

**MEDENİ KANUN'UN VE
BORÇLAR KANUNU'NUN
90. YILI ULUSLARARASI
SEMPOZYUMU**

**1926'dan Günümüze
Türk - İsviçre Medeni Hukuku**

17 - 18 - 19 - 20 Şubat 2016

II. CİLD

ANKARA 2017

KÖTÜ İFA- EKSİK İFA- AYIPLI İFA AYRIMI VE BU AYRIMIN HUKUKİ SONUÇLARI

Prof. Dr. Şahin AKINCI*

I. GİRİŞ

Borç ilişkisinin ihlâli ile ilgili genel düzenleme TBK. m. 112 (eBK. m. 96)'de yer almaktadır. Hükme göre, "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür".

Bu hüküm, borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğün ihlâlinde uygulanacak genel bir kural niteliğindedir¹.

Hiç veya gereği gibi ifa etmeme kavramı izaha muhtaç bir kavramdır. Bu konuda Kötü İfa isimli değerli bir çalışmayı hukuk edebiyatına kazandıran Prof. Dr. Fahrettin Aral, kitabının önsözünde, "*Bu küçük kitabın hazırlanması için o zamanki ölçülere göre iki tez; şimdiki ölçülere göre dört tez yazılacak efor sarf edilmiştir. Böyle bir konuda doçentlik tezi yazmaya karar verdikten sonra, kendimi bir nevi anaforum içinde buldum ve inanılmaz güçlüklerle karşılaştım*" demektedir.

Gerçekten de, Türk - İsviçre hukukunda bu konu, sanıldığından daha karmaşık bir konudur. Her şeyden önce doktrinde kavramlar üzerinde tam bir uzlaşıya varılabilmüş değildir.

Bazı yazarlara² göre hiç ifa etmeme kavramı, kusurlu sonraki imkânsızlık hali ile borçlu temerrüdünü kapsamaktadır. Gereği gibi ifa etmeme ise kötü ifa ile yan yükümlülüklerin ihlâlini içine alan bir üst kavramdır. Borcun ifa edilmemesi veya borç ilişkisinin ihlâli ise kusurlu sonraki imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüdü kapsayan bir üst kavramdır.

Bazı yazarlar³ gereği gibi ifa ememe ile kötü ifayı eş anlamlı ifadeler olarak kabul ederken "sözleşmenin müspet ihlâli" kavramını ayrı bir ihlâl türü olarak ele alırlar.

Aral⁴ ise imkânsızlık ve borçlu temerrüdünü ayrı ihlâl halleri olarak inceledikten sonra gereği gibi ifa etmeme kavramını geniş ve dar anlamda gereği

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Aral, F., Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 69.

² Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1027.

³ Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Baskı, Ankara 2012, s. 632.

⁴ Aral, s. 67 vd.

gibi ifa etmeme şeklinde ikiye ayırır. Yazara göre geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde, borçlu borcunu yerine getirmek amacıyla bir edimde bulunmaktadır. Fakat bu edim, kanun veya sözleşmeyle öngörülen şartlara uymamaktadır. Bu anlamda bir ihlâl, borç ilişkisinin taraflarına, edimin muhtevasına, ifa yerine ve zamanına ilişkin olabilir⁵. Şu halde yazara göre ifa modalitelerine uygun olmayan her ifa geniş anlamda gereği gibi ifa etmemedir.

Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ise edimin kanun veya sözleşme ile öngörülen vasıfları taşıyamaması haline yani ayıplı ifaya ve akdın müspet ihlâli hallerine münhasırdır⁶.

Borcun ifa edilmemesi kavramının içine borçlu temerrüdü, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık ve kötü ifanın yanı sıra culpa in contrahendo sorumluluğu ile borca aykırı davranılacağının önceden belli olması halini dâhil eden yazarlar da vardır⁷.

Bu kavramlar yerine Serozan'ın önerdiği "ifa engelleri" kavramının kullanılması ve tüm ifa engellerinin bir başlık altında toplanmasını savunanlar da bulunmaktadır⁸.

Görüldüğü üzere TBK. m. 112'nin kapsamına nelerin girdiğini tespit etmeye kalktığımızda karşımıza pek çok kavram çıkmaktadır. Bunların başlıcalarını, imkânsızlık, temerrüt, kötü ifa, akdın müspet ihlâli, gereği gibi ifa etmeme, culpa in contrahendo sorumluluğu, kısmî ifa, ayıplı ifa, borca aykırılığın önceden belli olması ve eksik ifa olarak ifade edebiliriz.

Bu kavram kargaşası önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Ne zaman nasıl bir ihlâl durumunun olduğunu tespit etmekte güçlükler yaşandığı gibi her bir ihlâlin hukukî sonuçlarının kanunda farklı düzenlenmesi de somut olay adaleti açısından sakıncalara yol açmaktadır.

Alman Hukukunda, 2002 yılında BGB'de yapılan değişikliklerle bu mesele önemli ölçüde halledilmiştir. Kanuna yükümlülük ihlâli (Pflichtverletzung) kavramı sokulmuş ve borcun hiç ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi, kötü ifası, akdın müspet ihlâli hatta ayıplı ifa bu kavram altında toplanmıştır (BGB. § 280). Yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlâli de aynı şekilde yükümlülük ihlâli sayılmıştır⁹.

⁵ Aral, s. 74.

⁶ Aral, s. 76.

⁷ Oğuzman, M. K. / Öz, T. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I., 10 Bası İstanbul 2012, s. 373 vd.

⁸ Atamer, Y. İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 217 vd.

⁹ Serozan, R., Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yaratılabilir Olan Yenilikler), İÜHF., 2000, S. 1-2, s. 231 – 248; Aral, s. 98.

Bizim hukukumuzda bu mesele sadece teorik tartışma boyutunda kalmış bir mesele değildir. Kavram kargaşası Yargıtay uygulamalarına da yansımış vaziyettedir. Bu tebliğin konusunu oluşturan kötü ifa, ayıplı ifa ve eksik ifa ayırımı ile bu ayırımın hukukî sonuçları konusunda ne doktrinde ne de Yargıtay uygulamalarında bir birlikten bahsedebilmek mümkün değildir. Özellikle eksik ifa ile ayıplı ifayı birbirinden ayırt etmeye yarayan kıstaslar tam olarak ortaya konulabilmiş değildir.

Kötü ifa, ayıplı ifa ve eksik ifa ayırımı ile ilgili teorik tartışmalar böyle bir tebliğin boyutlarını fazlasıyla aşmaktadır. Amacımız, olması gereken huktan çok pozitif hukukumuz açısından öncelikle bu ayırımın hukukî sonuçlarını ortaya koyabilmek sonra da, kötü, ayıplı ve eksik ifayı birbirinden ayırt etmeye yarayan kıstaslar geliştirebilmektir.

II. KAVRAMLAR

A) KÖTÜ İFA

Doktrinde sıkça kullanılan kötü ifa kavramı, bazı yazarlara göre, gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olup, temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan borca aykırılık hallerini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Akdin müspet ihlâli kavramını üst kavram olarak kullananlar, kötü ifaya bu üst kavram içinde yer verirken, akdin müspet ihlâli veya gereği gibi ifa etmeme yerine kötü ifa kavramını tercih edenler de vardır¹⁰. Bazı yazarlar da kötü ifayı gereği gibi ifa etmeme ile aynı anlamda kullanmaktadırlar¹¹.

Kanaatimizce kötü ifa, borçlanılan edimin amacına uygun olarak ifa edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlâlini ve ayıplı ifayı da içine alan bir üst kavramdır¹². Ancak kötü ifa, geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramına göre daha dar bir kavramdır. Zira kötü ifa temerrüt ve imkânsızlığı kapsamaz. Ayrıca geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme sadece asli ve yan edim yükümlülüklerinin ihlâli halinde söz konusu olmayıp ifanın diğer unsurlarına (tarafı, yeri, zamanı) aykırılığı da kapsamaktadır.

Bazen sadece sözleşmeden doğan edim yükümlülüğü ihlal edilerek kötü ifa¹³ doğabileceği gibi, bazı hallerde edim yükümlülüğü ihlal edilmeden de borca aykırı davranılabilir; yani, yan yükümlülük ihlal edilebilir. Koruma yükümlülüklerinin ihlali bu kategoride değerlendirilebilir. Koruma yükümlü-

¹⁰ Aral, s. 106.; Ayrıca bkz. Akıntürk, T. / Ateş K. D., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Borç İlişkisi, 22. B., İstanbul 2014, s. 124; Bilgili, F. / Demirkapı, E., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. B, Adana-Bandırma 2014, s. 154.

¹¹ Kılıçoğlu, s. 632.

¹² Aral, s. 109.

¹³ Örneğin; bir su tesisatçısı musluğu tamir ederken musluğu daha kötü hale getirirse kötü ifadan söz edilir. Eren, s. 1046.

lüklerinin bazen edim yükümlülüğü ile birlikte ihlal edildiği de görülmektedir.¹⁴ Bazı durumlarda ise sadece koruma yükümlülüğü ihlal edilmiş olabilir.¹⁵

Türk - İsviçre ve Alman hukukundaki görüşler ve tartışmalar gereği “sözleşmenin müspet ihlâli” kavramının da gereği gibi ifa etmeme kavramı yanında incelenmesi gerekmektedir. Zira pek çok yazar tarafından sözleşmenin müspet ihlali yerine bir üst kavram olarak, gereği gibi ifa etmeme kavramının kullanılması gerektiği savunulmaktadır ve temerrüt ile imkânsızlık dışında kalan borcun ihlali halleri sözleşmenin müspet ihlali üst kavramı altında değerlendirilmektedir.¹⁶

Akdin müspet ihlâli (Positive Vertragsverletzung) kavramı Alman hukukunda ortaya atılmış bir kavram olup, temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan borcun ihlâli hallerini içinde toplayan bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, eğer borçlu yapması gerekeni yapmak suretiyle yani müspet bir davranışla borç ilişkisini ihlâl etmişse akdin müspet ihlâlinden söz edilir. Meselâ patlayıcılık özelliği olan bir malın bu özelliği bildirilmeden satılması ve bu yüzden zararın ortaya çıkması veya bir tezgâhtarın dikkatsizliği sebebiyle alış fiyatının çok altında mal satması halinde olduğu gibi... Temerrüt ve imkânsızlık halinde “yapamama” suretiyle borç ilişkisi ihlâl edilirken bu örneklerde olduğu gibi akdin müspet ihlâli halinde bir yapma fiili sözkonusudur. Ayıplı ifa da bu anlamda akdin müspet ihlâli kavramı içinde mütalaa edilir.¹⁷

Aslında birinci örnekte (bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli) yapma değil, yapmama fiiliyle bir zarara sebep olunmuştur. Borçlu borcunu (asli edim yükümlülüğünü) yerine getirmiştir. İfa etmeme (imkânsızlık veya temerrüt) söz konusu değildir. Ancak bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmemiştir. Bu durumda akdin müspet bir davranışla mı yoksa menfi bir davranışla mı ihlâl edildiği tartışmaya açıktır. Fakat akdin müspet ihlâli kavramını tercih edenler bu gibi halleri de müspet ihlâl olarak nitelendirmektedirler.

¹⁴ Meselâ; su tesisatçısı musluğu tamir ederken hem musluğu kırar, hem de elindeki anahtarı mutfak tezgâhına düşürmesi neticesinde tezgâhın kırılmasına sebebiyet verirse, musluğun kırılması ile edim yükümlülüğü, tezgâhın kırılması ile de koruma yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Eren, s. 1047.

¹⁵ Örneğin; su tesisatçısı musluğu tam ve doğru şekilde tamir ederek edim yükümünü yerine getirmiş; ancak, dikkatsizliği ile elinden fırlayan anahtarın mutfak tezgâhına düşmesi neticesinde tezgâhı kırmışsa sadece koruma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaktadır. Eren, s. 1047.

¹⁶ Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, Prof. Dr. Rona Serozan- İfa/ İfa Engelleri/ Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 6. B., İstanbul 2014, s. 249, (Serozan, İfa); Aral, s. 76; Tiryaki, 273; Ersin, M. Kübra, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 164.

¹⁷ Aral, s. 76 vd.

Doktrinde bazı yazarlar kötü ifa ile akdin müspet ihlâli kavramlarını aynı anlamda kullanmaktadırlar¹⁸. Bize göre de çok küçük bazı teorik farklar bir kenara bırakılmak kaydıyla her iki kavram arasında fark gözetmemek gerekir. Aksi halde zaten var olan kavram kargaşasını derinleştirmiş oluruz. Üstelik Alman Hukukunda ifa engelleri tek bir başlık altında toplanmışken ve Türk Hukukunda da haklı olarak bu yöndeki eğilimler güçlenirken pratik sonuçları birbirinden farklı olmayan (en azından olmaması gereken) iki kavram farklı anlamlar yüklemenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

B) AYIPLI İFA

Türk Borçlar Kanununda ayıptan doğan sorumluluk (ayıba karşı tekeffül) altı farklı sözleşmede düzenlenmiştir.

Bu sözleşmeler satım, kira, eser, mal değişim sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi ve adi ortaklık sözleşmesidir.

En kapsamlı düzenlemeler satım, kira ve eser sözleşmelerinde bulunmaktadır.

Mal değişim sözleşmesi üç madde ile düzenlenmiş olup, 284. maddede *“Satış sözleşmesinin zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde, mal değişim sözleşmesine de uygulanır”* denilerek satım hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Evde hizmet sözleşmesini düzenleyen TBK. m. 461 vd.’da ise ayıp kavramına iki maddede yer verilmiştir.

TBK. m. 463/II’ye göre *“İş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır.”*

TBK. m. 465’e göre ise *“İşveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü inceler; varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirir. Süresinde bildirim yapılmamışsa, ürün mevcut durumuyla kabul edilmiş sayılır.”*

Adi ortaklıkta katılım payını düzenleyen 621. maddenin III. fıkrasına göre ise *“Bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”*

Görüldüğü üzere mal değişim, evde hizmet ve adi ortaklık sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül söz konusu olmakla birlikte kanun koyucu bu sözleşmelerle ilgili olarak bir ayıp tanımı yapmış değildir.

Kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m. 304 vd.’da da ayıp tanımlanmamıştır.

¹⁸ Aral, s. 94.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 474 vd.'nda da ayıbın tanımını bulmak mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanununda ayıbın tanımı ilk olarak, satıcının ayıptan sorumluluğunu düzenleyen m. 219'da yapılmıştır. Hükme göre, *"Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur"*.

Eski Borçlar Kanunumuzun 194. maddesinde de benzer bir tanım yer almaktaydı.

Hüküm şu şekildeydi:

"Satıcı, alıcıya karşı satılanın zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir."

Bu maddede ayıp iki hususa inhisar etmekteydi: Birincisi zikir ve vaat olunan hususlara aykırılık ikincisi ise lüzumlu vasıflardaki eksiklik.

Her iki halde de satılanın niteliklerinde bir eksiklik veya sözleşmeye aykırılık söz konusudur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun 219. maddesine göre de aslında ayıbın zikir ve vaat olunan hususlara aykırılık ve lüzumlu vasıflardaki eksiklik şeklinde iki türlü olabileceğini söylemek mümkündür. Fakat TBK. m. 219'da, eBK. m. 194'den farklı olarak niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan hususlar da ayıp olarak kabul edilmiştir. Şu halde aslında her iki kanuna göre de nitelik eksikliği veya niteliğe aykırılık halinde bir ayıptan söz etmek mümkündür. Nicelikteki eksiklik eğer niteliğe etki etmiyorsa ayıp sayılmamıştır.

Ayıba karşı tekeffülün düzenlendiği bir başka kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. Ayıp, bu Kanun'un 8. maddesinde tanımlanmıştır. Hüküm şu şekildedir:

"(1) Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

(2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir."

Bu tanım TBK. m. 219'daki tanıma göre daha geniş olmakla birlikte, iki hüküm karşılaştırıldığında TKHK.'da da ayıbın zikir ve vaat olunan hususlara aykırılık ile lüzumlu vasıflardaki eksiklikler şeklinde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür. Şöyle ki; 8. maddenin birinci fıkrasında “, *tarafarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmama*” ayıp olarak kabul edilmiştir. Eğer taraflar bir örnek veya model üzerinde anlaşmışlarsa satıcı, satılanın bu örneğe (modele) uygun olacağını vaat etmiş demektir. Bu durumda örneğe veya modele aykırılık, zikir ve vaat olunan hususlara aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Birinci fıkranın devamında zikredilen “objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımama” ise açıkça lüzumlu vasıflardaki eksikliktir.

İkinci fıkrada belirtilen, “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan” ifadesi de yine zikir ve vaade işaret etmektedir. Bilindiği üzere zikir ve vadin sözlü, yazılı hatta zımni olması mümkündür. Eğer mal muadili olan malların kullanım amacını karşılamıyorsa o zaman da lüzumlu vasıflardaki eksikliklerden söz edilecektir.

Görüldüğü üzere her iki kanun da ayıbı satılan malın (borca konu olan edimin) vasıfları ile ilgili olarak görmüştür. Özellikle maddî ayıplar bakımından bu sonuca rahatlıkla ulaşabiliriz. Fakat hukukî veya ekonomik ayıplar bakımından da farklı düşünmemek gerekir. Meselâ satılan arsanın sit alanı içerisinde olması sebebiyle üzerine inşaat yapılamaması (hukukî ayıp) veya üretimde kullanılan makinenin olması gerektiğinden daha az sayıda üretim yapması (ekonomik ayıp) hallerinde de hep bir vasıf eksikliği ile karşı karşıya bulunuruz.

Bununla beraber 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanı eski TKHK'na göre bir hayli geniş tutulmuştur. 3. maddenin 1 bendinde, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Böylece konusu sadece mal olan değil, hizmet olan sözleşmeler de, eğer kanundaki tanıma uyuyor ise tüketici işlemi sayılmıştır. Buna paralel olarak Kanun'un 13. maddesinde ayıplı hizmet ayrıca tanımlanmıştır. *Hüküm şu şekildedir:*

“(1) *Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*

(2) *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 faydala-*

rı azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.”

İkinci fıkra düzenlenenen hususun zikir ve vaat edilen hususlara aykırılık olduğunu söyleyebiliriz. Fakat birinci fıkra, hizmetin sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması da ayıp olarak değerlendirilmiştir. Hâlbuki klasik anlayışa göre bu durumda bir temerrütten bahsetmek gerekir ki temerrüt halinde edimin gereği gibi ifa edilmediğini söylemek mümkün olduğu halde ayıplı ifadan söz etmek mümkün değildir.

Görüldüğü üzere bu alan, ayıp hükümleri ile temerrüt hükümlerinin karıştığı bir alandır. Öte yandan her ne kadar 2. fıkra belirtilen hususlar vasıf eksikliği dolayısıyla ayıp olarak nitelendirilebilse de, aynı hususların kötü ifa veya gereği gibi ifa etmeme hatta akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilmemesi için de hiçbir sebep yoktur.

TKHK.’nın 8. maddesinin 3. fıkrasında ise “Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.” denilmiştir. Böylece malın süresi içinde teslim edilmemesi, gereği gibi monte edilmemesi, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik, ayıp olarak değil sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmek suretiyle genel hükümlerin uygulanacağına işaret edilmiştir. Fakat bu durumda TBK. m. 112 vd. (gereği gibi ifa etmeme) hükümlerinin mi yoksa temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı açık değildir. Kanaatimizce malın süresi içinde teslim edilmemesi halinde temerrüt, diğer hallerde m. 112 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

Ayıplı ifa, TBK. m. 112’nin kapsamında öngörülen gereği gibi ifa etmeme hallerinden kötü ifanın ayıba karşı tekeffül hükümleriyle özel olarak düzenlenmiş şekli olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹.

¹⁹ Aral, s. 192; Atamer, Yeşim, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği, Serozan’a Armağan, (Atamer, İfa Engelleri), 223, dpn. 19, http://www.bilgi.edu.tr/site_media/uploads/files/2013/03/26/10.pdf; Kanun’da özel hüküm bulunmaması sebebiyle ayıplı ifa kategorisine sokulamayacak olan hallerde (Örneğin; satılan malın kullanma talimatnamesinin verilmemesi, taşıtın ruhsatının verilmemesi, satılan paketlememe vb.) borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı veya ayıplı ifa ile çakışma söz konusu olmadıkça TBK. m. 112, borcun gereği gibi ifa edilmemesine dair hükümler uygulanacaktır. Serozan, İfa, s. 248; Oğuzman/ Öz, s. 487; Özel hükümle düzenlenmediği için TBK. m. 112 kapsamında değerlendirilen ayıplı ifa hali için bkz. Y.13. HD. 13.6.2013 T., 2012/18696 E., 2013/16116 K.; 21.2.2013 T., 2012/24672 E., 4061 K.; 6.6.2012 T., 2012/60 E., 2012/14833 K., (<http://www.kazanci.com>), E.T. 02.12.2016; Meşe, Müge, Eser Sözleş-

Ayıplı ifada gereği gibi olmama hali, edimin vasfına ilişkin olduğu için “nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme” hali söz konusu olmaktadır²⁰.

Kavram olarak ayıplı ifa, kanun veya sözleşmeyle öngörülen nitelikleri taşımayan ifayı ifade etmektedir. Borçlu, borçlanılan nitelik ve vasıfları taşımayan bir edimde bulunmaktadır. Borçlanılan edimde bulunması gereken vasıf, hizmet edimlerinde özenin derecesine göre belirlenirken maddi edimlerde edim konusunun vasıflarına göre tespit yapılır ve edim konusu şey, kanun veya sözleşmeyle öngörülen vasıfları taşımıyorsa ayıplı edimden söz edilir²¹. Başka bir ifadeyle ayıp, satılan malda, tarafların o sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacın gerçekleşebilmesi için bulunması gereken lüzumlu vasıfların bulunmaması ya da satıcı tarafından zikir ve vaat edilen hususların olmaması demektir²².

C) EKSİK İFA VEYA EKSİK İŞ

İfanın tam olarak yerine getirilmemesi halinde eksik ifadan söz edilebilir. Bir şeyin teslimini konu alan borçlarda teslimin eksik yapılması, yapma borçlarında yapılması gereken şeyin tam olarak yapılmaması meselâ boyanan duvarın yarım bırakılması halinde ifanın eksik olduğunu söylemek mümkündür. Yapmama borçlarında ise niteliği gereği eksik ifadan söz etmek doğru olmaz. Yapmama borcuna bir defa aykırı davranmak bile borca aykırılık oluşturacağından eksik ifadan değil gereği gibi ifa etmeme veya hiç ifa etmemeden söz etmek daha doğru olacaktır.

mesinde Ayıplı İfanın Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2011, 9.

²⁰ Aral, s. 75; Eren, s. 1046.

²¹ Aral, s. 112; Ünsal, H. A., Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İş Sahibi Ve Yüklenicinin Karşılıklı Sorumlulukları, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, 15.

²² Akıncı, Ş., Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s. 27-30, (Akıncı, Ayıplı Mal); Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre ayıp (sözleşmedeki ifade ile sözleşmeye uygunluk), satılan malın satıcı tarafından vaat edilmiş veya sözleşmeyle izlenen amaca uygun olarak bulunması gereken ve beklenen niteliklerden yoksun olmasını veya alıcının sağlayacağı faydayı azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran noksanlıklardır. Buna göre ayıp kavramı genel ve objektif işe yararlılık ve değerlilik kriterlerine göre değerlendirilmeyip, somut ve özel amaç kriterlerine, tarafların iradelerine, somut sözleşmeye ve vaatlere göre subjektif olarak belirlenmektedir. Ayhan, H. L., Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslar Arası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011/ s. 2, 4, 5; Bilgin, M. Y., Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükmünün Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 383, (<http://hukuk.marmara.edu.tr/en/yayinlar/sempozyum-yayinlari/prof-dr-cevdet-yavuz-armagan>), E.T. 09.12.2015.

Yapılması taahhüt edilen işin tam olarak yapılmaması da aslında eksik ifadır. Ancak Yargıtay, bu kadar kavram kargaşası sanki yetmezmiş gibi eksik ifa ve eksik iş kavramlarını ayırarak bunlara farklı hukukî sonuçlar bağlamaya çalışmış, mevcut kargaşayı bir kat daha arttırmıştır. Üstelik bu iki kavram arasında ne fark olduğunu da tam olarak ortaya koyamamıştır.

Yargıtay bazı Hukuk Genel Kurulu kararlarında şöyle demektedir²³:

“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. 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.”

Yargıtay’ın kararına dayanak yaptığı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinden böyle bir sonucu çıkarmak mümkün değildir. 4077 sayılı Kanun’un 4. maddesinde ayıp tanımlanırken *“Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı kabul edilir.”* denilmiştir.

²³ Y. HGK. 27.04.2011 T., 2011/13-4 E.; 2011/230 K.; 02.11.2011 T.; 2011/13-468 E.; 2011/666 K.; 20.2.2013 T., 2012/13-751 E.; 2013/265 K.; Ayrıca konu ile ilgili diğer kararlar için bkz., Y.13HD. 14.10.2010, E. 2010/572, K. 2010/ 13235; 19.6.2013, E. 2012/ 25184, K. 2013/16764; 30.10.2014, E. 2014/5616, K. 2014/ 33127; 16.1.2015, E. 2014/10247, K. 2015/403; Y.HGK. 25.2.2015, E. 2014/13- 591, K. 2015/875; Y.14HD. 25.10.2011, E. 2011/10346, K. 2011/12661; Y.15HD. 3.6.2004, E. 2003/ 6403, K. 2004/ 3114, (http://www.kazanci.com), E.T. 02.12.2016; Eksik iş yapılmayan işi ifade ettiği için iş yapılmadığından sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulmamaktadır. Ayıplı ifa nedeniyle sorumluluktan söz edilebilmesi için eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması gerekmektedir. Ünsal, H. A., s. 16; Eser sözleşmesinde teslimden önceki ve eserin tamamlanmadığı evrede ayıptan değil, eksik işten söz edilebilecektir. Zira, ayıp eserin tamamlanma oranı ile ilgili değildir. Acar, F., Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, E- Akademi, Aralık 2013/ 134, s. 5- 7, (http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf), E.T. 09.02.2015.

Bu hükme bakarak eksik ifanın ayıplı ifa içinde sayılacağını söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde bu hükümden hareketle eksik ifa – eksik iş ayırımı yapmak hiç mümkün değildir. Eğer Kanunda geçen “*niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan*” ifadesinden hareketle böyle bir sonuca ulaşılmışsa bu sonuç açıkça yanlış bir sonuçtur. Çünkü Kanun bir malın ayıplı olması için tek başına nicelik eksikliğini yeterli görmemiş, bu eksikliğin niteliğe de etki etmesi şartını aramıştır. Yani vasıf eksikliği halinde ayıbın olacağını kabul etmiştir.

Şayet “*tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren*” ifadesinden hareketle bu sonuca ulaşılmışsa, ulaşılan sonuç yine doğru değildir. Zira eksiklikten kast edilen ifanın eksik olması değildir. Teslim edilen maldaki bir eksikliğin malın tahsis veya kullanım amacı dikkate alındığında tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltması veya ortadan kaldırmasıdır. Diğer bir deyişle burada da malın vasıflarına olumsuz etki eden bir eksiklik söz konusudur. Dolap kapağının menteşelerinden bir tanesinin eksik takılması halinde kapağın tahsis ve kullanım amacı yönünden istenilen şekilde fonksiyonunu yerine getirmeyeceği açıktır. Fakat bu durumda menteşedeki eksikliğe bakılarak eksik ifadan söz edilemez. Burada ayıplı ifa vardır. Fakat dolap hiç teslim edilmemişse eksik ifadan (veya eksik işten) söz etmek mümkündür. Nitekim aşağıda da ifade edildiği üzere Yargıtay, dolabın hiç takılmamasını eksik iş olarak kabul etmiştir.

Belki 6502 sayılı TKHK.’nın 13. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen eksikliklerin (eksik ifanın) ayıp kavramı içinde mütalaa edilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak Yargıtay’ın anılan kararlarının 6502 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önce verildiğini belirtmek gerekir. Ayrıca bu kararlar hizmetin ifası ile ilgili olmayıp, inşaatın eksik teslimi ile ilgilidir. Yani ihtilaf konusu sözleşmenin konusu maldır. Öte yandan zikredilen 13. maddede hizmet sağlayıcısı tarafından söz verilen veya yararlanma amacı bakımından “*tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler*” içermesi ayıplı hizmet olarak kabul edilmiştir. Meselâ otel tarafından müşterinin odasının günlük temizlenmesi vaat edildiği halde üç günde bir temizlenmesi gibi. Bu örnekte verilen bir hizmet vardır ancak eksik verilmiştir. Fakat bu hükme göre bile hizmetin hiç verilmemesini ayıplı değil eksik ifa olarak kabul etmek özellikle tüketicinin daha iyi korunabilmesi bakımından doğru olacaktır. Meselâ otel tarafından taahhüt edilen sabah kahvaltısının hiç verilmemesi ayıplı değil eksik ifa olarak kabul edilmelidir. Gerçi kahvaltının hiç verilmemesi TKHK.’nın 13. maddesi lafzen yorumlandığında ayıplı ifa olarak değerlendirilebilir. Ancak bu sonucun Kanunun amacına uygun düşen bir yorum olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan Yargıtay’ın yaptığı eksik ifa – eksik iş ayırımını kabul

edecek olursak odanın her gün yerine üç günde bir temizlenmemesini eksik iş olarak kabul edip ayıp hükümlerine tabi tutmamak da mümkündür.

Sonuç olarak eksik ifa – eksik iş ayırımının doğru bir ayırım olmadığı kanaatindeyiz. Bu ayırımın kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır. Eksik ifa - eksik iş ayırımına hukukî bir gerekçe bulmak da mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce eksik ifa ve eksik iş kavramlarının aynı anlama gelen kavramlar olduğunu kabul etmek ve ayıplı ifa ile arasındaki farklara temas etmek daha isabetli olacaktır.

Bu tebliğde, eksik ifa kavramı, eksik iş ile aynı anlamda (eksik iş kavramını da içine alacak şekilde) kullanılmıştır.

III. KÖTÜ İFA – EKSİK İFA – AYIPLI İFA AYIRIMININ HUKUKİ SONUÇLARI

Pozitif hukukumuzda kötü ve eksik ifa ile ayıplı ifaya farklı hukukî sonuçlar bağlanmış olduğunu görmekteyiz. Bu hukukî sonuçların neler olduğunu açıklamaya geçmeden önce, konu ile ilgili düzenlemelere tekrar göz atmakta yarar görüyoruz.

Yukarıda da belirtildiği üzere borcun gereği gibi ifa edilmemesi konusu genel olarak TBK. m. 112’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme hiç ifa etmeme ile birlikte kötü ifayı da kapsayan bir düzenlemedir. Hiç ifa etmeme imkânsızlık şeklinde olabileceği gibi borçlu temerrüdü şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu iki konu incelemelerimizin dışındadır.

Gereği gibi ifa etmeme, kısmî ifa şeklinde de olabilir. Bazen kısmi ifa, eksik ifa ile aynı anlama gelebilir. Meselâ teslim edilmesi kararlaştırılan dört daireden ikisini teslim edilip ikisinin edilmemesi hem kısmî hem de eksik ifa olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte eksik ifa her zaman kısmî ifa şeklinde olmayabilir. Çünkü kısmî ifa kısım kısım ifası mümkün olan edimlerde söz konusu olabilir. Kısmî ifanın mümkün olduğu edimler bölünebilir edimlerdir. Bölünemeyen edimlerin kısmî ifasından söz edilemez. Meselâ bir dairenin teslimi edimi bölünemeyen bir edimdir. Fakat daire teslim borcunun eksik ifası mümkündür. Nitekim aşağıda belirtilmiş olduğu üzere Yargıtay, taşınmaz teslim borçlarında ölçü noksanlığını, meselâ 145 metrekaare olacağı vaat edilen dairenin 135 metrekaare olarak yapıp teslim edilmesini eksik ifa (veya eksik iş) olarak nitelendirmekte, ayıp hükümlerine tabi tutmamaktadır. Şu halde kısmî ifa ile eksik ifa her zaman aynı anlama gelmeyebilir. Bununla beraber her ikisinin de hüküm ve sonuçları aynıdır. Hem kısmî hem de eksik ifa TBK. m. 112’ye tabi olup alacaklı her iki halde de borçludan tazminat isteyebilmektedir.

Kötü ifa da aynı hükme tabidir. Müeyyidesi tazminattır. Fakat ayıplı ifa yukarıda belirtildiği üzere farklı hükümlerle belli sözleşme tipleri için düzenlenmiş olup farklı müeyyidelere tabi tutulmuştur.

Kötü ifa bazen ayıplı ifa şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Diğer bir deyişle aynı olayda hem kötü ifanın hem de ayıplı ifanın şartları birlikte oluşabilir. Bu durumda taleplerin yarışması konusu gündeme gelecektir.

Kötü ifa ile eksik ifa teorik olarak farklı kavramlar olmakla birlikte gerek her ikisinin de sonuçları itibarıyla aynı hükümlere tabi olması gerekse son zamanlarda giderek yaygınlaşmaya başlayan tüm ifa engellerinin aynı kavram altında toplanması gerektiği yönündeki görüşlere paralel olarak inceleme konumuz açısından kötü ve eksik ifa kavramlarını da birlikte ele almakta yarar görüyoruz.

A) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN FARKLAR

TBK. m. 112'ye göre borçlunun kötü veya eksik ifadan dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar ile ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun şartları aynı değildir.

1) Kusur Şartı

TBK. m. 112'ye göre sorumluluğun doğabilmesi için kural olarak kusur şarttır. Gerçi borçlu kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır ve bu oldukça güçtür. Ancak bu, kusurun aranmaması gerektiği anlamına gelmez. Oysa ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan hakları kullanabilmek için kusur şartı aranmaz. Ayıba karşı tekeffülün şartlarının oluşması yeterlidir. Ayıba karşı tekeffülde davalı bilmediği ayıplardan dahi sorumludur. Tazminat borcu söz konusu olduğunda kusursuz olan davalı dolaysız zararı tazmin ederken, ayıbi bilmesi gereken kusurlu davalı, alacaklının dolaylı zararını da tazmin etmekle yükümlüdür²⁴.

2) Zarar Şartı

TBK. m. 112'de öngörülen müeyyide bir tazmin müeyyidesi olduğu için zarar olmadan tazminata hükmedilemez. Oysa ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan hakların kullanılabilmesi için zararın oluşması şart değildir. Hiçbir zarar olmasa bile bu haklar kullanılabilir. Meselâ satılan otomobilin renginin krem olması kararlaştırılmış ancak gri renkli otomobil teslim edilmiştir. İkisi arasında fiyat farkı yoktur. Bu durumda zarardan söz edilemeye de alıcı değişirme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanabilecektir²⁵.

²⁴ Yavuz, s. 154, 155.

²⁵ Bu örnekte bir aliud ifası mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu tartışılabilir. Ancak kanaatimizce aliud ifası değil ayıplı ifa olduğu kabul edilmelidir. Çünkü otomobil satılmış, otomobil teslim edilmiştir.

3) Muayene ve İhbar Külfeti

Gerek Borçlar Kanunu gerekse Türk Ticaret Kanununda ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek için alacaklıya muayene ve ihbar külfetleri yüklenmiştir. Açık ayıplarda ayıbın derhal bildirilmesi veya teslim edilen şeyin ihtirazî kayıt ile teslim alınması gerekmektedir. Gizli ayıplarda ise ayıp ortaya çıktığında süresi içinde ihbar edilmelidir. İhbar külfetini süresi içinde yerine getirmeyen alacaklı ayıp hükümlerine müracaat etme hakkını kaybeder.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ihbar yükümlülüğü kaldırılmıştır. Ancak bu Kanun sadece tüketici işlemlerinde uygulanabilecek olan bir kanundur. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na tabi ilişkilerde ihbar yükümlülüğü devam etmektedir. Ayrıca yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK. döneminde gerçekleşen işlemlere bu Kanun uygulanacağından, 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen olaylarda ihbar yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine bakılacaktır.

Oysa eksik veya kötü ifade ihbar külfeti bulunmadığı gibi ihtirazî kayıt ileri sürmeye de gerek yoktur²⁶.

²⁶ “BK. 362. maddesi uyarınca eserin teslim edilmesi halinde yüklenicinin her türlü mesuliyetten kurtulacağına ilişkin hüküm Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre açık ayıplarla ilgili olup, eserde eksik bırakılan işlerin bedeli zamanasını süresi içinde her zaman istenebileceği gibi, eserde sonradan ortaya çıkan kusurların da süresinde ihbar edilmesi şartıyla talep edilmesi mümkündür.”

“Mahkemede bu konuda tarafların delilleri toplanarak eserin ne şekilde yapılması gerektiği belirlenmeli ve davacının süresinde yazılı veya sözlü şekilde ayıp ihbarında bulunup bulunmadığı araştırılmalı, ...ayıp ihbarının yapılmadığının anlaşılması halinde sadece eserde eksik bırakılan işlerin teslim tarihi itibarıyla mahalli rayicinin davalıdan tahsili ci-hetine gidilmelidir.” (Y. 15. HD. 20.10.1994 T. 1994/1460-6069 K., Kostakoğlu, s. 573). “Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasfı noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müspet ihlalden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Hâkimin her şeyden önce bu hükümleri uygulayarak uyuşmazlığı çözümlemesi gerekir. - ... Şimdiye değin açıklamaların ışığında belirtmek gerekir ki; davada uygulanacak yasa maddesi BK. nun 96. maddesidir ve giderimde olumlu zarar ile karşılanacaktır. Daha somut anlatımla, bu davadaki zarar, sözleşmede kararlaştırılan ölçü ve alanda yapılacak bağımsız bölüm ile eksik işleri kapsayan bağımsız bölümler arasındaki eserin teslim alındığı davalının temerrüde düşürüldüğü tarihteki rayiç değer farkıdır.” YHGK 27.09.2000, 15-1134/1191: (www.kazanci.com.tr).

“Eksik işler bedeli, kural olarak, eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanasını süresi içerisinde, teslim tarihindeki rayiç bedelle, herhangi bir ihtirazi kayda gerek olmadan istenebilir...” Y. 15. HD. 06.02.2002, 4689/546 (www.kazanci.com.tr).

Uygulamada, yapılan ifanın eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu tartışmaları en çok ihbar külfeti bakımından yaşanmaktadır. Yargıtay da son zamanlarda alacaklıyı ihbar külfetinden kurtarabilmek için pek çok olayda ayıp hükümlerini değil genel hükümleri uygulama cihetine gitmektedir.

B) ZAMANAŞIMI BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN FARKLAR

Ayıp hükümlerine müracaat edildiği hallerde daha kısa zamanaşımı süreleri söz konusudur. Oysa genel hükümlere göre dava açıldığında kural olarak on yıllık alacak zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Bu nedenle yapılan ifanın eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu önemlidir. Ayıplı ifa olduğuna hükmedilirse, ihbar yükümlülüğü yerine getirilse bile zamanaşımı süresine takılmak mümkündür.

Zamanaşımının başlangıcı da ayıplı ifa ile eksik ve kötü ifa hallerinde farklıdır.

Kötü ve eksik ifadan doğan zamanaşımının başlangıç anı hususunda üç farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre sözleşmenin ihlalden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar. İkinci görüşe göre zararın doğduğu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlar; zira, tazminat talebi bu anda doğar ve kural olarak doğduğu anda da muaccel olur. Üçüncü görüş ise alacaklının alacağı muaccel kılabilceği andan itibaren işlemeye başlayacağını ileri sürmektedir²⁷.

Ayıplı ifa açısından öngörülen zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tarih ise malın teslim edildiği tarihtir. Satıcının ayıba karşı tekeffülünde, alıcının mal üzerinde fiili hâkimiyet kurması ile ayıpları tespit etme imkânı söz konusu olacağı için zamanaşımının başlangıç anı olarak, malın alıcının fiili hâkimiyetine girmesi anının esas alınması doğrudur²⁸.

“... Noksan işten ötürü zaman aşımı süresince iş sahibinin dava etme hakkı mevcuttur. Bu haliyle alınan rapor değerlendirilerek noksan iş bedelinin hüküm altına alınması gerekirken, noksan işin açık ayıp şeklinde tavsifi ile yazılı biçimde karar verilmesi bozma nedenidir...” Y. 15. HD. 20.03.2002 T., 2001/5694 E., 2002/1253 K. (www.kazanci.com.tr).

“Eser, teslim edilmişse, teslim tarihindeki mahalli serbest piyasa rayicine göre saptanacak eksik işler bedeli, teslim tarihinden itibaren işleyecek beş yıllık zamanaşımı süresince - ihtirazi kayda gerek olmaksızın- talep edilebilir...” Y. 15. HD. 22.02.2001 T., 2000/4852 E., 2001/994 K. (www.kazanci.com.tr).

²⁷ Aral, s. 200.

²⁸ Yavuz, s. 184, 185.

C) DAVACIYA TANINAN HAKLAR BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN FARKLAR

Henüz tamamlanmamış (eksik) bir inşaatın teslim edilmiş olması hâlinde iş sahibi ilk olarak teslim aldığı yapının eksiklikleri nedeniyle, öncelikle genel zamanaşımı süresine bağlı olarak aynen ifa (meselâ eksik kapının veya mutfak dolabının takılması, boyanmamış olan dairenin boyanması) talebinde bulunabilir. İş sahibinin bu hakkını kullanması, yüklenicinin kusurundan bağımsızdır. Bu sonuca ayıptan doğan haklardan olan, bedelsiz onarım hakkının kıyas yoluyla uygulanması yoluyla da varılabilir²⁹.

Eksik ifa halinde alacaklının aynen ifa yani eksikliğin giderilmesini isteme hakkı mevcuttur. Bunun için borçlunun kusurlu olması da gerekmez. Ayıplı ifa halinde alacaklıya tanınan bedelsiz onarım hakkını da bir nevi aynen ifa olarak değerlendirmek mümkündür.

Kötü ifa halinde de sözleşmeye aykırı ifa teklifini reddederek edime uygun ifa talebinde bulunmak mümkündür.

Bunun dışında, TBK. m. 112’de davacıya, eksik ve kötü ifa hallerinde uğradığı zararın tazmini talep etme hakkı da tanınmıştır. Oysa ayıp hükümlerine müracaat edildiği takdirde zararın tazmini ve ayıbın giderilmesini isteme (tamir – aynen ifa talebi), haklarının yanı sıra ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etme, bedelde indirim isteme ve sözleşmeden dönme haklarının da tanındığı görmekteyiz. Yani ayıp halinde davacının talep edebileceği haklar genişletilmiştir.

TBK. m. 112’de alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır. Fakat iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklı dönme hakkına sahiptir. Bu hakkını kullanabilmesi için kural olarak borçluya uygun bir mehil vermesi gerekir. Bununla beraber ayıplı ifa halinde mehil vermeye gerek olmadan sözleşmeden dönmek mümkündür.

Bu noktada ayıp halinde tanınan hakların borca aykırılık halinde de tanınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Bu düşünce olması gereken hukuk açısından isabetli bir düşüncedir. Ancak pozitif hukukumuz bakımından ayıp halinde tanınan hakların borca aykırılık hallerinde de tanınabileceğini düşünmüyoruz.

D) HESAP FARKLILIĞI

Eksik ve kötü ifa hallerinde tazminat talep edilebileceğinden, zararın miktarı belirlenecek ve ona göre bir tazminata hükmedilecektir. Meselâ mutfak dolabı takılmamışsa, sözleşmede belirlenen dolabın takılabilmesi gere-

²⁹ Ayan, s. 58.

ken para miktarı bulunacak ve bu miktara hükmedilecektir³⁰. TBK. m. 112’de tazmin borcu düzenlendiğinden, tazminat miktarı hesap edilirken, tazminatta indirimi gerektiren sebepler de nazarı dikkate alınacaktır.

Oysa ayıp hükümlerine göre dava açılmış ve bedelde indirim talep edilmişse, doktrin ve Yargıtay uygulamalarında kabul gören nispi metoda göre hesap yapılacaktır. Aynı olayda hem eksik ifa hem de ayıplı ifa söz konusu ise hâkimin bilirkişiye bunları ayrı ayrı hesap ettirmesi gerekir. Eksik ifa halinde eksikliğin değeri bulunmalı, ayıplı işler varsa nispi metot uygulanmalıdır. Yargıtay pek çok kararında bu hususa işaret etmekle birlikte uygulamada çoğu kez eksik – ayıplı ifa ayırımı yapılmadan, sözleşmeye aykırı tüm işler eksik iş gibi düşünülmekte ve eksikliğin bedeline hükmedilmektedir.

D) SORUMSUZLUK SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN FARKLAR

Yargıtay bazı kararında, sorumsuzluk sözleşmesinin sadece ayıplı işler için geçerli olacağına, eksik işleri kapsamayacağına hükmetmiştir.

IV. YARGITAY KARARLARINA GÖRE EKSİK İŞ (EKSİK İFA) – AYIPLI İFA AYIRIMI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.1992 tarihli kararına kadar ilgili dairelerin konu ile ilgili içtihatlarını şu şekilde özetlemek mümkündür:

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 19.10.1984 tarihli kararında³¹ dış daire ve kömürlük kapıları, baca koruyucusu ve sıva, badana eksikliklerini eserin muayenesinde görülebilecek açık ayıp olarak kabul etmiştir. Ancak bu tür eksiklikleri 9.12.1992 tarihli HGK. kararından sonra eksik iş olarak kabul etmeye başlamıştır.

25.4.1985 tarihli kararında ayıplı ifa – eksik iş ayırımı yapmadan, noksan ve ayıplı işler için iş sahibinin BK.’nın 359 ve 362/1. maddelerine göre yükleniciye uyarım görevinin mevcut olduğuna ve hâkimin bu hususu resen gözetmesi gerektiğine hükmetmiştir³².

25.3.1987 tarihli kararında inşaattaki blokaj dolgu yerine kum çakıl dolgu yapılmasını ayıplı iş olarak kabul etmiştir³³.

9.4.1987 tarihli kararında eserin geç teslim alınmasından kaynaklanan kira kaybı ile noksan iş bedelini ayıp olarak nitelendirmemiş, ihtirazî kayıt şartı aramamıştır³⁴.

³⁰ Yapılmayan işler bedelinin mahalli rayıçlere göre tespit edilerek müteahhidin alacağından düşülmesi gerekir. (Y. 14. HD. 14.4.2003 T., 2003/1264 E. 1929 K. Kostakoğlu, s. 524).

³¹ Y. 15. HD. 19.10.1984 T., 1984/1294 – 3140 K. (Kostakoğlu, s. 547).

³² Y. 15. HD. 25.4.1985 T., 1985/119 – 1896 K. (Kostakoğlu, s. 544).

³³ Y. 15. HD. 25.3.1987 T. 1986 / 2437 E., 1987/1243 K. (Kostakoğlu, s. 557).

13.6.1988 tarihli kararında³⁵ ayıplı işler ile eksik işlerin birbirinden ayrılması gerektiğine, eksik bırakılan işler için teslimde ihtirazî kayıt ileri sürülmemiş olsa dahi, zamanaşımı süresi içinde bedelinin istenebileceğine hükmetmiştir. Bu karara göre noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı, diğer bir deyimle, ayıplı bulunup bulunmadığı üzerinde durulmaz.

24.5.1989 tarihli kararında dairelere göre yapılması gereken dolapların yapılmamasını eksik iş olarak kabul etmiş ve ihtirazî kayda gerek görmemiştir³⁶.

29.5.1989 tarihli kararında davalı yüklenicinin davacıya ait üst dairenin tuvalet ve banyo yerini ayırarak, kendisine kalan bağımsız bölüm ile birleştirmesini ilk bakışta anlaşılabilen ayıplı işlerden saymış ve davacının bu açık ayıplardan dolayı ihtirazî kayıt ileri sürmek zorunda olduğuna hükmetmiştir³⁷.

Oysa daha sonra bunlar eksik iş sayılmıştır.

26.2.1990 tarihli kararında yapılmayan ihata duvarını eksik iş, kirişlerin ve beton tabliyesinin onarımı gerektirmesini ayıplı ifa olarak kabul etmiştir³⁸.

26.11.1990 tarihli kararında tabliye betonlarının beton kalınlığının eksik yapılmasının, beton içindeki demirlerin noksan konulmasının, kum ve çimentonun eksik konulması nedeniyle çatlaklar meydana gelmesinin, gizli ayıp niteliğinde olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir³⁹.

Yargıtay, 80'li yıllar ile 90'lı yılların başında verdiği bazı kararlarda, Fosseptik çukurunun küçük yapılmasını, terastaki mozaiklerin eksik atılmasını, ısı yalıtımının yeterince yerine getirilmemesini⁴⁰, plastik badana yerine kireç badana yapılmasını; su tesisatının ECA marka olması gerekirken değişik marka tesisat takılmasını⁴¹ kat karşılığı inşaatla, inşaat alanı daraltılarak arsa

³⁴ Y. 15. HD. 9.4.1987 T., 986/2168 – 987/1543 K.

³⁵ Y. 15. HD. 13.6.1988 T. 1987/3812 – 1988/2287 K. (Kostakoğlu, s. 536).

³⁶ Davalının dairelere göre dolap yapacağı öngörülmüş olup, ... bu dolapların yapılmadığı anlaşılmıştır. Her ne kadar, BK. 359 ve 362. madde hükümleri gereğince, eseri teslim alırken iş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürmesi gerekmekte ise de, bu hüküm, maddenin kenar başlıklarından ve metninden anlaşılacağı üzere, ayıp (kusurlu) işlerle ilgilidir. Hiç yapılmayan bir işte ayıbın varlığı söz konusu olmayacağına göre, iş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürmesi beklenemez. O halde eksik bırakılan işlerden dolayı zamanaşımı süresi içinde iş sahibinin tazminat isteyebileceği kabul edilmelidir. (Y. 15. HD. 24.5.1989 T. 1988/4542 – 1989/2484 K., Kostakoğlu, s. 574).

³⁷ Y. 15. HD. 29.5.1989 T. 1988/3465 E – 1989/2557 K. (Kostakoğlu, s. 531)

³⁸ Y. 15. HD. 26.2.1990 T. 1989/3624 E. 1990/827 K. (Kostakoğlu, s. 742).

³⁹ Y. 15. HD. 26.11.1990 T., 1990/1871 – 5113 K., (Kostakoğlu, s. 556).

⁴⁰ Y. HGK. 27.3.1991 T. 1990 /15-554 E. 1991/159 K. (Kostakoğlu, s. 551).

⁴¹ 15. HD. 8.4.1992 T., 1991/4925 E., 1992/820 K., (Kostakoğlu, s. 510).

sahibine isabet eden dairelerin sözleşmede kararlaştırılan alandan küçük yapılmasını⁴² ayıp saymıştır.

Aynı yıllarda verdiği bir kısım kararlarda ise bağımsız bölümlere konulacak şofbenin konulmamasını, taahhüt edilen asansör ve kaloriferin yapılmamasını⁴³, bir adet meşe kaplama dolabın yapılmamasını⁴⁴, altı adet döküm kapağının takılmadan işin terk edilmesini⁴⁵, iki adet gömme dolabın yapılmamasını⁴⁶, sıva tecridinin yapılmamış olmasını⁴⁷ kalorifer, kapıcı dairesi, hidrofor ve sıcak su tesisatı yapmayı taahhüt eden müteahhidin bunları yapmamasını⁴⁸ eksik iş olarak kabul etmiş ve ihbarda bulunmaksızın, ihtirazi kayıt da ileri sürülmeksizin talepte bulunulabileceğine hükmetmiştir.

Bir kararında ise eser tamamlanmadan işverenin ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamayacağına hükmetmiştir⁴⁹,

Yargıtay'ın 9.12.1992 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı ise bu konuda adeta bir dönüm noktası olmuştur.

⁴² Yargıtay bunu açık ayıp saymıştır (Y. 15. HD. 11.2.1988 T. 1987/4306 E; 1988/497 K. (Kostakoğlu, s. 579).

⁴³ Y. 15. HD. 18.4.1989 T. 1988/3573 E; 1989/2004 K. (Kostakoğlu, s. 575).

⁴⁴ Ne var ki, bilirkişi raporundan bir adet meşe kaplama dolabın yapılmadığı ve bunun 57.600 TL değerinde olduğu anlaşılmaktadır. Eksik iş, henüz yapılmamış ve teslim edilmemiş olduğundan, kusurlu işlerde olduğu gibi, iş sahibinin eseri teslim alırken herhangi bir itiraz ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, itiraz edilmese dahi, teslim tarihindeki değerinin ödetilmesine karar verilmelidir. Diğer bir deyimle eksik iş BK.'nın 359 ve 362. madde hükümlerinde sözü edilen ayıba karşı tekeffül kapsamına girmemektedir. (Y. 15. HD. 20.1.1989 T., 1988/2996 E.; 1989/1360 K., Kostakoğlu, s. 577). Aynı kararda Yargıtay, dekorasyon işinde, raporda belirtilen kusurları gizli ayıp saymıştır.

⁴⁵ Y. 15. HD. 7.6.1988 T. 1987 /3701 E.; 1988/2190 K. Kostakoğlu, s. 578).

⁴⁶ Y. 15. HD. 26.3.1987 T. 1986/2209 E.; 1987/1244 K. (Kostakoğlu, s. 581).

⁴⁷ Y. 15.HD. 15.2.2990 T. 1989/3261 E., 594 K. Kostakoğlu, s. 588).

⁴⁸ Sözleşmeye göre, yüklenici inşa edeceği apartmanda kalorifer, kapıcı dairesi, hidrofor ve sıcak su tesisatı yapmayı kabul ve taahhüt etmiştir. Yapılmayan noksan iş ayıplı olarak nitelendirilemez. ...noksan işlerin teslim tarihi itibariyle bedelinin teşkil edilecek bilirkişi kurulu ile saptanıp, davacının kendisine isabet edecek dairelerden arsa payları arasındaki miktarına hükmedilmesi gerekirken noksan işin ayıp olarak kabulüyle bu yöne ilişkin talebin reddi isabetsizdir. (Y. 15. HD. 1.11.1989 T. 1989/1556 E.; 4568 K. Kostakoğlu, s. 570). (Benzer karar, 15. HD. 24.10.1991 T. 1991/1587 E.; 5034 K. Kostakoğlu, s. 586).

⁴⁹ Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Yüklenici bunu gerçekleştirmediği sürece, işverenin ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamaz. Diğer bir deyimle, işveren eseri hukuki ve fiili anlamda tamamlayıp teslim etmedikçe, ayıpların ihbar yükümlülüğünden yararlanamaz.

Diğer taraftan BK.nun istisna akdine ilişkin hükümleri arasında yer alan 362. maddesi 359. maddeyle başlayan "işin kusuruna mütedair teminat"a ilişkin olup, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülü talep edilmiş bulunmasına göre, bunun ayıp olarak nitelendirilmesi ve kusurla ilgili teminat kapsamında düşünülerek ihtirazi kayıtlı bağlı tutulması mümkün değildir. (Y. 15. HD. 17.11.1986 T. 1986/830 E.; 1986/3860 K., Kostakoğlu, s. 582).

Yargıtay bu kararında arsa sahibine ait dükkânın 75.62 m² yerine 58 m² yapılmasının eksik iş olduğuna, eksik iş halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığına hükmetmiştir⁵⁰.

Bu karardan sonra özellikle 15. Hukuk Dairesi aynı istikamette pek çok karar vermiştir⁵¹.

⁵⁰ “Yargıtay özel dairesi ile mahkeme arasındaki görüş ayrılığı, davacı arsa sahibine ait dükkânın 75.62 m² yerine 58 m² yapılmasının eksik iş mi yoksa ayıplı iş mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu, satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı ifa hallerinde BK. 96. maddesine göre istemde bulunulup bulunulamayacağı tartışmalıdır. Federal Mahkeme eser sözleşmesi dışında 96. maddeye dayanılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay’ın da satış akdinde buna uygun kararları mevcuttur (13. HD. 4.4.1974 T., E. 492, K. 755; 16.3.1984 T., E. 8918, K. 2025) eser sözleşmesinde de yüklenicinin kusurlu olması kaydıyla, iş sahibinin ayıptan ötürü BK. 96. maddesine dayanarak yüklenici aleyhine dava açabileceğini kabul eden görüşe rastlanmakla beraber, ağırlıklı düşünce, BK. m. 359 ve 362. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetlerine katlanmayan iş sahibinin ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir. Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün kararlaştırılardan küçük yapılmasının ayıplı sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde, BK.’nın 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa bulunduğundan, teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda, öğretide hemen hemen görüş birliği bulunması bir yana, kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir.

...Anlatılan nedenlerle inşaatlarda mehasa 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. ...Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine 2 odalı daire teslimi gibi hallerde ise, “değişik eseri” (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulacaktır.” (YHGK. 9.12.1992 T. 1992/15 – 649 – 732 K.).

⁵¹ Örneğin, Y. 15. HD. 28.2.1994 T., 1993/3126 E. 1994/1138 K. (Kostakoğlu, 570); Y. 15. HD. 1.12.1994 T., 1993/3279 E.; 1994/487 K. (Kostakoğlu, s. 573); Y. 15. HD. 28.9.1994 T. 1994/656-5298 K. (Kostakoğlu, s. 575); Y. 15. HD. 15.2.1994 T. 1993/1842 E.; 1994/819 K. (Kostakoğlu, s. 602); Y. 15. HD. 28.2.1994 T. 1993/3126 E.; 1994/1138 K. (Kostakoğlu, s. 608).

Aynı istikamette verilmiş bir kararında Yargıtay şöyle demektedir: Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahiplerine verilecek dairelerin kararlaştırılan mesahadan küçük yapılması işin noksanı olup, 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde tazmini istenebilir (Y. 15. HD. 4.12.1995 T. 1995 / 6312-7154 S K. Kostakoğlu, s. 567).

Bir başka karar ise şu şekildedir: Eksik yapılan işte, iş, yapılmadığından ve yapılmayan işin teslimi de düşünülemeyeceğinden, ayıba karşı tekeffülle ilgili olan BK.’nın 362. madde hükmünün uygulanma olanağı yoktur. Somut uyumsuzlukta, gerek yaptırılan tespit, gerekse yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporunda, ortak yerlerden olan sığınak, kömürlük ve koridorlarda, özellikle sıva, badana ve kapı – pencere doğrama işlerinin yapılmadığı saptanmıştır. Kuşkusuz, iş sahibi eserdeki bu tür eksikliklerin giderilmesini zamanaşımı süresince isteyebilir. (Y. 15. HD. 7.2.1994 T. 1993/1615 E. – 1994/573 K. Kostakoğlu, s. 621).

Hukuk Genel Kurulu 27.09.2000 tarihli kararında bu yöndeki inancını tekrar etmiştir⁵².

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25.5.2010 tarihinde verdiği bir kararında⁵³; 12 dönümlük bir kuru içinde park, tenis kortu, voleybol, basketbol sahaları ve ortak alan olarak planlanan site alanının 4 dönümlük bölümünün davalı şirkete ait olmamasını, söz konusu bu alanın Ü. Belediyesince park alanı olarak değerlendirilmesini, açık ayıp değil, eksik ifa olarak kabul etmiş ve ayıp ihbarına lüzum görmediği gibi zamanaşımı süresinin de 10 yıl olacağına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları istikrar kazanmaya başlamışken, aynı olay ile ilgili verilen iki ayrı Hukuk Genel Kurul Kararı tartışmaların fitilini yeniden ateşlemiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararlarına⁵⁴ konu olan olayda S. Kent adlı proje kapsamında yapılacak konut ve villaların satışına ilişkin internet ilanlarında, reklam ve tanıtım broşürlerinde, yüzme havuzları, basketbol sahaları, beach-volley sahası, tenis kortları, buz hokeyi ve buz paten pisti, rollerblade, kay-kay alanları, tırmanma duvarı ve daha pek çok imkânın bulunacağı belirtilmiş ancak taahhüt edilen bu spor kompleksinin mülkiyetinin Toki'ye ait olan 518 ada üzerinde inşa edildiği ve Toki tarafından halka açık hale getirildiği anlaşılmıştır.

Özel Daire Kararında⁵⁵, söz konusu sosyal tesislerin, mülkiyeti Toki'ye ait olan 518 ada üzerinde yapılmış olmasının, alıcının satın alma kararını et-

⁵² YHGK. 27.09.2000, 15-1134/1191: "...bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile "ayıp" değil "eksik iş" dir." (www.kazanci.com.tr).

⁵³ Y. 13. HD. 2009/13041 E.; 2010/7060 K. (kazanci.com).

⁵⁴ Y. HGK., 27.4.2011 T. 2011/13-4 E., 2011/230 K.; Y. HGK. 2.11.2011 T, E. 2011/13-468 E, 2011/666 K. (bkz. kazanci. com.)

⁵⁵ Kararda, "S... ..kent" adlı proje kapsamında yapılacak konut ve villaların satışına ilişkin internet ilanlarında, reklam ve tanıtım broşürlerinde, yüzme havuzları, basketbol sahaları, beachvolley sahası, tenis kortları, buz hokeyi ve buz paten pisti, rollerblade, kaykay alanları, tırmanma duvarı ve daha pek çok olanağın bulunacağını belirttiği, ne var ki taahhüt edilen bu spor kompleksinin mülkiyeti Toki'ye ait olan 518 ada üzerinde inşa edildiği ve Toki tarafından halka açık hale getirildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı S... İnşaat A.Ş., her ne kadar 518 ada üzerinde yapmayı vaat ettiği spor kompleksini tahhüdüne uygun biçimde tam ve eksiksiz inşa ettiğini, davacının yararlanmasına hiçbir engel bulunmadığını, bu spor kompleksinin sadece site sakinlerine özel ve münhasıran onların kullanımına açık olacağı taahhüdünde bulunmadıklarını savunmuşsa da; "S... ..kent" projesinin vaziyet planında, internet ilanlarında tanıtım maketlerinde ve broşürlerinde, spor kompleksinin gösterilmesi, bu şekilde projenin reklamının yapılması nedeniyle davacıda bu yerlerin siteye dahil olduğu intibai uyandırılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu sosyal tesislerin, mülkiyeti Toki'ye ait olan 518 ada üzerinde yapılmış olması, alıcının satın alma kararını etkileyen, taşınmazın değerini azaltan bir husus olup, edimin ifasın-

kileyen, taşınmazın değerini azaltan bir husus olduğuna, edimin ifasındaki bu yöne ilişkin eksiklik nedeniyle satıcının alıcıya karşı sorumlu olduğunun kabulü gerektiğine hükmedilmiştir. Kararda, böyle bir durumda ayıplı değil eksik ifa olduğunu vurgulanmıştır.

Direnme kararı üzerine olay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gitmiş, Hukuk Genel Kurulu, "Davacının dava dilekçesinde tanımladığı bu durumun satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıp olduğu, davalıların bu ayıbı gizlemek için de herhangi bir hileye başvurmadıkları, davacının bu ayıplardan bağımsız bölümü satın aldığı tarihte kolayca bilgi sahibi olabileceği kuşkusuzdur. " dedikten sonra, 30 günlük ihbar süresinin de geçirildiği gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Hukuk Genel Kurulunun ilk kararına bir, ikinci kararına üç tane karşı oy yazılmıştır. Karşı oylarda, Genel Kurulun önceki kararlarında böyle durumlarda eksik işin kabul edildiğine, Yargıtay'ın bu istikametteki kararlarının istikrar kazandığına vurgu yapılmıştır⁵⁶.

daki bu yöne ilişkin eksiklik nedeniyle satıcının alıcıya karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekir." denilmiştir.

⁵⁶ Karşı oylar özetle şu şekildedir:

KARŞI OY: yüklenicinin inşaat alanından ayrılmadığı ve çalışmaya devam ettiği bir dönemde teslim gerçekleşmez. İş sahibinin bu dönemde, mesela daireye girerek onu kullanmaya başlaması, teslimin gerçekleştiğini ortaya koymaz. Yapının eksik olması, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ilave işlerin bir kısmını hiç yapmamış olmasıdır. Mesela sözleşme gereğince yapılması gerektiği halde, mutfak dolaplarının takılmaması, asansörün çatının seramiklerinin, bazı kapı ve pencerelerin yapılmaması, parkelerin döşenmemesi, bazı muslukların monte edilmemesi veya sözleşmeyle üstlenmişse, yapı kullanma izninin alınmaması, inşaatın tamamlanmamış olduğunun gösterir. Bazı durumlarda eksiklik ile ayıplı birbirinden ayırmak güçtür. Mesela asansörün bazı parçalarının takılmamış olması durumunda somut olayda eksiklik mi, yoksa ayıp mı bulunmaktadır. Bu sorunun cevabı kuşkusuz eserin incelenmesiyle verilebilir. Ancak asansörün motorunun takılmamış olması, ayıp değil eksiklik olarak nitelendirilmeli, buna karşılık motorun içindeki bir parçanın takılmamış olması nedeniyle asansörün çalışmaması ayıp olarak nitelendirilmelidir.

Eksik ifa bir başka deyişle sözleşmeye aykırılık nedeni ile açılacak davada alıcının yarışan iki hakkının bulunduğu yani alıcının genel hükümlere ve BK nun 96. maddesine dayalı tazminat isteminde de bulunabileceği doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir.

Kaldı ki, söz konusu projenin birden fazla parsel üzerinde etap etap yapıldığı ve ilgililere konutlarının peyderpey teslim edildiği anlaşılmaktadır. Konutunu teslim alan davacının taahhüt edilen diğer yan edimler bakımından ifa beklentisi devam ettiğinden konutunu ihtirazi kayıt ile teslim alması veya bu yönde bir ihbarda bulunması da mümkün değildir. Davahılar reklam ve broşürlerinde 1000 dönümlük arazi üzerine tesis edecekleri birden çok siteyi kapsayan ve içerisinde sosyal tesislerini barındıran davaya konu alandaki sosyal tesislerin yalnızca site sakinlerinin kullanımına sunulacağı kanaatini uyandırmışlar, ancak bunun aksine spor tesislerini davalılardan TOKİ önce kendi arazisi üzerine yapmış; daha sonrada site sakinlerinin dışında dışarıdan katılacak şahısların da kullanımına sunmuş, bundan sonra da yargılama sırasında dava dışı ... Belediyesine anılan tesisleri devretmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.2.2013 tarihinde verdiği bir kararında ise, davalı yükleniciden satın alınan dairenin havuzlu olacağı taahhüt edildiği halde, havuzu da kapsayacak şekilde bahçenin bir kısmının Hazineye ait olmasını açık ayıp değil eksik iş olarak kabul etmiş ve ihbar külfetinin yerine getirilmesini şart koşmamıştır⁵⁷.

Yargıtay 13. Dairesi 27.6.2013 tarihli kararında, proje alanının ve mevcut yeşil alanın taahhüt edilenden küçük olmasını, projede var olacağı ilan ve taahhüt edilen kapalı yüzme havuzu, bir okul ve bir kreş, voleybol sahası, helikopter pisti, sağlık merkezi, dini tesis ve spor kompleksinin hiç yapılmamış olmasını, gölet, biri özel olmak üzere iki okul, basketbol ve futbol sa-

TMK nun 1020.maddesi gereğince tapu kayıtlarının aleni olduğu davacının tapu kayıtlarını incelemesi halinde durumu zaten bilmesi gerektiğinden söz edilmiş ise de, bu gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, spor kompleksinin yapıldığı alan (518 parsel) davalılardan TOKİ adına kayıtlıdır. Bu durumu tapu kaydı ile gören alıcının haklı bir güven ile ifa beklentisi olacaktır. Bir an spor kompleksi yapılacak alanın başka birine ait olduğu varsayılsa bile, davalıların taahhüdü BK nun 110. maddesi hükmü gereğince üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlamında olup, gerçekleşmemesi nedeni ile satıcılar doğan zarardan sorumludur.

KARŞI OY: Olayımızda olduğu gibi siteden satın alınan bir dairenin satışında asansör, elektrik, su, mutfak dolabı, badana-boya ve benzeri iç işleri yapıldığı zaman anahtar teslimi yapılmakta olup, çevre düzeni ve ortak alanların çalışmaları ise 3-4 yıl sürmektedir. Çevre düzenine ilişkin işlemler eksik iş mahiyetinde olup ayıplı mal kavramı içerisinde düşünemeyiz. Örneğin, Haziran ayında satın ve teslim aldığımız bir dairenin kaloriferlerinin yanmadığını kasım ayında fark etmemiz halinde, teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde satıcıya bildirilmedi diye süre geçtiğinden bahsedemeyiz. Buradaki iş, eksik iş olarak nitelendirilmelidir.

KARŞI OY: Esik ifa söz konusu olduğundan somut olay bakımından dava hakkının düşmediği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluk kararına karşıyım.

57

“Davacılar, davalı yükleniciden satın aldıkları dairenin havuzlu olacağı taahhüt edildiği halde, havuzu da kapsayacak şekilde bahçenin bir kısmının Hazineye ait olduğunu öğrendiklerini ve Apartman Yönetimine ecrimisil ihbarnameleri gelmeye başladığını belirterek, eksikliğin giderilmesi veya eksik teslim nedeniyle 620.000,00 TL'nin tahsili talepli bu davayı açmışlardır.”

“Mahkemece, davanın hukuki dayanağının ayıplı satışa ilişkin olduğu ve davacılar tarafından süresinde yapılmış bir ayıp ihbarı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”

“Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında bir kısım üyeler; kamuya ait yere taşkın şekilde yapılan havuzun satın alınan dairelerin bulunduğu parsel sınırları içinde olmadığı aleni olan tapu kayıtlarıyla davacılar tarafından bilinmesinin gerektiği ve bu durumun açık ayıp niteliğinde olduğu kabul edilerek yerel mahkeme kararının onanması yönünde görüş bildirmiş iseler de; çoğunluk tarafından bu görüş kabul edilmemiş ve dava konusu olayda 4077 sayılı yasa da düzenlenen “ayıplı ifa” değil “eksik iş” söz konusu olduğu, 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklikler nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğunun ileri sürülebileceği sonucuna varılmıştır.” Y. HGK. 20.2.2013 T., 2012/13-751 E., 2013/265 K. (Bkz. kazanci.com).

haları, tenis kortu, misafir otoparkı ve alışveriş merkezinin konut maliklerinin mülkiyet hakkının bulunmadığı parseller/yeşil alanlar üzerine yapılmasını davacının satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıp olarak kabul etmiş ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi şartını aramıştır⁵⁸.

Aynı daire, taahhüt edilen yeşil alanın kamunun kullanımına da açıldığı gerekçesi ile açılan davada bu hususu açık ayıp saymış ve süresi içinde ihbar yapılmadığı gerekçesiyle bu yöndeki talebi reddetmiştir. Klima tesisatının tekniğine uygun olarak kurulmamasını, ıslak zeminlerdeki su geri dönüşümünü sağlayan sistemin gereği gibi yapılmamasını gizli ayıp, dava konusu sitedeki iki bloğu bağlayan bölüme ait çatıda yeşillendirmenin yapılmaması ve güneş kolektörlerinin olmamasını ise eksik iş olarak kabul etmiştir⁵⁹.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 13. Hukuk Dairesinin yukarıda zikredilen 27.6.2013 tarihli kararının aksine, 24.6.2013 tarihli kararında, sözleşmede vaat edilen beş adet otopark yerinin verilmemesini eksik iş olarak kabul etmiş, ihbar külfetinin yerine getirilmesi şartını aramamıştır⁶⁰.

⁵⁸ “Davacı 23.12.2006 tarihinde, E... Konut GYO A.Ş'ye vekaleten satıcı H... E... Gm. Ltd. Şti'den Ümraniye, Y. Dudullu, 1... parselde inşa edilen "İ...kent" adlı projeden D 2 Blok 22 numaralı daireyi satın almış; satın aldığı bağımsız bölüm davacıya 12.6.2009 tarihinde tapuda devir edilmiş; 1.3.2008 tarihli tutanakla da fiilen teslim edilmiştir.”

“Mahkemece, davacının satın aldığı bağımsız bölümün bulunduğu blokta ve site ortak alanlarında ayıp ve eksikler bulunduğu gerekçesiyle bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir.”

“Hükme esas alınan bilirkişi raporunda tespit edilen; proje alanının ve mevcut yeşil alanın taahhüt edilenden küçük olması, projede var olacağı ilan ve taahhüt edilen kapalı yüzme havuzu, bir okul ve bir kreş, voleybol sahası, helikopter pisti, sağlık merkezi, dini tesis ve spor kompleksinin hiç yapılmamış olmasının, gölet, biri özel olmak üzere iki okul, basketbol ve futbol sahalaları, tenis kortu, misafir otoparkı, ve alışveriş merkezinin konut maliklerinin mülkiyet hakkının bulunmadığı parseller/yeşil alanlar üzerine yapılmasının davacının satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıp olduğu, davalıların bu ayıbı gizlemek için de herhangi bir hileye başvurmadıkları, davacının bu ayıplardan bağımsız bölümü satın aldığı tarihte kolayca bilgi sahibi olabileceği kuşkusuzdur. Kaldı ki, caminin tamamlandığı, diğer sosyal tesislere dair bir kısım inşaat çalışmalarının da devam ettiği dosya içine sunulan fotoğraflardan anlaşılmaktadır.”

Y. 13. HD. 27.6.2013 T., 2012/21639 E.; 2013/17758 K. (Bkz. kazanci. com)

⁵⁹ 13. HD., 6.6.2013 T., 2012/14497 E., 2013/15323 K. (Bkz. kazanci.com).

⁶⁰ Taraflar arasında 19.1.2006 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı konusunda çekişme yoktur. Davacı arsa sahipleri sözleşmede yer almasına rağmen kendilerine beş adet otopark yeri tahsis edilmediğini ve buna ilaveten binada su giderlerinin tekniğine uygun yapılmaması sebebiyle yapının hasar gördüğünden bahisle her iki talep için toplam 10.000,00 TL'nin tahsilini istemişlerdir. Mahkemece, süresinde ayıp ihbarı yapılmadığı için davanın reddine karar verilmiş ise de öncelikle sözleşmede açıkça yazılı olan daire başına birer otoparklık yerin tahsisi taahhüdünün yerine getirilmemesi ayıp değil, mahiyetince eksik iş niteliğindedir. İstek kalemlerinden diğeri olan su giderlerinin hatalı yapılmasından dolayı uğranılan zararın tazmini istemi ise gizli ayıptan dolayı uğ-

V. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

Yargıtay kararlarında göze çarpan istikrar 2011 yılından itibaren bozulmuştur. Öte yandan ayıplı ifa ile eksik ifa (veya eksik iş) arasındaki ayırım bile yeterince net değilken Yargıtay bir de ayıplı ifa – eksik ifa ayırımı yapmıştır. Bu ayırımın hangi temele dayandığı belli değildir.

Kanaatimizce, pozitif hukukumuz açısından ayıplı ifa – eksik ifa ayırımı yapılmalı, eksik ifa halinde TBK. m. 112 vd. hükümleri uygulanmalı, ayıp hükümleri uygulanmamalıdır. Dolayısıyla ihbar külfeti aranmamalı, ayıp hükümleri ile öngörülen kısa zamanaşımı süreleri uygulanmamalıdır. Bu konuda Yargıtay'ın 1992 yılından 2011 yılına kadar verdiği kararların önemli ölçüde doğru olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay kararlarından yola çıkarak nelerin eksik ifa (veya eksik iş) nelerin ayıplı ifa sayılması gerektiğini tespiti yönelik kıstaslar geliştirmek oldukça güçtür.

Doktrinde, ayıba karşı tekeffül borcundan söz edebilmek için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre muayene ve ihbar süresi eserin tam olarak teslimi anından itibaren işlemeye başlar. Bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış ise henüz teslim gerçekleşmemiş olduğu için süre de işlemeye başlamaz⁶¹.

Yargıtay da bazı kararlarında teslimi şart koşmuş, iş teslim edilmemişse ayıptan söz edilmeyeceğine hükmetmiştir⁶².

Ayıba karşı tekeffülün şartlarından bir tanesi de teslimdir. Teslim olmadan ayıp hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Bu nedenle teslim şartı, ayıp ile eksik ifayı birbirinden ayırt etmeye yarayan önemli bir kriter olabilir. Fakat bu kriter tek başına her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Meselâ Yargıtay, dolaplarının takılmamasını eksik iş olarak kabul etmiştir. Daire kapıları için de aynı sonuca ulaşmıştır. Bu durumda dolaplar takılmış fakat dolap kapakları takılmamışsa bunu da eksik iş mi sayacağız? Eğer teslim kriterini tek başına yeterli görerek, takıldığında binanın mütemmim cüzü olacak olan dolabın takılmamasını eksik iş kabul edersek, dolabın mütemmim cüzü olan kapağın takılmamasını da aynı şekilde eksik iş kabul etmemiz gerekir. İşi biraz daha ileri götürürsek, dolap kapağına takılacak olan cam veya aynanın yahut pantolon askılığının takılmamasını, kapağın iki menteşe ile tuttu-

ranılan zararın tahsiline ilişkindir. (Y. 23. HD. 24.6.2013 T., 2013/2589 E, 2013/4359 K. Bkz. kazanci.com)

⁶¹ Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 522 vd.

⁶² Eksik iş henüz mevcut olmadığından ve tesliminden de söz edilmeyeceğinden, ayıba karşı tekeffül ile ilgili olan BK. m. 362 hükmü eksik işler için uygulanamaz. (15. HD. 24.5.1990 T., 1989/4794 E., 1990/2414 K. Kostakoğlu, s. 522).

rulması gerekirken menteşelerden birinin monte edilmemesini de eksik iş olarak kabul etmemiz gerekebilir.

Oysa ayıbın tarifinden hareket edersek, bu tür eksiklikler bir maldan beklenilen faydayı azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler olarak nitelendirip ayıp hükümlerinin uygulanması da düşünülebilir.

Tek başına teslim kriteri esas alındığında, eksik ifa mı ayıplı ifa mı olduğu konusunda karar vermekte zorlanacağımız pek çok olayla karşılaşmamız kaçınılmazdır.

Meselâ acaba dairenin girişinde bulunan lambanın iki farklı yerden yakılıp söndürülecek şekilde projelendirilmesine rağmen, tek anahtar konulması eksik iş mi sayılacaktır?

Odaya üç priz konulması gerekirken iki tane konulması eksik iş mi ayıplı ifa mıdır?

Posta kutusunun kilidinin takılmaması veya anahtarının verilmemesi eksik ifa mı ayıplı ifa mıdır?

Kiler duvarının veya balkon altlarının hiç sıvanmamasını nasıl değerlendireceğiz?

Merdivenin ışıklığına iki küçük pencere yerine bir büyük pencere konulması ayıp mı, eksik ifa mıdır?

100 araçlık açık 100 araçlık kapalı otopark vaadinde bulunulmuş, kapalı otopark teslim edilmiş, ancak açık otopark sadece site sakinlerinin değil herkesin kullanabileceği bir alan haline getirilmişse, ayıptan mı eksik işten mi söz edeceğiz?

Aynı şekilde site sakinlerine tahsis edilmesi taahhüt edilen sosyal tesis umuma açılmışsa nasıl karar vermemiz gerekir?

Kapı ve pencerelere kör kasaların konulmaması eksik iş midir?

Binanın etrafındaki tretuvarların 1 metre yerine 50 cm yapılması (50 cm eksik yapılması) eksik ifa mı ayıplı ifa mıdır?

Doktrinde ortaya atılan ikinci bir kıstasa⁶³ göre ise, eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkün ise eksiklikten; fakat diğer kısımlara müdahaleyi, onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir. Örneğin, pencerelerin takılmamış olması bir eksiklik iken, bazı odalara elektrik hattı çekilmemiş olması ayıptır. Zira elektrik hattı çekilebilmesi için kural olarak duvarın kırılması icap etmektedir.

Kırıp dökmekten eksikliğin giderilebildiği hallerde eksik ifayı kabul eden bu görüş de ikinci bir kıstas olarak dikkate alınabilir. Fakat bu da tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu kıstas ile teslim kıstasının çatıştığı noktalar da vardır. Meselâ binanın su veya ısı yalıtımı hiç yapılmamışsa teslim kıstasına göre eksik işten, kötü yapılmışsa ayıplı ifadan söz edilecektir. Ancak ısı yalı-

⁶³ Ayan, s. 44.

tımının kırıp dökmeden sonradan yapılması mümkün olduğu halde su yalıtımı için aynı şeyi söyleyemeyiz. Bu durumda ikinci kıstasa göre (birincinin aksine) su yalıtımının yapılmamış olmasını ayıplı ifa saymamız gerekecektir.

Aynı şekilde odaya iki priz yerine tek priz konulmasını birinci kıstasa göre eksik iş saymak mümkün iken ikincisine göre ayıplı ifa saymamız gerekir.

Mutfak ankastrelerinin takılmamasını Yargıtay içtihatlarına göre eksik iş saymak gerekir. Fakat ankastre yerine normal dolaplar konulmuşsa, bu eksikliği giderebilmek için kırıp dökme, hatta ilave tesisatlar çekmek gerekecektir. Bu durumda yapılan işi ayıplı iş mi sayacağız?

Görüldüğü üzere eksik ve ayıplı ifayı birbirinden ayırt etmeye yönelik kıstaslar bazen yetersiz kalmaktadır. Bu durumda yorum yaparken öncelikle hangi menfaatin korunması gerektiği sorusu cevaplandırılmalıdır? Ayıp hükümlerine gidildiği zaman pek çok olayda davacı ya ihbar veya zamanaşımı sürelerine takılmaktadır. Böyle bir durumda eğer borçlu gerçekten borcunu gereği gibi ifa etmemişse, korunmaya değer bir yönü bulunmamaktadır. O zaman tereddüt halinde eksik ifanın varlığı kabul edilip alacaklıyı daha iyi koruyan TBK. m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması daha doğrudur ki Yargıtay'ın pek çok içtihadı da bu yöndedir. Ancak borçlu iyiniyetli olarak borcunu ifa etmiş, hatta bazen fazla imalatlar yapmış ve fakat küçük eksikliklerle işi teslim etmiş olabilir. Alacaklı da borçlu ile yaşadığı polemikler sonucunda en küçük meseleleri bile abartarak dava konusu yapabilir. Bu durumda da iyiniyetli borçluyu koruyacak şekilde yorum yapmak somut olay adaletine daha uygun düşecektir.

Eğer ilişki bir tüketici ilişkisi ise tüketici lehine yorum ilkesi kabul edilmelidir.

Bu noktada taleplerin yarışması meselesi üzerinde de durmak gerekmektedir.

Ayıplı ifa, kötü ifanın Borçlar Kanunundaki ayıba karşı tekeffül hükümleriyle özel olarak düzenlenmiş şeklidir ve her iki halde de tanınan hukuki imkânlar, zamanaşımı süreleri birbirinden farklıdır. Bu sebeple doktrinde ve uygulamada ayıplı ifa veya kötü ifaya dayanan uyuşmazlıklarda ayıp hükümlerinin yerine kötü ifa hükümlerine gidilip gidilemeyeceği, hususunda tartışmalar mevcuttur⁶⁴.

Bir görüşe göre özel hüküm niteliğinde olan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına giren durumlarda genel hükümlere gidilememeli-

⁶⁴ Zararın tazmininde sebeplerin yarıştığı hallerde alacak ile farklı sebeplerden doğan hakların kullanılması söz konusudur. Kılıçoğlu, s. 453, 454.

dir. Genel hükümlere sadece ayıba karşı tekeffül için öngörülen zamanaşımı süresi geçmişse başvurulabilecektir⁶⁵.

Başka bir görüşe göre ise alıcı, seçimlik olarak her iki hükme de; yani, kötü ifaya da ayıplı ifaya da dayanabilir. Ancak böyle bir yarışma için alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi, aynı zamanda ayıba karşı tekeffül için öngörülen zamanaşımı süresi içinde dava açması gerekmektedir⁶⁶.

Bir diğer görüşe göre ise kötü ifa ve ayıplı ifa hükümleri yarışabilir⁶⁷. Dolayısıyla zarar gören, kendisi için avantajlı olan sorumluluk sebebine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilir⁶⁸.

Bizim de katıldığımız bu üçüncü görüşe göre ayıba karşı tekeffül için öngörülen sıkı şekil şartı, ayıp için öngörülen alıcının daha lehine olan imkânlardan faydalanabilmesi içindir. Sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme gibi özel imkânlardan faydalanmak istemeyen alıcı ihbar yükümlülüğünü (şekil şartını) yerine getirmek zorunda değildir⁶⁹. Bu durum kanunu dolanmak anlamı da taşımamaktadır⁷⁰.

⁶⁵ Dokutan, C., Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı İfa Çerçevesinde Bayi ve Servisin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 32, 33.

⁶⁶ Aral, 192; Taleplerin yarışmasını, sebeplerin yarışmasını koşula bağlı olarak kabul edenler sözleşmenin müspet ihlaline dayanıldığında da ayıp hukukunun ödevlerine uyulmasını şart koşarlar. Serozan, İfa, s. 247, not- 3; Burcuoğlu, s. 90.

⁶⁷ Aral, 192; Serozan, İfa, s. 247, not 3; Yavuz, s. 327; Dokutan, s. 33; Burcuoğlu, Halûk, İsviçre Federal Mahkemesinin Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya Da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 1990/ s. 18, 90; Bilgin, s. 417.

⁶⁸ Akartepe, A., Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, EÜHFD, C. XVI, 2012/ 1- 2, s. 183, 184; Bilgin, s. 417.

⁶⁹ Hem TBK. m. 112 hem de TBK. m. 223 vd. hükümlerine göre dava açmak için gerekli şartların oluşması halinde hangi hükme gideceği hususunda alıcının seçimlik hakkı vardır. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı dava açmak için gerekli koşullar varsa satılanın ayıbından doğan fesih ve satış bedelinin indirilmesi davası zamanaşımına uğramış olsa bile TBK. m. 112'ye göre genel hükümlere dayanabilir. Yavuz, 255; Aral, 193; Bu durumda alıcının seçimlik haklarına göre tâbi olacağı zamanaşımı süreleri şu şekilde olacaktır: Bildirim şartına uymak kaydıyla, sözleşmeden dönerek tazminat istemesi halinde iki yıllık zamanaşımı süresine; ayıplı edimi elinde tutup ayıplı ifa sebebiyle uğradığı zararların tazminini ya da bildirim şartı olmaksızın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini istediği takdirde on yıllık zamanaşımına; bildirim şartına uymak suretiyle onarım veya ayıpsız benzeri ile değiştirmek istemesi ve bununla beraber uğradığı zararının tazmin edilmesini istemesi halinde on yıllık zamanaşımına; sadece kötü ifa niteliğindeki ayıplı ifa nedeniyle tazminat istemesi halinde yine on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Yavuz, s. 255, 256.

⁷⁰ Serozan, İfa, s. 247, not-3; Yavuz, s. 327.

Gerçekten de daha özel olan ayıp hükümleri davacıya TBK. m. 112'ye nazaran bazı ilave haklar sağlamaktadır. Bu haklardan yararlanmak isteyen davacının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi ve yine ayıp hükümleri ile düzenlenen zamanaşımı süreleri içinde davasını açması gerekecektir. Ancak bu hakları kullanmak istemeyen, sadece tazminat veya aynen ifa talebinde bulunan davacıyı ihbar yükümlülüğüne tabi tutmak ayrıca ayıptan kaynaklanan talepler için öngörülen kısa zamanaşımı süreleri ile kısıtlamak doğru değildir.

Yargıtay'da hakkında özel hüküm bulunan ayıplı ifa hallerinde, davacının TBK. m. 112'ye dayanılabileceğini kabul etmektedir. Ancak kararlarda tam bir netlik göze çarpmamaktadır. Yargıtay, bazı kararlarında TBK. m. 112'ye gidilebileceğini kabul etmekle birlikte bu halde de ihbar yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmiş olması şartını aramaktadır⁷¹.

⁷¹ Yargıtay bir kararında, "...Dava ayıplı taşınmaz satışından doğmuştur. Borçlar Kanununun 217. maddesi delaletiyle taşınmaz mal satışlarında da uygulanması gereken Borçlar Kanununun 202. maddesi hükmünce satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir: dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder, ancak semenin indirilmesi çok defa satılan şeyin ayıplı olmasından ileri gelen zararı karşılayamaz. Örneğin, bir otomobil satışında, frenlerin bozuk olmasından dolayı alıcının uğradığı cismanî zarar, semenin indirilmesi ile karşılanmış olamaz. Bu nedenle semenin indirilmesi davası ile birlikte genel hükümlere uygun tazminat davası açılabilir gibi, eksik ifa nedeni ile Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanan ve uğranılan zararın tazminine ilişkin dava açılması da kabildir. Semen indirilmesi davası Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanılarak zararın tazmini davasının açılmasına engel değildir." (Y.13HD. 4.4.1974, T., 1974/ 492, E., 1974/ 755 K.) demek suretiyle açık bir şekilde seçimlik haklar yerine genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edebileceğini de kabul etmektedir. Aynı dairenin verdiği başka bir kararda da "...Dava ayıplı taşınmaz satışından kaynaklanmaktadır. Gerçekte, Borçlar Kanununun 217. maddesi yolmasıyla taşınmaz mal satışlarında uygulanması gereken BK.'nın 202. maddesi hükmünce ayıba karşı tekeffülden alıcı lehine seçimlik bazı haklar doğar. O, dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshini, dilerse satılanı alıkoyup satış parasından indirim yapılmasını talep edebilir. Veya misli eşya satımında satılanın ayıptan ari misli ile değiştirilmesini isteyebilir (BK. m. 203). Ancak, semenin indirilmesi, çok defa satılan şeyin ayıplı olmasından ileri gelen zararı karşılayamaz bir mahiyet arz edebilir. Farklı bir anlatımla bazen bir olay içerisinde ayıba karşı tekeffülün maddi koşullarıyla, akdın gereği gibi ifa edilmemesinin (BK. m. 96) koşulları aynı zamanda gerçekleşmiş olabilir. İşte bu hallerde davacı Borçlar Kanununun 202. maddesinde düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümlerine dayanan semenin indirilmesi davası açabileceği gibi şartları varsa borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca uğradığı zararın tazminine ilişkin bir dava da açabilir. Hemen belirtelim ki az yukarıda açıklanan gereği gibi ifa edilmeme dolayısıyla tazminat davasında da ayıba ilişkin muayene ve ihbar yükümlülükleriyle ayıbın tabi olduğu zamanaşımı hükümlerinin (BK. m. 207,215/3) uygulanması göz ardı edilmeyecektir." demek suretiyle görüşünü tekrarlamaktadır." Y.13HD. 19.3.1992, E. 1992/ 384, K. 1992/ 2617 (<http://www.kazanci.com>), E.T. 02.12.2016.

Bu meseleye ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yer almamakta idi. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi ile "Sebeplerin yarışması" başlığı altında yeni bir düzenleme getirilmiştir. Hüküm şu şekildedir:

"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

Her ne kadar bu hüküm haksız fillerle ilgili olan kısımda yer alsa da, TBK. m. 114/II (eBK. m. 98/II)'ye⁷² göre akdi sorumlulukta da uygulanabilecek bir hükümdür.

Bu durumda davacının birden çok sebebe dayanarak dava açması mümkün olduğu gibi, eğer davasında özel bir sebep belirtmemişse hâkim kararını verirken zarar göreni en iyi koruyacak sorumluluk sebebine göre kararını vermek durumundadır. Meselâ davacı dava dilekçesinde sadece olayı anlatmış, ayıptan veya eksik ifadan söz etmeksizin zararının belirlenerek giderilmesini veya yapılmayan işin bedelinin borcuna mahsup edilmesini vs. talep etmişse ve fakat ayıp ihbarı yapmamış yahut ayıp hükümlerine göre zamanaşımı süresi dolmuşsa hâkim TBK. m. 112'yi uygulamalıdır.

Bununla beraber davacı özel olarak ayıp hükümlerine dayanmışsa veya ayıptan söz etmemiş ve fakat ayıp hükümleri ile tanınan haklardan birini meselâ değiştirme hakkını talep etmişse artık hâkim kendiliğinden TBK. m. 112'yi uygulayamamalıdır.

Tereddüt halinde somut olay adaleti bakımından hangi menfaatin üstün tutulması gerektiğine bakılmalı, tüketici ilişkilerinde tüketici lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

SONUÇ

Uygulamada özellikle inşaat hukuku alanında, yüklenici veya satıcı aleyhine teslim borcunun gereği gibi yerine getirilmediği iddiası ile çok sayıda dava açılmaktadır. Bu davaların bir kısmı ayıp hükümlerine, bir kısmı TBK. m. 112 vd.'na dayandırılmaktadır. Bazen de sağlıklı bir hukukî nitelendirme yapılmaksızın, ayıplı ve eksik işlerin bedeli talep edilmektedir. Bu durumda hukukî nitelendirmeyi hâkim yapacaktır.

Yargıtay uzun süre bu tür davaları ayıp hükümlerine tabi tutmuş ve eğer ihbar külfeti zamanında yerine getirilmemişse davacının talebini reddetmiştir. Ancak daha sonra ayıplı iş -eksik iş (bazen de eksik ifa) ayırımı yapmış ve eksik iş halinde ayıp hükümlerinin değil, BK. m. 96 vd. (TBK. m. 112

⁷² TBK. m. 114/II: "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."

vd)'nın uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Böylece davacıyı ihbar külfetinden ve kısa olan zamanaşımı sürelerinden kurtarmıştır. 2011 yılından sonra verilen bir kısım Hukuk Genel Kurul Kararlarında ise ayıplı ifa – eksik ifa ve eksik iş ayırımını yapmış, eksik ifanın ayıp hükümlerine tabi olacağına karar vermiştir. Kanaatimizce bu ayırımın hukukî bir dayanağı bulunmamaktadır. Eksik ifa ile eksik iş aynı şeydir. Bu nedenle eksik ifa halinde önceden olduğu gibi TBK. 112 vd. hükümleri uygulanmalı, davacının ihbar külfetini yerine getirmiş olması şartı aranmamalı ve dava ayıp hükümleri çerçevesinde düzenlenen kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmamalıdır. Tazminat talepleri de TBK. m. 112 hükümleri çerçevesinde karşılanmalıdır. Ancak bu ihtimalde ayıp halinde tanınmış olan seçimlik haklar davacıya tanınmamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi davacıya davasını dilerse ayıp hükümlerine dilerse genel hükümlere dayandırma imkânı tanımaktadır. Bu durumda ortada bir ayıplı ifa olsa bile eğer davacı davasını genel hükümlere dayandırmışsa ihbar şartı aranmamalı, kısa zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Davacı davasını hangi hükümlere dayandırıldığını açıkça belirtmemişse hâkim, davacıyı hangi hükümler daha iyi koruyorsa ona göre karar vermelidir. Tereddüt halinde borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlu değil, sözleşmede kararlaştırılan edime tam olarak kavuşamayan alacaklı korunmalıdır. Dolayısıyla, ortada bir ayıplı ifa olsa bile davacı davasını genel hükümlere dayandırabilmeli, hâkim de genel hükümleri uygulamak suretiyle davacıyı ihbar külfetinden kurtarmalıdır. Eğer davacı tüketici ise tüketici lehine yorum ilkesi tercih edilmelidir.