



ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA VE HUKUKİ SONUÇLARI

İREM KARADEMİR

ARALIK 2021

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA VE HUKUKİ SONUÇLARI

İREM KARADEMİR

ARALIK 2021

ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA VE HUKUKİ SONUÇLARI

KARADEMİR, İrem

Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

Aralık 2021, 115 sayfa

Eksik ifa, Türk Hukukunda açıkça belirtilmemekle birlikte, öğretide yüklenici tarafından, sözleşmede kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereği yapılması gereken işlerin bir kısmının hiç yapılmaması şeklinde tanımlanmaktadır.

Çalışmamızda, eser sözleşmesi ve yüklenicinin borçları incelendikten sonra eksik ifanın açıklanabilmesi için eksik ifanın kavramı, benzer kavramlar ile karşılaştırması, eksik eserin teslim edilip edilemeyeceği meselesi, eksik ifa halinde eksikliklerin tabi olacağı hükümler, eksik ifaya rağmen teslimin gerçekleştiği hallerde iş sahibinin sahip olacağı haklar incelenmiştir. Eksik ifa kavramı bakımından özel bazı haller ve öğretide yer alan tartışmalı görüşler ile uygulamada sıkça eksik ifa kavramının daha çok ayıplı ifa karıştırılması nedeniyle ortaya çıkan farklılıklar incelenmiştir. Çalışmamız ile amaçlanan eksik ifa nedeniyle iş sahibi lehine ortaya çıkan hak ve alacaklar hakkında, yargı kararları çerçevesinde uygulanan hükümlere göre açıklık getirmektir.

Anahtar Kelimeler: Borçlar Hukuku, Eser Sözleşmesi, İnşaat Hukuku, Eksik İfa, Eksik İş, Ayıplı İfa, Özel Hükümler, Teslim.

ABSTRACT

INCOMPLETE PERFORMANCE AND LEGAL CONSEQUENCES IN THE CONTRACT OF WORK

KARADEMİR, İrem

M.A. in Private Law

Thesis Advisor: Assoc. Prof. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA

December 2021, 115 pages

Deficient work, although not clearly stated in Turkish Law, is defined in the doctrine as not doing some of the work that is agreed in the contract or that must be done in accordance with the integrity rule.

In our study; After examining the contract of work and the contractor's debts, the concept of incomplete performance, comparison with similar concepts, the issue of whether the missing work can be delivered, the provisions that will be subject to deficiencies in case of deficient work, the rights of the employer in cases where the delivery is made despite deficient work have been examined; Issues such as controversial cases in terms of the concept of underperformance were examined in the light of controversial opinions in the doctrine, legal regulations, examples in practice and judicial decisions. Due to the fact that the concept of deficient work is often confused with defective performance in judicial decisions, some criteria have been introduced. The aim of our study is to concretize the concept of deficient work according to the provisions applied within the framework of judicial decisions.

Keywords: Law of Obligations, Contract of Work, Construction Law, Deficient Work, Incomplete Performance, Defective Work, Special Provisions, Delivery.

TEŞEKKÜR

Tez alıŐmalarım sűresince deęerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren, yűnlendiren ve desteklerini esirgemeyen tez danıŐmanım Do. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA'ya, lisans ve yűksek lisans programında eęitim hayatıma ve mesleki kariyerime katkı saęlayan kıymetli űęretim űyelerine, manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan annem Nűrten KAHVECİOęLU, ablam Ŭzlem ORLAN ve sevgili eŐim Onur KARADEMİR'e teŐekkűrű bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA DAİR SAYFA	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
BÖLÜM I.....	2
GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	2
1.1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ.....	2
1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	5
1.2.1. Eser.....	4
1.2.2. Bedel.....	6
1.2.3. Tarafların Anlaşması	8
1.3. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	11
1.3.1. Eseri Meydana Getirme Borcu.....	11
1.3.1.1. Genel Olarak	11
1.3.1.2. Eseri Meydana Getirme Ana Borcuna Bağlı Yan Borçlar	12
1.3.1.2.1. Sadakat ve Özen Borcu	12
1.3.1.2.2. Yüklenicinin Eseri Şahsen veya Kendi Yönetimi Altında İfa Borcu.....	15
1.3.1.2.3. Araç ve Gereci Sağlama Borcu	17
1.3.1.2.4. Eser Teslim Sözleşmesi Söz Konusuysa Malzemeleri Sağlama Borcu	18
1.3.1.2.4.1. Genel Olarak.....	18

1.3.1.2.4.2. Malzemeleri Sağlama Borcu Bakımından Özellik Arz Eden Hususlar.....	19
1.2.1.2.5. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....	19
1.3.1. Eseri Teslim Borcu.....	21
1.3.2. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu.....	24
BÖLÜM II	29
EKSİK İFA KAVRAMI, EKSİK İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, EKSİK İFANIN TÜRLERİ, DİĞER HUKUKİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRMASI VE EKSİK İFAYA İLİŞKİN TARTIŞMALI HALLER.....	29
2.1. EKSİK İFA KAVRAMI.....	29
2.2. EKSİK İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	30
2.3. EKSİK İFA TÜRLERİ.....	31
2.3.1. Önemsiz Eksiklikler.....	31
2.3.2. Orta Derecede Önemli Eksiklikler.....	32
2.3.3. Önemli Eksiklikler.....	33
2.4. EKSİK İFA KAVRAMININ DİĞER HUKUKİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRMASI.....	34
2.4.1. Ayıplı İfa ile Eksik İfa Karşılaştırması.....	34
2.4.2. Ek İş ile Eksik İfanın Karşılaştırılması.....	39
2.4.3. Aliud İfa ile Eksik İfanın Karşılaştırması.....	41
2.4.4. İfa İmkânsızlığı ile Eksik İfanın Karşılaştırması.....	44
2.5. EKSİK İFA BAKIMINDAN TARTIŞMALI HALLER.....	47
2.5.1. Yapı Kullanma İzninin Alınmaması.....	47
2.5.2. Bağımsız Bölümlerdeki Eksiklikler.....	50
2.5.3. Yüzölçümü Eksikliği.....	52
2.5.4. Ortak Yerlerdeki Eksiklikler.....	55
BÖLÜM III.....	58
EKSİK İFA HALİNDE TESLİM SORUNU	58
3.1. GENEL OLARAK.....	58
3.2. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	58
3.2.1. Öncülüğünü Gauch'un Yaptığı ve Doktrinde Hâkim Olan Görüş.....	58
3.2.2. Öncülüğünü Koller'in Yaptığı Görüş.....	60
3.2.3. Gümüş'ün Görüşü.....	61

3.2.4. Ayan'ın Görüşü	61
3.3. EKSİK İFA TÜRLERİNİN TESLİME ETKİSİ.....	63
BÖLÜM IV	68
ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI	68
4.1. UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	68
4.1.1. Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü.....	68
4.1.2. Genel Hükümlerin Uygulanması Görüşü	70
4.2. EKSİK İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİNİN HAKLARI	72
4.2.1. Genel Olarak.....	72
4.2.2. Aynen İfa.....	72
4.2.3. Bedelden İndirim.....	75
4.2.4. Borçlu Yerine İfa.....	79
4.2.5. Tazminat Talep Etme Hakkı.....	82
4.2.6. Ceza Koşulu Talep Hakkı	84
4.3. ÖDEMEZLİK DEF'İ.....	87
4.4. ZAMANAŞIMI	90
SONUÇ.....	93
KAYNAKÇA	97
ÖZGEÇMİŞ.....	103

KISALTMALAR

age.	: Adı Geçen Eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Eser sözleşmelerinde uygulama ve sözleşme niteliği bakımında tartışmalı durumlar yargı kararlarına sıklıkla konu edilmektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan tartışmalarda yüklenicinin eseri tam olarak yerine getirmemiş olması halinde, eserdeki eksiklik ve ayıplar hukuki nitelendirmeye muhtaçtır. Zira, Türk Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuatta ayıplı ifa kavramına yer verilmiş olmasına karşın, eserde yer alan eksiklikler hakkında ayrıca ve açıkça düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada ise teslim borcunun gereği gibi yerine getirilmediği iddiası ile ikame edilen davalarda Yargıtay içtihatlarında ayıplı ifa sayılamayacak haller kapsamında “*eksik ifa / eksik iş*” ayrımı yapılarak kavramın içeriği oluşturulmaktadır.

Eksik ifa hakkında öğretide tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, eksik ifanın yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereğince gerçekleştirilmesi gereken işlerin belli bir kısmının yerine getirilmemesi halinde söz konusu olduğu söylenebilir. Eksik ifanın bahsi geçtiği gibi mevzuat ve öğretide ortak bir kavramsal tanımının ortaya koyulmamış olması, bazı durumlarda ayıplı ifa ile karıştırılmasına yol açmakta ve eksik ifa ile ayıplı ifa kavramlarının ayırt edilmesi oldukça güç hale gelmektedir. Somut duruma göre yapılacak değerlendirmeler sonucunda uygulanacak hükümlere göre tarafların hakları ve sorumluluk sınırları farklılaşacaktır. Kanun’un sistematigi içerisinde yer almayan eksik ifa, hukuki nitelendirmede düşülebilen yanılgılar nedeniyle taraflar açısından hak kaybına sebebiyet verdiği gözetilerek, mevzuat içerisinde eksik ifa kavramının tanımının ve eksik ifa sonucunda tarafların sahip olduğu hakların eklenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

Eksik ifa halinde eksikliklerin tabi olacağı hükümler için öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş ise de Yargıtay’ın yerleşik içtihatları doğrultusunda genel hükümlerin uygulama alanı bulması, iş sahibinin ihbar ve muayene külfeti altına girmesinin önüne geçilmesi yönünden hakkaniyete uygun düşecektir. Zira genel

hükümler çerçevesinde iş sahibinin kısa ayıplı ifada yer verilen kısa zamanaşımı ile telafisi imkânsız zararların önüne geçilebilmesi de sağlanacaktır.

Yargıtay kararlarından yola çıkarak eksik ifa kriterlerini belirleyebilmek oldukça güç olsa da ayıplı ifa ve eksik ifayı ayırt etmeye yarayan teslim şartının yanı sıra, eksikliğin eserde değişikliğe yol açmadan tamamlanıp tamamlanamayacağı, eksikliğin eserdeki önemi gibi koşulların birlikte ele alınarak genel hükümler çerçevesinde karar verilmesi somut olay adaletine daha uygun düşecektir.

Eksik ifada, hukuken teslim anlamına gelmese de fiilen teslimi gerçekleşmiş eserlerde mevcut eksiklikler için Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde yer alan genel hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatiyle; iş sahibinin ifayı aynen talep etmesi ve eksiklikten kaynaklanan zararın tazmini, nama ifa ve kararlaştırılan bedelden indirim isteyerek eksiklikten kaynaklanan zararın tazminini talep hakkı doğacaktır. İş sahibi bahsi geçen haklarını kullanmaktan imtina ettiği takdirde ayrıca ödemezlik def'ini de ileri sürebilecektir.

Çalışmamızda da ilk kısımda genel olarak eser sözleşmeleri ve unsurları incelendikten sonra devamında yüklenicinin sözleşme kapsamındaki borçları açıklanmıştır. Çalışmamızın ikinci kısmında eksik ifaya yer verilerek; tanımı, hukuki niteliği, eksik ifa kavramının diğer kavramlar ile karşılaştırılması yapılmış, eksik ifaya dair uygulamada karşılaşılan özel durumlar açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise eksik ifa halinde teslim sorunu ele alınarak öğretilerde görüşler ortaya koyulmuş ve eksik ifa türlerinin teslim etkisi işlenmiştir. Özellikle ayıplı ifa ile eksik ifa kavramları bakımından tartışmalı olan hususlar üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın dördüncü ve son kısmında ise, bu çalışma kapsamında yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler ışığında eser sözleşmelerinde eksik ifa, öğretilerde ve yargı içtihatlarında yer alan tanımlar ve kararlar ile eksik ifanın tabi olduğu hükümler ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve eksik ifanın iş sahibi lehine ortaya çıkarmış olduğu hukuki sonuçlar ele alınmıştır.

BÖLÜM I

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1.1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Türk hukukunda eser sözleşmesine dair düzenlemelerin Türk Borçlar Kanunu açısından kaynağı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu olup, bu hükümler küçük değişikliklere 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmış, oradan da iktibas yoluyla Türk hukukuna intikal etmiştir¹.

Eser sözleşmesi, eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. ilâ 370. maddeleri arasında düzenlenmiş ve “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” ifadesiyle tanımlanmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise 470 ila 486. maddeler arasında eser sözleşmesine dair hükümleri yer verilirken, Kanunun 470'inci maddesinde “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde eser sözleşmesinin tanımı değişikliğe uğramıştır. Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan “semen” sözcüğünün yerini, genel satış sözleşmelerinde ödenecek karşılık anlamına gelen “bedel” ve “imal” yerine ise “meydana getirme” ifadesi kullanılmak suretiyle arılaştırılmıştır².

Kanun metninde yer alan tanıma göre, eser sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren, bir başka deyişle tam iki taraflı bir iş görme sözleşmesidir³. Yüklenicinin Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme serbestisini düzenleyen 26'ncı maddesi uyarınca;

¹ Sinan OKUR (2019), “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 175-176, s. 629.

² Yaşar Engin SELİMOĞLU (2017), *Eser Sözleşmesi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2.

³ Kenan TUNÇOMAĞ (1977), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, İstanbul, s. 949; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2020), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 330; Haluk TANDOĞAN (2010), *Borçlar Hukuku Özel İlişkileri*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 1; Fikret EREN (2017), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 585.

tarafklar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleme hakkına sahiptirler. Bu bağlamda tarafların irade beyanlarının asli edimler üzerinde birbirine uygun olması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinin esas özelliği, yüklenicinin belirli bir iş görme sonucu olarak bir eser meydana getirme taahhüdünde bulunmuş olmasıdır⁴. Sözleşmeye bağlı olarak eserin meydana getirilmesi ve karşılığında bedel ödenmesi asli unsurlar olarak tanımlanmış ancak, kanun metninde eserin teslimi kavramına yer verilmemiştir. Eserin “teslim borcu” kavramının kanun metninde yer verilmemiş olması öğretide eleştiri konusu edilmiş⁵ ise de kanun metninin dar anlamda teslim borcuna işaret ettiği emsal yargı kararları ile ortaya koyulmuştur⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan hükümler dışında, genel ve karma bütçeli idareler ile özel bütçeli idare ve belediyelerin taraf olduğu eser sözleşmeleri, öncelikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na ve uygulama esaslarını belirleyen Yapım İşleri Genel Şartnamesi’ne tabidir. Kamu ihale mevzuatı çerçevesinde bir sonuca ulaşamadığı, bir çözüm bulunamadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmelerine ilişkin özel hükümleri ve Kanun’un genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Yüklenicinin meydana getirmeyi üstlendiği eserin bir taşınmaz yapı olması hâlinde, taraflar arasındaki sözleşme inşaat sözleşmesi olarak uygulanma alanı bulmaktadır. Bu kapsamda uluslararası inşaat anlaşmaların esaslı kuralları Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) tarafından hazırlanan İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (Kırmızı Kitap) en çok bilinen ve uygulama alanı bulan düzenlemedir.

Sözleşme taraflarından iş sahibinin “tüketici” sıfatına haiz olduğu ve konusu da tüketim malı veya hizmeti olan eser sözleşmelerinde ise, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre eser sözleşmesi, 3(1).1 bendinde

⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI (2018), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, s. 361.

⁵ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s.1.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/960 E., 2020/187 K., 20.2.2020 T.: “... Eser sözleşmelerini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi ise sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada, vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir ...”, Yargıtay 15. HD., 2005/7623 E., 2006/166 K., 23.01.2006 T.: “... Eser sözleşmesi yanlara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler...” (www.lexpera.com ET: 12.12.2020)

“tüketici işlemi” olarak kabul edilmiş⁷ ve kanun koyucu şu düzenlemeye vermiştir: “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi.”.

1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1.2.1. Eser

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ediminde önemli olan, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, çalışmanın sonucunda ortaya çıkan sonuçtur⁸. Bu bağlamda yüklenicinin üstlendiği iş görme faaliyeti sonucunda ortaya çıkan şey ise eser olarak adlandırılmaktadır⁹.

Yüklenicinin gerçekleştireceği ve objektif olarak belirlenmesi mümkün olan sonuca işaret eden eser kavramının öğretide, eser sözleşmesinin konusunun yalnızca maddi eseri imal etmek ve maddi eser üzerinde değişiklik yapmak olduğunu kabul eden görüşün yanı sıra, maddi olmayan bir sonucun taahhüt edilmesinin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini savunan ve maddi olmayan iş görme sözleşmelerinin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini öne süren farklı görüşler mevcuttur.

İlk görüşe göre¹⁰, eser sözleşmesinin konusunu elbisenin dikilmesi, masanın boyanması, binanın yapılması, çatıya güneş paneli takılması, internet sitesinin

⁷ Uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan arsa payı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmelerine dair unsurları birlikte taşımakla birlikte tüketici işlemi içerisinde örnek olarak gösterilebilir. Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 57; Y. 23. HD., 2015/366 E., 2015/6416 K., 08.10.2015 T. (www.kazanci.com, ET.: 25.12.2020); Y. 15. HD., 2016/3240 E., 2017/2563 K., 14.6.2017 T.: “... 6502 sayılı Yasa ile eser sözleşmesi de bu yasa kapsamına alınmış olup ticari ve mesleki amaçlarla hareketmeyen iş sahibini yaptığı eser sözleşmesi de tüketici işlemidir. Davacı taraf tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmesinden kaynaklanan iş bedeli alacağına ilişkin talepte bulunduğu için, tüketici işleminden doğan bu davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir...”; Benzer yönde kararlar için bkz: Y. 15. HD., 2015/42 E., 2015/413 K., 27.1.2015 T.; Y. 17. HD., 2014/1636 E., 2014/3572 K., 13.3.2014 T. (www.lexpera.com ET: 12.12.2020)

⁸ Fikret EREN 2017, age. s. 593; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 361.

⁹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 361; Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 955; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 333; Cevdet YAVUZ (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 986; Eren 2017, age. s.588; Zariife ŞENOCAK (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitapevi, Ankara, s. 12-13; Necati Şükrü BAYRAMOĞLU (2019), *Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedelin Aşılması (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 20.

¹⁰ Fikret EREN 2017, age. s. 592 vd.; Fikret EREN 1996, age. s. 52; TBK m. 502/II hükmü düzenlemesi uyarınca herhangi bir sözleşme tipine girmeyen işlere vekâlet hükümleri uygulanır. Bu hüküm karşısında, maddi varlığa sahip olmayan işgörme sonucu içeren sözleşmeyi vekâlet

tasarımı, mezuniyet fotoğrafının çekilmesi gibi sadece maddi bir varlık oluşturur. Maddi bir şey üzerinde meydana gelmeyen ve bir cisim şeklinde ortaya çıkmayan ürünler bu görüşe göre eser olarak kabul edilemez. Eserin bu sebeple maddi bir varlığa bürünmüş, başkasına devri ve teslimi mümkün olacak şekilde meydana gelmiş olması gerekir. Bu görüşe göre tablo, şiir, konser gibi maddi olmayan bilimsel ve sanatsal yaratıcılık faaliyetinde bahsi geçen edimler ancak hizmet ya da vekâlet sözleşmesine konu olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi geçmişte Gautschi'nin görüşü doğrultusunda, sadece maddi varlığı olan çalışma sonuçlarının eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği görüşü benimsenmiş iken, bu görüşün aksine maddi varlığı olmayan sonuçların da eser sayılması gerektiği yönünde içtihat değişikliğine gitmiştir¹¹.

Öğretide ileri sürülen ikinci görüş, eser kavramını geniş yorumlayan, maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekte ve *“objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun husule getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir”* sonucuna ulaşılmaktadır¹². Bu görüşe göre eser sözleşmesinin konusu sadece bir şeyin meydana getirilmesi veya değiştirilmesinden ibaret olmayıp, çalışma veya hizmet ediminden ortaya çıkan sonuçların da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Kılıçoğlu, konu hakkında eser kavramını Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile karşılaştırarak şöyle ifade etmiştir;

“TBK m. 470’teki eser daha geniş bir kavramı içerir. Buraya fikir ürünü olan eserler dışında her türlü maddi nitelikteki “sonuç yaratmayı” (imalatları) kapsar. Fakat fikir ürünü olan eserlerden farklı olarak, geniş anlamda eserin yüklenici tarafından bizzat yaratılması gerekmez. Hâlbuki FSEK anlamında eser fikir ürünleri olup maddi nitelikte olmayan yaratılan sonuçlardır. Kişinin yarattığı eser bir madde üzerinde cisimlenmiş olsa bile, eser ve eser sahipliği o maddenin kendisi değil, onu yaratan düşünceye ilişkindir. O halde TBK m. 470’teki eser sözleşmesinin konusu olan eser, maddi ve maddi nitelikte olmayan her türlü sonuç yaratmaları ifade ettiği halde;

sözleşmesi olarak nitelendirmek, eser sözleşmesi olarak nitelendirmekten daha kolaydır. (Peter GAUCH (2011), Werkvertrag, Aktaran Müge ÜREM (2017), *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 9-11); Zariife ŞENOCAK 2002, age. s. 14.

¹¹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 362; İsviçre Federal Mahkemesi içtihat değişikliğine giderek, Gautschi'nin görüşü doğrultusunda sadece maddi varlığı olan çalışma sonuçlarının eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği açıklanmıştır. İsviçre hukukundaki tarihi süreç için bkz. Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 3 vd.

¹² Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 4.

FSEK'imizin konusu olan eser, maddi nitelikte olmayan fikir ürünlerine ilişkin sonuç yaratmaları ifade eder”¹³.

Yargıtay tarafından ikinci görüş benimsenerek, bir çalışma sonucunun maddi bir varlığa sahip olsun ya da olmasın eser sözleşmesinin unsurlarından biri olan eseri, geniş yorumlamak suretiyle objektif olarak tespitinün mümkün olması yeterli görülmüştür¹⁴.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe ise, maddi varlığı ya da objektif olarak tespiti önem arz etmeksizin, içsel bütünlüğe sahip ve belirlenebilir nitelikteki iş görme edimini konu edinen her tür sözleşmeye, sonuç taahhüdünü içermesi kaydıyla eser sözleşmesinin uygulanması mümkündür. Bu görüşte maddi varlığı olmayan işgörme sonuçlarının objektif bir bütün oluşturması ve yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmede yeterli olması halinde eser kavramından bahsedilebilmektedir¹⁵. Bu görüş kapsamında maddi olmayan iş görme edimini içeren sözleşmenin somut olayın şartlarına göre sui generis sözleşme olarak kabul edilmesinin de mümkündür¹⁶.

1.2.2. Bedel

Eser sözleşmesi ivazlı sözleşmelerden olup, bu kapsamında meydana getirilen eser karşılığında iş sahibinin, yükleniciye karşı bedel ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Taraflar arasındaki müzakerelerde bedel ödeme taahhüdü hususunda

¹³ Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (2019), “Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, s.712.

¹⁴ YHGK, 2009/15-459 E., 2009/541 K., 18.11.2009 T.: “... Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. (...) Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir.”; Y. 3. HD., 2011/19821 E., 2012/4726 K., 27.02.2012 T. “...Dava; protez yapımından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, BK.nun 355.maddesinde tanımlandığı üzere bir “eser” sözleşmesidir. Davacı yüklenici; davalı ise iş-eser sahibidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş-eser sahibi ile akdî ilişkiye girerken bir sonuç yani “eser” meydana getirmeyi yüklenmektedir. Bu anlamda eser bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Bu niteliği itibarıyla eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklıdır. Diğer yandan eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdüldüğünden ve yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlü olduğundan, protez yapımı sözleşmesi de vekâlet akdi değil, bir “eser” sözleşmesidir.” Benzer kararlar için bkz: Y. 23. HD., 2014/3459 E., 2015/241 K., 16.1.2015 T.; Y. 23. HD., 2015/6390 E., 2016/3589 K., 13.6.2016 T.; Y. 21. HD., 2019/253 E., 2020/553 K., 6.2.2020 T., Y. 21. HD., 2014/6723 E., 2015/4108 K., 03.03.2015 T., Y. 23. HD., 2015/1673 E., 2015/1882 K., 23.3.2015 T. (www.kazanci.com ET: 17.12.2020)

¹⁵ Fikret EREN 2017, age. s. 592.

¹⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 334.

anlaşma olmamışsa, kurulan sözleşme eser sözleşmesi niteliği taşımayacaktır. Eser sözleşmesi daima ivazlı bir sözleşme olması nedeniyle, bedel bu sözleşmenin objektif esaslı unsurudur¹⁷.

Sözleşmenin tarafları meydana getirilen eser karşılığında ödenecek bedeli açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırılabilirler¹⁸. Sözleşmede meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek bedelin belirlenmemiş olması, bedel ödeme borcunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir¹⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 480. ve 481. maddelerinde de yer alan düzenlemelere göre, taraflar bedel verileceği konusunda anlaşmış ancak, bedel belirlenmemiş ise, bu durum sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bu doğrultuda sözleşme bedeli, "götürü bedel" veya "yaklaşık bedel" olarak belirlenmesi mümkündür. Kanun'un 481'inci maddesinde yer alan "*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yaklaşık bir bedel tespiti ile bedel ödeme borcunun yerine getirilebileceği düzenlenmiştir²⁰. Öte yandan kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 393'üncü maddesi ve devamında kullanmış olduğu "ücret" kavramı, eser sözleşmelerinde "bedel" kavramı kullanmış olması, eser sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden farklılaşmasına sebep olmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 480'inci maddesine göre taraflar, götürü bedel usul üzerinden de anlaşma sağlayabilirler. Götürü bedel usulde iş sahibince ödenecek ücret,

¹⁷ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s.6; Doktrindeki aksi görüş: "*KOLLER'e göre; sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde tarafların anlaşması gerektiğini aksi halde sözleşmenin kurulamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde bedel objektif esaslı bir nokta değildir (Alfred KOLLER (2015), Schweizerisches Werkvertragsrecht, Aktaran Necati Şükrü BAYRAMOĞLU 2019, age. s.43)*

¹⁸ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 365.

¹⁹ Murat AYDOĞDU (2019), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s.751.

²⁰ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 26-27 ve s. 234-235; Murat AYDOĞDU 2019, age. s.751-752.; Yapılan iş için mesleki birliklerin tespit ettiği bir ücret miktarı varsa bedel tayininde bu ücret de göz önünde bulundurularak tespiti gerçekleştirilir. (Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 956.); Y. 15. HD., 2017/639 E., 2018/3565 K., 03.10.2018 T.: "*..Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 481. maddesinde, (818 sayılı mülga BK 366 md.) eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir*" düzenlemesine yer verilmiştir. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamakla birlikte, eser sözleşmesiyle ilgili akdi ilişkinin varlığı sabittir. Taraflar bedelde mutabık olmadıklarından, bu halde TBK'nın 481. maddesi gereğince işin yapıldığı 2013 yılında mahallî piyasa rayiçlerine göre, gerekirse uzman teknik bilirkişi marifetiyle keşifte yapılıp, davacının gerçekleştirdiği imalât bedeli hesaplatılıp, kanıtlanan ödemeler düşüldükten sonra, sonucuna uygun bir karar verilmelidir."; Benzer kararlar için bkz: Y. 15. HD., 2015/5091 E., 2016/2386 K., 20.4.2016 T.; Y. 15. HD., 2018/3146 E., 2019/539 K., 11.2.2019 T.; Y. 15. HD., 2018/168 E., 2018/630 E., 15.2.2018 T. (www.lexpera.com ET. 18.12.2020)

baştan ve kesin olarak belirlenmesi ile oluşur. Bu bağlamda yüklenicinin fazla emek ve masrafı kural olarak, ücretin artışı ücrette herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 480'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse, yüklenicinin mahkemeden uyarılma isteme, sözleşmeden dönme ve fesih talep hakları mevcuttur.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu, para dışında bazı durumlarda iş sahibinin karşı edim olarak, başka bir sözleşmenin asli edimini yerine getirmek olarak karşımıza çıkabilmektedir²¹. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sahibi karşı edim olarak bir taşınırın veya taşınmazın mülkiyetini devretmeyi veya farklı bir iş görme edimini yerine getirmeyi taahhüt etmiş olabilir. Bu hallerde karma tip sözleşme söz konusu olacaktır.

Eser sözleşmesinin en önemli unsuru olan bedel olmadığı takdirde, doktrinde bazı yazarlar tarafından bu iş görme sözleşmesi isimsiz sözleşme olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre vekalet hükümlerine bağlı olacağı görüşü²², bazı yazarlar tarafından ise sözleşmesinin çok seyrek rastlanan bir sözleşme olarak kıyasen bağışlama sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı görüşü²³ kabul edilmiş ise de, eser sözleşmesi benzeri karma tip sözleşmenin meydana geleceği görüşünün daha yerinde olduğu söylenebilir²⁴.

1.2.3. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesinin tarafları olan iş sahibi ve yüklenicinin bu sözleşmeyi yapma konusunda ortak iradeye sahip olmaları gerekmektedir. Bu çerçevede iradelerin Türk Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan hükme göre, sözleşmenin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun olması halinde eser sözleşmesi vücut bulacaktır. Aynı madde kapsamında taraflar iradelerini açık veya örtülü bir şekilde ortaya koyabilme hakkına da sahiptir. Bu bağlamda ifa sırasında neyin edim olarak borçlanıldığının açıkça tespiti yeterli olacaktır.

²¹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 28; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 335.

²² Efrail AYDEMİR (2016), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 183.

²³ M. Turgut ÖZ (2016), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, s.54.

²⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 366; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 24.

Türk Borçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.”* hükmü gereğince sözleşmenin kurulmasında temel koşul, esaslı noktalarda iradelerin uyuşmasıdır. Bir noktanın esaslı olup olmadığının tespiti önem arz ettiğinden, hâkimin irade açıklamalarını güven teorisine göre yorumlaması gerektiği kabul edilmektedir²⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesinde yer alan *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* hükmü sözleşme serbesti prensibinin somutlaştığı hükümlerden biridir. Buna ek olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48'inci maddesi ile sözleşme serbestisi *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği gibi sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Eser sözleşmelerinde de şekil serbestisi ilkesi geçerli olup, bir eser sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekle tabi değilken, eğer kanun bazı sözleşmelerin geçerliliği için belli bir şekle uyulması zorunluluğu getirmişse bu geçerlilik şartı olarak uyuşmazlıklarda resen ele alınması gerekir. Nitekim 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 57'nci maddesi gereğince imzalanan sözleşmelerin geçerliliği noterlikçe tescil edilmesine²⁶, arsa payının devir vaadini içeren kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin Tapu Kanunu'nun 26'ncı maddesi uyarınca noterde düzenlenmiş olmasına, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan sözleşmelerin ise Kanun'un 46'ncı maddesi uyarınca yazılı olarak taraflarca imza altına alınmış olmasına bağlıdır.

Sözleşmenin tarafları kanunen zorunluluk bulunmamasına rağmen, ayrıca sözleşmede şekil şartı kararlaştırabilirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 17'inci maddesinde yer alan *“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa,*

²⁵ YHGK., 2012/606 E., 2013/212 K., 06.02.2013 T.: *“...Bu konuda irade beyanlarının yorumunda başvuru ve genel kabul gören güven teorisi ışığında gerek beyanda bulunanın beyanının içeriğine, gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varılır.”*; Benzer kararlar için bkz: YHGK., 2014/2182 E., 2015/1047 K., 18.3.2015 T.; Y. 11. HD., 2017/2632 E., 2019/5005 K., 1.7.2019 T. (www.lexpera.com ET.: 18.12.2020)

²⁶ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 341.

yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü çerçevesinde tarafların sözleşmenin kurulmasını bir şekle tabi kılmaları halinde, iradi şekil şartı sözleşmenin geçerliliğine karine teşkil edecektir²⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 200’üncü maddesiyle 2.500,00TL değerini aşan hukuki işlemlerde yazılı şekil, bir ispat şartı olarak zorunlu hale getirilmiştir²⁸. Bazı yazarlar tarafından da miktar bakımından yüksek işlerde tarafların şekil şartının zımnen saklı tutulmuş sayılması gerektiğini savunulmuştur²⁹. Bu doğrultuda eser sözleşmesinde her ne kadar şekil şartı öngörülmemişse de söz konusu durum ispat şartı olduğu zaman yazılı olarak düzenlenmeyen sözleşmelerde hak kaybına yol açacağı nazara alınmalıdır.

²⁷ Y. 15. HD., 2016/6416 E., 2018/2179 K., 28.5.2018 T.: “...Eser sözleşmesi kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Geçerliliği de şekil şartına bağlı değildir. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK’nun 17. maddesinde, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli şekilde yapılması kararlaştırılmışsa belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmenin tarafları bağlamayacağı kuralı getirilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun TBK’da yapılan düzenlemeye aykırı olmayan, halen geçerli ve bağlayıcı olduğu kabul edilen 12.04.1933 gün, 31/7 sayılı kararına göre senetle ispatı geremediği halde senede bağlanmış alacağa karşı ileri sürülen teslimat iddiası tanıkla ispatlanamayacağından, yazılı şekle tabi olmadığı halde yazılı şekilde yapılan bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı şekle tabi olmalıdır. Davacı tarafça, göstermelik olduğu ileri sürülen noterce imza onaylı sözleşmeden sonra tarafların gerçek iradelerini yansıtan sözleşme ilişkisi kurulduğu ileri sürülmekle birlikte sunulan sözleşmede davalı imzası bulunmadığından 27.12.2014 tarihinde imzası noterlikçe onaylanan yazılı sözleşmenin aksi ve değiştirildiği yazılı sözleşme ile kanıtlanamamıştır.” (www.lexpera.com.tr ET. 18.12.2020)

²⁸ Y. 15. HD., 2016/3873 E., 2018/465 K., 08.02.2018 T.: “Davacı dava dilekçesinde davalı ile aralarında akdî ilişki bulunduğunu iddia etmiş ise de buna dair yazılı bir belge sunamamış, davalı da akdî ilişkiyi inkâr etmiştir. Kurulduğu iddia edilen temel hukuksal ilişki TBK’nın 470. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesidir. Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak, sözlü yapılan sözleşme inkâr edildiği takdirde, sözleşmenin yapıldığı zamanki miktar veya değeri HMK’nın 200. maddesindeki miktardan fazla ise akdî ilişkinin anılan Yasa hükmü gereğince davacı tarafından yazılı delille kanıtlanması zorunludur.” (www.kazanci.com ET.:18.12.2020); Y. 15. HD., 1979/1080 E., 1979/1142 K., 15.05.1979 T.: “... BK.nun 355-371. maddelerinde hükümler bulunan eser (İstisna) sözleşmesinin yazılı biçimde yapılmasında bir zorunluk yoktur. Ne var ki, davalı davacının iddia ettiği eser (istisna) sözleşmesini inkar ettiğinden Medeni Kanununun 6. maddesindeki kural uyarınca eser sözleşmesinin varlığını ve bunun koşullarını ispat etmek davacının ödevidir, olayda ileri sürülen eser sözleşmesinin değeri 500 lirayı aşan bir işe ilişkin olduğundan HUMK.nun 288/1. maddesi gereğince, taraflar arasında iddia olunan eser sözleşmesinin kurulup kurulmadığı ve koşulları, özellikle eser bedelinin nasıl hesaplanacağı ve bunun ne zaman ödeneceğinin senetle ispat olunması gerekir...” (www.lexpera.com.tr ET. 18.12.2020)

²⁹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 34; Georg GAUTSCHİ (1967), *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band IV*, Aktaran Necati Şükrü BAYRAMOĞLU 2019, age. s. 55)

1.3. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları Türk Borçlar Kanunu'nun 471 ila 478 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu doğrultuda yüklenicinin eseri meydana getirme ve eseri teslim etme olmak üzere iki asli borcu bulunmakta olup, bu borçlar sonuçları bakımından birbirine bağlı borçlardandır³⁰.

Yüklenicinin bahsi geçen aslî borçlarının yanı sıra; eserin meydana getirilmesine bağlı olarak işi doğrudan doğruya kendisinin yapması (şahsen ifa) veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu, araç ve gereç sağlama borcu, eser teslim sözleşmesi mevcut ise malzeme sorumluluğu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu, özen ve sadakat borcu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu olmak üzere yan yükümlülükleri bulunmaktadır.

1.3.1. Eseri Meydana Getirme Borcu

1.3.1.1. Genel Olarak

Yüklenicinin aslî borcu Türk Borçlar Kanunu'nun 470'inci maddesinde de ifade edildiği üzere, bir eser meydana getirmektir. Eser sözleşmesi gereğince yüklenici iş görme sonucunu borçlandığından³¹, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun nitelikli bir "yapma borcu" olduğunu belirtmek gerekir³².

İş görme borcu doğuran bir sözleşme olan eser sözleşmesinde önemli olan, iş görme faaliyeti sonucunda meydana gelen "şey" eserdir. Eserin tanımına Türk Borçlar Kanunu'nda bu bağlamda açıkça yer verilmemiş ise de eser, iş görme faaliyeti sonucunda önceden var olmayan bir şeyin meydana gelmesinin yanı sıra, mevcut olan

³⁰ Y. 15. HD., 2017/526 E., 2017/1199 K., 20.3.2017 T.: "...Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadece eseri meydana getirmesi, aslî edim borcunu yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Yüklenici, sözleşmeye uygun meydana getirdiği eseri teslim borcu altındadır. Yüklenici üstlendiği eseri meydana getirecek ve meydana getirdiği bu eseri, iş sahibine usul ve yasaya ve sözleşme hükümlerine uygun olarak teslim edecektir."; Benzer kararlar için bkz: Y. 15. HD., 2014/1334 E., 2014/7102 K., 08.12.2014 T.; Y.15. HD., 2019/697 E., 2019/2767 K., 13.6.2019 T. (www.lexpera.com.tr ET: 20.12.2020); Zira yüklenici kural olarak, ancak eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirip, teslim etmekle borcundan kurtulmaktadır. "Eserin niteliğine göre bazı hallerde teslim edilmesi gerekmez. Örneğin; bir bahçıvan ağaçları kesip, bahçeyi sözleşmeye uygun olarak bırakıp, terk etmesiyle borcunu yerine getirmiş sayılır. Bu durumda yüklenici eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasıyla borcundan kurtulur." Alfred KOLLER (2015) *Aktaran Pakize Ezgi Akbulut* (2020), "Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu", *İNÜHFD*, C.11, S.1, s.89.

³¹ Y. 15 HD., 2006/64 E., 2007/1015 K., 19.02.2007 T.: "Eser sözleşmelerinin en önemli unsuru 'eser' dir. Başka bir anlatımla; bu önemli unsur sonuçtur. Yüklenici, eser sözleşmesiyle sadece bir faaliyete bulunmayı değil, aynı zamanda bir sonucu (eser) gerçekleştirmeyi de taahhüt etmektedir." (www.lexpera.com ET: 20.12.2020)

³² Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 6, 12; Peter GAUCH 1996, *Aktaran Serkan AYAN* (2008), *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 25)

şeyin değiştirilmesi de eser teşkil edebilmektedir³³. Yüklenicinin, sözleşme kapsamında daha önce açıklanmış olduğu üzere maddi varlığı olan ve olmayan eserin meydana getirilmesi asli borcudur.

Eserin meydana getirilmesi yükleniciyi tek başına sorumluluktan kurtaran bir borç değildir. Yüklenici eseri tamamlamasının yanı sıra ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 470'inci maddesinde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, meydana getirdiği eseri teslim etme borcu altındadır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak "eseri meydana getirme" ve meydana getirdiği "eseri teslim etme" olmak üzere iki asli edimi birbirine bağlılık arz etmektedir³⁴.

1.3.1.2. Eseri Meydana Getirme Ana Borcuna Bağlı Yan Borçlar

1.3.1.2.1. Sadakat ve Özen Borcu

Türk Borçlar Kanunu 471/I hükmü gereğince yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin eseri sadakat ve özenle yapma borcu, sözleşmenin kurulmasından itibaren başlayan ve eserin iş sahibine teslimine kadar süren bir borç olup, ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir sonucudur³⁵.

Yüklenicinin sadakat borcunun içeren Türk Borçlar Kanunu'nun 471/I maddesinde sözleşmesinin ifası sırasında yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede dürüstlük kuralı gereği yüklenicinin sözleşmenin ifasından önce ve hatta ifa sonrasında geçerli olmak üzere, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınma yükümü vardır³⁶. Bir başka deyişle

³³ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 321.

³⁴ YHGK., 2014/724 E., 2016/168 K., 24.2.2016 T.: "...İnşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin ana borçları; bir (eser) meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borçlarıdır. Yüklenicinin belirtilen borçlarına karşılık bu tür sözleşmelerde, iş sahibi de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık, "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlanmaktadır." (www.lexpera.com ET. 20.12.2020)

³⁵ Y. 15 HD., 2014/118 E., 2014/3380 K., 15.05.2014 T.: "... Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenen edimleri zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2.md)" (www.lexpera.com.tr ET. 20.12.2020); İzzet KARATAŞ (2016), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Adalet Yayınları, Ankara, s. 116.

³⁶ Emre GÖKYAYLA (2002), "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Ocak, s. 786; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s.49.

yüklenicinin eseri sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme ile elde ettiği pozisyonlarını kendi çıkarlarına kullanmama yükümlülüğü olarak da nitelendirilebilir³⁷. Dolayısıyla geniş kapsamlı olarak kabul edilebilecek borcun esasen somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.

Yüklenicinin sadakat borcu öğretide ileri sürülen görüşler ve emsal yargı kararları ile oluşturulmuştur. Yüklenicinin sadakat borcu, eserin imalinde uygulanacak şeylere dair yeni fikirleri ve yöntemleri, kendi hesabına kullanmamak ve üçüncü kişilerden de saklı tutmak mükellefiyeti yükler. Bu çerçevede eser sözleşmesi sona ermesinden sonra dahi yüklenicinin sadakat borcu devam eder. Yüklenicinin bu borca aykırı şekilde hareket etmesi halinde örneğin; bir mimari çizimin ifşa edilmesi halinde telif hakkının ihlali meydana gelir. Bu anlamda yüklenici, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgi ve kararları, iş planlarını, buluşları üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan dikkatle kaçınmak zorundadır³⁸.

Yüklenicinin özen borcunun ölçütü Türk Borçlar Kanunu'nun 471/II maddesinde yer aldığı üzere, yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas almaktadır. Bu anlamda Kanunda yüklenicinin özen borcu için objektiflik kriteri getirilmiş olup³⁹, sözleşmeye tümünden egemen olan genel bir niteliğe sahip ve sadakat borcunun ortaya koyulan bir şeklidir⁴⁰.

Kanun koyucunun getirmiş olduğu objektiflik kriterinin yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu'nun 18/II hükmünde yer alan düzenleme ile tacir sıfatına haiz olması koşuluyla basiretli bir yükleniciden beklenecek ölçüde özenin gösterilmesi gerektiğine yer vermiştir. Öğretide baskın olan görüşe göre Türk Ticaret Kanunu'nun 18/II hükmü, özel ve ağırlaştırılmış bir özen hükmüdür⁴¹. Bir başka görüşe göre ise tacirler hakkında uygulama alanı bulacak olan bu düzenlemenin, tacir sıfatına haiz olmayan, bir başka

³⁷ M. Turgut ÖZ 2016, age. s. 108.

³⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 352; Fikret EREN 1996, age. s. 77; Ali AVCI (2015), Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 28, S. 119, s. 373.

³⁹ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 381 ve s. 127; K. Emre GÖKYAYLA 2002, age. s. 791.

⁴⁰ K. Emre GÖKYAYLA 2002, age. s. 787.

⁴¹ Ali AVCI 2015, age. s. 379; K. Emre GÖKYAYLA 2002, age. s.791.

ifadeyle yüklenicinin iş görmesini mesleki faaliyet olarak yürütmediği zamanlarda da Türk Borçlar Kanunu'nun 471/II'nin ihmal ölçütü olarak ortalama yüklenicinin ortalama davranışı özen ölçütü olarak alınmalıdır⁴².

Türk Borçlar Kanunu'nun 472'nci maddesinin ikinci fıkrası ile malzeme kullanımında özen borcu ve üçüncü fıkrasında iş sahibini aydınlatma borcuna işaret eden düzenlemeler de yüklenicinin genel özen borcunun somut türlerindedir.

Yüklenicinin özen borcu, eserin meydana getirilmesinin her evresinde yüklenicinin yerine getirmek zorunda olduğu borçlarına bağlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun 473/I hükmünde iş sahibine vade tarihinde eserine kavuşamaması ihtimaline karşı korumaya yönelik bir düzenleme getirerek iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkını veren, 473/II hükümde ise eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı meydana geleceğinin öngörülmesi halinde ayıp veya aykırılıkların giderilmesi aksi halde işin üçüncü kişiye devrini düzenleyen yaptırımlar yüklenicinin özen yükümlülüğünün ihlali ile uygulama alanı bulmaktadır⁴³. Bu noktada yükleniciden beklenen özenin derecesi, her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterse de genel olarak, aynı şartlar altında bir eseri meydana getirmeyi kabul eden dikkatli bir yükleniciden beklenebilecek özen ölçütü alınır⁴⁴. Bahsi geçen düzenlemede Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinden farklı olarak hâkim izninin şart koşulmaması nedeniyle tedbire dayalı düzenlemeden uzaklaşmış olduğu öğretiler eleştirisi konusu edilmiştir⁴⁵.

Öğreti ve yargı kararlarıyla oluşarak, özen borcu ile bağlantı kurulan diğer yükümlülükler: kendi gücünü otokritik yoluyla değerlendirme borcu, aydınlatma ve dikkatini çekme borcu, iş sahibinin şahıs ve malvarlığını koruma ve gerekli tedbirleri alma borcudur⁴⁶.

⁴² Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 367.

⁴³ Çalışmamızın işe zamanında başlama ve devam etme borcu başlığı altında incelenecek olan bu düzenleme aynı zamanda özen yükümlülüğünün somut durumunu ortaya çıkarması nedeniyle değinmek gerekmiştir. Ayrıntı için bkz: 1.2.1.2.4. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu; Köksal KOCAAĞA (2004), "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümlülüğünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağı Anlaşılması Halinde İşsahibinin BK. M.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", *DEÜHFD.*, C.6, S.1, s. 180.

⁴⁴ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 384-385.

⁴⁵ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 65; Fikret EREN 2017, age. s. 632- 633. Kanunun 473/II hükmüne göre iş sahibinin sözleşmeden dönmek yerine, onarım veya işin üçüncü kişiye yaptırımı halinde oluşan masrafların yükleniciye yükletilmesi hakkına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır, ancak Kanun'un 113. maddesine kıyasen uygulanarak iş sahibinin işe devam edebilecek yetenek ve imkanlara sahip olması aranmaktadır.

⁴⁶ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 383-384.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcu birbiriyle özdeş hale gelmesi nedeniyle bir bütünlük oluşturmaktadır. Yargıtay tarafından da birçok emsal kararda bu ilişki birlikte anılmıştır⁴⁷. Öğretide ise sadakat borcu ile özen borcunun ayrımında fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre özen borcunun, sadakat borcunun bir sonucu olduğu kabul edilirken⁴⁸, aksi görüşe göre özen borcu içerisinde her şeyden önce yüklenicinin sadakat borcu ile işi özenle, şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcu yer alır⁴⁹.

1.3.1.2.2. Yüklenicinin Eseri Şahsen veya Kendi Yönetimi Altında İfa Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesinde belirtildiği üzere alacaklının menfaati bulunmadıkça kural olarak borçlunun borcunu şahsen ifa etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu çerçevede kanun koyucu iş görme sözleşmelerinde borçlunun şahsen ifasının önem arz edebileceği düşüncesiyle Türk Borçlar Kanunu'nun m. 471/III, c.1 hükmünde *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir”* düzenlemesiyle ana kurala eser sözleşmesi bakımından istisna getirilmiştir. Esasen bu istisna eser sözleşmesinin, diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasına da yol açmaktadır⁵⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 471/III, c.1 hükmünde yer verilen gerekçesi, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin yetenek ve becerisinin

⁴⁷ Y. 15. HD., 1999/4289 E., 1999/115 K., 25.01.1999 T.: *“... Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur...”*; Y. 15. HD., 2019/2734 E., 2019/3887 K., 10.10.2019 T.: *“...Eser sözleşmelerinde; yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici, iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Yüklenici genel özen ve sadakat yükümlünün gereği olarak kendisine teslim edilen malzemeyi muayene etmeli, eserin meydana gelmesine elverişli bulunmadığını öğrenir öğrenmez iş sahibine bildirmeli ve onun talimatına uygun şekilde hareket etmelidir.”* (www.lexpera.com ET. 28.12.2020)

⁴⁸ Fikret EREN (1996), *“İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”*, *Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, BATIDER, Ankara, s. 75.

⁴⁹ M. Turgut ÖZ 2016, age., s.121.

⁵⁰ Eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki temel fark bağlılık ilişkisidir. Hizmet sözleşmesinde işçi işverene karşı bağlılık ilişkisi içerisinde iş görme borcunu yerine getirirken, eser sözleşmesinde yüklenici her ne kadar iş sahibinin talimatları ile hareket etse de temelde bağımsız şekilde iş görme borcunu yerine getirmektedir. Bir başka iş görme sözleşmesi türü olana vekalet sözleşmesinde ise vekil, belirli bir sonuca yönelik özenli hareket etmeyi taahhüt ederken, eser sözleşmesinde yüklenici vekil gibi bağımsız da olsa edimin sonucunu borçlanmaktadır. (Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 337)

önemli bir rol oynamasıdır⁵¹. Zira burada borçlunun şahsına göre vasfı değişen bir borç, taraflar arasında karşılıklı itimat ve güven söz konusudur⁵².

Eserin meydana getirilmesinde kanun metni içeriğine göre üç ayrı durum söz konusu olabilir. İlk durum yüklenicinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan edimlerin yerine getirilmesidir. Bu halde yüklenici edimin ifasının bir kısmı veya tamamını bıraktığı takdirde borca aykırılık meydana gelecektir⁵³. Bir heykeltıraşın üstlenmiş olduğu eseri bir başkasına devretmesi mutlak şahsilik ilkesine ters düşecektir.

Sözleşmede kararlaştırılan edimin kişisel nitelik taşımaya karşın, yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmaması halinde, yüklenicinin eseri kendi idaresi altında yaptırma hakkı ise ikinci durumu oluşturur. Kanun metninde bu nokta kastedilen şey, eserin yüklenicinin kişisel idaresi altında meydana getirildiği durumlar ile eserin yüklenicinin istihdam ettiği kişilere yaptırılmasıdır. Bu durumda yüklenici ile çalıştırdığı kişiler arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunması alt yüklenicilik kavramından farklı bir husustur.

Yüklenicinin eserin bir kısmını veya tamamını, yükleniciden bağımsız olarak hareket eden ve onun kişisel yönetim, denetim ve gözetimine bağlı olmadan üçüncü bir kişi olan alt yükleniciye devretmesi hali ise üçüncü durumu oluşturur. Öğretide, bir yandan alt yüklenicinin ilke olarak bağımsız yardımcı olduğu ileri sürülürken⁵⁴, öte yandan alt yüklenicinin, yükleniciden bağımsız hareket etmesinin zorunlu olmadığı ve sözleşmede kararlaştırılmış olması durumunda veya işin niteliğinin gerektirdiği hallerde yüklenicinin kişisel yönetimi altında çalışabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵.

Kural olarak, asıl iş sahibinin alt yükleniciye karşı eserin yapımını ve edimin ifasını istemeye ve bu hususta ona talimat vermeye hakkı bulunmamaktadır. Ancak yüklenicinin, işin başkasına bırakılması için anlaşma sağladığı alt yüklenicinin

⁵¹ Y. 15. HD., 1999/2768 E., 1999/3466 K., 04.10.1999 T.: “Eser sözleşmesi niteliği itibariyle güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir... Arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir.” (www.lexpera.com ET. 28.12.2020)

⁵² Ahmet Mithat Kılıçoğlu (1975), “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD*, Ankara, C. 32, S. 1-4, s. 185; Y. 15. HD., 1999/2768 E., 1999/3466 K., 04.10.1999 T.: “Eser sözleşmesi niteliği itibariyle güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir... Arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir.” (www.lexpera.com.tr ET. 28.12.2020)

⁵³ Fikret EREN 2017, age. s. 609; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 339.

⁵⁴ Fikret EREN 2017, age. s. 610-611; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s.339.

⁵⁵ Becker, Art. 364, N. 6; Gauch, Werkvertrag, N. 623-624; Zindel/Pulver/Schott, Art. 364, N. 31 (Naklen: Sabure PAKET (2020), *Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s.38); Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 94.

seçilmesinde gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Zira alt yüklenici ile iş sahibi arasında hukuki ilişki bulunmadığından, yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir⁵⁶.

Kanun koyucu her ne kadar işin ifasının bir üçüncü kişiye bırakılması istisna olarak düzenlemişse de yüklenicinin şahsi niteliklerinin esas alınması günümüz ekonomisinde ve uygulamada, iş bölümü anlayışına uygun olmadığından, eser sözleşmelerinin başkasına bırakılmasının istisna olmaktan çıktığı düşüncesindeyiz.

1.3.1.2.3. Araç ve Gereci Sağlama Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/IV hükmünde yer alan "*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*" ifadeyle yüklenicinin araç ve gereç sağlama borcu düzenlenmiştir. Eserin meydana getirilebilmesi için kullanılması gereken ve tamamlandıktan sonra eserden ayrılabilen şeyler, araç ve gereç olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

Kanun metninde bahsi geçen "*aksine âdet veya anlaşma olmadıkça*" hükmüne göre kural olarak, yükleniciye her ne kadar araç ve gereçleri sağlama borcu yüklenmiş ise de aksi kararlaştırılabilir olduğundan, bu hüküm düzenleyici bir hükümdür. Dolayısıyla araç ve gereç sağlama borcu, yüklenicinin yan edim yükümlülüğü niteliğindedir⁵⁸.

Araç ve gereç sağlama borcunun iş sahibine yükletildiği eser sözleşmelerinde, yüklenicinin temin edilen şeyleri özenle kullanması gerekir. Diğer taraftan bu borç yükleniciye ait olduğu hallerde kullanıma elverişli ve yeterli miktarda araç ve gerecin temin edilmesi gerekli⁵⁹ olup, eserin meydana getirilmesinde uygun olmayan veya ayıplı araç ve gereç sağlanması durumunda ve eserin de ayıplı olacağı açıkça öngörüldüğü hallerde, iş sahibi tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 473/II hükmüne göre iş sahibi uygun bir süre içinde yükleniciye ayıbın veya aykırılığın giderilmesini;

⁵⁶ Y. 15. HD., 1990/355E., 1990/364K., 5.2.1990 T.: "...davalılar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşmeyle davalı müteahhidin yüklediği inşaatın kalıp işlerini taşaron sıfatı ile yapan davacı ile, diğer davalı arsa sahibi arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Sözleşmenin niteliği itibarıyla, inşaatın bedeli arsa sahibi tarafından müteahhide arsa payı olarak ödeneceğinden, taşaronca yapılan iş, arsa sahibi yönünden haksız zenginleşme olarak kabul edilemez. Bu nedenle, davanın arsa sahibi yönünden reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır." (www.lexpera.com.tr ET.: 06.06.2021)

⁵⁷ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 343.

⁵⁸ Fikret EREN 2017, age. s. 615.

⁵⁹ age. s. 615.

aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunma hakkına sahip olacaktır⁶⁰.

1.3.1.2.4. Eser Teslim Sözleşmesi Söz Konusuysa Malzemeleri Sağlama Borcu

1.3.1.2.4.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde araç ve gereçler, eserin tamamlanmasından sonra eserden ayrılabilen ve yüklenici tarafından geri alınabilen şeylerdir⁶¹ iken, malzemeler eserin özünü oluşturan, onun imalinde kullanılan ve bünyesine dahil olan maddeler olarak tanımlanabilir. Örneğin heykel yapımında kullanılan kil ve beton, portre resimde kullanılan boyalar eserin içeriğini oluşturan malzemelerdir.

Türk Borçlar Kanunu'nda eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemelerin kim tarafından temin edileceğine dair açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple öğretide malzeme sağlama borcunun hangi tarafa ait olduğuna dair farklı görüşler de öne sürülmüştür.

Bir görüşe göre Türk Borçlar Kanun'un 471/IV, 472/I ve II hükümlerinde kanunun lafzına göre, aksi ile kanıta dayalı yorumdan malzemeleri sağlama borcunun, kural olarak iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir⁶². Bir diğer görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 472/I'de yer alan düzenlemenin, malzemenin iş sahibin tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer alması nedeniyle malzeme sağlama borcunun yükleniciye ait olduğu görüşü benimsenmelidir⁶³. Üçüncü bir

⁶⁰ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 377 vd.

⁶¹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 102; Aydın ZEVLİLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 538.

⁶² Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 377-378; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 344.

⁶³ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 105; Y. 15. HD., 2008/3402 E., 2009/3677 K., 16.06.2009 T.: "Türkiye Diyanet Vakfı ...ğubesi Bağkanı ile davacı arasında 22.02.2001 tarihli ve "Sözleşme Senedidir" başlıklı adı yazılı sözleşme yapılmış ve sözleşmenin 2. maddesinde açıklandığı üzere 192 m2 alanlı müftülük site inşaatının temel dolgusu ve plakaj beton dökümü başta olmak üzere inşaatın diğer (3) katın kalıp yapma, demir bağlama beton dökümü ve tuğla örme gibi kaba inşaat kısımlarının yapımını davacı yüklenmiş ve iş bedelinin hesabında katların KDV dahil (m2) birim fiyatının 10.000,000 TL; temelin (m2) birim fiyatının ise 12.000,000 TL üzerinden hesaplanacağı sözleşmenin 6. maddesinde açıklanmıştır. Kural olarak, yüklenici tarafından yapımı yüklenilen işin malzemesinin de yüklenici tarafından temin olunacağını kabulü gerekir. Kaldı ki, yanlar arasında 22.02.2001 tarihli sözleşmede de işin malzemesinin iş sahibi davalı tarafça karşılanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, yanlar arasında "Sözleşme Metni" başlıklı ve 16.08.2001 tarihli adı yazılı ayrı bir sözleşme yapılmış ve yüklenici davacı, müftülük sitesinin (1.) katının iç ve dış sıra yapımı işinin yapımını KDV dâhil m2/1.500,000 TL bedelle yüklenmiştir..." (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı: Turan ŞAHİN (2012), Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 155)

görüŖe göre ise konuya iliŖkin yasada açık düzenleme bulunmadığından, her somut olay bakımından ayrı ayrı deęerlendirilmelidir⁶⁴.

Bu çerçevede malzeme sağlama borcunun hangi tarafa ait olduğuna göre olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olarak iki ayrı türü bulunmaktadır. Olağan eser sözleşmesinde malzeme sağlama borcu iŖ sahibine ait iken, eser teslim sözleşmesinin mevcut olması halinde yüklenici, eserin meydana getirilmesinin yanı sıra, malzemeyi de sağlama borcu altına girmektedir⁶⁵.

1.3.1.2.4.2. Malzemeleri Sağlama Borcu Bakımından Özellik Arz Eden Hususlar

Olağan eser sözleşmesinde, iŖ sahibi malzeme sağlama borcunu yerine getirmekle yükümlü olurken, yüklenici Türk Borçlar Kanunu 472/II hükmü uyarınca malzemeleri özenle kullanma ve ayıplı malzemeleri iŖ sahibine bildirme, kullanılmayan malzemeyi iade borcu altına girmektedir. Taraflar arasında eser teslim sözleşmesi mevcut ise yüklenici Türk Borçlar Kanunu'nun 472/I hükmünde yer alan "*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iŖ sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*" ifadesine göre, ayıba karşı sorumlu olduğu belirtilmiŖtir.

Yüklenici eseri teslim sözleşmesi ile malzemeleri sağlama borcunun yanı sıra, sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyacak biçimde, imale uygun ve aksine bir hüküm olmadıkça en az orta kalitede malzeme kullanma borcu altına girmektedir⁶⁶.

1.2.1.2.5. İŖe Zamanında BaŖlama ve Devam Etme Borcu

Eser sözleşmesi, taraflar arasındaki güven esasına dayalı olarak kurulmaktadır. Bu noktada yüklenicinin edimin ifasının teslimle sona ereceğine dair yüklenici nezdinde güven uyandırması gerekmektedir. Yüklenicinin sözleşme gereği edimi ifaya baŖlayacaęı ve eseri tamamlayacağı zamanın, kuŖkuya yol açmaması için Türk Borçlar Kanunu'nda iŖ sahibi lehine hükümler tesis edilmiŖtir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 473/I hükmü uyarınca "*Yüklenicinin iŖe zamanında baŖlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak iŖi geciktirmesi ya da iŖ sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin iŖi kararlaŖtırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça*

⁶⁴ Mustafa Alper GÜMÜŖ 2020, age. s. 344.

⁶⁵ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 378.

⁶⁶ Haluk TANDOğAN 2010, age. s. 106.

anlaşırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”.

Borçlar Kanunu'nun 473'üncü maddesinde bahsi geçen düzenleme öğretide farklı görüşlere yol açmıştır. İlk görüş eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması nedeniyle sonucun meydana gelmesinin yeterli olduğunu, dolayısıyla işe başlama ve devam etme borcun ifasına yönelik hazırlık aşaması olduğundan temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir⁶⁷. İkinci görüşe göre, kanun koyucunun amacı bu noktada, teslim borcunun ifasında temerrüde düşeceği açıkça anlaşılan veya öngörülebilir durumlarda, muaccel hale gelmeden evvel teslimde temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸. Bu görüş doğrultusunda iş sahibi tarafından aksi kararlaştırılmadığı veya halin icabına göre aksi çıkarılmadığı hallerde, yükleniciye işe başlaması veya işe devam etmesi için ihtar ederek uygun bir süre tanınması gerektiği savunulmuştur⁶⁹.

İşe başlama zamanının sözleşmede belirlenmediği veya işin niteliğinden anlaşılmadığı durumlarda ise, eserin teslimi için yükleniciye belirsiz ve geniş bir zaman aralığı tanınması mümkün olamayacağından, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak teslim zamanı belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun 90'inci maddesinde yer alan *“İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”* hükmü, eser sözleşmelerinde kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. İşe başlama

⁶⁷ M. Turgut ÖZ 2016, age. ve *İlgili Mevzuat*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, s.121; Ani edimli olduğu kabul edilen eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcu dönemselsel olarak gerçekleşecek işe sürekli borç ilişkisinden bahsedilecektir. Leyla Müjde KURT (2012), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 52-54.

⁶⁸ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 113-119; Hüseyin ALTAŞ (2006), “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 98; ARAL ve AYRANCI (2018), *Özel Borç İlişkileri*, s. 390-392; Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 548.

⁶⁹ YHGK., 2012/13-592 E., 2013/65 K., 16.01.2013 T.: *“Sözleşme gereğince işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur. Gerçekten, eserin meydana getirilmesi, kapsamına göre az veya çok zamana ihtiyaç gösterir. İşe ne zaman başlanacağını, tamamlanan eserin ne zaman teslim edileceğini ise taraflar belirler. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin işe hemen başlaması, çalışmasını aralıksız sürdürmesi (BK. m.74), meydana getireceği eseri de süresinde teslim etmesi gerekir. Taraflar işe başlama süresini kararlaştırmışlar ancak, eserin teslimi için belli bir süre kararlaştırmamışlarsa işin mahiyetine bakmak gerekir; işin mahiyetinden de aksi çıkartılamıyorsa, teslim süresinin kararlaştırılmadığı işlerde, iş sahibi yükleniciye “makul” bir süre vermeli, eser bu sürede tamamlanmamışsa fesih hakkı bundan sonra kullanılmalıdır.”* (www.lexpera.com 06.01.2021); İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı yanında TBK 125. maddesinde yer alan diğer seçimlik hakları da kullanabileceği kabul edilen görüş için bkz: Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 121-122; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 391-392; Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 550.

tarihinin belirsizliği halinde, yüklenici derhal işe başlama yükümlülüğü altına girer⁷⁰. Ancak sözleşmede ifaya başlama tarihi kararlaştırılmamış ve teslim tarihi belirtilmiş olması yüklenicinin işe geç başlamış olması, sözleşmeden erken dönme için yeterli değildir. Bu husus somut duruma göre, ehil uzmanlar tarafından tespit edilecek makul süre de dikkate alınarak belirlenmelidir⁷¹.

1.3.1. Eseri Teslim Borcu

Yüklenicin eseri teslim borcu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber, kanun koyucunun bu borcu örtülü olarak kabul ettiği kanun hükümlerinde geçen bazı ifadelerden anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un 473, 474, 475, 478, 479, 483 ve 498. maddelerinde eserin teslimine ilişkin birçok düzenleme bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında da yüklenicinin eseri teslim borcunun asli edim borcu olduğu vurgulanmaktadır⁷².

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu eserin meydana getirilmesi ve iş sahibine eserin teslim edilmesidir. Yüklenicinin eseri teslim borcunun yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için eserin taahhüt edilen işler kapsamında tamamlanmış olması gerekir. Dolayısıyla henüz tamamlanmamış olan eserler

⁷⁰ Fikret EREN 2017, age. s. 630; Yaşar Engin SELİMOĞLU 2017, age. s.119.

⁷¹ Y. 23 HD., 2013/3425 E., 2013/6689 K., 01.11.2013 T.: "...Taraflar arasında düzenlenen 27.02.2004 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaatın, arsanın yükleniciye tesliminden itibaren 18 ay içinde anahtar teslimi şeklinde teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Arsa üzerinde sözleşmeden önce mevcut villanın yıkım işini ise davalı yüklenici üstlenmiştir. Bu durum çerçevesinde arsa tutanakla 16.07.2006 tarihinde yükleniciye teslim edilmiştir. Şu halde işin süresinin bu tarihten itibaren başlatılacağı yönündeki mahkeme görüşü yerindedir. Ne var ki işin devamı sırasında Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/254 esas sayılı dosyasında 23.07.2007 tarihinde verilen ihtiyati tedbir kararı ile sözleşme konusu inşaatın yapıldığı taşınmazın üçüncü kişilere devri yasaklanmış, ancak 12.12.2007 günü aynı mahkemece kat irtifakı kurulmasına izin verilmiştir. Davalı yüklenici de buna istinaden işin süresinin bu tarihten başlatılması gerektiğini savunmuştur.

Yukarıda izah edilen vakıalar çerçevesinde, işin süresinin 16.07.2006 tarihinde başladığı ancak 23.07.2007 ile 12.12.2007 tarihleri arasındaki dönem için, sözü edilen ve arsa sahiplerinden kaynaklanan sebeple taşınmaza konulan ihtiyati tedbir kararı ve böylece taşınmazın hukuki ayıplı hale gelmesi nedeniyle, işin süresinin bu dönem boyunca uzatılması gereklidir. O halde, mahkemece yapılması gereken iş, bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle, yukarıda belirtilen dönemin, işin teslim edilmesi gereken süreye ilave edilmesinden, buna göre gecikme süresinin yeniden belirlenerek, gecikme (kira) tazminatının hesaplanmasından ve sonucuna uygun bir hüküm kurulmasından ibarettir." (www.legalbank.net ET. 06.01.2021)

⁷² Y. 15. HD, 2018/3774 E., 2018/4129 K., 30.10.2018 T.: "Taraflar arasında sözlü olarak kurulan bu sözleşme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğinde olup, uyumsuzluğun bu hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği açıktır. Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadece eseri meydana getirmesi, asli edim borcunu yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Yüklenici, sözleşmeye uygun meydana getirdiği eseri teslim borcu altındadır. Yüklenici üstlendiği eseri meydana getirecek ve meydana getirdiği bu eseri iş sahibine usul ve yasaya ve sözleşme hükümlerine uygun olarak teslim edecektir." (www.lexpera.com ET. 08.01.2021)

bakımından kural olarak, teslim borcunun ifa edilmesinden söz edilemeyecektir⁷³. Eseri teslim borcu bakımından eserin tamamlanmış olması koşulunun yanı sıra teslimin borcunun gerçekleştirilmesi için; eserin iş sahibinin hâkimiyet alanına geçirilmesi, yüklenicinin bunu ifa iradesiyle yapması ve iş sahibinin de yüklenicinin ifa iradesini bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekmektedir⁷⁴.

Eseri teslim kavramı Eşya Hukukunda hukuki bir işleme işaret ederken, bu husus eser sözleşmesinde maddi bir fiil olarak meydana gelmek suretiyle farklılık göstermektedir⁷⁵. Bu çerçevede teslim, tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından eser sözleşmesinden doğan aslî bir edimin ifasına yönelik olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına sokulmasını veya terkini ifade etmektedir⁷⁶.

Yüklenicinin kural olarak eseri teslim borcu, sözleşmede belirlenen tarih veya ifa zamanında gerçekleştirilmelidir. Bazı durumlarda sözleşmede eserin teslim vadesinin kararlaştırılmamış olabilir. Bu durum yükleniciye eseri arzu ettiği tarihte teslim etme yetkisi vermeyecektir. Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel hale geleceği an taraflarca belirlenmediği takdirde, teslim tarihi somut olayın tüm şartları dikkate alınarak, “işin mahiyetine” göre belirlenir⁷⁷. Meydana getirilen eseri teslim borcu bakımından ifa yeri sözleşmede belirlenebileceği gibi, eserin meydana getirilmesi aşamasında da kararlaştırılabilir.

Eserin teslimi zamanında iş sahibinin eseri teslim alma iradesinin aranıp aranmaması konusunda farklı görüşler mevcut olup; bazı yazarlara göre iş sahibinin teslim alma iradesinin bulunması gerekmez iken⁷⁸, bazı yazarlar iş sahibinin teslim iradesinin bulunmasını, eserin fiilen teslim alınmasının eserin ifayı kabulü anlamına geleceği kabul edilmiştir⁷⁹.

Öğretide eserin teslim borcu, ayrıca tamamlanmış bir eserin sözleşmenin ifası maksadıyla iş sahibinin hâkimiyet alanına geçirilmesi olarak tanımlanmış⁸⁰ ise de

⁷³ Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 1012; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s.125; Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **BÖLÜM III. Eksik İfa Halinde Teslim Sorunu.**

⁷⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 49.

⁷⁵ Safa REİSOĞLU (1980), *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 6. Bası, Ankara, s. 46; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 358 vd.

⁷⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 355; Serkan AYAN 2008, age. s. 61.

⁷⁷ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 93.

⁷⁸ Peter GAUCH 2011, *Aktaran Sabure PAKET* 2020, age. s. 61.

⁷⁹ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 82-83.

⁸⁰ age. s.80; Cevdet YAVUZ (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 337; Fahrettin ARAL (2011), *Türk Hukukunda Kötü İfa*, Vedat Kitapçılık, Ankara, s. 352; karşı: Özer SELİÇİ 1978, age. s. 132; Haluk BURCUOĞLU (1990), “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilirliği İçin Gereken Süreler”, *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, İstanbul, s. 288.

eserin farklı koşullarda teslimi söz konusu olabilmektedir. Zilyetliğin veya hâkimiyet alanının değişmesi olarak vücut bulan teslim, eser üzerinde fiili durumunda meydana getirilen değişikliği belirtmek için kullanılmaktadır. Bu bağlamda zilyetliğin iş sahibine devri suretiyle teslim, sadece yüklenicinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlere ilişkindir. İş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde ise, fiili hakimiyetin intikali mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira böylesi durumlarda iş sahibi en başından eser üzerindeki fiili hakimiyetin sahibi konumundadır⁸¹. Fikrî bir eserin herhangi bir cisim üzerinde süreklilik kazanmadığı durumlarda ise, iş sahibi edim sonucunu, ayrı bir teslim fiili gerekmeksizin, yüklenici eseri meydana getirdiği anda kendiliğinden elde eder⁸².

Eseri teslim borcunun zilyetliğin devri ile gerçekleştiği durumlarda, yüklenicinin, iş sahibi tarafından de anlaşılabilir şekilde zilyetlik devrini sağlaması gerekir. Ayrıca yüklenici, zilyetliği sözleşmenin ifası vasıtasıyla edim yükümlülüklerinden kurtulma amacıyla devretmiş olmalıdır⁸³. İş sahibinin hakimiyeti halinde teslim söz konusu olduğunda ise, yüklenici tarafından işin tamamlandığının iş sahibine veya temsilcisine açıkça veya örtülü olarak bildirilmesi ile gerçekleşir⁸⁴. Bu durumda tamamlama bildirimini, eserin fiilen teslim alınması yerine geçer⁸⁵. İş sahibi, yüklenicinin ifa iradesiyle teslimi gerçekleştirdiğini bilmemekteyse ya da bilmesi gerekmemekteyse, bu durumda da teslimin gerçekleştiğinden söz edilemez.

Eser sözleşmesinde teslim borcu, iş sahibinin esere doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlamak veya onun zilyetliğini engelleyici durumu ortadan kaldırmak yoluyla yerine getirilmesi mümkündür⁸⁶. Sözleşmede kararlaştırılan eserin özelliği, niteliği ve sözleşmenin hükümlerine göre teslimin gerçekleşme şekli değişkenlik gösterse de eserin iş sahibinin menfaatine uygun arz edilmesi gerekmektedir⁸⁷. Bir

⁸¹ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 80; Serkan AYAN 2008, age. s. 32.

⁸² Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 80; Serkan AYAN 2008, age. s. 51- 52.

⁸³ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 73; Serkan AYAN 2008, age. s. 49.

⁸⁴ Sabure PAKET 2020, age. s. 52.

⁸⁵ Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 394; Serkan AYAN 2008, age. s. 54.

⁸⁶ Murat AYDOĞDU 2019, age. s. 761.

⁸⁷ Y. 14. HD., 2011/9109 E., 2011/12081 K., 14.10.2011 T.: "... eserin teslimi kavramından hukuken ne anlamak gerektiği yönü üzerinde durulması gerekecektir. Bilindiği üzere eserin teslimi demek; yüklenicinin sözleşmeye, iş sahibinin amacına, fen ve sanat kurallarına uygun surette bir eser meydana getirmesi ve meydana getirilen eserin ifa olarak iş sahibine arz edilmesi demektir. Yüklenicinin bu temel borcu hem sadakat ve hem de özen borcunu kapsar. Bu borç gereği de yüklenici, iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. Hatta belirtilmelidir ki, yüklenicinin sadakat ve özen borcu teslim olsa dahi, teslimden sonra kendisini ayıba karşı tekeffül borcu olarak gösterir. Şayet yüklenici, eseri teslim borcunda temerrüde düşmüşse yani teslim borcu muaccel hale geldiği, ifa mümkün bulunduğu halde teslim yapılmamışsa, alacaklı (iş sahibi) borçlu temerrüdünün sonuçlarından yararlanır ve

başka deyişle iş sahibinin eser sözleşmesine olan menfaati, teslim ile sağlanmış olur ve yüklenicinin tüm faaliyetleri bu sonucun sağlanmasına yöneliktir.

1.3.2. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Yüklenici taahhüt ettiği eseri sözleşmede belirtilen koşullara uygun şekilde imal edip, iş sahibine teslim etme borcu altındadır. Sözleşme koşullarına, genel niteliklere sahip olmaması veya vaat edilen özellikleri taşımayan, dolayısıyla iş sahibinin menfaatine uygun düşmeyen eserin imal edilerek iş sahibine teslim edilmesi halinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu meydana gelmektedir⁸⁸. Bir başka ifadeyle yüklenicinin eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranması ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurmaktadır⁸⁹.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 474 ilâ 478. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda, sorumluluğun maddi ve şekli şartları bulunmaktadır. Eserin yükleniciye teslim edilmiş olması, teslim edilen bu eserde ayıp bulunması, ayıbın iş sahibine yüklenemeyen nedenlerden kaynaklanması, sözleşme ile yüklenicinin bu borcunun kaldırılmamış olması ve iş sahibinin eseri kabul etmemiş olması ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dair maddi şartlardır. İş sahibinin gerekli muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş ve ayıbı yükleniciye bildirmiş olması ise, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şekli şartları olarak nitelendirilmektedir⁹⁰.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için, Türk Borçlar Kanunu'nun 474'üncü maddesinde yer alan "*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.*" ifadesi uyarınca eseri tamamlayarak teslim etmesi ve teslim edilen eserin de iş sahibince gözden geçirmesi gerekmektedir. Teslim edilmemiş eserin iş sahibi tarafından gözden geçirilmesi mümkün olmadığından, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanama yeri bulmayacaktır⁹¹. Bu kapsamda kural olarak her ne kadar eserin teslimi ile ayıba karşı

o arada Borçlar Kanunu'nun 81.maddesinden de istifade ederek öncelikli borç yerine getirilmeden kendi borcunu ifadan kaçınabilir." (www.lexpera.com ET. 08.01.2021)

⁸⁸ Özer SELİÇİ (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 128.

⁸⁹ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 30 vd.

⁹⁰ Aydın ZEVLİLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 526.

⁹¹ Köksal KOCAAĞA 2004, age. s. 142; Eserin teslimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **1.2.1.3. Eseri Teslim Borcu.**

tekeffül sorumluluğu meydana gelse de, Türk Borçlar Kanunu'nun 473/II maddesinde yer alan “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya ayırlılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir*” ifadesinde iş sahibinin hakları saklı tutulmuştur⁹².

Eserin ayıplı olması, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun maddi unsurlarından sayılmıştır. Ayıp birçok farklı durumda karşımıza çıktığından; maddi ve hukuki ayıp, açık, gizli ve inceleme ile anlaşılabilen ayıp ile önemli ve önemsiz ayıp ayrımı yapılarak incelenmesi gerekmektedir⁹³.

Eserdeki maddi ayıp fiziki bozukluğu ifade ederken, hukuki ayıp ise bina, makine, araç ve diğer ürünlerden yararlanmayı ve bunları kullanmayı veya işletilmeyi sınırlandıran veya ortadan kaldıran, güvenlik veya başka düşüncelerle koyulmuş kamu kurallarına uyulmamasını halinde meydana gelir⁹⁴.

Açık ayıp, iş sahibince eser teslim alındıktan sonra “olağan” bir muayene neticesinde ortaya çıkabilen ayıpları ifade eder⁹⁵. Teslim alınan eserde ayıpların dikkatli ve özenli bir muayene neticesinde tüm kapsam ve önemi ile görülebilecek ve anlaşılabilir olması durumunda inceleme ile anlaşılabilen ayıp, eserin usulüne

⁹² İş sahibinin ilgili hükümdeki bu hakkı eserin meydana getirilmesi sırasında kullanılabilmesi için eserin ayıplı şekilde yapılacağı yüklenicinin kusurundan kaynaklanması ve hükümde belirtilen diğer şartların varlığı gerekir. Köksal Kocaağa (2004), İş sahibinin BK. M.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, s. 182-183; Y. 23. HD., 2014/9009 E., 2016/66 K., 12.1.2016 T.: “... Davacı tarafca sözleşmeye uygun olmayacak şekilde daire teslim edileceğinden bahisle işbu davanın açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 2/b maddesindeki "yüklenici tarafca ifraz ve tevhitte sonra elde edilecek imar parselinden eski 31 nolu parselin üzerine tam denk gelecek şekilde yapılacak zemin kat dükkan, bu dükkan için 20 m²'lik bodrum, dükkan üzerine 62- 59 parsellere cephe olan bir stüdyo daire ve ikinci katta iki bitişik stüdyo dairenin arsa sahibine verileceği, 28.02.2013 tarihine kadar dükkan ruhsatı alınmaz ve zemin kata dükkan yapılmaz ise arsa sahibine belirtilen dükkan ve dairelere karşılık birinci kattan 4 ve ikinci kattan 1 stüdyo daire verileceğine" ilişkin hususların incelenmediği anlaşılmaktadır. Bu husus aynı zamanda TBK'nın 473/2. maddesi şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti yönünden de önemlidir. Bu nedenle, gerekirse mahallinde keşif yapıp bilirkişilerden rapor alınarak oluşacak uygun sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” (www.lexpera.com ET. 06.01.2021)

⁹³ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 167; Fikret EREN 2017, age. s. 635; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 371.

⁹⁴ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 138; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 371.

⁹⁵ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 372.

uygun muayene sırasında anlaşılacak ayıpların mevcut olması halinde ise gizli ayıptan söz edilecektir⁹⁶.

Önemli ve önemsiz ayıp ayrımı ise Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde somutlaştırılmıştır. İlgili hükme göre iş sahibi tarafından eser kullanılmayacak durumda veya iş sahibinin kabule zorlanamayacağı kadar kusurluysa eserdeki ayıp, önemli ayıp olarak nitelendirilir⁹⁷. Bunun yanı sıra, eseri kullanılmaz kılmayan ve iş sahibince eserin kabul edilmemesini haklı göstermeyen, ortadan kaldırılabilir nitelikteki ayıplar önemsiz ayıp olarak nitelendirilmektedir⁹⁸. Bu noktada ayıbın kaynağı önemli olmayıp, bizzat yüklenici veya yardımcıları tarafından meydana gelebileceğinden, iş sahibi eserin ayıplı olduğunu ispat etmekle yükümlüdür⁹⁹.

Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olarak teslim edilmesi hâlinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesi, emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır¹⁰⁰. Eserdeki ayıbın niteliğine göre, iş sahibi seçimlik hakkını kullanabilir. Eserdeki ayıbın önemli olması halinde, iş sahibi eseri teslim alarak ayıptan doğan haklarını kullanabileceği gibi, eseri teslim almaktan kaçınarak temerrüt hükümlerine de başvurabilir¹⁰¹. Mülga Borçlar Kanunu'nun 360/I hükmündeki "*iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir*" ifadesi sözleşmeden dönebilir anlamında, "*kusurlu*" ifadesi de ayıplı anlamında kullanılmış, yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 475'inci maddesine karşılık gelen bu düzenlemede iş bu ifadeler düzeltilmiştir. Bu çerçevede kanun metninde yer verilen bu hakkın, satım sözleşmesindeki ayıplı malı reddederek sözleşmeden dönmenin eser sözleşmesindeki görünümü olduğu belirtilmektedir¹⁰². Eserdeki ayıbın olağan bir inceleme ile tespit edilebilir durumda olması, bir başka ifade ile eserde açık ayıbın varlığına rağmen eserin iş sahibince kabul edilmesi halinde ise, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun 475'inci maddesinde yer alan ayıptan doğan seçimlik haklarını kaybedeceği kabul edilmektedir¹⁰³.

⁹⁶ Zarife ŞENOCAK 2012, age. s. 104; Özer SELİÇİ 1978, age. s.143; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 167; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 372.

⁹⁷ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 372.

⁹⁸ Ayhan UÇAR (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.131

⁹⁹ Fikret EREN 2017, age. s. 635.

¹⁰⁰ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 160.

¹⁰¹ M. Turgut ÖZ 1996, age. s. 103; Ayhan UÇAR 2003, age. s. 178.

¹⁰² Haluk BURCUOĞLU 1990, age. s. 289; Zarife ŞENOCAK 2012, age. s. 48.

¹⁰³ Y. 15. HD., 2019/2359 E., 2019/3731 K., 2.10.2019 T.; Y. 15. HD., 2016/3790 E., 2018/366 K., 5.2.2018 T.; Y. 15. HD., 2012/5802 E., 2013/5059 K., 23.9.2013 T., vb. kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (E.T. 12.06.2021)

Teslim ve ayıp koşullarının yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nun 476. maddesinde belirtildiği üzere; eserin ayıplı olmasına iş sahibinin kusuru neden olmuşsa, iş sahibinin ayıptan doğan hakları kısmen veya tamamen ortadan kalkmaktadır. Bir başka ifadeyle eserdeki ayıp ile iş sahibinin kusuru arasında nedensellik bağı kurulabildiği takdirde tazminat hakkının yanı sıra ayıptan doğan diğer haklar da doğrudan etkileyecektir¹⁰⁴. Bu çerçevede ayıbın iş sahibinin talimatı veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten meydana gelmemiş olması ve keza iş sahibinin talimatlarına karşı yüklenicinin aydınlatma ve uyarma sorumluluğunu yerine getirmesine karşın iş sahibinin talimatında ısrarcı olmasından kaynaklanmaması gerekmektedir¹⁰⁵.

İş sahibinin eseri kabul etmesi ile yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulacağı Türk Borçlar Kanunu'nun 477'nci maddesinde hükme bağlanmıştır. Eserin kabulü, iş sahibinin, eserin sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin irade açıklamasının sonucudur¹⁰⁶. Eserin kabulüne dair irade açıklamasından sonra ise yüklenici belirli ayıplar bakımından sorumluluktan kurtulur¹⁰⁷. Kural olarak kabul, Türk Borçlar Kanunu'nun 477/I hükmünde yer aldığı üzere “*eserin açıkça veya örtülü*” kabulüne ilişkin irade beyanı ile meydana gelir. Ancak bazı durumlarda kabul irade açıklamasına bağlı olmaksızın gerçekleşir. Öyle ki Türk Borçlar Kanunu'nun 477/II ile III hükmünde açık ve gizli ayıplar bakımından, iş sahibinin ayıp bildirimini yerine getirmemesi halinde eserin kabul edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Öğretide kabulün şarta bağlı olarak beyan edilebileceği, bir başka ifadeyle iş sahibinin eserdeki belirli ayıplara ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, son olarak muayene ve ihbar koşulunu içeren Türk Borçlar Kanunu'nun 474/I maddesine göre, “*İşsahibi, eserin*

¹⁰⁴ Fikret EREN 2017, age. s. 635; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 401.

¹⁰⁵ Fikret EREN 2017, age. s. 635; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 401.

¹⁰⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s.57-58; Turgut ÖZ (1996), “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Olan Aynî Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.13, S.16, s.119; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 198-200.

¹⁰⁷ Cevdet Salih ŞAHİNİZ (2014), *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*. İstanbul, Vedat Kitapçılık. s. 4; M. Turgut ÖZ 2016, age. s. 203.

¹⁰⁸ Peter GAUCH 2011; Roman BÖGLI (1996), *Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag*; Roger BRÄNDLI (2004), *Die Nachbesserung im Werkvertrag*, Aktaran Sabure PAKET 2020, age. s. 120.

tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” aslen yüklenici açısından borç değil, külfet özelliği taşımaktadır. Külfetlerin zamanında yerine getirilmesi, ayıp sorumluluğuna ilişkin hakların doğmasının bir şartı olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁹. Muayene külfeti hakkındaki düzenlemede her ne kadar “imkân bulur bulmaz” gibi muğlak bir ifade mevcut ise de Kanun koyucu her somut olaya göre bu sürenin tayin edilmesini amaçlamıştır. Bu anlamda muayene süresi; ticarî teamül, sözleşmede kararlaştırılan işin niteliği ve dürüstlük kuralına göre belirlenecektir¹¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun madde 474’teki gözden geçirme külfeti olağan durumlar için geçerli olup, Kanun’un 477. maddesinde belirtildiği üzere yer yüklenicinin kasten gizlediği ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti söz konusu olmayacaktır. Bu noktada iş sahibinin ayıbı gizlemesindeki kastı nitelikli bir kötüniyete işaret ettiği kabul edilmektedir¹¹¹.

¹⁰⁹ Fikret EREN 2017, age. s. 641.

¹¹⁰ Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 526.

¹¹¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s.373; Turan Şahin (2011), “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, s. 140.: Y. 15.HD., 15.04.2008 T., 2007/3124 E., 2008/2496 K.: *“Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre, imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Garanti süresi kararlaştırılmış ise, garanti süresi içinde de ayıp ihbarı yapılabilir. Ayıbın süresinde yapılmaması durumunda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, kasten sakladığı ayıplarla usulüne uygun gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan kusurları görülmemiş ise, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir, ayıp, sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır.”* (www.lexpera.com.tr ET. 10.01.2021)

BÖLÜM II

EKSİK İFA KAVRAMI, EKSİK İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, EKSİK İFANIN TÜRLERİ, DİĞER HUKUKİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRMASI VE EKSİK İFAYA İLİŞKİN TARTIŞMALI HALLER

2.1. EKSİK İFA KAVRAMI

İfanın tanımı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamakla birlikte öğretide borcun ifası, borçlanılan edimin tam ve gereği gibi yerine getirilmesi, alacaklının menfaatine ulaşarak borcun sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır¹¹². Bu çerçevede eksik ifa, bir bölümü olmayan veya var olması gerektiği halde bir bölümü mevcut olmayan iştir¹¹³. Diğer bir ifadeyle eksik ifa, eser sözleşmesinde imali kararlaştırılan veya dürüstlük kuralının gerektirdiği yapılması gereken işlerin bir kısmını hiç yapılmamasıdır¹¹⁴.

Eksik ifa kavramı Ayan'a göre; *"yapının tamamlanmamış olması, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve daha sonra yapılan ilave değişikliklerin sözleşme gereğince yapılması gerektiği halde bir kısmını hiç yapmamasıdır."*¹¹⁵. Şahiniz'e göre yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralı gereği yerine getirilmesi gereken işlerin tamamının yapılmaması eksik ifa oluşturur¹¹⁶.

Erman'a "eksik iş" terimi kullanarak, eksik ifayı şu şekilde tanımlamaktadır.

"...eksik işler teknik şartnamede belirtilmiş olan işlerin veya teknik şartnamede belirtilmemiş olsa dahi orta seviyedeki bir inşaatla bulunması gereken imalatın

¹¹² Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 251; Fikret EREN, (1999). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 932; Ahmet M. KILIÇOĞLU (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 21.Bası, Ankara, s. 677; Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 663.

¹¹³ Serkan AYAN 2008, age., s. 61. Benzer tanımlar için bkz: Hasan Erman (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, s.199 vd., Şenocak (2002), *Ayıbın Giderilmesi İsteme Hakkı*, s. 106; Cevdet SALİH (2014), *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.39; Leyla Müjde KURT (2012), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.72.

¹¹⁴ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 166; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 105.

¹¹⁵ Serkan AYAN 2008, age., s. 61.

¹¹⁶ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 39.

yapılmamış olmasını ifade eder. Yazara göre bu eksiklikler arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerde (lavaboların, kapıların takılmamış olması gibi) ya da ortak yerlerde (merdiven korkuluklarının yapılmamış, çatının kapatılmamış olması gibi) mevcut olabilir”¹¹⁷.

Çalışmanın konusunu oluşturan eksik ifa Yargıtay’a göre, eksik iş olarak da anılmakta ve sözleşmeye göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iş olarak tanımlanmaktadır¹¹⁸. Asansör, kapı, pencere, dolap vb. malzemelerin takılmaması, sözleşme gereği alınması gereken iskân ruhsatının alınmaması gibi durumlar eksik işlere örnek olarak gösterilebilir¹¹⁹.

2.2. EKSİK İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borçlar hukukunun genel ilkelerine göre borçlu, sözleşmede belirtilen unsurlara uygun şekilde edimlerini tam ve zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye göre iş bu borçların ifa edilmemesi halinde borca aykırılık, gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa kavramları karşımıza çıkmaktadır. Öğretide de ifade edildiği üzere eksik ifa, gereği gibi ifa etmeme hallerinden biridir¹²⁰.

Eser sözleşmesinden borcun muaccel olmasına ve ifa zamanı gelmesine rağmen, üstlenilen iş tamamlanmamışsa eksik iş söz konusu olmaktadır. Bu durumda, muaccel hale gelmeyen borçlar yönünden kural olarak, eksik iş kavramından söz edilemeyecektir¹²¹.

Eksik ifanın iş sahibince kabul edilmesi veya dürüstlük kuralı gereğince tesliminin mümkün olması, eksik ifanın türüne göre değişkenlik gösterdiğinden, eserdeki eksik ifa türlerinin ayrıca belirlenmesi zaruridir. İş sahibi kural olarak,

¹¹⁷ Hasan ERMAN 2010, age. s. 201.

¹¹⁸ Y. 23. HD., 5.7.2018 T., 2015/8370 E., 2018/4016 K.; Y. 23. HD., 16.1.2013 T., 2012/5835 E., 2013/129 K.; Y. 23. HD., 9.4.2019 T., 2016/3962 E., 2019/1259 K.; vb. (www.lexpera.com.tr ET. 10.01.2021)

¹¹⁹ Eksik işe dair kararlar için bkz: YHGK., 2012/79 E., 2012/266 K., 30.3.2012 T.; YHGK., 2012/79 E., 2012/266 K., 30.3.2012 T.; Y15. HD., 2012/2576 E., 2012/7523 K., 29.11.2012 T. (www.lexpera.com ET. 10.01.2021).

¹²⁰ Fikret EREN 2017, age. s. 103; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 120; Cevdet Yavuz (1989), *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 53; Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 120. Bir borcun gereği gibi ifa edilebilmesi için, ifanın bütün unsurlarına riayet edilmelidir. Bu unsurlarda bir eksiklik söz konusu olursa, borcun gereği gibi ifasından söz edilemeyecektir. İş sahibinin sözleşme nedeniyle umduğu menfaati etkileyen bu ifa türünde, yararı sağlamasına engel olan halin eksiklik mi yoksa ayıp mı olduğu konusunda ayırım yapmak oldukça zor olduğundan ayrı bir başlık altında eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları ele alınmıştır. Bkz. **2.4.1. Ayıplı İfa ile Eksik İfa Karşılaştırması**.

¹²¹ Faruk ACAR (2013), “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 134, s. 7 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>)

eksiklikler bulunan eseri kabul etmeme hakkına sahiptir. Ancak yargı kararlarında eksik ifadan bahsedilebilmesi için, eksik teslim edilmek istenilen eserin iş sahibi tarafından teslim alınmış olması ya da eksik ifanın iş sahibi tarafından kabul edilmiş olması gerektiği belirtilmektedir¹²².

2.3. EKSİK İFA TÜRLERİ

Eser sözleşmesinde, imal edilmemiş eserin önemi ve eksik bırakılan işin toplam iş karşısındaki oranına göre; önemsiz, önemli ve orta önemli olmak üzere, eksik ifanın üç ayrı kategoriye ayrılarak incelenmesi mümkündür¹²³.

2.3.1. Önemsiz Eksiklikler

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan işin hacmi, eksik kalan işlerin nitelik ve miktarı göz önünde tutulduğunda, işin çok küçük bir yüzdesini oluşturan eksiklikler, önemsiz eksiklik olarak nitelendirilir. Örneğin, ev yenileme tadilatında bir elektrik anahtarının takılmamış olması, hastane inşasında acil çıkış kapılarından birinin monte edilmemesi gibi durumlarda, sözleşme konusu işe nazaran eksik kalan işin eserin kullanımına ve iş sahibinin menfaatine uygun olmadığı ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi çerçevesinde dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacağı açık olup, bu gibi hallerde ifanın gerçekleştiği kabul edilmektedir¹²⁴.

Genel olarak, sözleşmede kararlaştırılan işin çok küçük bir yüzdesini oluşturan eksikliklerin önemsiz olduğu kabul edilse de bazı durumlarda eksiklik, toplam işin küçük bir yüzdesini oluşturmalarına rağmen, bu eksikliğin tali nitelikte olup olmadığına da dikkate alınması gerekebilir¹²⁵. Zira tali nitelikte olmayan bu eksiklikler, eserde

¹²² Cevdet Salih ŞAHİNİZ (2014), *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*. İstanbul, Vedat Kitapçılık. s. 39; Y. 13. HD., 2015/7316 E., 2016/13579 K., 25.5.2016 T.: "... Yargıtay uygulamasında eksik iş, sözleşme konusu işin bir kısmının ya da tamamının hiç yapılmamasıdır; yani yapılmayan iştir. Yapılmayan bir işin teslimi söz konusu olmaz. Ayıplı iş ise, eksik işten farklı olup, esasen yapılan işteki vasıf noksanlığıdır. Ayıba karşı tekeffül borcu konutun fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi ile doğar. Diğer bir anlatımla ifanın hiç yerine getirilmemesi halinde eksik ifadan söz edilir. Bir şeyin teslimini konu alan borçlarda teslimin eksik yapılması yapma borçlarında yapılması gereken şeyin tam olarak yapılmaması eksik ifadır." (www.lexpera.com ET. 12.01.2020)

¹²³ Serkan AYAN 2008, age. s. 65-66; Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 71.

¹²⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 66; "Yargıtay'ın bir kararında bu nokta yerinde olarak vurgulanmıştır. 13. HD. E. 1999/8766, K. 2000/497: '... cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktarlı ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medeni Kanun'un 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz.'" (Ayan 2008, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 67); Önemsiz eksikliklerin teslimi hakkında detaylı bilgi için bkz: 3.2. Eksik İfa Türlerinin Teslime Etkisi.

¹²⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 65-66.

önemli eksiklik olarak kabul görebilir¹²⁶. Bu noktada yüklenici tarafından imal edilecek eserde, piyasa koşullarına ve sözleşme niteliğine göre bulunması gereken, işin yüzdesinden bağımsız olarak, zaruri işlerin tamamlanmış olması aranmaktadır. Örneğin şömine ile ısıtılması planlanan dağ evinin yapımında yüklenici tarafından şöminenin imal edilmemiş olması, her ne kadar şömine evin inşasında küçük bir yüzdeye denk gelse de sözleşme koşullarına göre mutlak suretle yerine getirilmesi gerekli olan bir edim olması nedeniyle, önemsiz bir eksiklik olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu gibi hallerde iş sahibinin, şöminesiz dağ evinin teslimini reddedebileceği ifade edilmektedir¹²⁷. Dolayısıyla eserin kullanılmasında önem taşıyan edimlerin yüklenici tarafından eksik şekilde imal edilmesi halinde, sadece toplam işin yüzdesine göre küçük bir orana denk gelmesi, eksikliklerin önemsiz olacağı anlamına gelmemektedir.

2.3.2. Orta Derecede Önemli Eksiklikler

Eser sözleşmesi kapsamında yüklenici tarafından imal edilen eserin kullanım olanağını ortadan kaldırmayan ancak, iş sahibinin menfaatini etkileyen bazı eksiklikler bulunabilir¹²⁸. Bu durumda iş sahibinin mevcut eksikliğe rağmen eseri teslim alma iradesini ortaya koyması halinde¹²⁹, eksikliğin orta dereceli olduğu kabul edilmektedir¹³⁰.

Eserde orta derece öneme sahip eksiklikler, mutfak dolaplarının takılmamış olması veya bir odanın boyanmamış olması örnek olarak gösterilebilir¹³¹. Bahsi geçen örneklere göre taşınmazdaki boya veya dolap eksikliği aslen taşınmazın kullanımını fiilen etkilemese de iş sahibi yönünden olumsuz etki yaratmaktadır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan inşaat sözleşmelerine özgü, yapı kullanım izin belgesindeki eksiklik, izin alma yükümlülüğünün yükleniciye ait olması halinde orta derecede eksikliğin bir diğer örneği olarak gösterilebilir. Zira taşınmaz hukuken tamamlanmış sayılmasa da iş sahibinin yapıya taşınarak, yapı kullanma olanağı bulunmaktadır¹³².

¹²⁶ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 71.

¹²⁷ age. s. 71

¹²⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 68.

¹²⁹ Teslime ilişkin detaylar için bkz: **2.2.2. Eksik İfa Türlerinin Teslime Etkisi.**

¹³⁰ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 58, 59.

¹³¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 69.

¹³² Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: **2.1.2.1. Yapı Kullanma İzininin Alınmaması.**

2.3.3. Önemli Eksiklikler

Yüklenici tarafından meydana getirilen eserde eksiklikler bazı durumlarda, iş sahibince teslim alınması beklenemeyecek derecede önemli olabilir. Eserdeki eksiklikler nedeniyle ifanın gerçekleşmeyeceği ve eserin kabulünün beklenemeyeceği durumlarda, eserde önemli eksiklikler bulunduğu söylenebilir¹³³. Bir başka deyişle işin bütününe oranla büyük bir eksikliğin bulunması halinde, eserde önemli eksiklik meydana gelir ve yüklenicinin sözleşmeyi ifa iradesinin bulunmadığından bahsedilir¹³⁴.

Eserde önemli eksikliklerde, eksik işin miktarı ve niteliğinin yanı sıra, öğretide eseri ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kuraları gereğince iş sahibinden beklenemediği hâllerde de hukuki anlamda teslimin gerçekleşmemiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁵. Bu görüşe göre, önemli eksiklik bulunan eserin iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanmış olması dahi, teslim alma anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir¹³⁶. Bir başka görüşe göre ise, eksiklik yalnızca arsa sahibinin bağımsız bölümü teslim almak zorunda olup olmadığı yönünden önem taşır ve iş sahibinin içinde bulunduğu zorunluluktan değil de hür iradesiyle bağımsız bölümü teslim aldığı halde, teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir¹³⁷. Bu hallerde teslimin gerçekleşmediğinin öne sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır¹³⁸.

Eserdeki eksikliğin toplam işe oranla çok küçük bir yüzdeyi oluşturmasına rağmen, eserin kullanılmasını engelleyecek düzeyde önem arz etmesi halinde de önemli derecede eksiklik söz konusu olacaktır¹³⁹. Bu hususta daha önce bahsi geçen örnekte de açıklandığı üzere, ısınma sistemi şömineye bağlı olan bir dağ evinin şöminesiz inşası halinde, eksik şömine işinin nitelik kısmına girdiğinden önemli eksiklik kategorisinde sayılmalıdır¹⁴⁰.

¹³³ Sanem AKSOY DURSUN (2011), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Mayıs, s. 1851; Serkan AYAN 2008, age., s 67-68.

¹³⁴ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 90.

¹³⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 67- 68; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 61.

¹³⁶ Ayrıntılar için bkz: **3.2. Eksik İfa Türlerinin Teslime Etkisi.**

¹³⁷ Mustafa GÜR 2017, age. s. 84.

¹³⁸ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 71, dn. 223.

¹³⁹ age. s. 71.

¹⁴⁰ Bkz: s. 31.

2.4. EKSİK İFA KAVRAMININ DİĞER HUKUKİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRMASI

Eksik ifa, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte, Yargıtay kararlarında nitelendirilmiş olan bir gereği gibi ifa etmeme halidir. Buna göre eksik ifa, taraflar arasında hazırlanan sözleşme ve bu sözleşmenin eklerine göre yapılması gerektiği halde hiç yapılmayan edim olarak tanımlanmıştır¹⁴¹. Dolayısıyla uygulamada karşılaşılan sorunlar ile şekillenen eksik ifa kurumu, en başta ayıplı ifa olmak üzere, ek iş, aliud ifa ve ifa imkansızlığı kavramları ile karıştırılmaya müsait olup, bu nedenle bahsi geçen kavramlar arasındaki farklılıkları ayrı başlıklar altında açıklamak yerinde olacaktır.

2.4.1. Ayıplı İfa ile Eksik İfa Karşılaştırması

Eser sözleşmesinde “ayıp” kavramı, kusura işaret etmekle birlikte, tarafların kararlaştırdığı niteliklerin veya dürüstlük kuralı gereğince beklenen niteliklerin eserde bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır¹⁴². Dolayısıyla ayıplı ifa, eserdeki niteliklerin taahhüt edilen niteliklerden farklı olması halinde ve keza eserin niteliği gereği eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması halinde meydana gelmektedir.

Ayıp, eserin tamamında bulunabileceği gibi, belirli bir kısmında da karşımıza çıkabilir. Örneğin; tabana döşenmiş bazı mermer plakaların renginin uyumsuz olması veya çatlak olması¹⁴³; binaya uygulanan sıva ve dış cephe malzemesinin kabarak dökülmesi¹⁴⁴; teras mozaiklerinin kötü atılması ve beton içerisindeki demirlerin eksik yapılması gibi durumlarda ayıplı ifa söz konusu olmaktadır¹⁴⁵.

¹⁴¹ Y. 23. HD., 21.02.2013 T., 2012/6093 E., 2013/980 K.: “Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir.”; YHGK., 08.07.2020 T., 2019/13-468 E., 2020/539 K.: “Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmaması yani hiç yapılmayan iştir.”; Benzer yönde kararlar için bkz: Y. 13. HD., 2016/26078 E., 2019/12738 K., 17.12.2019 T.; Y.13. HD., 2014/38865 E., 2015/31464 K, 27.10.2015 T.; Y. 23. HD., 2016/5377 E., 2019/3510 K., 11.9.2019 T. (www.kazanci.com ET. 21.12.2020)

¹⁴² Fikret EREN 2017, age. s. 629; Fikret EREN (1996), “İnşaat Sözleşmeleri”, *Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Ankara, s.78-79; Mehmet Deniz YENER (2009), “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”, *EÜHFD.*, C. IV, S. 1, s.155; K. Emre GÖKYAYLA (2009), *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 203.

¹⁴³ Efrail AYDEMİR (2016), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 342.

¹⁴⁴ Y. 15. HD., 2015/206 E., 2015/4539 K., 17.9.2015 T. (www.kazanci.com ET.:21.12.2020)

¹⁴⁵ YHGK. 1990/15- 554E., 1991/159K., 27.03.1991 T. (www.kazanci.com ET.: 21.12.2020); Cengiz KOSTAKOĞLU (2015), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul, Beta Kitapçılık, s. 433.

Ayıplı ifa da tıpkı eksik ifa gibi bir borca aykırılık hali oluşturmakla birlikte bu iki durumun hukuki sonuçları birbirinden farklıdır¹⁴⁶. Öyle ki, eksik ifa uygulamada ortaya çıkan bir kavram olarak, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gereken işlerin bir kısmını hiç yapmamış olması halinde söz konusu olurken, ayıplı ifa imal edilen eserdeki beklenen niteliklerin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır¹⁴⁷. Örneğin, yüklenici tarafından binada merdiven korkuluğunun yapılmaması eksik ifa iken, merdiven korkuluklarında düşük kalitede malzeme kullanılması veya merdiven korkuluklarının kurulumu esnasında yer döşemelerine zarar verilmesi ayıplı ifadır.

Öğretide eksik ve ayıplı işlerin ayırt edilmesi bazı durumlarda oldukça güçleşebildiğinden belirli bir ölçüt öne sürülmüştür. Konuya ilişkin çoğunluk tarafından kabul edilen bir görüşe göre, eksikliğin giderilmesi eserde diğer kısımlara dokunmadan ve zarar vermeden mümkün olduğu durumlarda eksik ifa, yüklenicinin eseri gereği gibi meydana getirmediğinden sözleşmede öngörülen niteliklerine aykırı olarak yapılan ifanın sonucunda eserin bir parçasının değiştirilmesi, dolayısıyla esere müdahale edilmesi gerektiği durumlarda ise ayıplı ifadan söz etmek gerekir¹⁴⁸.

Eserin teslimi esnasında da ayıp ve eksik ifa kavramları arasında önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Yasal düzenleme kapsamında ayıplı ifadan yüklenicinin sorumlu olabilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine mutlaka teslim edilmiş olması gerekir¹⁴⁹. Eserde eksik ifadan söz konusu olduğu haller de ise eserin teslim edilmemiş sayılmaktadır. Ancak öğretide ve Yargıtay'ın emsal kararlarında eserdeki eksikliğin çok az ve iş sahibi tarafından katlanabilir boyutta olması halinde eserin tesliminin gerçekleşmeyeceğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirileceği görüşündedir¹⁵⁰. Bu çerçevede eserde önemsiz eksiklikler halinde eksik eserin teslim edilmiş sayılması gerekmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁶ Hasan ERMAN (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, Der Yayınları, s. 199.

¹⁴⁷ Y. 15 HD. 2011/177E.,2011/2811K., 05.09.2011 T.: “Eksik iş, hiç yapılmayan iştir. Ayıplı iş ise, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken vasıfların bulunmaması; bulunmaması gereken niteliklerin bulunmasıdır...” (www.kazanci.com ET.: 02.12.2020)

¹⁴⁸ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 72; Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1847; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 41; Serkan AYAN 2008, age. s. 61; Ayrıntılı bilgi için bkz: **3.1.1. Öncülüğünü Gauch’un Yaptığı ve Doktrinde Hâkim Olan Görüş.**

¹⁴⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2012, age. s. 48.

¹⁵⁰ Serkan AYAN 2008, age. s. 66.

¹⁵¹ Y. 15. HD. 1988/2115 E., 1989/726 K., 22.2.1989 T.: “...Davalı yüklenici de uzatılan süre içerisinde inşaatı ufak tefek noksanlıklarla bitirmiştir. Söz konusu ayıp ve noksanlıklar inşaatın teslim alınarak kiraya verilmesini engelleyici nitelikte olmayıp, davacı iş sahibi inşaatı teslim almamakla zararın oluşmasına kendisi sebebiyet vermiştir.” (Cengiz KOSTAKOĞLU 2014, age. s. 537)

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu 474 ilâ 478 maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 474'üncü maddesinde ayıplı ifanın belirlenebilmesi hususu, teslim edilen eserin iş sahibince muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmiş olmasına bağlanmıştır. Ancak eksik ifa söz konusu olduğunda gerek yargı kararları gerek öğretide iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁵². İş sahibinin muayene ve ihbar külfetine aykırı hareket etmesi halinde ayıplı işler yönünden eserin kabulü gerçekleşmiş sayılırken, yüklenici ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmaktadır¹⁵³.

Kanun'un 473/II hükmü ise bu düzenlemeye bir istisna getirmiştir: eserin meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir. Ancak eksik ifada ise, yüklenici tarafından hukuken teslim edilmemiş bir eser söz konusudur¹⁵⁴.

Ayıplı işlerde eserin kabulüne bağlı Türk Borçlar Kanunu 478'inci madde belirtildiği üzere, eserin teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın geçmesi ile iş sahibinin dava ve talep hakkı zamanaşımına uğramaktadır. Öte yandan eksik işler yönünden teslim söz konusu olmadığından, iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesi ve devamında yer alan borcun ifa edilmemesine dair genel hükümlere göre genel

¹⁵² YHGK. 1992/649 E., 1992/732 K., 09.12.1992 T. (www.lexpera.com ET. 27.11.2020); Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 45; Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI 2018, age. s. 374 vd.

¹⁵³ İş sahibinin ayıplı ifa hakkında herhangi bir kusuru bulunmaması da önem arz etmektedir. Zira iş sahibinin sağladığı araç, gereç, mekân gibi çeşitli faktörlerin eserin niteliğine uygun olmaması, iş sahibinin işbu hususlarda uyarılmasına rağmen ısrarı, yükleniciyi bağlayıcı emir ve talimatların varlığı gibi durumlarda yükleniciye sorumluluk atfedilemeyecektir. Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 536; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 208; Sena Deniz ÖZKAN (2015), "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 89, Sayı: 6, s. 225; YHGK. 2017/15-252 E., 2020/224 K., 26.2.2020 T.: "...Davalı yüklenici yaptığı işin uzmanı olup, iş sahibi tarafından Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirlenen ölçülerden farklı olarak sipariş verilmesi hâlinde dahi davalı yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği işi fen, sanat ve tekniğine uygun olarak yapma sorumluluğu kapsamında iş sahibini uyarma yükümlülüğü vardır... Aracın römorkunun belirlenen ölçülerden geniş olduğu 16.12.2010 tarihinde yapılan muayene ile ortaya çıkmış ve gizli ayıbın varlığı bu şekilde belirlenmiştir. Gizli ayıbın iş sahibi tarafından tarihte öğrenilmesinden sonra 8 günlük makul süre içerisinde davalı yükleniciye ayıp ihbarında bulunmuş olup, davalı yüklenicinin gizli ayıp nedeniyle sorumlu olduğunun kabulü gerekir." (www.lexpera.com.tr ET. 27.11.2020)

¹⁵⁴ Konu hakkında farklı görüşler için bkz: **BÖLÜM III. Eksik İfada Teslim Sorunu**

zamanaşımı süresi içerisinde ihtirâzi kayıt koymaksızın talep ve dava hakkı söz konusudur¹⁵⁵.

Eksik ifa ile ayıplı ifanın ayrımını yapmak bazı hallerde oldukça güçleşmektedir. Örneğin yüzölçümünün eksik olması, öğretide hâkim görüşe göre yüzölçümündeki eksiklik mevcut eserin kısımlarına zarar verilmeden giderilemeyeceği gerekçesi ile ayıplı ifa olduğu savunulurken¹⁵⁶, Yargıtay tarafından bu durumun eksik ifa olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷. Yargıtay tarafından benimsenen eksik ifa görüşü, iş sahibinin kısa zamanaşımı süresi ile muayene ve ihbar yükümlülüğü altında zarara uğramasının önüne geçilmek istenmesinden ileri gelmektedir¹⁵⁸.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde iskân ruhsatının alınmasının yüklenicinin sorumluluğunda olduğu durumlarda, yüklenicinin eseri tamamlamış olmasına rağmen iskân ruhsatını almamış olmasının eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu konusu da tartışmalıdır. Zira öğretide iskân ruhsatının alınmaması bir kısım yazarlar tarafından hukuki ayıp¹⁵⁹, bir kısım yazarlar tarafından eksik ifa olduğu ileri sürülürken¹⁶⁰, Yargıtay tarafından da son yıllarda görüş değişikliğine uğrayarak eksik ifa olduğu kabul görmektedir¹⁶¹. Öte yandan ayıplı ifa ve eksik ifanın hukuki sonuçlarının farklı olmaması gerektiği yönünde de görüşler de mevcut olup, uygulamada ortaya çıkan ihtilaflar nedeniyle karşılaşılan özel durumlar ileride ayrıca ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

¹⁵⁵ Serkan AYAN 2008, age. s. 75 vd.; Y. 15. H.D., 17.5.1995 T., 596/2874: “...noksan iş ayıp olarak nitelendirilemez ve teslimde ihtirazi kayıt verme yanına gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman talep ve dava edilebilir” (www.kazanci.com ET. 27.11.2020)

Sanem AKSOY DURSUN (2011), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Mayıs, s. 1850; Y. HGK. 2011/13-468 E. 2011/666 K., 02.11.2011 T.: “...Ayıp kavramı ile eksik iş birbirinden farklıdır. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir. Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 sayılı Kanun'un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır. Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir...” (www.kazanci.com ET. 27.11.2020)

¹⁵⁶ Serkan AYAN 2008, age. s. 62.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: **2.5.3. Yüzölçümü Eksikliği.**

¹⁵⁸ Salih Cevdet ŞAHİNİZ 2014, age. s. 50.

¹⁵⁹ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 138.

¹⁶⁰ Serkan AYAN 2008, age. s.71.

¹⁶¹ Y. 15. HD., 2004/4417 E., 2005/1075 K., 28.2.2005 T.: “...Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskân izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus B. Belediyesi İmar İşleri Müdürlüğü'nün 9.6.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz...” (www.lexpera.com.tr ET. 27.11.2020)

Ayıplı ifa kavramı Türk Borçlar Kanunu dışında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da yer almaktadır. Eser sözleşmesinin karma bir türü olarak kabul gören, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin tüketici sıfatına haiz olduğu durumlarda, Kanun'un 3/1, b.1 hükmünde uyarınca *"Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi,... ifade eder."* yer verilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri isimsiz sözleşmelerden olup, bu sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır¹⁶². Tüketici işlemi olarak kabul edilen bu tip eser sözleşmelerinde 4077 sayılı (mülga) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun' da ayıp kavramı, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırılıklar için tanımlanmış ancak, yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'unda ayıp kavramı içerisinde nicelik ifadesine yer verilmemiştir. Bu durumda kanaatimizce nicelik eksiklikleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 219'uncu maddesinde yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanmasıyla niteliği etkilediği takdirde ayıp olarak nitelendirilmelidir. Öte yandan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 13/II hükmünde yer alan *"Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."* Düzenlemesi uyarınca göre eksik ifa, ayıplı ifa kavramının içerisinde dahil edilmiş ve bu şekilde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına giren hizmet alımlarında eksik ifa, ayıplı ifa olarak nitelendirilebilecektir¹⁶³.

Tüketici işlemi olarak kabul edilen eser sözleşmelerine ilişkin bazı yargı kararlarında eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları şu şekilde ayrıştırılmıştır:

¹⁶² Arsa sahibinin müteahhit ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaktaki amacı ticari kazanç elde etmek olduğu takdirde, sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edilmemesi gerektiği yönde görüş için bkz: Mustafa GÜR (2017), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 95.

¹⁶³ Şahin AKINCI (2017), "Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı Ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku*, C. II., s. 1400-1401 (ET:29.11.2020)

“Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir. Eksik ifa ise, Kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır. Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. 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). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır.”¹⁶⁴

Ancak eksik ifanın 4077 sayılı (mülga) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun bakımından ayıplı ifa olarak kabul edilmesi yönündeki ifadeyi, kanaatimizce kabul etmek mümkün değildir. Zira dayanak olarak gösterilen ilgili hüküm esasen, Yargıtay tarafından ortaya konulan bu ayrıma cevaz vermemektir. Öğretide de eserin vasfını azaltan eksikliklerin ayıp olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁶⁵.

2.4.2. Ek İş ile Eksik İfanın Karşılaştırılması

Meydana getirme borçları kapsamında, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan bir işin ifasına yüklenicinin sonradan karar vererek yapması durumunda söz konusu olan işin, ek iş olduğu kabul görmektedir¹⁶⁶. Yüklenicinin ediminin, sözleşmede yüklenilen işin niteliği gereği tam ve eksiksiz belirlenemediği hallerde ise, işbu edim sözleşmenin kapsamında değilse, yine ek işten bahsedilmesi mümkündür. Ancak bu noktada ek işin eser sözleşmesinin niteliğinde bir değişikliğe sebep olmaması gerekmektedir¹⁶⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesinde ek iş kavramına yer verilmemiştir. Ancak uygulamada “fazla iş”, “sözleşme dışı iş” gibi terimler ile “ek iş” kavramı karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁸. Buna göre yüklenicinin eser sözleşmesi çerçevesinde ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışında kalan, tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırmadıkları ya da dürüstlük kuralı gereği olağan şekilde bulunması

¹⁶⁴ Y. 13. HD., 2015/34736 E., 2018/838 K., 29.1.2018 T.; Benzer yönde kararlar için bkz: Y. 13. HD., 2016/15955 E., 2017/12741 K., 19.12.2017 T.; Y. 13. HD., 2016/31024 E., 2017/3030 K., 13.3.2017 T. (www.lexpera.com ET: 29.11.2020)

¹⁶⁵ Şahin AKINCI 2017, age. s. 1400-1401, (ET:29.11.2020)

¹⁶⁶ K. Emre GÖKYAYLA 2009, age. s. 69.

¹⁶⁷ age. s. 74.

¹⁶⁸ Örn: Y. 15. HD, 1989/4471 E., 1990/690 K., 20.02.1990 T.; Y. 15. HD, 2001/4659 E., 2002/783 K., 18.02.2002 T.; Y. 15. HD, 2002/1677 E., 2002/3203 K., 12.06.2002 T., (www.kazanci.com ET: 29.11.2020).

gerektiği söylenemeyecek işler, ek iştir¹⁶⁹. Ek iş genel olarak, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde daha çok karşımıza çıkmaktadır.

Eser sözleşmelerinde iş sahibinin açık veya örtülü izni ile ek işin yapılması durumunda, sözleşmede belirlenmemiş bir borç söz konusu olacağından yüklenicinin, eserdeki kıymet artışı ve iş için harcanacak masraf göz önünde tutularak belirlenecek bedeli iş sahibinden talep etmesinin mümkün olduğu; iş sahibinin bilgisi dışında yapılan ek işlerde ise, yüklenicinin vekaletsiz iş görme hükümlerine göre zorunlu ve yararlı masrafları talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁰. Vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yüklenicinin talep hakkının doğması için, Türk Borçlar Kanunu'nun 529'uncu maddesinde yer alan *“İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır. İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir.”* düzenlemesi gereği yapılan ek işlerin iş sahibinin menfaatine olması gerekir. Hali hazırda Yargıtay içtihatları da bu yöndedir¹⁷¹. Bu sebeple yapılan ek işler iş sahibinin menfaatine yapılmış değilse, vekaletsiz iş görme hükümleri yerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır¹⁷².

Yüklenicinin sözleşmeyle veya iş değişiklikleri sonucunda yapmak zorunda olduğu tüm edimleri yerine getirmesi ve ek işleri tamamlaması gerekir¹⁷³. Bu çerçevede sözleşmeden doğan bağlayıcı iş değişikliklerinin veya ek işlerin bir kısmının yapılmaması halinde eksik iş söz konusu olacaktır¹⁷⁴. Dolayısıyla ek işlerde

¹⁶⁹ Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 544; İlker Hasan DUMAN (2018), *İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 1087.

¹⁷⁰ K. Emre GÖKYAYLA 2009, age. s. 85; Hasan ERMAN 2010, age. s. 203-204.

¹⁷¹ Y. 15. HD. 2016/2999 E., 2017/4504 K., 20.12.2017 T.: *“Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında, iş bedelinin tamamının yüklenici tarafından taşeronu veya iş sahibince yükleniciye ödenmesi halinde eksik ve kusurların giderim bedeli hüküm altına alınabilir ise de iş bedelinin ödenmemiş olması halinde eksik ve kusurların giderim bedeli değil, varsa fazla ödenen bedelinin iadesine karar verilmesi gerektiği, bu sebeple eksik ve kusurlar gözetilerek yapılan işin fiziki oranı belirlenip iş bedeline uygulanarak mukayese edilmesi sonucu eksik veya fazla ödemenin belirlenmesi gerektiği; sözleşme dışı ve fazla işler yönünden ise iş yapılmış ve bunun iş sahibinin yararına olması durumunda TBK'nun 529. maddesine göre vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca işin yapıldığı tarihteki mahalli piyasa rayiçlerine göre belirlenecek bedelinin istenebileceği kabul edilmektedir.”* (www.kazanci.com ET. 07.12.2020)

¹⁷² Köksal KOCAAĞA 2014, age., s. 212.

¹⁷³ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 126.

¹⁷⁴ Serkan AYAN 2008, age. s. 61.

de karşılaşılan eksiklikler bu iki kavramın karıştırılmasına sebep olsa da ek iş ile eksik iş farklı kavramlar olup, farklı hükümlere tabidirler. Yüklenicinin yüklendiği işin bir kısmını ifa etmemesi durumunda eksik işin meydana gelmesi ve dolayısıyla kararlaştırılan işin tam olarak yerine getirilmemesi söz konusu iken, ek iş halinde belirlenen işle beraber fazlası da yapılmaktadır. Yüklenicinin herhangi bir yasal veya sözleşmesel dayanağı olmadan, ek iş yapması sebebiyle meydana gelecek ihtilaflarda, yüklenicinin hakları vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olup, kıymet artışına göre talep hakkı meydana gelirken, eksik iş halinde borçlunun genel hükümlere göre temerrüdü, ayıplı iş halinde de ayıp sebebiyle sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁷⁵.

Eserde eksik iş ile birlikte ek işin de bulunduğu durumda Yargıtay'a göre ek iş bedelinden eksik iş bedeli mahsup edilmelidir¹⁷⁶. Ayıplı iş, eksik iş ve ek işin bir arada bulunduğu uyuşmazlıklarda da ek iş bedelinden eksik ve ayıplı işlerin indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁷.

2.4.3. Aliud İfa ile Eksik İfanın Karşılaştırması

Eser sözleşmesinde ifanın konusu borçlanılan edimdir. İfanın edime uygun olması kuralı gereği, yüklenici neyi borçlanmışsa onu bütünüyle ifa etmek zorundadır¹⁷⁸. Kural olarak ifanın edime uygun olması gerekse de sözleşme serbestisi gereği taraflar anlaşarak borçlanılan edimden başka bir şeyin ifa olarak kabul edileceği hususunda anlaşabilirler¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Hasan ERMAN 2010, age. s. 181 vd.

¹⁷⁶ Y. 15. HD., 2016/2999 E., 2017/4504 K. 20.12.2017 T.: "...mahkemece işlerin noksan yapıldığı savunması yönünden ve sözleşme dışı fazla işler yönünden yeterli inceleme yapılmamış ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayıp teknik inceleme gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmadan karar verilmiştir. Davalı ayıplar için ihbarda bulunduğunu kanıtlayamamış ise de eksik işler yönünden ihbara gerek olmayıp zamanaşımı süresi içinde her zaman ileri sürülebileceğinden bilirkişi incelemesi yaptırılarak eksik işlerin fiziki oran kurulmak suretiyle, ilave işlerin ise Mimarlar Odası tarifesi uyarınca hesaplanmak suretiyle istenebilecek iş bedelinin bulunması, ödenen bedelin de mahsubuyla, kalan iş bedeli yönünden ıslahatki talebi geçmemek üzere karar verilmesi gerekirken eksik ve yetersiz inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." (www.lexpera.com.tr ET. 02.07.2021); K. Emre GÖKYAYLA 2009, age. s. 85

¹⁷⁷ Y. 15. HD., 2015/5708 E., 2016/1216 K., 24.2.2016 T.: "...mahkemece yapılacak iş, bilirkişi kurulundan ek rapor alınmak suretiyle sözleşme kapsamındaki imalâta ayıplı ve eksik işler gözetilerek fiziki oran bulunmalı, bu fiziki oran sözleşme bedeli olan 73.500,00 TL'ye uygulanarak sözleşmeden kaynaklanan iş bedeli bulunmalı, ilave işler için de yine imalâtın yapıldığı tarihteki mahalli serbest piyasa rayici saptanmalı, toplam bu miktara KDV ilave edilmeden, davacı tarafından yapılan 61.000,00 TL ödeme mahsup edilmeli ve bu suretle davalı yüklenicinin hakettiği iş bedeli bulunarak, kalan bedelden davacı iş sahibinin sorumlu olduğu kabul edilerek takip nedeniyle borçlu olmadığı tutar bulunarak bu miktar üzerinden dava kabul edilmelidir." (www.lexpera.com.tr ET. 03.07.2021)

¹⁷⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2003), "Kısmi İfa", Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 603; Fikret EREN 1999, age. s. 940.

¹⁷⁹ Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ 2017, age. s. 274; Fikret EREN 1999, age. s. 943

Borçlanılan edimden başka şeyin ifası halinde “aliud” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla aliud kavramı, borçlunun borçlanılan edimden farklı bir şey teslim etmesi olarak tanımlanabilir¹⁸⁰. Yüklenicinin mevcut bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmayı taahhüt etmesine rağmen, yıkmaksızın onarıp iş sahibine teslim etmesi aliud ifaya örnek olarak gösterilmektedir¹⁸¹. Borçlu kural olarak, ancak tarafların sözleşmede üzerinde anlaşmış oldukları edimi ifa ile borcundan kurtulur. İfa edilen edimin, borçlanılan edime uygun olmamasına rağmen, alacaklı bunu bir *datio in solutum*¹⁸² olarak kabul ettiği durumlarda borcun sona ermesi söz konusu olacaktır¹⁸³.

Öğretide aliud konusunda farklı düşünceler mevcut olup, baskın görüşe göre tarafların üzerinde anlaşmış oldukları eserin teslimi halinde bile, teslim edilen şey üzerinde tasarlanandan önemli surette farklı bir nitelik varsa, bir aliud teslim edildiğini kabul etmekte ve bunun sonucu olarak ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağı savunulmaktadır¹⁸⁴. Diğer bir görüş ise, aliud kavramını kabul etmemekle birlikte çeşit borç açısından görev yüklemektedirler. Bu görüşe göre sözleşmede kararlaştırılmış olan ve bulunması gereken vasıfları taşımayan mal teslim edildiği takdirde olup, ayıp hükümleri uygulanmalıdır¹⁸⁵. Aliud kavramını tamamıyla reddederek, her halükârda ayıp hükümlerinin uygulanacağını kabul eden görüş ise, çeşit borçlarında aliud kavramına ihtiyaç olmadığını öne sürmektedir¹⁸⁶.

Yüklenicinin eser sözleşmesi bakımından borcundan kurtulabilmesi için eseri sözleşmeye ve dürüstlük kuralına göre yapması gerektiğinden, sözleşmeye aykırı bir eserin ifa edilmesi yükleniciyi borcundan kurtarmadığı¹⁸⁷ gibi, aliud ifa meydana geldiği takdirde öğretide ayıp veya eksik ifadan da söz edilebileceği kabul

¹⁸⁰ Kevork ACEMOĞLU (1972), “Aliud” Ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 6, s. 9.

¹⁸¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 55.

¹⁸² Çeviri: İfa yerine geçen eda (Ejder YILMAZ (2003), *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 144).

¹⁸³ Kevork ACEMOĞLU 1972, age. s. 9.

¹⁸⁴ Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 76; Rona SEROZAN 2016, age. s. 235; Kevork ACEMOĞLU 1972, age. s.20; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 166; Zarife ŞENOC AK 2002, age. s. 105.

¹⁸⁵ Kevork ACEMOĞLU 1972, age. s. 20.

¹⁸⁶ age. s. 20-21; Bu konuda öğretide, alacaklının, ayıbı ihbar külfeti ve zamanaşımı bakımından daha elverişsiz koşulları yerine getirmekle, artık ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerle kendisine tanınan daha elverişli taleplerde bulunmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Rona SEROZAN (2016), “İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme”, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 3, Filiz Kitapevi, İstanbul, s. 235.

¹⁸⁷ Sema Deniz ÖZKAN 2015, age. s. 230; Fatih Gündoğdu (2014), *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 91.

edilmiştir¹⁸⁸. Zira ayıplı ifa ile aliud ifa kavramları her ne kadar birbirine karıştırılrsa da eserin teslimi noktasında farklılık arz etmektedir. Ayıplı ifade, ayıba rağmen bir ifa bulunduğu halde, aliud halinde ifadan bahsedilemeyecektir. Bu noktada eksik ifade, yüklenici taahhüt ettiği eseri eksik olarak meydana getirmiş durumdayken, aliud ifade ise kararlaştırıldan bambaşka bir eser meydana getirmiş olduğundan, aliud ifade gerçek teslimin yapılmadığı da gözetildiğinde, hukuki niteliği gereği yüklenicinin bu halde ifa borcunu yerine getirmiş olduğundan bahsedilemez.

Aliud ifanın mevcudiyeti halinde, yüklenicinin asli edim yükümünde aykırılık meydana geldiği açıktır. Borçlanılan edimi başka bir şey haline getirecek derecede farklı nitelikteki bir şeyin teslim edildiği aliud ifa halinde, öğretideki baskın görüşe göre borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 112 ve devam hükümlerinin uygulaması gerekir¹⁸⁹. Bu durumda iş sahibi genel zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye başvurma hakkını kullanabilecektir. Eksik ifade ise, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan veya dürüstlük kuralının gerektirdiği işlerin bir kısmının hiç yapılmaması söz konusu olur. Bir başka deyişle eksik ifade, gereği gibi ifa etmemenin aksine, meydana getirilmiş olan eserde eksiklikler mevcuttur. Ancak gereği gibi ifa etmeme halinde, meydana getirilen eser ile sözleşmede kararlaştırılan eser aynıdır ancak, iş sahibi teslim edilen eserin istenilenden farklı yapılmasından nedeniyle eserden memnun olmamaktadır.

¹⁸⁸ Kevork ACEMOĞLU 1972, age. s. 19; Fikret EREN 2002, age., s. 63.

¹⁸⁹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s.166; Yusuf BÜYÜKAY (2014), *Eser Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 111; Muaz ERGEZEN (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 74; Leyla Müjde KURT 2012, age, s. 73; Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1849; M. Turgut ÖZ 1996, age. s. 94; Cengiz KOSTAKOĞLU 2015, age. s. 637-638; Y. 19. HD. 2004/1917 E., 2004/11686 K., 26.11.2004 T.: "*Davacılar 1993 model makine yerine 1980 model makine teslim edildiğini, bir başka anlatımla doktrinde "aliud" teslim olarak tanımlanan satın alınandan başka bir şeyin teslim edildiğini iddia etmişlerdir. Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayırımın önemi uygulanacak olan kanun hükümleri ve meydana çıkacak hukuki sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK.nun 194. madde hükmünün, aliud teslim söz konusu ise BK.nun 96. maddesi hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümünde öncelikle davacıların finansal kiralama konusu makinaları görerek satın alıp almadığı, yani davacıların gördüğü ve belirlediği makinaların davacılara teslim edilip edilmediğinin saptanması gerekir. Eğer davacılar makinaları görüp belirleyip bu makinaların finansal kiralama yolu ile kiralanması için davaya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılara teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır. Aksi halde davacıların mali görüp belirlemeden proforma faturada yazılı nitelikte mali finansal kiralama yoluna gitmişlerse 1993 model makine yerine 1980 model makine teslimi sözleşmeye uygun ifa etmeme (aliud teslim) halini oluşturur. (Zarife Şenocak BK.nun 96 vd.194.vd maddeleri açısından "aliud"un (başka şeyin) teslimi, Banka Ticaret Hukuku Dergisi Haziran 1989 cilt 15 sayı 1 sh 131-135, İsmail Doğanay Ticari Alım-Satım Akti ve Nevileri Ankara 1993 sh.100-105)" (www.kazanci.com ET. 26.11.2020)*

2.4.4. İfa İmkânsızlığı ile Eksik İfanın Karşılaştırması

İmkânsızlık kavramı öğretide edimin içeriği değişmeksizin borçlunun fiilleriyle aynen gerçekleştirilmesinin mümkün olmaktan sürekli olarak çıkması¹⁹⁰, borçlanılan edimin borçlu veya herhangi bir kimse tarafından kesin olarak yerine getirilememesi¹⁹¹, mantıkî ve bilimsel anlamda edimin hiçbir şekilde yerine getirilmesinin mümkün olmaması¹⁹², borcun ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da mevcut bir borcun sonradan ifasını engelleyen fiili ve hukuki engel olarak tanımlanmaktadır¹⁹³.

İmkânsızlık, henüz sözleşme kurulmadan önce ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Henüz sözleşme kurulurken objektif imkânsızlık ve sürekli olarak imkânsızlık hali söz konusu olduğu takdirde sözleşme batıl hale gelir ve yüklenicinin teslim borcu doğmaz¹⁹⁴. İmkânsızlığın unsurlarından olan objektiflik koşulu, edimin borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilememesi halinde ortaya çıkmaktadır. Ancak sözleşmeye konu eser bir başka yüklenici tarafından meydana getirilebilecek nitelikse ise subjektif imkânsızlık söz konusudur¹⁹⁵. Subjektif imkânsızlık halinde sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü yaptırımını uygulanmayacağından, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır¹⁹⁶.

Öğretide imkânsızlığın edimin tamamına sirayet ettiği halde tam imkânsızlık, edimin bir bölümünü etkilediği hallerde ise kısmi imkânsızlık meydana geldiği, edimin kısmi ifasının mümkün olup olmadığının tespitinde ise yalnızca iş sahibinin

¹⁹⁰ Rona SEROZAN 2016, age. s. 163 vd.

¹⁹¹ Mehmet AYAN (2016), *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 314.

¹⁹² Necmeddin FEYZİOĞLU (1977), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Aktaran Mustafa ARIKAN (2008), Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, s. 266; Mehmet ALTUNKAYA (2004), Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, s. 36*

¹⁹³ Erzan ERZURUMLUOĞLU (1970), *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Aktaran Mustafa ARIKAN 2008, age. s. 267.*

¹⁹⁴ Rona SEROZAN 2016, age. s. 14; Alfred KOLLER 2015, *Aktaran Mehmet ALTUNKAYA 2004, age. s. 36; YHGK., 1956/4-80E., 1957/77 K., 13.11.1957 T.: "...Borçlar Kanunu'nun 182. maddesi hükümünce satıcı, sattığı malı alıcıya teslim etmek ve malın mülkiyetini alıcıya devretmek ile mükelleftir. Gerçekten mevcut olmayan bir gayrimenkule ait tapu kaydının alıcıya geçirilmesi halinde malın teslimi borcu yerine getirilmeyeceğinden, konusunun imkânsız olması itibarıyla akit, BK. m. 20. Maddesi uyarınca hükümsüzdür. O halde böyle bir gayrimenkul için ödenmiş olan mal parasının BK. nun 61. Maddesi uyarınca satıcıdan geri alınmasına karar verilmelidir..."* (www.leglbank.com) ET. 26.11.2020)

¹⁹⁵ Serkan AYAN 2016, age. s. 314; Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 787, 788.

¹⁹⁶ Alihan SAĞIR (2018), "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkânsızlığa Bağlı Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltılması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), s. 229.

menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği, ancak kısmi ifanın alacaklının hiçbir menfaatine hizmet etmemesi durumunda ise tam imkânsızlığın söz konusu olacağı kabul edilmektedir¹⁹⁷.

Eser sözleşmesinde imkânsızlık kavramı ise, eserin teslimine ya da tamamlanmasına engel, fiziksel ya da hukuksal bir durumun mevcut olması veya meydana gelmesi ile karşımıza çıkar¹⁹⁸. Eser sözleşmelerinde ifanın imkânsızlaşması hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 485'inci maddesinde "*Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.*" ifadesiyle iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasına ilişkin sorumluluklar düzenlenmiştir. Üzerinde bina inşası kararlaştırılan iş sahibine ait arazinin kamulaştırılması veya toprak kayması sonucu yok olması, sit alanı ilan edilerek araziye inşaat yasağı koyulması, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sebeplere dayalı olarak taşınmaza ilişkin imar planı ve yapı ruhsatının iptali gibi nedenlerle yapının meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesi durumu ve bu durumda yüklenici yaptığı işin değerini ve giderlerini isteyebilme hakkı, bu düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁹.

Yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olan edimin başkası tarafından yerine getirilemeyeceği veya eserin hiçbir yüklenici tarafından yerine getirilemeyecek olması halinde objektif imkânsızlık²⁰⁰, yüklenici yerine ifa izni alınabilen veya alt yüklenici

¹⁹⁷ M. Turgut ÖZ (2018), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C I, İstanbul, s. 1088.

¹⁹⁸ Sevgi KAYAK (2018), Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri, *DEÜHFD*, 20 (2), s. 260

¹⁹⁹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 326-327; Barış Özçelik (2014), "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları", *AÜHFD*, S. 63 (3), s. 577-578.

²⁰⁰ Y. 15. HD., 2018/3134 E., 2019/3106 K., 2.7.2019 T.: "...Taraflar arasında 818 Sayılı BK 355 ve devamı maddelerde düzenlenen **eser sözleşmesi** niteliğini taşıyan kat karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmakta ve uyuşmazlık da bu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. 818 Sayılı BK'nın 20/I. maddesine göre: "Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka mugayir olursa o akit batıldır." Aynı şekilde, BK'nın 96. maddesi, "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur." hükmünü taşımaktadır, mülga 818 Sayılı Yasası'nın 117. maddesi hükmünce, borcun ifası borçluya yüklenmeyen durumlar sonucu imkânsızlaşırsa borç sona erer. İmkânsızlık, sözleşme öncesi olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ortaya çıkabilir. Sözleşme öncesi imkânsızlıkta, sözleşme konusu işin başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olamaz. Bu durumda da sözleşmenin batıl (geçersiz) olması nedeniyle BK. 20. madde uyarınca geçersizliğine hükmedilir ve sözleşmelere ilişkin direnir hükümleri (BK. 106. 108. maddeleri) uygulanamaz. Burada objektif imkânsızlık hâli söz konusudur. Sözleşme öncesi subjektif imkânsızlık ise, taraflardan kaynaklanan imkânsızlık halini ifade eder. Bu durumda kimse kendisinden kaynaklanan kusurdan yararlanamayacağı ilkesi uyarınca kusurlu olan taraf diğer tarafın zararını BK. 96. madde hükmünce karşılamakla

çalıştırmaya engel olmayacak şekilde yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olmayan eserin ifasın ortaya çıkan imkânsızlık hali sübjektif imkansızlıktır. Öğretide edim borçlu tarafından yerine getirilememesine rağmen üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa edimin ifasının mümkün olduğu, yani imkânsız olmadığı dolayısıyla buna sübjektif imkânsızlık kavramının değil, borçlunun güçsüzlüğü kavramının kullanmasının yerinde olacağı belirtilmektedir²⁰¹.

Yüklenici ediminin ifası, sözleşme kurulduktan sonra objektif ve sürekli olarak imkânsız hale geldiği takdirde, Türk Borçlar Kanunu 112. ve 136. maddelerine göre genel hükümler veya eser sözleşmesine ilişkin olarak Kanun'un 483., 485. ve 486. maddeleri uygulama alanı bulmaktadır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa edememesi, öngörülemeyen ve dışsal bir engele dayalı olduğu takdirde, yüklenicinin iş sahibine karşı ifa imkânsızlığı iddia edebilmesi için, ifaya engel olan olgunun hem borçlunun sözleşme ilişkisine girdiği üçüncü kişiler tarafından hem de borçlunun kendisi tarafından öngörülemez olduğunu ispatlaması gereklidir²⁰².

Eksik ifade, eserin tamamlanmamış olduğu ve yüklenicinin eseri tamamlayabilmesi için yeni bir çalışma yapması gerektiği düşünüldüğünde, ifa imkansızlığında somut duruma göre eserin tamamlanamamasından kaynaklı yükümlülüklerin muaccelliyeti söz konusu olmaktadır²⁰³. Dolayısıyla eser

yükümlüdür. (15. HD. 02.03.1994 gün ve 1707-1232 sayılı, 15. HD. 05.12.1994 gün ve 3362-7260 Sayılı kararları). Sözleşme sonrası imkânsızlıkta iki kısımda incelenebilir. Sözleşme öncesi mevcut olmayan ve sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu imkânsızlık, ifa imkânsızlığı (objektif) hâlidir. Bu durumda borç sona erer ve borçtan kurtulan taraf, diğer taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri vermekle yükümlü olur. Başkaca bir hak talebinde bulunamaz. Kısaca BK. 106. ve 108. madde hükümlerince zarar istemi dinlenemez, sadece borcun ifasından önceki zararlarını isteyebilir. Sözleşme sonrası sübjektif imkânsızlık halinde ise kusurlu olan taraftan BK. 96. madde uyarınca zarar istenilebilir (15. HD. 05.05.1998 gün ve 845-1844 sayılı, 15. HD. 01.12.1994 gün ve 1886-7200 Sayılı kararları). Somut olayın incelenmesinde ise; yüklenici ile... dışındaki davalı arsa sahipleri ile... Dava konusu... ada... sayılı parsel üzerinde birliktiş raporlarından anlaşılacağı üzere antik dönem mezarları, mezar girişi ve sarnıç mevcut bulunduğu, Valiliği Müze Müdürlüğü ve... Kültür Varlıklarını Koruma Kurulu Müdürlüğü yazılarından 21.10.2009 tarihinden itibaren 3. derece arkeolojik sit alanı olarak ilan edildiği ve tapu kayıtlarında sit alanı şerhi bulunduğu anlaşılmaktadır. Sit alanı kapsamındaki taşınmaz üzerinde inşaat yapılamayacağı açıktır, sözleşmelerin anılan maddeleri batıl olup imzalandığı tarihte objektif ifa imkânsızlık bulunduğu ve tarafların bu ifa imkânsızlığını bildiği anlaşılacakla yüklenicinin batıl olan maddeden kaynaklanan kâr kaybı talebinin dinlenilmesi mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle mahkemece asıl davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sonuca varılması doğru olmamış, kararın davalı arsa sahipleri yararına bozulması gerekmiştir." (www.kazanci.com ET: 07.12.2020)

²⁰¹ Fikret EREN 1999, age. s. 1065.

²⁰² Gökçe KURTULAN (2016), "Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32 (3), s. 220.

²⁰³ Y. 15. HD., 2018/1407 E., 2008/2771 K., 25.04.2008 T.: "...İmar mevzuatı gereğince, davalı temerrüdünden önce sözü edilen dükkânın yapılmasına olanak yok ise, objektif imkânsızlık söz

sözleşmesinin ifasında objektif imkânsızlık söz konusu ise, eksik ifa gerekçesi ile iş sahibinin yükleniciden talep ve alacak hakkından bahsedilemeyecektir.

İfa imkansızlığında, eksik ifadan farklı olarak borçlu sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirememektedir. Bir başka ifadeyle yüklenici ifa imkansızlığı nedeniyle bir eser meydana getirememiş ve ifa amacıyla iş sahibine sunamamıştır. Oysa eksik ifa söz konusu olduğu hallerde, sözleşmede belirlenen eser meydana getirilmiş olmakla birlikte eksik meydana getirilmiş ve bu haliyle iş sahibine sunulmuştur. Bu çerçevede eksik ifada meydana getirilen eser, ifa amacıyla iş sahibine sunulabilmekte, imkânsızlıkta edim meydana getirilemediği için iş sahibine sunulamamakta olduğu gözetildiğinde, bu iki kavramın hukuki niteliği ve sonuçları bakımından birbirinden farklı olduğunun kabulü gerekmektedir.

2.5. EKSİK İFA BAKIMINDAN TARTIŞMALI HALLER

2.5.1. Yapı Kullanma İzininin Alınmaması

Uygulamada “iskân ruhsatı” ya da “oturma izin belgesi” olarak karşılaşılan yapı kullanma izin belgesi, İmar Kanunu’nun 30. maddesine göre yapının ruhsat ve ekleriyle mevzuatta belirlenen standartlara uygun şekilde inşa edilip tamamlandığını gösteren ve yapının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik bürolarından; aynı Kanununun 27. maddesine göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten alınması mecbur tutulan belgeden ibarettir. Anılan hükme göre, izin alma yükümlülüğü arsa sahibine bırakılmıştır. Ancak anahtar teslim şartı yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sorumluluk yükleniciye geçmektedir²⁰⁴.

Yargıtay’ın geçmiş yıllarda yapı kullanma izin belgesinin eksikliğine dair uyuşmazlıklarda görüşü, bu halde “açık bir hukuki ayıp” bulunduğu yönündeydi²⁰⁵.

konusu olacağından davalı yapılamayan bağımsız bölümün bedelinden ötürü sorumlu tutulamaz (BK 117)” (www.kazanci.com ET. 07.12.2020)

²⁰⁴ Y. 15. HD., 2004/4417 E., 2005/1075 K., 28.02.2005 T.: “...Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskân izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus B...Belediyesi İmar İşleri Müdürlüğü’nün 09.06.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davada zamanaşımından da söz edilemez.” (www.lexpera.com ET. 28.11.2020)

²⁰⁵ Y. 15. HD., 1989/2731 E., 1989/4015 K., 4.10.1989 T.: “...Taraflar arasındaki sözleşmede iskân ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği

Hukuki ayıp görüşü nedeniyle yapı kullanma izin belgesi eksik dahi olsa, yapı fiilen teslim alınabildiğinden hukuki anlamda teslimin de gerçekleşmiş olduğu kabul edilmekteydi. Bu kabule bağlı olarak iş sahibinin de hak düşürücü süreler içinde muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi beklenmekteydi. Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar, bu gibi durumlarda muayene ve ihbar külfeti zamanında yerine getirilmemişse yüklenicinin de sorumlu tutulmayacağını savunmaktaydılar²⁰⁶.

Yargıtay'ın "açık hukuki ayıp" görüşü günümüzde değişikliğe uğramış olup, yüklenicinin sorumluluğundaki yapı kullanma izni belgesinin alınmamış olması eksik ifa olarak kabul edilmeye başlanmıştır²⁰⁷. Bu yöndeki kararlara göre, iskân ruhsatı alınmamış olması inşaatın fiilen teslim edilmesine engel teşkil eder ve iskân ruhsatı alınmamış eserde de hukuki anlamda teslimin gerçekleştiği kabul edilemez. Yargıtay'ın bu görüşü doğrultusunda iskân ruhsatının alınmamış olmasının sonucu

hususunda taraflar arasında bir uyumsuzluk yoktur. Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez..." (www.kazanci.com ET.: 29.11.2020); Y. 15. HD., 1977/1658 E., 1977/1746 K., 29.09.1977 T.: "...Davacının, eseri 18.1.1972 gününde teslim alırken, eksik ve ayıplı işler için hak saklı tutması, bunlar giderilinceye değin ceza koşulunun ödetilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere ceza koşulu, yalnızca eserin belli edilen günde teslim edilmemesi yönünden öngörülmüştür. "İskân ruhsatının" alınmaması da "hukuki ayıp" sayılır. Davacının, az önce sözü edilen "ruhsat" olmadan eseri teslim almasıyla, "teslim" gerçekleşmiş olur..." (www.lexpera.com ET. 29.11.2020)

²⁰⁶ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 103; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 138.

²⁰⁷ Y. 15. HD. 2004/4417 E., 2005/1075 K., 28.2.2005 T.: "...Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskân izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus Büyükşehir Belediyesi İmar İşleri Müdürlüğü'nün 9.6.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz..."; Y. 23. HD., 2013/ 1678 E., 2014/ 5456 K., 09.09.2014T., "Dava, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı eksik iş bedeli ile değer kaybının tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 23.5.1995 tarihli sözleşmenin 'İNŞAAT' başlıklı 4/B maddesi '... İnşaatın noter anlaşması yapıldığı tarihten itibaren 20 ay içinde inşaat bitmiş olup, eksiksiz arsa sahibine teslim edilmiş olacaktır. Aksi taktirde her geçen ay için...' hükmünü, 4/Ç maddesi ' inşaatın başlangıcından bitimine kadar her türlü harç, vergi, işçi ücretleri, sigorta primleri, elektrik, su ücretleri, kat irtifakı, plan, proje, iskân ücretleri ile tüm masraflar müteahhide ait ve her türlü mesuliyetler yine müteahhide ait olacaktır.' 12. maddesi 'her iki dairenin iskan harçları müteahhit tarafından ödenecektir.' hükmünü içermektedir. 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 hukuki teslim etmemiş olduğu,** dolayısıyla dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 Sayılı BK'nın 147. maddesindeki zamanasımı süresinin henüz işlemeye başlamadığı gözetilerek(vba), davacının her bir talebi yönünden uyumsuzluğun esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlıkla gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.", Benzer görüşte: Y. 13. HD., 14.10.2010 T., 2010/572 E., 2010/13235 K. (www.kazanci.com ET. 29.11.2020).

olarak yüklenici eseri teslim edememiş olduğundan, yüklenicinin karşı alacağı da muaccel olmayacak, bu duruma bağlı olarak da muayene ve ihbar süresi veya zamanaşımı işlemeyecektir²⁰⁸.

İskân ruhsatı açısından Gümüş'e göre temel sorun²⁰⁹, ruhsatı alma yükümlülüğünün yükleniciye ait olduğu anahtar teslimi sözleşmelerde, eksik ifa veya ayıplı ifa talebinin aynı anda ileri sürebilmesinin mümkün olamamasından ileri gelmektedir. Zira eksik ifaya dayanan bir talebin yükleniciye karşı ileri sürülebilmesi için de, ayıptan karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için de inşaatın teslim edilmiş olması gerekir. Örneğin, anahtar teslimi kaydını içeren bir sözleşmeye istinaden yapılmış bir bağımsız bölümde, iş sahibi iskân ruhsatı alınmamış olmasına rağmen bağımsız bölümde oturmaya başlamış ve bağımsız bölümde var olan bir maddi ayıp dolayısıyla zarara uğramış olsa (hatalı döşenen su tesisatındaki kaçak yüzünden mobilyaların zarar görmesi gibi), Yargıtay'ın anahtar teslimi kaydını içeren sözleşmeye istinaden yapılmış olan "yapının iskan ruhsatı alınmamışsa teslim yoktur" görüşü esas alındığında, teslim gerçekleşmediği için iş sahibi ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sahip olduğu seçimlik hakları kullanamayacağı gibi, uğradığı zararın tazminini de isteyemeyecektir²¹⁰.

Öz'e göre eser tamamlanmadığı için yapı kullanma izninin alınmamış olduğu hallerde eksik ifa; eserin ayıplı imalatı nedeniyle tamamlanmadığı veya bina tamamlanmış olmasına karşın yüklenicinin yapı kullanma iznini almaması durumunda ayıplı ifa meydana gelmektedir²¹¹.

Öğretide iskân ruhsatının alınmaması halinde, eserin hukuken tamamlanmamış olması nedeniyle, iş sahibinin ifayı kabul etme zorunluluğunun ileri sürülmektedir²¹². Bu görüşe göre, eserin teslimi gerçekleşmediğinden, iş sahibinin ücret ödeme borcu da muaccel hale gelmemektedir. Ancak, iş sahibi yapıya taşınarak veya fiilen kullanarak, yapıyı ifa olarak kabul ettiğini ortaya koymuşsa, artık bu durumda hukuki teslimin gerçekleştiği kabul edilmektedir. İş sahibi, iskân ruhsatı olmadığı için yapıyı

²⁰⁸ Y. 14. HD., 2013/3801 E., 2013/5586 K., 10.04.2013 T. (www.kazanci.com ET. 29.11.2020); Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s.45.

²⁰⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2012, age. s. 52.

²¹⁰ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age s. 48; İş sahibi tarafından fiilen teslim alınmış bir yapıda var olan ayıplardan dolayı, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin haklarını ileri sürdüğü takdirde, Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince de hukuki teslim gerçekleşmiş sayılacağı düşüncesindeyiz.

²¹¹ M. Turgut ÖZ 2016, age. s. 148 vd.

²¹² Özer SELİÇİ 1978, age. s. 42; Hasan ERMAN 2010, age. s. 66; Y. 15. HD., 2019/2704 E., 2020/92 K., 15.01.2020 T. (www.legalbank.net ET. 29.11.2020)

ifa olarak kabul etmekten kaçındığı yönünde açık bir ihtirazı kayıt ileri sürerek yapıyı kullanmaya başlarsa, hukuki teslimin gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır.²¹³

Öğretide, inşaatın fiziken tamamlanmış olmasına rağmen teslimi kabul iradesinin ortaya konulmadığı durumlarda, iskân ruhsatının alınmamış olmasının eksik iş olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşüne katılmaktayız²¹⁴. Zira belgenin alınmaması ayıp olarak kabul edildiği takdirde, iş sahibi aleyhine muayene ve ihbar külfeti ile ücret ödeme borcu hakkaniyete aykırı şekilde muaccel hale gelecektir.

Sonuç olarak, sözleşmede hukuki nitelik olarak addedilebilecek yapı kullanma izin belgesi eksikliğinin fiziki nitelik eksikliği anlamına gelmemekle birlikte, yargı kararlarında ayıplı ifa olarak kabul edilmemesi yerindedir. Ancak, yapı kullanma izin belgesinin eksikliğinde menfaatlerin yanı sıra, işbu eksikliğin altında yatan nedenler ifa nitelendirmesinde önem arz ettiğinden, iş bu belgenin alınmamasının altında yatan sebepler eserdeki ayıplı imalatlardan kaynaklanıyorsa, eksik ifa durumunun iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil etmemesi gerektiği kanaatiyle, hak ve alacak talebinde bulunabileceği kabul edilebilmelidir.

2.5.2. Bağımsız Bölümlerdeki Eksiklikler

Bağımsız bölüm, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2'nci maddesinde, "*ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri*" olarak tanımlanmıştır.

Bağımsız bölüm, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde oldukça fazla uygulama alanı bulmaktadır. Genel olarak bu tip sözleşmelerde yüklenicinin borcu, sözleşmede kararlaştırılan şekilde bağımsız bölümleri yapmak ve teslim etmektir. Tarafların imza altına aldığı sözleşmeye göre, yüklenici tarafından yapılması veya orta seviyede bir bağımsız bölümde bulunması gereken bazı imalatların yapılmaması

²¹³ Zeynep ÖZCAN (2018). "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (11), s. 329; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age s. 49-50; İş sahibi tarafından fiilen teslim edilen eksik eser nedeniyle, ayrıca tazminat ödeme borcu altına girmektedir. (Y. 15. HD., 2018/4571 E., 2019/1369 K., 27.3.2019 T.: "...Sözleşmede iskân koşulu bulunduğundan arsa sahipleri kendilerine düşen bağımsız bölümleri teslim almış olsalar dahi yapı kullanma izin belgesi olmayan bağımsız bölümleri kullanmaya ve kiraya vermeye zorlanamayacaklarından oturarak kullanmak veya kiraya vererek gelir temin etmek suretiyle ekonomik yarar sağladıkları ve gelir temin ettikleri yüklenici tarafından ileri sürülüp yasal delillerle kanıtlanmadıkça arsa sahipleri yapı kullanma izin belgesi alınmaya kadar gecikme tazminatı isteyebileceklerdir.")

²¹⁴ Serkan AYAN 2008, age. s.69-70; Aynı yönde görüş için bkz, Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age s.49.

halinde bağımsız bölümlerde eksik ifadan söz edilmektedir²¹⁵. Sözleşmeye konu binadaki bir kısım bağımsız bölümlere düş teknesinin ve kalorifer peteklerinin konulmaması²¹⁶, kapıların ve dolap kapaklarının takılmaması²¹⁷ gibi durumlar bağımsız bölümlerde eksik işler için örnek olarak gösterilebilir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin eseri tamamlama ve iş sahibine devri gereken bağımsız bölümleri teslim etme borcu, arsa sahibinin de sözleşme gereğince yükleniciye bırakılması taahhüt edilen arsa paylarının devir borcu bulunmaktadır. Arsa paylarını devir borcu kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 479/I hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi anında muaccel olmaktadır²¹⁸. Bu nedenle yüklenici, kendi payına düşen arsa paylarının kendisine devrini ancak, eseri sözleşmeye uygun ve eksiksiz olarak teslim etmesi halinde talep edebilecektir.

²¹⁵ Y. 23. HD., 2014/8664 E., 2015/6196 K., 01.10.2015 T.; Y. 23. HD., 2014/471 E., 2014/3990 K., 22.05.2014 T.; Y. 23. HD., 25.09.2013 T., 2013/3935 E., 2013/5771 K.; Y. 23. HD., 2012/4645 E., 2012/6625 K., 12.11.2012 T.,: (www.kazanci.com ET. 14.12.2020); Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1847 vd.

²¹⁶ Y. 23. HD., 2014/8664 E., 2015/6196 K., 1.10.2015 T.: "...hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirlenen banyo küveti ve kalorifer peteği takılması işlerinin yüklenici tarafından taahhüt edilmediği gerekçesiyle mahkemece re'sen mahsup edilerek eksik iş bedeli hesaplandığı, ancak sözleşmede ayrıntıların düzenlenmeyip, tespit raporunda düş teknesinin eksik olduğu, dava dilekçesinde de daireye kalorifer peteklerinin takılması konusunda talep bulunduğu ve sayılan tüm eksik kalemlerin yüklenicinin inşaatındaki diğer dairelere de yapmış olması halinde, davacıya ait olan dairelere de yapması gereken imalatlar niteliğinde olduğundan, eksiklerin mahiyeti ve aksi yönde bir ispat bulunmadığı gözetilerek, mahkemece bu imalat kalemlerine ilişkin olarak da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken mahsup yapılarak karar verilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir." (www.lexpera.com ET. 14.02.2020)

²¹⁷ Y. 15. HD., 02.06.2011 T., 2011/192 E., 2011/3284 K. (www.kazanci.com.tr ET. 14.02.2020)

²¹⁸ Y. 23. HD., 2014/7835 E.,2015/1724 K., 19.03.2015 T.: "...Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 81. (6098 sayılı TBK'nın 97.) maddesine göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kural olarak kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. İmar mevzuatına uygun imalat, inşaatın iskân alınabilecek duruma getirilerek fiili ve hukuki yönden eksiksiz olarak arsa sahibine teslim edilmesi anlamını taşır ve sözleşmeye göre iskân alması gereken bir yüklenici iskân alınca kendisine düşen bağımsız bölümlerin arsa payının devrini isteyebilir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, ücret, devri kararlaştırılan arsa payıdır (TBK m. 479). Kural olarak, ücret (arsa payı) sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa (kademeli ferağ öngörülmemişse) işin yapılmasından sonra ödenir (devredilir). Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (TBK m. 97)"; Y. 23. HD., 2013/811 E., 2013/7562 K., 29.11.2013 T.: "...Dava, TBK'nın 470 ve devamında düzenlenen eser sözleşmesinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılmıştır. Buna göre yüklenicinin borcu, eseri, sözleşmesine, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde inşa ve teslim etmek; arsa sahibinin borcu ise buna karşılık taahhüt ettiği arsa payını akidinde devretmekten ibarettir. TBK 479. (BK.md.364) maddesi hükmüne göre iş sahibinin, bedeli ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Yanlar arasındaki sözleşmede bu hükmün aksine bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani, yüklenici eseri sözleşmesine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak teslim ettiği takdirde kararlaştırılan arsa payının adına devrini talep edebilir." (www.lexpera.com ET. 14.12.2020)

Bağımsız bölüme ait eksik işlerin yanı sıra, birden çok bağımsız bölümden oluşması gereken binada da eksik ifanın meydana gelmesi mümkündür. Örneğin, belirli katlardaki bağımsız bölümlerin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi ve iş sahibince bu bölümlerin kullanılmaya başlaması durumunda, eserin teslim borcunun kısmen yerine getirilmesinden söz edilecektir. Öte yandan iş sahibince teslim edilmeyen diğer bağımsız bölümler için yüklenicinin ifa borcu devam edecektir²¹⁹.

Bağımsız bölümlerde ortaya çıkan eksik imalatlar dışında, sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden daha küçük inşa edilmiş olması halinde de eksik iş söz konusudur²²⁰. Uygulamada en önemli uyumsuzlıklardan sayılan yüzölçümü eksikliği aşağıda ele alınmıştır.

2.5.3. Yüzölçümü Eksikliği

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, gayrimenkulün kararlaştırılandan daha küçük, bir başka deyişle bağımsız bölümde yüzölçümünün eksik imal edilmesi ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Yüklenici tarafından taşınmazın yüzölçümü eksik imal edildiği takdirde, bahsi geçen eksikliğin eksik ifa olarak kabul edilip edilemeyeceği yargı kararları ve öğretide tartışmaya konu olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 tarihli, 4/80 esas ve 77 karar sayılı emsal ilamında “...*Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişiği bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi...*” değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Bu şekilde taşınmazdaki eksikliğin ayıplı ifa hükümlerine tabi tutulmaması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede özellikle de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.12.1992 tarihli 09.12.1992 esas ve 1992/732 karar sayılı yüzölçümü eksikliğinin eksik ifa olduğu görüşünü benimseyen emsal kararına ve günümüze dek tesis edilen yargı kararlarına yol gösterici olmuştur²²¹. Yargıtay'ın yüzölçümü eksikliğini ayıp

²¹⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 73; “... genel olarak kabul edildiği üzere, eserin kısım kısım teslim edileceğinin kararlaştırılmış olmasına rağmen, bedelin de her bir kısım için ayrı ayrı kısmî teslim üzerine ödeneceği açıkça kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel ödeme borcu, sonuncu kısmın teslimiyle birlikte muaccel olur.” Peter GAUCH 1996, Aktaran Serkan AYAN 2008, age. s. 73.

²²⁰ Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1847 vd.

²²¹ YHGK., 09.12.1992 T. 1992/649 E., 1992/732 K. “...*Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırılandan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK.nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide hemen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir. Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın*

değil de eksiklik olarak kabul etmesinde, iş sahibini ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulandığı takdirde bağlı kalacağı eseri ihtirazî kayıtla teslim almak, muayene ve ihbar külfetine uymak gibi sıkı koşullardan kurtarmak düşüncesi etkili olmuştur. Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu görüşe göre, yüzölçümü eksikliği halinde iş sahibi eksik ifa nedeniyle yükleniciden genel hükümler çerçevesinde zararlarının tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Bahsi geçen incelemeler neticesinde, Yargıtay tarafından genel olarak inşaat sözleşmelerinde meydana gelen yüzölçümü eksikliğinin “eksik ifa” olduğu hâkim görüş haline gelmiştir.

benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da, "... Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişiği bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi" denilmekle, genelde yüzölçümündeki noksanlığın ayıp sayılamayacağı görüşü benimsenmiştir. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri, için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, akdin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan-Borçlar H., C. I/1, s. 170 vd.). Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekân küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri ret olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur. Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karışılan 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 (Prof. Dr. H. Tandoğan age., 2. c., s. 166; T. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 94; Dç. Dr. H. Burcunoğlu H. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve T.H.Ar. Enstitüsü, Y. 1990 B., s. 286 vd.). Bu itibarla; yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılandan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK.nun değişik 126/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabileceği göz önünde tutularak Özel Daire kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve Yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmadır..." (www.lexpera.com ET. 27.11.2020); aynı yönde Y. 15. HD., 2007/6360 E., 2008/6079 K., 16.10.2008 T., "...Sözleşmenin 3. maddesinin ikinci paragrafında her bağımsız bölümün 100'er m2'den az olamayacağı yanlarca kabul edilmiştir. Bilirkişi kurulu rapor ve ek raporlarından davacıya ait dairelerin 100 m2'den daha küçük yapıldığı anlaşılmaktadır. Dairemizin 20.11.1995 gün 1995/5216 Esas 1995/6697 Karar sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.12.1992 gün 1992/649 Esas 1992/732 Karar sayılı ilamları ve kararlılık kazanan uygulamaya göre bariz mesaha noksanlığı "ayıplı" değil "eksik" iş kabul edilmektedir. Yüklenici taahhüt edilenden daha küçük bağımsız bölüm teslim etmekle kural olarak borcunu eksik ifa etmiş sayılır. Eksik iş bedeli de teslimde ihtirazî kayda gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman istenebilir. 27.10.2004 tarihli zeyilnamede yükleniciye ait bağımsız bölümlerden bir tanesi arsa sahibine teminat olarak bırakılmış ise de; bu hükmedilecek eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsilini güvence altına almak amacıyla yapıldığından arsa sahibinin eksik ve kusurlu işler bedelini talep ve dava hakkını ortadan kaldırmaz. O halde davacının bu konudaki isteminin değerlendirilip hüküm altına alınması gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu reddi usul ve yasaya aykırı olmuştur."(www.lexpera.com ET. 27.11.2020); aynı yönde kararlar için bkz: Y. 15. HD., 2009/1389 E., 2010/1028 K., 22.02.2010 T.; Y. 15. HD., 2009/1389 E., 2010/1028 K., 22.02.2010 T. (www.lexpera.com ET. 27.11.2020)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yüz ölçümü eksikliğini eksik ifa olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair görüşü, öğretide bazı yazarlar tarafından da benimsenmiştir²²². Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, yüzölçümünde eksiklik halinde iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 227'nci maddesinde yer alan ayıpsız benzeri ile değiştirme imkânına sahip olmaması sebebiyle, iş sahibinin menfaatinin korunması konusunda ayıptan doğan sorumluluk hükümleri yetersiz olacaktır. Bu çerçevede yüzölçümü eksikliğinin varlığı halinde eksik ifa olduğunun kabul edilmesi ve yüklenicinin temerrüt hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür²²³.

Öğretideki baskın görüşe göre²²⁴, yüzölçümü eksikliğinin ayıplı iş olarak kabul edilmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 244'üncü (eski BK 215'inci) maddesinden ileri gelmektedir. Kanun'un 244'üncü maddesinde yer alan “*Aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir. Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” düzenlemesi uyarınca taşınmaz satım sözleşmelerindeki bu eksiklik, ayıp olarak kabul edilmektedir. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de teslim edilen bağımsız bölümde metrekare eksikliği mevcutsa ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen “yüzölçümü eksikliğinin eksik ifa olacağı” yönündeki kararlarının uygulamada pratik ihtiyaçları karşılamakla sınırlı kaldığı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, bağımsız bölümlerde yer alan yüzölçümü eksikliğinin sözleşmede kararlaştırılmış bir özellik olması nedeniyle, iş bu taahhüt edilen ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde edimin ifaya uygun düşmeyeceği ve dolayısıyla ayıplı ifa sonucunu doğuracağı savunulmuştur²²⁵. Örneğin yüklenici tarafından bağımsız bölüm 100 m² yerine 80 m²

²²² Faruk ACAR 2013, age. s. 6; Cengiz KOSTAKOĞLU 2015, age. s. 448; Efrail AYDEMİR 2016, age. s. 231; İlker Hasan Duman (2018), *İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 802

²²³ Mustafa GÜR 2017, age. s. 70; Bu görüşe göre ayıplı ifa halinde muayene ve ihbar külfetinin iş sahibi için ağır bir yükümlülük doğurmasının yanı sıra, yüzölçümü eksikliğinin ayıplı ifa olarak kabul görmesi halinde ayrıca iş sahibinin arsa payının devir borcu muaccel hale geleceğinden hakkaniyete aykırı düşeceği yorumlanmıştır.

²²⁴ Peter GAUCH 1996, *Aktaran* Serkan AYAN 2008, age. s. 62; Haluk BURCUOĞLU 1990, age. s. 285; K. Emre GÖKYAYLA 2009, age. s. 139.

²²⁵ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 54; Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 94.

olarak yapılmışsa, artık bu bağımsız bölüme ve hatta binaya zarar vermeden yapılmış olan alanın metrekaresinin artırılması mümkün değildir²²⁶.

Taşınmazda meydana gelen yüzölçümü eksikliğinin giderilmesi veya tamamlanması, yapının bütünlüğü bozulmaksızın mümkün olamayacağı gibi, eksik ifanın hukuki niteliğiyle de nazara alındığında yüzölçümü eksikliğinin ayıplı ifa olarak kabulünün daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

2.5.4. Ortak Yerlerdeki Eksiklikler

Ortak yer kavramı, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun'un 2'nci maddesinde "*Ana gayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler*" olarak tanımlanmış ve aynı Kanun'un 4'üncü maddesinde, temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler²²⁷, asansörler²²⁸, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırlık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları²²⁹, sığınaklar, her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler, çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri "*ortak yerler*" olarak sayılmıştır. Kanun metninde sayılan bu ortak yerler haricinde olup da ortak kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan yerler ve şeyler de aynı maddede ortak yerler olarak kabul edilmiştir.

Ortak yerlere ilişkin ifa borcu, mevzuattan veya taraflar arasındaki sözleşmede ileri gelebilir. Bu doğrultuda sözleşmede veya projede belirtilmemekle birlikte, aynı zamanda imar mevzuatına göre yapılması zorunluluğu bulunmayan bir ortak yerin imal edilmemiş olması halinde yüklenicinin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla iş sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme ile yapılacağı kararlaştırıldığı

²²⁶ age. s. 94; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2012, age. s. 46; M. Turgut ÖZ 2016, age. s. 3.

²²⁷ Y. 23. HD. 2014/3736 E., 2014/7557 K., 25.11.2014 T. (www.kazanci.com ET. 08.12.2020)

²²⁸ Y. 23. HD. 2015/6392 E., 2018/3225 K., 23.05.2018 T. (www.kazanci.com ET. 08.12.2020)

²²⁹ Y. 23. HD. 2014/9347 E., 2016/1469 K., 10.03.2016 T. (www.kazanci.com ET. 08.12.2020)

halde hiç yapılmayan veya eksik yapılan ortak yerler, inşaatta eksik işin konusunu oluşturacaktır²³⁰.

Ortak yerlerde eksik ifa söz konusu olduğu durumlarda arsa sahibi, bu eksiklerin giderilmesi için gereken tüm tutarı değil, ancak kendi arsa payı oranına tekabül eden tutarı talep etme hakkında sahiptir²³¹. Öğretide arsa sahibinin ancak arsa payı oranında talep hakkına sahip olmasının arsa sahipleri açısından aleyhe bir sonuç yaratacağı yönünde kaygıya sebebiyet vermemesi gerektiği; zira, arsa sahibinin eksik işler yönünden, “borçlu yerine ifa” talebinde bulunarak eksikliklerin giderilmesini isteyebileceğinden adaletsiz bir durum yaratılmamış olacağını savunulmuştur²³². Bu konu hakkında öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, ortak yerlerdeki eksiklikler arsa sahibine ait bağımsız bölümün kullanımına olumsuz şekilde etki ediyorsa, eksik iş bedelinin tamamı istenebilecektir²³³. Kanaatimizce de ortak yerlerdeki eksikliklerin bağımsız bölümlerde önemli bir rol oynaması ve iş sahibinin menfaatini etkileşimi halinde eksik iş bedelinin tamamının istenebilmesi gerekir. Ayrıca arsa sahibinin kullanımına engel olmasının yanı sıra, borçlu yerine ifanın söz konusu olamayacağı eksikliklerde, arsa payının tamamının istenmesinin hakkaniyete uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Yargıtay tarafından ortak yerlerde meydana gelen eksik ve bozuk imalatlardan dolayı açılacak tazminat davalarının davacının bu hakkını gecikmeden, bir başka ifadeyle makul sürede kullanmış olması aranmaktadır²³⁴. Bu kapsamda ortak yerlerdeki eksikliklerin taşınmazda meydana getirdiği zararların çoğalmasında iş

²³⁰ Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s.1849; “İnşaatın çatı kısmı ortak yerlerdendir. Böyle durumlarda davacı arsa sahibi ancak kendisine isabet eden bağımsız bölümlerin pay toplamı oranında ortak yerlerdeki eksiklikten dolayı istekte bulunabilir” Y. 15. HD., 23.1.1990 T., 2202/84. (Hasan ERMAN 2010, age. s. 201)

²³¹ Erman (2010), İnşaat Sözleşmesi, s. 201; Kostakoğlu (2015), İnşaat Hukuku, s. 456; Mustafa KIRMIZI (2014), Açıklamalı- İctihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, s. 974.

²³² Kevork KOSTAKOĞLU 2015, age. s.457; Y. 23. HD. 2016/1498 E., 2018/4869 K., 25.10.2018 T. “...’ın binanın ortak yerlerinde yapılmamış olan eksik işler bedeli olan...015,00 TL olduğu, (C) blok.... kat... numaralı ve (E) blok.... kat... numaralı meskenlerin arsa payına isabet eden eksik işler bedelinin...608,33 TL olduğu gerekçesiyle talebinin kısmen kabulüne...” (www.kazanci.com ET. 08.12.2020)

²³³ Nezih SÜTÇÜ (2016), Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, C. I, Ankara, s. 957; Serkan AYAN 2008, age. s. 87.

²³⁴ Y. 15. HD., 2018/1263 E., 2018/4162 K., 31.10.2018 T.: “...Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (BK m. 126/son) talep edilebilir. Ancak eksikler için bedel hesabında teslimden itibaren geçecek makul süre dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir.” (www.lexpera.com.tr ET. 08.12.2020).

sahibinin kusuru mevcut ise zararın tamamı talep edilemeyecektir²³⁵. Bir başka ifadeyle iş sahibinin kasıtlı olarak, makul süreyi aşacak şekilde dava ve talep hakkını kullanması eserdeki zararın katlanmasına sebebiyet vermiş ise, iş sahibinin bu kusuru indirim sebebi olarak kabul edilecektir.

Öğreti ve yargı kararlarında arsa sahibinin eksik ifa nedeniyle zararını isteyebilmesi için beklemesi gereken makul sürenin üzerine eksik işlerin bitirileceği sürelerin de eklenmesi ve bu tarihteki piyasa rayiç bedellerine göre eksik iş bedelinin hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir²³⁶.



²³⁵ Y. 15. HD., 2016/5128 E., 2017/3177 K., 28.09.2017 T.: “...Eser sözleşmelerinde işin eksik teslimi halinde, iş sahibi makul süre içinde eksikleri tespit ve giderimi için talepte bulunup dava açmak zorundadır. Gecikerek davanın açılması halinde iş sahibi kendi kusuru ile zararın artmasına neden olacağından, işin yapılıp teslim edildiği tarihte yürürlükte bulunan TBK'nın 104. maddesi dalaletiyle 52. maddesi uyarınca artan zarardan yüklenici sorumlu tutulamaz.” (www.lexpera.com.tr ET. 08.12.2020).

²³⁶ İzzet KARATAŞ (2016), Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınları, Ankara, s. 149; Y. 23. HD., 2015/3238 E., 2016/1613 K., 15.3.2016 T.: “...dava tarihine kadar ifayı bekleyen arsa sahibine eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedeli alacağına ilişkin dava tarihindeki serbest piyasa rayiçleriyle hesaplanması gerekirken, inşaatın teslimi gereken tarihteki rayiçlerle hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibar edilmesi de doğru olmadığı gibi, eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedelinin de arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin incelenerek bu bölümlerdeki tüm eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedelinin; ortak alanlardaki eksik ve kusurlu işlerin ise yine aynı suretle tespit edilerek giderilme bedelinden sözleşmedeki paylaşım oranına göre arsa sahibine isabet eden kısmına hükmedilmesi gerekirken, tüm inşaatın metrekare birim fiyatına eksik olan fiziki oran uygulanarak bulunan rakamın tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.” (www.kazanci.com ET. 08.12.2020)

BÖLÜM III

EKSİK İFA HALİNDE TESLİM SORUNU

3.1. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'ndaki eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde, eseri teslim borcuna ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak kanun koyucunun bu borcu kanun metni içinde zımnen kabul etmiş olduğuna çalışmamızda daha önce yer vermiştik. Bu doğrultuda eserin tesliminin, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun doğal sonucu olduğunun kabul edilmesi mümkündür²³⁷.

Eserin teslim borcunun sona ermesi için kural olarak, eserin tamamlanmış olması ve yüklenicinin sözleşmede yer alan bütün yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir²³⁸. Eser sözleşmesinde eksik işlerin mevcut olması halinde ise, eserin teslim borcunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olduğundan ayrı başlıklar halinde incelemek gerekmiştir.

3.2. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

3.2.1. Öncülüğünü Gauch'un Yaptığı ve Doktrinde Hâkim Olan Görüş

Öğretide hâkim olan görüşe göre eserin teslim edilmiş sayılabilmesi için, eserin tam olarak meydana getirilmiş olması ve yüklenici tarafından sözleşmeyi ifa amacıyla iş sahibinin emrine geçirilmesi gerekmektedir²³⁹. Dolayısıyla bu görüşte taraflar arasında akdedilen sözleşmedeki tüm yükümlülüklerinin yüklenici tarafından yerine getirilmiş olması beklenilmekte ve eserin tam olarak meydana getirilmemesi, yani

²³⁷ Murat AYDOĞDU 2019, age. s. 264; Fikret EREN (1999), age. s. 526; Cevdet YAVUZ 2014, age. s. 526.

²³⁸ Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 88.

²³⁹ Peter GAUCH 1996, *Aktaran* Hasan Seçkin OZANOĞLU (1999), “İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, s. 2); Müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirebilmiş sayılabilmesi için, eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermiş olması, onun eser üzerinde doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlaması ya da onun zilyetliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırması gerekir. Serkan AYAN 2008, age. s. 62; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 35; Zarife ŞENOCAK 2002, age. s. 87; Kenan TUNÇOMAĞ 1977, age. s. 1012.

eksik ifa söz konusu olduğunda, eserin tesliminin gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır.

Öğretide çoğu yazar tarafından savunulan bu görüş kapsamında, dürüstlük kuralından kaynaklı istisnalar bulunmaktadır²⁴⁰. İlk istisna, eksikliğin çok önemsiz olduğu hallerde eser tesliminin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilmesidir. Eserdeki önemsiz ve tali işlerde eksiklik mevcutsa bu eksik işlerin iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir.

Diğer istisna hal ise, yüklenicinin ifa amacıyla eserin teslim etme iradesini ortaya koymasına karşılık, açık veya örtülü şekilde henüz tamamlanmamış eserin ifa olarak kabul edildiği yönünde yüklenici nezdinde haklı bir güven oluşturulduktan sonra, iş sahibince eser tesliminin eksiklikler nedeniyle gerçekleşmediğinin ileri sürülmesidir. Yüklenicinin kullanımına sunulan eser hakkında iş sahibinin uzun süre sessiz kalması veya taşınmazı kullanmaya başlaması durumlarında, artık yüklenici nezdinde eserin teslim edildiğine dair güvenin korunması gerekir²⁴¹.

Bu görüşe göre eserdeki eksiklikler için dürüstlük ilkesine ilişkin bahsi geçen istisnalar, yüklenici açısından da ileri sürülebilir. Örneğin yüklenicinin ifa iradesiyle inşaatı tamamlamış gibi teslim etme iradesini ve iş sahibinin de bu eseri ifa olarak teslim aldığını açık veya örtülü olarak ortaya koyması sonrasında, iş sahibinin ayıptan doğan haklarını öne sürmesi halinde, bu sefer de yüklenicinin eksiklikleri bahane ederek teslimin henüz gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaktır²⁴².

Sonuç olarak bu görüşü benimseyen yazarlar, eksik ifa halinde teslimin gerçekleşmeyeceğinin yanı sıra, Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralının, yüklenici nezdinde eseri teslim etmiş olduğuna ilişkin oluşan güvenin göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²⁴³. Kanaatimizce eserdeki eksikliklerin dürüstlük kuralı dışında, eserdeki önemi ve niteliği somut duruma göre değerlendirilmelidir. Zira tarafların üzerinde anlaşmaya

²⁴⁰ Peter GAUCH 1996, *Aktaran* Serkan AYAN 2008, age. s. 63; Benzer görüşler için bkz. Hasan ERMAN 2010, age. s.29; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 35; Salih Cevdet ŞAHİNİZ 2014, age. s. 98; Zariye ŞENOCAK 2002, age. s. 88.

²⁴¹ Hasan ERMAN 2010, age. s.34; Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1851; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 126.

²⁴² Serkan AYAN 2008, age. s. 63.

²⁴³ Hasan ERMAN 2010, age. s.34; Sanem AKSOY DURSUN 2011, age. s. 1851; Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 126.

vardıkları eserde bulunan eksikliğin niteliğine göre, ortaya çıkarılan eserin mevcut hali, iş sahibinin sözleşmeye dair menfaatlerini tatmin edecek düzeydeyse, eserin teslim edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

3.2.2. Öncülüğünü Koller'in Yaptığı Görüş

Öğretide öncülüğünü Koller'in yapmış olduğu diğer bir görüşe göre, yüklenicinin üstlendiği işlerin bir kısmının yapılmamış olduğu, bir başka deyişle eksik ifanın söz konusu olduğu durumlarda, somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda eksikliğe rağmen hukuki anlamda teslimin gerçekleştiği kabul edilmesi gündeme gelebilir²⁴⁴. Örneğin, iş sahibinin eksik bir yapıya taşınmasına ve yıllarca orada ikamet etmesine rağmen, hukuki anlamda eserin teslimi gerçekleşmemiş sayılır ise hem bedel borcu muaccel olmayacak hem de ayıptan doğan haklar için geçerli olan muayene ve ihbar süreleri başlamayacaktır²⁴⁵. Bahsi geçen örnek doğrultusunda, iş sahibinin sözleşmeden beklediği faydayı görmesi nedeniyle, artık iş sahibinin eseri kabul iradesine sahip olmadığı ileri sürülemeyeceği bu görüşte esastır.

Bu görüşe göre yüklenicinin eseri tamamlandığını açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirmesi üzerine, iş sahibi işin niteliğine uygun ve kısa bir süre içerisinde, eksik ifa edilmiş eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmediği takdirde eser kabul edilmiş sayılmalıdır²⁴⁶. Bir başka ifade ile yüklenici tarafından ifa iradesiyle sunulan eserin iş sahibince kabul edilmediğine dair beyan yükleniciye bildirilmediği sürece, yüklenicinin eseri teslim borcu sona erecektir. Ancak eksik ifa eserde açıkça anlaşılabilir ise, bu durumda yüklenicinin açık veya örtülü bildirim, iş sahibine yönelik bir icap olarak kabul edilmelidir²⁴⁷. Bu durumda yüklenicinin, iş sahibine, sözleşmenin içeriğinde bir değişiklik önerdiği ve dolayısıyla iş sahibinin sessiz kalması, kural olarak kabul biçiminde yorumlanamayacağı ileri sürülmüştür²⁴⁸.

Gauch tarafından ileri sürülen görüş ile Koller tarafından ileri sürülen görüş her ne kadar birbirine benzerlik göstermekte ise de Gauch tarafından dürüstlük kuralı ön plana alınmışken, Koller tarafından iş sahibinin kabul iradesinin varlığı şart koşulmaktadır²⁴⁹. Koller, eserin iş sahibinde kabul edilmesi halinde eserin teslim

²⁴⁴ Alfred KOLLER 2015, *Aktaran Serkan AYAN* 2008, age. s.63-64; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 56-57; Hasan ERMAN 2010, age. s. 49.

²⁴⁵ Alfred KOLLER 2015, Roman BÖGLİ 2011, *Aktaran Serkan AYAN* 2008, age., s. 64.

²⁴⁶ *Aktaran* age. s. 64.

²⁴⁷ *Aktaran* age. s. 64.

²⁴⁸ *Aktaran* age. s. 64

²⁴⁹ *Aktaran* age. s. 64

borcunun sona ermiş sayılacağını savunmuşsa da kanaatimizce eserdeki eksikliklerin türüne göre ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

3.2.3. Gümüş'ün Görüşü

Gümüş'e göre²⁵⁰ eserdeki eksikliklerin niteliği, bir başka ifadeyle eksikliğin eserdeki önemi, eserin teslimine etki etmektedir. Yazara göre, iş sahibinin eksik eseri reddedebilmesi için, eserde önemli eksikliklerin var olması gerekir. Eserde önemli eksikliklerin mevcut olması halinde ise, yazar iş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesi ve devamında yer alan borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağını savunulmaktadır.

Yazara göre, eserde önemli olmayan eksikliklerin mevcut olması halinde hukuken eserin iş sahibine teslimi mümkündür ve bu halde iş sahibinin eksikliklere dayanarak eseri teslim almaktan kaçınması mümkün değildir. Bu durumda iş sahibi sadece, Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesine göre uğranılan zararı tazmin hakkına sahip olmaktadır. Bir başka ifadeyle önemli olmayan eksiklikler için iş sahibinin eksik iş tazminatı talep edebilecektir²⁵¹. Eserde önemsiz eksikliğin yanı sıra, eserde ayıp tespit edildiği takdirde, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde iş sahibinin ayrıca yüklenicinin sorumluluğuna gitme hakkı bulunduğu da yazar tarafından savunulmaktadır.

Yargıtay'ın eserdeki eksiklikler için "pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılabilir boyutta" ise, eserin tesliminin gerçekleşmiş sayılacağı ve yüklenicinin hak sahibi olabileceği kıstası, yazarın bu görüşüne referans olmuştur²⁵².

3.2.4. Ayan'ın Görüşü

Yazar eserde eksik ifa halinde teslimden söz edilip edilmeyeceği hakkında karma bir görüş benimsemiştir. Gauch ve Koller tarafından eksik ifada teslim hakkında ortaya atılan görüşler, yazar tarafından makul görülmüşse de eksik yönlerin bulunduğu

²⁵⁰ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 356.

²⁵¹ age. s. 356.

²⁵² Y. 14. HD., 20.11.2013 T., 5341/8244 (Naklen: Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 356); Y.14. HD., 1999/7472 E., 1999/7431 K., 01.11.1999 T.; "...Yüklenicinin şahsi hak kazanması edimini tam olarak yerine getirmesi ile oluşacağından şayet yüklenicinin eksik bıraktığı iş var ise, bunun pek az ve katlanılabilir boyutta olması koşuluyla tamamlanması, yüklenici ya da onun halefi olan üçüncü kişilerden istenebilir veya bedeli saptanarak bu bedelin ödenmesi koşuluyla tescile karar verilebilir..." (www.lexpera.com.tr ET. 13.12.2020)

ileri sürülmüş; eserdeki eksikliklerin önemi ve eserin kısım kısım teslim edilmesine göre ayırım yapılarak sonuca gidilmesinin hakkaniyete uygun düşeceği belirtilmiştir²⁵³.

Yazara göre, teslim için dürüstlük kuralları ışığında, somut olay ve koşullar nazara alınarak önemsiz, önemli ve orta önemli eksikliklere göre yorum yapılmalıdır²⁵⁴. Zira eksik eser hiçbir zaman teslim edilemeyeceği gibi, sadece dürüstlük kuralına göre istisnaların bulunduğu görüşü yetersiz kalacaktır. Ayrıca yazara göre sözleşme kapsamındaki işin hacmi, eksik kalan işlerin eserdeki nitelik ve miktarı göz önüne alındığında, iş sahibinin dürüstlük kurallarına göre ifayı kabul etmesinin kendisinden beklenebilmesi için teslim engeli olmayan önemsiz eksiklikler bulunması gerekir²⁵⁵. Bu kapsamda iş sahibinin eserden beklentisini karşılamayan eksikliklerin varlığı halinde hukuken teslim borcunun yerine getirildiğinden bahsedilemeyecektir. Örneğin ev yapımı esnasında bir adet elektrik prizinin takılmamış olması, işin geneline göre önemsiz bir eksik iş olarak görüleceğinden evin teslimine engel sayılmayacak ancak, güneş enerjisi ile ısınması planlanan evin inşasında güneş enerji panellerinin monte edilmemiş olması önemli eksiklik sayılacağından evin teslimine engel teşkil edecektir.

Teslime engel olmadığı düşünülen önemsiz eksikliklerde eserin teslim borcunun yerine getirilmiş sayılabilmesi için, iş sahibinin eseri bu hâliyle ifa olarak teslim aldığı yönünde, yüklenici nezdinde bir güven oluşturması gerekmeyeceği savunulmaktadır²⁵⁶. Yazara göre, Yargıtay tarafından da objektif iyiniyet kurallarının korunması nedeniyle önemsiz eksikliklerde eserin teslimi mümkün olmalıdır²⁵⁷. Öte yandan eserdeki eksikliklerin artık ifa olarak kabulü mümkün olmayacak derecede olması halinde, iş sahibince eserin kullanmaya başlanması halinde dahi kabul iradesi aranmayacaktır²⁵⁸.

Yazar iş sahibinin açık veya örtülü rızası ile kabul edebileceği eserlerde eksik ifa bulunması halinde ise teslimin gerçekleşmiş olduğu olacağını belirtmektedir. İş sahibinin rızasının uygun süre içerisinde ortaya koyulmaması halinde yüklenicinin

²⁵³ Serkan AYAN 2008, age. s. 65.

²⁵⁴ age. s. 65.

²⁵⁵ age. s. 66.

²⁵⁶ age. s. 66- 67.

²⁵⁷ Y. 13. HD., 1999/8766 E., 2000/497 K., 27.01.2000 T.: "... cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktardaki ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medeni Kanununun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz..." (www.kazanci.com.tr ET. 13.12.2020)

²⁵⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 68; Karşı görüş için bkz: M. Turgut ÖZ 1996, age. s. 169.

hakları saklı kalmaktadır.²⁵⁹ Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri olan yapı kullanma iznini alma yükümlülüğünün, sözleşmeyle yükleniciye yüklenmesi durumunda, inşaat fizîken tamamlanmış olsa da hukuken tamamlanmış sayılmayacaktır²⁶⁰. Yazar bu durumda iş sahibinin, yapı kullanma izni alınmamış bir yapıyı ifa olarak kabul etme zorunluluğunun bulunmadığını ancak, yapıya taşınma gibi bir davranışıyla yapıyı ifa olarak kabul ettiğini ortaya koyması durumunda, artık teslimin gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Bu görüş kapsamında, eserin kısmen tesliminin mümkün olduğu hallerde, teslim edilen işlerin tamamlanmış olması veya tamamlanmış sayılması yeterli olacaktır²⁶¹. Öte yandan eserin tamamı için teslim tarihi sözleşmede belirlenmişse, kural olarak kısmi teslimden söz edilemeyecektir. Eserin tamamlanmasının ardından bütün kısımların iş sahibine hep birlikte teslim edilmesi kararlaştırılmış olsa bile, iş sahibinin açık veya örtülü kabul iradesi, tamamlanmış kısmi eserin teslim edilmiş sayılmasına olanak sağlamaktadır²⁶². Kanaatimizce de eksik ifa için öne sürülen diğer görüşlere göre karma bir görüş olması nedeniyle daha uygundur.

3.3. EKSİK İFA TÜRLERİNİN TESLİME ETKİSİ

Eserin tesliminden bahsedilebilmesi için, kural olarak yüklenicinin gerek sözleşmede taahhüt etmiş olduğu gerekse iş değişiklikleri sonucu yapmak zorunda kaldığı edimlerini yerine getirmiş olması, diğer bir ifadeyle eseri tamamlamış olması gerekir²⁶³. Eserdeki bazı işlerin eksik bırakılması ya da eserin tam ve eksiksiz olarak meydana gelmediği durumlarda hukuki anlamda teslimden söz edilemez. Bu halde iş sahibi eksik eseri teslim almak zorunda değildir.

Sözleşmeye konu edilen eserin teslim alınması iş sahibi için bir külfet oluşturmaktadır. İş bu külfetin yerine getirilmemesi halinde ise iş sahibi bakımından alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir²⁶⁴.

²⁵⁹ Serkan AYAN 2008, age. s. 68-69; Orta derece önemli eksiklikler arasında yapı kullanma izninin alınmaması örnek gösterilmekle birlikte, kural olarak hukuken teslimin mümkün olamayacağı belirtilmiş ise de, inşaata taşınması halinde iş sahibinin ifayı kabul etmiş sayılacağı ve teslimin hukuken gerçekleştirdiğinin kabulü gerekeceği savunulmuştur. (Ayrıntılı bilgi için bkz: **2.5.1. Yapı Kullanma İzininin Alınmaması**)

²⁶⁰ Hasan ERMAN 2010, age. s. 31, 66 ve 87; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 41.

²⁶¹ Serkan AYAN 2008, age. s. 72.

²⁶² age. s. 71-73.

²⁶³ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 126.

²⁶⁴ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age. s. 3; Y. 15. HD., 2019/2482 E., 2020/22 K., 13.01.2020 T.: *“Davalı iş sahibinin tamamlanmış olan eseri teslim almaktan haklı bir neden olmaksızın kaçınması halinde de alacaklı temerrüdüne düşeceğinden...”* (www.kazanci.com ET. 25.10.2021).

İş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınmasının mümkün olduğu ve bu durumda teslim almamanın alacaklı temerrüdüne yol açmayacağı hallerde ise artık eksik ifa söz konusu olacaktır. Eserin teslim alınmasında dürüstlük kuralı sınırlaması uygulama alanı bulur. Öyle ki iş sahibi açısından, eserde önemsiz eksiklikler halinde teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmazken; orta derecede önemli eksiklikler ve önemli eksiklikler bakımından iş sahibi, iradesi doğrultusunda inşaatı teslim almaktan kaçınma hakkına sahip olmaktadır²⁶⁵.

İş sahibi kural olarak eserde ayıp veya eksik işlerin bulunması halinde eseri teslim almaktan kaçınabilir²⁶⁶. İş sahibinin, eseri teslim almaktan kaçınabileceği bu durumlarda eserin teslim borcu gerçekleşmediğinden, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi söz konusu olmaktadır²⁶⁷. Bu çerçevede iş sahibi dürüstlük kuralına göre eseri uygun bir süre içinde inceleyebilmelidir. İş sahibi ise ifayı kabul etmediğini yükleniciye uygun bir süre içinde bildirmediği takdirde, eseri kabul etmiş sayılır²⁶⁸. İş sahibi, her ne kadar eksik bir eseri teslim almak zorunda değilse de bahsi geçilen istisnaî durumlarda, eserin teslim edilmiş olduğu varsayılabilmektedir. Bu nedenle eserdeki eksikliklerin türü eserin tesliminde önem arz edecektir.

Eserde önemsiz eksikliklere dair daha önce yapılmış olan açıklamalar ışığında, iş bu eksikliklerin eserin tamamına oranla küçük bir değer taşımasının yanı sıra, yüklenici nezdinde teslim almaya dair güven de aranmamaktadır²⁶⁹. Eserde önemsiz eksikliklerin var olması halinde, iş sahibinin eserin tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, eserin teslim edildiği kabul edilir ve iş sahibinin teslim konusundaki iradesi önem arz etmez²⁷⁰. Bu bağlamda önemsiz eksikliklere rağmen

²⁶⁵ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 21; Serkan AYAN 2008, age., s. 56.

²⁶⁶ Serkan AYAN 2008, age., s. 56.

²⁶⁷ M. Turgut ÖZ 1996, age. s. 103; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 5.

²⁶⁸ Serkan AYAN 2008, age., s. 57.

²⁶⁹ age., s. 67; Y. 13. HD. 1999/8766 E., 2000/497 K., 27.01.2000 T. :“...Öte yandan, cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktardaki ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medeni Kanununun 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz...” (www.legalbank.net ET: 14.01.2021)

²⁷⁰ Haluk TANDOĞAN 2010, age. s. 126; Hasan ERMAN 2010, age. s. 30; Serkan AYAN 2008, age., s. 63, 66; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 40; Y. 15. HD. 1988/2115 E., 1989/726 K., 22.2.1989 T.: “...Davalı yüklenici de uzatılan süre içerisinde inşaatı ufak tefek noksanlıklarla bitirmiştir. Söz konusu ayıp ve noksanlıklar inşaatın teslim alınarak kiraya verilmesini engelleyici nitelikte olmayıp, davacı iş sahibi inşaatı teslim almamakla zararın oluşmasına kendisi sebebiyet vermiştir.” (Cengiz KOSTAKOĞLU 2104, age. s. 537)

eserin fiilen teslim alındığında, hukuki anlamda teslimin de gerçekleşmiş sayılacağıın benimsenmesi mümkündür.

Eserin, iş sahibinin kullanımına engel teşkil etmeyen, orta derece önemli eksikliklerle teslimi, iş sahibinin eksik eseri teslim almayı reddetmemesi koşuluna bağlanmıştır. İş sahibinin eksik ifayı kabul iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koymasının teslimin gerçekleşmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁷¹. Örneğin, iş sahibinin kendi payına düşen bağımsız bölümü kiraya vermesi, müteahhidin payına düşen bağımsız bölümlerden birinin devrinin gerçekleşmesi gibi durumlarda yüklenicinin teslimine ilişkin duymuş olduğu güven korunmuş olacaktır. Öte yandan orta derecede önemli eksiklerin varlığı halinde, iş sahibince teslim esnasında konulan ihtirazı kayıt hukuki anlamda teslimin gerçekleşmesine engel olacaktır²⁷².

Ayan'a göre, yapı kullanma izninin alınmaması orta derecede önemli bir eksikliktir. Yapı kullanma izninin orta derecede önem arz etmesi için; iş bu izni alma yükümlülüğünün yükleniciye ait olması ve yapının fiilen kullanılmaya başlanmamış olması gerekir²⁷³. Ancak bağımsız bölümün kullanmasında zorunluluk hali söz konusu ise, iş sahibinin bağımsız bölümün teslimini kabul etmediğine dair ihtirazı kayıt ileri sürmese de teslimin gerçekleşmeyecektir²⁷⁴. Bir başka ifadeyle yazar, bağımsız bölümün kullanılmasında zorunluluk hali bulunmaması halinde ihtirazı kaydın gerekli olduğunu, diğer durumlarda ise bağımsız bölümün teslim edilmiş sayılacağını savunmaktadır.

Bazı durumlarda eserdeki eksikliğin, kalan işlere göre eksik kalan işin toplam işe oranına ve niteliğine bakılarak önemli olduğu kanaatine ulaşılabilir. Bu halde yüklenicinin sözleşmeyi ifa iradesinin bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, eserin teslim borcunun sona ermiş sayılmayacağı ileri sürülmüştür²⁷⁵. Bir başka ifadeyle

²⁷¹ Serkan AYAN 2008, age., s. 68; Konu hakkında Öz, eserin kullanılmaya başlanmasını tesellüm olduğu ileri sürmüştür. (Öz (1996), Dönme, s. 169; Serkan AYAN 2008, age., s. 68, dn. 222)

²⁷² Serkan AYAN 2008, age., s. 68-69.

²⁷³ age., s. 69-70; Yapı kullanım izin belgesi yapıdan fiilen yararlanmayı ortadan kaldırmadığı için orta derecede eksiklik görüşüne katılmak mümkündür. Ancak, çalışmanın birinci bölümünde yer alan "2.5.1. Yapı Kullanma İzin Belgesinin Alınmaması" başlık altında açıklandığı üzere, iznin neden alınmadığı eksik ifa ve ayıplı ifadan ayırımı yönünden önemlidir.

²⁷⁴ Mustafa GÜR 2017, age. s. 84.

²⁷⁵ Serkan AYAN 2008, age., s. 67.; Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 50; M. Turgut ÖZ 1996, age. s. 169; Farklı bir görüşe göre: eksikliğin önemli olması, yalnızca arsa sahibinin bağımsız bölümü teslim almak zorunda olup olmadığı yönünden önem taşır. Arsa sahibinin, içinde bulunduğu zorunluluktan değil de özgür iradesiyle bağımsız bölümü teslim aldığı halde, teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekip, bu halde teslimin gerçekleşmediğinin öne sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacağı ileri sürülmüştür (Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 71, dn. 223).

önemli eksikliklerin varlığı halinde eserin hukuken tesliminden bahsedilemez. Dolayısıyla iş sahibinin önemli eksiklik halinde eseri teslim alma zorunluluğu bulunmadığı gibi, eksik eserin fiilen teslim alınmış olması eserin kabulü anlamına gelmeyecektir²⁷⁶.

Öğretide, eserde önemli eksiklikler varsa eserin artık teslim edilebilir olma kabiliyetinin ve yüklenicinin ifa iradesinin ortadan kalktığı ve teslimin ancak eksikliklerin tamamlanması halinde gerçekleşebileceği ifade edilmektedir²⁷⁷. Önemli eksikliklerde Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü yahut kıyasen 473'üncü madde hükümlerinin uygulanması suretiyle, eksikliklerin tamamlandığı an, eserin hukuken tesliminin gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmektedir²⁷⁸.

²⁷⁶ Y.15.HD. 2004/1391 E., 2004/5609 K., 3.11.2004 T.: "...Eser bütününe göre, önemli oranda eksik bırakılmışsa, iş sahibi inşaatı teslim almaya zorlanamayacağından, yüklenici de karşı edimin tamamen ifasını isteyemez." (www.kazanci.com ET. 20.01.2021); Y. 23. HD., 2015/4441E., 2015/5288 K., 6.7.2015 T.: "...Taraflarca düzenlenen 18.08.2011 tarihli teslim tutanağı ve ibra başlıklı belgede, davacı arsa sahibinin bağımsız bölümlerini sözleşmeye uygun ve tam olarak teslim aldığı belirtilmiştir, arsa sahibince noterlikte düzenlenen 25.08.2011 tarihli ibraname başlıklı belgede de aynı hususların belirtilerek yüklenicinin ibra edildiği anlaşılmıştır. Ne varki, davacı arsa sahibi, binadaki eksiklerin aynı tarihli yazılı beyanla yüklenici temsilcilerince kabul edilerek, giderileceğinin taahhüt edilmesi nedeniyle ibraların düzenlendiğini, teslim tarihinde bağımsız bölümler ile ortak alanlarda eksikler bulunduğunu ileri sürmüştür. Gerek davacı tarafından yapılan tespit ve gerekse de mahkemece yapılan keşifte arsa sahibine ait bağımsız bölümler ile ortak alanlarda önemli miktarda eksik ve kusurlu işlerin bulunduğu saptanmıştır. Davacı tarafından ibraz edilen, yüklenici temsilcilerinin imzasını taşıyan 25.08.2011 tarihli beyanda, inşaattaki eksiklerin giderileceğinin taahhüt edildiği anlaşılmıştır. İbra ile aynı tarihi taşıyan belgede, yüklenici tarafından inşaattaki eksiklerin kabul edilerek giderileceğinin belirtilmesi ve ibra tarihinden sonra yapılan tespit ve bilirkişi incelemesinde, inşaatta ciddi miktarda eksik ve kusurlu iş bulunduğunun tespiti karşısında, gerçek durumla uyumlu olmayan ibranın geçersiz olduğunun kabulü gerekir." (www.lexpera.com ET. 20.01.2021)

²⁷⁷ Serkan AYAN 2008, age., s. 67- 68.

²⁷⁸ age. s. 67; Y. 23. HD. 2015/4441 E., 2015/5288 K., 06.07.2015 T.: "...arsa sahibinin bağımsız bölümleri ile ortak alanları sözleşmeye uygun eksiksiz şekilde teslim aldığına ilişkin 18.08.2011 ve 25.08.2011 tarihli ibranameleri düzenleyerek yükleniciyi ibra ettiğini, bağımsız bölümlerin yapı kullanım izin belgesi de alınarak fiilen ve hukuken arsa sahibine teslim edildiğini savunmuştur. Taraflarca düzenlenen 18.08.2011 tarihli teslim tutanağı ve ibra başlıklı belgede, davacı arsa sahibinin bağımsız bölümlerini sözleşmeye uygun ve tam olarak teslim aldığı belirtilmiştir, arsa sahibince noterlikte düzenlenen 25.08.2011 tarihli ibraname başlıklı belgede de aynı hususların belirtilerek yüklenicinin ibra edildiği anlaşılmıştır. Ne varki, davacı arsa sahibi, binadaki eksiklerin aynı tarihli yazılı beyanla yüklenici temsilcilerince kabul edilerek, giderileceğinin taahhüt edilmesi nedeniyle ibraların düzenlendiğini, teslim tarihinde bağımsız bölümler ile ortak alanlarda eksikler bulunduğunu ileri sürmüştür. Gerek davacı tarafından yapılan tespit ve gerekse de mahkemece yapılan keşifte arsa sahibine ait bağımsız bölümler ile ortak alanlarda önemli miktarda eksik ve kusurlu işlerin bulunduğu saptanmıştır. Davacı tarafından ibraz edilen, yüklenici temsilcilerinin imzasını taşıyan 25.08.2011 tarihli beyanda, inşaattaki eksiklerin giderileceğinin taahhüt edildiği anlaşılmıştır. İbra ile aynı tarihi taşıyan belgede, yüklenici tarafından inşaattaki eksiklerin kabul edilerek giderileceğinin belirtilmesi ve ibra tarihinden sonra yapılan tespit ve bilirkişi incelemesinde, inşaatta ciddi miktarda eksik ve kusurlu iş bulunduğunun tespiti karşısında, gerçek durumla uyumlu olmayan ibranın geçersiz olduğunun kabulü gerekir. O halde, mahkemece, eksik ve kusurlu işlerin değerinin mahalli piyasa rayıçlarına göre belirlenerek davacı alacağı hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (www.legalbank.net ET. 20.01.2021)

Eserin kısım kısım teslim edilmesi yönünde anlaşma sağlanmış ise, bu halde eksikliği tamamlanan her kısım için ayrıca teslimden bahsedilmesi mümkündür. İş sahibinin, tamamlanmamış binada, kendi payına düşen bağımsız bölümlerden birine yerleşmesi halinde ise eserin kısmen teslim edildiği sonucuna varılabilir²⁷⁹. Örneğin iş sahibine birden fazla bağımsız bölüm taahhüt edildiği hallerde; bir adet bölümün bitmesi nedeniyle iş sahibinin bu kısımda oturmaya başladığı, aynı binadaki diğer bölümleri ise kiraya verdiği düşünüldüğünde, anılan binadaki bağımsız bölümler açısından teslim gerçekleşmiş olacaktır. Bu halde teslim, arsa sahibinin kısmi ifayı kabul iradesiyle gerçekleşmektedir. Arsa üzerinde birden fazla bina ve her arsa sahibine her binada ayrı ayrı bağımsız bölüm verileceği konusunda anlaşma mevcut ise bu halde kısmi teslim mümkün hale gelecektir. Arsa üzerinde tek bir bina inşa edilecek olması halinde, kısmi teslimden söz edilmesi doğru olmayacaktır. Nitekim, yüklenicinin borcunun aynı zamanda binanın tamamlanması olduğu nazara alınarak, sözleşmenin tarafları arasında paylaşılacak bölümler aynı binada bulunduğu için, kısmi teslim olanağı bulunmamaktadır.

²⁷⁹ Serkan AYAN 2008, age., s. 72; Mustafa GÜR 2017, age. s. 85.

BÖLÜM IV

ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

4.1. UYGULANACAK HÜKÜMLER

Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde, borçlunun borçlandığı edimi tamamen ve gereği gibi ifa etmiş sayılabilmesi, borçlunun (muaccel olan) edimini başta ifa konusu olmak üzere, diğer ifa unsurlarına ve borç programına uygun olarak, tam ve doğru şekilde yerine getirmesine bağlıdır.²⁸⁰ Bu doğrultuda eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin sözleşmede belirlenmiş olan hükümlere göre eseri tamamlaması ve teslim etmesi beklenir. Ancak eserde sözleşmeye göre bir bölümü olmayan veya var olması gerektiği halde bir bölümü mevcut olmayan işler söz konusu olduğunda “eksik ifa” kavramı ortaya çıkmaktadır²⁸¹.

Eseri teslim etme borcu altına giren yüklenicinin eseri eksik ifa etmesi halinde, uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için eserin teslim edilip edilmediğinin tespiti önemli bir rol oynamaktadır. İkinci bölümde de bahsedilmiş olduğu üzere kural olarak, eksik ifa halinde eserin tesliminden söz etmek mümkün değildir. Ancak eserdeki eksik ifanın rolü ve önemine göre, Türk Borçlar Kanunu’nun 474 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin veya Kanun’un 112’nci ve devamında yer alan maddeleri uyarınca borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde ileri sürülen farklı görüşleri ele almak gerekmektedir.

4.1.1. Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü

Öğretide bazı yazarlar, eser sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eksik eserin iş sahibine teslimi halinde, Türk Borçlar Kanunu’nun ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar²⁸². Bu doğrultuda eserin teslim anına göre iş sahibinin yükleniciye karşı olan taleplerinin iki aşama halinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. İlk aşama iş sahibinin yükleniciye karşı talep hakkı, eserin

²⁸⁰ Fikret EREN 1999, age. s. 913.

²⁸¹ Serkan AYAN 2008, age., s. 61.

²⁸² Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 90; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 68.

teslimi yapılmadan önce Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması, ikinci aşamada ise teslim yapıldıktan sonra ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁸³.

Bu bağlamda öğretilerde bazı yazarlar, iş sahibinin açık veya örtülü olarak eseri ifa olarak kabul etmesinden sonra, eserin tesliminin gerçekleştiği andan itibaren yükleniciye karşı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre başvurabileceğini kabul etmektedirler²⁸⁴. Ayrıca bu görüşe ayıplı ifa ve eksik ifa arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından, iş sahibi, eseri muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek şartıyla ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir²⁸⁵. Fakat yüklenicinin bilerek gizlediği eksiklikler mevcut ise, tıpkı bilerek gizlenen ayıplarda olduğu gibi, bunların anlaşılması üzerine derhâl ihbar edilmiş olmaları gerekmektedir²⁸⁶. Öte yandan yüklenici, eseri kasıtlı şekilde ve gizleyerek eksik bırakmışsa, artık muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmediğini ileri süremeyecektir²⁸⁷.

Öğretilerde bazı yazarlar, iş sahibince eserin kabul edilmesi halinde, ayıplı ifadan kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmakta²⁸⁸; ancak, sözleşmeye açıkça aykırılık teşkil eden eksiklikler bulunması halinde ayıplı ifadan kaynaklı hükümlere başvurulamayacağını ifade etmektedir. Zira teslim edilen eserde, sözleşmeye açıkça aykırılık teşkil eden bir eksiklik bulunuyorsa, iş sahibi tarafından yüklenicinin sözleşmeyi ifa amacıyla hareket etmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Sözleşmeye açıkça aykırılık teşkil eden bu eksiklikler, eserin hukuki anlamda teslimine engel olacağından, ayıplı ifadan dolayı sorumluluk hükümlerinin de uygulanması söz konusu olmayacaktır²⁸⁹. Bir başka ifadeyle bu görüş kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun 474 ve devamı maddelerinde yer alan ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi için, eserdeki eksikliklerin sözleşmeye açıkça aykırılığa yol açmamış olması gerekmektedir.

Eserde önemsiz ve orta dereceli eksikliklerin mevcut olması halinde ise eserin teslim edilmiş sayılması mümkün olabildiğinden, Türk Borçlar Kanunu'nun 474 ve

²⁸³ Serkan AYAN 2008, age., s. 74;

²⁸⁴ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 90; Özer SELİÇİ 1978, age. s. 134; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 66.

²⁸⁵ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 67.

²⁸⁶ Alfred KOLLER 2015, *Aktaran* Serkan AYAN 2008, age., s. 74.

²⁸⁷ *Aktaran* age. s. 74.

²⁸⁸ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 90.

²⁸⁹ age. s. 90

devamı maddelerinin uygulanabilmesi için iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi şartı aranmaktadır²⁹⁰.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan yüzölçümü eksikliğinin mevcut olması halinde de bu görüşe göre, ayıp hükümlerinin uygulanması gerekir²⁹¹. Bu çalışmada daha önce de bahsi geçtiği üzere, yapının kararlaştırılan yüzölçümünden küçük olması durumunda, yapı yıkılmadan veya değiştirilmeden eksikliğin giderilmesi mümkün olmadığından, eserin ayıplı şekilde ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekirse de bu hususta Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı, yüzölçümü eksikliğinin eksik iş olduğu yönündedir²⁹².

Eserde önemli eksikliklerin varlığı halinde eseri teslim borcunun yerine getirilmiş sayılması mümkün değildir. Bu tür eksikliklerin varlığı halinde teslim borcunun yerine getirilmiş olduğundan bahsedilemeyeceği için eserin kabul edilmeyecek derecede ayıplı sayılması da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bizim de bu yönden katıldığımız görüşe göre eserde önemli eksiklikler bulunması halinde, artık eserde eksik ifa olduğu kabul edilerek, temerrüt hükümleri uygulanması gerekmektedir²⁹³.

4.1.2. Genel Hükümlerin Uygulanması Görüşü

Öğretide bazı yazarlar, eksik ifa nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci ve devamında yer alan maddeleri uyarınca borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin, tamamlanmış eserlerde mevcut ayıplı ifalar için ise Türk Borçlar Kanunu'nun 474'üncü ve devamında yer alan maddeleri uyarınca ayıptan kaynaklanan sorumluluğa ilişkin özel hükümlerin uygulanması gerektiğini savunulmaktadır²⁹⁴. Dolayısıyla bu görüş kapsamında, eksik ifa ile ayıplı ifa kavramlarının ayrı ayrı ele alınarak, farklı hükümlere tabi tutulması gerekir.

²⁹⁰ Alfred KOLLER 2015, Aktaran Serkan AYAN 2008, age., s. 74.

²⁹¹ Serkan AYAN 2008, age., 61; Leyla Müjde Kurt 2012, age. s. 72.

²⁹² YHGK., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K., 27.9.2000 T.: *“Bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir. Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasıfı noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müspet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır.”* (www.lexpera.com ET.: 16.11.2020)

²⁹³ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 90

²⁹⁴ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 69, Serkan AYAN 2008, age., s. 75.

Eserde eksik ifa halinde iş sahibinin genel hükümlere göre muayene ve ihbar külfeti bulunmadığı gibi, öğretilerde eseri ihtirazi kayıtla dahi teslim almasına gerek olmadığı savunulmaktadır²⁹⁵. Bu halde iş sahibi, yükleniciden Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel zamanaşımı süresi içinde eksikliklerin giderilmesini ve eserin geç teslim edilmesinden kaynaklanan zararının tazmin edilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır²⁹⁶. Eksik ifanın genel hükümlere tabi tutulması gerekliliği kabul edildiği takdirde, ihbar ve muayene yükümlülüğü doğmaksızın genel zamanaşımı süresinde hak ve alacaklar öne sürülebilecektir²⁹⁷. Dolayısıyla eksik eserin tesliminde, sorumluluğun genel hükümlere tabi tutulmasına dair bu görüşün hem hakkaniyete hem de hukuki kavramlara daha uygun olduğundan bahsedilebilir.

Eserin eksik ifa edilmiş olmasına karşın teslim borcunun yerine getirilmiş sayılması halinde, eserin artık iş sahibinin hakimiyet alanında bulunacağı da dikkate alındığında, yüklenicinin kendiliğinden eksiklikleri gidermesi beklenemeyecektir. Bahsi geçen durumda eksiklikler için iş sahibinin yükleniciden derhâl talepte bulunması gerekmektedir. Zira teslim edilen eserde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğa göre, iş sahibinin muayene ile ihbar yükümlülüğü sıkı şartlara tabidir²⁹⁸.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de eserde eksik ifa halinde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulur²⁹⁹. Bu şekilde Yargıtay da eserdeki eksikliklerin, eserin teslimine engel olmadığı görüşünü benimsemiş bulunmaktadır³⁰⁰. Bu görüş altında iş sahibinin, herhangi bir muayene ve ihbar

²⁹⁵ Serkan AYAN 2008, age., s. 76.

²⁹⁶ age. s. 75; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 69; Yargıtay 15. HD., 2011/752 E., 2011/7242 K., 07.12.2011 T.: “Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur.” (www.lexpera.com ET. 16.11.2020)

²⁹⁷ Şahin AKINCI 2017, age. s. 1404.

²⁹⁸ Hasan ERMAN 2010, age. s. 199; Şahin AKINCI 2017, age. s. 1405.

²⁹⁹ Y. 13. HD. 14.12.2015 tarih ve 2014/E. 2015/36681K.; “... Eksik iş, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden ihbarda bulunmasına ya da ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü sadece ayıplı işler içindir. 4077 sayılı yasanın 30.maddesine göre sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklik nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir.” (www.kazanci.com ET. 16.11.2020)

³⁰⁰ Y. 15. HD. 2002/4689 E., 2002/546 K., 06.02.2002 T.: “... Eksik işler bedeli, kural olarak, eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur. İş sahibi, yapılan iş, kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur (B.K.madde 359); aksi halde iş sahibi kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılır (B.K.madde 362/II). Eserdeki açık ayıpların bedeli de az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla, teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. B.K.nun 359. maddesindeki ayıp

külfetine bağılı olmaksızın ve eksikliklerin açıkça görülebilir veya muayeneyle anlaşılabilir olmasından bağımsız olarak, genel zamanaşımı süresi içinde eksikliğin giderilmesi, eksik iş bedeli ve zararların tazmini haklarına sahip olduğu savunulmaktadır³⁰¹.

Öğretideki baskın görüş ve emsal yargı kararları neticesinde, eserde yer alan eksiklikler hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci ve devamında yer alan genel hükümlerin uygulanmasının hakkaniyete de uygun düştüğü kanaatindeyiz.

4.2. EKSİK İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİNİN HAKLARI

4.2.1. Genel Olarak

Eksik ifa, yüklenicinin edimi ile bağlantılıdır. İş sahibinin korunması gereken hakları ve edimin sonucu bu nedenle önem arz etmektedir. Eserin eksik ifa edilmesine rağmen teslimin gerçekleştiği durumlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesi ve devamında yer alan borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uyarınca, iş sahibi eserdeki eksikliğin giderilmesini talep edebileceği gibi, eksikliğin giderilmesi için gereken masraflar oranında bedelden indirim yapılması, yüklenici (borçlu) yerine ifaya izin verilmesini, zararların tazminini talep edebilecektir. İş sahibi ayrıca ademi ifa (ödemezlik def'i) hakkına da sahip olacaktır.

4.2.2. Aynen İfa

Aynen ifa, sözleşme taraflarından birinin sözleşmedeki borcunu hiç ifa etmemesi, kötü ifa etmesi veya eksik ifa etmesi durumlarında, diğer tarafın sözleşmeye aykırılığın borcun sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesi yoluyla giderilmesine ilişkin talebidir³⁰². Böylelikle iş sahibinin eksik bir eseri teslim aldığı veya dürüstlük kuralı gereği teslim alınmış olarak kabul edildiği hallerde, iş sahibi eksik eserin kabulünden sonra dahi bu eksikliğin giderilmesini, diğer bir deyişle eksik eserin tamamlanmasını yükleniciden talep hakkına sahip olacaktır³⁰³. Ancak sözleşme taraflarından birinin aynen ifa talebinde bulunabilmesi için en önemli husus, eksikliğin

ihbarı herhangi bir şekilde bağılı olmayıp, sözlü olarak da yapılabilir; yazılı olması isbat kolaylığı sağlar." (www.kazanci.com ET. 16.11.2020)

³⁰¹ Serkan AYAN 2008, age., s. 77.

³⁰² Ece Baş (2013), "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu- Specific Performance as a Primary Remedy in Sales Law", *Journal of Yaşar University*, 8(Özel): s. 627 - 628.

³⁰³ Hasan ERMAN 2010, age. s. 199.

giderilmesinin halihazırda mümkün olmasıdır. Bu duruma eksik camların monte edilmesi, boyanmamış duvarların boyanması örnek olarak gösterilebilir.

Eserdeki eksikliğin tamamlanmasının mümkün olduğu durumlarda Yargıtay tarafından benimsenmiş olduğu üzere, asıl olan sözleşmedeki edimin aynen ifasıdır. Eksik eserde aynen ifa mümkünken, karşı yanın bedel ödemeye zorlanamayacağı kabul görmektedir³⁰⁴. Yüklenici kusursuz bile olsa, eserin tamamlanması imkânsız hale gelmediği sürece, iş sahibi eserin tamamlanıp teslimini talep etme hakkına sahiptir³⁰⁵. Bu bağlamda yüklenicinin eserdeki eksikliği gidermesinin imkânsız hale geldiği durumlarda, iş sahibinin aynen ifa talebinin dinlenilmesi gündeme gelmeyecektir.

İş sahibinin aynen ifa talebinde bulunabilmesi için, yüklenicinin borcunun muaccel olması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 90'ıncı maddesi uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur. Eser sözleşmesinde eğer yüklenicinin borcunu ifa edeceği zaman ve bu şekilde vade belirlenmiş değilse, yüklenicinin borcunu ifa edeceği zaman işin özelliğine bakılarak belirlenir³⁰⁶. Bu bağlamda eser sözleşmesinde hiçbir zaman borç, doğumuyla birlikte muaccel olmaz³⁰⁷. Bu gibi durumlarda yüklenicinin borcu bakımından işin özelliğinden doğan vadenin tespitinde, benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin mesleki ve teknik kurallara uygun davranarak bu tür bir eseri tamamlayacağı süre dikkate alınır.

³⁰⁴ Y. 15. HD., 2004/ 7424 E. 2005/6700 K., 9.12.2005 T.: "...Yüklenicinin, kat karşılığı yapılan sözleşmeye göre talepte bulunabilmesi için kendi edimini yasalara uygun şekilde yerine getirmiş olması gerekir. Mahkemece öncelikle yapılan inşaatın yasal olup olmadığı araştırılmalı, inşaat yasal olarak inşa edilmiş ya da yasal hale getirilmesi mümkün ise, **asıl olan sözleşmedeki edimin aynen ifası olup aynen ifa mümkün iken karşı yanın bedel ödemeye zorlanamayacağı**, davalıların devir yapmaya hazır olduklarını içeren beyanları da dikkate alınarak davacının tapu iptali ve tescil davası açma hakkı saklı tutularak bu davanın reddine karar verilmelidir..."; Y. 15. HD., 2016/2479 E., 2017/2771 K., 5.7.2017 T.: "...tespit dosyasında inşaat mahallinde bulunan kereste ve boru malzemeleriyle ilgili tazminat isteminde bulunulmuş ise de; delil tespit dosyası kapsamına göre, bu malzemelerin mahallinde bulunduğu ve davalı da cevabında söz konusu malzemelerin mahallinde kullanıma hazır şekilde durmakta olduğunu bildirdiği ve Dairemizin 2004/7424 Esas 2005/6700 Karar sayılı ilâmında da kabul edildiği gibi asıl olan edimin aynen ifası olup, aynen ifa mümkün iken karşı yanın bedel ödemeye zorlanması mümkün olmadığından, söz konusu malzemelerin mahallinde mevcut olup olmadığı araştırılıp varsa aynen iadesine, mevcut değilse dava tarihi itibarıyla mahalli piyasa rayiçleriyle saptanacak bedelinin kusur indirimi yapılmaksızın, asıl dosya davacısına ödenmesine karar verilmesi gerekir." (www.lexpera.com ET: 17.11.2020)

³⁰⁵ Serkan AYAN 2008, age., s. 172.

³⁰⁶ age. s. 100- 101; Hasan ERMAN 2010, age. s. 56.

³⁰⁷ Hasan ERMAN 2010, age. s. 56., Özer SELİÇİ 1978, age. s. 66.

Türk Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesine göre muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Ancak borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, o günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur. Ayrıca ihtar çekilmesi gerekmez.

Bu şekilde yüklenicinin borcunu ifa edeceği günün sözleşme ile belirlendiği ve sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan birinin ifa gününü belirlediği hallerde yüklenici, iş sahibinin ihtar çekmesi gerekmez. Bu haller dışında ve özellikle yüklenicinin borcu bakımından ifa zamanının işin özelliğinden doğduğu hallerde yüklenici iş sahibinin ihtarıyla temerrüde düşer.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'nun 123'üncü maddesi uyarınca taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya hâkimden uygun bir mehil verilmesini isteyebilir. Kanun'un 125'inci maddesindeki özel hakları kullanmak isteyen iş sahibinin yükleniciye uygun bir süre vermesi gerekir. Bu genel kuralın istisnası Türk Borçlar Kanunu'nun 124'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde yer durumlarda ayrıca süre verilmesi gerekmez. Bu haller şunlardır: borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılması, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalması, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılması.

Bu bağlamda eserin teslimi belli bir vadeye bağlanmış sözleşmelerde yüklenici temerrüdünün aynen ifa talebine etkisi önem arz etmektedir. Yüklenicinin eseri kesin bir vadede teslim etmesi gerektiği hallerde, iş sahibinin ek süreye gerek olmadan aynen ifadan vazgeçebilme hakkı mevcut ise nispi kesin vadeli hukukî işlem den söz konusu olacaktır³⁰⁸. Bu durumda yüklenicinin temerrüdü, ediminin ifa edilebilirliğini derhâl ve kesin olarak ortadan kaldırmaz. Yüklenicinin eseri mutlak kesin bir vadede teslim etme borcunun söz konusu olduğu hallerde, iş sahibine ek süreye tanıma yükümlülüğü bulunmaksızın aynen ifadan derhâl vazgeçebilme olanağı bulunmaktadır³⁰⁹.

³⁰⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 172.

³⁰⁹ age. s. 172.

Aynen ifa talebi bakımından yüklenicinin borca aykırılıkta kusurlu olması gerekmediği³¹⁰ gibi, eserin teslimi sırasında iş sahibi tarafından herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmesi de şart değildir³¹¹. Bu sonuca genel olarak, ayıptan doğan haklardan birini oluşturan bedelsiz onarım isteyebileceğine ilişkin hükmün (TBK m. 475/I, b.3) kıyasen uygulanması yoluyla ulaşılmaktadır. Eserdeki eksikliklere rağmen eserin kabulü halinde, iş sahibinin eserdeki eksikliklere ilişkin aynen ifayı talep etme hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nun 147/b.6 maddesinde yer alan beş yıllık zamanaşımı süresince varlığını korumaktadır.

Öğretide iş sahibinin, aynen ifayı talep etmesi halinde eksiklik oranında borcunu ödemediği kaçınma hakkına sahip olduğu benimsenmiş ise de ödemediği kaçınılacak bedel konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Buna göre bazı yazarlar tarafından iş sahibinin ancak eksikliklerin giderilmesi için gerekli olan bedeli ödemediği savunulurken, bazı yazarlara göre ödemediği kaçınılacak bedelin muhtemel masrafların tutarını aşarak, iki katına kadar çıkabileceğini savunulmaktadır³¹².

İş sahibi, eksik işlerin tamamlanması talebinin yanı sıra, zamanında tamamlanmamış olmasından doğan olumlu (müspet) zararının tazminini talep etme hakkına sahip olup, bu konuda iş sahibinin tazmin hakkı bölümünde ele alınacaktır.

4.2.3. Bedelden İndirim

Eserde eksiklik sebebiyle iş sahibinin bedelden indirim yapılmasını talep hakkı, iş sahibinin ayıptan doğan haklarına ilişkin olmasına karşılık, esasen eksik ifade da muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmaksızın genel zamanaşımı süresi içerisinde kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre iş sahibi, yapının eksik olarak teslim edilmesi, örneğin mutfak dolapları veya asansörü takılmadan teslim edilmesi gibi durumlarda eksikliğin giderilmesi için gerekli olan masraflar oranında bedelden

³¹⁰ Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ 2017, age. s. 438; Fikret EREN 1999, age. s. 1029; Serkan AYAN 2008, age., s. 77.

³¹¹ age. s. 77.

³¹² Serkan AYAN 2008, age., s. 77; Yazara göre, "...Alman uygulamasında işsahibinin ayıp halinde ödemezlik def'ini, aybının giderilmesi için gereken masrafların iki veya üç katı kadar bir kısım için kullanılmasının yerinde olduğu kabul edilmektedir (BGH, BauR. 1192, s.402). Kanaatimce aynı esasın, eksikliğin tamamlanması için gereken masraflar bakımından da kabul edilmesi yerinde olur. Buna göre, işsahibinin eksikliğin tamamlanması veya aybının giderilmesi için ortalama olarak harcanması gereken masrafın iki katı kadar bir tutar için ödemezlik def'ini kullanabilir..."

indirim yapılmasını, yüklenicinin kusurlu olması aranmaksızın, Türk Borçlar Kanunu'nun 475/I-II. hükümlerine kıyasen talep edilebilmektedir³¹³.

Eser bedelinin tamamının ödenmesi veya eksikliklerin giderilmesi için gereken bedelin fazlasının iş sahibince ödenmesi durumunda, iş sahibince bedelden indirim talep edilebilecektir³¹⁴. Bedelden indirim yapılabilmesi için eserde eksiklikler nedeniyle değer azalması meydana gelmesi gerekirken, bu eksikliklere istinaden eserin tümüyle değerini kaybettiği hallerde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanılabılır³¹⁵.

Eserin bedelinde indirimin nasıl gerçekleşeceği yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. "Mutlak metot", "nispi metot" ve "tazminat metodu" olarak üç ayrı görüş bulunmaktadır. Mutlak metot, herhangi bir orantıya tabi tutulmaksızın teslim edilen eserde meydana gelen kıymet eksikliğinin bedelden indirilmesine dayanır³¹⁶. Bedelden indirim yapılmasına ilişkin seçimlik hak taraflar arasındaki sözleşmenin ve edimler arasındaki dengenin korunmasını amaçlaması nedeniyle, mutlak metodun kıymette meydana gelen eksikliğin tespitinde yetersiz kaldığı gerekçesiyle uygulamada eleştirilen ve en az kullanılan yöntem olduğu ifade edilmektedir³¹⁷. Nispi metod, eserin eksiksiz olsaydı taşıyacağı değer ile eserin eksik olduğu halde taşıdığı değer arasında orantının sözleşmedeki bedele uygulanmasıyla bulunan meblağ ile sözleşme bedeli arasındaki farkın bedelden indirilmesini öngörür³¹⁸. Tazminat metodu ise, teslim edilen eserde eksiklik nedeniyle bir değer kaybı ortaya çıkmışsa, bu eksikliğin giderilmesi için yapılacak masraflar ölçü alınarak eser bedelinden indirim tutarı hesaplanmasından ibarettir³¹⁹.

Öğretide farklı şekilde öne sürülmüş olan hesaplama yöntemlerinden "nispi metod" olarak adlandırılan hesaplama yöntemi Yargıtay tarafından yasal hesaplama yöntemi olarak benimsenmiştir³²⁰. Bu hesaplama yöntemi sözleşmedeki karşılıklı

³¹³ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 85.

³¹⁴ Serkan AYAN 2008, age., s. 80.

³¹⁵ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 58.

³¹⁶ M. Turgut ÖZ 2016, age., s. 206;

³¹⁷ Gürsel Öngören (2016), *İnşaat Hukuku*, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, s.239

³¹⁸ Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 62, 63; Yusuf BÜYÜKAY 2014, age. s. 142.

³¹⁹ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 170.

³²⁰ Y. 13.HD., 1997/7580 E.,1997/10870 K., 26.12.1997 T. : "...bilirkişiler öncelikle satım tarihi itibarıyla davaya konu aracın, tarafların kararlaştırdıkları satım bedeli gözetilmeksizin gerçek ayıpsız sürüm değeri ile saptanan ayıplı haldeki sürüm değerini ayrı ayrı saptamalı, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oranı, bu defa taraflarca kararlaştırılan satım bedeline uygulamalı, böylece satış bedelinden indirilmesi gereken miktarı tesbit etmelidirler. Şu duruma göre formül; Ayıpsız değer Kararlaştırılan semen = ————— Ayıplı değer denecek semen Kararlaştırılan Semen x Ayıplı Değer Ödenecek semen = —————Ayıpsız

edimler arasındaki dengeyi ve tarafların menfaat derecesini koruması bakımından hakkaniyete uygun olduğu için öğretide büyük ölçüde kabul edilmektedir³²¹.

Nispi metoda dair öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, masraf tutarının davanın açıldığı tarihteki piyasa rayicine göre belirlenmesi³²², bir başka görüşe göre ise eksik yapılan işin bedelinin, işin teslim edildiği tarihteki serbest piyasa fiyatına göre hesaplanması gerekmektedir³²³. Yargıtay tarafından geçmiş tarihlerde bedelden indirilecek ya da tazminat olarak istenebilecek masraf tutarının, eksik eserin fiilen teslim edildiği tarihteki piyasa rayicine göre hesaplanması gerektiği savunulurken³²⁴, son dönemde bedelden indirilecek veya tazminat olarak istenebilecek giderim masraflarının tutarının, eserin teslim tarihinden sonraki eksiklikleri talep ve dava hakkının kullanılabilmesi için makul bir bekleme süresinden sonraki piyasa rayiç fiyatlarına göre hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir³²⁵.

Öğretide bazı yazarlar, eserdeki eksikliğin üçüncü kişiye tamamlatılması halinde de bedelden indirim talep edilebileceğini; keza, mahkemeden izin almaksızın, eksikliğin üçüncü kişiye tamamlatılması halinde dahi iş sahibinin bedelden indirim yapılmasını isteme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar³²⁶.

Değer" (www.legalbank.net ET: 17.11.2020); Aynı yönde benzer kararlar: Y. 13. HD., 2015/22343 E., 2017/9727 K., 19.10.2017 T.; Y. 13. HD., 2014/26576 E., 2014/28733 K., 25.9.2014 T. (www.lexpera.com ET: 17.11.2020)

³²¹ Haluk TANDOĞAN 2010, age. 189; Feyzi Necmettin Feyzioğlu (1978), *Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Özel Borç İlişkileri)*, C. I, İstanbul, s. 218.

³²² Serkan AYAN 2008, age., s.78; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 86.

³²³ Mustafa KIRMIZI 2014, age. s. 733.

³²⁴ Y. 15. HD. 2011/7457E., 2012/4004K., 30.05.2012 T.: "... Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur. Ayrıca işsahibinin eksik iş bedelini isteyebilmesi için eserin bedelini tamamen ödemesi gerekir." Y. 15. HD. 2011/752E., 2011/7242K., 07.12.2011 T.: "Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur. İş sahibi yapılan iş kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Aksi halde işsahibi kendisine teslim edilen işi zimnen kabul etmiş sayılır. Eserdeki açık ayıpların bedeli de az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. Ayıp ihbarı herhangi bir şekilde bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir." (www.kazanci.com ET: 18.11.2020)

³²⁵ Y. 15. HD., 2018/4730E., 2019/3134K., 03.07.2019 T. : "... Daire alanların eksik olması nedeniyle istenebilecek bedelin de, davacının kabulüne göre dahi iş tamamlanıp 05.01.2010 tarihinde arsa sahibine teslim edildiği, davacı arsa sahibi bu eksikliği 2010 yılında tesbit edilip makul süre içerisinde ve 2010 yılında dava açıp isteyebileceği ve davayı 2012 yılında gecikerek açmış olduğundan dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 98/II. maddesi delaletiyle 44. maddesi gereğince gecikerek dava açmak suretiyle zararın artmasına neden olduğundan 2010 yılı mahalli piyasa rayiçleri ile hesaplanması, keza eksik ve kusurların giderim bedellerinin de aynı gerekçe ile 2010 yılı mahalli piyasa rayiçleri ile hesaplanması gerekmektedir."(www.kazanci.com ET: 18.11.2020)

³²⁶ Serkan AYAN 2008, age., s. 80

Uygulamada eser sözleşmelerinden kaynaklı bedelin ödenmesi veya bedel indirimine dair davalarda “nefaset farkı” olarak adlandırılan bir indirim yöntemiyle de karşılaşılmaktadır³²⁷. Arsa sahibinin kendisine açılan tescile zorlama davalarında, nefaset indirimi yapılabilmesi için, arsa sahibinin eserin ayıplı ve veya eksik olduğunu ileri sürmesi yeterli görülmekte, bu durum “mahsup itirazı” olarak kabul edilmektedir³²⁸. Buna göre yargı kararlarında, nefaset farkı adı altında yapılan indirimin ayıp nedeniyle bedelden indirim olduğu, böyle bir indirimin mahkemece kabul edilebilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfeti gibi ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ait özel şartlarının somut olayda gerçekleşmesi gerektiği karara bağlanmıştır³²⁹.

Eser sözleşmesinin özel bir türü olan arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin indirim talebine konu edilen bedelin arsa payı olması nedeniyle indirimin nasıl yapılacağı hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre yükleniciye devredilecek arsa payından eserdeki eksikliğin neden olduğu değer

³²⁷ Y. 15. HD., 2018/1084E., 2018/3013K., 11.7.2018 T.:“...Davacı, sözleşme gereği teslimdeki gecikme sebebiyle yükleniciden cezai koşulu yanında inşaatın eksik yapılması sebebiyle giderim ve düşük kaliteli imalât sebebiyle değer kaybının tazminini de istemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi kendisine ait bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devretmiş olsa dahi sözleşmeden doğan haklarını temlik etmedikçe eksik ve kusurlu iş bedeli ile gecikme tazminatı veya ifaya ekli cezayı satış tarihine kadarki süre için isteyebilir. Uzatılan sürede yüklenici edimini ifa ettiği için ceza-i şart isteminin reddi doğrudur. Bu durumda mahkemece davacı arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölümleri dava tarihi itibarıyla mülkiyetinden çıkarmış olsa dahi davalı ile yaptığı sözleşmeden doğan ve doğacak haklarını sattığı kişilere devir ve temlik ettiği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça yükleniciden isteyebileceği ve davacının sözleşmeden doğan haklarını da alıcılara temlik ettiği ileri sürülüp kanıtlanmadığından davacı arsa sahibi, eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli ile nesafet farkını yükleniciden isteyebileceğinden bu hususta gerekli inceleme yapıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu istemler yönünden dava tarihi itibarıyla davacının mülkiyetinden çıkmış bağımsız bölümler yönünden zarar istenemeyeceği gerekçesiyle davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (www.kazanci.com ET. 20.11.2020)

³²⁸ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 188 vd.

³²⁹ Y. 15. HD. 2007/2375E., 2007/2591K., 19.04.2007 T.: “...Eksik ve ayıplı işler bedeli, bağımsız bölümlerin teslim alındığı tarihteki piyasa rayiçlerine göre tespit edilir. Somut olayda, davacı arsa sahibi 18 adet bağımsız bölümü, 1.10.2002 ve üç bağımsız bölümü de 25.08.2004 tarihinde teslim almıştır. Öte yandan, davada istenen nefaset ise, eserdeki ayıp anlamındadır. Mahkemece nefasetin (ayıbın) gizli veya açık ayıp olup olmadığı araştırılmalıdır. Eser teslim alındıktan sonra işsahibi makul sürede eseri muayene eder ve kusurları (ayıbı) varsa bunları yükleniciye hemen bildirir. Bildirmezse, ayıbı kabul etmiş sayılır (BK. m.359/1 ve beka 362/2). Makul sürede bu işlemin yapıp bildirilmesine uygulamada, ayıp bedelini saklı tutma (ihtirazi kayıt) denir. Bu hususta araştırma yapılmamıştır. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; 18 bağımsız bölüm yönünden eksik ve ayıplı işler bedelinin 1.10.2002 ve üç bağımsız bölüm yönünden de 25.08.2004 tarihi itibarıyla mahalli serbest piyasa rayicine göre hesaplanmasından; ancak 1.10.2002 tarihinde teslim alınan 18 bağımsız bölümdeki ayıpların açık ayıp olması halinde ihtirazi kayıdn kanıtlanamaması durumunda, bu bölümlerde ilgili nefaset bedeli talebinde reddine, aksi halde kabulüne karar verilmesinden ve 25.08.2004 tarihinde teslim alınan 3 bağımsız bölümle ilgili nefaset bedeli de makul sürede açılan 18.10.2004 tarihli dava ile istenmiş olduğundan, bu bölümlerinde nefaset bedelini dava tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanmasından ve sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir” (Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 188 vd.)

düşüklüğü oranında indirim yapılması gerekir³³⁰. Bu halde eksikliğin tam bir bağımsız bölümün bedeline denk düşmemesi durumunda, bağımsız bölüm üzerinde iş sahibi, yüklenici ile paylı mülkiyet çerçevesinde hak sahibi olur. İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise yüklenicinin arsa payının azaltılması mümkün olmadığından iş sahibinin hesaplanan eksiklik bedelini nakden alması gerekir³³¹.

4.2.4. Borçlu Yerine İfa

Edimin yalnız borçlu tarafından yerine getirilebildiği, bir başka ifadeyle yapımı yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olan fotoğraf, resim, heykel, vb. eserlerde yüklenicinin ifada bulunamayacak halde olması veya ifa etmemekte direnmesi halinde, iş sahibinin borçluya cibrî icra yoluyla dahi edimi zorla ifa ettirmesi söz konusu olmayacaktır³³². Ancak yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olmayan veya mutlaka yüklenici tarafından yapılması gerekmeyen edimlerin ifası sözleşmede kararlaştırılabilir³³³. İşte yüklenicinin ifasında şahsına sıkı sıkıya bağlı olmayan edimler bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri içerisinde 113'üncü maddesinin yanı sıra, Kanun'un 473. maddesinin ikinci fıkrasında, iş sahibinin yüklenicinin eseri meydana getirme borcu esnasındaki ayıplı ifası karşısında borçlu yerine ifa hakkı düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 473'üncü maddesinde yer alan “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*” hükmünün bu tür durumlarda kıyasen uygulanması suretiyle yüklenici iş sahibi tarafından kendisine tanınan süre içerisinde eksikliği gidermediği takdirde ilgili hükümlerdeki şartlar çerçevesinde eksikliğin giderilmesi işi üçüncü kişiye bırakılabilir. Bahsi geçen düzenleme, yapma borçları bakımından borçlu temerrüdünün hükmünün düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 113/I hükmüne

³³⁰ M. Turgut Öz 1996, age. s. 205.

³³¹ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 90.

³³² “Belirli bir yüklenici tarafından meydana getirilmesinin önemli olduğu, yani yüklenicinin kişiliğinin ön planda olduğu inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin şahsen ifada bulunması zorunlu bir yapma edimi söz konusu olduğundan, TBK m. 113 uyarınca ikame ifa söz konusu olmaz” (Serkan AYAN 2008, age., s. 174.)

³³³ Örn: Duvarların boyanması, camların takılması, vb.

nazaran özel hüküm niteliği taşımaktadır³³⁴. Bu doğrultuda Türk Borçlar Kanunu'nun 473. ile 113. maddeleri arasındaki önemli farklardan biri, mahkeme tarafından verilen bir izin aranmaksızın nama ifanın mümkün kılınmış olmasıdır³³⁵. Bahsi geçen düzenlemenin iş sahibine eser sözleşmesinde meydana gelecek aykırılıklar yönünden hızlı çözüm yolu sağlanması için tanınan bir imkân olduğu öğretide savunulmaktadır³³⁶.

Uygulamada “nama ifa” adıyla da anılan bu hakkın asıl amacı, eserin tamamlanıp ifa menfaatinin gerçekleştirilmesidir. Eserdeki eksiklikler için nama ifa söz konusu olduğunda, yüklenici zarardan değil masraflardan sorumlu olduğundan nama ifaya başvurabilmek için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır³³⁷. Eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması durumunda yüklenicinin kusuru olsun ya da olmasın borcun ifası imkânsız hale gelmiş olacağından artık iş sahibinin nama ifa talep etme hakkı da bulunmayacaktır³³⁸. Ancak yüklenicinin kusuru ile eserin imkânsız hale gelmesi halinde iş sahibinin uğrayacağı zararları tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir³³⁹. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinde yer alan “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.*” ifadesiyle eksik ifa yönünden uygulanabilir nitelik taşımaktadır. Yargıtay emsal kararlarında, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir³⁴⁰. Nama ifa

³³⁴ Rolf H. WEBER (2005), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*; Schmid JÖRG (1992), *Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg (Schweiz)*; Peter GAUCH 2011; Aktaran Şirin Aydıncık Midyat (2017), *Türk İnşaat Hukukunda Nama İfa*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 79; Zarife ŞENOCAK 2002, age., s. 196.

³³⁵ Özer SELİÇİ 1978, age. s. 114.

³³⁶ Şirin AYDINCIK MİDYAT 2017, age. s. 80.

³³⁷ Serkan AYAN 2008, age., s. 177.

³³⁸ Zekeriya KÜRŞAT (2015), “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, s. 767.

³³⁹ Zekeriya KÜRŞAT 2015, age. s. 767, dn. 60.

³⁴⁰ Y. 15. HD., 2004/959 E., 2004/5769 K, 10.11.2004 T.; “...Davacı, eksik işlerin yüklenici davalı tarafından tamamlanmaması sebebiyle kendisinin yaptırdığını ileri sürerek (2000) USD tazminat istediğine göre; Borçlar Yasasının 106. maddesi hükmü ile kendisine tanınmış olan haklardan biri olan "aktin aynen ifasını" isteme hakkını kullandığı açıkça ortadadır. Ancak, yüklenicinin ediminin ifasında temerrüdü gerçekleştiğinden, yüklenici namına aynen ifayı gerçekleştirdiğini bildiren davacı, bunun için yaptığı harcamayı talep etmektedir. Yüklenicinin ediminin ifasında ve bu

hakkının iş sahibince kullanılması durumunda, eğer sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmışsa ayrıca bu cezanın ödenmesini talep etme hakkının saklı olduğu uygulamada kabul edilmektedir³⁴¹.

Hâkim izninin aranmamasına cevaz veren hükmü dayanak alan görüşe göre, eserde önemsiz eksiklikler bulunduğu ya da eserin imalatına başlanmamış olduğunda dahi iş sahibinin nama ifa talebine başvurma hakkı bulunmaktadır³⁴². Bir başka görüşe göre ise, Kanun'un 473'üncü maddesinde yer alan hükmün eser teslim edildikten sonra yüklenicinin temerrüde düşmesi şartıyla, iş sahibince sözleşmede yer alan aykırılığın ortadan kaldırıldığı anda ve en geç süre tayini esnasında ihtar edilmesi gereklidir³⁴³. Bu gibi hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun 473/II hükmünün uygulanabilmesi için yüklenicinin ayrıca kusurlu olması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir³⁴⁴. Ancak eserde ayıplı ifa söz konusu ise, yüklenicinin sorumluluğu kusura dayanmadığından sadece iş sahibinin kusursuz olması yeterli olup, nama ifaya başvurulabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmayacaktır³⁴⁵.

kapsamda teslim borcunda temerrüdü için ilk koşul, eserin teslim zamanının gelmiş olmasıdır. Yanlar arasındaki sözleşmede eserin işin teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. O halde, işinin uzmanı sayılan ve basiretli bir yüklenici gibi yüklendiği işi eseri ne kadar sürede tamamlayıp iş sahibi davacıya teslim etmesi gerektiğinin yani iş süresinin, yanlar arasındaki sözleşme koşulları ve eserin mahiyetine göre uzman bilirkişi ya da bilirkişi kuruluna, yerinde keşif yapılmak suretiyle mahkemece tespit ettirilmesi ve teslimde yüklenici temerrüdünün gerçekleşip, gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir. İşin tesliminin gecikmesinde iş sahibinin etkili kusuru da yoksa eserin belirlenen iş süresi sonunda teslim edilmemesi durumunda yüklenicinin ediminin ifasında temerrüdü gerçekleşmiş olur. Bu durumda da, iş sahibi "nama ifaya izin" talebinde bulunabilir (B.K.md.97). Eserin, noksan bırakılan kısmının bedeli iş sahibi tarafından yükleniciden istenebilir. Ancak, yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği tarihten itibaren makul süre içinde iş sahibi tarafından noksan iş bedeli istenmeli ve dava açılmalıdır (B.K.md.98,44). O halde, mahkemece yapılacak iş: Az yukarıda bildirilen şekilde inceleme yapmak, belirlenecek iş süresine göre gerçekleşmiş ise yüklenicinin temerrüde düşürüldüğü tarihin saptanması ve bu tarihe iş sahibinin makul bekleme süresiyle, noksan işlerin tamamlanması için gerekli olan sürenin eklenmesiyle bulunacak tarih itibarıyla yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu mahalli rayiçlerle noksan iş bedelinin saptanması ve noksan işin tamamlanması için üçüncü kişiye ödendiği ileri sürülen (2000) USD'nin T.C. Merkez Bankasınca noksan iş bedelinin tutarının belirlenmesi gereken tarihteki bildirilen efektif satış kuru karşılığı olarak saptanacak miktarın aşılması gerektiği (B.K.md.74) gözetilmeli; Borçlar Yasasının 83.maddesinin somut olayda uygulanmasına olanak bulunmadığı düşünülmeli ve varılacak sonuca göre hüküm vermekten ibaret olmalıdır." (www.kazanci.com ET. 02.12.2020)

³⁴¹ Y. 15. HD, 2001/4338 E., 2002/333 K., 24.01.2002 T.: "...davalı 12.12.1994 günlü belgede, işi 20.1.1995 tarihinde teslim etmeyi, gecikme halinde günlük 1 milyon lira ceza ödemeyi taahhüt etmiştir. Kararlaştırılan teslim tarihinde işin tamamlanmaması durumunda davacı iş sahibi, makul bir süre bekledikten sonra nama ifa yolunu seçme hakkına sahiptir. Dava tarihine kadar bekleyerek işin sürüncemede kalmasında kusurludur (BK.98. ve 44. madde). Bu durumda bilirkişice mümkün görülen en az 20 gün için cezai şarta hükmedilmesi gerekirken bu istemin reddi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir." (www.kazanci.com.tr ET. 02.12.2020)

³⁴² Serkan AYAN 2008, age., s. 176-177.

³⁴³ Köksal KOCAAĞA 2004, age. s. 183.

³⁴⁴ Fatma Hızır (2018), "İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 33, s. 590 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980923>, ET: 03.12.2020)

³⁴⁵ Hüseyin ALTAŞ 2006, age. s. 123; Serkan AYAN 2008, age., s. 177-178.

4.2.5. Tazminat Talep Etme Hakkı

Yüklenicinin sözleşme kapsamındaki borcunu ifada temerrüde düşmesi, bir başka ifadeyle muaccel ve ifası mümkün borcu zamanında ifa edememesi ve ifa edememesine ilişkin makul bir sebebin bulunmaması halinde temerrüde bağlı tazminat talepleri için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir³⁴⁶. Aynen ifa talebine bağlı gecikme tazminatı, ifa yerine talep edilen müspet zarar tazminatı, sözleşmeden dönmeye bağlı menfi zarar tazminatı gibi tazminat taleplerinin tamamında yüklenicinin kusurlu olması şarttır³⁴⁷.

Objektif ölçüler içinde ve amaca uygun³⁴⁸ olarak kullanılabilir durumda olan eserdeki eksiklikler, bir başka deyişle eserin bitmiş sayılmasına engel olmayacak nitelikteki önemsiz ve tali eksikliklerin iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiğinden, bu tarz eksikliklerin bulunması halinde de eser teslimine uygun sayılmaktadır. Bu hallerde iş sahibi eksik işlerin bedelini yükleniciden tazminat olarak talep edebilecektir³⁴⁹.

Eserdeki eksik işlerin bedeli müspet zarar kavramı içerisinde yer almakla birlikte, iş bu müspet zararların tazmini, ancak iş sahibi tarafından yükleniciye ödeme yapılmış olması veya bunun kanıtlayabilir olması halinde gündeme gelecektir³⁵⁰. Aynen ifa veya bedelden indirim talebinin yanı sıra iş sahibi, gecikme nedeniyle ortaya çıkan zararını da (ki müspet zararın bir türüdür) talep hakkına sahiptir³⁵¹.

İş sahibi, yüklenicinin aynen ifada bulunmadığı ve bu çerçevede eserdeki eksiklikleri tamamlamadığı veya daha baştan aynen ifada bulunmayacağına açık olduğu hallerde, yükleniciden bu borcun yerine getirilmemesi nedeniyle ayrıca tazminat isteme hakkına sahip olmaktadır³⁵². Bu durumda iş sahibi, yükleniciden eksik işlerin tamamlanması için gereken masrafın yanı sıra, işin geç tamamlanmasından

³⁴⁶ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 87; Serkan AYAN 2008, age., 92; Köksal KOCAAĞA 2014, age. s. 123.

³⁴⁷ Fikret EREN 1999, age. s. 1074; Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 184.

³⁴⁸ Y. 15. HD. 2168/1543 S., 09.04.1987 T. (bkz.: Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA (2016), Özel Borç İlişkileri, s. 478.)

³⁴⁹ Aydın ZEVKLİLER ve K. Emre GÖKYAYLA 2016, age. s. 480.

³⁵⁰ Y. 15. HD., 2018/3676 E., 2018/3396 K., 25.9.2018 T.: “...Eser sözleşmelerinde iş sahibinin müspet zarar kapsamındaki eksik ve ayıplı işler bedelini isteyebilmesi için sözleşmede belirlenen iş bedelinin tamamını ödediğini ispat etmesi gerekir. Ödeme yapılmamışsa eksik ve ayıplı iş bedeli istenemez.”; Benzer yönde: 15. HD., E. 2015/3942 K. 2016/2686 T. 10.5.2016. (www.lexpera.com ET. 18.11.2020)

³⁵¹ Serkan AYAN 2008, age., s. 80; Y. 15. HD., 2003/1873 E., 2003/4992 K., 23.10.2003T.: “... Davacı arsa sahipleri yararına hüküm latına alınan 5.520.000.000 lira ise mahrum kalınan kira alacağıdır. Gecikmeden ötürü kira tazminatı ise müspet zarar kapsamında kalır.”. (Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 260)

³⁵² Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 62.

dolayı uğranılan zararları Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesine göre tazmin etmesini isteyebilecektir³⁵³. Bahsi geçen hükme göre yüklenicinin borca aykırılıkta kusurunun bulunmadığını ispat etmediği, bir başka ifadeyle kusur karinesi çürütmediği hallerde zararı tazmin yükümlülüğü devam edecektir³⁵⁴. Bu çerçevede iş sahibi eserdeki eksikliğin giderilmesi talebinin yanı sıra, eksik işlerin zamanında yapılmamış olmasından doğan müspet zararı, ancak kusur karinesinin çürütülmemiş olması şartıyla yükleniciden talep edilebilir³⁵⁵. Bahsi geçen zarar kavramı içerisinde iş sahibinin eseri kullanamamasından kaynaklanan kar mahrumiyetlerinin yanı sıra, fiili zararların tazmini de yer almaktadır³⁵⁶.

Ayan'a göre, bedelden indirim hakkının kullanılması durumunda, gecikme tazminatı veya ceza koşulunun bedelden indirim miktarına dahil edilmesi yerinde

³⁵³ Serkan AYAN 2008, age., s. 77; Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 75.

³⁵⁴ Serkan AYAN 2008, age., s. 76-77.

³⁵⁵ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 83; örneğin: Eksik işler nedeniyle teslim alınmayan taşınmaz için uğranılan kira kaybı. (Serkan AYAN 2008, age., s.77)

³⁵⁶ Fiili zarar kavramı, işsahibinin mal varlığındaki azalma anlamına gelmekte olup, malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artış şeklinde meydana gelir. İş sahibinin ifa beklentisi içinde yaptığı harcamalar, dava masrafları ve seçim hakkını kullanmak için yaptığı giderler mal varlığının aktifini azaltan unsurlardır (Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 259.). Y. 15.HD., 2009/1389 E., 2010/1028 K., 22.02.2010 T.: "... Davada, davacılar, yüklenici tarafından kendilerine imâl edilip teslimi yüklenilen dairelerin noksan yüzölçümlü olarak yapıldığını ve yükleniciye ait dairelerden daha küçük alanlı olduklarını ve ayrıca izolasyon işinin yapılmadığını ortak alanda bulunan merdiven boşluğunun eksik bırakıldığını ve ayrıca teslimde haksız gecikme olduğunu ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere; 10.000,00 TL maddi tazminat ve ayrıca toplam 10.500,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemişlerdir. Mahkemece, 4 adet dairenin toplam 27,25 m2 olarak küçük yapılmış olduğu ve bundan dolayı davacıların kaybının 20.437,50 TL tutarında olduğu ve ayrıca merdiven demir korkuluklarının üzerine yapılması gereken ahşap küpeştenin de eksik bırakılmış olması sebebiyle bedelinin 1.125,00 TL tutarında bulunduğu kabul edilip; taleple bağlı kalınmak suretiyle, 10.000,00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda davacılar ait dairelerin toplam noksan yüzölçüm miktarı (750,00 TL x 27,25 = 20.437,50 TL) olarak hesaplanmış ise de; bu hesap şekli yüzölçüm noksanlığından kaynaklanan gerçek zararı yansıtmamaktadır... Davalı yüklenici, davacıların onayı ile onlara ait daireleri küçük yaptığını savunmuş ise de; yanlar arasındaki yazılı sözleşmenin değiştirildiğine ve davacıların daha küçük daire yapımına razı olduklarına dair yazılı kanıt sunulmuş değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenen (09.12.1992 tarih 1992/649 Esas ve 1992/732 Karar sayılı ilâmi) ve kararlılık kazanan uygulamaya göre, bağımsız bölümlerdeki yüzölçüm noksanlığı, "eksik iş" olarak kabul edilmektedir. Davalı yüklenici, davacılar ait bağımsız bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır. Bu sebeple, arsa sahibi noksan ifanın yerine getirilmesini ya da bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereğince, yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine göre, olması gereken yüz ölçümlerdeki daireler ile noksan yüzölçümlü olarak yapılan dairelerin teslimi gereken tarihten itibaren hakkını kullanması için makul bir bekleme süresinden sonraki serbest piyasa rayiçleri itibariyle değerleri belirlenerek; farkların toplamının davalıdan tahsili ile davacılar verilmesi gerekirken; az yukarıda açıklandığı üzere, bilirkişi kurulunca yasal yöntemine uygun olmayan şekilde, değer kaybının hesaplanması ve raporun mahkemece kabulü doğru olmamıştır. O halde, uzman bilirkişi kurulu oluşturularak, mahkemece yerinde keşif ve inceleme yapılarak; açıklanan yöntemle yüzölçümü noksanlığı sebebiyle davacıların gerçek maddi zararlarının belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekmektedir. Bu sebeplerle, kararın davacılar yararına bozulması gerekmektedir." (www.kazanci.com ET. 18.11.2020)

olmayacaktır. Zira, bedel indirimi aslen eksikliklerin tamamlanması için gerekli masraflardır. Bedelin para olduğu inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, bedelden indirim hakkını kullanmadan önce veya sonra, takas hakkını kullanabileceken, arsa payı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümün arsa payı karşılığı indirilmesi istenemese de iş sahibi, gecikme tazminatı ile ceza koşulu kendisine ödenmedikçe bağımsız bölümü yükleniciye devretmekten çekinme hakkında sahip olacaktır³⁵⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında, bağımsız bölümlerde eksiklik bulunması ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere mülkiyet devrinin sağlanması halinde dahi iş sahibinin tazminat hakkı saklıdır³⁵⁸. Bu noktada Yargıtay uygulamasında müteahhidin, tamamladığı için el çektiği inşaattaki arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümün satışında belli bir değer düşüklüğü söz konusu olacağından, arsa sahibinin zararının yüklenici tarafından karşılanması gerektiği kabul edilmektedir³⁵⁹. Arsa sahibinin eksik teslim aldığı bağımsız bölümü üçüncü kişiye sattıktan sonra dahi eksik iş bedelini yükleniciden talep etme hakkı mevcuttur. Zira doktrinde ve yargı kararlarında yer alan ortak görüşe göre arsa sahibi bağımsız bölümü eksik haliyle üçüncü kişiye düşük bedelle sattığı için bu zararını yükleniciden tazmin edebilmelidir³⁶⁰.

4.2.5. Ceza Koşulu Talep Hakkı

Ceza koşulu, sözleşmede kararlaştırılmak suretiyle bir borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, alacaklının borçluya ifa etmekle yükümlü olduğu edim olarak tanımlanabilir³⁶¹. Dolayısıyla ceza koşulu, borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yer veya zamanda yerine getirilmemesi

³⁵⁷ Serkan AYAN 2008, age., s. 80-81.

³⁵⁸ Hasan ERMAN 2010, age. s. 103.

³⁵⁹ age. s. 202; Y. 15. HD., 1024/4780, 14.11.1989 T., "... bir kısım bağımsız bölümlerin davacı tarafından, davaya konu eksik işlerin varlığına rağmen satılmış olması, satış bedelinin düşük olacağı gözetilerek, malvarlığında ortaya çıkan bedel eksikliği için dava açılabilirliğine göre..." (Erman, s.202, dn.31); Bağımsız bölümün eksik olduğunu bilerek satın alan üçüncü kişinin arsa sahibi veya müteahhiden tazminat talep edemez" (Cengiz KOSTAKOĞLU 2015, age. s. 560.).

³⁶⁰ Mahmut COŞKUN (2017), *İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 670; Y. 15. HD., 1986/1225E., 1986/3243K., 13.10.1986T.: "Her ne kadar bir kısım bağımsız bölümler arsa sahibi davacı tarafından başkalarına satılmış ise de, bu satılan yerlere ait noksan ve ayıplı işler ile ortak yerlerdeki pay yönünden tazminat istenmesine engel değildir. Yapılan satışlar noksan ve ayıplı işler gözetilerek daha düşük bedelle yapıldığından, davacının zararının gerçekleştiğinin kabulü gerekir" (Kurt (2012), *Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 77, dn. 248.)

³⁶¹ Erol CANSEL ve Çağlar ÖZEL (2013), "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *Journal of Yaşar University*, 8 (Özel), İstanbul, s. 713-714.

durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik bir değeri olan, hukuki işlem ile belirlenmiş bağımlı (fer'i) nitelikte bir edim olarak kabul edilmektedir³⁶². Yargıtay tarafından ceza koşulu hakkında çeşitli tanımlamalar yapılmıştır.

*“...geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi veya belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup bir hukuki işlem ile belirlenen götürü bir edim”³⁶³,
“...geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir.”³⁶⁴*

Ceza koşuluna ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nun 177. ilâ 182. maddeleri arasında düzenlenmiştir³⁶⁵. Ceza koşulunun (cezai şart) iki türü seçimlik cezai koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifa yerine tutan dönme cezası olarak da ifade edilen ifa yerine tutan ceza koşulu Kanun'un 179'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, sözleşme ile yüklenilen edimlerin hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi haline bağlanan ceza, kural olarak seçimlik ceza koşulu olarak nitelendirilmekte ve alacaklıya borcun ya da cezanın ifasını talep etme hakkı tanımaktadır³⁶⁶. Maddenin ikinci fıkrasında hem ifayı hem de cezayı talep etme hakkı düzenlemiş olup, eser sözleşmelerinde sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır. Bu hüküm neticesinde, eksik ifa nedeniyle iş sahibinin ayrıca zarara uğramış olması da gerekmemektedir. Bahsi geçen maddenin üçüncü fıkrasında ise yükleniciye, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklı tutulmuştur. Bahsi geçen son fıkra

³⁶² age. s. 714.

³⁶³ Y. 13. HD., 1981/7896 E.,1981/8497 K., 25.12.1981 T., (www.legalbank.net ET. 13.02.2021)

³⁶⁴ YHGK., 1970/1505 E., 1971/85 K., 17.02.1971 T. (www.legalbank.net ET. 13.02.2021)

³⁶⁵ Ceza koşulu hükümleri emredici nitelikte olmamakla birlikte, bu durumun tek istisnası ceza miktarının indirilmesidir. (CANSEL ve ÖZEL 2013, age. s. 715.)

³⁶⁶ YHGK., 2011/15-118 E., 2011/234 K., 27.04.2011 T.:“...Yanlar arasında imzalanan 04.07.2006 tarihli ek protokolde ayıplı olarak üretilen pantolon, şort ve şort eteklerin ücretsiz olarak yeniden davalı tarafça üretileceği, teslimin sipariş tarihinden itibaren 6 iş gününde yapılacağı, yeniden üretilecek olan üniformalarda kullanıcı hatası sayılmayan hallerin dışında üniformaların miadından önce deforme olması, yırtılması, renk atması, çekmesi, salması, ribanaların marullaşması, yaka telalarının salması veya ek protokolda belirtilen tarihlerde ürünlerin tesliminin gerçekleşmemesi halinde ve benzeri sözleşme ihlallerinde yüklenicinin iş sahibine kendisine ödenmiş tutarın 2 katı kadar tazminat dışında cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Söz konusu cezai şart akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış olduğundan BK'nın 158/I. maddesi hükmünde tanımlanan seçimlik cezai şarttır.” (www.lexpera.com ET. 12.02.2021)

ile yüklenici, bir ceza koşulunun değil dönme cezasının bulunduğunu kanıtlayarak sadece cezayı ödeme imkanına sahiptir.

Eser sözleşmesinde ceza koşulu, eserin vade tarihinde ve eksiksiz bir şekilde teslim edilmemesinin yaptırımı olarak kararlaştırılmışsa, eserin vadesinde ancak eksik şekilde teslim edilmesi halinde, borcun gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olacağından, ceza koşulu alacağı da muaccel hale gelecektir³⁶⁷. Ancak ceza koşulu, sadece eserin vade tarihinde teslim edilmemesinin müeyyidesi olarak kararlaştırılmışsa, eserin vadesinde ancak eksik işleriyle birlikte iş sahibince kabul edilmesi halinde, eserde eksiklikler için ceza koşulu alacağı muaccel hale gelmeyecektir. Eserin teslimine engel olacak derecede önemli eksiklikler söz konusu ise, hukuken eserin teslimi gerçekleşmediğinden ceza koşulu alacağı yine muaccel hale gelecektir³⁶⁸. Diğer taraftan eserde sadece önemsiz eksiklikler varsa, iş sahibi eseri kabulden kaçınarak bu eksikler tamamlanıncaya kadar geçecek süre için ceza koşulu talep etme hakkına sahip olmayacaktır³⁶⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinde tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebilecekleri düzenlenmiş olup, maddenin üçüncü fıkrasında hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine dair sınırlandırma getirilmiştir. Bu noktada Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesinde yer alan "*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu'nun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*" düzenlemeye göre, karşı tarafın tacir olması durumda ceza miktarında indirimden söz edilemeyecektir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1970/1053 E., 1974/222 K. sayılı ve 20.03.1974 tarihli kararı ile tacirler için kararlaştırılan ceza koşulu hakkında "*...fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz.*" görüşü ile iptalini mümkün kılmış, Yargıtay'ın emsal bir kararında da bu görüş kabul edilerek

³⁶⁷ Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 219.

³⁶⁸ Serkan AYAN 2008, age., s. 198; Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 219-220.

³⁶⁹ Y. 15. HD., 1976/2819 E., 1977/140 K., 28.1.1977 T.: "*...davacıya verilecek kat veya dairelerle ortak yerlerin (...) davacının eseri kabulden kaçınmayacağı hale ne zaman getirildiği mahkemeye kuşkuyla yer vermeyecek biçimde tespit olunarak cezalı süre sınırı belli edilmelidir. Çünkü eser sahibi yukarıdaki maddede (BK m. 360 f. 2) açıklanan noksan ve ayıplı işlerin tamamen bitirilmesini bekleyerek eseri kabulünden kaçınıp cezaî şart isteyemez.*" (www.legalbank.net ET. 13.02.2021)

tacirin mahvına sebep olacak şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun kısmen ya da tamamen iptal edileceğine hükmetmiştir³⁷⁰.

4.3. ÖDEMEZLİK DEF'İ

Türk Hukukunda def'i kavramının tanımına yer verilmemekle birlikte, öğretilerde en çok kabul görmüş ifadeye göre def'i; borçluya tanınmış, borçlanılan edimin ifasından özel bir sebeple kaçınma hakkıdır³⁷¹. Borç ilişkilerinde etkilerine göre def'iler sürekli ve geçici olarak ayrıma tabi tutulmuş olup³⁷², ödemezlik def'i

³⁷⁰ YHGK., 1970/1053 E., 1974/222 K., 20.03.1974 T.: "Ticaret Kanununda, bizim 24. maddeye mütenazır, 348. maddesi bulunan Almanyada da genişletilmiş 2. baskısı (Gessler Hefermehl Hildebrandt Schröder) taraflarından 1953 yılında yayınlanan (Ticaret Kanunu) şerhinde (Sh. 1068), cezaî şartın kanunda öngörülen diğer haller meydanında ahlaka aykırılığı sebebi ile de geçersiz olacağını, cezaî şartın fahiş olmasının yalnız başına ahlaka aykırı sayılmayı haklı kılmayacağını, fakat borçlunun iktisadî hürriyetinin büyük nisbette haleldar olmasını yahut da borçlunun iktisadî mevcudiyetinin tehlikeye girmesini veya yıkılmasını mucip oluyorsa ahlaka aykırılığın kabulü gerektiğini, bunun akdin in'ikadi zamanındaki duruma göre tayini icap ettiğini tebarüs ettirmiştir. Enneocorus - Lehmann, Borçlar Hukuku adlı eserinde, borçlunun talebi üzerine tenkisi iktiza eden fahiş cezaî şartın, Medenî Kanununun 134 veya 138. maddelere aykırılığı sebebiyle esasen batıl olmamasının gerektiğini, fakat cezaî şartın yalnız fahiş olmasının 138. maddenin 1. fıkrasının uygulanmasına yetmiyeceğini, bu şartın bilhassa Ticaret Kanununun 348. maddesine göre haklarında 343. madde uygulanmayacak olan tacirler için önem taşıdığını (13. baskı 1950, Sh. 155), ahlak ve adaba aykırı olan bütün muamelelerin 138. maddeye göre batıl olduğunu (Sh. 128, belirtmiştir. Görülüyor ki, Almanyada da, fahiş olduğundan dolayı tenkis edilemeyecek olan cezaî şartın, ahlak ve adaba aykırılığı sebebiyle iptal edilebilmesi kabul olunmaktadır...Ticaret Kanununun 24. maddesi. Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Nitekim İsviçre ve Alman Hukukçuları arasında, mevzuatın farklı olmasına rağmen, bu bakımdan tam bir mutabakat mevcuttur. Bizim mevzuatımız itibarile, farklı bir sonuca ulaşmak için hukukî bir dayanak bulunmamaktadır."; Y. 15. HD, 2007/3434 E., 2008/4508 K., 04/07/2008 T.: "...Davacılar bu taleplerini sözleşmenin 7. maddesi hükmüne dayandırmış iseler de, "fesih halinde yapımıcının hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeceğine" dair hüküm davalı yüklenicilerin ekonomik yönden mahfına neden olacak nitelikte olduğundan batıldır. Gerçekten TTK'nın 24 ve BK'nun 161/son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahfını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay İçtihatları ile de benimsenmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 tarih, 1970/T-1053 E.- 222 K. sayılı kararı)... " (www.lexpera.com.tr ET. 25.11.2021)

³⁷¹ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2011), *Medenî Usul Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 345; Baki KURU, Ramazan ARSLAN ve Ejder YILMAZ (2012), *Medenî Usul Hukuku*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 310; M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS (2012), *Medenî Hukuk*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 323

³⁷² Neslihan ÇUKADAR (2014), *Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 51.

alacaklının hakkını geçici bir süre kullanmasına engel olduğundan geçici def'iler arasında yer almaktadır³⁷³.

Kural olarak ödemezlik def'inde şartlar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin var olması, karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan edimlerin geçerli olarak doğması ve tarafların varlığını devam ettiren, karşılıklı edimlerinin her ikisinin de muaccel hale gelmesi ve karşılıklı borç ilişkisi içerisinde bulunan taraflardan birinin öncelikle ifa yükümlülüğünün bulunmamasıdır³⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 479'uncu maddesinde yer alan, "*İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.*" ifadesiyle eser sözleşmesinde bedeli (karşı edimi) ödeme borcunun eserin teslimi ile muaccel olduğu düzenlenmiştir. Ancak hukuki anlamda teslimin gerçekleşmesi ile eserde eksiklikler varsa ödeme borcu hakkında iş sahibinin, bedel ödeme borcu muaccel olacağı için yüklenici bedelin tamamının ödenmesini talep edebilecektir³⁷⁵. Öte yandan iş sahibi, yapıdaki eksiklikler tamamlanıncaya kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinde yer alan "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*" düzenlemesi uyarınca, ödemezlik def'ini ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan, eksikliğe denk gelen tutar oranında bedel borcunu ödemekten kaçınma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir³⁷⁶.

İş sahibinin, eksikliklerden dolayı bedelden indirim hakkında yukarıda yer alan açıklamalar dikkate alındığında, bedel ödeme borcundan indirim nedeniyle iş sahibi kural olarak ödemezlik def'i hakkını öne süremeyecektir³⁷⁷. Bir başka ifadeyle iş sahibi bedelden indirim talep ettiği takdirde, yapılması üzerine bedel azalacağından

³⁷³ Ödemezlik def'inin hukuki niteliği konusunda öğretide iki ayrı görüş ileri sürülmüştür; ilk görüşe göre ödemezlik def'i "dava temelinin yetersizliği savunması" teşkil eder. İkinci görüşe göre ise, ödemezlik def'i gerçek anlamda bir def'idir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Neslihan ÇUKADAR 2014, age. s. 65.

³⁷⁴ Fikret EREN 1999, age. s. 991; Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ 2017, age. s. 351.

³⁷⁵ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 94-95.

³⁷⁶ Serkan AYAN 2008, age., s. 87; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 95. Ayan'a göre, Alman uygulamasında iş sahibinin ayıp halinde ödemezlik def'inin ayıbın giderilmesi için gereken masrafların iki veya üç katı kadar bir kısım için kullanmasının yerinde olduğundan yola çıkılarak eksikliğin tamamlanması için de ortalama masrafın iki katı kadar bir tutar için ödemezlik def'ini kullanabileceği ileri sürülmüştür. (Serkan AYAN 2008, age., s. 77, dn. 266)

³⁷⁷ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 95.

ayrıca ödemelik def'i ileri sürme hakkı söz konusu olmayacaktır. Zira, bedelden indirim sonucunda iş sahibinin menfaati tatmin edilmiş olacağından, yüklenici aleyhine ücret ödemediğinden imtina etme imkânı da söz konusu olmayacaktır. Bu durumda iş sahibinin zararını tazmin hakkı saklı kalmaktadır. Zararın tazmini talebi halinde de iş sahibinin eksiklik giderilene kadar ödemelik def'ini ileri sürme hakkı mevcuttur. İş sahibinin taşınmazı kullanamamasından doğan zararının tazmini için ödemelik def'ini ileri sürmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁷⁸.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, devir borcu nedeniyle ödemelik def'i hakkında istisnai uygulamalar bulunmaktadır. Kural olarak arsa paylarını devir borcu, Türk Borçlar Kanunu'nun 479/I hükmü uyarınca bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi anında muaccel olur ve yüklenici kendi payına düşen arsa paylarının kendisine devrini ancak teslimin gerçekleşmesinden sonra, gerçekleşmesini talep edebilir. Ancak eksik ifa söz konusu olduğu hallerde yüklenicinin kendi payına düşen bağımsız bölümlerin devrini talep etmesi durumunda, arsa sahibi yapıdaki eksiklikler tamamlanıncaya kadar ödemelik def'ini ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gerekli tutarı karşılayacak biçimde, daha önce yükleniciye devredilmesi konusunda anlaşmaya varılmış olan bağımsız bölümlerden birini devretmekten imtina etme hakkına sahiptir³⁷⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mevcut eksikliklerin giderilmesi için gerekli olan masraflar, tazminat ve ceza koşulu alacağı toplamının, ödemelik def'i nedeniyle yükleniciye verilmeyen bölümün değerinden az olması ve devredilmeyen payın değerinin çok yüksek olması durumunda, ödemelik def'inin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği açıktır. Böylesi bir durumda iş sahibi gecikme tazminatı, ceza

³⁷⁸ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 95; Serkan AYAN 2008, age., s. 87.

³⁷⁹ age. s. 88; Leyla Müjde KURT 2012, age. s. 78; Uygulamada, yükleniciye eksikliklerin tamamlanması ya da tamamlamak için gereken tutarı ödemesi için süre tanınarak, yüklenicinin eksikliği tamamlaması ya da eksikliğin tamamlanması için gereken bedeli depo etmesi halinde arsa sahibinin yükleniciye hak ettiği arsa paylarını devretmesine, bu arsa paylarının yüklenici adına tescil edilmesine karar verilmektedir. Uyuşmazlığı bahsi geçen yöntem ile çözülmesine "birlikte ifa kuralı" denilmektedir. Y. 15. HD., 2004/1391 E., 2004/5609 K., 3.11.2004 T.: "... dava tarihi itibarıyla eksik ve kusurlu işler ve bedeli saptanmalı; işin eksik ve kusurunun niteliği, derecesi ve giderim tutarı itibarıyla arsa sahibince reddiyle teslim alınmaması, Medeni Yasanın 2. maddesi gereğince objektif iyi niyet kurallarına aykırı ise eksik ve kusur bedelinin yüklenici tarafından arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya...karar verilmelidir.", Y. 15. HD., 1981/2098 E., 1981/2240 K., 12.11.1981 T.: "...Gerçekten anılan eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için, yüklenici olan davacının edimini tam olarak yerine getirmelidir. Davalıların Borçlar Yasasının 81. maddesi hükmüne uygun olarak yaptıkları bu ödemelik savunun [def'in] usulen incelenmesi gerekir. Diğer bir deyimle, taşınmaz mülkiyetinin aktarılması biçimindeki davaluların borcu ile davacı yüklenicinin eksik ve ayıplı işlerden doğan borcunun karşılıklı olarak gözönünde tutulmaları ve birlikte ifanın gerçekleştirilmesi amaca uygun düşecektir." (www.lexpera.com ET. 13.02.2021)

koşulu gibi alacaklarının yükleniciden karşılanması talebinin yerine getirilmesi halinde bağımsız bölümün devrini gerçekleştirebilir³⁸⁰. Bahsedilen alacak kalemlerinin peşinen ödeme teklifinin iş sahibince reddedilmesi de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, bağımsız bölümün yüklenici adına tesciline karar verilmesi gerektiği hem öğretide hem de yargı kararlarında görüş birliğine gidilmiştir³⁸¹.

4.4. ZAMANAŞIMI

Eksik ifa halinde, borç aslen gerektiği gibi ifa edilmediği için, eserdeki eksiklikler Türk Borçlar Kanunu'nun 147'nci maddesinde düzenlenen beş yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 112 ve devamında yer alan maddelerde düzenlenen borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere tabi tutulmalıdır. Eksik ifanın genel hükümlere tabi olduğu görüşüyle örtüştüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 147'nci maddesine göre genel dava zamanaşımı olan beş yıllık süre içerisinde iş sahibinin dava ve talep hakkının muayene ve ihbar külfeti bulunmaksızın, eserin teslimin itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.³⁸²

Türk Borçlar Kanunu'nun 147'nci maddesinde yer alan beş yıllık zamanaşımı süresine ilişkin hüküm, iş sahibinin bazı taleplerini bu kuraldan istisna tutmuştur. Buna göre istisna gösterilen bu alacaklar, Kanun'un 146'ncı maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Buna göre “yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle açılacak dâvalar hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan alacaklar” beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Görüldüğü gibi bu hükümle, yüklenicinin temerrüde düşmede kasıtlı veya ağır ihmali olması hâlinde iş sahibinin sahip olduğu hakları on yıllık, fakat yüklenicinin hafif veya orta derecede ihmali olduğu veya tamamen kusursuz olarak temerrüde düştüğü hâllerde ise, iş sahibinin hakları beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır.

Eserin iş sahibine eksik şekilde teslim edilmesi halinde, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetleri doğmayacaktır³⁸³. Bu çerçevede kabul veya rızası

³⁸⁰ Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 95, Serkan AYAN 2008, age., s. 87.

³⁸¹ Serkan AYAN 2008, age., s. 88; M. Turgut ÖZ 2016, age., s. 84; Hasan ERMAN 2010, age. s. 179.

³⁸² Eksik ifa ile ayıplı ifanın hukuken farklı kavramlar olduğu çalışmamızın ikinci bölümde ele alınmıştır. Mevcut açıklamalar doğrultusunda ayıplı ifada uygulama yeri bulan yükümlülüklerin, eksik ifade uygulanma yeri bulunmamaktadır. Y. 23.HD., 2015/5323E., 2018/3139K., 15.5.2018 T.:*“Eksik işler bedeli ise, ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde talep edilebilir”*. (www.kazanci.com ET. 20.11.2020)

³⁸³ Mustafa Alper GÜMÜŞ 2020, age. s. 373

olmadıkça iş sahibi, eseri gözden geçirmemiş ve eserdeki eksikleri yükleniciye bildirmemiş olsa bile, Türk Borçlar Kanunu'nun m. 147/1, b.6 hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman yükleniciyi eserin eksik teslimi nedeniyle sorumlu tutma hakkına sahip olur.

Yüklenicinin ağır kusuruyla eksik ifasının tabi olacağı zamanaşımı süresi yönünden kanun hükmünde, ayıptan doğan sorumluluktaki zamanaşımında olduğu gibi düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere TBK m. 147/1, b.6 hükmünde anıldığı üzere, yüklenicinin ağır kusuruyla ifa etmemesi halini ayırık tutmuştur. Bu bağlamda, kıyasen Türk Borçlar Kanunu'nun 478'inci maddesinde yüklenicinin ağır kusuruyla sebep olduğu ayıplı ifa açısından öngörülen yirmi yıllık sürenin, eksik ifaya ağır kusur ile sebep olunması halinde uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla, TBK m. 147/1, b. 6 hükmü çerçevesinde ve TBK m. 146 hükmü uygulanmak suretiyle sonuca gidilmelidir. Netice olarak, kanun koyucunun hükmü düzenleme amacı da gözetilerek, yüklenicinin ağır kusuru ile eksik ifası haline on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 147/b.6 hükmü uyarınca, iş sahibinin eksik ifadan kaynaklı ceza koşulu alacağı da kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Sözleşmenin tarafları belirli süreye bağlı ve artış gösterecek şekilde ceza koşuluna karar vermişlerse, Türk Borçlar Kanunu'nun 150'nci maddesinde belirtildiği üzere her dönem sonundan geçerli olmak üzere beş yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Ancak yüklenicinin kastı veya ağır ihmali mevcutsa, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

Eserde eksik ifa halinde iş sahibinin yükleniciden talep etme hakkına sahip olduğu eksik işler bedeli, kural olarak eserin teslimini takip eden beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ve teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazı kayda gerek yoktur³⁸⁴.

İş sahibi, genel zamanaşımı süresi içinde bu eksikliklerin tamamlanmasını ve gecikmeden kaynaklanan zararının veya eksikliklerden kaynaklanan zararının tazminini yükleniciden talep edebilir. Zamanaşımının başlangıç anı hakkında öğretide üç farklı görüş mevcut olup; ilk görüşe göre zamanaşımı sözleşmenin ihlalden itibaren, ikinci görüşe göre zararın doğduğu andan itibaren ve son görüşe göre ise alacaklının alacağının muaccel kılabileceği andan itibaren işlemeye başlar³⁸⁵.

³⁸⁴ Y. 15. HD., 2011/752 E. 2011/7242 K., 07.12.2011 T. (www.lexpera.com.tr ET. 20.11.2021)

³⁸⁵ Şahin AKINCI 2017, age. s. 1405.

Çalışma içerisinde yer verilen eksik işlerin bulunduğu eserlerin iş sahibince kabul edilmesi zorunluluğu bulunmadığı gibi, bu gibi hallerde eseri teslim borcunun sona ermeyeceği ileri sürülmektedir³⁸⁶. Bu doğrultuda teslim edilmemiş eserde eksik ifaya ilişkin zamanaşımı süresi başlamayacak ve yüklenicinin ücret alacağı muaccel hale gelmeyecektir. Ancak öğretide, iş sahibinin eksik esere dair kabul iradesini ortaya koyması halinde artık hukuken teslimi gerçekleştiğinden zamanaşımı süresi işlemeye başlar³⁸⁷.

İş sahibi eserin eksik ifası halinde yükleniciden talep etme hakkına sahip olduğu gecikmeden doğan zararın ve ceza koşulunun miktarı, kural olarak dönemsel artacağından, her bir döneme ilişkin alacağın zamanaşımı süresi ayrı işleyecektir³⁸⁸. Fakat aynen ifa talebinin iş sahibince zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmamış olması halinde, gecikme tazminatı ve ceza koşulu talepleri de zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir³⁸⁹. Bu çerçevede, örneğin teslim borcunun muaccel olan kısım üzerinden beş yıl geçmişse, iş sahibi artık o kısım için gecikme zararının tazminini talep edemeyecektir.

³⁸⁶ Zeynep ÖZCAN 2018, age. s. 329; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 49.

³⁸⁷ Zeynep ÖZCAN 2018, age. s. 329; Cevdet Salih ŞAHİNİZ 2014, age., s. 49-50.

³⁸⁸ Serkan AYAN 2008, age. s. 314- 315.

³⁸⁹ age. s. 314- 315.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eseri meydana getirmeyi, iş sahibinin ise meydana getirilen eser karşılığında ücret ödemeyi üstlenmiş olduğu ve böylelikle tarafların karşılıklı edimlerini içerdiği bir iş görme sözleşmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ila 486'ncı maddeleri arasında eser sözleşmelerine ilişkin hükümler yer almakla birlikte, eser sözleşmesinin kanuni tanımında eserin teslim borcuna açıkça yer verilmemiş olmasına karşılık yargı kararları ile birlikte yüklenicinin dar anlamda eserin teslim borcu altına girdiği kabul edilmektedir.

Eser sözleşmesinin temelini oluşturan unsurlar tarafların anlaşması, bedel ve meydana getirilen eserden ibarettir. Bu kapsamında yüklenicinin asli borçları eseri meydana getirme ve eseri teslim etme olmasının yanı sıra, eser sözleşmesinden kaynaklı işi doğrudan doğruya kendisinin yapması (şahsen ifa) veya yönetimi altında yaptırma borcu, araç ve gereci sağlama borcu, eser teslim sözleşmesi söz konusuysa malzeme sorumluluğu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu, özen ve sadakat borcu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu olmak üzere yan yükümlülükleri bulunmaktadır.

Yüklenicinin asli borcu olarak meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği eserin hukuki niteliği hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş olup; bazı yazarlara göre eser sözleşmesinin konusunun yalnızca maddi eseri imal etmek ve maddi eser üzerinde değişiklik yapmaktan ibaret olduğu, bazı yazarlara göre maddi olmayan bir sonucun taahhüt edilmesinin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği ve maddi olmayan iş görme sözleşmelerinin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay tarafından da bir çalışma sonucunun maddî bir varlığa sahip olup olmadığı gözetilmeksizin, eser sözleşmesinin unsurlarından biri olan eseri, geniş yorumlamak suretiyle objektif olarak tespitinin mümkün olması yeterli görülmüştür³⁹⁰.

³⁹⁰ YHGK, 2009/15-459 E., 2009/541 K., 18.11.2009 T.: "... Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. (...) Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz

Yüklenicinin yapımını üstlenmiş olduğu eseri teslim borcunun yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla kural olarak tamamlanmamış eserde teslimden bahsedilemeyecektir. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralları gereği bulunması gereken kısımların hiç yapılmamış olması halinde eser sözleşmesinde eksik ifa meydana gelmektedir. Öğretide bir başka ifadeyle hukuki, objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif açılardan bölünebilen bir yapma borcunun ifasının, edimin tamamının ifasının gerisinde kaldığı bütün hâller olarak da tanımlanmaktadır.

Eksik ifa hakkında açık bir hukuki düzenleme bulunmamakla birlikte, uygulamada ortaya çıkan uyumsuzluklar sonucunda şekillenmektedir. Bu sebeple eksik ifa kavramı bazı hukuki kavramlar ile karıştırılabilmektedir. Özellikle ayıplı ifa kavramı ile eksik ifa kavramı çoğu zaman birbirinden ayırt edilmesi güç bir hal almasına karşın, işbu kavramlar tamamıyla birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki eksik ifa durumunda borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilememesi söz konusu iken, ayıplı ifade herhangi bir eksiklik bulunmaksızın ifa gerçekleşmiş olduğu hâlde edim, sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereği taşınması gereken nitelikleri taşınamaması olarak tanımlanmaktadır. Ayıplı ifade eserin teslim edilmiş olmasının yanı sıra, iş sahibinin eseri muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunurken, eksik ifade teslim söz konusu olmadığı gibi, muayene ve ihbar yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu bağlamda ayıplı ifa söz konusu olduğu durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler uygulanması gerekirken, öğretide tartışma konusu edilmiş olmasına karşın eksik ifa halinde genel hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir.”; Y. 3. HD., 2011/19821 E., 2012/4726 K., 27.02.2012 T. “...Dava; protez yapımından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, BK.nun 355.maddesinde tanımlandığı üzere bir “eser” sözleşmesidir. Davacı yüklenici; davalı ise iş-eser sahibidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş-eser sahibi ile akdî ilişkiye girerken bir sonuç yani “eser” meydana getirmeyi yüklenmektedir. Bu anlamda eser bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Bu niteliği itibarıyla eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklıdır. Diğer yandan eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdüldüğünden ve yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlü olduğundan, protez yapımı sözleşmesi de vekâlet akdi değil, bir “eser” sözleşmesidir.” Benzer kararlar için bkz: Y. 23. HD., 2014/3459 E., 2015/241 K., 16.1.2015 T.; Y. 23. HD., 2015/6390 E., 2016/3589 K., 13.6.2016 T.; Y. 21. HD., 2019/253 E., 2020/553 K., 6.2.2020 T., Y. 21. HD., 2014/6723 E., 2015/4108 K., 03.03.2015 T., Y. 23. HD., 2015/1673 E., 2015/1882 K., 23.3.2015 T. (www.kazanci.com ET: 17.12.2020)

Eserde eksik ifa, eserde yeni bir çalışma gerektiren ve tamamlanması mümkün olabilen hallerde söz edebilmek mümkündür. Dolayısıyla eksik ifadan bahsedebilmek için, öğretide baskın görüşe göre niteliği gereği bu eksikliğin tamamlanabilir olması ön koşuldur. Eksik ifanın niteliğine göre eserdeki hukuki sonuçları etkilediği kanaatiyle önemli, önemsiz ve orta önemli eksiklikler olarak kategorize edilmiştir. Önemli eksiklikler halinde eserin teslim edilmemiş olacağı, önemsiz eksikliklerde ise teslimin gerçekleşebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu'nda ayıp kavramının tanımı, unsurları ve uygulanacak hükümler ayrıca düzenlenme alanı bulmasına karşın; eksik ifa kavramının açıkça yer verilmemiş olması sonucunda, kavramın öğreti ve yargı kararları doğrultusunda şekillenmekte olduğundan, hangi durumda ayıplı ifaya dair özel hükümlere, hangi durumda eksik ifaya dair genel hükümlere başvurulması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Yargı kararlarında eksik ifanın söz konusu olduğu hallerde genel hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmekte ise de yüz ölçümü eksikliği yapıya zarar vermeden giderilmesi veya tamamlanması mümkün olmadığından ayıplı ifa olarak kabul edilmesi gerekirken eksik ifa olarak nitelendirilmektedir. Yapı kullanma izin belgesinin alınmaması geçmiş yıllarda Yargıtay tarafından ayıp olarak nitelendirilmiş iken, günümüzde eksik ifa olarak kabul görmektedir. Çalışma içerisinde yer verilen örnekler doğrultusunda bazı eksikliklerin ayıp kavramı içerisinde kabul edilmesi de çelişki meydana getirdiği, özellikle Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen eksiklikler için, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu ile getirilen düzenlemeler ile ayıplı ifa ve eksik ifa kavramının iç içe geçtiği görülmektedir.

Hukuken tamamlanmamış bir eserin iş sahibine teslim edilmesi durumunda, iş sahibi öncelikle eksikliğin aynen ifasını ve gecikmeden doğan zararının tazminini veya ek süreye gerek olmaksızın, ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakların kıyas yoluyla uygulanması sonucu, eksikliğin giderilebilmesi için gereken uygun miktardaki para oranında eser bedelinden indirim hakkını kullanabilir. Eserin meydana getirilmesinin yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olmadığı hallerde, iş sahibinin şahsen veya başkası tarafından edimin ifasını isteme hakkı da düzenlenmiştir. İş sahibi ayrıca, yüklenicinin kusursuz olduğunu kanıtlayamaması şartıyla, eserin tamamlanacağı sürenin sonuna kadar geçecek süre için gecikme tazminatı da talep etme hakkına sahiptir.

Yargıtay tarafından zamanla değişen ve daireler arasında tam bir görüş birliğine ulaşılamamıő olan eksik ifa kavramı hakkında, iş sahibinin genel hükümler kapsamında hak ve alacaklarını talep etmesi, ayıplı ifaya ilişkin özel hükümlere nazaran, muayene ve ihbar külfetinin ortadan kalkması ve sözleşmede kararlaştırılan edime kavuőması gereken iş sahibinin menfaatine olacağı açıktır. Dolayısıyla yapılan çalışma sonucunda somut olaydaki özelliklerin dikkate alınmasının yanı sıra eksik ifanın kavramı ile hukuki sonuçlarının kanuni düzenleme içeresine alınması gerektiği düşünceindeyiz.



KAYNAKÇA

- ACAR Faruk (2013), "Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı 134, <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, ET. 10.01.2021.
- ACEMOĞLU Kevork (1972), "Aliud ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 6, Sayı 9, ss. 19-29.
- AKINCI Şahin (2017), "Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku*, ss. 1391-1421, Ankara.
- AKBULUT Pakize Ezgi (2020), "Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, ss. 85-99.
- AKSOY DURSUN Sanem (2011), "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı", *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 101, ss. 1845-1860.
- ALTAŞ Hüseyin (2006), "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, ss. 96-110, Yetkin Yayınevi, Ankara
- ALTUNKAYA Mehmet (2004), *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- ARIKAN Mustafa (2008), "Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 16, ss. 265-285.
- ARAL Fahrettin (2011), *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ARAL Fahrettin ve AYRANCI Hüseyin (2018), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- AVCI Ali (2015), "Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 28, Sayı 119, ss. 367-394.

- AYAN Mehmet (2016), *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYAN Serkan (2008), *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYDEMİR Efrail (2016), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYDOĞDU Murat (2019), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BÜYÜKAY Yusuf (2014), *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- BAŞ Ece (2013), "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu- Specific Performance as a Primary Remedy in Sales Law", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, ss. 623-655, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179443> ET. 05.12.2020
- BAYRAMOĞLU Necati Şükrü (2019) *Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedelin Aşılması (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- BURCUOĞLU Haluk (1990), "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tefekkürden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Gereken Süreler", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, ss. .282-332, Ankara.
- CANSEL Erol ve ÖZEL Çağlar (2013), *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*, *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, Cilt 8, ss. 713-733, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203175> ET. 05.12.2020.
- COŞKUN Mahmut (2017), *İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÇUKADAR Neslihan (2014), *Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- DENİZ Mehmet Yener (2009), "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", *EÜHD*, Cilt 4, Sayı 1, ss. 155- 176.
- DUMAN İlker Hasan (2018), *İnşaat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- EREN Fikret (1996), "Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri", *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, ss. 45-103, Ankara.

- EREN Fikret (1996), "İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Borçların Yerine Getirilmesinin Sonuçları", *Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, ss. 45-103, Ankara.
- EREN Fikret (1999), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yatınları, İstanbul.
- EREN Fikret (2017), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, Ankara.
- ERGEZEN Muaz (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ERMAN Hasan (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul.
- FEYZİOĞLU Feyzi Nemettin (1978), *Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Özel Borç İlişkileri)*, İstanbul.
- GÖKYAYLA K. Emre (2002), "Eser Sözleşmesinde Sadakat ve Özen Borcu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Cilt 1, Sayı 1, ss. 785-805.
- GÖKYAYLA K. Emre (2009), *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper (2003), "Kısmi İfa". *Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan*, ss. 603-631, İstanbul.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper (2020), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- GÜNDOĞDU Fatih (2014), *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- GÜR Mustafa (2017), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- HIZIR Fatma (2018), "İşin Devamını Üçüncü Kişiyeye Verme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 33, ss. 583 - 608.
- KARADAŞ İzzet (2016). *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*. Adalet Yayınları, Ankara.
- KAYAK Sevgi (2018), "Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının Hükümleri ve Türk Hukuunu Etkileyen Yönleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, ss. 239-305.
- KILIÇOĞLU Ahmet Mithat (1975), "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdarei Altında Yaptırma Borcu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1-4, ss. 185-199.
- KILIÇOĞLU Ahmet Mithat (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

- KILIÇOĞLU Ahmet Mithat (2019), "Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler". *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, ss. 711-713.
- KIRMIZI Mustafa (2014), *Açıklamalı - İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Yazarın Kendi Yayımları, Ankara.
- KOCAAĞA Köksal (2004), "Müteahhidin İşe Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK.m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar" *DEÜHFD*, Cilt 6, Sayı 1, ss. 177-201.
- KOCAAĞA Köksal (2014), *İnşaat Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- KOSTAKOĞLU Cengiz (2015), *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, İstanbul.
- KURT Leyla Müjde (2012), *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- KURTULAN Gökçe (2016), "Türk Hukukunda İmkansızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, Sayı 3, ss. 191-248.
- KURU Baki, ARSLAN Ramazan ve EJDER Yılmaz (2012), *Medeni Usul Hukuku*. Yetkin Yayınevi, Ankara.
- KÜRŞAT Zekeriya (2015), "İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*, Cilt 1, ss. 751-778, Vedat Yayıncılık, İstanbul.
- MİDYAT AYDINCIK Şirin (2017), "Türk İnşaat Hukukunda Nama İfa", *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, ss. 63-112, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- OKUR Sinan (2019), "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 175, ss. 625 - 739.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin (1999), "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, ss. 60-118, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf ET. 08.12.2020.
- OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Yayıncılık, İstanbul.

- OĞUZMAN Kemal ve BARLAS Nami (2012), *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- ÖNGÖREN Gürsel (2016), *İnşaat Hukuku*, Ögören Hukuk Yayınları, İstanbul.
- ÖZ M. Turgut (1989), *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Yayınları, İstanbul.
- ÖZ M. Turgut (1996), "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Olan Aynı Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", *İÜMHAD*, Cilt 13, Sayı 16, ss. 131-172.
- ÖZ M. Turgut (2016), *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZ M. Turgut (2018), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Hukuku*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZÇELİK Barış (2014), "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasından Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları", *AÜHFD*, Cilt 63, Sayı 3, ss. 569 - 622.
- ÖZCAN Zeynep (2018), "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 11, ss. 317-339.
- ÖZKAN Sema Deniz (2015), "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 89, Sayı 6, s. 219-244.
- PAKET Sabure (2020), *Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet (2011), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- REİSOĞLU Safa (1980), *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- SAĞIR Alihan (2018), "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltırılması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, ss. 225-242.
- SELİÇİ Özer (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- SELİMOĞLU Yaşar Engin (2017), *Eser Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- SEROZAN Rona (2016), "İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme", *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 3, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- SÜTÇÜ Nezh (2016), *Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ŞAHİN Turan (2011), "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu". *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, ss. 135-157.
- ŞAHİN Turan (2012), *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, Şeçkin Yayıncılık, Ankara.
- ŞAHİNİZ Cevdet Salih (2014), *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ŞENOCAK Zarife (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- TANDOĞAN Haluk (2010), *Borçlar Hukuk Özel İlişkileri*, Cilt 2, Vedat Yayıncılık, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ Kenan (1977), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, Sermet Matbaası, İstanbul.
- UÇAR Ayhan (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tefeffül Borcu*. Şeçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÜREM Müge (2017), *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- YILMAZ Ejder (2003), *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- YAVUZ Cevdet (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- ZEVKLİLER Aydın ve GÖKYAYLA K. Emre (2016), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Yayınevi, Ankara.
- (2020-2021), Kazancı Hukuk Otomasyon, <https://www.kazanci.com.tr/>
- (2020-2021), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net/>
- (2020-2021), Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr/>