



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

TUĞBA GÜL

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Dr. Öğretim Üyesi DORUK UTKU

İstanbul, 2020

T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

TUĞBA GÜL

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Dr. Öğretim Üyesi DORUK UTKU

İstanbul, 2020

ÖZET

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, taahhüt ettiği yapıyı sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralının gerektirdiği niteliklere uygun şekilde meydana getirmek ve arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde arsa sahibine karşı ayıba karşı tefekkül hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olur.

Arsa sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; yapının teslim edilmesi, yapının ayıplı olması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesidir. Bu şartların sağlanması halinde, arsa sahibi ayıplı ifa nedeniyle yükleniciye karşı, sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, ayıbın giderilmesini isteme şeklindeki seçimlik haklara sahip olur. Ayrıca arsa sahibi genel hükümlere göre tazminat isteyebilir. Yapıdaki ayıbın arsa sahibine isnat edilebilecek bir sebepten doğması, yapının arsa sahibince kabul edilmiş olması veya zamanaşımı sürelerinin geçmiş ve yüklenicinin de zamanaşımı definde bulunmuş olması hallerinde ise, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkar ve dolayısıyla arsa sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Çalışmamızda yüklenicinin teslimden sonraki ayıplardan doğan sorumluluğu bu kapsamda incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ayıp, Yüklenici, Arsa Sahibi

ABSTRACT

In construction agreements in return for independent units, the contractor is obliged to complete the works in a proper and workmanlike manner as shown on the contract documents and deliver to the landowner. Otherwise, the contractor has responsibility against landowner in accordance with the provisions of contemplation.

Some specific requirements must be fulfilled in order to apply for the responsibility of the contractor because of defection. Those requirements are; delivery of the building, the defect of the building, the fulfillment of the inspection and notification burdens. If these conditions are met, landowner will have optional rights against the contractor due to the defective performance, such as abrogation of the contract, requesting a discount, and requesting the removal of the defect. In addition, landowner may request compensation according to blanket clause. Contractor's responsibility arises from the defect automatically ceases and the landowner loses his/her rights in the case that the defect in the building is born due to a reason that can be attributed to the land owner, the building has been accepted by the landowner, or limitation period expires and the contractor claims for refutation. The aim of this thesis is to evaluate the responsibility of contractor arising from defects after delivery.

Keywords: Construction agreements in return for independent units, Defection, Contractor, Landowner

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

I. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları.....	3
A. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı.....	3
B. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	4
1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Devir Borcu Altına Girmesi	4
2. Yüklenicinin Yapı (Bağımsız Bölüm) Meydana Getirme Borcu Altına Girmesi	5
3. Tarafların Anlaşması.....	5
II. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	6
III. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil.....	9
A. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geçerlilik Şekli.....	9
B. Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	11

İKİNCİ BÖLÜM

AYIP KAVRAMI, AYIP ÇEŞİTLERİ VE AYIP SAYILMAYAN HALLER

I. Ayıp Kavramı ve Ayıp Çeşitleri	15
A. Ayıp Kavramı.....	15
1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği.....	16
2. Gerekli Niteliklerin Eksikliği.....	19
B. Ayıp Çeşitleri	21
1. Maddi (Fiili) Ayıp-Hukuki Ayıp.....	21
2. Açık Ayıp-Gizli Ayıp.....	22
3. Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp	23
4. Asli Ayıp-İkincil (Tali) Ayıp	24
II. Ayıp Sayılmayan Haller	25

A. Eksik İş.....	25
B. Aliud (Başka Bir Şey) Teslimi.....	31
C. İlave (Ek) İş.....	32

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE ORTADAN KALKTIĞI HALLER

I. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şartları.....	35
A. Yapının Teslim Edilmiş Olması	35
B. Teslim Edilen Yapının Ayıplı Olması.....	40
C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olması.....	40
1. Genel Olarak	40
2. Muayene Külfeti.....	42
3. İhbar Külfeti	47
II. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Ortadan Kalktığı Haller	53
A. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibine İsnat Olunması.....	53
B. Ayıplı Yapının Arsa Sahibince Kabul Edilmiş Olması.....	60
C. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması	63

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN HAKLARI

I. Genel Olarak	68
II. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	69
A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması	69
B. Dönme Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları	73
1. Yapının Kullanılamaz Ölçüde Ayıplı Olması	73
2. Yapının Hakkaniyet Gereği Kabulünün Beklenemez Ölçüde Ayıplı Olması	74
3. Yapının Kullanılamaz veya Hakkaniyet Gereği Kabulü Beklenemez Ölçüde Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olması	76
C. Dönme Hakkının Sınırlandırılması	77
D. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları	80
III. Bedel İndirimi İsteme Hakkı	87
A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması	87
B. Bedelden İndirim Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları.....	90

C. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması	92
IV. Ayıbın Giderilmesini (Yapının Ücretsiz Onarılmasını) İsteme Hakkı.....	96
A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması	96
B. Ayıbın Giderilmesi Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları.....	102
1. Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması	102
2. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf Gerektirmemesi	103
C. Yüklenicinin Ayıbın Giderilmesinde Temerrüde Düşmesi.....	105
V. Tazminat Hakkı	108
A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması	108
B. TBK m. 475/2 Hükmüne Göre Tazmini Talep Edilebilecek Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kavramı	110
C. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kalemleri.....	111
D. Kusur Şartı	116
SONUÇ.....	118
KAYNAKÇA	125

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz./Bkz.	: bakınız/Bakınız
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
cm	: santimetre
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayanlar
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
Prof.	: Profesör
s.	: sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK : Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu



GİRİŞ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi¹ ile arsa sahibi, para yerine arsasından belli payları yükleniciye devrederek karşılığında birden fazla daire sahibi olma imkânını; yüklenici ise inşaat yaptığı arsa için nakit olarak bir bedel ödemedi ve inşaat karşılık arsa sahibinden aldığı arsa paylarını satmak suretiyle tüm inşaatı tamamlayarak kar sağlama imkânını elde eder. Bu gibi avantajları dolayısıyla uygulamada yaygın olarak tercih edilen² kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, karşılaşılan önemli bir sorun, yüklenicinin ayıplı bir yapı teslim etmesidir. Yüklenici, taahhüt ettiği yapıyı sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralının gerektirdiği niteliklere uygun şekilde meydana getirmek ve arsa sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde arsa sahibine karşı ayıba karşı tefekkür hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olur.

Bu çalışmamızın ana konusunu da, teslim edilmiş yapıdaki ayıplardan dolayı yüklenicinin ayıba karşı tefekkür sorumluluğu ve yüklenicinin bu sorumluluğu kapsamında arsa sahibine tanınan haklar oluşturacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı yapılarak sözleşmenin unsurları ve hukuki niteliği incelenecek, ardından kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması gereken şekil tespit edilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun temelini oluşturan ayıp kavramı açıklanacak, ardından ayıp çeşitleri ile eksik iş, aliud ifa, ilave iş gibi ayıp sayılmayan haller üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun diğer şartları ele alınarak, bu kapsamda yapının teslimi, muayene ve ihbar külfetleri hakkında inceleme yapılacaktır. Yine bu bölümde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran haller de ayrıca değerlendirilecek, bu

¹ Kanunda düzenlenmeyen bu sözleşme türü, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesi”, “kat karşılığı eser sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi” gibi isimlerle de anılmaktadır.

² Yargıtay 15. ve 23. Hukuk Dairelerinin kararları incelendiğinde, gerçekten de kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olarak çok sayıda kararın bulunduğu, bu durumun da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki yaygınlığını gösterdiği söylenebilecektir.

kapsamda ayıbın arsa sahibinden kaynaklanması, kabul ve zamanaşımı hususları incelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise, yüklenicinin yapıdaki ayıptan sorumlu olması halinde arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, ayıbın giderilmesini isteme ve tazminat hakları ele alınacak, bu hakların hukuki nitelikleri, kullanılabilme şartları ve sonuçları incelenecektir.

Çalışmamızdaki inceleme, Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında yapılacak olup, bu kapsamda yüklenicinin ayıba karşı tefekkül borcu ile ilgili ihtilafların çözümünde doktrin ve uygulamada başvurulan çözüm yolları açıklanacak, uygulamaya yön veren emsal Yargıtay kararları da belirtilerek, yeri geldikçe tartışmalı olan konulardaki görüşümüz de belirtilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

I. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

A. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada ortaya çıkmış bir sözleşme türü olup, TBK'da düzenlenmiş sözleşme türlerinden değildir. Dolayısıyla kanunda herhangi bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, tarafların edimleri dikkate alınarak şu tanım yapılabilir:

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belli paylarının mülkiyetini devri karşılığında, yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bir yapı³ meydana getirmeyi ve bunlardan arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu sözleşmeyi şu şekilde tanımlamıştır⁵:
"Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa

³ "İnşaat sözleşmesi açısından "inşaat", "yapı", "inşa", "inşa eseri", "yapı eseri" gibi kavram ve sözcükler, eş anlamlı, biri diğeri yerine kullanılabilen sözcüklerdir." Bkz. EREN, Fikret, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 45-58 [Eren (İnşaat)], s. 53. Yine "yapı" kavramı, "bina" kavramını da içine almaktadır. Bkz. AYANOĞLU, Taner, Yapı Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2014, s. 4. Çalışmamızın devamında, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde inşa etmeyi borçlandığı eser için, kapsam itibarıyla "bina" kavramını da içine alan "yapı" kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

⁴ ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010 [Erman (İnşaat)], s. 1; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Haz. YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, 9. Baskı, İstanbul 2014 [Yavuz (Borçlar Hukuku)], s. 1034; UYGUR, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 [Uygur (İnşaat)], s. 601; KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 5; HELVACI, Serap, "Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s. 287-292 [Helvacı (Arsa)], s. 289-290; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 107; GÜR, Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Birinci Baskı, Ankara 2017, s. 21-22; ENLİ, İsa, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, Birinci Baskı, Ankara 2017, s. 4.

⁵ YHGK, T. 16.01.2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65 (UYAP, E.T. 13.07.2019).

malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir. "

B. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Devir Borcu Altına Girmesi

Arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek yapıda belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır⁶. Diğer bir deyişle, yapının meydana getirilmesi için harcanacak emek ve paraya karşılık, arsa sahibi tarafından yükleniciye para değil, arsadan pay ve bunun sonucuna bağlı olarak bağımsız bölüm verilmesi söz konusudur⁷. Arsa sahibinin bu ediminin, eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye karşı ücret ödeme borcunu karşıladığı söylenebilir⁸.

Arsa sahibi bu edimini yerine getirirken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmeli, hukuki ve maddi imkânsızlıklar içeren bir arsa için sözleşme yapmamalıdır, yani arsa sahibi bina inşa edilecek arsasını inşaata elverişli olacak biçimde yükleniciye teslim etmelidir. Aksi halde arsa sahibinin sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir⁹. Örneğin, sözleşmede belirlenen arsa üzerinde işyeri veya konut yapılmasının yasaklanmış olması durumunda imar yasağı nedeniyle hukuki bir imkânsızlık var demektir. Bu nedenle sözleşmeden önce belediyeden imar durumu çıkarılarak buna göre sözleşme şartlarının belirlenmesi uygun olacaktır. Bununla birlikte taşınmazın tapuya kayıtlı olması şart değildir. Nitekim tapusuz taşınmazlarda mülkiyetin devri, zilyetliğin geçirilmesi ile mümkün olduğundan, arsanın inşaata hukuken ve fiilen elverişli olması halinde, arsa sahibinin bu edimini yerine getirdiği kabul edilecektir¹⁰.

⁶ Erman (İnşaat), s. 2; Gür, s. 26.

⁷ AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009, s. 31.

⁸ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1035.

⁹ Erman (İnşaat), s. 2. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsaya ilişkin şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FİLİNTE, Nurettin/PİŞKİNPASA, Duygu, "Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" İstanbul Baro Dergisi, C:84, S:3, 2010, s. 1477-1498, s. 1477-1479.

¹⁰ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1036; Erman (İnşaat), s. 2; Kaya, s. 6; Gür, s. 26. Karşı yönde bkz. USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Usta (Cezai Şart)], s. 11.

2. Yüklenicinin Yapı (Bağımsız Bölüm) Meydana Getirme Borcu Altına Girmesi

Yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ana taşınmazı tamamlayarak sözleşmede öngörülen bağımsız bölümleri¹¹ arsa sahibine teslim etme borcu altındadır¹². Yüklenici burada sadece ilerde arsa sahibine ait olması kararlaştırılan bağımsız bölümleri tamamlamakla kalmamalı, eser bütünlüğü içinde yapının tamamını, yani kendisine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümleri de tamamlamalıdır¹³. Aksi takdirde yüklenicinin edimini ifa ettiğinden bahsedilemeyecektir. Örneğin, arsa sahibine ait 800 metrekarelik yerde 20 bağımsız bölümlü bir bina inşa edilerek oluşturulacak bölümlerin %60'nın yükleniciye, %40'nın arsa sahibine verilmesi kararlaştırılmış olması durumunda, yapılacak bağımsız bölümlerin 12'si yükleniciye ve 8'i de arsa sahibine ait olacaktır. Bu durumda yüklenici 8 adet bağımsız bölümü yapmakla değil, 20 adet bağımsız bölümün tamamını yani yapının tamamını yaparak borcunu yerine getirmiş olacaktır¹⁴. Bununla birlikte yüklenicinin kendisine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerde, mutfak tezgâhının takılmamış olması gibi, ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesine engel olmayan eksikliklerin bulunması halinde, yüklenicinin edimini yerine getirmediğinden söz edilemeyecektir¹⁵. Ancak bu durum yüklenicinin kendisine düşecek bölümleri istediği gibi yapabileceği anlamına gelmemekte, örneğin yüklenicinin kendisine düşecek bölümlerin balkonunu yapmayarak odaları genişletmesi gibi bir durum taşınmazın kat mülkiyetine geçişini engelliyorsa, burada yine yüklenicinin borcunu yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir.

3. Tarafların Anlaşması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için tarafların yukarıda belirlenen iki unsur itibariyle sözleşmenin esaslı noktaları

¹¹ Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2 hükmüne göre, "...ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (bağımsız bölüm);... bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına (Kat mülkiyeti); ve bu hakka sahip olanlara (Kat maliki)...denir."

¹² Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1037; Erman (İnşaat), s. 2; Gür, s. 24; Usta (Cezai Şart), s. 11.

¹³ Erman (İnşaat), s. 3; Gür, s. 25.

¹⁴ Aydemir, s. 31-32.

¹⁵ Erman (İnşaat), s. 3; Usta (Cezai Şart), s. 12.

üzerinde anlaşmaları yeterli olacaktır¹⁶. Nitekim TBK m. 2/1'e göre, "*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*" Uygulamada da tarafların genellikle sözleşmede, yükleniciye geçirilecek arsa payı ile inşa edilecek yapının daire, dükkân gibi bağımsız bölümlerinin sayısını ve nasıl bölüştürüleceğini yazdıkları görülmektedir¹⁷.

Sonuç olarak sayılan üç unsur tamamlanmışsa, taraflarca karşılıklı borçların ne zaman ve nasıl yerine getirileceği, inşaaata başlama tarihi, gecikme durumunda ödenecek ceza miktarı, hangi tür malzemenin kullanılacağı gibi yan unsurlar kararlaştırılmamış olsa bile kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır¹⁸.

II. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmiş bir sözleşme türü olmayıp, hukukumuzdaki sözleşme serbestliğinin bir sonucu olarak uygulamada ortaya çıkmış, atipik (isimsiz) bir sözleşmedir¹⁹. Bununla birlikte hemen yukarıda²⁰ açıkladığımız unsurlar itibarıyla bu sözleşme türü, yüklenicinin edimi yönünden eser sözleşmesi, arsa sahibinin edimi yönünden ise taşınmaz satışı sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Bu bakımdan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, kanunda düzenlenmiş farklı sözleşme tiplerine ait yükümlülüklerin karşılıklı mübadele ilişkisi içinde, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle oluşturulmuştur²¹. Bunun sonucu olarak da, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, çift tipli karma bir sözleşme

¹⁶ KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 626; Usta (Cezai Şart), s. 15.

¹⁷ Kaya, s. 8.

¹⁸ Kaya, s. 10. Ancak taraflar, sözleşmenin esaslı olmayan unsurlarını tartışma ve görüşme konusu yapmışlarsa, bu durumda yan unsurlar sözleşmenin subjektif esaslı unsurları haline gelir ve tarafların bu noktalarda uyuşmamış olmaları halinde sözleşme kurulmuş sayılmaz. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 56-57; Usta (Cezai Şart), s. 15.

¹⁹ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1038; ÖZMEN, Etem Saba/KARAMAN, Tuba Akçura, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İBD, C. 87, S. 1, 2013, s. 47-74, s. 50; Kaya, s. 16; Usta (Cezai Şart), s. 17; Gür, s. 28.

²⁰ Bkz. yukarıda I. Bölüm, I., B. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları.

²¹ Erman (İnşaat), s. 6; Özmen/Karaman, s. 50-51; Gümüş, s. 107; HELVACI, İlhan, Borçlar Hukuku (Özellikle Sözleşmesel Uyuşmazlıklar) Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, 1. Baskı, İstanbul 2010 [Helvacı (Mütalaalar)], s. 286; TOZOĞLU, Gökhan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 8-9.

olduğu kabul edilmektedir²². Yargıtay kararları da bu yöndedir²³. Ayrıca bu sözleşmede tarafların karşılıklı olarak alacak ve borç ilişkisinde olması, kat karşılığı inşaat sözleşmelerine tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği kazandırmaktadır²⁴.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin doğurduğu borç ilişkisinin hukuki niteliği bakımından ise doktrinde tartışma mevcuttur²⁵. Bu husustaki baskın görüş²⁶, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli bir sözleşme niteliği gösterdiğini savunmaktadır. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapı meydana getirme ve teslim borcu, sürekli olarak ifa edilmesi gereken devamlı bir borç niteliği taşımayıp, ifa ile sona ermektedir²⁷. Başka bir deyişle, yüklenicinin söz konusu bu

²² Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1039; Gümüş, s. 107; Erman (İnşaat), s. 6; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Haz. SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak, /SANLI, Kerem Cem 3. Baskı, İstanbul 2018 [Serozan (Özel)], s. 91; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979 [Erman (İstisna)], s. 6; KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, İstanbul 1997 [Karahasan (C. 1)], s. 633; KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 26; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017 [Eren (Genel)], s. 208; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010 [Tandoğan (Özel)], s. 28, dn. 96; UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Birinci Baskı, Ankara 2012 [Uygur (Borçlar)], s. 2128; Uygur (İnşaat), s. 602-603; Kaya, s. 17; Helvacı (Arsa), s. 290; Usta (Cezai Şart), s. 19; Tozoğlu, s. 9; AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1984, s. 8.

²³ "...eser sözleşmesinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" uygulamadaki adıyla Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı gibi; iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, geçerliliği resmi şekle bağlı kural olarak ani edimli, geçici-sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Bu sözleşmede yüklenici bina yapım işini üstlenmekte, yüklenicinin finansını karşılayarak yapacağı binaya karşılık arsa sahibi de ona arsa payı mülkiyeti geçirmektedir. Burada, arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmektedir." Yarg. 23. HD, T. 08.07.2013, E. 2013/1998, K. 2013/4767 (UYAP, E.T. 24.05.2020).

²⁴ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1041; Erman (İnşaat), s. 4; Kırmızı, s. 627; Uygur (Borçlar), s. 2128; Kaya, s. 19; Usta (Cezai Şart), s. 17; Tozoğlu, s. 8.

²⁵ Söz konusu tartışmalar esasen eser sözleşmeleri temelinde toplanmakta olup, eser sözleşmelerinin bir türü olarak anılan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir. Çalışmamızın ana konusunu teşkil etmediğinden bu tartışmalara kısaca değinilecek olup, bu hususta her bir görüşe yönelik ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri" Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 49-86, s. 57-62.

²⁶ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1040; Akkayan Yıldırım, s. 61-62; Uygur (İnşaat), s. 601; Gümüş, s. 3; Gür, s. 29; Kaya, s. 22; AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Birinci Baskı, Ankara 2008, s. 47-48; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017 [Eren (Özel)], s. 587; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 360; KURSAT, Zekeriya, "İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 751-777, s. 753; USTA, Songül, "Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları", İBD, C. 84, S. 6, 2010, s. 3519-3569 [Usta (Eser)], s. 3536.

²⁷ Aral/Ayrancı, s. 360.

ediminin ifasıyla borcu sona ermekte ve arsa sahibinin ifaya ilişkin yararı da ancak bu şekilde gerçekleşmektedir²⁸. Dolayısıyla burada ani edimli borç ilişkilerinde olduğu gibi, edimin ifasıyla borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır²⁹. Yüklenicinin yapıyı meydana getirme süreci ise hazırlık faaliyeti kapsamında olup, bu faaliyetin uzun bir zaman alması borç ilişkisini sürekli hale getirmeyecektir³⁰. Buna karşılık kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisini doğurduğunu ileri süren diğer bir görüşe göre ise³¹, bu sözleşmede yüklenicinin bütünlük arz eden bir yapıyı meydana getirmesi için gerekli olan süreç göz ardı edilemez. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sonucu meydana getirmeye yönelik bir bütünün oluşabilmesi için, edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir³². Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler türü içinde yer almalıdır³³. Bu tartışma bakımından Yargıtayın da dâhil olduğu bir diğer görüş ise³⁴, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli edim karmaşığı bir niteliğe sahip olduğu yönündedir. Buna göre, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim, iş görme faaliyeti değil de, iş görme faaliyetinin sonucunun ortaya çıkarılması olduğundan, bu sözleşmeler ani edimli özellik gösterse de; yüklenicinin edimi bir bütün olarak nazara alındığında bu sözleşmelerin hiçbir zaman sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayacağını ileri sürmek de doğru olmayacaktır³⁵. Zira

²⁸ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1040; Akkayan Yıldırım, s. 61.

²⁹ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1040.

³⁰ Ayan, s. 47; Gümüüş, s. 3; Gür, s. 29-30; Eren (Özel), s. 587; Aral/Ayrancı, s. 360; Kaya, s. 23; Kursat, s. 753; Usta (Eser), s. 3536.

³¹ Kartal, s. 25.

³² Kartal, s. 25.

³³ Kartal, s. 25.

³⁴ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007 [Serozan (Dönme)], s. 175; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 11-12; Erman (İnşaat), s. 8-9; Usta (Cezai Şart), s. 23; YİBBGK, 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kartal, s. 169-172; Gür, s. 30, dn. 45): “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallarla yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır...” Anılan karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Kartal, s. 173-178.

³⁵ Serozan (Dönme), s. 166; Şenocak, s. 10-11. Bu görüş “sürekli sözleşme benzeri borç ilişkileri” niteliğiyle de anılmaktadır. Borcun konusunu oluşturan edimin ifasının niteliği gereği bir zaman sürecine yayıldığı eser sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Buna göre, eser sözleşmelerinde borcunun edimi zamana yayılsa da alacaklının menfaati eserin tesliminde olduğundan, bu sözleşmeler alacaklı açısından ani edimli, borçlu açısından sürekli edimli özellikler göstermektedir. Diğer taraftan bu sözleşmelerde yüklenicinin ediminin kapsamı baştan belli olduğuna

bu tür sözleşmelerde yüklenicinin iş görme sonucunu (ani edim sonucunu) gerçekleştirmek için uzun bir süre ve emek gerektiren hazırlık faaliyetlerinin tamamen edimin dışında sayılması her zaman mümkün değildir³⁶. Bu nedenlerle kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki borç ilişkisi de saf ani edimli olarak değil, geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmelidir. Bu çözüm uyarınca kanaatimizce de, kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki borç ilişkisi kural olarak ani edimli kabul edilmeli, ancak dürüstlük kuralının (TMK m. 2) gerekli kıldığı hallerde ise bu hususta ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde sürekli borç ilişkisine ilişkin kurallar uygulanmalıdır³⁷.

III. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil

A. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geçerlilik Şekli

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, hukuki niteliği bakımından taşınmaz satışı ve eser sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme olduğuna göre, şekil konusunun belirlenebilmesi için bu sözleşmeyi oluşturan sözleşme tipleri olan eser ve taşınmaz satışına ilişkin sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir. Burada birisi şekle bağlı olmayan eser sözleşmesi; diğeri, resmi biçimde yapılması gereken mülkiyeti nakil borcu doğuran iki sözleşme iç içe geçmiş durumdadır³⁸. Bu nedenle sözleşmenin şekli için taşınmaz satışı ve taşınmaz satış vaadi ile ilgili kanun hükümleri tespit edilmelidir. Öncelikle TMK m. 706'ya göre; *"Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde*

göre, yüklenicinin ediminin kapsamının belirlenmesinde esasen zaman unsuru da etkili olmadığından burada gerçek anlamda sürekli bir borç ilişkisi olduğu da düşünülemeyecektir. Ancak buna rağmen zaman unsurunun ifa sürecindeki etkisi de yadsınamayacağından, bu sözleşmeler sürekli sözleşme benzeri borç ilişkisi sayılacak ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen sürekli borç ilişkilerine özgü ilkeler uygulanacaktır. Bkz. ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011, s. 33- 34; DOĞAN, Gülmelihat, "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", Ankara Barosu Dergisi, GSÜHFD, S. 2014/4, Y. 72, s. 387-413, s. 394-395.

³⁶ Erman (İnşaat), s. 9.

³⁷ Bu husustaki belirlemenin önemi uygulamada özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay kararlarında, yüklenicinin temerrüdü halinde inşaat seviyesinin ilerlediği aşamaya göre dürüstlük kuralları dikkate alınarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi gerektiği kabul edilmektedir: Yarg. 15. HD, T. 14.01.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 (Ayan, s. 291, dn. 507): "...İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90 üzerinde) durumunda Medeni Kanunun 2.maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir..." Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 290-295; Akkayan Yıldırım, s. 70-81.

³⁸ Kırmızı, s. 633.

düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır." TBK m. 237/1'e göre ise; *"Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır."* Yine aynı maddenin ikinci fıkrası *"Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz"* şeklindedir. Kanun görüldüğü üzere, hem taşınmaz satışını hem de taşınmaz satış vaadini geçerlilik şartı açısından resmi şekle tabi tutmuştur. Bunlara ek olarak Tapu Kanunu m. 26'ya göre, taşınmaz mal satışına ilişkin sözleşmeler tapu memuru huzurunda yapılmakta, bunlara ilişkin resmi belgeler de tapu memurlarınca düzenlenmektedir. Noterlik Kanunu m. 60 ve 89'da ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenmesi gerektiği ve niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin noterlerce düzenleme şeklinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinin geçerliliği ise herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir (TBK m. 12/1)³⁹.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri her ne kadar şekle tabi olmayan eser sözleşmesine ilişkin hükümler içerse de, taraflardan arsa sahibinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi taşınmaz satış vaadine ilişkin olduğundan, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması geçerlilik koşuludur⁴⁰. Burada, sözleşmeyi resmi şekilde düzenleme yetkisine sahip olan

³⁹ ARTUKMAÇ, Sadık, İnşaat Hukuku, Ankara 1975, s. 18; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 354; Erman (İnşaat), s. 17; Erman (İstisna), s. 21; Özmen/Karaman, s. 53; Kırmızı, s. 633; TURUT, Şenol, Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara 2009, s. 42; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 247; KURAL, Orhan Cevdet/KILIÇBAY, Ercüment/İZMİR, Halil, İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1998, s. 431; YHGK, T. 16.01.2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65, UYAP (E.T. 13.07.2019): *"Eser sözleşmesinde şekil, bir geçerlilik şekli olmayıp ispat koşuludur."*

⁴⁰ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1045; Erman (İnşaat), s. 17; KOSTAKOĞLU, Cengiz "Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil", Yasa Hukuk Dergisi, C. 7, S. 7, Y. 1984, s. 925-932 [Kostakoğlu (Şekil)], s. 928; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2017 [Kostakoğlu (İnşaat)], s. 69; ERTAŞ, Şeref, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 79-92, s. 80; Uygur (İnşaat), s. 603; Kaya, s. 34; Kırmızı, s. 633; Özmen/Karaman, s. 53; Turut, s. 41; Aydemir, s. 33; Filinte/Pişkinpaşa, s. 1480. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekle tabi olduğunu kabul etmektedir: YHGK, T. 16.01.2013, E. 2012/13-592, K. 2013/65 (UYAP, E.T. 13.07.2019): *"...Eser sözleşmesinin bir türü olan <arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi> ise, özelliği olan bir <karma sözleşme> tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan <inşaat sözleşmesi>; diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 634, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken <mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme>dir. Bu nedenle <arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri>nin noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlilik şartıdır..."* Ancak Erman, YHGK'nın 9.6.1982 T. ve E. 1979/15-613, K. 1982/565 sayılı kararı hakkındaki incelemesinde, kat karşılığı

makam kural olarak tapu memurudur. Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içindeki satış vaadi unsuru ele alındığında, noterlere de taşınmaz satış vaadi düzenleme yetkisi verilmiş olduğundan kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterler tarafından düzenlenebilecektir (Noterlik Kanunu m. 60). Noterde yapılacak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamının noter tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun dışında, haricen ve adi şekilde yapılan veya tarafların sözleşmeyi kendi aralarında düzenledikten sonra imzası noterce tasdik edilmiş kat karşılığı inşaat sözleşmeleri şekil yönünden geçerli olmayacaktır⁴¹.

Yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kendisine devri vadedilen arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi durumunda, yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenecek sözleşme için ise, resmi şekle başvurmaya gerek bulunmamakta, adi yazılı şekle uyulması yeterli olmaktadır⁴². Zira yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenecek bu sözleşme hukuki niteliği itibariyle alacağın temlik niteliğinde olup, TBK m. 184 hükmü ile alacağın temlikinin adi yazılı şekilde yapılmakla geçerli olacağı düzenlenmiştir.

B. Şekle Aykırılığın Sonuçları

TBK m. 12/2'ye göre geçerlilik şekline bağlı bir hukuksal işlem, bu şekle uyulmamış ise geçersiz olur⁴³. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de resmi şekilde

inşaat sözleşmelerinin, arsa sahibinin ediminin sözleşmede belirlenen arsa payının parasal değeri olarak kabul edilmesi suretiyle, takribi ücretle yapılmış bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini, böylece kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmaksızın geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Bkz. ERMAN, Hasan, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1984 [Erman (İnceleme)], s. 511-517.

⁴¹ Yavuz (Borçlar Hukuku) s. 1045, dn. 40; Erman (İnşaat), s. 19; Kostakoğlu (İnşaat), s. 69; Kaya, s. 35; Yargıtay 15. HD, T. 13.05.1976, 811/2152 (Erman (İnşaat) s. 19, dn. 3): *"..arsa payı karşılığı kat yapımını kapsayan sözleşmenin noterlikçe doğrudan doğruya düzenlenmesi geçerli olması için yeterlidir..."*

⁴² Yavuz (Borçlar Hukuku) s. 1047; Erman, s. 21; Kaya, s. 37-38. Yargıtay kararları da yüklenici ile arsa sahibi arasındaki bu sözleşmenin alacağın temlik hükümleri gereğince adi yazılı şekilde yapılması yönündedir: Yarg. 14. HD, T. 26.03.2007, E. 2007/2042 K. 2007/3159 (UYAP, E.T. 15.07.2019): *"... Yüklenici hak kazandığı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devir edebilir. Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünce sözleşmede yasaklanmadığı ve işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yasanın 163. maddesi gereği yazılı olmak koşuluyla şahsi hakkını devir edebilir. Somut olayda, davacının dayandığı 1.11.1994 tarihli adi yazılı temlik sözleşmesi istemin ileri sürülmesi için yeterli ve geçerlidir. Bu sözleşmenin ayrıca noterden resmi biçimde yapılması zorunlu değildir. Mahkemenin bu olguyu gözden kaçırarak 1.11.1994 günlü sözleşmenin resmi biçimde yapılmadığı düşüncesi ile davayı reddetmesi doğru olmamıştır..."*

⁴³ Kılıçoğlu, s. 136. TBK m. 12/2: *"Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz."*

yapılması geçerlilik koşulu olup, bu şekle aykırı olarak düzenlenmelerinin müeyyidesi kesin hükümsüzlüktür⁴⁴. Zira bu hususta TBK m. 12/2 hükmü emredici niteliktedir. Buna göre, öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşmenin geçersizliği hususu taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi hâkim tarafından resen göz önüne alınacak⁴⁵ ve şekle aykırılık taraflar dışında menfaati bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilecektir⁴⁶. Yargıtayın da bu konudaki emsal kararları, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz devrini içermesi ve taşınmaz devrini içeren sözleşmelerin de resmi şekilde yapılmasına ilişkin kanun hükmünün kamu düzeni ile ilgili olması dolayısıyla hâkimin bu kuralı resen göz önüne alması gerektiği yönündedir⁴⁷.

Bununla birlikte burada, TMK m. 2 hükmü gereği bazı hallerde sözleşmenin şekil eksikliğine rağmen geçerli kabul edilmesi gerektiğini de belirtmek gerekir. Bu bağlamda, şekle aykırı bir sözleşmede taraflar kararlaştırılan edimlerini karşılıklı olarak yerine getirmişse, sonradan taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek edimlerin iadesini talep etmesi TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir⁴⁸. Nitekim herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada iyi niyetle

⁴⁴ Yavuz (Borçlar Hukuku) s. 1050; Erman, s. 22; Kaya, s. 38-39; YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, İkinci Baskı, Ankara 2015 [Yavuz (Borçlar Kanunu)], s. 2570.

⁴⁵ Erman (İnşaat), s. 22; Kırmızı, s. 638; AKKANAT, Halil, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. M. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 1655-1668 [Akkanat (Şekil)], s. 1660-1661. Buna karşılık, geçersizliğin hukuki niteliği konusunda doktrinde diğer bir görüş olarak ileri sürülen kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşüne göre, tarafların şekle uymadan yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendilerini bağlı sayarak ifa ettikleri edimlerin hukuki sonuç doğurduğu hallerde, kamu düzeninin bozulduğundan bahsedilemeyecek ve şekil kuralları tarafların menfaatini korumaya yönelik olduğundan taraflardan biri tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen göz önüne alınamayacaktır. Bkz. Kostakoğlu (Şekil), s. 927, 932; Kostakoğlu (İnşaat), s. 76-78. Anılan görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. Erman (İnşaat), s. 22-23; Kırmızı, s. 638-639; Kılıçoğlu, s. 143; Turut, s. 45.

⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 141.

⁴⁷ Yarg. 15. HD, T. 30.10.1990, 990/3418-4382 [Kostakoğlu (İnşaat), s. 76]: “...Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz devrini de içerdiğinden, M. K. 634, B.K. 213 ve Tapu K. 26 ile Noterlik Kanunu'nun 60. mad. hükümleri uyarınca resmi şekilde yapılmalıdır. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, hakim görevi nedeniyle bu hususu re'sen gözönünde bulundurmamak zorundadır...”; Yarg. 15. HD, T. 12.19.2011, E. 2010/4469 K. 2011/5875 (UYAP, E.T. 19.07.2019): “...Şekille ilgili kural emredici nitelikte olduğundan şekil noksanlığı sebebiyle sözleşmenin geçerli olup bu yönde savunulmada bulunulmasa dahi hakimin görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler yasada öngörülen şekilde yapılmadığından başlangıçtan itibaren geçersizdir...”

⁴⁸ Erman (İnşaat), s. 24; Kırmızı, s. 640; Kostakoğlu (Şekil), s. 929; Kostakoğlu (İnşaat), s. 71; Karahasan (C. 1), s. 649; Kaya, s. 39; YHGK, T. 1.0.1992, E. 992/15-129 K. 237 [KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul 1997 [Karahasan (C. 2)], s. 1624-1625]: “Her iki tarafın sözleşmede öngörülen edimlerini yerine getirdikten sonra, şekil şartına riayet

hareket etmek zorundadır. Bunun gibi taraflardan sadece biri şekle aykırı yapılmış kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle öngörülmüş olan edimini yerine getirmişse, diğer tarafın bu sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürerek karşı edimini yerine getirmekten kaçınması hali de TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edebilecektir⁴⁹. Örneğin, arsası üzerinde yüklenici tarafından yapılan inşaatın bitmesi veya büyük bir bölümünün yapılması aşamasına kadar ses çıkarmayarak bekleyen arsa sahibi ifa sırası kendisine geldiğinde, sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁵⁰. Aynı şekilde, geçersiz sözleşmeye göre arsa sahibi borçlandığı arsa paylarının mülkiyetini tapuda yükleniciye intikal ettirmişse, yüklenicinin karşı edimi olan inşaatı yapma taahhüdünü yerine getirmemesi ve sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kuralıyla bağdaşmaz⁵¹. Bu nedenle her iki halde de geçersiz sözleşme taraflar için bağlayıcı olacaktır⁵². Bundan başka, şekle aykırı düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre tarafların karşılıklı ve kısmen edimini ifa ettiği durumlarda da sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi iyi niyet kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilecektir⁵³. Örneğin, sözleşmede yükleniciye devredileceği kabul edilen arsa payından bir kısmının arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmesi, yüklenicinin de inşaatın yapımına başlamış olması halinde taraflar edimlerini kısmen ifa etmiş durumdadır. Bu durumda taraflardan birinin sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın

edilmediğine dayanarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi Medeni Kanun'un 2. maddesinde yazılı iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. O ana değin susan ve hatta kendi edimini de dava konusu dışında yerine getiren taraf artık şekil noksanlığına dayanamaz. Bu yolda, uygulamaya dair Yargıtay İctihatlari kararlılık kazanmıştır..."

⁴⁹ Erman (İnşaat), s. 25; Kırmızı, s. 641; Kostakoğlu (İnşaat), s. 71, 73; Kaya, s. 40-41.

⁵⁰ Erman (İnşaat), s. 25-26; Kırmızı, s. 641; Kostakoğlu (Şekil), s. 929; Kostakoğlu (İnşaat), s. 71.

⁵¹ Erman (İnşaat), s. 25; Kırmızı, s. 641; Kostakoğlu (Şekil), s. 930; Kostakoğlu (İnşaat), s. 73-74; Ertaş, s. 86; Yargıtay 15. HD, T. 01.04.1991, 990/4445-991/1613 (Kostakoğlu (İnşaat), s. 73-74): *"...resmi şekilde düzenlenmediği nedeniyle geçersiz bulunan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenicisi davalıya güvenerek paylarının tümünü tapuda intikal ettiren davacı arsa sahibinin artık sözleşmenin geçersizliğinden söz etmesi mümkün değildir..."*

⁵² Yarg. 15. HD, T. 25.02.2013, E. 2012/6472 K. 2013/1283 (UYAP, E.T. 19.07.2019): *"... Zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmamış olsa dahi tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etmiş olmaları; yüklenicinin inşaatı kullanılabilir derecede tamamlamış olması ya da çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi inşaatın devamı sırasında karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına onay vermiş yahut yükleniciye taşınmaz ya da taşınmaz payının temlik edilmiş olmaları durumunda TMK'nın 2. maddesi hükmü gereğince ve objektif iyiniyet kuralı uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafları bağlayıcı olur..."*

⁵³ Erman (İnşaat), s. 29; Kostakoğlu (Şekil), s. 931; Kostakoğlu (İnşaat), s. 74; Kaya, s. 41-42.

kötüye kullanılması sayılabilecektir⁵⁴. Ancak burada belirtmek gerekir ki, şekle aykırılığın ne zaman iyi niyet kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal edeceği ile ilgili kesin kurallar koymak mümkün olmayıp, her somut olayın özelliği dikkate alınarak bu husustaki belirleme hâkim tarafından yapılacaktır.



⁵⁴ Kostakoğlu (Şekil), s. 931; Kostakoğlu (İnşaat), s. 74; Yarg. 15. HD, T. 30.04.1984, E. 679/K. 1109 (Kaya, s. 42-43): “Taşınmaz mal geçirimini taahhüt eden ve bu taahhüdün resmi şekilde yapılmasını öngören yasanın korunması altındaki davacının yükümlendiği tapudaki pay geçirimini kısmen ifa edip, akdın geçerliliğine ilişkin kabulü karşısında, ediminin %50’yi aşan kısmını ifa eden yüklenicinin, duruşmada savunmasını tevsî ederek sözleşme ile bağılı olmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Dairemizin yerleşmiş kazai içtihatları ile ilmi içtihatları da bu yoldadır.”

İKİNCİ BÖLÜM

AYIP KAVRAMI, AYIP ÇEŞİTLERİ VE AYIP SAYILMAYAN HALLER

I. Ayıp Kavramı ve Ayıp Çeşitleri

A. Ayıp Kavramı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapıdaki ayıp, sözleşme ile kararlaştırılan niteliklerin veya sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken lüzumlu niteliklerin, teslim edilen bağımsız bölüm ve ortak yerlerde bulunmaması hali olarak tanımlanabilir⁵⁵. Buna göre ayıp kavramının tespit edilebilmesi için öncelikle sözleşmede tarafların üzerinde anlaştıkları niteliklerin, başka bir deyişle, sözleşme yapılırken yüklenicinin taahhüt ettiği niteliklerin esas

⁵⁵Erman (İnşaat), s. 121; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 994; Gümüş, s. 49; Tandoğan (Özel), s. 161; Şenocak, s. 93; ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016 [Öz (İnşaat)], s. 192; ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 [Öz (Dönme)], s. 92; TURANBOY, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 151-189, s. 157-158; BURCUOĞLU, Haluk, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tefekkürden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, S. 283-332, s. 284-285; ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s. 101; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, 523; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 101; EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 59-86 [Eren (Müteahhidin Borçları)], s. 78-79; ŞAHİN, Turan, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tefekkür Borcu”, SDÜHFD, C. 1, S. 2, 2011, s. 135-157, s. 138; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009 [Gökyayla (Ek İş)], s. 203; CELAL, Nasır, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 108; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Üçüncü Baskı, Ankara 2017, s. 774; YALÇINDURAN, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 110; KARADAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016, s. 216; Karahasan (C. 1), s. 259; Kırmızı, s. 693-694; AKKANAT, Halil, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 63-76 [Akkanat (Fazla İnşaat)], s. 71; KOCAAGA, Köksal, “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, DEÜHFD, C. 6, 1. 2, 2004, s. 177-201 [Kocağa (Özen)], s.181; SÜTÇÜ, Nezh, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 1, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 698; Usta (Cezai Şart), s. 67; Aral/Ayrancı, s. 400; Gür, s. 136; Yarg. 23. HD, T. 08.05.2019, E. 2016/5204, K. 2019/1779 (UYAP, E.T. 27.07.2019): “Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır.”

alınması gerekir. Ancak sözleşmede yapıda bulunması gereken niteliklerle ilgili bir hüküm yoksa bu halde ikinci olarak dürüstlük kurallarının ve ticari doğruluğun gereği olarak yapının lüzumlu nitelikleri taşıyıp taşımadığına bakılması gerekir⁵⁶. Burada bahsi geçen lüzumlu niteliklerden anlaşılması gereken ise, bir yapıda sözleşmedeki kullanım amacına göre normal olarak bulunması gereken özelliklerdir.

Yapıdaki ayıp, her somut sözleşme ilişkisinin içeriğine göre belirleneceğinden nispi bir kavramdır; zira teslim edilen yapının fiilen taşıdığı nitelikler ile sözleşmede aranan nitelikler arasında karşılaştırma yapıldığında ortaya eksiklik çıkıyorsa, yapı ayıplı olarak nitelendirilecektir⁵⁷. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz satım sözleşmesi ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşmedir. Bu bakımdan, yapıdaki ayıp kavramının tespiti için de, satımdaki ayıba karşı tefekkül hükümlerinden yararlanılmakla birlikte, aynı zamanda eser sözleşmesinin özellikleri göz önünde tutulur⁵⁸. Bu bağlamda, yapıdaki ayıbın belirlenmesinde, satım sözleşmesinde olduğu gibi, aynı türden bir yapının ortalama nitelikleri ile karşılaştırma yapmak tek başına yeterli olmayacaktır⁵⁹. Nitekim eser sözleşmesinde satım sözleşmesinden farklı olarak eser, ilk defa taraflar arasındaki sözleşmeye mahsus olarak meydana getirilmektedir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıbın varlığının tespiti için, yapının fiili durumu ile sözleşmeye göre olması gereken durumu arasında karşılaştırma yapılmalı, bu karşılaştırmaya göre meydana getirilen yapının sahip olması gereken nitelikleri taşımadığı sonucuna varılabiliyorsa, yapı ayıplı sayılmalıdır⁶⁰.

1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Yüklenici inşaatı sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklere uygun şekilde yapmalıdır. Bu niteliklerden herhangi birinin meydana getirilen yapıda bulunmaması,

⁵⁶Öz (İnşaat), s. 192; Öz (Dönme), s. 92; Turanboy, s. 159; Burcuoğlu, s. 285; GÜNEL, Mustafa Cahit, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 411-433, s. 412.

⁵⁷Tandoğan (Özel), s. 162; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 995; Büyükay, s. 102; Celal, s. 109; UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tefekkül Borcu, Ankara 2003, s. 125; KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 [Kocaağa (İnşaat)], s. 140.

⁵⁸ Tandoğan (Özel), s. 161.

⁵⁹ Tunçomağ ve Turanboy’a göre; eser, aynı çeşitteki eşyanın sahip olması gereken niteliklerden farklı nitelik taşıyorsa ayıplı kabul edilecektir. Bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 1015, Turanboy, s. 158.

⁶⁰ Şenocak, s. 93.

yapıyı ayıplı kılar⁶¹. Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşme, yapının genel nitelikleri ya da özel nitelikleri hakkında olabilir. Genel nitelikler somut eseri belirlemeye yarayan imal tarzı, renk, şekil, ölçü gibi nitelikleri ifade etmekte olup⁶², arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin istenilen metrekare ölçüsünde olmaması, dış cephenin istenilenden farklı renkte boyanması, mutfakta mermer fayans kullanılması kararlaştırılmış olmasına rağmen seramik fayans kullanılması gibi haller bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁶³. Özel nitelikler ise, kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, asansörün taşıma kapasitesi gibi, genel olarak belirlenmiş eseri daha yakından tanımlayan niteliklerdir⁶⁴. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapılacak yapının bu nitelikleri, sözleşme ve eklerinde kararlaştırılır. Sözleşme ekleri de çoğu zaman plan, proje ve teknik şartnamelerdir⁶⁵.

Nitelikler konusundaki anlaşma kat karşılığı inşaat sözleşmesi içeriğinin bir parçasını oluşturmakta ve bu anlaşmada yüklenicinin beyanı ön plana çıkmaktadır⁶⁶. Belirtmek gerekir ki yüklenicinin niteliklere yönelik vaatlerinin hukuki niteliği için, eski BK'da satıcının sorumluluğunu doğuran ayıplarla ilgili olarak satıcının “zikir ve vadettiği” niteliklerin (bildirilen niteliklerin) hukuki niteliği hakkındaki görüşlere başvurulup başvurulmayacağı tartışmasının artık bir önemi kalmamıştır. Zira eski BK m. 194/1'de belirtilen “müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütefekkil olduğu gibi...” şeklindeki ibare, yeni TBK m. 219/1'de “Satıcının, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi...” şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle eski kanundaki satım sözleşmesi hükmüne kıyasen, yapıda yüklenicinin vadettiği bir niteliğin bulunmaması durumunda, ancak yüklenici ile iş sahibinin bu hususta karşılıklı bir

⁶¹ Erman (İnşaat), s. 122.

⁶² Tandoğan (Özel), s. 162; Şenocak, s. 94; Şahiniz, s. 102.

⁶³ Şenocak, s. 94; Şahiniz, s. 102.

⁶⁴ Tandoğan (Özel), s. 162; Şenocak, s. 94-95; Yalçınduran, s. 111; Şahiniz, s. 102; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 116; Uygur (Borçlar) s. 2165.

⁶⁵ Tandoğan (Özel), s. 162; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 136. Bu belgelere uygun olarak yapılmayan yapıda ayıp söz konusu olur. Örneğin teknik şartnamede birinci sınıf malzeme ve işçilik kullanılacağına dair anlaşma olduğu halde buna uyulmaması ayıp kapsamına girer. Bkz. Seliçi, s. 136-137. Yarg. 23. HD, T. 30.1.2014, E. 2013/6651, K. 2014/598 (UYAP, E.T. 29.07.2019): “Taraflar arasında yapılan sözleşmenin “özel şartlar” başlıklı kısmında kartonpiyerin yüklenici tarafından yapılacağına dair bir hüküm yoktur. Dairelerin ne şekilde teslim edileceği sözleşmede belirlendiğinden sözleşmede yer almayan bu imalat kaleminden sorumlu tutulması doğru olmamıştır.”

⁶⁶ Tandoğan (Özel), s. 162; Erman(İnşaat), s. 123.

anlaşması varsa yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabileceğini savunanlar var iken, yeni kanun ile bu yöndeki tartışma son bulmuştur⁶⁷. Nitekim yeni kanundaki ifadeye göre satıcının tek taraflı beyanı ile ayıba karşı tefekkül sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir⁶⁸. Yüklenici de, nitelik beyan ederken ayrıca bu konuda sorumluluk yüklendiğine ilişkin bir beyanda bulunsun veya bulunmasın ya da bu beyanı arsa sahibinin sözleşme yapma kararında etkili olsun veya olmasın, beyan ettiği nitelikler için ayıba karşı tefekkül hükümlerine göre sorumlu olacaktır⁶⁹.

Tarafların sözleşmede üzerinde anlaşıldığı bir niteliğin eksikliği söz konusu olduğunda; bağımsız bölümler bu eksikliğe rağmen teknik bakımdan tam ve kusursuz olsa bile ayıplı sayılır⁷⁰. Buna göre, bağımsız bölümlerin eksik olan niteliğe rağmen, üzerinde anlaşılan yapı ile aynı derecede kullanılabilir olması veya değer taşıması onun ayıplı olmasını ortadan kaldırmaz⁷¹. Çünkü bu halde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olmayan bir yapı oluşturulmuştur. Hatta bu halde, yapı sözleşmede öngörülenden objektif olarak daha değerli veya daha kullanışlı hale gelse dahi, yine de ayıbın varlığı kabul edilmektedir⁷². Ancak bu son durumda, arsa sahibinin ayıba karşı tefekkül hükümlerinden doğan haklarını kullanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir⁷³. Bununla birlikte sözleşmede bağımsız bölümlerin taşıyacağı asgari niteliklerin belirtildiği durumlarda, belirlenen bu asgari sınırın üzerinde olan bağımsız bölümler ayıplı sayılmaz⁷⁴. Ancak örneğin, yüklenici yalnızca kendisine kalacak bağımsız bölümleri büyütmüş ve daha değerli hale getirmişse, bu durum sözleşmedeki arsa payı dağılımına ilişkin oranı da bozacağından yine ayıplı ifa söz konusu olacaktır; şayet her iki tarafın bağımsız

⁶⁷ÖZ, Turgut, “Yeni Borçlar Kanunda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tefekkül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 854-874 [Öz (Değişiklikler)], s. 855.

⁶⁸ Öz (Değişiklikler), s. 856.

⁶⁹ Tandoğan (Özel), s. 163; Erman (İnşaat), s. 123, Uçar, s. 127.

⁷⁰ Tandoğan (Özel), s. 163; Burcuoğlu, s. 285; Şenocak, s. 95; Erman(İnşaat), s. 122; Uçar, s. 127; Kaplan, s. 117; Turut, s. 109; Günel, s. 412; Kostakoğlu (İnşaat), s. 375; Celal, s. 110.

⁷¹ Tandoğan (Özel), s. 163; Burcuoğlu, s. 285; Şenocak, s. 95; Erman (İnşaat), s. 122; Turut, s. 109; Şahiniz, s. 103; Turanboy, s. 158; Kartal, s. 80; SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016 [Seçer (Eser)], s. 226.

⁷² Tandoğan (Özel), s. 163-164; Şenocak, s. 95-96; Erman (İnşaat), s. 122; Kartal, s. 80; Şahiniz, s. 103.

⁷³ Tandoğan (Özel), s. 164; Şenocak, s. 96; Erman (İnşaat), s. 122; Şahiniz, s. 103.

⁷⁴Seliçi, s. 139; Tandoğan (Özel), s. 164; Turut, s. 109-110; Erman(İnşaat), s. 123; Kartal, s. 80.

bölgümleri de eşit ölçüde arttırılmış ve bu büyüme oturma izni almaya da engel olmuyorsa artık ayıplı ifa bulunmadığı kabul edilmelidir⁷⁵.

Yüklenici, yapının nitelikleriyle ilgisi olmayan, örneğın yapının belli bir kazanç veya kira sağlaması gibi başka bazı etkenlere tabi olan sonuçlarını taahhüt ederse, bunların gerçekleşmemesinden dolayı ayıba karşı tefekkül hükümleri uygulanmaz; bunlar garanti sözleşmesi niteliğı taşıır⁷⁶. Nitekim bu halde teslimden sonra gerçekleşmesi mümkün olan sonuçların vadedilmesi, yüklenicinin yapıyı sözleşmeye uygun niteliklere göre inşa etme borcunu aşır⁷⁷. Burada bir çeşit garanti sözleşmesi niteliğı söz konusu olduğundan, arsa sahibinin taahhüt edilen bu gibi sonuçların gerçekleşmemesi nedeniyle genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunması daha uygun olur⁷⁸.

2. Gerekli Niteliklerin Eksikliğı

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek ayıp bakımından diğeri bir durum ise, sözleşmede kararlaştırılmış olmamasına rağmen, dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğın bir gereğı olarak yapıda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması durumudur⁷⁹.

Eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 475'te normal niteliklerin ne olduğı belirtilmediğinden, bu hususta satım sözleşmesiyle ilgili TBK m. 219'a başvurulmaktadır⁸⁰. Buna göre, imal edilecek yapı, kullanılmaya elverişli olacak şekilde gerekli nitelikleri taşımali ve arsa sahibinin sözleşmeden beklediğı menfaati karşılayabilmelidir⁸¹.

⁷⁵ Öz (İnşaat), s. 194.

⁷⁶ Tandoğın (Özel), s. 163; Seliçi, s. 139; Erman (İnşaat), s. 123; Büyükay, s. 102-103; Öz (Dönme), s. 93; Günel, s. 412-413; Kırmızı, s. 694; Usta (Cezai Şart), s. 69-70. Bu halde ayıp hükümlerine başvurulması gerektiğı görüşünde bkz. Klauser, s. 27 (Seliçi, s. 139'dan naklen).

⁷⁷ Seliçi, s. 139.

⁷⁸ Tandoğın (Özel), s. 163; Erman (İnşaat), s. 123; Kırmızı, s. 694. Tandoğın, yüklenicinin oturma izni almayı üstlenmesi durumunda da, yüklenicinin hukuki bazı başarılı sonuçları vadetmesi dolayısıyla burada bir garanti taahhüdü olduğı görüşündedir. Bkz. Tandoğın (Özel), s. 163. Oturma izninin alınmasının hukuki niteliğı hakkındaki görüşler ve bu yöndeki değerlendirmelerimiz hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda II. Bölüm, II., A. Eksik İş.

⁷⁹ Uçar, s. 128; Turanboy, s. 159; Erman (İnşaat), s. 124; Seliçi, s. 140; Öz (İnşaat), s. 192.

⁸⁰ Seliçi, s. 140; Uçar, s. 128; Turanboy, s. 159; YENER, Mehmet Deniz, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tefekkül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", EÜHFD, C. 4, S. 1, 2009, s. 155-176, s. 157; Celal, s. 112.

⁸¹ Uçar, s. 128; Turanboy, s. 159; Yener, s. 157; Celal, s. 112.

O halde yüklenicinin sözleşme konusu yapılmamış olmasına rağmen, kullanmaya elverişli ve normal bir eserin değer kalitesini taşıyan bir yapı teslim etmesi gerekir⁸². Eserin normal yapısı ise, onun çeşidine ve kullanılma amacına göre belirlenir⁸³. Bu bakımdan yüklenici, sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli olacak şekilde en azından orta kalitede bir yapı teslim etmelidir⁸⁴.

Sözleşmede niteliklere ilişkin belirlemelerin yapılmadığı bu durumda, yapının arsa sahibince kullanılma amacı önem arz etmektedir. Kullanılma amacının tespiti kural olarak, sözleşmeden, plan ve projeden yapılır⁸⁵. Örneğin sözleşme, plan veya projelerden arsa sahibine teslim edilecek bağımsız bölümün iş yeri olacağı anlaşılıyorsa, kullanım amacı iş yeri olma niteliği dikkate alınarak belirlenmelidir⁸⁶.

Meydana getirilen yapıdaki niteliklerin, kullanılma amacını sağlayıp sağlamadığı ise, dürüstlük kuralına göre yorum yapılması yoluyla tespit edilebilecektir⁸⁷. Yüklenici bu halde, TMK m. 2 gereğince taahhüt ettiği yapının kullanılacağı yeri göz önünde tutarak imalatta bulunmalıdır⁸⁸. Örneğin yüklenicinin soğuk bir bölgede yaptığı inşaatta, sıcak iklimdeki bir bölgede yapılan inşaattaki ısı yalıtımı ile yetinmesi ayıp teşkil edecektir⁸⁹.

Yapının kullanılmaya elverişliliği, -somut sözleşmedeki- kullanım amacına göre belirlenmelidir. Sözleşmede özel bir kullanılma amacı belirlenmişse, yapı bu kullanılma amacına elverişli olmalıdır⁹⁰. Sözleşmede belirlenen kullanım amacına elverişli olmayan yapı, herhangi bir şekilde olağan kullanıma elverişli olsa dahi

⁸² Tandoğan (Özel), s. 164; Erman (İnşaat), s. 124; Gümüş, s. 50; Büyükay, s. 102.

⁸³ Tandoğan (Özel), s. 164; Uçar, s. 129; Büyükay, s. 102.

⁸⁴ Tandoğan (Özel), s. 164; Şenocak, s. 97; Erman (İnşaat), s. 124. Öz, s. 193; Şahiniz, s. 104; Büyükay, s. 102; YAVUZ, Nihat, Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara 2016 [Yavuz (Ayıp)], s. 767; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2480. TBK m. 86'nın kıyasen uygulanması ile yüklenicinin en azından orta kalitede bir yapı teslim etmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 193. Buna göre, taraflar arasında özel bir anlaşma bulunmadığı sürece, yüklenicinin ortalama kalitede bir malzeme kullanması ve ortalama nitelikte iş yapması gerekir. Bkz. Şenocak, s. 97-98. Bununla birlikte kararlaştırılan bedel kalite bakımından yol gösterici olabilmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye olağanın çok üstünde arsa payı verilmesi, yapılacak inşaatta yüksek kalitede malzeme ve işçilik arandığına karine olabilecektir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 192.

⁸⁵ Seliçi, s. 141; Şenocak, s. 99; Celal, s. 113.

⁸⁶ Turanboy, s. 159-160.

⁸⁷ Turanboy, s. 159; Celal, s. 112.

⁸⁸ Tunçomağ, s. 1016; Uçar, s. 128.

⁸⁹ Gümüş, s. 50.

⁹⁰ Tandoğan (Özel), s. 164; ÖKTEM, Seda, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", İBD, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947-1965, s. 1950.

ayıplı bir yapı olarak kabul edilecektir⁹¹. Ancak sözleşme ve eklerinden açık veya zımni olarak özel bir kullanılma amacı kararlaştırıldığı anlaşılıyorsa, bu halde yapının normal olağan olan kullanıma elverişli olması aranır⁹². Örneğin meydana getirilen inşaatın dış cephesinde alışılmış olmayan bir tarzda çatlaklar bulunmamalı, çatısı su geçirmemelidir⁹³.

Yüklenicinin arsa sahibine teslim edeceği bağımsız bölümlerde, objektif olarak dürüstlük kuralı gereğince normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması, bağımsız bölümün değerinin düşmesine yol açabilir ya da arsa sahibinin kullanım amacını engelleyebilir⁹⁴. Her iki halde de, yüklenicinin ayıba karşı tefekkürden doğan sorumluluğuna gidilebilir⁹⁵.

B. Ayıp Çeşitleri

Ayıp çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: Maddi ayıp-hukuki ayıp, açık ayıp-gizli ayıp, önemli ayıp-daha az önemli ayıp, asli ayıp-tali ayıp gibi. Ayıbın türünün belirlenmesi, ayıbın ortaya çıkma zamanı, yapıyı muayene ve ayıbı ihbar süresi gibi tarafların üzerine düşen hak ve borçlar bakımından önem arz etmektedir⁹⁶.

1. Maddi (Fiili) Ayıp-Hukuki Ayıp

Maddi ayıp, eserdeki fiziki bir ayıbı ifade eder; sözleşmede kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı ilkesine göre gerekli fiziksel niteliklerin eserde bulunmaması halinde maddi ayıp ortaya çıkar⁹⁷. Örneğin, yapının pencerelerinin kırık olması, fayanslarının çatlak olması gibi hallerde maddi ayıp söz konusudur.

Hukuki ayıplar ise, kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardan doğar⁹⁸. Çoğu zaman kamu hukukunun binaların kullanılması için güvenlik veya başka açılardan

⁹¹ Seliçi, s. 140, dn. 47.

⁹² Şenocak, s. 98; Seliçi, s. 140.

⁹³ Şenocak, s. 98-99.

⁹⁴ Turanboy, s. 160; Uçar, s. 129.

⁹⁵ Turanboy, s. 160; Uçar, s. 129.

⁹⁶ Turanboy, s. 160.

⁹⁷ Uçar, s. 133; Gümüş, s. 50; Celal, s. 126; Büyükay, s. 103; Gür, s. 149.

⁹⁸ YHGK, T. 04.12.2015, E. 2015/13-348, K. 2015/2791 (UYAP, E.T. 04.08.2019): “Maddi ayıp; bir malda madden hata bulunmasıdır. (Ör: Malın yırtık, lekeli olması gibi). Hukuki ayıp, malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır (Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi).”

koyduğu kurallara uyulmaması halinde hukuki ayıp ortaya çıkar⁹⁹. Örneğin, tamamlanmış inşaatta projeye aykırılık nedeniyle oturma izni alınmaması hukuki ayıptır¹⁰⁰.

2. Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Açık ayıp, teslimle birlikte olağan bir muayene suretiyle görülebilen ayıplardır¹⁰¹. TBK m. 474/1'e göre, arsa sahibi, kendisine bağımsız bölüm teslim edildiğinde, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz bağımsız bölümü gözden geçirmeli ve tespit ettiği açık ayıpları uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmelidir. Bu şekilde süresinde yapılan açık ayıp ihbarı için, yüklenici teslimden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde sorumlu tutulabilecektir.

Gizli ayıp ise, teslim sonrası olağan bir muayene ile görülemeyen, ancak zaman içinde veya kullanımla ortaya çıkabilecek ayıplardır¹⁰². TBK m. 477/1'de gizli ayıplar, eserin kabulünden sonra, usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek ayıplar olarak nitelendirilmiştir. Örneğin, binanın dış cephe mantolama imalatının yapılmaması dolayısıyla arsa sahibine ait bağımsız bölümün duvarlarında

⁹⁹ Burcuoğlu, s. 285-286; Tandoğan (Özel), s. 167; Şenocak, s. 103; Uçar, s. 133; Erman (İnşaat), s. 125; Gümüş, s. 50; Şahiniz, s. 105; Büyükay, s. 103; Celal, s. 126-127; Yalçınduran, s. 113; Şahin, s. 139.

¹⁰⁰ Seliçi, s. 138-139; Akkanat (Fazla İnşaat), s. 71; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 4. Baskı, Ankara 2008, s. 52. Buna karşılık, oturma izni alınabilecek olmasına rağmen (alınmasına bir engel olmadığı halde) bu izin alınmadan yapının teslimi halinde ise eksik iş söz konusu olur. Oturma izninin alınmasının hukuki niteliği hakkındaki görüşler ve bu yöndeki değerlendirmelerimiz hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda II. Bölüm, II., A. Eksik İş.

¹⁰¹ Gümüş, s. 51; Şahiniz, s. 106; Turanboy, s. 161; Erman (İnşaat), s. 125; Seliçi, s. 143; Burcuoğlu, s. 286; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 995; Şenocak, s. 104; Uçar, s. 130; Kartal, s. 81; Büyükay, s. 105; Kocaağa (İnşaat), s. 141; Seçer (Eser), s. 227; Uygur (Borçlar) s. 2165; SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 151. Yarg. 13. HD, T. 24.06.2019, E. 2016/10184, K. 2019/7629 (UYAP, E.T. 04.08.2019): “Somut olaya dönülecek olursa; mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, bilirkişi raporunda gizli ayıp olarak nitelendirilen mesela (duvarların saten yağlı boya yerine su bazlı plastik duvar boyası kullanılması, ve otomat sigorta ve komütatörlerin chint marka olması...vs) ayıpların açık ayıp olduğu... anlaşılmalıdır.”

¹⁰² Turanboy, s. 161; Şahiniz, s. 107; Uçar, s. 130; Şenocak, s. 104; Kartal, s. 81; Büyükay, s. 105; Seliçi, s. 143; Gümüş, s. 51; Kocaağa (İnşaat), s. 141; Seçer (Eser), s. 227; Uygur (Borçlar), s. 2165; COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Birinci Baskı, Ankara 2017, s. 576-577; Yarg. 23. HD, T. 28.05.2018, E. 2016/9601, K. 2018/3361 (UYAP, E.T. 04.08.2019): “...Ayıplar yapının tesliminden sonra, meydana gelen deprem nedeniyle oluşan hasarların incelenmesi sırasında anlaşılabilmiştir. Bu nedendir ki, gizli ayıp niteliğinde olduklarının kabulünde zorunluluk vardır. (BK 362. Madde) Gerçektende gizli ayıp, kısa bir tanımlama yapmak gerekirse; eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülemeyen, muayene ile hemen anlaşılmayan, sonradan kullanılmakla veya somut uyuşmazlıkta görüldüğü gibi deprem ve benzeri bir olay vesilesi ile ortaya çıkan bir ayıptır...”

sızan akıntılar olması, teras yalıtım hatasından dolayı oda tavanına çatıdan akıntı gelmesi sonucu tavanlarda siyahlaşma meydana gelmesi gibi¹⁰³. Gizli ayıp ortaya çıktığında, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir; gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde bu ayıptan yüklenici sorumlu tutulabilecektir¹⁰⁴.

Açık ayıp-gizli ayıp ayrımının önemi, arsa sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünde kendini göstermektedir. Zira açık ayıplar, yapının tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz yapılan muayene sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıplar ise ortaya çıkar çıkmaz, gecikmesizin yükleniciye bildirilmelidir¹⁰⁵. Aksi halde, ayıp bildirimünün süresinde yapılmaması nedeniyle arsa sahibi eseri zımnen kabul etmiş sayılacak ve dolayısıyla ayıba karşı tefekkür hükümlerine başvuramayacaktır¹⁰⁶.

3. Önemli Ayıp-Daha Az Önemli Ayıp

Önemli ayıp, yapının, arsa sahibi için kullanılmayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olmasını ifade eder¹⁰⁷. Buna karşılık,

¹⁰³ Yarg. 15. HD, T. 05.11.2018, E. 2018/3822, K. 2018/4269 (UYAP, E.T. 04.08.2019): “...davacı arsa sahibine bırakılan 3 adet dükkanın zeminlerinden gelen suların sızması sonucu ayıplı imal edildiği, ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu...anlaşılmaktadır.”

¹⁰⁴ Seliçi, s. 143; Şenocak, s. 104; Uçar, s. 130.

¹⁰⁵ Uçar, s. 130; Şahiniz, s. 107; Celal, s. 124; Yarg. 23. HD, T. 08.05.2019, E. 2016/5204, K. 2019/1779 (UYAP, E.T. 27.07.2019): “...Eğer meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK. m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. (BK. m. 362/III). Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır...”

¹⁰⁶ Uçar, s. 130; Büyükay, s. 105; Şahiniz, 107-108; Yavuz (Ayıp), s. 768; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2481; Celal, s. 124; YHGK, T. 04.12.2015, E. 2015/13-348, K. 2015/2791 (UYAP, E.T. 04.08.2019); YHGK, T. 04.12.2015, E. 2015/13-1581, K. 2015/2792 (UYAP, E.T. 04.08.2019): “Davacının dava dilekçesinde tanımladığı bu durumun satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıp olduğu, davalıların bu ayıbı gizlemek için de herhangi bir hileye başvurmadıkları, davacının bu ayıplardan bağımsız bölümü satın aldığı tarihte kolayca bilgi sahibi olabileceği kuşkusuzdur....Eldeki davada, davacının ileri sürdüğü hususlar “eksik ifa” değil, “açık ayıp” niteliğindedir. Yasal süresi içerisinde bu açık ayıplar, davalılara bildirilmediğine göre, davanın süresinde açılmadığı anlaşılmaktadır.”

¹⁰⁷ Tandoğan (Özel), s. 167; Seliçi, s. 143; Uçar, s. 130-131; Burcuoğlu, s. 286; Turanboy, s. 162; Şenocak, s. 104; Gümüş, s. 51; Erman (İnşaat), s. 126; Büyükay, s. 106; Kocağa (İnşaat), s. 141; Şahiniz, s. 108; Yener, s. 158; Şahin, s. 140; Celal, s. 125; Yalçınduran, s. 114; Kaya, s. 57; Gür, s. 147-148.

yapıyı kullanılmaz hale getirmeyen ve mevcut ayıba rağmen arsa sahibince yapının kabul edilebilecek durumda olduğu hallerde daha az önemli ayıp söz konusudur¹⁰⁸.

Önemli ayıp ve daha az önemli ayıp ayrımı, ayıba karşı tefekkür hükümleri bakımından arsa sahibinin hangi seçimlik haklardan yararlanabileceğini belirlemesi dolayısıyla önem taşır. Arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını ancak ayıbın önemli olması halinde kullanabilecektir¹⁰⁹. Zira, TBK m. 475/1'e göre, "*Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı...*" ise arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Daha az önemli ayıplarda ise, arsa sahibi, bedelden indirim isteme veya ayıbın giderilmesini isteme seçimlik haklarına sahip olup, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır¹¹⁰.

4. Asli Ayıp-İkincil (Tali) Ayıp

Eserin teslim edildiği sırada mevcut olan ayıplar asli ayıp; teslim sırasında var olan bu asli ayıbın, teslimden daha sonra yol açtığı ayıplar ise ikincil ayıp olarak nitelendirilir¹¹¹.

Arsa sahibi, asli ayıplar için de ikincil ayıplar için de yüklenici hakkında ayıba karşı tefekkür hükümlerine başvurabilecektir¹¹². Ancak, teslimden sonra oluşan ayıbın, ikincil ayıp kapsamında değerlendirilmesi için, daha önceki ayıpla bağlantılı olması gerekir¹¹³. Örneğin, teslim sırasında var olan eksik beton nedeniyle arsa sahibinin bağımsız bölümünün duvarında teslimden sonra oluşan çatlaklar gibi¹¹⁴. Bu bakımdan ikincil ayıpların, gizli ayıbın bir türünü oluşturduğu söylenebilir¹¹⁵. Buna karşılık, yapının teslimden sonra bozulması ve bazı niteliklerini kaybetmesi, teslim

¹⁰⁸ Uçar, s. 131; Gümüş, s. 51; Erman (İnşaat), s. 126; Büyükay, s. 106; Şahiniz, s. 108; Celal, s. 125.

¹⁰⁹ Seliçi, s. 143-144; Uçar, s. 131; Burcuoğlu, s. 286; Turanboy, s. 162; Şenocak, s. 104-105; Gümüş, s. 51; Büyükay, s. 106; Kocaağa (İnşaat), s. 142; Şahiniz, s. 108; Yener, s. 158; Celal, s. 125.

¹¹⁰ Seliçi, s. 144; Uçar, s. 131; Burcuoğlu, s. 286; Turanboy, s. 162; Şenocak, s. 104-105; Gümüş, s. 51; Büyükay, s. 106; Şahiniz, s. 108; Yener, s. 158; Celal, s. 126.

¹¹¹ Burcuoğlu, s. 286; Uçar, s. 134; Tandoğan (Özel), s. 167; Büyükay, s. 106; Gümüş, s. 52; Şahiniz, s. 108; Erman (İnşaat), s. 126; Celal, s. 127; Yalçınduran, s. 114; Gür, s. 150.

¹¹² Şenocak, s. 107; Gümüş, s. 52; Büyükay, s. 106; Erman (İnşaat), s. 126; Şahiniz, s. 108.

¹¹³ Uçar, s. 134; Büyükay, s. 106.

¹¹⁴ Burcuoğlu, s. 286; Tandoğan (Özel), s. 167; Şenocak, s. 107.

¹¹⁵ Gümüş, s. 52.

esnasında var olan önceki bir ayıpla bağlantılı değil de, zamanla kullanım gibi etkenlerden kaynaklanıyorsa bu ayıptan yüklenici sorumlu tutulamayacaktır¹¹⁶.

II. Ayıp Sayılmayan Haller

A. Eksik İş

Yapının eksik olması ile ayıplı olması birbirinden farklı kavramlar olup, bu ayırımın sonucuna göre ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler ya da borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır¹¹⁷. Başka bir deyişle, eksik iş ile ayıplı iş ayırımının yapılabilmesi, farklı hukuki sonuçlar doğurdıkları için önem taşımaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıbı, sözleşme ile kararlaştırılan niteliklerin veya dürüstlük kuralı gereği lüzumlu niteliklerin teslim edilen yapıda bulunmaması hali olarak yukarıda ayrıntılı olarak açıklamıştık¹¹⁸. Eksik iş ise, sözleşme ile kararlaştırılmış olan veya dürüstlük kuralı gereği yapılması gereken işlerin bir kısmının hiç yapılmamış olması halidir¹¹⁹. Ayıplı işte, yapılan iş sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmiş iken; eksik işte, sözleşme konusu iş hiç yapılmamıştır. Bu nedenle yüklenicinin teslim borcunun konusunu kural olarak tamamlanmış eserler oluştursa da¹²⁰, yüklenicinin borçlandığı işlerin bir kısmını yapmadığı halde eksikliklere rağmen teslimin gerçekleştiği durumlarda ayıptan değil, eksik ifadan bahsedilecektir¹²¹.

¹¹⁶ Uçar, s. 134; Büyükay, s. 106; Şahiniz, s. 108; Erman (İnşaat), s. 126.

¹¹⁷ Gümüş, s. 29; Şahiniz, s. 69; Büyükay, s. 110.

¹¹⁸ Bkz. yukarıda II. Bölüm, I., A. Ayıp Kavramı.

¹¹⁹ Erman (İnşaat), s. 199; Şahiniz, s. 39; Ayan, s. 61; Gökyayla (Ek İş), s. 138; Gür, s. 82; Yarg. 15. HD, T. 30.09.2019, E. 2019/2005, K. 2019/37000 (UYAP, E.T. 18.10.2019): "Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması gerektiği halde yapılmayan (noksan bırakılan) işleri ifade eder."; YHGK, T. 04.12.2015, E. 2015/13-1581, K. 2015/2792 (UYAP, E.T. 04.08.2019): "Ayıp kavramı ile 'eksik iş' kavramları birbirinden farklıdır. Ayıp; yasa yada sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği yada olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır; başka bir deyişle, hiç yapılmayan iş eksik iştir. Eksik işin tanımı kanunlarımızda yapılmamıştır."

¹²⁰ Bkz. aşağıda III. Bölüm, I., A. Yapının Teslim Edilmiş Olması.

¹²¹ Ayan, s. 75-76. Yargıtay da bu görüştedir: YHGK, T. 27.09.2000, 15-1134/1191 (Ayan, s. 75, dn. 258): "Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasfı noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddenin kapsamı dışında bırakılmış, BK. md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut

Eksik iş halinde de ayıplı iş halinde de eksiklik söz konusudur. Bu hususta eksik iş ile ayıplı işi birbirinden ayırmak için doktrinin genelde kabul ettiği ölçüt eksikliğin nasıl giderileceğine göre şekillenmiştir; eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara zarar vermeden mümkünse eksik işten, ancak eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi gerektiriyorsa ayıptan bahsetmek gerekir¹²². Örneğin, bir duvarın önce astar boya ile boyanması gerekirken, astar boya yapılmadan normal boya ile boyanması halinde ayıplı iş söz konusu iken; duvarın hiç boyanmamış olması halinde eksik iş söz konusudur¹²³. Bu konuda başka bir örnek, asansörün motorunun takılmamış olması eksik iş olarak nitelendirilirken, motorun içindeki bir parçanın takılmamış olması sebebiyle asansörün çalışmıyor oluşu ayıplı iş olarak nitelendirilmektedir¹²⁴. Yine pencerelerin, kapıların, merdiven korkuluklarının takılmamış olması gibi durumlar eksik işe örnek olarak gösterilebilir¹²⁵.

Eksik iş-ayıplı iş ayrımının uygulamada en önemli farkı; arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetine¹²⁶ ilişkindir. Arsa sahibinin, ayıplı işler nedeniyle

sözleşmenin müspet ihlalden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Hâkimin her şeyden önce bu hükümleri uygulayarak uyuşmazlığı çözümlemesi gerekir...Şimdiye değin açıklamaların ışığında belirtmek gerekir ki; davada uygulanacak yasa maddesi BK. nun 96. maddesidir ve giderimde olumlu zarar ile karşılaşacaktır. Daha somut anlatımla, bu davadaki zarar, sözleşmede kararlaştırılan ölçü ve alanda yapılacak bağımsız bölüm ile eksik işleri kapsayan bağımsız bölümler arasındaki eserin teslim alındığı davalının temerrüde düşürüldüğü tarihteki rayiç değer farkıdır.” Doktrinde bir kısım yazarlar da, yapının eksik yapılmış olması halinde, böyle bir şeyin teslimi gerçekte yapının teslimi sayılmayacağından, yine ayıba karşı tefekkül hükümlerine değil, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulması gerektiğini belirtmekle beraber, henüz tamamlanmamış bir yapıyı, arsa sahibinin kendi arzusu ve isteğiyle, bilerek teslim almış durumunda artık bu husustaki ifa talebinin ayıba karşı tefekkülden doğan haklara dönüştüğünü belirtmektedirler. Bkz. Öz (Dönme), s. 104; Öktem, s. 1949 ve aynı sayfada dn. 8. Şenocak ise, arsa sahibinin kendisine teslim edilen yapıyı ifa olarak kabul etmesi halinde, teslimden sonra sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebileceğinden, ayıplı iş ve eksik iş ayrımı yapılmaması ve arsa sahibinin yapıyı ifa olarak kabul ettiği andan itibaren ayıplı ifadan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Şenocak, s. 90. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, yapıdaki işlerin zamanında tamamlanmaması ve eksik ifa nedeniyle arsa sahibinin yapıyı teslim almaktan kaçınarak yükleniciyi temerrüde düşürmesi halinde zaten henüz yapının teslimi gerçekleşmemiş olacağından ayıptan doğan sorumluluk hükümleri devreye girmeyecek, borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır. (Bu hususta ayrıca bkz. Ayan, s. 56.) Burada yapılan açıklamalar ise çalışma konumuzun kapsamı bakımından yüklenicinin yapıyı tesliminden sonraki sorumluluğuna ilişkindir.

¹²² Ayan, s. 61; Büyükkay, s. 108; Gür, s. 83; Şahiniz, s. 41; Gökyayla (Ek İş), s. 138-139; Kırmızı, s. 729-730; UZUN KAZMACI, Özge, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin ve Özellikle Mimari Projelerde Mimarinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu”, İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Birinci Baskı, Ankara 2015, s. 15-28, s. 24.

¹²³ Ayan, s. 61; Şahiniz, s. 41; Gür, s. 83-84; Uzun Kazmacı, s. 24.

¹²⁴ Ayan, s. 61; Şahiniz, s. 40-41; Gür, s. 84.

¹²⁵ Erman (İnşaat), s. 201.

¹²⁶ Muayene ve ihbar külfetine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda III. Bölüm, I., C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olması

yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi için, yasal süresi içinde muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekmekte iken, eksik işler bakımından böyle bir yükümlülüğü yoktur¹²⁷. Eksik işler nedeniyle, arsa sahibi, genel zamanaşımı içinde, ihbara gerek olmaksızın yükleniciyi sorumlu tutabilecektir¹²⁸. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir¹²⁹. Bu farkın sebebi esasen, eksik iş halinde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerin (TBK m. 112 vd.), ayıplı iş halinde ise ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlerin (TBK m. 474 vd.) uygulanmasından kaynaklanmaktadır¹³⁰.

Buna göre arsa sahibi eksik iş halinde, herhangi bir ihbara gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde, bedel ödemekten kaçınarak sözleşmenin gereği gibi ifasını (eksikliğin giderilmesini) isteyebileceği gibi, TBK m. 113/1 uyarınca masrafi yükleniciye ait olmak üzere yapının kendisi veya başkası tarafından tamamlanmasına izin verilmesini hâkimden isteyebilecek ya da yükleniciyi temerrüde düşürerek TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurulabilecektir¹³¹. Bundan başka doktrinde ayrıca, ayıplı ifadan doğan hakların işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması suretiyle, eksiklik halinde arsa sahibinin yine ihbar külfetini yerine getirmesi

¹²⁷ Erman (İnşaat), s. 199; Dayınlarlı, s. 56; Şahiniz, s. 69-70. Erman, eksik işler yönünden her ne kadar arsa sahibinin muayene ve ihbar külfeti olmasa da, bildirim yapılmamış olması nedeniyle eserin mevcut eksiklikleriyle kabul edildiği anlamına gelmemesi için, eserin teslim alınması sırasında eksiklikler nedeniyle talep hakkının saklı tutulduğuna ilişkin bir kaydın konulmasının yararlı olacağını belirtmektedir. Bkz. Erman (İnşaat), s. 201.

¹²⁸ Şahiniz, s. 69; Ayan, s. 77; Coşkun, s. 560; Gür, s. 91-92.

¹²⁹ Yarg. 15. HD, T. 30.09.2019, E. 2019/2005, K. 2019/37000 (UYAP, E.T. 18.10.2019): “...Eksik işler bedelinin istenebilmesi için teslim sırasında ihtirazi kayıt konulmasına ya da ihtar çekilmesine gerek bulunmamaktadır. Eksik işler yönünden BK'nın 359 ve 362. Maddesindeki hükümler uygulanmaz... Öte yandan ayıplı işlere ilişkin ihbar mükellefiyeti getiren kanun koyucu eksik işler yönünden iş sahibine böyle bir yükümlülük yüklememiştir. Bir başka deyişle, eksik işlerde ihbara gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içerisinde eksik işler bedeli her zaman talep edilebilir.”; Yarg. 15. HD, T. 05.03.2019, E. 2018/5446, K. 2019/952 (UYAP, E.T. 19.10.2019): “...eksik imalat yapıldığı bilirkişi raporu ile saptanmıştır. Kural olarak bozma ilamında da belirtildiği gibi eksik işler bedelinin ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinde talep edilmesi gerekmekte ise de davalı arsa sahibi sözleşmeden doğan haklarını güvence altına alabilmek amacıyla yükleniciye verilecek arsa payı ya da bağımsız bölümleri elde tutmakta haklıdır...” ; Yarg. 15. HD, T. 27.09.1998, E. 1988/92, 1988/3020 (Dayınlarlı, s. 56-57, dn. 49): “...BK.nun 359, 362. Maddelerinde sözü edilen ve bedelinin ödetilmesi için iş sahibinin itirazına bağlı tutulan işler ayıplı (kusurlu) işlerle ilgili olduğu belirtilmiştir. Görülüyor ki, eksik bırakılan işler için iş sahibinin ayrıcağa yükleniciye ihbarda bulunmak yükümlülüğü yoktur. Çünkü noksan işde, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. O halde noksan işi ayıplı işler ile bir arada ifade etmek, yukarıda sözü edilen (ayıplı işler) kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır.”

¹³⁰ Ayan, s. 75-76; Gümüş, s. 29; Şahiniz, s. 69; Kırmızı, s. 729.

¹³¹ Şenocak, s. 88-89; Kocaağa (İnşaat), s. 142.

gerekmeksizin, bedelden indirim yapılmasını talep edebileceği de kabul edilmektedir¹³².

Doktrinde oturma izninin alınmamış olması ve yüz ölçümü eksikliği hallerinde eksik işin mi, yoksa ayıplı işin mi mevcut olduğu hususları tartışmalıdır:

Yüklenicinin oturma izni almayı üstlenmesi durumunda¹³³, bir görüşe göre¹³⁴; oturma izninin alınmaması/alınamaması eksik iş olarak kabul edilmelidir. Zira bu görüşe göre, oturma izni alınmadığı sürece yapı hukuken tamamlanmış sayılmaz¹³⁵.

¹³² Ayan, s. 78; Şahiniz, s. 85; Gür, s. 121. Arsa sahibinin eksik iş halinde, aynen ifa ya da bedelden indirim isteme haklarına sahip olacağına ilişkin görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayan, s. 77-81; Şahiniz, s. 82-94; Gür, s. 118-123.

¹³³ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde oturma izni alma yükümlülüğü genellikle yüklenicidedir. Her ne kadar İmar Kanunu m. 30'a göre bu yükümlülük arsa sahibine ait ise de, uygulamada çoğunlukla sözleşme ile oturma izninin yüklenici tarafından alınması kararlaştırılmaktadır. Bkz. Şahiniz, s. 42-43; Gür, s. 99. Yargıtay da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde anahtar teslim şartı bulunması sebebiyle, sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile, oturma izninin yüklenici tarafından alınması gerektiğini belirtmiştir: Yarg. 14. HD, T. 15.10.2019, E. 2016/9129, K. 2019/6647 (UYAP, E.T. 21.10.2019): *"Yapılan bu genel açıklamalardan sonra, somut olaya gelince; arsa sahipleri ile yükleniciler arasında imzalanan Bakırköy 35. Noterliğinin 23/05/2007 tarihli 9820 yevmiye sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafın edimi anahtar teslim olacak şekilde yapıyı tamamlamasına ilişkindir. Anahtar teslimin yapıya iskan ruhsatı alınmasını da kapsayacağı muhakkaktır."*; Yarg. 15. HD, T. 04.12.2018, E. 2018/3862, K. 2018/4809 (UYAP, E.T. 21.10.2019): *"Anahtar teslimi inşaat yapımı kararlaştırıldığından yapı kullanma izin belgesinin alınması da yüklenicinin yükümlülüğündedir."*

¹³⁴ Büyükay, s. 104; Ayan, s. 71, dn. 236; Sütçü, s. 726; Şahiniz, s. 49; Enli, s. 38.

¹³⁵ Ayan, s. 69-70; Şahiniz, s. 49. Böylece bu görüşe göre, oturma izninin alınmamış olması hukuki anlamda teslimi engel oluşturur. Bununla birlikte, arsa sahibinin bağımsız bölüme taşınması gibi bir davranışıyla teslimi kabul ettiğini ortaya koyması durumunda ise, artık hukuki anlamda teslimin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda arsa sahibi, oturma izninin alınması için gerekli olan masrafların ödenmesini isteyebilecektir; bundan doğan diğer zararlarını isteme hakkını ise ancak yüklenicinin kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde kullanabilecektir. Ancak, bu durumda arsa sahibi oturma izni alınmaması sebebiyle açıkça teslimden kaçındığını belirtir ihtirazi kayıtla kendisine düşen bağımsız bölümleri kullanmaya başlarsa, hukuki anlamda teslimin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ayan, s. 70-71; Şahiniz, s. 49-50. Yargıtayın da oturma izni alınmadığı sürece inşaatın hukuken tamamlanmış sayılmayacağı ve dolayısıyla bu halde hukuken teslimin mümkün olmadığını belirten kararları karşısında bu görüşte olduğu söylenebilir: Yarg. 15. HD, T. 06.12.2007, 6821/7876 (Şahiniz, s. 45-46): *"Mahkemece eserin teslim alındığı ve ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davacılarca istenen açık ayıplı imalat bedelinin reddine karar verilmiştir. Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez. Ayıp ihbarı ancak teslimden sonra yapılabilir. Bu nedenle mahkemece bilirkişilerce saptanan açık ayıplı imalatın bedeline de hükmedilmesi gerekirken ayıp ihbarının yapılmadığından bahisle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür."*; Yarg. 15. HD, T. 28.06.2001, 1424/3548 (Şahiniz, s. 48): *"Taraflar arasındaki 25.7.1994 günlü sözleşmenin 5. maddesinde, teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça, daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılmaz."*; Yarg. 23. HD, T. 24.03.2015, E. 2014/8194, K. 2015/1894. (UYAP, E.T. 30.11.2019): *"...Son olarak mahkemece ayıp ihbarı yapılmadığından bahisle ayıplı işler bedeli hüküm altına alınmamış ise de, sözleşmenin 35. maddesinde ifade edildiği üzere genel iskân alma yükümlülüğü yükleniciye ait olup, bu yükümlülük yerine getirilmeden hukuki anlamda teslimin*

Aksinin kabulü halinde, oturma izni alınmaması açık ayıp sayılacak ve dolayısıyla arsa sahibinin teslim esnasında bunu ileri sürmemesi yükleniciyi sorumluluktan kurtaracaktır¹³⁶. Bu durum ise, oturma iznini almayan yüklenicinin sorumluluğunu, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi ile sınırladığından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır¹³⁷. Benzer bir görüşe göre ise¹³⁸; yüklenicinin oturma izni almayı üstlenmesine rağmen bu izni almaması durumunda yine ayba karşı tefekkür hükümleri uygulanmaz. Zira bu durumda yüklenicinin hukuki bazı başarılı sonuçları

yapıldığından sözedilemez...” . Uygulamada bu hususta çıkan uyuşmalıklarda Yargıtay kararlarıyla, projeye ve ruhsata aykırı imalat yapıp yapılmadığı, projeye aykırılık söz konusuysa bu aykırılığın giderilerek oturma izninin alınmasının mümkün olup olmadığına dair bilirkişi raporu alındıktan sonra, projeye aykırılıkların giderilerek oturma izni verilebilmesi mümkünse bu hususta yükleniciye süre ve yetki verilmesi sonucunda, yapı oturma izni almaya hazır hale getirilirse yüklenicinin kendisine düşen bağımsız bölümlerin arsa payının devrini isteyebileceği; yüklenicinin bu hususta süre ve yetki talep etmemesi halinde ise, yapının oturma izni almaya hazır hale getirilmesi için yapılması gereken masrafları ödemesi halinde kendisine düşen arsa payına ilişkin ücret alacağına hak kazanacağı, aksi takdirde karşı edim olan tapu iptal ve tescili isteyemeyeceği şeklinde çözüme ulaşıldığı görülmektedir: Yarg. 23. HD, T. 18.03.2014, E. 2013/8104, K. 2014/2072 (UYAP, E.T. 29.05.2020): “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince yüklenicinin bedele, başka bir anlatımla sözleşmede kararlaştırılan arsa payı veya bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri ile tasdikli proje ve inşaat ruhsatı ile kamu düzeninden olan imar mevzuatı ve bu doğrultuda çıkartılan Deprem Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak tamamlayıp, arsa sahiplerine teslim etmesi gerekir...İmar mevzuatına uygun imalat, inşaatın iskân alınabilecek duruma getirilerek fiili ve hukuki yönden eksiksiz olarak arsa sahibine teslim edilmesi anlamını taşır ve ancak bu durumda yüklenici, kendisine düşen bağımsız bölümlerin arsa payının devrini isteyebilir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, ücret, devri kararlaştırılan arsa payıdır. (BK. m. 364). İnşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (BK. m. 81). İmar mevzuatına aykırılık var ise bu aykırılıklar giderilmeden teslim olgusunun gerçekleşebileceği kabul edilemez. Dosyada bulunan yazı cevaplarına göre, 22.05.2007 tarihinde inşaat ruhsatının alındığı, ancak binaya ait yapı kullanma izin belgesinin olmadığı anlaşılmaktadır...Mahkemece, Belediye Başkanlığı'ndan binanın iskân almaya hazır hale getirilebilmesi için inşai ve mimari yönden yapılması gereken işlemler ile projeye aykırılıkların tadilat projesiyle giderilip giderilemeyeceği, giderilmesi mümkün ise iskân ruhsatı verilir verilemeyeceği, verilebilecek ise, ruhsata aykırılığın giderilmesi için yapılması gereken işlemler ile bunun giderim bedellerinin sorulması, keşif yapılarak ve bilirkişi kurulundan rapor alınarak bu hususların denetlenmesi, yükleniciye binayı iskâna hazır hale getirmek üzere talep ederse uygun süre ve yetki verilerek sonucunun beklenmesi, projeye aykırılıkların giderildiğinin bildirilmesi halinde uzman bilirkişilerle mahallinde keşif yapılarak projeye aykırılıkların giderilip giderilmediğinin mahkemece denetlenmesi, eksikliklerin giderildiğinin tespiti ve binanın iskân ruhsatı almaya hazır hale getirilmesi halinde yüklenicinin tescile hak kazandığının kabulü gerekir. Yüklenici süre ve yetki talep etmediğinde ise, kendisine düşen daire ve dükkanların iskân harç ve masrafları ile sözleşme ile üstlendiği iskân almaya hazır hale getirilmesi için yapılması gereken genel masrafların dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 81. maddesindeki birlikte ifa kuralı uyarınca depo edilmesi için yükleniciye süre verilmesi, depo etmesi halinde, yüklenicinin edimini ifa etmiş sayılacağı ve tapu iptali ve tescil isteyebileceği gözetilerek, depo edilen anılan bedelin karar kesinleştiğinde asıl davanın davalısı Abdullah Sezgin'e ödenmesi koşulu ile tapu iptali ve tescile karar verilmesi, depo etmemesi halinde, davacı tarafından sözleşmeye uygun iskânı almaya hazır şekilde bina teslim edilmediğinden, edimini ifa etmeyen yüklenici davacının karşı edim olan tapu iptali ve tescil isteyemeyeceği kabul edilerek istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı gerekçe ile eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

¹³⁶ Ayan, s. 71, dn. 236; Şahiniz, s. 49.

¹³⁷ Ayan, s. 71, dn. 236; Şahiniz, s. 49.

¹³⁸ Tandoğan (Özel), s. 163.

vadetmesi dolayısıyla burada bir garanti taahhüdü söz konusu olup, bunun gerçekleşmemesi halinde arsa sahibi yükleniciden kusura dayanmayan bir tazminat talebinde bulunabilecektir. Diğer bir görüşe göre ise¹³⁹; yüklenici oturma izni almadan bağımsız bölümleri teslim etmiş ve fakat sonradan da oturma izni alınmıyorsa, ayıba karşı tefekkür hükümleri uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, oturma izni alınması hukuki bir nitelik olarak kabul edilmektedir. Zira oturma izninin alınmaması, bağımsız bölümlerin teslimi sırasında bazı nitelikleri taşımadığı anlamına geldiğinden ayıplı bir yapı söz konusudur¹⁴⁰. Biz de bu görüşe katılmakla beraber, burada konunun oturma izni alınmaması-alınmaması şeklinde bir ayırım yapılarak açıklanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz¹⁴¹. Şöyle ki, yüklenici oturma izni almayı üstlendiği halde projeye aykırılık gibi sebeplerle oturma izni alınmıyorsa, bu durum yapının sözleşmeye aykırı şekilde maddi bir ayıp içerdiğini gösterdiğinden, yüklenicinin ayıba karşı tefekkür hükümlerine göre sorumluluğuna gidilmelidir. Ancak oturma izni alınabilecek olmasına rağmen (alınmasına engel bir hal olmadığı halde), yüklenicinin bu izni almadan yapıyı teslim etmesi halinde ise eksik ifadan bahsedilmelidir. Bu bakımdan yapı tamamlanmış olmasına rağmen, yüklenici oturma izni almadan yapıyı teslim etmişse eksik iş söz konusu olacaktır. Örneğin, yüklenicinin yapıyı tekniğine uygun olarak oturma izni alınmasına engel bir hal oluşturmayacak şekilde tamamlamasına rağmen, inşaatın yapım işlerinden doğan vergi, sigorta primi gibi borçlarını ödememek suretiyle sözleşme ile üstlendiği oturma izni alma yükümlülüğünü yerine getirmeden teslim etmesi halinde durum böyledir.

Eksik iş kavramı hususunda tartışmalı olan bir diğer nokta da, arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin ya da ortak yerlerin sözleşmede kararlaştırılandan yüz ölçümü olarak küçük yapılması halinde, bunun hukuki niteliğine yöneliktir. Yargıtay, yerleşmiş içtihatlarıyla yüz ölçümü eksikliğini eksik iş olarak kabul

¹³⁹ Seliçi, s. 138-139; Akkanat (Fazla İnşaat), s. 71-72; Dayınlarlı, s. 52.

¹⁴⁰ Seliçi, s. 139. Erman da oturma izni verilmesinin eserin yapısındaki niteliklere bağlı olduğunu ifade ederek, yüklenicinin sözleşmede vaat ettiği oturma izninin alınmamış olmasını hukuki ayıp olarak nitelendirmiştir. Bkz. Erman (İnşaat), s. 124, dn. 11. Ayrıca oturma izninin alınmamış olması şeklindeki hukuki ayıbın, yapıdaki maddi bir ayıptan kaynaklanmadığı sürece borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Öz (Dönme), s. 93.

¹⁴¹ Nitekim doktrinde bir kısım yazarların bu hususta herhangi bir ayırma gitmeksizin, oturma izninin alınmamasını hukuki ayıp olarak nitelendirdikleri görülmektedir. Bkz. Gümüş, s. 50; Şenocak, s. 103; Coşkun, s. 563; Kartal, s. 77; Kocaağa (İnşaat), s. 141; Yavuz (Ayıp), s. 769.

etmektedir¹⁴². Yargıtayın bu sonuca ulaşmasının esasen sebebi, yükleniciyi ayıplı işten sorumlu tutabilmenin sıkı koşullara ve kısa zamanaşımı sürelerine bağlanmış olmasıdır¹⁴³. Yargıtayın benimsediği gibi, doktrinde bazı yazarlar¹⁴⁴ da, yüz ölçümü eksikliğini eksik iş olarak nitelendirmektedirler. Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹⁴⁵ ise; yüzölçümü eksikliğinin ayıplı iş kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira benzer bir durum, satım sözleşmesine ilişkin TBK'nın 244. maddesinde mevcut olup, satılan taşınmazın yüz ölçümü olarak sözleşmede yazılı tutardan küçük olması ayıp hükümlerine tabi tutulmuştur¹⁴⁶. Aynı zamanda bu eksikliğin, yukarıda eksik iş ile ayıplı işi ayırt etmek için açıkladığımız kıstasa göre, yapının diğer kısımlarına zarar vermeden giderilemeyeceği dikkate alındığında, yüz ölçümü eksikliğinin ayıplı iş niteliğinde olduğunun kabulü daha yerinde olacaktır¹⁴⁷.

B. Aliud (Başka Bir Şey) Teslimi

Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan yapı yerine tamamen başka bir yapıyı teslim etmesi aliud ifa olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁸. Örneğin, spor salonu yapılması

¹⁴² Yarg. 23. HD, T. 17.04.2018, E. 2016/1343, K. 2018/2843 (UYAP, E.T. 24.10.2019): “Bağımsız bölümlerdeki yüzölçümü eksikliği ayıp olarak değil, eksik iş olarak kabul edilir.”; Yarg. 23. HD, T. 15.11.2017, E. 2015/9799, K. 2017/3239 (UYAP, E.T. 24.10.2019): “Somut olayda davacı arsa sahibi, kendisine kalan bağımsız bölümlerin, yüklenici davalıya kalan bağımsız bölümlere nazaran m² olarak daha küçük yapıldığını iddia etmiş olup, mahkemece, yukarıda açıklandığı üzere, eksik iş niteliğinde olan ve gizli ayıp sayılmayan eksik m² imalâtının gizli ayıp olarak kabulü de doğru olmamıştır.”; Yarg. 15. HD, T. 02.07.2019, E. 2018/4730, K. 2019/3134 (UYAP, E.T. 24.10.2019): “Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereği, eksik ve ayıplı ifa sonucu kararlaştırılandan küçük alanlı daire verilmesi sebebiyle eksik iş bedeli, gecikme cezası alacağı, eksik işlerin giderim bedeli ile ayıp nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir.....Buna göre davacı arsa sahibine verilen daire alanlarının küçük olup olmadığı ve bunun sonucu eksik teslim olup olmadığı ve eksik teslim nedeniyle arsa sahibinin tazminat isteyip isteyemeyeceğinin tesbiti için davacıya verilecek A bloktaki ara kattaki dokuz dairenin 135'er m²'den bir adet çatı dubleks dairenin 190 m² kararlaştırılan ortalama alanı üzerinden arsa sahibine verilecek dairelerin toplam alanı hesaplanıp, bundan davacıya verilen toplam 9 dairenin proje ve zemindeki toplam brüt alanları bulunup karşılaştırmak suretiyle bulunması gerekir.”

¹⁴³ Ayan, s. 62; Şahiniz, s. 50; Gür, s. 97.

¹⁴⁴ Kostakoğlu (İnşaat), s. 376-377; Aydemir, s. 264. Enli, burada farklı olarak ikili bir ayırım yapılması gerektiğini, yüzölçümündeki küçüklük yapının kullanımında önemli değişikliklere yol açıyorsa eksik iş; önemsiz bir etki oluşturuyorsa ayıplı işten bahsedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Enli, s. 35.

¹⁴⁵ Ayan, s. 62; Gümüş, s. 28; Şahiniz, s. 54; Gür, s. 98-99; Sütçü, s. 715-716.

¹⁴⁶ Ayan, s. 62; Gür, s. 98.

¹⁴⁷ Şahiniz, s. 54; Gür, s. 98-99; Gökyayla (Ek İş), s. 139.

¹⁴⁸ Gümüş, s. 53; Şenocak, s. 105; Öz (Dönme), s. 94; Tandoğan (Özel), s. 166; Büyükay, s. 111; Gökyayla (Ek İş), s. 137; Yavuz (Ayıp), s. 767; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2480; Gür, s. 89-90.

yerine yüzme havuzu yapılması¹⁴⁹, altı katlı yapılması kararlaştırılan inşaatın beş katlı yapılması gibi¹⁵⁰.

Aliud ifa halinde ayıplı ifa değil, hiç ifa etmeme hali mevcuttur¹⁵¹. Bu halde yüklenilen edim ayıplı olarak dahi gerçekleştirilmemiştir¹⁵². Bu nedenle ayıba karşı tefekkül hükümlerine değil, borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere (TBK m. 112) başvurulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵³. Buna bağlı olarak arsa sahibi, muayene ve ihbar külfetine gerek olmaksızın, genel zamanaşımı içerisinde, yüklenicinin sorumluluğuna gidebilecektir¹⁵⁴.

C. İlave (Ek) İş

Yüklenicinin sözleşmede yer almadığı halde ya da gereği gibi ifanın kapsamı dışında yaptığı işler ilave iş olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁵. Örneğin, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılandan daha büyük yapılması, sözleşmede kararlaştırılmadığı halde ikinci bir banyo yapılması gibi¹⁵⁶. Bu halde sözleşmede öngörülen veya dürüstlük kuralı gereği yapıda bulunması gereken niteliklerde herhangi bir eksiklik söz konusu olmadığından ayıplı ifadan bahsedilemez¹⁵⁷.

Ayıbın giderilmesi için yapılan masraf ya da işler ise, ilave iş olarak nitelendirilmez¹⁵⁸. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ilave işin de ayıplı olabilmesi

¹⁴⁹ Şenocak, s. 105.

¹⁵⁰ Öz (Dönme), s. 94. Yargıtay üç odalı bağımsız bölüm yerine iki odalı bağımsız bölüm teslimini, başka bir şeyin teslimi olarak kabul etmiştir. YHGK, T. 9.12.1992, E. 1992/5-649, K. 1992/732 (Gür, s. 90, dn. 429): “Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise “değişik eser”in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilecektir...”

¹⁵¹ Öz (Dönme), s. 94; Şenocak, s. 105.

¹⁵² Öz (Dönme) s. 94.

¹⁵³ Burcuoğlu, s. 286-287; Büyükkay, s. 111; Şenocak, s. 105; Tandoğan (Özel), s. 166; Gür, s. 90; Uzun Kazmacı, s. 25.

¹⁵⁴ Şenocak, s. 105-106; Gür, s. 90.

¹⁵⁵ Gökyayla (Ek İş), s. 69; KOCAĞA, Köksal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu” TBB Dergisi, S. 85, s. 86-104 [Kocağa (İlave İş)], s. 87; GÖKYAYLA, Emre, “Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları” İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 285-295 [Gökyayla (Ek İş ve Sonuçları)], s. 286; DUMAN, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Duman (İnşaat)], s. 133.

¹⁵⁶ Gökyayla (Ek İş), s. 83; Gökyayla (Ek İş ve Sonuçları), s. 291; Duman (İnşaat), s. 135.

¹⁵⁷ Akkanat (Fazla İnşaat), s. 74.

¹⁵⁸ Gökyayla (Ek İş), s. 132; Gökyayla (Ek İş ve Sonuçları), s. 288; Duman (İnşaat), s. 135.

mümkün olup, arsa sahibi ilave işin ayıplı olduğunu ileri sürerek ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kullanabilir¹⁵⁹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ilave iş sıklıkla, sözleşmede kararlaştırılandan daha büyük veya daha fazla sayıda bağımsız bölüm yapılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁰.

İlave iş arsa sahibinin talebi üzerine yapılmışsa, bu ilave işler için, bedeli önceden kararlaştırılmamış bir eser sözleşmesinden bahsedilebilir¹⁶¹. Bu halde bedel, TBK m. 481 uyarınca, yapının değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenmelidir¹⁶². İlave işin arsa sahibinin bilgisi dışında yapılması halinde ise, arsa sahibinin bu ilave işi zaten yaptıracak olduğu söylenebiliyorsa vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹⁶³. Bu halde, yüklenici zorunlu ve faydalı masraflarını talep edebilecektir¹⁶⁴. Ancak arsa sahibinin bu işleri zaten yaptıracak olduğu söylenemiyorsa, yüklenici, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği sadece malzeme ve işçilik alacağını talep edebilecektir¹⁶⁵. Bununla birlikte kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, daha fazla bağımsız bölüm yapılması gibi hallerde, taraflar arasında sözleşme ile belirlenmiş bir paylaşım oranı bulunduğundan, bu oranın ilave iş için de geçerli kabul edilmesiyle çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Gökyayla (Ek İş), s. 132.

¹⁶⁰ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki bu durum, doktrinde “fazla inşaat” olarak anılmaktadır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 63; Akkanat (Fazla İnşaat), s. 63-64; Gökyayla (Ek İş), s. 84.

¹⁶¹ Erman (İnşaat), s. 203; Kocaağa (İlave İş), s. 91; Kırmızı, s. 735.

¹⁶² Öz (İnşaat), s. 62; Erman (İnşaat), s. 203; Kocaağa (İlave İş), s. 91; Kırmızı, s. 735.

¹⁶³ Öz (İnşaat), s. 62; Erman (İnşaat), s. 203; Kocaağa (İlave İş), s. 92; Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2014/6298, K. 2015/7884 (UYAP, E.T. 27.10.2019): “Yüklenicinin sözleşmeyle yapımını yüklediği işin dışında sadece iş sahibinin yararına fazla iş yapması halinde de bu işin bedelini TBK’nın 526. vd. (818 sayılı BK’nın 410 vd.) maddeleri uyarınca işin yapıldığı tarihteki rayiç üzerinden istemde bulunmaya hakkı vardır. Dairemiz’in 01.03.2013 tarih ve 2012/6495 E., 2013/1204 K.; 03.03.2014 tarih ve 2013/8578 E., 2014/1540 K., 09.10.2015 tarih ve 3457 E., 6430 K. Sayılı ilamlarında da belirttiği üzere, yüklenici, kural olarak sözleşmede kararlaştırılandan fazla ve daha kaliteli malzeme kullanarak yaptığı işler bedelini, yapılan bu fazla işlerin ve kullanılan kaliteli malzemelerin arsa sahiplerinin menfaatine ve yasal olması, ekonomik değerinin bulunması ve fazla işler kaliteli malzemeyi içeren imalatı kendisine isabet eden bağımsız bölümler için de yapmamış olması koşulu ile TBK’nın vekaletsiz iş görmeye ilişkin 526 vd. maddeleri uyarınca işin yapıldığı tarihteki mahalli serbest piyasa rayiç değerleri üzerinden tahsilini talep edebilir.”

¹⁶⁴ Erman (İnşaat), s. 203; Kocaağa (İlave İş), s. 92.

¹⁶⁵ Öz (İnşaat), s. 62.

¹⁶⁶ Gökyayla (Ek İş), s. 85; Kocaağa (İlave İş), s. 96; Gümüş, s. 30-31; Akkanat (Fazla İnşaat), s. 69.

İlave iş, her iki tarafa da düşen bağımsız bölümlerin eşit oranda genişlemesi şeklinde ise, yüklenici kendisine kalacak bağımsız bölümleri de büyüterek arsa sahibine kazandırdığı değer karşılığını almış sayılacaktır¹⁶⁷. Başka bir deyişle yapılan ilave iş, her iki tarafın da bağımsız bölümüne yapılmış ise, yüklenici ilave iş bedeli talebinde bulunamayacaktır¹⁶⁸. Yine ortak yerlerde yapılan ilave işler, hem yüklenicinin hem de arsa sahibinin bağımsız bölümlerinin değerini arttırıyorsa, yüklenicinin ilave iş nedeniyle herhangi bir talep hakkı söz konusu olmayacaktır¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Öz (İnşaat), s. 63; Yarg. 23. HD, T. 18.03.2019, E. 2016/4025, K. 2019/1041 (UYAP, E.T. 27.10.2019): “Birleşen davada davacı vekili, taraflar arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan işlere ilave olarak yaptığı işlerin bedelinin tahsilini talep etmekte olup kural olarak yüklenici fazla imalatı tüm bölümlere yapmış ise arsa sahibinin bağımsız bölümleri için yapılan kısmını arsa sahibinden talep edemez.”

¹⁶⁸ Yarg. 23. HD, T. 14.03.2014, E. 2013/8950, K. 2014/1938 (UYAP, E.T. 27.10.2019): “...Şu halde, öncelikle, yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, sözleşme dışı yapıldığı iddia edilen imalat kalemleri için inceleme yapılmalıdır. Bununla birlikte, Yargıtay’ın istikrarlı içtihatları uyarınca, arsa sahibinin bağımsız bölümlerine yapılan ilave işler yönünden, yüklenicilerin, kendilerine ait bağımsız bölümlere de yapmak suretiyle yarar sağladığı imalat türleri için ilave iş bedeli talebinde bulunmaları mümkün değildir.”

¹⁶⁹ Erman (İnşaat), s. 204; Duman (İnşaat), s. 136-137; Yarg. 23. HD, T. 27.11.2012, E. 2012/4094, K. 2012/6963 (UYAP, E.T. 27.10.2019): “Yasal olması koşuluyla, inşaatın proje dışı genişletilmesi, arsa sahibi yahut sahipleri ile yükleniciye verilen bağımsız bölümlere aynı oranda yansımış ise, yüklenicinin fazla iş yaptığı kabul edilemez ve bu sebeple ilave iş bedeli isteyemez. Dava konusu kapalı otopark ve yüzme havuzu nedeniyle yapılan fazla imalat, tüm bağımsız bölümlerin yararlanmasına tahsis edilmiş işlerdendir. Anılan yapıların taraflar arasındaki sözleşmede bulunmadığı, sözleşme dışı imalat olduğu da çekişme konusu değildir. Sözleşmeden farklı şekilde ve fazladan yapıldığı anlaşılan dava konusu işler nedeniyle yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerde de değer artışı oluşacağı tabii olduğuna göre Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamalarıyla belirlediği üzere, yüklenicinin ortak yerlere yaptığı fazla imalat nedeniyle bedel isteminde bulunması mümkün değildir.”; Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2014/6298, K. 2015/7884 (UYAP, E.T. 27.10.2019): “...Ancak inşaatın ortak yerlerinde ya da davacı yükleniciye düşecek bağımsız bölümlerde yapılan bu neviden fazla imalatlar arsa sahiplerinin yararına olduğu gibi, yüklenicinin de yararınadır. Dolayısıyla her iki tarafın da yararına olan böyle bir kazanım, fazla iş olarak nitelendirilemez ve yükleniciye bunların karşılığını isteme hakkı vermez.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE ORTADAN

KALKTIĞI HALLER

I. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şartları

A. Yapının Teslim Edilmiş Olması

Arsa sahibinin yükleniciyi ayıptan sorumlu tutabilmesi için ilk şart, yapının teslim edilmiş olmasıdır.

Yüklenicinin yapıyı teslim borcuna ilişkin olarak TBK’da açıkça ve ayrıca bir yasa hükmü bulunmamaktadır¹⁷⁰. Bununla birlikte TBK’nın çeşitli maddelerinde (473/1, 474/1, 475/1, 478/1, 479/1) teslimden söz edilmek suretiyle, yüklenicinin teslim borcu altında bulunduğu zımnen kabul edildiği görülmektedir¹⁷¹.

Teslim, yüklenicinin, sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla, eserin zilyetliğinin iş sahibine devri suretiyle gerçekleştirilir¹⁷². Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, inşaatın yapıldığı arsanın zaten arsa sahibinin mülkiyetinde olduğu göz önüne alındığında gerçek anlamda bir zilyetlik devrinden bahsedilemeyecektir¹⁷³. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, teslimin, yüklenici tarafından işin tamamlandığının açıkça veya örtülü şekilde bildirilmesi suretiyle gerçekleşeceği kabul edilmektedir¹⁷⁴. Yapının tamamlanmasının ardından yüklenicinin arsa üzerindeki fiili hâkimiyetine son vererek arsadan ayrılması durumunda örtülü bildirim söz konusu olacaktır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 989; Tandoğan (Özel), s. 124; Burcuoğlu, s. s. 287; Erman (İnşaat), s. 33; Turanboy, s. 154; Turut, s. 86; Coşkun, s. 203; Selimoğlu, s. 138.

¹⁷¹ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 989; Tandoğan (Özel), s. 124 ve aynı sayfada dn.139; Burcuoğlu, s. s. 287; Erman (İnşaat), s. 33; Turut, s. 86; Şahiniz, s. 6; Selimoğlu, s. 138; Coşkun, s. 203.

¹⁷² Turanboy, s. 154; Turut, s. 86; Ayan, s.51; Erman (İnşaat), s. 33-34; Gür, s. 33-34; Yener, s. 158.

¹⁷³ Ayan, s. 52; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 989; Öz (İnşaat), s. 197; Şahiniz, s. 11; Gür, s. 45.

¹⁷⁴ Tandoğan (Özel), s. 125; Uçar, s. 108, 109; Ayan, s. 52; Gümüş, s. 32; Turut, s. 86; Erman (İnşaat), s. 34; Celal, s. 99; Kırmızı, s. 651; Şahiniz, s. 11-12; Yener, s. 158; Gökyayla (Ek İş), s. 194; Gür, s. 46; Enli, s. 22.

¹⁷⁵ Ayan, s. 53; Tandoğan (Özel), s. 125; Uçar, s. 109; Şahiniz, s. 12; Kaya, s. 55.

Teslim, herhangi bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte, teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği taraflarca sözleşme ile belirlenmiş olabilir¹⁷⁶. Örneğin, taraflar teslimin gerçekleştirilmiş olması için yazılı bir bildirim yapılmasını veya bu hususta ortaklaşa bir belge imzalanmasını kararlaştırmış olabilirler¹⁷⁷. Uygulamada genellikle teslimin sözleşme ile oturma izninin alınması veya anahtar teslimi yapılması koşuluna bağlandığı görülmektedir¹⁷⁸. Sözleşme ile belirlenen bu gibi şartların gerçekleştirilmemiş olması halinde ise teslimin yapılmadığı kabul edilecektir¹⁷⁹.

Yüklenicinin teslim borcunun konusunu tamamlanmış eserler oluştururlar¹⁸⁰. Yapının tamamlanmış olmasından ise, sözleşmeye göre kararlaştırılan bütün inşaat işlerinin ifa edilerek yapının teslim hazırlanmış hale getirilmiş olması anlaşılmaktadır¹⁸¹. Ancak, yapının tamamlanmayan kısmı, tamamlanan kısma nazaran çok az ve önemsiz ise, bu durumda dürüstlük kuralı gereği yapı tamamlanmış kabul edilmelidir¹⁸². Örneğin, bir elektrik anahtarının takılmamış olması, birkaç musluğun takılmamış olması gibi¹⁸³. İkinci olarak ise, arsa sahibinin taşınmaza taşınarak veya

¹⁷⁶ Tandoğan (Özel), s. 127; Burcuoğlu, s. 288; Ayan, s. 82.

¹⁷⁷ Ayan, s. 82; Gür, s. 50-51.

¹⁷⁸ Burcuoğlu, s. 288; Ayan, s. 82; Erman (İnşaat), s. 35; Şahiniz, s. 15.

¹⁷⁹ Gür, s. 51-52; Kırmızı, s. 652-653; Yarg. 23. HD, T. 09.09.2014, E. 2014/1678, K. 2014/5456 (UYAP, E.T. 05.11.2019): “...Sözleşmenin ilgili hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden yüklenicinin iskân ruhsatını alarak inşaatı teslim etmeyi yüklediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemenin, yüklenicinin iskân ruhsatını alma yükümlülüğünü üstlenmediği yolundaki gerekçesinde isabet bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemece yüklenicinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak hukuken teslim etmemiş olduğu, dolayısıyla dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı BK'nın 147. Maddesindeki zamanaşımı süresinin henüz işlemeye başlamadığı gözetilerek, davacının her bir talebi yönünden uyuşmazlığın esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

¹⁸⁰ Tunçomağ, s. 1012; Öktem, s. 1948; Turut, s. 87; Tandoğan (Özel), s. 126; Uçar, s. 103-104; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 990; Turanboy, s. 154; Ayan, s. 62-63; Gökyayla (Ek İş), s. 196; Gür, s. 42; Yener, s. 159; Şahiniz, s. 55. Bu noktada yapının tamamlanmış olması ile ayıpsız olması halini ayırt etmek gerekir. Zira yapı ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir ve ayıplı olması teslimi engel oluşturmaz. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 126; Uçar, s. 104; Celal, s. 88. Yapıda ayıp olup olmadığı ise teslimden sonra ortaya muayene ile çıkabilecek bir husustur. Bkz. Seliçi, s. 134; Öktem, s. 1949. Yapının tamamlanmadan teslim edildiği istisnai hallerde ise yüklenicinin eksik ifa kapsamında genel hükümlere göre sorumluluğuna gidilebileceğine ilişkin bkz. yukarıda II. Bölüm, II., A. Eksik İş.

¹⁸¹ Seliçi, s. 40; Şenocak, s. 88; Uçar, s. 103; Turanboy, s. 154-155; Gür, s. 42.

¹⁸² Uçar, s. 103; Turanboy, s. 155; Seliçi, s. 40; Tandoğan (Özel), s. 126; Erman (İnşaat), s. 34; Turut, s. 87-88; Celal, s. 87-88; Gür, s. 42-43; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 990-991. Ayan, bu halde eksikliğin önemine göre üçlü bir ayırım yapılması gerektiğini savunmuştur: Buna göre yapıda, ifa olarak kabul edilmesinin dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceği derecede önemli eksiklik bulunuyorsa, bu tür eksiklikler teslimi hukuken engel oluşturur. Oturma izninin alınmaması gibi orta derecede eksiklik bulunması halinde, arsa sahibinin yapıyı reddetmemesi şartına bağlı olarak hukuki anlamda teslim mümkün olmalıdır. Önemsiz eksiklikler ise teslimi engel olmazlar ve bu halde yapı dürüstlük kuralı gereği tamamlanmış kabul edilmelidir. Ayan tarafından yapılan bu üçlü ayırım hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Ayan, s. 65-71; Şahiniz, s. 58-65.

¹⁸³ Tandoğan (Özel), s. 126; Uçar, s. 103; Ayan, s. 67.

kiracı yerleştirerek yapıyı fiilen kullanmaya başlaması halinde karine olarak¹⁸⁴, dürüstlük kuralı gereği, teslimin gerçekleştiği söylenebilir¹⁸⁵. Ayrıca, yapının kısım kısım teslimi durumu da, teslim için yapının tamamlanmış olması gerektiğine istisnai bir durum oluşturacaktır¹⁸⁶. Bu şekilde kısmi teslim, sözleşme ile kararlaştırılmış olabileceği gibi, sonradan arsa sahibinin kabul etmesiyle de gerçekleşebilir¹⁸⁷. Tamamlanmış yapının arsa sahibi tarafından teslim alınmaması ise, arsa sahibini alacaklının temerrüdüne düşürür¹⁸⁸.

Teslim yeri, taşınmazın bulunduğu yer olup, bu hususta herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁸⁹. Nitekim kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin doğası gereği, yüklenici, iş görme borcunu arsa sahibinin arsası üzerinde meydana getirecektir.

Teslim zamanının tespiti bakımından ise, öncelikle sözleşme hükümlerine bakılmalıdır. Genellikle tarafların sözleşmede işe başlama ve bitiş tarihlerine yer verdikleri görülmektedir¹⁹⁰. Teslim zamanının sözleşme ile belirlenmediği durumlarda ise, yükleniciye yapılacak işin niteliğine göre uygun bir süre verilmelidir¹⁹¹. Uygun süre tayin edilirken de, sözleşmeye konu yapının

¹⁸⁴ Söz konusu fiili durum teslim karine olarak kabul edilebilir; nitekim arsa sahibinin bütün işler tamamlanmadan evi kullanmaya başlaması mutlaka teslimin gerçekleştiğini göstermez. Örneğin, arsa sahibinin teslimde gecikme nedeniyle kirada oturmaktan kurtulmak için henüz tamamlanmamış eve yerleşmesi halinde bu durum, mutlaka teslimin yapılmış olduğunu gösteren bir kıstas değildir. Bkz. Erman (İnşaat), s. 34; Şahiniz, s. 13-14; Gür, s. 50; Gökyayla (Ek İş), s. 196.

¹⁸⁵ Erman (İnşaat), s. 34; Ayan, s. 60; Seliçi, s. 37; Tandoğan (Özel), s. 126; Şahiniz, s. 13; Yarg. 23. HD, T. 21.10.2019, E. 2016/5826, K. 2019/4341 (UYAP, E.T. 07.11.2019): "...davacıların davaya konu bağımsız bölümü Mobil Oil Türk A.Ş.'ye kiraya verdikleri anda, kiraya verdikleri bağımsız bölümü sözleşmeye uygun olarak teslim aldıklarının kabulünün gerektiği, ... davacıların kiraya verdikleri anda bağımsız bölümü teslim aldıkları ve kiralama şeklindeki tasarruflarının sonuçlarına katlanmaları gerektiği, aksini düşünmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, bu durumda davalı yüklenici temerrüde düşmediğinden davacı tarafın akdin feshini talep edemeyeceği gibi tapu iptali ve tescili talebinin de yerinde olmadığı, yüklenicinin sözleşme koşullarına uygun olarak inşaatı tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi sebebiyle de tazminat ve ceza-i şarttan sorumlu olamayacağı gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir... kanuna uygun bulunan ONANMASINA... oy birliğiyle ile karar verildi."

¹⁸⁶ Ayan, s. 71-72.

¹⁸⁷ Ayan, s. 72-73.

¹⁸⁸ Turanboy, s. 155; Şahiniz, s. 14; Ayan, s. 56; Seliçi, s. 134; Uçar, s. 93; Erman (İnşaat), s. 72; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 72; Kaya, s. 56. Arsa sahibinin teslimden kaçınma hakkının bulunduğu durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 54-60; Şahiniz, s. 20-29; Gür, s. 61-64.

¹⁸⁹ Seliçi, s. 37; Uçar, s. 111; Tandoğan (Özel), s. 128; Turanboy, s. 155; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 991; Kaya, s. 55; Gökyayla (Ek İş), s. 198; Gür, s. 53.

¹⁹⁰ Uçar, s. 112; Tandoğan (Özel), s. 128.

¹⁹¹ Turanboy, s. 155; Erman (İnşaat), s. 62; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 991-992; Uçar, s. 113; Tandoğan (Özel), s. 129.

tamamlanması için gerekli çalışma araçları ve iş gücü göz önüne alınarak deneyimli bir yüklenicinin ne kadar zamana ihtiyacı olduğunun belirlenmesi gerekir¹⁹².

Yapının tamamlanarak teslim edildiğini ispat yükü, TMK m. 6 ve HMK m. 190'a göre genel ispat kuralları gereği, kendi lehine hak iddia etmesi sebebiyle, yükleniciye aittir¹⁹³. Teslimin gerçekleşmesinden sonra, teslim sırasında eksiklik ve/veya ayıp bulunduğunu ispat yükü ise, artık bu iddiadan kendi lehine hak çıkaran arsa sahibine geçecektir¹⁹⁴. Örneğin, yüklenicinin, bağımsız bölümlerin kiraya verilerek uzun zamandır kullanılması suretiyle teslimin gerçekleştiğini ispat etmesinden sonra, söz konusu bağımsız bölümün teslim sırasında eksik ya da ayıplı olduğunu ispat yükü artık arsa sahibindedir¹⁹⁵.

Teslim kavramıyla yakından ilişkili olan ve teslimden ayırt edilmesi gereken bir diğer husus da kabul kavramıdır. Bu noktada öncelikle teslim ve tesellüm kavramlarının aynı anlama geldiğini belirtmek gerekir¹⁹⁶. Doktrinde teslim ve tesellümün aynı anlama gelmesi, madalyonun yüklenici ve arsa sahibi tarafından görünen iki yüzü benzetmesiyle açıklanmıştır¹⁹⁷. Zira hukuki anlamda teslimin yüklenici açısından nitelemesi için teslim (teslim etme) kavramı kullanılırken, bunun arsa sahibi açısından nitelemesi için tesellüm (teslim alma) kavramı kullanılmaktadır¹⁹⁸. Başka bir deyişle, teslim kavramının arsa sahibi bakımından karşılığı tesellümdür¹⁹⁹. Kabul ise, arsa sahibinin teslim aldığı bağımsız bölümlerin

¹⁹² Tandoğan (Özel), s. 129; Uçar, s. 113; Gümüş, s. 33; Erman (İnşaat), s. 62; Aydoğdu/Kahveci, s. 773; Celal, s. 106; Gür, s. 56; Gökyayla (Ek İş), s. 197; Coşkun, s. 204.

¹⁹³ Ayan, s. 81; Şahiniz, s. 29; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Davalarında İspat, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Duman (İspat)], s. 137; Gür, s. 57; Gökyayla (Ek İş), s. 192; Yarg. 23. HD, T. 12.11.2019, E. 2016/8208, K. 2019/4668 (UYAP, E.T. 18.11.2019): “*Davalı arsa sahibi adına tapu devri yapılmış olması bağımsız bölümün teslim edildiği anlamına gelmez. Teslim olgusunun davacı yüklenici tarafından kanıtlanması gerekir. Ayrıca iskan ruhsatının alınmış olması da tek başına teslimi kanıtlamaz. Bu nedenle, davacı yüklenicinin teslimle ilgili delillerinin toplanıp (elektrik-su doğalgaz abonelikleri, kira sözleşmeleri, tanık beyanları vb.) teslim olgusunun tam olarak belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.*”; Yarg. 23. HD, T. 19.04.2016, E. 2015/4440, K. 2016/2456 (UYAP, E.T. 18.11.2019): “*...Bu haliyle, ispat yükü üzerinde bulunan davalı yüklenici yasal delillerle teslimin varlığını kanıtlayamamıştır.*”

¹⁹⁴ Ayan, s. 81; Şahiniz, s. 8, 29; Gür, s. 57-58; Kaya, s. 56.

¹⁹⁵ Ayan, s. 82.

¹⁹⁶ Seliçi, s. 35; Tandoğan (Özel), s. 127; Uçar, s. 90; Ayan, s. 50; Şenocak, s. 80; Celal, s. 93.

¹⁹⁷ Seliçi, s. 35; Ayan, s. 50.

¹⁹⁸ Seliçi, s. 35; Tandoğan (Özel), s. 127; Uçar, s. 90; Ayan, s. 50; Şenocak, s. 80-81; Gür, s. 35.

¹⁹⁹ Burcuoğlu, s. 288.

sözleşmeye uygun olduğunu açıklayan bir irade beyanı olup²⁰⁰, zamansal olarak teslim ve tesellümü takip eder²⁰¹. Esasen bu ayırımın önemi ayıptan doğan hakların kullanılması bakımından önem arz etmektedir. Zira teslim, ayıptan doğan hakların kullanılması için bir ön koşul iken; kabul, bu hakların kullanılmasından vazgeçilmesini ve yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluktan kurtulmasını ifade eder²⁰². Ancak burada yüklenicinin sorumluluğunun sadece açık ayıplar yönünden sona erdiğini, gizli ayıplar ve yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar bakımından sorumluluğunun devam ettiğini belirtmek gerekir²⁰³.

Netice olarak, inceleme konumuz açısından, yapının teslim edilmesine önemli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Görüldüğü üzere arsa sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için, öncelikle bağımsız bölümleri teslim almış olması gereklidir²⁰⁴. Arsa sahibinin muayene ve ayıpları ihbar külfetleri de teslimle birlikte doğmakta olup, muayene ve ayıbı ihbar süresi ile ayıptan doğan hakların bağlı bulunduğu zamanaşımı süresi teslim tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır²⁰⁵. Teslimin diğer hukuki sonuçları ise; teslimle birlikte yapıdaki ayıp ve eksikliklerin ispat yükünün arsa sahibine geçmesi²⁰⁶, yapıya ilişkin hasar riskinin arsa sahibine geçmesi²⁰⁷, arsa sahibinin bedel ödeme borcunun muaccel hale

²⁰⁰ Tandoğan (Özel), s. 127; Uçar, s. 91; Seliçi, s. 36; Ayan, s. 50; Erman (İnşaat), s. 36; Şenocak, s. 81; Turut, s. 87; Kaplan, s. 130; Kırmızı, s. 654; Gökyayla (Ek İş), s. 193; Gür, s. 36; Yener, s. 158; Sütçü, s. 609.

²⁰¹ Seliçi, s. 36; Uçar, s.95; Ayan, s. 50; Şenocak, s. 81; Gür, s. 37. Teslim ve teslim alma ise, aynı anda gerçekleşir. Bkz. Burcuoğlu, s. 288; Tandoğan (Özel), s. 127; Uçar, s. 90; Gür, s. 35. Buna karşılık, teslim almanın aynı zamanda borcun gereği gibi ifa edilmiş olduğunu gösterdiği ve dolayısıyla teslim alma ile kabul kavramının eş tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Klauser, s. 17 ve Gauch, s. 20 (Seliçi, s. 35-36'dan naklen).

²⁰² Uçar, s. 96; Tandoğan (Özel), s. 217-218; Ayan, s. 50; Şenocak, s. 81; Gür, s. 37-38; Yener, s. 158.

²⁰³ Eserin kabulü başlığını taşıyan TBK m. 477/1'de bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır: "*Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.*" Kabule ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda III. Bölüm, II., B. Ayıplı Yapının Arsa Sahibince Kabul Edilmiş Olması

²⁰⁴ Öz (İnşaat), s. 197; Uçar, s. 89; Şahiniz, s. 6; Öktem, s. 1948.

²⁰⁵ Uçar, s. 119-120; Burcuoğlu, s. 287; Şenocak, s. 79; Şahiniz, s. 8; Seliçi, s. 42-43; Dayınlarlı, s. 57; Turanboy, s. 157; Turut, s. 88; Ayan, s. 86; Celal, s. 103; Gür, s. 61; Sütçü, s. 609-610.

²⁰⁶ Ayan, s. 81; Şenocak, s. 79; Şahiniz, s. 8; Yener, s. 158.

²⁰⁷ Uçar, s. 117; Seliçi, s. 43; Ayan, s. 86; Kaya, s. 55; Turut, s. 88; Celal, s. 104; Gür, s. 61; Sütçü, s. 609; Tozoğlu, s. 34.

gelmesi²⁰⁸, yüklenici temerrüdünün mevcut olması durumunda teslimle birlikte yüklenici temerrüdünün²⁰⁹ ve cezai şart talep hakkının ortadan kalkmasıdır²¹⁰.

B. Teslim Edilen Yapının Ayıplı Olması

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle yükleniciyi sorumlu tutabilmesi için gereken ikinci şart, kendisine teslim edilen bağımsız bölüm veya ortak yerlerde ayıp bulunmasıdır. Bu konu “*Ayıp Kavramı, Ayıp Çeşitleri ve Ayıp Sayılmayan Haller*” başlıklı ikinci bölüm altında ayrıntılı olarak incelenmiş bulunduğundan, ayrıca açıklama yapılmasına gerek görülmemiştir²¹¹.

C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olması

1. Genel Olarak

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle yükleniciyi sorumlu tutabilmesi için diğer bir şart, teslim edilen bağımsız bölüm ve ortak yerleri muayene ve ihbar (gözden geçirme ve bildirim) külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır²¹². Bu şart TBK m. 474/1’de düzenlenmiş olup, söz konusu hükme göre, “*İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*”²¹³.

Muayene ve ihbar, arsa sahibinin ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kullanabilmesi için kanundan kaynaklanan bir ön koşuldur²¹⁴. Bu bağlamda, arsa sahibinin yapıyı muayene etmesi ve ayıbı yükleniciye ihbar etmesi, hukuki anlamda bir borç (yükümlülük) değil, külfet (yük) niteliğindedir²¹⁵. Bu nedenle yüklenici arsa

²⁰⁸ Uçar, s. 114; Ayan, s. 86; Seliçi, s. 43; Şenocak, s. 79; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 72; Dayınlarlı, s. 57; Şahiniz, s. 8-9; Kaya, s. 55; Celal, s. 104; Gür, s. 61; Turut, s. 88; Sütçü, s. 609-610; Tozoğlu, s. 34.

²⁰⁹ Ayan, s. 84.

²¹⁰ Uçar, s. 121; Ayan, s. 86; Celal, s. 104; Yarg. 23. HD, T. 24.10.2019, E. 2016/8520, K. 2019/4444 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “*Gecikme tazminatı kural olarak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, eserin eksik ve ayıpsız olarak sözleşmeye uygun biçimde teslim edildiği tarihe kadar ya da iş sahibinin teslimden önce bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başladığı veya üçüncü kişiye kiraya verdiği ya da sattığı tarihe kadar istenebilir.*”

²¹¹ Bkz. yukarıda II. Bölüm: Ayıp Kavramı, Ayıp Çeşitleri ve Ayıp Sayılmayan Haller

²¹² Şenocak, s. 107; Öz (İnşaat), s. 199; Şahiniz, s. 109.

²¹³ Karma bir sözleşme niteliğinde olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin edimi bakımından eser sözleşmesini bünyesinde barındırdığından, muayene ve ihbar külfetleri bakımından da kıyasen eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Gür, s. 64-65.

²¹⁴ Öz (İnşaat), s. 200; Büyükcay, s. 116.

²¹⁵ Seliçi, s. 145; Öz (İnşaat), s. 200; Burcuoğlu, s. 306; Uçar, s. 137; Şenocak, s. 108; Turanboy, s. 163; Erman (İnşaat), s. 128; Büyükcay, s. 116; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 998; Öktem, s. 1950-1951;

sahibinden yapıyı muayene etmesini ve ayıpları ihbar etmesini talep edemez ve dolayısıyla bunların yerine getirilmemesine bağlı olarak borcun ifa edilmemesinin hukuki sonuçları ortaya çıkmaz²¹⁶. Aksine, muayene ve ihbarın yerine getirilmemesi, yüklenicinin açık ayıplar yönünden doğan sorumluluğundan kurtulması anlamına gelir²¹⁷. Bu bakımdan söz konusu külfetlerin yerine getirilmesi arsa sahibinin menfaatine olup, yerine getirilmemesi TBK m. 477/2 gereği yapının zımnen kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır²¹⁸.

Arsa sahibinin kanunen böyle bir külfet altına sokulmasının amacı, yapının tesliminden çok sonra ayıp iddiasında bulunulmasının hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesinde yatmaktadır²¹⁹. Böylece yüklenici mümkün olan en kısa zamanda teslim ettiği yapıda ayıp olup olmadığını öğrenecek ve zarar artmadan ayıp hakkında bilgi sahibi olarak gerekli tedbirleri alabilecektir²²⁰. Ancak doktrinde haklı olarak söz konusu külfetlere ilişkin sürenin zaten çok kısa olması dikkate alındığında, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini vaktinde yerine getirmemesi halinde ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kaybetmesinin ağır bir sonuç olduğu savunulmuştur²²¹. Nitekim ayıplı yapı teslimi halinde, yüklenicinin teslim ettiği yapı sözleşmeye aykırı olması sebebiyle haksızlık içermesine rağmen, arsa sahibinin bu külfetleri vaktinde yerine getirmemesinde haksızlık içeriği bulunmadığı belirtilmektedir²²². Bu nedenlerle, muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin hükümlerde tereddüt hâsıl olması halinde, özellikle de muayene ve ihbar süreleri ile arsa sahibinin muayenede göstereceği özenin belirlenmesinde, arsa sahibinin lehine yorum yapılması önerilmektedir²²³.

Gümüş, s. 53; Eren (Özel), s. 641-642; Tandoğan (Özel), s. 167-168; Kocağa (İnşaat), s. 154; Turut, s. 110-111; Şahin, s. 141; Karahasan (C. 1), s. 261; Gür, s. 65.

²¹⁶ Öz (İnşaat), s. 200; Burcuoğlu, s. 306; Şenocak, s. 108-109.

²¹⁷ Seliçi, s. 145; Öz (İnşaat), s. 200; Şenocak, s. 109; Gümüş, s. 56-57; Öktem, s. 1951; Turut, s. 111; Yener, s. 159.

²¹⁸ Seliçi, s. 145; Uçar, s. 137; Şenocak, s. 109; Erman (İnşaat), s. 126; Büyükay, s. 116; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 998; Gümüş, s. 53; Şahiniz, s. 110; Öktem, s. 1951; Aydoğdu/Kahveci, s. 774; Şahin, s. 141; Gür, s. 65; Yener, s. 159; Gökyayla (Ek İş), s. 208; Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2015/5300, K. 2015/7883 (UYAP, E.T. 26.11.2019): "...Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır..."

²¹⁹ Burcuoğlu, s. 305-306; Uçar, s. 137; Erman (İnşaat), s. 128-129; Gür, s. 65.

²²⁰ Şenocak, s. 108; Erman (İnşaat), s. 129; Gür, s. 65.

²²¹ Tandoğan (Özel), s. 168; Uçar, s. 137; Erman (İnşaat), s. 129.

²²² Tandoğan (Özel), s. 168; Uçar, s. 137; Erman (İnşaat), s. 129.

²²³ Tandoğan (Özel), s. 168; Uçar, s. 137; Erman (İnşaat), s. 129.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin anılan muayene ve ihbar külfeti sadece ayıplı işler yönünden mevcut olup, eksik işler yönünden ise böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²²⁴. Bu bakımdan muayene ve ihbar külfetine ilişkin yapacağımız açıklamalar ayıplı işlere ilişkindir. Arsa sahibine teslim edilen bağımsız bölüm ve ortak yerlerde eksik iş mevcut olması halinde ise, Yargıtayın yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere²²⁵, arsa sahibi, genel zamaşımı süresi içinde, ihbara gerek olmaksızın yükleniciyi sorumlu tutabilecektir²²⁶.

2. Muayene Külfeti

Arsa sahibinin muayene külfeti, bağımsız bölüm ve ortak yerlerin tamamlanarak kendisine teslimi ile başlamaktadır²²⁷. Dolayısıyla, yapının teslimden önce ayıplı olduğu arsa sahibi tarafından bilirse dahi, teslim yapılmadan muayene

²²⁴ Bkz. yukarıda II. Bölüm, II., A. Eksik İş.

²²⁵ Yarg. 23. HD, T. 02.07.2013, E. 2013/1493, K. 2013/4581 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “...Mahkemece yapılan tespitte sözleşme ile kararlaştırılan bir kısım imalatların yapılmadığı, bir kısmının ise kusurlu olduğu belirlenmiştir. Öncelikle sözleşmeler nedeniyle yapılması gereken imalatların ne olduğu belirlenmesi ayıplı iş ile eksik işin birbirinden ayrılması gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 359 ve 363. maddeleri ayıplı işler hakkında uygulanır. Eksik işler bu maddelerin kapsamında değildir. Ayıplı iş; vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işleri ifade eder. İşin yapılmamış olması nedeniyle de niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı söz konusu olamaz. Davacıların talepleri arasında; ayıplı işlerle birlikte eksik işlerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Açık ayıplar yönünden BK'nın 359. maddesi ve uyarınca iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz muayene ve ihbar mükellefiyeti bulunmaktadır. Eksik iş yönünden ise bu tür bir yükümlülüğün söz etme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemece, ayıplardan hangisinin açık, hangisinin gizli olduğu ile sözleşme gereği yapılması gerektiği halde yapılmayan işler belirlenerek yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye ve yanılığın değerlendirilmeye dayalı karar verilmesi doğru değildir.”; Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2015/5300, K. 2015/7883 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “ Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamaşımı süresinde (BK m. 126/son, TBK m. 147/son) talep edilebilir...”; Yarg. 15. HD, T. 18.06.2018, E. 2018/810, K. 2018/2504 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “...eksik iş ve imalatların bulunması halinde bunların giderim bedeli ihbar zorunluluğu bulunmaksızın zamaşımı süresinde talep edilebilir...”

²²⁶ Şahiniz, s. 69; Ayan, s. 77; Gür, s. 91-92.

²²⁷ Seliçi, s. 149; Tunçomağ, s. 1018; Burcuoğlu, s. 309; Öz (İnşaat), s. 200; Tandoğan (Özel), s.168; Erman (İnşaat), s. 129; Uçar, s. 143; Şenocak, s. 109; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 998; Gümüş, s. 54; Öktem, s. 1951; Turanboy, s. 163; Büyükkay, s. 116; Turut, s. 111; Şahiniz, s. 110; Yener, s. 159; Kırmızı, s. 695; Karahasan (C. 1), s. 261; Gür, s. 65; Gökyayla (Ek İş), s. 206; Yarg. 23. HD, T. 08.05.2019, E. 2016/5204, K. 2019/1779 (UYAP, 27.07.2019): “Daha sonra yapılacak araştırma ile inşaatın davacı arsa sahibine teslim tarihi (fiili teslimin bulunup bulunmadığı ve var ise, tarihi net olarak belirlenip) itibariyle açık ayıplarla ilgili teslimden sonra yükleniciye BK'nın 359. (TBK'nın m. 474) maddesinde öngörüldüğü şekilde süresinde ihbarda bulunulup bulunulmadığı, gizli ayıplarla ilgili olarak da ayıbın ortaya ne zaman çıktığı, çıkmasından sonra yüklenicinin BK'nın 362. (TBK'nın m. 477) maddesine uygun olarak haberdar edilip edilmediği ve zamaşımı süreleri de dikkate alınarak eksik ve süresinde ihbar edilen ayıplı işlerin giderim bedelinin teslim tarihi itibariyle piyasa rayiçlerine göre hesaplandırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanılığın gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

külfeti söz konusu olmayacaktır²²⁸. Kısmi teslimin kararlaştırıldığı durumlarda ise, teslim edilen her kısım için ayrı ayrı muayene külfeti ortaya çıkacaktır²²⁹.

TBK m. 474/1, muayene süresinin “*eserin tesliminden sonra*” başlayacağını düzenlemekle birlikte, muayenenin hangi süre içerisinde yapılacağına yönelik olarak da “*işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz*” kriterini getirmiştir. Bu suretle, arsa sahibi teslimden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz hem muayeneye başlamak hem de onu bitirmek zorundadır²³⁰. Anılan hükme göre, muayene süresinin tespiti için ilk olarak, “*işlerin olağan akışı*” unsuru gereği, arsa sahibi ve yüklenicinin dâhil olduğu çevrede geçerli olan teamüle (örf ve âdete) bakılmalıdır²³¹. Muayene süresi için teamül bulunmadığı hallerde ise, “*imkân bulur bulmaz*” unsuruna başvurularak, somut olaya göre, normal bir arsa sahibinin yapıyı muayeneye başlaması ve bu işi özenle yapabilmesi için ne kadar süreye ihtiyacı olduğuna bakılması gerekecektir²³². Bu hususta doktrinde, muayene süresi belirlenirken, arsa sahibinin genellikle inşaat işinde deneyimsiz olması dikkate alınarak, mümkün olduğunca satım sözleşmesine göre daha geniş davranılması gerektiği ileri sürülmektedir²³³.

Söz konusu “*imkân bulur bulmaz*” unsurundan, aynı zamanda somut olayın şartlarına göre olağan muayene süresinin uzamasının da mümkün olabileceği anlaşılmaktadır²³⁴. Nitekim muayeneye ancak objektif olarak mümkün olan zamanda

²²⁸ Öz (İnşaat), s. 200; Tandoğan (Özel), s. 169; Uçar, s. 143; Şenocak, s. 109; Erman (İnşaat), s. 129-130.

²²⁹ Tandoğan (Özel), s. 169; Şenocak, s. 118; Kostakoğlu (İnşaat), s. 378; Kırmızı, s. 695; Usta (Cezai Şart), s. 72.

²³⁰ Tandoğan (Özel), s. 169; Şenocak, s. 110; Büyükay, s. 117.

²³¹ Tandoğan (Özel), s. 169; Şenocak, s. 110; Gümüş, s. 54; Şahiniz, s. 111; Yener, s. 159. Her somut olayın niteliğine göre makul kabul edilebilecek muayene süresi değişiklik arz edebileceğinden kanunda muayene süresi için kesin bir süre tespiti yapılmamıştır. Bununla birlikte Kostakoğlu, madde metninde geçen “*işlerin olağan akışı*” unsuru göz önüne alınarak uygulamada muayene süresinin genellikle 10-15 gün olarak kabul edilebileceğini şu şekilde açıklamıştır: “*işlerin olağan akışı, gerek yapılan teslim konu inşaatın bulunduğu yer, meşgalesi ve yoğunluğu gibi koşulları yahut o anda içinde bulunduğu imkan/ımkansızlıklar gözetilerek işin muayenesi için tanınması gereken süre olup, muhik/haklı kabul edilebilecek bir süre, uygulamada genellikle on-on beş gün olarak kabul edilebilir*” Bkz. Kostakoğlu (İnşaat), s. 1097.

²³² Tandoğan (Özel), s. 170; Uçar, s. 144; Şenocak, s. 110-111; Erman (İnşaat), s. 132; Büyükay, s. 117; Gümüş, s. 54; Yener, s. 159; Gür, s. 67.

²³³ Tandoğan (Özel), s. 170; Erman (İnşaat), s. 132; Şenocak, s. 112; Şahiniz, s. 111; Karşı yöndeki görüş için bkz. Burcuoğlu, s. 311-312.

²³⁴ Burcuoğlu, s. 309; Tandoğan (Özel), s. 169; Uçar, s. 142.

başlanabilir²³⁵. Örneğin, ısı yalıtımının yeterli olup olmadığı, çatının su akıtıp akıtmadığı ancak belirli hava koşullarının oluşması halinde anlaşılabilir²³⁶. Yine genel tatil, su baskını gibi arsa sahibinin kendi şahsından kaynaklanmayan sebepler muayeneye başlamada gecikmeyi haklı kılar²³⁷. Buna karşılık, arsa sahibinin hastalık, kaza, tatil gibi kendi şahsına ait sebepler ise muayene süresinin uzatılmasını gerektirmez²³⁸. Bu gibi durumlarda muayene için arsa sahibinin üçüncü bir şahsı görevlendirmesi beklenmektedir²³⁹.

Usulüne uygun bir muayeneden bahsedilebilmesi için, arsa sahibinin muayeneyi zamanında yapması yanında özenli bir şekilde yapması da gerekmektedir²⁴⁰. Muayenede gösterilecek özenin ölçüsünde ise, orta vasıftaki bir arsa sahibinin kendisinden beklenebilecek özenin esas alınması yerinde olacaktır²⁴¹. Zira kural olarak inşaat işlerinde uzman olmayan arsa sahibinden bir uzmanın göstereceği özenin derecesini beklemek hakkaniyete aykırı olur²⁴². Kural olarak böyle olmakla birlikte, inşaat işleri ile iştigal eden tacir sıfatına sahip bir arsa sahibinden, tacir olmayan arsa sahibine göre daha fazla özen göstermesi beklenilebilir²⁴³.

Arsa sahibinin, sözleşme veya teamül gerektirmedikçe, muayeneyi bir uzmana yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴⁴. Bununla birlikte TBK m. 474/2'ye göre, *“Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir”*. Söz konusu hükümle kanunen hem arsa sahibine hem de yükleniciye muayeneyi bir

²³⁵ Tandoğan (Özel), s. 169; Uçar, s. 142; Şenocak, s. 111; Gümüş, s. 54; Gür, s. 67; Yener, s. 159.

²³⁶ Tandoğan (Özel), s. 169-170; Uçar, s. 142; Şenocak, s. 111; Gümüş, s. 54; Şahiniz, s. 111-112; Gür, s. 67.

²³⁷ Şenocak, s. 112.

²³⁸ Şenocak, s. 111; Şahiniz, s. 112.

²³⁹ Şenocak, s. 111-112.

²⁴⁰ Uçar, s. 142.

²⁴¹ Öz (İnşaat), s. 201; Tandoğan (Özel), s. 170; Uçar, s. 142; Seliçi, s. 147; Şenocak, s. 115; Erman (İnşaat), s. 133; Büyükay, s. 117; Eren (Özel), s. 643; Gümüş, s. 54; Şahiniz, s. 112; Yavuz (Ayıp), s. 769; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2482; Gür, s. 68-69. Buna karşılık, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi inşaat yapımına konu eser sözleşmeleri için muayenede gösterilecek özenin ölçüsünde orta vasıftaki bir uzmanın göstermesi gereken özenin esas alınması gerektiği görüşünde bkz. Pedrazzini, s. 525 (Şenocak, s. 115'ten naklen); Gautschi, Art. 367, N. 16a (Seliçi, s. 146'dan naklen).

²⁴² Seliçi, s. 147-148; Şenocak, s. 115-116; Celal, s. 131; Gür, s. 69.

²⁴³ Öz (İnşaat), s. 201; Gümüş, s. 54; Şahiniz, s. 112.

²⁴⁴ Tandoğan (Özel), s. 170; Burcuoğlu, s. 312; Uçar, s. 139; Şenocak, s. 120; Erman (İnşaat), s. 133; Büyükay, s. 118; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 999; Kocağa (İnşaat), s. 156; Şahiniz, s. 112; Celal, s. 132; Kartal, s. 147.

uzmana yaptırma hakkı tanındığı görülmektedir. Ancak anılan hüküm olmasaydı dahi, tarafların muayeneyi uzman bir kişiye yaptırabileceği nazara alındığında, bu hükümde bahsedilen bilirkişinin, resmen tayin edilmiş bir bilirkişi olması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁵. Hukukumuzda bu yola mahkemeye başvurularak delil tespiti için bilirkişi tayin ettirmek suretiyle gidilebilmektedir²⁴⁶. İşte bu noktada, TBK 474/2 hükmü gereği, delil tespiti talep edebilmek için, ispat vasıtalarının tehlikeye düşmesi veya yapıda bir ayıp bulunmasının kuvvetle muhtemel olması şartının aranmaması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁷. Arsa sahibinin anılan hükme dayanarak muayene için resmi bilirkişiye başvurması halinde, rapor düzenlenene kadar muayene süresi devam edecektir²⁴⁸. Bir başka anlatımla, resmi bilirkişinin raporunu hazırlamakta gecikmesi halinde, muayenenin zamanında yapılmadığından söz edilmemelidir²⁴⁹. Ancak bunun için arsa sahibinin de, resmi bilirkişiye başvurmakta gecikmemiş olması, teslimden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz mahkemeye başvurmuş olması zorunludur²⁵⁰. Buna karşılık, arsa sahibinin özel olarak bizzat tayin ettiği bilirkişinin raporunu geç vermesi durumunda, bunun sonucuna kendisi katlanacak, yani zamanında muayene külfetini yerine getirmemesi nedeniyle ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kaybedecektir²⁵¹.

²⁴⁵ Tunçomağ, s. 1020; Öz (İnşaat), s. 202; Tandoğan (Özel), s. 171; Seliçi, s. 148; Burcuoğlu, s. 312; Uçar, s. 140; Şenocak, s. 120; Turanboy, s. 164; Seçer (Eser), s. 229; Büyükay, s. 118; Kocaağa (İnşaat), s. 156; Şahiniz, s. 112; Celal, s. 132; Karahasan (C. 1), s. 263; Gür, 68.

²⁴⁶ Öz (İnşaat), s. 202; Tandoğan (Özel), s. 171; Seliçi, s. 148; Burcuoğlu, s. 312; Uçar, s. 140; Şenocak, s. 120; Turanboy, s. 164; Büyükay, s. 118; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 999; Kocaağa (İnşaat), s. 156; Seçer (Eser), s. 229; Şahiniz, s. 112-113; Celal, s. 132; Karahasan (C. 1), s. 263; Karadaş, s. 239; Kartal, s. 147; Gür, 68.

²⁴⁷ Tunçomağ, s. 1020; Tandoğan (Özel), s. 171; Seliçi, s. 148-149; Burcuoğlu, s. 312; Uçar, s. 140; Şenocak, s. 120; Erman (İnşaat), s. 133; Turanboy, s. 164; Büyükay, s. 118; Gür, 68.

²⁴⁸ Şenocak, s. 120; Büyükay, s. 118; Şahiniz, s. 113; Yener, s. 159-160.

²⁴⁹ Tunçomağ, s. 1020; Tandoğan (Özel), s. 171; Seliçi, s. 149; Burcuoğlu, s. 312; Uçar, s. 140; Şenocak, s. 120-121; Erman (İnşaat), s. 133; Turanboy, s. 164; Büyükay, s. 118; Kocaağa (İnşaat), s. 156; Şahiniz, s. 113; Celal, s. 133; Uygur (Borçlar), s. 2167.

²⁵⁰ Öz (İnşaat), s. 202; Şenocak, s. 121; Şahiniz, s. 113; Yarg. 23. HD, T. 24.03.2015, E. 2014/8194, K. 2015/1894. (UYAP, E.T. 30.11.2019): “...Son olarak mahkemece ayıp ihbarı yapılmadığından bahisle ayıplı işler bedeli hüküm altına alınmamış ise de, sözleşmenin 35. maddesinde ifade edildiği üzere genel iskân alma yükümlülüğü yükleniciye ait olup, bu yükümlülük yerine getirilmeden hukuki anlamda teslimin yapıldığından sözedilemez. Dosya kapsamındaki genel iskân ruhsatının 19.12.2006 tarihinde alındığı, arsa sahiplerinin bu tarihten önce 16.11.2005 tarihinde Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/118 D. İş dosyası ile delil tespiti yaptırdığı, ayrıca arsa sahipleri tarafından keşide edilen ihtarnamelerde ayıplı işlerin de ihbarının yapıldığı görülmüştür. Hal böyle olunca, ayıplı işler bedelinin mahkemece reddinde isabet görülmemiş olup, mahkeme kararını bozulması gerekmiştir.”

²⁵¹ Tandoğan (Özel), s. 171; Burcuoğlu, s. 312-313; Uçar, s. 140; Şenocak, s. 121; Erman (İnşaat), s. 133-134; Büyükay, s. 118; Kocaağa (İnşaat), s. 156-157; Şahiniz, s. 113; Gür, s. 68.

Arsa sahibinin TBK m. 474'te yer alan söz konusu bu muayene yükümlülüğü esasen, kendisine teslim edilen bağımsız bölüm ve ortak yerlerdeki açık ayıplar içindir²⁵². Gizli ayıplar ile yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ise arsa sahibinin muayene yükümlülüğünün dışında kalırlar²⁵³. Nitekim gizli ayıplar zaten olağan bir muayene ile anlaşılabilen, ancak zaman içinde veya kullanımla ortaya çıkabilecek ayıplardır²⁵⁴. Buna karşılık yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar, açık veya gizli ayıp niteliğinde olabilir. Ancak yüklenicinin kasten gizlediği açık ayıplar bakımından da, arsa sahibinin muayene yükümlülüğünü yerine getirmemesinin, yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir²⁵⁵. Zira ayıbın bilinmesine rağmen kasten gizlenmesi şeklindeki yüklenicinin özen yükümünü ağır ihlali karşısında, arsa sahibinin özenli muayene yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle ayıptan doğan haklarını kaybetmesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacaktır²⁵⁶.

Ayrıca muayene külfetine ilişkin TBK m. 474'teki yasal düzenlemelerin emredici değil tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğunu da belirtmek gerekir²⁵⁷. Taraflar sözleşme ile muayene şeklini ve süresini değiştirebilirler. Hatta sözleşme ile arsa sahibinin muayene külfetinden muaf tutulması da kararlaştırılabilir²⁵⁸. Ancak bu halde muayene süresi söz konusu olmasa da, arsa sahibinin ihbar külfeti gereği herhangi bir şekilde tespit ettiği ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmesi gerekir²⁵⁹. Dolayısıyla muayene külfetinin yerine getirilmesine ilişkin olarak öncelikle sözleşmeye bakılarak belirlenen özel düzenlemelere uyulması gerekecektir. Bununla birlikte sözleşme ile muayene süresi, özenle yapılacak bir muayene için

²⁵² Burcuoğlu, s. 308; Erman (İnşaat), s. 134; Büyükay, s. 117; Kırmızı, s. 695.

²⁵³ Öz (İnşaat), s. 202; Burcuoğlu, s. 315-316; Erman (İnşaat), s. 134; Büyükay, s. 117; Gümüş, s. 57; Kırmızı, s. 695.

²⁵⁴ Öz (İnşaat), s. 202; Erman (İnşaat), s. 134; Büyükay, s. 117; Şenocak, s. 104; Seliçi, s. 143; Turanboy, s. 161; Uçar, s. 130; Gümüş, s. 51; Şahiniz, s. 107.

²⁵⁵ Öz (İnşaat), s. 202; Erman (İnşaat), s. 134; Büyükay, s. 117; Kırmızı, s. 695.

²⁵⁶ Öz (İnşaat), s. 202-203; Uçar, s. 260; Kırmızı, s. 695-696.

²⁵⁷ Tunçomağ, s. 1019; Burcuoğlu, s. 313; Uçar, s. 139; Büyükay, s. 120; Turanboy, s. 166; Kaya, s. 58; Yavuz (Ayıp), s. 770; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2482; Yener, s. 161; Celal, s. 129.

²⁵⁸ Tandoğan (Özel), s. 170; Şenocak, s. 113; Yener, s. 161; Celal, s. 136.

²⁵⁹ Tandoğan (Özel), s. 170; Şenocak, s. 113; Celal, s. 136; Gür, s. 67-68.

yeterli olmayacak derecede kısaltılmışsa, işlerin olağan akışına göre yeterli sayılabilecek süre, sözleşmede belirlenen kısaltılmış sürenin yerini almalıdır²⁶⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin ayıba karşı tefekkür hükümlerinden doğan haklarını kullanabilmesi için önemli olan, ayıbın yükleniciye bildirilmiş olmasıdır²⁶¹. Arsa sahibinin yapıyı inceleyerek muayene külfetini yerine getirmesi, ayıbı ortaya çıkarıp ayıp ihbarını zamanında yapabilmesi için, yani kendisi için önem taşır²⁶².

3. İhbar Külfeti

Arsa sahibinin bağımsız bölüm ve ortak yerleri muayene ettikten sonra tespit ettiği açık ayıpları (TBK m. 474/1) ve ayrıca olağan bir muayene ile tespit edilemeyen gizli ayıpları (TBK m. 477/3) yükleniciye ihbar etmesi (bildirmesi) gerekir²⁶³. Böylece arsa sahibi ayıba karşı tefekkürden doğan haklarını saklı tutmuş olacaktır²⁶⁴.

İhbar ile arsa sahibi yapıda bulunan ayıplar dolayısıyla sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmediğini ve bu ayıpları kabul etmediğini açıklamış olur²⁶⁵. Arsa sahibi ayıp ihbarı yaparken, tespit ettiği tüm ayıpları türü ve kapsamını da içerecek şekilde açıklamalıdır²⁶⁶. Genel hoşnutsuzluk ifadeleri içeren “inşaat ayıplıdır”, “inşaatı hiç beğenmedim” gibi ifadeler ayıp ihbarı için yeterli değildir²⁶⁷. Örneğin, “iki numaralı dairenin güney ön cephesindeki duvarda çatlaklar mevcut” gibi yüklenicinin anlayabileceği bir şekilde ayıbın bildirilmesi yeterli olacaktır²⁶⁸. Bu noktada ayrıca ayıpların teknik açıdan tüm ayrıntılarıyla açıklanması ya da sebebinin

²⁶⁰ Erman (İnşaat), s. 130; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 999; Öktem, s. 1951; Yavuz (Ayıp), s. 770; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2482; Seçer (Eser), s. 228; Yener, s. 161; Gür, s. 67.

²⁶¹ Seliçi, s. 145; Şenocak, s. 109.

²⁶² Seliçi, s. 145; Şenocak, s. 109.

²⁶³ Tandoğan (Özel), s. 172; Seliçi, s. 150; Uçar, s. 145; Şenocak, s. 121; Gümüş, s. 55; Büyükay, s. 119; Turanboy, s. 164; Şahiniz, s. 114.

²⁶⁴ Seliçi, s. 151.

²⁶⁵ Seliçi, s. 150-151; Celal, s. 137.

²⁶⁶ Burcuoğlu, s. 308; Uçar, s. 147; Erman (İnşaat), s. 138; Şenocak, s. 126; Gümüş, s. 56; Kocaağa (İnşaat), s. 159; Şahiniz, s. 121; Yener, s. 160-161.

²⁶⁷ Öz (İnşaat), s. 203; Seliçi, s. 151-152; Burcuoğlu, s. 307-308; Uçar, s. 148; Erman (İnşaat), s. 138; Şenocak, s. 126; Gümüş, s. 56; Turanboy, s. 165; Kartal, s. 81; Şahiniz, s. 121; Celal, s. 140; Coşkun, s. 577; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2483; Yener, s. 161; Sütçü, s. 700.

²⁶⁸ Şenocak, s. 126.

bildirilmesine gerek yoktur²⁶⁹. Zira inşaat işinde uzman olmayan arsa sahibinden ayıbın neden kaynaklandığını araştırmasını beklemek adil olmaz²⁷⁰. Bununla birlikte böyle bir zorunluluğu olmamasına rağmen, arsa sahibi ayıbın sebebinin de bildirmiş, ancak bu hususta yanılmış ise bunun bir önemi olmayacaktır²⁷¹. Yine ayıp ihbarı beyanında, arsa sahibinin ayıptan doğan hangi seçimlik hakkını kullanacağını belirtmesi de zorunlu olmayıp, haklarına ilişkin seçme beyanını sonradan ayıba karşı tefekkül zamanaşımı süresi içerisinde kullanması mümkündür²⁷².

TBK m. 474/1'e göre, arsa sahibinin yapıyı muayene ettikten sonra, ayıpları "uygun bir süre içinde" yükleniciye ihbar etmesi gerekmektedir. Anılan hükümde bahsi geçen ayıplardan kastedilen, olağan bir muayene ile tespit edilebilen açık ayıplardır²⁷³. Nitekim gizli ayıpların ihbarı yönünden ise kanunda ayrıca bir düzenleme mevcuttur; buna göre, TBK'nın 477/3 maddesi gereği, sonradan ortaya çıkan gizli ayıpların öğrenilmesinden itibaren "gecikmeksizin" yükleniciye ihbar edilmesi gerekir²⁷⁴. Bu noktada doktrinde baskın olan görüş, açık ayıpların hangi sürede yükleniciye ihbar edilmesi konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, gizli ayıplar için kanunda öngörülen gecikmeksizin (derhal) ihbar yapma zorunluluğunun, açık ayıplar için de kabul olunması gerektiğini savunmuştur²⁷⁵. Böylece maddeler arasındaki bütünlük sağlanacağı gibi, eser sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasındaki ayıp düzenlemelerine ilişkin büyük benzerliğin, muayene ve ihbar külfeti bakımından da geçerli olacağını benimseneceği belirtilmiştir²⁷⁶. Yine söz konusu görüşün kabulünün, ihbar külfetinin, mümkün olan en kısa zamanda ayıbın yükleniciye bildirilerek gerekli önlemlerin

²⁶⁹ Tunçomağ, s. 1021; Öz (İnşaat), s. 203; Tandoğan (Özel), s. 172; Seliçi, s. 152; Burcuoğlu, s. 307; BECKER, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551), (Çeviren: A. Suat Dura), Ankara 1993, s. 613; Uçar, s. 147-148; Erman (İnşaat), s. 138; Şenocak, s. 126; Turanboy, s. 165; Şahiniz, s. 121; Celal, s. 140; Yener, s. 160; Gür, s. 76.

²⁷⁰ Tunçomağ, s. 1021; Seliçi, s. 152; Uçar, s. 148; Turanboy, s. 165; Celal, s. 140; Gür, s. 76.

²⁷¹ Tandoğan (Özel), s. 172; Uçar, s. 148; Erman (İnşaat), s. 138; Şenocak, s. 126; Şahiniz, s. 121; Celal, s. 140-141.

²⁷² Öz (İnşaat), s. 204; Tandoğan (Özel), s. 173; Seliçi, s. 151; Burcuoğlu, s. 308; Uçar, s. 148-149; Karadaş, s. 241; Gür, s. 76.

²⁷³ Uçar, s. 149; Gümüş, s. 55.

²⁷⁴ Seliçi, s. 155; Uçar, s. 151-152; Büyükay, s. 119; Eren (Özel), s. 645-646; Şahiniz, s. 114; Sütçü, s. 702.

²⁷⁵ Seliçi, s. 152-153; Burcuoğlu, s. 309-310; Uçar, s. 149-150; Erman (İnşaat), s. 135; Şenocak, s. 121-122; Turanboy, s. 164; Celal, s. 144; Yener, s. 160.

²⁷⁶ Burcuoğlu, s. 310; Erman (İnşaat), s. 135-136.

alınabilmesine yönelik amacına uygun düşeceği de savunulmuştur²⁷⁷. Diğer bir görüşe göre ise, TBK m. 477/3 hükmü, TBK m. 474/1 hükmü ile çelişki oluşturacak şekilde gizli ayıplarda ihbarın, gizli ayıbın ortaya çıkmasından sonra gecikmeksizin yapılmasını aradığından, burada kanun koyucunun ihmalden kaynaklı örtülü bir kanun boşluğu mevcuttur²⁷⁸. Bu nedenle söz konusu bu boşluğun, gizli ayıp için kanunda yer alan “*gecikmeksizin*” ifadesinin, açık ayıplar için kanunda belirtilen “*uygun bir süre*” olarak okunması suretiyle doldurulması gerektiği belirtilmiştir²⁷⁹. Yargıtayın bu hususta yerleşik içtihatları ise, kanunda belirtildiği gibi, açık ayıpların, teslimden sonra, muayene sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıpların ise ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesi gerektiği yönündedir²⁸⁰.

Açık ve gizli ayıplar yönünden durum böyle olmakla birlikte, yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar yönünden ise, arsa sahibinin ihbar külfetini yerine getirmesi aranmamaktadır²⁸¹. Nitekim teslim esnasında ayıbı bildiği halde arsa sahibine bilgi

²⁷⁷ Seliçi, s. 152-153; Burcuoğlu, s. 310; Uçar, s. 150; Şenocak, s. 122.

²⁷⁸ Gümüş, s. 56; Şahiniz, s. 114.

²⁷⁹ Gümüş, s. 56; Şahiniz, s. 114.

²⁸⁰ Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2015/5300, K. 2015/7883 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “...Eğer, meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirmede farkedilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK m.359, TBK m.474); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (BK m. 362/III, TBK m.477/III)...”; Yarg. 23. HD, T. 16.01.2013, E. 2014/3678, K. 2015/294 (UYAP, E.T. 10.12.2019): “Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda 6098 sayılı TBK’nın 474 (818 sayılı BK’nın 359), gizli ayıplarda ise 6098 sayılı TBK’nın 477. (818 sayılı BK’nın 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, 6098 sayılı TBK’nın 475. (818 sayılı BK’nın 360.) maddesinde tanınan haklarını kullanabilir...Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (TBK m.474); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (TBK m. 477)...”; Yarg. 23. HD, T. 10.07.2012, E. 2012/2485, K. 2012/4785 (UYAP, E.T. 08.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 16.01.2013, E. 2012/5835, K. 2013/129 (UYAP, E.T. 08.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 13.02.2013, E. 2012/6100, K. 2013/784 (UYAP, E.T. 10.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/10945, K. 2015/291 (UYAP, E.T. 10.12.2019): “...Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (BK m. 362/III)...”; Yarg. 15. HD, T. 11.02.2002, 4859/633 [Duman (İspat), s. 489]: “...Dosya içerisinde olan İskenderun Sulh Hukuk Mahkemesinin 1999/175 D.İş sayılı tespit dosyasındaki ve bu dosyadaki bilirkişi raporları kapsamından ayıpların gizli bozukluk niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Ayıpların ortaya çıkması üzerine davacı tespit yaptırmış, daha sonrada bu davayı açmıştır. Bu durumda davacı iş sahibinin TBK’nın 477/son maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul etmek zorunludur. Mahkemece yanlış değerlendirme sonucu davanın reddedilmesi doğru olmamıştır...”

²⁸¹ Öz (İnşaat), s. 204; Burcuoğlu, s. 316; Uçar, s. 260; Şenocak, s. 124; Erman (İnşaat), s. 135; Gümüş, s. 56; Seçer (Eser), s. 231; Büyükay, s. 119; Şahiniz, s. 116; Yavuz (Ayıp), s. 769; Yener, s. 160; Kırmızı, s. 696.

vermeyerek gizleyen yüklenicinin kötü niyetli ve hileli bu davranışı karşısında, arsa sahibinden ihbar külfetini yerine getirmesini beklemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı gibi²⁸², bu halde yüklenici tarafından zaten bilinen bir ayıp için artık ihbarda bulunmanın bir anlamı da yoktur²⁸³. Zira TBK'nın 477/1 maddesinde de, arsa sahibinin yapıyı açıkça veya örtülü olarak kabul etmesine rağmen, yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar nedeniyle sorumluluğunun devam edeceği düzenlenmiştir²⁸⁴. Böylece arsa sahibi, yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar bakımından, herhangi bir ihbarda bulunmak zorunda kalmaksızın zamanaşımı sonuna kadar ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kullanabilecektir²⁸⁵. Ancak bu durumda arsa sahibinin, yüklenicinin ayıbı teslim sırasında kasıtlı olarak gizlediğini ispat etmesi gerekir²⁸⁶.

Bir diğer durum da, arsa sahibi tarafından başlangıçta farkına varılan, ancak önemsenmediği için ihbar edilmeyen ayıpların sonradan önemli boyutlara ulaşması halinde, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanıp kullanamayacağıdır²⁸⁷. Bu durumda doktrinde ikili bir ayırım yapılmaktadır: Eğer arsa sahibi başlangıçta farkına vardığı ayıbın sonradan bu boyutlara ulaşabileceğini ya da başka bir ayıba yol açabileceğini bilmesi gerekiyorsa, ayıptan doğan haklarını kullanamayacak; aksi durumda ise, yani bunu tahmin etmesi kendisinden beklenemiyorsa, sonradan ortaya çıkan bu ayıbı derhal ihbar etmek suretiyle ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir²⁸⁸.

²⁸² Seliçi, s. 203; Uçar, s. 260.

²⁸³ Öz (İnşaat), s. 204; Burcuoğlu, s. 316. Buna karşılık, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar için ihbar külfetinin yerine getirilmesi gerektiği görüşünde bkz. Gautschi, Art. 370, N. 8a (Seliçi, s. 202'den naklen).

²⁸⁴ Burcuoğlu, s. 316; Şenocak, s. 129; Yarg. 23. HD, T. 16.01.2013, E. 2012/5835, K. 2013/129 (UYAP, E.T. 08.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 13.02.2013, E. 2012/6100, K. 2013/784 (UYAP, E.T. 10.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/10945, K. 2015/291 (UYAP, E.T. 10.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/3678, K. 2015/294 (UYAP, E.T. 10.12.2019), Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2015/5300, K. 2015/7883 (UYAP, E.T. 26.11.2019): "...Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder..."

²⁸⁵ Öz (İnşaat), s. 204; Şahiniz, s. 116; Yener, s. 160.

²⁸⁶ Öz (İnşaat), s. 204.

²⁸⁷ Örneğin, en başta önemsenmeyen basit bir sıva çatlağının, temel duvarların ayrılmasının bir belirtisinin olduğunun anlaşılması gibi. Bkz. Seliçi, s. 154.

²⁸⁸ Öz (İnşaat), s. 203-204; Erman (İnşaat), s. 136; Büyükay, s. 120; Gür, s. 75. Doktrinde bir kısım yazarlar bu durumda, söz konusu ikincil ayıplara sebep olan asli ayıpların yükleniciye zamanında bildirilmemesinden dolayı yüklenicinin sorumluluktan kurtulduğunu, bu nedenle asli ayıpların giderilmesinin istenemeyeceğini belirtmişlerdir. Bkz. Burcuoğlu, s. 316; Uçar, s. 152; Şenocak, s. 128. Ancak çoğu zaman ikincil ayıbın giderilmesi asli ayıbın giderilmesine bağlı olduğu nazara alındığında, çözüme nasıl ulaşılabacaktır? Şenocak, çözüm olarak, ikincil ayıp giderilirken asli ayıbın da

Diğer taraftan, ihbar külfetine ilişkin yasal düzenlemelerin tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olması sebebiyle, taraflar sözleşme ile ihbar süresini değiştirebileceklerdir²⁸⁹. Dolayısıyla ihbar külfetinin yerine getirilmesi için öncelikle sözleşmeye bakılarak belirlenen süreye uyulması gerekecektir. Ancak sözleşme ile belirlen ihbar süresi, yukarıda da belirttiğimiz gibi²⁹⁰, özenle yapılacak bir muayene için yeterli olmayacak derecede kısaltılmışsa, işlerin olağan akışına göre yeterli sayılabilecek süre, sözleşmede belirlenen kısaltılmış sürenin yerini almalıdır²⁹¹. Yüklenicinin sözleşme ile imalat ve işçilik hatalarına karşı belli bir süre ile garanti vermesi durumunda ise, yüklenicinin garanti süresi içinde ayıbın giderilmesini sözleşme ile taahhüt etmiş olacağı ve bu nedenle ihbar süresinin garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı kabul edilebilir²⁹². Bu halde arsa sahibi ihbar külfetini hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olsa dahi, ayıba karşı tefekkürden doğan haklarını kullanabilecektir²⁹³. Yargıtay da bu görüştedir²⁹⁴.

giderilmesi gerekiyorsa, bunun masraflarının arsa sahibi tarafından karşılanması gerektiğini, aksi takdirde yüklenicinin ayıbı gidermeyi reddedebileceğini belirtmiştir. Bkz. Şenocak, s. 128.

²⁸⁹ Tunçomağ, s. 1019; Seliçi, s. 155-156; Burcuoğlu, s. 313; Uçar, s. 146; Erman (İnşaat), s. 136; Turanboy, s. 166; Celal, s. 139; Karadaş, s. 235.

²⁹⁰ Bkz. yukarıda III. Bölüm, I., C., 2. Muayene Külfeti.

²⁹¹ Tandoğan (Özel), s. 174-175; Uçar, s. 146; Turanboy, s. 167; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 999; Celal, s. 139; Seçer (Eser), s. 228.

²⁹² Erman (İnşaat), s. 137; Gümüş, s. 56; Büyükkay, s. 120; Şahiniz, s. 117-118; Selimoğlu, s. 182; Gür, s. 74; Coşkun, s. 579; Karadaş, s. 235; Sütçü, s. 728. Garanti süresinin kabulünün, ihbar süresinin uzatılması anlamına gelmeyeceği yönündeki görüş için bkz. Tunçomağ, s. 1019; Yener, s. 161; Becker, s. 612; Uçar, s. 146.

²⁹³ Şahiniz, s. 117-118; Selimoğlu, s. 182.

²⁹⁴ Yarg. 15. HD, T. 14.06.2017, E. 2016/3378, K. 2017/2560 (UYAP, E.T. 24.12.2019): “*Dava sözleşme tarihine göre uygulanması gereken 818 sayılı mülgâ BK'nın 355. ve devamı maddelerde düzenlenen ve konusu su, ısı ve ses izalosyonu ürünü ile mantolama yapılması işi olan eser sözleşmesine dayalı olarak ayıp giderim bedeline ilişkin açılmış alacak davasıdır. Eserde ortaya çıkan ayıplara ilişkin sözleşmede garanti hükmü bulunduğu takdirde ayıp ihbarına gerek bulunmadan garanti süresi içerisinde sorumluluk yükleniciye aittir...*” Yarg. 15. HD, T. 25.02.2019, E. 2018/542, K. 2019/792 (UYAP, E.T. 24.12.2019): “*...Taraflar arasında imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde öngörülen "eser sözleşmesi" ilişkisi kurulmuş olup, yüklenicinin edimi eseri iş sahibinin amacına, fen ve tekniğine uygun olarak teslim etmek iş sahibinin edimi ise iş bedelini ödemektir. Sözleşmede garanti şartı bulunması halinde yüklenici garanti süresi içerisinde ihbara gerek olmaksızın çıkacak ayıpları onarmak zorundadır. Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede iki yıllık garanti şartı bulunmakta olup davanın garanti süresinde açıldığı anlaşılmaktadır. Alınan bilirkişi raporunda ise yapılan imalatın kabul edilebilir imalat olmadığı belirtilmiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.*” Yarg. 15. HD, T. 02.10.2019, E. 2019/646, K. 2019/3736 (UYAP, E.T. 24.12.2019): “*...sözleşmenin 4. maddesinde yükleniciler tarafından, kullanılan malzemeler, üretilen malzemeler ve işçilik konusunda üç yıllık garanti verilmiş olup söz konusu ayıplar teslimden itibaren garanti süresi içerisinde ortaya çıktığı ve savunma ile davacıya bildirildiğinden ayıp ihbarı yapılmasına gerek olmaması sebebiyle teknik bilirkişiden yaptırılan delil tespitindeki bulgular ve mahallinde keşfen belirledikleri olgulara göre davalı iş sahibinin saptanan gizli ve açık ayıplar nedeniyle eseri reddetmeyerek halen kullandığı da gözetilerek teslim tarihi*

Ayıp ihbarı herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp²⁹⁵, her türlü delille ispatı mümkündür²⁹⁶. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu meydana getirilen taşınmaz yapının ekonomik olarak kapsam ve önemi dikkate alındığında, noter, taahhütlü mektup, kayıtlı e-posta gibi yazılı şekilde ihbarın tercih edilmesi, ispat kolaylığı açısından daha uygun olacaktır²⁹⁷. Muayene külfetinin yerine getirilmesi amacıyla mahkemeden delil tespiti talep edilmesi neticesinde, resmi bilirkişi raporunun yükleniciye tebliğ edilmesi veya arsa sahibinin ayıp nedeniyle doğrudan yüklenici aleyhine açtığı dava üzerine yükleniciye gönderilen tebligat da ayıbı ihbar olarak kabul edilmelidir²⁹⁸.

Ayrıca ayıp ihbarının süresinde yapılmadığını yüklenicinin ileri sürmesi gerekir²⁹⁹. Yüklenici böyle bir iddiada bulunmadığı sürece hâkim bunu kendiliğinden

itibariyle ayıpların giderim bedeli ya da tenzili gereken bedel miktarı konusunda gereçeli ve denetime elverişli rapor alınıp yüklenici alacağından düşülerek davanın sonuçlandırılması gerekirken sözleşmenin 4. maddesindeki garanti ve bu süre içerisinde ortaya çıkan ayıplarda ihbar zorunluluğu bulunmadığı gözden kaçırılarak yazılı miktarda kısmen kabul kararı verilmesi doğru olmamıştır.”; Yarg. 15. HD, T. 28.01.2015, 1955/442 [Duman (İspat), s. 135]: “Sözleşmede 1 yıl garanti verilmiştir. Garanti, eserdeki malzeme, imalat ve işçilikten kaynaklanan açık ve gizli ayıpları kapsar. Yüklenici, garanti vermekle iş sahibinin, açık ayıplar yönünden muayene ve ihbar yükümlülüğünü; gizli ayıplar yönünden de yine süresinde ihbar yükümlülüğünü kaldırmayı ve garanti süresi içindeki bu ayıpları gidermeyi peşinen kabul ve taahhüt etmiş demektir. Sözleşme konusu makine 16.11.2011 tarihinde teslim edildiğine göre 1 yıllık garanti süresinin bittiği 16.11.2012 tarihinden önce gönderilen 20.6.2021 tarihli ihtarla ayıplar bildirilmekle makinedeki ayıplardan davacı yüklenicinin sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki davacı, 2.7.2012 tarihli cevabi ihtarında, makinede çıkan ufak arızaların giderildiğini bildirmiş, böylece süresinde ayıp ihbarında bulunulduğunu da kabul etmiştir.”

²⁹⁵ Tandoğan (Özel), s. 173; Öz (İnşaat), s. 203; Seliçi, s. 151; Burcuoğlu, s. 307; Uçar, s. 153; Şenocak, s. 125; Erman (İnşaat), s. 137; Becker, s. 613; Eren (Özel), s. 645; Gümüş, s. 56; Turanboy, s. 165; Büyükkay, s. 121; Seçer (Eser), s. 229; Kaya, s. 58; Turut, s. 113; Şahin, s. 141; Kocağa (İnşaat), s. 158; Yener, s. 160; Gökyayla (Ek İş), s. 207; Kartal, s. 81; Dayınlarlı, s. 55; Celal, s. 141; Uygur (Borçlar), s. 2166; Coşkun, s. 578; Karadaş, s. 240; Duman (İspat), s. 133; Usta (Cezai Şart), s. 71-72; Gür, s. 76.

²⁹⁶ Burcuoğlu, s. 307; Uçar, s. 153; Gümüş, s. 56; Kartal, s. 81; Dayınlarlı, s. 55; Duman (İspat), s. 133; Coşkun, s. 578; Yarg. 23. HD, T. 04.12.2015, E. 2015/5300, K. 2015/7883 (UYAP, E.T. 26.11.2019): “...Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir...”

²⁹⁷ Seliçi, s. 151; Turanboy, s. 165; Kaya, s. 58; Turut, s. 113; Eren (Özel), s. 645; Yener, s. 160; Coşkun, s. 578; Usta (Cezai Şart), s. 72.

²⁹⁸ Seliçi, s. 151; Uçar, s. 153; Şahiniz, s. 117; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2483; Celal, s. 141-142; Seçer (Eser), s. 229-230. Bilirkişi raporunun yükleniciye tebliği halinde, arsa sahibinin yükleniciyi ayıptan sorumlu tutmak istediğine dair beyanının eksik olması nedeniyle, ihbar külfetinin yerine getirilmiş sayılamayacağı yönündeki görüş için bkz. Şenocak, s. 125.

²⁹⁹ Tandoğan (Özel), s. 176; Uçar, s. 153-154; Şenocak, s. 129; Erman (İnşaat), s. 139; Şahiniz, s. 122; Celal, s. 142; Kırmızı, s. 696; Usta (Cezai Şart), s. 73; GÜNAY, Erhan, Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, 2. Baskı, Ankara 2016 [Günay (Arsa)], s. 299.

göz önüne alamayacak³⁰⁰ ve bu halde ayıp ihbarı süresinde yapılmış gibi karar vermesi gerekecektir³⁰¹. Yüklenicinin ihbarın zamanında yapılmadığını ileri sürmesi halinde ise, ihbarın süresi içinde yapıldığını ispat yükü arsa sahibine ait olacaktır³⁰². Buna karşılık, yüklenici ihbar edilen ayıbın gizli değil, açık ayıp olduğunu iddia ediyorsa, ispat yükü bu defa kendisindedir³⁰³. Yüklenici tarafından ayıbın kasten gizlendiğini ise, yukarıda belirtildiği üzere, arsa sahibi ispat etmelidir³⁰⁴.

II. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Ortadan Kalktığı

Haller

A. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibine İsnat Olunması

TBK'nın "*işsahibinin sorumluluğu*" başlığını taşıyan 476. maddesinde, "*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz*", hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hükümde biri genel, diğeri özel olmak üzere yüklenicinin ayıptan sorumlu olmayacağı iki durumun düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, ayıbın

³⁰⁰ Tandoğan (Özel), s. 176; Uçar, s. 154; Şenocak, s. 129; Erman (İnşaat), s. 139; Şahiniz, s. 122; Coşkun, s. 577; Celal, s. 142; Selimoğlu, s. 145; Uygur (Borçlar), s. 2167; Kırmızı, s. 696; Karadaş, s. 234; Usta (Cezai Şart), s. 73; Duman (İspat), s. 133; Sütçü, s. 703; Günay (Arsa), s. 299.

³⁰¹ Uçar, s. 154; Şahiniz, s. 122; Celal, s. 142; Günay (Arsa), s. 299. Yarg. 15. HD, T. 22.02.1990, E. 1989/3070, K. 1990/736 (Karadaş, s. 234): "...Yüklenici kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde hâkim bu hususu kendiliğinden dikkate alamaz ve ayıp ihbarı yapılmış gibi yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir."

³⁰² Tandoğan (Özel), s. 176; Uçar, s. 154; Erman (İnşaat), s. 139; Gümüş, s. 57; Şahiniz, s. 122; Celal, s. 142; Coşkun, s. 578; Kırmızı, s. 696; Duman (İspat), s. 133; Sütçü, s. 701; Yarg. 23. HD, T. 25.03.2014, E. 2013/8181, K. 2014/2267 (UYAP, E.T. 24.12.2019): "...Açık ayıplar yönünden BK'nın 359. (TBK'nın 474.) maddesi uyarınca iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkân bulur bulmaz muayene ve ihbar mükellefiyeti bulunduğu ve davacı açık ayıplar yönünden süresinde ayıp ihbarında bulunduğunu kanıtlayamadığından, açık ayıplarla ilgili olarak tazminat talebinin reddi gerekir..."; Yarg. 23. HD, T. 31.01.2014, E. 2013/6424, K. 2014/637 (UYAP, E.T. 24.12.2019): "Bu durumda mahkemece, bilirkişi raporu ve ek raporu ile tespit edildiği üzere, dava konusu istinat duvarının projeye aykırı olarak yapıldığı ve ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu sonucuna varılarak, davacı arsa sahipleri tarafından, ayıbın ortaya çıktığı 06.07.2010 tarihinden sonra BK'nın 362/3. maddesinde öngörüldüğü şekilde gecikilmeksizin yükleniciye ihbarda bulunulduğunun iddia ve ispat olunmadığı, yargılama aşamasında yüklenici davalının bu yoldaki savunmasına karşı durulmadığı ve eseri bu şekilde kabul etmiş sayılacakları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanlılgı gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmamıştır." Buna karşılık Şenocak, ihbarın zamanında yapılmadığının ileri sürülmesi halinde, buna ilişkin ispat yükünün yükleniciye ait olması gerektiği görüşündedir. Bkz. Şenocak, s. 130.

³⁰³ Tandoğan (Özel), s. 176; Erman (İnşaat), s. 139; Şahiniz, s. 123; Duman (İspat), s. 453.

³⁰⁴ Öz (İnşaat), s. 204; Tandoğan (Özel), s. 176; Erman (İnşaat), s. 139; Şahiniz, s. 123.

herhangi bir sebeple arsa sahibine isnat edilebileceği hallerde yüklenicinin ayıptan sorumlu olmayacağı genel olarak belirtilmiş, özel bir durum olarak da ayıbın arsa sahibinin verdiği talimat sebebiyle ortaya çıkması durumu düzenlenmiştir³⁰⁵. Ancak yüklenicinin bu hükümden yararlanabilmesi için, anılan iki durumdan birinin bulunması tek başına yeterli olmayıp, gerek arsa sahibinin hatalı talimatından kaynaklanan gerekse de arsa sahibine herhangi bir şekilde isnat edilebilen ayıplar için arsa sahibini uyarma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması aranmaktadır³⁰⁶. Ayrıca hükümden anlaşılacağı üzere, bu maddenin uygulanabilmesi için, arsa sahibinin ayıbın doğumunda kusurlu bulunması şart olmayıp, ayıbın kendisine isnat edilebilir herhangi bir nedenle ortaya çıkması yeterlidir³⁰⁷.

Öncelikle kanunda özel bir durum olarak düzenlenen ayıbın arsa sahibinin verdiği talimattan kaynaklanması durumuna bakılacak olunursa, arsa sahibinin yükleniciye verdiği bu talimatın bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir³⁰⁸. Bağlayıcı nitelikte talimatlar genellikle kullanılacak malzemeye, işlerin sırasına, işin yapılma biçimine, alt yüklenicinin seçimine ilişkin olabilir³⁰⁹. Bu gibi talimatların genellikle sözleşmenin kuruluşundan sonra verildiği görülmekle birlikte, sözleşme metni içinde yer alması da mümkündür³¹⁰. Ancak sözleşmede bulunan bu yöndeki her anlaşmanın, doğrudan arsa sahibinin talimatı olduğu sonucuna varılmamalı, her somut olaydaki sözleşme, hal ve şartlar değerlendirilerek, en azından üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili teklifin arsa sahibinden geldiği anlaşılabilirse, kanunun aradığı anlamda bağlayıcı bir talimatın mevcut olduğu değerlendirilebilmelidir³¹¹. Arsa sahibinin bağlayıcı olmayan teklif, istek ve tavsiyeleri ise, TBK m. 476 anlamında talimat sayılmayacağından, yüklenicinin bu tür teklif, istek ve tavsiyelere

³⁰⁵ Tandoğan (Özel), s. 208; Burcuoğlu, s. 301; Uçar, s. 233; Erman (İnşaat), s. 160; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1000; Turut, s. 122; Şahiniz, s. 124.

³⁰⁶ Seliçi, s. 194; Coşkun, s. 595.

³⁰⁷ Öz (İnşaat), s. 198; Tandoğan (Özel), s. 208-209; Uçar, s. 234; Şenocak, s. 133; Erman (İnşaat), s. 160; Kocaağa (İnşaat), s. 145; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1000; Şahiniz, s. 124-125.

³⁰⁸ Uçar, s. 234; Şenocak, s. 137; Gümüş, s. 58; Kocaağa (İnşaat), s. 145; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 79; Şahiniz, s. 126; Celal, s. 217.

³⁰⁹ Tandoğan (Özel), s. 210; Uçar, s. 234-235; Şenocak, s. 137; Kocaağa (İnşaat), s. 145; Şahiniz, s. 126; Coşkun, s. 596.

³¹⁰ Şenocak, s. 137; Tandoğan (Özel), s. 210; Uçar, s. 235; Kocaağa (İnşaat), s. 145-146; Şahiniz, s. 126; Celal, s. 217; Coşkun, s. 596.

³¹¹ Şenocak, s. 137; Şahiniz, s. 126-127.

uyuması sonucu yapı ayıplı olarak meydana gelmişse, yüklenicinin bu ayıplardan dolayı sorumluluğu devam edecektir³¹².

Yine TBK m. 476'da anılan bu özel durumda, arsa sahibinin hatalı talimatından kaynaklanan ayıptan dolayı yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için diğer bir şart, yüklenicinin uyarma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır³¹³. Yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen, arsa sahibi talimatında ısrar ederse, artık yüklenici arsa sahibinin bu talimatından doğan ayıptan sorumlu olmayacak, dolayısıyla arsa sahibi ayıba karşı tefekkülden doğan haklarını kaybedecektir³¹⁴. Yüklenicinin söz konusu bu uyarı yükümlülüğü aynı zamanda genel özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak TBK'nın 472/3 maddesi ile de düzenleme altına alınmış olup, anılan hükme göre, yüklenicinin, yapının gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek herhangi bir durum ile karşılaşması halinde, durumu hemen arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir³¹⁵.

³¹² Tandoğan (Özel), s. 210; Şenocak, s. 137; Kocaağa (İnşaat), s. 145; Şahiniz, s. 126; Celal, s. 217.

³¹³ Şenocak, s. 137-138; Günel, s. 428; Erman (İnşaat), s. 160; Yarg. 15. HD, T. 21.03.2019, E. 2018/4689, K. 2019/1273 (UYAP, E.T. 12.01.2020): *Bu durumda istinaf mahkemesince yapılacak iş; konusunda uzman inşaat teknik bilirkişi kurulu vasıtası ile gerekirse mahallinde keşif yapılarak ve gerekli testler için numune alıp inceleme yaptırılarak davacının yapmış olduğu imalâtlardaki ayıp ve eksikliklerin neler olduğu, ayıp ve eksik iş var ise bunların giderim bedelinin tespit edilmesi, PVC doğramalarının 3 contalı yapılması gerekirken 2 contalı yapıp yapılmadığı, yapıldı ise bu durumda sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim edip etmediğinin ve sözleşme ve teknik özelliklere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imâlâtın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici, iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tartışılması ve sonucuna göre ihbar olunan yüklenicinin iş sahibinden iş bedeli alacağı olup olmadığının tespit edilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir.*

³¹⁴ Uçar, s. 241; Günel, s. 428; Şenocak, s. 137-138; Şahiniz, s. 127; Celal, s. 218; Coşkun, s. 596; Yarg. 15. HD, T. 14.01.2019, E. 2018/4893, K. 2019/129 (UYAP, E.T. 12.01.2020): *"...İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağına iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir."*

³¹⁵ Öz (İnşaat), s. 198-199; SEÇER, Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD, C. 11, S. 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 727-754 [Seçer (Bildirim)], s. 728-729; GÖKYAYLA, Emre, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSÜHFD, S. 1, Y. 2002, s. 785-805 [Gökyayla (Özen)], s. 796; Becker, s. 605; Usta (Cezai Şart), s. 58; Yarg. 15. HD, T. 11.02.2019, E. 2018/3703, K. 2019/508 (UYAP, E.T. 12.01.2020): *"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/III. maddesinde belirtildiği gibi; eseri meydana getirirken iş sahibinin gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşıldığında, eserin gereği gibi veya süresinde*

Yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğinden bahsedebilmek için ise, yüklenicinin talimata uyduğu takdirde yapıda bir ayıp meydana gelebileceğini açıkça arsa sahibine bildirmesi gerekir³¹⁶. Yüklenici bu uyarısını, genel eleştiri havasında veya belirsiz bazı kaygıların ifade edilmesi şeklinde değil, talimata uyulması halinde meydana gelebilecek zararları açıkça ortaya koyacak şekilde yerine getirmelidir³¹⁷. Nitekim sözleşmenin uzman tarafı olmayan arsa sahibi, yüklenicinin kendisini bilgilendirdiği şekliyle durumu değerlendirip bir karar verecektir. Yani burada önemli olan, talimata uyulması halinde yapıda ayıp oluşacağı arsa sahibince anlaşılabilirliği şeklinde uyarının yapılmış olmasıdır³¹⁸. Bununla birlikte, uyarı içeriğinde, talimatta ısrar edilirse sorumluluk kabul edilmeyeceğinin ayrıca belirtilmesine ise gerek bulunmamaktadır³¹⁹. Nitekim kanunda böyle bir şart öngörülmediği gibi³²⁰, açıklayıcı uyarıya rağmen rizikoyu üzerine alarak talimatında ısrar eden arsa sahibinin artık bunun sonucuna da katlanması gerekir³²¹.

yapılmasını tehlikeye düşüren durumu hemen iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır...”; Yarg. 15. HD, T. 22.11.2018, E. 2018/385, K. 2018/4618 (UYAP, E.T. 12.01.2020): “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesi üçüncü fıkrasında eser sözleşmelerinde yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü düzenlenmiş olup, eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı hükmü getirilmiştir. Bu madde hükmünce yüklenicinin sorumlu tutulacağı zarar, uyarı görevi yerine getirilmiş olması halinde uğranılmayacak olan zarardır.”

³¹⁶ Şenocak, s. 140; Erman (İnşaat), s. 160; Kocağa (İnşaat), s. 147; Şahiniz, s. 127; Coşkun, s. 595.

³¹⁷ Seliçi, s. 194; Uçar, s. 239; Erman (İnşaat), s. 160; Kocağa (İnşaat), s. 147; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 81; Turanboy, s. 181; Şahiniz, s. 127; Yarg. 15. HD, T. 13.04.1978, 822/778 (Karadaş, s. 231): “Kural olarak, yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Ancak kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Ancak yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil, açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK. m. 361 gereğince sorumlu tutulur. Özet olarak gerekli olan yüklenicinin talimata uyması halinde eserin bozuk olacağını iş sahibine bildirmesi, bu noktada onun dikkatini çekmesidir.”

³¹⁸ Uçar, s. 239; Seçer (Bildirim), s. 739.

³¹⁹ Tandoğan (Özel), s. 211; Uçar, s. 240; Erman (İnşaat), s. 160; Gümüş, s. 59; Günel, s. 428; Şahiniz, s. 127; Coşkun, s. 595. Aksi yöndeki görüş için bkz. Seliçi, s. 194; Kocağa (İnşaat), s. 147; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 81; Turanboy, s. 182.

³²⁰ Tandoğan (Özel), s. 211; Uçar, s. 240; Şahiniz, s. 127.

³²¹ Uçar, s. 240.

Yükleniciden uyarısını gerçekleştirirken herhangi bir şekil şartına bağlı kalması da beklenmemektedir; sözlü veya yazılı olarak uyarıda bulunabilir³²². Yazılı şekilde yapması kendisine ispat kolaylığı sağlar³²³. Nitekim uyarının yapıp yapılmadığına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, uyarının yapıldığını yüklenicinin ispat etmesi gerekecektir³²⁴. Ayrıca uyarının bizzat arsa sahibine veya onun yetkili temsilcisine yapılması gerekir³²⁵.

Diğer taraftan, talimatı veren arsa sahibinin veya onun yetkili temsilcisinin de talimat verilen konuda uzman olması halinde, yüklenici verilen talimatın yanlışlığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, uyarı yükümlülüğü bulunmamaktadır³²⁶. Böyle bir durumda yüklenicinin verilen talimatın doğru olduğu varsayımıyla hareket etmeye hakkı olduğu söylenebilir³²⁷. Ancak somut olayda, yüklenicinin kendi bilgi ve tecrübesine göre, söz konusu talimatın yine de yanlış olduğunu bilmesi ya da bilmesinin gerektiği kabul edilebiliyorsa, uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir³²⁸. Özellikle de, talimatın yanlışlığının göze çarpıcı şekilde açık olduğu veya yüklenicinin uzmanlık derecesinin arsa sahibininkinden daha fazla olduğu hallerde durum böyledir³²⁹.

Yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirmesinden sonra ise, iyi niyet kurallarına göre uygun bir süre beklemesi yerinde olur³³⁰. Bununla birlikte makul bir süre beklemesine rağmen, arsa sahibinin cevap vermemesi, susması halinde, vermiş olduğu talimatta ısrar ettiğinin anlaşılması gerektiği kabul olunmaktadır³³¹. Arsa sahibinin uyarıya rağmen, talimatında ısrar

³²² Tandoğan (Özel), s. 211; Seliçi, s. 194; Uçar, s. 240; Şenocak, s. 141; Erman (İnşaat), s. 160-161; Kocaağa (İnşaat), s. 147; Turanboy, s. 182; Seçer (Bildirim), s. 739-740; Şahiniz, s. 127.

³²³ Seliçi, s. 194; Uçar, s. 240; Erman (İnşaat), s. 161.

³²⁴ Seliçi, s. 198; Uçar, s. 241; Erman (İnşaat), s. 162; Kocaağa (İnşaat), s. 149; Turanboy, s. 183; Şahiniz, s. 135.

³²⁵ Tandoğan (Özel), s. 211; Uçar, s. 238; Şenocak, s. 141; Kocaağa (İnşaat), s. 147; Seçer (Bildirim), s. 740; Celal, s. 219; Coşkun, s. 595.

³²⁶ Tandoğan (Özel), s. 213; Uçar, s. 241; Şenocak, s. 139; Erman (İnşaat), s. 161; Şahiniz, s. 128; Coşkun, s. 595.

³²⁷ Şenocak, s. 139; Kocaağa (İnşaat), s. 147; Yener, s. 171.

³²⁸ Tandoğan (Özel), s. 213-214; Uçar, s. 241-242; Şenocak, s. 140; Erman (İnşaat), s. 161; Kocaağa (İnşaat), s. 147; Şahiniz, s. 128-129; Yener, s. 171-172.

³²⁹ Şenocak, s. 140; Tandoğan (Özel), s. 214; Seliçi, s. 197-198; Şahiniz, s. 129.

³³⁰ Tandoğan (Özel), s. 212-213; Seliçi, s. 196; Uçar, s. 241; Şenocak, s. 141; Erman (İnşaat), s. 162; Turanboy, s. 182; Coşkun, s. 595.

³³¹ Seliçi, s. 196; Uçar, s. 241; Erman (İnşaat), s. 162; Turanboy, s. 182.

ettiği anlaşılıyorsa, artık meydana gelebilecek ayıptan da kendisinin sorumlu olması gerekecektir³³².

TBK m. 476'da genel bir düzenleme olarak karşımıza çıkan ve yüklenicinin ayıptan sorumlu olmayacağını belirtildiği diğer bir durum ise, ayıbın herhangi bir sebeple arsa sahibine isnat edilebileceği hallerdir. Yapıdaki ayıbın arsa sahibine isnat edilebileceği hallere ise sayısız şekilde rastlanması mümkün olmakla birlikte, bu kapsamda yapının ayıplı olmasına uygulamada daha çok arsa sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olması³³³, arsa sahibinin hazırlattığı plan, proje ve diğer

³³² Uçar, s. 241; Turanboy, s. 182; Turut, s. 122; Yener, s. 172; Kaya, s. 61.

³³³ Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünün düzenleme altına alındığı TBK m. 472/3'teki, "Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmese bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur" şeklindeki düzenleme ile de arsa sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olması durumunun, yüklenicinin genel uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi gereken hallere örnek olarak sayıldığı görülmektedir. Yarg. 15. HD, T. 18.04.2019, E. 2018/2944, K. 2019/1865 (UYAP, E.T. 12.01.2020): "Dava, eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi talebine ilişkindir. Davacı kooperatif arsa sahibi, davalı şirket ise yüklenicidir...Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; taraflar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsa içerisinde ASKİ'ye ait içme suyu hattının geçtiğinin ve bu hattın deplase edilmesinin de uzun zaman alacağını ve bu boruların bulunması nedeniyle davaya konu arsa üzerine 7 bloktan 3 tanesinin yapılamayacağını Belediye yazısı ile sabit olduğu, bu hali ile 18.03.2013 tarihli ek sözleşmede öngörülen temel betonlarının atılması ve zemin kat tavanlarının yapılmasının, arsa sahibince fiziki ve hukuki ayıpsız olarak arsanın teslim edilmemesi nedeniyle imkânsız olduğu ve bu durumun sözleşme imzalandığı sırada tapu kaydında yer almaması nedeniyle yüklenici şirket tarafından bilinmesinin mümkün bulunmadığı, yüklenicinin bu hususu bilerek sözleşmeyi imzaladığı hususunun davacı arsa sahibince ispatlanmadığı anlaşılacakla davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamıştır."; Yarg. 15. HD, T. 11.02.2019, E. 2018/3703, K. 2019/508 (UYAP, E.T. 12.01.2020): "...Öte yandan aynı Yasa'nın 472/III. maddesinde belirtildiği gibi; eseri meydana getirirken iş sahibinin gösterdiği yerin ayıplı 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."; Yarg. 15. HD, T. 03.12.2017, E. 2006/4121, K. 2007/7713 (UYAP, E.T. 12.01.2020): "Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan ruhsatsız, imara aykırı ve kaçak olarak yapılan binanın depremde ağır hasar görüp yıkılması nedeniyle uğranılan zararın yüklenici ve proje müellifinden tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece inşaat tapusuz yerde ruhsatsız ve kaçak yapılar için inşaat ruhsatı alınması zorunludur. Sözleşmede inşaat ruhsatı alma yükümlülüğünün kime ait olduğu belirtilmediği gibi arsa sahibi tarafından yükleniciye bu konuda vekâletname verildiği de ileri sürülüp kanıtlanmamıştır. Bu halde inşaat ruhsatı alma görevi arsa sahibine ait ise de; davalı yüklenici işinin ehli basiretli bir tacir gibi eseri fen ve teknik kurallara göre

teknik belgelerdeki yanlışlığın yapıda ayba yol açması, arsa sahibinin yardımcı şahsı durumundaki mimar ve mühendislerin veya arsa sahibinin tavsiye ettiği alt yüklenicinin işini ayıplı yapması durumlarında rastlanılmaktadır³³⁴.

Arsa sahibine isnat edilebilecek bu gibi hallerden dolayı yapının ayıplı olacağının anlaşılması durumlarında da, yüklenici bu ayıplardan sorumlu olmak istemiyorsa, bu ayıpları gecikmeksizin arsa sahibine bildirmeli, yani yine uyarma yükümlülüğünü yerine getirmelidir³³⁵. Yüklenicinin söz konusu bu uyarı yükümlülüğünün içeriği, uyarıyı kime ve ne şekilde yapacağı hususlarında, arsa sahibinin hatalı talimatı dolayısıyla uyarma yükümlülüğüne ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerli olup, tekraren anlatılmasına gerek görülmemiştir.

meydana getirmeyi üstlendiğinden ruhsatsız, imara aykırı ve kaçak inşaat yapılamayacağını bilmesi gerekir. Yüklenici BK'nın 357. maddesi hükmüne göre ruhsatsız, imara aykırı ve kaçak inşaat yapılamayacağına dair uyarı görevini yerine getirmediği inşaat başlanmamalı ve sürdürmemelidir. Aksi halde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici sonuçlarından sorumlu olur. Bu durumda mahkemece davalı yüklenicinin uyarı görevini yerine getirip getirmediği araştırılarak, yerine getirdiğinin kanıtlanamaması durumunda davacı arsa sahipleri ödedikleri iş bedelini geri istemekte haklı olacaklarından bu miktarın saptanarak yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir."

³³⁴ Tandoğan (Özel), s. 208; Seliçi, s. 190; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1000.

³³⁵ Kocaağa (İnşaat), s. 148; Karadaş, s. 231; Şahiniz, s. 131; Yarg. 15. HD, T. 14.01.2019, E. 2018/4893, K. 2019/129 (UYAP, E.T. 12.01.2020): "6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 472/3 ve 476/3 maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik resimlere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imalâtin bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, doğacak sonuçlardan kurtulamaz...Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda inşaat alanında stabilize dolgu malzemesinin sıkıştırılması işinin davacı iş sahibi tarafından yapıldığı, bu imalâtin iyi yapılmaması nedeniyle sonradan ortaya çıkan ayıplardan davalı-karşı davacı yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş, mahkemece bu görüş benimsenerek hüküm kurulmuş ise de davalı-karşı davacı kendisinin yapacağı imalâtlarda, iş sahibinin yaptığı dolguların hatalı olması nedeniyle sonradan oluşabilecek hasarlar ile ilgili uyarı görevini yerine getirdiğini kanutlayamadığından bilirkişilerden alınacak ek rapor ile bu nedenle davacı-karşı davalının uğradığı zararın tespit ettirilip taleple bağlı kalınarak hüküm altına alınması gerekirken hatalı hukuki yorum ile asıl davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir."; Yarg. 15. HD, T. 10.10.2019, E. 2019/2734, K. 2019/3837 (UYAP, E.T. 14.01.2020): "Somut olayda mahkemece hükme esas alınan raporda davacı iş sahibi idare ile dava dışı proje müellifi şirket de yüklenici ile birlikte kusurlu bulunmuştur. Oysa davalı yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği işi fen, sanat ve tekniğine uygun olarak yapma yükümlülüğü kapsamında proje hataları da dahil olmak üzere iş sahibi idareyi uyarma yükümlülüğü vardır. Dosya kapsamında yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünü ve uyarı görevini yerine getirdiğine ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı gibi, davalı tarafça da proje hatalarıyla ilgili iş sahibine uyarının yapıldığı kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece kusurun tamamen yüklenicide olduğunun kabulü ile davanın kabulüne karar verilmesi gerek iken, kısmen kabulü doğru olmamış, açıklanan nedenlerle hükmün bozulması uygun bulunmuştur."

Bunun dışında, yapıdaki ayıbın hem arsa sahibinden hem de yükleniciden kaynaklanması durumuna da değinmek gerekir. TBK'nın 476. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi ve dolayısıyla yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun ortadan kalkması için, arsa sahibine isnat edilen ayıbın doğumuna onun katkısının yalnız başına etkili olacak derecede ağır basması gerekir³³⁶. Ancak ayıbın her iki tarafın da katkısı sonucu oluştuğunun anlaşılması halinde³³⁷, yüklenicinin sorumluluktan kurtulamayacağı, yani arsa sahibinin bu durumda ayıptan doğan haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir³³⁸. Fakat dürüstlük kuralı gereği, doktrinde haklı olarak, arsa sahibinin bu haklarını kullanmasına bir sınırlama getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür; buna göre, TBK'nın 52/1 hükmü kıyasen uygulanarak, yüklenicinin sorumluluğundan arsa sahibinin müterafik (birlikte) kusuru sebebiyle indirim yapılmalıdır³³⁹. Bu bağlamda, yüklenicinin sorumluluğundan ne oranda indirim yapılacağı TBK'nın 52/1 maddesi gereği hâkimin takdir yetkisinde olmak üzere, bedelden indirim hakkının talebi halinde, bedelden daha az bir indirim yapılması; ayıbın giderilmesini isteme hakkının talebi halinde, ayıbın giderilmesine ilişkin masrafların bir kısmına da arsa sahibinin katlanması; sözleşmeden dönme hakkının talebi halinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için özel şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin kararda müterafik kusurun göz önüne alınması, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu karar verilmesi halinde ise kendisine iade edilmesi gereken bedelden uygun bir indirim yapılması; ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazmini hakkının talebi halinde de, yine yüklenicinin ödemekle yükümlü olacağı tazminattan indirim yapılması gerekecektir³⁴⁰.

B. Ayıplı Yapının Arsa Sahibince Kabul Edilmiş Olması

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıran bir diğer durum ise, arsa sahibince yapının (kendi payına düşen bağımsız bölüm ve ortak yerlerin)

³³⁶ Tandoğan (Özel), s. 209; Seliçi, s. 190; Uçar, s. 234; Şenocak, s. 134; Kocaağa (İnşaat), s. 144; Turut, s. 122-123; Şahiniz, s. 125; Yalçınduran, s. 114; Coşkun, s. 596.

³³⁷ Bu duruma ilişkin ortak sebep olarak, yapıdaki ayıbın bir taraftan arsa sahibi tarafından verilen yanlış talimattan, diğer taraftan yüklenici tarafından sağlanan malzemedeki ayıptan kaynaklanması örnek olarak verilebilir. Bkz. Gauch, Werkvertrag, Nr. 2051 (Şenocak, s. 146-147'den naklen).

³³⁸ Öz (İnşaat), s. 199; Şenocak, s. 145; Tandoğan (Özel), s. 209; Seliçi, s. 190; Uçar, s. 237; Kocaağa (İnşaat), s. 149; Eren (Özel), s. 639; Celal, s. 216-217; Şahiniz, s. 135.

³³⁹ Öz (İnşaat), s. 199; Uçar, s. 237; Şenocak, s. 145; Kocaağa (İnşaat), s. 149; Şahiniz, s. 135; Eren (Özel), s. 639; Celal, s. 217; Coşkun, s. 596; Gauch, Nr. 1479-1482 [Tandoğan (Özel), s. 209'dan naklen].

³⁴⁰ Şenocak, s. 145-146; Kocaağa (İnşaat), s. 149-150; Şahiniz, s. 136.

kabul edilmiş olmasıdır³⁴¹. Kabul, arsa sahibinin, yüklenicinin yaptığı işin sözleşmeye uygun olduğuna ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir irade açıklaması olup³⁴², bu yöndeki kabul beyanıyla birlikte arsa sahibinin ayıba karşı tefekkürden doğan hakları ortadan kalkmaktadır³⁴³.

Kabul beyanı, açık veya zımni olarak yapılabilir³⁴⁴. Arsa sahibinin yükleniciye yapıdan memnun olduğuna dair bir e-posta göndermesi halinde açık kabulden bahsedilebilirken³⁴⁵, ayıbı bilmesine rağmen uzun süre ses çıkarmaksızın onu kullanması ise zımni kabule örnek olarak verilebilir³⁴⁶. Ayrıca TBK'nın 477/2. maddesindeki "*İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.*" şeklindeki düzenleme ile arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemesine de, yapının zımnen kabul edilmesi sonucunun bağlandığı görülmektedir³⁴⁷. Ancak bu hususta açık ve gizli ayıplar için ayırım yapılması gerekmektedir.

Açık ayıplar, usulüne uygun olağan bir muayene sonucu fark edilebilecek ayıplar olup, bu ayıplara yönelik olarak arsa sahibi yapıyı muayene ve ihbar ile yükümlüdür³⁴⁸. Bu nedenle muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesine bağlanan zımnen kabul sonucu, sadece açık ayıplar yönündendir ve dolayısıyla bu halde yüklenici sadece açık ayıplar için sorumluluktan kurtulacaktır³⁴⁹. Gizli ayıplar yönünden ise, arsa sahibinin herhangi bir muayene külfeti bulunmamaktadır³⁵⁰. Zira gizli ayıplar, olağan bir muayene ile anlaşılabilen, ancak zaman içinde veya

³⁴¹ Uçar, s. 251; Bilge, s. 261; Günel, s. 428; Şahiniz, s. 123.

³⁴² Tandoğan (Özel), s. 217; Uçar, s. 253; Erman (İnşaat), s. 163; Günel, s. 429; Ayan, s. 50; Gümüş, s. 57; Seliçi, s. 199; Seçer (Eser), s. 231; Karahasan (C. 1), s. 264; Turanboy, s. 183; Şahiniz, s. 123-124; Turut, s. 123; Gür, s. 36; Coşkun, s. 580.

³⁴³ Öz (İnşaat), s. 205; Tandoğan (Özel), s. 218; Seliçi, s. 199; Burcuoğlu, s. 303; Uçar, s. 252; Turanboy, s. 183; Eren (Özel), s. 640; Yener, s. 172; Celal, s. 231; Coşkun, s. 580; Kaplan, s. 131; Kaya, s. 61.

³⁴⁴ Erman (İnşaat), s. 163; Turanboy, s. 183; Artukmaç, s. 41; Turut, s. 123.

³⁴⁵ Tunçomağ, s. 1021; Tandoğan (Özel), s. 217-218; Burcuoğlu, s. 303; Turanboy, s. 183; Artukmaç, s. 41-42; Turut, s. 123; Coşkun, s. 580; Karahasan (C. 1), s. 264.

³⁴⁶ Tunçomağ, s. 1021; Tandoğan (Özel), s. 218; Burcuoğlu, s. 303; Uçar, s. 254; Kocaağa (İnşaat), s. 151; Artukmaç, s. 42; Günel, s. 429; Turut, s. 123; Coşkun, s. 580; Kaya, s. 62.

³⁴⁷ Tunçomağ, s. 1022; Burcuoğlu, s. 303-304; Tandoğan (Özel), s. 218; Erman (İnşaat), s. 164; Kocaağa (İnşaat), s. 151; Eren (Özel), s. 641; Günel, s. 429; Şahiniz, s. 124; Kaplan, s. 133; Karahasan (C. 1), s. 264; Gür, s. 37.

³⁴⁸ Uçar, s. 253-254.

³⁴⁹ Seliçi, s. 199; Tandoğan (Özel), s. 217; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1000; Uçar, s. 254; Erman (İnşaat), s. 165; Coşkun, s. 580.

³⁵⁰ Uçar, s. 257; Öz (İnşaat), s. 202; Burcuoğlu, s. 315; Erman (İnşaat), s. 134; Büyükkay, s. 117; Gümüş, s. 55, 57.

kullanımla ortaya çıkabilen ayıplardır. Ancak her ne kadar muayene külfeti bulunmasa da, açık ayıplarda olduğu gibi, gizli ayıplar için de ihbar külfeti bulunmaktadır³⁵¹. Bu nedenle arsa sahibinin gizli ayıbı öğrenir öğrenmez derhal ihbar külfetini yerine getirmemesi halinde, bu defa gizli ayıplar için de zımnen kabul sonucu ortaya çıkacaktır³⁵².

Yüklenicinin teslim sırasında bildiği, ancak arsa sahibine bilgi vermeyerek bilinçli olarak gizlediği ayıplar bakımından ise, yapının kabulü yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır³⁵³. Nitekim bu ayıplardan yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için, muayene ve ihbar külfeti aranmamaktadır; bu halde arsa sahibinin, teslim sırasında ayıbın yüklenici tarafından kasten gizlendiğini ispat etmesi yeterlidir³⁵⁴.

³⁵¹ Seliçi, s. 202; Uçar, s. 145; Şenocak, s. 121; Gümüş, s. 55; Turanboy, s. 164; Şahiniz, s. 114.

³⁵² Tunçomağ, s. 1023; Tandoğan (Özel), s. 220; Seliçi, s. 202; Erman (İnşaat), s. 168; Gümüş, s. 57; Turut, s. 124; Celal, s. 235; Coşkun, s. 581; Kaya, s. 62; GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015 [Günay (Şerh)], s. 1379; Yarg. 23. HD, T. 13.02.2017, E. 2015/8033, K. 2017/367 (UYAP, E.T. 26.01.2020): " *Dava, ortak alanlar ve arsa sahiplerine düşen bağımsız bölümlerdeki eksik ve ayıplı işlerin bedeline ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de yapılan inceleme ve araştırma hüküm kurmak için yeterli değildir. Açık ayıplar, eserin fiilen ve hukuken tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre, imkan bulunur bulunmaz, arsa sahiplerince eserin gözden geçirilmesini takiben uygun sürede yükleniciye bildirilmek zorundadır (TBK 474/1). Aksi halde, arsa sahibinin bu tür ayıplar yönünden eseri kabul ettiği farzedilir (TBK 477). Gizli ayıp ise, kullanma ile ortaya çıkan veya yüklenici tarafından gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında farkedilemeyecek olan ayıplardır. Arsa sahibi yapıyı fiilen ve hukuken teslim aldıktan sonra bu yönde bir ayıbı tespit etmesi halinde gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmelidir. Aksi takdirde eseri bu haliyle kabul etmiş sayılır. Yapıdaki eksik işler bedeli ise itirazi kayda ve ayıp ihbarına gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde talep edilebilir.*"

³⁵³ Tandoğan (Özel), s. 220; Burcuoğlu, s. 304; Büyükay, s. 113; Kocaağa (İnşaat), s. 150; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1000; Günel, s. 429; Celal, s. 345; Coşkun, s. 580; Gür, s. 38; Yarg. 23. HD, T. 20.10.2016, E. 2016/1100, K. 2016/4633 (UYAP, E.T. 10.12.2020): " *Somut olayda, davacı arsa sahibi 31.12.2021 tarihli tutanakla kendisine düşen daireleri teslim almış, bu tutanakta dairelerin süresinde, anlaşma şartlarına uygun ve eksiksiz olarak teslim alındığı belirtilmiş ve mahkemece, bu belgeye dayalı olarak yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirdiği, dairelerde eksik ya da ayıplı iş bulunmadığı sonucuna varılmıştır. İbraname niteliğindeki bu belge, eksik işler ve açık ayıplar yönünden yükleniciyi sorumluluktan kurtarsa da, eserin teslimi sırasında, kasten saklanan bozukluklar ve usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar yönünden yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Bu durumda mahkemece, uzman bilirkişi kurulu refakatinde mahallinde keşif ve inceleme yapılarak, tazminat konusu yapılan kalemler tek tek değerlendirilip, bunların ayıplı iş mi, yoksa eksik iş mi, ayıplı işlerin ise gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğunun belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.*"; Yarg. Ticaret Dairesi. 14.6.1957, 2225/1523 (Artukmaç, s. 44): " *Borçlar Kanununun 362 nci maddesinde açıklandığı gibi her ne kadar yapılan şeyin açıkça veya zımnen kabulünü müteakip müteahhidin her türlü sorumluluktan kurtulması gerekmekte ise de aynı maddenin 2 nci fıkrasında müteahhidin kasden sakladığı veya usulüne uygun muayenesi sonucu görülemeyecek kusurları hakkındaki sorumlulukları bakidir...*"

³⁵⁴ Açık, gizli ve kasten gizlenen ayıplar yönünden muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine ilişkin açıklamalarımız için ayrıca bkz. yukarıda III. Bölüm, I., C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olması.

Yüklenicinin kabule rağmen ayıp dolayısıyla sorumluluktan kurtulamayacağı bir diğer hal de, kabul sırasında bazı ayıplarının giderilmesinin arsa sahibi tarafından saklı tutulmuş olmasıdır³⁵⁵. Bu halde, arsa sahibinin söz konusu ayıpların giderilmesine ilişkin hakkı kabulden etkilenmeyecektir³⁵⁶.

Diğer yandan, yapıdaki ayıpların arsa sahibi tarafından bilinmesine rağmen, yapının mevcut haliyle teslim alınmasının, ayıpların kabul edildiği anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir³⁵⁷. Nitekim teslim ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için bir ön koşul olup³⁵⁸, arsa sahibi teslimi takiben bildirimde bulunarak ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi içinde kullanabilecektir³⁵⁹. Bu nedenle yapının teslim alınmasıyla kabul edildiği sonucuna varılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte doktrinde, arsa sahibinin teslim almadaki tutumunun, yüklenicide ayıptan doğan haklarından vazgeçtiğine dair haklı bir güven oluşturması halinde, kabulün gerçekleşmiş olacağı belirtilmektedir³⁶⁰.

Yapının arsa sahibi tarafından kabul edildiğinin ve bu nedenle ayıba karşı tefekkül hükümlerinden doğan sorumluluğun sona erdiğinin ispat yükü ise, yükleniciye düşmektedir³⁶¹.

C. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması

Teslim edilen bağımsız bölümlerin ayıplı olması ve bu ayıplara ilişkin muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi üzerine, arsa sahibinin TBK m. 475'te yer alan seçimlik hakları doğmuş olacaktır³⁶². Ancak bu hakların kullanılması da, TBK m. 478'te düzenlenen zamanaşımı süreleri ile sınırlandırılmış olup³⁶³, söz

³⁵⁵ Tandoğan (Özel), s. 218; Burcuoğlu, s. 305; Uçar, s. 255; Günel, s. 429; Gür, s. 37.

³⁵⁶ Tandoğan (Özel), s. 218; Burcuoğlu, s. 305.

³⁵⁷ Öz (İnşaat), s. 205; Büyükay, s. 115; Turut, s. 123; Gür, s. 37.

³⁵⁸ Uçar, s. 90; Gür, s. 38; Yener, s. 158.

³⁵⁹ Öz (İnşaat), s. 205; Büyükay, s. 115.

³⁶⁰ Öz (İnşaat), s. 205; Erman (İnşaat), s. 166. Bu durumda arsa sahibi mevcut ayıbı bilmesine rağmen yapıyı ihtirazı kayıtsız teslim almışsa, teslim sırasında bu yönde ihtirazı kayıt ileri sürmemesi ayıptan doğan haklarını kullanmayacağına dair yüklenicide haklı bir güven oluşturduğu, sonradan buna aykırı hareketinin ise çelişkili davranış teşkil ettiği belirtilmektedir. Bkz. Erman (İnşaat), s. 165-166.

³⁶¹ Öz (İnşaat), s. 205; Büyükay, s. 115.

³⁶² Öz (İnşaat), s. 223; Gür, s. 158.

³⁶³ Öz (İnşaat), s. 223.

konusu sürelerin geçmesiyle yüklenici zamanaşımı defini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir³⁶⁴.

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunun zamanaşımı süreleri TBK m. 478'te “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, konumuz olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerini de kapsayan taşınmaz yapılarla ilgili zamanaşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür³⁶⁵. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, bu zamanaşımı süresi bağımsız bölümlerin teslim tarihinden itibaren başlayacaktır³⁶⁶. Dolayısıyla arsa sahibi yapıdaki ayıplardan doğan haklarını, teslim tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanmalıdır.

Ayıbın yüklenicinin ağır kusuru sebebiyle oluşması halinde ise, zamanaşımı süresi 20 yıl olarak öngörülmüştür. Bu kadar uzun bir sürenin getirilmesine sebep olarak, ülkemizde meydana gelen deprem felaketlerinden doğan zararlara sebebiyet veren ağır kusurlu yüklenicilerin sorumluluk süresinin uzatılması gerekliliği

³⁶⁴ Doktrinde arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarının yenilik doğuran haklar olduğu, bu sebeple hak düşürücü süreye tabi olması gerekirken, alacak hakları gibi zamanaşımı süresine tabi tutulması eleştirilmekle beraber, TBK m. 478'in açık hükmü karşısında, yenilik doğuran hak niteliğindeki seçimlik hakların tabi oldukları sürenin zamanaşımı süresi olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 223-224; Burcuoğlu, s. 330; Şahiniz, s. 216-217; Seliçi, s. 206; Erman (İnşaat), s. 173) Bu hakların hak düşürücü süre yerine zamanaşımı süresine tabi tutulması ise iki bakımdan fark yaratmaktadır: İlki, bu sürelerin zamanaşımının durması ve kesilmesi (TBK m. 153 ve 154) hükümlerine tabi olması, ikincisi ise hak düşürücü sürenin hâkim tarafından resen göz önüne alınmasına rağmen zamanaşımı defii yüklenici tarafından ileri sürülmediği sürece hâkim tarafından göz önüne alınamayacak olmasıdır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 224; Şahiniz, s. 217; Gür, s. 159.

³⁶⁵ Turut, s. 125.

³⁶⁶ TANDOĞAN, Haluk, “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tefekkürden Doğan Hakların Zamanaşımı”, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, S. 522, Ankara 1983, s. 329-338 [Tandoğan (Zamanaşımı)], s. 332; ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 104; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1001; Burcuoğlu, s. 328; Öz (İnşaat), s. 226; Öz (Değişiklikler), s. 874; Tandoğan (Özel), s. 226; Turut, s. 125; Seliçi, s. 203; Zevkliler/Aydın, s. 535; Gür, s. 158; Gökyayla (Ek İş), s. 214-215; Turanboy, s. 188; Uçar, s. 276; Erman (İnşaat), s. 172; Kostakoğlu (İnşaat), s. 1099; Yarg. 23. HD, T. 26.05.2016, E. 2016/2633, K. 2016/3182 (UYAP, E.T. 09.02.2020): “Eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asıl edimi, inşaatı sözleşmeye ve onaylı projeye uygun olarak tamamlayıp teslim etmektir. Yapılan yargılama sırasında yüklenicinin henüz bu edimini yerine getirmediği, inşaatla eksik ve kusurlu işler bulunduğu saptandığından eldeki dava yönünden henüz zamanaşımının başladığından söz edilemez. Yapı kullanma izin belgesi alınması dahi bu ilkenin aksinin kabulünü sağlamaz. Şu halde, anılan istem yönünden gerekçesi de açıklanmaksızın zamanaşımından red kararı verilmesi usul yasaya aykırıdır.”

gösterilmektedir³⁶⁷. Buna göre, yüklenicinin bilerek ve isteyerek arsa sahibinden kasten gizlediği ayıplar dolayısıyla sorumluluğu 20 yılda zamanaşımına uğrayacaktır³⁶⁸. Bununla birlikte, kastın yanında, yüklenicinin ağır ihmali sonucu ortaya çıkan ayıplar bakımından da ağır kusurluluk durumu ortaya çıkacaktır³⁶⁹. Bu halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin uzman tarafı olan yüklenicinin ağır kusurlu olup olmadığı, benzer işleri yapan ortalama bir yüklenicinin somut olayda göstermesi gereken özene göre belirlenmelidir³⁷⁰.

Diğer taraftan, TBK m. 478’te düzenlenen söz konusu bu zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşması ile değiştirilmesi de mümkündür³⁷¹. Zira TBK’nın 148. maddesi uyarınca sadece genel hükümlerdeki zamanaşımı süreleri değiştirilemez³⁷². TBK m. 478’te ise, eser sözleşmelerine ilişkin özel zamanaşımı süreleri düzenlemektedir. Ancak burada, ayıbın yüklenicinin ağır kusurundan kaynaklanması halinde uygulanacak 20 yıllık zamanaşımı süresinin, TBK m. 115/1 hükmü³⁷³ gereği, kısaltılabilesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir³⁷⁴. Aynı şekilde arsa sahibinin ayıptan doğan haklarının ileri sürülmesini hakkaniyete aykırı şekilde güçleştiren süre kısaltmalarına dair anlaşmalar da dürüstlük kuralı gereği geçerli kabul edilmeyecektir.³⁷⁵

Arsa sahibinin ayıptan kaynaklanan tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresinin ise, seçimlik haklarından farklı olarak, TBK m. 478’teki özel zamanaşımını süresine göre değil, genel hükümlerde bulunan ve eser sözleşmelerine ilişkin genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 147/b.6 hükmüne göre belirlenmesinin

³⁶⁷ Öz (İnşaat), s. 226; Şahiniz, s. 220; Zevkliler/Gökyayla, s. 534.

³⁶⁸ Eren (Özel), s. 654.

³⁶⁹ YÜNLÜ, Semih, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014, s. 98-99.

³⁷⁰ Yünlü, s. 99, Gür, s. 161.

³⁷¹ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1002; Büyükay, s. 129; Öz (İnşaat), s. 226; Tunçomağ, s. 1038; Turut, s. 126; Tandoğan (Zamanaşımı), s. 333; Tandoğan (Özel), s. 226; Şahiniz, s. 221; Zevkliler/Gökyayla, s. 535; Seliçi, s. 211; Kaya, 63; Burcuoğlu, s. 328; Uçar, s. 279; Şenocak, s. 241.

³⁷² Şahiniz, s. 221.

³⁷³ TBK m. 115/1: “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

³⁷⁴ Eren (Özel), s. 655; Öz (İnşaat), s. 226; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1002; Tandoğan (Özel), s. 227; Şahiniz, s. 221; Büyükay, s. 129; Uçar, s. 280.

³⁷⁵ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1002; Tandoğan (Zamanaşımı), s. 333; Tandoğan (Özel), s. 227; Büyükay, s. 129; Seliçi, s. 211; Şenocak, s. 241; Uçar, s. 280.

gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁶. Nitekim arsa sahibinin ayıptan doğan haklarının düzenlendiği TBK m. 475/2'nin "*İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*" şeklindeki lafzından, bu tazminat alacağına, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir³⁷⁷. Bununla birlikte genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 147/b.6'da da zamanaşımı süresi, özel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 478'te olduğu gibi, beş yıl olduğundan, ayıptan doğan tazminat alacaklarına uygulanacak zamanaşımı süresinde bir değişiklik olmayacaktır³⁷⁸. Burada arsa sahibinin ayıptan doğan tazminat talebinin genel zamanaşımı süresine tabi tutulmasının oluşturacağı tek fark, TBK m. 148 hükmü gereği, bu süreyi kısaltan ya da uzatan anlaşmaların geçersiz sayılacak olmasına ilişkin olacaktır³⁷⁹. Yüklenicinin ağır kusurlu olması durumunda ise, kanun düzenlemesinin amacı göz önüne alınarak, TBK m. 147/b.6 yollaması ile 10 yıllık zamanaşımı süresi değil, yine TBK m. 478 uyarınca 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır³⁸⁰. Benzer şekilde eksik işten doğan haklara yönelik talepler de, ayıplı işten doğan haklardan farklı olarak, genel zamanaşımı süresinin düzenlendiği TBK m. 147/b.6 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir³⁸¹.

Netice olarak, arsa sahibinin ayıbı ihbar ettikten sonra, bu ayıplardan doğan seçimlik hakları ve tazminat hakkı, yukarıda anlatılan 5 ve 20 yıllık sürelerin geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Dolayısıyla bu durumda, arsa sahibi, seçimlik hakla ortaya çıkan alacağını talep ettiğinde, yüklenici zamanaşımı defeni ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir³⁸². Nitekim zamanaşımı, niteliği itibariyle

³⁷⁶ Öz (İnşaat), s. 225; Kocaağa (İnşaat), s. 152; Şahiniz, s. 221; Gür, s. 161. Aksi yönde bkz. Gümüş, s. 70.

³⁷⁷ Kocaağa (İnşaat), s. 152; Gür, s. 161.

³⁷⁸ Kocaağa (İnşaat), s. 152-153; Şahiniz, s. 221.

³⁷⁹ Öz (İnşaat), s. 225; Kocaağa (İnşaat), s. 153; Şahiniz, s. 221.

³⁸⁰ Öz (İnşaat), s. 225; Kocaağa (İnşaat), s. 153; Şahiniz, s. 221. Gümüş ise, ayıptan doğan tazminat alacakları da dâhil arsa sahibine TBK m. 475 uyarınca ayıplı ifadan dolayı tanınan hakların, TBK m. 478'in mutlak lafzı nedeniyle, TBK m. 478'te belirtilen zamanaşımı sürelerine tabi olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Gümüş, s. 70.

³⁸¹ Yarg. 15. HD, T. 11.12.2019, E. 2019/300, K. 2019/5105 (UYAP, E.T. 09.02.2020): "*...Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (TBK m. 147) talep edilebilir...*"

³⁸² Seliçi, s. 207; Şenocak, s. 240; Tandoğan (Özel), s. 227. Bununla birlikte ayrıca doktrinde, arsa sahibinin zamanaşımı süresi içinde ayıbı ihbar külfetini yerine getirmesi şartıyla, satım sözleşmesinde ayıptan doğan haklara ilişkin zamanaşımı sürelerinin düzenlendiği TBK m. 231/1 hükmüne kıyasen, ayıptan doğan haklarını yükleniciye karşı defi yoluyla kullanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Seliçi, s. 207; Öz (İnşaat), s. 224; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1002; Şenocak, s. 240; Erman (İnşaat), s. 173-174; Büyükcay, s. 129; Yener, s. 173; Şahiniz, s. 217; Erdem, s. 103; Celal, s. 252. Bu bağlamda

dava hakkını ortadan kaldıran değil, sınırlandıran bir sebep olup³⁸³, karşı tarafça (yüklenici tarafından) ileri sürülmediği sürece hâkim tarafından resen göz önüne alınamayacaktır. Buna karşılık arsa sahibinin zamanaşımı süreleri içinde ayıbı ihbar etmemesi halinde ise, zamanaşımı süresi sonunda, ayıptan doğan seçimlik hakları ve tazminat hakkı tamamen ortadan kalkacaktır³⁸⁴.

örneğin, ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi dolmuş olmasına rağmen, yüklenicinin ücret alacağı sebebiyle açtığı davaya karşı arsa sahibi, yapıdaki ayıp oranındaki kısım kadar eksik ödeme yapacağını defî yoluyla ileri sürebilecektir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 224; Şenocak, s. 240; Şahiniz, s. 217-218; Yener, s. 173, dn. 96. Yargıtayın da bu yönde kararları mevcuttur: Yarg. 23. HD, T. 10.12.2015, E. 2015/2866, K. 2015/8032 (UYAP, E.T. 09.02.2020): “Davacı yüklenici vekili, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapılacak binadan bir dükkan ve bir dairenin anahtar teslimi davalı arsa sahibine tesliminin kararlaştırılarak, edimini yerine getirip teslim ettiğini ancak, davalının müvekkiline ait hisseyi devretmeye yanaşmadığını ileri sürerek, 314 ada 4 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yazılı müvekkili hissesi oranında müvekkili adına tescilini talep ve dava etmiştir...Dairemizin 24.11.2014 gün ve 2014/9516 Esas, 2014/7529 Karar sayılı ilamı ile; BK'nın 81. maddesi gereği davacının kendisine düşen bağımsız bölümlerin tapusunu isteyebilmesi için inşaatı imar mevzuatına uygun, tam ve eksiksiz olarak bitirip iskan ruhsatını alarak arsa sahibine teslim etmesi gerektiği, davalının, eksik ve ayıplı işler bulunduğu ilişkin savunması mahsup niteliğinde olduğundan eksik ve ayıplı işler tamamlamadan veya bedeli ödenmeden davacı yüklenicinin tescile hak kazanamayacağı, mahsup itirazı niteliğindeki bu savunmaya karşı zamanaşımı definde bulunulamayacağı, mahkemece, bilirkişi kurulundan eksik ve ayıplı olduğu belirtilen işler konusunda rapor alınıp, süresinde ayıp ihbarı yapıp yapılmadığı işlerin giderim bedelinin hükme en yakın tarihteki piyasa rayiçlerine göre hesaplatılıp, mahkeme veznesine depo ettirilerek karar kesinleştiğinde arsa sahibine ödenmesi koşulu ile davacı adına tapu iptali ve tescile karar verilmesi, süresinde ayıp ihbarı yapılmamış ise arsa sahibinin işi bu ayıbı ile kabul edilmiş olduğundan, bu işlerin bedeli mahsup edilemeyeceğinden ayıplı işlere ilişkin mahsup itirazının reddedilmesi, davalı arsa sahibinin dava tarihi itibarıyla tapuda davacıya devir yapmamakta haklı olduğunun yargılama giderleri ve vekalet ücretinin takdirinde nazara alınması, davacı yüklenici depo etmez ise, davanın reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.”

³⁸³ Şenocak, s. 240.

³⁸⁴ Şenocak, s. 240; Gümüş, s. 73; Celal, s. 251-252; Yarg. 23. HD, T. 21.05.2018, E. 2015/7317, K. 2018/3233 (UYAP, E.T. 09.02.2020): “Mahkemece, iddia, savunma benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı yüklenicinin sözleşme gereği inşaatı süresi içerisinde tamamlayıp davacıya ait dairelerin tapularını devrettiği, binanın davacı yönünden %95 seviyesinde ve katlanılabilir bir oranda tamamlandığı, davacının 2005 yılında daireleri teslim alarak yararlandığı halde dava tarihine kadar olan dönem içerisinde 5 yıllık zamanaşımı süresi boyunca taşınmazdaki ayıplarla ilgili herhangi bir ihbarda bulunmadığı, edimin ifa edilmesi ve açık bir ayıp niteliğindeki fazla imalatlar nedeni ile davacının davalı yükleniciye ihbarda bulunmadığı gibi herhangi bir ihtarname de göndermediği, diğer davalıların taşınmazı devralan 3. kişiler olduğu, davacının sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshini istemesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve yasal şartların bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar vermek gerekmiştir...Yukarıda açıklanan nedenlerle...hükmün ONANMASINA...oybirliğiyle karar verildi.”

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN HAKLARI

I. Genel Olarak

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde, arsa sahibinin yükleniciye karşı kullanabileceği haklar TBK m. 475'te belirtilmiştir. Bu hükme göre:

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

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

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

Böylece kendisine ayıplı yapı teslim edilen arsa sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesinin ardından, zamanaşımı süreleri içinde, TBK m. 475 hükmüne göre, sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme veya ayıbın giderilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanabilecek ve ayrıca genel hükümlere göre tazminat isteyebilecektir³⁸⁵.

Sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve ayıbın giderilmesini isteme haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir; yüklenici

³⁸⁵ Eren (Özel), s. 646; Aral/Ayrancı, s. 406; Aydoğdu/Kahveci, s. 775; Kocaağa, İnşaat, s. 159-160; Uygur (Borçlar), s. 2170; Gür, s. 151-152.

bunlardan dolayı kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumludur³⁸⁶. Bu yünden, yüklenici ayıplı yapı imalinde ve tesliminde kusursuz olsa dahi arsa sahibi ona karşı bu üç seçimlik haktan birini kullanabilecektir. Buna karşılık, yapıdaki ayıbın neden olduğu ve sözleşmeden dönmeye, bedelden indirim veya ayıbın giderilmesine rağmen karşılanmayan zararın istemini içeren tazminat isteme hakkı ise, yüklenicinin kusurlu olması halinde talep edilebilecektir³⁸⁷.

Arsa sahibine tanınan her üç seçimlik hak da, yenilik doğuran hak niteliğinde olup³⁸⁸, yükleniciye karşı tek taraflı, varması gereken bir irade beyanıyla kullanılabilir ve arsa sahibi ayıplı ifa karşısında bu üç çeşit haktan yalnız birini seçebilecektir. Alacak hakkı niteliğindeki tazminat hakkını ise, ister bu üç seçimlik haktan biriyle birlikte, isterse bu haklardan bağımsız olarak genel hükümler uyarınca talep edebilecektir³⁸⁹.

Aşağıda yapıdaki ayıp dolayısıyla arsa sahibine tanınan bu hakların hukuki nitelikleri, şartları ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. Sözleşmeden Dönme Hakkı

A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılabilen yenilik doğuran bir haktır³⁹⁰. Bu hakkın kullanılması, henüz yerine getirilmemiş olan edimler için borçtan kurtarıcı bir etki yaratırken, yerine getirilmiş

³⁸⁶ Aral/Ayrancı, s. 406; Kocaağa (İnşaat), s. 160; Uçar, s. 168-169; Seliçi, s. 157; Turut, s. 114; Şahiniz, s. 138; Celal, s. 153; Selimoğlu, s. 157; Karahasan (C. 1), s. 282.

³⁸⁷ Seliçi, s. 157; Aral/Ayrancı, s. 406; Erman (İnşaat), s. 141; Kocaağa (İnşaat), s. 160; Uçar, s. 169; Öktem, s. 1952; Şahiniz, s. 138; Günel, s. 414; Celal, s. 153; Gökyayla (Ek İş), s. 209; Selimoğlu, s. 157; Gür, s. 152.

³⁸⁸ Eren (Özel), s. 647; Seliçi, s. 158; Gümüş, s. 60; Şenocak, s. 34; Kocaağa, İnşaat, s. 159; Kaplan, s. 137; Uçar, s. 166; Şahiniz, s. 138; Celal, s. 153; Gökyayla (Ek İş), s. 209; Kırmızı, s. 697; Gür, s. 152.

³⁸⁹ Öz (Değişiklikler), s. 872; Öz (İnşaat), s. 220; Kocaağa (İnşaat), s. 167; Seçer (Eser), s. 239; Karadaş, s. 258; Coşkun, s. 794-795; Uygur (Borçlar), s. 2178; GÖKYAYLA, Emre, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011 s. 577-593 [Gökyayla (Borçlar)], s. 583-584.

³⁹⁰ Tandoğan (Özel), s. 177; Serozan (Dönme), s. 58; Burcuoğlu, s. 289; Şenocak, s. 48; Ayan, s. 252; Eren (Özel), s. 648; Büyükay, s. 131-132; Erman (İnşaat), s. 146; Turanboy, s. 169; Aral/Ayrancı, s. 407; Turut, s. 117; Yalçınduran, s. 129; Şahiniz, s. 139; Günel s. 418; Celal, s. 156-157; Yavuz (Ayıp), s. 799; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2486; YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2012 [Yavuz (Yenilikler)], s. 705; Uygur (Borçlar), s. 2172.

olan edimler için ise iade borcu doğurur³⁹¹. Böylece sözleşmeden dönme ile mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin kurulmasından önceki durumun yeniden sağlanması amaçlanmaktadır³⁹².

Dönme beyanı açık veya örtülü şekilde yapılabilir. Arsa sahibinin yükleniciden aldığı ücreti (arsa payını) geri vermesini talep etmesi halinde zımni dönme beyanı vardır³⁹³. Bu beyan herhangi bir şekil şartına da tabi değildir. Bununla birlikte yazılı şekil ispat açısından önem taşır. Dolayısıyla arsa sahibi bu beyanını noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla, açacağı dava dilekçesiyle veya yüklenicinin açtığı davada itiraz yoluyla³⁹⁴ ya da başka herhangi bir şekilde kullanabilir. Ancak tarafların her ikisinin de tacir olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme beyanının, TTK m. 18/3 gereği, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı posta sistemi ile yapılması şarttır³⁹⁵.

Sözleşmeden dönme beyanı, varması gereken bir irade beyanı olup, yükleniciye ulaşmakla birlikte hukuki sonuçlarını doğurur³⁹⁶. Nitekim yenilik doğuran hakların özelliği, tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılabilir

³⁹¹ BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 [Buz (Dönme)], s. 75; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Ayan, s. 253-254; Uçar, s. 181; Öktem, s. 1954; Şahiniz, s. 158; Turut, s. 117.

³⁹² Buz (Dönme), s. 78; Serozan (Dönme), s. 42; Uçar, s. 173.

³⁹³ Tandoğan (Özel), s. 178; Seliçi, s. 161; Öktem, s. 1953; Şahiniz, s. 141; Celal, s. 162; Yarg. 23. HD, T. 23.01.2019, E. 2018/5892, K. 2013/7721 (UYAP, E.T. 13.02.2020): “Dava dilekçesinde; sözleşme gereği verilen tapuların iadesi istendiğinden, davada sözleşmeden dönme istediğinin de varlığının kabulü gerekir...”; Yarg. 15. HD, T. 01.03.2007, E. 2005/8177, K. 2007/1291 (UYAP, E.T. 13.02.2020): “Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme), tapu iptali ve tescil istemlerine ilişkindir. Davacı arsa sahibi, her ne kadar dava dilekçesinin talep kısmında açık biçimde fesih talebinde bulunmamış ise de, davada devredilen tapuların iptal ve tescili BK.nun 108. maddesi uyarınca istendiğine göre, bu talebin içerisinde, sözleşmeden dönme talebinin de bulunduğu açık olduğundan, mahkemece fesih hakkında bir hüküm kurulmadan tapuların iptal ve tesciline karar verilmesi doğru olmamıştır.”

³⁹⁴ Tandoğan (Özel), s. 178; Burcuoğlu, s. 289; Erman (İnşaat), s. 146; Şahiniz, s. 141; Coşkun, s. 786.

³⁹⁵ Öz (İnşaat), s. 218; Tandoğan (Özel), s. 178; Erman (İnşaat), s. 146; Burcuoğlu, s. 290; Şahiniz, s. 141; Günel, s. 418-419; Gökyayla (Ek İş), s. 210. Söz konusu şekil unsurları geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. TTK m. 18’in gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: “Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur...”

(<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerekce.doc> (E.T. 13.02.2020)

³⁹⁶ Ayan, s. 252; Eren (Özel), s. 648; Büyükkay, s. 132; Celal, s. 157.

olmalarıdır³⁹⁷. Bu bakımdan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için yüklenicinin ya da mahkemenin kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır³⁹⁸. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde ise, bu hakkın geçerli olarak kullanılıp kullanılmadığına dair mahkemece verilecek karar, bir tespit kararı niteliğindedir³⁹⁹. Fakat Yargıtay içtihatlarında, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından bu duruma bir istisna getirilmesi gerektiği belirtilmektedir; buna göre, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz devir borcu içermesi ve bu nedenle geçerliliği resmi şekle bağlanmış olduğu nazara alındığında, bu sözleşmeden dönülebilmesi de, karşı tarafın kabulüne ya da mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesine bağlıdır⁴⁰⁰.

Diğer yandan, sözleşmeden dönme beyanının, yapının ayıplı olan bir kısmı için yapılması mümkün olmayıp, dönme hakkı sözleşmenin tamamı için kullanılabilir⁴⁰¹. Ancak sözleşmede birden fazla yapının meydana getirilmesi kararlaştırılmışsa, TBK m. 230/1 hükmüne⁴⁰² kıyasen, sadece ayıplı olan yapı bakımından sözleşmeden kısmi dönmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁰³.

³⁹⁷ BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 [Buz (Yenilik)], s. 57.

³⁹⁸ Seliçi, s. 161; Ayan, s. 252; Şahiniz, s. 139; Buz (Dönme), s. 73; Tandoğan (Özel), s. 178; Şenocak, s. 49-50; Öktem, s. 1953; Coşkun, s. 786; Gür, s. 152.

³⁹⁹ Buz (Yenilik), s. 183; Tandoğan (Özel), s. 178; Şenocak, s. 49; Öktem, s. 1953; Şahiniz, s. 139; Yavuz (Ayıp), s. 799; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2486; Yavuz (Yenilikler), s. 706; KOYUNCU, Berk Kenan, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD, C. 11, S. 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 1069-1093, s. 1075.

⁴⁰⁰Yarg. 23. HD, T. 16.09.2014, E. 2014/5348, K. 2014/5674 (UYAP, E.T. 16.02.2020): "*Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK'nın 706, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihle birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır."* Aynı yönde bkz. Erman (İnşaat), s. 103-104. Yargıtayın bu yöndeki kararları hakkında ayrıca bkz. aşağıda IV. Bölüm, II., D. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları.

⁴⁰¹ Tandoğan (Özel), s. 180; Eren (Özel), s. 650; Erman (İnşaat), s. 146; Zevkililer/Gökyayla, s. 530-531; Kaplan, s. 140; Şahiniz, s. 141; Turut, s. 117; Koyuncu, s. 1089.

⁴⁰² TBK m. 230/1: "*Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir.*

Ayrıca, sözleşmeden dönme beyanının kullanılmasından sonra tek taraflı olarak geri alınamayacağını da belirtmek gerekir⁴⁰⁴. Bununla birlikte yüklenicinin buna rıza göstermesi ile tarafların anlaşması sonucu, sözleşme ilişkisi eski içeriği ile canlandırılarak arsa sahibi diğer seçimlik haklarından birini kullanabilecektir⁴⁰⁵. Burada diğer bir sorun, arsa sahibinin dönme beyanını kullanarak açtığı davada hâkim tarafından dönme hakkının şartlarının bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde, diğer seçimlik hakların kullanıp kullanılamayacağı noktasındadır. Yenilik doğuran hakların kullanıldığına dair irade beyanının karşı tarafa varması ile hukuki değişikliği gerçekleştirici etkisi bulunması ve dolayısıyla kullanılmakla tükendikleri⁴⁰⁶ dikkate alındığında, ilk bakışta arsa sahibinin yenilik doğuran hakların bir türü olan sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan sonra, bundan vazgeçip diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak satım sözleşmesinde ayıp halinde alıcının seçimlik haklarını düzenleyen TBK m. 227/3 hükmünün kıyasen uygulanması ile bu halde diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi kabul edilebilir⁴⁰⁷. Nitekim söz konusu maddede, hâkimin sözleşmeden dönmenin şartlarının gerçekleşmediği sonucuna varması halinde, kendiliğinden ayıbın giderilmesine ya da bedelin indirilmesine karar verebileceği düzenlenmektedir⁴⁰⁸. Bunun yanında konunun başında açıklandığı üzere, Yargıtay kararları gereğince yenilik doğuran hakların karşı tarafa varmasıyla hukuki sonuç doğuran özelliğinin aksine, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme hakkının doğrudan doğruya dava açmak suretiyle kullanılabileceği de nazara alındığında aynı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir.

Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsaması zorunludur.”

⁴⁰³ Kaplan, s. 140; Şahiniz, s. 141; Tandoğan (Özel), s. 180.

⁴⁰⁴ Tandoğan (Özel), s. 180; Uçar, s. 181; Burcuoğlu, s. 290; Şenocak, s. 50; Buz (Dönme), s. 75; Coşkun, s. 786; Duman (İspat), s. 467; Yavuz (Ayıp), s. 800; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2487; Yavuz (Yenilikler), s. 706; Uygur (Borçlar), s. 2172.

⁴⁰⁵ Tandoğan (Özel), s. 180; Uçar, s. 181; Şenocak, s. 50.

⁴⁰⁶ Buz (Dönme), s. 75; Eren (Genel), s. 67-68.

⁴⁰⁷ Şahiniz, s. 155-156.

⁴⁰⁸ Buz, anılan hükümle hâkime, dönme hakkı kullanılmış olsa bile diğer seçimlik haklara hükmetme yetkisinin tanınmasını, dönme hakkının kullanılmasına hakkaniyet düşüncesi ile getirilmiş bir sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Buz (Yenilik), s.180-181.

B. Dönme Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, ağır sonuçlar doğurduğundan kanunen özel şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar TBK m. 475'te belirtilmiş olup, anılan hükme göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, “*eserin işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı*” ya da “*aynı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı*” olması gerekmektedir. Aşağıda bu şartlar incelenecektir.

1. Yapının Kullanılamaz Ölçüde Ayıplı Olması

TBK m. 475'te ilk olarak, yapıda arsa sahibi tarafından kullanılmayacak derecede bir ayıbın mevcut olması halinde sözleşmeden dönülebileceği belirtilmiştir.

Söz konusu kullanılamazlık durumunun gerçekleşip gerçekleşmediği ise, yapının kullanım amacına göre tespit edilebilecektir⁴⁰⁹. Öncelikle belirtmek gerekir ki, meydana getirilen yapının objektif kullanım amacını yerine getiremediğinin anlaşılması halinde dönme hakkının kullanılması açısından bir sorunla karşılaşılacaktır⁴¹⁰. Örneğin, döşenen ısıtma tesisatı onarılamaz derecede imalat hatalı yapıldığı için evi ısıtmıyorsa, yapının objektif kullanım amacını yerine getirebileceğinden söz edilemez⁴¹¹. Başka bir deyişle, bu örnekte yapı, hem somut olaydaki arsa sahibi hem de başka arsa sahipleri bakımından kullanılamaz nitelikte ayıplıdır⁴¹². Yapının objektif olarak tamamen ve kesin şekilde⁴¹³ kullanılamaz olduğu bu hallerde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması pek tabii mümkündür.

Burada kullanılamazlık şartı açısından asıl belirlenmesi gereken ise, meydana getirilen yapının arsa sahibi açısından kullanılamaz olması, yani subjektif kullanılamazlık halidir⁴¹⁴. Zira madde metninde de ayrıca ve açıkça yapının iş sahibi (arsa sahibi) tarafından kullanılmayacak ölçüde ayıplı olması gerektiği belirtilmiştir.

⁴⁰⁹ Erman (İnşaat), s. 143; Şenocak, s. 52; Günel, s. 416; Yener, s. 163.

⁴¹⁰ Koyuncu, s. 1079; Zevkliler/Gökyayla, s. 529; Şahiniz, s. 142.

⁴¹¹ Koyuncu, s. 1079; Şahiniz, s. 143.

⁴¹² Şahiniz, s. 143.

⁴¹³ Tandoğan (Özel), s. 182; Uçar, s. 178; Erman (İnşaat), s. 143. Kesin kullanılmamadan kastedilen, yapıdaki ayıbın ortadan kaldırılamayacak türden bir ayıp olmasıdır. Bkz. Duman (İspat), s. 464. Bu bakımdan mevcut ayıbın yapının kullanımına dair elverişlilik derecesini azaltması, yapının kullanılamaz olması şartının gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Bkz. Şenocak, s. 52; Tandoğan (Özel), s. 182; Öktem, s. 1956; Yener, s. 163; Koyuncu, s. 1083.

⁴¹⁴ Koyuncu, s. 1079; Şahiniz, s. 142.

Bu halde, başka biri tarafından kullanılabilir olan yapı, somut olaydaki arsa sahibi tarafından kullanılmaya elverişli değildir⁴¹⁵ ve arsa sahibince özgülünen amacı karşılayamamaktadır⁴¹⁶. Bu nedenle somut olayda yalnızca arsa sahibi bakımından geçerli olacak bir kullanılmama durumunun mevcut olması halinde de sözleşmeden dönülebilmesi mümkündür⁴¹⁷. Sübjektif kullanılmazlığın belirlenmesinde ise, yapının kullanım tarzı, amacı ve nitelikleri göz önünde bulundurulacaktır. Bu noktada dürüstlük kuralı ışığında, her somut olaydaki ayıbın dönmeyi haklı kılacak ağırlıkta olup olmadığının araştırılması gerekmektedir⁴¹⁸. Aslında buradaki sübjektif kullanılmazlığın, madde metninde dönme hakkının kullanılabilmesi için ikinci bir durum olarak belirtilen, yapının arsa sahibi tarafından kabulünün beklenemeyeceği ölçüde ayıplı olması şartının uygulama durumlarından biri olduğu söylenebilir⁴¹⁹. Nitekim yapının sübjektif olarak kullanılmazlığı halinde, artık onun arsa sahibi tarafından kabulü de beklenemez. Bu nedenle aşağıda kabulün beklenilemezliğinin tespitine yönelik açıklamalarımız sübjektif kullanılmaz olma şartı bakımından da geçerlidir.

2. Yapının Hakkaniyet Gereği Kabulünün Beklenemez Ölçüde Ayıplı Olması

TBK m. 475'e göre sözleşmeden dönmeye temel olabilecek ikinci bir durum ise, yapıda arsa sahibinin kabulünün beklenemeyeceği ölçüde ayıp bulunmasıdır.

Yapıdaki mevcut ayıbın arsa sahibi tarafından kabulünün beklenip beklenemeyeceği, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle tespit edilir⁴²⁰. Nitekim madde metninde de "*hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı*" ifadesiyle bu hususta

⁴¹⁵ Şahiniz, s. 142.

⁴¹⁶ Koyuncu, s. 1080.

⁴¹⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 529-530; Koyuncu, s. 1080; Şenocak, s. 52; Gümüş, s. 61; Yapının sübjektif olarak kullanılmamazlığının kabulü için de tamamen ve kesin şekilde bir kullanılmama durumunun mevcut olması gerekir. Bkz. Şenocak, s. 52.

⁴¹⁸ Şenocak, s. 51, Erman (İnşaat), s. 143.

⁴¹⁹ Tandoğan (Özel), s. 181; Şenocak, s. 51; Erman (İnşaat), s. 143; Gümüş, s. 61; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1004-1005; Aral/Ayrancı, s. 407; Duman (İspat), s. 462.

⁴²⁰ Tandoğan (Özel), s. 181; Uçar, s. 178; Şenocak, s. 51; Erman (İnşaat), s. 144; Seliçi, s. 163; Burcuoğlu, s. 290; Zevkliler/Gökyayla, s. 530; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1005; Öktem, s. 1956; Aral/Ayrancı, s. 407; Kocaağa (İnşaat), s. 161-162; Seçer (Eser), s. 165; Turut, s. 115; Koyuncu, s. 1077; Turanboy, s. 170; Yavuz (Ayıp), s. 800; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2487; Yavuz (Yenilikler), s. 706; Kırmızı, s. 698; Gür, s. 153.

hakkaniyet çevresinde bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, ayıbın arsa sahibi tarafından kabul edilemeyecek kadar önemli olup olmadığı dürüstlük kuralı ışığında hâkim tarafından takdir edilecektir⁴²¹. Bu konuda yapılacak olan değerlendirme, her somut olayın hal ve şartlarına göre farklılık göstereceğinden kesin kriterler koymak mümkün değildir. Bununla birlikte mevcut ayıbın sözleşmenin ortadan kalkmasını haklı gösterip göstermediği, bedelden indirim ya da ayıbın giderilmesini isteme hakkının arsa sahibinin işine yarayıp yaramadığı, dönmenin arsa sahibine sağlayacağı faydaya nazaran yüklenici için çok daha ağır sonuçlar doğurup doğurmadığı, birden fazla ayıbın mevcut olması halinde bütün ayıpların birlikte değerlendirilmesinde bunların dönmeyi haklı gösterip göstermediği, ayıbın oluşumunda yüklenicinin ağır kusurunun bulunup bulunmadığı gibi hususlar hakkaniyet çerçevesinde yapılacak değerlendirmede somut olayın hal ve şartlarına örnek olarak gösterilebilecektir⁴²². Başka bir deyişle, somut olayın hal ve şartları değerlendirirken sadece ayıbın kendisine ilişkin özellikler değil, kabulün beklenemezliğini olumlu ya da olumsuz etkileyebilecek bütün koşulların göz önüne alınması gerekmektedir⁴²³.

Bu bakımdan burada dikkat edilmesi gereken bir nokta, yapıdaki mevcut ayıbın aşırı bir masraf gerektirmeden onarımla ortadan kaldırılabilmesi durumudur. Böyle durumlarda giderilebilir bir ayıbın varlığından bahsetmek mümkünse artık arsa

⁴²¹ Öz (İnşaat), s. 215; Öz (Dönme), s. 106; Büyükay, s. 134; Şenocak, s. 51.

⁴²² Şenocak, s. 51; Kaplan, s. 138; Şahiniz, s. 144; Koyuncu, s. 1077-1078; Duman (İspat), s. 463-464. Şahiniz, hakkaniyet gereği kabulün beklenemez olmasına örnek olarak, lüks bir semtte inşa edilen bir yapıda düşük kalitede (orta kalitenin altında) mutfak dolapları, banyo takımları veya kapılar kullanılmasını göstermiştir. Bkz. Şahiniz, s. 144. Gerçekten de sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, lüks bir semtte yapılması kararlaştırılan dairenin hemen hemen tamamında somut olayın gerekleri ile bağdaşmayacak şekilde düşük kalitede malzemeler kullanılması durumunda sözleşmenin amaca uygun olduğundan bahsedilemeyeceğinden arsa sahibinin kabule zorlanmaması hakkaniyet gereğidir.

⁴²³ Tandoğan (Özel), s. 181; Uçar, s. 178; Öktem, s. 1956; Seçer (Eser), s. 165; Turut, s. 115; Duman (İspat), s. 463; Yarg. 15. HD, T. 23.01.2006, E. 2005/7623, K. 2006/166 (Büyükay, s. 134, dn. 331): *“Tüm bu yönler gözetilip dava konusu olaya dönüldüğünde temel uyumsuzluk eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Borçlar Yasası'nın 360. maddesi uyarınca eser ismarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ismarlayan) eseri red edebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Dosyada mevcut tespit raporu ile yargılama sürecinde yerinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında malzeme ve işçilik nazara alınıp zarar miktarı hesaplanmış ancak eser bir bütün olarak ele alınıp tüm imalat değerlendirilip kusur ve ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı eğer reddi gerekiyorsa sadece kullanılan malzemelerin değerinin ne kadar olduğu hususları her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak şekilde saptanmamıştır.”*

sahibinin sözleşmeden dönme hakkını değil, ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanması gerekecektir⁴²⁴.

3. Yapının Kullanılmaz veya Hakkaniyet Gereği Kabulü Beklenemez Ölçüde Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olması

TBK m. 475'te yukarıda açıkladığımız iki durumun yanı sıra üçüncü bir durum olarak, yapının sözleşme hükümlerine aykırı olduğu hallerde de sözleşmeden dönülebileceği öngörülmüştür. Ancak burada sözleşmeye aykırı herhangi bir ayıbın mevcut olması yeterli olmayıp, madde metnindeki “*aynı ölçüde*” ibaresinden anlaşılacağı üzere, ayıbın arsa sahibinin kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı derecede önemli olması aranmaktadır⁴²⁵. Bu bakımdan yapıda mevcut sözleşmeye aykırı her ayıp sözleşmeden dönme nedeni olmayacaktır. Yapıdaki sözleşmeye aykırı ayıbın bu denli önemli olup olmadığı ise, yine dürüstlük kuralı ışığında somut olaydaki menfaatler dengesine göre belirlenecektir. Burada ayıbın sözleşmeye aykırılık taşımasının farkı ise ispat kolaylığı açısından kendisini gösterir⁴²⁶. Zira sözleşmeye aykırı davranılması nedeniyle oluşan ayıp, karine olarak

⁴²⁴ Öz (İnşaat), s. 215; Şenocak, s. 52; Günel, s. 417; Koyuncu, s. 1083-1084. Bunun yanı sıra yapıdaki mevcut ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak derecede önemli olmadığı durumlarda, arsa sahibinin seçimlik haklarından bir diğeri olan bedelden indirim hakkını kullanması da mümkün olmakla birlikte, mevcut ayıp yapıyı tamamıyla değersiz kılıyorsa, TBK m. 227/son hükmüne kıyasen, arsa sahibinin bu defa da bedelden indirim hakkını kullanamayacağı, sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerekeceği; ancak yine bu halde de yapıyı değersiz hale getiren ayıbın, aşırı harcamayı gerektirmeden onarım suretiyle giderilmesi mümkün ise, ayıbın giderilmesi hakkının da kullanılabilmesi yönünde bkz. aşağıda IV. Bölüm, III., B. Bedelden İndirim Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları.

⁴²⁵ Öz (İnşaat), s. 216; Yarg. 15. HD, T. 09.06.2006, E. 2006/1309, K. 2006/3450 (UYAP, E.T. 19.02.2020): “*Borçlar Kanunu'nun 360/I. maddesine göre, yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. Somut olayda mahkemece yapılan binanın projesine ve sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığı, arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesi ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin %60'ına varması da dikkate alınmıştır. Dosyadaki bilgilerin ve raporların değerlendirilmesinden, davalı yüklenici Özcan Çelik tarafından sözleşme şartlarına uygun kabul edilebilecek nitelikte yasal inşaat yapılmadığı, bu nedenle iskân ruhsatı da alınmadığı, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 360/I. maddesi uyarınca bu eseri kabule zorlanamayacakları sonucuna varılmaktadır. Bu durumda davacılar arsa sahipleri ve davalı yüklenici Özcan Çelik arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir.*”

⁴²⁶ Öz (İnşaat), s. 216.

arsa sahibinin kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı derecede önemli ayıba sebebiyet vereceğinden, bunun aksini yüklenicinin ispatlaması gerekecektir⁴²⁷.

C. Dönme Hakkının Sınırlandırılması

TBK m. 475/3 hükmü ile konumuz kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından sözleşmeden dönme hakkına bir sınırlama getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, “Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz”. Bu durumda arsa sahibi ancak diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴²⁸.

Hükmün öngördüğü sınırlamanın özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri gereği arsa sahibinin arsası üzerinde inşa edilen yapılar için getirildiği görülmektedir. Bu hükmün altında yatan temel düşüncenin, meydana getirilmiş bir değer kolaylıkla ortadan kaldırılmasının önüne geçilerek korunması gerektiğine yönelik olduğu söylenebilir⁴²⁹. Bunun yanında hükmün bir diğer amacının da, sözleşmeden dönme nedeni ile yüklenicinin aşırı zarara uğramasının önüne geçmek olduğu ifade

⁴²⁷ Öz (İnşaat), s. 216; Öz (Dönme), s. 109; Erman (İnşaat), s. 144; Günel, s. 416; Duman (İspat), s. 464.

⁴²⁸ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1007; Öz (İnşaat), s. 217; Öz (Dönme), s. 125; Tandoğan (Özel), s. 183; Seliçi, s. 163; Uçar, s. 179; Burcuoğlu, s. 291; Eren (Özel), s. 648; Şenocak, s. 53; Erman (İnşaat), s. 145; Gümüüş, s. 62; Şahin, s. 143-144; Turut, s. 116; Zevkliler/Gökyayla, s. 530; Aral/Ayrancı, s. 407; Turanboy, s. 170; Büyükkay, s. 135; Şahiniz, s. 147; Günel, s. 417; Kocaağa (İnşaat), s. 162; Yener, s. 164; Aydoğdu/Kahveci, s. 775-776; Celal, s. 161; Kırmızı, s. 699; Karahasan (C. 1), s. 285-286; Kaya, s. 59; Tozoğlu, s. 36; ARPACI, Abdülkadir, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından, Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011 s. 573-576, s. 575; EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 87-103 [Eren (Sona Erme)], s. 103; Yarg. 15. HD, T. 30.06.1994, 5728/4463 [Duman (İspat), s. 482]: *Taraflar arasındaki 13.6.1990 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir ve yargıcın bu konuyu kendiliğinden göz önünde bulundurması gerekir. Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre, TBK’nın 475/II. madde ve fıkrası gereğince, işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve hakkaniyet ilkelerine göre kabul edemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, iş sahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı oranında fiyatının tenzilini, eğer o işin islahı çok büyük masraftı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edebilir...*”

⁴²⁹ Tandoğan (Özel), s. 183; Seliçi, s. 163; Uçar, s. 179; Erman (İnşaat), s. 145; Zevkliler/Gökyayla, s. 530; Aral/Ayrancı, s. 407; Öktem, s. 1957; Koyuncu, s. 1086; Günel, s. 417; Kocaağa (İnşaat), s. 162; Büyükkay, s. 136; Gökyayla (Ek İş), s. 210; Yavuz (Ayıp), s. 800; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2487; Yavuz (Yenilikler), s. 706; Kırmızı, s. 699.

edilmektedir⁴³⁰. Bu nedenlerle yapının kullanılamaz veya kabulü beklenemez derecede ayıplı olduğunun tespit edilmesi halinde, ikinci bir inceleme olarak yapının kaldırılmasının aşırı bir zarara neden olup olmayacağını araştırılması gerekmektedir⁴³¹.

Yapının sökülerek kaldırılmasının yükleniciyi aşırı bir zarara uğratıp uğratmayacağını hâkim takdir edecektir⁴³². Bu takdir hakkının belirlenmesinde somut olayın özellikleri nazara alınır. Somut olayın özelliklerine göre aşırı bir zararın oluşup oluşmadığına ilişkin olarak ise, yapının arsa ile birlikteki değeri ile arsadan kaldırılması halinde uğrayacağı değer kaybının esas alınması gerektiği belirtilmektedir⁴³³. Bu ölçüte göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği meydana getirilen yapının arsadan kaldırılması sonucu moloz değeri dışında bir değer ifade etmeyeceği ve dolayısıyla bu halde yapının arsa ile birlikteki değerini neredeyse tamamen kaybedeceği ortadadır⁴³⁴.

Bu nedenle doktrinde ve uygulamada, yapının sökülüp kaldırılması yüklenici açısından aşırı bir zarara yol açabilecek olsa bile, menfaatler dengesi gereği bazı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Buna göre, yapıdaki ayıplar kullanımı tamamen engelliyor ve özellikle tehlikeli bir durum yaratıyorsa sözleşmeden dönme hakkının, yüklenicinin aşırı bir zarara uğrayacağı gerekçesiyle sınırlandırılması hakkaniyete uygun olmayacaktır⁴³⁵. Örneğin, yapı

⁴³⁰ Öz (İnşaat), s. 218; Öz (Dönme), s. 126; Erman (İnşaat), s. 145; Tandoğan (Özel), s. 183; Günel, s. 417; Turut, s. 115-116; Koyuncu, s. 1086; Büyükay, s. 136; Kırmızı, s. 699.

⁴³¹ Erman (İnşaat), s. 145; Koyuncu, s. 1086.

⁴³² Tandoğan (Özel), s. 183; Uçar, s. 180; Şenocak, s. 53; Erman (İnşaat), s. 145; Gümüş, s. 63; Büyükay, s. 135; Kartal, s. 149; Öktem, s. 1957; Yener, s. 164; Seçer (Eser), s. 167; Coşkun, s. 788.

⁴³³ Tunçomağ, s. 1033; Öz (İnşaat), s. 217; Öz (Dönme), s. 125; Tandoğan (Özel), s. 183; Uçar, s. 180; Burcuoğlu, s. 291; Şenocak, s. 53; Erman (İnşaat), s. 145; Öktem, s. 1957; Kartal, s. 149; Gümüş, s. 63; Şahin, s. 144; Seçer (Eser), s. 167; Koyuncu, s. 1087; Şahiniz, s. 148; Günel, s. 417; Yener, s. 164; Celal, s. 162; Yavuz (Ayıp), s. 801; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2487; Yavuz (Yenilikler), s. 706; Karahasan (C. 1), s. 285; Kırmızı, s. 699; Aydemir, s. 284.

⁴³⁴ Koyuncu, s. 1087; Şahiniz, s. 148-149.

⁴³⁵ Öz (İnşaat), s. 218; Öz (Dönme), s. 127; Tandoğan (Özel), s. 183-184; Erman (İnşaat), s. 145-146; Gümüş, s. 63; Arpacı, s. 574-575; Seçer (Eser), s. 167; Turut, s. 116-117; Koyuncu, s. 1087; Şahiniz, s. 149; Uzun Kazmacı, s. 26; Günel, s. 418; Kırmızı, s. 700; Yarg. 15. HD, T. 29.03.2003, 5231/1725 [Erman (İnşaat), s. 143-145, dn. 83]: "...Yüklenicinin eseri teslim etmesinden sonra, teslim borcunun yerini yüklenicinin ayıba karşı tefekkül borcu alır. Şayet eser teslim edildikten sonra yüklenicinin kötü işçilik veya malzeme kullanımından kaynaklanan ve onun sorumluluğunu gerektiren-ki somut olayda inşaatın yıkılmış olması- bir durum ortaya çıkarsa yüklenici bundan da ayıba karşı tefekkül borcu sebebiyle sorumludur. Bütün bu nedenlerle eserin reddi gerekip gerekmediğinin yeterli biçimde incelenmesi gerekir. Gerçekten yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise arsa sahibi sözleşmenin feshini isteyerek BK. 108. maddesine dayanıp

teknikğine aykırı olarak inşa edildiği için temeli sağlam olmayan ve bu nedenle olası bir depremde yıkılması kuvvetle muhtemel olan bir yapının mevcut olması halinde durum böyledir⁴³⁶. Kaldı ki çoğu zaman bu halde, yıkılmaya mahkûm ve bu nedenle arsa sahibinin arsası üzerinde kalmaya devam etse dahi ekonomik bir değer ifade etmeyen (hurda değeri dışında) yapının, arsadan kaldırılması halinde aşırı bir zararın meydana geleceğinden de bahsedilemeyecektir⁴³⁷. Bunun dışında arsa sahibinin somut olayda bedel indirimi hakkını kullanması halinde yüklenicinin uğrayacağı zararın, yapının sökülüp kaldırılması halinde uğrayacağı zarar ile eşit ya da daha fazla olduğu hallerde de TBK m. 475/3 maddesindeki sınırlamaya takılmaksızın sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi belirtilmektedir⁴³⁸. Gerçekten de, somut olayda bedel indiriminin dahi yapının yıkılması kadar bir zarara yol açacağı düşünüldüğünde, bu denli büyük ayıplara sebebiyet verecek şekilde yapı inşa eden yüklenicinin oransız bir zarara uğrayacağından söz edilemez.

Sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırıldığı bir diğer hal ise, TBK m. 228/2 hükmüne kıyasen, ayıplı yapının arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten yok olması durumudur⁴³⁹. Bu durumda da, arsa sahibi seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak ve hatta yapının onarılmasına da imkân bulunmadığından, arsa sahibi sadece bedel indirimine yönelik seçimlik hakkını kullanabilecektir⁴⁴⁰. Bunun yanında yapı yok olmasa da, yapının arsa sahibine yüklenebilecek bir sebep yüzünden esaslı şekilde hasara uğraması halinde de sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkacağı söylenebilir⁴⁴¹. Bu halde yapıdaki

verdiklerini geri isteyebilir..."; Yarg. 15. HD, T. 12.03.1980, E. 268, K. 613 [Tandoğan (Özel), s. 183, dn. 287]: "Yüklenicinin yaptığı inşaatın, her türlü mühendislik hizmetlerinden ve yönetmeliklerinden yoksun olarak yapıldığı ve bu nedenlerle binanın konut olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu mahkemece bilirkişilere saptattırılmış ve bina yıkturulmuştur."

⁴³⁶ Öz (İnşaat), s. 218; Öz (Dönme), s. 127; Seliçi, s. 164; Koyuncu, s. 1087; Şahiniz, s. 149.

⁴³⁷ Koyuncu, s. 1087-1088; Yarg. 15. HD, T. 10.01.2005, 2443/14 [Duman (İspat), s. 473]: "...Yasaya aykırı (ruhsatsız) inşaat imalatının yasal hale getirilmediği sürece ekonomik bir değer ifade etmeyeceği açıktır..."

⁴³⁸ Seliçi, s. 164; Öz (Dönme), s. 125-126; Erman (İnşaat), s. 146; Tandoğan (Özel), s. 184; Koyuncu, s. 1087; Günel, s. 418.

⁴³⁹ Tandoğan (Özel), s. 184; Uçar, s. 184; Burcuoğlu, s. 292; Şahiniz, s. 152; Gür, s. 153.

⁴⁴⁰ Tandoğan (Özel), s. 184; Uçar, s. 184; Şahin, s. 144; Seçer (Eser), s. 168; Celal, s. 165; Şahiniz, s. 152.

⁴⁴¹ Tandoğan (Özel), s. 185; Şahiniz, s. 153. Bu durumu, ayıbın arsa sahibine yüklenebilir bir durumdan meydana gelmiş olması halinden ayırmak gerekir. Yapının arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten yok olması ya da esaslı şekilde hasara uğraması halinde, yapı tamamlanıp teslim edilmiş, fakat teslimden sonra arsa sahibi yüzünden yok olmuş ya da önemli şekilde hasara uğramıştır. Bu nedenle artık sözleşmeden dönme hakkı kullanılmaz hale gelmiştir. Bkz. Burcuoğlu, s. 292. Yapının

söz konusu hasar önemli değilse ve şartları varsa, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek, fakat geri vereceği yapıdaki bu hasar dolayısıyla yükleniciye tazminat ödemesi gerecektir⁴⁴². Bundan başka, yapının yok olması veya önemli derecede hasara uğraması, beklenmedik halden ya da mücbir sebepten kaynaklanmışsa, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı saklı kalır⁴⁴³.

Öte yandan, arsa sahibinin yapıyı fiilen kullanmaya başladığı ya da yapının mülkiyetini başkasına devrettiği hallerde de artık sözleşmeden dönme hakkının dürüstlük kuralı gereği kullanılamayacağı kabul edilmektedir.⁴⁴⁴ Nitekim yapının arsa sahibince ya da bir başkasına devredilerek kullanılabilmesi halinde, yapıda sözleşmeden dönmeye sebebiyet verebilecek derecede bir ayıbın bulunduğundan da söz edilemez⁴⁴⁵.

D. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Sözleşmeden dönme, geriye etkili sonuçlar doğurur⁴⁴⁶. Bu nedenle dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan borçların ifasından önce bu

arsa sahibine yüklenebilir bir durumdan ayıplı meydana gelmesi halinde ise, arsa sahibi zaten yükleniciyi ayıba karşı tefekkülden sorumlu tutamayacağından, sözleşmeden dönme hakkı da dâhil seçimlik hakları doğmamış olacaktır. Bu hususta bkz. yukarıda II. Bölüm, II., A. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibine İsnat Olunması.

⁴⁴² Tandoğan (Özel), s. 185; Şahiniz, s. 153.

⁴⁴³ Şahiniz, s. 153.

⁴⁴⁴ Tandoğan (Özel), s. 185-186; Uçar, s. 184-185; Celal, s. 166; Şahiniz, s. 154; Şahin, s. 144; Uygur (Borçlar), s. 2174-2175. Mülkiyetin devredilmesi halinde dönme hakkının kullanılamayacağı sonucuna TBK m. 228/2'nin kıyasen uygulanması ile de ulaşılabilir. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 185; Uçar, s. 184; Şahiniz, s. 154.

⁴⁴⁵ Ancak zorunluluk yüzünden, örneğin kalacak yeri olmadığı için elektriksiz ve susuz bir yapıyı kullanmaya başlamış olan arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına yine dürüstlük kuralı gereği sınırlama getirmek yerinde olmayacaktır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 215, dn. 101; Şahiniz, s. 155.

⁴⁴⁶ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1004; Öz (İnşaat), s. 218; Uçar, s. 182; Kocaağa (İnşaat), s. 162; Büyükcay, s. 132; Seliçi, s. 160; Burcuoğlu, s. 289; Eren (Sona Erme), s. 103; Aral/Ayrancı, s. 407; Zevkliler/Gökyayla, s. 530; Öktem, s. 1953; Yener, s. 162; Turanboy, s. 169; Karahasan (C. 1), s. 697; Seçer (Eser), s. 168; Karadaş, s. 248. "Türk hukuk terminolojisinde henüz terimler tam olarak oturmuş değilse de, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkı için "Sözleşmeden Dönme" (Rücktritt), sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkı için ise "Fesih=Bozma" (Kündigung) terimleri kullanılmaktadır." Bkz. DEMİRDÖVEN, Oğuzhan, "İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Fesih Hakkı (BK. m. 369)", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, 1. Bası, İstanbul 2009, s. 613. Başka bir deyişle, sözleşmeden dönme, geçmişe etkili sonuçlar doğururken; sözleşmenin feshi, ileriye etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bu bakımdan fesih ileriye etkili olduğundan, dönmeden farklı olarak geçmişe dokunmaz. Bu nedenle, dönmenin aksine, fesihden önce yerine getirilen edimlerin iadesi gerekmez. Bkz. Buz (Dönme), s. 82; Akkayan Yıldırım, s. 51-52; Erman (İstisna), s. 104-105. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri için kıyasen uygulama alanı bulan eser sözleşmesindeki ayıba karşı tefekkül hükümleri ise, ileriye etkili feshe olanak tanımamakta, sadece sözleşmenin devamını şart kılan bedel indirimi ve onarım seçeneğine yer vermektedir. Bkz. Tandoğan (Özel), s.

borçlardan kurtarıcı, sözleşmeden doğan borçların ifasından sonra ise ifa edilmiş bulunan edimlerin iadesini sağlayıcı etkisi bulunmaktadır⁴⁴⁷.

Bu kapsamda yüklenicinin, almış olduğu bedeli, kendisine ödenen tarihten itibaren işleyecek faiziyle birlikte arsa sahibine iade etmesi gerekir⁴⁴⁸. Ayrıca arsa sahibi tarafından ayıplı yapı için yapılmış olan masraflar da yüklenici tarafından tazmin edilmelidir⁴⁴⁹. Bundan başka, eğer malzeme arsa sahibi tarafından karşılanmışsa, yüklenici bu malzemenin değerini de arsa sahibine tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁴⁵⁰.

Sözleşmeden dönme sonucu arsa sahibinin ise, yapıyı ondan elde ettiği yararlar ile birlikte yükleniciye iade etmesi gerekir⁴⁵¹. Ancak arsa sahibinin arsası üzerine yapılmış olan yapının aynen iadesi doğal olarak mümkün olmadığından, arsa sahibinin iade yükümlülüğü hakkında yapının yıkılıp yıkılmayacağına göre bir ayırım yapılmalıdır. Eğer sözleşmeden dönme üzerine yapı yıkılacaksa, arsa sahibi yıkım sonucunda ortaya çıkacak hurda malzemeleri yükleniciye verme yükümlülüğü altına

150. Yargıtayın da genel olarak, dönme terimi yerine fesih kavramını kullandığı görülmekte ise de, feshin geriye etkili olması halinde esasen sözleşmeden dönmenin söz konusu olacağını belirttiği görülmektedir: Yarg. 23. HD, T. 18.03.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721 (UYAP, E.T. 23.02.2020), Yarg. 23. HD, T. 15.10.2014, E. 2014/6486, K. 2014/6291 (UYAP, E.T. 23.02.2020): “...Geriye etkili feshin, sözleşmeden “dönme” denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma dönlür. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesine göre; sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.”; Yarg. 15. HD, T. 09.06.2006, E. 2006/1309, K. 2006/3450 (UYAP, E.T. 19.02.2020): “Mahkemece yüklenici Özcan Çelik tarafından yapılan binanın arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu kabul edildiği halde, arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili yerine, geleceğe yönelik (ileriye etkili) olarak feshine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

⁴⁴⁷ Buz (Dönme), s. 75; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Hatemi/Serozan, s. 370; Ayan, s. 253-254; Uçar, s. 181; Kaplan, s. 140; Öktem, s. 1954; Şahiniz, s. 158; Turut, s. 117.

⁴⁴⁸ Öz (İnşaat), s. 218-219; Tandoğan (Özel), s. 178; Şenocak, s. 54; Uçar, s. 182; Seliçi, s. 164; Eren (Özel), s. 649; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 85; Öktem, s. 1954; Kaplan, s. 140; Kocaağa (İnşaat), s. 162; Şahiniz, s. 164; Uygur (Borçlar), s. 2175; Duman (İspat), s. 468.

⁴⁴⁹ Yüklenicinin tazminle yükümlü olduğu bu masraflara, doktrinde örnek olarak, arsa sahibinin yapı için yapmış olduğu bakım, tamir ve sigorta masrafları gösterilmektedir. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 178; Şenocak, s. 54; Uçar, s. 182; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Öktem, s. 1954; Şahiniz, s. 164; Duman (İspat), s. 468.

⁴⁵⁰ Şenocak, s. 54; Şahiniz, s. 165; Tandoğan (Özel), s. 178; Uçar, s. 182; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006.

⁴⁵¹ Tandoğan (Özel), s. 178; Şenocak, s. 54; Uçar, s. 182; Eren (Özel), s. 649; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Seliçi, s. 164; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 85; Öktem, s. 1954; Kocaağa (İnşaat), s. 162; Şahiniz, s. 165; Uygur (Borçlar), s. 2175; Duman (İspat), s. 468.

girer⁴⁵²; yapının yıkılması ve kaldırılması masraflarına ise yüklenicinin katlanması gerekmektedir⁴⁵³. Zira bu durumda korunan, sözleşmeden dönmeye sebebiyet verecek derecede ayıplı bir yapı teslim eden yüklenici değil, arsa sahibi olmalıdır⁴⁵⁴. Eğer yapı yıkılmayacaksa, arsa sahibinin iade yükümlülüğü bu defa, işçilik ve malzeme maliyetinden ibaret olacaktır⁴⁵⁵.

Sözleşmeden dönme ile tarafların bu şekilde iade yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmele birlikte, anılan bu iade yükümlülüklerinin hangi hükümlere tabi olacağı hususunda ise doktrinde farklı teoriler mevcut olup, doktrindeki bu teorilere kısaca değinecek olursak:

Klasik dönme teorisine göre; sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşme sanki hiç kurulmamış gibi geçmişe dönük olarak ortadan kalkar⁴⁵⁶. Bunun üzerine henüz yerine getirilmemiş olan edimler kendiliklerinden sona erer ve bu edimlerin yerine getirilmesi talebi hakkın düştüğü itirazı ile karşılaşır⁴⁵⁷. Dönme beyanından önce yerine getirilmiş olan edimler ise dönme ile hukuki sebepten yoksun hale geleceklerinden, bu edimlerin iadesi ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir⁴⁵⁸. Burada dönmeden önce aynı hak kazandıran tasarruf işlemleri geçersiz hale gelmezler ve sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri istenebilirler. Nitekim mülkiyet devrinin hukuki sebepten soyut olduğunun kabulü halinde, soyutluk ilkesine göre, taahhüt işleminin (sözleşmenin) geçersiz hale gelmesi, tasarruf işleminin geçersizliğini etkilemeyeceğinden, devralan mülkiyeti kazanmış olur ve devralanın bu kazanımı sebepsiz zenginleşme teşkil

⁴⁵² Öz (İnşaat), s. 219; Seliçi, s. 165; Uçar, s. 183; Şahiniz, s. 167.

⁴⁵³ Seliçi, s. 165; Uçar, s. 183; Şenocak, s. 55; Turanboy, s. 170; Tandoğan (Özel), s. 180; Yener, s. 165; Celal, s. 164-165; Duman (İspat), s. 468; Gür, s. 154.

⁴⁵⁴ Şenocak, s. 55; Şahiniz, s. 169.

⁴⁵⁵ Öz (İnşaat), s. 219; Şahiniz, s. 167. Bu halde yükleniciye iade edilecek tutarın hesaplanmasında yüklenicinin kar payı dikkate alınmamaktadır. Zira yüklenici yapının kar payını da içeren tam ücretine ancak edimini tam ve eksiksiz olarak yerine getirmesi halinde hak kazanır. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 150. Yine sözleşmeden dönmeye sebebiyet verecek şekilde ayıplı bir yapı meydana getiren yüklenicinin bu edimi karşısında arsa sahibinin korunması hakkaniyet gereğidir. Bkz. Şahiniz, s. 167. Aksi yönde görüş için bkz. Ayan, s. 287 vd..

⁴⁵⁶ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 534; Uçar, s. 175.

⁴⁵⁷ Uçar, s. 175.

⁴⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 530; Uçar, s. 175. Bu teorisin açıklaması için ayrıca bkz. Buz (Dönme), s. 118-120; KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012, s. 157-160; Öktem, s. 1954; Tandoğan (Özel), s. 141-142; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006; Karahasan (C. 1), s. 700-701; Celal, s. 158; Yalçınduran, s. 130.

eder⁴⁵⁹. Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunun zamanaşımı süresi ise, TBK m. 82 gereği iki yıldır.

Yasal borç ilişkisi teorisine göre; klasik dönme teorisinde olduğu gibi, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili ortadan kalkar. Ancak burada dönme üzerine doğan iade borcu sebepsiz zenginleşme borcu değil, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan (TBK m. 125/3) özel bir iade borcudur⁴⁶⁰. Başka bir deyişle, dönme üzerine sözleşme ilişkisi esasen yasal bir borç ilişkisine dönüşecektir⁴⁶¹. Bu nedenle dönme beyanından önce yerine getirilmiş edimler bu yasal borç ilişkisi çerçevesinde iade edilmeli, iade borcuna da TBK 146'da her çeşit borç için uygulanan 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁴⁶². Ancak TBK m. 125'te iadeye ilişkin hüküm bulunmadığından, iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bu kez kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶³. Bu noktada yasal borç ilişkisi teorisinin, klasik dönme teorisinden farkının, iade borcuna uygulanacak zamanaşımı süresinde kendini gösterdiği görülmektedir.

Aynı etkili dönme teorisine göre; yine klasik dönme teorisinde olduğu gibi, burada da dönme hakkının kullanılması sözleşmeyi geçmişe etkili ortadan kaldırır⁴⁶⁴. Ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak burada, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, sadece borçlandırıcı işlemleri değil, sözleşmenin ifası amacıyla yapılmış olan tasarruf işlemlerini de ortadan kaldırır⁴⁶⁵. Başka bir deyişle, dönme beyanı ile hem henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlülükleri, hem de dönme beyanına kadar yerine getirilmiş olan edim yükümlülükleri ortadan kalkacaktır⁴⁶⁶. Bu nedenle dönülen sözleşmeye bağlı olarak kazanılmış olan aynı haklar devralana hiç geçmemiş gibi olacağından, dönmeden önce mülkiyeti karşı

⁴⁵⁹ ARIKAN, Mustafa, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu", SÜHFD, C. 16, S. 1, 2008, s. 71-90, s. 88.

⁴⁶⁰ Becker, Art. 109, N. 4 (Oğuzman/Öz, s. 532'den naklen).

⁴⁶¹ Becker, Art. 109, N. 4 (Oğuzman/Öz, s. 532'den naklen); Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 38 II, s. 166 (Serozan (Dönme), s. 502-503'ten naklen).

⁴⁶² Becker, Art. 109, N. 4 (Oğuzman/Öz, s. 532'den naklen).

⁴⁶³ Becker, Art. 109, N. 4 (Oğuzman/Öz, s. 532-533'ten naklen). Bu teorisinin açıklaması için ayrıca bkz. Buz (Dönme), s. 120-121; Kahveci, 160-161; Uçar, s. 175-176; Öktem, s. 1955.

⁴⁶⁴ Buz (Dönme), s. 121; Ayan, s. 267; Öz (Dönme), s. 240; BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1999, s. 145.

⁴⁶⁵ Buz (Dönme), s. 121; Ayan, s. 267; Şahiniz, s. 160.

⁴⁶⁶ Buz (Dönme), s. 121.

tarafa geçirilen taşınmazlar için yapılan tescil yolsuz hale gelecek ve tapu kaydının düzeltilmesi davası ile geri iade sağlanabilecektir⁴⁶⁷. Böylece arsa sahibi mülkiyeti hiç kaybetmemiş gibi olacak, aynı hakkına dayanan tapu kaydının düzeltilmesini hiçbir zamanaşımına bağlı olmaksızın ileri sürebilecektir⁴⁶⁸. Yüklenicinin arsa sahibine kazandırdığı değerlerin ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceği savunulmuştur⁴⁶⁹. Yargıtayın da, dönme öncesinde ifa edilen edimlerin iadesi konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmekle birlikte, arsa sahibinin dönme öncesinde yükleniciye bedel olarak verdiği tapu paylarının tapu iptal ve tescil davası açılarak istenebileceği ve böylece yükleniciye devredilen tapuların arsa sahibine döneceği yönündeki kararları karşısında aynı etkili dönme teorisini benimsediği söylenebilir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Öz (İnşaat), s. 174; Öz (Dönme), s. 241; ÖZ, Turgut, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 441-469 [Öz (Kat İrtifakı)], s. 452; Buz (Dönme), s. 139, 172; Ayan, s. 267; Karahasan (C. 1), s. 701-702; Baygın, s. 146.

⁴⁶⁸ Öz (İnşaat), s. 174; Buz (Dönme), s. 235; Ayan, s. 273. Burada klasik dönme teorisinde açıklanan soyutluk ilkesinin zıttı olan, sebebe bağlılık ilkesinin benimsendiği söylenebilir. Bkz. Buz (Dönme), s. 166; Öz (Kat İrtifakı), s. 452. Nitekim sebebe bağlılık ilkesine göre, tasarruf işleminin sebebini oluşturan taahhüt işleminin geçersiz hale gelmesi, tasarruf işleminin de geçersizliği sonucunu doğurur. TMK m. 1024/2’de de taşınmaz devrinin, devre temel olan hukuki işleme, yani sebebe bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. ERBEK, Özge, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, s. 937-985, s. 937 (<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96zge-ERBEK.pdf>).

⁴⁶⁹ Öz (İnşaat), s. 176; Öz (Dönme), s. 244. Buz ve Şahiniz, katıldıkları bu görüşte, arsa sahibinin yükleniciye karşı iade borcunun kapsamı için, somut olayın özelliklerine göre sebepsiz zenginleşme hükümleri dışında, zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler, ayıba karşı tefekkül hükümleri, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler gibi çeşitli tasfiye hükümlerinden de taraf menfaatlerine uygun olduğu ölçüde yararlanılabileceğini belirtmişlerdir. Bkz. Buz (Dönme), s. 151; Şahiniz, s. 161, 163. Baygın ise, yine bu görüşe katılmakla birlikte, arsa sahibinin arsası üzerindeki yapının değerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine nazaran özel hüküm niteliğindeki haksız inşaat hükümlerine göre (TMK m. 722-724) ödemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Baygın, s. 146. Bu teorinin açıklaması için ayrıca bkz. Kahveci, s. 161-162.

⁴⁷⁰ Yarg. 15. HD, T. 14.10.2019, E. 2019/643, K. 2019/3904 (UYAP, E.T. 27.02.2020): “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi ile sözleşmenin ifası amacıyla yükleniciye ve yüklenici tarafından üçüncü şahıslara devredilen arsa paylarının, tapu kayıtlarının iptali ile arsa sahibi davacı adına tescili istemine ilişkindir... Eser sözleşmelerinde sona erme üzerine, her iki tarafında talep edebileceği tasfiyenin dayanağı, TBK’nun 125/III maddesidir. Bu maddeye göre sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir. Bu geri isteme aynen olabileceği gibi, aynen ifanın mümkün olmaması halinde, ifanın imkânsız hale geldiği tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile bedeli de olabilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devrini de içerdiğinden, yapılması özel şekil şartına tabi olduğu gibi, dönme suretiyle sona ermesi de, tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasıyla mümkün değildir. Ancak tarafların tamamının katılım ve dönme konusundaki uygun iradelerinin birleşmesiyle sona erdirilebileceği gibi, açılacak dava sonucu verilecek dönme nedeniyle sona erme kararının kesinleşmesiyle sona erecektir. Bu sona

erme arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, kural olarak ani edimli olması nedeniyle, geriye etkili olacağından, arsa sahibi bedel olarak verdiği tapu paylarını, tapu iptali ve tescili davası açmak suretiyle isteyebilecektir. Yüklenici de dönme anına kadar, arsa sahibinin mal varlığına giren yasal ve yararlı imalatın parasal karşılığının ödenmesini isteyebilecektir. Geriye etkili feshin en önemli sonucu da; tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına getirilmeleridir. Feshedilen sözleşme, arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme olup, tasfiyenin bu kişiler arasında yapılması gerekirse de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye finansman kolaylığı sağlamak üzere, daha inşaat aşamasında tapu devri yapılmakta, yüklenici de devraldığı bu tapuyu, sattığı bağımsız bölüme karşılık üçüncü kişilere temlik etmektedir. Arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili feshetmesi üzerine, sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi, tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik de artık sebepsiz kalır. Bu durumda Dairemiz uygulamalarına göre; fesih ve tasfiye işlemlerinin, üçüncü kişilerin haklarını da etkileyeceği, bir bakıma avans ödemesi niteliğindeki bu tapuların, arsa sahibine döneceği, devralan üçüncü kişilerin iyi niyet savunmalarının da dinlenemeyeceği kuşkusuzdur.”; Yarg. 23. HD, T. 18.03.2016, E. 2015/925, K. 2016/1271 (UYAP, E.T. 23.02.2020): “Öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) sözleşme ve eklerine, tasdikli projesine, imara, fen ve tekniğine uygun biçimde yerine getirip getirmediğinin, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir, edimi ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Kural olarak tapu kaydı intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 08.10.1991 tarih 1990/4 Esas 1991/13 Karar sayılı inançları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa, davalıların henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.”; Yarg. 23. HD, T. 24.09.2014, E. 2014/7706, K. 2014/5926 (UYAP, E.T. 27.02.2020): “Asıl ve birleşen dava, davacı arsa sahipleri ile davalı yükleniciler Dursun ve Ramadan Erdönmez arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği yükleniciye verildiği iddia edilen taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ve tesciline ilişkindir... Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle

Dönüşüm veya yeni dönme teorisine göre; yukarıda açıklanan görüşlerin aksine, sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalmaz; sadece içeriği değişir⁴⁷¹. Başka bir deyişle, dönme beyanı sözleşmenin geçerliliğine dokunmaz, ancak onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Bu tasfiye ilişkisinde, sözleşmeden doğan borçlar tersine dönerek devam ederler⁴⁷². Dolayısıyla dönme beyanına kadar yerine getirilmiş edimler, doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan (akdi) iade borçları haline gelirler⁴⁷³. Henüz yerine getirilmemiş borçlar bakımından ise, dönme ile bu borçlar son bulmayıp, sadece bu borçlara uymadan kaçınma yolunda defa hakkı doğar⁴⁷⁴. Böylece bu görüşe göre, sözleşme içeriği değişerek devam ettiği için, sözleşmeye bağlı olarak yapılan tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmeyecek, yani aynı hakkın devreden kişiye kendiliğinden dönmesi söz konusu olmayacaktır. Burada taraflar dönme kadar kazandıkları aynı hakların iadesini, sözleşmesel tasfiye ilişkisi içinde birbirlerinden isteyebilirler. Bu şekildeki iade taleplerinin zamanaşımı süresi ise, TBK m. 146 hükmü gereği, 10 yıl olacaktır.

Klasik dönme teorisi ile yeni dönme teorisi arasında uzlaştırıcı nitelikte olan bir başka teoriye göre ise; dönmeye kadar yerine getirilmemiş olan sözleşme yükümlülükleri klasik dönme teorisinde olduğu gibi kendiliğinden sona ererken,

üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer... Bu durumda mahkemece, taraflar arasındaki 15.03.1996 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine ve 13 no'lu bağımsız bölüme ilişkin tapu kaydının iptali ile davacı arsa sahipleri adına tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığın gerekçeyle karar verilmesi doğru olmamıştır.” Bu kararlardan anlaşılacağı üzere Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme öncesinde devredilen taşınmazlar için yapılan tescilin yolsuz hale geleceğini ve hatta dönme öncesinde yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilerin dahi bu sebeple hak sahibi olamayacağını kabul etmektedir. Bunun yanında yukarıda da bahsetmiş olduğumuz şekilde yenilik doğuran bir hak niteliğindeki dönme hakkının kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tek taraflı irade beyanı ile kullanılmayacağı, bu sözleşmeden dönmek isteyen tarafın mahkemede açacağı bir dava ile sözleşmeden dönebileceğine yönelen Yargıtay kararlarının da, bu görüşün benimsenmesinin bir sonucu olduğu söylenebilir (Bkz. yukarıda IV. Bölüm, II., A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması). Nitekim dönme hakkının, bu yöndeki irade beyanının karşı tarafa bildirilmesiyle değil de, dava yoluyla kullanılması ile mahkemece sözleşmeden dönmeye karar verildiği anda dönme öncesinde devredilen taşınmazlar için yapılan tescil yolsuz hale gelerek mülkiyet arsa sahibine geçmiş olacak ve böylece tapu kaydının iptaline de aynı davada karar verilmiş olacaktır.

⁴⁷¹ Şenocak, s. 49; Kahveci, s. 162; Tandoğan (Özel), s. 179; Yalçınduran, s. 130; Büyükay, s. 133.

⁴⁷² Seliçi, s. 162; Serozan (Dönme), s. 503.

⁴⁷³ Serozan (Dönme), s. 503; Kahveci, s. 162-163. Bu akdi iade borcu yaratan tasfiye ilişkisine ise, yerine göre sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyedin iade borcuna ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Kahveci, s. 167.

⁴⁷⁴ Serozan (Dönme), s. 503; Kahveci, s. 162-163. Bu teorisinin açıklaması için ayrıca bkz. Buz (Dönme), s. 123-125; Oğuzman/Öz, s. 533-534; Uçar, s. 176-177; Ayan, s. 267-269; Öktem, s. 1955; Celal, s. 158-159; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006.

dönmeye kadar yerine getirilmiş olan edimler ise yeni dönme teorisinde olduğu gibi sözleşmeye dayanan iade borçları haline gelirler⁴⁷⁵.

III. Bedel İndirimi İsteme Hakkı

A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması

TBK m. 475'te, yapının ayıplı olması durumunda, arsa sahibine diğer bir seçimlik hak olarak “*eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme*” hakkı tanınmıştır.

Sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi, bedelden indirim hakkı da, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır⁴⁷⁶. Dolayısıyla yüklenicinin kabulüne ya da mahkemenin bu hususta bir karar vermesine ihtiyaç yoktur. Bedelin indirilmesine ilişkin beyanın yükleniciye varması, hukuki sonucun doğması için yeterlidir⁴⁷⁷ ve bu beyanın yükleniciye varmasıyla sözleşmedeki bedel ayıp oranında daha düşük bir miktara iner⁴⁷⁸. Böylece arsa sahibinin bedelin bu kısmını yükleniciye verme borcu da sona erer⁴⁷⁹. Uyuşmazlık halinde bu hakkın geçerli olarak kullanılıp kullanılmadığı, indirim oranının doğru şekilde hesaplanıp hesaplanmadığına dair mahkemece verilecek karar ise, kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir⁴⁸⁰.

Bedelden indirim hakkının yenilik doğuran hak olmasına bağlanan bir diğer sonuç da, bu hakkın kullanılması üzerine arsa sahibi tarafından tek taraflı olarak geri

⁴⁷⁵ Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1006. Bu teorinin açıklaması için ayrıca bkz. Öktem, s. 1955-1956; Büyükay, s. 133.

⁴⁷⁶ Tandoğan (Özel), s. 186; Seliçi, s. 168; Burcuoğlu, s. 293; Şenocak, s. 58; Uçar, s. 186; Erman (İnşaat), s. 148; Büyükay, s. 140; Turanboy, s. 171; Öktem, s. 1958; Seçer (Eser), s. 236; Günel, s. 420; Şahiniz, s. 176; Kırmızı, s. 701; Yalçınduran, s. 133; Baygın, s. 232; Coşkun, s. 790; Celal, s. 167; Duman (İspat), s. 485; Karadaş, s. 249; Uygur (Borçlar), s. 2175; Yavuz (Ayıp), s. 801; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2488; Yavuz (Yenilikler), s. 707; Kaya, s. 59.

⁴⁷⁷ Seliçi, s. 168; Erman (İnşaat), s. 148; Turanboy, s. 171; Uygur (Borçlar), s. 2175; Yavuz (Ayıp), s. 801; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2488; Yavuz (Yenilikler), s. 707; Kaya, s. 59.

⁴⁷⁸ Tandoğan (Özel), s. 186; Burcuoğlu, s. 293; Şenocak, s. 57; Gümüş, s. 63; Uçar, s. 186; Öz (Dönme), s. 95; Öktem, s. 1958; Şahiniz, s. 176; Yalçınduran, s. 133; Baygın, s. 232; Kırmızı, s. 701; Coşkun, s. 790; Celal, s. 167.

⁴⁷⁹ Öz (İnşaat), s. 206; Uçar, s. 186; Yavuz (Ayıp), s. 801; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2488; Yavuz (Yenilikler), s. 707; Duman (İspat), s. 484.

⁴⁸⁰ Seliçi, s. 168; Erman (İnşaat), s. 148; Öktem, s. 1958; Günel, s. 420-421.

alınamayacak olmasıdır⁴⁸¹. Zira arsa sahibi yenilik doğuran bedelden indirim hakkını seçip, bu seçimini yükleniciye ulaştırmasıyla artık diğer seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır. Başka bir deyişle, bu hakkın seçilmesi ile sözleşmeden dönme veya ayıbın giderilmesi hakkı ortadan kalkacaktır⁴⁸². Ancak yukarıda da bahsettiğimiz gibi⁴⁸³, arsa sahibi ile yüklenicinin anlaşması halinde diğer seçimlik hakların yeniden canlandırılması mümkündür⁴⁸⁴.

Yine, sözleşmeden dönmede olduğu gibi, burada da bedelden indirim hakkının kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu yöndeki irade beyanı açık veya örtülü şekilde yapılabilir. Fakat yine belirtmek isteriz ki, kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu meydana getirilen taşınmaz yapının ekonomik olarak kapsam ve önemi dikkate alındığında, bu hakkın da yazılı şekilde kullanılmasının tercih edilmesi, ispat kolaylığı açısından daha uygun olacaktır. Tarafların tacir olması halinde ise, dönme hakkının kullanılmasından farklı olarak, TTK m. 18/3 maddesinde aranan şekil şartlarına uyulmasına burada gerek bulunmamaktadır. Nitekim anılan maddede bedelden indirim hakkına yönelik herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁴⁸⁵.

Bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla, arsa sahibinin borçlandığı ücret, doğrudan doğruya yapıdaki ayıp oranında azalır. Bu durumda arsa sahibi daha önce ödeme yapmamışsa, yüklenicinin indirilmiş miktardan fazlaya yönelik talebini borçlu olmadığı gerekçesiyle reddedilebilecektir⁴⁸⁶. Ancak burada yüklenicinin kısmi ödeme talep etmesi halinde, indirilmiş ücret tutarını aşmamak kaydıyla bu talebin yerine getirilmesi gerekir⁴⁸⁷. Bununla birlikte kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada çoğu zaman, yükleniciye finansman kolaylığı sağlamak üzere henüz inşaat aşamasında iken tapu devri yapılarak ücret borcunun ödendiği görülmektedir.

⁴⁸¹ Burcuoğlu, s. 293; Tandoğan (Özel), s. 187; Şenocak, s. 58; Uçar, s. 186; Erman (İnşaat), s. 148; Büyükay, s. 140; Yalçınduran, s. 133; Yener, s. 168; Yavuz (Ayıp), s. 801; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2488; Yavuz (Yenilikler), s. 707.

⁴⁸² Erman (İnşaat), s. 148; Seliçi, s. 168; Tandoğan (Özel), s. 187; Uçar, s. 186; Burcuoğlu, s. 293; Yalçınduran, s. 133; Yavuz (Ayıp), s. 801-802; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2488; Yavuz (Yenilikler), s. 707; Duman (İspat), s. 486.

⁴⁸³ Bkz. yukarıda IV. Bölüm, II., A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması

⁴⁸⁴ Şenocak, s. 58; Tandoğan (Özel), s. 187-188; Yener, s. 168.

⁴⁸⁵ Tandoğan (Özel), s. 188; Burcuoğlu, s. 293; Erman (İnşaat), s. 148-149; Günel, s. 421; Şahiniz, s. 177; Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Gür, s. 155.

⁴⁸⁶ Tandoğan (Özel), s. 186-187; Uçar, s. 186; Öktem, s. 1958; Baygın, s. 233; Celal, s. 167; Duman (İspat), s. 486; Karadaş, s. 252.

⁴⁸⁷ Tandoğan (Özel), s. 187; Uçar, s. 186; Duman (İspat), s. 486.

Arsa sahibinin bedelden indirim hakkını kullanmadan önce indirilmiş ücretten fazlasını ödemiş olduğu bu gibi durumlarda ise, indirim beyanının yükleniciye varmasıyla bu kısmın iadesini talep hakkı doğacaktır⁴⁸⁸. Bu talep hakkı da, sebepsiz zenginleşmeden değil, doğrudan doğruya tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmeden kaynaklanır⁴⁸⁹. Dolayısıyla, ödenen fazla miktarın iadesine ilişkin sözleşmesel nitelikteki bu talep hakkı, TBK m. 147/b.6'daki beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Diğer taraftan, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin borçlandığı ücretin bağımsız bölüm ve buna ilişkin arsa payı olması sebebiyle, arsa payı oranında indirim yapılması bir kısım sorunları gündeme getirebilecektir. Bu nedenle doktrinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelden arsa payı oranında indirim yapıp yapılamayacağı, yapılacaksa nasıl yapılacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ücret olarak kararlaştırılan arsa payının ayıp oranında indirilmesi mümkün değildir. Nitekim bedelden indirim yapma hakkını tanıyan TBK m. 475, ücretin para ile kararlaştırıldığı durumları esas almıştır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, ayıp nedeniyle oluşan değer düşüklüğü para olarak talep edilmelidir⁴⁹⁰. Diğer bir görüşe göre ise, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelden indirim hakkının kullanılması ile yükleniciye verilecek arsa payı da ayıp oranında azalacaktır. Ancak bu durumda doğal olarak indirim miktarı çoğu kez tam bir veya birkaç bağımsız bölümü karşılamayacağından, yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bazı bağımsız bölümlerde arsa sahibi ile yüklenicinin belli oranda paydaş (birlikte malik) olmaları suretiyle çözüme ulaşılmalıdır⁴⁹¹. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bir önceki görüşle paralel şekilde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye verilecek bedelin karşılığını arsa payı oluşturduğuna göre, bedel indiriminin de arsa sahibinin yükleniciye devredeceği bu arsa payları üzerinden yapılması mümkündür. Ancak bu şekilde arsa payından indirimin yapılabilmesi için, indirilecek bedelin

⁴⁸⁸ Öz (İnşaat), s. 206; Tandoğan (Özel), s. 187; Uçar, s. 186; Erman (İnşaat), s. 149; Şenocak, s. 57; Öktem, s. 1958; Günel, s. 421; Şahiniz, s. 176; Baygın, s. 233; Celal, s. 167; Kırmızı, s. 701-702; Kaplan, s. 145; Duman (İspat), s. 486; Karadaş, s. 251.

⁴⁸⁹ Öz (İnşaat), s. 206; Öz (Dönme), s. 96; Tandoğan (Özel), s. 187; Uçar, s. 186; Erman (İnşaat), s. 149; Şenocak, s. 57; Büyükay, s. 141; Öktem, s. 1958; Baygın, s. 233; Celal, s. 167; Günel, s. 421; Kırmızı, s. 702.

⁴⁹⁰ Seliçi, s. 170; Kırmızı, s. 702.

⁴⁹¹ Öz (İnşaat), s. 206-207.

tutarının, tam bir ya da birkaç kez bölüme denk gelmesi gerekir. Başka bir deyişle, arsa payından indirim ancak tam bir ya da birkaç bağımsız bölüme denk geliyorsa yapılabilir. Bedelden yapılacak indirimin tam bir ya da birkaç bağımsız bölümün değerini aşması halinde ise, aşan kısım için, yüklenicinin para olarak ödeme yapması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁹². Zira aksinin kabulü halinde, zaten ayıplı ifa nedeniyle çoğu zaman davacı davalı durumuna gelerek araları bozulan yüklenici ile arsa sahibine bağımsız bir bölümün ortak mülkiyetini vermek başka bir takım sorunları beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle tam bir bağımsız bölüme denk gelecek şekilde karşılanmayan bedelden indirim tutarının para olarak talep edilmesi şeklindeki bu çözüm menfaatler dengesine daha uygun gözükmektedir.

B. Bedelden İndirim Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları

Arsa sahibinin bedelden indirim yapılmasını isteme hakkının doğması için, ayıba karşı tefekkürün genel şartları yanında, bu hakkın kullanılabilmesinin iki özel şartının daha mevcut olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁹³. Doktrinde hâkim olan bu görüşe göre, her ne kadar bedelden indirim hakkı kanunen özel bir şarta tabi kılınmamış ise de, dürüstlük kuralı gereği bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıp nedeniyle yapıda bir değer eksikliği meydana gelmeli, ancak bu mevcut ayıp yapının değerini tamamen kaybetmesine de sebep olmamalıdır.

Buna göre bu hakkın kullanılabilmesinin ilk özel şartı, yapıda bir değer eksikliğinin meydana gelmesidir. Yapıdaki değer eksikliği ise, ayıplı olarak teslim edilen yapı ile ayıpsız olarak düşünülen yapı arasındaki kıymet farkıdır⁴⁹⁴. Başka bir deyişle, burada ayıpsız olarak düşünülen yapının ayıplı yapıdan daha değerli olması aranmaktadır. Bu nedenle, yapıdaki ayıp değerinde hiçbir azalmaya yol açmıyorsa, bedelden indirim hakkı kullanılmayacak ve diğer seçimlik haklara başvurulması gerekecektir⁴⁹⁵. Örneğin, bağımsız bölümün kararlaştırılandan farklı renk tonunda

⁴⁹² Ayan, s. 79; Şahiniz, s. 175-176; Baygın, s. 237.

⁴⁹³ Tandoğan (Özel), s. 188-189; Seliçi, s.166-167; Burcuoğlu, s. 294; Şenocak, s. 58; Uçar, s. 188; Öktem, s. 1958-1959; Kaplan, s. 141-142; Günel, s. 419; Seçer (Eser), s. 235; Turut, s. 117; Kocaağa (İnşaat), s. 163; Yener, s. 168; Karadaş, s. 255; Gür, s. 155. Aksi görüşte bkz. Şahiniz, s. 172-173.

⁴⁹⁴ Şenocak, s. 58; Uçar, s. 188; Kocaağa (İnşaat), s. 163; Aral/Ayrancı, s. 408; Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Karadaş, s. 255; Gökyayla (Ek İş), s. 211.

⁴⁹⁵ Seliçi, s. 166; Burcuoğlu, s. 294; Turanboy, s. 171; Öz (Dönme), s. 96-97; Öktem, s. 1958; Yalçınduran, s. 132; Baygın, s. 233. Buna karşılık, yapı ayıplı olmasına rağmen objektif değerinde bir azalma olmasa da, bu halde bedelden indirim hakkının kullanılmasını kanunen engelleyen bir hüküm

boyanmış olması halinde, bu durum bağımsız bölümün objektif değerinde bir azalma meydana getirmeyeceğinden, bedelden indirim hakkı değil, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması taraf menfaatlerine de daha uygun olan yoldur⁴⁹⁶. Yapıdaki bu değer eksikliğinin ise, yapının arsa sahibi veya yüklenici açısından taşıdığı subjektif değerine göre değil, piyasa değerine göre, objektif olarak belirlenmesi gerekmektedir⁴⁹⁷.

Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için bir diğer özel şart ise, ayıplı yapının tamamen değersiz olmaması, ayıplı haliyle de az veya çok bir değer taşınmasıdır⁴⁹⁸. Nitekim bedel indiriminin amacı, ayıplı yapı ile ücret arasındaki değer eşitliğini yeniden sağlamaktır⁴⁹⁹. Ayıplı bir yapının hiçbir değer ifade etmemesi halinde ise, arsa sahibinin ödemesi gereken bedel de tamamen indirilecek ve dolayısıyla arsa sahibi yükleniciye ücret ödemekle, yani arsa payı devretmekle yükümlü olmayacaktır⁵⁰⁰. Dolayısıyla bu durumda bedel indiriminin de bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenlerle mevcut ayıbın yapının değerini tamamen kaybetmesine sebep olduğu bu hallerde⁵⁰¹, arsa sahibi bedelden indirim hakkını kullanamayacak, TBK m. 227/son hükmüne kıyasen ve dürüstlük kuralı gereği, sözleşmeden dönme hakkına başvurabilecektir⁵⁰². Zira yapının tamamen değersiz olduğu bu durumda ücret sıfıra indirilerek ayıplı yapının yükleniciye geri verilmesiyle dönme ile aynı

bulunmadığından, ayıbın giderilmesi için yapılacak masraflar tutarında indirim yapılmak suretiyle arsa sahibinin bedelden indirim hakkını kullanabileceği görüşünde bkz. Şahiniz, s. 173.

⁴⁹⁶ Tandoğan (Özel), s. 189; Öz (İnşaat), s. 207.

⁴⁹⁷ Şenocak, s. 59; Uçar, s. 188; Gümüş, s. 64; Kocaağa (İnşaat), s. 163; Eren (Özel), s. 650; Aral/Ayrancı, s. 408; Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Kaplan, s. 141; Celal, s. 169; Uygur (Borçlar), s. 2175.

⁴⁹⁸ Tandoğan (Özel), s. 189; Seliçi, s. 167; Burcuoğlu, s. 294; Şenocak, s. 60; Uçar, s. 188; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1008; Öktem, s. 1959; Kaplan, s. 142; Seçer (Eser), s. 235; Yalçınduran, s. 133; Baygın, s. 233; Celal, s. 170.

⁴⁹⁹ Seliçi, s. 167; Şenocak, s. 57; Erman (İnşaat), s. 148; Duman (İspat), s. 483.

⁵⁰⁰ Şenocak, s. 60.

⁵⁰¹ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapıdaki değer düşüklüğünün ücrete eşit olacağı bir hale rastlanılması pek mümkün gözükme de, yapıdaki ayıbın onun yıktırılmasını gerektirecek nitelikte olması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Seliçi, s. 167-168; Erman (İnşaat), s. 148; Turanboy, s. 171.

⁵⁰² Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1008; Tandoğan (Özel), s. 189; Şenocak, s. 60; Tunçomağ, s. 1034; Uçar, s. 188; Erman (İnşaat), s. 148; Seliçi, s. 167; Öktem, s. 1959; Aral/Ayrancı, s. 408; Kocaağa (İnşaat), s. 163; Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Eren (Özel), s. 650; Baygın, s. 233-234; Kaplan, s. 142; Karadaş, s. 255; Yener, s. 168-169; Celal, s. 170; Gür, s. 155; Gökyayla (Ek İş), s. 212; Uygur (Borçlar), s. 2176. Buna karşılık, bedelden indirim hakkının kanunen özel bir şarta kılınmadığı gerekçesiyle, ayıp nedeniyle yapı değerini tamamen kaybetmiş olsa bile arsa sahibinin bedelden indirim hakkını kullanabileceği ve böylece yükleniciye herhangi bir ödemeksizin sözleşmeyi muhafazada ısrar ederek hiçbir değeri olmayan yapıyı elinde tutabileceği görüşünde bkz. Şahiniz, s. 173. Aynı yönde bkz. Koller, Nachbesserungsrecht, s. 240 (Şenocak, s. 60, dn. 133'ten naklen).

sonuca ulaşılabacağı kabul edilmektedir⁵⁰³. Bununla birlikte, yapıyı değersiz hale getiren ayıbın, aşırı harcamayı gerektirmeden onarım suretiyle giderilmesinin mümkün olduğu hallerde ise, arsa sahibi ayıbın giderilmesi hakkından da yararlanabilecektir⁵⁰⁴.

C. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanması

Bedelden indirim beyanının yükleniciye varmasıyla sözleşmedeki bedel ayıp oranında daha düşük bir miktara inmekte ve arsa sahibinin bedelin bu kısmını yükleniciye verme borcu da sona ermektedir⁵⁰⁵. Bunun sonucu olarak daha önce de belirtildiği gibi, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, indirime tabi olacak bedel miktarı bir ya da birkaç bağımsız bölüm değerine denk geldiği durumlarda indirim bağımsız bölümler üzerinden yapılmakta iken, bu bedele denk gelmeyen durumlarda ise para ile giderim yapılması gerekmektedir⁵⁰⁶.

Bedelden indirilecek bu tutarın hesaplanmasında ise kanunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, doktrinde ve uygulamada bu hususta dört farklı hesaplama yöntemine başvurulduğu görülmektedir.

Mutlak indirim yöntemine göre; yapının ayıplı halinin piyasa değeri ile ayıpsız olarak öngörülen piyasa değeri arasındaki fark bulunarak bedelden indirilmektedir⁵⁰⁷. Örneğin, ayıplı yapının piyasa değeri 280.000,00 TL iken eğer ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer 3000.000,00 TL ve sözleşmedeki bedel de 200.000,00 TL ise, ayıpsız değer ile ayıplı değer arasındaki 20.000,00 TL'lik fark kadar bedel indirimi yapılarak, 200.000,00 TL olan bedel 180.000,00'ye inecektir⁵⁰⁸.

Maliyete göre hesaplama yöntemine göre; yapının tamamlanmasına kadar harcanan malzeme ve işçilik maliyeti toplamının, ayıbın düzeltilmesi için gereken masraf toplamına oranı kadar bedel indirimi yapılmaktadır. Buna göre örneğin, yapının tamamlanması için malzeme ve işçilik dâhil toplam maliyet 100.000,00 TL,

⁵⁰³ Tandoğan (Özel), s. 189; Uçar, s. 188-189; Celal, s. 170.

⁵⁰⁴ Öz (Dönme), s. 106; Burcuoğlu, s. 294.

⁵⁰⁵ Arsa sahibi kendisine isabet eden bağımsız bölümlerdeki ayıpların bedelini tam olarak isteyebilirken, ortak yerlerdeki ayıpların bedelden indirimini ise, yapıdaki payı oranında isteyebilir. Bkz. Selimoğlu, s. 164.

⁵⁰⁶ Bkz. yukarıda IV. Bölüm, III., A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması.

⁵⁰⁷ Öz (İnşaat), s. 208; Büyükay, s. 141; Gümüş, s. 64; Şenocak, s. 63; Şahiniz, s. 180; Baygın, s. 235.

⁵⁰⁸ Öz (İnşaat), s. 208; Şahiniz, s. 180; Baygın, s. 235.

ayıbın giderilmesi için gereken masraf 50.000,00 TL olarak hesaplanmış ve sözleşmedeki bedel de 200.000,00 TL olarak kararlaştırılmış ise, yapılması gereken indirim $50.000,00/100.000,00=1/2$ olarak hesaplanacak, daha sonra ise yapının bedeli olarak kararlaştırılan 200.000,00 TL ile oranlama yapılarak $200.000,00 \times 1/2=100.000,00$ TL şeklinde çıkan sonuç kadar bedel indirimi yapılacaktır⁵⁰⁹.

Nispi indirim yöntemine göre; ayıpsız olarak öngörülen yapının piyasa değeri ile ayıplı halinin taşıdığı piyasa değeri arasında orantı kurulup, bu orantı sözleşmede kararlaştırılan bedele uygulanarak indirim yapılmaktadır⁵¹⁰. Buna göre indirilmiş bedel, ayıplı değer/ayıpsız değer \times kararlaştırılan ücret formülü ile bulunur⁵¹¹. Böylece bu formülün uygulanması ile yüklenicinin talep edebileceği ücret belirleneceğinden, kararlaştırılan ücretten bu tutarın düşülmesi sonucu da bedelden indirilmesi gereken miktara ulaşılabilmektedir⁵¹². Örneğin, ayıplı haliyle mevcut piyasa değeri 180.000,00 TL olan bir yapının ayıpsız olarak teslim edilmesi halinde 240.000,00 TL piyasa değeri olacaksa ve sözleşmede kararlaştırılan bedel de 200.000,00 TL ise, $180.000,00/240.000,00=3/4$, $200.000,00 \times 3/4=150.000,00$ TL (indirilen miktar: 50.000,00 TL) indirilmiş yeni ücret olacaktır⁵¹³.

Tazminat yöntemine göre; ayıplı olarak teslim edilen yapının onarılması için gereken malzeme ve işçilik masrafları bulunarak, ortaya çıkan bu tutar sözleşmede kararlaştırılan bedelden indirilmektedir⁵¹⁴. Örneğin, yapıdaki ayıbın giderilmesi için yapılacak masrafın 30.000,00 TL ve ödenmesi gereken bedelin de 200.000,00 TL

⁵⁰⁹ Öz (İnşaat), s. 208; Şahiniz, s. 181.

⁵¹⁰ Öz (İnşaat), s. 208; Tandoğan (Özel), s. 191; Seliçi, s. 169; Burcuoğlu, s. 294; Şenocak, s. 62; Uçar, s. 190; Gümüş, s. 63-64; Turanboy, s. 172; Aral/Ayrancı, s. 409; Kocaağa(İnşaat), s. 163; Büyükkay, s. 141; Aydoğdu/Kahveci, s. 776; Kaplan, s. 143; Günel, s. 421; Şahiniz, s. 179; Yalçınduran, s. 133; Selimoğlu, s. 164; Yener, s. 169; Baygın, s. 234; Celal, s. 171; Uygur (Borçlar), s. 2176.

⁵¹¹ Tandoğan (Özel), s. 191; Seliçi, s. 169; Burcuoğlu, s. 294-295; Şenocak, s. 62; Erman (İnşaat), s. 150; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1007; Aral/Ayrancı, s. 409; Öktem, s. 1960; Günel, s. 421; Şahiniz, s. 179; Baygın, s. 234; Celal, s. 171; Uygur (Borçlar), s. 2176; Kırmızı, s. 705; Karadaş, s. 257.

⁵¹² Erman (İnşaat), s. 150; Şahiniz, s. 180.

⁵¹³ Öz (İnşaat), s. 208; Seliçi, s. 170; Şahiniz, s. 180; Selimoğlu, s. 164; Baygın, s. 234; Karadaş, s. 256.

⁵¹⁴ Öz (İnşaat), s. 208; Erman (İnşaat), s. 150-151; Şahiniz, s. 177; Günel, s. 421.

olduğu varsayımında, 200.000.00-30.000,00=170.000.00 TL şeklinde indirilmiş yeni bedel hesaplanmış olacaktır⁵¹⁵.

Doktrinde bedelden indirim tutarının hesaplanmasına ilişkin bu yöntemlerden en çok tercih edileninin ise nispi indirim yöntemi olduğu görülmektedir⁵¹⁶. Kanaatimize göre ise, üstünlük tanınması gereken yöntem öncelikle tazminat yöntemi olmalıdır. Zira ayıbın giderilmesi masraflarına göre bedelden indirim yapılması daha adil sonuçlar verecektir. Şöyle ki, nispi indirim yönteminin uygulanması halinde ayıbın meydana getirdiği değer düşüklüğü fazla olmamasına rağmen, bu ayıbın giderim masrafları daha yüksek miktarlara ulaşması durumunda, bu yöntemin uygulanması arsa sahibi aleyhine olacaktır⁵¹⁷. Aksi durumda da, yani ayıbın sebep olduğu değer düşüklüğü büyük ölçüde olmasına rağmen, bu ayıbın az bir masrafla giderilmesi mümkünse, nispi indirim yönteminin uygulanması bu defa yüklenicinin aleyhine sonuç doğuracaktır⁵¹⁸. Diğer yandan, nispi indirim yöntemine göre hesap yapılabilmesi için, yapının ayıplı ve ayıpsız değerlerinin hesaplanması gerekmektedir. Uygulamada ise bilirkişiler tarafından yapının ayıplı ve ayıpsız değerlerinin gerçekçi bir şekilde saptanabilmesi oldukça zordur⁵¹⁹. Bu nedenlerle kanaatimizce bedelden indirilecek tutarın, yapıdaki ayıpların giderilmesi masrafları esas alınmak suretiyle hesaplanması⁵²⁰, ayıbın onarılmasının mümkün olmadığı durumlarda⁵²¹ ise, nispi indirim yöntemine başvurularak hesaplama yapılması daha adil sonuçlar verecektir. Bu konuda Yargıtay 15. Ceza Dairesinin kararlarını incelediğimizde ise, özellikle de eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bedel indiriminin hesaplanmasına ilişkin olarak nispi metodun uygulanması gerektiği

⁵¹⁵ Öz (İnşaat), s. 208; Şahiniz, s. 177.

⁵¹⁶ Tandoğan (Özel), s. 191; Şenocak, s. 64; Burcuoğlu, s. 294; Uçar, s. 190; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1007; Eren (Özel), s. 650-651; Eren (Müteahhidin Borçları), s. 85; Gümüş, s. 63; Aral/Ayrancı, s. 408-409; Seliçi, s. 169; Turanboy, s. 172; Zevkliler/Gökyayla, s. 531; Aydoğdu/Kahveci, s. 776; Kocaağa(İnşaat), s. 163; Kaplan, s. 143; Yener, s. 169; Baygın, s. 236; Celal, s. 171; Gökyayla (Ek İş), s. 212; Uygur (Borçlar), s. 2176.

⁵¹⁷ Erman (İnşaat), s. 151; Şahiniz, s. 179; Günel, s. 422.

⁵¹⁸ Erman (İnşaat), s. 151; Şahiniz, s. 179; Günel, s. 422.

⁵¹⁹ Öz (İnşaat), s. 208; Şahiniz, s. 180.

⁵²⁰ Bu durumda ayıbın giderilmesine rağmen, yapıda değer düşüklüğü söz konusu oluyorsa, kalan değer düşüklüğü kusurlu yükleniciden ayrıca tazmin edilmelidir. Bkz. Seliçi, s. 172; Erman (İnşaat), s. 151.

⁵²¹ Örneğin, binanın bodrum katı yüksekliği projeye göre daha alçak yapılmışsa, bu ayıbın giderilmesi mümkün olmadığından bedelden indirim, nispi indirim yöntemine göre hesaplanmalıdır. Bkz. Erman (İnşaat), s. 151; Şahiniz, s. 178.

şeklinde birçok karar⁵²² bulunmakla birlikte, bazı kararlarda⁵²³ ise bedelden indirilecek tutarın hesaplanmasında tazminat yönteminin benimsendiği görülmektedir.

Bedelden indirilecek tutarın hesaplanmasında hangi anın esas alınacağı sorunu bakımından ise, doktrinde haklı olarak yapının teslim anının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁵²⁴. Zira ayıptan dolayı sorumluluğun geçiş anı, yapının

⁵²² Yarg. 15. HD, T. 27.03.2018, E. 2016/6089, K. 2018/1188 (UYAP, E.T. 20.03.2020): “Bu nedenle mahkemece yapılacak iş; 13.04.2015 tarihli kök raporu veren bilirkişi kurulundan ek rapor almak suretiyle TBK 475/1. madde 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 475/2. maddesi uyarınca ayıp oranında bedelden indirim konusunda inceleme yapılmalıdır. Gerek Dairemiz gerekse Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarına göre bedel indiriminde ise “nisbi metod” uygulanmalıdır. Nisbi 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 80.000,00 TL olarak belirlenip buna göre karar verilmelidir. Aksi düşüncelerle verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın bozulması gerekmiştir.”; Yarg. 15. HD, T. 14.12.2017, E. 2017/1894, K. 2017/4441 (UYAP, E.T. 20.03.2020): “Bu durumda mahkemece bedel indirimi konusunda Dairemizin ve Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarına göre “nisbi metod” uygulamaları indirilecek bedel bulunup davacıya iadesi gerekirken bu hususlara riayet edilmemesi hatalı olmuştur. Nisbi metoda göre, karşılaştırılan ücret ile eserin ayıplı değerinin çarpılması sonucu elde edilecek bedelin, eserin ayıpsız değerine oranlama suretiyle, indirilecek bedel belirlenir. Bir örnek vermek gerekirse; karşılaştırılan ücret 200,00 TL, ayıplı değer 250,00 TL, ve ayıpsız değer 400,00 TL olduğunda indirilmiş iş bedeli 125,00 TL olduğundan, iadesi gereken bedel 75,00 TL olarak bulunur (Dairemizin 24.05.2010 gün ve 2010/1703 Esas, 2010/2891 Karar sayılı kararı).”; Yarg. 15. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/1142, K. 2017/241 (UYAP, E.T. 20.03.2020): “Gerek 818 sayılı BK’nın 360. maddesi gerekse 6098 sayılı TBK’nın 475/2. maddesi hükümlere göre ayıp halinde iş sahibinin seçimlik hakları arasında eseri alıkoymuş 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 nisbi 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).”

⁵²³ Yarg. 15. HD, T. 11.11.2013, 6652/5819 (Coşkun, s. 792): “...O halde mahkemece seçimlik hakkın ücretten indirim yapılması yönünde kullanılması gerektiği kabul edilerek 2.500,00 TL eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedeline hükmedilmesi gerekirken, davacının seçimlik hakkın dönme yönünde kullanmasında ısrar ettiği ve ücretten indirim yapılması seçeneğini kabul etmediğinden bahisle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”; Yarg. 15. HD, T. 20.10.1990, 3934/3711 (Şahiniz, s. 178): “Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde, bu ayıplar kabule engel değil ise; iş sahibi ayıpların aynen giderilmesini veya giderilmesi için gerekli bedelin tahsilini ya da bedelden bu miktarın tanzilini isteyebilir.”

⁵²⁴ Öz (İnşaat), s. 207; Öz (Dönme), s. 96; Tandoğan (Özel), s. 189; Seliçi, s. 169; Şenocak, s. 61; Burcuoğlu, s. 295; Uçar, s. 189; Öktem, s. 1960; Erman (İnşaat), s. 151-152; Büyükay, s. 141; Turut, s. 118; Günel, s. 422; Yener, s. 169; Baygın, s. 235; Celal, s. 171; Selimoğlu, s. 162; Karadaş, s. 256; Yarg. 15. HD, T. 07.12.2011, E. 2011/752, K. 2011/7242 (UYAP, E.T. 21.03.2020): “O halde mahkemece yapılması gereken iş davacının göstermiş olduğu tanıklar da dinlenerek ayıp ihbarının yapıp yapılmadığı, yapılmış ise ne zaman yapıldığı konusunun her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde belirlenip, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde eksik ve ayıplı imalât bedelinin bilirkişilerden alınacak ek raporla teslim tarihindeki serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla

teslim edildiği andır⁵²⁵. Bu durumda teslimden sonra dış etkiler sebebiyle ayıbın artması yükleniciye yüklenmemeli, bunların yol açtığı zarar yüklenici kusurluysa tazminat talebiyle istenmelidir⁵²⁶. Yapıdaki ayıpların gizli ayıp niteliğinde olması halinde ise, gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihin esas alınması gerekir⁵²⁷.

Diğer taraftan, bedel indirimi yapılırken arsa sahibinin ayıbın oluşumunda kusuru varsa bu durumun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira TBK m. 476 uyarınca ayıbın arsa sahibine isnat olunabilecek bir sebepten kaynaklanması halinde arsa sahibi ayıptan doğan haklarını kaybetmesi sonucu ile karşılaşırken, ayıbın oluşumunda müterafik kusuru bulunması durumunda da bedel indirimi hakkını kullanınca sebep olduğu değer düşüklüğü tutarına katlanması dürüstlük kuralı gereğidir⁵²⁸.

IV. Ayıbın Giderilmesini (Yapının Ücretsiz Onarılmasını) İsteme Hakkı

A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması

Yapının ayıplı olması durumunda TBK m. 475 hükmü ile arsa sahibine tanınan üçüncü seçimlik hak, ayıbın giderilmesini, bir başka deyişle ayıplı yapının onarılmasını isteme hakkıdır.

Bu hakkın hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁵²⁹, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, arsa sahibinin diğer seçimlik haklarından farklı olarak yenilik doğuran bir hak değil, gereği gibi ifaya ilişkin özel bir alacak hakkıdır. Zira yüklenicinin zaten ayıpsız bir yapı inşa ve teslim borcu bulunduğu göre, onarım talebi de bu edim borcunun içindedir⁵³⁰. Başka bir deyişle

belirlenmesi, sonucuna göre hüküm kurulması; ayıp ihbarının süresinde yapılmadığının anlaşılması halinde sadece eksik imalât yönünden teslim tarihinde serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla bedelin saptanmasından ve sonucu dairesinde hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır.”

⁵²⁵ Seliçi, s. 169; Tandoğan (Özel), s. 189; Öktem, s. 1960; Şenocak, s. 61.

⁵²⁶ Öz (İnşaat), s. 207; Öz (Dönme), s. 96; Uçar, s. 189; Günel, s. 422.

⁵²⁷ Öz (İnşaat), s. 207; Öz (Dönme), s. 96; Uçar, s. 189; Erman (İnşaat), s. 151-152; Günel, s. 422; Selimoğlu, s. 162; Karadaş, s. 256; Gür, s. 154; Yarg. 15. HD, T. 28.1.2002, 4500/365 (Şahiniz, s. 178): “Eserin teslimi ve kabulünden sonra zamanışı süresi içerisinde ortaya çıkan gizli ayıplar da, derhal yükleniciye bildirilir. Bildirimin sonuçsuz kalması halinde ise, gizli ayıpların ortaya çıktığı tarihteki piyasa rayicine göre belirlenecek giderim bedeli talep edilebilir.”

⁵²⁸ Seliçi, s. 172-173; Erman (İnşaat), s. 152; Yalçınduran, s. 134; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, 3. Baskı, Ankara 2016 [Duman (Dürüstlük)], s. 230.

⁵²⁹ Öz (İnşaat), s. 210; Öz (Dönme), s. 97; Seliçi, s. 173; Seçer (Eser), s. 237; Günel, s. 425; Buz (Yenilik), s. 171; Şahin, s. 145; Yalçınduran, s. 136-137; Becker, s. 618.

⁵³⁰ Öz (İnşaat), s. 210; Öz (Dönme), s. 97; Seliçi, s. 174, dn. 167.

burada yapının ayıplı olarak teslimi halinde bu ayıbın giderilmesi talebi, yüklenicinin başlangıçtaki ayıpsız bir yapı meydana getirme borcunun devamıdır⁵³¹. Bu nedenle ayıbın giderilmesi hakkının seçilmesi diğer seçimlik hakları kesin olarak düşürmez⁵³². Ancak yüklenicinin ayıbın giderilmesi talebinin gereklerine uygun davranarak onarıma başlamış olması halinde, artık arsa sahibi kararını değiştirip diğer seçimlik haklara başvuramaz⁵³³. Çünkü ayıbın giderilmesi talebi üzerine, yüklenicinin arsa sahibinin beyanına olan güveninin korunması ve ayıbın giderilmesine olanak tanınması gerekir⁵³⁴.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵³⁵ ise, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme seçimlik haklarında olduğu gibi, yenilik doğuran bir hak niteliğini taşır. Nitekim yapının teslimi ile birlikte yüklenicinin ayıpsız bir yapı inşa ve teslim etme şeklindeki asli edim yükümü sona erer ve yerini arsa sahibinin TBK m. 475'te belirtilen üç seçimlik hakkından birini alır⁵³⁶. Arsa sahibinin bu üç seçimlik hakkından birini tercih etmesine kadar sözleşmedeki edimlerin ne şekil alacağı belirsiz olup, ancak arsa sahibinin seçim hakkını ayıbın giderilmesi yönünde kullanmasından sonra yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin borcu ortaya çıkar⁵³⁷. Bu nedenle diğer yenilik doğuran hakların kullanılmasında olduğu gibi, arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını kullanması ile diğer seçimlik hakları ortadan kalkar.

Diğer taraftan her iki görüş arasındaki farkın daha çok kuramsal olduğunu, hangi görüş savunulursa savunulsun esasen arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını seçtikten sonra bu hakkını kullanmaktan vazgeçip diğer seçimlik haklarını kullanamayacağını belirtmek gerekir. Nitekim ilk görüşe göre yüklenicinin arsa sahibinin ayıbın giderilmesine yönelik beyanına olan güveninin korunması ve ayıbın giderilmesine olanak tanınması gerekçesiyle bu sonuca varılırken, diğer görüşte yenilik doğuran hakların niteliği gereği bu sonuca varılmaktadır. Bununla birlikte her

⁵³¹ Seliçi, s. 173; Günel, s. 425; Buz (Yenilik), s. 171-172.

⁵³² Öz (İnşaat), s. 210; Öz (Dönme), s. 97; Seliçi, s. 174; Günel, s. 424.

⁵³³ Öz (İnşaat), s. 210; Öz (Dönme), s. 98; Seliçi, s. 174-175.

⁵³⁴ Seliçi, s. 175.

⁵³⁵ Eren (Özel), s. 651; Şenocak, s. 38; Büyükay, s. 137; Uçar, s. 194-195; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1008; Kaplan, s. 145; Tandoğan (Özel), s. 192; Şahiniz, s. 189; Selimoğlu, s. 165; Celal, s. 175.

⁵³⁶ Şenocak, s. 38.

⁵³⁷ Şenocak, s. 38.

iki görüşe göre de, yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi veya bu borcun yerine getirilmesinin objektif olarak imkânsızlaşması ya da yüklenicinin çabalarına rağmen ayıbın giderilememesi hallerinde, arsa sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir⁵³⁸. Yine her iki görüşe göre de, yüklenicinin ayıpları kendiliğinden giderme hakkı bulunmayıp, bu hak yalnızca arsa sahibine tanınmıştır⁵³⁹. Bu nedenle arsa sahibinin, yüklenicinin ayıbın giderme yönündeki önerisini kabul etmemesi, onu alacaklı temerrüdüne düşürmeyecektir⁵⁴⁰.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı yenilik doğuran bir hak olduğuna göre, bu hakkın kullanılması da bütün yenilik doğuran haklar için geçerli olan kurallara tabidir. Buna göre, varması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılması yeterlidir⁵⁴¹. Yüklenicinin bu hakkın kullanılmasına muvafakat etmesine gerek yoktur. Ayıbın giderilmesi beyanının yükleniciye varmasıyla, artık arsa sahibi bundan tek taraflı olarak geri dönemez⁵⁴². Bununla birlikte tarafların anlaşması ya da yukarıda belirttiğimiz şekilde yüklenicinin ayıbı gideremediği bir kısım hallerde, sözleşmeden dönme veya bedelden indirim isteme yollarının yeniden açılacağını belirtmek gerekir⁵⁴³. Yine bu hakkın kullanımı da, diğer seçimlik haklar gibi herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, yazılı şekil ispat kolaylığı açısından önem arz edecektir.

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasıyla yüklenici yapıdaki ayıbı ücret talep etmeksizin giderme borcu altına girmektedir. Söz konusu bu borcun içeriğini, yapıda var olan ayıbın düzeltilmesi suretiyle yapının sözleşmeye uygun hale

⁵³⁸ Tandoğan (Özel), s. 193; Şenocak, s. 39; Seliçi, s. 179-180; Uçar, s. 195; Burcuoğlu, s. 296; Celal, s. 177; Büyükay, s. 138.

⁵³⁹ Seliçi, s. 174; Tandoğan (Özel), s. 192-193; Eren (Özel), s. 651; Uçar, s. 194; Burcuoğlu, s. 296-297; Erman (İnşaat), s. 154; Büyükay, s. 138; Günel, s. 425; Celal, s. 176.

⁵⁴⁰ Seliçi, s. 174, dn. 168; Tandoğan (Özel), s. 193; Uçar, s. 194; Burcuoğlu, s. 297. Ancak burada arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını talep ettikten sonra, yüklenicinin bu borcunu yerine getirmesine engel olması halinde artık alacaklı temerrüdüne düşeceğini belirtmek gerekir. Bkz. Seliçi, s. 174, dn. 168; Tandoğan (Özel), s. 193; Turanboy, s. 175; Kaya, s. 60.

⁵⁴¹ Tandoğan (Özel), s. 192; Şenocak, s. 39; Eren (Özel), s. 651; Uçar, s. 195; Burcuoğlu, s. 296; Büyükay, s. 138; Celal, s. 175; Şahiniz, s. 189.

⁵⁴² Eren (Özel), s. 651; Tandoğan (Özel), s. 193; Şenocak, s. 39; Burcuoğlu, s. 296; Uçar, s. 195; Büyükay, s. 138; Celal, s. 176.

⁵⁴³ Tandoğan (Özel), s. 193; Şenocak, s. 39; Uçar, s. 195.

getirilmesi oluşturur⁵⁴⁴. Esasen bu borç, yüklenicinin başlangıçtaki ayıpsız bir yapı meydana getirmeye ilişkin asli edim yükümlülüğü ile aynı içeriğe sahiptir⁵⁴⁵. Bu nedenle, arsa sahibinin ayıbın giderilmesi sonucu, kendisine ayıpsız bir yapı teslim edilmiş olsaydı içinde bulunacağı durumdan ne daha iyi, ne de daha kötü duruma sokulmaması gerekir⁵⁴⁶. Örneğin, bozuk tesisatın onarımı yapıldıktan sonra delinen duvarlar da yeniden sıvanmalı ve boyanmalı, onarım talebine neden olan ayıbın ortadan kaldırılmasının yanında, onarıma girişildiğinde yapı nasılsa o şekilde bırakılmalıdır⁵⁴⁷. Buna karşılık arsa sahibinin de, ayıplı yapı teslim edildi diye ücretsiz onarım kapsamında sözleşmede öngörülmemiş değişiklikler yapılmasını istemeye hakkı bulunmamaktadır⁵⁴⁸. Bu kapsamda örneğin, ayıplı yapı teslimi vesile edilerek, sözleşmede kararlaştırılandan daha kaliteli ve pahalı malzeme kullanılması kural olarak talep edilemez⁵⁴⁹. Böyle bir talep, her iki tarafın anlaşmasıyla sözleşmede değişiklik yapılmasını ve dolayısıyla ek ücret ödenmesini gerektirir⁵⁵⁰.

Diğer taraftan, TBK m. 475'te açıkça belirtildiği üzere, ayıbın giderilmesi kapsamında yapılacak olan masraflar kural olarak yükleniciye aittir⁵⁵¹. Bu kapsamda

⁵⁴⁴ Tandoğan (Özel), s. 193; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1008; Zevkliler/Gökyayla, s. 532; Şahiniz, s. 193; Turut, s. 119; Yener, s. 165; Coşkun, s. 793; Yavuz (Ayıp), s. 802; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2489; Yavuz (Yenilikler), s. 707-708. Burada ayıbın giderilmesi borcundan, sadece yapıdaki bozuk yerin onararak düzeltilmesi anlaşılmalıdır. Yapıda objektif olarak bir inşaat veya tesisat bozukluğu bulunmasa bile, sözleşmeye göre kullanılması gerekenden başka bir malzeme kullanılması, sözleşmeyle belirlenen projeye göre yapıda farklı kısımlar yapılması gibi sözleşmeye aykırılıkların değiştirilerek düzeltilmesi de onarım (ayıbın giderilmesi) kapsamındadır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 209.

⁵⁴⁵ Tandoğan (Özel), s. 193-194; Şenocak, s. 40.

⁵⁴⁶ Tandoğan (Özel), s. 194-195; Şenocak, s. 156; Şahiniz, s. 193; Uygur (Borçlar), s. 2177; Yavuz (Ayıp), s. 802; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2489; Yavuz (Yenilikler), s. 708; Yalçınduran, s. 136; Gür, s. 156.

⁵⁴⁷ Öz (İnşaat), s. 210; Seliçi, s. 178.

⁵⁴⁸ Şenocak, s. 156; Şahiniz, s. 194.

⁵⁴⁹ Şenocak, s. 156.

⁵⁵⁰ Şenocak, s. 156; Şahiniz, s. 194; Tandoğan (Özel), s. 195.

⁵⁵¹ Tandoğan (Özel), s. 195; Uçar, s. 197; Şenocak, s. 161; Gümüş, s. 65; Kaplan, s. 148; Şahiniz, s. 194; Celal, s. 179; Gür, s. 155; Yarg. 23. HD, T. 26.01.2017, E. 2015/7892, K. 2017/189. (UYAP, E.T. 28.03.2020): "Dosya kapsamında teknik bilirkişilerce tespit edilen bulgulara göre, binanın fen ve teknik kurallarına ve tâbi olduğu 1975 tarihli Deprem Yönetmeliği hükümlerine aykırı, yani yasal yönden ayıplı inşa edildiği saptanmış bulunmaktadır. Bu ayıplar yapının tesliminden sonra meydana gelen deprem nedeniyle oluşan hasarların incelenmesi sırasında anlaşılabilmiştir. Bu nedendir ki, gizli ayıp niteliğinde olduklarının kabulünde zorunluluk vardır. (818 sayılı BK. m. 362). Gerçekten de gizli ayıp, eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülemeyen, muayene ile hemen anlaşılabilen, sonradan kullanılmakla veya somut uyumsuzlukta görüldüğü gibi deprem ve benzeri bir olay vesilesiyle ortaya çıkan ayıptır. Ayıplı iş ise vasıf eksikliğini ifade eder (YHGK, 08.10.2003 T., 2003/15-474 E., 2003/545 K.). O sebeple de vasıf eksikliği bulunduğu veya ayıplı inşa edildiği anlaşılan binalar nedeniyle yüklenicinin sorumlu olması doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer yönden yüklenici yapılacak işin uzmanı olup, yüklenen işi, amacına, tekniğine ve sözleşmesine

yüklenici hem malzemeye ilişkin hem de emeğe ilişkin masrafları karşılamakla yükümlüdür⁵⁵². Bunun yanında yüklenicinin karşılamakla yükümlü olduğu bu masraflara, sadece doğrudan ayıbın giderilmesine ilişkin masraflar değil, ayıbın kaynağının bulunması için yapılacak çalışma masrafları veya ayıp giderildikten sonra yapılması gereken eski hale getirme masrafları gibi, ayıbın giderilmesine yönelik tali işlerin masrafları da dâhildir⁵⁵³. Ancak burada ayıbı giderme masrafları kural olarak yükleniciye ait ise de, bunun bir takım istisnalarının bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bu istisnalardan ilki, ayıbın oluşmasında arsa sahibinin TBK m. 476 anlamında ortak kusurunun⁵⁵⁴ mevcut olmasıdır; bu halde arsa sahibi, kusuru oranında ayıbın giderilmesi masraflarına katılmalıdır⁵⁵⁵. İkinci bir istisnası ise, aşağıda ayıbın giderilmesinin özel şartları konusunda açıklayacağımız üzere, TBK m. 475 anlamında ayıbı giderme masraflarının aşırı olmasıdır⁵⁵⁶. Bu durumda arsa sahibi söz konusu bu aşırılığı kaldıracak ölçüde masraflara katılırsa, ayıbın giderilmesini isteyebilecektir⁵⁵⁷. Bundan başka üçüncü bir istisnai durum, yapı başlangıçta ayıpsız olarak meydana getirilseydi yine arsa sahibine düşecek olan masrafların, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması ile de yine arsa sahibine ait olacak olmasıdır⁵⁵⁸. Örneğin, yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen arsa sahibinin talimatıyla sözleşmede kararlaştırılandan daha ucuz bir malzeme kullanımı

uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Nitekim taraflar arasındaki 21.05.1987 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatla ilgili her türlü sorumluluğun yükleniciye ait olduğu (4. ve 10. maddeler) ve işin "anahtar teslimi" olarak teslim edileceği (2. madde) düzenlenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, inşaatın, yapıldığı dönemde yürürlükte olan 1975 tarihli Deprem Yönetmeliği'ne aykırılıklar taşıdığı, betonarme taşıyıcı sistemin ve çizimlerin mevzuata aykırı olduğu, zemin etüdünün yapılmadığı, kolon ve kirişlerde gerekli etriye sıkılaştırmalarının yapılmadığı, beton kalitesinin düşük olduğu gibi hususlar tespit edilerek, bu nedenle ortaya çıkan hasardan davalı yüklenicilerin % 65, dava dışı ilgili belediyenin %10 ve proje müellifi mimarın %25 oranında kusurlu olduğu belirtilmiş ve 1999 yılı fiyatlarına göre hesap edilen güçlendirme masrafları hisseleri oranında davacılara paylaştırılmıştır. Mahkemece, bilirkişi raporuna dayalı olarak davalı yüklenicilerin güçlendirme masraflarının %65'inden sorumlu olduğu sonucuna varılmış ise de, yukarıda açıklanan nedenlerle, sözleşmeye göre davacı arsa sahiplerine karşı yükleniciler sorumlu olup, hesap edilen güçlendirme masraflarının tamamının yüklenicilerden tahsiline hükmedilmesi gerekir. Bu husus gözetilmeksizin, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır."

⁵⁵² Tandoğan (Özel), s. 195; Yavuz (Ayıp), s. 802; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2489; Yavuz (Yenilikler), s. 708; Kostakoğlu (İnşaat), s. 382.

⁵⁵³ Şenocak, s. 161; Tandoğan (Özel), s. 195; Şahiniz, s. 194-195; Gümüş, s. 65.

⁵⁵⁴ Bkz. yukarıda III. Bölüm, II., A. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibine İsnat Olunması

⁵⁵⁵ Tandoğan (Özel), s. 196; Şenocak, s. 163; Celal, s. 179; Şahiniz, s. 195; Yalçınduran, s. 136.

⁵⁵⁶ Tandoğan (Özel), s. 196; Şenocak, s. 163; Uçar, s. 197; Celal, s. 179; Şahiniz, s. 195. Bkz. aşağıda IV. Bölüm, IV., B., 2. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf Gerektirmemesi.

⁵⁵⁷ Tandoğan (Özel), s. 196; Şenocak, s. 163; Şahiniz, s. 196.

⁵⁵⁸ Tandoğan (Özel), s. 195-196; Şenocak, s. 163; Uçar, s. 197; Celal, s. 179; Şahiniz, s. 196.

dolayısıyla ayıp oluşmuşsa, yüklenici bu ayıptan sorumlu olmamakla birlikte, buna rağmen arsa sahibinin isteği üzerine ayıbı giderecekse, bunun masrafları arsa sahibine ait olacaktır⁵⁵⁹. Bir diğer istisnai durum ise, arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını kullanmakta haklı bir neden olmaksızın gecikmesi nedeniyle ayıbın büyümesine yol açması halidir; böyle bir durumun mevcudiyeti halinde de, bu yüzden doğan fazla masrafların arsa sahibi tarafından ödenmesi gerekir⁵⁶⁰.

Bunların dışında ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması ile ortaya çıkabilecek diğer bir sorun, yüklenicinin onarım çalışmalarını bitirip yapıyı arsa sahibine teslim ettikten sonra, yapıda yine ayıpların mevcut olması halidir. Bu durumda arsa sahibinin ayıba karşı tefekkürden doğan seçimlik hakları yeniden canlanacaktır⁵⁶¹. Ancak bunun için, yine ilk teslimdeki gibi, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir⁵⁶². Aksi halde kötü olarak düzeltilen ayıp yeniden yükleniciye ihbar edilmezse, yukarıda açıklandığı üzere arsa sahibi yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecektir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Şenocak, s. 165; Şahiniz, s. 196.

⁵⁶⁰ Tandoğan (Özel), s. 196; Uçar, s. 197; Yalçınduran, s. 136; Celal, s. 179-180; Yarg. 15. HD, T. 24.04.2008, E. 2007/7091, K. 2008/2710 (UYAP, E.T. 30.03.2020): "...yüklenici şirket ve diğer sorumlular yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumludur. Ancak yapıdaki ayıp 2000 yılında ortaya çıktığı gibi yeniden yapımın gerektiği de 2000 yılında belirlenmiştir. Davacı zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorundadır. Davacının ihmalden dolayı artan zarardan davalıların sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda mahkemece BK'nın 98. maddesi yollamasıyla 44. maddesi uyarınca meydana gelen zarar, yani binanın yıkım ve yeniden yapım masraflarının 2000 yılı fiyatlarıyla ve çimento, beton vs. miktar ve oranlarının sözleşmenin yapıldığı tarihte geçerli olan 1975 yılı deprem yönetmeliğine göre hesaplatılarak bilirkişilerden alınacak ek raporla davalı Sedat'ın sorumlu olduğu miktar saptanarak davanın sonuçlandırılması gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu davanın yazılı şekilde kısmen kabulü doğru olmamış, kararın davalı Sedat yararına bozulması uygun bulunmuştur." Bütün bu istisnai hallerde, arsa sahibinin kendi payına düşen masraf tutarını ayıp giderilmeden önce yükleniciye avans olarak vermesi ya da bunun için teminat göstermesi gerektiğine dair bkz. Tandoğan (Özel), s. 196; Uçar, s. 197.

⁵⁶¹ Şenocak, s. 216; Aral/Ayrancı, s. 410; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Zevkliler/Gökyayla, s. 533; Seçer (Eser), s. 239; Şahiniz, s. 200; Celal, s. 182; Gökyayla (Ek İş), s. 213.

⁵⁶² Uçar, s. 195-196; Şenocak, s. 216; Aral/Ayrancı, s. 410-411; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Celal, s. 182.

⁵⁶³ Bkz. yukarıda III. Bölüm, I., C. Arsa Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olması. Yarg. 15. HD, T. 20.07.2010, E. 2009/3561, K. 2010/4228. (UYAP, E.T. 30.03.2020): "Davada her bir davacı için dairelerdeki doğramaların ayıplı yapılması sebebiyle 1.430,00 TL ayıbın giderilmesi bedelinin davalıdan tahsili de istenmiştir. Mahkemece, davacılarından Nihat ve Remzi'nin ayıbın giderilmesine ilişkin tazminat talepleri kabul edilmiştir. Dosya kapsamındaki 15.12.2004 tarihli yapı kullanma izin belgesi gözetildiğinde; davacıların bağımsız bölümleri en geç 15.12.2004 tarihinde teslim almış olduklarının kabulü gerekir. Bilirkişi raporu ve toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacıların bağımsız bölümlerindeki doğramalarda bulunan kusurların niteliğince "açık ayıp" olduğu sonucuna varılmaktadır. Yüklenicinin iş-arsa sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda, açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun

B. Ayıbın Giderilmesi Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartları

1. Ayıbın Giderilmesinin Objektif Olarak Mümkün Olması

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabilmesi için, ayıba karşı tefekkürün genel şartları yanında gerçekleşmesi gereken özel şartlardan ilki, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır. Bu şart TBK’da açıkça düzenlenmemiş olsa da doktrinde, arsa sahibinin ayıbın giderilmesini isteyebilmesi için öncelikle yapıdaki ayıpların onarım suretiyle giderilebilir nitelikte olmasının gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁴. Nitekim yapıdaki ayıbın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı hallerde artık ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabilmesinden de söz edilemeyecektir.

Yapıdaki ayıpların onarılabilir nitelikte olup olmadığına ilişkin, objektif kriterlerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda ayıbın giderilmesi objektif olarak imkânsızsa, arsa sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı

359; gizli ayıplarda ise 362. madde hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde iş-eser sahibi aynı Kanununun 360. maddesi hükmünde düzenlenen haklarını kullanabilir. Borçlar Kanunu’nun 359. maddesi uyarınca açık ayıplarda iş-eserin tesliminden sonra iş sahibi işin gidişine göre olanak bulur bulunmaz, eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Somut olayda ise, davalı yüklenici kooperatife davacılar tarafından ayıp ihbarında bulunduğu davacılar tarafından kanıtlanmış değildir. O halde, davacılar Nihat ve Remzi’nin ayıpların giderilmesine ilişkin tazminat davalarının da reddi gerekirken; mahkemece, bu davacıların her birine 1.430,00 TL maddi tazminatın davalıdan alınarak verilmesine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”

⁵⁶⁴ Tandoğan (Özel), s. 196; Seliçi, s. 176; Erman (İnşaat), s. 152; Şenocak, s. 148; Uçar, s. 198; Burcuoğlu, s. 297; Öktem, s. 1961; Gümüş, s. 64; Kocaağa (İnşaat), s. 164; Büyükay, s. 139; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1008; Günel, s. 423; Seçer (Eser), s. 237; Kaplan, s. 146; Şahiniz, s. 190; Aral/Ayrancı, s. 409; Zevkliler/Gökyayla, s. 532; Celal, s. 173; Karadaş, s. 257; Yalçınduran, s. 135; Yarg. 15. HD, T. 19.01.2012, E. 2010/6304, K. 2012/166 (UYAP, E.T. 20.03.2020): “Bu durumda mahkemece öncekiler dışında teknik konularda uzman kişilerden oluşturulacak yeni bir bilirkişi kurulundan mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak 309 ada 309, 310, 311 parseller üzerinde yapılan inşaatlarda yöntemine uygun karot deneyleri yaptırmak ve numuneler alınmak suretiyle laboratuvar ortamında gerekli incelemeler de yaptırılarak yüklenici tarafından yapılan inşaatdaki beton kalitesinin sözleşme ve eki tasdikli projesine, deprem yönetmeliğine uygun olup olmadığı, uygun değilse bu ayıpların BK’nın 360. maddesi gereğince kabule icbar edilemeyecek derecede olup olmadığı, onarım ya da güçlendirme suretiyle giderilmesinin mümkün olup olmadığı konularında rapor alınıp ilgili belediyeden varsa bu konuda işlem dosyası celp edilerek, onarım veya güçlendirme yapılması suretiyle beton kalitesinin yükseltilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda görüşü de alınarak, ayıpların iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede ve sözleşme şartlarına aykırı olması halinde yüklenicinin açtığı tapu iptâl tescil davalarının reddedilmesi, onarım ve güçlendirme suretiyle ayıbın giderilmesinin mümkün bulunması halinde yükleniciye bu konuda yetki ve süre verilerek ayıbın giderilmesi sağlandıktan sonra tescil isteminin kabulüne karar verilmesi ve bu halde davacı yüklenici davadan sonra tescile hak kazanacağından arsa sahiplerinin tescil davaları yönünden ücreti vekâlet ve yargılama giderleri ile sorumlu tutulmalarını gerekirken bu hususlar gözden kaçırılarak eksik inceleme sonucu yüklenicinin açtığı davaların yazılı şekilde kabulü doğru olmamıştır.”

bulunmamaktadır. Bu bakımdan imkânsızlığın yüklenicinin şahsından kaynaklanan sebeplerden dolayı ortaya çıkması, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına engel oluşturmaz⁵⁶⁵. Örneğin, yüklenicinin işçilerini dağıtmış olması, ayıbı giderme masraflarını karşılayacak mali güce sahip olmaması gibi durumlar arsa sahibinin ayıbı giderme talebini ortadan kaldırmayacaktır⁵⁶⁶.

Diğer taraftan, bu imkânsızlığın yapının tümü için değil de, bir kısmı için mevcut olması, başka bir deyişle ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olması halinde ise, arsa sahibi ayıbın giderilmesi hakkını mümkün olan kısımla sınırlı olarak kullanabilecektir⁵⁶⁷. Böyle bir durumda arsa sahibi ayıbın giderilmesine ilaveten, giderilmesi mümkün olmayan ayıplı kısım bakımından bedelden indirim yapılmasını isteyebilir⁵⁶⁸.

2. Ayıbın Giderilmesinin Aşırı Masraf Gerektirmemesi

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanabilmesinin ikinci özel koşulu ise, ayıbı giderme faaliyetlerinin aşırı masraf gerektirmemesidir. Bu şart TBK m. 475'te açıkça düzenlenmiş olup, anılan hüküm karşısında ayıbın giderilmesi somut olayda aşırı masraf yapılmasını gerektiriyorsa, yüklenici ayıbı gidermekten kaçınabilecektir⁵⁶⁹.

Masrafların aşırı olup olmadığı her somut olayın özellikleri dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından takdir edilir. Bu durumda hâkim değerlendirme yaparken, arsa sahibi açısından ayıbın giderilmesinin ona sağlayacağı faydaları, yüklenici açısından ise işçilik ve malzeme masrafları ile ayrıca bu giderme için gerekli olan hazırlık ve eski hale getirme çalışmalarının masraflarını göz önüne alacaktır⁵⁷⁰. Yapılan değerlendirme sonucu, ayıbın giderilmesinin arsa sahibine

⁵⁶⁵ Seliçi, s. 176; Uçar, s. 198; Öktem, s. 1961.

⁵⁶⁶ Seliçi, s. 176; Erman (İnşaat), s. 152-153; Uçar, s. 198-199; Öktem, s. 1961; Günel, s. 423; Celal, s. 173.

⁵⁶⁷ Tandoğan (Özel), s. 196-197; Erman (İnşaat), s. 153; Şenocak, s. 149; Uçar, s. 199; Günel, s. 423; Kaplan, s. 146; Karadaş, s. 257; Celal, s. 173.

⁵⁶⁸ Şenocak, s. 149; Şahiniz, s. 190.

⁵⁶⁹ Şenocak, s. 149; Şahiniz, s. 190; Duman (Dürüstlük), s. 234.

⁵⁷⁰ Seliçi, s. 175; Erman (İnşaat), s. 153; Celal, s. 174; Günel, s. 423; Duman (Dürüstlük), s. 234. Arsa sahibinin ayıbın giderilmesi ile elde edeceği yararlar değerlendirilirken, arsa sahibinin sadece maddi yararları değil, maddi olmayan yararları da dikkate alınmalıdır. Binanın ısı yalıtımı, çatının su geçirmezliği gibi kullanım amacının elverişliliğini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran durumlar maddi yarar kapsamında iken, binanın dış cephesinin kararlaştırılandan farklı renk tonunda boyanması

sağlayacağı yarar ile yüklenicinin ayıbın giderilmesi için yapmak zorunda olacağı masraflar arasında açık bir oransızlık olması halinde ise, masrafların aşırı olduğu kabul edilecektir⁵⁷¹. Bunun yanında doktrinde, ayıbın giderilmesi için öngörülen masrafların ücretle karşılaştırılması ve kısmen de, düzeltilmiş ve düzeltilmemiş işler arasındaki farkın temel alınması suretiyle masrafların aşırılığının tespit edilmesi gerektiğine yönelik bir görüş⁵⁷² bulunduğu gibi, ayıbı giderme masraflarının sözleşmeden dönme ve bedel indirimi ile olan ilişkisinin göz önüne alınması suretiyle aşırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine yönelik bir görüşün⁵⁷³ de bulunduğunu belirtmek gerekir.

Diğer taraftan, ayıbı giderim masraflarının aşırı olmasına rağmen, bazı istisnai durumlarda yüklenici bu hakkın kullanılmasına itiraz edemeyecektir. Bunlardan ilki, tarafların sözleşmede her hal ve şartta ayıbın giderileceğini kararlaştırılmış olması durumudur; bu halde yüklenici masrafların aşırı olduğundan bahisle ayıbın giderilmesi talebini reddedemeyecektir⁵⁷⁴. Yine aynı şekilde arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını kullanmasından sonra, yüklenicinin bunu yerine getireceğini açıkça veya zımni olarak kabul ettiği bir durumda, masraflar aşırı olsa da artık arsa sahibinin bu yöndeki talebi geçerli olacaktır⁵⁷⁵. Örneğin, arsa sahibinin ayıbın giderilmesi talebi üzerine yüklenicinin işe başlaması halinde, yüklenici zımnen bu borcunu kabul ettiğinden, artık aşırı masraf iddiasında

gibi yapının objektif değerini etkilemeyen ayıplar ise maddi nitelik taşımayan yararlar kapsamındadır. Bkz. Şenocak, s. 151-152; Tandoğan (Özel), s. 197.

⁵⁷¹ Öz (İnşaat), s. 209; Öz (Dönme), s. 97; Tandoğan (Özel), s. 197; Seliçi, s. 175; Erman (İnşaat), s. 153; Şenocak, s. 149-150; Burcuoğlu, s. 297; Öktem, s. 1961; Gümüş, s. 64; Eren (Özel), s. 651; Turanboy, s. 173; Aral/Ayrancı, s. 409; Seçer (Eser), s. 237; Turut, s. 120; Kaplan, s. 147; Celal, s. 173; Günel, s. 423; Şahiniz, s. 191; Yalçınduran, s. 135; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2489; Yavuz (Yenilikler), s. 708; Duman (Dürüstlük), s. 234. Başka bir deyişle, Turut'un ifade ettiği gibi, "Arsa sahibinin yararının ayıbın giderilmesi masraflarını haklı göstermeyecek derecede olması "aşırı masraf" olarak nitelendirilebilir." Bkz. Turut, s. 120. Örneğin, yapıdaki sığnağın projeye göre 10 cm aşağıda yapılmış olması halinde, sığnağın yeniden yapılması yönündeki ayıbın giderilmesi talebinin yerine getirilmesi, bütün binanın yıkılmasına neden olacağı göz önüne alındığında, yarar-masraf dengesinde açık bir oransızlığa neden olacak şekilde aşırı bir masrafı gerektirdiği söylenebilir. Bkz. Seliçi, s. 175.

⁵⁷² Tunçomağ, s. 1034.

⁵⁷³ Pedrazzini, s. 517 (Uçar, s. 199'dan naklen).

⁵⁷⁴ Seliçi, s. 176; Uçar, s. 200-201; Burcuoğlu, s. 297-298; Celal, s. 174-175; Günel, s. 424; Kırmızı, s. 708.

⁵⁷⁵ Tandoğan (Özel), s. 198; Seliçi, s. 175-176; Şenocak, s. 154; Erman (İnşaat), s. 153; Uçar, s. 200; Seçer (Eser), s. 237-238; Celal, s. 174; Günel, s. 423-424; Şahiniz, s. 192-193; Yalçınduran, s. 135; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2489-2490; Yavuz (Yenilikler), s. 708.

bulunamayacaktır⁵⁷⁶. Bu nedenle yüklenicinin, yapılacak masrafların yüksek miktarları bulacağı iddiası varsa, arsa sahibinin ayıbın giderilmesi yönündeki talebini açıkça reddetmesi gerekmektedir⁵⁷⁷. Bir diğer istisnai durum ise, masrafların aşırılık oluşturan kısmının arsa sahibi tarafından karşılanacak olması halidir. Bu durumda arsa sahibi söz konusu aşırılığı kaldıracak ölçüde masraflara katılırsa, ayıbın giderilmesi hakkını kullanmasına izin verilmesi gerekmektedir⁵⁷⁸. Son olarak yüklenicinin aşırı masraf iddiasının iyi niyet kurallarına aykırı olması halinde, ayıbın giderilmesi aşırı masrafa yol açsa dahi yüklenici ayıbı gidermekle yükümlü olacaktır⁵⁷⁹. Yüklenicinin ayıba kasten düşük malzeme kullanarak veya başka bir ağır kusuruyla sebep olması halinde durum böyledir⁵⁸⁰.

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasının aşırı masrafa neden olacağını ispat yükü ise, yüklenicidedir⁵⁸¹. Ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olduğunun ispatı ve dolayısıyla hâkimin arsa sahibinin talebini reddetmesi halinde, arsa sahibi artık şartları varsa sözleşmeden dönme veya bedelden indirim yönündeki diğer seçimlik haklarına başvurabilecektir⁵⁸².

C. Yüklenicinin Ayıbın Giderilmesinde Temerrüde Düşmesi

Arsa sahibinin ayıbın giderilmesine yönelik seçimlik hakkını kullanması ile birlikte, yüklenici yapıdaki ayıbı ücret talep etmeksizin giderme borcu altına girer. Arsa sahibinin ayıplı ifadan doğan seçimlik hakkını bu yönde kullanmasından sonra, yüklenici TBK m. 90'a kıyasen, derhal giderme faaliyetlerine başlamalı⁵⁸³ ve objektif kriterlere göre belirlenecek uygun süre içinde bu faaliyetlerini tamamlamalıdır⁵⁸⁴. Ayıbın giderilmesi için belirlenecek bu uygun sürenin tespitinde ise, hazırlık ve eski hale getirme çalışmaları da dâhil olmak üzere, ortalama bir

⁵⁷⁶ Seliçi, s. 176; Seçer (Eser), s. 238; Celal, s. 174; Günel, s. 424.

⁵⁷⁷ Seliçi, s. 176; Günel, s. 424.

⁵⁷⁸ Şenocak, s. 163; Şahiniz, s. 195-196.

⁵⁷⁹ Tandoğan (Özel), s. 198; Uçar, s. 201; Celal, s. 174.

⁵⁸⁰ Tandoğan (Özel), s. 198; Uçar, s. 201.

⁵⁸¹ Şenocak, s. 154; Şahiniz, s. 192.

⁵⁸² Öz (İnşaat), s. 209; Şenocak, s. 154; Uçar, s. 200; Büyükay, s. 139; Öktem, s. 1961; Şahiniz, s. 193; Turut, s. 119.

⁵⁸³ Bununla birlikte ayıbın giderilmesi borcunun mahiyeti gereği, bu durumda yükleniciye giderim için gerekli ya da mutad olan hazırlık çalışması süresi tanınmalıdır. Bkz. Şenocak, s. 175.

⁵⁸⁴ Tandoğan (Özel), s. 198; Erman (İnşaat), s. 155; Uçar, s. 201; Aral/Ayrancı, s. 410; Zevkililer/Gökyayla, s. 532; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Günel, s. 425; Turut, s. 120; Celal, s. 180; Gökyayla (Ek İş), s. 213; Yalçınduran, s. 137; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Yavuz (Yenilikler), s. 708.

yüklenicinin ihtiyaç duyacağı objektif süre nazara alınır⁵⁸⁵. Bu bakımdan eğer süre arsa sahibi tarafından tek taraflı olarak tayin edilmiş ve arsa sahibince tayin edilen bu süre gerek giderim faaliyetlerinin niteliği gerekse dürüstlük kuralı gereği belirtilen objektif süreye uygun değilse, objektif olarak tespit edilen uygun sürenin esas alınması yerinde olur⁵⁸⁶. Sürenin taraflar arasında kararlaştırılmış olması halinde ise, ayıbın giderilmesinde bu sürenin esas alınması gerekir.

Anılan şekilde ayıbın giderilmesi için taraflar arasında yapılan anlaşma uyarınca ya da arsa sahibince tayin edilmiş olan süre içerisinde ayıbın giderilmemesi halinde ise, ayrıca bir ihtarla gerek olmaksızın yüklenici temerrüde düşer⁵⁸⁷. Ayıp giderimi için belirli bir sürenin belirlenmediği hallerde ise, objektif olarak belirlenen uygun sürenin sonunda arsa sahibinin ihtarı ile yüklenicinin temerrüde düşürülmesi mümkündür⁵⁸⁸. Bunun yanında ayıp giderimi için bir süre belirlenmiş olduğu halde, yüklenicinin ayıbı gidermeye belirlenen sürede başlamaması veya belirlenen süreye aykırı olarak bu çalışmalarını geciktirmesi ya da arsa sahibinin kusuru olmaksızın bu çalışmalarındaki gecikme nedeniyle bütün tahminlere göre işi zamanında bitiremeyecek olması söz konusu olursa, arsa sahibi bu defa ayıbı giderme süresini beklemek zorunda olmayıp, yapacağı bir ihtarla yükleniciyi temerrüde düşürebilir⁵⁸⁹.

Bunun dışında, ayıbın giderilmesi borcunu yerine getirmede yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için onun kusurlu bir davranışı gerekmeseyse de, borca aykırı bir davranışının bulunması gerektiğini de belirtmek gerekir⁵⁹⁰. Bu bakımdan arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi⁵⁹¹ veya yüklenicinin edimi ifadan

⁵⁸⁵ Şenocak, s. 176; Kaplan, s. 150.

⁵⁸⁶ Uçar, s. 203; Şenocak, s. 176-177; Seliçi, s. 178-179; Erman (İnşaat), s. 155; Günel, s. 425.

⁵⁸⁷ Tandoğan (Özel), s. 198; Şenocak, s. 177-178; Uçar, s. 203; Erman (İnşaat), s. 156; Aral/Ayrancı, s. 410; Günel, s. 425; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Turut, s. 120; Celal, s. 180-181.

⁵⁸⁸ Uçar, s. 203; Erman (İnşaat), s. 156; Şenocak, s. 177; Turut, s. 120; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Celal, s. 180-181; Yener, s. 166.

⁵⁸⁹ Tandoğan (Özel), s. 198-199; Uçar, s. 203; Aral/Ayrancı, s. 410; Kocaağa (İnşaat), s. 165. Yüklenicinin başlangıçtaki ayıpsız yapı teslim etme borcunda olduğu gibi TBK m. 473'e kıyasen bu sonuca varıldığı söylenebilir.

⁵⁹⁰ Şenocak, s. 178-179; Tandoğan (Özel), s. 199; Uçar, s. 204; Celal, s. 181.

⁵⁹¹ Örneğin, arsa sahibinin, yüklenicinin uygun bir zamanda inşaata girerek giderim çalışmalarını yapmasına müsaade etmemesi halinde, arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 210-211; Seliçi, s. 179; Uçar, s. 203; SEÇER, Öz, "İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu", İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 521-559 [Seçer (Teslim)], s. 533.

kaçınmasına olanak veren bir defiden⁵⁹² yararlanması söz konusu ise, ortada borca aykırı bir davranış bulunmadığından, arsa sahibi yükleniciyi borçlu temerrüdüne düşüremeyecektir⁵⁹³.

Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin ona uygun bir ek süre daha vermesi⁵⁹⁴ neticesinde, bu süre içerisinde de yüklenici ayıbı gidermezse, artık arsa sahibi borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 125'teki ya da ayıplı ifaya ilişkin TBK m. 475/1'deki seçimlik haklarından birine başvurabilme imkânına sahip olacaktır⁵⁹⁵. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 125 hükmü gereği, arsa sahibi, aynen ifa (ayıbı giderilmiş olarak yapının teslimini) ve gecikme tazminatı ödenmesini talep edebilecek; aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesi dolayısıyla uğradığı müspet zararını isteyebilecek; ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilecektir⁵⁹⁶. Ancak burada arsa sahibinin sözleşmeden dönme yolunu seçebilmesi için, ayrıca TBK m. 475/1 ve 3'te belirtilen şartların da gerçekleşmiş olması gerektiği unutulmamalıdır⁵⁹⁷. Diğer taraftan arsa sahibi burada, TBK m. 125'te belirtilen bu seçimlik hakları dışında, TBK m. 475/1'de belirtilen bedelden indirim isteme hakkına da başvurabilecektir⁵⁹⁸. Nitekim

⁵⁹² Örneğin, arsa sahibinin kendi üstlendiği masraf payını ödememesi halinde yüklenici ifadan kaçınabilir. Bkz. Şenocak, s. 179.

⁵⁹³ Şenocak, s. 178-179; Celal, s. 181-182.

⁵⁹⁴ Burada TBK m. 123'e kıyasen yükleniciye ek bir süre verilmesi söz konusu olup, bu ek sürenin tespiti için de objektif kriterler dikkate alınmalı ve bu suretle uygun bir ek süre belirlenmelidir. Bkz. Şenocak, s. 181. Ancak, yüklenicinin tutumundan ona ek süre verilmesinin faydasız olacağı kesin olarak anlaşılabilir, bu durumda arsa sahibinin temerrüt dolayısıyla seçimlik haklarına başvurabilmesi için yükleniciye ek bir süre vermesine gerek olmadığı söylenebilir. Özellikle de yüklenicinin ayıbı gidermeyi kesin olarak reddetmesi veya ayıbı giderecek güce sahip olmaması ya da daha önce verilen giderme süresinde hiçbir çalışma yapmaması gibi hallerde durum böyledir. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 199-200.

⁵⁹⁵ Tandoğan (Özel), s. 199; Şenocak, s. 179-180; Erman (İnşaat), s. 156; Şahiniz, s. 198; Günel, s. 425-426.

⁵⁹⁶ Tandoğan (Özel), s. 199; Şenocak, s. 179; Uçar, s. 204; Gümüş, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 410; Öktem, s. 1961-1962; Şahiniz, s. 198-199; Kırmızı, s. 708; Burcuoğlu, s. 298; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Celal, s. 182; Yener, s. 166; YHGK, T. 24.02.2016, E. 2014/23-724, K. 2016/168 (UYAP, E.T. 02.04.2020): *"BK'nun 106-108 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyle temerrüde düşen borçluya karşı, alacaklıya üç ayrı seçimlik hak tanındığı görülmektedir. Bunlar; aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı; aynen ifayı reddederek ademi ifa sebebiyle müspet zararını talep hakkı; sözleşmeyi feshederek menfi zararını isteme hakkı olarak sayılabilir."*

⁵⁹⁷ Tandoğan (Özel), s. 199; Şenocak, s. 179; Gümüş, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 410; Kocaağa (İnşaat), s. 165; Kırmızı, s. 708; Şahiniz, s. 199.

⁵⁹⁸ Şenocak, s. 180; Uçar, s. 205; Şahiniz, s. 199; Burcuoğlu, s. 298; Öktem, s. 1962; Aral/Ayrancı, s. 410; Celal, s. 182.

yukarıda da belirttiğimiz üzere⁵⁹⁹, yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi halinde, ayıp giderilmediğine göre, arsa sahibinin ayıptan doğan seçimlik hakları da yeniden canlanacaktır⁶⁰⁰.

Burada son olarak doktrinde, ayıbın giderilmesi borcu bir yapma borcu olduğundan TBK m. 113/1 hükmüne kıyasen, arsa sahibinin yukarıda sayılan seçimlik hakları dışında bir hakkının daha bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi hâkimden masrafları yüklenici tarafından karşılanmak üzere ayıbın kendisi tarafından giderilmesi veya üçüncü bir kişiye gidertilmesi için izin verilmesini de talep edebilecektir⁶⁰¹. Böylece izin alan arsa sahibi, ayıbı kendisi gidermesi halinde, ayrıca kar payı almaksızın emeğinin karşılığını ve kullandığı malzemelerin bedelini masraf olarak yükleniciden isteyebilecek; ayıbı üçüncü bir kişiye gidertmesi halinde de, bunun karşılığında üçüncü kişiye vereceği ücreti masraf olarak yükleniciden talep edebilecektir⁶⁰².

V. Tazminat Hakkı

A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması

TBK m. 475 ile arsa sahibine ayıplı ifadan dolayı tanınan sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve ayıbın giderilmesi şeklindeki üç seçimlik hak yanında, ayrıca genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Anılan hüküm,

⁵⁹⁹ Bkz. yukarıda IV. Bölüm, IV., A. Hukuki Niteliği ve Kullanılması.

⁶⁰⁰ Tandoğan (Özel), s. 199; Şenocak, s. 180; Yener, s. 166. Ayrıca burada, yüklenici müspet zararın tazmininden kusuru olmadığını ispat ederek kurtulabileceğinden, arsa sahibine kusura dayanmayan bedel indirimi hakkına başvurabilme seçeneğinin de tanınması hakkaniyet gereğidir. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 199; Uçar, s. 205; Aral/Ayrancı, s. 410; Kocaağa (İnşaat), s. 165.

⁶⁰¹ Seliçi, s. 180; Uçar, s. 205; Turanboy, s. 174; Öktem, s. 1962; Aral/Ayrancı, s. 409-410; Büyükay, s. 138; Kocaağa (İnşaat), s. 164-165; Seçer (Eser), s. 238; Tandoğan (Özel), s. 200; Karadaş, s. 257-258; Turut, s. 120; Celal, s. 183; Yener, s. 167. Şenocak ve Şahiniz'e göre ise, bu durumda TBK m. 113/1 hükmünün değil, TBK m. 473/2 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğinden, ayıbı giderme işinin üçüncü bir kişiye tevdi edilmesi için hâkimden izin alın alınmasına gerek yoktur. Bkz. Şenocak, s. 197 vd.; Şahiniz, s. 199. TBK'nın 473/2 hükmü, yapı henüz teslim edilmemişken (işin devamı esnasında), ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıının anlaşılması halinde işin üçüncü kişiye tevdiini düzenlemekte olup, bu hükmün uygulama alanı bulunduğu durumda iş sahibinin hâkimden izin almasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. TBK m. 473/2'nin uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaağa (Özen), s. 181-199; ALTAŞ, Hüseyin, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. mad. 358)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 97-110, s. 106-108.

⁶⁰² Tandoğan (Özel), s. 202; Uçar, s. 208. Ayıbın giderilmesi için gereken bu masraflara karşılık, arsa sahibinin yükleniciden avans talep etme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Şenocak, s. 206-207; Seliçi, s. 180.

“İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” şeklinde ayrı bir fıkra ile hüküm altına alınmıştır⁶⁰³ (TBK m. 475/2). Buna göre arsa sahibi, ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararın tazminini, ister üç seçimlik hakkından biriyle birlikte, isterse hiçbir seçimlik hakkını kullanmadan bu haklardan bağımsız olarak genel hükümler uyarınca (TBK m. 112) talep edebilecektir⁶⁰⁴.

Tazminat hakkı, ayıba karşı tefekkülden doğan diğer seçimlik haklardan farklı olarak yenilik doğuran bir hak niteliğinde olmayıp, seçimlik hakların kullanılmasına rağmen karşılanamayan zararların istemine ilişkin bir alacak talebidir⁶⁰⁵. Bu tazminat talebine, yukarıda belirtildiği gibi, borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin, yani TBK m. 112'nin uygulanması, bu hakkın kullanılabilmesinde diğer seçimlik hakların kullanım şartlarından farklılıkları ortaya koymaktadır. Buna göre öncelikle tazminat hakkının kullanılabilmesi için, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesine gerek bulunmamakta, bu külfet yerine getirilmese de ayıplı ifa nedeniyle uğranılan zararlar talep edilebilmektedir⁶⁰⁶. Bir diğer farklılık

⁶⁰³ Eski BK'nin 360. maddesinde ise, ayıplı ifa nedeniyle arsa sahibinin tazminat hakkının her bir seçimlik hakkını düzenleyen hükümlerin tamamlayıcısı olarak belirtilmesi nedeniyle, bu hakkın diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilen kümülatif bir hak olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Şenocak, s. 64. Bunun yanında doktrinde, diğer seçimlik haklar kullanılmadan tek başına da ayıp nedeniyle meydana gelen zararın tazmin edilebileceğine ilişkin görüşler de yer almaktaydı. Bkz. Tandoğan (Özel), s. 204; Erman (İnşaat), s. 157; Uçar, s. 209.

⁶⁰⁴ Öz (Değişiklikler), s. 872; Öz (İnşaat), s. 220; Kocaağa (İnşaat), s. 167; Seçer (Eser), s. 239; Karadaş, s. 258; Coşkun, s. 794-795; Uygur (Borçlar), s. 2178; Gökyayla (Borçlar), s. 583-584.

Bu durumda eğer arsa sahibi, hiçbir seçimlik hakkını kullanmadan tazminat isteminde bulunursa, zararının hesaplanmasında seçimlik haklarının göz önüne alınıp alınmayacağı konusu gündeme gelecektir. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki, arsa sahibi seçimlik haklarına başvurma imkânı olduğu halde, sadece, bunları kullansa bile karşılanamayacak olan ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep edebilecek, seçimlik haklarını sonradan da kullanabilecektir. İkinci olarak, arsa sahibi seçimlik haklarını zamanında ileri sürmediği için bu hakları düşmüş ya da zamanaşımına uğramışsa, bunların sağlayacağı giderimi de içerecek şekilde tazminat isteminde zaten bulunamayacak, bunlar hesaba katılmadan tazminat talep edilebilecektir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 220; Kocaağa (İnşaat), s. 168. Buna karşılık arsa sahibi seçimlik haklarını kullanma imkânı bulursa bile, bunların sağlayacağı giderimi de içerecek şekilde tazminat talep edemeyecek, yani bu tazminat talebi ayıptan doğan seçimlik hakların yerini alamayacaktır. Zira burada sadece seçimlik haklara rağmen karşılanamayan ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini düzenlenme altına alınmıştır. Bkz. Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1009. Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kavramı için ayrıca bkz. aşağıda, IV. Bölüm, V., B. TBK 475/2 Hükümüne Göre Tazmini Talep Edilebilecek Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kavramı. Öz ise bu halde, örneğin seçimlik hakların kullanılması imkânı bulunulduğu halde ayıbın yarattığı değer eksikliğinin de tazminat olarak talep edilmesi halinde, arsa sahibinin talebinin kabulü ile seçimlik haklarının bu oranda düşürülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Öz (İnşaat), s. 220. Aynı yönde; Kocaağa (İnşaat), s. 167-168.

⁶⁰⁵ Kaplan, s. 151; Şahiniz, s. 138.

⁶⁰⁶ Öz (Değişiklikler), s. 872; Öz (İnşaat), s. 221; Gümüş, s. 66; Kocaağa (İnşaat), s. 168; Zevkililer/Gökyayla, s. 534; Şahiniz, s. 207; Coşkun, s. 795; Gür, s. 158.

ise, aşağıda daha ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz kusur şartına ilişkindir⁶⁰⁷. Seçimlik hakların kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmazken, TBK m. 112 gereğince tazminat hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin ayıplı ifa konusunda kusurlu olması gerekmektedir⁶⁰⁸. Bundan başka, ayıplı ifadan kaynaklanan tazminat talebine zamanaşımı bakımından da, diğer seçimlik haklardan farklı olarak, TBK m. 478'teki özel zamanaşımı süresi değil, genel hükümlerdeki taşınmaz inşaatı konu alan eser sözleşmelerine ilişkin genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 147/b.6 hükmü uygulanacaktır⁶⁰⁹. Buna göre her iki hükümde de, zamanaşımı süresi beş yıl olarak düzenlenmiş ise de, ayıptan doğan tazminat alacaklarının genel zamanaşımı süresine tabi tutulmasının bir sonucu ve farkı olarak, TBK m. 148 hükmü uyarınca tazminat alacakları için öngörülen beş yıllık genel zamanaşımı süresini kısaltan ya da uzatan anlaşmalar geçersiz sayılacaktır⁶¹⁰.

B. TBK m. 475/2 Hükmüne Göre Tazmini Talep Edilebilecek Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kavramı

Doktrinde yapılan tanıma göre, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, sözleşmeden dönmeye, bedel indirimine veya ayıbın giderilmesine rağmen giderilmeyen ve uygun sebebini ayıbın oluşturduğu zararlardır⁶¹¹. Başka bir deyişle, burada TBK m. 475/2 hükmü gereği tazmini gereken zarar, ayıbın daha sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan, ancak ayıbın yapıda meydana getirdiği değer düşüklüğü dışında kalan zararları ifade eder⁶¹². Dolayısıyla TBK m. 475/2 hükmüne göre talep edilebilecek tazminatın konusunu yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zarar oluşturmaktadır⁶¹³. Bu bakımdan

⁶⁰⁷ Bkz. aşağıda IV. Bölüm, V., D. Kusur Şartı.

⁶⁰⁸ Şenocak, s. 67; Kocağa (İnşaat), s. 169; Şahiniz, s. 210; Günel, s. 426.

⁶⁰⁹ Öz (İnşaat), s. 221; Kocağa (İnşaat), s. 168; Şahiniz, s. 207. Aksi yönde bkz. Gümüş, s. 70.

⁶¹⁰ Öz (İnşaat), s. 221; Kocağa (İnşaat), s. 168; Şahiniz, s. 207. Ayrıca bkz. yukarıda III. Bölüm, II., C. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması

⁶¹¹ Tandoğan (Özel), s. 204; Seliçi, s. 182; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1009; Şenocak, s. 65; Erman (İnşaat), s. 157; Turanboy, s. 177; Uçar, s. 211; Öktem, s. 1962; Seçer (Eser), s. 239; Şahiniz, s. 203; Turut, s. 121; Yener, s. 169; Gür, s. 158; Yalçınduran, s. 138; Celal, s. 186; Karahasan, C.1, s. 296; Şahin, s. 149; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Duman (Dürüstlük), s. 232; DUMAN, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, 2. Baskı, Ankara 2016 [Duman (Kusur)], s. 141.

⁶¹² Öz (Dönme), s. 292; Tandoğan (Özel), s. 204; Burcuoğlu, s. 299; Aral/Ayrancı, s. 411; Aydoğdu/Kahveci, s. 777; Uçar, s. 211; Zevkliler/Gökyayla, s. 533; Şahiniz, s. 203; Yalçınduran, s. 138; Celal, s. 186; Gökyayla (Ek İş), s. 213; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 708; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490.

⁶¹³ Burcuoğlu, s. 298.

yüklenicinin ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışları, ayıp sonucu zararın dışında kalırlar⁶¹⁴.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar ile karıştırılmaması gereken ayıp zararı ise, ayıplı yapının değeri ile yapı ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer arasındaki farka ilişkin olup, kısaca teslim edilen yapıdaki değer azalmasını ifade eder⁶¹⁵. Bu yönden arsa sahibine tanınan sözleşmeden dönme, bedel indirimi ya da ayıbın giderilmesi şeklindeki seçimlik haklarla tazmin edilen zarar, ayıp zararıdır⁶¹⁶. Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar ise, arsa sahibine tanınan seçimlik haklarla tazmin edilememekte, yukarıda belirtildiği üzere, seçimlik haklarla karşılanamayan zararı oluşturmaktadır. Dolayısıyla ayıplı ifa sonucu, seçimlik hakların kullanımı ile bozulan edim-karşı edim dengesi sağlanmaya çalışılırken, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini ile de, arsa sahibinin diğer mal veya şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan zararlarının tazmininin amaçlandığı söylenebilir⁶¹⁷.

C. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zarar Kalemleri

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar çerçevesinde arsa sahibi, kullanacağı seçimlik hakkına göre, müspet (olumlu) veya menfi (olumsuz) zararının tazminini talep edebilir⁶¹⁸. Buna göre, bedelden indirim veya ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından birinin kullanılması halinde talep edilebilecek ayıp sonucu ortaya çıkan zarar müspet zarar iken, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde tazmini istenebilecek zarar ise menfi zarardır⁶¹⁹. Zira bilindiği üzere müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararları ifade ederken; menfi zarar ise, gerçekleşeceğine inanılan bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zararları ifade etmektedir⁶²⁰. Bu bakımdan, bedelden indirim ve ayıbın

⁶¹⁴ Tandoğan (Özel), s. 204-205; Seliçi, s. 182; Uçar, s. 213; Günel, s. 426; Celal, s. 186-187.

⁶¹⁵ Şenocak, s. 65; Şahiniz, s. 203.

⁶¹⁶ Şenocak, s. 65; Şahiniz, s. 204.

⁶¹⁷ Uçar, s. 212; Seliçi, s. 181-182.

⁶¹⁸ Şenocak, s. 70; Kocaağa (İnşaat), s. 167.

⁶¹⁹ Şenocak, s. 70; Kocaağa (İnşaat), s. 167.

⁶²⁰ Uçar, s. 211; Yarg. 23. HD, T. 03.07.2015, E. 2015/4713, K. 2015/5234 (UYAP, E.T. 16.04.2020): “Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hakim olan görüşe ve

giderilmesi halinde, sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesine devam edildiği göz önüne alındığında müspet zarar; sözleşmeden dönme halinde ise, sözleşme geçersiz olacağından menfi zarar talep edilebilecektir⁶²¹.

Bu kapsamda sözleşmeden dönme seçimsiz hakkının tercih edilmesi halinde tazmini talep edilebilecek menfi zarar kalemlerine; ortadan kalkan sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflar⁶²², yine sözleşmenin ortadan kalkmasıyla boşa harcama haline gelen muayene ve ihbar masrafları⁶²³, arsa sahibinin sattığı ayıplı yapı nedeniyle kendi müşterilerine ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şart ödemesi⁶²⁴, arsa sahibinin dönülen sözleşmeye güvenerek bir başka kârlı sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasından dolayı uğradığı zararlar⁶²⁵ örnek olarak gösterilebilir.

Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukukten geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumlu zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, olumlu zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle olumlu zarar, akdın hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza (TBK. m. 179/II, BK. m. 158/2), seçimsiz ceza (TBK m. 179/1, BK m. 158/1), eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı (TBK. m. 125/1, BK m. 106/2) müspet zarar kapsamındaki alacak kalemlerindedir. Olumsuz zarar, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği zarardır.”

⁶²¹ Şenocak, s. 70; Şahiniz, s. 210; Yarg. 23. HD, T. 24.05.2018, E. 2015/4122, K. 2018/3320 (UYAP, E.T. 16.04.2020): “...Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde ise, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, müspet (olumlu) zararlar değil, menfi (olumsuz) zararlar talep edilebilir...Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan rapor ve ek raporda tespit edilen yapılmayan işlerin bedeli, C blokta ayıplı işlerin giderilme bedeli, binaların etrafına istinat ve ihata duvarı yapım bedeli müspet zarar olup, istenemez. Ancak, sözleşme gereğince arsadan çıkarılan ve komşu parselde dökülen hafriyatın kaldırılma bedeli ise menfi zarar kapsamında olup, davacılar sadece bu bedeli isteyebilir. Bu durumda, asıl davada, sadece hafriyatın temizlenme bedelinin kabul edilmesi gerekirken hatalı hesaplama yöntemiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.”

⁶²² Tandoğan (Özel), s. 205; Şenocak, s. 71; Uçar, s. 213; Şahiniz, s. 210; Uygur (Borçlar), s. 2178; Dayınlarlı, s. 107.

⁶²³ Tandoğan (Özel), s. 205; Şenocak, s. 71; Gümüş, s. 66; Uçar, s. 213; Şahiniz, s. 211; Gür, s. 157.

⁶²⁴ Şenocak, s. 71; Gümüş, s. 66; Şahiniz, s. 211; Dayınlarlı, s. 108; Gür, s. 157. Buna karşılık yüklenici ve arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırdıkları cezai şart, sözleşmeden dönme üzerine talep edilebilecek menfi zarar kapsamında değildir. Zira cezai şart, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenecek sözleşmeden doğan fer’i bir alacak olup, ifaya ilişkin bu şekildeki çıkar kayıpları (müspet zarar) dönme üzerine ortadan kalan sözleşmeye dayanılarak talep edilemez. Bkz. Öz (Dönme), s. 295-296.

⁶²⁵ Öz (Dönme), s. 289; Tandoğan (Özel), s. 205; Şenocak, s. 71; Uçar, s. 213; Şahiniz, s. 211; Duman (Kusur), s. 94; Uygur (Borçlar), s. 2178; Dayınlarlı, s. 108; Yarg. 15. HD, T. 24.5.2004, 1210/2834 [Duman (Kusur), s. 99]: “Olumsuz zarar kapsamına; sözleşme yapılmasına güvenilerek başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmasından doğan zarar, sözleşme giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan

Bedelden indirim veya ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının tercih edilmesi halinde tazmin edilebilecek zarar kalemlerine ise; arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için olağan muayene ve ihbar masrafları dışında yaptığı zorunlu bilirkişi masrafları⁶²⁶, arsa sahibinin ayıp nedeniyle binaya taşınamamasından dolayı kirada geçirdiği süreye ilişkin harcamaları veya yine ayıpların giderilmesi sürecinde evini kiralayamamasından dolayı uğradığı kira geliri kaybı⁶²⁷, ayıplı yapı nedeniyle arsa sahibinin kendi müşterilerine ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şart nedeniyle uğranılan zararlar⁶²⁸ örnek olarak gösterilebilir. Ancak burada her iki seçimlik hakkın da sonucuna göre karşılanacak olan zararın, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında talep edilemeyeceğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Buna göre, bedelden indirim hakkının kullanılması halinde ayıbın yapıda yol açtığı değer düşüklüğünün⁶²⁹, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması halinde ise onarım masraflarının tazmini talep edilemeyecektir⁶³⁰.

Bunların dışında ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, fiili zarar şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda ayıp sebebiyle arsa sahibinin ifa çıkarı dışında, malvarlığı değerlerinde bir kayıp söz konusu olmaktadır⁶³¹. Bu bağlamda örneğin, ayıplı bir duman borusunun yangına sebep olması nedeniyle arsa sahibinin uğradığı mal ve can

zarar, başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarar ve dava masrafları girer. Olaydaki olumsuz zararın hesabında izlenecek yol ise, idarenin sözleşmeyi feshettiği 10.4.1995 tarihine ikinci ihale yapılması için geçecek makul süre ilavesiyle ikinci ihale o tarihte yapılsaydı ikinci ihale tarihindeki sözleşme fiyatlarının bulunmasıyla 12.11. 1993 tarihli sözleşme fiyatları arasındaki farkı bulmak olmalıdır...”; Yarg. 15. HD, T. 8.11.2000, 2826/4884 [Duman (Kusur), s. 100]: “Olumsuz zarar ise, somut olayda, kaçırılan fırsattan ibarettir. Yani, davacı iş sahibi, davalı ile sözleşme yapmamış olsaydı, o tarih itibarıyla davalının teklifine en yakın teklifte bulunmuş başka yüklenici varsa, o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile (o tarihte başka fiyat teklif eden yüklenici yok ise anılan tarih itibarıyla o işin rayiç bedeli ile) davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini müteakip makul süre içerisinde kalan eksik işler için başka yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark olumsuz zarardır.”

⁶²⁶ Yüklenicinin yapının ayıplı olduğunu inkâr etmesi nedeniyle TBK m. 472/2 uyarınca yapılan bilirkişi (delil tespiti) masrafları gibi. Bkz. Şenocak, s. 72-73, dn. 192; Gümüş, s. 67; Şahiniz, s. 211-212; Gür, s. 157.

⁶²⁷ Öz (İnşaat) s. 211; Duman (Kusur), s. 142; Şahiniz, s. 213. Arsa sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını dava yoluyla kullanmasından sonra, ayıbı giderme süreci boyunca mahrum kaldığı kira geliri kaybının tazminini “ayıp sonucu ortaya çıkan zarar” çerçevesinde dava edebileceğine dair bir örnek olay ve çözümü hakkında bkz. SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, C. 6, İstanbul 1994, s. 712-721.

⁶²⁸ Gümüş, s. 67; Şahiniz, s. 212-213.

⁶²⁹ Buna karşılık ayıbın giderilmesi hakkının kullanımında ise, ayıbın giderilmesine rağmen yapıda halen bir değer düşüklüğü kalmışsa bu değer düşüklüğünün tazmini ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında talep edilebilecektir. Bkz. Selici, s. 184.

⁶³⁰ Öz (İnşaat) s. 220; Kocaağa (İnşaat), s. 167.

⁶³¹ Uçar, s. 213; Öz (Dönme), s. 294.

zararları⁶³², çürük merdivenin kırılması üzerine düşen arsa sahibinin tedavi giderleri⁶³³, ayıplı alarm sisteminin hırsızlık esnasında devreye girmemesi nedeniyle değerli eşyaların çalınması sonucu uğranılan zarar⁶³⁴ bu nitelikte olup, hangi seçimlik hak kullanılırsa kullanılsın bu zararların tazmini ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında talep edilebilecektir⁶³⁵.

Diğer taraftan, yüklenicinin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışında kalan sözleşmeye aykırı davranışlarından doğan zararlar ise, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kalemleri kapsamı dışında kalırlar⁶³⁶. Bu bağlamda örneğin, yüklenici veya yardımcı şahıslarının boyama işi sırasında inşaat alanındaki arsa sahibine ait başka bir eşyaya zarar vermesi gibi özen borcuna aykırı davranışlarının neden olduğu zararlar⁶³⁷, yapının meydana getirilmesinde veya teslimindeki gecikme dolayısıyla ortaya çıkan gecikme zararları⁶³⁸, yüklenicinin yapının kullanılış şekli ya da tehlikeleri hakkında arsa sahibine karşı gerekli uyarı ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi

⁶³² Tandoğan (Özel), s. 205; Uçar, s. 213; Şenocak, s. 74; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yalçınduran, s. 138; Yavuz (Ayıp), s. 803-804; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490.

⁶³³ Öz (Dönme) s. 294.

⁶³⁴ Şenocak, s. 254; Yarg. 15. HD, T. 03.03.2014, E. 2013/1487, K. 2014/1399 (UYAP, E.T. 21.04.2020): “*Davacı iş sahibi, meydana gelen hırsızlık olayında davalı yüklenici şirket tarafından kurulan ve izlenen alarm sisteminin çalışmadığını ifade ederek maddi ve manevi tazminat isteğinde bulunmuş; davalı yüklenici şirket ise, alarm sisteminin kablolarının kemirgen hayvanlarca yenilmesi sonucunda alarm sisteminin devreye girmediğini, sözleşme gereği bu durumda sorumluluklarının olmadığını ifade ederek davanın reddini savunmuş, mahkemece davalı savunmasında gösterilen gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. 08.06.2011 tarihli servis formunda, 3 numaralı bölgede kurulu pır dedektörün algılama yapmaması nedeniyle alarm sisteminin devreye girmediği ve panik butonunun kablosunu fare yediği için bu kablunun yenilediği ifade edilmiştir. Mahkemece, konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak hırsızlık esnasında alarm sisteminin devreye girmemesinin sebepleri araştırılarak sistemin devreye girmemesinin sebebinin dedektörün algılama yapmaması olduğunun tespiti halinde, sistemde meydana gelen arızanın hırsızlık olayından önce yüklenici şirkete belirlenerek iş sahibine bildirilmesi gereken bir arıza olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre maddi tazminat isteği hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamış, kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmektedir.*”

⁶³⁵ Şenocak, s. 74; Şahiniz, s. 213.

⁶³⁶ Tandoğan (Özel), s. 204-205; Seliçi, s. 182; Uçar, s. 213-214; Şahiniz, s. 213-214; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Duman (Dürüstlük), s. 233.

⁶³⁷ Tandoğan (Özel), s. 204; Seliçi, s. 183; Burcuoğlu, s. 299; Şenocak, s. 74-75; Erman (İnşaat), s. 157; Uçar, s. 214; Öktem, s. 1963; Turanboy, s. 177; Şahiniz, s. 214; Yener, s. 170-171; Seçer (Eser), s. 240; Gökyayla (Özen), s. 798-799; Celal, s. 187; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yalçınduran, s. 138; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Duman (Dürüstlük), s. 233; Duman (Kusur), s. 142-143.

⁶³⁸ Şenocak, s. 74; Erman (İnşaat), s. 157; Aral/Ayrancı, s. 411-412; Uçar, s. 214; Günel, s. 426; Şahiniz, s. 214; Celal, s. 187; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yalçınduran, s. 138; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Duman (Dürüstlük), s. 233; Duman (Kusur), s. 142-143.

sebebiyle ortaya çıkan zararlar⁶³⁹ ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında talep edilemezler. Zira söz konusu örneklerde tazmini istenecek zararlar yapının maddi varlığındaki ayıptan kaynaklanmazlar⁶⁴⁰. Dolayısıyla ayıba bağlı zarar görünümünde olmayan bu tür zararların, ona ilişkin özel ve genel hükümlere göre tazmin edilmesi gerekir⁶⁴¹. Yine bununla birlikte, yapının ayıplı olmasının sebep olduğu manevi zararlar da ayıp sonucu ortaya çıkan zararın kapsamı dışında olup, sözleşmeye aykırılığa dayanan bu manevi zararlar TBK'nın 114. maddesi yollamasıyla, TBK m. 56 ve 58'in şartlarının gerçekleşmesi halinde tazmin edilebilirler⁶⁴².

Bu konuda ortaya çıkabilecek bir diğer zarar ise, yüklenicinin yapıdaki ayıbı bilmesine rağmen kasten bildirmemesi nedeniyle, arsa sahibinin bu bildirmemeden dolayı uğradığı zarar olarak karşımıza çıkar. Söz konusu bu zararın, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında olup olmadığı ise, tartışmalıdır: Doktrinde bir görüşe göre⁶⁴³, yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi, onun özen ve ihbar borcunu ihlal edici nitelikteki bir davranışını oluşturur. Bu nedenle, ortaya çıkan zarar, TBK'nın 471 ile 112 vd. maddeleri uyarınca tazmin edilmelidir. Böylece bu görüşe göre, yüklenicinin kasten bildirmediği ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar, ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamı dışında tutulurlar. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise⁶⁴⁴; bu hususta bir ayırım yapılması gerekmektedir. Buna göre, zararın bildirilmeyen ayıba bağlı bir zarar olarak ortaya çıkması halinde, bu zarar ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kapsamında değerlendirilmeli ve TBK m. 475/2 hükmü çerçevesinde tazmin edilmelidir. Ayrıca bu durumda, ayıbın kasten bildirilmemesi bizatihi yüklenicinin kusurunu oluşturacağından, ayıbın meydana gelmesinde yüklenicinin kusurunun olup olmadığına araştırılmasına da gerek kalamayacaktır. Buna karşılık, uğranılan zarar, kasten bildirilmeyen ayıba bağlı bir zarar görünümünde değil de, sadece bildirmemeye bağlı bir zarar olarak ortaya çıkıyorsa, bu takdirde ortaya çıkan zarar

⁶³⁹ Tandoğan (Özel), s. 205; Şenocak, s. 74; Uçar, s. 214; Şahiniz, s. 214; Uygur (Borçlar), s. 2178; Yalçınduran, s. 139; Yavuz (Ayıp), s. 803; Yavuz (Yenilikler), s. 709; Yavuz (Borçlar Kanunu), s. 2490; Duman (Dürüstlük), s. 233; Duman (Kusur), s. 142-143.

⁶⁴⁰ Uçar, s. 215.

⁶⁴¹ Uçar s. 214; Yalçınduran, s. 139. Örneğin, özen yükümlülüğüne aykırı davranışın yol açtığı zarar ayıp niteliğine bürünmedikçe TBK m. 471, 112 ve 113 uyarınca şartları gerçekleşirse talep edilebilir. Bkz. Seliçi, s. 183; Burcuoğlu, s. 299; Uçar, s. 214; Öktem, s. 1963.

⁶⁴² Tandoğan (Özel), s. 205; Uçar, s. 215; Coşkun, s. 795.

⁶⁴³ Uçar, s. 216-217; Yener, s. 171; Tandoğan (Özel), s. 206; Celal, s. 187-188.

⁶⁴⁴ Seliçi, s. 184.

özen yükümlülüğüne aykırılığın bir sonucu olarak, TBK'nın 471 ile 112 vd. maddelerine göre tazmin edilebilecektir.

D. Kusur Şartı

TBK m. 475/2 uyarınca arsa sahibinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararını tazmin hakkı, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmıştır. Bu noktada tazminat hakkının, TBK m. 475/1 hükmünde sayılan seçimlik haklardan farklılık gösterdiği görülmektedir. Zira ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönme, bedelden indirim ya da ayıbın giderilmesi haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz iken, tazminat hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şart koşulmuştur⁶⁴⁵.

Ancak doktrinde azınlıkta da olsa bir görüş⁶⁴⁶, satım sözleşmesindeki TBK m. 229'a kıyasen, burada tazmin edilecek zararın doğrudan zarar⁶⁴⁷ olması halinde, kusur şartının aranmaması gerektiğini savunmaktadır. Şöyle ki, TBK m. 229, satım sözleşmesinde ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönen alıcıya, yüklenicinin kusurlu olması şartını aranmaksızın, bu ayıplı mal teslimi nedeniyle doğrudan doğruya uğradığı zararını tazmin hakkı tanımıştır. Buna göre, alıcının ayıplı ifa halinde, TBK m. 229 kapsamında dolaylı zararını isteyebilmesi için ise, satıcının kusurlu olması gerekecektir. Bu halde, TBK m. 475/2 uyarınca ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini bakımından da, TBK m. 229 hükmü kıyasen uygulanmalı ve yüklenici, ayıplı yapı teslimi nedeniyle arsa sahibinin doğrudan zararlarını kusuru olmasa da tazmin etmeli, buna karşılık dolaylı zararlarını ise kusuru varsa tazmin etmelidir⁶⁴⁸. Bu görüşe karşılık doktrindeki hâkim görüş yazarları ise⁶⁴⁹, haklı olarak, TBK m. 475/2 hükmüne göre talep edilecek zararın tazmininde, satım sözleşmesindeki bu hükmün

⁶⁴⁵ Öz (Değişiklikler), s. 871; Seliçi, s. 184-185; Şenocak, s. 67-68; Erman (İnşaat), s. 158; Uçar, s. 217; Öktem, s. 1963; Yener, s. 170; Karadaş, s. 258; Celal, s. 189; Yalçınduran, s. 138.

⁶⁴⁶ Gautschi, BK-Art. 368, Nr. 116 (Şenocak, s. 69'dan naklen).

⁶⁴⁷ "Zarar verici fiilin ilk ve en yakın sonucu olarak doğan zarara doğrudan doğruya zarar; zarar verici olaya katılan diğer durumlardan ileri gelen zarara da dolaylı zarar denilmektedir." Bkz. ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 165-166.

⁶⁴⁸ Yapıdaki ayıp nedeniyle arsa sahibinin yaralanması ve bunun yol açtığı tedavi gideri masrafları doğrudan zarara, buna karşılık yaralanma nedeniyle uğradığı kazanç kaybı ise dolaylı zarara örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Şenocak, s. 67. Ayrıca bu hususta hakkaniyete daha uygun olacağı gerekçesiyle doğrudan-dolaylı zarar ayrımının yapılması gerektiğini savunan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uçar, s. 219-220; Duman (Dürüstlük), s. 233; Duman (Kusur), s. 143-144.

⁶⁴⁹ Tandoğan (Özel), s. 207; Seliçi, s. 187-188; Burcuoğlu, s. 300; Şenocak, s. 69; Erman (İnşaat), s. 159; Aral/Ayrancı, s. 412; Eren (Özel), s. 653; Günel, s. 427; Şahiniz, s. 210; Zevkliler/Gökyayla, s. 533; Yener, s. 170; Celal, s. 189-190.

kıyasen uygulanmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Nitekim bu görüşün en temel gerekçesi, TBK m. 475/2 hükmünde bu yönde bir ayırımın yapılmamış olmasıdır. Burada diğer bir eleştiri konusu ise, doğrudan-dolaylı zarar ayırımını ortaya koyabilecek elverişli bir kriterin olmaması nedeniyle bu ayırımın satım sözleşmesinde dahi uygulanabilirliğinin zorluğu karşısında, söz konusu ayırımın eser sözleşmesi için nasıl uygulanacağını belirsiz olmasına yöneliktir⁶⁵⁰. Kanaatimizce de, kanunda bu yönde bir ayırım yapılmamışken, burada ayrıca kıyasen başka bir hükme başvurulmasını gerektirir bir durum bulunmamaktadır.

Kusur açısından tartışmalı olan bir diğer sorun da, ispat yükünün kime ait olacağı konusundadır. Bir görüşe göre⁶⁵¹, yapının ayıplı olması nedeniyle tazminat talebi için, yüklenicinin kusurlu olduğunu arsa sahibi ispat etmelidir. Zira bu görüşte ispat yükü, genel ispat yükü kurallarını içeren TMK m. 6'ya göre belirlenmekte, buna göre de kendi lehine hak iddia eden arsa sahibinin yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın olan diğer bir görüşe göre ise⁶⁵², burada kusur hususundaki ispat yükü yükleniciye ait olmalıdır. Zira ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini, TBK m. 475/2 yollamasıyla, TBK m. 112 hükmüne göre yapılmakta olup, anılan hükümde de borçlunun "*kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*" zarar gideriminde bulunması gerektiği düzenlenmektedir. Buna göre, TBK'nın 112. maddesi ile açıkça normal ispat yükü kuralı tersine çevrildiğinden⁶⁵³, yüklenici ayıp sonucu ortaya çıkan zarardan, ancak ayıplı ifade kusuru olmadığını ispat ettiği takdirde sorumlu olmayacaktır.

⁶⁵⁰ Şenocak, s. 69-70. Gerçekten de, doğrudan-dolaylı zarar ayırımı arasında kesin bir sınır tespit edilememiş, hukuki sonuçları hakkında da bir görüş birliğine varılmamıştır. Bkz. Aral, s. 167 vd..

⁶⁵¹ Gautschi, Art. 368, N. 25 (Seliçi, s. 185'ten naklen); Becker, Art. 368, N. 13 (Seliçi, s. 185'ten naklen); Bucher, s. 210 (Uçar, s. 220-221'den naklen).

⁶⁵² Seliçi, s. 185; Burcuoğlu, s. 300; Erman (İnşaat), s. 158-159; Tunçomağ, s. 1035; Tandoğan (Özel), s. 205; Eren (Özel), s. 653; Gümüş, s. 67; Uçar, s. 221; Yavuz (Borçlar Hukuku), s. 1009; Öktem, s. 1963; Kocaağa (İnşaat), s. 169; Günel, s. 426-427; Celal, s. 190; Karahasan (C. 1), s. 296.

⁶⁵³ TBK m. 112'deki ispat yükünün tersine çevrilmesinin altında yatan gerekçenin ise, zarara yol açan borç ihlalinin nasıl ve hangi koşullarda gerçekleştiğini en iyi borçlunun bilebileceği, alacaklı tarafından borçlu çevresinde gerçekleşen bir olgunun bilinmesinin güç olacağı ve dolayısıyla ondan bunun ispatını beklemenin adil olmayacağı düşüncesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. Seliçi, s. 185; Öktem, s. 1963; Uçar, s. 221; Günel, s. 426-427.

SONUÇ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belli paylarının mülkiyetini devri karşılığında, yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bir yapı meydana getirmeyi ve bunlardan arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin yüklenicinin edimi yönünden eser sözleşmesi, arsa sahibinin edimi yönünden ise taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını taşıması, ona çift tipli karma bir sözleşme niteliği kazandırmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri doğurduğu borç ilişkisi bakımından ise tartışmalı olmakla birlikte, katıldığımız görüş uyarınca geçici-sürekli edim karmaşığı bir niteliğe sahiptir. Bu bağlamda kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki borç ilişkisi kural olarak ani edimli kabul edilmeli, ancak dürüstlük kuralının (TMK m. 2) gerekli kıldığı hallerde ise bu hususta ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde sürekli borç ilişkisine ilişkin kurallar uygulanmalıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin edimi yönünden her ne kadar şekle tabi olmayan eser sözleşmesine ilişkin hükümler içerse de, taraflardan arsa sahibinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi taşınmaz satış vaadine ilişkindir. Bu kapsamda arsa sahibinin borcunun geçerli olarak doğması için gereken resmi şekil şartı tüm sözleşmeyi etkiler ve bu nedenle de sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekil şartına uyulmadan kurulan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ise mutlak butlanla batıl olur. Bununla birlikte sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle batıl olduğunun ileri sürülmesi iyi niyet kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ediyorsa, artık sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülerek verilen şeylerin geri alınması talep edilemeyecek, geçersiz bu sözleşme taraflar için bağlayıcı hale gelecektir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, arsa sahibine karşı ayıpsız bir yapı meydana getirme ve teslim etme borcu altındadır. Bu borcun ihlali halinde, yüklenicinin arsa sahibine karşı ayıba karşı tefekkür hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olur. Teslim edilen yapıda sözleşme ile kararlaştırılan niteliklerin veya sözleşme ile kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralının gerektirdiği lüzumlu niteliklerin bulunmaması halinde yapının ayıplı olmasından bahsedilir. Ayıp; maddi ayıp-hukuki ayıp, açık ayıp-gizli ayıp, önemli ayıp-daha az önemli ayıp, asli ayıp-tali

ayıp gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu kapsamda özellikle açık ayıp-gizli ayıp ayırımının yapılabilmesi muayene ve ihbar süreleri açısından, önemli ayıp-daha az önemli ayıp ayırımı ise arsa sahibinin hangi seçimlik haktan yararlanabileceğinin belirlenmesi açısından önem arz eder.

Eksik iş, aliud ifa ve ilave iş kavramları ise ayıplı işten farklı kavramlar olup, ayıp kapsamında sayılmazlar. Bu noktada özellikle uygulamada çokça karşılaşılan eksik iş ayıplı iş ayırımının yapılabilmesi, yüklenicinin sorumluluğuna uygulanması gereken hükümlerin belirlenmesi açısından önem arz eder. Zira ayıplı iş halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler uygulanırken, eksik iş halinde borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur. Bu nedenle yapıda eksik işin varlığı halinde, ayıplı işten farklı olarak yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, arsa sahibinden muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi beklenmez. Söz konusu ayırımın yapılabilmesi için doktrinin genelde kabul ettiği ölçüt, eksikliğin nasıl giderileceğine göre şekillenmiştir. Buna göre, eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara zarar vermeden mümkünse eksik işten, ancak eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi gerektiriyorsa ayıptan söz edilir. Bu konuda yüklenicinin oturma izni almadan yapıyı teslim etmesi halinde eksik işin mi ayıplı işin mi mevcut olduğu doktrinde tartışmalı olup, kanaatimizce burada oturma izni alınmaması-alınamaması şeklinde bir ayırım yapılarak çözüme ulaşılmalıdır. Şöyle ki, yüklenici oturma izni almayı üstlendiği halde projeye aykırılık gibi sebeplerle oturma izni alınamıyorsa, bu durum yapının sözleşmeye aykırı şekilde maddi bir ayıp içerdiğini gösterdiğinden, yüklenicinin ayıba karşı tefekkül hükümlerine göre sorumluluğuna gidilmelidir. Ancak oturma izni alınabilecek olmasına rağmen (alınmasına engel bir hal olmadığı halde), yüklenicinin bu izni almadan yapıyı teslim etmesi halinde ise eksik ifadan bahsedilmelidir. Bu bakımdan yüklenicinin yapıyı tekniğine uygun olarak oturma izni alınmasına engel bir hal oluşturmayacak şekilde tamamlamasına rağmen, sözleşme ile üstlendiği oturma izni alma yükümlülüğünü yerine getirmeden teslim etmesi halinde eksik iş söz konusu olacaktır. Burada önem arz eden ve tartışmalı olan bir diğer husus da yüzölçümü eksikliğidir. Kanaatimizce bağımsız bölümlerin yüz ölçümü olarak karşılaştırıldandan daha küçük yapılması şeklindeki nitelik eksikliği, satım sözleşmesine ilişkin TBK'nın 244. maddesine kıyasen ayıplı iş kapsamında değerlendirilmelidir. Yine söz konusu bu eksikliğin yapının diğer

kısımlarına zarar verilmeden giderilemeyeceği de dikkate alındığında bu sonuca ulaşılabilir. Ancak Yargıtay yerleşmiş içtihatlarıyla yüz ölçümü eksikliğini eksik iş olarak kabul etmektedir.

Arsa sahibinin yükleniciyi ayıptan sorumlu tutabilmesi için yapıda bir ayıbın mevcut olması dışında diğer bazı şartların daha gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, yapının teslim edilmiş olmasıdır. Arsa sahibinin, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için, öncelikle bağımsız bölümleri teslim alması gerekir. Teslim için yapının kural olarak tamamlanmış olması yeterli olup, yapının ayıplı olması teslimi engel oluşturmaz. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın yapıldığı arsa zaten arsa sahibinin mülkiyetinde olduğundan, teslim yüklenici tarafından işin tamamlandığının açıkça veya örtülü şekilde bildirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Teslim, herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte, uygulamada genellikle teslimin sözleşme ile oturma izninin alınması veya anahtar teslimi yapılması koşuluna bağlandığı görülmektedir. Sözleşme ile belirlenen bu gibi şartların gerçekleşmemiş olması halinde ise, kural olarak teslimin yapılmadığı kabul edilmelidir. İnceleme konumuz açısından yapının teslim edilmesine bağlanan en önemli hukuki sonuç ise, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerinin teslimle birlikte ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle muayene ve ihbar süresi ile ayıptan doğan hakların bağlı bulunduğu zamanaşımı süresinin başlangıcının tespit edilebilmesi için, teslim olgusunun tam olarak belirlenmesi gerekir.

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için diğer bir şart, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır. Arsa sahibi teslimden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz hem muayeneye başlamak hem de onu bitirmek zorundadır. Bu muayene yükümlülüğü esasen, teslim edilen bağımsız bölüm ve ortak yerlerdeki açık ayıplar içindir. Gizli ayıplar ile yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar ise, arsa sahibinin muayene yükümlüğünün dışında kalırlar. Ancak burada belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için önemli olan, ayıbın yükleniciye ihbar edilmesidir. Bu bakımdan açık ayıpların, teslimden sonra, muayene sonucu saptanınca, uygun sürede; gizli ayıpların ise ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesi gerekir. Yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar yönünden ise, arsa sahibinin ihbar külfetini yerine getirmesi aranmaz. Ancak bu durumda arsa

sahibi, ayıbın teslim sırasında yüklenici tarafından kasıtlı olarak gizlendiğini ispat etmelidir. Ayıp ihbarı herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, her türlü delille ispat edilebilir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonucu meydana getirilen taşınmaz yapının ekonomik olarak kapsam ve önemi dikkate alındığında, yazılı şeklin tercih edilmesi, ispat kolaylığı açısından daha uygun olur.

Arsa sahibinin yükleniciyi ayıptan sorumlu tutabilmesi ve dolayısıyla ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için, aynı zamanda, ayıbın kendisine isnat edilebilecek bir sebepten doğmaması, ayıplı yapıyı kabul etmemiş olması ve zamanaşımı sürelerini de geçirmemiş olması gerekmektedir. Aksi halde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkabilecektir. Burada yüklenicinin, arsa sahibinin verdiği talimat ya da ona isnat edilebilecek herhangi bir sebepten dolayı yapının ayıplı olacağını anlaması durumunda, ayıptan sorumlu olmak istemiyorsa yapması gereken en önemli husus, uyarı yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır. Yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen arsa sahibi talimatında ısrar ederse, artık yüklenici arsa sahibinin bu talimatından doğan ayıptan sorumlu olmaz, dolayısıyla arsa sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Yine yapının arsa sahibi tarafından kabul edilmiş olması da yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran bir diğer haldir. Zira kabul, arsa sahibinin, yüklenicinin yaptığı işin sözleşmeye uygun olduğuna ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemesine, kanunen zımnen kabul sonucunun bağlanmış olmasıdır. Bu nedenle arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerine uymaması, yapıyı ayıplı haliyle kabul ettiği anlamına gelmekte ve onun ayıptan doğan seçimlik haklarını kaybetmesine sebep olmaktadır. Bunun dışında son olarak, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanmaması da yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ayıbın yüklenicinin ağır kusuru sebebiyle oluşması halinde ise, zamanaşımı süresi 20 yıl olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla 5 ve 20 yıllık sürelerin geçmesinden sonra arsa sahibinin ayıptan doğan alacağını talep etmesi halinde, yüklenicinin zamanaşımı defini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde, arsa sahibi yükleniciye karşı seçimlik bazı haklara sahip olur. Bunlardan ilki, yenilik doğuran hak niteliğindeki sözleşmeden dönme hakkıdır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, yapının arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da aynı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olması gerekir. Bu özel şartların yanında, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanılabilmesine kanunen bir de sınırlama getirilmiştir. Buna göre, arsa sahibinin taşınmazı üzerine yapılan yapının sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara sebep oluyorsa, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu kapsamda yüklenicinin, almış olduğu bedeli, kendisine ödenen tarihten itibaren işleyecek faiziyle birlikte arsa sahibine iade etmesi; arsa sahibinin de, yapıyı ondan elde ettiği yararlar ile birlikte yükleniciye iade etmesi gerekir. Tarafların bu iade yükümlülüklerine hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcut olup, Yargıtayın dönme öncesinde devredilen taşınmazlar için yapılan tescilin, dönme sonrası yolsuz hale geleceğine yönelik kararları karşısında, aynı etkili dönme teorisini benimsediği söylenebilecektir.

Arsa sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği ikinci seçimlik hakkı ise, bedelden indirim isteme hakkıdır. Bedelden indirim hakkı da sözleşmeden dönme hakkı gibi yenilik doğurucu bir niteliğe sahiptir. Bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıp nedeniyle yapıda bir değer eksikliğinin meydana gelmesi, ancak bu mevcut ayıbın yapının değerini tamamen kaybetmesine de sebep olmaması gerekir. Bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla sözleşmedeki bedel ayıp oranında daha düşük bir miktara iner. Bu halde, indirime tabi olacak bedel miktarının bir ya da birkaç bağımsız bölüm değerine denk geldiği durumlarda indirimin bağımsız bölümler üzerinden yapılması gerekirken, bu bedele denk gelmeyen durumlarda ise para ile giderimin yapılması gerekir. Söz konusu bedelden indirilecek bu tutarın hesaplanmasında dört farklı hesaplama yöntemi olmakla birlikte, doktrinde bu yöntemlerden en çok tercih edileni nispi indirim yöntemidir. Kanaatimize göre ise, bedelden indirilecek tutarın, tazminat yöntemine göre (yapıdaki ayıpların giderilmesi masrafları esas alınmak suretiyle) hesaplanması, ayıbın giderilmesinin mümkün

olmadığı durumlarda ise, nispi indirim yöntemine başvurularak hesaplama yapılması daha adil sonuçlar verecektir.

Arsa sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği diğer bir seçimlik hakkı, ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukuki niteliği hakkında ise doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Bu kapsamda doktrinde bir görüş, ayıbın giderilmesini isteme hakkının gereği gibi ifaya ilişkin özel bir alacak hakkı olduğunu savunsa da, kanaatimizce ayıbın giderilmesini isteme hakkı da, diğer seçimlik haklar gibi yenilik doğuran bir hak niteliğini taşır. Yine bu hakkın kullanılabilmesi için de, ayıba karşı tefekkürün genel şartları yanında, iki özel şartın daha gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, ayıbın giderilebilmesi objektif olarak mümkün olmalı ve ayıbı giderme faaliyetleri aşırı masraf gerektirmemelidir. Arsa sahibinin ayıbın giderilmesine yönelik seçimlik hakkını kullanması ile birlikte, yüklenici yapıdaki ayıbı ücret talep etmeksizin giderme borcu altına girer. Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde ise, arsa sahibi borçlu temerrüdünden doğan haklarına başvurabileceği gibi, ayıp bilfiil giderilmediğinden yeniden canlanan ayıptan doğan seçimlik haklarına da başvurabilecektir. Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düştüğü bu halde son olarak, arsa sahibinin hâkimden masrafları yüklenici tarafından karşılanmak üzere ayıbın kendisi tarafından giderilmesi veya üçüncü bir kişiye gidertilmesi için izin verilmesini talep edebilme imkânına da sahip olduğu belirtilmelidir.

Arsa sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği bir diğer hak da, genel hükümlere göre tazminat isteme hakkıdır. Tazminat hakkı diğer seçimlik haklardan farklı olarak yenilik doğuran bir hak niteliğinde olmayıp, bir alacak talebidir. Bu hakkın konusunu ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar oluşturur. Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar kavramı ise, sözleşmeden dönmeye, bedel indirimine veya ayıbın giderilmesine rağmen giderilemeyen ve uygun sebebini ayıbın oluşturduğu zararları ifade eder. Tazminat hakkı ile arsa sahibi, ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararın tazminini, ister diğer üç seçimlik hakkından biriyle birlikte, isterse bu haklardan bağımsız olarak genel hükümler uyarınca talep edebilir. Tazminat talebine borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanması, bu hakkın kullanımında diğer seçimlik hakların kullanım şartlarından bazı farklılıkları ortaya çıkarır. Buna göre,

tazminat hakkının kullanılabilmesi için, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi aranmamakta, bu külfetler yerine getirilmese de ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar talep edilebilmektedir. Bu hususta bir diğer önemli farklılık da, sözleşmeden dönme, bedelden indirim ya da ayıbın giderilmesi haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz iken, tazminat hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasının gerekmesidir. Bu durumda tartışmalı olmakla birlikte kusur hususundaki ispat yükü ise, kanaatimizce TBK m. 475/2 yollamasıyla, TBK m. 112 hükmü gereği yükleniciye ait olmalıdır.



KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 63-76 [Akkanat (Fazla İnşaat)].
- AKKANAT, Halil, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. M. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 1655-1668 [Akkanat (Şekil)].
- AKKAYAN YILDIRIM Ayça, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri” Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 49-86.
- AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1984.
- ALTAŞ, Hüseyin, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. mad. 358)”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 97-110.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011.
- ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- ARIKAN, Mustafa, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebep Bağıllık Sorunu”, SÜHFD, C. 16, S. 1, 2008, s. 71-90.
- ARPACI, Abdülkadir, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından, Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s. 573-576.
- ARTUKMAÇ, Sadık, İnşaat Hukuku, Ankara 1975.
- AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Birinci Baskı, Ankara 2008.
- AYANOĞLU, Taner, Yapı Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2014.
- AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009.

- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Üçüncü Baskı, Ankara 2017.
- BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1999.
- BECKER, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551), (Çeviren: A. Suat Dura), Ankara 1993.
- BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BURCUOĞLU, Haluk, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tefekkürden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 283-332.
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 [Buz (Dönme)].
- BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 [Buz (Yenilik)].
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- CELAL, Nasır, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2005.
- COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Birinci Baskı, Ankara 2017.
- DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 4. Baskı, Ankara 2008.
- DEMİRDÖVEN, Oğuzhan, “İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Fesih Hakkı (BK. m. 369)”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, 1. Bası, İstanbul 2009.
- DOĞAN, Gülmelahat, “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, Ankara Barosu Dergisi, GSÜHFD, S. 2014/4, Y. 72, s. 387-413.
- DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Davalarında İspat, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Duman (İspat)].
- DUMAN, İlker Hasan, Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, 2. Baskı, Ankara 2016 [Duman (Kusur)].

DUMAN, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Duman (İnşaat)].

DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, 3. Baskı, Ankara 2016 [Duman (Dürüstlük)].

ENLİ, İsa, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Birinci Baskı, Ankara 2017.

ERBEK, Özge, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, s. 937-985 (<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96zge-ERBEK.pdf>).

ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Baskı, İstanbul 2010.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017 [Eren (Özel)].

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017 [Eren (Genel)].

EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 45-58 [Eren (İnşaat)].

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 59-86 [Eren (Müteahhidin Borçları)].

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer) (Ankara 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 87-103 [Eren (Sona Erme)].

ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010 [Erman (İnşaat)].

ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979 [Erman (İstisna)].

ERMAN, Hasan, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1984 [Erman (İnceleme)].

ERTAŞ, Şeref, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s. 79-92.

FİLİNTE, Nurettin/PİŞKİNPAŞA, Duygu, "Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" İBD, C:84, S:3, 2010, s. 1477-1498.

GÖKYAYLA, Emre, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011 s. 577-593 [Gökyayla (Borçlar)].

GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009 [Gökyayla (Ek İş)].

GÖKYAYLA, Emre, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GSÜHFD, S. 1, Y. 2002, s. 785-805 [Gökyayla (Özen)] .

GÖKYAYLA, Emre, “Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları” İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 285-295 [Gökyayla (Ek İş ve Sonuçları)].

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012.

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015 [Günay (Şerh)].

GÜNAY, Erhan, Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, 2. Baskı, Ankara 2016 [Günay (Arsa)].

GÜNEL, Mustafa Cahit, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 411-433.

GÜR, Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Birinci Baskı, Ankara 2017.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HELVACI, İlhan, Borçlar Hukuku (Özellikle Sözleşmesel Uyuşmazlıklar) Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, 1. Baskı, İstanbul 2010 [Helvacı (Mütalaalar)].

HELVACI, Serap, “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, s. 287-292 [Helvacı (Arsa)].

KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012.

KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.

KARADAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, İstanbul 1997 [Karahasan (C. 1)].

KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul 1997 [Karahasan (C. 2)].

KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

KIRMIZI, Mustafa, “Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Ankara 2014.

KOCAAĞA, Köksal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu” TBB Dergisi, S. 85, s. 86-104 [Kocaağa (İlave İş)].

KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 [Kocaağa (İnşaat)].

KOCAAĞA, Köksal, “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, DEÜHFD, C. 6, 1. 2, 2004, s. 177-201 [Kocaağa (Özen)].

KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2017 [Kostakoğlu (İnşaat)].

KOSTAKOĞLU, Cengiz, “Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, Yasa Hukuk Dergisi, C. 7, S. 7, Y. 1984, s. 925-932 [Kostakoğlu (Şekil)].

KOYUNCU, Berk Kenan, “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD, C. 11, S. 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 1069-1093.

KURAL, Orhan Cevdet/KILIÇBAY, Ercüment/İZMİR, Halil, İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1998.

KURSAT, Zekeriya, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 751-777.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Bası, İstanbul 2013.

ÖKTEM, Seda, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, İBD, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947-1965.

ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 [Öz (Dönme)].

ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016 [Öz (İnşaat)].

ÖZ, Turgut, “Yeni Borçlar Kanunda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tefekkül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 854-874 [Öz (Değişiklikler)].

ÖZ, Turgut, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 441-469 [Öz (Kat İrtifakı)].

ÖZMEN, Etem Saba/KARAMAN, Tuba Akçura, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İBD, C. 87, S. 1, 2013, s. 47-74.

SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016 [Seçer (Eser)].

SEÇER, Öz, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, BÜHFD, C. 11, S. 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 727-754 [Seçer (Bildirim)].

SEÇER, Öz, “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 521-559 [Seçer (Teslim)].

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

SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara 2017.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Haz. SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak, /SANLI, Kerem Cem 3. Baskı, İstanbul 2018 [Serozan (Özel)].

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007 [Serozan (Dönme)].

- SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, C. 6, İstanbul 1994.
- SÜTÇÜ, Nezh, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 1, 5. Baskı, Ankara 2016.
- ŞAHİN, Turan, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tefekkür Borcu”, SDÜHFD, C. 1, S. 2, 2011, s. 135-157.
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.
- ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010 [Tandoğan (Özel)].
- TANDOĞAN, Haluk, “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tefekkürden Doğan Hakların Zamanaşımı”, Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, S. 522, Ankara 1983, s. 329-338 [Tandoğan (Zamanaşımı)].
- TOZOĞLU, Gökhan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu, 1. Baskı, Ankara 2016.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- TURANBOY, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 151-189.
- TURUT, Şenol, Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Ankara 2009.
- UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tefekkür Borcu, Ankara 2003.
- USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Birinci Baskı, Ankara 2017 [Usta (Cezai Şart)].
- USTA, Songül, “Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları”, İBD, C. 84, S. 6, 2010, s. 3519-3569 [Usta (Eser)].

UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Birinci Baskı, Ankara 2012 [Uygur (Borçlar)].

UYGUR, Turgut, Açıklamalı İctihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 [Uygur (İnşaat)].

UZUN KAZMACI, Özge, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin ve Özellikle Mimari Projelerde Mimarın Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu”, İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Birinci Baskı, Ankara 2015, s. 15-28.

YALÇINDURAN, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Haz. YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, 9. Baskı, İstanbul 2014 [Yavuz (Borçlar Hukuku)].

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, İkinci Baskı, Ankara 2015 [Yavuz (Borçlar Kanunu)].

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2012 [Yavuz (Yenilikler)].

YAVUZ, Nihat, Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara 2016 [Yavuz (Ayıp)].

YENER, Mehmet Deniz, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tefekkür Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, EÜHFD, C. 4, S. 1, 2009, s. 155-176.

YÜNLÜ, Semih, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.