni* gösterdiğini ispat etmesi halinde ise bu zarardan sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Her iki düzenlemede de gerekli özenin gösterilmesi, bir kurtuluş kanıtı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bazen gerekli özenin gösterilmesi, sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir. Örneğin TBK m. 71’e göre, bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm *özenin* gösterilmesi durumunda bile

⁵⁴ Başpınar, 2004: 127.

⁵⁵ Bk. İzveren’den akt. dn: 31, Başpınar, 2004: 128.

⁵⁶ Özen kavramı Türk Medeni Kanunu’nda da geçmektedir. TMK m. 3, m. 185, m. 311, m. 312, m. 338, m. 360, m. 368, m. 369, m. 445, m. 454 hükümleri buna örnek olarak gösterilebilir.

sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir ve önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumlu olur.

Özen kavramının yer aldığı başka bir düzenleme, TBK m. 192 hükmüdür. Buna göre, alacaklı, alacağını borcu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte borca mahsup edilecek miktarı belirlememişse devralan, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabileceği olduğu miktarı, kendi alacağına mahsup etmek zorunluluğu altındadır.

TBK m. 316 f. 1'e göre, kiracı, kiralanan şeyi sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlüdür ve yine kiralanan taşınmazdaki diğer kişi ve komşulara karşı da gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. Bu fıkradan anlaşıldığına göre, kiracı, kiraladığı şeyi kullanırken azami ölçüde özenli davranmalıdır. Aksi durum, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, kiralayana sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. Görülmektedir ki buradaki özen borcunun ihlali, sözleşmenin sona ermesine sebebiyet vermektedir. Bir diğer düzenleme olarak TBK m. 372 hükmünü incelemek gerekir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, kiracı kiralananı özenle kullanmak zorundadır. TBK m. 372 hükmüne göre, kiracı kiralananı en başta kiraladığı şekilde ve tüm eşyalarla birlikte olduğu halde geri vermelidir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de, mutad özeni göstermesi sonucu meydana gelen artışlara yönelik tazminatı kiralayandan isteyemez. Buradaki özen ise, kiracının zaten göstermekle yükümlü olması sebebiyle doğan artışları doğal olarak istemeyeceği ile ilgilidir. TBK m. 377 hükmünde geçen özen kavramının ifade ettiği anlam ise, kiracıya kurtuluş kanıtı sağlaması halidir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre, aksine adet veya anlaşma olmadıkça kiracı hayvanları korumasına rağmen zararın meydana geldiğini ispat edememişse zarardan sorumludur.

Özen kavramı, hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 396 f. 1 ve f. 2. de geçmektedir. TBK m. 396 f.1'de yüklendiği işi, işçinin özenle yapmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yüklenicinin özen borcunun düzenlendiği TBK m. 471 f. 1'de "sadakat ve özenle ifa" kavramı sıralı şekilde kullanılmışken, işçinin özen ve sadakat borcu, "yüklendiği işi özenle yapmak" ve "işverenin menfaatlerinin korunmasında sadakatile davranmak" şeklinde aynı fıkra içinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. TBK m. 396 f. 2'de ise, işçinin kendisine teslim edilen malzemeleri özenle kullanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Burada kullanılan özen kavramının da işçide bulunması zorunlu dikkat, itina ve becerilerin toplamı olduğu söylenebilir. İşçi, yüklendiği işi görürken, kendisinden beklenen dikkati işine yansıtmalıdır. İşverenin sağladığı malzemeleri de gerek israf etmeden, gerekse onu koruyarak

kullanmalıdır⁵⁷.

Özen kavramı TBK m. 464 f. 1’de de geçmektedir. Anılan madde evde hizmet sözleşmesi hükümlerindedir. Buna göre, malzeme ve iş araçlarını işveren sağlamışsa, bu durumda işçi malzemeleri ve araçları özenle kullanmakla yükümlü olup, aynı şekilde hesap vermekle ve artanı işverene iade etmekle de yükümlüdür.

Bir diğer hüküm olarak, TBK m. 506 f. 2’ye göre, vekil de vekil edenin haklı menfaatlerini gözeterek yüklendiği işi sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür.

Özen kavramının geçtiği bir diğer hüküm TBK m. 507 f. 2 hükmüdür. Buna göre vekil, başkasına vekalet vermeye yetkili ise, bu durumda yalnızca seçme ve talimat vermede özenli davranmakla yükümlüdür.

TBK m. 529 f. 1 hükmünde de özen kavramı geçmektedir. Bu hükümde ise, iş sahibinin menfaatine yapılan iş dolayısıyla, vekaletsiz iş görenin durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hakimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlü olduğu, sonuç gerçekleşmese de gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da bu hükmün uygulanacağı düzenlenmiştir.

TBK m. 534 hükmü, özen kavramının geçtiği başka bir düzenlemedir. Özen kavramı bu maddenin kenar başlığında yer almaktadır. Buna göre, “Satılmak üzere kendisine gönderilen eşya açıkça ayıplı ise komisyoncu, vekâlet verenin taşıyıcıya karşı haklarının korunması için gerekeni yapmak, zararı tespit ettirmek, olabildiğince eşyayı koruma altına almak ve durumdan vekâlet vereni hemen bilgilendirmekle yükümlüdür; aksi takdirde, her türlü ihmalden doğan zarardan sorumlu olur (TBK m. 534 f. 1). Satılmak üzere gönderilen eşya kısa sürede bozulabilecek nitelikte ise komisyoncu, vekâlet vereni hemen bilgilendirmek koşuluyla eşyayı satmakla yükümlüdür (TBK m. 534 f. 2)”.

TBK m. 572 f. 1 hükmünde de özen kavramından bahsedilmektedir. Buna göre, ardiyeci kendisine bırakılan malları komisyoncu gibi özenle saklamak ve bu mallardaki önlem alınmasını gerektiren olası değişikliklerle ilgili imkan dahilinde saklatana bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

Son olarak özen kavramı TBK m. 592 f. 2 hükmünde geçmektedir. Bu hükümle, çalışanlara kefalet halinde alacaklının, çalışanlar üzerindeki gözetimi ihmal etmesi veya kendisinden beklenebilen özeni göstermemesi ve bu sebeple borcun doğması veya özeni göstermesi halinde ulaşamayacağı ölçüde artması halinde borcu veya artan kısmını kefinden isteyemeyeceği düzenlenmiştir.

⁵⁷ Örneğin, işçi, yağmur yağarken, çimento torbalarının ıslanmasını önlemek amacıyla üstünü örterse, özen borcunun kapsamında bulunan koruma yükümlülüğünü yerine getirmiş ve özenli davranmış olur.

1.3.Eser Sözleşmesinde Yükleniciden Beklenen Özen

1.3.1.Genel Olarak

Özen borcu, sadakat borcu ile pek de ayırt edilemeyen bir borçtur. Sadakat borcu ile özen borcunun özellikle borcun ifası sırasında birbirinden ayırt edilemeyecek şekilde iç içe girdiği görülmektedir⁵⁸. Özen borcunun özellikle de eserin, ayıp derecesine varmadığı; ancak yine de tam manasıyla sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmediği durumlarda ortaya çıktığı su götürmez bir gerçektir. Bir diğer anlatımla, özen borcu, ayıp hükümlerine başvurmayı gerektirmeyen; bununla birlikte işin mahiyeti gereği yerine getirilmesi gereken bir borçtur⁵⁹.

Eser sözleşmesinde özen borcu, yüklenicinin diğer borçlarının gereği gibi ifası bakımından önemli olan genel nitelikli bir borçtur. Özenle yapım, yüklenicinin ifa etmesi gereken borçların tamamında ve sözleşmenin her safhasında söz konusu olmaktadır⁶⁰.

1.3.2.Özenin Ölçüsü

Yüklenicinin özen borcu, eski Borçlar Kanunu döneminde hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna yollama yapılarak düzenlenmişti. Bugün için ise özen borcu TBK m. 471 hükmünde ayrı şekilde hükme bağlanmıştır.

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin özen borcu şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Müteahhidin mes’uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes’uliyetine dair olan hükümlere tabidir*”(818 sayılı mülga BK m. 356 f. 1). Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR Art. 364/I) göz önüne alınarak, bu hükmün yüklenicinin işi yaparken genel olarak hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği benimsenmekteydi⁶¹.

⁵⁸ Gökyayla, 2002: 787.

⁵⁹ Tandoğan, II, 2010: 53; Gökyayla, 2002: 788; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 522.

⁶⁰ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 522. Yarg. 15. HD, T. 08.05.2018, E. 2017/353 K. 2018/1820: “*Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Emsal Yargıtay HGK 1991/15-340 Esas 1991/467 Karar 09.10.1991 tarih)*”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019). Yarg. 15.HD, T. 18.06.2015, E. 2014/4603 K. 2015/3495: “*Taraflar arasındaki akdî ilişki sözleşme tarihi itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Yasa’sının 355. ve devam eden maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı Yasa’nın 357. maddesi hükmüne göre yüklenici eseri iş sahibinin yararına ve ona hiçbir zarar vermeden yapmak zorundadır. Eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibini uyarmak yüklenicinin özen borcunun sonucudur. Özen borcunun yerine getirilmemesi halinde yüklenici eserde oluşacak gizli ve açık kusurlardan sorumlu olur. Yüklenici eseri meydana getirirken özen borcu gereği iş sahibini bilgilendirmekle yükümlü olduğu gibi iş sahibinin verdiği malzemenin, projenin veya gösterdiği iş yerinin kusurlu olduğunu görünce, ya da işin devamına engel bir durum ile karşılaşırsa derhal iş sahibini uyarmak ve bilgilendirmek ile yükümlüdür. Özen borcunun içerisinde eseri koruma yükümlülüğü de vardır. Bu yükümlülük ise eserin iş sahibine teslim edilmesine kadar devam eder*”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁶¹ Kocaağa, 2014: 95. Yarg. 15. HD, T. 10.01.2017, E. 2015/6030 K. 2017/92: “*Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu’nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun’un 356. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur. Borçlar Kanunu’nun 356. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanun’un 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir*”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

Her ne kadar 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu, yüklenicinin özen borcu bakımından hizmet sözleşmesine yollama yapmışsa da yüklenici ile işçinin göstermek zorunda olduğu özenin ölçüsünün aynı düzeyde olmadığı kabul edilmekteydi⁶². Zira gerek iş sahibiyle ilişki gerekse taahhüt edilen edimler bakımından bu iki sözleşme arasında önemli farklar söz konusudur⁶³. Öncelikle yüklenicinin, işçiye nazaran işten daha iyi anlaması yani alanında uzman olması gerekir. Bunun yanında, işçinin işverene bağlı olduğu gibi, yüklenicinin iş sahibine karşı bir bağlılığı bulunmamaktadır⁶⁴. İşçi işverenle aralarındaki hizmet sözleşmesinin niteliği gereği, işverenden talimat almak zorundadır. Ayrıca yüklenici işçinin tersine belirli bir sonucu, eser meydana getirmeyi borçlanmaktadır, borçlandığı eseri sözleşmede kararlaştırıldığı gibi tam ve gereği gibi yapmalıdır. Bu sebeple yüklenicinin özen borcu işçinin özen borcuna kıyasla daha katı değerlendirilmeli ve yükleniciden daha fazla özen beklenmelidir⁶⁵. Yüklenici, benzer bir eserin meydana getirilmesinde makul ve dürüst

⁶² Kocaağa, 2014:95.

⁶³ Aral/Ayrancı, 2014: 354; Kocaağa, 2014: 95.

⁶⁴ Gökyayla, 2002: 790; Yavuz, 2014: 1003. Yarg. 15. HD, T. 14.03.2018, E. 2017/2308 K. 2018/939: “Mahkemeye iş mahkemesinin kesinleşen kararında belirlenen kusur oranlarının bağlayıcı olduğu gerekçesiyle, bu oranlara göre; 404.314,48 TL'nin davalı şirketten, 50.539,31 TL'nin de davalı Yakup A. 'dan rücuhan tahsiline, fazla isteğin reddine karar verilmiştir. Taraflar arasındaki hukuksal ilişki, niteliğine göre bir hizmet ilişkisi olmayıp, eser sözleşmesi ilişkisidir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ilâ 371 arası maddelerinde (TBK 470-486) düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre, zararlandırıcı olayın gerçekleşmesine etkili olan yüklenici kusurunun tespitinde, iş güvenliği mevzuatından da yararlanılması olanaklı ise de, sadece bu mevzuata göre yüklenicinin kusuru belirlenemez. Çünkü, yüklenici işinin uzmanı sayılan, sorumlu meslek adamıdır. Eser sözleşmesi ile yüklediği edimini yerine getirirken veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerekli tüm tedbirleri, yüklenici almakla ödevlidir. Yüklenici, işçi sayılmayacağından iş sahibinin denetimine tâbi değildir. Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun'un 356. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 356. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanun'un 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin “özen borcu” kapsamındadır. Açıklanan bu hukuksal sebeplerle; kural olarak eser sözleşmesi ile yüklenilen edimlerin ifası sırasında veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerçekleşen zararlı olayların oluşumunda etkili olan yüklenicinin kusurunun, daima iş sahibinin kusurundan daha ağır derecede olması gerekir”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁶⁵ Kocaağa, 2014: 96; Aral/Ayrancı, 2014: 355; Tandoğan, II, 2010: 54. Yarg. 15. HD, T. 10.01.2017, E. 2015/6030 K. 2017/92: “Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre eser sözleşmesi ilişkisinde konunun uzmanı yükleniciler olduğundan gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklenicilere aittir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ilâ 371 arası maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre, zararlandırıcı olayın gerçekleşmesine etkili olan yüklenici kusurunun tespitinde, iş güvenliği mevzuatından da yararlanılması mümkündür. Çünkü, yüklenici işinin uzmanı sayılan, sorumlu meslek adamıdır. Yüklenici, eser sözleşmesi ile yüklediği edimini yerine getirirken veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerekli tüm tedbirleri almakla ödevlidir. Yüklenici, işçi sayılmayacağından iş sahibinin denetimine de tâbi değildir. Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun'un 356. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 356. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanun'un 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin “özen borcu” kapsamındadır. Açıklanan bu hukukî sebeplerle; kural olarak eser sözleşmesi ile yüklenilen edimlerin ifası sırasında veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerçekleşen

bir yükleniciden beklenen her türlü özeni göstermekle yükümlüdür⁶⁶. Yükümlü olunan bu çaba ve dikkat, yüklenicinin özen borcunu oluşturur. Günümüz teknolojik gelişmeleri ve eser sözleşmesinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, hükme bu denli ağır kıstaslar konulmasının ne kadar gerekli ve ne kadar isabetli olduğu da görülmektedir⁶⁷.

Hizmet sözleşmesinde iş sahibi işçinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde onu çalıştırıyorsa, bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Buna karşılık eser sözleşmesinde iş sahibi yüklenicinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse dahi yüklenici yine de sorumludur⁶⁸.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, TBK eski düzenlemenin aksine özen borcunu işçinin sorumluluğuna yollama yapma yerine açık şekilde düzenlemiştir. TBK m. 471 f. 1'e göre, "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır". Özen borcu ilk fıkrada bu şekilde açıkça düzenlendikten sonra yükleniciden beklenen özenin ölçüsü, ikinci fıkrada ele alınmıştır. TBK m. 471 f. 2'ye göre: "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır". Görüldüğü üzere, yüklenicinin özen borcu düzenlenirken, "benzer alan", "benzer alandaki işleri üstlenen basiretli yüklenici", "mesleki ve teknik kurallara uygun davranış" gibi birtakım ölçü ve kıstaslara yer verilmiştir. Bu hüküm ve hükümde kullanılan kelimelerden anlaşıldığına göre, özen borcu bu manada objektif bir nitelik taşımaktadır⁶⁹. Bir diğer anlatımla, eski kanundaki düzenlemeden farklı olarak, yüklenicinin özen derecesi, işçinin özen borcuna kıyasla daha ağır kıstaslara tabi tutulmuştur. Buna göre, artık yüklenici özenli davranırken, *benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı* esas alacaktır. Bu anlamda kanunun getirdiği düzenleme, eski kanun döneminde yazarlarca kabul edildiği gibi objektif bir ölçüttür⁷⁰. Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu özene *objektif özen* denir⁷¹. Böylelikle yükleniciden benzer işlerde çalışan uzman bir yüklenicinin gösterdiği özen beklenmelidir.

zararlı olayların oluşumunda etkili olan yüklenicinin kusurunun, daima iş sahibinin kusurundan daha ağır derecede olması gerekir", (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁶⁶ Gökyayla, 2002: 790; Tandoğan, II, 2010: 55; Kocaağa, 2014: 96; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 523.

⁶⁷ Eren, 2017: 624; Kocaağa, 2014: 96.

⁶⁸ Tandoğan, II, 2010: 55; Kocaağa, 2014: 96.

⁶⁹ Eren, 2017: 624; Yavuz, 2014: 1003.

⁷⁰ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 523; Gümüş, II, 2014: 47; Yavuz, 2014: 1003; Eren, 2017: 624. Yarg. 15. HD, T. 11.02.2019, E. 2018/3703 K. 2019/508: "Davalı vekilinin birleşen davaya yönelik temyiz itirazlarının değerlendirilmesinde: yüklenici tacir olup, eser sözleşmesinde işin fen ve sanat kurallarına uygun yapıp teslim edilmesinden sorumlu olduğu gibi, TBK'nın 471. maddesi uyarınca benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranması gerekir. Öte yandan aynı Yasa'nın 472 f. 3. maddesinde belirtildiği gibi; eseri meydana getirirken iş sahibinin gösterdiği yerin ayıplı

Objektif ölçütün esas alındığı bu düzenlemede özen borcunun derecesi belirlenirken önce sözleşme hükümleri, daha sonra ise kanuni düzenlemeler dikkate alınmalıdır⁷². Örneğin, yüklenici tacir ise TTK m. 18 f. 2 gereği basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır⁷³. Basiret, sağduyu, ilim tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye ve bilip değerlendirmeye esas teşkil eden konuları etraflıca ve tam olarak kavrayabilme anlamındadır⁷⁴. TBK m. 471 f. 2'ye göre yüklenicinin özen ölçüsü belirlenirken basiretli bir yüklenicinin davranışı esas alınır. Basiretli davranmanın gerektirdiği özen ölçüsü objektif esaslara göre belirlenir⁷⁵. TTK m. 18 f. 2 anlamında basiretli iş adamı kavramı da objektif bir özen ölçüsü getirmekte olup, *tacirin işletmesiyle ilgili konularda aynı ticaret dalında faaliyet gösteren öngörülü ve dikkatli bir tacirden beklenen özenin gösterilmesi* durumu için kullanılan bir kavramdır⁷⁶. Tacir işletmesiyle ilgili durumlarda kendine has yeteneklerine göre değil de o sahada faaliyet gören diğer bir özenli ve dikkatli tacirin gösterdiği özen derecesinde, içinde bulunduğu hukuki durum ve fiili anlamış şekilde davranıyorsa, basiretli bir iş adamı gibi davranmış olur. Her tacirin kendi faaliyet gösterdiği alan göz önüne alınarak ihtiyatlı ve ileri görüşlü bir tacirin davranışları söz konusu ise, objektif olarak basiretli bir iş adamı gibi davranıldığından bahsedilir. Tacir, işletmesiyle ilgili tüm konularda basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır; ancak bu yalnızca faaliyet gösterdiği alan ile sınırlıdır, kendisinin meşgul olmadığı bir faaliyet alanında basiretli iş adamı gibi davranmak zorunda değildir⁷⁷. Keza, tacir, sözleşme yaparken ve özellikle de işletmesiyle ilgili yaptığı bu sözleşmeden kaynaklanan borçları yerine getirirken, basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır⁷⁸. Tacirin (burada yüklenicinin), basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü karşısında, işletmesiyle

olduğu anlaşıldığında, eserin gereği gibi veya süresinde yapılmasını tehlikeye düşüren durumu hemen iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır. Yüklenici basiretli bir tacir gibi davranmalı, imalât yapılacak yerin mülkiyeti konusunda gerekli araştırmayı yapıp imalâtı da buna uygun şekilde yapmalıdır. İşinin uzmanı sayılan yüklenicinin, uyarı ve özen borcu gereğince araştırma yapmadan, mera vasfı bulunan taşınmaz üzerinde, meraya tecavüz sonucunu doğuracak şekilde imalât yapması hatalı olduğu gibi, yapılan imalâtın da bu aşamada iş sahibinin yararına olduğundan söz edilemeyeceğinden, bu sebeple yapılan imalât sebebiyle, davalı iş sahibi ve yüklenici de ortak kusurlu olduğundan bedel istenemez. Davanın reddi gerektiğinden kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁷¹ Aral/Ayrancı, 2014: 355; Eren, 2017: 624.

⁷² Yavuz, 2014: 1003-1004; Gökyayla, 2002: 790.

⁷³ Tandoğan, II, 2010: 55; Kocaağa, 2014: 97.

⁷⁴ Kizir, 2011: 247.

⁷⁵ Kizir, 2011: 252.

⁷⁶ Arkan, 2012: 137-138. Ayhan/Özdamar/Çağlar' a göre, “Ölçünün objektif olması, özenin akdin veya işin niteliğine göre değerlendirilmesine veya sözleşme ile sınırlandırılmasına yahut ağırlaştırılmasına engel değildir”, 2012, 152. Poroy/Yasaman'a göre, “Bu yükümlülük, tacire, objektif bir ölçüye kıyasla belirli durumlarda evvelden taahhüt etmemiş olduğu bazı edimler yüklenmesi veya daha geniş olarak kendisinin sorumluluk altına sokulması şeklinde, “külfet” niteliği taşıyan bir hükümdür.”, 2017: 149.

⁷⁷ Arkan, 2012: 138; Teoman, 2014: 10; İnal, 2015: 406; Bozer/Göle, 2015: 65; Ayhan/Özdamar/Çağlar, 2012: 152.

⁷⁸ Arkan, 2012: 138; İnal, 2015: 407; Ayhan/Özdamar/Çağlar, 2012: 152.

ilgili durumlarda düşünce ve deneyimsizliği de söz konusu olmayacağından gabin hükümlerine de dayanılmaz⁷⁹. Yüklenici TBK m. 471 uyarınca tacir olup olmaması önem arz etmeksizin basiretli davranmak zorundadır.

TBK m. 471 f. 2’de bahsi geçen mesleki ve teknik kuralların özellikle de bilim ve meslek camiasınca teorik açıdan kabul edilmiş ve uygulamaca denenerak anlam ve değer kazanmış kurallar olduğu bilinmektedir. Özen borcundaki mesleki ve teknik kurallar, özellikle de sözleşmenin ifası sırasındaki geçerli olan kurallara göre değerlendirilir. Teknik kuralların illaki yazılı olması veya herkesçe benimsenerek istisnasız bir şekilde uygulanması gerekmez. Genel kabul görmüş olan her kural, mesleki ve teknik kuraldır. Bilimin en son ve güncel haline uymakla beraber genel ve başarılı olmayan kurallar, mesleki ve teknik kural olarak kabul edilemez. Yeni gelişmeler eski kuralların geçerliliğini yitirmesine sebep olurken; taraflar eski kuralların geçerli olacağını sözleşmede kararlaştırsalar bile sözleşmenin yeni kuralları da içerdiği kabul edilmeli ve şüphe halinde sözleşmenin ifası sırasındaki cari kuralların geçerli olduğu kabul edilmelidir⁸⁰.

Bundan böyle TBK m. 471 f. 2 hükmü ile iş sahibinin sözleşme yaparken yüklenicinin bazı yetersizliklerini biliyor olması, sorumsuzluk anlaşması yapılmadıkça yüklenici için kusursuzluk sebebi sayılmayacaktır⁸¹. Yüklenici kendi mesleki ve ekonomik durumunu değerlendirip ona göre üzerine iş alıp almama konusunu takdir etmekle yükümlü olduğundan yapamayacağı işi almakla başlı başına kusurlu sayılır⁸². Gümüş⁸³, TBK’nın getirdiği özen ölçüsü ile ilgili şunları belirtmektedir: “TBK m. 471 f. 2’de aranan ve eBK m. 356’ya nazaran ağırlaştırılmış özen ölçütü, sadece yüklenicinin eser meydana getirme faaliyetini bir mesleki, profesyonel kazanç getirici faaliyet olarak yürüttüğü hallerde uygulanabilir bir ölçüttür. Dolayısıyla yüklenicinin iş görmesini bir sürekli kazanç getirici, mesleki faaliyet olarak yürütmediği hallerde, ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunun amaca uygun sınırlama (teolojik redüksiyon) ile doldurulmasına bağlı olarak, yine “ortalama yüklenicinin ortalama davranışı” özen ölçütü olarak alınmalıdır”.

⁷⁹ Arkan, 2012: 139.

⁸⁰ Eren, 2017: 624; Tandoğan, II, 2010: 55. İstanbul BAM 15. HD, T. 17.07.2017, E. 2017/734 K. 2017/463: “Yüklenici ifasını yüklediği edimini, yasa ve sözleşme hükümlerine; fen ve sanat kurallarına; sözleşmeden beklenen amaca ve yükleniciye duyulan güvene uygun şekilde sadakat ve özenle yapmak zorundadır”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁸¹ Avcı, 2015: 378.

⁸² Avcı, 2015: 378; Öz, 2016: 120.

⁸³ Gümüş, II, 2014: 47.

TBK m. 471 f. 2 hükmü, esasen emredici bir hüküm değildir⁸⁴. Bu sebeple, taraflar aksini kararlaştırabilir.

1.3.3.Özen Borcunun Hukuki Niteliği

Özen borcunun hukuki niteliğine dair öğretilerde birçok düşünce öne sürülmüştür. Kanunda özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmeyerek, bu iş öğretiyeye bırakılmıştır⁸⁵. Öğretilerde yazarların yaptığı nitelendirmelere bakıldığında, çok çeşitli ayrımlara yer verildiği görülür⁸⁶. Bununla birlikte, özen borcunu nitelendirirken, özen borcunun asli yükümlülük veya yan yükümlülük olduğu yönünde görüşler olduğu gibi, asli ya da yan yükümlülük olmadığına ilişkin bir görüş de bulunmaktadır. Yine sadakat borcunun somutlaşmış hali veya edim yükümlülüğünün bir parçası olduğu gibi görüşlere de yer verildiği görülmektedir.

Öğretilerdeki nitelendirmelere geçmeden önce, bir borç ilişkisindeki yükümlülüklerle değinmek gerekir. Zira yapılan nitelendirmelerin temelini bu yükümlülükler ve çeşitlerine dayandığı açıktır. Bu sebeple, nitelendirmelere geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılması amacıyla birtakım kısa bilgiler vermekte fayda vardır.

Alacaklı ile borçlu arasında var olan ilişkiye borç ilişkisi denir. Borç ilişkisinde bir taraf için alacak hakkı söz konusu iken, diğer taraf için bir yapma, yerine getirme, en geniş manada bir yükümlülük söz konusudur. Bir diğer anlatımla, taraflardan birinin hakkı diğer tarafın da yükümlülüğünün karşılığıdır. Borç ilişkisi, öncelikle asli hak ve buna karşılık asli yükümlülük içerir. Bununla birlikte, asli hak ve yükümlülükler yanında bazı yan haklar ve yükümlülükler de içerebilir⁸⁷. Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır. Edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olarak kendi içerisinde ayrılmaktadır.

Borç ilişkisini meydana getirerek, sözleşmenin tipini ve özelliklerini belirleyen, borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan edimlere asli edim yükümlülüğü denir⁸⁸. Asli edim yükümlülükleri, tipik sözleşmeyi düzenleyen tanım niteliğindeki hukuk kuralı içerisinde yer alır. Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin temelini oluşturduğundan, yan edim

⁸⁴ Eren, 2017: 626.

⁸⁵ Başpınar, 2004: 146.

⁸⁶ Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgiler için bk. Gümüş, 2001: 116-144; Başpınar, 2004: 147-170.

⁸⁷ Eren, 2016: 28.

⁸⁸ Oğuzman/Öz, I, 2013: 4; Antalya, 2012: 11; Eren, 2016: 31; Topuz, 2001: 38.

yükümlülüklerinden bağımsız olarak, tek başına, doğrudan borcun ifa edilmesine dair davalara konu olabilir⁸⁹.

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin içeriğini yalnızca asli edim yükümlülükleri oluşturmaz. Bunun yanında borçlar hukukunda en önemli genel nitelikli kurallardan biri olan sözleşme serbestisi ve sözleşmenin içeriğini tarafların dilediğince düzenleyebilmesi ilkesi gereğince, sözleşme içerisinde asli edim yükümlülükleri yanında bazı yan edim yükümlülüklerinin de düzenlenebileceği açıktır. İşte asli edim yanında düzenlenebilen bu yükümlülüklerin yan edim yükümlülükleri denir. Bunun yanında yan edim yükümlülükleri elbette ki, irade özerkliği dışında, doğrudan kanundan veya dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir. Asli edim yükümlülüğü asli borç iken, yan edim yükümlülüğü de yan borç olarak açıklanabilir. Asli edim yükümlülüğündeki ifa yararının gerçekleşmesine katkıda bulunan ve aynı zamanda asli edim yükümlülüğüne de bağımlı olan yükümlülükler yan edim yükümlülüklerini oluşturur. Yan edim yükümlülükleri, sözleşmenin tipini belirlemeyen, asli edime bağlı ve ikincil nitelik taşıyan yükümlülüklerdir. Bununla birlikte asli edimden bağımsız bir içeriği barındırdığından, yerine getirilmediği takdirde, asli edim yükümlülüğünden bağımsız şekilde talep edilip ifasının sağlanması istenebilir. Ayrıca yan edim yükümlülüğü, asli edimle beraber söz konusu olsa da, ayrı bir edim yükümlülüğü olup, ifasında alacaklı açısından bağımsız bir menfaat vardır⁹⁰.

Borç ilişkisi, yukarıdaki gibi yalnızca edim yükümlülüklerinden oluşmayabilir. Bunun yanında yine başka yükümlülükler de içerebilir. Edim yükümlülükleri dışında kalan bu yükümlülükler yan yükümlülükler denir. Bu yükümlülükler öğretide özen gösterme yükümlülükleri de denmektedir. Yan yükümlülükler, asli edime bağımlı yükümlülüklerdir. Bağımsız bir durumu bulunmayan bu yükümlülüklerin, borca aykırı davranışın varlığında ifa davasına konu olabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, her ne kadar bağımsız bir varlığı olmasa da, aykırı davranışın tazmini elbette ki istenebilir⁹¹. Yan yükümlülükler aykırı davranış ifa davasının değil, tazminat davasının konusu olabilir. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ile koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır⁹².

Yüklenicinin özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin öğretide en çok tartışılan görüşler şunlardır. Birinci görüşe göre⁹³, yüklenicinin özen borcu, asli edim yükümlülüğü niteliğindedir. Zira özen borcu, yüklenicinin edim yükümlülüğünün yanında yer almaktadır

⁸⁹ Eren, 2016: 32; Antalya, 2012: 11; Topuz, 2001: 38.

⁹⁰ Antalya, 2012: 12; Eren, 2016: 32-33.

⁹¹ Eren, 2016: 37; Antalya, 2012: 12.

⁹² Antalya, 2012: 13.

⁹³ Başpınar, 2004: 148; Gümüş, 2001: 134 dn. 544'te belirtilen yazar.

ve kişisel özenli davranışa ilişkin özel bir yükümlülük değildir, doğrudan yüklenicinin edim yükümlülüğü içinde yaşayan bir vasıftır⁹⁴. Vasıf ise bütün edimlerde borç yükümlülüğüne dahildir⁹⁵. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmayan ifa, borçlanılmış edimin ifası değildir. Yapma edimini içeren eser sözleşmesinde nitelik özen derecesine göre belirlendiğinden, borçlunun göstermesi gereken özenden ayrılması kötü ifa olarak adlandırılır⁹⁶. Borç ilişkisinde sözleşmede kararlaştırılan şekilde niteliklerine uygun olarak ifa edilmeyen edim borçlanılmış edimin ifası olmaz. Eser sözleşmesinde yüklenici özenle hareket etmek zorundadır, çünkü iş görme sözleşmelerinde borçlu ancak edim fiilini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmişse borcunu ifa etmiş olmaktadır. Böylece iş sahibinin menfaati gerçekleşmiş ve tatmin edilmiş olur. Bu durumda borç sona erer. İş sahibi, yükümlülüğe aykırı davranan yükleniciye karşı TBK m. 124 vd. maddelerine başvurabilir.

İkinci görüş⁹⁷ ise, yüklenicinin özen borcunun, yan yükümlülük olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan görüştür. Bu görüşe göre, yüklenicinin özen borcu başlı başına bir yükümlülük olmayıp, herhangi bir borç edimine ait asli yükümlülüğün yanında diğer borçlarla birlikte yükleniciye yükletilen yan yükümlülüktür. Özen borcu asıl borcun ifasına yardımcı bir borçtur. Dolayısıyla, asıl borcun ifasına odaklı ve sonuca yönelik olan bu borç, asıl borç var ise var olur⁹⁸. Yüklenici eğer ki yükümlü olduğu asli edimi ayıp söz konusu olmadan ifa ederse, özen borcuna aykırı davranırsa bile sadece bu yüzden sorumlu olmaz. Bir diğer anlatımla, böyle bir durumda yükleniciye karşı özen borcuna aykırılıktan dolayı tazminat hükümlerine başvurulamaz. Ancak, özen borcuna aykırılık asli edimden ayrı şekilde bağımsız olarak meydana gelmişse, bu durumda tazminat hükümlerine dayanılabilir. Zira böyle bir durumda tazminat asli edimden bağımsızdır⁹⁹.

⁹⁴ Başpınar, 2004: 148; Yılmaz'dan akt. Gümüş, 2001: 134.

⁹⁵ Başpınar, 2004: 148.

⁹⁶ Gümüş, 2001: 134; Başpınar, 2004: 148.

⁹⁷ Başpınar, 2004: 149; Gümüş, 2001: 138-141'de belirtilen yazarlar.

⁹⁸ Başpınar, 2004: 149; Topuz, 2001: 35.

⁹⁹ Başpınar, 2004: 159; Avcı, 2015: 377; Yiğit, 2018: 97. Tandoğan'a göre, "eser sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu eser meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etmektir. Bu şekilde yüklenicinin bir iş görme ve bir şey vermeye yönelik iki ana borcu vardır. Bununla birlikte, bu iki ana borcun sözleşmeye uygun olarak ifasını sağlamak amaçlı birtakım yan borçların da kanundan veya işin niteliğinden çıkarıldığı görülür. Yan borçlardan bazılarının, iyi surette ifayı sağlayan eserin sözleşmeye uygun hazırlanması ile olduğu da bir gerçektir. Bu borçlardan bazıları işi sadakat ve özenle yapma, genel ihbar yükümlülüğü gibi borçlardır", Tandoğan, II, 2010: 48. Öz'e göre, "Bu hüküm bir taraftan yükleniciye, sözleşmedeki işi yapma yanında, ayrıca bu işi yaparken kendisinden beklenecek özeni gösterme borcu da yüklemektedir. Bununla birlikte genel eğilim, özen borcunun tamamen bağımsız bir borç niteliği taşımayıp, yüklenicinin eseri vücuda getirme yükümünün -fiziksel yönünün yanında- diğer bir yönünden ibaret olduğu şeklindedir. Yüklenici sadece işi fiziksel olarak yapmakla sorumluluktan kurtulamayacak, bu işi kendisinden beklenecek özenle yapması gerekecek ve şayet böyle davranmamışsa doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır", 2016: 118.

Büyükay' a göre¹⁰⁰ de, özen borcu bir asli edim yükümlülüğü değil, yan yükümlülük niteliğindedir. Buna göre, asli edim yükümlülüğü ihlal edilmeden de yan yükümlülük niteliğinde olan özen borcunun ihlal edilmesi mümkündür. Yüklenici yan yükümlülüğünü ihlal ettiğinde aynen ifa talebinde bulunamaz. Bunun yerine zararın tazmininin istenmesi mümkündür.

Bize göre de, yukarıda genel olarak açıklama yaptığımız edim yükümlülüğü- yan yükümlülük ayrımına göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu bir asli edim yükümlülüğü niteliğinde değildir. Bununla birlikte, sözleşmeden dönme gibi ağır bir sonuç meydana getirecek kadar da önemli bir sorumluluktur. Bu sebeple, yüklenici her ne kadar, ayıpsız, sözleşmeye uygun ve edimini kararlaştırılan sürede yerine getirmiş de olsa, her nasılsa iş sahibine, menfaatine aykırı bir davranışla zarar vermişse bu zarardan ötürü sorumlu olur. Örnekleme gerekirse, yüklenicinin çalıştığı inşaat alanından çıkardığı hafriyatı bir yan taşınmaza döktüğü durumda meydana gelen zarardan dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu söz konusudur¹⁰¹. Görüldüğü üzere, asli edim yükümlülüğü olmasa da özen borcuna aykırı bir durumun varlığında meydana gelen zararın tazmini gerekir. Zira asli edimin ihlal edilmediği durumlarda dahi yan yükümlülük niteliğinde olan özen borcuna aykırılık sonucunda zararın tazmini mümkündür.

1.3.4.Başlıca Özen Yükümlülükleri

1.3.4.1.Koruma Yükümlülüğü

Yukarıda bahsedildiği üzere sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içinde bulunan yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ayrılır. Yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerine bağlı olarak var olan, bağımsız bir varlığı olmayan, bunlardan ayrı bir talep ve davaya konu olamayan yükümlülüklerdir. Yan yükümlülüklere *diğer davranış yükümlülükleri, özen gösterme yükümlülükleri* de denilmektedir, bu yükümlülüklerin kaynağını güven ilişkisi, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) oluşturur¹⁰². Koruma yükümlülükleri nitelikleri itibarıyla yan yükümlülüktür, koruma yükümlülüklerinin kural olarak borçlunun ihlali halinde bağımsız olarak ifası dava edilemez ancak tazminata konu olması mümkündür¹⁰³.

¹⁰⁰ Büyükay, 2013: 136.

¹⁰¹ Avcı, 2015: 377; Öz, 2016: 118; Yiğit, 2018: 98.

¹⁰² Eren, 2016: 37 vd; Kılıçoğlu, 2016: 31; Akyol, 1976: 7.

¹⁰³ Eren, 2016: 41; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 12; Akyol, 1976: 7.

Koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden önce, sonra veya onlarla aynı anda doğabilir. Koruma yükümlülükleri sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri, sözleşme esnası koruma yükümlülükleri ve sözleşme sonrası koruma yükümlükleri olarak üçe ayrılır¹⁰⁴.

Koruma yükümlülüğü kapsamında yüklenici eseri meydana getirirken iş sahibinin edim konusu dışında kalan özellikle yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi haklarını tehlike altında bırakacak ve ihlal edecek her türlü davranıştan kaçınmak ve gereken tedbirleri almak zorundadır¹⁰⁵. Yüklenici bunun yanında, ifaya yardımcı koruma yükümlülüklerini de yerine getirmelidir. Buna göre yüklenici eseri meydana getirdikten sonra teslim edene kadar iyi ve özenli şekilde korumak zorundadır¹⁰⁶.

Burada bir de koruma yükümlülüklerinin kabulünden sonra bir adım daha ileri giderek kabul edilmiş¹⁰⁷ edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri kavramından bahsetmek gerekir. Taraflar arasında sözleşme görüşmelerine başlandığında birbirlerine karşı artan ölçüde özen gösterme yükümlülükleri doğar, bu aşamada edim yükümlülüklerinin henüz doğmadığı, içeriğini yalnızca koruma yükümlülüklerinin oluşturduğu bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Edim yükümlülüğünden bağımsız şekilde doğmakla birlikte, yalnızca koruma yükümlülükleri içeren bu ilişkiye edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, hatta kanuni borç ilişkisi denmektedir¹⁰⁸. Buna göre, görüşmelere katılan taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde diğer tarafa karşı sorumluluğu söz konusudur, bu sorumluluk tazmin sorumluluğudur¹⁰⁹. Sözleşme görüşmeleri ile taraflar daha yakın ilişki içerisinde olacağından birbirlerinin sözleşme kararını olumsuz olarak etkilemeleri mümkündür, yine birbirlerinin bilgilerini değiştirmek ve bu bilgileri haksız olarak başkasına aktarmaları riski her zaman bulunmaktadır¹¹⁰.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerindedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile içeriğini koruma yükümlülüklerinin oluşturduğu bir kanuni borç ilişkisi kurulur¹¹¹. Sözleşmeden yararlanması öngörülme, taraf olmayan kişilerin sözleşmeden dolayı etkilenmeleri söz konusu ise, doğacak zararlardan korunmaları gerekir, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile amaçlanan budur. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, edimi talep hakkı

¹⁰⁴ Eren, 2016: 41.

¹⁰⁵ Eren, 1996: 76; Kocaağa, 2014: 99; Aral/Ayrancı, 2014: 357.

¹⁰⁶ Eren, 1996: 76; Kocaağa, 2014: 99.

¹⁰⁷ Akyol, 1976: 7; Eren, 2016: 42.

¹⁰⁸ Aral, 2011: 53; Eren, 2016: 44; Karabağ Bulut, 2009: 70.

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 9; Eren, 2016: 42.

¹¹⁰ Gezder, 2009:44-45; Eren, 2016: 40.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 21; Eren, 2016: 43; Akyol, 1976: 56.

sağlamamaktadır. Bu sözleşme ile sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde zarar gören üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılık hükümleri gereğince zararın tazminini isteme hakkına sahip olmaları söz konusudur. Böylelikle, haksız fiil hükümlerine başvurulabileceken, sözleşmeye aykırılık hükümleri ile zarar gören açısından daha adaletli sonuç doğuran hükümler göz önünde bulundurulacaktır¹¹². Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin uygulanabilirliği açısından birtakım şartların varlığı gerekir. Bunlar *edime yakın olma, edim alacaklısının üçüncü kişinin korunmasında ilgisi, sayılan bu iki şartın borçlu tarafından bilinmesi ve üçüncü kişinin herhangi bir kişiye karşı sözleşme hükümlerine dayalı olarak aynı içerikte bir talebe sahip olmaması şartlarıdır*¹¹³. Sözleşmenin ihlali ile zarar gören her üçüncü kişi bakımından koruyucu etki söz konusu olmaz. En başta zarar gören ile sözleşme arasındaki ilişkinin belirli yoğunlukta¹¹⁴ olması gerekir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, sözleşmenin tarafları diğer tarafın koruma alanındaki kişilere karşı koruma yükümlülüklerine uymak zorundadır. Bu sözleşme, taraf olmayan ancak diğer tarafın korumasında bulunan kişiler ile borçlular arasında doğmaktadır¹¹⁵.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin temelini de TMK m. 2 dürüstlük kuralı ve özen ilkesi oluşturur. Bu durumda taraflar birbirlerine karşı özen göstermeli, birbirlerine gerekli bilgileri vermeli ve birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemelidir¹¹⁶. Yüklenici özen borcu gereği, sözleşme görüşmelerinde ve sonrasında özenli davranmalı, buna göre iş sahibi ile ilgili edindiği bilgileri başkasına aktarmamalıdır. Ayrıca koruma yükümlülüklerine uymalı ve iş sahibinin koruma alanında bulunan kişilere zarar vermemeli, verdiği zararları ise gidermelidir.

¹¹² Karabağ Bulut, 2009: 8 vd; Akyol, 1976: 51; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 21; Kılıçoğlu, 2016: 13; Hatemi/Gökyayla, 2015: 309.

¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 23.

¹¹⁴ Karabağ Bulut'a göre, "Bu yoğunluğun tayini bakımından Alman İmparatorluk Mahkemesi bazı koşullar öngörmüştür. Buna göre üçüncü kişinin zarar verene karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan, doğrudan ve bağımsız bir tazminat talebine sahip olabilmesi için:

1. Edime yakınlık,

2. Alacaklının üçüncü kişiye karşı Aile veya İş Hukuku'ndan doğan özen ve koruma yükümlülüğü altında olması,

3. Üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının üçüncü kişiye karşı Aile veya İş Hukuku'ndan doğan özen ve koruma yükümlülüğü altında bulunmasının borçlu tarafından öngörülebilirliği aranmaktaydı.

Söz konusu koşullara zaman içinde üçüncü kişinin korunma ihtiyacı içinde bulunması şartı eklenmiştir. Buna göre üçüncü kişinin esasen sözleşme hukukuna dayanan bir tazminat talebine sahip olduğu durumlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye gerek kalmadığı görüşü hem uygulama hem de doktrin tarafından kabul edilmiştir.", 2009: 18.

¹¹⁵ Hatemi/Gökyayla, 2015: 309. Eren'e göre, "Örneğin, A, B'nin evine yaptığı bir kitaplığı, kötü bir şekilde monte ettiği için rafları düşürerek B'nin oğlu C'nin yaralanmasına sebep olmuşsa, A, bundan doğan maddi ve manevi zararı C'ye tazmin etmekle yükümlüdür", 2016: 43.

¹¹⁶ Eren, 2016: 43; Kocayusufpaşaoğlu, 2010: 12.

1.3.4.2. Aydınlatma ve Bilgi Verme Yükümlülüğü

Yüklenicinin başlıca özen yükümlülüklerinden bir diğeri aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğüdür. İş sahibini aydınlatma ve bilgi verme, sözleşmenin gereği gibi, eksiksiz ve zamanında ifasının tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusu olur. Aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü, Borçlar Kanunu'nda 472 f. 3, m. 476 ile m. 483 f. 2 maddelerinde düzenlenmiştir.

Eserin yapımı sırasında, iş sahibinin sağladığı malzeme veya gösterdiği yer ayıplı çıkarsa veya eserin gereği gibi ya da zamanında yapılmasını engelleyici bir durum ortaya çıkmışsa, bu durumu yüklenici, vakit kaybetmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür (TBK m. 472 f. 3). Görüldüğü üzere, yalnızca malzemede veya arsada söz konusu olan ayıp ve elverişsizliklerin değil, gereği gibi veya vaktinde ifayı engelleyen hallerin de iş sahibine vakit kaybetmeksizin bildirilmesi gerekir¹¹⁷. İhbarın kanunda belirtilen şekilde, hemen yapılması, iş sahibinin beklediği yararın kaybolmasına sebep olur. Bahsi geçen ihbar yükümlülüğü bir aydınlatma yükümlülüğü olarak, TBK m. 471 f. 1'de düzenlenen yüklenicinin özenle iş görme borcunun özel görünümünden biridir¹¹⁸.

Yüklenici, işin meydana getirilmesi açısından uzman kişidir. Uzman olan yüklenicinin, kendine göre o iş hakkında bilgisi az olan iş sahibini aydınlatma, tavsiyede bulunma ve eserin meydana getirilmesinde önem taşıyan her konuda onu bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁷ Tandoğan, II, 2010: 111; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 541; Büyükay, 2013: 145. Yarg. 15. HD, T. 13.12.2018, E. 2018/3826 K. 2018/5042: "Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/3. maddesinde, "İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir."; 361. maddesinde de "Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnaatı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyeran edemez." düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, yüklenici işin devamı sırasında işin kusursuz bir şekilde yapılmasına engel olabilecek bir durumla karşılaşır ve bu durumu yükleniciye ikaz suretiyle ihbar edip, yüklenici buna rağmen işin mevcut haliyle yapılmasını emrederse, yüklenicinin kusur nedeniyle sorumluluğu bulunmaz. Aksi halde, sorumluluk yükleniciye ait olacaktır. Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen proje ve teknik belgelere göre işi yapmakla, bu proje ve teknik belgelerin işin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, işte kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş kabul etmiş ve bu suretle işin sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Yüklenici kendisine verilen projelerin, şartnamelerin veya talimatın sözleşme veya ekindeki hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak uygun sürede idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde itiraz hakkı kalmaz. İddia ve itirazlarına karşı yüklenicinin işi kendi istediği gibi yaptırması halinde bu uygulamadan doğacak sorumluluktan kurtulur", (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹¹⁸ Gümüş, II, 2014: 19; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 541; Kaplan, 2013: 58 vd.

¹¹⁹ Eren, 2017: 626; Uygur, 2010: 7714. Yarg. 15. HD, T. 13.7.2017, E. 2017/907 K. 2017/2889: "Özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, bildirilecek durumun veya işin icrasını olumsuz etkileyen tehlikenin, bilinmesi veya bilinebilecek halde olması gerekir. Bu durumda, alt yüklenici veya yardımcı kişilerin bildiği veya bilmesi gerektiği hususların evleviyetle yüklenici tarafından bilindiği kabul edilir. Bununla beraber, bu bilgilerin kesinlik taşıması veya halen mevcut olması gerekmez¹²⁰. Bildirilecek şey, apaçık belli veya yüklenicinin yapacağı muayene ile ortaya çıkabilecekse, yüklenici bu durumu bilmediğini öne süremez. Buna karşın, yüklenicinin bildirilmesi gereken durumu iş sahibinin bildiğini veya bildirirse dahi bu bildirim bir anlamı olmayacağını kanıtlaması halinde bildirim yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilir¹²¹.

Yüklenicinin aydınlatma ve ihbar yükümlülüğünün, başlıca özen yükümlülüklerinden biri olduğunu yukarıda belirtmiştik. İşte bu yükümlülüğün birtakım düzenlemelerle somutlaştığını da görmekteyiz. Yüklenicinin aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü içinde, her şeyden önce yasal düzenleme gereği, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olması; bunun yanında yine eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye sokacak durumlar sayılabilir (TBK m. 472 f. 3). Başka bir düzenleme olarak, iş sahibi veya temsilcisinin, eserin meydana getirilmesi ile ilgili vermiş olduğu talimatlar hakkında da yüklenicinin iş sahibini aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK m. 476). Eserin başlangıçta kararlaştırılan maliyetle yapılamayacağı olağanüstü bir durum sebebiyle ortaya çıkmışsa, bu durum da iş sahibine bildirilmelidir. Yüklenici iş sahibine, eserin gerek meydana getirilmesi gerekse kullanımı hakkında gerekli bilgi ve tavsiyeler vermekle de yükümlüdür¹²². Bir diğer örnek olarak bu yönde TBK m. 482 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hükümde, yaklaşık bedelin aşılmasından söz edilmektedir. Buna göre, eserin başlangıçta yapılmasına dair yaklaşık olarak hesaplanan bedel, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde artacaksa, bu durum iş sahibine yüklenici tarafından bildirilmelidir. Yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması sonucunu doğuran bu artış, eserin gereği gibi ya da zamanında yapılmasını tehlikeye sokan duruma örnektir ve yüklenicinin başlıca özen yükümlülüğü kapsamında sayılır¹²³.

bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹²⁰ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 542.

¹²¹ Tandoğan, II, 2010: 111-112; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 542-543; Kocaağa, 2014: 91.

¹²² Eren, 2017: 626-627.

¹²³ Kocaağa, 2014: 100.

Yüklenicinin aydınlatma yükünün şekli hakkında kanun koyucu tarafından koyulmuş bir irade yoktur. Aydınlatma yükümlülüğü herhangi bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte, yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı bakımından önerilebilir¹²⁴.

Yüklenicinin bahsi geçen borcu ihlali, yararına olan maddi ve hukuki sonuçları kaybetmesine neden olur¹²⁵. Yüklenicinin aydınlatma ve bilgi verme borcunun ihlali, TBK m. 112 hükmüne işlerlik kazandırır. Özellikle madde hükmünde aydınlatma borcu bakımından *hemen bildirim* kıstası arandığından, hemen bildirilmeme halinde başvurulacak düzenleme TBK m. 112 hükmüdür. İş sahibi, yükleniciden zararını bu hüküm aracılığıyla tazmin edebilir. Zira bildirim yükümlülüğüne uyulmaması halinde yüklenici meydana gelen zarardan sorumlu olur (TBK m. 472 f. 3). Yüklenici zamanında bildirimde bulunduğu, iş sahibi sözleşmeyi yüklenicinin zararını ödeyerek feshedebileceği gibi, ondan işe devam etmesini de isteyebilir. Bu ısrar üzerine hasar iş sahibine geçer ve TBK m. 483 f. 2 devreye girer. Buna göre, “Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır”.

1.3.4.3. Diğer Özen Yükümlülükleri

1.3.4.3.1. Genel Olarak

Koruma yükümlülükleri ile aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü dışında kalan özen yükümlülüklerine diğer özen yükümlülükleri denmektedir. Yüklenicinin, iş sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna neden olabilecek her davranıştan kaçınması gerekir. Bu sorumlulukların özellikle yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 69 ile taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin TMK m. 730 hükümlerinden ileri geldiği söylenebilir¹²⁶.

1.3.4.3.2. Yapı Malikinin Sorumluluğu Bakımından

Yapı malikinin sorumluluğu, TBK m. 69’da düzenlenmiştir. Buna göre, bir bina veya diğer yapının maliki, yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklikten dolayı, meydana gelen zararları gidermekle yükümlüdür. Sorumluların, aynı sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olanlara rücu etme hakkı saklıdır (TBK m. 69 f. 3). Yapı malikinin sorumluluğu, bir özen

¹²⁴ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 541; Eren, 2017: 627; Uygur, 2010: 7715.

¹²⁵ Gümüş, II, 2014: 20. “Yüklenicinin gerekli uyarı görevini yapmaması, birlikte kusur oluşturur”, Uygur, 2010: 7781.

¹²⁶ Kocaağa, 2014: 101.

sorumluluğudur. Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için, kusur şart değildir. Yapı maliki ayırt etme gücüne sahip olmasa, hatta göstermesi gereken özen kusur derecesine varmasa dahi zararı tazminle yükümlüdür. TBK m. 69'da düzenlenen sorumluluk hali, özel bir düzenlemedir. Bu sebeple, yapı malikinin kusuru olsa bile, TBK m. 49 haksız fiil hükümleri değil, TBK m. 69 gereği zararı tazmin durumu söz konusu olur. Yapı malikinin kusuru da bulunuyorsa, bu durum ek kusur (munzam kusur) kavramı içerisinde yer alır. Ek kusur, iç ilişkide kusursuz sorumlu olanın illiyet bağına kesen sebepleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi veya yapı malikinin zarar görenin de kusurunun bulunması sebebiyle tazminatta indirim isteme gibi birtakım haklarını bertaraf eden bir kusurdur. Yapı malikinin sorumluluğu, eserin yapımındaki bozukluk veya bakımdaki eksiklikten kaynaklandığından, bu bozukluk veya eksikliğin nereden kaynaklandığı önemli değildir. İnsan davranışının söz konusu olmadığı, rüzgar sebebiyle saksımın yere düşmesi gibi durumlarda dahi zararın tazmini gerekir. Yapı maliki her türlü özeni gösterdiğini kanıtlaya bile, kurtuluş imkanı yoktur. Zira yapı malikinin sorumluluğu, menfaat ilişkisi ve hakkaniyet fikrine dayanır. Aynı zamanda, yapı maliki zarar görene göre, ekonomik açıdan daha iyi durumdadır¹²⁷.

Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için, zarar meydana gelmesi, meydana gelen zarar ile yapıdaki bakım veya yapım eksiklikleri arasında illiyet bağı, hukuka aykırılık unsuru; bunların dışında ise, ortada bir yapı eseri olması ve bu yapının bozuk veya eksik olması, aynı zamanda sorumlunun yapı eserinin maliki olması gerekir¹²⁸.

Yapı malikinin sorumluluktan kurtulabilmesi, illiyet bağına kesecek kadar yoğun olan mücbir sebebin zarar görenin veya üçüncü bir kişinin kusuru sebebiyle meydana gelmesi halinde mümkündür. Bu yoğunluğa varmayan mücbir sebep yapı malikini sorumluluktan kurtarmaz¹²⁹.

¹²⁷ Eren, 2016: 666-667; Antalya, 2012: 584-585; Kılıçoğlu, 2016: 332; Baş, 2011: 39.

¹²⁸ Eren, 2016: 668 vd.; Antalya, 2012: 595-597; Reisoğlu, 2012: 193 vd.; Kılıçoğlu, 2016: 367 vd.; Nomer, 2015: 179. Yarg. 4. HD, T. 30.09.1986, E. 1986/5952 K. 1986/6656: "...öte yandan hakim davada uygulanması gereken Kanun hükmünü resen uygulamakla yükümlüdür. Dava dilekçesinde olaylar açıklandıktan sonra sorumluluk için belli bir hukuki nedene de dayanılmış değildir. Bu durumda yapılacak iş davalının aynı zamanda taşınmazın maliki olup olmadığının araştırılması ve malik olduğunun anlaşılması üzerine belirtilen hükme göre (BK m. 58/TBK m. 69) sorumluluğu bulunup bulunmadığının tespitidir..."", Uygur, 2010: 2769.

¹²⁹ Bu noktada Yargıtay'ımız konuyu şu şekilde özetlemiştir; Yarg. 3. HD, T. 29.11.2018, E. 2017/13829 K. 2018/12168: "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki eksikliklerden doğan zararlardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. (TBK m.69; BK m.58) Yapı malikinin sorumluluğu, bir bina ya da diğer bir inşa eserinin bizatihi kendisinden kaynaklanan bir nedenle oluşan zarardan sorumluluğu kapsamakta olup, niteliği itibarıyla kusursuz sorumluluk türlerinden "olağan sebep sorumluluğu"dur. Burada malike kurtuluş kanıtı sunma olanağı tanınmamıştır. Malik ancak illiyet bağına kesen sebeplerin (mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi) varlığı durumunda sorumluluktan kurtulabilir. Enerji nakil hatları, bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirmektedir. Bu

Yapım bozukluğu, başlangıçtaki bozukluk olup, proje ve yapım aşamalarında ve yapılış amacına, teknik ve bilimin gereklerine uygun olmayan yöntemlerle, uygun olmayan malzeme veya personelle işin yapılmış olduğu durumlarda söz konusudur¹³⁰. İşte, yapımdaki bozukluk, yapı malikinin yani eser sözleşmesinde iş sahibinin sorumluluğunu gündeme getirir. Bu sebeple, yüklenici iş sahibinin ileride yapımdaki bozukluk sebebiyle üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasına yol açan davranışlardan kaçınmalıdır. Bu ise ancak yüklenicinin özenli davranmasıyla mümkündür. Yüklenici yapım sırasındaki özenli davranışıyla her anlamıyla ortalama ve kullanılmaya elverişli bir yapı meydana getirerek, iş sahibinin üçüncü kişilere karşı yapı malikinin sorumluluğu hükümleri uyarınca sorumlu olmasını engeller.

Yapı maliki, yapım eksikliklerinden ötürü, doğan zararı tazmin ettikten sonra, yükleniciye rücu edebilir. Yüklenicinin işini yaparken, alt yüklenicileri seçerken veya araç gereçleri sağlarken titizlikle davranması ve özenle hareket etmesi gerekir. Özenle davranmamanın sonucu olarak, bozuk veya eksik meydana gelen eserin doğuracağı zararı yapı maliki ve yüklenici müteselsilen üstlenir. Bu durumda, zarar gören, isterse yapı malikine isterse de yükleniciye başvurabilir. Müteselsil sorumluluğun dayanağını TBK m. 49 haksız fiil oluşturabileceği gibi, başka bir sebep sorumluluğu veya TBK m. 112 akdi sorumluluk da oluşturabilir. Bunun dışında yalnızca yapım işlerindeki özensizlik değil, yapının eksikliklerinin bakımı için anlaşılan yüklenici de zarardan yukarıdaki hükümler gereği müteselsilen sorumludur. Bakım eksikliği, eserin özgülenme amacına uygun bakılmaması, özen gösterilmemiş olması hallerinde söz konusu olur. Malik yani iş sahibi özenli davrandığını kanıtlaya bile sorumluluktan kurtulamaz. Bu durumda, bakım eksikliğini gidermesi için anlaştığı yükleniciye de ödediği tazminatı rücu edebilir¹³¹. Zira yüklenicinin TBK m. 471 hükmünden kaynaklanan özen borcu bulunmaktadır. Bu özen borcu, malzemelerin seçimi ve kullanılmasında da söz konusudur.

faaliyet, varlığı ve niteliği itibariyle bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluktur. Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira bunların sebep oldukları zararlar, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirirse, gerekli bütün tedbirleri alsın bile, gene çoğu zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelere sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹³⁰ Eren, 2016: 674-675; Antalya, 2012: 586 vd.; Reisoğlu, 2012: 194; Baş, 2011: 96 vd.

¹³¹ Eren, 2016: 676; Baş, 2011: 171.

Yapı malikinin göstermekle yükümlü olduğu özen, objektif özen yükümlülüğüdür. Bir diğer anlatımla, malikin subjektif durum ve bahaneleri, sorumluluktan kurtulmasına imkan tanımaz. Buna karşın yukarıda da belirttiğimiz gibi, ancak illiyet bağıını koparacak yoğunluktaki mücbir sebepler, sorumluluğu ortadan kaldırır.

Sorumlu kişinin özen yükümü zaman ve teknik bakımından mümkün ve ekonomik olarak o kişiden beklenebilir olduğu ölçüde alacağı önlemler ve göstereceği özenin kapsamını belirler¹³². Yapım bozukluğundaki rücu talebi, sözleşme ilişkisine ve yüklenici ile onun gözetiminde çalışanların gerekli özeni gösterme ve buna binaen gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne dayanır¹³³. Rücu edilen kişi yani yüklenici, bu sözleşmeye dayanarak yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinde kusuru bulunmadığını kanıtlamadıkça TBK m. 112 hükmüne göre sorumlu olur.

Özetle, yukarıda değindiğimiz üzere, yüklenicinin iş sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olacağı her davranıştan kaçınması gerekir. Özen borcunun bunu da kapsadığı açıktır. Bu durum, özellikle eseri meydana getirme aşamasında söz konusu olur. Zira yüklenici bir eser meydana getirirken özenli davranmalıdır. O eseri meydana getirirken, yeterli miktar ve kalitede malzeme ile uygun nitelikteki elemanla çalışmalıdır. Bu durumda, meydana getirdiği eserin yapımında özenli davranarak olası eksiklik ve bozukluklardan arınmış bir eser meydana getirmiş olur. Aynı şekilde burada yapıyı (eseri) meydana getirirken özenli davranan yüklenici, iş sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasını da önler. Zira o kaliteli bir eser meydana getirmiştir. Böyle bir eserin başkaları açısından tehlike arz etmeyeceği de bir gerçektir. Aksi durumda, yüklenicinin özensiz davranışları sebebiyle oluşan yapıdaki bozukluklar dolayısıyla, iş sahibinin yapı malikinin sorumluluğu hükümleri uyarınca kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluğu söz konusu olur. Bu sebeple, yüklenici eserin yapım aşamasında özenli davranmalı ve iş sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasına yol açmamalıdır.

1.3.4.3.3. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Bakımından

Taşınmaz malikinin sorumluluğu da özen yükümlülüğüne dayanmakta olup, TMK m. 730'da düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz malın maliki, mülkiyet hakkını yasal sınırlarını aşarak kullanıyorsa, bundan zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında bulunan kişi, eski hale getirme ya da zararın veya tehlikenin giderilmesini isteyebilir. Taşınmaz malikinin

¹³² Antalya, 2012: 596; Eren, 2016: 675.

¹³³ Antalya, 2012: 599.

sorumluluğu her ne kadar özen sorumluluğu içinde bulunsa da, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, kurtuluş kanıtı ileri sürülemeyecek bir özen yükümlülüğüdür.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu TMK m. 730'da düzenlenmeseydi, zarar gören şartlarının oluşması halinde TBK m. 49 ve m. 69'a göre zararını tazmin edebilirdi¹³⁴.

Taşınmaz maliki, sahip olduğu mülkiyet hakkını kullanırken birtakım kurallara uymak zorundadır. Zira hiçbir hak sınırsız değildir. Diğerlerini etkilediği ölçüde, hakların sınırları başlar. Buna göre, mülkiyetini yasal sınırları içerisinde kullanmayan malik, verilen zarardan sorumludur. Meydana gelen bu zararı tazmin etmek zorundadır. Taşınmaz maliki her türlü özeni gösterdiğini kanıtlaya dahi sorumluluktan kurtulamaz. Yukarıda da ifade edildiği üzere, taşınmaz malikinin sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir özen sorumluluğudur. Öyle ki, malikin ayırt etme gücü bulunmasa bile verdiği zarardan sorumludur. Kusurun bulunması durumunda ek kusur kavramı ortaya çıkar. Ek kusur ise, tazminat miktarında söz konusu olabilecek indirim talebini işlevsiz kılar¹³⁵.

Malik kusurlu olsa bile, yine TMK m. 730 hükmüne başvurulur. Zira bu hüküm TBK m. 49 hükmüne göre özel nitelikte olduğundan daha kazançlıdır. Bununla birlikte, burada önemli olan mülkiyet hakkının taşkın kullanımı olduğu için, malik umulmayan hal veya yetkisiz kişilerin davranışlarından dolayı sorumlu değildir¹³⁶.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay içtihatlarında daha çok bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olup, özen borcunun ihlaline dayandığı yönündedir¹³⁷.

¹³⁴ Eren, 2016: 678.

¹³⁵ Eren, 2016: 679.

¹³⁶ Eren, 2016: 678 vd.

¹³⁷ Yarg. 14. HD, T. 16.10.2018, E. 2016/4083 K. 2018/6788: "730. madde hükmüne göre "Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanılması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir." 738. madde hükmüne göre ise "Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermektan kaçınmak zorundadır. Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılarla dair hükümler uygulanır." Buradaki taşınmaz malikinin sorumluluğu kanunun emrettiği özen gösterme borcunun ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir. Taşınmaz malikine, Kanunun 730. maddesiyle taşınmazını taşkın olarak kullanmama ve başkasına zarar vermeme yükümlülüğü getirmiş; 738. maddesiyle ise kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara ve onların üzerindeki yapılarla zarar vermektan kaçınma zorunluluğu getirilmiştir. Taşınmaz malikinin taşınmazını taşkın olarak kullanıp kullanmadığı ve başkasına zarar verip vermediğini belirlemedeki ölçü yerel adettir. Kuşkusuz yerel adet belirlemesinin yanında bu gibi davalarda çözüm özen ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi görüşüne de başvurmak gerekir. Somut olaya gelince; davalı, kendisine ait taşınmaz üzerine bina yapımı için dava dışı yüklenici... ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını, inşaatın yapımına dair bir kusur varsa sorumluluğun yükleniciye ait olduğunu savunarak davanın reddini talep etmişse de yapılan keşif sonucu bilirkişiler, davacıya ait duvarın yıkılması suretiyle yapılan müdahaleyi belirlediklerine göre ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gereği arsa sahibi hiçbir kusuru olmasa bile kendi arsasına yaptırdığı yapının doğurduğu her türlü zarardan yapının maliki olması sebebiyle kusur aranmaksızın sorumlu olduğundan, mahkemece davalı arsa sahibi yönünden de işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken,

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için, taşkın kullanım, zarar, zarar ile malikin taşkın kullanımını arasında illiyet bağı bulunmalı, hukuka aykırılık unsuru ve bunun dışında taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı olmalıdır¹³⁸. Zarar verilip verilmediğinin belirlenmesinde malikin komşuluk hukukuna dayanan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği ve yerel adetlere göre bu durumun nasıl karşılandığına bakmak gerekir¹³⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımını, taşınmazın kullanım ve işletmesiyle ilgili olmalıdır. Taşınmaz malın kullanımında gösterilmesi gereken özen her somut olayda değişir; ancak sınırları aşan kullanımın ölçüsü objektif ölçülere göre değerlendirilmelidir. Taşınmaz malın sınırlarını aşarak kullanımını bir defalık dahi olabilir, süreklilik arz etmesi gerekmez¹⁴⁰.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu, taşınmaz malın kötü kullanılmasından ileri gelen zararlarda söz konusudur. Taşınmazın kullanılması ile ilgili olmayan zarardan taşınmaz maliki sorumlu değildir. Taşınmazın kullanımı ile başka bir taşınmaz zarar görmelidir. Aksi durum yine sorumluluğa sebep olmaz¹⁴¹.

Malik, yardımcı kişilerin davranışlarından da sorumludur. Yardımcı kişi, yanında çalışan işçiler olabileceği gibi, aile efradı da olabilir. Bu durumlarda malik, aralarında ilişki olan bu kişilere yükümlülüklerine uygun davranmalarını isteyebilir. Ek olarak, taşınmaz üzerinde kişisel hak sahibi olanların verdiği zararlardan da malik sorumludur¹⁴².

Taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımını da yüklenicinin başlıca özen yükümlülükleri ile ilintilidir. Bir önceki başlıkta bahsettiğimiz gibi, yüklenicinin burada da iş sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasına sebep olacak davranışlardan kaçınması gerekir. Taşınmaz malikinin sorumluluğu özellikle, yüklenicinin iş sahibinin taşınmazı üzerinde faaliyet göstermesi durumunda söz konusu olur. Buna göre, yüklenici iş sahibinin taşınmazı

yanılgılı değerlendirmeye yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir” , (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹³⁸ Kılıçoğlu, 2016: 378 vd.

¹³⁹ Yarg. 14. HD, T. 28.5.2013, E. 2013/6790 K. 2013/8092: “Türk Medeni Kanununun 730. maddesinde de malikin mülkiyet hakkının sınırlarını aşarak başkalarına zarar vermesi veya zarar verme tehlikesi yaratması halinde taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenlemiştir. Anılan hüküm uyarınca zarara uğrayan kişiler mevcut zararının parasal olarak giderilmesini ve eski halin yeniden iadesini veya zarar tehlikesi bulunduğu hallerde bunun önlenmesini dava yoluyla talep edebilir. Burada taşınmaz malikinin sorumluluğu kanunun emrettiği özen gösterme borcunun ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir. Taşınmaz malikinin taşınmazını taşkın olarak kullanıp başkasına bu şekilde zarar verip vermediğini tayinde malikin komşuluk hukukunun kendisine yüklediği mükellefiyetleri ihlal edip etmediğine, komşular arasında yerel örf ve âdetin hoş karşılamayacağı davranışlarda bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Diğer taraftan anılan yasa hükmü gereği taşınmaz malikini sorumlu tutabilmek için orta yerde taşkın kullanma sayılan fiilin hukuka aykırı olduğunun, bir zararın ve ayrıca zararlar taşkın kullanma arasında illiyet bağının varlığının saptanması gerekir”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹⁴⁰ Eren, 2016: 687-688.

¹⁴¹ Eren, 2016: 686. “Örneğin, tarlasında beslediği hayvanlar, komşu tarlaya zarar vermişse, zarar mülkiyet hakkının kötü kullanılmasından değil, hayvanların fiilinden doğmuştur. Bu durumda, TMK m. 730 değil; TBK m. 67 hükmünün uygulanması söz konusu olabilir”, Kılıçoğlu, 2016: 379.

¹⁴² Nomer, 2015: 182.

üzerinde inşaat yapıyorsa böyle durumlarda özenli davranmak zorundadır. Yüklenici eseri meydana getirirken, üzerinde çalıştığı taşınmaza veya komşu taşınmazlara zarar vermemelidir. Yüklenici iş sahibinin taşınmazı üzerinde inşaat yaparken, komşu taşınmazların arazisine tecavüz etmemelidir. Çevresinde başka yapılar bulunuyorsa, bu yapıların temelini kaymasına veya binaların yıkılmasına sebep olacak davranışlardan uzak durmalıdır. Yüklenici, hafriyatı komşu taşınmazlara dökmemelidir. Zira bu durumlarda taşkın kullanım sebebiyle iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olur.

1.3.5.Uygulama Halleri

1.3.5.1.İşi Bizzat Yapma veya Gözetimi Altında Yaptırma

1.3.5.1.1.Genel Olarak

Kural olarak Borçlar Hukuku'nda borçlunun edimini şahsen ifası gerekmemektedir¹⁴³. Bu durum Borçlar Kanunu m. 83'te açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 83'e göre, borçlunun bizzat ödemesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlunun edimini şahsen ifası gerekmez. Bununla birlikte, hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, bu durumun aksi mümkündür. Alacaklının menfaati bulunuyorsa, borçlu edimi şahsen ifa etmek zorundadır¹⁴⁴. TBK m. 471 f. 3 hükmü bu anlamda genel kuralın istisnası niteliğindedir¹⁴⁵. Bu hükme göre, yüklenici işi bizzat yapmakla veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Kişisel özellikleri önem taşıyorsa bu durumda işi başkasına da yaptırabilir. Bu düzenleme, eser sözleşmesinde yüklenicinin kişisel beceri ve yeteneklerinin önem taşıdığı düşüncesine dayanır¹⁴⁶. Zira eser sözleşmesinde iş sahibi kişiye ve onun özelliklerine inanarak sözleşme yapmaktadır. Yüklenicinin kişisel özellik ve yeteneklerinin ön planda olduğu ve iş sahibine inanarak sözleşme yaptığı bu halde, *kişiye bağlı edim*¹⁴⁷ söz konusudur. Böyle bir edimi yalnızca yüklenici yerine getirebilir. Beste yapma, resim yapma kişiye bağlı edime örnek olarak gösterilebilir. Yalnızca yüklenicinin edimi yerine getirebileceği bu duruma aykırılık halinde, yani yüklenicinin işi bizzat yapmaması halinde, iş sahibi TBK m. 112 veya m. 125'e başvurabilir¹⁴⁸. İşin yapımında yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı ve yüklenicinin işi yönetimi altında başkalarına yaptırdığı halde ilk durumdaki gibi işi bizzat yapma söz konusu değildir. Zira yüklenici işi bizzat yapmadan da iş sahibi menfaatini elde

¹⁴³ Büyükay, 2013: 74; Selimoğlu, 2010: 89; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 532.

¹⁴⁴ Büyükay, 2013: 74; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 532; Kaplan, 2013: 61; Uygur, 2010: 7716.

¹⁴⁵ Kocaağa, 2014: 72.

¹⁴⁶ Eren, 1996: 64; Büyükay, 2013: 74; Eren, 2017: 608; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 533; Kocaağa, 2014: 73.

¹⁴⁷ Eren, 2017: 609; Kocaağa, 2014: 73.

¹⁴⁸ Eren, 2017: 609; Kocaağa, 2014: 73.

edebilmektedir. Böyle bir durumda yine temel ilke söz konusu olur ve yüklenicinin, edimini şahsen ifası gerekmez¹⁴⁹.

TBK m. 471 f. 3'te kişisel özellik, karine olarak kabul edilmektedir. Buna göre, yüklenici kişisel özelliklerinin önem arz etmediğini iddia ederse bu iddiasını ispat yükü altındadır¹⁵⁰.

Yol, köprü, baraj yapımı gibi büyük çaplı işlerde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımaz; yüklenici işi başkasına yaptırabilir, yardımcı kişi kullanabilir. Yardımcı kişi kullanılabilmesi için, bir işin bizzat yüklenici veya başkası tarafından yapılması arasında bir fark olmaması gerekir¹⁵¹. Gerçek kişilerde dahi durum böyleyken, tüzel kişilerde, işin doğası gereği işi bizzat yapma değil, yetkili organların yönetimi altında yaptırma söz konusudur¹⁵².

1.3.5.1.2.İşi Başkasına Yaptırma

1.3.5.1.2.1.Alt Yüklenicilik İlişkisi

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği durumlarda TBK m. 471 f. 3'te belirtilen istisnai halin devreye gireceğine yukarıda değinilmişti. TBK m. 471 f. 3'ün ikinci cümlesine göre, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önemli değilse, yüklenici işi başkasına da yaptırabilir. Bu durumun sonucu olarak alt yüklenicilik kavramı karşımıza çıkar ve asıl yüklenici eserin tamamı veya bir kısmını üçüncü kişi olan alt yükleniciye yaptırır. Alt yüklenici, asıl yüklenicinin üstlendiği işin ifasını kendi ad ve hesabına yaptığı sözleşmeyle ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan yardımcı kişidir¹⁵³. Yükleniciye karşı, edimi ifa edeceğini taahhüt eden kişi alt yüklenicidir. Yüklenici, bu sözleşmeyi kendi ad ve hesabına yapar. Bu sözleşmeye alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını alt yükleniciye devrettiği bu ilişkiye alt yüklenicilik ilişkisi denir. Asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesi ise *asıl sözleşmedir*¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Eren, 2017: 609.

¹⁵⁰ Tandoğan'a göre, "Sözü geçen karine iş bölümüne dayanan modern ekonominin gereklerine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Hatta Gautschi'ye göre istisna akdinde de kural olarak iş başkasına yaptırılabilir; şahsen ifa mecburiyeti istisnadır; bu yüzden, BK m. 356/II (TBK m. 471/3), BK m. 67 (TBK m. 83)'deki kuralın aksine bir hüküm koymamaktadır. Müteahhidin sonucu tekeffülü, büyük inşaat ve imalat işlerinde iş bölümü dolayısıyla başkalarının çalışmasından yararlanma zorunluluğu, istisna akdinde şahsen ifanın önemini diğer iş görme aktilerine oranla azaltmaktadır", II, 2010: 72; Gümüş, II, 2014: 12; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 534; Kocağa, 2014: 73.

¹⁵¹ Tandoğan, II, 2010: 74; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 534.

¹⁵² Tandoğan, II, 2010: 71; Kaplan, 2013: 62; Dayınlarlı, 1993: 33.

¹⁵³ Tandoğan, II, 2010: 77; Yavuz, 2014: 1010; Kaplan, 2013: 64.

¹⁵⁴ Aral/Ayrancı, 2014: 346; Kocağa, 2014: 75.

Kişisel özelliklerin önem arz edip etmediği işin niteliğine göre belirlenir. İşin niteliği ise, yüklenicinin edimine göre belirlenir. Yukarıda da bahsedildiği gibi, yüklenicinin kişisel özelliklerine güvenilerek yapılan sözleşmede kararlaştırılan edimler, yalnızca yüklenici tarafından ifa edildiğinde önem kazanıyorsa, işin mahiyeti gereği yardımcı kişi veya alt yüklenicilere iş bırakılamaz. Ancak, yüklenicinin malzeme sağlama borcu kişiye bağlı bir borç değildir ve TBK m. 471 f. 3 kapsamı dışındadır. Yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükleri birden fazla edimi içermekte; ancak kişisel özellikler sadece belli bir bölüm için önem taşıyorsa, yüklenici diğer bölümleri başkalarına da yaptırabilir¹⁵⁵.

Her ne kadar, TBK'da işi yüklenicinin doğrudan kendisinin yapması kural olsa da bugünün şartlarında tam tersine yüklenicinin bizzat işi yapması istisna, başkasına yaptırması ise adeta kural ve neredeyse zorunluluk halini almıştır¹⁵⁶. Alt yükleniciye işin tamamı bırakılabileceği gibi, bir kısmı da bırakılabilir.

Alt yükleniciler, asıl yükleniciden bağımsız olarak ve onun gözetim ve denetimi altında olmadan çalışan ifa yardımcılardır. Alt yükleniciler, asıl yüklenicinin bağımsız yardımcıları ve mesleki açıdan alanında uzman kişiler olduğundan, asıl yüklenicilerin alt yüklenicileri denetleme ve gözetme yetkisi yoktur¹⁵⁷. Ancak öğretide bir görüş¹⁵⁸ alt yüklenicilerin bağımsız ifa yardımcısı olduğunu kabul etmekle birlikte, alt yüklenicinin asıl yükleniciden bağımsız hareket etmesinin zorunlu bir unsur olmadığını savunmaktadır. İşin niteliği gereği veya sözleşmede kararlaştırılması halinde, alt yüklenici asıl yüklenicinin yönetim ve denetimi altında çalışabilir¹⁵⁹.

TBK m. 471 f. 3 hükmü, emredici bir hüküm değildir, düzenleyici bir hükümdür¹⁶⁰. Taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Buna göre, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği, eseri başkası yapsa da iş sahibinin menfaatinin zedelenmeyeceği durumlarda yine de eserin bizzat yüklenici tarafından yapılacağı sözleşmede belirtilebilir. Öte yandan yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği hallerde, işin başkası tarafından yapılmasına da izin verilebilir. İş sahibinin sonradan verdiği icazet de geçerlidir¹⁶¹.

¹⁵⁵ Tandoğan, II, 2010: 71; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 534.

¹⁵⁶ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 535; Tandoğan, II, 2010: 74; Büyükay, 2013: 77.

¹⁵⁷ Aral/Ayrancı, 2014: 347; Kocaağa, 2014: 75; Eren, 2017: 610.

¹⁵⁸ Tandoğan, II, 2010: 77- 78.

¹⁵⁹ Tandoğan, II, 2010: 77-78; Uygur, 2010: 7718.

¹⁶⁰ Eren, 2017: 609; Tandoğan, II, 2010: 73; Uygur, 2010: 7717; Kocaağa, 2014: 74.

¹⁶¹ Tandoğan, II, 2010: 73; Büyükay, 2013: 76; Kocaağa, 2014: 74.

1.3.5.1.2.2. Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme niteliği itibariyle bir eser sözleşmesidir. Bu sözleşmeye alt yüklenicilik sözleşmesi denir. Asıl yüklenici işi, kendi ad ve hesabına yaptığı bu sözleşme ile alt yükleniciye devreder. Bu sözleşme, Borçlar hukukuna egemen olan temel ilkelerden nispiyet ilkesi gereğince, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız yeni bir sözleşmedir¹⁶². Bununla birlikte ne kadar bağımsız bir sözleşme de olsa, konu, kapsam, taraf yükümlülükleri yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşme esas alınarak yapılır¹⁶³.

Alt yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenici asıl yükleniciye karşı bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi taahhüt eder. Bu sebeple, asıl yüklenici alt yükleniciyi seçerken gerekli özeni göstermek zorundadır. Alt yüklenici, eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmek ve teslim etmekle yükümlüdür. Alt yüklenicinin bu yükümlülüğü iş sahibine karşı değil, asıl yükleniciye karşıdır. Ayrıca, alt yüklenici eserin ayıplı olmasından dolayı da sorumludur¹⁶⁴.

1.3.5.1.2.3. İş sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

İş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu sebeple iş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı değildir. İş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşme bulunmadığından, bir borç ilişkisinin varlığından da söz edilemez. Bu sebeple iş sahibi alt yükleniciden eserin yapımı ve teslimini talep hakkına sahip olmadığı gibi, ona talimat da veremez. İş sahibinin bu hakları yalnız asıl yükleniciye karşı söz konusudur. Alt yüklenici eser meydana getirmeyi asıl yükleniciye taahhüt etmiştir. Alt yüklenicilik sözleşmesi ihlal edildiğinde iş sahibi asıl yüklenicinin haklarını ileri süremez, şartların varlığı halinde alt yükleniciye karşı haksız fiil hükümlerine başvurabilir¹⁶⁵.

Kural bu olmakla birlikte, iki halde iş sahibi doğrudan alt yükleniciye başvurabilir. Bunlar alt yüklenicinin iş sahibine karşı asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve zamanında yapacağını taahhüt etmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesinin tam üçüncü kişi lehine yapılmış bir sözleşme niteliğinde olmasıdır¹⁶⁶. İlk durumda alt yüklenicinin asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve zamanında yapacağını iş sahibine taahhüt etmesi sebebiyle, iş sahibi doğrudan alt yükleniciye başvurabilir. İkincisinde ise, iş sahibi yararına tam üçüncü

¹⁶² Eren, 2017: 612; Kocaağa, 2014: 76.

¹⁶³ Tandoğan, II, 2010: 83; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 536; Gümüş, II, 2014: 12; Eren, 2017: 610.

¹⁶⁴ Aral/Ayrancı, 2014: 347; Kocaağa, 2014: 77; Eren, 2017: 612.

¹⁶⁵ Aral/Ayrancı, 2014: 347; Eren, 2017: 612; Kocaağa, 2014: 77.

¹⁶⁶ Aral/Ayrancı, 2014: 348; Eren, 2017: 613; Kocaağa, 2014: 77.

kişi lehine sözleşme yapıldığından, bu sözleşmenin kurallarına göre iş sahibi alt yükleniciden talepte bulunabilir.

İş sahibi ile alt yüklenici arasında bir eser sözleşmesi bulunmadığından, iş sahibinin alt yükleniciye bedel ödeme borcu yoktur. Buna karşın, iş sahibi alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla (TBK m. 162) veya kefil olarak bedel ödeyeceğine ilişkin taahhütte bulunmuş veya ona garanti vermişse, alt yükleniciye karşı bedel ödeme borcu altına girmiş olur¹⁶⁷.

Eserin alt yüklenici tarafından yapılmasının iş sahibi açısından bir takım riskleri bulunmaktadır. Bu risklerin en başında iş sahibinin asıl yükleniciye işin başında bedeli ödemesiyle birlikte, asıl yüklenicinin alt yükleniciye bu bedeli ödememesi halinde iş sahibinin alt yükleniciye kanuni ipotek nedeniyle tekrar bedel ödemek zorunda kalması gelir. TMK m. 893 f. 3 hükmüne göre alt yüklenici iş sahibinin arsasında inşa ettiği yapı üzerinde çalışması sebebiyle asıl yükleniciden olan bedel alacağı için iş sahibine karşı kanuni ipotek hakkını ileri sürebilir ve tescilini talep edebilir. İşin alt yükleniciye bırakılması uygun olmasa veya alt yükleniciye bırakılan işten iş sahibinin haberi dahi bulunmasa bu hak kullanılabilir. Asıl yüklenici tapuda kendi bedel alacağı için kanuni ipotek hakkını tescil ettirmiş olsa bile bu hak kullanılabilir¹⁶⁸. İş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılan sözleşmeye alt yüklenicinin

¹⁶⁷ Tandoğan, II, 2010: 88; Aral/Ayrancı, 2014: 348; Kocaağa, 2014: 78.

¹⁶⁸ Tandoğan, II, 2010: 89; Eren, 2017: 613; Kocaağa, 2014: 78; Öz, 2016: 49; Şener, 2010: 57 vd; Yapı ipoteği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Altay/Eskiocak, 2007: 279 vd; Şener, 2010: 55 vd. Yarg. 15 HD, T. 21.04.2016, E. 2015/5673 K.2016/2437: “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 893 ve devamı maddelerinde düzenlenen yapı alacaklısı ipoteği (inşaatçı ipoteği) tesciline ilişkindir. TMK'nın 893/3. maddesinde “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar”ın kanuni ipotek haklarının olduğu ve bunun tescilini isteyebilecekleri, 895. maddesinde de zanaatkarların ve yüklenicilerin kanuni ipotek haklarının çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabileceği, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerektiği, tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olmasının şart olduğu, malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümler ile bir taşınmaz üzerinde yapılan kalıcı nitelikteki bir yapıya malzeme ve emek vererek veya sadece emek vererek katkıda bulunan, bu suretle taşınmaz malikinin malvarlığında değer artışı sağlayan yapı alacaklılarına kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Yapı alacağı, yalnız emek ile veya hem emek hem malzeme ile yapıya katkıda bulunma nedeniyle doğmuş alacağı; yapı alacaklıları ise, bir yapının inşasında, onarılmasında, genişletilmesi ve değiştirilmesinde eser sözleşmesine bağlı olarak çalışan yüklenicileri, alt yüklenicileri ve zanaatkarları ifade etmektedir. Yapı alacaklılarının ilk grubunu taşınmaz maliki ile aralarında eser sözleşmesi ilişkisi bulunan yükleniciler ve zanaatkarlar oluşturmaktadır. Taşınmaz maliki, yüklenici ve zanaatkarların kendisinden olan yapı alacaklarından sözleşme ilişkisi yanında kanun gereği de sorumlu tutularak bu kimselere ipotek vermekle yükümlü kılınmıştır. Yapı alacaklılarının ikinci grubunu ise taşınmaz maliki ile aralarında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmayan alt yüklenici ve zanaatkarlar oluşturmaktadır. Bu kişilerin akdî ilişkisi taşınmaz maliki ile eser sözleşmesi imzalamış olan asıl yüklenicilerdir. Bu kişiler yapım işini ayrı bir eser sözleşmesiyle yükleniciye karşı taahhüt etmişlerdir. Aralarında doğrudan bir eser sözleşmesi olmadığı halde taşınmaz maliki, alt yüklenicinin yükleniciden olan yapı alacaklarından kanun gereği sorumlu tutularak alt yükleniciye ipotek vermekle yükümlü kılınmıştır. Alt yüklenicinin yükleniciden olan alacağı, yüklenicinin taşınmaz malikinden olan alacağından ayrı ve bağımsız olduğundan alt yüklenicinin yapı ipoteği tescilini talep hakkı da, yüklenicinin yapı ipoteği tescilini talep hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır. Böylelikle aynı taşınmaz üzerinde iki ayrı kanuni ipotek tesisi mümkündür. Anılan maddelere göre yapı ipoteğinin yasal koşullarını, “a-Bir yapı alacağının mevcut olması, b-Alacağın çekişmeli olmaması, yani alacağın taşınmaz

kanuni ipotek hakkını kullanmasını kaldıran hükümler konulamaz. Aynı zamanda alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkından önceden vazgeçmesi de geçersizdir (TMK m. 893 f. 2).

Kamu mallarının borcun ödenmemesi halinde cebri icraya konu olmaları mümkün olmadığından, iş sahibinin kamu tüzel kişisi ve üzerinde inşaat yapılan taşınmazın kamu malı olması halinde, hem asıl yüklenici hem de alt yüklenicinin bu nitelikteki bir mal üzerinde bedel alacağı için kanuni ipotek hakkını kullanması mümkün değildir¹⁶⁹.

1.3.5.1.2.4. Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Fiillerinden Dolayı İşsahibine ve Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu

1.3.5.1.2.4.1. İş Sahibine Karşı

Asıl yüklenicinin alt yükleniciye işin bir kısmını veya tamamını devretme yetkisinin bulunması halinde, alt yüklenici asıl yüklenicinin ifa yardımcısı sayılır; alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan ise TBK m. 116 uyarınca asıl yüklenici sorumludur. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye işi devretme yetkisinin olmadığı durumda dahi aynı sonuç geçerlidir. Asıl yüklenicinin iş sahibine karşı TBK m. 116 yardımcı kişilerden sorumluluğu, alt yüklenicinin kendisine karşı sorumlu olmasına veya bu sorumluluğun kapsamına bağlı değildir¹⁷⁰.

Alt yüklenicinin yaptığı iş sebebiyle ayıplı bir eser iş sahibine teslim edilmişse, iş sahibi sözleşmeden dönme, bedelde indirim veya onarım hakkını kullandığında, asıl yüklenicinin sorumluluğu TBK m. 116'dan bağımsız şekilde kusursuz sorumluluk esasına göre olur. Buna karşın, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin tazminini kusur şartına bağladığı ayıptan doğan zararlar açısından, asıl yüklenicinin TBK m. 116 gereğince kusursuz sorumluluğu söz konusu olur¹⁷¹.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin zarar verici eylemlerinden dolayı TBK m. 116 uyarınca iş sahibine karşı sorumluluğu, asıl yüklenicinin işi alt yükleniciye yaptırma yetkisinin olmadığı durumlarda da söz konusudur. Burada işin alt yükleniciye yaptırılmasının caiz olup olmaması önemli değildir. İşin alt yükleniciye yaptırılmasının caiz olduğu durumda, asıl yüklenicinin sorumluluğu, yalnız alt yükleniciyi seçme ve ona talimat verme haliyle

maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması, c-Malik tarafından yeterli güvencenin gösterilmemiş olması, d-Yüklenilen işin tamamlanmasından itibaren en geç 3 ay içinde tescil talebinde bulunulması olarak saymak mümkündür". Davanın kime yöneltileceği konusuna gelince, aleyhine yapı ipoteği tescil edilecek kişi taşınmazın malikidir. Bu nedenle yapı ipoteği tesisine dair davanın taşınmaz malikine yöneltilmesi gerekir. Malik dışındaki davalıların davada taraf sıfatı (pasif husumet ehliyetleri) bulunmamaktadır", (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 09.08.2019).

¹⁶⁹ Tandoğan, II, 2010: 91; Eren, 2017: 614; Kocaağa, 2014: 614.

¹⁷⁰ Tandoğan, II, 2010: 92-93; Aral/Ayrancı, 2014: 348; Eren, 2017: 615; Kocaağa, 2014: 79-80.

¹⁷¹ Tandoğan, II, 2010: 93; Aral/Ayrancı, 2014: 349; Kocaağa, 2014: 79.

sınırlıdır. Asıl yüklenici, alt yükleniciyi denetleyemeyeceği için denetlemedeki dikkat ve özeni ihlal ettiği gerekçesiyle sorumluluğu söz konusu olmaz. Asıl yüklenicinin sorumluluğu belirtildiği üzere seçme ve talimat verme halleriyle sınırlı da olsa, o alt yükleniciyi iyi seçtiğini veya gerekli talimatı verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Burada TBK m. 507 f. 2’de vekalet sözleşmesinde düzenlenmiş özel hüküm uygulanmaz. TBK m. 507 f. 2’ye göre, vekil başkasına vekalet vermeye yetkili ise, sadece seçme ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Alt yüklenici bağımsız olsa da asıl yüklenicinin ifa yardımcısıdır. Bu sebeple asıl yüklenici alt yüklenicinin eyleminden ancak böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat ederek kurtulabilir¹⁷².

Alt yükleniciye işin yaptırılmasına ilişkin asıl yüklenicinin yetkisinin bulunmadığı hallerde bu durum sözleşmeye aykırı kusurlu davranış sebebiyle TBK m. 112 hükmü uyarınca sorumluluğu gerektirir. Alt yüklenicinin eylemi iş sahibine zarar vermişse TBK m. 112 uyarınca asıl yüklenici sorumlu olur. Böyle bir durumda sözleşmenin ihlali sözleşmenin kurulması ile değil alt yüklenicinin fiilen çalışmaya başlamasıyla gerçekleşir¹⁷³.

1.3.5.1.2.4.2.Üçüncü Kişilere Karşı

Asıl yüklenici alt yüklenicinin fiillerinden iş sahibine karşı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olurken üçüncü kişilere karşı adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 hükmü uyarınca sorumlu olur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu özen ilkesine dayalı sorumluluk hallerindedir. Bu sorumluluk TBK m. 66’da düzenlenmiştir. Buna göre, adam çalıştırın, çalıştırdığı kişinin kendisine verdiği işi yaparken sebep olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, sorumluluktan kurtulamama durumu yoktur. Hükümde de açıkça düzenlendiği üzere, adam çalıştırın, çalışanını seçerken, ona talimat verirken, denetler veya gözetlerken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, zarardan sorumlu olmaktan kurtulur (TBK m. 66 f. 2). Adam çalıştırın kavramı işveren kavramından geniştir, adam çalıştırın işlerini gördürmek için üçüncü kişinin hizmetine yönelen, onun hizmetinden yararlanan, hizmetine yöneldiği kişinin üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişidir¹⁷⁴.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, özel hukuk ilişkisi ve bağımlılık unsurlarını içinde barındıran sözleşmelerde söz konusu olur. Genellikle bu sözleşmelerin hizmet sözleşmesi

¹⁷² Tandoğan, II, 2010: 93-94; Eren, 2017: 614; Kocaağa, 2014: 79-80.

¹⁷³ Tandoğan, II, 2010: 92; Aral/Ayrancı, 2014: 348-349; Kocaağa, 2014: 80.

¹⁷⁴ Eren, 2016: 644.

olarak yapıldığı görülmektedir. TBK m. 66'da düzenlenen bu sorumluluk, öncelikle bir özel hukuk ilişkisi, ardından ise bağımlılık gerektiren bir çalışan-çalıştıran ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer anlatımla, adam çalıştıran ile çalışan arasında altlık-üstlük ilişkisi bulunmalıdır¹⁷⁵. Böyle bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda TBK m. 66 hükmü uygulanmaz. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu hüküm genel nitelikli bir hüküm olup, özel hukukta yardımcı kişilerin davranışlarından doğacak bütün sorumluluk hallerinde uygulanabilecektir¹⁷⁶.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun niteliği, objektif özen yükümlülüğüne dayanır. Adam çalıştıran, çalıştırdığı kişiler üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğüne sahiptir. Bununla birlikte kişisel özelliklerden ziyade her somut olayın kendi çerçevesinde geçerli olan özen objektif özen tanımını karşılar. Bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde adam çalıştıran özensiz davranmış olmakla, bu durumdan doğacak zararlardan da sorumlu olur. Bu sebeple, adam çalıştıran, çalıştırdığı kişilerin kendilerine verilen işleri gördükleri sırada başkalarına zarar vermemeleri için önleyici her türlü tedbiri almak zorundadır ve bu yönde özen yükümlülükleri vardır. Tedbirli, özenli davranmakla yükümlüdür. Adam çalıştıranın sorumluluğu da yukarıdaki özen yükümlülükleri gibi özen sorumluluğu olup, kusurun bulunup bulunmaması önem taşımaz. Adam çalıştıran aynı zamanda kusurluysa ek kusur kavramı söz konusu olur. Ek kusurun ise ancak tazminat miktarında indirime faydası olabilir. Yine adam çalıştıranın ayırt etme gücünün bulunmaması halinde bile sorumlu olmaması gibi bir durum söz konusu olmaz. Her halükarda, adam çalıştıran ortadaki zarardan sorumludur.

Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu hakkaniyet ve adalet ilkelerine dayanır. Zira başkalarının yardımından faydalanan kişi, bu kişilerin başkalarına verebileceği zarardan da

¹⁷⁵ Eren, 2016: 640; Antalya, 2012: 549; Yavuz, N. 2013: 532; Kılıçoğlu, 2016: 343; Hatemi/Gökyayla, 2015: 151. Bu arada, adam çalıştıranın sorumluluğunda çalışma ilişkisi söz konusu olsa da geçerli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekmez. Önemli olan bağımlılık unsurunun var olmasıdır. Bağımlılık unsuru eser sözleşmelerinde ise bulunmamaktadır. Bu sebeple yükleniciye yaptırılan iş dolayısıyla üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde iş sahibinden tazminat istenemez. Yargıtay'a göre ise, iş sahibinin yükleniciye karşı, emir talimat verme veya denetleme yetkisinin tanındığı durumlarda bağımlılık unsuru sağlanmış olup iş sahibi de adam çalıştıranın sorumluluğuna tabi olur. Bu yönde bk. Nomer, 2015: 162-163. Sorumluluk için geçerli bir hukuki ilişkinin gerekmediğine dair bk. Uygur, 2010: 2704. Oğuzman/Öz'e göre, "Buna karşılık, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabi olarak çalıştırdıkları kişilerin, işlerini görürken üçüncü kişilere verdikleri zararlardan, bunları çalıştıran kamu tüzel kişisinin sorumluluğu kamu hukuku kurallarına tabidir", II, 2013: 141. Yarg. 21. HD, T. 10.12.2018, E. 2017/1264, K. 2018/9092: "Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştıranın buyruğu altında olması, onun gözetiminde işi yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gerekir. Bunun yanında meydana gelen zararın müstahdem in istihdam edenin maksatları için bir hizmetin görüldüğü sırada doğmuş olması zorunludur. Başka bir deyişle, müstahdeme gördürülen hizmetle zarar arasında "gaye ve görev bakımından" çok sıkı bir münasebet olmalıdır. Bu bakımdan hizmetin ifası ile zararın ikat arasındaki zaman ve yer bağılılığı ve zararın istihdam edenin hizmetin görülmesi için verdiği vasıta ile meydana getirilmesi hizmetin icrası esnasında zararın meydana geldiğini bir karine, emare olarak kabul edilebilirse de, daima bu unsurlara isnat etmek doğru sonuç vermez. Bu nedenle, bu dış görünüş unsurlarından ziyade, zarar verici fiilin, istihdam edenin müstahdeme kendi gayesi için tevdi ettiği hizmetlerin ifası alanında işlenmiş olması alınır. (01/11/2017 tarih 2017/17-1315 Esas, 2017/1239 Karar sayılı HGK Kararı)", (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹⁷⁶ Eren, 2016: 640; Antalya, 2012: 548.

sorumludur. Aksi halde, adam çalıştıran çalıştırdığı kişileri seçmekte ve denetlemekte özensiz davranır ve bundan doğan zarardan da sorumlu olmazdı. Adam çalıştıran, başkalarını kullanmakla, üçüncü kişilere zarar verme olasılığını arttırmış bulunmaktadır¹⁷⁷.

Adam çalıştıranın sorumluluğunda TBK m. 66 ile TBK m. 116 arasındaki bağlantıyı incelemek gerekir. TBK m. 116 hükmü yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Her iki düzenleme de, başkasının fiilinden dolayı sorumluluk ile ilgilidir. Başkasının fiilinden dolayı sorumluluk bulunmakla beraber, her iki düzenlemede de sorumlu olanın kusuru aranmaz¹⁷⁸. TBK m. 66 hükmü, yardımcı kişinin sözleşme dışı sorumlulukla üçüncü kişiye haksız fiiliyle zarar vermesi halini düzenlerken, TBK m. 116 ise, zarar gören ile adam çalıştıran arasında önceden var olan sözleşme sonucu verilen zararı düzenlemektedir¹⁷⁹. Bir diğer anlatımla, zarar görenle adam çalıştıran arasında zararın görüldüğü sırada bir sözleşme ilişkisi bulunmaması durumunda TBK m. 66 hükmü, borcun ifasında yardımcı kişilerin kullanılması ve bunun sonucu olarak sözleşmesel ilişki çerçevesinde üçüncü kişiye zarar verilmesi durumlarında ise TBK m. 116 hükmü söz konusudur. TBK m. 66 ile m. 116 hükmü birbiriyle yarışabilir¹⁸⁰. Bununla birlikte iki hükmün de yarışabilmesi için davranışın hem haksız fiil hem sözleşmeye aykırılık içermesi hem de çalışanın adam çalıştırana bağımlı olması gerekir¹⁸¹.

TBK m. 66 düzenlemesine göre, adam çalıştıran yardımcı kişinin fiilinden kusurlu veya kusursuz olması fark etmeksizin sorumludur. Objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve bu yükümlülüğü yerine getirseydi dahi zararın doğacağını kanıtlayan adam çalıştıran sorumluluktan kurtulabilir. Oysaki TBK m. 116'ya göre borçlu, yardımcı kişinin yerine geçip onun gibi davransaydı bu durumda kendisine kusur yüklenebileceği hallerde

¹⁷⁷ Eren, 2016: 641; Kılıçoğlu, 2016: 342. Yarg. HGK., T. 01.11.2017, E. 2017/17-1315 K. 2017/1239: “Adam çalıştıranın sorumluluğu (818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) ’nun “İstihdam edenlerin mes’uliyeti” başlığı altında düzenlenen 55. maddesinde, “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes’uldür” hükmü öngörülmüştür. Anılan madde de deyimini bulan, istihdam edenlerin, müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam edenlerin sorumluluğu hakkında gerek doktrinde gerek içtihatlardaki (27.03.1957 gün ve 1/3; 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararları) baskın görüş bunların kusursuz bir sorumluluğa tabi tutulmaları doğrultusundadır. İş gördürenin sorumluluğunun kaynağı, göstermekle yükümlü olduğu özenle iş görme (ihtimam) ödevinin ihlalidir. Sorumluluğun kökü, bizzat sorumlu şahsın ya da şahısların durumundadır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarını zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Esasen istihdam edenin sorumluluğunun dayanağı, onun müstahdeme nezaret ve özen hususundaki objektif vazifesinin ihlali teşkil eder”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹⁷⁸ Antalya, 2012: 550; Şenocak, 1995: 139.

¹⁷⁹ Eren, 2016: 641; Antalya, 2012: 550; Kılıçoğlu, 2016: 344; Oğuzman/Öz, II, 2013: 141; Nomer, 2015: 172. Şenocak’a göre, “ifa yardımcısı kavramı, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifa faaliyetlerine katılan kişiyi ifade eder”, 1995: 104.

¹⁸⁰ Oğuzman/Öz, II, 2013: 142; Şenocak, 1995: 136.

¹⁸¹ Antalya, 2012: 550.

sorumlu olur. TBK m. 66 bağımlılık unsuru ararken, TBK m. 116 hükmü bağımlılık unsuru aramaz. TBK m. 66 hükmü, kendisine verilen işi gördüğü sırada verilen zararlardan sorumluluğu düzenlerken, TBK m. 116 hükmü, hem borcun ifası hem de bir sözleşme ilişkisinden doğan hakkın kullanılması sırasında verilen zararlardan sorumluluğu düzenler. TBK m. 116 hükmü, sorumsuzluk anlaşması yapabilmeyi imkan dahilinde kılmişken, TBK m. 66 hükmüne göre, önceden sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Öğretideki görüşlerden birine göre, TBK m. 66 hükmü emredici nitelikte olup, sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir. Bir diğer görüşe göre ise, her iki hüküm dahilinde sorumsuzluk anlaşması yapılabilir¹⁸².

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için, zarar olgusunun gerçekleşmesi, özen yükümünün ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, hukuka aykırılık unsurunun bulunması, bunların dışında çalışanın adam çalıştırana bağımlılık ilişkisi ile bağlı bulunması ve zararın çalışana verilen işi gördüğü sırada meydana gelmesi gerekir¹⁸³. Çalışan, adam çalıştırmanın menfaatine iş yapmalıdır.

Adam çalıştırın, çalışanın verdiği zarar ile gerçekleştirmiş olduğu fiil arasındaki nedensellik bağının koptuğunu kanıtlayarak genel kurtuluş sebebiyle sorumluluktan kurtulabilir. Adam çalıştırmanın göstermesi gereken özenin ölçüsü, *gerekli özendir*. Bu anlamda adam çalıştırmanın göstermesi gereken özen, objektiftir. Özen objektif yükümlülük olsa da, somut durum ve şartların varlığında her somut olayın niteliğine göre gösterilmesi gerekli özenin tespit edilmesi gerekir. Bir diğer anlatımla, buradaki özen genel olarak soyut durum ve şartlardaki gösterilmesi gereken özen değildir¹⁸⁴. Bu durumda, her durum ve şarta göre adam çalıştırmanın göstermesi gerekli olan özen değişiklik gösterebilir. Ayrıca işin tehlikeli olması, kapsamı ve niteliği, işin niteliğine göre çalışanlara eğitim verilip verilmeyeceği veya bunların denetlenmesi gibi etmenler de gösterilmesi gereken özenin ölçüsünün belirlenmesinde önem taşır¹⁸⁵.

TBK m. 66'daki sorumluluğun dayanağı, kanun koyucunun adam çalıştırana yüklediği objektif özen yükümlülüğünün ihlalidir. Zarar gören, adam çalıştırmanın fiillerinden dolayı zarara uğradığını ispatladığı an adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olur. Bununla

¹⁸² Eren, 2016: 641 vd; Antalya, 2012: 550-551. İfa yardımcılarında dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği ve şartlarına dair bk. Şenocak, 1995: 239 vd., Yavuz, N. 2013: 743.

¹⁸³ Eren, 2016: 643 vd.; Antalya, 2012: 553; Kılıçoğlu, 2016: 342 vd.; Nomer, 2015: 171 vd.; Oğuzman/Öz, II, 2013: 143 vd. Yarg. 21. HD, T. 10.12.2018, E. 2017/1264 K. 2018/9092: “ *Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştırmanın buyruğu altında olması, onun gözetiminde işi yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gerekir. Bunun yanında meydana gelen zararın müstahdem in istihdam edenin maksatları için bir hizmetin görüldüğü sırada doğmuş olması zorunludur*”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

¹⁸⁴ Antalya, 2012: 558; Eren, 2016: 649; Kılıçoğlu, 2016: 347, Nomer, 2015: 172.

¹⁸⁵ Eren, 2016: 649; Kılıçoğlu, 2016: 347; Nomer, 2015: 172.

birlikte, adam çalıştırmanın bahsi geçen zararlardan dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için kanunda kurtuluş kanıtı da düzenlenmiştir. Buna göre adam çalıştırın, zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif özeni gösterdiğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Burada kurtuluş kanıtının niteliği kusursuzluk kanıtı değil, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır¹⁸⁶.

Adam çalıştırmanın gerekli özeni göstererek sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak özen noktaları şunlardır: Öncelikle adam çalıştırın, çalışanın seçiminde gerekli özeni gösterdiğini kanıtlamış olmalıdır. Buna göre, adam çalıştırın çalışanın seçerken, yetenekli, yeterli fiziki ve mesleki donanıma sahip, tecrübeli ve güvenilir olma gibi ahlaki yönlerden de güçlü olanını tercih etmelidir. Bu şekilde davranan çalıştırın, gerekli özeni göstermiş sayılır. Adam çalıştırının çalışanın seçiminde, her koşul ayrı değerlendirilir. Bir diğer anlatımla, işin niteliğine göre seçilen işçinin niteliği de değişir. Adam çalıştırın aynı zamanda, seçimde özenli davrandığını her türlü delille (tanık anlatımı, yazılı belgeler vs.) ispatlayabilir. Çalışanın seçiminde olduğu gibi işin devamı sırasında da gerekli özen gösterilmelidir¹⁸⁷. İkinci olarak adam çalıştırının göstermesi gerekli bir diğer özen, talimat vermedeki özendir. Adam çalıştırın işin görülmesiyle ilgili her türlü emir, talimat ve çalışana bilgi vermekle yükümlüdür. Verilen talimatlar her işin önem, nitelik ve derecesine göre değişir¹⁸⁸. Çalışana gerekli araç ve gerecin verilmesi de bu kapsamdadır¹⁸⁹. Son olarak ise, denetim ve gözetimde gösterilmesi gereken özeni incelemek gerekir. Adam çalıştırın çalıştırdığı kişiler üzerinde denetleme yapmakla da yükümlüdür. Bu denetimin sürekli olması gerekli olmadığı gibi, doğal olarak mümkün de değildir. Belli zaman aralıklarıyla denetleme mümkündür. Bu durum, aynı zamanda çalışanda çalıştırın tarafından işleriyle ilgili takip edildiği hissi oluşturur. Çalışanın bu hisle iş görmesi denetim yönünden özenin gösterildiğini kanıtlama bakımından yeterlidir. Denetlemenin ölçüsü her işin durum ve şartlarına göre değişir. Çalışan, işinde yetenekli ve uzmansa, daha az denetim bile yeterlidir. Bununla birlikte, işletme dışındaki çalışanlar yönünden daha fazla özen gösterilmelidir¹⁹⁰.

Görüldüğü üzere, adam çalıştırın yukarıda sayılan üç noktada gerekli özeni gösterdiğini kanıtladığı zaman, TBK m. 66'nın üzerine yüklediği sorumluluktan kurtulur. Sayılan özenlerden birini bile yerine getirmeyen çalıştırın, özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle, doğacak zararları tazminle yükümlüdür.

¹⁸⁶ Eren, 2016: 649.

¹⁸⁷ Eren, 2016: 650; Antalya, 2012: 559; Hatemi/Gökayla, 2015: 155; Yavuz, N. 2013: 534; Uygur, 2010: 2705; Oğuzman/Öz, II, 2013: 149.

¹⁸⁸ Eren, 2016: 650; Antalya, 2012: 560; Şenocak, 1995: 138.

¹⁸⁹ Antalya, 2012: 560; Nomer, 2015: 173; Şenocak, 1995: 138; Uygur, 2010: 2705.

¹⁹⁰ Eren, 2016: 651; Antalya, 2012: 560.

Adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir diğer sebep ise, objektif özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinin kanıtlanmasıdır. Buna göre, adam çalıştırın göstermesi gerekli olan tüm özeni göstermesine rağmen yine de zararın doğacağını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Bu durumda zarar ile özen arasındaki illiyet bağı kesilmiş olur. İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarar görenin kusurudur. Örneğin, başka bir kişinin ittirmesiyle dengesi bozulan işçinin elindeki tuğlayı düşürerek aşağıdan geçen bir kişiye zarar verdiği durumda illiyet bağı kesilir. Bu durumda adam çalıştırının sorumluluğundan bahsedilemez. Zira gerekli olan özeni gösterse bile, zarar ile göstermesi gereken özen arasında uygun illiyet bağı bulunmaması sebebiyle adam çalıştırın sorumlu olmaz¹⁹¹.

Sonuç olarak, asıl yüklenici alt yüklenicinin kendisine bırakılan işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zarardan adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66

¹⁹¹ Eren, 2016: 651; Antalya, 2012: 560-561; Hatemi/Gökyayla, 2015: 155. Tüm bu anlattıklarımız yanında Yargıtay'ımızın adam çalıştırının sorumluluğunu özetler mahiyetteki HGK kararını da burada paylaşmak istiyoruz: Yarg. HGK., T. 01.11.2017, E. 2017/17-1315 K. 2017/1239: “Sürücü ile işleten arasındaki sorumluluk ilişkisinin 2918 sayılı Kanun’da düzenlenmediği göz önüne alındığında genel hükümler çerçevesinde aralarındaki sorumluluğun ele alınması gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi davalı kurumda görevli olan Levent A.’nın destek ve manevi zarar talebinde bulunan davacılar yönünden “adam çalıştırın” olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Adam çalıştırının sorumluluğu (818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) ’nun “İstihdam edenlerin mes’uliyeti” başlığı altında düzenlenen 55. Maddesinde (TBK m. 66), “Başkalarına istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes’uldür” hükmü öngörülmüştür. Anılan madde de deyimini bulan, istihdam edenlerin, müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştırın kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam edenlerin sorumluluğu hakkında gerek doktrinde gerek içtihatlardaki (27.03.1957 gün ve 1/3; 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları) baskın görüş bunların kusursuz bir sorumluluğa tabi tutulmaları doğrultusundadır. İş gördürenin sorumluluğunun kaynağı, göstermekle yükümlü olduğu özenle iş görme (ihtimam) ödevinin ihlalidir. Sorumluluğun kökü, bizzat sorumlu şahsın ya da şahısların durumundadır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Esasen istihdam edenin sorumluluğunun dayanağı, onun müstahdeme nezaret ve özen hususundaki objektif vazifesinin ihlali teşkil eder. Yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararından da anlaşılacağı gibi Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince adam kullananın sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan değildir. Bu noktada, Borçlar Kanununun 55. maddesinde düzenlenen “adam çalıştırının sorumluluğu” için, somut olayda “adam çalıştırma ilişkisi” ile “çalıştırılanın hizmetini yerine getirirken hukuka aykırı bir eylemle zarar vermesi” unsurlarının gerçekleşmesi zorunludur. Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştırının buyruğu altında olması, onun gözetiminde işi yapması ve onun talimatıyla bağı bulunması gerekir. Bunun yanında meydana gelen zararın müstahdemin istihdam edenin maksatları için bir hizmetin görüldüğü sırada doğmuş olması zorunludur. Başka bir deyişle, müstahdeme gördürülen hizmetle zarar arasında “gaye ve görev bakımından” çok sıkı bir münasebet olmalıdır. Bu bakımdan hizmetin ifası ile zararın ikai arasındaki zaman ve yer bağılılığı ve zararın istihdam edenin hizmetin görülmesi için verdiği vasıta ile meydana getirilmesi hizmetin icrası esnasında zararın meydana geldiğini bir karine, emare olarak kabul edilebilirse de, daima bu unsurlara isnat etmek doğru sonuç vermez. Bu nedenle, bu dış görünüş unsurlarından ziyade, zarar verici fiilin, istihdam edenin müstahdeme kendi gayesi için tevdi ettiği hizmetlerin ifası alanından işlenmiş olması nazara alınır. Somut olayda, zararı doğuran olayın işverenin işinin görüldüğü, işverenin emir ve talimatı dahilinde hareket edildiği sırada ve hizmetle ilgili olarak oluşmuş olup, hukuka aykırı eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu hususunda taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır. İstihdam eden BK’nın 55. maddesinde öngörülen sorumluluktan “hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi” ya da “illiyet bağının kesilmesi” halinde kurtulabilir”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

hükmü uyarınca sorumludur. Bu sorumluluk, bir özen sorumluluğudur. Yüklenici, alt yükleniciyi seçerken, alt yükleniciye kendisine bırakılan iş ile ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken bir zarar doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

1.3.5.2.Araç ve Gereçleri Sağlama

Araç ve gereçleri sağlama borcu, TBK m. 471 f. 4'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, aksine anlaşma veya adet olmadıkça, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan araç ve gereçleri yüklenicinin kendisi sağlamak mecburiyetindedir. Görüldüğü üzere, açık hüküm gereği, kural olarak yüklenici araç ve gereçleri sağlamalıdır. Yüklenici, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan araç ve gereci, masrafları kendine ait olmak üzere temin eder. Hükümün lafzından da anlaşıldığı gibi, bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Yani TBK m. 471 f. 4 hükmü, düzenleyici bir hükümdür. Aynı zamanda bu borç, bir yan edim yükümlülüğü niteliğindedir¹⁹². Hükümde bahsi geçen, eserin meydana getirilmesi bakımından gerekli olan araç ve gereçlerdir. Bir diğer anlatımla, eserin meydana getirilmesinde kullanılan araç ve gereçler değil de, eseri meydana getiren gereçler söz konusu ise, bu hüküm kapsamına giremez¹⁹³. Eseri oluşturan malzemeler, TBK m. 472 hükmü kapsamındadır. Araç ve gereçler, eserin tamamlanmasından sonra eserden ayrılabilen ve yüklenici tarafından geri alınabilen şeylerdir¹⁹⁴. Yüklenicinin malik olması zorunlu değildir; yüklenici araç ve gereçleri başkasından kiralayabilir veya ödünç alabilir¹⁹⁵. Araç ve gereç kavramına şantiye binası, kazma, kürek, çeşitli makineler, işçilerin kalacağı baraka, depo vs. girebilir.

Eser sözleşmesi, bu yönüyle kısmen de olsa hizmet sözleşmesinden ayrılır. Zira hizmet sözleşmesinde, aksine bir durum olmadıkça, işçi için gereken araç ve gereci, işveren sağlamakla yükümlüdür; zaten çoğu zaman işçinin iş gücünden başka ortaya koyacağı bir şeyi yoktur. Buna karşılık işin gereği gibi ifası için, aksine hüküm bulunmadıkça, araç ve gereç sağlama borcu yükleniciye aittir¹⁹⁶.

Genel nitelikli bir borç olduğu için, yüklenicinin özen borcu, araç ve gereç sağlama borcu bakımından da önem taşımaktadır. Yüklenicinin, araç ve gereçleri sağlarken göstermesi

¹⁹² Eren, 2017: 615; Kaplan, 2013: 57.

¹⁹³ Gümüş, II, 2014: 15. "Çalışma araçlarını da malzeme kavramından ayırmak gerekir. Çalışma araçları, eserin tamamlanmasından sonra ondan ayrılabilen veya yüklenicinin maliki olması sebebiyle geri alınabilen şeylerdir", bk. Aynı yönde Uygur, 2010: 7722; Selimoğlu, 2010: 94.

¹⁹⁴ Tandoğan, II, 2010: 102; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 538.

¹⁹⁵ Tandoğan, II, 2010: 102; Büyükay, 2013: 147; Dayınlı, 1993: 35.

¹⁹⁶ Tandoğan, II, 2010: 102.

gereken özen, araç ve gereçlerin yeterli ve kullanıma elverişli olmasında kendini gösterir¹⁹⁷. Aksi takdirde iş sahibinin TBK m. 473 f. 2'ye başvurma hakkı doğar. Bu durumda iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek veya verdirerek bu süre içerisinde yükleniciden ayıbı gidermesini isteyebilir. Yüklenici bu isteği yerine getirmezse, iş sahibi bu konuda önceden yapacağı ihtarla hasar ve masrafların yükleniciye ait olmak üzere eserin onarımı veya işin devamını üçüncü kişiye bırakabilir.

Araç ve gereçleri iş sahibi sağlayacaksa, bu durumda da yine yüklenicinin özen borcu devreye girer. Buna göre, yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan araç ve gereçleri özenle kullanmak zorundadır. Aksi davranış, TBK m. 472 f. 2'ye başvurma hakkı verir. TBK m. 472 f. 2'ye göre yüklenici, sağlanan araç ve gereçleri özenle kullanmak ve bundan dolayı iş sahibine hesap vermek zorundadır. Ayrıca, burada TBK m. 483 f. 2 hükmü de kıyasen uygulanabilir¹⁹⁸. Buna göre, iş sahibi tarafından verilen malzeme yüzünden eserin yok olması durumunda yüklenici doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderleri isteyebilir. İş sahibi kusurluysa yüklenici ayrıca zararın giderilmesini de isteyebilir.

1.3.5.3. Malzeme Sağlama

Malzeme sağlama borcu açısından araç ve gereç sağlama borcunda olduğu gibi bir kural yoktur. TBK'nın ilgili hükümlerinde malzemenin sözleşmenin hangi tarafınca sağlanacağına yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Malzemeyi, yüklenici sağlayabileceği gibi, iş sahibi de sağlayabilir. Uygulamada malzeme sağlama borcunun çoğu zaman yüklenici tarafından üstlenildiği görülmektedir. Bu durum öğretide ise tartışmalıdır. Baskın görüşe göre¹⁹⁹, TBK m. 472 f. 1'de yer alan "malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa" ifadesi ile TBK m. 471 f. 4'ün zıt anlamı göz önünde bulundurulduğunda aksine bir anlaşma olmadıkça malzeme sağlama borcunun kural olarak iş sahibine ait olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle şüphe halinde malzeme sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu kabul edilmektedir²⁰⁰.

Malzeme yukarıdaki başlıkta sözü edilen araç ve gereç kavramlarıyla aynı anlamı taşımaz. Malzeme, eseri oluşturan ve onun içerisinde eriyen, eseri meydana getiren

¹⁹⁷ Eren 2017: 616; Kocaağa, 2014: 83.

¹⁹⁸ Aral/Ayrancı, 2014: 351; Kocaağa, 2014: 83.

¹⁹⁹ Eren, 2017: 617; Gümüş, II, 2014: 16; Kocaağa, 2014: 85.

²⁰⁰ Yarg. 15. HD, T. 20.05.1985, E. 1985/4396 K. 1985/1727: "... tarihli sözleşmede inşaat ruhsatının davalı tarafından temin edileceğine dair bir hüküm yer almamıştır. Böyle olunca kural olarak inşaat ruhsatının davacı iş sahibi tarafından temin edilmesi gerektiği halde, davacının bu yola gitmemekte kusurlu olduğu açıktır", Uygur, 2010: 7787.

maddedir²⁰¹. Malzeme, ham madde olabileceği gibi, önceden imal edilmiş yarı işlenmiş malzeme de olabilir²⁰². Yüklenicinin kullandığı araç ve gereçler ile eserin yapılacağı arsa ve planlar malzeme kavramına girmez²⁰³. Malzemenin kullanımı, eseri meydana getirmenin olmazsa olmaz şartı iken, malzemenin imali, eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz²⁰⁴.

Malzemenin sağlanması bakımından eser sözleşmesi de ikiye ayrılır. Buna göre, iş sahibi tarafından malzemenin sağlandığı, yüklenici tarafından eserin meydana getirildiği durumlarda olağan eser sözleşmesi söz konusudur. Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı hallerde ise eser teslim sözleşmesi söz konusu olur²⁰⁵. İşte tam burada asıl konumuzu oluşturan yüklenicinin özen borcuna değinmek gerekir. Zira yüklenicinin özen borcunun malzeme sağlama borcundaki görünümü bu noktada anlam kazanır.

Yüklenici, malzeme sağlamayı üstleniyorsa, ayıpsız, iyi cinsten malzeme sağlamak zorundadır. Malzemenin sözleşmede aranan niteliklere uygun, yapıma elverişli ve lüks kalitede olması şart değilse de en azından orta kalitede olması gerekir²⁰⁶. Ayıpsız malzemedan kasıt, dürüstlük kuralına göre veya tarafların üzerinde anlaştıkları nitelikte eser meydana getirmeyi sağlayacak malzemedir²⁰⁷. Uyuşmazlık halinde malzemenin niteliği ve kalitesi, dürüstlük kurallarına göre belirlenir.

Yüklenici, TBK m. 472 f. 1 gereği, ayıplı malzemedan dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Eski Borçlar Kanunu döneminde yüklenicinin sorumluluğunun hangi hükümlere dayanacağı tartışmalıydı. Bu tartışma ayıplı malzeme hakkında satış sözleşmesine ilişkin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin mi yoksa eser sözleşmesine ilişkin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin mi uygulanacağı noktasında toplanmaktaydı. eBK m. 357 f. 1'e göre "*Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mes'ul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir*". Bu hükmün son kısmından

²⁰¹ Tandoğan, II, 2010: 104; Eren, 2017: 616; Selimoğlu, 2010: 94; Büyükay, 2013: 146; Dayınlarlı, 1993: 35.

²⁰² Tandoğan, II, 2010: 104; Eren, 2017: 616; Kocaağa, 2014: 84.

²⁰³ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 539; Tandoğan, II, 2010: 104; Eren, 2017: 616; Gümüş, II, 2014: 16; Kocaağa, 2014: 84.

²⁰⁴ Tandoğan, II, 2010: 104.

²⁰⁵ Eren, 2017: 616-617; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 539; Kocaağa, 2014: 86.

²⁰⁶ Tandoğan, II, 2010: 106; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 539; Büyükay, 2013: 147. Yarg. 15 HD, T. 28.05.1992, E. 1992/5424 K. 2892: "*BK m. 357/1 madde gereğince yüklenici imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Yine BK m. 357/3 madde gereğince iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olduğu anlaşıldığında, yüklenici bundan iş sahibini derhal haberdar etmeye mecbur olup aksi takdirde bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Somut olayımızda, yüklenici kendisine düşen bu yükümlülükleri yerine getirmemiş, BK m. 360/1 madde gereğince iş sahibi yapılan şeyin işin kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı olması durumunda o şeyi kabulden imtina edebileceği kuralından hareketle yola çekilen ihtilaf konusu stabilize malzemenin kaldırılmasını yükleniciden istemiş, böylece eserin o bölümünü haklı olarak kabul etmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenler karşısında davanın reddi gerekirken...*", Uygur, 2010: 7789.

²⁰⁷ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 539; Eren, 2017: 617; Gümüş, II, 2014: 16; Uygur, 2010: 7780.

dolayı bir görüşe göre²⁰⁸ yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olması sebebiyle eser ayıplı meydana gelmişse, eser sözleşmesinin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri değil satış sözleşmesinin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri uygulanır. Diğer görüşe göre ise²⁰⁹ m. 357 f. 1’de satış sözleşmesine yapılan bu atıf yalnızca zapttan sorumluluk bakımındandır. Yüklenicinin sorumluluğu esasen eser sözleşmesinin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine tabidir. Zira aksi takdirde eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğunu ayıbın sebebine göre farklı hükümlere tabi tutma sonucu meydana gelir ve bu sonuç amaçsal yoruma uygun düşmez²¹⁰.

Bununla birlikte TBK m. 472 f. 1 hükmü, yüklenicinin iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağını belirtmiştir. Hükmün gerekçesi de “...maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 357’nci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan ‘...malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir’ şeklindeki ibare tasarıda ‘...bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur’ şekline dönüştürülmüştür. Böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu fıkra da duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirlenmiş...” olduğunu ifade etmiştir. Hüküm ve gerekçesinden anlaşılacağı üzere, TBK yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması durumunda yüklenicinin sorumluluğu açısından satış sözleşmesindeki ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine atıf yapmıştır. Bu durumda ayıplı malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa, yüklenici satış sözleşmesine ilişkin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri (TBK m. 219-231) uyarınca sorumlu olur²¹¹.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hallerde yüklenicinin ihtarına rağmen iş sahibi, eser için elverişsiz bir malzemeyi yüklenicinin kullanmasına dair ısrar ederse, yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar. Bu durumda yüklenici, uğradığı zarar sebebiyle yaptığı işin değerini ve masraflarını talep edebilir²¹².

Malzemeyi iş sahibi sağlamışsa yukarıda da belirtildiği üzere, olağan eser sözleşmesi söz konusu olur. Malzemeyi, iş sahibinin karşılaması kural olup, şüphe halinde de iş sahibinin malzemeyi sağlayacağı kabul edilmelidir²¹³. Malzeme iş sahibi tarafından sağlansa dahi yüklenicinin özen borcu devam eder. Bu durum, TBK m. 472 f. 2’de açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi öncelikle özen göstererek

²⁰⁸ Gümüş, II, 2014: 17, dn. 92’de adı geçen yazarlar.

²⁰⁹ Aral/Ayrancı, 2014: 353; Eren, 2017: 618.

²¹⁰ Aral/Ayrancı, 2014: 353; Kocağa, 2014: 87.

²¹¹ Kocağa, 2014: 87-88; Gümüş, II, 2014: 18.

²¹² Tandoğan, II, 2010: 108.

²¹³ Eren, 2017: 617.

kullanmakla yükümlüdür. Yüklenici malzemeyi dikkatle kullanmalı, korumalıdır. Yüklenici, malzemeyi cins ve niteliğine göre koruyup saklamalı, üçüncü kişilerin malzemeye müdahalesini engellemeli, yine malzemenin değerini ve özelliğini korumasını sağlayacak her türlü önlemi almalıdır²¹⁴. Bu koruma, malzemenin yok olmasını önlemek olabileceği gibi, hasar görmesini engellemek şeklinde de olabilir. Örneğin, çimentoların yağmur altında ıslanmasını önlemek için tedbirler almak²¹⁵ yüklenicinin özen borcu kapsamında yer alır. Malzemeyi sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu durumlarda, yüklenici azami ölçüde özenli davranmak zorundadır. Yine yüklenici, malzemenin kullanımına dair iş sahibine hesap verme yükümlülüğü altındadır. Ek olarak, artan malzemeyi, iş sahibine iade ile de yükümlüdür. Hükümde geçen bu yükümlülükler de yüklenicinin özen borcunun doğal sonuçlarıdır. Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da sigortadır. Özen borcunun kapsamına, kural olarak sigorta yaptırma zorunluluğu girmese de, sigorta yaptırma, sözleşme ile yüklenicinin borcu haline getirilebilir²¹⁶. Bu durumda, özen borcu sigorta yapma zorunluluğunu da kapsar. Özen borcunun uygulama hallerinden biri olan TBK m. 472 f. 2 hükmünün kusurlu ihlali TBK m. 112'ye göre, zararın tazminini gerekli kılar²¹⁷.

1.3.5.4.İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme

Yüklenicinin borçlarından birisi de işe zamanında başlama ve devam etme borcudur. Zira işe zamanında başlayarak eseri zamanında teslim etmede iş sahibinin yararı bulunmaktadır. İşe zamanında başlama ve bitirme borcu, aynı zamanda TBK'da ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. TBK m. 473' e göre, yüklenici işe zamanında başlamaz, işi kararlaştırılan zamana aykırı olarak geciktirir veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebepten iş gecikir de belirlenen zamana kadar işin yetiştirilemeyeceği anlaşılırsa, iş sahibi teslim vaktini beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. Eser sözleşmesi, sonucu garanti eden bir sözleşme türü olduğu için, yüklenici eseri süresinde teslim edebilmek için işe zamanında başlamalı ve devam etmelidir²¹⁸. Anılan hüküm emredici nitelikte olmayıp, taraflarca aksi kararlaştırılabilir. TBK m. 473 hükmü ile maddi yükümlülük olan teslim ile beraber, eser meydana getirme unsuruna ait iş görme ediminin olduğu dolaylı şekilde ifade edilmiş, bunun sonucu olarak ise iş sahibine teslimden önceki gecikme sebebiyle sözleşmeden erken dönme

²¹⁴ Eren, 2017: 619; Uygur, 2010: 7780; Büyükay, 2013: 149; Dayınlarlı, 1993: 36.

²¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 540.

²¹⁶ Tandoğan, II, 2010: 110; Eren, 2017: 619; Uygur, 2010: 7780.

²¹⁷ Gümüş, II, 2014: 19; Uygur, 2010: 7780; Dayınlarlı, 1993: 36.

²¹⁸ Gümüş, II, 2014: 21; Kaplan, 2013: 55.

hakkı tanınmıştır²¹⁹. Düzenlenen bu hükümlerle, sadece tamamlanan eserlerin teslimi değil, eserin meydana getirilmesinin de borçlanıldığına işaret edilerek, işin icrasındaki, yani teslimden önceki temerrüt açıklanmaktadır²²⁰.

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi, yüklenicinin özen borcunun ihlalidir. Çünkü yüklenici basiretli davranmak zorundadır; işin planlamasını ve zamanlamasını yapmak yüklenicinin görevidir. Eser sözleşmesinde uzman kişi yüklenici olduğu için işin hangi aşamalardan oluştuğunu ve her bir aşamanın ne kadar zaman gerektirdiğini ancak yüklenici bilebilir. Esasen bilmesi gerekir. Doğru zaman çizelgesini uygulamak yüklenicinin görevidir. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması halinde, iş sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi, yükleniciye masrafları kendisine ait olmak üzere üçüncü bir kişiye bu eseri yaptıracığına dair ihtar çekebilir (TBK m. 473). TBK m. 473'te düzenlenen bu iki durumun oluşabilmesi için birtakım şartların oluşması gerekir. Bahsi geçen konular bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1.3.5.5.Ek İş ve İş Değişikliği

1.3.5.5.1.Genel Olarak

Uygulamada eser sözleşmesi ve eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleriyle ilgili olarak ek iş ve iş değişikliği, önemli ihtilaf konularındandır. Her ne kadar durum böyle olsa da, ne yazık ki eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerde, ek iş ya da iş değişikliğine uygulanacak özel bir düzenleme yoktur. Sözleşmeler hukukunda temel ilkelerden olan ahde vefa ilkesi gereği taraflar sözleşmeden doğan edimlerini aynen ifa etmelidir²²¹. Sözleşmede belirlenmiş edimler, nasıl kararlaştırılmışsa o şekilde ifa edilmelidir. Buna göre, borçlu, borçlandığından başka bir şey ifa edemeyeceği gibi, alacaklı da bu ifayı kabul etmeye mecbur değildir ve yine kural olarak, yüklenicinin imzalanan sözleşmede üstlendiği işlerde değişiklik yapma hakkı yoktur²²². Bunun aksi yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir. Buna karşılık uygulamada, tam tersi davranıldığı çok sık görülmektedir. Bir diğer anlatımla, yüklenici sözleşmede kararlaştırılmamış ek işler yapmakta ya da sözleşmedeki işleri değiştirerek yapmaktadır. Bunun yanı sıra ek işler, iş sahibinin bilgisi dahilinde, iş sahibinin açık ya da örtülü izni ile ortak kullanım alanlarında veya bağımsız bölümlerde yapılabilmektedir.

²¹⁹ Aral/Ayrancı, 2014: 364; Kocaağa, 2014: 92.

²²⁰ Tandoğan, II, 2010: 113; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 544; Büyükcay, 2013: 83.

²²¹ Cenkeci, 2010: 113; Kocaağa, 2014: 208; Kaplan, 1996: 143; Erman, 2007: 181; Akkanat, 2006: 64.

²²² Kocaağa, 2014: 208; Kaplan, 1996: 143; Akkanat, 2006: 64.

1.3.5.5.2.Ek İş

Yüklenicinin eser sözleşmesiyle ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışındaki işlere ek iş denir²²³. Meydana getirme borcu kapsamında, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan bir işin ifasına yüklenicinin sonradan karar vererek yapması durumunda söz konusu olan iş, ek iştir²²⁴. Yüklenicinin edimi, sözleşmede yüklenilen işin niteliği gereği tam ve eksiksiz belirlenemiyorsa ve bu edim yorum yolu ile de sözleşmenin kapsamında sayılmıyorsa, ek işten bahsedilebilir. Ek iş, daha çok eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde görülmektedir. Ek işi, iş sahibi yükleniciden çoğu zaman istememektedir. Yüklenici, herhangi bir yasal veya sözleşmesel dayanağı olmadan, ek iş yapmaktadır. Örneğin, yüklenici yasal bir zorunluluğu veya iş sahibinin talebi olmadan, fazladan bağımsız bölüm yapmaktaysa, ek iş söz konusudur²²⁵.

Meydana getirilen işin, ek iş veya sözleşmede belirlenen iş olduğu noktasının çözümü, ücretin miktarı, sözleşmenin ifa süresi ve ceza koşulunun söz konusu olup olmayacağı yönünden önemlidir²²⁶.

Sözleşmede kararlaştırılmamış ancak niteliği gereği yükleniciden yapması beklenen işler ek iş olarak nitelendirilemez. Bu işler ek iş kapsamı dışındadır²²⁷. Yapılan işin ek iş olarak nitelendirilebilmesi için, bu işin birtakım şartları haiz olması gerekir. Öncelikle, bir işin ek iş olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmede kararlaştırılmayan bir işin yapılması gerekir. Sözleşmede kararlaştırılan, üzerinde anlaşılacak işler, ek iş olarak nitelendirilemez. Ek iş, sözleşmede üzerinde anlaşılmamış, bu kapsamda sayılmayan işlerdir. Ek iş, genellikle, sözleşmede kararlaştırılardan fazla miktarda iş yapılması durumunda söz konusudur. İkinci olarak, ifa amacıyla bir değişiklik ortaya çıkmalıdır. Amaç değişmemesine rağmen, ifanın mahiyetinde değişiklik olması ek iş olarak nitelendirilmez. Üçüncü olarak, ek işle, sözleşme konusu işin bağlantılı olması gerekir. Bu konu her ne kadar öğretide tartışmalı olsa da, ek işle sözleşmede kararlaştırılan iş arasında bağlantı bulunmalıdır. Kararlaştırılan edimle tamamen ilgisiz bir şeyin yapılması ek iş olarak nitelendirilemez. Son olarak, ek iş yapılmasını iş sahibi istemelidir. Sözleşmelerde, temelde taraflardan yalnız birinin isteğiyle değişiklik yapılamamasına rağmen, eser sözleşmelerinde iş sahibi açısından bu yönde istisna bulunmaktadır. Ek işi, iş sahibinin istemesi gerekir²²⁸.

²²³ Kocağa, 2014: 209.

²²⁴ Gökyayla, 2009: 69.

²²⁵ Gümüş, II, 2014: 31-32; Akkanat, 2006: 64 vd.

²²⁶ Gökyayla, 2009: 69; Kocağa, 2014: 208.

²²⁷ Cenkci, 2010: 113.

²²⁸ Gökyayla, 2009: 70 vd.

Ek iş kavramının, benzer kavramlar olan eksik iş ve ayıplı işten ayrılması ihtilaflarda hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda büyük önem arz etmektedir. Zira eksik iş durumunda, borçlunun temerrüdü; ayıplı iş halinde ayıp sebebiyle sorumluluk; ek iş halinde ise iş sahibinin muvafakatine göre vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanmaktadır²²⁹.

Ayıp, yüklenicinin yaptığı eserin taşıdığı mevcut vasıflarının, taşınması gereken vasıflardan farklı olmasıdır²³⁰. Bu durumda sözleşmede kararlaştırılmış nitelikler veya tahsis amacı göz önünde bulundurulduğunda eserde bulunması gereken nitelikler teslim edilen eserde bulunmuyorsa eser ayıplı olup, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri uygulanır²³¹. Yüklenicinin sözleşmedeki bir işi öngörülenden farklı yapması halinde ayıplı iş vardır, bu sebeple ek iş söz konusu olmaz.

Eksik iş, dürüstlük kuralı veya sözleşmede kararlaştırılmış olması sebebiyle yüklenicinin yapması gerekirken bazı işleri kısmen hiç yapmamış olmasıdır²³². Bir diğer anlatımla, yüklenicinin yüklendiği işin bir kısmını ifa etmemesi durumu eksik işi ifade eder. Buna göre, ek işlerde belirlenen işle beraber fazlası da yapılırken, eksik işlerde kararlaştırılan iş dahi tam olarak yapılmamaktadır. Eksik iş söz konusuysa, uygulanacak hükümler borçlunun temerrüdü hükümleridir.

Ek işler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilir; arsa sahibi veya yükleniciye ait bağımsız bölümlerde veyahut ortak alanlarda söz konusu olabilir. Eğer ki arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yapılmışsa, yüklenici bu işler için iş sahibinden talepte bulunabilir. Buna karşın, yüklenici kendine ait olan bağımsız bölümlere yapmış olduğu ek işler için iş sahibine talepte bulunamaz. Bu durumda fesih söz konusu olup da yüklenici için kararlaştırılan bağımsız bölümler ona devredilmez, devredilen arsa payları arsa sahibi adına tescil edilirse, yüklenici kendisine ait bağımsız bölümlerdeki ek işler için talepte bulunabilir²³³. Ortak yerlerdeki ek işlere ilişkin yüklenicinin talepte bulunabilmesine dair bazı Yargıtay kararları iş sahiplerinin payları oranı toplamında yüklenicinin talep hakkı olduğu yönündeyken; bazı kararlarda ise yüklenicinin bağımsız bölümünde de aynı oranda değer artışı sağladığı için talep hakkı olmadığı yönündedir²³⁴.

Ek işler, sözleşmeden doğmadığı, yapılması hususunda sözleşme gereği bir edim yükümlülüğü olmayan işler olduğundan, taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümlerinin doğrudan ek işlere uygulanması söz konusu değildir. Yüklenicinin, iş sahibine karşı ek

²²⁹ Cenkci, 2010: 114; Erman, 2007: 181 vd.

²³⁰ Aral/Ayrancı, 2014: 119; Akkanat, 2006: 71.

²³¹ Cenkci, 2010: 114; Akkanat, 2006: 75.

²³² Şahiniz, 2014: 39; Erman, 2007: 181.

²³³ Kocaağa, 2014: 209; Erman, 2007: 183.

²³⁴ Pay toplamı oranındaki görüş için bk. Erman, 2007: 185.

işlerden ötürü talepte bulunmasının dayanağını oluşturan hukuki sebepler farklı ihtimallerle değerlendirilmelidir²³⁵.

İlk ihtimal, ek işler bakımından sözleşmenin iş sahibinin rızasıyla değiştirilmiş olması ihtimalidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satışı veya satış vaadi sözleşmesini içinde bulundurması sebebiyle geçerlilik bakımından resmi şekle tabi olduğundan, sözleşmede değişiklik yapılması da resmi şekle bağlıdır²³⁶. TBK m. 13 'e göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülmüş olan bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı şekle tabidir. Bu kural yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri için de geçerlidir. Dolayısıyla resmi şekle tabi sözleşmeler için de söz konusudur. Şekil şartı yerine getirilerek değiştirilen sözleşmenin taraflarından yüklenici ek iş yapma borcu altına girerken, arsa sahibi de bu iş karşılığında arsa paylarını devretme borcu altına girer²³⁷. Değişiklik yapıp şekil şartına uyulduktan sonra, yapılan değişiklikler artık sözleşmenin bir hükmü olmaktadır. Bu durumda ek iş değil, sözleşmeden doğan bir edim yükümlülüğü söz konusudur. Bu sebeple gerçek anlamda ek işten bahsedilemez²³⁸.

İkinci ihtimal, iş sahibine yükleniciye sözleşmede öngörülen işler dışında ek işler yapma yetkisi tanınmış olmasıdır. Bu ihtimalde yapılan ek işler için yükleniciye bedel ödeneceği sözleşmede kararlaştırılır. İş sahibine ek iş yaptırma yetkisinin tanındığı bu halde, ek işlerin bedeliyle ilgili herhangi bir belirleme yapılmamışsa ek işler hakkında TBK m. 481 hükmü göz önünde bulundurulur ve bedel bu hükümdeki şartlara göre belirlenir²³⁹.

Üçüncü ihtimal, sözleşmede herhangi bir hüküm olmamasına rağmen yapılan ek işlerin iş sahibinin bilgi ve muvafakatı altında yapılmış olmasıdır. Bu durumda, açıkça veya örtülü şekilde muvafakat edilmesiyle birlikte taraflar arasındaki sözleşme dışında ek bir eser sözleşmesi kurulmaktadır. Eğer ki bedel kararlaştırılmışsa –götürü olarak da kararlaştırılabilir- ya da belirlenebilirliğine dair bir ölçü varsa ihtilaf söz konusu olmaz²⁴⁰; ancak bedel belirlenmemişse yeni sözleşmenin eser sözleşmesi olması gereği yapılan işin değeri ve yüklenicinin giderlerine göre belirlenir (TBK m. 481).

Son ihtimal ise, ek işlerin iş sahibinin bilgisi ve muvafakatı dışında yapılmış olması ve böylelikle taraflar arasında yukarıdaki gibi ek bir eser sözleşmesinin kurulmamış olmasıdır. Bu durumda uygulanacak hükümler vekaletsiz iş görme hükümleridir, öğreti ve yargı

²³⁵ Kocaağa, 2009: 89; Cencki, 2010: 116.

²³⁶ Erman, 2007: 15 vd; Kocaağa, 2014: 210.

²³⁷ Kocaağa, 2014: 210.

²³⁸ Cencki, 2010: 118; Kocaağa, 2009: 90.

²³⁹ Kocaağa, 2014: 210-211.

²⁴⁰ "İlave işlerin ücreti konusu taraflarca serbestçe düzenlenebilir", Bk., Cencki, 2010: 119, dn. 29; Genç Arıdemir, 2004: 456.

kararlarında da bu şekilde benimsenmiştir²⁴¹. Buna göre, yüklenici, iş sahibinin çıkarına uygunsa ve iş sahibinin belli yasaklamalarına girmiyorsa faiziyle birlikte zorunlu ve faydalı masrafları, ek olarak zararı varsa hakimin takdirıyla tazminat da isteyebilir²⁴². Yüklenicinin yapmadığı zaman iş sahibinin zararlı çıkacağı durumlardaki masraflar zorunlu masraf; iş sahibinin malvarlığının artırılması veya korunmasını sağlayanlar ise faydalı masraflardır. Yüklenici ayrıca, masraflarını alamadığı ek işleri söküp alabilir; ancak, iş sahibi zaruri ve faydalı masrafların bedelini ödeyerek bu durumu defedebilir. Sökme, zarar veya tahribata yol açacaksa yine bu hak kullanılamaz²⁴³.

İş sahibinin bilgi ve muvafakati dışında yapılmış ek işler bakımından vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabilmesi için, bunların iş sahibinin menfaatine olması gerekir. Yapılan ek işler iş sahibinin menfaatine yapılmış değilse, vekaletsiz iş görme hükümleri yerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Bu durumda yüklenici yapılan kısımların malzeme ve işçilik maliyetini isteyebilir, bunun yanında yüklenici karını isteyemez²⁴⁴.

Ek işlerden dolayı, yükleniciye karşı sorumluluğu bulunanlar, ek işin yapıldığı andaki maliklerdir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmayıp, iş sahibi ek işlere karşı çıkmışsa yüklenici, ek iş bedellerini isteyemez. Hatta bu durumda iş sahibi eski hale getirme talebinde bile bulunabilir²⁴⁵. Ayrıca yüklenicinin ek işlerin bedelini talep hakkı eser sözleşmesi veya vekaletsiz iş görmeye dayanması fark etmeksizin, eser üçüncü kişiye devredilmişse, nispi ilkesi gereğince üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez²⁴⁶.

1.3.5.5.3. İş Değişikliği

İş değişikliği, ek iş kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır. İş değişikliği, sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir işin yapılması durumudur. Bir diğer anlatımla, sözleşmede kararlaştırılandan farklı surette, bazen işin tamamının yapılmasından vazgeçilerek, bazen kısmi olarak başka iş yapılması durumunda meydana gelen değişiklikler iş değişikliğidir²⁴⁷. İş değişikliği, hem işlerin artmasını hem de azalmasını içinde barındırır. İş değişikliği, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan ahde vefa ilkesi ile irade serbestisi ilkesinin kesişme noktasını oluşturan kavramlardan biridir²⁴⁸.

²⁴¹ Genç Arıdemir, 2004: 457.

²⁴² Genç Arıdemir, 2004: 457; Kocaağa, 2009: 92.

²⁴³ Genç Arıdemir, 2004: 458; Kocaağa, 2009: 93.

²⁴⁴ Kocaağa, 2014: 212.

²⁴⁵ Kocaağa, 2009: 94.

²⁴⁶ Kocaağa, 2014: 212.

²⁴⁷ Gökyayla, 2009: 108; Kocaağa, 2014: 208.

²⁴⁸ Gökyayla, 2009: 109.

İş değişikliği, taraflarca imzalanmış ek sözleşme, iş sahibinin tek taraflı iş değişikliği yapma yönündeki yenilik doğuran hakkı kullanması veya yüklenicinin yetkisi olmadan iş değişikliği yapması hallerinde meydana gelebilir²⁴⁹.

Meydana getirilen işin, iş değişikliği sayılabilmesi için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir²⁵⁰. Bunlar, genel olarak ek işte aranan şartlarla aynıdır. Buna göre, her şeyden önce, sözleşme ile kararlaştırılan işin kapsamı değiştirilmelidir. Bu kapsam, ifanın kısmen değiştirilmesi veya belirlenenden farklı olarak işin yapılması şeklinde olabilir²⁵¹. İkinci olarak, ifa amacıyla bir değişiklik ortaya çıkmalıdır. Maliyet değişiklikleri ifa amacıyla değişiklik olduğu anlamına gelmez. Üçüncü olarak, iş değişikliği söz konusu olurken, eserin bütünlüğü değişmemelidir. Sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı ve bağımsız bir eser var ise, işin bütünlüğü bozulmuş demektir²⁵². Son olarak iş sahibinin iş değişikliği talebinin olması gerekir. Her ne kadar tek taraflı irade ile tarafların iş değişikliği yapmaları mümkün değilse de, istisnası eser sözleşmesinde iş sahibinin talebidir. Buna göre, iş değişikliği, iş sahibinin talebi ile yapılabilir²⁵³.

1.3.5.5.4. Ek İş ve İş Değişikliği ile Yüklenicinin Özen Borcu Arasındaki İlişki

Yüklenicinin özen borcunun genel nitelikli bir borç olduğunu söylemiş ve diğer başlıklarda incelemiştik. Buna göre yüklenici, işi bizzat veya yönetimi altında yaptırma borcunu, araç- gereç veya malzeme sağlama borcunu ve bunlar gibi diğer borçlarını yerine getirirken özenle hareket etmek zorundadır. Özen borcunun ihlali, yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir. Özen borcu, yüklenicinin diğer borçlarının mayası olduğu için, ek iş ve iş değişikliği konularıyla da ilgilidir.

Özen borcu ile ek iş arasındaki ilişki her şeyden önce, yüklenicinin yapması gereken işleri sıralarken söz konusu olur. Buna göre, yüklenici, yapacağı işle ilgili, alanında ve işlerinde uzman olması sebebiyle, gerekli olan her türlü araştırmayı yapmalı, tereddütlü ve riskli durumları iş sahibi ile paylaşmalı, onu aydınlatmalı, bilgi vermeli, onun talimatlarına göre, bunların riskli veya uygun olmadığını belirtmelidir. İş sahibi ek iş veya iş değişikliği konusunda yükleniciye birtakım talimatlarda bulunduğu, olumsuz durumlar varsa, yüklenici aydınlatma yükümlülüğünü özen borcu gereği yerine getirmelidir. Bu kapsamda, yüklenicinin gerekli aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde,

²⁴⁹ Baygın, 1999: 55.

²⁵⁰ Gökyayla, 2009: 108 vd.

²⁵¹ Baygın, 1999: 55.

²⁵² Gökyayla, 2009: 113.

²⁵³ Gökyayla, 2009: 114.

ayıbın giderilmesi için yapılan işler ek iş olarak sayılmaz²⁵⁴. Sözleşmede kararlaştırılmasının unutulduğundan bahisle, yapılması gereken iş kapsamında olan iş ve masrafların ise, ek iş kapsamında olmayacağı ve bunların iş sahibinden ek iş kisvesi altında istenemeyeceği açıktır²⁵⁵. Meydana getirme borcunun ifası aşamasında bazı değişiklikler yapılması gerekiyorsa, bu konuda yüklenici özen borcu gereği hem yetkili hem de yükümlüdür²⁵⁶. Ek iş veya iş değişikliği durumu mevcut ve bu durum sonucunda, maliyetlerde artış olacağı belliyse, yüklenici bu durumdan iş sahibini haberdar etmelidir. Bu ihbar yükümlülüğü, sözleşmede kararlaştırılandan fazla yapılacağına anlaşıldığı durumda söz konusu olur. Bunun için fazla masraf yapılacağına anlaşılması yeterlidir²⁵⁷.

Özen borcu, yalnızca sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borç değildir. Sözleşme kurulmadan önce veya ifaya başlamadan önce de var olan bir borçtur. Bu sebeple, sözleşme kurulmadan önce veya kurulup da hazırlıklara başlandığı aşamada söz konusu olabilecek elverişsizliklerde dahi²⁵⁸ özen borcu gereği yüklenicinin özenli davranması gerekir. Bu durumda, ek iş veya iş değişikliğinin söz konusu olduğu sözleşmelerde, hazırlık sırasında ortaya çıkan elverişsizlikler, özen borcu gereği yüklenicinin sorumluluğundadır. Yüklenici yine plan proje hususlarında dikkatli olmalıdır. Zira bu projelerdeki hatayı tespit edecek durumda olduğu halde gerekli özeni göstermemesi sebebiyle doğabilecek olumsuz sonuçlardan dolayı sorumlu olabilir²⁵⁹.

²⁵⁴ Gökyayla, 2009: 186.

²⁵⁵ Gökyayla, 2009: 185.

²⁵⁶ Gürpınar, 1999: 60.

²⁵⁷ Gökyayla, 2009: 187.

²⁵⁸ Örneğin plan projelerin eserin meydana getirilmesinde elverişli olmadığı haller gibi bk. Gökyayla, 2009: 188-189.

²⁵⁹ Gökyayla, 2009: 188-189.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEN BORCUNA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

2.1.Genel Olarak

Özen borcu, yüklenicinin her borcunun temelidir. Yüklenicinin özen borcuna uyması, ifa ile zorunlu olduğu diğer borçlarının sıhhati açısından da oldukça önemlidir. Bununla birlikte, ne yazık ki yüklenicinin bu denli önem vermesi gerektiği özen borcuna her zaman uyduğu görülmemektedir. Çalışmamızın başından itibaren belirttiğimiz gibi, özen borcunun ihlali, özellikle ayıp boyutuna varmayan durumlarda önem arz etmektedir. Zira meydana getirilen eserde ayıp söz konusu ise zaten evleviyetle ayıp hükümlerine başvurulmaktadır. Gel gelelim ki, eserde meydana gelen bozukluk veya hasar, her zaman ayıp derecesine varmamaktadır. Bununla birlikte, ayıp derecesine varmaması sebebiyle, sonucu garanti eden eser sözleşmelerinde bu bozukluğun tazmin edilmemesi ise düşünülemez. Bir diğer anlatımla, eserdeki bozukluk, ayıp niteliğini taşımasa da, sırf eser sözleşmesinin sonucu garanti etmesi sebebiyle, bu zararın tazmininin bir şekilde istenebilmesi gerekir. İşte, ayıp derecesine varmamakla birlikte, iş sahibi açısından umduğu şekilde eserin teslim edilmemesine sebep olan veya yüklenici tarafından her şekilde düzgün teslim edilmesi gereken eserde ortaya çıkan bozuklukların giderilmesinin iş sahibince istenebilmesi gerekir. Özen borcunun ihlali durumunda açıklanan sebeplerle, bu zararın tazmini istenebilecektir. Yüklenici, özen borcuna aykırı davrandığında iş sahibi, öncelikle TBK m. 112 vd. ile TBK m. 472 f. 1 hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir. Yardımcı kişiler veya alt yüklenicilerin olduğu sözleşmelerde ise yüklenicinin TBK m. 116 uyarınca sorumluluğu söz konusu olur²⁶⁰.

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması halinde, iş sahibi birtakım haklara sahiptir. İş sahibinin *işi başkasına yaptırma hakkı, sözleşmeden dönme hakkı, tazminat isteme* gibi hakları söz konusudur. Çalışmamızda, bu hakları *eserin tamamlanmasından önce* ve *eserin tamamlanmasından sonra* olmak üzere iki aşamada inceleyeceğiz.

2.2.Eserin Tamamlanmasından Önce

Eserin tamamlanmasından önce özen borcuna aykırılık, işin devamı sırasında söz konusu olur. TBK m. 473 hükmü eserin tamamlanmasından önce özen borcunun ihlaline ilişkindir. Bu hüküm, eserin tamamlanıp teslim edilmesinden önce, yüklenicinin özen borcuna

²⁶⁰ Aral/Ayrancı, 2014: 357.

aykırı davranması halinde iş sahibine bazı hukuki imkanlar tanımaktadır²⁶¹. Bunlar, teslim borcunun zamanı gelmeden önce iş sahibinin başvurabileceği araçlardır. Buna göre, iş sahibi, şartları olduğu takdirde sözleşmeden dönebilir ya da işi bir başkasına yaptırabilir. İş sahibi bunlara başvurmak yerine, eserin tamamlanmasından sonra ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine veya temerrüt hükümlerine de dayanabilir²⁶².

TBK m. 473 hükmü, iki farklı durumdan bahsetmektedir. Bu maddenin ilk fıkrası, kanunda sayılan sebeplerden dolayı yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılıyorsa, iş sahibinin sahip olacağı hakkı düzenlemektedir. İkinci fıkrası ise, işin devamı sırasında yüklenicinin kusuru sebebiyle eserin sözleşmeye aykırı veya ayıplı olarak meydana getirileceği açıkça belliyse, bu durumda iş sahibinin öne sürebileceği hakkı hükme bağlamaktadır.

2.2.1. İşin Yapımı Sırasında Eserin Kararlaştırılan Zamanda Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması

TBK m. 473 f. 1 hükmüne göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine uymayarak işe geç başlaması veya iş sahibine yüklenemeyecek sebeplerden ötürü meydana gelen gecikmeler sebebiyle bütün tahminlere göre işin zamanında bitirilemeyeceği açıkça anlaşılırsa, teslim için kararlaştırılan günü beklemeden iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Bu hükmün eserin tesliminden önce işin icrasında temerrüde ilişkin olduğu ve iş sahibine erken dönme hakkı tanıdığı kabul edilmektedir²⁶³. Bir diğer anlatımla, TBK m. 473 f. 1 hükmü, vade tarihinden sonra uygulanamaz. Zira bu durumda yalnızca temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur. Henüz sözleşme kurulmadığı için bu hükmün, sözleşme görüşmeleri sırasında da uygulanması imkansızdır. Bu hükmün birtakım eksiklikleri

²⁶¹ Aral/Ayrancı, 2014: 358; Kocaağa, 2004: 180. Karakurt'a göre, "TBK m. 112 vd. hükümleri, daha çok borcun muaccel olması göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Borç vadesi gelmesine rağmen hala ifa edilmemişse, alacaklı TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanabilir. Bir diğer deyişle, bu hükümlere başvurulabilmesi borcun muaccel olmasına bağlıdır. Bununla birlikte, her ne kadar TBK'nın mantığı hep bu yönde olsa da, borcun henüz muaccel olmadığı zamanlarda alacaklının başvurabileceği bazı maddeler de düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi bakımından bu hükümler, yaklaşık bedelin aşırı aşılması (TBK m. 482) ve TBK m. 473 f. 1 hükümleridir. Buna göre, iş sahibi, bazı şartların varlığı durumunda borcun vadesi gelmese de birtakım hükümlere başvurabilir", 2017: 72. Yine bu yönde bk. Ürem, 2017: 53 vd.

²⁶² Gümüş, II, 2014: 21. Uygulamada, TBK m. 473 hükmüne ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine göre daha az başvurulmaktadır. Bu durumun en önemli nedeninin, sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulu olduğu söylenebilir. Bu yönde iş sahibinin genel olarak sözleşmede kararlaştırılan süreyi bekleme eğiliminde olması da gösterilebilir. Son olarak Karakurt'a göre özellikle iş sahiplerinin bu hükmü bilmediği de diğer önemli bir sebeptir. Bk. Karakurt, 2017: 77 vd.

²⁶³ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 544; Tandoğan, II, 2010: 113; Altaş, 2006: 98; Karakurt, 2017: 100; Tunç, 2016: 254. Öğretideki baskın görüşün mefhumu muhalifinden, bu hükmün yalnızca iş sahibine tanınmış bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Bir diğer anlatımla, TBK m. 473 hükmü ile belirlenmiş şartlar gerçekleşmişse, yalnız iş sahibi bu hükme dayanabilir. Burada, yükleniciye tanınmış koruyucu bir hükümden bahsedilemez.

olduğu da öğreti tarafından kabul edilmektedir²⁶⁴. Bu sebeple, TBK m. 473 f. 1'deki temerrüt kurumunun, genel bir hüküm olan TBK m. 117 vd. maddeleri ile tamamlanması gerekir. Böylelikle, sözleşmeden dönme hakkı yanında, TBK m. 117'deki aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi veya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini gibi diğer seçimlik haklar da iş sahibi tarafından kullanılabilir²⁶⁵.

2.2.1.1.Şartları

TBK m. 473 f. 1 hükmünün lafzına göre, sözleşmeden dönme hakkının söz konusu olabilmesi için, *yüklenicinin işe zamanında başlamaması, yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmiş olması, işin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceğinin anlaşılacağı derecede gecikme olması veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebep dolayısıyla gecikme olması* şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan ilk ikisi, işin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceğinin anlaşılacağı derecede gecikme olması şartı ile birlikte gerçekleşmelidir.

2.2.1.1.1.Yüklenici İşe Zamanında Başlamamalı veya İşin Yapımı Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olarak Geciktirilmelidir

Yüklenicinin işi geciktirmesi, *zamanında işe başlamaması veya işe zamanında başlamakla birlikte bazı sebeplerle sözleşmede öngörülenden sonraki bir zamanda borcun ifasını geciktirmesi* şeklinde olabilir. Öğretide bir görüşe göre²⁶⁶ yüklenicinin gecikme sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi için teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmış olması TBK m. 473 f. 1 hükmünün uygulama şartlarından birisi değildir. Zira eser sözleşmelerinde önemli olan teslimdir, yani sonuçtur. Bu bakımdan, yüklenicinin işe başlamamasına rağmen belirlenen teslim tarihinde iş sahibine eseri teslim etmesi halinde işe zamanında başlamama sebebiyle sözleşmeden dönme söz konusu olmamalıdır. Böyle bir tarih belirlenmişse artık, eserin tamamlanması veya tesliminin belirlenen tarihe kadar yetişmeyeceği kesin olarak öngörülebilir²⁶⁷.

²⁶⁴ Tandoğan, II, 2010: 119; Aral/Ayrancı, 2014: 366; Ayan, 2008: 325.

²⁶⁵ Tandoğan, II, 2010: 119; Eren, 2017: 631.

²⁶⁶ Ürem, 2017: 83; Öz, 2016: 131.

²⁶⁷ Gümüş, II, 2014: 22; Karakurt, 2017: 132; Kurşat, 2017: 202; Altaş, 2006: 100. Her ne kadar teslim tarihinin belirlenmesi eser sözleşmesinin esaslı noktalarından olmasa da, bu duruma bazı istisnalar getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ürem'e göre, işe başlama zamanının subjektif esaslı nokta haline getirildiği ve iş sahibine yükletilemeyen sebeplerle kararlaştırılan zamanda işe başlanmaması halinde başka koşul aranmaksızın iş sahibinin dönme hakkını kullanabileceği belirlenmişse veya iş sahibinin işe başlanmasında özel bir menfaati varsa, genel temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönülebilir. Bu durumda, teslim tarihinin belli olması sebebiyle işin zamanında bitirileceği iddiası ileri sürülemez. Bk. Ürem, 2017: 88.

Teslim tarihinin belirlenmediği durumlarda, elbette ki yüklenicinin işe başlama açısından ucu açık bir süreye sahip olması kabul edilemez. Böyle bir durumda özellikle dürüstlük kuralı ve TBK m. 90 hükmü göz önünde bulundurulur. Teslim tarihi belirlenmemiş olmasına rağmen işe başlama zamanı belirlenmişse bu tarih esas alınır. İşe başlama zamanının belirlenmediği durumlarda yükleniciye uygun bir süre verilmeli ve ihtar çekilmelidir²⁶⁸. Eserin teslim tarihinin belirlenmesinde o eserin yapımında uzman, benzer yüklenicilerin ihtiyacı olan süre, işin niteliği ve taraf iradeleri ile her somut olayın kendi şartları göz önünde tutulmalıdır²⁶⁹. Sözleşmede kararlaştırılan zamandan sonra ifayı geciktirmeye örnek olarak, birden fazla vardiya çalıştırması gerekirken bir tek vardiyayla iş görülmesi veya bağlayıcı inşaat programlarına uyulmaması gösterilebilir²⁷⁰.

İşe başlamadan kasıt, eserin meydana getirilmesi için yapılan iş görme fiilleridir. Bunun dışında, aksi kararlaştırılmadıkça eseri meydana getirmeye yönelik hazırlık faaliyetleri iş görme fiili sayılmaz²⁷¹. Sözleşmede işe başlama zamanı açıkça kararlaştırılmış olabilir. Herhangi bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak işe başlanılacağı da belirlenebilir. Sözleşmede hiçbir süre belirlenmemiş de olabilir. Bu durumda TBK m. 90 uyarınca yüklenici eserin meydana getirilmesine derhal başlamalıdır. Unutulmaması gereken bir diğer husus ise, yükleniciye mutlaka uygun bir hazırlık zamanı tanınmasıdır²⁷². Zira eser sözleşmesinin kurulmasıyla yüklenicinin işe hemen başlaması hayatın olağan akışına aykırıdır. Yüklenici eseri meydana getirmek için ön hazırlık niteliğinde birtakım fiilleri gerçekleştirerek iş görme fiillerine başlar. Bu sebeple, eserin meydana getirilmesinde hazırlık fiillerini de içerir şekilde süre tayin etmek gerekir.

Sözleşmeden dönme hakkının doğması için bir diğer ihtimal yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmiş olması halidir. Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme sonucu sözleşmeden dönebilmek için de yine yukarıda bahsedilen görüşe göre, teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmış olması, hükmün uygulama şartlarından birisi

²⁶⁸ Karakurt, 2017: 138, Kurşat, 2017: 210 vd.

²⁶⁹ Ürem, 2017: 88 vd.; Tunç, 2016: 262.

²⁷⁰ Tandoğan, II, 2010: 113; Eren, 2017: 630.

²⁷¹ Gümüş, II, 2014: 23. Bu noktada hazırlık faaliyetlerine başlamış olmanın işe başlamış sayılması için yeterli olup olmadığına değinmek gerekir. Öğretide bir görüşe göre hazırlık faaliyetlerine başlamış olmak işe başlama yönünden yeterlidir. Bir diğer anlatımla yüklenici eseri meydana getirmek için birtakım işlemlere başlamışsa (örneğin inşaat malzemelerinin eserin meydana getirileceği yere getirilmiş olması gibi) işe başladığını kabul etmek gerekir. Bu durumda hazırlık faaliyetleri işe başlamış sayılmak için yeterlidir. Bununla birlikte baskın ve bir diğer görüşe göre, yalnızca hazırlık faaliyetlerine başlamış olmak işe başlanmış sayılması olarak kabul edilmez. İş görmeye yönelik doğrudan faaliyetler işe başlamak için kriterdir. Eseri meydana getirmek için fiilen gerçekleştirilen hareketler doğrudan faaliyetlerdir. Ayrıntılı açıklamalar için bk. Karakurt, 2017: 126-127. Ürem'e göre, "İşe ne zaman başlanmış sayılacağı hususu, her somut olayın kendi özelliği dahilinde değerlendirilmelidir", 2017: 71.

²⁷² Aral/Ayrancı, 2014: 365; Tandoğan, II, 2010: 114; Kocağa, 2014: 92; Altaş, 2006: 102.

değildir. İşin gecikmesinin yanında burada ayrıca teslim tarihine kadar eserin yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekir. Yüklenicinin kimi zamanlarda işe ara vermesi tek başına sözleşmeden dönme hakkı vermemelidir. Eserin o anki durumu ile teslim tarihine yetişeceği öngörülebiliyorsa, ara vermenin veya benzer yüklenicilere göre yavaş çalışmanın önemi yoktur²⁷³. İş görme faaliyetlerine başlanmış olsa bile sözleşme veya işin mahiyeti gereği olması gerekenden daha yavaş şekilde iş görme veya kesinti söz konusu ise gecikme var demektir²⁷⁴. Yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi durumuna, yüklenicinin iş programına uymaması veya işini yapacak derecede gerekli iş gücü, araç ve gereçlerle çalışmaması örnek olarak verilebilir²⁷⁵.

2.2.1.1.2.Yüklenicinin İş Kararlaştırılan Zamanda Bitiremeyeceği Açıkça Anlaşılmalıdır

Gecikmeyle birlikte, eserin zamanında teslim edilmesinin mümkün olmayacağı anlaşılıyorsa, kalan süre eserin meydana getirilerek teslimi için yeterli değilse, işin kararlaştırılan zamanda bitirilmesine engel olacak derecede gecikmeden bahsedilebilir²⁷⁶. İşin kararlaştırılan zamanda yetiştirilemeyeceğinin bariz olduğu durumlarda sözleşmeden dönmeye hakkının kullanılması, eserin teslim veya tamamlanmasına dair bir sürenin kararlaştırılması halinde mümkündür. Aksi durumda, yukarıdaki iki durumdan birine dayanarak sözleşmeden dönülebilir²⁷⁷.

Yüklenicinin hali hazırdaki çalışma hızı ile belirlenen zamana eserin yetiştirileceğinin anlaşılması durumunda sözleşmeden dönülemez. Eserin teslim zamanına yetiştirilmesinin *güç olması*, iş sahibinin dönme hakkını kullanması için yeterli değildir. Bu durumda yüklenicinin teslim zamanına kadar hızını artırarak eseri tamamlayabilmesi mümkünse, sözleşmeden dönme hakkı yine kullanılamamalıdır. Eserin geriye kalan kısmının tamamlanabilmesi için zamanın yeterli olup olmadığının tespiti, yüklenicinin o ana kadarki ortalama hızına göre değil, her somut olaya göre, benzer eserleri yapan yüklenicilerin ortalama hızları esas alınarak yapılmalıdır²⁷⁸.

²⁷³ Karakurt, 2017: 141; Altaş, 2006: 102.

²⁷⁴ Gümüş, II, 2014: 23; Altaş, 2006: 102.

²⁷⁵ Aral/Ayrancı, 2014: 365; Kocaağa, 2014: 92.

²⁷⁶ Aral/Ayrancı, 2014: 365; Gümüş, II, 2014: 23; Kocaağa, 2014: 92. “TBK m. 473 f. 1 hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için eserin belli bir zamandaki seviyesinin olması gerekenin gerisinde bulunması ve bu gecikmenin eserin teslim zamanına yetiştirilemeyeceğini açıkça göstermesi gerekir”, Ürem, 2017: 92.

²⁷⁷ Gümüş, II, 2014: 23; Karakurt, 2017: 144.

²⁷⁸ Ürem, 2017: 94; Karakurt, 2017: 145.

2.2.1.1.3.Gecikme Haklı Bir Sebebe Dayanmamalıdır

TBK m. 473 f. 1’de aranan şartlardan biri de iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple gecikmenin ortaya çıkmasıdır. Buna göre, yüklenici işin gecikmesinde haklı bir sebebe dayanmamalıdır. TBK m. 473 f. 1 açısından önemli olan gecikmenin kime yükleneceğidir, kusur önemli değildir²⁷⁹. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı ile sözleşmeden erken dönme arasında bağlantının bulunması yeterlidir. Gecikmenin sebebi iş sahibine yüklenebiliyorsa iş sahibinin dönme hakkını kullanması mümkün değildir. Yüklenicinin gecikmesinin haklı sebebe dayanmaması hususu, kanunda açıkça düzenlenmiş değildir²⁸⁰. Yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda kusur şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte, burada borca aykırı bir davranış bulunmalıdır. Edimin ifasının objektif olarak imkansızlaştığı veya yüklenicinin ödemezlik def’i sürebildiği hallerde TBK m. 473 f. 1 hükmü uygulanmaz. Buna göre, yüklenicinin ödemezlik def’i (TBK m. 97) ileri sürülebildiği hallerde iş sahibi sözleşmeden dönemez. İş sahibinin aciz halinde olması sebebiyle yüklenici TBK m. 98’e dayanabilir. Buna göre, iş sahibi teminat gösterene kadar yüklenici işi durdurabilir. Bu durumda da iş sahibi erken dönme hakkını kullanamaz. İş sahibinin hazırlık faaliyetlerini yerine getirmemesi, talimatları zamanında vermemesi, yükleniciye zaman zaman yapması gereken ödemeleri geciktirmesi halinde de iş sahibi erken dönme hakkını kullanamaz²⁸¹. Ek iş veya iş değişikliği durumunda her halükarda yüklenicinin fazladan süreye ihtiyacı olduğundan verilen ek süreye göre dönme hakkının kullanılıp kullanılmayacağı takdir edilir²⁸².

Gecikmenin iş sahibinden kaynaklandığının söylenebilmesi için, gecikmenin iş sahibinin riziko alanından doğması ve yüklenici tarafından iş sahibine bu yönde bildirimde bulunulması gerekir. İş sahibinin riziko alanından doğmayan ve yüklenicinin edimini ifasını geçici olarak engelleyen durumlar temerrüdü ortadan kaldırmaz. Bu hallere örnek olarak kötü hava şartları, grev veya malzemelerin geç gelmesi gibi haller gösterilebilir²⁸³.

²⁷⁹ Ürem, 2017: 98; Altaş, 2006: 98; Tunç, 2016: 259.

²⁸⁰ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 544.

²⁸¹ Daha geniş örnekler için bk. Tandoğan, II, 2010: 114-115; Aral/Ayrancı, 2014: 365; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 545. “Özellikle iş sahibinin ek iş ve iş değişikliği yapılmasına yönelik talepleri hükmün uygulanmasını engeller”, Zevkliler/Gökyayla, 2015: 546; Karakurt, 2017: 101 vd.; Ürem, 2017: 102 vd. Yarg. 15.HD, T. 28.05.2018, E. 2018/1780 K. 2018/2176: “Eser sözleşmeleri karşılıklı borç doğuran sözleşmelerdir. 818 sayılı BK’nın 81. maddesi (TBK m. 97) gereğince akdın ifasını talep eden kimse kendi borcunu yerine getirmedikçe veya yerine getirmeyi karşı tarafa teklif etmedikçe alacağını talep edemez. Bu kural gereğince kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak yüklenicinin tapu iptali ve tescil talebiyle açtığı davada, arsa sahibinin mahsup yoluyla ileri sürdüğü ya da karşı dava veya birleşen dava yoluyla talep ettiği aynı sözleşmeden kaynaklanan eksik ve ayıplı iş bedeli, gecikme tazminatı gibi alacak talepleri de incelenip, birlikte ifa kuralı da gözetilmek suretiyle karar verilmelidir. Birlikte ifa kuralı gereğince arsa sahibinin saptanan alacakları depo ettirilip birlikte ifa suretiyle yüklenici adına sözleşme gereğince alması gereken taşınmazlara ilişkin tescil kararı verilebilecektir”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

²⁸² Karakurt, 2017: 116.

²⁸³ Tandoğan, II, 2010: 116; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 545.

Sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK m. 473 f. 1 hükmünün, öğretide hakim olan görüşe göre, eserin meydana getirilmesinde temerrüt olduğu yukarıda belirtilmişti. Bunun yanında, her ne kadar temerrüdü düzenlese de bazı yönleriyle eksiklikleri olduğu da belirtilmektedir. İşte, temerrüt şartlarındaki bu eksikliklerin, TBK m. 117 uyarınca giderilmesi gerekir. Bu durum, sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanılacağı ile yakından ilgilidir. TBK m. 473 f. 1 hükmünün temerrüdün şartları yönünden eksik olduğunu savunan yazarlara göre²⁸⁴, bu eksikliklerin genel hükümler doğrultusunda (TBK m. 117-125) tamamlanması gerekir. Buna göre, yükleniciye temerrüde düşürmek için ihtar çekilmeli ve verilen süreden sonra dönme hakkının kullanılacağına yükleniciye derhal bildirilmesi gerekir. Bununla birlikte, gecikme işin bitirilmesine engel olacak nitelikteyse süre verilmeden dahi sözleşmeden dönülebilmelidir²⁸⁵. Süre verilmesi, ihtarla aynı zamanda yapılabilir, hatta uygulamada genelde bu şekilde yapılmaktadır. Süre verilirken, yüklenicinin yetenekleri, işçi, araç ve gereç sayısı ile birlikte çalışma temposunun bu süreyle birlikte zamanında bitirilip bitirilemeyeceği göz önünde bulundurulur²⁸⁶. Öğretide hakim olan görüş bu yönde iken, bazı yazarlar²⁸⁷ tarafından tam tersi durum savunulmaktadır. Bu yazarlara göre, temerrüde düşürülmesi için yükleniciye ihtar yapılması gerekmez; işin zamanında yetiştirilemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, yükleniciye uygun bir süre verilmesi de gerekmez.

2.2.1.2.Sonuçları

İş sahibi, TBK m. 473 f. 1'de sayılan şartların gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan zamanı beklemeden sözleşmeden erken dönebilir. Sözleşmeden dönme genel hükümlere (TBK m. 125) göre sonuç doğurur. Buna göre, iş sahibi sözleşmeden dönerse, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar; iş sahibi yükleniciye işin karşılığında bedel ödemeyi reddedebilir veya daha önce ödediği bedelleri isteyebilir ve meydana getirilen kısmı yükleniciye geri verir²⁸⁸. İş sahibi sözleşmeden dönme yerine TBK m. 125'te sayılan diğer seçimlik haklarını da kullanabilir. Bu durumda iş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini de talep edebilir.

Sözleşmeden dönme ile birlikte, artık tarafların birbirine karşı yükümlü oldukları edimler ortadan kalkar. Öğretide baskın görüş²⁸⁹ klasik görüşten hareketle aynı etkili dönme görüşü olup, bu görüşe göre, taşınır bir eser söz konusu ve malzeme yükleniciye aitse iş

²⁸⁴ Tandoğan, II, 2010: 119; Aral/Ayrancı, 2014: 366; Ayan, 2008: 325.

²⁸⁵ Tandoğan, II, 2010: 118; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 546; Karakurt, 2017: 145.

²⁸⁶ Tandoğan, II, 2010: 118; Kocaağa, 2014: 93; Altaş, 2006: 105.

²⁸⁷ Bk. Gümüş, II, 2014: 24; Öz, 1989: 62.

²⁸⁸ Aral/Ayrancı, 2014: 366; Kocaağa, 2014: 93.

²⁸⁹ Öz, 1989: 39 vd; Buz, 2014: 133 vd.

sahibinin dönmesiyle birlikte iş sahibinin elinde herhangi bir şey bulunmadığından iadesi gereken bir şey de bulunmamaktadır; ancak malzeme iş sahibine aitse yüklenici başkasının malzemesini kullandığından *işleme* hükümleri uygulama alanı bulur. Bu durumda mülkiyet malzemenin değeri yüksekse iş sahibine, işlenmiş şeyin değerinin malzemenin değerinden yüksek olması halinde ise yükleniciye aittir. Taşınmazlarda dönme halinde, yüklenicinin taşınmazında yapılan eserler açısından iş sahibinin geriye vermesi gereken bir şey yoktur. Buna karşılık iş sahibinin taşınmazı üzerinde eser meydana getirilmesi söz konusu ise, haksız inşaat hükümleri (TMK m. 722-724) uygulanır. Yüklenici açısından, iş sahibi bedeli ödemişse, bu bedelin faizi ile birlikte geri ödenmesi gerekir²⁹⁰.

Sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Dönme beyanı sözlü veya yazılı olarak kullanılabilir; ancak ileride çıkacak uyuşmazlıkları engellemek veya bu uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak amacıyla yazılı olarak yapılması tavsiye edilebilir. Taraflar tacirse, TTK m. 18 f. 3 uyarınca bu maddede sayılan vasıtaları kullanmak gerekir. Dönme beyanı tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanıldığından dava yolu ile ileri sürülmesi gerekmez. Böyle bir yolun kullanılması halinde ise hakimin verdiği karar, açıklayıcı mahiyette olur²⁹¹.

İş sahibinin erken dönme hakkı, yüklenicinin eseri teslim etmede temerrüde düşmesi halinde değil, eser meydana getirirken temerrüde düşmesi halinde ortaya çıkar. TBK m. 473 f. 1 hükmü, istisnasız olarak bütün eser sözleşmelerine uygulanabilir. Eser sözleşmeleri dışındaki sözleşmelere ise uygulanamaz. Zira bu hüküm eser sözleşmelerinin niteliği göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Yüklenicinin kendi malzemesiyle kendi arazisinde yaptığı eserlerde, iş sahibi ve yüklenicinin muhtemel iradesinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmama yönünde olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, yükleniciye teslim tarihinden sonraki bir zamanda süre vererek sözleşmeden dönmek gerekir. Bununla birlikte, yapıların parçalarının yapımına dair sözleşmelerde, erken dönme hakkı kullanılabilirdir. Zira bu parçaların meydana getirilip teslim edilmemesi işin ilerlememesine yol açar²⁹².

²⁹⁰ Karakurt, 2017: 174 vd; Ürem, 2017: 207 vd.

²⁹¹ Burada Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tam tersi bir uygulama içerisinde, karşı tarafın kabulüne bağlı olarak sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir. Zira bu sözleşmeler şekle bağlı olarak noterde düzenleme şeklinde yapılmaktadır. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hakimin vereceği karar, sözleşmeden dönmeyi sağlayacaktır. Bk. Karakurt, 2017: 161. Ürem'e göre, "*Kanaatimizce hatalı içtihatlar uyarınca, kanunun açık bir hükmüyle yenilik doğurucu (inşai) davaya vücut vermediği hallerde salt Yargıtay'ın kararlarıyla böyle bir dava olmaksızın sözleşmenin sona erdirilemeyeceği sonucuna varılması kabul edilemez*", 2017: 149.

²⁹² Tandoğan, II, 2010: 120-121; Oysa ki Öz'e göre, "*TBK m. 473 f. 1 (BK m. 358 f. 1) hükmünün uygulanması için, iş sahibinin yükleniciye talimat verme veya denetleme hakkına sahip olması şartı aranmaz. Zira yüklenici iş sahibinin kendisine karışma hakkı olmasa bile her koşulda işe zamanında başlama ve yürütme borcu altındadır.*

Sözleşmeden dönme, kural olarak geriye etkilidir. Buna karşın, yapımına başlanmış olan eser sözleşmelerinde iş sahibi ileriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Böylelikle, iş sahibi eserin meydana gelen kısmını, bedelini ödeyerek isteyebilir. Bu görüşe göre²⁹³, iş sahibinin iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Yüklenici isterse sözleşmeden geriye etkili olarak dönebileceği gibi, ileriye etkili olarak bu sözleşmeyi feshedebilir. Geriye etkili olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, yüklenicinin aşırı ölçüde zarara uğramasına sebebiyet verecekse, iş sahibi yalnızca sözleşmeyi feshedebilmelidir. Bir diğer anlatımla, böyle bir durumda sözleşmeden dönmemelidir²⁹⁴.

Burada sözleşmeden dönmenin niteliğinin bozucu yenilik doğuran hak olduğu noktasında bir duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, dönmenin sonuçları konusunda farklı görüşler olduğu görülmektedir. Öğretide bir görüşe göre, dönmenin hukuki niteliği klasik dönme görüşüne göre açıklanmalıdır. Bu görüşe göre, dönme ile sözleşme başından itibaren ortadan kalkar. Bu sebeple, dönmenin niteliği bozucu yenilik doğurucudur. Buna karşın, bir diğer görüşe göre²⁹⁵, dönme ile birlikte sözleşme ortadan kalkmaz, tasfiye ilişkisi niteliğini alır. Bu sözleşme ilişkisi içerisinde tarafların yükümlülükleri ters çevrilmektedir. Bu sebeple dönmenin hukuki niteliği değiştirici yenilik doğurucudur. Bu son görüş öğretilerdeki diğer görüş olan yeni dönme görüşüdür.

2.2.2.İşin Yapımı Sırasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceğinin Açıkça Görülmesi

2.2.2.1.Genel Olarak

İşin yapımı sırasında yüklenici özen borcunu ihlal edebilir ve işin yapımı sırasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı açıkça görülebilir. Böyle bir durumda, TBK m. 473 f. 2 hükmü uyarınca iş sahibi, eserin tesliminden önce bazı hukuki imkanlara sahip olur. Eser teslim edilmeden iş sahibi sürece müdahale edebilir. Buna göre, meydana getirilmesi sırasında eserin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı veyahut da sözleşmeye aykırı şekilde meydana geleceği açık şekilde görülüyorsa, iş sahibi bu durumun önlenmesi amacıyla yükleniciye uygun süre içinde bu aykırılıkları gidermesini, bu mümkün olmazsa hasar ve

Keza böyle bir durumda iş görme faaliyetinin geri planda kaldığını kabul de mümkün değildir”, Bk. Öz, 1989: 55.

²⁹³ Aral/Ayrancı, 2014: 366; Kocaağa, 2014: 93.

²⁹⁴ “Böyle bir zorunlu fesih hakkı eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı veya eserin yüklenici tarafından sağlanan malzeme kullanılarak yapıldığı veya eserin büyük ölçüde tamamlandığı durumlarda söz konusudur”, Gümüş, II, 2014: 26. Tandoğan, II, 2010: 121; Aral/Ayrancı, 2014: 366.

²⁹⁵ Eren, 2017: 648.

masrafların yükleniciye ait olmak üzere onarım veya işe devamın üçüncü kişiye verileceğini ihtar edebilir (TBK m. 473 f. 2).

İhtarın gereği yapılmazsa, iş sahibi bu durumda işi başkasına yaptırabilir. Yüklenici bu sebeple doğan fazla masraflardan, başkası eseri yaparken meydana gelebilecek kazalardan doğacak zararlardan veya işin bırakıldığı kişi tarafından karşılanmayan sonuçlardan da sorumlu olur. Sözü edilen kaza yüklenicinin kusuru sebebi ile ortaya çıktığından, sorumlu olması hakkaniyet duygusuna aykırı değildir. Bununla birlikte, üçüncü kişinin seçilmesi ve denetlenmesindeki aykırılıklardan iş sahibi sorumludur²⁹⁶. Burada yüklenici eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan ayıptan ve sözleşmeye aykırılıktan sorumludur²⁹⁷.

Hükmün uygulanabilmesi için birtakım şartların oluşması gerekir. Bu şartlar, *eserin meydana getirilmesi sırasında açıkça işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına anlaşılması, sözleşmeye aykırılık veya ayıbın yüklenicinin kusuru sebebiyle meydana gelmiş olması, iş sahibinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için yükleniciye süre vermesi ve bu süre içerisinde sayılan olumsuzlukları gidermesini istemesi, aksi halde hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere işin devamının üçüncü bir kişiye verileceğinin ihtarıdır*. Sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, iş sahibi işin devamını veya ayıbın giderilmesini üçüncü bir kişiye yaptırabilir. Bu durumda, hasar ve masraflar yükleniciye ait olacaktır.

2.2.2.2.Şartları

2.2.2.2.1.Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceği Açıkça Görülmelidir

TBK m. 473 f. 2 hükmüne göre, işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi, eserin meydana getirilmesi sırasında açıkça işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına anlaşılması halinde mümkündür²⁹⁸. Bazı yazarlara göre ise²⁹⁹ bu ayırım gereksizdir, hükümde yalnızca işin ayıplı yapılması durumu düzenlenmiştir. Benzer bir ayırım da TBK m. 475 f.

²⁹⁶ Tandoğan, II, 2010: 62.

²⁹⁷ Eren, 2017: 632. Gümüş'e göre, "Bu çerçevede TBK m. 473 f. 2 hükmü TBK m. 113 f. 1 kuralı karşısında bir "lex specialis" niteliğini taşır", II, 2014: 26. TBK m. 473 hükmünün birinci ve ikinci fıkraları birbirinin tamamlayıcısı niteliğinde değildir. Her iki fıkra farklı uygulama koşulları ve sonuçlara sahiptir. Bu iki fıkranın ortak yanı ise, teslim tarihinden önce iş sahibine hukuki korumalar sağlamasıdır. Her iki fıkranın gerçekleşmesi durumunda iş sahibi seçimlik hakka sahiptir. Bununla birlikte, her ikisini de kullanamaz. Bunlardan birisini seçmesi gerekir. Bk. Karakurt, 2017: 212-213.

²⁹⁸ Kocaağa, 2004: 183. Tandoğan'a göre, "Bu şarttan eser tamamlandıktan sonra ayıplı olması halinde BK. m. 358 f. 2'ye dayanılmayacağı anlamı çıkmaktadır. Ancak Federal Mahkeme böyle bir halde de sözü geçen hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu içtihat öğretide, eser tamamlanınca BK m. 97 f. 1'in öngördüğü hakimden izin alınması şartını göz ardı etmeyi gerektiren ivedi bir durum bulunmadığı ve BK m. 358 f. 2'de zararın tazminine değil masrafların karşılanmasına ilişkin bir istem söz konusu olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir", II, 2010: 63.

²⁹⁹ Şenocak, 2002: 190.

1’de düzenlenmekle birlikte, öğretide³⁰⁰ “ayıp veya sözleşme şartlarına aykırılık” ayrımının hukuken bir önem taşımadığı, bu durumun ayıp kavramının birliğine zarar vermediği, tek ve aynı anlamı ifade ettiği belirtilmektedir.

Eserin sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenen nitelikleri taşınamaması sebebiyle söz konusu olan eksikliğe ayıp denir. Eserde sözleşme veya dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken nitelikler ile fiilen var olan nitelikler arasındaki fark ayıbı ifade eder. Eserin tamamlandığında sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenen nitelikleri taşımayacağı, örneğin çatının su geçireceği anlaşılıyorsa, TBK m. 473 f. 2 hükmünde geçen eserin ayıplı olacağının açıkça görülmesi şartı gerçekleşmiş olur³⁰¹. Sözleşmeye aykırı şekilde eserin meydana getirilmesine örnek olarak caiz olmayan alt yükleniciye başvurma veya sözleşmeye aykırı biçimde üretim yöntemleri kullanma halleri verilebilir, buna karşın ifada gecikme TBK m. 473 f. 1 hükmünde ayrıca düzenlendiğinden, TBK m. 473 f. 2 kapsamında değildir³⁰². Benzer olarak yüklenicinin eserin yapımıyla ilgisi bulunmayan sözleşmeye aykırılık halleri de TBK m. 473 f. 2 kapsamı dışındadır³⁰³.

TBK m. 473 f. 2 gereği iş sahibinin eserin teslimini beklemeksizin, işin meydana getirilmesi sırasında müdahalede bulunabilmesi için, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına açıkça görülüyor olması gerekir³⁰⁴.

TBK m. 473 f. 2 hükmünün, eserin meydana getirilmesi sırasında işlerlik kazanacağı maddenin lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre, eserin yapımına başlanmış olsa da, henüz tamamlanmamış olması gerekir. Buna karşın, eserin yapılmasına başlanmadan ayıplı olacağı yine de anlaşılıyorsa, hükmün açık anlatımına rağmen TBK m. 473 f. 2 hükmü uygulanabilir. Eser için elverişli olmayan malzemenin iş yeri deposundan kaldırılıp uzaklaştırılmasının iş sahibi tarafından istenmesi hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁰⁵.

³⁰⁰ Aral/Ayrancı, 2014: 374. Tandoğan’a göre, “*Ayıplı olan her eserde, sözleşmeye göre bulunması gereken bir vasıf eksiktir; bu yüzden ayıp, eserin sözleşmeye aykırı bir durumunu oluşturur (BK m. 360). Böylece ayıplı bir eserin imali ve teslimi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir*”, II, 2010: 162.

³⁰¹ Kocaağa, 2014: 103.

³⁰² Tandoğan, II, 2010: 64; Aral/Ayrancı, 2014: 359.

³⁰³ Tandoğan, II, 2010: 64; Kocaağa, 2014: 103.

³⁰⁴ Kocaağa, 2014: 103.

³⁰⁵ Tandoğan, II, 2010: 63; Aral/Ayrancı, 2014: 358; Karakurt, 2017: 221; Kocaağa, 2014: 105. “*Yapı İşleri Genel Şartnamesi m. 16/V bu hususu şu ifadelerle teyit etmektedir: “Yüklenicinin işyerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve işe elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde yüklenici, yapı denetim görevlisinin bu husustaki yazılı tebliğ tarihinden başlamak üzere on gün içinde bu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde yapı denetim görevlisi bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere, işyeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir*”, Tandoğan, II, 2010: 63; Aral/Ayrancı, 2014: 358-359.

2.2.2.2.Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olması Yüklenicinin Kusurundan İleri Gelmelidir

İşin devamının üçüncü kişiye bırakılmasının bir diğer şartı, bu durumun yüklenicinin kusurundan ileri gelmesidir. Ayıp veya sözleşmeye aykırılık, yüklenicinin kusurundan ileri gelmiyorsa, iş sahibi bu hakkı kullanamaz, bu durumda ancak teslimi bekleyerek ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine dayanabilir³⁰⁶. Kusur kavramının içine kastın yanında hafif ve ağır her türlü ihmal de girmektedir³⁰⁷.

TBK m. 473 f. 2 düzenlemesine rağmen, masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için yüklenicinin kusurunun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁰⁸, TBK m. 473 f. 2 ile işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılmasının yüklenicinin kusuruna dayanması gerektiği ifade edilse de bu durumu TBK m. 476 anlamında iş sahibinin kusurunun bulunmaması şeklinde anlamak gerekir. Zira yüklenicinin buradaki sorumluluğu, -ayıp sonucu meydana gelen zarar hariç- bir kusur sorumluluğu değil sebep sorumluluğudur. Böylelikle yüklenici, iş sahibinin eserin meydana getirilmesinde kusuru olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunun aksi, TBK m. 473 f. 2 hükmünün amacına aykırılık olur, çünkü işin onarımına veya tamamlatılmasına dair yüklenicinin kusurunun aranması halinde iş sahibinin ayıp hükümlerine başvurabilmesi için eserin teslimini beklemesi gerekirdi³⁰⁹.

Hakim görüş ise³¹⁰, iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması yüklenicinin kusuruna dayanmalıdır. Bu görüşe göre *yüklenicinin kusuru*, ayıbın doğumunda iş sahibinin kusurunun bulunmaması olarak kabul edilmelidir. Yardımcı kişilerin davranışlarındaki kusur da yüklenicinin kusuru gibidir³¹¹.

İşin üçüncü kişiye yaptırılması sebebiyle oluşan masrafların yükleniciden talep edilebilmesi için iş sahibinin TBK m. 476 anlamında kusurunun bulunmaması da gerekir³¹². Kusurun ispatı açısından genel ilkeler söz konusudur. Buna göre, yüklenicinin sorumluluktan

³⁰⁶ Altaş, 2006: 106; Bu noktada söz konusu olan tartışmalar için bk. Kocağa, 2004: 185 vd.

³⁰⁷ Eren, 2017: 632.

³⁰⁸ Aral/Ayrancı, 2014: Kocağa, 2014: 186.

³⁰⁹ Tandoğan, II, 2010: 64; Aral/Ayrancı, 2014: 359; Karakurt, 2017: 235.

³¹⁰ Şenocak, 2002: 200; Tandoğan, II, 2010: 64.

³¹¹ Tandoğan, II, 2010: 64.

³¹² Kocağa, 2004: 187.

kurtulabilmesi için, iş sahibinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir. Yalnız yüklenicinin değil iş sahibinin de ortak kusurunun bulunduğu durumlarda kusur paylaştırılmalıdır³¹³.

2.2.2.2.3.İşsahibi Ayıbı Gidermesi İçin Yükleniciye Uygun Bir Süre Vermeli ve Yükleniciye İhtarda Bulunmalıdır

İş sahibinin TBK m. 473 f. 2 hükmünden yararlanabilmesi için gereken bir diğer şart, iş sahibinin yükleniciye ayıpları gidermesi için uygun bir süre vermesi ve bu süre içerisinde gerekli olan işlemleri yapmaması halinde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere işin üçüncü bir kişiye yaptırılacağına ihtar edilmesidir. Bu süre, yüklenicinin meydana getirilen eserin ayıbını gidererek teslimi veya yapılan işleri düzeltmesi için gereklidir³¹⁴. TBK m. 473 f. 2 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, iş sahibinin yükleniciye uygun bir süre vermemesi veya bu süre dolmadan üçüncü kişiye işi devretmesi halinde hasar ve masraflar için yükleniciye başvurması mümkün değildir. Süre verilmesi, borçlunun temerrüdü hükümlerindeki gibidir. Buradaki süre, eserin tamamlanması için verilen bir süre değildir, ayıbı gidermek için verilmiş bir süredir. Sürenin belirlenmesinde somut olay göz önünde bulundurulur ve dürüstlük kuralına uygun bir süre tayin edilir³¹⁵.

Yüklenici kendisine verilen sürenin yeterli olmadığını düşünebilir. Bu durumda yapması gereken ilk iş bu süreye karşı itiraz etmektir. Zira sonradan sürenin yeterli olmadığına dair iddiası dinlenmez. Ayıbın giderilmesi yüklenici tarafından yapılamayacaksa veya yüklenici ayıbı gidermesi için yapılan bu talebi reddetmiş ise işin başkasına yaptırılacağına dair süre verilmesine gerek yoktur³¹⁶. Ancak yalnızca süre vermek yeterli değildir. İşin üçüncü kişiye yaptırılacağına ihtar edilmesi de gerekir. Bu ihtar en geç süre verilmesi anında yapılmalıdır³¹⁷. Süre geçtikten sonra yapılan ihtar geçersizdir.

³¹³ Karakurt, 2017: 238 vd.

³¹⁴ Gümüüş, II, 2014: 27. Sürenin belirlenmesi iş sahibi tarafından yapılabileceği gibi, hakimin belirlemesi de istenebilir. Bir diğer anlatımla, illaki iş sahibinin süreyi tayin konusunda bizzat yükümlü olacağı kabul edilmez. İsterse, hakimin belirlemesine de yönelebilir. Hatta, hakime başvurulması halinin, ileride açılacak davalar ile sürenin uygun ve yeterli olmadığı yönünde itirazları engellemek amacıyla öncelenmesi gerektiği yönünde bk. Karakurt, 2017: 240. Yarg. 15. HD, T. 06.06.2017, E. 2016/3306 K. 2017/2428: “Mahkemece, alınan bilirkişi raporlarına göre zaman zaman davalı firma ve onun bağlı olduğu Asaş'ın davacıya malzeme vermekte sıkıntı çektiği, işin uzamasına neden olduğu, bazen de projedeki boru çaplarını büyütürük davacının kusuru olmaksızın farklı montajlara gidildiği, buna göre sözleşme konusu işin uzamasında davalı ve dava dışı iş sahibinin davranışlarının etkili olduğu, bu sebeple akdin feshinin haklı olmadığı, davalının TBK'nın 473 f. 2 hükmüne göre sözleşmeyi feshedilmesi için davacıya ihtarda bulunması ve ihtarında ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılmış işlerin düzeltilmesi için süre vermesi gerekirken buna uygun davranmadığı...”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³¹⁵ Şenocak, 2002: 176-177; Kocaağa, 2014: 106-107.

³¹⁶ Tandoğan, II, 2010: 65; Eren, 2017: 633; Aral/Ayrancı, 2014: 360; Kocaağa, 2014: 107.

³¹⁷ Aral/Ayrancı, 2014: 360; Kocaağa, 2014: 108.

2.2.2.3.Sonuçları

Eserin ayıplı olarak meydana geleceği açıkça belliyse ve iş sahibi tarafından yükleniciye verilen süre içinde yüklenici gerekenleri yapmamışsa hasar ve masrafi yükleniciye ait olmak üzere, işin devamı üçüncü bir kişiye bırakılabilir (TBK m. 473 f. 2).

İşin onarımı veya devamının üçüncü kişiye bırakılması halinde iş sahibi ile üçüncü kişi arasında bir eser sözleşmesi kurulur. Eserde ayıp söz konusu ise, üçüncü kişiden yalnızca ayıbın giderilmesi istenebilir. Düzeltme durumunda işin geri kalan kısmının hepsi değil, yalnızca düzeltilecek kısmı üçüncü kişiye yaptırılır³¹⁸. Üçüncü kişinin ayıbı gidermesiyle birlikte eserin yapılmasına önceki yüklenici tarafından devam edilir. Öte yandan, ayıp giderildikten sonra iş sahibi ile yüklenici arasında olumsuzluklara yol açacak veya ayıpsız teslim yalnızca ayıbın giderilmesinin üçüncü kişiye bırakılması ile mümkün olmayacaksa, bu durumda ayıbın giderilmesi yanında eserin meydana getirilmesi de üçüncü kişiye bırakılabilir. Bunun yanında, sözleşmeye aykırılık sebebiyle üçüncü kişiye başvurulması durumunda işin devamı da üçüncü kişiye bırakılır³¹⁹.

TBK m. 473 f. 2 hükmünün uygulanabilirliği için, yüklenicinin bizzat kendisinin iş görmesini, iş sahibine karşı yüklenmemiş olması gerekir. Bu tarz sıkı sıkıya bağlı edimler var ise, anılan hüküm uygulanamaz. Burada bir kanun boşluğu olduğu da öğreti tarafından kabul edilmekte ve bu durumda TBK m. 473 f. 2’de sayılan şartlar gerçekleşmişse, TBK m. 473 f. 1’e göre sözleşmeden dönme hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir³²⁰.

TBK m. 113 hükmünden farklı olarak burada işin görülmesinin üçüncü kişiye bırakılması için hakim kararı gerekmez. Bu durumun hükmün hız ve işlerliği arttırmayı amaçlaması açısından gerektiği kabul edilebilir. Hükmün amacının, iş sahibinin anında önlem almasını sağlamak olduğu açıktır. Buna karşılık, hakim izni gerekmesee dahi iş sahibi hakimin iznine başvurabilir. Bu durumda anılan talebin hakim tarafından reddedilip reddedilemeyeceği hususunun tartışılması gerekir. TBK m. 473 f. 2 hükmünün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve verilen sürenin yeterli ve uygun olup olmadığı noktasında bir anlaşmazlık çıkması durumunu önleme açısından hakim izninin istenmesinde hukuki yarar olacağı açıktır³²¹.

Yüklenici verilen süre içerisinde gerekli olan düzeltmeleri yapsa bile iş sahibinin tazminat isteme hakkı devam eder. Bununla birlikte, eserin yapımının bitmiş olduğu ve

³¹⁸ Tandoğan, II, 2010: 64; Kurşat, 2017: 219.

³¹⁹ Gümüş, II, 2014: 28.

³²⁰ Gümüş, II, 2014: 26.

³²¹ Tandoğan, II, 2010: 65; Eren, 2017: 633; Gümüş, II, 2014: 27.

herhangi bir kayıt koymadan iş sahibinin kabul ettiği veyahut da yüklenicinin yaptığı işin bedelini ödediği durumlarda tazminat hakkı sona erer³²².

TBK m. 473 f. 2’de bahsedilen şartların gerçekleşmesi durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanamayacağı ise öğretide tartışmalıdır³²³. Hakim görüşü³²⁴, TBK m. 473 f. 2 hükmünde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin TBK m. 125’te düzenlenen seçimlik haklara da başvurabileceği yönündedir. Bu görüşü savunanlar, işin görülmesi sırasında ortaya çıkan ayıpların yüklenicinin ifada gecikmesinden daha ağır şartlara tabi tutulmaması için haklı bir sebep bulunmadığını ifade etmektedir³²⁵. Öyle ki, verilen süre içerisinde yüklenici gerekli düzeltmeleri yapmaz veya buna yönelik fiillerde bulunmazsa iş sahibi işi başkasına yaptırmak yerine sözleşmeden dönme yolunu da seçebilmelidir. Yargıtay da, işin devamının üçüncü kişiye bırakılması dışında yükleniciye sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır³²⁶.

İş sahibinin verdiği sürenin sonunda yapılması gerekenler yapılmamışsa, iş sahibi aynı işi illaki başkasına yaptırmak zorunda değildir. İş kendisi de yapabilir. Bu durumda, süre sonunda TBK m. 125’teki seçimlik haklarını kullanabilir, hatta bu sefer süre vermesi dahi gerekmez³²⁷.

İş sahibinin gerektiğinde yükleniciden ayıpların giderilmesini isteyebileceği veya işin devamını üçüncü kişiye bırakabileceğine dair Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde de bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar m. 16/VI, 26/I-IV ve 16/VI hükümleridir.

YİGŞ m. 16/VI’ya göre, “Yüklenici tarafından fen ve sanat kurallarına aykırı olarak kusurlu yapıldıkları anlaşılan iş kısımlarını yıktırıp yükleniciye yeniden yaptırmak hususunda yapı denetim görevlisi yetkilidir. Yüklenici, bu konuda kendisine yazılı olarak verilen talimat üzerine, belirlenen süre içinde söz konusu iş kısımlarını ayrıca bir bedel istemeksizin yıkıp yeniden yapmak zorundadır. Bu hususta bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir.”

Aynı şekilde YİGŞ m. 26/I-VI’e göre, “Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye

³²² Tandoğan, II, 2010: 65; Kocaağa, 2014: 107.

³²³ Aral/Ayrancı, 2014: 363; Ayrıntılı açıklamalar için bk. Karakurt, 2017: 267 vd.

³²⁴ Tandoğan, II, 2010: 69; Aral/Ayrancı, 2014: 363; Eren, 2017: 633.

³²⁵ Aral/Ayrancı, 2014: 363.

³²⁶ Eren, 2017: 633; Aral/Ayrancı, 2014: 363-364; Karakurt, 2017: 270.

³²⁷ Tandoğan, II, 2010: 65; Yavuz, 2014: 1006; Aral/Ayrancı, 2014: 363; Şenocak, 2002: 192; Karakurt, 2017: 268. Tandoğan’a göre, “Gerçekten, mehil sonunda işin başkasına yaptırılması hususundaki ihtar, eğer iş sahibi müspet zararın tazmini yolunu seçecekse bunu üçüncü kişiye başvurarak aynen ifa ettireceği anlamını taşır, yoksa seçimlik haklardan feragati gerektirmez. Diğer taraftan, işin başkasına yaptırılarak masraflarının müteahhitten alınması müspet zararın somut yöntemle hesaplanmasından başka bir yol değildir; bu yüzden, iş sahibi dilerse üçüncü kişiye yaptırmak yerine zararı doğrudan doğruya para ile tazmini de isteyebilir”, II, 2010: 66.

aittir. Yüklenici gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksikliklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır.

Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere 4734 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir.

İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirtildiği şekilde düzelttirip onarmakla birlikte, işin niteliğine göre aksaklığı tespit edilen yapım işlerinin kesin kabul işlemlerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alıkonur.

Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkanı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi halinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz.

Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve zıyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 4735 sayılı Kanununun 27' nci maddesi hükümleri uygulanır”.

Bununla birlikte YİĞŞ m. 42/VI'da yine benzer bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, “Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde

idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir”.

2.3.Eserin Tamamlanmasından Sonra

Eser sözleşmesinin sonucu garanti eden bir sözleşme olduğuna ve bu özelliğinin eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırdığına daha önce değinmiştik. Yüklenicinin en genel nitelikli borcu olan özen borcunun, sözleşmede kararlaştırılan eserin meydana getirilme aşamasında olduğu kadar eserin tamamlanmasından sonraki aşamada da önemi büyüktür. Yargıtay’ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin kemikleşmiş içtihatlarında bu konuya oldukça önemli bir yer verilmektedir³²⁸. Buna göre, özen borcu eserin teslimine kadar devam eder. Elbette ki eserin zamanından önce teslimi de mümkündür (TBK m. 96).

Eserin tamamlanmasından sonraki özen borcuna aykırılık halini yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu çerçevesinde incelemek gerekir.

2.3.1.Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu

2.3.1.1.Genel Olarak

Ayıp sebebiyle sorumluluk, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır³²⁹. Bu sorumluluk, TBK’da özel olarak düzenlenmiştir. Bu demek oluyor ki, eserin ayıpsız şekilde iş sahibine teslimi gerekir. Ayıbın özen borcuna aykırılık sebebiyle doğmuş olup olmaması önemli değildir. Zira genel nitelikli özen borcunun ihlali, özel nitelikli ayıp hükümleri içinde erir. Ancak ayıp sebebiyle sorumlulukta, özen borcu ayrı bir önem taşır³³⁰. Yüklenici, sözleşmede öngörülen veya kendisinin vaat ettiği nitelikleri taşıyan bir eser teslim etmekle yükümlüdür³³¹. Ayıp sebebiyle sorumluluk, TBK m. 474-478 arasında düzenlenmiştir.

Yüklenici eseri tam, eksiksiz, ayıpsız meydana getirmek ve bu şekilde iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Eser sözleşmesinde ayıbı düzenleyen hükümler, satış sözleşmesindeki ayıp sebebiyle sorumluluğu düzenleyen hükümlerden etkilenmiştir. Bununla birlikte, her iki sözleşmenin de farklı nitelik ve içeriklere sahip olması satış sözleşmesinde düzenlenen ayıp

³²⁸ Samsun BAM. 1 HD, T. 12.12.2018, E. 2018/2375 K. 2018/2535: “Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder. (Emsal Yargıtay HGK 1991/15-340 Esas 1991/467 Karar 09.10.1991 tarih)”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019). İstanbul BAM 15 HD, T. 17.07.2017, E. 2017/734 K. 2017/463: “Yüklenicinin sadakat ve özen borcu, eserin teslimine kadar devam eder ve iş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan yüklenicinin kaçınmasını gerektirir. (bk. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2010 tr. 2010/5327 esas, 2010/6334 karar sayılı kararı)”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³²⁹ Tandoğan, II, 2010: 160; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 547; Kocaağa, 2014: 138.

³³⁰ Kocaağa, 2014: 102.

³³¹ Tandoğan, II, 2010: 160; Yakuppur, 2009: 52.

hükümlerinin kıyas yoluyla eser sözleşmesine uygulanmasını engeller³³². Her ne kadar eser sözleşmesindeki ayıbı düzenleyen hükümler satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinden etkilense de, satış hükümlerine göre dar ve kapalı bir sorumluluk sistemi içerisinde düzenlenmiştir. Bu sebeple satıcının ayıp sebebiyle sorumluluğundan farklı olarak İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasındaki hakim görüşe göre³³³, eserin ayıplı olarak meydana getirilmesi durumunda iş sahibi ayıp hükümleriyle yarışan şekilde TBK m. 112'ye dayanarak yükleniciden zararın tazminini talep edemez³³⁴. TBK m. 475 f. 2 ile birlikte ise, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu düzenlenerek açıkça iş sahibine genel hükümlere, yani TBK m. 112'ye göre tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Böylece tazminat talebi seçimlik haklardan ayrı şekilde ileri sürülebilir. Bunun yanında yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu ile yarışır³³⁵.

2.3.1.2.Şartları

2.3.1.2.1.Genel Olarak

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun birtakım şartları vardır. Bu şartlar gerçekleştiğinde yüklenici ayıp sebebiyle sorumlu olur. Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun şartlarını şu şekilde sayabiliriz. Öncelikle ilk şart, *eserin teslim edilmiş olması* şartıdır. İkinci olarak, *teslim edilen eserin ayıplı olması* gerekir. Üçüncü olarak, söz konusu *ayıbın iş sahibinden kaynaklanmaması*, bir diğer anlatımla ayıbın iş sahibinin davranışları yüzünden meydana gelmemiş olması gerekir. Dördüncü şart, *ayıplı eseri iş sahibinin kabul etmemesi* ve son şart ise, *eserin gözden geçirilerek ayıbın yükleniciye bildirilmesidir*. Görüldüğü üzere, sayılan şartlar genel olarak birbiriyle ilintili ve birbirini takip eden şartlar olup, hepsinin birlikte gerçekleşmesi yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunu doğurur.

³³² Eren, 2017: 633.

³³³ Gümüş, II, 2014: 49, dn. 231'deki yazarlar.

³³⁴ Gümüş'e göre, "eBK'nın yürürlük döneminde Yargıtay ise, aynı satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen görüşüne paralel biçimde, ayıplı ifaya ilişkin ihbar külfeti ve zamanaşımı sürelerine uyulmak şartıyla, eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri ile eBK m. 96 hükmüne dayalı tazminat talebinin yarışacağı görüşündeydi. İsviçre öğretisinde yeni gelişen bir eğilim de, tazminat talebini diğer seçimlik bağımsız haklardan ayrı olarak ileri sürülebilecek bir talep olarak iş sahibine tanımaktadır; bu görüşün temel sonucu iş sahibinden ayıbı takip eden zarar ile birlikte ayıp zararının da tazminini isteyebilecek olmasıdır. Bu noktada TBK Kanun Koyucusu, TBK m. 475 f. 2'de getirdiği yeni "İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır" hükmü ile birlikte açıkça iş sahibine genel hükümlere, yani TBK m. 112'ye göre tazminat talep etme hakkını tanımıştır", II, 2014: 49.

³³⁵ Gümüş, II, 2014: 49-50.

2.3.1.2.2.Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun ilk şartı, eserin iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır. Eser sözleşmesinde, eserin tamamlanması ile borç ifa edilmiş sayılmaz. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından birisi de eseri teslim borcudur³³⁶. Eserin tamamlanması yanında iş sahibine teslimi ile borç ifa edilmiş sayılır. Teslim borcu, TBK’ da herhangi bir maddede açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın, bazı maddelerde ise teslimden bahsedilmiştir. Teslim olgusundan bahseden bu maddeler, TBK m. 473 f. 1, 474 f. 1, 478 f. 1, 479 f. 1 ve f. 2 ile 483 f. 1 hükümleridir. Bu cümleden olarak anlaşılmaktadır ki, Kanun koyucu örtülü şekilde teslim borcunu kabul etmiştir³³⁷.

Eserin tesliminden maksat, tamamlanmış bir eserin iş sahibine sunulmasıdır. Aksi durumda, eser henüz tamamlanmamış olup, bu nitelikteki bir eserin ayıplı sayılması mümkün değildir. Bir diğer anlatımla, henüz tamamlanmamış bir eser bakımından yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğundan bahsedilemez³³⁸. Anılan durum, TBK m. 474 f. 1 hükmünden çıkarılmaktadır. Buna göre, iş sahibi hükümde sayılan davranışları eserin tesliminden sonra yapma külfeti altındadır. Tamamlanmakla birlikte yine teslim edilmeyen bir eserin de ayıplı olduğu söylenemez.

Teslim, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilen eserin veya maddi bir cismin borcun ifası amacıyla yüklenici tarafından fiili olarak doğrudan iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasıdır³³⁹. Teslim borcu, karşı tarafın eseri fiili olarak almasıyla karşılıklıdır. Bir

³³⁶ Yarg. 15 HD, T. 30.10.2018, E. 2018/3774, K. 2018/4129: “Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadece eseri meydana getirmesi, aslı edim borcunu yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Yüklenici, sözleşmeye uygun meydana getirdiği eseri teslim borcu altındadır. Yüklenici üstlendiği eseri meydana getirecek ve meydana getirdiği bu eseri, iş sahibine usul ve yasaya ve sözleşme hükümlerine uygun olarak teslim edecektir. Eseri teslim borcu yüklenicide olduğundan eserin teslim edildiğini kanıtlama borcu da yükleniciye düşmektedir. Bir başka deyişle yüklenici, eseri, iş sahibine sözleşmeye uygun teslim ettiğini kanıtlamak zorundadır. Davalı yüklenici savunmasını kanıtlayabilmesi için, eseri iş sahibine süresi içerisinde iş sahibinin iş yerinde teslim ettiğini kanıtlamakla yükümlüdür”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³³⁷ Tandoğan, II, 2010: 124; Eren, 2017: 621; Aral/Ayrancı, 2014: 367; Gümüş, II, 2014: 28; Yakuppur, 2009: 64; Erman, 2007: 29. Tandoğan’a göre, “Eser kavramı maddi olmayan emek sonuçlarını da içine alacak biçimde geniş tutulduğu takdirde, hiç olmazsa maddi eserler için müteahhidin teslim borcunun varlığını kabul etmek gerekir”, II, 2010: 125.

³³⁸ Tandoğan, II, 2010: 160; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 547; Gümüş, II, 2014: 50; Eren, 2017: 634; Aral/Ayrancı, 2014: 374; Şenocak, 2002: 88.

³³⁹ Eren, 2017: 621-622; Gümüş, II, 2014: 28-29; Ayan, 2008: 49; Tandoğan, II, 2010: 125. Yılmaz’a göre, “Eserin teslimi; yüklenicinin üzerinde anlaşmaya varılan eseri meydana getirerek, ifa amacıyla iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi veya iş sahibinin meydana getirilen eser üzerindeki fiili hakimiyeti hiç kaybetmediği durumlarda eserin meydana getirildiğini iş sahibine bildirmesidir”, 2019: 18. Gümüş’e göre, “Bu nedenle eser sözleşmesindeki teslim maddi bir fiil olarak görülür ve bu nedenle her türlü delille ispatlanabilir; teslimi ispat yükü yüklenicidedir” II, 2014: 29. Teslimin unsurlarını Ayan üç maddede belirlemiştir. Buna göre, iş sahibine karşı eserin zilyetliğinin devri, bu intikalın ifa iradesiyle gerçekleşmesi ve iş sahibinin bu iradeden haberdar veya farkında olmasıdır. Fiili hakimiyet alanına geçirme zilyetliğinin devri ile mümkündür. Yüklenicinin ifa iradesiyle hareket etmeyip de örneğin kaza sonucu eserin iş sahibinin alanına girmesi durumlarında teslim gerçekleşmiş sayılmaz. Son olarak da iş sahibi teslim ve ifa iradesini anlayabilmelidir. Bir diğer deyişle, ifa için teslimi fark etmeyen iş sahibi açısından teslim olgusu gerçekleşmiş sayılmaz. Bk. Ayan, 2008: 50. Yarg. 15 HD,

nevi taraflar arasında teslim etme ve teslim alma ilişkisi bulunmaktadır. Teslim etme yüklenicinin fiili iken, teslim alma ise iş sahibinin yerine getirdiği bir fiildir. Buna karşın, iş sahibinin eseri kabulü ile teslim almayı aynı anlamda tutmamak gerekir. Zira kabul, nitelik olarak irade beyanıdır³⁴⁰. Oysa ki teslim açısından böyle bir iradeye sahip olmak gerekmez. Yani teslim alanın teslim almaya yönelik ayrı bir iradesinin varlığı gerekli değildir. Eserin teslimi, iş sahibini zilyet haline getirme şeklinde gerçekleşir. Teslimle birlikte iş sahibinin zilyet olması sağlanır veya zilyet olmasını engelleyen durumlar ortadan kaldırılır. Zilyetliğin her zaman asli zilyetlik olması gerekmez. Kiracının tamirciye verdiği şeyi aldığı zamanki durum gibi ferî zilyetlik de olabilir³⁴¹.

Kabul, eserin sözleşmeye uygun şekilde ve ayıpsız olarak meydana getirildiğini açıklayan ve yükleniciyi ayıptan doğan sorumluluktan kurtaran iş sahibinin bir irade beyanıdır. Bu beyanın açık veya örtülü olması arasında bir fark yoktur. Oysa ki teslim yüklenicinin asli edimlerinden birisidir³⁴². Her teslim olgusunun, kabul ile sonuçlanması beklenemez. Yüklenici eseri tamamlayıp teslim aşamasına gelse bile bazen iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınabilir. Burada ilk bakışta alacaklının temerrüdünün söz konusu olduğu düşünülebilir ancak burada bahsetmek istediğimiz temerrüt kurumu değildir. Örnekleme gerekirse, yüklenici eseri sözleşmede kararlaştırılandan eksik bir biçimde meydana getirmişse, işte burada iş sahibinin teslim edilen eseri kabul etmek zorunda olduğu söylenemez. Zira iş sahibi kısmi ifayı kabul etmeyebilir. İş sahibi, teslim almaktan haksız bir biçimde kaçınmışsa eğer, bu durumda alacaklının temerrüdünden bahsedilir³⁴³. Görüldüğü üzere, teslim alma ile kabul aynı değildir, teslim ancak eserin kabul edilmesinin ön şartını oluşturur³⁴⁴.

Eserin tesliminin tamamlanmış eser üzerinden olacağına değinmiştik. Eserin tamamlandığının kabulü için sözleşmede kararlaştırılan ve yapılması gereken işlerin yerine getirilmiş olması gerekir. İşlerin yerine getirilmesi durumunun sınırını dürüstlük kuralı

T. 30.10.2018, E. 2018/3774, K. 2018/4129: “Eser sözleşmelerinde teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi olarak tanımlanmaktadır”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³⁴⁰ Eren, 2017: 621; Aral/Ayrancı, 2014: 367; Gümüş, II, 2014: 29; Yılmaz, 2019: 21. Öyle ki kabul ile eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde meydana getirildiğini ve eseri meydana getirildikten sonraki haliyle benimsediğini iş sahibi doğrulamaktadır. Bu şekilde yüklenici eserin ayıbından dolayı sorumluluktan kurtulur. Bk. bu yönde Yakuppur, 2009: 69; Ayan, 2008: 50; Erman, 2007: 32; Öz, 1989: 166; Yılmaz, 2019: 21. Yarg. HGK., T. 13.06.2007, E. 2007/11-324 K. 2007/339: “Teslim alma ve kabul ayrı ayrı hukuki kavramlar olup, eserin teslim alınması her zaman eserin kabul edildiği anlamına gelmemekte; teslim olgusunda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlüğünü yerine getirmemişse teslim ettiği eserin ayıbından kendisi sorumlu olur”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³⁴¹ Tandoğan, II, 2010: 125; Yakuppur, 2009: 65.

³⁴² Tandoğan, II, 2010: 127; Aral/Ayrancı, 2014: 367; Gümüş, II, 2014: 29.

³⁴³ Eren, 2017: 622.

³⁴⁴ Gümüş, II, 2014: 29; Ayan, 2008: 50.

oluşturur³⁴⁵. Eserin tamamlanması, sözleşmede kararlaştırılan tüm hususların yerine getirilmesiyle birlikte gerçekleşmiş sayılır. Aksi kararlaştırılmadıkça iş sahibi işin bir kısmını kabule zorunlu değildir³⁴⁶. Ayıbın niteliği eserin tesliminde önem arz etmez. Bir diğer anlatımla, ayıplı olan eser de iş sahibine teslim edilebilir. Ayıpsız olarak eserin meydana getirilmesi teslimin bir şartı olarak görülemez³⁴⁷.

Eksikliğin eserin yapılan kısmı karşısında oldukça önemsiz ve küçük kaldığı durumlarda, iş sahibinin eserin tamamlanmadığını ve bu durumda teslim alınmasının da kendisince mümkün olmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle, eserin artık teslim elverişli olduğunun kabulü gerekir. Eserin tamamlanmaması sebebiyle tesliminin de mümkün olmadığı durumlarda, eser henüz teslim edilmediğinden ayıp sebebiyle sorumluluktan yükleniciye başvurulamaz. Bununla birlikte, yüklenicinin iş görme sürecindeki özen borcuna aykırılığından ötürü sorumluluğu yoluna gidilebilir³⁴⁸.

Eksikliğin önemsiz olduğu durumlarda, eserin fiilen teslim alınması hukuken teslim oluşturur. Bu durumda TBK m. 112 hükmüne dayanarak eksiklik sebebiyle zararın tazmini istenebilir. Eserin tamamlanmış kısmındaki ayıp için de ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine göre yükleniciye başvurulabilir³⁴⁹.

İş sahibinin arsasına eserin yapıldığı durumlarda teslim, açık veya örtülü bildirimle olur. Yüklenicinin işi tamamlamasıyla birlikte iş sahibince bunun görülmesi ve iş sahibinin eser üzerinde tasarrufta bulunabilmesi durumunda, yani iş sahibinin eser üzerinde fiili olarak iradesini gerçekleştirebildiği hallerde örtülü bildirimden bahsedilir³⁵⁰. Yüklenicinin teslimi teklif etmiş olması veya iş sahibine fatura yollaması kural olarak teslim sayılmaz. Bu duruma somut olayın özelliklerine göre eserin tamamlanmış ve iş sahibinin tasarrufuna hazır olduğuna dair bir bildirim niteliği atfedilebilir. Faturaya bu yönde bir nitelik yüklense bile, yüklenici

³⁴⁵ Seliçi, 1978: 134; Şenocak, 2002: 88; Kocaağa, 2014: 139; Yakuppur, 2009: 66 vd.

³⁴⁶ “Doktrinde bazı yazarlar, büyük bir kısmı bitirilmiş, geriye çok az bir kısmı kalmış eserin de, tamamlanmış eser olarak kabul edilmesini, dürüstlük kuralına uygun saymaktadırlar”, Eren, 2017: 621; Ayan, 2008: 50; Yakuppur, 2009: 66.

³⁴⁷ Aral/Ayrancı, 2014: 367; Tandoğan, II, 2010: 126; Yakuppur, 2009: 67.

³⁴⁸ Seliçi, 1978: 134; Kocaağa, 2014: 140.

³⁴⁹ “Yargıtay’a göre bir yapı inşaat ruhsatı olmaksızın (kaçak olarak) yapılmışsa; teslim hiçbir şekilde gerçekleşmez; bunun sonucu olarak yüklenicinin bedel alacağı (ve arsa payı karşılığı yapı sözleşmesine kendisine düşecek bağımsız bölümlerinin mülkiyetinin devrini isteme alacağı) muaccel olamayacağı gibi; iş sahibi de eksik iş tazminatı veya ayıplı iş nedeniyle tazminat, ecrimisil talebinde bulunamaz;-ancak Yargıtay’a göre- iş sahibi sadece gecikmeden kaynaklanan müspet zarar karşılığı olarak kira kaybından doğan zararın giderimine yönelik kira tazminatının ödenmesini talep edebilir. Yargıtay’a göre kaçak inşaat varlığı durumunda kira kaybına dayalı müspet zararın tazminine yönelik kira tazminatı talebi dışında iş sahibinin isteyebileceği tek şey, kaçak yapının veya kaçak kısmının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini, mümkün olmadığı takdirde yıkımını talep etmektir”, Gümüş, II, 2014: 50.

³⁵⁰ Tandoğan, II, 2010: 126; Aral/Ayrancı, 2014: 367; Yakuppur, 2009: 65.

tarafından eserin tamamlandığına dair herhangi bir bildirim yapıp yapılmadığının araştırılması gerekir³⁵¹.

Maddi olan şeylerin teslimi fiilen olsa da, maddi olmayan şeylerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğu hallerde, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin örneğin CD veya flaş belleğin, herhangi bir raporun, ses kaydı içeren bandın verilmesiyle teslim yerine getirilmiş olur³⁵².

Teslim olgusuyla ilgili olarak eserin teslim edileceği yer ile teslim zamanına da değinmek gerekir. Eserin teslim edileceği yer sözleşmede iş sahibi ve yüklenici tarafından açık veya örtülü şekilde belirlenebilir. Bu durumda, eserin yüklenici tarafından iş sahibine götürüleceği veya iş sahibi tarafından aranacağı kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir belirlemenin var olup olmadığı öncelikle araştırılır. Herhangi bir belirleme yoksa ifa yerinin belirlenmesine ilişkin genel hüküm uygulanır³⁵³. Bahsedilen genel hüküm TBK m. 89 hükmüdür. TBK m. 89 f. 1'e göre, ifa yeri taraflarca açık veya örtülü şekilde belirlenebilir. Aksi kararlaştırılmamışsa, para borçları alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde; parça borçları, sözleşme konusu borcun kurulma sırasında bulunduğu yerde; diğer borçlar ise

³⁵¹ Tandoğan, II, 2010: 126.

³⁵² Tandoğan, II, 2010: 125; Aral/Ayrancı, 2014: 367-368; Yakuppur, 2009: 65. “Teslim olgusunu ispat yükleniciye aittir. Bununla birlikte, eserin çekince kaydı konulmadan teslim alınması durumunda bu yük iş sahibi üzerindedir”, Ayan, 2008: 81; Öz, 1989: 171. Yarg. 15 HD, T. 30.10.2018, E. 2018/3774, K. 2018/4129: “Teslimi kanıtlama yükü somut olaydaki savunmaya göre davalı yüklenicide olmakla bu teslimin nasıl kanıtlanması gerektiği davanın çözüm noktasını oluşturmaktadır. Eserin teslim edilip edilmediğinin ispatında taraflar ispatın hangi delillerle yapılacağı hususunda sözleşmeye hüküm koyabilirler ve teslim konusunda bir delil sözleşmesi yapabilirler. Böyle bir delil sözleşmesi yoksa yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim ettiği vakıtasını, teslim, hukuki işlem değil, hukuki fiil olduğundan kural olarak her tür kanıtla bu arada tanıkla dahi ispat edebilir”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³⁵³ Tandoğan, II, 2010: 128; Eren, 2017: 622; Yakuppur, 2009: 70; Ayan, 2008. Yarg. 15. HD, T. 2.10.2015, E. 2015/3705 K. 2015/4747: “Davalı taraf yetkili mahkemenin alacaklının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi olan Tokat Mahkemeleri olduğundan yetki itirazında bulunmuş, esasa ilişkin beyanlarında ise davaya konu malların sağlam ve tam olarak davacıya teslim edildiği konusunda bir uyuşmazlık olmadığından davanın reddini talep etmiştir. 6100 sayılı HMK hükümlerine göre; genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK 6/1). Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir (HMK 10/1). Davalının yerleşim yeri Tokat'tır. Sözleşmenin ifa edileceği yer konusunda ise taraf beyanları uyuşmamaktadır. Sözleşmeye konu malların teslim yerini esas alan beyanlara göre davalı taraf ifa yerinin Tokat olduğunu davacı taraf ise Niksar olduğunu iddia etmektedir. Eser sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren sözleşme olup karşılıklı edimlerin farklı yerlerde ifa edileceğinin kararlaştırılması halinde birden fazla ifa yeri söz konusu olacağından birden fazla ifa yeri mahkemesi de davaya bakmaya yetkili olacaktır. Bu durumda öncelikle ifa yerinin neresi olduğu değerlendirilmelidir. Eser sözleşmesine ilişkin ifa yerinin neresi olduğuna dair özel düzenleme bulunmadığından genel kurallara göre ifa yeri belirlenmelidir. TBK'nın 89. maddesine göre borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bunların dışındaki bütünü borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Para borçlarının alacaklının yerinde ifa edileceğine dair 89. maddedeki kural salt para alacakları ile ilgili olup eser bedeline ilişkin alacak istemleri yönünden uygulanamayacağı dairemizce istikrarla uygulanan kararlar ile kabul edilmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim borcu yönünden ifa yeri belirlenmemiş ise ifa yeri Tokat olacaktır. Somut olayda ise bir kısım imalatın davalı tarafından Niksar'da teslim edildiği tanık beyanları ile sabit olmuş olup kısmen de olsa ifa yerinin Niksar olduğu tanık beyanlarıyla ispatlanmıştır. Bu durumda davaya bakmaya Niksar mahkemeleri yetkilidir”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

doğdukları andaki borçlunun yerleşim yerinde ödenir. Alacaklının yerleşim yeri borcun doğumundan sonra değişip de borcun ifası bu sebeple güçleşmişse, alacaklının eski yerleşim yerinde de ifa mümkündür (TBK m. 89 f. 2).

Taşınır eserlerin tesliminde belli bir şeyin teslimi söz konusu olduğundan burada daha çok aranacak bir borcun olduğu söylenebilir³⁵⁴. Yükleniciye onarım veya işleme için getirilen ve iş sahibi tarafından malzemesi sağlanan taşınır eserlerin meydana getirildikten sonra iş sahibi tarafından aranması gerekir. Aksi kararlaştırılmışsa yüklenici bu eseri iş sahibine de gönderebilir. Yüklenicinin malzemesini kendisinin sağladığı işlerde ise iş sahibine eseri götürmesi veya masrafı iş sahibine ait olmak üzere göndermesi gerekir. Taşınmaz eserlerin tesliminde durum daha farklıdır. Doğal olarak taşınmazlarda teslim taşınmazın bulunduğu yerde gerçekleşir. Taşınmazların ayrılmaz parça veya eklentileri de taşınmazın bulunduğu yerde teslim edilmelidir³⁵⁵.

İş sahibi ve yüklenici, eserin teslim edileceği tarihi sözleşmede belirleyebilir. Tarih belirleme, belirli bir günü seçerek olabileceği gibi (örneğin 15.06.2019 tarihinde gibi), yine bir tarih belirleyip bu tarihten belli bir süre sonra eserin teslim edilmesinin kararlaştırılması (yılbaşı tatilinden 10 ay sonra gibi) şeklinde de olabilir. Kararlaştırılan süreyi yüklenici tek başına uzatamaz, iş sahibi de tek başına kısaltamaz. Buna karşın sözleşmede sürenin uzatılacağı durumlar belirtilebilir. Teslim tarihinin taraflarca belirlenmesi halinde TBK m. 117 f. 2'de bahsi geçen birlikte belirleme hali gerçekleşmiş olur³⁵⁶.

İş sahibi ve yüklenici tarafından eserin teslim zamanının belirlenmediği durumlarda TBK m. 90 hükmü uygulanmalıdır. Anılan hükme göre, ifa zamanı belirlenmemişse işin niteliğinden anlaşılmadıkça veya aksi kararlaştırılmadıkça borçlar, doğumu anında muaccel olur. TBK m. 90 hükmü yanında, tarafların varsayılan iradeleri de belirlemede önemli bir yer teşkil eder. Bu durumda, eser meydana getirilirken deneyimli bir uzmanın işe zamanında başlayarak ve devam ederek mutat araç, gereç ve işgücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde bulundurulur³⁵⁷.

Eserin teslimi işin tamamlanmasından sonra mümkündür. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte teslimin muaccel olduğu düşünülemez. Bu durum ancak yapımı kısa zaman alan eserlerde mümkündür. Bunun dışında, yükleniciye eseri meydana getirebilmesi için mutlaka uygun bir süre tanınmalıdır. Eserin bazı aşamalarında tespit edilen ara vadeler ile

³⁵⁴ Eren, 2017: 622; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 516; Yakuppur, 2009: 70; Öz, 1989: 167.

³⁵⁵ Tandoğan, II, 2010: 128; Yılmaz, 2019: 34.

³⁵⁶ Tandoğan, II, 2010: 128; Aral/Ayrancı, 2014: 368.

³⁵⁷ Tandoğan, II, 2010: 129; Aral/Ayrancı, 2014: 368; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 516; Yakuppur, 2009: 72; Seliçi, 1978: 66.

teslim tarihini birbirine karıştırmamak gerekir. Bu vadelerde işin bir kısmı bitirilse de eser teslim edilmez. Bu yönde, özellikle büyük işlerde iş programı hazırlanması ve sözleşmeye uygun şekilde işin bazı dönemlerde belli seviyelere getirilmesi teslim olarak kabul edilemez³⁵⁸.

Teslim borcunun ifa zamanı çeşitli yönlerden önemli sonuçlar doğurur. Eserin teslim anı özellikle ayıp sebebiyle sorumluluk bakımından eserin gözden geçirilmesi ve ayıbın varlığı halinde bunun bildirilmesi, yarar ve hasarın iş sahibine geçme anı, yüklenicinin ücret alacağıının muaccel olması ve ayıp sorumluluğunda zamanaşımı ile sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmışsa bu şartın ödenip ödenmeyeceği konularında önem taşır³⁵⁹.

2.3.1.2.3.Eser Ayıplı Olmalıdır

Ayıp, sözleşmede yüklenici tarafından bildirilen niteliklerde veya dürüstlük kuralından kaynaklanan ve eserde bulunması gereken özelliklerde oluşan eksiklik halidir³⁶⁰. Taraflar arasında bir anlaşma olmasa da dürüstlük kuralına göre bazı niteliklere sahip bir eser meydana getirilmediği anlaşılıyorsa eserin ayıplı olduğu söylenebilir.

Sözleşmede kararlaştırılan nitelikte eserin meydana getirilmemesi halinde, ayıptan söz edilir. Tarafların sözleşmede istedikleri şekilde, eserin sahip olması gereken nitelikleri üzerinde anlaşmaları mümkündür. Bu anlaşma açık veya örtülü olabilir. Sözleşmede taraflar eser hakkında genel veya özel nitelikler belirleyebilir. Genel nitelikler ölçü, renk gibi eseri somutlayan vasıflar olmakla birlikte özel nitelikler ise eseri daha yakından tanımlayan, bir tesisatın tüketebileceği enerji sınırını aşmaması, bir köprünün taşıma gücü gibi özelliklerdir. Üzerinde anlaşılan her iki niteliğe aykırı meydana getirme fiili eserin ayıplı sayılması için yeterlidir. Bu niteliklerin eserde bulunmaması halinde teknik olarak eser ayıp içermese, kabul

³⁵⁸ Tandoğan, II, 2010: 129; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 516.

³⁵⁹ Aral/Ayrancı, 2014: 368; Eren, 2017: 623; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 516.

³⁶⁰ Eren, 2017: 634; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 548; Aral/Ayrancı, 2014: 374; Seliçi, 1978: 136; Şahiniz, 2014: 101; Yakuppur, 2009: 52; Erman, 2007: 109; Öz, 1989: 92. Yarg. 15. HD, T. 15.03.2018, E. 2016/6265 K. 2018/973: “Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, 818 Sayılı BK’nın 359-363 (TBK 474-478) maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 Sayılı BK’nın 360. maddesi ayıplı işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır. Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu’nun 360. maddesinde sayılan seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanılması için iş sahibi tarafından ayrı bir dava açılacağı gibi, yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada da bu hususu def’i olarak ileri sürebilir. 360. maddeye göre iş sahibinin seçimlik hakları sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılmasını veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarıdır. Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

görmüş bilim ve tekniğe göre meydana getirilse, eksiklik olmasına rağmen karşılaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olsa ve hatta karşılaştırılandan daha elverişli bir kullanım bile söz konusu olsa eser yine de ayıplıdır ve yüklenicinin sorumluluğu doğar. Bununla birlikte, iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ileri sürebilmesinin sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur³⁶¹.

Sözleşmede karşılaştırılmamış olsa bile dürüstlük kuralı gereği eserin bazı niteliklere sahip olması gerekir. Dürüstlük kuralına uygun bu nitelikte bir eser meydana getirilmemişse ayıptan söz edilir. Zira iş sahibi yüklenici tarafından kullanıma elverişli ortalama bir eserin taşınması gereken nitelikte bir eser meydana getirilerek, kendisine teslimini bekleme hakkına sahiptir. Yüklenicinin meydana getirdiği eser olağan koşullara göre, genel yaşam deneyimleri gereği ortalama bir eserin kullanılması için sahip olması gereken özellikleri taşıyorsa ayıplı eserden söz edilir. Bu durumda yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu söz konusu olur³⁶².

Ayıplı eserin teslimi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir. Ayıp sözleşmede bulunması gereken bir özelliğin eksik olması hali olduğu için bu sonuca ulaşılmaktadır. Ayrıca ayıp, her sözleşmenin kendi içeriğine bağlı olduğundan, nispi bir kavramdır. Ayıbın tespiti ancak hali hazırda bulunan eser ile sözleşmeye göre, eserde bulunması gereken niteliklerin karşılaştırılmasıyla mümkündür. Burada, iş sahibinin sözleşmenin içeriği ve iyi niyet kurallarına göre nasıl bir eser beklediği sorusuna cevap bulunarak karşılaştırma yapılır.

Eser sözleşmesinde düzenlenen ayıp hükümleri, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinden büyük ölçüde etkilenilerek düzenlenmiştir. Bununla birlikte, her sözleşmenin niteliğinin farklı olması, hele ki sonucu garanti etme gibi farklı ve önemli bir özelliği bulunan eser sözleşmesinde ayıbın yalnızca satış sözleşmesi hükümlerine yapılan atıfla belirlenmesi yeterli değildir; mutlaka eser sözleşmesinin kendine özgü özellikleri göz önünde bulundurularak ayıp tespit edilmelidir³⁶³.

³⁶¹ Tandoğan, II, 2010: 162; Gümüş, II, 2014: 51; Şenocak, 2002: 95-96; Şahiniz, 2014: 102-103; Yakuppur, 2009: 54; Erman 2007: 110.

³⁶² Tandoğan, II, 2010: 164; Gümüş, II, 2014: 52; Şahiniz, 2014: 104; Şenocak, 2002: 97; Yakuppur, 2009: 54; Erman, 2007: 112.

³⁶³ Tandoğan, II, 2010: 161; Seliçi, 1978: 136; Kocaağa, 2014: 140; Öz, 1989: 92-93. Şenocak'a göre, "Ayıbın tespitinde uygulanacak aşamalarla ilgili olarak taraflar arasında eserin özellikleri konusunda herhangi bir anlaşmalarının olup olmadığı göz önünde bulundurulur; açık şekilde anlaşma yapılmadıkları anlaşılırsa örtülü bir anlaşma yapıp yapımadıkları araştırılır; böyle bir anlaşmanın varlığı da tespit edilemezse artık sözleşmenin içeriğine göre dürüstlük kuralı baz alınarak eserin taşınması gereken özellikleri taşıyıp taşımadığına bakılır", 2002: 94.

Eser sözleşmesinde söz konusu olan ayıbın neyi ifade ettiği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre ayıp³⁶⁴, aynı türden bir eserin ortalama nitelikleri ile kıyaslandığında yapılan eserdeki eksikliklerdir. Ancak eser sözleşmesinde yapılacak eser haliyle henüz ortada yoktur. Buna karşın, gelecekte var olacak bir şeyin satımı hariç satış sözleşmelerinde satılan şey satış anında mevcuttur. Bu sebeple aynı türden bir eserin ortalama niteliklerindeki sapmanın, eser sözleşmesindeki ayıbın belirlenmesinde belirleyici bir özellik olması söz konusu olamaz. Bu sebeple eser sözleşmesindeki ayıbın, sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin eksikliği veya güven ilkesi gereği sözleşmede bulunması gereken özelliklerin bulunmaması hallerini ifade ettiği kabul edilir³⁶⁵.

Ayıp maddi- hukuki, açık-gizli, önemli-az önemli gibi çeşitli sınıflandırmalara ayrılmaktadır. Maddi ayıp, eserde bulunması gereken fiziki niteliklerin eksik olması halinde söz konusu olan ayıptır, buna karşılık kamu hukuku hükümleri sebebiyle eser üzerinde kullanım veya tasarruf haklarının sınırlandırılması veya ortadan kalkması halinde söz konusu olan ayıba ise hukuki ayıp denir³⁶⁶. Yüklenicinin oturma izni almayı üstlenip, bu izni almayarak eseri teslim etmesi halinde hukuki ayıptan söz edilir³⁶⁷.

Açık ayıp, eserin teslimi sırasında gözle görülen veya usulüne uygun gözden geçirme ile fark edilebilen ayıplardır, buna karşın usulüne uygun gözden geçirme ile fark edilemeyen ayıplar ise gizli ayıp olarak adlandırılır. Gizli ayıplar ortaya çıktığında iş sahibi bu ayıpları zamanaşımı süresi içinde (TBK m. 478) açık ayıplar gibi gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir³⁶⁸.

Önemli ve az önemli ayıp sınıflandırmasına gelince, iş sahibinin eseri kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıp var ise önemli ayıp söz konusudur, yüklenici ise önemli veya az önemli olması fark etmeksizin ayıptan sorumludur. Ayıbın önemli veya az önemli olması seçimlik haklar bakımından önemlidir. Buna göre, TBK m. 475 f. 1 b. 1 uyarınca iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın önemli olması gerekir. Yani eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması gerekir. Ayıp az önemli ise bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz, diğer seçimlik haklarını kullanabilir. İş sahibinin

³⁶⁴ Şenocak, 2002: 92, dn. 65'teki yazarlar.

³⁶⁵ Gümüş, II, 2014: 51.

³⁶⁶ Şenocak, 2002: 103; Gümüş, II, 2014: 52; Kocaağa, 2014: 141.

³⁶⁷ Şenocak, 2002: 103; Seliçi, 1978: 138; Gümüş, II, 2014: 53.

³⁶⁸ Şenocak, 2002: 104; Gümüş, II, 2014:54; Kocaağa, 2014: 141.

taşınmazı üzerinde yapılan ve sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacak olan ayıplar TBK m. 475 f. 3 hükmü ile önemli ayıp kabul edilmiştir³⁶⁹.

Ayıbın çeşitleri yukarıdaki gibi olmakla birlikte, ayıbın kimden doğduğu önemli değildir. Yüklenicinin kendisi veya yardımcısı ayıba sebep olmuş olabilir. Ayıbın ispatı iş sahibine aittir³⁷⁰ ve her türlü delil ile ispatlanması mümkündür³⁷¹.

2.3.1.2.4. Ayıp İşsahibine Yüklenememelidir

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumlu olmasının bir diğer şartı ayıbın iş sahibine yüklenen bir sebepten dolayı meydana gelmemiş olmasıdır. Buna göre, ayıp iş sahibinden kaynaklanmamalıdır. Bu durum TBK m. 476 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 476'ya göre, yüklenici iş sahibine karşı ihtarda bulunmuş ancak ayıp iş sahibinin verdiği talimatlar veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten ileri gelmişse, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan hakları kullanamaz. TBK m. 476 hükmü, satış sözleşmesinde var olan bir hüküm olmayıp, iş sahibinin eserin meydana getirilmesinde aktif bir rol oynadığı düşüncesine dayanır. Zira iş sahibi çoğu zaman yükleniciye talimat verme, malzeme sağlama veya plan ve projelerin hazırlanmasında aktiftir³⁷². Bu sebeple, kusurlu olduğu durumlarda iş sahibinin ayıplı ifadan ileri gelen haklarını kullanması mümkün değildir. Burada iş sahibinin ortak kusuru söz konusu olduğu gibi, bu hüküm TBK m. 52 f. 1'in bir uygulamasıdır. Her ne kadar ortada ayıplı bir eserin varlığından bahsedilse de iş sahibinin kusurunun bu ayıbın oluşmasında etkili olması sebebiyle iş sahibinin hakları kısmen veya tamamen ortadan kalkar. Bu durum, iş sahibinin yalnız tazminat talebi için değil, ayıptan doğan diğer hakları açısından da söz konusudur³⁷³.

TBK m. 476 hükmü, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Aksi taraflarca kararlaştırılabilir. İfa yardımcılarının sebep olduğu kusurun da TBK m. 116 hükmüne kıyasla iş sahibine yüklenmesi gerekir³⁷⁴.

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğundan bahsedilebilmesi için ayıbın iş sahibinin verdiği talimatlardan ileri gelmemesi gerekir. Her talimatın, ayıba sebep olarak iş sahibinin

³⁶⁹ Şenocak, 2002: 104; Kocaağa, 2014: 141-142.

³⁷⁰ Eren, 2017: 635; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 549; Kocaağa, 2014: 142; Şahin, 2014: 105 vd; Yakuppur, 2009: 55. Yarg. 15. HD, T. 21.11.2016, E. 2016/3681 K. 2016/4768: "Ayıptan doğan zararın varlığı ve miktarı ile zarardan sorumluluğu gerektiren kusurun kanıtlanması konusunda ispat kurallarına bakılmalıdır. HMK 190 f. 1'e göre ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakaaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Bu sebeple ayıptan doğan hakların kullanılması için iş sahibi eserin ayıplı olduğunu kanıtlamak zorundadır", (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

³⁷¹ Kocaağa, 2014: 142.

³⁷² Aral/Ayrancı, 2014: 374; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 549; Acun, 2018: 18.

³⁷³ Eren, 2017: 635; Aral/Ayrancı, 2014: 374.

³⁷⁴ Gümüş, II, 2014: 61.

haklarını kullanmasına engel olması düşünülemez. İş sahibi tarafından yükleniciye verilen talimatın bağlayıcı nitelikte olması gerekir. Aksi durum, yani talimatın bağlayıcı olmayıp da yalnızca temenni, tavsiye niteliğinde olması halinde yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bir diğer anlatımla, iş sahibi yükleniciye karşı bağlayıcı şekilde talimat vermiş ve yüklenici de bu talimata uymuşsa yüklenici meydana gelen ayıptan sorumlu olmaz. Ancak iş sahibinin bağlayıcı talimatı tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda, yüklenicinin talimatın ayıba sebebiyet vereceğini iş sahibine açık şekilde açıklaması ve buna rağmen iş sahibinin talimatında direnmesi gerekir. Yüklenicinin uyarısına *iş sahibinin talimatlarına uyduğunda sorumlu olmayacağını eklemesi* gerekmez. Zira böyle bir şart hükümde düzenlenmemiştir³⁷⁵. Talimatın yazılı veya sözlü olması önemli değildir. Talimatın sözleşmenin içeriği çerçevesinde verilmesi gerekir. Talimatın iş sahibinin kendisi tarafından verilmesi ile yetkili temsilcisinin vermesi arasında bir fark yoktur. Talimat, işin ifasındaki usul ve yönteme, kullanılacak malzemeye, alt yükleniciye işin devredilmesine dair olabilir³⁷⁶.

İş sahibinin talimat vermesiyle bu talimatı değerlendiren yüklenicinin, yeri geldiğinde iş sahibini aydınlatması ve uyarması gerekir. Bu uyarma ve aydınlatma, iş sahibinin verdiği talimatlar sebebiyle, eserin ayıplı olarak meydana geleceğine ilişkindir. Yüklenicinin uyarmasına rağmen hala iş sahibince ısrar edilme durumu bulunuyorsa, artık yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Yükleniciye yüklenilen bu borç, TBK m. 471'te düzenlenen özen borcunun bir uzantısıdır³⁷⁷.

³⁷⁵ Tandoğan, II, 2010: 211; Şahiniz, 2014: 127.

³⁷⁶ Aral/Ayrancı, 2014: 375; Eren, 2017: 635-636; Gümüş, II, 2014: 61-62; Şahiniz, 2014: 126-127; Şenocak, 2002: 137.

³⁷⁷ Eren, 2017: 637; Seçer, 2016: 728. Yarg. 15. HD, T. 13.12.2018, E. 2018/3826 K. 2018/5042: "Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357 f. 3 maddesinde, "İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir."; 361. maddesinde de "Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyeran edemez." düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, yüklenici işin devamı sırasında işin kusursuz bir şekilde yapılmasına engel olabilecek bir durumla karşılaşır ve bu durumu iş sahibine ikaz suretiyle ihbar edip, iş sahibi buna rağmen işin mevcut haliyle yapılmasını emrederse, yüklenicinin kusur nedeniyle sorumluluğu bulunmaz. Aksi halde, sorumluluk yükleniciye ait olacaktır. Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen proje ve teknik belgelere göre işi yapmakla, bu proje ve teknik belgelerin işin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, işte kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş kabul etmiş ve bu suretle işin sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Yüklenici kendisine verilen projelerin, şartnamelerin veya talimatın sözleşme veya ekindeki hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alışı tarihinden başlayarak uygun sürede idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde itiraz hakkı kalmaz. İddia ve itirazlarına karşın yüklenicinin işi kendi istediği gibi yaptırması halinde bu uygulamadan doğacak sorumluluktan kurtulur", (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

Yüklenicinin uyarma ve aydınlatma borcu, kendisinin işinde uzman olması düşüncesine dayanır. Uyarının içeriği dolu olmalıdır. Yüklenicinin iş sahibini, verdiği talimatın nelere yol açabileceği, eserin meydana getirilmesinde hangi durumların daha lehe veya doğru olacağına dair bilgilendirmesi gerekir. İş sahibinin talimatlarının yol açacağı sonuçlar yüklenici tarafından iş sahibine bildirilerek, bu durumdan sorumlu olmayacağını ona şüpheden uzak, açık seçik bildirmesi gerekir. Yüklenicinin, anılan borcunu yerine getirmediği bazı hallerde sorumluluktan kurtulabileceği öğretide³⁷⁸ kabul edilmektedir. Buna göre, iş sahibi de verdiği talimatlar bakımından yüklenici kadar işinde uzman ve bilgiliyse bu durumda yüklenici sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte, yüklenicinin bu durumda iş sahibine gerekli uyarıları yapsa da iş sahibinin ısrarı sebebiyle ayıbın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir. Uzman kişi tarafından verilen talimatların hatalı olduğunu yüklenicinin bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması hallerinde de yüklenicinin sorumlu olmayacağı açıktır. Buna karşılık, yüklenicinin verilen talimatın hatalı olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hallerde sorumluluktan kurtulması mümkün değildir³⁷⁹.

Uyarma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde yüklenici açısından TBK m. 472 f. 3 hükmü yanında TBK m. 475, TBK m. 476 ve TBK m. 483 f. 1 hükümlerinde yer alan olumsuz sonuçlar da doğar. Ayrıca, ihlal sebebiyle tazmin yükümlülüğü de söz konusu olur³⁸⁰.

Son olarak verilen talimat veya iş sahibine yüklenebilen diğer sebep ile ayıp arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı, meydana gelen hukuki sonuç ile bu sonuca sebep olanlar arasındaki bağıdır. Bir diğer anlatımla, birtakım etmenler ile bu etmenlerin vardığı sonuç arasında mevcut olan bağı illiyet bağı denmektedir. İşte, iş sahibinin verdiği talimatlar veya iş sahibine yüklenebilen diğer sebepler dolayısıyla ayıp oluşmuşsa, illiyet bağı var demektir. Böylelikle, iş sahibinin verdiği talimatlar ile ayıp ortaya çıkar ve iş sahibinin hakları kullanmasına engel olur.

Ayıbın meydana gelmesinde iş sahibinin talimat vermesi sebebiyle oluşan kusurunun ortak sebep olarak belli bir rol oynaması gerekmediği gibi, illiyet bağı şartının söz konusu olması için, iş sahibinin kanundan veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması da şart değildir. İş sahibi ile yüklenici arasında eser sözleşmesi bağlamında bir

³⁷⁸ Aral/Ayrancı, 2014: 376; Eren, 2017: 637-638; Seçer, 2016: 736 vd.

³⁷⁹ Aral/Ayrancı, 2014: 376; Eren, 2017: 637-638; Seçer, 2016: 736 vd.

³⁸⁰ Seçer, 2016: 743.

denetleme yükümlülüğü değil, koordinasyon yükümlülüğü vardır. Bu sebeple, iş sahibinin yükleniciyi denetlememesi halinde TBK m. 476 anlamında bir ayıptan söz edilemez³⁸¹.

TBK m. 476, iş sahibinin verdiği talimat yanında iş sahibine yüklenebilecek diğer herhangi bir sebebin de ayıbın nedeni olabileceğini ve bu durumda iş sahibinin seçimlik hakları kullanamayacağını düzenlemiştir. Bu sebep, genel bir kayıt niteliği taşımaktadır. Ayıbın iş sahibi tarafından gösterilen arsa veya getirilen malzeme sebebiyle oluşması, iş sahibine yüklenebilecek diğer sebeplere örnek olarak gösterilebilir. Yalnız bu gibi hallerde, iş sahibinin hakkını kullanamaması için, yüklenicinin iş sahibini malzeme veya arsanın ayıplı olduğu konusunda bilgilendirmiş olması gerekir. Ayıp konusunda yüklenicinin iş sahibini uyarması, ihbar yükümlülüğünden ileri gelir. Dolayısıyla, bu uyarı genel özen borcundan doğar. Aksi halde, yüklenicinin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir³⁸².

İş sahibine yüklenebilen herhangi bir sebep dolayısıyla ayıplı bir eser meydana gelirse, iş sahibi genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da dahil olmak üzere ayıptan doğan hiçbir hakkını kullanamaz. Ayıbın iş sahibinin ısrarları sebebiyle- sonuçları hakkında yüklenicinin uyardığı olması şartıyla- meydana geldiğinin yüklenici tarafından ispat edilmesi gerekir. Yüklenici, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğduğunu ve iş sahibini uyardığını ya da uyarma yükümlülüğünün olmadığını ispatla sorumluluktan kurtulur. TBK m. 476 hükmünde sayılan şartların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu söz konusu olmaz. Öyle ki burada TBK m. 52 f. 1 anlamında hakimın takdir yetkisi dahi yoktur³⁸³.

TBK m. 476 hükmü, ayıbın hem yüklenici hem de iş sahibinden kaynaklanması haline ilişkin değildir. Böyle bir durumda iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte anılan hakların kullanımının sınırsız olduğunu varsaymak da yanlıştır. Bu sebeple, yüklenicinin sorumluluğundan iş sahibinin ortak kusuru indirilerek TBK m. 51 f. 1 hükmü kıyasen uygulanmalıdır³⁸⁴.

2.3.1.2.5.İşsahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır

TBK m. 477 f. 1 hükmünde düzenlenen bu şarta göre yüklenicinin meydana getirdiği eseri açıkça veya örtülü olarak iş sahibinin kabul etmesi halinde yüklenici sorumluluktan kurtulur. Kabul, teslim edilen eserin hali hazırdaki haliyle iş sahibi tarafından

³⁸¹ Aral/Ayrancı, 2014: 376-377; Eren, 2017: 638-639.

³⁸² Aral/Ayrancı, 2014: 375; Eren, 2017: 636; Zevkliler/Gökayla, 2015: 550; Gümüş, II, 2014: 62; Şenocak, 2002: 142; Şahiniz, 2014: 131-132.

³⁸³ Şahiniz, 2014: 135; Şenocak, 2002: 145; Seliçi, 1978: 198.

³⁸⁴ Şahiniz, 2014: 135; Şenocak, 2002: 145.

benimsenmesidir³⁸⁵. Kabulden bahsedebilmek için eserin tamamlanarak teslim edilmesi veya tamamlanmasa bile iş sahibinin herhangi bir çekince kaydı koymadan eseri kabullenmesi gerekir. Kabul, karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklamasıdır. İş sahibinin kendisi veya yetkili temsilcisi tarafından bu irade yükleniciye açıklanabilir. Kabul beyanı, yüklenicinin hukuki alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğurur. İş sahibi bu irade açıklamasıyla eserin sözleşmeye uygun şekilde ve ayıpsız olarak meydana getirildiğini yükleniciye bildirmektedir. Bu sebeple, yüklenicinin hukuki alanına vardıktan sonra geri alınması mümkün değildir. Kabul beyanı açık veya örtülü olabilir, şarta bağlanabilir. Önceden açıklandığı üzere teslim ile kabul de aynı anlama gelmemektedir. Teslim kabulün ön şartı olup, iş sahibinin özel bir teslim alma iradesine sahip olması gerekmez iken kabul için somutlaşmış bir iradenin varlığı gerekir³⁸⁶.

Kabulün örtülü şekilde olabileceğine dair en güzel örnek yine Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi gözden geçirme veya bildirimde bulunma külfetlerini ihmal ettiği takdirde eseri kabul etmiş sayılır (TBK m. 477 f. 2). Görüldüğü üzere iş sahibi adına burada bir karine öngören kanun koyucu, böyle bir durumda iş sahibinin örtülü şekilde ayıplı eseri kabul etme iradesinde olduğunu varsaymıştır. Buna karşılık, yüklenici kasıtlı olarak ayıbı gizlerse veya olağan bir gözden geçirme ile belli olmayan, tespit edilemeyen ayıplar varsa yüklenici sorumlu olur (TBK m. 477 f. 1). Bu durumda, eserin iş sahibi tarafından kabulü açık ayıplar bakımından doğan sorumluluğu bertaraf etse bile, TBK m. 477 f. 1'e göre, normal yollarla gözden geçirilse de ayıbın fark edilemeyeceği ya da kasıtlı olarak yüklenici tarafından ayıbın örtüldüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu devam eder. İş sahibinin kabul beyanı bu durum için yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz³⁸⁷.

2.3.1.2.6. İş Sahibi Eseri Gözden Geçirme (Muayene) ve Ayıbı Bildirme (İhbar) Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır

TBK m. 474 f. 1 hükmü uyarınca, “iş sahibi, eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır”.

İş sahibinin gözden geçirme ve ayıbı bildirmesi TBK m. 475 hükmünde düzenlenen seçimlik hakları kullanmasının ön şartıdır. Anılan şartın niteliği, bir yükümlülük değil, külfettir. Gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri, yükleniciyi korumaya yönelik olup, iş

³⁸⁵ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 550; Öz, 1989: 119.

³⁸⁶ Gümüş, II, 2014: 60-61; Eren, 2017: 640; Kocağa, 2014: 150; Öz, 1989: 120-121.

³⁸⁷ Kocağa, 2014: 150.

sahibinin teslim edilen eseri kabul edip etmeyeceğinin bir an önce öğrenilmesine yöneliktir³⁸⁸. Külfet, yükümlülük gibi sonuç doğuran bir kurum değildir. İş sahibi külfetini yerine getirmediğinde bundan dolayı sorumlu olmaz. Zira külfeti yerine getirmesi yalnızca kendi lehinedir. Yerine getirmemesinden dolayı kimseye zarar vermez. Sadece kanunen kendisine tanınan hakların kaybolmasına sebep olur. Aynı şekilde burada da gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini yerine getirmeyen iş sahibi kanunen kendisine tanınan hakları kullanma imkanını kaybeder. Kimseye zarar vermediği için de yükümlülüğün yerine getirilmemesindeki gibi tazminata veya aynen ifaya mahkum edilmez³⁸⁹.

Gözden geçirme külfeti, yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim etmesinden sonra söz konusu olan bir külfettir. Bu durum TBK m. 474 f. 1 hükmünde “eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmek ve ayıpları varsa, uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek” şeklinde düzenlenmiştir.

Gözden geçirme, öncelikle eserin tamamlanarak teslim edilmesi halinde gündeme gelir. Buna göre, henüz tamamlanmamış ve teslim edilmemiş eser için gözden geçirme külfeti söz konusu olmaz. Gözden geçirme, teslim edilen eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olarak yapılıp yapılmadığının tespitidir. Öğretide gözden geçirmede gösterilecek özenin ölçüsü tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁹⁰, sözleşmede kararlaştırılan eser dikkate alınarak bu alandaki orta düzeyde bir uzmanın yapması gereken olağan incelemeyi iş sahibi yapmalıdır. Buna karşın diğer görüşe göre³⁹¹, özenin ölçüsü belirlenirken, eserin niteliğine göre ortalama düzeydeki bir iş sahibinin aynı şartlarda göstermesi gereken özen dikkate alınmalıdır. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin tespitinde, dürüstlük kuralı en önemli kriter olmak üzere, eserin niteliği ve önemine göre özen gösterilmesi gerekir. Bu özen, yapılan eserin özelliklerinden anlayan makul, dürüst, orta zekalı bir iş sahibinin gösterdiği özendir. Bir diğer anlatımla, iş sahibinin uzman olması gerekmez. Hatta sözleşme veya teamüllere göre, iş sahibinin eseri incelemek için bilirkişi veya uzmana başvurması gerekmez. Buna karşın, masrafları isteyen tarafa ait olmak üzere bilirkişiye başvurmak mümkündür³⁹². Bilirkişilerin her ne kadar kanunda açıkça belirtilmese de resmi bilirkişi olması kabul edilmektedir. Uygulamada, delil tespiti yoluyla bilirkişi ataması yapılmaktadır. Böyle bir talepte bulunulabilmesi için delillerin tehlikeye düşmesi veya eserdeki ayıbın kuvvetle muhtemel olması şartı aranmaz. Bilirkişilerin raporu geç vermesi iş sahibinin haklarını

³⁸⁸ Gümüş, II, 2014: 56; Eren, 2017: 641-642; Tandoğan, II, 2010: 168; Şenocak, 2002: 108; Acun, 2018: 25.

³⁸⁹ Eren, 2016: 45; Acun, 2018: 25.

³⁹⁰ Kocağa, 2014: 455 dn. 469 ve 470'teki yazarlar.

³⁹¹ Tandoğan, II, 2010: 170; Şenocak, 2002: 115.

³⁹² Eren, 2017: 642-643; Aral/Ayrancı, 2014: 377-378; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 552; Gümüş, II, 2014: 57; Tandoğan, II, 2010: 170; Şahiniz, 2014: 112-113; Şenocak, 2002: 115; Yakuppur, 2009: 57; Erman, 2007: 121.

kullanmasını bertaraf etmez ancak iş sahibinin kendisinin seçtiği özel bilirkişilerin raporu geç vermesi ayıptan doğan haklarını kaybetmesine sebep olur³⁹³.

TBK m. 474 f. 1 hükmünde gözden geçirme ve bildirim süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. TBK m. 474 f. 1 hükmü uyarınca eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirerek, varsa ayıpları uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Hükümde geçen *işlerin olağan akışı* tabiri teamülü belirtmektedir. Öyleyse, başta dürüstlük kuralı göz önünde bulundurularak özellikle sözleşmeyi imzalayan tarafların bulunduğu çevrede geçerli olan teamüller, yerel örf ve adetler ile eserin özellikleri çerçevesinde her somut olaya göre süre belirlenmelidir. Özellikle iş sahibinin tacir olmadığı ya da tacir olsa da bu tür eserlerin yapımıyla çok haşır neşir olmadığı hallerde sürenin tespitinde geniş davranılmalıdır³⁹⁴.

Somut olayın özelliğine göre, gözden geçirme süresi değişebilir. Örneğin yaz mevsiminde teslim edilen bir eserin ısı yalıtım kalitesinin gözden geçirilmesi ancak kışın mümkündür. O halde gözden geçirme süresi her zaman eserin teslimiyle başlamayabilir. Anılan külfetin teslimden sonraki bir dönemde başlama durumu olabilir³⁹⁵. Bu durum gözden geçirme süresinin sona ermesi bakımından da geçerlidir. Bir diğer anlatımla, gözden geçirme süresinin bitimi TBK m. 474 f. 1 hükmü uyarınca belirlenir³⁹⁶.

Gözden geçirmenin yeri ile ilgili de hükümde herhangi bir belirleme yoktur. Bu durumda öncelikle taraflar sözleşmede gözden geçirmenin yerini belirleyebilir. Bu belirleme açık veya örtülü olabilir. Sözleşmede belirlemenin olmadığı durumlarda, iş sahibinin gözden geçirme tasarrufunda bulunabileceği yer, yani eserin teslim edileceği yer gözden geçirme yeri olarak kabul edilir. Bununla birlikte, eserin teslim yerinin taraflarca başka bir yer olarak belirlendiği durumlarda, belirlenen yere eserin götürülmesi için gerekli olan süre de eklenerek gözden geçirme süresi belirlenmelidir³⁹⁷. Belirleme genel hükümlere göre belirlenecek olup, TBK m. 89 hükmü uygulama bulur.

İş sahibinin gözden geçirme külfeti yanında bir de ayıbı bildirme külfeti bulunmaktadır. Gözden geçirme külfeti ayıbın bildirimini ile tamamlanmalıdır. TBK m. 474 f. 1 hükmüne göre, iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanabilmek için ayıbı bildirmek zorundadır. Ayıbı bildirme de, nitelik olarak gözden geçirme gibi bir külfettir. Ayıbın bildirilmemesi, iş sahibinin eseri kabul ettiği anlamının çıkmasına ve böylelikle ayıptan doğan

³⁹³ Tandoğan, II, 2010: 171; Şahiniz, 2014: 112-113; Şenocak, 2002: 120-121.

³⁹⁴ Eren, 2017: 643; Aral/Ayrancı, 2014: 377-378; Gümüş, II, 2014: 56-57; Zevkliler/Gökyayla, 2015:551; Tandoğan, II, 2010: 170; Şahiniz, 2014: 111; Şenocak, 2002: 110 vd; Kocaağa, 2014: 154 vd.

³⁹⁵ Şahiniz, 2014: 111; Şenocak, 2002: 111; Seliçi, 1978: 150.

³⁹⁶ Şenocak, 2002: 112.

³⁹⁷ Eren, 2017: 644; Gümüş, II, 2014: 57; Şahiniz, 2014: 112; Şenocak, 2002: 111.

haklarını kaybetmesine yol açar. İş sahibi, ayıbı bildirirken gizli ya da açık her türlü ayıbı bildirmelidir. Hatta bu bildirim ayıbın yüklenici tarafından giderilmesi niyetinde olunmasa dahi yapılmalıdır³⁹⁸.

Ayıbın bildirim, eserin yalnızca sözleşmeye aykırı olduğunun bildirilmesi şeklinde yapılmaz. Ayıbın net şekilde ifade edilip, ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekir. Bildirim, ayıbın eserin neresinde olduğunu, yüklenicinin hangi ayıptan sorumlu olduğunu belirtir nitelikte olmalıdır. En azından ayıp bildirim az veya çok ayıbın kapsamı ve niteliğini yüklenicinin anlayabileceği ifadelerle yapılmalıdır. İş sahibinin bildirim yalnızca bilgi verir nitelikte de olmamalıdır. Aksine yüklenicinin sorumlu olduğunu hissetmesini sağlar şekilde yapılmalıdır. Bu sebeple, bildirim yalnızca bilgi verme anlamı taşımaz. Aynı zamanda nitelik olarak bir irade açıklamasıdır. Bununla birlikte, iş sahibinin ayıbı doğru nitelendirmesi veya uzmanlık açısından doğru biçimde ve ayrıntılı olarak sebebiyle birlikte göstermesi gerekmez. İş sahibi ayıbın sebebinde yanılabilir ancak bunun herhangi bir önemi yoktur³⁹⁹.

Ayıbın bildirilmesinde belli bir şekil şartı yoktur. Buna göre ayıp bildirim yazılı veya sözlü olabilir. Buna karşın, ileride çıkacak olumsuzlukları önlemek adına yazılı yapılmasında fayda vardır⁴⁰⁰.

Ayıbın bildirilmesinde her ayıp çeşidi için ayrı açıklamalar yapmak gerekir. Ayıbın bildirilme zamanı konusunda kanun “uygun bir süre” ibaresini kullanmıştır. Hükümde düzenlenen bu ayıp, açık ayıptır. Buna göre, iş sahibi eseri gözden geçirdikten sonra fark ettiği ayıpları uygun bir süre içerisinde bildirmelidir. Uygun süre, her somut olayın şartlarına göre değişir. Bununla birlikte uygun süre, somut olayın şartlarına göre makul, orta zekalı, dürüst bir iş sahibinin ayıbı bildireceği süredir. Teslim anında göze çarpan ayıplarda gözden geçirme süresi beklenmemelidir. Ancak oldukça karmaşık ve gözden geçirmesi vakit alacak eserlerde, yüklenicinin de yararı düşünülerek gözden geçirme süresi bitmeden önce ayıbın derhal bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplarda, yani gözle görülen bir ayıp olmayıp ancak kullanmayla anlaşılabilir olan ayıplarda iş sahibi ayıp belirlenir belirlenmez bunu yükleniciye bildirmelidir. Derhal bildirimden maksat biraz düşünme ve karar verme süresini de kapsayan uygun bir süredir. Yüklenicinin kendisinin bilerek gizlediği ayıplarda ise, iş sahibinin hakları sona ermez. Bu durumda, iş sahibi ihmali yüzünden ayıp bildiriminde

³⁹⁸ Tandoğan, II, 2010: 172; Eren, 2017: 644. Gümüş’e göre, “Hükümden açıkça anlaşılmasa da, TBK m. 477 f. 3 hükmü karşısında muayene ve ihbar külfeti sadece açık ayıplar için getirilmiştir. Gizli ayıplarda ise TBK m. 477 f. 3 uyarınca sadece ihbar külfeti mevcuttur”, II, 2014: 58. Aynı yönde anlatım için bk. Şahiniz, 2014: 114.

³⁹⁹ Tandoğan, II, 2010: 172; Eren, 2017: 644-645; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 552-553; Gümüş, II, 2014: 59; Şahiniz, 2014: 121; Şenocak, 2002: 126; Seliçi, 1978: 150 vd; Erman, 2007: 126.

⁴⁰⁰ Eren, 2017: 645.

bulunmamışsa dahi hakları kullanması engellenemez⁴⁰¹. TBK m. 477 f. 3 hükmü, gizli ayıplarda nasıl davranılacağını düzenlemiştir. Anılan hükümde, ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde iş sahibinin bu ayıbı yükleniciye “gecikmeksizin” bildirmesi istenmiştir. Gecikmesizin bildirim de aslında uygun bir süre niteliğinde olup, bu şekilde değerlendirilmelidir⁴⁰².

Yüklenicinin sorumlu olması tamamen ayıp sebebiyledir. Bir diğer anlatımla, sırf iş sahibinin ayıbı bildirmesine dair sahip olduğu irade açıklaması yüklenicinin sorumlu olmasını gerektirmez. Ayıp bildirimine rağmen, gerçekte böyle bir ayıbın olmadığı ortaya çıkarsa, yüklenicinin susmuş olması sorumlu olmasına yol açmaz. İş sahibinin ayıp bildiriminde bulunurken, ayıptan doğan haklardan hangisini seçtiğini belirtmesi de gerekmez. Bu durumda, hangi hakkı seçtiğini bildirmesi ayıbın derhal bildirilmesine de bağlı değildir⁴⁰³.

Taraflar, ayıp bildirimini süresini belirleyebilir ancak gözden geçirme ve ayıp bildirim süresi oldukça kısa belirlenmişse, olağan bir gözden geçirme süresi, kısa sürenin yerini alır. Garanti süresinin belirlenmiş olması, kural olarak ayıbı bildirme süresinin garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmez. Bir diğer önemli konu ayıbın bildiriminde ispatın kimin üzerinde olduğudur. Buna göre yüklenici, süresi içinde ayıbın bildirilmediği iddiasını ispat külfeti altındadır. Zaten bilindiği üzere, bir haktan kendisine yarar çıkaran kişi iddiasını ispatlamalıdır. Yüklenicinin ispatlaması gereken bu durumu hakim resen araştıramaz. Bununla birlikte, süresinde yapılmayan bildirimler sonucu iş sahibinin ayıptan doğan hakları kullanamayacağını yüklenici ileri süremese dahi hakim resen dikkate alır. Zira

⁴⁰¹ Tandoğan, II, 2010: 173-174; Eren, 2017: 645; Şenocak, 2002: 121 vd.

⁴⁰² Gümüş, II, 2014: 58. Yarg. 15. HD, T. 21.6.2017, E. 2016/1594 K. 2017/2654: “Eser sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda ayıplı imalât halinde açık ayıplarda 6098 Sayılı TBK'nın 474. maddesinde iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin doğal akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorunda olduğu, 477. maddenin 1. fıkrasında eserin açıkça veya örtülü kabulünden sonra yüklenicinin her türlü sorumluluktan kurtulacağı, gizli ayıplarda da aynı maddenin son fıkrasında eserdeki ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde iş sahibinin gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorunda olduğu, bildirmese eseri kabul etmiş sayılacağı hükmü getirilmiştir. Somut olayda yeminle dinlenen ...'in beyanına göre yüklenicinin teslim ettiği led ışıkların teslimden birkaç gün sonra montaj için davacının iş yerine gittiğinde ayıplı ve alınan ölçüye uygun olmadığı anlaşılmış, başka bir ifadeyle asıl dosya davacısı iş sahibi imalâtın ayıplı olduğunu öğrenmiştir. Dinlenen bu tanık teslimden sonraki birkaç günün ne kadar olduğunu açıklamamış ise de bu birkaç günden en çok 1 hafta olarak anlaşılmak gerekir. Gerek bu tanık gerekse diğer davacı ..., iş sahibinin ayıbın varlığını öğrendiği bu tarihten sonra davalı yükleniciye ihbarda bulunduğu konusunda beyanda bulunmamışlardır. Sözleşme konusu ürünlerin davacı iş sahibine teslim tarihi 05.04.2014 olup iş sahibinin yükleniciye... Noterliği'nden yaptığı ayıp ihbarı 21.05.2014 ve gönderdiği iade faturası 09.06.2014 tarihlidir. İş sahibi en geç 12.04.2014 tarihinde ayıbın varlığını öğrenmesine rağmen 21.05.2014 tarihinde ve yaklaşık 39 gün geçtikten sonra ayıp ihbarında bulunmuştur. Bu durumda mahkemeye asıl dava ile ilgili olarak iş sahibinin ayıplı olduğunu ileri sürdüğü led ışıkların kendisine tesliminden ve ayıplı olduğunu öğrenmesinden itibaren makul sayılabilecek süre çok geçtikten sonra ayıp ihbarında bulunduğu, süresinde ayıp ihbarında bulunmamak suretiyle eseri mevcut haliyle zimnen kabul etmiş sayılacağı ve süresinden sonra yaptığı ayıp ihbarı hukuki sonuç doğurmayacağından bu husus üzerinde durulmadan yanlış değerlendirme sonucu asıl davanın kabulü doğru olmamıştır”, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁴⁰³ Tandoğan, II, 2010: 173; Seliçi, 1978: 151.

burada, iş sahibinin ayıbı geç bildirmesi değil bu sürede bildirilmemiş ayıp sebebiyle hakların düşmesi sonucunun hakim tarafından resen dikkate alınması söz konusudur⁴⁰⁴. Anlatılanların tersine göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, eserin teslim anında ayıplı olduğunu ve ayıp bildirimiminin zamanında yapıldığını ispat yükü iş sahibi üzerindedir⁴⁰⁵.

İş sahibi gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmezse eseri kabul etmiş sayılır (TBK m. 477 f. 2). Eseri kabul etmiş sayılmasıyla birlikte iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Yüklenicinin kasıtlı olarak ayıbı gizlemesi halinde ve usulüne uygun gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğu devam eder, iş sahibi ayıptan doğan hakları kullanabilir.

2.3.1.3. İşsahibinin Seçimlik Hakları

2.3.1.3.1. Genel Olarak

TBK m. 475 hükmü, ayıplı eserin teslimiyle birlikte, iş sahibinin gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini yerine getirerek, hükümde sayılan *seçimlik* haklardan birini kullanabileceğini düzenlemiştir. Bu seçimlik haklar kısaca *sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim isteme ve eserin ücretsiz onarımını isteme* haklarıdır. Bu haklar kanunda sınırlı sayıda belirlendiğinden genişletilemez. Satış sözleşmesinde düzenlenen ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerindeki gibi eser sözleşmesinde eserin ayıpsız olanı ile değiştirilmesini

⁴⁰⁴ Tandoğan, II, 2010: 176; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 553; Şenocak, 2002: 129-130; Erman, 2007: 127. Yarg. 15. HD, T. 5.5.2016, E. 2015/4343 K. 2016/2603: “*Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumluluğunun düzenleyen TBK'nın 474. maddesi uyarınca açık ayıplar yönünden iş sahibi imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde, gizli ayıplar yönünden ise, 477 f. son maddesi uyarınca da, ortaya çıkar çıkmaz gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorunluluğu bulunmaktadır. Ayıbın bildirilmemesi halinde eser kabul edilmiş sayılır. Ne var ki, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığının da mahkemece re'sen gözetilmesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, ayıp ihbarının yapılıp yapılmadığı mahkemece re'sen gözetilmeyip, yüklenicinin bu hususu def'i olarak ileri sürmesi gerekir. Gerek Dairemizin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu yöndedir. Ayrıca, eksikler yönünden ise ayıp ihbarına gerek olmayıp, zamanaşımı süresi içerisinde eksikler yönünden istemde bulunulması mümkündür. Mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığından bahisle davanın esasına girilmemesi doğru değildir*”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁴⁰⁵ Gümüş, II, 2014: 60; Şenocak, 2002: 130; Erman, 2007: 127. Yarg. 15. HD, T. 06.06.2017, E. 2016/2612 K. 2017/2417: “*Oysa mahkemece tanık dinlenmesinin reddine dair verilen ara kararın aksine, eser sözleşmesinde ayıp ihbarının yapılması tacirler arasında olsa dahi herhangi bir şekle tâbi olmayıp, ihbar keyfiyeti de bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan TBK'nın 474. ve 477. maddelerinde belirtilen sürelerde yapılıp yapılmadığı hususu tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir. O halde mahkemece, davalı vekiline ayıp ihbarını süresinde yaptığının dair savunmasını ispat için olanak tanınarak tanıklarının bildirmesi için süre verilmeli, bu konuda bildireceği tüm deliller, bu arada dinlenecek tanıkların beyanları değerlendirilerek ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde ve varlığının kanıtlanması şartıyla, gizli ayıbın ortaya çıktığı tarih itibarıyla ayıbın giderilme bedeli uzman bir bilirkişi marifetiyle hesaplatılarak iş bedelinden mahsup edilmeli ve bakiye miktar üzerinden itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile tanıklar dinlenmeden karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir*”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019). Yarg. 15. HD, T. 2.5.2017, E. 2016/2080 K. 2017/1864: “*Davacı, davasında ayıbın gizli olduğunu ve ortaya çıkması üzerine telefon, facebook ve noter ihtarnamesi ile ihbarda bulunduğunu ileri sürmektedir. Ayıp ihbarının yapılması hukuki işlem değil maddi vaktin olduğundan her türlü delille kanıtlanması mümkündür*”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

isteme hakkı iş sahibine tanınmamıştır⁴⁰⁶. Saydığımız seçimlik hakların yanında *genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı* da ayrı olarak belirtilmiştir.

TBK m. 475'te sayılan haklar seçimlik haklar olup, yalnızca birisinin seçilmesiyle tükenir; seçilen haktan geri dönmek mümkün değildir. Bununla birlikte, kusurun bulunması şartı ile tazminat her üç seçimlik hakla beraber istenebilir⁴⁰⁷. Sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve eserin onarımını isteme haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez, yüklenici bunlardan dolayı kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumludur. Buna karşın, tazminat isteme hakkı yüklenicinin kusurlu olmasına bağlıdır⁴⁰⁸. Ayıbın giderilmesini isteme ve zararın tazmini talebi alacağın temlik hükümlerince temlik edilebilir. Buna karşın, sözleşmeden dönme ve ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı eser sözleşmesiyle sıkı sıkıya bağlı olduklarından temlike konu olamaz⁴⁰⁹.

Seçimlik hak kullanılmakla tükenir. Çünkü seçim hakkının kullanılması değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bir diğer anlatımla, kullandıktan sonra iş sahibi seçtiği haktan dönemez, bu hakkı geri alamaz. Bu hak, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Seçimlik hakkı kullanmak herhangi bir şekle tabi değildir. Hakkı kullanmaya yönelik irade beyanı yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan, anılan hak türünün bütün özelliklerini taşır, örneğin şarta bağlanamaz⁴¹⁰.

2.3.1.3.2.Sözleşmeden Dönme Hakkı

Teslim edilen eser, iş sahibinin kullanamayacağı kadar ayıplı, hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da yine kabule zorlanamayacak kadar sözleşme

⁴⁰⁶ Eren, 2017: 646; Kocaağa, 2014: 160.

⁴⁰⁷ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 554; Eren, 2017: 646; Şahiniz, 2014: 138; Kocaağa, 2014: 160; Erman, 2007: 129; Öz, 1989: 95; Günel, 2004: 414. “*Gauch'a göre, müteahhit ayıplı bir eser teslim etmiş ise, Federal Mahkemeye göre de muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmiş ise, iş sahibi artık yalnız BK m. 360'da (TBK m. 475) öngörülen ayıba karşı tekeffüle ilişkin hakları kullanabilir; alternatif olarak BK m. 96'ya (TBK m. 112) dayanarak, kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemeden yahut sözleşmenin müspet ihlalden doğan bir tazminat isteminde bulunamaz. BK m. 360 vd. (TBK m. 475), özel hükümler olarak, müteahhidin eserin ayıplı olmasından doğan sorumluluğunu bertaraf edecek şekilde düzenlemiştir*”, Tandoğan, II, 2010: 177. Seliçi'ye göre, “*Bu haklar bozukluk (ayıp) dolayısıyla sadece iş sahibine tanınmıştır. Müteahhidin, bozukluk haklarından yararlanması söz konusu değildir. Bu yüzden müteahhit teslim edilmiş eserdeki bozuklukları gidereceğini beyan ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönmeye veya ücret indirimini istemesine engel olamaz; meğer ki, sözleşme ile müteahhide bozuklukları düzeltme hakkı tanınmış olsun*”, 1978: 156-157.

⁴⁰⁸ Kocaağa, 2014: 16; Aral/Ayrancı, 2014: 379.

⁴⁰⁹ Gümüş, II, 2014: 63; Eren, 2017: 647.

⁴¹⁰ Gümüş, II, 2014: 63; Eren, 2017: 647; Seliçi, 1978: 158-159; Kocaağa, 2014: 160. Seliçi'ye göre, “*Bozukluktan dolayı iş sahibine tanınan haklar sistemi bir emredici düzen değildir. Çoğu zaman müteahhide, bozukluk bildirildikten sonra uygun bir süre içinde bozukluğu gidermesi hakkı tanınır. Bunun anlamı inşaat sahibinin, önce müteahhitten bozukluğun düzeltilmesini isteyebileceği, dönme veya ücretin indirilmesi haklarını kullanamayacağıdır. Bu haklar ancak bozukluğun giderilmesi hakkı sonuçsuz kalırsa kullanılabilir. Taraflar, düzeltme, dönme ve ücret indirimini isteme haklarını müteahhidin, bozukluğun meydana gelmesinde kusurlu olması koşuluna bağlı tutabilirler*”, 1978: 160.

hükümlerine aykırı ise iş sahibi sözleşmeden dönebilir (TBK m. 475/1-1). Görüldüğü üzere, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ayıp sebebiyle sorumluluğun genel şartları yanında birtakım özel şartların da oluşması gerekir. İlgili hükümde de belirtildiği üzere, iş sahibi ayıp sebebiyle eseri kullanamayacaksa veya hakkaniyet gereği eserin kabulüne zorlanamayacak ölçüde bir ayıp ya da kabule zorlanamayacak ölçüde sözleşmeye aykırılık halleri varsa sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez. Bu şartlar, sözleşmeden dönme seçimlik hakkına ilişkin özel şartlardır. Hükümde düzenlenen ölçüde ayıbın bulunmadığı durumlarda iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bu ölçünün takdiri hakime aittir⁴¹¹. Hakim ölçüyü belirlerken, somut olayın özellikleri, hakkaniyet ilkesi ve taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate almalıdır. Burada özellikle sözleşmeden döndüğünde yüklenicinin uğrayacağı zarar ile iş sahibinin yararı beraber değerlendirilmelidir⁴¹².

Eserin ayıp sebebiyle kullanılamaz olduğu, iş sahibinin özel gereksinimleri baz alınarak öznel bir bakış açısıyla belirlenmelidir. İş sahibi dışındaki bir kişi tarafından kullanılabilir olmasına rağmen, sözleşmenin tarafı olan iş sahibince kullanılamayan bir eserin kullanılamaz olduğu kabul edilir ve sözleşmeden dönülebilir. İş sahibi dışındaki kişilerce kullanılamayan eser bakımından kullanılamazlık şartı evleviyetle iş sahibi için de gerçekleşmiştir. Hakkaniyet gereği, iş sahibinin eseri kabulünün beklenmediği hallerde de sözleşmeden dönülebilir⁴¹³.

⁴¹¹ Eren, 2017: 648; Yakuppur, 2009: 59.

⁴¹² Zevkliler/Gökyayla, 2015: 555. Bu noktada, TBK m. 475 b. 1 hükmünün karşılığı olan eBK m. 360 f. 1' de ifade edilen "iş sahibinin kullanamayacağı" ve "hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı" ibarelerinin arasında bulunan "ve" bağlacı sebebiyle, bazı yazarlarca bu ibarelerin birbirinin alternatifi olmayıp, eserin kullanılamaz olmasının, kabule zorlanamaz olma şartının kanunda düzenlenmiş bir uygulama hali olduğu ileri sürülmüştür. Oysaki yeni düzenleme ile bu ayırım kalkmış, her iki şart da birbirinin alternatifi niteliğinde sayılmıştır. Bir diğer anlatımla, bu şartlardan yalnız birisinin bile bulunması yeterlidir. Bk. Kocaağa, 2014: 161; Şahiniz, 2014: 141-142.

⁴¹³ Şahiniz, 2014: 142, 144; Erman, 2007: 132; Günel, 2004: 416; Koyuncu, 2016: 1076 vd. Yarg. 15. HD, T. 21.11.2016, E. 2016/3681 K. 2016/4768: "*Taraflar arasındaki uyumsuzluk, klimaların kurulum ve montajı işine dair olmasına göre eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup davanın çözümlenmesinde uygulanması gereken hükümler, 6098 Sayılı TBK'nın 470 vd. maddeleridir. Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, TBK'nın 474-478 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK'nın 475. maddesi ayıba ilişkin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp eserde olması gereken lüzumlu vasıfların veya sözleşmede kararlaştırılan vasıfların eksikliğini ifade etmektedir. Açık ayıplarda TBK'nın 474 f. 1. maddesine göre iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz (geç sayılmayacak bir süre içinde) eseri gözden geçirip varsa ayıplarını yükleniciye bildirmesi gerekir. Sonradan ortaya çıkan ayıpta yani gizli ayıplarda ise TBK 477 f. 3. maddeye göre ayıp ortaya çıktıktan sonra gecikmeksizin ayıp ihbarının yapılması gerekir. Ayıp halinde iş sahibinin hakları 6098 Sayılı TBK'nın 475. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre iş sahibinin seçimlik hakları; sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılmasını veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarıdır. Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenmemesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir", (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).*

Dönme beyanı herhangi bir şekilde bağlı değildir, açık veya örtülü şekilde olabilir. Bununla birlikte, tacirler arasında TTK m. 18 f. 3 uyarınca noter, iadeli taahhütlü mektup veya telgraftan birisinin kullanılması ispat yönünden zorunludur⁴¹⁴. Görüldüğü üzere, iş sahibinin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönme mümkündür. Bu sebeple, bu hakkın dava yolu ile kullanılması şart değildir. Buna karşın tabii ki dava yolu ile kullanılması da mümkündür. Bu şekilde bir yolun denenmesi halinde ise mahkemenin kararı yenilik doğurucu nitelikte değil ancak bildirici nitelikte, yani dönme hakkının kullanılıp kullanılmadığı ve bunun sonucu olarak sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesine dair açıklayıcı nitelikte olacaktır⁴¹⁵.

Dönme hakkı sanıldığı gibi, serbestçe kullanılabilen bir hak değildir. En azından her durumda serbestçe kullanılabileceği söylenemez. Buna göre, yüklenicinin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yaptığı eserlerin kaldırılıp sökülmesi aşırı zarar oluşturacaksa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Görüldüğü üzere, iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme hakkı, *aşırı zarar* kıstasıyla sınırlandırılmıştır. İş sahibi, taşınmazından eserin kaldırılması halinde aşırı zarara uğramayacaksa, sözleşmeden dönmesi tabii olarak mümkündür. Aşırı zararın varlığında iş sahibi geriye kalan iki seçimlik haktan birini kullanır. Bir diğer anlatımla, aşırı zarar sebebiyle iş sahibinin taşınmazı üzerindeki eserin kaldırılması mümkün değilse, iş sahibi ya eserin ücretsiz onarılması ya da ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını isteyebilir. TBK m. 475 f. 3 hükmü, ekonomik açıdan değerli olan eserin korunması ve tahribinin önlenerek iş sahibinin kabule zorlanması ilkesine dayanır⁴¹⁶. Burada aşırı zarar ölçüsü hakim tarafından belirlenir. Hakim, somut olayın özelliklerine göre, eserin değeri ile taşınmazdan kaldırılması halinde meydana gelecek değer azalmasını göz önünde bulundurarak belirleme yapar⁴¹⁷.

Sözleşmenin belli bir kısmında ayıp olup da ayrılması zor olmasa bile, dönme hakkı yine de sözleşmenin bütünü üzerinde kullanılır⁴¹⁸. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yükleniciye süre tanınması gerekmez⁴¹⁹.

⁴¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 555; Tandoğan, II, 2010: 178; Şahiniz, 2014: 141; Erman, 2007: 134; Günel, 2004: 419.

⁴¹⁵ Tandoğan, II, 2010: 178; Şahiniz, 2014: 139; Erman, 2007: 134.

⁴¹⁶ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 556; Tandoğan, II, 2010: 183; Kocaağa, 2014: 162; Seliçi, 1978: 130; Koyuncu, 2016: 1086.

⁴¹⁷ Tandoğan, II, 2010: 183; Gümüş, II, 2014: 66; Kocaağa, 2014: 162; Şahiniz, 2014: 148; Seliçi, 1978: 164. Gümüş'e göre, "*Hükmün lafzı sadece iş sahibinin arsasına yapılan eserleri esas alsa da, yüklenicinin eseri iş sahibine ait olmayan bir arsaya yaptığı durumlarda da uygulama bulur. Örneğin alt yüklenicinin, asıl eser sözleşmesindeki iş sahibinin arsasına eser yaptığı durumlarda da TBK m. 475 f. 3 uygulama bulacaktır*", II, 2014: 66. Bu yönde bk. Şahiniz, 2014: 148.

⁴¹⁸ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 556; Tandoğan, II, 2010: 179-180; Eren, 2017: 650; Şahiniz, 2014: 141.

⁴¹⁹ Gümüş, II, 2014: 65; Tandoğan, II, 2010: 180.

Sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin en çok savunulanları klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşüdür. Öğretide hakim olan görüş, klasik dönme görüşüdür. Bununla birlikte yeni dönemde yeni dönme görüşü ile dönmenin sonuçlarının açıklanması gerektiği bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir⁴²⁰. Klasik dönme görüşüne göre, iş sahibi sözleşmeden döndüğünde, taraflar arasındaki sözleşme geriye etkili (ex tunc) olarak sona erer. Bu durumda her iki tarafın birbirine karşı yükümlü oldukları edimler sona erer ve birbirlerinde olanları geri verme yükümlülükleri doğar. Yüklenici, aldığı ücreti faiziyle birlikte geri verirken iş sahibi ise eseri elde ettiği yararlarla birlikte geri verir. İş sahibi sözleşmeden dönmesi sebebiyle tazminat ödemekle yükümlü değildir⁴²¹. Dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran nitelikte olup, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesine sebep olur. Bu görüşe göre, dönme sonucu doğan tasfiye ilişkisi tamamen sözleşme dışı bir olgudur. Borç ilişkisi baştan itibaren ortadan kalkmıştır ve ifa edilen borçların akıbeti bu sözleşme dışı kurallara göre saptanır. Bu noktada sebepsiz zenginleşme hükümleri göz önünde bulundurulur⁴²².

Bir diğer görüşe göre, sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisini geriye veya ileriye etkili olarak sona erdirmeyi, sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyip, onu ters yüz ederek bir tasfiye ilişkisine dönüştürür. Bu durumda, iş sahibinin yine tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade beyanıyla sözleşme tasfiye ilişkisine girer. Tarafların henüz ifa etmediği edimler sona ermez; dönme ile sadece bu borcun ifasından kaçınılır ve daha önce ifa edilenlerin geri verilmesi sözleşme hükümlerine göre olur. Burada geri verme sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil sözleşmenin ihlali hükümleri çerçevesinde yerine getirilir. Bu şekilde sözleşme devam etmekle birlikte, roller değişmektedir. Bu sebeple, dönme beyanı bozucu yenilik doğuran değil, değiştirici yenilik doğuran bir beyandır⁴²³. Tarafların geri verme yükümlülükleri bakımından aynı anda ifa kuralı geçerlidir. İş sahibinin ayıplı eseri geri vermesi aranacak borç niteliğindedir. Bu sebeple geri vermeye yönelik götürme giderleri yüklenici tarafından karşılanır⁴²⁴.

Sürekli borç doğuran sözleşmeler, ileriye etkili olarak sona erdirilir yani feshedilir. Bir görüşe göre, eser sözleşmesi de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurallar göz önüne alınarak ileriye etkili feshedilmelidir. Fesih, dönme gibi karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bir hal

⁴²⁰ Örneğin bk. Eren, 2017: 648 vd.

⁴²¹ Tandoğan, II, 2010: 178.

⁴²² Öz, 1989: 34.

⁴²³ Eren, 2017: 649; Öz, 1989: 37; Buz, 2014: 118 vd.

⁴²⁴ Eren, 2017: 649; Tandoğan, II, 2010: 179.

olup, bozucu yenilik doğuran niteliktedir. Fesih ile borç ilişkisi tamamen hukuk dünyasından silinmez, bunun yerine fesih bundan böyle edim borçlarının doğmasını engeller⁴²⁵. Bu görüşün dayanak noktası, *yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, eserin büyük bir kısmını bitirmiş olması sebebiyle bitirilen kısmın arsa üzerinden sökülmesinin aşırı zarara sebebiyet verecek olmasıdır*. Dürüstlük kuralına dayanan bu görüşe göre, temerrüde düşmüş olan yükleniciye karşı, biten kısım ile orantılı bir ücret ödenerek hakkaniyet duygusu yerine getirilmiş olur. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde Yargıtay'ın benimsediği ve kemikleştirdiği içtihatlarına göre inşaatın büyük bölümünün bitirilmiş olması halinde temerrüde düşülmüş olsa bile ileriye etkili fesih söz konusu olmalı, geriye etkili dönmeden bahsedilememelidir⁴²⁶.

Bizim katıldığımız görüş yeni dönme görüşüdür. Zira sözleşmenin hiç yapılmamış sayılması ağır bir durumdur. Her iki tarafın da en baştaki hallerine geri dönmesi gerekir. Oysaki yeni dönme görüşüne göre, sözleşme ortadan kalkmamakta, yalnızca tasfiye niteliğine bürünmektedir. Böylelikle, asıl amaçlanan sözleşmenin hiç var olmamasından ziyade,

⁴²⁵ Seliçi, 1976: 115 vd.

⁴²⁶ Akkayan Yıldırım, 2004: 67. Yarg. 15. HD, T. 08.07.2019, E. 2018/4947 K. 2019/3227: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 1983/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı kararıyla, istisna (eser) sözleşmelerinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibi tarafından sözleşmenin feshi halinde, uyumsuzluğun kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada feshin geriye ve ileriye etkili olmasının sonuçları üzerinde durulmasında yarar vardır. Bilindiği üzere fesih, sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin; avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa sahibince, yasaya uygun bir kısım imalât gerçekleşmiş ise yüklenici tarafça bunun bedeli de yüklenici tarafça istenebilir. Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. Ancak, gerek Dairemiz, gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararlarında, akdin ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesi %90 ve üzeri orana ulaşmış olmalıdır. Bunun için yüklenicinin işten el çektiği tarihte inşaatın fiziki durumunun tespitinde ve yapılan işin tüm işe oranının saptanmasında zorunluluk vardır. Böylece işin arz ettiği özellik, işin kapsamı ile birlikte değerlendirilerek feshin ileriye etkili mi, yoksa geriye etkili mi sonuçlar doğuracağı üzerinde durulması gerekir. İleriye etkili fesih talebinin kabulüne karar verilmesi gereken hallerde de sadece ileriye etkili feshle yetinilmesi de yeni davalara neden olacağından uyumsuzluğun çözümlendiğinden söz edilemez. Kaldı ki, yüklenicinin hak ettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bırakılacak pay oranının belirlenmesi tarafların dava ve mahsup taleplerini karşılayacak, infaz kabiliyeti olan hüküm kurulacaktır. Bu durumda mahkemece inşaatın gerçekleştirme seviyesi %77,50 olmasına rağmen arsa sahibince kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ileriye etkili feshini talep ederek dava açtığı bina inşaatının seviyesi itibarıyla 25.01.1984 gün 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında belirtilen oranda yapılmamış olması sebebiyle akdin ileriye etkili feshinin koşulları oluşmamış ise de, Dairemizin 07.04.2004 tarih 2003/4795 Esas ve 2004/1968 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, geriye etkili fesih talep edebilecek olan davacı arsa sahibinin kendi iradesiyle sözleşmenin ileriye etkili feshini talep ettiği durumlarda, imalâtın gerçekleşme seviyesine bakılmaksızın akdin ileriye etkili feshine, sözleşmenin tasfiyesine ve teslimi gereken tarihten ileriye etkili feshin talep edildiği tarihe kadar koşulları gerçekleşmişse gecikme tazminatına ve kendisine ait bağımsız bölümlerin tesbiti isteyebileceğinden arsa sahibine bırakılacak bağımsız bölümlerin tespitine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur”, (www.uyap.com.tr, erişim tarihi: 08.08.2019).

yalnızca ifa edilen edimlerin geri verilmesi ile yükümlü oldukları edimlerin ödenmemesi olduğu için, sözleşme bu içerikle devam etmektedir. Ayrıca yeni dönme görüşüne göre taraflar sözleşme hükümleri göz önünde bulundurularak birbirlerine karşı sorumlu olur⁴²⁷.

Sözleşmeden dönme ile birlikte, yüklenici tarafından alınan bedel iş sahibine faiziyle birlikte geri ödenir. İş sahibi ayıplı eser için masraf yapmışsa yüklenici bunları da tazmin eder. İş sahibi ise, eseri elde ettiği yararlarla birlikte yükleniciye geri verir⁴²⁸. Eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılması halinde, yüklenicinin bunu yıkarak enkazını uzaklaştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüklenici bu yükümlülüğü yerine getirmezse iş sahibi yıkım ve enkazın arsadan uzaklaştırılmasını kendisi yapabilir. Eser iş sahibinin sağladığı malzeme ile yapılmışsa, yüklenici malzemeyi kaldırmak zorundadır, bu mümkün değilse iş sahibine tazminat öder⁴²⁹.

2.3.1.3.3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

İş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarından birisi de eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkıdır (TBK m. 475 f. 1-2). Yukarıdaki başlıkta incelediğimiz üzere, ayıbın önemli olması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı vardır. Önemli ayıplardan dolayı iş sahibinin eseri kabul etmesi beklenemez. Buna karşın, sözleşmeden dönmeyi gerektirecek ölçüde ayıp olmayan durumlarda iş sahibi sözleşmeden dönme yerine ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını seçebilir⁴³⁰. eBK m. 360 f. 2 hükmü, TBK m. 475 f. 1-1 hükmünden daha farklı şekilde bedelden indirim isteme hakkını düzenlemiştir. Buna göre, “daha az önemli ayıp” söz konusu ise, iş sahibi sadece bedelde indirim ve ayıbın

⁴²⁷ Buz, 2014: 123 vd. Seliçi'nin de belirttiği gibi, borç ilişkisi tersine dönmekle ifa edilmiş edimlerin alacaklısı geri verme açısından borçlu hale gelmektedir. Yerine getirilmeyen edimler, ileriye etkili olarak sona ermekle, ifa edilmiş edimler ise, sözleşmenin geçerliliği sebebiyle hukuki sebepten yoksun kalmamaktadır. Bir diğer anlatımla, sözleşme ters yüz olduğundan, tarafların geri verme yükümlülükleri yine geçerli bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır, bk. Seliçi, 1978: 162.

⁴²⁸ Şahiniz, 2014: 164 vd.; Kocaağa, 2014: 162.

⁴²⁹ Kocaağa, 2014: 162-163.

⁴³⁰ Yarg. 15. HD, T. 27.9.2018, E. 2017/481 K. 2018/3470: “Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK'nın 475. maddesinde; ayıp halinde iş sahibinin seçimlik hakları gösterilmiştir. Davacı tarafça eserin reddedilerek ödenen bedelin iadesi talep edilmiş ise de; hükme esas alınan teknik bilirkişi kurulunun rapor ve ek raporundan alt ve üst kat arasında kaplama malzemesinin montajından kaynaklanan 3-5 cm arasında izdüşüm farkı oluştuğu ve bu farkın taşıyıcı sistemi etkiler nitelikte olmadığı belirtildiğinden ayıbın eserin reddini gerektirir nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, TBK'nın 475 f. 2 maddesinde ayıbın eseri reddini gerektirecek nitelikte olmaması halinde iş sahibine bedelden indirim hakkı da tanınmış olup bedelin iadesini isteyen iş sahibinin çoğun için de az da vardır kuralı gereğince bedelden indirim istediği de kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece; hükme esas rapor düzenleyen teknik bilirkişiden alt ve üst kat arasında kaplama malzemesinin montajından kaynaklanan ve yapının taşıyıcı sistemini etkileyici nitelikte olmayan iz düşüm farkı ve eğrilik şeklinde işin ayıplı yapılmasının TBK'nın 475 f. 2 maddesi gereğince bedelden indirimi gerektirip gerektirmediği ile indirim gereken miktar konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp asıl ve birleşen davada sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

giderilmesi haklarını kullanabilirdi⁴³¹. Bugünkü düzenlemede ise, böyle bir durum yoktur⁴³². Bir diğer anlatımla, bugünkü düzenleme ayıbın az veya çokluğu konusunda bir derecelendirmeye gitmemiştir.

İş sahibinin bedelin indirilmesi hakkını kullanması, ayıbın başkası tarafından giderilmesi, iş sahibinin ayıbı kendisinin gidermesi veya eseri olduğu gibi bırakma niyetine bağlı değildir. Bu hakkı kullanmak ayıpsız bir eserin meydana getirilmesi halinde ayıplı şekilde getirilmiş olduğu halden daha yüksek bir değerde olmasına bağlıdır⁴³³. Bedelden indirim istenebilmesi için, ayıbın eserin değerini eksiltmiş olması gerekir. Bu şekilde ancak iş sahibi ayıp oranında bedelden indirim isteyebilir. Burada söz konusu olan eksiklik, ayıplı eserin değeri ile sözleşmede karşılaştırılan nitelikte yapılan eserin arasındaki değer farkıdır. Hükme göre indirim ayıp oranında istenebilir. Eksik değer, tarafların bireysel istek ve iradelerine bırakılmaz. Eksiklik belirlenirken objektif olan, piyasa değerleri göz önünde bulundurulur. Piyasada eserin değeri bulunmuyorsa bedelden indirim değil, sözleşmeden dönme hakkı kullanılır. Eksikliğin değerinin hesaplanmasında nispi hesaplama yöntemi denilen, sözleşmede karşılaştırılan değer ile ayıplı olan değer çarpımının ayıpsız değere bölünmesi yöntemi kullanılır⁴³⁴.

⁴³¹ Gümüş, II, 2014: 66; Kocaağa, 2014: 163; Yakuppur, 2009: 60.

⁴³² Koyuncu, 2016: 1072.

⁴³³ Erman, 2007: 138; Seliçi, 1978: 166.

⁴³⁴ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 557; Gümüş, II, 2014: 67; Tandoğan, II, 2010: 191; Eren, 2017: 650; Seliçi, 1978: 169; Kocaağa, 2014: 163; Erman, 2007: 138. Erman'a göre, "Ancak nispi metod, kullanılan tek yöntem değildir. Özellikle, inşaat işlerinde Yargıtay'ın genellikle uyguladığı yöntem, bozukluğun giderilmesi için yapılacak masrafların esas alınmasıdır. Buna göre, değer düşüklüğü, bozukluğu giderme masraflarına göre hesaplanmaktadır. Fakat bu yöntemin uygulanabilmesi için bozukluğun düzeltilmesinin mümkün olması gerekir. Eğer, bozukluğun giderilmesi mümkün değilse, örneğin binanın bodrum katı yüksekliği projesine göre daha alçak tutulmuşsa, bedel indiriminin nispi yöntem uygulanarak hesaplanması zorunlu olmaktadır", 2007: 138-139. Yarg. 15. HD, T. 23.1.2017, E. 2016/1142 K. 2017/241: "Gerek 818 sayılı BK'nın 360. maddesi gerekse 6098 sayılı TBK'nın 475 f. 2. maddesi hükümlere göre ayıp halinde iş sahibinin seçimlik hakları arasında eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı da sayılmıştır. Dairemizin içtihat ve uygulamalarında ayıp ve kusurun eserin kabule zorlanamayacak ölçüde kusurlu veya sözleşmeye aykırı olmaması halinde eserin değerindeki eksiklik oranında bedelde indirim istenebileceği kabul edilmektedir. Bedelde indirimin seçimlik hakkının kullanılması durumunda indirim bedelinin hesaplanmasında nispi metod uygulanmalıdır. Bu metoda göre karşılaştırılan ücret ve yapılan işin teslim tarihindeki ayıplı değerinin çarpımı sonucu bulunacak miktarın teslim tarihindeki ayıpsız değere bölünmesi ile indirim gereken bedel hesaplanır (Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 24.05.2010 gün 2010/1703 Esas 2010/2891 Karar sayılı ilâmi)", (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019). Yarg. 15. HD, T. 27.3.2018, E. 2016/6089 K. 2018/1188: "Dava; eser sözleşmesinden kaynaklanan sözleşme bedelinin iadesine ilişkindir. Mahkemece yapılacak iş; kök raporu veren bilirkişi kurulundan ek rapor almak suretiyle TBK 475 f. 1 maddesi uyarınca eserin kabule icbar edilemeyecek şekilde ayıplı olup olmadığı hususunda değerlendirilme yapılmalı, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa dönme hakkını kullanamayacağı nazara alınmalı ve bu halde TBK 475 f. 2 maddesi uyarınca ayıp oranında bedelden indirim konusunda inceleme yapılmalıdır. Gerek Dairemiz gerekse Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre bedel indiriminde ise "nispi metod" uygulanmalıdır. Nispi metod; karşılaştırılan ücret ile eserin ayıplı değerinin çarpılması sonucu elde edilecek bedelin, eserin ayıpsız değerine oranlanması suretiyle indirilecek bedelin belirlenmesidir. Bu şekilde alınacak rapora itirazlar varsa karşılanmalı iş bedeli ve ödenen bedel belirlenip buna göre karar verilmelidir", (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019). Uygulama ve öğretideki görüşlere göre çıkarılan hesaplama yöntemleri için bk. Şahiniz, 2014: 177 vd.

Bedelden indirim isteme hakkı da yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, tek taraflı olarak karşıya varması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Her yenilik doğurucu hak gibi, kullanılmasıyla geri alınamaz, şarta bağlanamaz. Bu hakkın kullanımıyla birlikte önceden bahsettiğimiz gibi, diğer hakları kullanma imkanı ortadan kalkar.

Bedelden indirim isteme hakkının kullanımı herhangi bir şekilde bağlı değildir. Açık veya örtülü, yazılı veya sözlü şekilde kullanılabilir. Burada farklı olarak tacirler arasında indirim hakkının kullanılması söz konusu ise, bedelde indirim TTK m. 18 f. 3'te sayılan bir durum olmadığından bu hükümde sayılan şekillerle kullanılması gerekmez⁴³⁵.

İndirim hakkının kullanılmasıyla, iş sahibince daha önceden fazla olarak ödenen miktar, faiziyle birlikte yükleniciden geri alınır. Önceden hiç ödemedede bulunulmaması halinde ise yüklenicinin indirilmiş bedelden fazlasını istediği durumlarda bu talep iş sahibi tarafından reddedilebilir. Zira yüklenicinin ödemesi gereken indirimli miktardır⁴³⁶.

2.3.1.3.4.Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı

TBK m. 475'te sayılan seçimlik haklardan bir diğeri, aşırı bir masrafı gerektirmedikçe tüm masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteme hakkıdır. Bu hak, satış sözleşmesinde düzenlenmemiştir. Yalnızca eser sözleşmesine özgüdür. Hükümde sayılan ilk şart, yüklenici açısından onarımın aşırı masraf içermemesidir. Bir diğer yandan ayıbın onarılabilir nitelikte olması gerekir⁴³⁷. Aşırı masraf belirlenirken, onarım halinde iş sahibinin yararı ile yapılacak masraf arasında bir dengesizlik olup olmadığı araştırılır⁴³⁸. Masrafların aşırılığının tespitinde takdir hakkı hakimindir (TMK m. 4). Aşırılığın tespitinde, sözleşmeden dönme veya bedelde indirim isteme hakkı ile olan ilişki göz önüne alınmaz. Bu imkanlara sahip olma, iş sahibinin ayıbın giderilmesiyle elde edeceği yarar içerisinde değerlendirilebilir⁴³⁹.

Eserin onarılması, masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin sözleşmede kararlaştırılan şekilde uygun hale getirilmesidir. Eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi,

⁴³⁵ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 556; Tandoğan, II, 2010: 188; Erman, 2007: 136; Şahiniz, 2014: 177.

⁴³⁶ Tandoğan, II, 2010: 187.

⁴³⁷ Eren, 2017: 651; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 557; Gümüş, II, 2014: 67; Tandoğan, II, 2010: 196; Şahiniz, 2014: 190; Günel, 2004: 423. Şenocak'a göre, "Borçlar Kanunu'nun 360'uncü (TBK m. 475) maddesinde bu hususta açık bir hüküm olmamasına rağmen, tabiidir ki; iş sahibinin ayıbın giderilmesini isteyebilmesi için, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekir. Buna karşılık müteahhidin ekonomik güçsüzlüğü, ayıbın giderilmesi talebine bir engel teşkil etmez", 2002: 148.

⁴³⁸ Tandoğan, II, 2010: 197; Aral/Ayrancı, 2014: 362; Kocaağa, 2014: 164; Şenocak, 2002: 150; Günel, 2004: 423. Öz'e göre, burada onarım masraflarının belirlenmesinde ayıbın giderilmesi için gerekli olan malzeme ve işçilik giderleri yanında, onarım halinde ayıpsız olan kısımda meydana gelecek zararlar ve bunların giderilmesi için gerekli olan masraflar da göz önünde bulundurulmalıdır, Bk. Öz, 1989: 97; Yine bu yönde bk. Seliçi, 1978: 175.

⁴³⁹ Şenocak, 2002: 153.

ayıbın giderilerek eserin bu hale getirildiğinin belli olmaması şeklinde yapılmalıdır. Bir diğer anlatımla, sözleşmeye uygun hale getirme ile birlikte başlangıçta sanki hiçbir ayıp ortaya çıkmamış gibi olmalıdır. Burada yüklenicinin en baştaki yükümlülüğünün somut olan eserdeki ayıpları gidermeye dönüşmesi söz konusudur⁴⁴⁰.

Aşırı masrafı gerektirmemeden maksat, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına imkan olmayacak ölçüde ayıplı olma halidir. İş sahibi bu durumda indirim yerine eserin onarımını isteyebilir. Ayıbın giderilmesinde eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun hale getirilmesine yönelik onarım ve iyileştirme giderlerinin yüklenici tarafından karşılanarak gerekli olan işlemlerin yapılması söz konusudur. Yüklenici ayıbı gidermek için uygun bir süre içerisinde harekete geçmelidir. Onarımla birlikte yine ayıplı bir eser ortaya çıkmışsa, iş sahibi ayıptan doğan haklarını tekrar kullanabilir⁴⁴¹.

Ayıbın giderilmesinde aşırı masraf söz konusu olsa dahi yüklenici bu ayıbı gidereceğini bildirmişse, iş sahibinin bu halde ayıbın giderilmesini istemesi mümkündür. Yüklenicinin açık veya örtülü şekilde bu iradesini belli etmesi yeterlidir. Bununla birlikte, yüklenici aşırı masraf iddiasında ise mutlaka iş sahibinin ayıbın giderilmesi talebine itiraz etmelidir. Aksi halde eserdeki ayıbın giderilmesine koyulan yüklenici, örtülü şekilde iş sahibinin bu hakkına onay verdiğiinden, sonradan aşırı masraf iddiasını ileri süremez⁴⁴².

TBK m. 475 hükmünde sayılan seçimlik hakların tümünde belirttiğimiz üzere, onarım hakkını isteme de bir yenilik doğurucu beyan niteliğindedir. Buna göre, iş sahibi, yükleniciye karşı tek taraflı ve varması gerekli bir beyanda bulunduğu anda, onarım hakkını kullanmış olur. Böylelikle yüklenici ile ne anlaşması gerekir ne de bu hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kabulü gerekir. İş sahibinin yüklenicinin hukuki hakimiyet alanına ulaşan irade beyanı, onarım hakkının sonuçlarını doğurması bakımından yeterlidir. Onarımı isteme hakkı, kullanmakla sona erer, şarta bağlanması mümkün değildir. Bu hakkın bir defa kullanılmasıyla birlikte geri alınması imkansızdır. Tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla sonuç doğuran onarım hakkını isteme, hakim tarafından belirlenmesi gerekli bir hak kullanımı değildir. Yani irade açıklamasıyla sonuç doğuran bu hakkın dava yoluyla istenmesi gerekmez. Böyle bir talebin hakime yöneltilmesi durumunda hakimin vereceği karar açıklayıcı nitelikte olur, kurucu nitelik taşımaz. Bu açıklama ise, onarım hakkının kullanılıp kullanılmadığının tespitine yöneliktir.

⁴⁴⁰ Tandoğan, II, 2010: 194; Seliçi, 1978: 177-178.

⁴⁴¹ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 557-558; Kocaağa, 2014: 165; Erman, 2007: 142.

⁴⁴² Seliçi, 1978: 175-176; Şahiniz, 2014: 193.

Yüklenicinin kendiliğinden ayıpları giderme hakkı bulunmamaktadır. İş sahibinin onarım hakkını istediğini belirtmesi gerekir. Yüklenici böyle bir istekte bulursa bile iş sahibi kabul etmek zorunda olmayıp, kabul etmediği takdirde alacaklının temerrüdüne de düşmez. Buna karşın, ayıbın giderilmesini kendisi istemişse yükleniciyi engellediği anda temerrüde düşmüş olur. Burada yine önemli bir husus olarak, iş sahibinin ayıbın giderilmesi çalışmalarına izin vereceği zamanın uygun olması, temerrüdün değerlendirilmesi açısından önemlidir⁴⁴³.

Eserin onarımını yüklenici yapmakla yükümlüdür ancak şartların elvermediği durumlarda -örneğin maddi durumunun müsait olmadığı zamanlar gibi- onarımı üçüncü bir kişinin yapması da mümkündür. Masraflar bu durumda yine yükleniciye aittir. İş sahibi masrafları tazminat olarak da isteyebilir. Talepte bulunmak için TBK m.113 f. 1'deki gibi mahkemeden karar alması gerekmez⁴⁴⁴.

Yüklenicinin ayıplı olan eseri nasıl onaracağı konusunda iş sahibinin talimat verme yetkisi yoktur. İş sahibi yalnızca eserin ayıplarının giderilmesini isteyebilir. Tartışmalı olmakla birlikte, aşırı masraf gerektirmiyor veya yüklenicinin menfaatlerine zarar gelmiyorsa yeni bir eserin meydana getirilmesini de isteyebilir⁴⁴⁵. Aşırı masraf iddiasını ispat yükü yüklenicinin üzerindedir.

Ayıbın giderilmesi ile iş sahibi eserin ayıpsız şekilde teslim edilmesinden daha kötü bir duruma düşmemelidir. Ayıp giderildiğinde, eserin ayıpsız olarak tesliminden daha iyi bir duruma gelmesine de sebep olunmamalıdır⁴⁴⁶. Yüklenici, emeğin masraflarını karşıladığı gibi, malzeme masraflarına da katlanmalıdır. Kural olarak yüklenici masraflara katlansa da masrafın aşırı olduğu ölçüde iş sahibi de masrafın bir kısmını üstlenmelidir. İş sahibinin ortak kusurunun bulunması halinde de doğal olarak yüklenici ile masraflar bölüşülecektir⁴⁴⁷.

2.3.1.3.5. Tazminat İsteme Hakkı

TBK m. 475 f. 2 hükmünde açıkça düzenlenmiş bir başka hak, iş sahibinin tazminat isteme hakkıdır. Buna göre, iş sahibi genel hükümlere göre yükleniciden tazminat talebinde bulunabilir. İş sahibi tazminat isteme hakkını, diğer hakların yanında kullanabilir. Bir diğer anlatımla, TBK m. 475 f. 1 hükmünde iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik hakları

⁴⁴³ Tandoğan, II, 2010: 192-193; Eren, 2017: 651.

⁴⁴⁴ Eren, 2017: 651; Zevkliler/Gökyayla, 2015: 558; Kocaağa, 2014: 164-165.

⁴⁴⁵ Gümüş, II, 2014: 68; Tandoğan, II, 2010: 194; Seliçi, 1978: 177; Şahiniz, 2014: 194.

⁴⁴⁶ Tandoğan, II, 2010: 194-195; Şahiniz, 2014: 193.

⁴⁴⁷ Tandoğan, II, 2010: 196.

düzenlenmiştir; bu maddede sayılan seçimlik haklardan birini seçmenin yanında iş sahibi tazminat talebinde de bulunabilir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, satış sözleşmesindeki gibi tazminat hakkının seçimlik haklara bağlı olarak istenebileceği düzenlenmişti. Tazminat istemi, seçimlik haklar olmadan kullanılmayan onlara bağlı bir haktır. Bu durumda seçimlik hakların kullanılmasıyla birlikte eserdeki zarar karşılanmış olduğundan yalnızca ayıby takip eden zararlar açısından tazminat istenebilirdi⁴⁴⁸. Eserdeki ayıptan kaynaklanmakla birlikte, ayıbyn sonraki sonucu olarak meydana gelen ve ayıplı eserdeki değer eksikliği dışındaki her türlü zarara ayıby takip eden zarar denir. İnşa edilen bir evin ayıplı olması sebebiyle kira getirmemesi, ayıplı makinenin onarımı sırasında işletmenin durması yüzünden ortaya çıkan kar kaybı ayıby takip eden zarara örnek olarak gösterilebilir⁴⁴⁹.

Bugün için TBK m. 475 f. 2 hükmü ile TBK m. 112 hükmüne dayanılarak zararın tazmininin istenmesi doğrudan düzenlenmiştir. TBK m. 475 f. 2'ye göre, "İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır". Görüldüğü üzere iş sahibinin seçimlik haklarından bağımsız olarak tazminat istemesi mümkündür. İş sahibi bundan böyle seçimlik haklardan ayrı olarak doğrudan TBK m. 112 hükmüne göre tazminat talep edebilir⁴⁵⁰. Burada bir diğer önemli sonuç da tazminat talebinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesine bağlı olmamasıdır. Bu sebeple, iş sahibinin bu külfetleri yerine getirmemesi halinde dahi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁴⁵¹.

İş sahibinin tazminat isteme hakkının kapsamı TBK m. 475 f. 1'de sayılan seçimlik haklarla birlikte veya bağımsız olarak istenmesine bağlı olarak farklılık gösterir. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan iş sahibi TBK m. 125 f. 3 doğrultusunda ve bu hakkın niteliği gereği yalnızca menfi zararın tazminini talep edebilir⁴⁵². Zira dönme halinde iş sahibi ifayı reddettiğinden menfi zarar söz konusudur. Menfi zarar, ayıby takip eden zararın kapsamındadır. Burada müspet zararın tazmini istenemez⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Gümüş, II, 2014: 70.

⁴⁴⁹ Tandoğan, II, 2010: 204-205; Aral/Ayrancı, 2014: 384; Kocaağa, 2014: 166.

⁴⁵⁰ Gümüş, II, 2014: 69; Tandoğan, II, 2010: 204; Şahiniz, 2014: 207; Kocaağa, 2014: 166-167.

⁴⁵¹ Gümüş, II, 2014: 70; Birkan, 2018: 69.

⁴⁵² Kocaağa, 2014: 167; Öz, 2016: 219.

⁴⁵³ Tandoğan, II, 2010: 205; Gümüş, II, 2014: 70. Yarg. 15. HD, T. 16.04.2018, E. 2018/1985 K. 2018/1561: "Eser sözleşmeleri, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir. 818 Sayılı BK'nın 366. maddesine göre eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Dairemizin bu konudaki yerleşmiş içtihatları ve doktrinde kabul edildiği üzere bundan anlaşılması gereken, işin yapıldığı tarihteki mahalli piyasa rayicine göre bedelin belirlenmesidir. Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici işinin ehli ve basiretli bir iş adamı olarak yükümlendiği imalâtı fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye, iş sahibinin amacına uygun tamamlayarak teslim etmek zorundadır. İmalâtın ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları 818 Sayılı BK 360 maddesinde (TBK 475. madde) sayılmıştır. Buna

Bedelden indirim veya ücretsiz onarım hakkını kullanan iş sahibi ise, indirim veya onarımla karşılanmayan müspet zararların tazminini isteyebilir. Bu kapsamda, inşaatta kaybolan eşyaları veya uğradığı bedensel zararların tazminini söz konusu seçimlik hakların yanında isteyebilir⁴⁵⁴. Buna karşılık, ayıbın giderilmesi ve bedelde indirim isteme haklarının kullanıldığı durumlarda ise menfi değil, müspet zararlar istenir. Zira bu hakların kullanımında sözleşmenin kurulma aşamasındaki edimler karşılıklı olarak yerine getirilmektedir⁴⁵⁵. Bu şekilde hakların kullanılmasıyla ayıbın eserde yol açtığı zarar zaten karşılanmış olur⁴⁵⁶.

TBK m. 475 f. 1’de sayılan seçimlik haklardan hiçbirine başvurmadan yalnızca tazminat talebinde bulunan iş sahibinin zararının hesap edilmesinde, söz konusu seçimlik hakların göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı hususunda ise görüşünü benimsediğimiz Öz⁴⁵⁷ aynen şu ifadelerde bulunmaktadır: “a) Şayet iş sahibinin seçimlik hakları zamanında ileri sürülmediği için zaten düşmüş veya zamanaşımına uğramışsa, bunlar hesaba katılmadan tazminat istenebilmeli; b) şayet iş sahibi seçimlik haklarını kullanma imkanı bulunduğu sırada bunların sağlayacağı giderimi de içerecek şekilde tazminat talep etmişse (örneğin ayıbın yarattığı değer eksikliğini de tazminat olarak istemişse) talebi kabul edilmekle birlikte seçimlik hakları bu oranda düşmeli; c) şayet iş sahibi seçimlik haklara başvurma imkanı varken, sadece, bunları kullansa bile karşılanamayacak zararının tazminini talep etmişse, bu miktar tazminata hükmedilmekle birlikte seçimlik hakkını sonradan da kullanabilmelidir”.

Tazminat talebi, yüklenicinin kusurunun bulunduğu durumlarda söz konusu olur. Bir diğer anlatımla, kusur tazminat istemenin bir şartıdır. Bu çerçevede yüklenicinin tazminat

göre eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeyi haklı olarak fesheden iş sahibi menfi zararının ödetilmesini yükleniciden isteyebilir. Menfi zarar sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılması gereken fiili giderler ile sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararlardır. Kaçırılan fırsat sebebiyle menfi zarar da, fesihden itibaren makul sürede sözleşme konusu işlerin bedel dışında aynı şartlarda yapılacak sözleşme sonucu ödenecek bedel ile davalı yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği bedel arasındaki farktır. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde: davada sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle; iş başkasına daha yüksek fiyatla yaptırılmak zorunda kalındığından 9.020,00 TL olduğu belirtilen bu zararın tahsili de talep edilmiştir. 1086 Sayılı HUMK'nun 76. maddesi hükmünce hakim re'sen Türk Kanunları gereğince hüküm vereceği, ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 33. maddesi hükmüne göre de hakim Türk Hukukunu re'sen uygulayacağından maddi vakiaları ileri sürüp kanıtlamak taraflara, hukuki vasıflandırma hakime aittir. Bu hükümler gereğince davacının talebinin işin kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı yapılması sonucu sözleşmenin yüklenicinin kusuruyla feshi ve işin yeniden başka bir yükleniciye yaptırılmış olması sebebiyle 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 108 f. 2 maddesi kapsamındaki menfi zarar olduğu anlaşılmaktadır”, (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 05.04.2019).

⁴⁵⁴ Öz, 2016: 220; Kocaağa, 2014: 167.

⁴⁵⁵ Şenocak, 2002: 70; Şahiniz, 2014: 210 vd.

⁴⁵⁶ Kocaağa, 2014: 167.

⁴⁵⁷ Öz, 2016: 220.

sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. İstisna olarak yüklenici, ifa yardımcılarının ayıplı ifası sebebiyle kusursuz olsa bile TBK m. 116 uyarınca zararı tazminle yükümlüdür⁴⁵⁸. TBK m. 112 uyarınca zararın tazmini açısından yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat yükü iş sahibine ait değildir, yüklenici burada kusursuz olduğunu ispatlamalıdır⁴⁵⁹.

2.3.1.4.Zamanaşımı

Türk Borçlar Kanunu'nda eski düzenlemeden farklı olarak satış sözleşmesinde alıcının ayıptan doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine yollama yapmak yerine eserin niteliği göz önünde bulundurularak her birinin tabi olduğu zamanaşımı süresi ayrı şekilde belirlenmiştir. TBK m. 478 uyarınca yüklenicinin eserin ayıplı yapılmasında ağır kusurunun bulunmaması şartıyla açılacak davalar, eserin teslim tarihinden başlayarak taşınmazlar dışında iki yıllık, taşınmazlar için ise beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Yüklenicinin ağır kusuru var ise bu durumda eserin niteliğine bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıldır⁴⁶⁰.

TBK düzenlemesiyle birlikte, özellikle m. 475 f. 2 ile *genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulması karşısında, tazminat talebinin, TBK m. 478 hükmü mü yoksa TBK m. 147 b. 6 hükmünde geçen zamanaşımı sürelerine mi tabi olacağı öğretide tartışmalıdır. Taşınmaz eserler yönünden her iki düzenleme açısından bir fark bulunmamaktadır. Zira gerek TBK m. 147 b. 6 gerekse TBK m. 478 hükmü gereği taşınmazlar açısından zamanaşımı süresi beş yıldır. Bununla birlikte, taşınır eserler açısından ise iki ve beş yıl olmak üzere iki farklı zamanaşımı süresi söz konusudur. Kanaatimizce taşınırlar yönünden ayıp sebebiyle iş sahibinin sahip olduğu hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 478'de düzenlenen iki yıllık zamanaşımı değil TBK m. 147 b. 6 hükmündeki beş yıllık zamanaşımı süresidir. Zira TBK m. 475 f. 2 hükmü karşısında ayıp sebebiyle doğan tazminat talebine genel bir hüküm olan TBK m. 112 hükmü uygulanır; bu sebeple zamanaşımı bakımından da genel bir hüküm olan TBK m. 147 b. 6 hükmü uygulanmalıdır⁴⁶¹.*

Taşınmaz eserler yönünden ayıp sebebiyle tazminat talebinin TBK m. 478 yerine TBK m. 147 b. 6'ya tabi olmasının sebep olacağı tek fark, zamanaşımı süresi değil, bu süreyi değiştiren anlaşmaların geçersiz sayılacak olmasıdır⁴⁶². Zira TBK m. 148 uyarınca tarafların

⁴⁵⁸ Gümüş, II, 2014: 69; Aral/Ayrancı, 2014: 384.

⁴⁵⁹ Kocağa, 2014: 169.

⁴⁶⁰ Kocağa, 2014: 152.

⁴⁶¹ Kocağa, 2014: 168; Birkan, 2018: 115. Bununla birlikte Gümüş'e göre, "TBK'nın yürürlük döneminde yüklenicinin ayıplı ifası nedeniyle açılacak bütün davalar bakımından zamanaşımı süresi, TBK m. 478 hükmüne göre tespit edilecektir", II, 2014: 72.

⁴⁶² Kocağa, 2014: 168.

anlaşması ile genel hükümlerde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi yani sürelerin kısaltılması veya uzatılması geçersizdir⁴⁶³.

TBK m. 147 hükmünde düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresi yüklenicinin ağır kusurunun bulunmaması halinde uygulanır (TBK m. 147 b. 6). Ancak burada belirlenmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Bu husus yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde genel bir hüküm olan TBK m. 146 ile düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresinin mi, yoksa eserin niteliğine bakılmaksızın TBK m. 478 ile düzenlenen yirmi yıllık sürenin mi uygulanacağıdır. Öz'e göre⁴⁶⁴, "hükümün amacı gözetilerek, ayıptan kaynaklanan fakat TBK m. 475/f.2 uyarınca genel hükümlere tabi tutulan tazminat taleplerinde de, şayet yüklenici ağır kusurlu ise, buradaki yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır (TBK m. 147/bent 6 yollaması ile TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmamalıdır)".

Hükümde açıkça belirlendiği üzere, ayıp sebebiyle sorumluluktan doğan dava haklarına dair düzenlenen süreler hak düşürücü değil zamanaşımı süreleridir. Bu sebeple, sürelerin hesaplanması, durma veya kesilmeye ilişkin zamanaşımı ile ilgili genel hükümlerde düzenlenen şartlar uygulanmalıdır⁴⁶⁵.

Zamanaşımı süresi olarak yirmi yıl gibi uzun bir sürenin belirlenmesinde 1999 depreminden sonra doğan uyuşmazlıkların etkili olduğu anlaşılmakla, TBK m. 478 hükmünde adi iş veya ticari iş gibi bir ayırımın yapılmadığı da görülmektedir⁴⁶⁶.

Ayıptan doğan dava hakkı için söz konusu olan zamanaşımı, iş sahibinin yükleniciye karşı açtığı davalarda söz konusu olur. Buna karşılık, yüklenici ve mühendislerin açtığı davalarda anılan süreler uygulama alanı bulmaz⁴⁶⁷.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesi bakımından 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 2-3-4. fıkraları ile getirilen özel sorumluluk haline de burada değinmek gerekir. Buna göre, "Yapı denetim kuruluşları öncelikle risk bazlı denetim yapar. Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma iznin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır.

⁴⁶³ Öz, 2016: 225; Kocaağa, 2014: 168; Birkan, 2018: 116.

⁴⁶⁴ Öz, 2016: 225.

⁴⁶⁵ Eren, 2017: 654; Gümüş, II, 2014: 76; Öz, 2016: 224.

⁴⁶⁶ Zevkliler/Gökyayla, 2015: 559.

⁴⁶⁷ Eren, 2017: 655; Tandoğan, II, 2010: 225.

Yapıda yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemleri alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir.

Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur”.



SONUÇ

1. Türk Borçlar Kanunu'nda m. 470 ile m. 486 arasında düzenlenen eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Hükümde düzenlenen bu tanım, yüklenicinin asli ediminden olan *meydana getirilen eseri teslim borcunu* içinde barındırmadığından eksiklik taşımaktadır. Eseri meydana getirme borcu yanında, bu eseri teslim borcu da yüklenicinin asli edimlerinden birisidir.

2. Eser sözleşmelerinde yüklenici iş sahibine karşı bir iş görme filini üstlenmekle, bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt eder. Bu açıdan, garanti edilen sonuç eserin kendisinden başka bir şey değildir. Sonucu garanti etme özelliği, eser sözleşmesini, kanunda düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerinden ayırır.

3. Eser sözleşmesinde yüklenici ve iş sahibinin birbirlerine karşı borçları bulunmaktadır. Temelde yüklenicinin borcunun eseri meydana getirme ve teslim etme olduğu söylenebilir. Bunun yanında, sözleşmeye uygun şekilde ifayı sağlayan bir kısım yan borçlarının olduğu da görülmektedir. Örnek olarak, malzeme sağlama borcu, aydınlatma ve bilgi verme borcu gibi. Buna karşılık iş sahibinin en temel borcu ise bedel olmakla, duruma göre, yükleniciye bilgi verme ve aydınlatma, malzeme sağlama gibi borçlarının olduğu da bir gerçektir.

4. Yüklenicinin iş sahibine karşı en temel ve hepsinin özünü oluşturan borcu özen borcudur. Yüklenici eserin meydana getirilmesinden teslimine kadar her aşamada özen borcunu yerine getirmek zorundadır. Genel olarak özen kavramı, Borçlar Kanunu'nda yer alsa da, tanımına hiçbir maddede rastlanılmamaktadır.

5. Özen, günlük anlamda birden fazla anlamı ifade etmektedir. Özenin, “bir işin iyi olmasına gayret etme, üzerinde dikkatle çalışma”, “itina”, “ihtimam”, “bir işte gösterilmesi gerekli dikkat” gibi kavramlarla açıklandığı görülmektedir. Özenin günlük anlamı dışında bir de teknik anlamı bulunmaktadır. Özen kavramı teknik anlamda, yüklenicinin üstlendiği borcun ifası için zorunlu ve kendisinden beklenen dikkat, itina, fikri ve bedeni beceriler bütünü olarak açıklanır.

6. Yüklenicinin özen borcu, ayıp derecesine varmamakla birlikte, yine de sözleşmeye tam manasıyla uygun şekilde davranılmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Ayıp derecesine varan bozukluklarda, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurulur. Yüklenici, iş sahibine karşı üstlendiği edimi özenle ifa etmelidir. Kanun açıkça yüklenicinin özen borcunu bu şekilde düzenlemiştir.

7. Yüklenicinin özen borcunun derecesini, benzer alandaki basiretli yüklenicilerin göstermesi gerekli meslek ve sanat kurallarına uygun davranış teşkil etmektedir. Böylelikle, eski kanun düzenlemesinden farklı olarak burada işçinin özen borcuna yapılan yollama yerine, haklı olarak çok daha donanımlı ve alanında uzman olması gereken yüklenicinin kendi çevresindeki aynı şartlardaki yüklenicilerin nitelikleri göz önüne alınarak bir düzenleme yapılmıştır. Basiretli olması gereken yüklenicinin, yaptığı işle ilgili konularda çalışan öngörülü ve dikkatli diğer bir yüklenicinin göstermesi gereken özen ölçütü ile hareket etmesi gerekir.

8. Özen borcunun hukuki niteliği konusunda öğretide zengin içerikli bir tartışma mevcuttur. Özen borcunun asli edim yükümlülüğü, yan yükümlülük, sadakat borcunun somutlaşmış hali olduğu yönünde görüşler olduğu gibi asli edim yükümlülüğü, yan yükümlülük olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Yüklenicinin özen borcu bir asli edim yükümlülüğü niteliğinde değil, yan yükümlülük niteliğindedir. Bununla birlikte dönme gibi ağır sonuçlara sebep olacak kadar da önemli bir sorumluluktur. Yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan sürede ve eksiksiz bir eser meydana getirirse de bu süreçte iş sahibinin menfaatine aykırı şekilde ona zarar vermişse, bu zararı tazmin etmesi gerekir.

9. Başlıca özen yükümlülükleri koruma yükümlülükleri, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü ile diğer özen yükümlülükleri olarak üçe ayrılır. Yine diğer özen yükümlülüklerinin de kendi içerisinde yapı malikinin ve taşınmaz malikinin sorumluluğu olarak ikiye ayrıldığı görülür. Yüklenicinin özen borcunun bir de uygulama halleri bulunmaktadır. İş bizzat veya yönetimi altında yaptırma borcu, araç ve gereçleri sağlama borcu, malzeme sağlama borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu ile ek iş ve iş değişikliği özen borcunun uygulama hallerindedir.

10. Yüklenicinin her borcunun temelini oluşturarak genel bir nitelik taşıyan özen borcunun ihlal edilmesi halinde birtakım sonuçlar doğmaktadır. Özen borcu, yüklenicinin diğer borçlarının sıhhati açısından büyük önem taşır. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması halinde öncelikle TBK m. 112 ve TBK m. 472 f. 1 hükümlerine göre sorumluluk doğar. Yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluk ise TBK m. 116 gereğidir. Bunun dışında kanundan doğan birtakım haklar da söz konusudur. Bu haklar eserin tamamlanmasından önce ve tamamlanmasından sonra farklı görünüm arz eder.

11. Eserin tamamlanmasından önceki özen borcuna aykırılık, işin devamı sırasındaki aykırılıktır. İşin devamı sırasındaki aykırılık halinde özel bir düzenleme olarak TBK m. 473 hükmü uygulama alanı bulur. Bu hükümlerle birlikte, iş sahibine eserin tamamlanmasından önce birtakım hukuki imkanlar tanınmaktadır. TBK m. 473 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası bu

açından farklı düzenlemeler içermektedir. Bu iki fıkra birbirinin tamamlayıcısı konumunda olmayıp, farklı şeyleri düzenlemektedir.

12. TBK m. 473 f. 1 hükmüne göre, işin yapımı sırasında eserin zamanında bitirilemeyeceği anlaşılırsa, iş sahibi teslim gününü beklemeden sözleşmeden dönebilir. Bu hüküm işin görülmesi sırasındaki temerrüde ilişkin olup, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır.

13. TBK m. 473 f. 1 hükmünün eksik yönlerinin genel temerrüt hükümlerine göre tamamlanması gerektiği öğretisi tarafından kabul edilmektedir. Buna göre TBK m. 117 vd. hükümlerine göre, iş sahibi sözleşmeden dönmeden önce yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtar çekmeli ve süre verdikten sonra döneceğini bildirmelidir.

14. TBK m. 473 f. 1 hükmü, dönme hakkı tanıdığına da, dönmenin sonuçlarına dair herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu sebeple, temerrüdün sonuçlarına ilişkin genel hükümler burada söz konusu olacaktır. Buna göre sözleşmeden dönme ile var olan edimler hükümsüz kalır, ödenmişler geri verilir. TBK m. 125' te sayılan diğer iki seçimlik hak, sözleşmeden dönme yerine kullanılabilir. Dönme, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanına dayanır. TBK m. 473 f. 1 hükmü, istisnasız bütün eser sözleşmelerine uygulanmalıdır. Eser sözleşmesi dışındaki sözleşme türlerine uygulanması ise mümkün değildir.

15. Eserin yapımı sırasındaki özene aykırılık hallerinden bir diğeri, eserin yapımı sırasında işin ayıplı yapılacağına açıkça görülmesi halidir. Ayıp, sözleşmenin niteliğinde veya dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken niteliklerdeki eksikliklerdir. Her ne kadar hükümde işin yapımı sırasındaki ayıplardan bahsedilse de, eserin yapımına başlanılmasından evvelki söz konusu olan ayıplarda bile bu hüküm uygulanabilir. İşin yapımı dolayısıyla ileride ayıbın meydana geleceği açıkça anlaşılıyorsa, bu hüküm uygulama alanı bulur. Burada yüklenicinin kusuru da bir şarttır. Kusurun bulunmaması halinde iş sahibi bu hakkı kullanamaz. Ayıp sebebiyle yükleniciye ayıbı gidermesi için süre verilmesi gerekir. Bunun yanında belirlenen sürede gerekeni yapmadığı takdirde masrafları kendisine ait olmak üzere işin başkasına yaptırılacağına dair ihtar da çekilmelidir.

16. Verilen süre içerisinde yüklenici ayıbı gidermezse, işin devamı bir başka kişiye bırakılabilir. Burada masraflar yükleniciye ait olur. İşin devamının üçüncü kişiye bırakılabilmesi için hakimin izni gerekmez. Ayıp verilen süre içerisinde giderilse bile, iş sahibinin tazminat isteme hakkı devam eder.

17. Yüklenicinin eserin tamamlanmasından sonraki özen borcuna aykırılığı ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri çerçevesinde incelenir. Özen borcuna aykırılık, ayıp

sebebiyle sorumluluk içerisinde erimesine rağmen, ayıp sebebiyle yüklenicinin kusuru, özen borcuna aykırı davranıştan çıkarıldığından, bu sorumlulukta özen borcunun ayrı bir önemi vardır. Yüklenici eseri ayıpsız şekilde ifa ile yükümlüdür. Ayıp sebebiyle sorumluluk için *eserin teslim edilmiş olması, teslim edilen eserin ayıplı olması, ayıbın iş sahibinin davranışlarından ötürü meydana gelmemiş olması, ayıplı eseri iş sahibinin kabul etmemiş olması ve eserin gözden geçirilerek ayıbın yükleniciye bildirilmesi şartlarının bulunması* gerekir.

18. Yüklenicinin en temel borcu eseri meydana getirme olsa da, asli edimlerinden birisi de eseri teslim borcudur. Özen borcu eserin teslimine kadar devam eder. Ayıplı eserin teslimi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir. Ayıp açık, gizli, hukuki, fiili olabilir. Ayıbın iş sahibinden kaynaklanması halinde yüklenicinin sorumluluğu doğmaz. Zira iş sahibi aktif şekilde eserin meydana getirilmesinde rol oynar. Ayıbın yükleniciye bildirilmesi, külfet niteliğindedir. Bu durumda iş sahibinin bu külfeti yerine getirme zorunluluğu yoktur. Yerine getirmezse, haklardan kendisi mahrum olur.

19. Ayıp sebebiyle sorumluluktan iş sahibi lehine birtakım haklar doğmaktadır. Buna göre, iş sahibi üç seçimlik hakka sahiptir. Bu haklar, sözleşmeden dönme, bedelden ayıp oranında indirim talep etme ve eserin ücretsiz onarımını talep etme haklarıdır. Hükümde iş sahibinin tazminat isteme hakkı ayrı şekilde düzenlenmiştir. Tazminat hakkı diğer seçimlik haklarla kullanılabileceği gibi, ayrı şekilde talebi de mümkündür. Seçimlik haklar kullanılmakla biter. Birinin kullanılması, diğer hakların kullanılmasını engeller.

20. Son olarak TBK m. 475 f. 2 ile genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulması karşısında, tazminat talebinin, TBK m. 478 hükmü mü yoksa TBK m. 147 b. 6 hükmünde geçen zamanaşımı sürelerine mi tabi olacağı öğretide tartışmalıdır. Taşınmaz eserler yönünden her iki düzenleme de beş yıllık zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bununla birlikte, taşınır eserler açısından ise iki farklı zamanaşımı süresi söz konusudur. Bize göre taşınır eserler bakımından, TBK m. 475 f. 2 hükmü karşısında ayıp sebebiyle doğan tazminat talebine genel bir hüküm olan TBK m. 112 hükmü uygulanır; bu sebeple zamanaşımı bakımından da genel bir hüküm olan TBK m. 147 f. 6 hükmü uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acun, H. (2018). Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya.
- Akkanat, H. (2006). Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 63-76.
- Akkayan Yıldırım, A. (2004). Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 49-86.
- Akyol, Ş. (1976). Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Altaş, H. (2006). İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 97-110.
- Altay, S. ve Eskiocak, A. (2007). Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Antalya, G. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Aral, F. (2011). Türk Hukuku'nda Kötü İfa, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arkan, S. (2012). Ticari İşletme Hukuku, Batider Yayıncılık, Ankara.
- Avcı, A. (2015). Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Cilt 28 Sayı 119, Ankara, s. 368-394.
- Ayan, S. (2008). İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2012). Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Ayverdi, İ. (2006). Misalli Büyük Türkçe Sözlük Cilt 2-3, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul.
- Baş, E. (2011). Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Başpınar, V. (2004). Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Baygın, C. (1999). Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmelerinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Birkan, B. (2018). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Genel Hükümlere Göre Tazminat İsteme Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- Bozer, A. ve Göle, C. (2015). Ticari İşletme Hukuku, Batider Yayıncılık, Ankara.
- Buz, V. (2014). Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Büyükcay, Y. (2013). Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Cenkci, E. (2010). Yargıtay Kararları Işığında Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunlarının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, İstanbul, s. 111-139.
- Çakar, S. (1999). Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dayınlarlı, K. (1993). İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayıncılık, İstanbul.
- Dirican, G. (2007). Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Eren, F. (1996). İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, (İnşaat Sözleşmeleri), Ortak Seminer, Batider Yayıncılık, İstanbul.
- Eren, F. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Erman, H. (1979). İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Erman, H. (2007). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul.
- Genç Arıdemir, A. (2004). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Gezder, Ü. (2009). Türk/İsviçre Hukuku'nda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Gökyayla, E. (2002). Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, GSÜHFD, İstanbul, s. 785-805.
- Gökyayla, E. (2009). Eser Sözleşmesinde Ek iş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2001). Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2014). Borçlar Özel Hukuku, Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Günel, M. C. (2004). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 411-433.

- Gürpınar, D. (1999). Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- İnal, T. (2015). Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İzveren, A. (1953). İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, Adalet Dergisi Sayı 11, Ankara.
- Kaplan, İ. (1996). İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, (İnşaat Sözleşmeleri), Ortak Seminer, Batider Yayıncılık, İstanbul.
- Kaplan, İ. (2013). İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Karabağ Bulut, N. (2009). Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Karakurt Gümüşsoy, G. (2017). Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, Oniki Levha Yayınları, İstanbul.
- Kılıçoğlu, A. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kızır, M. (2011). Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 19, Konya, s. 245-282.
- Kocaağa, K. (2004). Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. M. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD Cilt 6, İzmir, s. 177-201.
- Kocaağa, K. (2009). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı 85, Ankara, s. 86-104.
- Kocaağa, K. (2014). İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kocayusufoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2011). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Koyuncu, B. K. (2016). Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükümünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi HFD., İstanbul, s. 1069-1093.
- Kurşat, Z. (2017). İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Nomer, H. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.

- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Ovacık, M. (2000). İngilizce –Türkçe Hukuk Sözlüğü, Batider Yayıncılık, Ankara.
- Öz, T. (1989). İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitapçılık, İstanbul.
- Öz, T. (2016). İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Öz, T. (2017). Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 495-508.
- Poroy, R. ve Yasaman, H. (2017). Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Püsküllüoğlu, A. (2004). Türkçe Sözlük, Arkadaş Yayınevi, Ankara.
- Reisoğlu, S. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Seçer, Ö. (2016). İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi HFD., İstanbul, s. 727-754.
- Seliçi, Ö. (1976). Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Seliçi, Ö. (1978). İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Selimoğlu, Y. E. (2010). Eser Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Şahiniz, C. S. (2014). Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Şener, E. (2001). Açıklamalı Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Şener, Y. S. (2010). Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Şenocak, Z. (1995). Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara.
- Şenocak, Z. (2002). Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Teoman, Ö. (2014). Yaşayan Ticaret Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Topuz, S. (2001). Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale.
- Tunç, A. (2016) İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, ERÜHFD. Cilt XI, Kayseri s. 253-269.
- Ulusoy, E. (1999). Türkçe-Almanca Hukuk Sözlüğü, Beta Yayıncılık, İstanbul.

- Uygur, T. (2010). Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu (Sorumluluk ve Tazminat Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ürem, M. (2017). Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Oniki Levha Yayınları, İstanbul.
- Yakuppur, S. (2009). Borçlar Hukukuna Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yavuz, C. (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Yavuz, N. (2013). Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yılmaz, M. (1997). Vekilin Özen Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Yılmaz, S. (2019). Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yiğit, B. (2018). Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Özen Borcuna Aykırı Davranması ve Hukuki Sonuçları, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin.
- Zevkililer, A. ve Gökyayla, E. (2015). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, İstanbul.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.kazancı.com.tr (erişim tarihi: 05.04.2019)
- www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 05.04.2019)
- www.uyap.com.tr (erişim tarihi: 05.04.2019- 09.08.2019)

YARGI KARARLARI

- İSTANBUL BAM, 15. HD. 2017/734 E. 2017/463 K. 17.07.2017 T.
- SAMSUN BAM, 1. HD. 2018/2375 E. 2018/2535 K. 12.12.2018 T.
- YARGITAY, HGK. 2007/11-324 E. 2007/339 K. 13.06.2007 T.
- YARGITAY, HGK. 2017/17-1315 E. 2017/1239 K. 01.11.2017 T.
- YARGITAY, 3. HD. 2017/13829 E. 2018/12168 K. 29.11.2018 T.
- YARGITAY, 14. HD. 2013/6790 E. 2013/8092 K. 28.05.2013 T.
- YARGITAY, 14. HD. 2016/4083 E. 2018/6788 K. 16.10.2018 T.
- YARGITAY, 15. HD. 2010/5327 E. 2010/6334 K. 23.11.2010 T.
- YARGITAY, 15.HD. 2014/4603 E. 2015/3495 K. 18.06.2015 T.
- YARGITAY, 15. HD. 2015/3705 E. 2015/4747 K. 02.10.2015 T.

YARGITAY, 15. HD. 2015/4343 E. 2016/2603 K. 05.05.2016 T.
YARGITAY, 15. HD. 2015/5673 E. 2016/2437 K. 21.04.2016 T.
YARGITAY, 15. HD. 2015/6030 E. 2017/92 K. 10.01.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/1142 E. 2017/241 K. 23.01.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/1594 E. 2017/2654 K. 21.06.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/2080 E. 2017/1864 K. 02.05.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/2612 E. 2017/2417 K. 06.06.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/3306 E. 2017/2428 K. 06.06.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/3681 E. 2016/4768 K. 21.11.2016 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/6089 E. 2018/1188 K. 27.03.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2016/6265 E. 2018/973 K. 15.03.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2017/353 E. 2018/1820 K. 08.05.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2017/481 E. 2018/3470 K. 27.09.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2017/907 E. 2017/2889 K. 13.07.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2017/2286 E. 2017/3847 K. 07.11.2017 T.
YARGITAY, 15. HD. 2017/2308 E. 2018/939 K. 14.03.2018 T.
YARGITAY, 15.HD. 2018/1780 E. 2018/2176 K. 28.05.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2018/1985 E. 2018/1561 K. 16.04.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2018/3703 E. 2019/508 K. 11.02.2019 T.
YARGITAY, 15. HD. 2018/3774 E. 2018/4129 K. 30.10.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2018/3826 E. 2018/5042 K. 13.12.2018 T.
YARGITAY, 15. HD. 2018/4947 E. 2019/3227 K. 08.07.2019 T.
YARGITAY, 21. HD. 2017/1264 E. 2018/9092 K. 10.12.2018 T.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	İsa AKANSEL
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Sandıklı T.T. Anadolu Öğretmen Lisesi, 2012
Lisans Diploması	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2016
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Antalya Barosu Avukatlık Stajı, Adalet Bakanlığı
Çalıştığı Kurumlar	Isparta Adliyesi