

T.C

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI
TEKEFFÜL**

Yüksek Lisans Tezi

KIYMET MUTLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Özer Seliçi

İSTANBUL, 2010

ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL

MUTLU, Kıymet

Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof.Dr. Özer Seliçi

03/06/2010,

Aşağıda yer alan çalışmada eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül hükümleri detaylıca incelenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'na göre sözleşme ile kararlaştırılan eserin ayıplı olarak imali halinde; iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan bazı hakları vardır. Bu haklar; sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve onarım hakkıdır. Bu hakların yanı sıra iş sahibinin; Borçlar Kanunu uyarınca tazminat talep hakkı saklıdır.

Türk hukukunda istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler esas itibari ile; 818 s. Borçlar Kanunu'nun 359-363. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Aşağıda detaylı olarak ele almaya çalıştığımız "Eser Sözleşmesi'nde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"nun daha net ve anlaşılır bir biçimde açıklanabilmesi amacı ile öncelikle; müteahhit, iş sahibi ve eser kavramları üzerinde durulacak; ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı, hukuki niteliği ve nitelikleri incelenecek; Borçlar Özel Hukukuna konu diğer sözleşmeler ile aradaki farklar ve benzerlikler irdelenecek, ardından Borçlar Kanunu Genel Hükümleri ile birlikte ayıba karşı tekeffül borcu ele alınacak ve daha sonra da sırası ile müteahhidin istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar, bu hususta iş sahibine düşen yükümlülükler ve müteahhidin istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu sona erdiren haller incelenecektir. Son olarak; uluslar arası alanda sıkça kullanılan FIDIC sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül borcuna değinilecektir.

Çalışmamızın sonucu; Türk hukuku ile Uluslar arası hukukta eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül hükümleri farklılıklarına ve ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin kavramlara göre yapılandırılmıştır.

Anahtar kelime; 1. ayıp 2. Eser Sözleşmesi, 3. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

ABSTRACT

OBLIGATION ARISING FROM DEFEAT IN JOB CONTRACTS

MUTLU, Kıymet

Özel Hukuk
Tez Danışmanı: Prof.Dr. Özer Seliçi

03/06/2010,

The following research; the orderer's rights arising from defeat in job contracts will be detailed. In case the good made according to the contract is defective; the orderer has some rights according to the Turkish Obligation Law. These rights are; termination of contract, wage reduction and repair. In addition to these rights; the orderer's compensation right is also reserved according to the Obligation Law.

In Turkish legal system; the rights arising from defeat in job contracts are defined between the clauses 359 - 363 according to the Obligation code numbered 818.

To declare clearly the rights of the orderer arising from defeat in job contracts; firstly the definition of job, orderer, and undertaker will be mentioned; and the undertaker's obligation arising from defeat in job contracts will be defined, and the differences between the job contracts and other contracts will be conveyed. Then the types of defects, conditions of the rights arising from defeat and the conditions ends the obligation arising from defeat will be declared in our research.

At last; the rights of the orderer arising from defeat in FIDIC contracts will be mentioned.

Finally the result structured according to International and Turkish Legal system differences and definitions of the obligations arising from defeat in job contracts.

Key words; 1. defect, 2. job contracts, 3. obligation arising from defeat

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	vi
1. GİRİŞ	8
2. İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BAZI KAVRAMLAR	10
3. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU.....	13
3.1. Genel Olarak.....	13
3.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Diğer Sözleşmelerdeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması.....	17
3.2.1. Satım sözleşmesi bakımından.....	17
3.2.1.1. Satım sözleşmelerindeki durum.....	17
3.2.1.2. Eser sözleşmelerindeki durum.....	18
3.2.2. Kira sözleşmesi bakımından.....	19
3.2.2.1. Kira sözleşmesindeki durum.....	19
3.2.2.2. Eser sözleşmelerindeki durum.....	20
3.3. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle Konuyla İlgili Diğer Hükümlerin İlişkisi.....	21
3.3.1. Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmeme.....	21
3.3.2. Haksız Fiil.....	23
3.3.3. Borçlunun Temerrüdü... ..	24
3.3.4. Ödemezlik Def'i.....	26
3.3.5. İrade Fesadı Halleri.....	26
4. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN GERÇEKLEŞMESİ ŞARTLARI.....	27
4.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	27
4.1.1. Teslim Kavramı.....	27
4.1.2. Teslim Alma Kavramı.....	27
4.1.3. Kabul Kavramı.....	29
4.1.4. Eserin Tamamlanması ve İş Sahibine Tesliminin Gerçekleşmesi Usulu.....	30
4.1.4.1. Eserin Tamamlanması Usulü.....	30
4.1.4.2. Tamamlanan Eserin İş Sahibine Teslim Edilmesi Usulü.....	31
4.1.4.3. Teslim Yeri.....	34
4.1.4.4. Teslim Zamanı.....	36
4.1.4.5. Teslimin Hukuki Sonuçları.....	37
4.1.4.5.1. Eser Ücretinin Muaccel Olması.....	37
4.1.4.5.2. Yarar ve Hasarın Geçmesi.....	38
4.1.4.5.3. Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması.....	39

4.1.4.5.4. Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması.....	40
4.1.4.5.5. Cezai Şart Talep Hakkının Ortadan Kalkması.....	40
4.1.4.5.6. Ayıptan Doğan Hakların Ortadan Kalkması.....	41
4.2. Teslim Edilen Eser Ayıplı Olmalıdır.....	41
4.2.1. Ayıp Kavramı ve Ayıbın Niteliği.....	41
4.2.2. Ayıbın Türleri.....	43
4.2.2.1. Açık ve Gizli Ayıplar.....	43
4.2.2.2. Önemli ve Daha Az Ayıplar.....	44
4.2.2.3. Maddi ve Hukuki Ayıplar.....	45
4.2.2.4. Asli ve İkincil Ayıplar.....	46
4.2.2.5. Ekonomik Ayıplar.....	46
4.2.3. İstisna Akdinde Ayıp ve Noksan İş Ayrımı.....	47
4.2.4. Ayrımın Hukuki Sonuçları.....	49
4.3. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayenesi Yapılmış ve Eserde Anlaşılan Ayıplar İhbar Edilmiş Olmalıdır.....	51
4.3.1. Muayenenin Yapılması.....	51
4.3.1.1. Muayenenin Hukuki Niteliği ve Önemi.....	51
4.3.1.2. Muayene Yetkisi ve Muayene Yöntemi.....	52
4.3.1.3. Muayenenin Süresi.....	54
4.3.2. İhbarın Yapılması.....	56
4.3.2.1. İhbarın Hukuki Niteliği ve Önemi.....	57
4.3.2.2. İhbarın İçeriği.....	58
4.3.2.3. İhbarın Süresi, Şekli ve İspatı.....	58
5. İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN HAKLARI.....	62
5.1. Genel Olarak.....	62
5.2. İş Sahibinin Seçimlik Hakları.....	63
5.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	64
5.2.1.1. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	64
5.2.1.1.1. Klasik Dönme Kuramı.....	66
5.2.1.1.2. Yasal Borç İlişkisi Kuramı.....	67
5.2.1.1.3. Yeni Dönme Kuramı.....	67
5.2.2. Eser Sözleşmesinde Dönme Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartı.....	68
5.2.3. Ücret İndirimi Hakkı.....	70
5.2.4. Onarım Hakkı.....	74
5.2.5. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararı Giderme Hakkı.....	76
5.3. İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Seçimlik Haklarının Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi.....	78
6. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN SONA ERMESİ...	80
6.1. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Davranışından Kaynaklanması.....	80
6.1.1. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Doğması.....	81
6.1.2. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemedен veya Arsadan Doğması.....	87
6.1.3. Diğer Sebepler.....	91
6.2. Ayıplı Eserin Herhangi Bir Çekince Konulmaksızın Kabul Edilmesi.....	94

6.2.1. Açık Ayıplar Bakımından.....	95
6.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından.....	97
6.3. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması.....	101
6.3.1. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı.....	101
6.3.2. Zamanaşımı Süreleri.....	102
6.3.2.1. Borçlar Kanunu 363. Maddeye Göre Durum.....	102

7. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU İLGİLENDİREN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ.....

7.1. Milletlerarası Özel Hukuk ve İnşaat Sözleşmeleri.....	108
7.2. İnşaat Sözleşmeleri Kapsamı ve Çeşitleri	108
7.3. Milletlerarası Ticari Uygulamalarda Standart Sözleşmeler ve FIDIC Kuralları.....	109
7.4. Milletlerarası Özel Hukuka Konu İnşaat Sözleşmelerinde Uluslar Arası Hukukta (FIDIC) Ayıba Karşı Tekeffül.....	111
7.4.1. Ayıplı ve Noksan İşler Ayrımı.....	112
7.4.2. FIDIC Kuralları Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Şartları.....	113
7.4.2.1. Ayıp Mevcut Olacak.....	113
7.4.2.1.1. Sözleşmede Taahhüt Edilen Niteliklere ve Mühendisin Talimatlarına Aykırılıktan Kaynaklanan Ayıp	113
7.4.2.1.2. Eserin Kullanımı İçin Gerekli Niteliklerin Bulunmamasından Kaynaklanan Ayıp.....	114
7.4.2.2. Gerekli Prosedür Yerine Getirilecek.....	115
7.4.3 Ayıplı İfa Durumunda İş Sahibinin Hakları.....	115
7.4.3.1 Ayıbın Giderilmesini İstemek.....	115
7.4.3.1.1. Ayıbın Müteahhit Tarafından Giderilmesi.....	115
7.4.3.1.2. Ayıbın Üçüncü Kişi Tarafından Giderilmesi.....	116
7.4.3.2. İhtiyat Kesintisinin Alıkonulması.....	117
7.4.3.3. Sözleşmeden Dönme.....	117
7.4.3.4. Ayıpların Sebeplerinin Bulunması İçin Yapılan Araştırma Masraflarının Tazmini.....	118
7.4.4. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre.....	118

8. SONUÇ.....

120

KISALTMALAR

BK.	: Borçlar Kanunu
bk.	: Bakanlık
C.	: Cilt
Ç.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun.
sh.	: Sahife
T.	: Tarih
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay

1. GİRİŞ

Türk hukukunda istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler esas itibari ile; 1926 yılından beri yürürlükte olan 818 s. Borçlar Kanunu'nun 359-363. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Sözleşmeye ad olarak seçilen "istisna" sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup; Türkçe'deki "genelden ayrı, kuraldışı olma" anlamının çok dışında " sanat ve maharet emeği sarf ederek bir şeyi meydana getirmek" anlamı ile kullanılmaktadır. Kanaatimce anlam karışıklığına yer verilmemesi amacı ile de son zamanlarda "istisna akdi" terimi yerini "eser sözleşmesi"ne bırakmıştır.

İstisna akdi; BK 355. maddesinde şu şekilde tarif edilmiştir: "İstisna bir akittir ki onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." Tanımdan açıkça anlaşıldığı üzere; istisna sözleşmesi eser, ücret ve müteahhit ve iş sahibi arasındaki anlaşma unsurlarından oluşmaktadır.

İstisna sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubunda yer almaktadır. Zira istisna sözleşmesi düzenlemesi ile; her iki tarafa hem bir takım haklar tanınmış hem de birtakım borçlar yüklenmiştir.

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, eser karşılığı olarak ücret ödeme, müteahhit de ödenecek ücret mukabilinde iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak şekilde sözleşmeye uygun, ayıptan arı bir eser imal ederek iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. Bu nedenle; müteahhit tarafından imal edilen eserin müteahhitçe zikredilen, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen ve iş sahibince beklenen özellikleri taşıması gerekir. Aksi halde, kanunda belirtilen diğer şartların da gerçekleşmesi şartına bağlı olarak müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile sorumluluğu doğacaktır.

Aşağıda detaylı olarak ele almaya çalıştığımız "İstisna Sözleşmesi'nde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"nın daha net ve anlaşılır bir biçimde açıklanabilmesi amacı ile öncelikle; müteahhit, iş sahibi ve eser kavramları

üzerinde durulacak; ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı, hukuki niteliği ve nitelikleri incelenecek; Borçlar Özel Hukukuna konu diğer sözleşmeler ile aradaki farklar ve benzerlikler irdelenecek, ardından Borçlar Kanunu Genel Hükümleri ile birlikte ayıba karşı tekeffül borcu ele alınacak ve daha sonra da sırası ile müteahhidin istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar, bu hususta iş sahibine düşen yükümlülükler ve müteahhidin istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu sona erdiren haller incelenecektir.

Söz konusu incelemeler yapılırken Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeler kapsam dışı tutulacak, bu düzenlemelere değinilmeyecektir.

Son olarak da Milletlerarası Özel Hukuk'ta İnşaat Sözleşmeleri'ne uygulanan standart kurallardan en sık uygulama alanı bulan FIDIC kapsamındaki ayıp kavramı ve ayıba karşı tekeffül düzenlemeleri açıklanacaktır.

2. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN BAZI KAVRAMLAR

İstisna sözleşmesi BK m.355 ile düzenlenmiştir. Buna göre; "İstisna bir akittir ki onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder". Bu hali ile istisna sözleşmesi; ivazlı, şekle tabii olmayan, rızai nitelikte, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Bu sözleşme ile müteahhit, iş sahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir. Buradaki iş görmenin asıl özelliği ise, müteahhit tarafından bu işgörme ile belli bir sonucun borçlanılmış olmasıdır.¹

Tanımından da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin unsurları; bir eserin imali, ücret ve anlaşmadır. Eser sözleşmesinin tarafları ise müteahhit ve iş sahibidir.

Müteahhit; BK 355. maddesi² ile her ne kadar tanımlanmış olsa da bu tanım yeterli bir tanım değildir. Doktrinde ise; BK'da yer alan tanımdan yola çıkılmak suretiyle genellikle "müteahhit istisna sözleşmesinin konusu olan şeyi (eseri) imal etmeyi taahhüt eden ve imal ettiği şeyi de iş sahibine teslim etme borcu altına giren kişi ya da kuruluştur"³. şeklinde tanımlanmaktadır. Her ne kadar ilk bakışta müteahhit kavramı öncelikli olarak inşaat sözleşmesindeki inşaat mühendisi veya mimar şeklinde algılanmakta olsa da; istisna sözleşmesindeki müteahhit kavramı inşaat mühendisi ve/veya mimar ile sınırlı olmamakta ve istisna sözleşmesinin konusuna giren imal işlerinin tamamı göz önüne alındığına her bir iş için farklılık arz edebilmektedir. Örneğin; bir elbiseyi diken terzi, protez diş yapan diş teknisyeni, heykeli yapan heykeltıraş, estetik operasyonu yapan

¹ Zevkliler, Aydın; Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, 10. bası, sh. 304.

² BK'da yer alan tanıma göre; müteahhit iş sahibinin vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şeyin imalini iltizam edendir.

³ Dayınlarlı, Yavuz; İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü – Hüküm ve Sonuçları, 2. Baskı, Ankara 1993, sh. 24, Olgaç, Senai; Türk Borçlar Kanunu Akdın Muhtelif Nevileri, C. 2, Ankara 1997,sh. 1035, Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997 (Yavuz, Borçlar),sh. 453.

doktor ... vs.'de müteahhittir⁴. Hiç kuşkusuz ki günümüz koşulları da göz önünde tutulduğunda müteahhit sadece gerçek kişi değil, tüzel kişi de olabilecektir.

İş Sahibi; sözleşmeye konu olan eseri ücret karşılığında imal ettiren ve imal edilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseselerdir⁵. Yani işi sipariş eden kişi BK uyarınca iş sahibidir. Ancak burada bir noktayı önemle vurgulamak gerekecektir. Yine ilk olarak zihnimizde istisna akdi denildiğinde canlanan "inşaat sözleşmelerinin" de etkisi ile iş sahibinin aynı zamanda eserin maliki olması gerektiği gibi bir kanaat oluşmaktadır. Oysa iş sahibinin malik olması gerekmemekte; eseri teslim almada menfaatinin bulunması yeterli bulunmaktadır. Bunun kısa bir örnekle açıklanması mümkündür. Günümüzde oldukça yaygınlaşan Alışveriş Merkezi yatırımları nedeni ile; karma nitelikli bir çok sözleşmeye imza atılmaktadır. Bunların başında ise; kira ve eser sözleşmesi niteliklerini bünyesinde barındıran sözleşmeler gelmektedir. Ticari hayatta belli bir alana kiracı olarak girmeyi planlayan yatırımcıların tamamı; o alanın kendi istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda inşa edilmesi, tüm detaylarının tamamlanmış olarak kendilerine teslim edilmelerini istemektedirler. Ancak söz konusu alana girmeyi hedefleyen yatırımcıların neredeyse tamamı malik değil; kiracı sıfatını haizdirler ancak eser sözleşmesi hükümleri bakımından "iş sahibi" olduklarından iş sahibinin sahip olduğu tüm haklara sahiptirler. Burada kimi zaman kiralayan müteahhit olmakta; kimi zaman ise bir başka ticari işletme olmaktadır. Kiralayanın müteahhit olmadığı durumlarda; müteahhit ile kiralayan arasında; kiralayan ile kiracı yatırımcı arasındaki sözleşmeye atıfta bulunulan bir eser sözleşmesi akdedilmektedir.

Eser; istisna sözleşmesinin unsurlarından olup, kanun hükmünde imal edilen şey olarak belirtilmektedir. Böylece eser "şey" olarak ifade edilmesine karşın aslında geniş anlamda bir objektif çalışmanın sonucudur. Bu çalışmada asıl olan iş görme faaliyetinden öte çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak

⁴ Dayınlarlı, sh. 28.

⁵ Dayınlarlı, sh. 28.

gözlemlenmesi kabil sonuçtur⁶. Yani bir başka deyişle iş sahibinin tesliminden menfaat sağlayacağı sonuç ya da sözleşmeyle müteahhidin iş sahibi için ortaya çıkarmayı yaratmayı yükümlendiği sonuçtur.⁷

Burada eser kavramının kapsamını tayin etmek gerekecektir. Her ne kadar BK m. 355 yalnızca istisna akdi tanımını yaparken "...bir şey imalini..." demek sureti ile eserden sınırlar çizmeksizin genel bir ifade ile bahsetmiş olsa da, eserin tam anlamıyla bir açıklaması ve tanımı BK'da bulunmamaktadır. Ancak BK m. 360/3'deki "yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise..." ifadesinin mevhumu muhalifi incelenmesi ile istisna akdinin sadece arsa üzerinde yapılmış olmasının aranmadığı; bu sebeple eser kavramının taşınır şeyleri de kapsadığı sonucuna ulaşılabilmektedir.⁸

Eser kavramına nelerin gireceği hususuna ilişkin tartışmalar olmasına karşın; bugün hakim olan bizim de katıldığımız görüşe göre; "insan emeğinin bir sonucu olarak, bir bütün görünüşü sergileyen ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun ve/ve ya olmasın "eser" olarak nitelendirilir".⁹ Bu anlamda da, bir gazeteye ilan verilmesi, radyo TV reklamlarının hazırlanması, mağaza vitrininin düzenlenmesi, ücret karşılığında yapılan havai fişek gösterisi, sinemada film gösterimi, yarış atının eğitilmesi, doktor tarafından gerçekleştirilen estetik operasyon... vs gibi durumlar istisna sözleşmesi kapsamında ele alınabilecektir.¹⁰

Ortaya çıkan sonucun ille de yeni bir eser yaratma şeklinde olması da gerekmemektedir. Var olan bir şeyin onarılması, biçiminin değiştirilerek farklı bir hal verilmesi de eser kavramı içerisinde yer alacaktır. Buna örnek

⁶ Yavuz, sh. 453, Uygur, Turgut; Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5. Ankara 1993, sh. 652 vd., Öz, Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, sh. 3; Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1989 (Tandoğan, Borçlar), sh. 1.

⁷ Zevkliler, Aydın; Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, 10. bası, sh. 304.

⁸ Erman, Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, (BK. 365/2), İstanbul 1979, sh. 19.

⁹ Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1989 (Tandoğan, Borçlar), C.2, sh. 3 vd.; Yavuz, Borçlar, sh. 447.

¹⁰ Bu örnekler için, Tandoğan, C. 2, sh. 4-5, dn. 17-29; Dayınlarlı, sh. 7 vd.; Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 3. baskı, İstanbul 2004 (Yavuz, ders), sh. 277.

olarak, bir kolyenin altın ile kaplanması, elbisenin kuru temizleme ile temizlenmesi...vs. verilebilir.¹¹ Ancak her durumda yaratılan sonucun bağımsız bir hukuki varlık olarak bir bütün oluşturması gerekmektedir. Sonucun emek harcamayı gerektirmesine rağmen bir bütün oluşturmadığı durumlarda; bu sonucu eser kavramı içine sokmak mümkün değildir.¹² Örneğin; bir hastalığın tedavi edilmesi, bir mimar tarafından bir yapının yapım işlerinin gözetilmesi, öğrenciye özel ders verilmesi...vs.¹³

BK m. 355'de¹⁴ belirtilen istisna sözleşmesinin tanımından yola çıkılarak değinilen eser tanımının yanı sıra; imal (meydana getirme) kavramına da değinilmelidir. Kanunda kullanılan imal (meydana getirme) terimi yukarıda da belirttiğimiz üzere geniş yorumlanmalı ve bu kavram içerisine yeni bir eserin ortaya konulması olduğu kadar; var olan bir eserin değiştirilmesi veya onarımı da kabul edilmelidir.¹⁵

3. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

3.1. Genel Olarak

Ayıba karşı tekeffül borcu kısaca; müteahhidin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getireceği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikleri üstlenme¹⁶ ve bu eksikler sebebiyle iş sahibinde meydana gelecek zarara katlanma yükümlüdür. Yani teslim edilen eserde; müteahhidin taahhüt ettiği niteliklerin ve sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından

¹¹ Zevkliler, sh. 305.

¹² YKD, C. 26, Mayıs – 2000, S.5, sh. 723 – 724; Yarg., 15. HD, E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 03.11.1999 "Eser (İstisna) sözleşmelerinde sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "eser" denilen olumlu – olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse zarardan yüklenici sorumlu olur. Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, eser sözleşmesinin niteliği itibari ile izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır."

¹³ Zevkliler, sh. 306; Tandoğan, sh. 5-6.

¹⁴ BK m. 355 "İstisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder".

¹⁵ Yavuz,(ders), sh. 278.

¹⁶ Uçar, Ayhan; İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, sh. 36.

gerekli olan özelliklerin olmaması halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu doğacaktır.¹⁷

Dolayısıyla istisna sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül borcu; müteahhide asli borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda bir garanti yükümlülüğü yüklemekte ve bu yükümlülük de herhangi bir kurtuluş beyyinesine yer vermeksizin müteahhidin borcunu gereği gibi ifa etmemesinden sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır¹⁸. Yani buradan da anlaşılacağı üzere; müteahhit üzerine yüklenen bu sorumluluk bir kusur sorumluluğu değildir ve müteahhitin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için, müteahhitin kusurlu davranmış olması aranmaz.

Sözleşmeden ve/veya kanunun bir hükmünden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, aynı zamanda borcun ifa edilmemiş olması anlamına geleceğinden; kusursuz imkansızlık ve alacaklı temerrüdü dışındaki sebeplerle borcunu ifa etmeyen borçlu alacaklıya karşı sorumlu olacaktır.

Zira bir borç ilişkisinde borçlu tarafından sunulan edim sözleşmede veya kanunda tayin edilmiş şartlara uygun değil ise; borcun kötü ifası söz konusu olur ve edimin taraflarca sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması hali de kötü ifanın bir örneğidir. Bu durumda edimin ayıplı ifası söz konusu olacağından; müteahhit ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca ayıplı ifanın sonuçlarına katlanacaktır¹⁹. Ancak işin müteahhit tarafından eksik bırakılması halinin ayıp olarak yorumlanmaması gerekmektedir.²⁰

İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler arasında yer alan BK m.360'da; iş sahibine kendisine teslim edilen eserin ayıplı olması halinde başvurabileceği yollar belirtilmiştir. Buna göre, iş sahibine sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi ve bundan başka eserin onarılmasını talep hakkı verilmiştir. Burada seçim hakkı tamamen iş

¹⁷ Yavuz, (ders), sh. 296.

¹⁸ Uçar, sh. 36.

¹⁹ Ayan, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996 sh. 297 ve 309; Öz; Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, sh. 90.

²⁰ <http://www.kazanci.com>, Yarg. 15. HD, E. 1987/775 – K. 1987/3419, T. 05.10.1987 " Eksik yapılan işte niteliğe uygun olarak yapılıp yapılmadığı söz konusu değildir. Hal böyle olunca eksik işi, ayıplı işle bir arada tanımlamak ve yasadaki ayıplı işler kavramına sokmak olanağı yoktur."

sahibinde olup; seçimlik hakların kullanılması da müteahhidin kusuruna bağlı tutulmamıştır.

Seçimlik hakkın kullanılması tamamen iş sahibinin özgür iradesindedir. Ancak bu hak bir kere kullanıldıktan sonra seçimlik hakkın geri alınması mümkün olmamaktadır. Bir başka deyişle seçim hakkının kullanılması ile iş sahibinin hakları seçilen hak üzerinde toplanmakta ve diğer haklar tükenmektedir.²¹ Ancak burada zararın tazmini bakımından iş sahibine istisna tanınmış; müteahhidin ayıplı ifada kusuru olması halinde iş sahibine tazminat hakkını seçimlik hakları ile bir arada kullanma hakkı verilmiştir.

Seçimlik haklarla ilgili olarak iş sahibine tanınan diğer bir istisna ise; iş sahibinin onarım hakkını kullandığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır. İş sahibi tarafından onarım talep edilmesine karşın onarımın başarısız olması halinde iş sahibi yeniden seçim hakkını kullanabilecek; dolayısı ile sözleşmeden dönebilecek; ücretten indirim yapabilecek ya da kusurun varlığı durumunda zararın tazminini talep edebilecektir.²²

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bir başka özelliği ise iş sahibine tanınan bu hakların emredici nitelikte olmamasıdır.²³ Söz konusu seçimlik hakları tanıyan BK m.360 tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile BK m. 99'a aykırı olmamak kaydı ile iş sahibinin bu haklarının önceden kısıtlanması ve/veya kaldırılması mümkündür.²⁴ Hiç kuşkusuz bu haklardan vazgeçme zımnen de olabilecektir. Ancak zımnen vazgeçmenin her bir seçimlik hak için ayrı ayrı değerlendirilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyim. Zira iş sahibinin tüm seçimlik haklarından zımnen vazgeçmiş olduğunun kabul edilmesi bazı durumlarda; hakkaniyete aykırılık teşkil edebilecektir.

Örneğin, iş sahibinin müteahhidin teslim hazırlanmış bulunduğunu bildirdiği eseri kullanması veya bunu devretmesi dönme hakkından zımnen vazgeçme anlamı taşıyacaktır. Ancak hiç kuşkusuz ki ücretin indirilmesi ve tazminattan

²¹ Uçar, Sh. 40, dn. 93.

²² Uçar, Sh. 40, dn. 95.

²³ Yavuz, Cevdet (Borçlar); sh. 492.

²⁴ Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku C. 2 Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977 (Tunçomağ,Borçlar), sh. 1029.

vazgeçme anlamı taşımayacaktır.²⁵ Tabii burada zimnen vazgeçmenin değerlendirilebilmesi için iş sahibi tarafından yapılması aranan ayıp ihbarının da ayrıca göz önünde bulunması yerinde olacaktır.

İş sahibi ile müteahhit arasında daha önceden yapılan bir anlaşma yoksa ve eserin niteliklerinin nasıl olacağı konusunda anlaşılmamış ise; burada müteahhit kullanmaya elverişli normal bir yapıdaki eserin kalitesini taşıyan bir eseri imal etmek yükümü altına girecektir. Burada müteahhit eserin kullanılacağı yeri de gözönünde tutarak kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin teslimini gerçekleştirmekle ayıba karşı tekeffül borcunu bertaraf edebilecektir. Bu durumda en belirleyici olan hiç kuşkusuz ki somut olaya göre eserin kullanım amacına uygun imal edilip edilmediğidir. Ancak taraflar arasında yapılan istisna sözleşmesi ile; esere ilişkin bir takım niteliklerin belirlenmesi halinde bu niteliklerden birinin dahi eksikliği eserin ayıplı olması sonucunu doğuracaktır²⁶.

Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile ilgili en önemli özellik ise; bu hükümlere başvurulabilmesinin eserin teslimi şartına bağlı tutulmasıdır. Eserin süresi içerisinde teslim edilmemesi ise, bir ayıba karşı tekeffül durumu değil; temerrüt halidir.²⁷

²⁵ Tunçomağ, (Borçlar); sh. 1029.

²⁶ Yavuz, Borçlar, sh. 482.

²⁷ Uçar, sh. 42.

3.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Diğer Sözleşmelerdeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması

3.2.1. Satım sözleşmesi bakımından

3.2.1.1. Satım Sözleşmesindeki durum;

- a. Satım sözleşmesinde satıcı daha önceden alıcıya mala ilişkin olarak belirttiği ve söz verdiği niteliklerin malda bulunmamasından veya böyle bir söz vermemiş olsa dahi; malın değerini ya da sözleşme çerçevesince maldan beklenen yararları azaltan, ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasından sorumlu tutulmuştur.
- b. Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu mülkiyeti nakil borcunun bir tamamlayıcısıdır.
- c. Satım sözleşmesinde satıcı kural gereği bir nesnenin imal edilmesi yükümü altında değildir. Bu bağlamda satıcı imal etmediği bir maldaki ayıplardan dolayı sorumludur.
- d. Satım sözleşmesinde; satıcı satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği andaki mevcut ayıplardan sorumludur.
- e. Satım sözleşmesinde satıcı önemsiz bozukluklardan, önemsenmeyecek derecede küçük ayıplardan sorumlu tutulmamıştır.
- f. Satım sözleşmesinde satılan malın ayıplı olması halinde, alıcıya "sözleşmeden dönme", "satış bedelinin indirimini talep" ve misli eşya satımında malın "ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep" etmek hakları tanınmıştır.
- g. Satım sözleşmesi bakımından muayene ve ihbarın ne kadar süre içerisinde yapılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak teslim alınan malın örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene edilmesi ve muayene neticesinde ortaya çıkan ayıpların da derhal satıcıya ihbar edilmesi gerektiğine ilişkin ifadeye yer verilmiştir.

3.2.1.2. Eser Sözleşmesindeki durum;

- a. Eser sözleşmesinde ise, satım sözleşmesinden farklı olarak, "zıkr ve vaat olunan nitelik" kavramına ayrıca yer verilmemiştir.
- b. Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu eseri teslim borcunun bir tamamlayıcısı olarak düzenlenmiştir.
- c. Eser sözleşmesinde ise, kural olarak müteahhit bir nesneyi imal etme yükümü altındadır. Dolayısı ile eser sözleşmesinde müteahhit kendisinin ve/veya ifa yardımcılarının imal ettiği eserdeki ayıplardan sorumludur.
- d. Eser sözleşmesinde ise, esas olan müteahhidin sorumlu olduğu ayıp, eserin teslimi anında eserde mevcut olan ayıptır ve Eser Sözleşmesinde atım sözleşmesinden farklı olarak eser teslim edilmeden önce iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan bir takım hakları mevcuttur. (eserin bir üçüncü şahsayaptırılmasını talep etme hakkı gibi)
- e. Eser Sözleşmesinde ise, önemsiz ayıplar dahi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmadığı sürece; ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir.
- f. Eser sözleşmesinde ise, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül nedeni ile başvurabileceği haklar; sözleşmeden dönme, bedel indirimi, eserin onarımı ve uğranılan zararın tazmini olarak belirtilmiştir.

Eser sözleşmesinde, teslim alınan eserin, işlerin mutat cereyanına göre, imkan doğar doğmaz muayene edilmesi ve muayene neticesinde tespit edilen ayıpların satım sözleşmesinde olduğu gibi derhal bildirilmesi gerekmektedir. Fakat burada satım sözleşmesinden farklı olarak; mahalli adetlere atıf yapılmamıştır.

3.2.2. Kira sözleşmesi bakımından

3.2.2.1. Kira Sözleşmesindeki durum;

- a. Kira sözleşmesi sürekli borç ilişkisi yaratan; kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşmedir.
- b. Kira sözleşmesinde; kiralayan hem kiralananın kiracıya teslimi anındaki hem de kiralananın tesliminden sonra sözleşme süresince (kullanım süresince) ortaya çıkan ayıplardan kiracıya karşı sorumludur.
- c. Kira sözleşmesinde, kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının kullanılabilmesini muayene ve ihbar külfetine bağlayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak her ne kadar net bir muayene ve ihbar külfeti bulunmasa dahi, vaktinde ihbarda bulunmamak ayıba karşı tekeffülden feragat anlamına gelebileceğinden, kira sözleşmesinde de kiracının iyiniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir ihbar yükümü bulunduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.
- d. Kira sözleşmesinde kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakları, ayıbın giderilmesini isteme; ayıbı bizzat giderme, fesih, sözleşmeden dönme ya da ayıp sebebiyle uğramış olduğu müspet zararın tazminidir.
- e. Kira sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan feragat edileceğine ilişkin hükümlerin geçerliliği oldukça tartışmalıdır. Zira böyle bir ihtimalin kabulü halinde; kanun koyucunun kira hukukuna hakim olan kiracıyı koruma ilkesinin de zedelenmesi ve bu durumun kötüye kullanılabilmesi de olasıdır.

3.2.2.2. Eser Sözleşmesindeki durum,

- a. Eser sözleşmesi tartışmalı olmakla birlikte kural olarak ani edimlidir.
- b. Eser sözleşmesinde de, müteahhit hem teslim anındaki hem de teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan dolayı sorumludur.
- c. Eser sözleşmesinde, iş sahibi ancak muayene ve ihbar yükümlerini yerine getirmesi halinde, kendisine tanınan seçimlik haklarını kullanabilir.
- d. Eser sözleşmesinde; iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları arasında "müspet zararın tazmini" hakkı yer almamaktadır.

Ancak buna rağmen iş sahibinin ayıplı eser teslimi nedeni ile, kendisine tanınan seçimlik haklardan ayrı olarak; BK. m.360 uyarınca müspet zararın tazminini isteme şeklinde bir seçimlik hakka sahip bulunduğu da kabul edilmesi gerekmektedir.

Aslında bu durum, ayıba karşı tekeffülün bir kötü ifa sorumluluğu olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla da iş sahibi ifasında temerrüde düşen müteahhide karşı ifadan vazgeçme ve müspet zararın tazminini talep hakkına sahip olmalıdır.²⁸

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Yani taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile BK m.99'a aykırı olmamak kaydı ile; ayıba karşı tekeffülden doğacak haklardan feragat edilmesi mümkündür.

²⁸ Yavuz, Borçlar, sh. 492; Yavuz; Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, sh. 195-197.

3.3. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle Konuyla İlgili Diğer Hükümlerin İlişkisi

3.3.1. Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmeme

Gereği gibi ifa etmemeyi de içeren BK m. 96 hükmü "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa etmediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazminle mecburdur" hükmüne haizdir.

BK 96. madde deyimi ile, "gereği gibi ifa etmemek", kötü ifa ve "yan edim yükümüne aykırı davranmak" demektir. Yan edim yükümüne kusurlu olarak aykırı davranılması; asli edim yükümünün kusurlu olarak imkansızlaştırılması gibi borçluyu BK m. 96. sınırları içerisine alacaktır.²⁹ Ayıba karşı tekeffül borcunun da bu anlamda bir yan edim borcu olarak değerlendirilmesi mümkündür. Neticeten yan edim yükümüne aykırı olarak yerine getirilmiş bir asli edimin sözleşme konusuna ve borca uygun bir edim olduğundan söz edilemez.³⁰ Bu hali ile ayıba karşı tekeffül borcunun "genel ifa etmeme" hükümleri ile paralel düzenlemeler içerdiğinden söz etmek mümkün olabilecektir. Ancak gerek gereği gibi ifa etmeme gerekse ayıba karşı tekeffül hükümleri yan edim yükümlülüklerinin ihalinde söz konusu olsalar da; ihlalin niteliği ve ağırlığına göre somut olaya hangi maddelerin uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. Burada imal edilen şeydeki bozuklukların BK m. 360/1. kapsamına girecek derecede önemli olması halinde; iş sahibinin imal olunan şeyi kabul etmeme hakkı olduğu gibi; BK m. 96. uyarınca tazminat dahi istemek hakkı bulunmaktadır.³¹ Bu nedenle bir ayıptan doğmayan sözleşme ihlalleri sonucu oluşan zararların BK m. 96'ya istinaden tazmin edilmesi gerekir.³² Ancak ayıplı ifa sonucunda meydana gelen zararın ise; özel olarak BK m. 360. hükmü ile çözümlenmesi gerekecektir.³³ İstisna sözleşmesi bakımından BK m. 96 uyarınca ademi

²⁹ Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1979 (Serozan, Sözleşme) sh. 303.

³⁰ Serozan, Sözleşme; sh. 306.

³¹ Olgaç, sh. 1084.

³² Uçar, sh. 75.

³³ Dayınlarlı, Yavuz; İstisna Akdinin Ademi İfası ile ilgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986 (Dayınlarlı, Ademi İfa), sh. 27, dn. 47.

ifanın tazmini için "istisna sözleşmesinin kısmen veya tamamen ademi ifası, müteahhidin kusuru, bir zararın varlığı ve ademi ifa ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması" şartlarının gerçekleşmesi gerekir.³⁴

Yine müteahhidin ayıbı kasten gizlediği durumlarda da zarar ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre değil, BK m. 96 hükmüne göre tazmin edilecektir.³⁵

Başka bir deyişle; müteahhidin özen borcuna aykırı davranmasının sonucu, müteahhidin sorumlu olduğu bir bozukluk ortaya çıkıyor ise, müteahhidin özen sorumluluğu, sonuç sorumluluğu içinde erir ve iş sahibi, eseri teslim alarak muayene ve bildirim yükümünü yerine getirmiş, müteahhidin bozukluklardan dolayı sorumluluğuna dayanmışsa artık ayrıca özen borcuna aykırılıktan dolayı zararın tazminini talep edemez. Bozukluklara karşı sağlama sorumluluğu özen sorumluluğunun karşısında özel bir düzenleme olduğundan; özel hükümler; genel hükümlerin o konuda uygulanmasını engeller.³⁶

Her ne kadar özel hüküm genel hükümden önce gelir prensibi sebebi ile, istisna sözleşmesinde noksanlık ve bozukluklardan dolayı sorumluluk hükümlerinin özel hükümler olduğu ileri sürülebilirse de, çeşitli taleplerin bir arada bulunup bulunamayacağı konusunun da tarafların menfaatleri gözönünde tutularak tayin edilmesi gerektiği görüşü yaygınlaşmıştır. Ancak taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi neticesinde hangi hükmün uygulama alanı bulacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre³⁷; tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi neticesinde de; BK 96'daki genel hükmün Bk 359 vd. maddelerinde belirtilen özel düzenlemeler karşısında uygulanması gerektiği sonucunu doğurur Zira sorumluluğun hukuki temeli iş sahibinin ifa menfaatinin karşılanmamasıdır; müteahhit noksansız ve ayıpsız bir eser meydana getirmeyi borçlandığından, kendisi için genel hükümlere göre daha ağır; iş sahibi için ise daha lehte bir sorumluluk düzeni getirilmiştir.

³⁴ Dayınlarlı, Ademi İfa, sh. 27, dn. 47.

³⁵ Tandoğan, Borçlar, sh. 177, Gauch (naklen).

³⁶ Seliçi, İnşaat sh. 89; Tandoğan, sh. 38, Gautchi , Art 364, N.5.e.

³⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 130 – 131.

Diğer bir görüşe göre³⁸, olayın özellikleri dikkate alındığında iş sahibinin BK m. 96 uyarınca tazminat talep etmesinin gerekli olduğu sonucuna varılabiliyorsa, bu mümkün olmalıdır. Serozan, BK m.360'ın alacaklıya tanıdığı haklar arasında "aynen ifa"nın bulunmaması nedeni ile bu hakkın alacaklıdan esirgenmesinin uygun olmayacağını dolayısıyla da ayıp hallerinde de genel hükümlere başvurmanın mümkün olacağını belirtmektedir.

Ancak kanaatimce de yerinde olan birinci görüşe göre, iş sahibi tarafından kendi menfaatini koruyucu ve müteahhidin sorumluluğunu artıran hükümlerin kendisine yüklediği belirli yükümleri ihmal etmesine rağmen genel hükümlere göre müteahhitten tazminat alabileceğinin kabul edilmesi pek uygun olmayacaktır³⁹. Ayrıca Serozan'ın iddia ettiğinin aksine her ne kadar "aynen ifa" iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları arasında açıkça belirtilmemiş olsa da bu durum BK m. 360/2'de düzenlenen tamir talebi çerçevesinde çözümlenebilir niteliktedir.⁴⁰

3.3.2. Haksız Fiil

İstisna Sözleşmesinde bir müteahhidin eserin ayıplı olmasına yol açan davranışının aynı zamanda haksız fiil de oluşturduğu durumlarda; müteahhit kural olarak sözleşme hukukundan doğan bir takım itirazları ileri sürebileceğinden (örn; zamanaşımı, ayıp ihbarında gecikme...vs); iş sahibi menfaatinin olduğu durumlarda haksız fiil hükümlerine de dayanabilir. Ancak hiç kuşkusuz burada haksız fiil hükümlerine başvurulabilmesi için müteahhidin kusur sorumluluğunun olması gerekir.

Sözleşmeden doğan sorumluluk ve de sözleşme dışı sorumluluğunun birbiri ile yarıştığı durumlarda; iş sahibi tarafından açılacak olan giderim davası sözleşmeye ve/veya haksız fiile dayalı olarak açılabilecektir. Bu gibi durumlarda genel olarak alacaklıya kusuru ispat yükümlülüğünden

³⁸ Serozan, Sözleşme, sh. 331 vd.

³⁹ Seliçi, İnşaat, sh. 131.

⁴⁰ Öz, sh. 98; Uçar, sh. 77.

kurtulduğundan ve zamanaşımı için de daha uzun bir süre öngördüğünden sözleşmeye dayalı sorumluluğa dayanması önerilir.⁴¹

Ancak iş sahibi tarafından hangisi seçilmiş olursa olsun; sözleşmeye ya da haksız fiile dayanan tazminat istemlerinden herhangi birinin yerine getirilmiş olması halinde, diğeri ortadan kalkar.⁴²

Fakat eserdeki ayıp nedeni ile iş sahibine tanınan hakkın düşmüş olması halinde; haksız fiil hükümlerine başvurulup, başvurulamayacağı hususu tartışmalıdır. Federal mahkeme tarafından verilen bir karara göre⁴³, iş sahibi; BK 359 madde vd. hükümlerine bağlı kalmaksızın haksız fiil sebebi ile tazminat talebinde bulunabilecektir. Bk 360. madde'de tanınan haklar sona ermiş olsa dahi bu talep hakkı devam edecektir.⁴⁴

3.3.3. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun edimi yerine getirme yükümlülüğünü vaktinde ifa edememesi halinde borçlu temerrüdünün varlığından söz edilir. BK m.101'e göre, borçlunun temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, borcun muaccel ve dava edilebilir olması, alacaklı tarafından ifanın talep edilmiş ve edimi kabule hazır olduğunun bildirilmiş (ihbar edilmiş) olmasına rağmen; borçlu tarafından ifanın yerine getirilmemiş olması gerekmektedir.⁴⁵

İstisna sözleşmesinde borçlunun temerrüdü iki türlü karşımıza çıkabilir.

⁴¹ Uçar, sh. 84; Ayan, sh. 210.

⁴² Karacabey, Ömer F.; Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, S. 6; 1980, sh. 674, Kaplan, İbrahim; Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu; Ankara 1983, sh. 176, 177.

⁴³ BGE 64 II 256.

⁴⁴ Seliçi, İnşaat, sh. 132.

⁴⁵ Borçlunun temerrüdünün şartları ve sonuçları hakkında bilgi için, Erdem, Nafiz; Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C.1, Ankara 1987, sh. 721 vd.; Dayınlarlı, İstisna, sh. 45 vd.; Önen, Turgut; Borçlar Hukuku, Ankara 1995, sh. 198 vd.; Öz, sh. 154 vd.; Ayan, sh. 302 vd.; Yavuz, Borçlar, sh. 480 vd., Karahasan, Mustafa R; Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İstanbul 1997 (Karahasan, Sorumluluk), sh. 1221 vd.; Buz, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, sh. 100 vd.; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1., 5. Baskı, İstanbul 1994; C. 2. 5. Baskı, İstanbul 1994, C.3, 4. Baskı, İstanbul 1994 (Eren, Borçlar), C. 3, sh. 266 vd.; Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 1995, sh. 288 vd.; Oğuzman - Öz; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sh. 285-294, 372-409

Bunlardan ilki; müteahhidin eseri zamanında imal ederek iş sahibine teslim edememesi, ikincisi ise, müteahhidin teslim etmiş olduğu eserdeki ayıbı giderme borcunu yerine getirmemesidir.⁴⁶

Müteahhit tarafından sözleşme ile kendisi tarafından taahhüt edilen eserin ayıpsız olarak imali sağlanmamış ise; iş sahibi söz konusu eseri kabulü reddedebilir. Burada ayıplı bir eseri teslim almayan iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmeyeceği gibi, müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürebilir. Ancak eserdeki ayıbın eseri kullanmayı engelleyecek ve/veya iş sahibinin eseri kabul etmesinin kendisinden beklenemeyeceği kadar önemli bir ayıp değil ise, iş sahibi burada eseri teslim almaktan imtina edemeyecek; dolayısı ile de böyle bir durumda müteahhidi borçlu temerrüdüne düşüremeyecektir. Burada kural olarak temerrüt hükümlerine başvurulması imkanı yoktur.⁴⁷

Ancak herhangi bir şekilde eser teslim edilmiş ve iş sahibi tarafından onarım hakkı kullanılmış ise, müteahhit tarafından derhal ayıbın giderilmesi amacı ile çalışmalara başlanmalıdır. Bu duruma aykırı hareket edilmesi hali neticesinde iş sahibi tarafından yapılacak ihbar ile; ve/veya onarım için iş sahibi tarafından müteahhide belirli bir sürenin verildiği durumlarda sürenin bitimi ile müteahhidin temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerekir. Bu durumda iş sahibi BK 106. m.'den kaynaklanan seçimlik haklarından birini kullanabilecektir.⁴⁸ Ancak iş sahibi bunun yerine ifadan vazgeçip; müspet zararının tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir.

⁴⁶ Öz, sh. 154 vd.; Dayınlarlı, İstisna, sh. 79 vd.; Yavuz, Borçlar, sh. 480 vd.

⁴⁷ Öz, sh. 173.

⁴⁸ Karahasan, Mustafa R; İnşaat, İmar, İhale Hukuku, İstanbul 1997 (Karahasan İnşaat), sh. 252; İş sahibinin onarım talebi aşırı bir masraf yapılmasını gerektirmemesine rağmen müteahhitçe yerine getirilmezse, iş sahibi sözleşme gereği olan ayıptan doğan hakları arasında yeniden seçim hakkı ortaya çıkar. İş sahibi bu durumda; BK md.106'ya göre hareket edebilir. Onarım için verilen ek sürenin verimsiz geçmesinden sonra, edimin ifasında ısrar etmek veya edimden vazgeçmek arasında seçim yapma hakkı iş sahibine aittir. İş sahibi başarısız bir sonuca ulaşan onarım talebinden sonra yeniden onarım talep etmediği takdirde eseri masraf ve rizikosu müteahhide ait olmak üzere gidermek veya gidertmek zorunda olmadığından o müteahhidi temerrüde düşürebilecek ve müteakiben de BK m. 106'ın kendisine tanıdığı haklardan uygun olanını kullanabilecektir.

3.3.4. Ödemezlilik Def'i

Akđin ifa edilmediği def'i olarak da tabir edilen ödemezlilik def'i iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin karşı edimi teklif ve/veya ifa edilinceye dek, yüklendiği edimi ifadan kaçınma hakkı olarak tanımlanabilir. Tabii ki borcun talep edilebilmesi için öncelikle muaccel olması gerekmektedir.

İstisna sözleşmelerinde; ödemezlilik def'inin ayıba karşı tekeffül hükümleri ile birlikte uygulanabilmesi mümkündür. Örnek vermek gerekecek olursa, ayıbın onarılmasını müteahhitten talep etmiş olan iş sahibi, ayıp onarılıncaya dek kendisi üzerine düşen ücret ödeme borcunu ödemekten imtina edebilecektir.

3.3.5. İrade Fesadı Halleri

İstisna Sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile, irade fesadı halleri dolayısı ile iptal kabiliyeti hükümlerinin birbirleri ile yarışması mümkün değildir. Zira irade fesadı halleri sözleşmenin kurulmasında bir noksanlığı ifade eder, oysa ayıp hükümlerinde tanımlanan noksanlıklar ifa sürecindeki noksanlıklardır.⁴⁹

İstisna sözleşmesine konu eser, henüz mevcut değildir. Dolayısı ile de ileride gerçekleşecek bir olguda hatanın BK m. 24/2 – b.4 anlamında temel hatası olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Zira bir temel hatasının varlığından söz edilebilmesi için sözleşmenin saikinde hatanın olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra; hataya düşülen husus; hataya düşen tarafça sözleşmenin zorunlu unsuru sayılmalıdır. Ayrıca bu husus aynı zamanda ticari hayata hakim dürüstlük ilkelerine göre de sözleşmenin esaslı unsuru olarak sayılmalıdır.⁵⁰ Aslında ayıpsız bir eser bekleyen iş sahibine ayıplı ve/veya sözleşme ile belirtilen nitelikleri taşımayan bir eserin teslim edilmiş olması da beklenen sonuç açısından iş sahibinin hataya düşmesi olarak yorumlanabilir. Ancak hiç kuşkusuz ki bu hata temel hatası olarak kabul edilemez.

⁴⁹ Seliçi, İnşaat, sh. 132.

⁵⁰ Ayan, sh. 183, Eren, Borçlar C. 1, sh. 465.

4. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN GERÇEKLEŞMESİ ŞARTLARI

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesi bir takım şartların bir arada bulunmasına bağlıdır. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir;

4.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır

Eserin iş sahibine teslim edilmiş olması şartının tam olarak anlaşılabilmesi için Türk – İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunlarının istisna sözleşmesini ve özellikle bu sözleşmede müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinde belirtilen teslim, teslim alma, ve kabul kavramlarının gerek tekeffül borcunun doğumu gerekse sona ermesi yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.⁵¹

4.1.1. Teslim Kavramı

Türk hukukunda gerek taşınır gerekse taşınmaz eser bakımından bir tek "teslim" sözcüğü kullanılmaktadır. Ancak İsviçre Hukukunda teslim kavramı taşınır ve taşınmazlar açısından "livrasion – ablieferung" ve "reception – abnahme" şeklinde iki farklı deyimle ifade edilmektedir.

Kısaca teslim; müteahhidin iş sahibi ile akdolunan sözleşmeye uygun olarak tamamlamış olduğu eseri ifa amacı ile iş sahibinin emrine sunması bir başka deyişle sözleşmeye uygun olarak tamamlanan eserin doğrudan zilyetliğini iş sahibine bırakmasıdır.⁵²

4.1.2. Teslim Alma Kavramı

Teslim ile teslim alma kavramları birbirleri ile ilintili kavramlar olup; teslim müteahhit açısından teslim alma ise iş sahibi açısından da aynı anlamı taşımaktadır. Eserin teslimi eserin doğrudan zilyetliğinin devredilmesi halinde yani bir başka deyişle eserin iş sahibi tarafından teslim alındığı anda gerçekleşir. Zira müteahhidin asli borcu olan eseri teslim borcuna karşılık, iş

⁵¹ Uçar, sh. 89.

⁵² Burcuoğlu, Eser, sh. 288.

sahibinin de teslim alma borcu doğacaktır. Dolayısı ile teslim alma ve teslim borçlarının ifası aynı anda ortaya çıkmış olduğundan teslim almayı teslimden bir sonraki aşama olarak tanımlamak mümkün olmayacaktır.

Kabul; iş sahibi tarafından müteahhidin yaptığı eserin sözleşmeye uygun ve ayıplı olmadığına ilişkin olarak yapılan irade açıklamasıdır. Bu açıdan bakıldığında açıkça görülmektedir ki teslim alma ile kabul kavramları birbirinden farklı anlamlar ihtiva etmektedir. Bir görüşe göre; iş sahibi tarafından eserin teslim alınması, BK m. 362'deki eserin kabulü ile aynı anlamdadır.

Doktrinde baskın olan ve kanaatimizce de yerinde olan bir diğer görüşe göre ise⁵³; teslim alma ile eserin kabulünün eş anlamlı olduğuna ilişkin görüş istisna sözleşmesinin ifa sistemine aykırıdır⁵⁴. Şöyle ki; BK 359. m.'de iş sahibine ifanın gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini anlamak için eseri muayene etmesi gereği belirtilmiştir. Ancak eserin iş sahibi tarafından muayene edilebilmesi için o eserin tamamlanarak, doğrudan zilyetliğinin iş sahibine geçmiş olması yani bir başka deyişle eserin iş sahibi tarafından teslim alınmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla öncelikle muayene ile teslim alma, muayeneden sonra da kabul etme söz konusu olacağından işbu kavramların zaman bakımından birbirini izleyen kavramlar oldukları da dikkate alındığında farklı anlamlar taşıdıkları açıkça görülmektedir.

Ayrıca teslim almada teslimin hukuki sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin de bulunmasına gerek yoktur. Buna karşın kabulde, iş sahibi, müteahhidin yaptığı eseri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıplı olmadığına ilişkin bir irade açıklamasında bulunmaktadır.⁵⁵

Kanun koyucu, tamamlanan eserin teslim alınmasına bir takım sonuçlar bağlamaktadır. Eserin teslim alınması ile birlikte, usulüne uygun bir

⁵³ Seliçi, İnşaat sh. 36,43; Kaplan, sh. 129; Öz, sh. 165, 166; Ayrıntılı bilgi için bk.. Tandoğan, Borçlar sh. 127, 219; Dayınlarlı, İstisna, sh. 43; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1021,1025.

⁵⁴ <http://www.kazanci.com>, Yargıtay 15. HD, E. 1992/3006 – K. 1992/3087, T. 15.06.1992, "Eserin niteliğine, sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi, "Eserin Teslimi" ile "Eserin Kabulü" de eş anlamlı değildir. Davalı yüklenici ile davacı arsa sahibinin hatalar konusunda anlaşmış olmaları karşısında ihtirazi kayıtsız teslimden söz edilemez.

⁵⁵ Uçar, sh. 92

muayene sırasında görülen veya hileli bir şekilde saklanmayan açık ayıplardan dolayı oluşan tüm haklar düşer. Daha önce de belirttiğimiz üzere ayıptan doğan zararın tazminini istemek hakkı buna istisna teşkil etmektedir.

4.1.3. Kabul Kavramı

Kabul; yukarıda da belirttiğimiz üzere iş sahibi tarafından, müteahhidin yaptığı eserin sözleşmeye uygun ve ayıplı olmadığına ilişkin olarak yapılan irade açıklamasıdır.⁵⁶

Hukuki açıdan kabul açık olarak yapılabileceği gibi zımnen de mümkündür. Açık kabul; kabul beyanının açıkça ifade edilmesi ile; zımni kabul ise açık kabulün aksine açıkça ifade edilmeksizin yapılan kabuldür. Örneğin belirli ayıpların bilinmesine rağmen sonuçlar üzerinde anlaşma ile ya da yasadaki özel hüküm sebebiyle zamanında muayene ve bildirim külfeti yerine getirilmemek sureti ile zımni kabulün gerçekleşmesi mümkündür.⁵⁷

Eserin iş sahibi tarafından kabulü sözleşmenin her safhasında gerçekleştirilebilir. İş sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi eseri teslim aldıktan sonra muayene ve ayıp bildirimini müteakiben de kabul beyanında bulunabilir. Hatta ayıpları teslimden önce öğrenmesi halinde iş sahibi eseri bu haliyle kabul edeceğini teslimden önce dahi bildirebilir.⁵⁸ Ancak iş sahibi daha sonra tek tarafı olarak kabulden dönemez.⁵⁹

Ancak kural olarak eserin teslimi ve kabul farklı zamanlarda gerçekleşmekle birlikte bazı istisnai hallerde teslim ile kabulün aynı anda gerçekleşmesi mümkün olmaktadır. Örneğin iş sahibi tarafından eserin teslimi sırasında muayene hakkından vazgeçmesi halinde teslim ve kabul aynı anda gerçekleşmiş olacaktır.⁶⁰

Tüm bu kavramlara ilişkin açıklamalardan anlaşılacağı üzere; teslim ve teslim alma iş sahibinin ayıp dolayısı ile kendisine tanınan hakları

⁵⁶ Uçar, sh. 92.

⁵⁷ Uçar, sh. 95, dn. 24.

⁵⁸ Öz, sh. 120.

⁵⁹ Burcuoğlu, Eser, sh. 303.

⁶⁰ Tandoğan, Borçlar, sh. 127.

kullanımının; kabul ise; müteahhidin müteahhdin tekeffül sorumluluğunun düşmesinin ve dolayısıyla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kaybetmesinin ön şartını teşkil etmektedir.⁶¹

4.1.4. Eserin Tamamlanması ve İş Sahibine Tesliminin Gerçekleşmesi Usulü

4.1.4.1. Eserin Tamamlanması Usulü

Eserin tamamlanmış olmasından söz edilebilmesi için müteahhit tarafından eserin sözleşmeye uygun olarak yapılması sureti ile teslim hazırlanması gerekir. Müteahhit tarafından bu gerçekleştirilmedikçe, iş sahibinin ayıp bildirme yükümlülüğü doğmayacaktır. Burada eserin tamamlanmasına ilişkin değerlendirmede hakkın kötüye kullanılmamasına dikkat etmek gerekmektedir. Zira eserin tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil işler eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa bu durumda eserin tamamlanmış olduğunun kabulü gerekmektedir.⁶²

Eserin ayıplı olması ile henüz tamamlanmamış olması birbirinden farklı kavramlardır. Henüz tamamlanmayan eser sırf bu sebeple ayıplı sayılamayacağı gibi; bu hallerde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmak da mümkün olmayacaktır. Ancak; ayıplı ifa halinde de temerrüt hükümleri değil ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanacaktır. Bir eserin tamamlanmamış veya ayıplı olmasının tespiti Tandoğan'a göre şu şekilde belirlenir. "eserin imali çalışmalarının kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulmadan işe devam mümkünse eser tamamlanmamış, yoksa ayıplıdır⁶³." Burada Tandoğan, şunu belirtmektedir; bir eserin kaldığı yerden geriye dönük düzeltme ve değişiklik gerekmeksizin tamamlanması mümkün ise; eser tamamlanmamış yani yarım"dır. Oysa eserin bulunduğu durum itibari ile sözleşmeye uygun hale getirilmesi için bitmiş aşamalar üzerinde değişiklik ve/veya yeniden yapma gerekiyor ise eser ayıplıdır.

⁶¹ Uçar, sh. 96.

⁶² Tandoğan, Borçlar sh. 126; Turanboy, Asuman; Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C.41, S. 1-4, 1989 - 1990, sh. 155.

⁶³ Uçar, sh. 105, dn. 58.

Bazı hallerde eserin özelliğine göre; fiilen teslim almanın gerçekleşmesi mümkün değil ise; teslim almanın yerini eserin tamamlanmış olması hali alır.⁶⁴

4.1.4.2. Tamamlanan Eserin İş Sahibine Teslim Edilmesi Usulü

İstisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenleyen BK m.306 da eseri teslim borcu hükümde kaleme alınmamıştır. Ancak BK 358 vd. maddelerinde kullanılmış olan teslim, teslim zamanı, işin kabulü terimlerinden müteahhidin eseri teslim borcunun bulunduğunu yorum yolu ile çıkarmak mümkün olmaktadır.⁶⁵ Söz konusu olan bu teslim borcu eser kavramını geniş tutacak olursak maddi olmayan eserlerin fikri muhtevasının teslimi olarak da karşımıza çıkacaktır. Hiç kuşkusuz maddi nitelikte olmayan iş görme sonuçlarında teslim; eserin üzerinde tutulduğu ve/veya saklandığı şeyin iş sahibine teslimi ile gerçekleştirilecektir. Uçar⁶⁶ burada; maddi iş görme sonuçlarında olduğu gibi fikri muhtevası bir şey üzerinde cisimlenebilen teslim elverişli gayri maddi iş görme sonuçlarında da teslimin gerekli ve zorunlu olması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce de bu görüş eser kapsamının geniş olarak tanımlanmasının bir sonucu olarak yerindedir.

Neticeten müteahhidin öncelikle sözleşmede belirtilen şartlara uygun eseri imal ve işbu eseri teslim borcu bulunmaktadır. Bu iki borç da müteahhidin eseri meydana getirme sorumluluğundan kurtulabilmesi amacına yönelik ve birbirini tamamlayan iki yükümlülüktür.

Müteahhidin teslim borcunu yerine getirmemesi halinde ayıba karşı tekeffül değil, temerrüt hükümleri uygulanır. Bu bakımdan müteahhit imalini üstlendiği eseri sözleşmeye uygun olarak zamanında tamamlamak ve teslim etmekle borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler sebebiyle doğacak sorumluluğunu ve eserin sözleşmede belirtilen tüm niteliklere uygun imalini

⁶⁴ Uçar, sh. 105.

⁶⁵ Tandoğan, Borçlar, sh. 124; Yavuz, Borçlar, sh. 479; Turanboy, sh. 154; Karahasan, İnşaat, sh. 254.

⁶⁶ Uçar, sh. 105.

sağlamakla da ayıba karşı tekeffül sebebiyle doğacak sorumluluğunu bertaraf edebilecektir.

İmal edilen eserin taşınır veya taşınmaz olmasına göre teslim usulünde farklılıklar olabileceği açıktır. Sözleşmenin konusunu taşınır bir eserin oluşturduğu durumlarda; imal edilen eserin teslimi borcu, eserin tamamlanması neticesinde zilyetliğin iş sahibine geçirilmesi sureti ile sağlanacaktır. Burada teslimin usulünden bahsederken Uçar'ın aksine kanaatimizce "mülkiyetin" değil "zilyetliğin" iş sahibine geçirilmesi şeklinde ifade kullanılmasında fayda vardır. Örneğin bir gelinlikçiye sipariş edilen gelinliğin kiralanması halinde eser sözleşmesi ve taşınır kirasına ilişkin durum söz konusu olacağından müteahhitin gelinliği teslim borcu gelinliğin mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi anlamına gelmeyecektir. Hiç kuşkusuz ki teslimin mülkiyetin iş sahibine nakledilmesi anlamını taşıyacak durumlar çoğunluktadır. Ancak yine de tanımlama yaparken bu hususa dikkat etmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

İstisna sözleşmesinin konusunun, taşınmaz mal inşası olduğu durumlarda ise; kural olarak müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açık veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi; taşınır mallardaki eserin iş sahibine verilmesinin yerini alır.⁶⁷ Ancak burada inşaat sahibinin müteahhidin beyanını beklemeden bitmiş inşaatı kullanmaya başlaması halinde iş sahibinin inşaatı teslim aldığı kabulü gerekmektedir.⁶⁸

Taşınmaz eserin arsa sahibinin arsası üzerinde eksiksiz olarak imal edilip görülebilecek bir şekilde tamamlandığı durumlarda, tamamlamadan sonra müteahhit tarafından taşınmazdan el çekilmesi, eserin iş sahibinin tasarrufuna her bakımdan hazır bir şekilde terk edilmesi, eserin örtülü bir biçimde bildirimle teslimi anlamına gelmektedir.⁶⁹ Ancak bu gibi durumlarda eserin örtülü bir biçimde tesliminin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için iş sahibinin olağan şartlar altında taşınmaz inşasının tamamlandığını anlayabilecek durumda olması gerekmektedir. Bunun dışındaki hallerde

⁶⁷ Uçar, sh. 109.

⁶⁸ İnşaat sahibi, müteahhidin beyanını beklemeden bitmiş inşaatı kullanmaya başlarsa, inşaatı teslim aldığı kabul edilir. (Seliçi, İnşaat, sh. 37).

⁶⁹ Tandoğan, Borçlar, sh. 125; Seliçi, İnşaat, sh. 37.

yani; taşınmazın inşasının tamamlandığının kolayca anlaşılacağı ve makul şartlar altında anlaşılmasının da beklenilemeyeceği ya da bildirim sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı hallerde müteahhit eserin tamamlandığını mutlaka bildirmekle yükümlüdür.

Taşınmaz sahibinin oturduğu konutta yapılan onarımlarda kural olarak tamamlanan eserin elden ele geçirilmesi gibi bir durum söz konusu olmayacağından müteahhidin iş sahibine işin bittiğini bildirmesi ve iş sahibinin de işin tamamlandığını kabul etmesi ile teslim gerçekleşmiş sayılır. Teslimin tam anlamıyla gerçekleştiğinden bahsedebilmek için iş sahibinin taşınmaz üzerinde yeniden egemenliğinin sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla; istisna sözleşmesi konusunun taşınmazın onarımı olduğu hallerde usulüne uygun bir teslimden söz edilebilmesi için taşınmazda kurulan baraka, şantiye gibi taşınmazın içinde ve dışında bırakılan iş sahibinin eserde fiili egemenliğini gereği gibi icra etmesini olumsuz etkileyecek olan malzeme ve inşaat artıklarının ortadan kaldırılması gerekir. Dolayısıyla iş sahibinin fiili egemenliğinin gereği gibi kullanılmasına engel olan bu tür engeller ortadan kaldırıldığı anda teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁰.

İmal edilen eserin bağımsız bir maddi varlığa sahip olup olmamasına göre; teslim usulü farklılık göstermektedir. Örneğin bir duvarın boyanması, bir yerin onarılması gibi eser borçlarında, bağımsız bir eserin iş sahibine nakli söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tür borçların ifasında doğrudan zilyetliğin devri söz konusu olmaz. Her ne kadar bu gibi durumlarda da eserin tesliminden söz ediliyor olsa da maddi anlamda bir teslim söz konusu olmamakta ve teslim iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumun ortadan kaldırılması olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Bu gibi hallerde eserin bitirilmiş olması sonuçları bakımından "teslim" anlamına gelmektedir.

⁷⁰ Tandoğan, Borçlar, sh. 125-126; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1013; Turanboy, sh. 154; Öz, sh. 169; Karahasan, İnşaat, sh. 255; Dayınlarlı, İstisna, sh. 141.

⁷¹ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1013; "... Bazı bağımsız maddi varlığı olmayan eser borçlarında teslimden söz etmek, bu kuruma taşıyamayacağı kadar geniş bir anlam vermek olur. Örnek olarak, iş sahibinin evinin bir odasını boyayan veya bir cam takan müteahhidin işi tamamladıktan sonra orayı terk etmesi, artık teslim diye nitelenmemelidir. Bu iş görülürken müteahhit her hangi bir şeye zilyet olmadığı gibi, iş bittikten sonra da iş sahibinin zilyetliğini rahatsız eden bir durum olduğu ve bu

Eserin bağımsız bir maddi varlığa sahip olmadığı yani, maddi olmayan çalışma sonuçlarından ibaret olduğu durumlarda ise; eserin üzerinde devamlı biçimlendiği bir kağıt, cd vb. şeyin iş sahibine verilmesi ile teslim borcu yerine getirilmiş olur.⁷² Eserin mahiyeti maddi anlamda teslim bu denli dahi izin vermiyorsa; teslim müteahhidin eseri iş sahibi tarafından görülebilecek şekilde bitirilmiş ve tasarrufa hazır duruma getirilmesi ile gerçekleşir.⁷³

4.1.4.3. Teslim yeri

Tamamlanan eserin tesliminin nerede gerçekleştirileceği konusu istisna sözleşmesine ilişkin BK hükümlerinde kaleme alınmamıştır. Ancak BK 73. m.'den yola çıkılarak teslim yerinin tespiti mümkündür. Taraflar arasında yapılan sözleşmeden açıkça teslim yeri ve zamanı belirlenmiş ise; bu durumda sözleşme hükümlerine uygun olarak teslim yeri saptanabilecektir. Hatta taraflar arasında yapılan sözleşme ile eserin tamamlanması halinde eserin müteahhit tarafından mı iş sahibine götürüleceği, yoksa müteahhitin iş sahibi tarafından teslim alınmak için mi aranacağı hususu dahi belirlenbilir ve/veya bu durum halin icabından da anlaşılıyor olabilir.

Öz'e göre, sözleşmede taraflar açıkça ve/veya örtülü olarak ifa yeri kararlaştırmamışlarsa, bu hususta bir adet de bulunmuyor ise, BK m. 73/b.3 hükmü uyarınca borcun doğumu anında borçlunun ikametgahı neresi ise eserin orada teslim edilmesi gerekir. Fakat genellikle istisna sözleşmelerinde özellikle sözleşmenin konusunun taşınır mal olduğu istisna sözleşmelerinde eserin müteahhidin çalışma yerinde teslim borcunun ifa edileceği kabul edilir.

Uçar'a göre⁷⁴; istisna sözleşmesinin konusunun taşınır mal olduğu ve fakat sözleşme ile taraflar arasında teslim yerinin saptanmadığı veya halin

durumun ortadan kalkmasıyla ifanın gerçekleşmiş olduğu biçiminde bir konstrüksiyon da inandırıcı değildir. Böyle sözleşmelerde, eser tamamlandığı anda ifanın (doğru veya ayıplı) gerçekleştiği, bir başka deyişle, teslimsiz ifa edilen bir eser borcu bulunduğu kabul edilmelidir. Kuşkusuz, eksik iş yapıldığı durumlarda ifa söz konusu olmaz". (Öz, sh.167-168).

⁷² Bk.Tandoğan, Borçlar, sh.125; Dayınlarlı, İstisna, sh.38; Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 1989, sh.358.

⁷³ Tunçomağ, Borçlar, sh.1013; Aral, sh.358.

⁷⁴ Uçar, sh. 111.

icabından nerede teslimin yapılacağına anlaşılamadığı hallerde müteahhidin ikametgahı sözleşmede icapta bulunan ve sözleşmenin yapılmasında daha fazla menfaati bulunan iş sahibinin ikametgahına üstün tutulmalı, tamamlanan eser de iş sahibi tarafından aranmalıdır.

Kanaatimizce de taşınır malların teslim yerinin saptanması konusunda istisna sözleşmesinde herhangi bir hüküm olmadığı ve teslim yerinin anlaşılamadığı hallerde ifanın müteahhidin ikametgahı olarak değil; çalışma yeri (dükkan, imalathane, ...vs) olarak yorumlamak; hem borçlunun (müteahhidin) ikametgahından daha uygulanabilir ve çözümcül bir yol olabilecektir.

Taşınmaz eserlerin teslim yeri ile ilgili bir problem bulunmamaktadır. Zira taşınmaz şeylere ilişkin iş görme borcunun o şeyin bulunduğu yerde yapılması gerekmektedir. Taşınmaz malların teferruatını ve mütemmim cüzünü teşkil edecek makineler eserler de şeyin bulunduğu yerde teslim edilmesi ve takılması gerekir.⁷⁵

Malzemesi iş sahibi tarafından getirilen ve tamiri ya da imali için müteahhide bırakılan eserin imali tamamlanınca, sözleşmede müteahhidin eseri iş sahibine göndereceğine ilişkin bir hüküm de bulunmuyorsa, tamamlanan eser iş sahibi tarafından aranmalıdır. Buna karşılık müteahhidin kendi malzemesi ile bir taşınır malı imal ettiği durumlarda, bu taşınır eserin genellikle mal sahibine götürülmesi ve/veya hasar ve yararı müteahhitte olmak üzere iş sahibine gönderilmesi gerekmektedir.⁷⁶

⁷⁵ Bk. Tandoğan, Borçlar, sh.126; Yavuz, Borçlar, sh.480; Karahasan, İnşaat; sh. 258.

⁷⁶ Karahasan, İnşaat, sh. 259; Tandoğan, Borçlar, sh. 128; Yavuz, Borçlar, sh. 480; Zevkliler, Borçlar, sh. 331. İmal olunan eserin iş sahibine götürülmesi veya gönderilmesi suretiyle tesliminin imal borcu içerisine dahil olup olmadığına genellikle karar verilemez. Fakat, anlaşma veya denemeden sonra eğer eser iş sahibi tarafından teslim alınmışsa kabul edilmek zorundadır. Akde veya örf ve adete göre iş sahibinin eseri bizzat imal yerinde aramaya mecbur bulunduğu tespit ve kabul olunmadığı müddet ve nispette, müteahhit, eseri, iş sahibine götürmeye mecburdur. (Göktürk, Hüseyin A.; Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951,sh. 499).

4.1.4.4. Teslim zamanı

İstisna sözleşmesinde teslim borcu zaman bakımından müteahhidin iş görme borcundan sonra ifa edilmesi gereken bir borçtur. Bu sebeple müteahhit önce iş görme borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirecek akabinde de eseri iş sahibine teslim edecektir.⁷⁷

Genellikle istisna sözleşmelerinde taraflarca teslim tarihi konusunda belirli bir tarih kararlaştırılır. Ancak bu tarih kararlaştırılırken müteahhide eserin imali konusunda makul süre verilmesi gerekmektedir. Kimi zaman eserin tamamlanması müteahhidin insiyatifine bırakılır. Ancak eserin imali bakımından belli bir süre ve/veya teslim tarihine bağlanan sözleşmelerde müteahhit kendisine verilen süreye uymak zorundadır. Aksi halde sözleşmeden dönme ile karşı karşıya kalabilecektir. Hatta; müteahhidin taraflar arasında kararlaştırılan sürede eseri imal için işe başlamaması teslim tarihinde eserin büyük ihtimalle teslim edilemeyeceği kanaatini oluşturuyor ise iş sahibi BK m. 358/1.'ye dayanarak sözleşmeden dönebilecektir.⁷⁸

Teslim tarihinin taraflarca açıkça belirlenmediği durumlarda; sözleşmedeki bu boşluğun tarafların iradesi ve işin niteliğine göre yorum yolu ile tespit edilmesi gerekir. Bu yapılırken objektif kriterlere göre deneyimli bir uzmanın zamanında başladığı bir işi bitirmek için mutad araç ve gereçleri ve işgücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde tutularak teslim zamanı belirlenmelidir. Burada her ne kadar teslim için bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi; BK m. 74.'e göre teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından hemen sonra ifasının gerektiği ilkesi uygulanmamalı, müteahhide eserin imali için makul süre verilmelidir.⁷⁹

Kanaatimizce de istisna sözleşmesinin konusunu eserin imali oluşturduğundan; sözleşmede teslim konusunda herhangi bir süre

⁷⁷ Kural olarak müteahhit, imal ettiği eseri vaktinde iş sahibine teslim ettiğini ispatla yükümlüdür. (Bk. Y.15.HD.; 28.6.1988 T., E. 4097, K. 2447 – Uygur, sh. 890 vd.)

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Karahasan, İnşaat, sh.234. vd.

⁷⁹ Zevkliler, Borçlar, sh. 331; Aral, sh. 358 vd; Dayınlarlı, İstisna, sh. 90; Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi, BK. M. 74'e göre, teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından sonra hemen ifası, ancak işin niteliğinin yapım için pek az zamana ihtiyaç gösterdiği istisnai hallerde istenebilir. (Yavuz, Borçlar, sh. 480)

kararlaştırılmamış olsa dahi, eserin imal edilmesi belli bir süre alacağından; eserin derhal teslimini talep etmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Ancak sözleşmede sürenin kararlaştırılmadığı durumlarda müteahhitin makul zaman içerisinde işe başlamaması halinde iş sahibi tarafından çekilecek bir ihtar ile; temerrüde düşürölmesi gerekir. Müteahhidin temerrüde düştüğü hallerde iş sahibi BK 106. m.'den doğan seğıimlik haklarını kullanabilecektir.⁸⁰

4.1.4.5. Teslimin Hukuki Sonuçları

Teslim borcunun müteahhit tarafından ifa edilmesine kanun koyucu tarafından bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bunlar;

4.1.4.5.1. Eser Ücretinin Muaccel Olması

Eser sözleşmesinde kural olarak eserin teslimi ile ücret borcu muaccel olmaktadır. Bu durum BK 364/1. m. hükmünde yer alan "eser sahibi işin ücretini teslimde ödemek zorundadır" düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Ancak kanundaki bu düzenleme emredici nitelikte bir düzenleme olmayıp; taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. Ancak sözleşmede bu ücretin muacceliyetine ilişkin bir hususun yer almadığı durumlarda; ücret teslim anında muaccel olur. Tabii ki eserin ücretinin muaccel hale gelmesi; müteahhidin bu anda eseri sözleşmeye uygun ve ayıptan ari bir şekilde teslim etmesine bağlıdır.⁸¹

Ancak burada eser sahibinin eseri muayene etmeden önce ücretin muaccel olup olmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tunçomağ'a göre⁸²; iş sahibine eseri teslim almadan önce giderleri kendisine ait olmak üzere eseri muayene etme ve/veya ettirme imkanı tanımak yerinde olur.

Kanaatimce de iş sahibine eseri teslim almadan önce eseri muayene etme imkanı vermekte fayda vardır. Çünkü kanun lafzından ücretin teslim ile

⁸⁰ Bk. Y. 15. HD., 10.12.1985 T., E. 2349, K. 4159 (Karahasan, İnşaat, 250, dn. 91a)

⁸¹ Yavuz, Boręlar, sh. 500; Tunçomağ, Boręlar, sh. 1048

⁸² Tunçomağ, Boręlar, sh.1049

hiçbir ön şarta bağlı olmaksızın muaccel olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanaatimce eserin ayıptan ari bir şekilde teslimi ücretin muaccel olması bakımından bir ön şart niteliğinde değildir. Kimi zaman eserin ufak tefek ayıplarla imal edildiği hallerde dürüstlük kuralı çerçevesinde müteahhidin ücrete tam olarak hak kazanmasının kabul edilmesi gerekebilir. Bu durumlarda eserin ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslimi ücretin muaccel hale gelmesini engellemeyecektir. Kaldı ki kanun koyucu tarafından iş sahibine kabulden kaçınma hakkı ancak BK m. 360.'de belirtilen ölçüde yani "iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir şekilde aykırı olması halinde tanınmıştır. Kanun koyucu teslim edilecek eserde bu denli ayıpların olmadığı durumlarda eserin teslimini mümkün görmektedir.⁸³

4.1.4.5.2. Yarar ve Hasarın Geçmesi

İstisna sözleşmesinde hasar teslim ile birlikte sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir.⁸⁴ BK 368/1. m.'ne göre; "yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça, müteahhiti ne yaptığı için ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez. İlgili maddenin ikinci fıkrasına göre de; "bu takdirde telef olan malzame kime ait idi ise; hasarı ona aittir.

İstisna sözleşmesinde teslimden önce meydana gelecek hasara müteahhidin katlanacağına ilişkin hükümler bir takım istisnalar tanınmak sureti ile yumuşatılmaya çalışmıştır. Buna göre;

İş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar iş sahibine ait olur. Burada iş sahibinin temerrüde düşmesini sağlayan zaman müteahhidin tamamlamış olduğu eserin iş sahibi

⁸³ Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü gereğince eğer ayıplar iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve kabul etmesinin de kendisinden beklenemeyeceği kadar önemli değilse ifayı reddedemeyecektir. Gene aynı maddenin son fıkrasına göre; iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda ayıplar bu ölçüde önemli olsa dahi, iş sahibine ifayı kabul zorunluluğu getirmiştir. İşte bu durumlarda eserin ayıplı olduğundan söz ederek ifayı reddetmek ve müteahhidi temerrüde düşürmek mümkün değildir.(Öz, sh. 173); Y. 15. HD. 20.10.1977 T., E 1470, K.1937 "Yüklenicinin ücretini alabilmesi için sözleşmenin kendisine yüklediği yapım borcunu eksiksiz veya eser sahibinin kabulden kaçınamayacağı ufak tefek ayıplarla bitmiş olması gerekir" (YKD.1978, s. 427 vd.)

⁸⁴ Dayınlarlı, İstisna, sh. 43; Seliçi, İnşaat sh. 43.

tarafından teslim alınmaması anıdır. Eserin kabul edilmeme zamanı değil. Ancak iş sahibi ayıplı bir eseri teslim almak zorunda olmadığından eserin ayıplı olarak imal edilmesi ve iş sahibinin bu sebeple eseri teslim almadan imtina ettiği haller bu kapsam dışında yer almaktadır.⁸⁵

Teslimden önce hasara iş sahibinin katlanacağı bir diğer istisna ise, eserin iş sahibine atfedilebilecek nedenlerle telef olması ve/veya kısmen zarara uğraması halidir.⁸⁶

Malzemesi iş sahibi tarafından verilen bir eserin teslimden önce yok olması durumunda, müteahhit kusursuz ise iş sahibi tarafından verilen malzemeyi tazmin etmek zorunda değildir. Ancak malzemeyi veren müteahhit ise; müteahhit eseri iş sahibine teslim etmiş ve/veya iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁸⁷

İş sahibinin istisnaen eseri teslim almadan kabul edeceğine ilişkin irade açıklamasında bulunduğu hallerde hasar kabul ile iş sahibine geçer, çünkü bu andan itibaren iş sahibi eserde tasarruf hakkını elde eder.⁸⁸

4.1.4.5.3. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması

Müteahhit tarafından tamamlanan eserin iş sahibine teslimi ile birlikte iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için kendisine tanınan zamanaşımı süresi de işlemeye başlar. BK 363. maddesinin 1. fıkrasında; ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar, satım sözleşmesindeki alıcının haklarının tabii olduğu zamanaşımı süresine tabii kılınmıştır. Yine aynı maddenin son fıkrasında da; taşınmaz inşaaatla ilişkin ayıptan dolayı iş sahibinin haklarının müteahhide ve inşaaatla iştirak eden mimar ve mühendislerle karşı, eserin teslim alınmasından itibaren beş yılda zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir.

⁸⁵ "İş sahibinin temerrüde düşmesi için kritik zaman, müteahhidin tamamlanmış eseri teslim almama zamanıdır. Yoksa eserin kabul edilmeme zamanı değildir. Gayet tabiidir ki, eserin kabulünde de temerrüde düşen iş sahibi bu temerrütten sonra eser kazara telef olmuş ise eserin bedelini ve müteahhidin masraflarını ödemek zoundadır" (bk. Dayınlarlı, İstisna, dn 60). İş sahibinin alacaklı sıfatı ile temerrüdü şartları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Dayınlarlı, İstisna, 130 vd., özellikle, 143.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için; Tandoğan, Borçlar, sh. 321 vd.; Yavuz, Borçlar, sh. 461 vd.; Zevkliler, Borçlar, sh. 344 vd.

⁸⁷ Uçar, sh. 119; dn. 126 naklen.

⁸⁸ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1044, 1046.

Dolayısıyla iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanmasına ilişkin zamanaşımı teslimden itibaren bir yıl, tacirler arasında yapılan ticari istisna akitlerinde altı ay ve taşınmaz inşaatında da beş yıldır.

4.1.4.5.4. Eserin Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması

BK 359/1. maddesine göre iş sahibi eserin teslim alınmasından sonra, işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz eseri muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları da müteahhide bildirmekle yükümlüdür.

Eserin muayenesi ve ayıpların ihbarı iş sahibinin istisna sözleşmesinden doğan bir borcu değildir. Sadece iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde kendisine tanınan seçimlik haklardan faydalanabilmesi için iş sahibine yüklenen bir külfettir. Bu yükümlülük tamamlanan eserin iş sahibinin tasarrufuna bırakılması yani teslimin gerçekleşmiş olması ile doğar.⁸⁹

4.1.4.5.5. Ceza Edimini Talep Hakkının Ortadan Kalkması

Teslimin bir diğer sonucu; fer'î bir alacak olan cezai şartı talep hakkının ortadan kalkmasıdır. Sözleşmelerde ifaya eklenen cezai şart şeklindeki bir düzenleme borcun gereken yer ve zamanda yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya hem borcun ifasını hem de borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarını tazmin ettirme imkanı verir. Ancak burada alacaklının (iş sahibinin) cezanın ödenmesini isteyebilmesi için ceza talebinden açıkça vazgeçmemiş olması ve eseri herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmemiş olması gerekmektedir.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda; istisna sözleşmesinde iş sahibince eser teslim alınırken cezai şart talep hakkının saklı tutulmadığı hallerde teslim ile cezai şart isteme hakkının ortadan kalkacağı sonucuna varılmıştır.⁹⁰

4.1.4.5.6. Ayıptan Doğan Hakların Ortaya Çıkması

⁸⁹ Y. 15. HD. 13.11.1984 T.,E 1074, K.3475 (Karahasan, İnşaat, sh. 260)

⁹⁰ Keza kabul,BK'nın 113. maddesinde göre, fer'î hakları, bu arada ceza koşulunu (BK. M. 158/2) düşürür. (Seliçi, İnşaat, sh. 43).

BK 360. m.'de belirtilen haklar; ayıplı eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkar ancak bu haklardan doğan talepler şartların gerçekleşmesinden itibaren ileri sürülebilir.

Teslim anının ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımını başlatıp başlatmayacağı tartışmalıdır. Ancak; ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı için öngörülen zaman aşımı süresi her ne kadar teslim ile birlikte işlemeye başlasa da, iş sahibinin ayıp dolayısı ile sahip olduğu haklar, ayıplı eserin teslimi ile değil, ancak muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi ile kullanılabilir. Yani bir başka deyişle BK 360. m. ile belirtilen haklar BK 359. m. hükmünde belirtilen muayene ve ihbar külfetinin iş sahibi tarafından yerine getirilmesi halinde kullanılabilir.

4.2. Teslim Edilen Eser Ayıplı Olmalıdır

4.2.1. Ayıp Kavramı ve Ayıbın Niteliği

Eserin ayıplı olmasının ne anlama geldiği BK 360. m. ile hükme bağlanmıştır. Buna göre; eser, "iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı" ise ayıplıdır. Ancak bu tanım sözleşmeden dönme hakkı veren ayıbın sınırlarını belirlemektedir. Aslında ayıp kavramı bu tanımdan çok daha geniştir. İşte bu nedenle; eser ayıbının ne olduğuna ilişkin olarak bu madde hükmünden yola çıkılarak doktrinde ve yargı kararlarında başka tanımlar da yer almaktadır.

Ayıplı olan eserde; garanti edilen, sözleşmede kararlaştırılan ya da lüzumlu olarak eserde bulunması gereken niteliklerde eksiklik söz konusudur. Sözleşmede kararlaştırılan nitelikler ile eserde objektif kriterlere göre olması gereken kriterlerin tamamı müteahhidin ifa yükümü ile yakından ilintili olduğundan, bunlardan herhangi birinin ve/veya her ikisinin de eserde yokluğu halinde eserin sözleşmeye uygun imal edilmemesi bir başka deyişle gereği gibi ifa edilmemesi yani kötü ifa halinden söz edilecektir.⁹¹ Ancak eserin ayıplı olması istisna sözleşmesinin içeriğine bağlı nisbi bir kavram olduğundan; ayıbın tam olarak tespit edilebilmesi için sözleşmede aranan

⁹¹ Uçar, sh. 125

niteliklerle eserin fiilen taşınması gereken niteliklerin karşılaştırılması gerekir.⁹² Bu karşılaştırma yapılırken iş sahibinin sözleşmenin içeriği ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser ile menfaatinin tam anlamıyla tatmin edileceği; iş sahibinin nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır.⁹³

Satım sözleşmesine benzer olarak istisna sözleşmesinde de ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde ayıp, sözleşmede karşılaştırılan niteliklerde eksiklik veya lüzumlu niteliklerdeki eksiklik olmak üzere iki farklı anlam taşımaktadır .

İstisna sözleşmesinde müteahhit eseri imal ederken sözleşmede karşılaştırılan ve eseri somut olarak belirlemeye yarayan, eseri daha yakından tanımlayan tüm niteliklerin eserde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Aksi halde eser objektif kriterlere göre kendisinden beklenen faydayı tamamen sağlayacak denli kusursuz olarak imal edilse bile; ayıplı olarak kabul edilecektir.⁹⁴

Eserde bulunması gereken zorunlu niteliklerde eksiklik sebebiyle ayıptan söz edilebilmesi için ise; önceden karşılaştırılan bir nitelik söz konusu olmaksızın dürüstlük kuralına uygun olarak ve olağan şartlara göre eserin iş sahibinin beklenen menfaatini tatmin edecek nitelikleri haiz olmaması yeterli olacaktır.⁹⁵

Ayıptan söz edilebilmesi için eşyanın normal niteliklerinden ayrılması gerekmektedir. Ancak; bu niteliklerin neler olacağı konusunda BK 360. m.'de herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Burada satımla ilgili 194. m.'ye bakılması halinde; eserin iş sahibinin menfaatini tatmin edecek

⁹² Öz, sh. 92; Seliçi, İnşaat, sh. 136; Burcuoğlu, Eser, sh. 285.

⁹³ Tandoğan, Borçlar, sh. 162; Yavuz, Borçlar, sh. 482.

⁹⁴ Sözleşmede taraflarca karşılaştırılan niteliklere aykırılık, inşaatın değerini düşürmese yani eserin kullanımında hiçbir sorunla karşılaşılmasa, eser daha kullanışlı ve objektif bakımdan daha değerli olsa dahi, müteahhit karşılaştırılan ücretten daha fazlasını isteyemez. Ayrıca müteahhit sözleşmeye aykırı davranışından dolayı da sorumlu olur. (Turanboy, sh. 158; Tandoğan, Borçlar, sh. 163; Akıncı, Ş.(Borçlar), sh. 48; Olgaç Senai; Türk Borçlar Kanunu Akin Muhtelif Nevileri, C.2, Ankara 1997,sh. 1086; Burcuoğlu, Haluk, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, (Burcuoğlu Eser), sh. 285.

⁹⁵ Burcuoğlu, Eser, sh. 285.

nitelikte olmasının gerektiği sonucuna varılabilecek ve bu sonuç da istisna sözleşmesinin amacına uygun olacaktır. Ancak burada iş sahibinin eserden beklediği menfaati belirlenirken; eserin imalinde açık ve/veya zımni amacın ne olduğunun dürüstlük kuralına uygun bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.⁹⁶

Ancak güzel sanatlara ilişkin bir edimin borçlanıldığı istisna sözleşmelerinde; eserin lüzumlu nitelikleri taşıyıp taşımadığı tayin edilirken sanatçının zevki ve sanat özgürlüğüne bağlı hususların da gözönünde bulundurulması gerekecektir.⁹⁷

4.2.2. Ayıbın Türleri

İstisna sözleşmesine teslim alınan eserdeki ayıplar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu sebeple; gerek Borçlar Kanunu, gerekse doktrin ve yargıda yapılan değerlendirmeler dikkate alınarak; ayıp aşağıdaki şekillerde tasnif edilebilecektir.

4.2.2.1. Açık ve Gizli Ayıplar

Açık ayıplar, adından da açıkça anlaşılacağı üzere eserin teslimi sırasında ilk bakışta farkedilen ve özenli bir inceleme neticesinde bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır. Bunun aksine gizli ayıplar⁹⁸; özenli bir inceleme ile ortaya çıkmayan; sonraki bir tarihte eserin kullanımının esnasında ortaya çıkan ayıplardır. Bir başka deyişle eserin teslim alınması ve muayenesi neticesinde görülen ayıplar açık; görülemeyenler ise gizli ayıplardır.⁹⁹

⁹⁶ Bk. YHGK. 5.10.1960 T., E. 46, K. 248 (Karahasan, İnşaat, sh. 259). Eser yapılışı bakımından kullanılacağı yerdeki belli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen veya tamamen kullanılmıyorsa ve iş sahibi müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte haklı ise, ayıplı sayılır; bunun için de müteahhidin eserin kullanılacağı yeri ve orada uygulanan kuralları bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şarttır. (Tandoğan, Borçlar, sh. 165).

⁹⁷ Tandoğan, Borçlar, sh. 165-166.

⁹⁸ <http://www.kazanci.com>, Yarg. 15. HD, E. 1992/1182 – K. 1992/4671, T. 12.10.1992, "Tazminata konu edilen açık ayıplar teslimden sonra istemde bulunulmamış ise dava edilemez. Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar yüklenici haberdar edilmek kaydıyla zamanaşımı süresi içerisinde her zaman dava edilebilir."

⁹⁹ Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi, İnşaat), sh. 143, Tandoğan, Borçlar, sh. 167, Uygur, Turgut; Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5. Ankara 1993, sh. 863, 864; Uçar, sh. 130.

4.2.2.2. Önemli ve Daha Az Önemli Ayıplar

BK 360. m. hükmü, önemli ayıbı, eserin iş sahibi için kullanılması olanağının bulunmadığı veya hiç olmazsa adalet anlayışı ve dürüstlük kuralı gereğince eseri kabul etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durum olarak tanımlamaktadır.¹⁰⁰ Dolayısı ile iş sahibinin eseri kullanım olanağının bulunmadığı ve iş sahibi tarafından eserin mevcut hali ile kabule zorlanamayacağı haller dışında kalan ayıplar daha az önemli ayıplardır.

Yapılan bu ayırım; iş sahibine tanınan seçimlik haklardan hangisinin kullanılmasının daha uygun olacağının tespitinde büyük önem taşımaktadır. Zira iş sahibi tarafından kabulü mümkün olmayacak kadar önemli ayıbı haiz bir eserde; iş sahibi dönme hakkını kullanabilecek; ancak diğer hallerde sözleşmeden dönme yerine ücretten indirim ve/veya ayıbın giderilmesini isteme haklarından uygun olanını tercih edecektir.

Ancak burada kullanılma amacına uygun olup olmama, bir başka deyişle eserin iş sahibi tarafından kabul edilip edilemeyeceğinin tespitinde; durumun iş sahibinin ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesi gerekir. Yani taraflar arasında yapılan sözleşme ile eserin kullanım amacı açıkça belirlenmiş ve müteahhit tarafından da amaca uygun olarak eserin imal edileceği taahhüt edilmiş ise; buna aykırılık halinde, eserin iş sahibi açısından kullanımının mümkün olmadığını kabul etmek gerekecektir.¹⁰¹

Ancak teslim edilen eserdeki ayıbın kısa bir süre içerisinde giderilmesinin mümkün olduğu hallerde eserdeki ayıbın önemli bir ayıp olarak tanımlanması; dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edebilecektir.

İstisna sözleşmelerinde sadece önemli ve az önemli ayıplardan bahsedilmiş olup; önemsiz ayıplardan söz edilmemiştir. Satım sözleşmesinde satıcı önemsiz ayıplardan sorumlu tutulmamış olmasına karşın; istisna sözleşmesinde müteahhitin önemsiz ayıplar sebebi ile sorumlu olmayacağı gibi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada da müteahhitin sorumluluğunun dürüstlük kuralına göre tespit edilmesi gerekecektir. Ayıbın önemsiz olması halinde iş sahibinin BK m. 360. ile düzenlenen haklarını

¹⁰⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 143

¹⁰¹ Seliçi, İnşaat, sh. 143

kullanmasına engel olunur. Özellikle yapı işlerini düzenleyen teknik şartnamede işin icrasında kabul edilmiş olan toleranslar bozukluk olarak nitelendirilmezler.¹⁰²

4.2.2.3. Maddi ve Hukuki Ayıplar

Maddi ayıplar; şeyin aynı çeşitten normal parçalara nispetle daha az kıymet veya daha az bir kullanma bahşeden ayıplar olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle eşyada bulunan fiziki eksikliklerin tamamı maddi ayıp kapsamında değerlendirilecektir. Malın, bozuk, yırtık, kırık, çatlak, lekeli ...vs olması maddi ayıptır.¹⁰³

Hukuki ayıplarda ise; fiziksel bir ayıp olmamakla birlikte; alıcının maldan yararlanmasını engelleyen ya da bu olanağı azaltan veya ortadan kaldıran hukuksal bazı yasaklama ve sınırlamalar söz konusudur.¹⁰⁴

Zabt ile hukuki ayıp birbirinden farklıdır. Zabt; üçüncü kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları üstün bir haktan kaynaklanır. Örneğin; satılan malın çalıntı mal olması, ve/veya mal üzerinde haciz bulunması hukuki ayıp değil; zapttır.¹⁰⁵

Satılan bir araca yanlış şasi numarası yazılması nedeni ile otomobilin şasisine el konulması, satılan malın hukuka aykırı bir marka taşıması, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iskan alınamaması ... vs hukuki ayıba örnek olarak gösterilmektedir. Sonuçta hukuki ayıptan, üçüncü kişinin sahip olduğu bir haktan kaynaklanan eksiklikler değil, ve fakat eşyadan faydalanmayı ve onu kullanmayı sınırlandıran hukuki eksiklikleri anlamak gerekmektedir.

4.2.2.4. Asli ve İkincil Ayıplar

¹⁰² Selici, İnşaat, sh. 144.

¹⁰³ Edis, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, sh. 13.

¹⁰⁴ Yavuz, Nihat; Ayıplı İfa, Ankara 2008, sh. 65.

¹⁰⁵ Yarg. 15. HD, 25.10.1984; 1984/2513 E. – 1984/3212 K., 13. HD, 18.03.1985, 1985/451 E. – 1985/1794 K; "Yargıtay üzerinde haciz olan bir malın satışı halinde şeyin ayıplı olduğunu belirtmiş ancak bu durum 3. kişiye zapt yetkisi verdiği için hukuki ayıp olarak değerlendirilemez demıştır." Bkz. Tandoğan, sh. 171, Aslan, Yılmaz İ; Tüketici Hukuku, Bursa 2004, sh. 110, aksi görüşte; Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ank. 2004, sh.109.

Asli ayıplar eserin teslimi sırasında bulunan, ikincil ayıplar ise; teslim sırasında mevcut bir başka ayıbın daha sonra eserin kullanılması esnasında yol açtığı ve bir önceki ayıpla bağlantılı bulunan ayıplardır. Zira teslimden sonra ortaya çıkan ayıp teslim esnasında mevcut bir ayıpla bağlantılı ise, iş sahibi ayıba karşı tekeffül sebebiyle doğan haklarını ileri sürebilecek; ancak ayıbın teslim anında bulunan ayıpla ilgisinin bulunmaması halinde müteahhit ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutulamayacaktır.¹⁰⁶

4.2.2.5. Ekonomik Ayıplar

Eserin tesliminden sonra iş sahibine sağlayacağı bazı maddi yararların önceden taahhüt edildiği durumlarda bu yararın elde edilememesi halinde eser ekonomik ayıplı sayılır.¹⁰⁷

Müteahhidin vaat ettiği ekonomik niteliklerin gerçekleşmemesi durumunda müteahhidin hangi hükümler doğrultusunda bundan sorumlu tutulacağı doktrinde tartışmalıdır.

Seliçi'ye göre¹⁰⁸; sözleşmede kararlaştırılan ancak dışa aksetmeyen iktisadi ilişkilerin gerçekleşmemesi sözleşme koşullarına aykırılık sayılarak, bozukluk (tekeffül) hükümlerinin uygulanmasının kabulü tereddüt uyandırmaktadır. Zira BK sistemi içerisinde ancak teslim sırasında mevcut olan ve/veya olması muhtemel bulunan olgular nitelik vasfını taşıyabilir ve bunların varlığı kararlaştırılabilir. Teslimde muayene ve bildirme yükümü ancak bunlar açısından mümkün olabilir. Bu çerçevede dışında teslim bağlanan muayene ve ihbar yükümünün söz konusu olmayacağı hallere ilişkin olarak taraflar arasında yapılan anlaşmalarda bozukluk hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracak sözleşme koşullarına aykırılık oluşmaz. Özellikle teslimden sonra da gerçekleşmesi mümkün olguların mevcut olmamasından dolayı sorumluluğun müteahhit tarafından yüklenilmesi eserin sözleşmeye uygun imali borcunu aşar ve bunlar ancak bir garanti sözleşmesine konu

¹⁰⁶ Tandoğan, Borçlar, sh. 166; Öz, sh. 93; Seliçi, İnşaat, sh. 142.

¹⁰⁷ Bk. Öz, sh. 93 dn.22; Akıncı, Şahin; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998 (Tüketici), s. 30.

¹⁰⁸ Bk. Seliçi, İnşaat, sh. 139; Aksi yöndeki görüşler için bk.; Öz, sh. 93; Seliçi, İnşaat, sh. 142; Burcuoğlu, Eser, sh. 287.

olabilirler. Tandoğan'a gre¹⁰⁹; de istisna sözleşmesinde eserin yapısını açan iş görme ediminin konusu olmayıp başka bazı etkenlere tabi olan ekonomik niteliklerin müteahhit tarafından vaat edilmesi ve gerçekleşmemesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada ancak bir çeşit garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilerek; kusura dayanmayan tazminat isteminde bulunulması gündeme gelebilir.

Ancak TKHK 4. maddesi BK'dan farklı olarak ekonomik ayıplardan dolayı da sorumlu olunacağına ilişkin bir düzenlemeyi haizdir. Dolayısıyla TKHK kapsamındaki istisna sözleşmelerinde tartışmalardan ari bir Şekilde müteahhitin ekonomik ayıplardan dolayı da sorumlu tutulması gerekmektedir.

4.2.3. İstisna Akdinde Ayıp ve Noksan İş Ayrımı

İş sahibinin eserden beklediği yararı sağlamasına engel olan veya esere kullanılamazlık niteliğini veren durumun eserdeki ayıptan mı yoksa eksiklikten mi kaynaklandığı hususu önem taşımaktadır. Zira eserden beklenen yararın sağlanamaması hususu bir eksiklikten meydana gelmekte ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanılamayacaktır. Mevcut uyuşmazlığın hangi hükümlerin uygulanması yoluyla çözülebileceği hususunun tespiti bakımından; ortadaki durumun ayıplı iş mi yoksa noksan iş mi olduğunun araştırılması gereğini doğurmaktadır.

Ayıplı eser; anlaşmaya aykırı imal nedeni ile ortaya çıkan bir sonuçtur. Henüz sözleşmeye göre taahhüt edilen veya eserin niteliği gereği yapılması gereken bütün çalışmalar bitmemiş ise eser tamamlanmamıştır. Ama eserin tamamlanmamış olması eserin ayıplı olduğu anlamına gelmez ve bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulamaz. Bir başka Şekilde ifade etmek gerekirse kural olarak eser, sözleşme ile belirlenen Şekilde tamamlanarak teslim edilebilir. Ayıba karşı tekeffül borcu da eserin fiilen veya tamamen tesliminin gerçekleşmesi ile doğar. Henüz tamamlanmamış

¹⁰⁹ Tandoğan, Borçlar, sh. 163

bir işin mevcut olmayan kısımlarının tesliminden söz edilemez. Bu nedenle noksan iş ile ayıplı işin aynı hukuki değeri taşıdığı söylenemez.¹¹⁰

Noksan işin ayıplı işten ayırıcı özelliklerini net olarak tamamlamak, bu ikisi arasındaki ince çizgiyi doğru tespit edebilmek her zaman mümkün olmayabilir. Zira yukarıda ayıp tanımı yapılırken; müteahhidin taahhüt edip de yerine getirmediği bir niteliğin veya eserde özelliği gereği bulunması gereken bir niteliğin olmayışından bahsedilmektedir.

Bu yandan bakıldığında; ayıp da genel olarak eserde bulunan bir eksikliği ifade etmektedir. Fakat her halukarda noksan işi ayıplı işten ayırabilmek için bazı kriterlere başvurmak mümkündür. Tandoğan'a göre; eserin imali çalışmalarının daha önce yapılmış olan işler bozulmadan (değiştirilmeden) işe devam mümkün ise eser tamamlanmamış sayılmalıdır. Bunun aksinden de anlaşılacağı üzere daha önce yapılan işler değiştirilmeden veya bozulmadan işe devam mümkün değil ise eser ayıplı sayılacaktır. Örn; astar sürülmeden boya yapılmış ise; eser tamamlanmamış değil ayıplıdır.¹¹¹

Noksan iş ayırımını yaparken eser meydana getiren müteahhim cüz veya teferruatların hiç imal edilmemesi ile imal edilmiş olmasına rağmen eksik veya gerekli özellikten yoksun imal edilmesi hallerine de dikkat etmek gerekir. Zira eser imal edilirken eserin bir parçası (müteahhim cüz veya teferruat) hiç yapılmamış ise ortada noksan iş vardır. Eser tamamen yapılmış olup da bazı parçaları gerekli ölçü, ağırlık veya şekillere uymuyor ise ayıplı iş söz konusudur. Örneğin inşaat tamamlanarak teslim edilirken binanın etrafına sözleşme gereği yapılması gereken çit yapılmamış ise noksan işten; çit yapılmasına karşın, dökme demir değil de eğme demir kullanılmış ise ayıplı işten bahsedilmelidir. Nitekim Yargıtay da sözleşme gereği yapılan dairelerin alanının anlaşmada yazılandan küçük olmasını ayıp olarak nitelendirmesine karşın, kalorifer tesisatı ve kazan dairesi ile kapıcı dairesinin yapılmamış olmasını noksan iş olarak değerlendirmiştir.

Uygulamada Yargıtay önceleri noksan veya ayıplı iş ayırımını yapmaksızın, iş sahibinin kendisine teslim edilen veya teslim edilmek istenen eserin, BK m.

¹¹⁰ Kostakoğlu, Cengiz, s. 389 İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul 1995

¹¹¹ Tandoğan, sh. 160

259. hükmü uyarınca muayenesini, varsa noksan ve ayıplı işlerin ihbarının gerektiğini aksi halde müteahhidin sorumlu tutulamayacağı görüşünü savunmakta idi. Fakat daha sonra Yargıtay bu görüşünden vazgeçerek yukarıda da belirtildiği gibi, noksan işi ayıplı işten ayırmakta ve bu görüşünü istikrarla uygulamaya başlamıştır.

4.2.4. Ayırımın Hukuki Sonuçları

Noksan iş ile ayıplı iş arasındaki ayırımın önemi, her ikisinin hukuki niteliğinin farklı olması nedeniyle uygulanacak hükümlerin değişmesinde kendini göstermektedir. Zira eserdeki ayıplar için iş sahibi istisna akdinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuracaktır. Halbuki noksan iş söz konusu olduğunda ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, genel hükümlere, yani BK m. 96 vd. hükümlere göre müteahhidin sorumluluğuna gidilecektir. Nitekim Yargıtay'da 1987 yılında verdiği bir kararında "BK'nun "işin kusuruna mütedair teminat" başlığıyla başlayan 359 ve 262. maddelerinde sözü edilen iş bedeli, ayıplı diğer bir deyişle kusurlu yapılan işlerle ilgilidir. Noksan işte ise, iş yapılmadığından vasfının uygun olup olmadığı üzerinde durulmaz. O halde noksan işi ayıplı işler kavramına sokmak olanağı yoktur. Buna göre eserin teslimi ile noksan işlerin ihbarı olmasa dahi, bedellerin zamanaşımı süresine kadar ödetilmesi istenebilir" demekle bu hususu açıklığa kavuşturmuştur.

Noksan işe ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmamasının ortaya koyduğu önemli fark, noksan işin teslim anında belli olmasına rağmen eserin kabulü ile müteahhitin sorumluluktan kurtulamamasıdır. Diğer bir ifade ile, teslim anında iş sahibi noksan işe vakıf olmasına rağmen eseri herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim almış olsa bile sonradan müteahhitten bu noksanları gidermesini isteyebilir. Yani noksan iş açısından müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmesi için muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmiş olması gerekmez. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir; "... raporda belirtilen nitelikleri itibari ile bu kusurların ilk bakışta görülebilen veya muayene ile anlaşılabilen neviden oldukları anlaşılmaktadır. O halde BK 359 – 362 hükümleri gereğince, iş sahibi eseri muayene ettirip, bu ayıpları derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi

halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. ...ne var ki, ... 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 değer ödetilmesine karar verilmelidir.¹¹²

Müteahhit sözleşme ile yüklendiği işi noksansız yaparak teslim etmek zorunda olduğundan, işi noksanları ile teslim alan iş sahibi tarafından açıkça ibra etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaktır. Diğer bir ifade ile, işin noksanlarla birlikte ihtirazi kayıtsız olarak teslim alınması, müteahhidin noksan işten dolayı sorumluluktan kurtulduğu anlamına gelmez. İş sahibi noksan işin teslim tarihindeki rayiç fiyatlarla bedelini zamanaşımı süresi içinde talep edebilir. Noksan iş dolayısıyla bedelin müteahhitten talep edilmesi herhangi bir hükme dayanmamasına rağmen bir çok yazar tarafından pratik görülmekle birlikte yukarıdaki Yargıtay kararından da görüldüğü üzere uygulamada yer edinmiştir.¹¹³

İş sahibi noksan iş dolayısıyla müteahhitten işi tamamlamasını talep edebileceği gibi, masrafı müteahhide ait olmak üzere eserin kendisi tarafından tamamlattırılmasına izin verilmesini hakimden isteyebilir. Ayrıca iş sahibinin temerrüt hükümlerine gitmesi de olanaklıdır.

İstisnai bir durum da müteahhidin, sözleşmede kararlaştırılan eserden farklı bir eser imal etmiş olmasıdır. Bu durumda eserin ayıplı veya noksan imal edilmesinden söz edilemez. Bu nedenle sorunun çözümü için ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, borcun ifa edilmesine ilişkin genel hükümlere başvurulmalıdır.¹¹⁴

4.3. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayenesi Yapılmış ve Eserde Anlaşılan Ayıplar İhbar Edilmiş Olmalıdır

¹¹² Kostakoğlu, sh. 448, bkz. Karar no:74

¹¹³ Tandoğan, sh. 161

¹¹⁴ Burcuoğlu, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, sh. 283 - 382

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanarak müteahhitin sorumluluğuna başvurabilmesi için muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Muayene ve ihbar külfetleri daha önce de belirttiğimiz üzere iş sahibinin istisna sözleşmesinden doğan bir borcu değil; iş sahibine kanunen yüklenmiş bir külfettir. İstisna sözleşmesinde iş sahibine muayene ve ihbar külfetlerinin getirilmiş olmasının temelinde; eserin tamamlanıp, teslim edilmesinden sonra artık ayıp iddialarının ileri sürülmesinin adil olmayacağı düşüncesi yer almaktadır. Dolayısıyla müteahhide sınırsız ve süresiz olarak ayıba karşı tekeffül sebebiyle sorumluluk yüklemek yerine iş sahibinin içinde bulunduğu koşullara göre, teslim aldığı eseri incelemesi ve müteahhidi durumdan haberdar etmesi dürüst davranmanın bir gereği olarak görülmüş ve yasada özel olarak düzenlenmiştir.¹¹⁵

BK 359. maddesinde düzenlenen muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin yasadaki bu düzenleme emredici değil tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğundan; taraflarca yapılan anlaşma ile muayene ve ihbar için kesin süreler öngörülmesi ve/veya iş sahibinin muayene külfetinden muaf tutulması mümkündür.¹¹⁶

4.3.1. Muayenenin Yapılması

4.3.1.1. Muayenenin Hukuki Niteliği ve Önemi

BK 359. maddesinde öngörülen muayene külfetinin amacı eserin sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak eserde bulunması gereken niteliklere sahip olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla müteahhit tarafından yerine getirilmesi gereken ancak getirilmeyen ve eserde bulunması gerekli niteliklerin neler olduğunun saptanması muayene ile sağlanmaktadır.

Muayene külfeti teslim edilen eserin iş sahibi tarafından kabul edilip edilmeyeceğinin mümkün olduğu kadar çabuk öğrenilmesi bakımından

¹¹⁵ Öz, sh. 112

¹¹⁶ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1019; Tandoğan, Borçlar, sh. 170; Karahasan, İnşaat, sh. 262.

müteahhidi; ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılmasını sağlamak bakımından da iş sahibini korumaktadır.¹¹⁷

4.3.1.2. Muayene Yetkisi ve Muayene Yöntemi

İstisna sözleşmesindeki muayene ve ayıpları bildirmeye ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından taraflar muayene ve bildirme yükümü hakkında istedikleri yönde karar alabilir, muayenenin bilirkişi tarafından yapılmasını kararlaştırabilir; bunun masrafını belli bir tarafa yükleyebilir; hatta bilirkişinin kim olacağını dahi tayin edebilirler. Bir başka deyişle muayenenin nasıl yapılacağı taraflara bırakılmıştır. İş sahibi de bizzat muayeneyi yapabilir; ancak burada muayenenin iş sahibinin haklarını korumadaki etkisi göz önünde bulundurulacak olursa; teslim edilen eserin muayenesini yapmak bakımından iş sahibinin gerekli teknik bilgiye sahip olmasında fayda vardır.¹¹⁸

BK m.359/2 hükmünde eserin bir uzman ya da bilirkişiyne muayene ettirilmesi ve sonucun bir raporla tespit edilmesi yönünde taraflara bir zorunluluk getirilmemiş aksine onları korumak amacı ile böyle bir hak tanınması yoluna başvurulmuştur. Kanun koyucu tarafından bu hak tanınırken eserin muayenesinin istisna sözleşmelerinin niteliği itibariyle çoğu zaman teknik bilgiye ihtiyaç gerektirdiği de dikkate alınmıştır. Böylece iş sahibinin talebi neticesinde resmi bilirkişi aracılığıyla tespit yapılması halinde söz konusu tespit doğru olmadığı açıkça ispat olununcaya dek hakimi bağlamaktadır.

Ancak BK 359/2. maddesi; eserin tesliminde muayenenin mutlaka bilirkişi tarafından yapılması gerektiğini belirtmediği gibi; bu tespitin resmi bilirkişi ile yapılması gerektiği yönünde bir anlam da taşımamaktadır. Dolayısıyla, taraflardan her biri kanunen kendilerine tanınan yetkiyi kullanarak, eseri özel uzmana incelettirebilirler. Ancak taraflarca bu hakkın kullanılması yolu ile özel uzmandan alınan raporlar ise, iş sahibine ve/veya müteahhide bilgi vermekten öteye bir sonuç doğurmayacak; özel bilirkişiler olası bir

¹¹⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 148,139 dn. 226.

¹¹⁸ Tunçomağ, Borçlar, sh. 130; Tandoğan, Borçlar, sh. 170; Seliçi, İnşaat; sh. 155

yargılama sürecinde ancak uzman tanık olarak dinletilebileceklerdir.¹¹⁹ Ancak Bk 359. maddesinde öngörülen bilirkişi raporundan amaç, eserdeki ayıpların resmen tayin edilmiş bir bilirkişi marifeti ile tespit edilerek ileride kullanılacak haklar bakımından delil olarak sunulabilmesidir. Dolayısıyla hükümde bahsedilen bilirkişinin resmi bilirkişi olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹²⁰ Türk hukukunda bu şekilde delil tespiti amacı ile bilirkişi tayini için tespit davaları açılmakta ve mahkemeden bir bilirkişinin tayin edilmesi sureti ile delil tespiti istenerek esas davada da bu delil tespitine dayanılmaktadır.¹²¹

Ancak muayene ve ihbar konusunda iş sahibinin en kısa sürede müteahhide ayıp konusunda ihbarda bulunma mükellefiyeti olduğunu da gözönünde tutarak, bilirkişi incelemesinde geçen süre hakkında açıklama yapmanın faydalı olacağı kanaatindeyim. Doktrinde¹²² de kabul edildiği üzere eserin incelenmesinin resmi bilirkişi tarafından gerçekleştirildiği hallerde bilirkişi raporunun iş sahibinin kusuru dışında geciktiği hallerde bu durumun derhal muayene ve ihbar külfetine aykırılık olarak kabul edilmemesi gerekecektir. Dolayısıyla rapor gecikmiş olsa dahi iş sahibi rapor ile bir ayıbın varlığının tespit edildiği hallerde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabilecektir.

Ancak iş sahibinin rızası ile özel olarak tayin edilen bilirkişi tarafından muayenenin yapılması sırasında raporun gecikmesine ilişkin risk iş sahibine ait olacaktır.

Kanun koyucu istisna sözleşmesinin her iki tarafına da bilirkişiye başvurma hakkını tanıdığından kural olarak bu hakkı kim kullanıyor ve kim bilirkişiye başvuruyor ise; bedeline de o katlanır. Ancak tespit isteyen tarafın daha sonra haklı çıkması durumunda; esasa ilişkin davada bu bedelin de karşı taraftan talep ve tazmin edilmesi mümkündür.¹²³

¹¹⁹ Bk. Seliçi, İnşaat, sh. 148; Tandoğan, Borçlar, sh. 171

¹²⁰ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1020; Seliçi, İnşaat, sh. 148; Kaplan, İbrahim; Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu; Ankara 1983 sh. 140; Karahasan, İnşaat, sh. 263

¹²¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 171, Öz, sh. 115; Seliçi, İnşaat, sh. 148-149

¹²² Seliçi, İnşaat, sh. 149; Öz, sh. 115; Tunçomağ, Borçlar sh. 1020

¹²³ Uçar, sh. 141.

Taraflardan birisinin elinde bulunan eserin ikinci kez bilirkişi aracılığı ile muayene ettirilip ettirilemeyeceğine ilişkin kanunda açık bir yasak bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimce ilk muayeneden sonra eserde bir takım düzeltmeler yapılmış ise ve/veya bilirkişinin heyet olduğu durumlarda oybirliği ile karar verilmemiş ise; ikinci muayene açıkça hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacak ise; ikinci muayeneye de imkan tanınması gerektiği kanaatindeyim.

4.3.1.3. Muayenenin Süresi

BK 359. maddenin 1. fıkrası gereğince iş sahibi teslim aldığı eseri, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz muayene etmek ve kusurları müteahhide bildirmek zorundadır. Burada belirtilen imkan bulur bulmaz sözü tam olarak açıkça belli bir süre vermemekle birlikte hem muayeneye başlama hem de muayenenin sonucunu bildirme sürelerinin tespitinin somut olayın unsurlarına uygun olarak objektif kriterlere göre tespit edilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Hiç kuşkusuz burada iş sahibinin şahsına ait subjektif nedenlerle muayene süresinin uzatılması halinde bu uzatma haklı görülmeyecektir. İş sahibinden kaynaklanan nedenlerle muayene süresinin uzaması halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının zarar görmemesi için iş sahibinin muayeneye derhal başlamamasında mazur görülebilecek bir sebebi olmalıdır ve muayenedeki bu gecikme dürüstlük kuralına aykırı olabilecek şekilde müteahhidin sorumluluğunun devam etmesini gerektirecek kadar uzun sürmemelidir.¹²⁴

Tam olarak teslimin gerçekleşmediği durumlarda iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti başlamaz. Tamamlanmamış eserin tesliminden önce iş sahibi en başından itibaren eserin maliki durumunda olsa dahi iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin olduğu kabul edilemez.¹²⁵ Hatta eserdeki ayıbın anlaşılabilmesi için eserin birden çok defa denenmesinin gerekli olduğu durumlarda bu sürenin de iş sahibine verilmesi gerekmektedir.¹²⁶

¹²⁴ Tandoğan, Borçlar, sh. 168; Öz, sh. 114.

¹²⁵ Öz, sh. 114; Tandoğan, Borçlar, sh. 168-169; Karahasan, İnşaat, sh. 261.

¹²⁶ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1019.

Muayene süresinin tespitinde iş sahibinin tacir olup olmasına bakılmaksızın kişiler arasında söz konusu eserle ilgili mevcut teamüle bakılır.¹²⁷ Söz konusu olayda muayene süresinin tespitine ilişkin olarak başvurulabilecek bir teamülün olmadığı hallerde olayın koşullarına ve objektif kriterlere göre normal bir iş sahibinin eseri muayeneye başlaması ve bu işi özenle yapması için ne kadar zaman gerektiğine bakılmalıdır. Bu süre belirlenirken muayene süresinin müteahhidin sorumluluğunun devam etmesinin mümkün olmayacağı kadar uzun olmamasına da dikkat etmek gerekir.¹²⁸

Tüm bunların yanında hiç kuşkusuz sözleşme serbestisinden yola çıkarak taraflar kendi aralarında yaptıkları sözleşmede muayene süresini de belirleyebilirler. Bu durumda sözleşmede taraflarca belirlenen süreye uyulacaktır. Ancak bu süre, özenle yapılacak bir muayeneye yeterli olmayacak şekilde kısaltılmışsa ve/veya iş sahibinin haklarını ciddi oranda zedeleyecek şekilde belirlenmiş ise, bu durumda sözleşmede yer alan sürenin yerine olağan bir muayene için gerekli olan sürenin dikkate alınması gerekecektir. Sonradan ortaya çıkabilecek olan gizli ayıplar bakımından da müteahhidin sorumluluğu devam edecektir.¹²⁹ Doktrindeki bazı yazarlar tarafından¹³⁰ eser sözleşmesindeki muayene süresinin satım sözleşmesindeki muayene süresinden biraz daha uzun tutulması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Ancak bu görüşün aksini savunan Burcuoğlu'na¹³¹ göre, eser sözleşmesine konu nesnenin daha karmaşık olacağından bahisle satım sözleşmelerinden daha uzun bir muayene süresine tabii tutulması gerektiği görüşünü kabul etmek doğru değildir. Eser sözleşmesindeki

¹²⁷ Öz, sh. 114; Tandoğan, Borçlar, sh. 169; Burcuoğlu, sh. 309; "İşlerin olağan gidişine göre muayenenin yapılacağı süre, istisna sözleşmesine katılan (tacir olsun veya olmasın) kişiler arasında mevcut olan teamüle dayanılarak tespit edilir" (Aral, sh. 368).

¹²⁸ Tandoğan, Borçlar, sh. 169-170; Aral, sh. 368; Öz, sh. 114.

¹²⁹ Tandoğan, Borçlar, sh. 174-175; Öz, sh. 114.

¹³⁰ Bk. Seliçi, İnşaat, sh. 150; Tandoğan, Borçlar, sh. 170.

¹³¹ Burcuoğlu'na göre; istisna sözleşmesine konu olan nesnenin komplike olacağı varsayımı satımdakinden daha uzun bir muayene ve ihbar süresinin kabulünü doğrulamaz. İstisna sözleşmesindeki muayene ve ihbar süresi satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar süresinden farklı değildir. İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının tabii olduğu zamanaşımı sürelerinin tıpkı satımdaki süreler gibi olduğu da göz önünde tutulursa muayene ve ihbar süresinin her iki sözleşmede özdeş olduğunun kabulü gerekir. Bu şekilde de sistemin bütünlüğü daha iyi korunur.(bk. Burcuoğlu, Eser, sh. 311 vd.)

muayene ve ihbar süreleri, satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar sürelerinden farklı değildir. Eser sözleşmesindeki hakların kullanımındaki zamanaşımı sürelerinin de satım sözleşmelerindeki zamanaşımı süreleri ile aynı olduğundan yola çıkılarak muayene ve ihbar sürelerinin de her iki sözleşmede aynı olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Kanaatimce bu görüşün kabulü halinde de eser sözleşmesinin niteliğini gözardı edilmektedir. Konu ile ilgili olarak muayene sürelerinin eser sözleşmelerinde daha uzun tutulması ve/veya satım sözleşmeleri ile eşit olarak değerlendirilmesi gibi genel değerlendirmelerin uygun olmadığı kanaatindeyim. Zira son zamanlarda eser sözleşmeleri gibi henüz satın alınacak gayrimenkul satışa hazır tutulmaksızın maket üzerinden gayrimenkul satımları gerçekleştirilmektedir. Satıma konu malın hazır olmadığı ve/veya bir maket/proje üzerinden de satın alındığı hallerde satım sözleşmesi muayene ve ihbar süresi açısından eser sözleşmesine bir adım daha yaklaşmaktadır. Dolayısıyla bu durumun somut olaya göre değerlendirilmesinin mevcut ihtiyaçlara daha iyi yanıt vereceği kanaatindeyim.

4.3.2. İhbarın Yapılması

Ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için ayıbın ihbar edilmesi gerekir. Eser Sözleşmelerinde iş sahibinin ihbar yükümlülüğü BK 359/1. m. hükmünden doğmaktadır. İşbu madde hükmünde yer alan düzenlemeye göre; iş sahibi işlerin mutlak cereyanına göre imal olunan şeyin tesliminden sonra imkan bulur bulmaz o şeyi muayene etmek ve muayene neticesinde tespit ettiği her türlü ayıbı müteahhide bildirmekle yükümlüdür. İş sahibinin ihbar külfetini belirtmek amacı ile söz konusu maddede "bildirmek" kelimesi kullanılmıştır. Burada kullanılan "bildirme" kelimesi eksik bir düzenlemedir. Zira burada iş sahibinin teslim edilen eserin sözleşmeye uygun olarak yapılmadığını bildiren ve bu sebeple müteahhidi sorumlu tutmak istediğine ilişkin bir irade açıklaması söz konusu olacaktır¹³². İş sahibinin bu açıklaması açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Durumdan aksine bir yorum yapmak

¹³² Tandoğan, sh. 177.

mümkün olmadıkça müteahhide ayıpların bildirilmesi söz konusu irade açıklamasının da yapıldığına karine teşkil etmelidir.¹³³

İhbar külfeti iş sahibinin bir borcu değil daha önce de belirttiğimiz üzere; iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için zorunlu olarak yerine getirmesi gereken bir yükümlülük niteliğindedir.¹³⁴

4.3.2.1. İhbarın Hukuki Niteliği ve Önemi

Yukarıda da değindiğimiz üzere tarafların ihbar süresine ilişkin düzenlemeyi anlaşma yolu ile değiştirmeleri mümkündür.

Sözleşmede kısa bir garanti süresinin belirlenmiş olması; genellikle muayene ve ihbar süresinin de garanti süresiyle sınırlı tutulmak istendiği şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa bir garanti süresinin taraflar arasında kabulü, ihbar süresinin de garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmemektedir.¹³⁵ Zira durumun tereddüt oluşturduğu hallerde müteahhit için daha az olan külfet kabul edilmelidir. Hiç kuşkusuz ki garanti süresi konulmasının amacından yola çıkıldığında garanti süresi içerisinde ortaya çıkan tüm ayıplar bildirilebilecektir. Ancak, ihbar ayıplar ortaya çıktıktan hemen sonra yaptırılmalıdır.¹³⁶ Dolayısı ile kanundan doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile sözleşmeden doğan garanti sorumluluğunun aynı nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Sadece aynı amaca hizmet ettiklerinden söz edilebilir.

İş sahibinin eserdeki ayıpları süresi içerisinde bildirmemesi halinde müteahhit tarafından ayıpların geç bildirilmesi def'i ileri sürülebilecektir. Yine aynı şekilde müteahhit bildirim geciktiğine ilişkin def'iden açıkça ve/veya dolaylı olarak vazgeçebilir. Ancak Tandoğan'a göre, müteahhidin bazı ayıpları düzeltmeye söz vermesi henüz gecikmenin ileri sürülmesinden genel olarak vazgeçildiği anlamına gelmeyecektir.

¹³³ Aral; sh. 369; Tandoğan, Borçlar, sh. 172.

¹³⁴ Karahasan, İnşaat, sh. 261.

¹³⁵ Şu da var ki belli bir olayda garanti verme ile taraflar, istisnaen bildirme süresini uzatmayı istemiş olabilirler; örneğin eserin söz konusu niteliği (bir tavanın kalınlığı) yalnızca sürekli gözlemler sonucunda saptanabilecek türden ise, durum böyledir. (Karahasan, İnşaat, sh. 263).

¹³⁶ Yavuz, Borçlar, sh. 283-284; Uygur, sh. 865.

Kanaatimce mevcut yargıtay kararları ve uygulama dikkate alındığında hakim iş sahibinin bildirim konusunda geciktiğini re'sen dikkate almadığından, müteahhit tarafından hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin bazı ayıpların düzeltileceğine ilişkin olarak yapılan irade açıklaması da; müteahhidin gecikmeyi ileri sürmediği söz konusu geç bildirim def'inden vazgeçtiği sonucunu doğuracaktır. Hiç kuşkusuz iş sahibinin açıkça hakkı kötüye kullandığı durumlar ayrı değerlendirilecektir.

4.3.2.2. İhbarın İçeriği

İhbarda esas olarak iş sahibinin eserde ayıplı olan unsurların kabul edilmediğini belirtmiş olması gerekir. Bu konuda genel bir memnuniyetsizlik açıklaması yeterli olmaz. Hatta çoğu zaman münferit kusurların tam olarak ihbarda belirtilmesi aranır.¹³⁷

Ayıpların ihbarı beyanında, iş sahibi ayıptan doğan hangi hakkını kullanmak istediğine ilişkin bir açıklama yapmak zorunda değildir. İş sahibi kendisine BK m. 360 ile tanınan haklara ilişkin seçme beyanını daha sonra kullanabilir. Ancak iş sahibinin ayıpları bildirirken seçimlik haklarından hangisini kullandığını bildirmesine engel bir durum yoktur.¹³⁸

4.3.2.3. İhbarın Süresi Şekli ve İspatı

Kanun koyucu eser sözleşmelerinde, iş sahibine, teslim aldığı eseri muayene ederek gizli ayıplarını ortaya çıkarma, başka bir ifade ile bu tür ayıplar için eseri muayene külfeti yüklememiştir. Yani kanun metni ile bildirim istenilen ayıplar açık ayıplardır. Açık ayıpların¹³⁹ hangi süre içerisinde bildirilmesi

¹³⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 151-152; Tandoğan, Borçlar, sh. 172, Tunçomağ, Borçlar, sh. 1021; Aral, sh. 370.

¹³⁸ Genel olarak kabul edildiği üzere, bildirim hukuki bir işlem olmayıp, "hukuki işlem benzeri" fiildir. Bu bakımdan iş sahibinin ayıbı bildirirken – özel olarak- bu yüzden doğan haklarını kullanma iradesi aranmaz. (Öz, sh. 116) Arslan'a göre de, ihbarda maldaki ayıplar nedeni ile tüketicinin malı bu hali ile kabul etmek istemediği iradesi anlaşılmalı, ancak tüketicinin seçimlik haklarından hangisini kullandığını belirtmiş olması gerekmez. Çünkü seçimlik hakların kullanılması için 2 yıllık zamanaşımı süresi konulmuştur. (Arslan sh. 112).

¹³⁹ İstanbul Barosu Bilgi Bankası; Yargıtay Kararları Bilgisayar Programları cd.si, Yarg. 15. HD, E. 1980/780 – K. 1980/1280, T. 15.05.1980 "Teslim sırasında hak saklı tutulmamış ise; açık ayıplardan ötürü daha sonra hak isteminde bulunulamaz. Yerel mahkemece kalorifer bacasına konması gereken kurum tutucu bedeli 6.750 lira ve elektrik su saatleri karşılığı 10.000 lira ki toplam 16.750 liranın da ödetilmesine karar verilmiştir. Oysa yukarıda anılan ayıplar, yani eksiklikler gözle

gerektiği ifade edilmemiştir. Ancak maddenin gelişinden bu ihbarın derhal yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sonuç BK 362. m.'den yola çıkılarak elde edilir.¹⁴⁰

Derhal kelimesi somut olayın durumuna göre farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla bu süre, eseri teslim alan iş sahibinin doğal olarak ihtiyaç duyacağı muayene süresi olarak algılanmalı ve her bir duruma göre ayrı ayrı tayin edilmelidir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere iş sahibinin gizli ayıpları bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak iş sahibi eserde sonradan ortaya çıkan gizli ayıpları da BK 362/3.¹⁴¹ m. uyarınca derhal müteahhide bildirmekle yükümlüdür.

Hatta işbu madde hükmünde 359. m. hükmünde farklı olarak gizli ayıplardaki ihbar süresi "vakıf olur olmaz" terimi kullanılmak suretiyle açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme sebebi ile iş sahibi eserde gizli ayıpların olduğunu anlar anlamaz derhal¹⁴² bu ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır.¹⁴³ Ancak burada gizli ayıpları anlamanın; Seliçi¹⁴⁴ tarafından da

görülebilecek nitelikte açık bir ayıp olup, davacı ise teslim sırasında bu yönden hak askı tutmamıştır. Öyle ki dava dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi davalının bu eksiklikleri tamamlayacağı sözleri üzerine dairenin teslim alındığı iddiası geçerli kanıtlarla ispat edilmemiştir. O nedenlerle BK 359 ve 362. maddeler uyarınca anılan kalemlere ilişkin istemlerin reddine karar verilmek gerekirdi".

¹⁴⁰ Aral, sh. 370; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1021; Ayrıntılı açıklama için bk. Burcuoğlu, Eser, sh. 310.

¹⁴¹ BK 362/3. m. "Yapılan şeydeki kusur sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur."

¹⁴² Burada ifade edilen derhal kelimesinin anlamı hakkında doktrin ve uygulamada görüş birliği yoktur. Uygulama bu ibareyi her şeyden önce iş sahibinin sonradan tespit edilen ayıpların önemi ve tesiri hakkında emin olmak suretiyle iş sahibinin faydasına yorumlarken, bir kısım literatür ise "derhal" ibaresini dar manada, yani, "bir ayıbın oluştuğunun tespit edilir edilmez ibrazının sonuçlandırılmak zorunda bulunulduğu" şeklinde yorumlamaktadırlar. Bu son görüş, daha büyük bir zarar sebebiyet verme riski olan ayıplar mevzu bahis olduğu takdirde doğru bir görüştür. Diğer ayıplarda uygulamanın benimsediği görüş kabul edilebilir. (Pedrezzini, sh. 527, naklen, Uçar, sh. 152, dn. 287). Yargıtay'a göre, "inşaat sahibi ancak ayıpları anladığı takdirde bunu derhal bildirmekle yükümlüdür. (Y.15. HD. ; 17.02.1977 T., E.247, K. 353).

¹⁴³ Uçar, sh. 151.

¹⁴⁴ Gizli bozuklukların inşaat sahibi tarafından anlaşılması addedilebilmesi için, bozukluğun bütün önemi, kapsam ve etkileri ile öğrenilmiş olması gerekir.(Seliçi, İnşaat, sh. 155). Öz'e göre ise, iş sahibi gizli ayıbın ilk belirtilerini farketmediği anda kural olarak doğuracağı sonuçları tam bilmeden derhal bildirimde bulunmak zorunda bırakılmamalı ise de, bu ayıbın zaman geçtikçe artma eğiliminde olduğunu

belirtildiği üzere; bozukluğun bütün önemi, kapsam ve eksiklikleri ile öğrenilmiş olması şeklinde yorumlanması gerekir.

362/2 gereğince bildirim yükümünün ihmal edilmesi halinde ise iş sahibi, eser ayıplı olsa dahi eseri zimnen kabul etmiş sayılır ve gizli ayıpların varlığı halinde kullanabileceği yasal haklarını da kaybetmiş olur.¹⁴⁵

İkincil ayıpların da 362/3. m. gereğince ihbar edilmesi gerekmektedir. Teslim sırasında mevcut olan ayıbın yol açtığı ayıp olarak tanımlanan ikincil ayıp; hükmün metninde yer verilen sonradan ortaya çıkan ihbar ibaresine uygun olduğundan ikincil ayıpların da madde kapsamında dikkate alınması gerekmektedir. Ancak burada önemli olan bir konu da ikincil ayıbın ortaya çıkmasına sebep olan asli ayıbın müteahhide bildirilmiş olup olmamasının iş sahibinin haklarına etkisidir. Burada iş sahibi tarafından asli ayıbın bildirilmemesi sebebi ile müteahhidin asli ayıp bakımından sorumluluktan kurtulmuş olması hali dahi; ikincil ayıbın iş sahibi tarafından süresi içerisinde bildirilmesi şartı ile; ikincil ayıp bakımından müteahhitin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.¹⁴⁶

Bildirimde bulunma külfeti bir görüşe göre¹⁴⁷, müteahhitin kötü niyetle gizlemiş olduğu ayıplar bakımından da mevcuttur. Ancak kanaatimce de uygun olan diğer bir görüşe göre¹⁴⁸; eserdeki ayıbın müteahhit tarafından kasten saklanmış olması halinde, iş sahibinin herhangi bir sebeple hatta ihmali ile ayıbı bildirmede gecikmesi, onun ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını düşürmez. Aksi bir tutum; kanun koyucu tarafından kötüniyetli davranan müteahhidin haklarının korunması sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise; eser sözleşmenin tacirler arasında akdedilmiş olması halidir. Bu durumda ayıbın bildiriimi ile ilgili olarak TTK m.25'de yer alan düzenlemenin mi yoksa; BK m. 359 vd.

anlayacak durumdaysa, artık ulaşacağı boyutlar hakkında kesin bir fikir sahibi olmasa da müteahhide derhal durumu bildirmesi gerekli görülmelidir. (Öz, sh. 118)

¹⁴⁵ Burcuoğlu'na göre; burada açık ayıpların varlığı halinde söz konusu yükümün yerine getirilmemesine bağlanan sonuç ifade edilmiştir. (Burcuoğlu, Eser, sh. 308); ayrıca bk. Öz, sh. 117; Seliçi, İnşaat, sh. 155.

¹⁴⁶ Burcuoğlu, 315, vd; Tandoğan, Borçlar, 220; Uğur Abdullah; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, İstanbul 1989, sh. 72.

¹⁴⁷ Bucher, sh. 209 (Uçar, sh. 152, naklen).

¹⁴⁸ Tandoğan, Borçlar, sh. 174.

hükümlerinin mi uygulanacağı konusuna da değinmekte fayda olacağı düşüncesindeyim. Yargıtay tarafından verilen kararlar; bu gibi durumlarda BK m. 359 vd. hükümlerinin uygulanacağına ilişkindir.¹⁴⁹

Ayıpların ne şekilde ihbar edileceğine ilişkin kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden işbu bildirim sözlü, yazılı ve/veya dava yolu ile yapılabilecektir¹⁵⁰. Dolayısıyla iş sahibi eserin teslim alındığı sırada ayıplı olduğuna ilişkin iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir.¹⁵¹

Ancak hiç kuşkusuz ki şekil ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Bildirim hukuki sonuçlarını müteahhide ulaştığı anda değil; gönderildiği anda doğurur.¹⁵² Tandoğan'a göre; bildirim postaya verilmiş olması yeterlidir; bunun müteahhide ve/veya temsilcisine ulaşmış olması aranmaz. Kaldı ki ayıpların vaktinde bildirilmediğine ilişkin iddia müteahhit tarafından ileri sürülmedikçe hakim tarafından da dikkate alınmayacaktır.¹⁵³

¹⁴⁹ <http://www.kazanci.com>, Yarg. 15.HD; E. 2006/1260 - K. 2007/2145, T. 5.4.2007 "Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklandığından ayıp ihbarı ile ilgili TTK.nun 25. maddesinin değil BK.nun 359 vd. maddelerindeki hükümlerin uygulanması gereklidir. Buna göre eseri teslim alan iş sahibinin, imkanını bulur bulmaz eseri muayene etmesi ve kusurlarını karşı tarafa bildirilmesi zorunludur. Dava konusu olayda makine 27.03.2004 tarihinde teslim alınmış ise de sözleşmede kararlaştırılan kapasitede iş görmediği, 04.06.2004 tarihinde yapılan tesbit sonucu alınan rapor ile belirlenmiş ve davalıya uyarı yapılmıştır. Esasen eserin bir yıl süre ile garanti kapsamında olması nedeniyle yüklenicinin bu müddet içerisinde makinedeki arızaları gidermesi ve taahhüt ettiği çalışma kapasitesini sağlaması zorunludur. Bu hususun ayrıca ihbarına da gerek yoktur."

¹⁵⁰ <http://www.kazanci.com>, Yarg. 15. HD, E. 1996/4980 - K. 1996/5525, T. 23.10.1996 "Ayıp ihbarı şekle tabii değildir. ... Ancak yine dava dilekçesinde ihtardan önce sözlü başvuru varlığından bahsedilmiş olmakla ve ayıp ihbarı şekle bulunmadığından davacı yanın ileri sürdüğü makul sürede ihbarın varlığı hususunda kanıtlarının sorulup istenilmesi kanıtlanmadığı takdirde yukarıda açıklanan nedenlerle BK 98/II. maddesi yollaması ile aynı yasanın icap ederse bilirkişiden ek raporda alınacak, kullanılan süre ve hakkaniyet de gözetilmek suretiyle zarardan indirimine gidilmesi suretiyle hüküm tesisi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir"

¹⁵¹ Aral, sh. 370; ayrıca bu konudaki Yargıtay kararları için bk. Karahasan, İnşaat, sh. 268; Uygur, sh. 897 vd.

¹⁵² Seliçi, İnşaat, sh. 152

¹⁵³ Y. 15. HD. 22.2.1990 T., E.3070, K. 736 (Karahasan, İnşaat, sh. 279)

5. İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN HAKLARI

5.1. Genel Olarak İş Sahibine Tanınan Haklar

BK 360. maddesi ile; teslim edilmiş eseri muayene ve ayıbı ihbar yükümünü yerine getiren iş sahibine eserin onarılmasını talep hakkı, sözleşmeden dönme hakkı veya ücretin indirilmesini isteme hakkı tanınmıştır. İş sahibi koşullarının gerçekleşmiş olması şartı ile; kendisine tanınan hakları kullanma yetkisine sahip olur. Bu hakların iş sahibine tanınmasının nedeni eserdeki mevcut ayıplardır.¹⁵⁴ Borçlar Kanunu eserdeki ayıbın giderilmesi, sözleşmeden dönme ve ücret indiriminin yanı sıra, iş sahibinin, müteahhidin kusurlu olması halinde, bozukluğun neden olduğu zararlar sebebiyle tazminat isteyebileceğini de kabul etmiştir. Burada asıl amaç iş sahibinin ayıbın giderilmesi, sözleşmeden dönme veya ücret indirimi hakkını kullanmasına rağmen, ayıbın neden olacağı zararın tamamen giderilmemiş olması halinde kusurlu davranan müteahhidin bu zararı gidermek zorunda bırakılmasıdır¹⁵⁵. Zararın tazmini BK'nın genel hükümlerine göre değil, ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülmüştür.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Seliçi, İnşaat, sh. 156, Uçar, sh. 165, Tandoğan, Borçlar, sh. 177; Karahasan Mustafa R., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C II, İstanbul 2002, sh. 291; Velidedeoğlu Hıfzı Veldet/ Özdemir Rafet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel- Özel), Ankara 1987, sh. 575

¹⁵⁵ Burada önemle belirtmek gerekir ki; iş sahibinin, eserin sözleşmeye uygun olmaması (ayıplı) olması halinde tazminat isteme hakkı vardır. Ancak, sözleşmede taraflar arasında gecikmeye yönelik cezai şart kararlaştırılmış olması hallerinde ve iş sahibi tarafından seçimlik haklardan onarım hakkının kullanılması durumunda; gecikme cezası onarım için geçen süre bakımından talep edilemeyecektir.

Kendigelen, Abuzer; Hukuki Mütalaalar, c. III, Ticari İşletme - Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, İstanbul 2006, Arıkan Yayıncılık, Bölüm 62. İstisna Akdi – Eserin Ayıbından Sorumluluk, Bilirkişi raporu, sh. 600,601, "... İhtilaf konusu olayda, araçların teslim tarihi dosya içeriğinden tam olarak tespit edilememiştir. Bu açıdan bir an için davacının muayene ve ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirip, getirmediği sorunu gündeme gelmekte ise de, müteahhit davada muayene ve ihbarın geç yapıldığını ileri sürmediğinden bu husus dikkate alınmamış, muayenenin süresinde yapıldığı esastan hareket edilmiştir. ... yapılan incelemede de damperlerin sözleşmeye uygun olarak yapılmadığı tespit edildiğinden, eserin ayıplı olduğu ve bu nedenle ortaya çıkan zararın davalı tarafından tazmini gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu nedenle davalı bilirkişi raporunda belirtilen ve dosyaya faturalarının da ibraz edildiği beş adet damper için toplam TL onarım bedelini tazmin etmekle yükümlüdür. Buna karşın davacının taraflar arasındaki gecikme bedelinden doğan cezai şart niteliğindeki günlük 33.250 TL gecikme cezasını ilk beş

İş sahibine tanınan seçimlik haklar birbirleri ile eş değerde değildir. İş sahibinin iradesine bağlı olmayan yasal sınırlamalar nedeni ile iş sahibinin, seçimlik hakkını dilediği gibi kullanmasına belli kısıtlamalar getirilmiştir.¹⁵⁷

İş sahibine tanınan; ayıba karşı tekeffülden doğan haklar ile ilgili seçim hakkı, hukuken yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Seçilen hak tıpkı ayıp bildiriminde olduğu gibi tek taraflı, müteahhide yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanılır. Ancak burada ayıp bildiriminden farklı olarak hukuki sonucun doğumu hangi hakkın kullanılacağına ilişkin beyanın müteahhide varması ile söz konusu olur. Bildirimin müteahhide varmasından itibaren, iş sahibinin seçimlik hakkı son bulur. Başka bir deyişle; iş sahibi seçimlik hakkını kullanarak, müteahhide bildirdiği hak ile bağlıdır.¹⁵⁸

Kural olarak, seçim hakkının kullanılması ile birlikte iş sahibinin hakları seçilen hakta toplanır ve diğer haklar düşer. Bununla birlikte, bu konuda iş sahibi nezdinde oluşan zarar ziyana yönelik tazminat hakkı istisnaidir. Tazminat hakkı seçimlik hakların yanı sıra; uygun şartların mevcut olması koşulu ile; diğer haklarla birlikte talep edilebilir. İş sahibinin müteahhide bildirmiş olduğu seçimlik hakla bağlı olmasının bir diğer istisnası da; müteahhitten talep edilmiş olan onarımın başarısız olması halidir. Bu durumda iş sahibinin yeniden bir seçim hakkı doğar ve iş sahibi kanuni hükümler çerçevesinde seçimlik hakkını yeniden kullanabilir.¹⁵⁹

Eser sözleşmesinin ayıptan doğan haklara ilişkin düzenlemesi, BK'nın genel nitelikli düzenlemeleri yanında özel nitelikli bir düzenlemedir. Ayrıca ayıp

damper için talep edemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kusurlu da olsa edim ifa edilmiştir. Bu nedenle sadece müteahhidin gecikmesi halinde uygulanacağı kararlaştırılan bu gecikme cezası, damperlerin onarımı için geçen süre yönünden talep edilemeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, edimin gereği gibi ifa edilmemesi (ayıplı ifa edilmesi) nedeni ile davacının örneğin kar kaybı gibi başkaca zararları varsa – ispat etmek kaydı ile- bunları talep etmesi mümkündür...”

¹⁵⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 156; Uçar, sh. 165; Tandoğan, Borçlar, sh. 177; Karahasan, Borçlar, sh. 291; Zevkliler sh. 338 vd.

¹⁵⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 157

¹⁵⁸ Hukuki sonuç doğduktan sonra iş sahibinin beyanını geri alamamasındaki amaç; meydana gelen hukuki sonucun açık ve belirli olması ve kesin sonuç doğurarak muhatap için bir emniyetsizlik durumunun ortaya çıkmasının engellenmesidir. Bununla birlikte hukuki sonuç doğduktan sonra iş sahibinin müteahhidin muvafakat etmesi halinde beyanını geri almasında bir sakınca yoktur. (Seliçi, İnşaat, sh. 158)

¹⁵⁹ Uçar, sh. 166

dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar da emredici değildir. Taraflar bu hususta sözleşmede farklı bir düzenleme yapma imkanına da sahiptirler.¹⁶⁰

5.2. İş Sahibinin Seçimlik Hakları

5.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

5.2.1.1. Genel olarak sözleşmeden dönme kavramı ve hukuki niteliği

BK 360/1. m. hükmü gereğince; "Yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya¹⁶¹ mukavele koşullarına aykırı olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir¹⁶²; bu hususta müteahhitnin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir."

Madde metninde ifade edilen "kabulden imtina" kavramı "sözleşmeden dönme" ile aynı anlamdadır.¹⁶³ Dönme, iş sahibine tanınan tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir hak olup, eser sözleşmesini geriye etkili¹⁶⁴ olarak sona erdirmeye yönelik bir irade açıklamasıdır.¹⁶⁵

İş sahibi, müteahhide yöneltmiş tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeden dönme hakkını kullanır. Hakkın kullanılması ayıbın bildirilmesinde olduğu gibi herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla hukuki serbesti çerçevesinde sözlü ve/veya yazılı olarak yapılması mümkündür. Burada şekil ispat kolaylığı sağlayacağından yazılı şekil veya noter kanalı ile irade açıklamasının gönderilmesi iş sahibi açısından faydalı olacaktır. Dönme

¹⁶⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 160; Tandoğan, Borçlar, sh. 177; Uçar, sh. 167

¹⁶¹ BK m. 360/I'deki "ve" kelimesi yanlış olarak çevrilmiştir. Bu kelimenin "veya" şeklinde anlaşılması gerekir. (Tunçomağ, Borçlar, sh. 1030)

¹⁶² Y. 15.HD., 4.4.1991 T.; E. 990/4414, K. 991/1733 kararı uyarınca; "Yüklenici tarafından yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edemeyeceği derecede kusurlu olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir. Somut olayda iş sahibi, yapılan kalıbı işe yaramaz derecede ayıplı olması nedeni ile davacıya iade etmiştir. Bu durumda davanın reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup kararın bozulmasını gerektirmiştir.", Uçar, sh. 358

¹⁶³ Tandoğan, Borçlar, sh. 177; Seliçi, İnşaat, sh. 160; Öz, sh. 102-103; Burcuoğlu, Eser, sh. 289; Karahasan, sh. 292; Şenocak, 48; Velidedeoğlu/Özdemir, sh. 575

¹⁶⁴ Geriye etkiden anlaşılan borç ilişkisinin başlangıçtan beri kaldırılması, sözleşmenin hiç kurulmamış gibi addedilmesidir. (Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, (Sürekli Borç İlişkileri), sh. 208)

¹⁶⁵ Tandoğan, Borçlar, sh. 177; Seliçi, İnşaat, sh. 160; Öz, sh. 128; Burcuoğlu, Eser sh. 289; Karahasan, Borçlar, sh. 291, Uçar, sh. 172

beyanı açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Örneğin iş sahibinin sözleşmeden döndüğünü; sözleşmeyi feshettiğini beyan etmesi açık olarak sözleşmeden dönme anlamına gelebileceği gibi; iş sahibinin müteahhite ödemiş olduğu ücreti geri istemesi de zımnen sözleşmeden dönme anlamına gelecektir.¹⁶⁶

Dönme hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılması gerekmez; taraflar arasında konu ile ilgili uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde mahkeme sadece bu hakkın kullanılıp kullanılmadığını ve sözleşmenin ortadan kalkıp kalkmadığını açıklayıcı bir karar verecektir.¹⁶⁷

Dönme hakkının kullanılacağına ilişkin beyanın müteahhite varması ile birlikte eser sözleşmesi geriye etkili olarak sona erer. Bu hukuki sonucun ortaya çıkmasında müteahhitin kabul ve/veya muvafakat beyanına ihtiyaç yoktur.¹⁶⁸

Dönme beyanı ile birlikte sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkmasına bağlı olarak bir yandan tarafları karşılıklı olarak yükledikleri edimlere ilişkin alacakları sona erer, diğer yandan daha önce yerine getirmiş olmaları halinde ise; söz konusu edimleri geri verme yükümlülükleri doğar. Müteahhitin ücretini peşinen almış olması halinde bunu faiziyle, buna karşılık iş sahibi de eseri ondan elde ettiği yararlarla birlikte geri vermek zorundadır. İş sahibi eser için yaptığı bakım, tamir, sigorta giderleri gibi harcamalarını, eserde kullanılan malzemenin değerini müteahhitten talep edebilir. Malzemenin değerinde müteahhitin ve/veya yardımcılarının kusurlu hareketleri ile oluşan bir azalma olması halinde bu azalma da ayrıca müteahhit tarafından tazmin edilmelidir.¹⁶⁹

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden önce olması halinde bu borçlardan kurtarıcı, borçların yerine getirilmesinden

¹⁶⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 161; "Sözleşmenin her iki tarafı da tacir ise, dava dışındaki dönme beyanının geçerli olabilmesi için TTK m.20/III uyarınca, "noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır" (bk. Tandoğan, Borçlar, sh. 178)

¹⁶⁷ Tandoğan, Borçlar, sh. 178

¹⁶⁸ Seliçi, İnşaat, sh. 161

¹⁶⁹ Öz, sh. 225 vd; Tandoğan, Borçlar, sh. 178; Seliçi, İnşaat, sh. 162; Yavuz, Borçlar, sh. 481-482

sonra bu hakkın kullanılmasının ise, ifa konusu edimlerin geri verilmesini sağlayıcı etkisi bulunmaktadır.¹⁷⁰

Dönme ile ilgili olarak doktrinde tartışmalı olan husus; dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeden doğan borçlara etkisidir. Konuyla ilgili olarak doktrinde ileri sürülen görüşler şöyledir:

5.2.1.1.1. Klasik dönme kuramı

Sözleşmeden dönme hakkı, esas olarak satım hukukunda geçen "değiştirme" hakkına denk gelen ve onunla aynı nitelikli haktır. İş sahibinin eser sözleşmesini "ex tunc-geçmişe etkili" olarak sona erdirmeye hakkı vardır. Her iki taraf da sözleşme gereği olan edim mükellefiyetlerini yerine getirmekten kaçınabilirler ve o ana kadar ifa etmiş oldukları edimleri geri talep edebilirler. Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı irade açıklaması ile kullanılan ve karşı tarafa iletilmesi anı ile birlikte sonuç doğurarak sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğurucu bir haktır. Tam anlamıyla da sözleşmeden dönme niteliği taşır.¹⁷¹

Dönme bildirimini sözleşmeyi dolaysız bir güçle etkilemekte ve onu geçmişe etkili (ex tunc) olarak sona erdirmektedir. Burada "dönme" bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğini taşır. Bu hakkın kullanılmasının geriye etkili olması sonucu; dönme üzerine sözleşme ilişkisi kurulduğu andan itibaren, bir iptal işlemi gibi geçmişe etkili olarak hiç kurulmamışçasına ortadan kalkar. Geçmişe etkili olarak bu sözleşmeden doğan hakların ve borçların hiç doğmamış oldukları kabul edilir. Böylece doğmuş ve fakat henüz ifa edilmemiş olan borçlar sona erer; yerine getirilmiş olan edimlerin ise onları doğuran hukuki neden olan sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kılınması nedeni ile; sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri verilmesi gerekir.¹⁷²

5.2.1.1.2. Yasal borç ilişkisi kuramı

¹⁷⁰ Yavuz Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, sh. 168-169; Serozan, Sözleşme, sh. 152 vd

¹⁷¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 179; Seliçi, İnşaat, sh. 160

¹⁷² Öz, sh. 34; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1160; Buz, sh. 118 vd; Seliçi, İnşaat, sh. 162

Yasal borç ilişkisi kuramına göre, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu bir sebepsiz zenginleşme borcu değildir. Bu borç BK 108 m. düzenlemesinden doğan, doğrudan doğruya bu hükümden kaynaklanan, özel bir iade borcu niteliğindedir. Dönme sözleşme ilişkisini bir sebepsiz zenginleşme ilişkisine değil BK m. 108. düzenlediği "yasal borç ilişkisi"ne dönüştürür. Ancak iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin (BK 63 m. vd.) kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Zira, BK 108.m.'de iadeye ilişkin düzenlemeler bulunmadığından ilgili sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gereği hasıl olmaktadır. Bu durum itibariyle söz konusu görüşün klasik dönme görüşüne oranla yarattığı tek fark iade borcunun; BK m. 125.'deki on yıllık zamanaşımı süresine bağlanmamış her borç için genel bir kural olmasıdır. Görüldüğü gibi yasal borç ilişkisi bazı farklılıklar dışında, dönmenin borç ilişkisini dolaysız bir güçle sona erdirdiği konusunda klasik dönme kuramıyla uyum içindedir. Bununla birlikte, bu görüş altında da dönme,bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir.¹⁷³

5.2.1.1.3. Yeni dönme kuramı

Yeni dönme kuramına göre dönmenin, sözleşme ilişkisine etkisi ne geçmişe (ex tunc) ne de ileri etkili(ex nunc) sona erdirme şeklindedir. Bu görüşe göre; dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir.¹⁷⁴ Bir başka deyişle, bu borç ilişkisini tersine çevirir. Bu tasfiye ilişkisinde de sözleşmeden doğan borçlar tersine dönerek devam eder. Yani sözleşmeden dönme, sözleşmeyi doğrudan ortadan kaldıran bir etki yapmamakta, dolaylı bir etki ile salt verme yükümlülüklerini geri verme yükümlülüklerine dönüştürmektedir.¹⁷⁵

Yeni dönme teorisine göre, diğer teorilerden farklı olarak sözleşmeden dönme bir "değiştirici yenilik doğuran hak"ın kullanılması niteliğindedir. Dönme üzerine henüz ifa edilmemiş borçlar son bulmayıp sadece borçlunun

¹⁷³ Serozan, sh. 66 vd; Öz, sh. 36-37; Buz, sh. 120 vd

¹⁷⁴ Serozan, sh. 72 vd; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, sh. 209 vd.

¹⁷⁵ Seliçi, İnşaat, sh. 162, Yavuz, Borçlar, sh. 482.

ifadan kaçınmasına imkan sağlayan bir def'i hakkı doğurmakta¹⁷⁶, yerine getirilmiş edim borçları ise yine doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan akdi borçlar olarak iade borçları haline gelmektedir.

Öğretide yer alan ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramı arasında uzlaştırıcı olan bir başka görüşe göre ise¹⁷⁷, daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri, hakkın sona erdiği itirazı ile kendiliğinden sona ermiş olacak; yerine getirilmiş sözleşme edimleri açısından ise, sözleşmeye dayanan akdi bir geri verme istemi ile geri verilmesi söz konusu olacaktır. Böylece bu görüşte, sözleşmenin ifasına kadar ilk görüşün, ifasından sonra ise ikinci görüşün benimsendiği görülmektedir.

5.2.2. Eser Sözleşmesinde Dönme Hakkının Kullanılabilmesinin Özel Şartı

İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sonuçları itibariyle en ağırı olduğundan, sözleşmeden dönme bazı koşullara bağlanmıştır.

BK 360. m. hükmüne göre; eser sözleşmesinden dönme, eserdeki bozukluk, eseri iş sahibi için kullanılamayacak bir duruma sokmuşsa veya bozukluk dolayısıyla dürüstlük kuralına göre iş sahibinden eseri kabul etmesi beklenemeyecek ise mümkündür. Hüküm ilk olarak iş sahibinin ihtiyaçlarına göre eserin kullanılmaya elverişsiz, işe yaramaz durumda bulunmasına işaret etmektedir.¹⁷⁸ Kural olarak kullanılmaya elverişsizliğin düzeltilerek giderilmesinin imkansız olması halinde de iş sahibinin dönme hakkı vardır.¹⁷⁹

İş sahibinin nısfet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eser karşısında bulunup, bulunmadığı somut olayın koşulları göz önüne

¹⁷⁶ Serozan, sh. 545, Yavuz, Satıcı, sh. 169; Buna karşılık Seliçi'ye göre; henü ifa edilmemiş borçlar ileriye etkili olarak sona erecektir.(bk. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, sh. 210.

¹⁷⁷ Yavuz, Satıcı, sh. 242.

¹⁷⁸ Seliçi, İnşaat, sh. 163; Burcuoğlu, Eser, Sh. 290; Şenocak, sh. 50. BK m. 360/I'de geçen eserin kullanılmazlığı ve kabulün beklenemezliği dönme hakkının alternatif şartı değildi, asıl şart kabulün beklenilmezliği olupkullanılmazlık onun uygulama hallerinden biridir. Zira kullanılabilir bir eserin iş sahibince kabulü başka nedenlerle mesela estetik nedenlerle beklenmeyebilir. (Bk. Tandoğan, Borçlar, sh. 181).

¹⁷⁹ Seliçi, İnşaat, sh. 163.

alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete uygun bir şekilde tartılması suretiyle belirlenir. Bu tartma yapılırken, ayıbın çeşidi ve kapsamı bakımından olayın bütün önemli koşulları göz önünde tutularak sözleşmenin ortadan kalkmasını haklı gösterip göstermediğine bakılmalıdır.¹⁸⁰ Bu noktada kolaylıkla giderilmesi olanağı bulunan bir bozukluk halinde, dönme yoluna gidilmesi dürüstlüğe aykırı düşebilir. Bu hallerde bozukluk daha az önemli bozukluk olarak kabul edilmelidir.¹⁸¹

Eserin kullanılmazlığı halinde artık onun iş sahibi tarafından kabulü de beklenemez; ancak bunun için, ayıp yüzünden eser tümüyle ve kesinlikle kullanılmaz olmalıdır. Azalmış kullanılabilirlik veya sadece sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişsizlik veya giderilebilir bir ayıbın olması kullanılmazlık koşulunun gerçekleşmesi için yeterli değildir; ayıp o kadar önemli olmalıdır ki, eseri herhangi bir makul kullanmaya elverişsiz kılsın.¹⁸²

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı BK 360/3 m.'de bir diğer sınırlamaya tabi tutulmuştur. Hükme göre, eser, şayet iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış ve eserin kaldırılması veya yıkılması fazlaca bir zarar yaratacak ise, iş sahibi sözleşmeden dönemeyecek ve ücretin indirimi ile onarım isteme arasında bir seçim yapacaktır. Hükümün temelindeki düşünce, yaratılmış bir değer kolaylıkla bertaraf edilmesinin önlenmesidir.¹⁸³

Eserin kaldırılmasının müteahhit için aşırı bir zarara yol açıp açmadığı hakimin takdirine bağlıdır (MK m.4); hakim bu takdirini kullanırken somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde tutmalıdır.¹⁸⁴

5.2.3. Ücret İndirimi Hakkı

¹⁸⁰ Tandoğan, Borçlar, sh. 181.

¹⁸¹ Seliçi, İnşaat, sh. 163; Tandoğan, sh. 182.

¹⁸² Tandoğan, Borçlar, sh. 182.

¹⁸³ Tandoğan, Borçlar, sh. 183, Seliçi, İnşaat, sh. 163; Burcuoğlu, Eser, sh. 201; Karahasan, Borçlar, sh. 293.

¹⁸⁴ Tandoğan, Borçlar, sh. 183, Seliçi, İnşaat, sh. 163; Burcuoğlu, Eser, sh. 201; Uçar, sh. 180.

BK 360/2 m.'ye göre, eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli değilse, iş sahibi, ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilir.¹⁸⁵

Ücretin indirilmesini isteme hakkı tek taraflı ve yöneltmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözü geçen beyanın müteahhite varmasıyla onun ücret alacağı daha düşük bir miktara iner. İş sahibi ücret indirimi hakkını kullandıktan sonra, tarafların aralarında anlaşarak eser ücretinden indirilecek tutarı tespit etmeleri mümkündür; fakat bu konuda anlaşma olmaması halinde, indirilecek tutarın tespiti mahkeme kararıyla olacaktır. İhtilaf halinde, indirilecek tutarın belirlenmesine ilişkin hakim kararı, bir tespit hükmü niteliğindedir.¹⁸⁶

İş sahibinin indirim hakkını kullanması sonucu eser ücretinin indirilmesi, bir borcun yenilenmesi değildir. Çünkü burada eski bir borç yerine yeni bir borç ihdas edilmemektedir. Aynı şekilde eser ücretinin indirilmesiyle yeni bir sözleşme de yapılmış olmamaktadır. Burada sadece eser sözleşmesinin unsurlarından birinde (ücret unsurunda) bir değişiklik meydana gelmektedir.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Yargıtay 15. HD, 10.5.2000 T., E. 342, K.2291 sayılı kararına göre; "BK'nun 360. maddesi hükmünce, yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı veya nispet kaidesine göre kabule icbar edemeyecek derecede kusurlu olursa, iş sahibi eseri kabulden ve bedeli ödemededen kaçınabilir. Şayet iş, yukarı derecede kusurlu değilse; bu defa eser bedelinden tenzil isteyebilir. Somut olayda, 10.06.1996 günlü bilirkişi raporuyla bilgisayara yüklenen Emis yazılım paketinin tam olarak uyarlanması, kullanımda aksamaların bulunduğu, ancak bunların giderilebileceği belirtildikten sonra yazılım paketlerinin gerçek işletme koşullarında çok kullanıcı olarak da sınanması gerektiği, sonuçta Emis yazılım paketi tesliminin tam olarak bitirilemediği tespit edilmiştir. Rapor bu haliyle eserin kabulden kaçınabilecek derecede kusurlu ve sözleşme şartlarına uygun olup, olmadığı veya mevcut hali ile bedelden tenzil gerektirip gerektirmediğini açıkça ortaya koymamaktadır. O halde mahkemece, konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna yerinde keşif suretiyle yeniden inceleme yaptırılarak eserin mevcut durumunun ne olduğu BK. 360. maddesi hükmü doğrultusunda incelettirilmeli, sonucu dairesinde bir hükme varılmalıdır. Eksik araştırma ve incelemeyle davanın yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirir" (Öktem Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları (makale), İstanbul Barosu Dergisi, cilt 80, 2006/5, sh. 1957).

¹⁸⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 168; Tandoğan, Borçlar, sh. 186; Burcuoğlu, sh. 293; Baygın Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, sh. 232.

¹⁸⁷ Yavuz, Satıcı, sh. 180.

İş sahibinin ücret indirimini seçtiğini bildirmesi üzerine, eserdeki ayıp oranında sözleşmedeki ücret borcu azalmış sayılır. Bu halde iş sahibi daha önce ödemede bulunmamışsa, müteahhitnin indirilmiş miktardan fazlaya ilişkin talebini borçlu olmadığı gerekçesiyle reddedebilir. Eser ücreti tamamen ödenmişse, indirilmiş ücret tutarı faiziyle birlikte geri istenecektir. Söz konusu iade talebi, nedensiz zenginleşmeye değil, yine eser sözleşmesinden kaynaklanan bir iade borcuna dayanır.¹⁸⁸

İş sahibinin ücretin indirilmesi hakkını kullanabilmesi için ayıba karşı tekeffülün genel koşullarından başka bazı özel koşulların gerçekleşmesi gerekir. Ücretin indirilmesi için teslim edilmiş bozukluk bulunan eserin hali hazır değerinin, sözleşmede öngörülen bozuk olmayan eserin değerinden daha düşük olması gerekir. Hüküm bu değer farkının var olmasını zorunlu ve yeterli bulmaktadır. Eserde mevcut bozukluklar bir değer düşüşü yaratmıyor, sadece eserin amacına uygun kullanılmasını etkiliyorsa, koşullarının gerçekleşmesine göre, iş sahibi bozukluktan doğan diğer hakları kullanabilecektir.¹⁸⁹

Bozukluk taşıyan eserin değeri teslimden sonra, piyasa koşulları sebebi ile artarak iş sahibinin ödeyeceği ücrete karşılık teşkil edecek duruma gelse bile, iş sahibi ücret indirimini isteyebilir. Bu halde iş sahibine ücret indirim hakkı tanınması, onun sözleşmeyi elverişli bir ücretle yapmış olmasının yararından yoksun bırakılmaması içindir.¹⁹⁰

Ücret indirim hakkının kullanılabilmesi için ayıplı eserin tamamen değersiz olmayıp, az çok bir değer taşıması gerekmektedir¹⁹¹. Ayıplı eserin değeri hiç

¹⁸⁸ Tandoğan, Borçlar, sh. 187, Öz, sh. 95-96.

¹⁸⁹ Seliçi, İnşaat, sh. 166-167; Tandoğan, Borçlar, sh. 233; Burcuoğlu, Eser, sh. 293. Seliçi'ye göre, söz konusu durum istisnaen ortaya çıkar. Kural olarak gerekli niteliklerin yokluğu inşaatın gerek kullanmaya elverişliliğini gerekse değerini etkileyecektir. Diğer taraftan inşaat sahibi bozuk inşaatı sonradan satmışsa, elde edilen satış bedeli bozuk olmayan inşaatın teslim sırasında haiz olduğu değeri aşıya dahi; ücret indirim hakkını kullanabilir, teslim sırasında değer artışları müteahhidin sorumluluktan kurtulmasına olanak vermez. (Bk. Seliçi, İnşaat, sh. 167).

¹⁹⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 167; Tandoğan, Borçlar, sh. 188; Öz, sh. 123.

¹⁹¹ YKD. C.26, Eylül 2000, s.9, sh. 1392;Yarg. 15. HD, E. 2000/342 – K. 2000/2291; T. 10.05.2000 "BK 360. madde hükmünce, yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı veya nasfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ya da sözleşme şartlarına aykırı olursa, iş sahibi eseri kabulden ve bedelini

yoksa (sıfır ise), BK 202/3 m.'e kıyasen iş sahibi ancak sözleşmeden dönme yolunu seçmelidir. Aynı şekilde, ücretten indirilecek tutarın ücrete eşit olduğu durumlarda da sözleşmeden dönülmesi zorunluluğu vardır.¹⁹²

Eser sözleşmesinde indirilecek tutarın ne şekilde hesaplanacağına dair BK'da açık bir hüküm yoktur. BK 360/2 m.'de "...işin kıymetinin noksanı nispetinde..." bir indirim yapılacağı belirtilmektedir. Satım sözleşmesine ilişkin olarak "indirim hesaplanması" kenar başlığını taşıyan BGB § 472'de ise "satım parası, şeyin satım zamanındaki ayıpsız değerinin gerçek değerine olan oranı ölçüsünde indirilir." demek suretiyle açıkça nispi metot kabul edilmiştir. Eser sözleşmesinde bu yönde açık bir hüküm olmamakla birlikte gerek satım sözleşmesinde gerekse eser sözleşmesinde ayıp nedeni ile ücretten indirilecek tutar hesaplanırken nispi metodun¹⁹³ kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹⁴

ödemedi kaçınabilir. Şayet iş, yukarı derecede kusurlu değilse bu defa eser bedelinden tenzil isteyebilir...".

¹⁹² Seliçi, İnşaat, sh. 167; Tandoğan, Borçlar, sh. 189; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1034; aksi görüşte Öz, sh. 123; Burcuoğlu, Eser, sh. 294. Burcuoğlu'na göre; "Baskın görüş BK 202/III'ün kıyasen uygulanması gerektiğinden hareket etmektedir. Satım sözleşmesine ilişkin düzenleme ile eser sözleşmesi düzenlemesi arasında koşutluğun mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerektiği düşüncesinin yerinde olduğu kanısındayım. Ancak iki düzenleme arasında şu önemli farkın bulunduğu unutulmamalıdır. Eser sözleşmesinde iş sahibi ayıp halinde onarımı isteme hakkına sahipken, satım sözleşmesinde yasa, alıcıya böyle bir hak tanımamıştır. Bu nedenle eğer eseri değersiz hale getiren ayıp, aşırı harcamayı gerektirmeden, onarım suretiyle giderilebilecekse, iş sahibinin bu haktan da yararlandırılması hakkaniyete daha uygundur. (bk. Burcuoğlu, Eser, sh. 294)

¹⁹³ www.kazanci.com, Yarg. 15. HD; 23.10.1976, 1976/1644 E - 1976/3316 K; "Yapılan soruşturma ve toplanan kanıtlar ve özellikle bilirkişi raporu ile davalı üstencinin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesiyle yüklendiği edimi gereği gibi yerine getirmediği, ipliklerin bozuk (ayıplı) bulunduğu, kararlaştırılan nitelikten ayrımlı olarak yapıldığı saptanmıştır. Bu durumda, iş sahibi davacının BK. md. 360/11'e dayanarak eser parasından (ücretinden) indirime ilişkin olarak, yasa hükmünde kendisine tanınan seçimlik hakkını kullanması ve dava açması, doğrudur. Ne var ki, ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da (Örneğin 3. HD. 29.11.1966 T. 7843 E. 7506 K.; 9.10.1962 T. 7285 E. 7573 K.; 9.3.1963 T. 131 E. 1926 K. sayılı ilamları) satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretide (doktrinde) de desteklenen (Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, Fasikül I, Çeviren: Prof. Fikret Arık, 1966, Sh. 116/117; Prof. Dr. F. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 1970, Sh. 218; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 1974, Sh. 119; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1, 1974, Sh.

Buna göre bu metot şöyle olmaktadır¹⁹⁵:

$$\text{Ödenecek İndirilmiş Ücret} = \frac{\text{Kararlaştırılan Ücret X Ayıplı Değer}}{\text{Ayıpsız Değer}}$$

Yukarıda verilen formül uygulanırken, eserin ayıplı ve ayıpsız değerinin takdirinde teslim yeri ve zamanındaki rayiçler göz önüne alınmalıdır. Zira satım sözleşmesi bakımından bu değerlendirmenin hasarın geçişi anına göre yapılacağı kabul edilmektedir. Eser sözleşmesinde hasar teslimle geçtiğine göre, değerlendirme eserin iş sahibine teslim edildiği an esas alınarak yapılmalıdır; zaten müteahhit teslim anı için ayıpsız bir eser vermeyi borçlandığına göre doğrusu da budur.¹⁹⁶

Uygulamada çok karşılaşılan bir eser sözleşmesi türü de arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesidir. Bu tür sözleşmelerde ücretten indirimden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır.

Seliçi'ye göre, BK 360/2 m. hükmü, para ile tayin edilen ücreti esas almıştır. Bu nedenle, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde arsa payını temlik eden malikin ayıp dolayısıyla "arsa payından indirim" yapması söz konusu olmaz. Bu halde değer düşüşü ancak para olarak talep edilebilir.¹⁹⁷

140) bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem "nisbi metod" diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin (şeyin) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu (bozuk) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır. Oysa, yerel mahkemenin hükme dayanak aldığı bilirkişi raporunda, eser ücretinden indirilmesi öngörülen tutar belirlenirken, bu yönteme uyulmadığı saptanmıştır. Durum böyle olunca yukarıda açıklanan doğrultuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve ilkin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesinin konusu nesnenin (şeyin) ayıpsız objektif değeri ve sonra ayıplı objektif değeri belirlenmeli ve "nisbi metod" uygulanarak eser ücretinden indirilmesi gereken tutar, böylece bilirkişiler tarafından ortaya konulmalıdır."

¹⁹⁴ Yavuz, Borçlar, sh. 482; Tandoğan, Borçlar, sh. 189; Seliçi, İnşaat, sh. 169; Burcuoğlu, Eser, sh. 295 Nispi metod dışında diğer yöntemler de önerilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Satıcı, sh. 180 vd

¹⁹⁵ Tandoğan, Borçlar, sh. 191; Seliçi, İnşaat; sh. 169; Öz, sh. 95; Burcuoğlu, Eser, sh. 295

¹⁹⁶ Tandoğan, Borçlar, sh. 189-190; Seliçi, İnşaat; sh. 169. Fakat; Yargıtay kararlarında eserin ayıplı ve ayıpsız değerinin belirlenmesinde dava tarihindeki piyasa rayici veya ayıpların ortaya çıktığı gündeki rayiç dikkate alınmaktadır.

¹⁹⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 170.

Aksi görüşte olan Öz'e göre ise, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde bedel indirimi hakkının kullanılması üzerine, sözleşmeye göre müteahhide ayrılan arsa payının ayıp oranında indirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.¹⁹⁸

5.2.4. Onarım Hakkı

Eserin onarımı suretiyle ayıptan arındırılmasına yönelik bu hak da, BK 360/2 m.'de ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek kadar önemli olmadığı hallerde, ücretin indirimini isteme hakkı ile birlikte seçimlik olarak tanınmıştır.¹⁹⁹

Bu hakkın hukuki niteliği tartışılmalıdır. Bazı yazarlara göre, onarım yoluyla ayıpların giderilmesini isteme hakkı, bu konudaki edime yönelik bir alacak hakkıdır.²⁰⁰ Buna karşılık, diğer bazı yazarlara göre ise, bu hakkın ayıptan dönme hakkı ve ücretin indirilmesini isteme hakları gibi yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler.²⁰¹

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, ayıba karşı tekeffülün genel koşullarından başka bazı özel koşulların da gerçekleşmesine bağlı olarak kullanılabilir. Bu özel koşullardan ilki, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır.²⁰² Zira, eserdeki ayıbın kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı ya da kaldırılmasının imkansız olduğu hallerde artık onarım hakkının kullanılması söz konusu olmaz. Söz konusu imkansızlık ise, objektif imkansızlık ile buna eş değerde olan hukuki imkansızlıktır. Buna karşılık imkansızlığın müteahhide isnat olunabilecek bir nedenden doğmuş olması, iş sahibi tarafından ayıbın giderilmesini hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Örnek olarak müteahhidin işçilerini dağıtmış olması veya ayıbı giderme masraflarını karşılayacak mali olanaklara sahip olmaması iş sahibinin ayıbı giderme talebini ortadan kaldırmaz.²⁰³

¹⁹⁸ Öz, sh. 96.

¹⁹⁹ Burcuoğlu, Eser, sh. 296.

²⁰⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 173,174; Öz, sh. 97-98.

²⁰¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 192 vd; Yavuz, Satıcı, sh. 104-105.

²⁰² Tandoğan, Borçlar, sh. 196; Yavuz, Borçlar, sh. 484; Burcuoğlu, Eser, sh. 297; Şenocak, Zarife; Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, sh. 148.

²⁰³ Seliçi, İnşaat, sh. 177.

İkinci özel koşul ise, BK m.360/2'de yer alan "onarımın aşırı masrafı gerektirmemesi"dir. Zira, iş sahibi, eserdeki onarımın aşırı bir masraf yapılmasını gerektirmemesi durumunda müteahhide uygun süre ve olanak tanımak suretiyle müteahhitden onarımı talep edebilir. Aksi durumda, iş sahibi onarımı talep edemez. Müteahhit, onarım masraflarının aşırı olduğu bir durumda, iş sahibinin onarım istemini reddedebilir. Bu nedenle, iş sahibi, onarım masraflarının aşırı olduğu ya da verilen sürede ayıbın müteahhit tarafından giderilmemiş olması durumlarında dilerse ücretten indirim veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.²⁰⁴ Hakim, masrafın aşırı olup olmadığını, bozukluğun giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile ayıbın giderilmesinin gerektirdiği masrafları karşılaştırarak takdir edecektir.²⁰⁵

Borçlar Kanunu iş sahibinin bozukluğun giderilmesi istemi ile birlikte müteahhidin borcunu yerine getirmesi için bir süre tayin etmesi gereğinden söz etmemiştir. Ancak iş görme edimlerinin belirli bir süre gerektirdiği de kuşkusuzdur. Bu yüzden düzeltme işlerini yapabilmesi için müteahhite uygun bir süre bırakmak gerekir.²⁰⁶

Müteahhitnin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi müteahhite uygun bir mehil vermelidir ve müteahhit verilen bu süre içinde ayıpları gidermezse, BK 106 m.'deki haklar, eser sözleşmesinin özellikleri hesaba katılarak kullanılabilir.²⁰⁷ Bu durumda iş sahibi hala ayıbın giderilmesinde ısrar edebilir veya ifadan vazgeçip müspet zararını talep edebilir veya BK 360/1 m. koşullarında sözleşmeden dönebilir; ve aynı zamanda iş sahibinin burada ücret indirimi hakkına da başvurabileceği kabul edilmektedir.²⁰⁸

²⁰⁴ Uçar, sh. 199.

²⁰⁵ Seliçi, İnşaat, sh. 175; Öz, sh. 97; Tandoğan, Borçlar, sh. 197; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1034. Tarafların sözleşmede ayıp halinde onarımın yapılmasını kararlaştırmış olmaları veya müteahhidin eserin belli nitelikler taşıyacağı konusunda garanti vermesi hallerinde masraflar aşırı da olsa, ayıpların giderilmesinin istenebileceği kabul edilmektedir. (bk. Burcuoğlu, Eser; sh. 297 vd)

²⁰⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 178.

²⁰⁷ Tandoğan, Borçlar, sh. 199.

²⁰⁸ Tandoğan, Borçlar, sh. 199. Seliçi'ye göre; bozukluğun giderme talebi başlı başına diğer hakların düşmesi için yeterli değildir; dönme ve ücret indirimi hakkı bilfiil bozukluk giderildiği takdirde düşer. Bozukluğun gereği gibi giderilmemesi

Bozukluğu giderme borcu bir yapma borcu olduğu için, müteahhitin, bozukluğu gidermeyi reddettiği veya borcunu süresinde gereği gibi yerine getirmediği hallerde, iş sahibi, BK'nın 97. maddesine dayanarak hakimden bozuk kısmın asıl müteahhit hesabına, kendisi tarafından tamir ettirilmesine yetki tanınmasını isteyebilir.²⁰⁹

5.2.5. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararı Giderme Hakkı

BK'nın 360. maddesi eserin bozukluk taşıması halinde, iş sahibine dönme, ücret indirim ve düzeltme hakları yanında, müteahhitin kusurlu olması koşuluna bağlı olarak, zararının giderilmesini isteme olanağını tanımaktadır. Bu giderim istemi, iş sahibinin diğer hakları ile birlikte ileri sürülebileceği gibi, yalnız olarak da ileri sürülebilir.²¹⁰

Bu tür zararlar bozukluğa bağlı zararlar olarak ifade edilebilir. Bozukluğa bağlı zararlar, iş sahibinin dönme, ücret indirim veya düzeltme haklarını kullanmasına rağmen karşılanmayan zararlarıdır. Zararın nedeni eserdeki bozukluktur. Bozukluk taşıyan inşaat yapılmaya idi, iş sahibi de herhangi bir zarara uğramak durumunda kalmayacaktı. Bir diğer deyişle, ayıp ile uygun nedensellik bağı içinde olan tüm zararlar, ayıp sonucu zarar kapsamındadırlar.²¹¹

Ayıp sonucu zarara örnek olarak şu haller verilebilir: İnşa edilen evin ayıplı olması nedeniyle iyi kira getirememesi, ayıplı makinenin onarımı nedeniyle üretimdeki aksaklığın yol açtığı kardan yoksun kalma, ayıplı bir bacanın yangına yol açması, iş sahibinin ayıp nedeniyle kazaya uğraması gibi.²¹²

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ayıp sonucu zarar ile eser sözleşmesine aykırı davranışın iş sahibine verdiği zararın farklı olmasıdır. Özellikle müteahhitin eserin yapımı sırasında özen borcuna aykırı

halinde iş sahibi dönme, ücret indirim ve bozukluğun giderilmesi haklarından birisini seçebilir. (bk. Seliçi, İnşaat, sh. 180)

²⁰⁹ Tandoğan, Borçlar, sh. 200; Burcuoğlu, Eser, sh. 298; Seliçi, İnşaat, sh. 180; Şenocak, sh. 192. Seliçi'ye göre taraflar sözleşmede, müteahhidin süresinde bozukluğu gidermediği hallerde iş sahibinin hakime başvurmaya gerek kalmadan, bozukluğu, müteahhit hesabına, bir üçüncü kişiye tamir ettirebileceğini kararlaştırabilirler. (bk. Seliçi, İnşaat, sh. 181)

²¹⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 181; Tandoğan, Borçlar, sh. 204; Burcuoğlu, Eser, sh. 298; Karahasan, Borçlar, sh. 303; Şenocak, sh. 64.

²¹¹ Seliçi, İnşaat, sh. 182.

²¹² Tandoğan, Borçlar, sh. 205; Seliçi, İnşaat, sh. 184.

davranışının yol açtığı zararlar, bozukluk niteliğine bürünmüyorsa, genel hükümlere tabidir. Örnek olarak, müteahhit veya yardımcı şahısları iş yaparken, bizzat esere değil de, iş sahibinin başka bir malvarlığı değerine zarar vermesinde durum böyledir. Bu gibi hallerde zararın tazmini BK 356 ve BK 96 m.'ye dayandırılacaktır.²¹³

Müteahhitin, bozukluğa bağlı zararları tazmin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Böylece kanun koyucu dönme, ücret indirimi ve düzeltme haklarının doğumunda kusur koşulunu aramazken, bozukluğa bağlı zararların tazmini için kusuru şart koşmuştur. Bozukluğun meydana gelmesine müteahhitin kusurlu bir davranışı neden olmalıdır.²¹⁴

Bu noktada kusuru kanıtlama yükümünün kime ait olacağı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar²¹⁵, bozukluğa bağlı zararların bozukluk hakları düzeni içinde değerlendirilerek, kanıtlama yükümünün BK 96 m.'ye göre değil, genel kanıt yükü kuralı olan MK m. 6'ya göre belirlenmesini ileri sürmektedirler. Oysa bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca; BK m. 96'da yer alan sözleşmeye aykırılık halinde, aykırılıkta bulunan tarafın kusursuzluğunu kanıtlaması şeklindeki genel kural burada da geçerli olmalıdır.²¹⁶ BK m. 96 da normal kanıt yükünün ters çevrilmesinin nedeni, borçlunun çevresindeki bir olgunun alacaklı tarafından kanıtlanması adil (doğru) olmayacağıdır. Eser sözleşmesinde de müteahhit uzman kişidir; iş sahibinden aynı uzmanlığı beklemek olanaksızdır. Özellikle teknik işlerde, iş görme sürecindeki teknik faaliyetleri iş sahibinin bilmesi olanaksızdır; ortaya çıkan bozukluğu ve doğan zararın kanıtı yeterli görülmelidir. Uzman olan müteahhit, sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu kendisi kanıtlamalıdır.²¹⁷

Ayıp sonucu zarar için tartışmalı olan bir diğer husus ise, BK m. 205/2.'nin eser sözleşmesine kıyasen uygulanıp, uygulanmayacağı problemidir. Bazı

²¹³ Seliçi, İnşaat, sh. 182-183, Tandoğan, Borçlar, sh. 205; Buna karşılık sözleşmeden dönme halinde, iş sahibinin menfi zararının ayıp sonucu zarar çerçevesine girdiği kabul edilmektedir. (bk. Tandoğan, Borçlar, sh. 205)

²¹⁴ Seliçi, İnşaat, sh. 185; Şenocak, sh. 67.

²¹⁵ Yazarlar için bk. Seliçi, İnşaat, sh. 185 dn. 198.

²¹⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 187, Tandoğan, Borçlar, sh. 206; Burcuoğlu, Eser, sh. 300; Karahasan, Borçlar, sh. 303.

²¹⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 185

yazarlar, BK m. 205/2'nin eser sözleşmesinden dönme halinde de, doğrudan doğruya zarardan müteahhitin kusuru olmadan da sorumlu tutulması gerektiğini düşünmektedirler.²¹⁸ Buna karşılık, baskın görüş, doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar ayrımı yapılmaksızın, sorumluluğun kusura bağlı olduğunu kabul etmektedir.²¹⁹

5.3. İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Seçimlik Haklarının Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 475. maddesinde, iş sahibinin ayıp nedeniyle sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; "Eserdeki ayıp nedeniyle müteahhitin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birisini kullanabilir:

- a. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme,
- b. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme,
- c. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları müteahhite ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz."

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası, BK Tasarısının 475. maddesinin birinci fıkrasında üç bent halinde kaleme alınmıştır. BK'nın 360/1 m.'de yer alan, "o şeyi kabulden imtina edebilir" ibaresi, Tasarı'da 'sözleşmeden dönme' şeklinde düzenlenmiştir.

BK'nın 360. maddesinden farklı olarak, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu Tasarı'nın 480. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Sistematiği yapısı ve metinde yapılan sadeleştirme dışında bir hüküm değişikliği söz konusu değildir.

²¹⁸ Yazarlar için bk. Burcuoğlu, Eser, sh. 299 dn.77

²¹⁹ Seliçi, İnşaat, sh. 187-188, Tandoğan, Borçlar, sh. 206-207; Burcuoğlu, Eser, sh. 300; Şenocak, sh. 69.

6. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN SONA ERMESİ

Eser Sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu, bir başka deyişle iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını sona erdiren sebepler BK 361 ve 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

6.1. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Davranışından Kaynaklanması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sebebi ile sorumlu tutulabilmesi için ayıbın iş sahibine atfedilebilecek bir nedenden kaynaklanmaması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 361. maddesi uyarınca; yapılan şeyin kusurunun; müteahhidin açıkça beyan eylediği görüşe aykırı olarak, iş sahibinin verdiği emirlerden doğması veya kusurun herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenmesi halinde iş sahibi artık o şeyin, kusurlu ayıplı olmasından doğan (mütevellit) hakları dermeyeran edememektedir. Bu madde hükmünde açıkça beyan edilen husus; iş sahibinin bizzat kendisinin sebep olduğu eser ayıplarının müteahhidin sorumluluk sahasına girmeyeceğidir. Zira bu tür ayıplar müteahhidin açıkça beyan ettiği görüşe aykırı olarak; bizzat iş sahibinin kusurlu davranışı sebebi ile eserde oluşan ayıplardır. Bu sebeple 361. madde yorumlanırken kusurdan iş sahibinin bizzat tek başına ayıba sebebiyet verdiği hallerin anlaşılması gerekmektedir.²²⁰ Dolayısıyla; ayıbın iş sahibine isnat edilebilmesi ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldırabilmesi için iş sahibi ayıbın doğumuna katkıda bulunmalı ve iş sahibinin ayıpta katkısının ayıbın doğumunda yalnız başına etkili olabilecek kadar ağır olması gerekmektedir.²²¹

Burada bir noktaya açıklık getirmekte fayda olduğu kanaatindeyim. Kuşkusuz ki ayıpta iş sahibinin mutlaka proaktif bir katkı sağlaması gerekmektedir. İş sahibinin kusuru olmasa dahi; iş sahibinin kendi

²²⁰ Uçar, sh. 234.

²²¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 209; Burcuoğlu, Eser, sh. 301

faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ayıbın ortaya çıkmış olması hallerinde de iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kalkacaktır.²²²

İş sahibine isnat edilebilecek hallere örnek vermek gerekecek olursa, iş sahibinin müteahhidin uyarmasına karşın ısrarla vermiş olduğu hatalı talimatlar; iş sahibi tarafından verilen arsa ve/veya malzemelerin ayıplı olması, iş sahibi tarafından müteahhide proje safhasında yanlış bilgiler verilmesi, iş sahibi tarafından önerilen alt müteahhidin işini iyi yapmaması... vs gibi nedenler sayılabilecektir.

6.1.1. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Doğması

İş sahibi tarafından verilen talimatlar sebebi ile eserin ayıplı olması halinde yukarıda da belirttiğimiz üzere; iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları son bulacaktır. Burada talimattan anlaşılması gereken iş sahibi tarafından verilen bağlayıcı emirlerdir. Ancak; iş sahibi sözleşmesinin muhteviyatını değiştirecek şekilde tek taraflı talimat veremeyecektir. Bu durumda; müteahhit talimatı yerine getirmek zorunda değildir. İş sahibi ancak sözleşme çerçevesi içerisinde teknik kurallara aykırı olmayacak ve müteahhidin uygulayacağı teknik düzeni bozmayacak nitelikte talimat verebilecektir.²²³

Bu sebeple de bağlayıcı nitelikteki talimatlar genellikle, işin icrasına, usulüne, malzemeye veya işin bir alt müteahhide devrine ilişkindir. Buna karşın iş sahibinin eserle ilgili dilek; öneri ve tavsiyeleri bağlayıcı talimat sayılmamaktadır.

İş sahibi söz konusu talimatı sözlü ve/veya yazılı olarak bizzat kendisi ve/veya yetkili temsilcisi aracılığı ile verebilir. Talimatın yazılı olarak verilmesi ispat açısından önem taşımaktadır. Ancak sorumluluğun iş sahibine ait olduğunun kabul edilebilmesi için; eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimatı arasında uygun illiyet bağının bulunması; iş sahibi tarafından verilen talimatın hatalı olduğu konusunda da müteahhit tarafından açıkça

²²² Öz, sh. 111.

²²³ Şüphesiz iş sahibi, sözleşmenin muhteviyatını değiştirecek nitelikte tek taraflı talimat veremez. Aksi durumda, müteahhit, bu talimatı yerine getirme mecburiyetinde değildir. İş sahibi ancak sözleşme çerçevesi içerisinde teknik kurallara aykırı olmayacak ve müteahhidin uygulayacağı teknik düzeni bozmayacak şekilde talimat verebilir. (Uçar, sh. 234 dipnot 7 naklen).

uyarılmış olması ancak uyarıya rağmen talimatında ısrarcı olması gerekmektedir. Dolayısıyla da müteahhidin ayıba karşı tekeffül sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için kontrol, bildirim veya ikaz yükümünü yerine getirmiş olması gerekmektedir²²⁴.

Ancak iş sahibi tarafından talimatta ısrar edilmesine karşın, olası risklerden sorumlu olmayacağı da ifade edilirse; bu beyan geçersiz olur. Zira iş sahibi bu durumda emredici talimatından doğan sorunlardan sorumlu olacak ve ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirecektir.²²⁵

Hatalı talimatlar her zaman bizzat iş sahibi tarafından verilmez. İş sahibinin yetkili uzmanı ve/veya temsilcisi tarafından da müteahhide hatalı talimat verilmesi mümkündür. Böyle bir durumda da iş sahibi söz konusu talimat sebebiyle sorumlu olacaktır. İş sahibi tarafından seçilen mimar ve mühendisler müteahhide karşı sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinde inşaat sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere; hatalı talimat verilmesine rağmen iş sahibinin tamamen bu durumdan sorumlu olabilmesi için uzman konumunda bulunan müteahhit tarafından verilen talimatın mahzurlu ve zararlı sonuçları açısından bilgilendirilmesi ve açıkça ikaz edilmesi gerekmektedir. Müteahhit tarafından ikaz yükümünün yerine getirilmemiş olması halinde söz konusu ayıp dolayısı ile müteahhitin sorumluluğuna başvurulabilecektir.

Müteahhidin ikaz yükümlülüğü yalnızca hatalı talimatlardan değil, kendisine verilen arazinin ayıplı olması halinde de söz konusu olacaktır. Özellikle inşaat sözleşmelerinde iş sahibi tarafından verilen arsayı muayene eden müteahhidin sadece arsanın inşaatla elverişli olmadığına dikkat çekmesi yeterli olmayabilir. Uzman olmayan iş sahibinin müteahhit tarafından belirlenen elverişsizliğin etkisi konusunda da açıkça ikaz edilmesi gerekmektedir.²²⁶

²²⁴ İş sahibinin sorumluluğu çevresinde doğarak bozukluğa yol açan olgular tek başına müteahhidi sorumluluktan kurtarmaya yeterli değildir. Ayrıca müteahhit, kontrol ve bildirim veya ikaz yükümünü yerine getirmiş olmalıdır. (Seliçi, İnşaat, sh. 194).

²²⁵ Tandoğan, Borçlar, sh. 210; Öz, sh. 111.

²²⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 191.

İş sahibinin yalnız başına yapmış olduğu etkili davranışı olması halinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kalkar. Ancak buna karşın, iş sahibinin yapmış olduğu kısmi bir davranış ile birlikte müteahhidin bir eylemi veya yardımcısının eylemi de ayıbın doğmasında etkili oldu ise; iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşmez ve BK 361. maddesi uygulanmaz. Böyle bir durumda BK m. 44/1 hükmü kıyasen uygulanma fırsatı bulur ve ortak kusur, ayıp sonucu doğan zarara ilişkin tazminatta indirim yapmak amacıyla gözönüne alınır.²²⁷

Bu durumda ortaya çıkan zarara iş sahibi kısmen kendi davranışı ile sebebiyet verdiği için müteahhidin sorumluluğu azalır.

İş sahibinin aktif rol oynadığı eser sözleşmesinde, müteahhidin eserin ayıplı olmasından sorumlu olmaması için; iş sahibinin verdiği plan, projeleri ve/veya talimat ve değişiklik taleplerini teknik açıdan inceleyerek; olası riskler sebebi ile iş sahibini ikaz etmesi gerekmektedir. Bu zorunluluk sözleşmenin uzman olmayan tarafı iş sahibinin; uzman taraf olan müteahhit tarafından uyarılması gerektiği düşüncesinden doğmaktadır.

Burada müteahhit tarafından yapılması öngörülen ikaz; müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından iş sahibi veya yetkili temsilcisine yapılmalıdır. İş sahibinin yetkili olmayan yardımcı kişisine yöneltilen veya müteahhidin yetkili olmayan yardımcı kişisi tarafından yapılan ikaz geçerli değildir.²²⁸ Zira müteahhide bağlı çalışan her işçinin müteahhit adına ikazda bulunmaya yetkili olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki; iş sahibi bildirimde bulunan bir işçiyi dürüstlük kuralına göre de dikkate almak zorunda değildir.²²⁹

Uçar'a göre²³⁰; müteahhit tarafından iş sahibinin yetkili temsilcisinin yanlışları yüzünden ikaz edilmesi ve fakat temsilcinin bunu gözönüne almamış olması halinde özen ve sadakat borcunun bir uzantısı olan genel ihbar borcu ile dürüstlük kuralının bir gereği olarak bir kez de iş sahibini

²²⁷ Tandoğan, Borçlar, sh. 209; Öz, sh. 111, Burcuoğlu, Eser, sh. 302 vd.; Aral, sh. 365.

²²⁸ Uçar, sh. 238.

²²⁹ Tandoğan, Borçlar, sh. 211; Seliçi, İnşaat, sh. 196.

²³⁰ Uçar, sh. 238.

ikaz etmelidir. Bu durum elbette ki tercih edilen davranış biçimidir. Ancak ikaz yükümünü iş sahibinin yetkili temsilcisine bildirim yapmak sureti ile yerine getiren müteahhidin daha sonra bu durumu tekrar iş sahibine bildirmemesi sebebi ile doğacak ayıptan sorumlu tutulmasını kabul etmenin hakkaniyete aykırı olacağı kanatindeyim. Kaldı ki müteahhidin iş sahibinin yetkili temsilcisini ikaz ile sorumluluktan kurtulamayacağı düşünülüyor ise; bu ikazın bizzat iş sahibine yöneltilmesi gerektiğinin belirtilmesi daha yerinde olacaktır.

Müteahhidin yapacağı ikaz, iş sahibinin talimatını değiştirmesi veya geri alması, yapılan bir bilgi açıklaması niteliğindedir. İkazın içeriğinde talimatın yanlış olduğu ve talimata uyulması halinde eserde ayıbın meydana geleceğinin belirtilmesi gerekir. Bu bildirimde müteahhit talimatın yanlışlığı hakkındaki düşüncesinin dayandığı hususları belirtmelidir ki; iş sahibi karar verirken durumu iyice değerlendirip; algılayabilsin. Aksi takdirde yeterince açık olmayan bir açıklamada bulunarak müteahhitin ikaz yükümünü yerine getirdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla talimatta ısrar edilmesi halinde zarar doğacağına ilişkin genel bir açıklama yetersiz ve etkisiz bir beyan olacaktır.²³¹ Beyanın yetersiz ve etkisiz olması da müteahhiti ayıba karşı tekeffül yükümünden kurtarmaya yetmeyecektir.

Buna karşın; müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesi için, iş sahibinin talimatına uyma halinde doğacak bütün zararlı sonuçları ayrı ayrı göstermesi gerekmez. Burada asıl önemli olan sözlü ve/veya yazılı olarak müteahhit tarafından yapılacak ikazın eserin bozuk olacağını karşı tarafa anlaşılır bir şekilde ifade edecek nitelikte olmasıdır. Yani müteahhidin iş sahibinin verdiği hatalı talimata karşı ikaz yükümlülüğünü yerine getirirken özel bir şekle uyması gerekmemekle beraber; hatalı talimatın zarar verici sonuçlarının teknik sebepleri ile birlikte iş sahibinin anlayabileceği tarzda bildirilmiş olması gerekmektedir.²³²

Müteahhit tarafından yapılacak ikazda müteahhidin, talimatta ısrar edilirse sorumluluğun kendisine ait olmayacağını da ayrıca belirtmesine gerek olup,

²³¹ Öz, sh. 281; Uygur, sh. 961.

²³² Tandoğan, Borçlar, sh. 211; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1035; Seliçi, İnşaat; sh. 107; Öz, sh. 281.

olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²³³; müteahhit tarafından yapılan ikaz hem talimatın eserde bozukluğa yol açabileceğine hem de bu bozukluktan müteahhidin sorumlu olmayacağına ilişkin olmalıdır. Ancak bir başka görüşe göre²³⁴, müteahhit sadece zararlı sonuçları bildirmekle ikaz yükümünü yerine getirmiş olacaktır. Çünkü uyarının amacı sadece iş sahibini talimatı sebebiyle doğabilecek zararlardan dolayı uyarmaktır. Kaldı ki BK 361. madde de müteahhitin ikaz yükümü ile ilgili olarak; talimatta ısrar edilmesi halinde müteahhidin olası zaradan sorumlu olmayacağına ayrıca belirtilmesi gerektiği hususuna da yer verilmemiştir. Kanatımca 2. görüş daha yerindedir. Zira her ne kadar müteahhit tarafından talimatta ısrar edilmesi halinde kendisinin sorumlu olmayacağını bildirmiş olması; iş sahibi açısından talimattan cayma konusunda daha etkili olabilecek olsa dahi; müteahhite kanun hükmünden bağımsız olarak böyle bir yüküm getirmek yerinde olmayacaktır.

Borçlar Kanunu müteahhit tarafından yapılacak ikazı belli bir şekle tabi tutmamıştır. Ancak, ikazın yazılı veya resmi şekilde yapılması gerek açıklık gerekse ispat kolaylığı açısından taraflarca tercih edilmelidir. Taraflarca yazılı şeklin sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde, karine olarak yazılı şeklin sözleşmede geçerlilik şartı olacağına ilişkin BK 16. madde düzenlemesinin BK 361. maddede belirtilen bildirim açısından uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle yazılı şekil karine olarak bildirim geçerliliğine etki etmeyip; sadece bildirim yapıldığını ispata yarar.²³⁵

Aydınlatılması gereken bir başka husus müteahhit tarafından yapılan ikaza karşılık iş sahibi tarafından verilecek tepkidir. İş sahibini ikaz ettikten sonra müteahhidi makul bir süre ierisinde iş sahibinin tepkisini beklemelidir. Ancak ikaza rağmen iş sahibi talimatında ısrarcı olur ve/veya herhangi bir açıklamada bulunmaz ise; susma iş sahibinin verdiği talimat doğrultusunda işin devam etmesini istediği anlamına geleceğinden bu durumlarda sorumluluk iş sahibinin üzerinde kalacaktır.²³⁶

²³³ Bk. Seliçi, İnşaat, sh. 194; Aral, sh. 367; Uygur, sh. 961-962.

²³⁴ Gadiant, sh. 108, dn. 42; SIA Norm 118, Art. 25/I (Uçar, Sh. 240 dn. 27 naklen)

²³⁵ Seliçi, İnşaat, sh. 195.

²³⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 107,196; Tandoğan, Borçlar, sh. 213.

Müteahhit tarafından ikaz edilmesine rağmen iş sahibini emredici talimatında ısrarcı olması halinde talimattan doğan zarardan bakımından sorumluluk alacağı hukuk ve hakkaniyet gereğidir. Ancak iş sahibi tarafından verilen talimatın ileride sorun teşkil edebileceğini müteahhitin kendi uzmanlık, bilgi ve tecrübeleri ile algılamasının mümkün olmadığı hallerde ikaz yükümünün müteahhit tarafından yerine getirilmesi söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple iş sahibi tarafından uzmanlığa dayanılarak verilmiş bir talimata uyarak eseri imal eden müteahhit verilen talimatın yanlış olduğunu gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen bilmiyor ve/veya bilecek durumda da değil ise; talimata uyması sebebiyle doğacak zararlardan ikaz yükümünü yerine getirmese dahi sorumlu olmayacaktır.²³⁷ Genel olarak ikazın yararsız kalacağını ve iş sahibinin talimatında her halukarda ısrar edeceğinin müteahhit tarafından ispatlanması halinde de ikaz şartı aranmamalıdır.²³⁸

Yukarıda belirttiklerimizden iş sahibinin uzman olduğu durumlar bakımından müteahhidin ikaz yükümünün ortadan kalkacağı şeklinde bir sonuç çıkartılmamalıdır. Müteahhit iş sahibi tarafından verilen talimatın yanlışlığını biliyor²³⁹ ve/veya bilmesi gerekiyor²⁴⁰ ise; ikaz yükümü devam edecektir.

Ancak ayıbın meydana gelip gelmeyeceği müteahhit tarafından bir inceleme yapılması sonucunda anlaşılabilir nitelikte ise; müteahhidin iş sahibinin uzmanlığına güvenerek bu incelemeyi yapmamış olması halinde de sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Müteahhit açıkça ikazda bulunmamış olsa bile, uzman iş sahibine isnat edilebilecek sebebin neden olduğu bir ayıp dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilecektir. Tarafların müteahhidin inceleme yükümlülüğünü açıkça kararlaştırmış oldukları veya müteahhidin iş sahibi tarafından verilen talimatı somut olaydaki uzmanlık durumu sebebiyle iş

²³⁷ Seliçi, İnşaat, sh. 197; Tandoğan, Borçlar, sh. 214.

²³⁸ Müteahhit bilmesi kendinden beklenen mesleki ve teknik bilgilerin ışığında, oratay çıkan sebebin bozukluğa görülebileceğini tahmin edememekte haklı görülürse, bildirim ve ikaz yükümü söz konusu olmaz. (Seliçi, İnşaat, sh. 197)

²³⁹ Müteahhidin talimata uyması halinde eserin ayıplı olacağı hakkında düşünceleri bulunması, yanlışlığı biliyor sayılması için yeterlidir. (Tandoğan, Borçlar, sh. 213 vd.)

²⁴⁰ "Müteahhidin, verilen talimatın yanlışlığının göze çarpıcı olduğu veya onun talimatının doğruluğunu kontrol yükümlülüğü bulunup da bunu yerine getirseydi yanlışlığı anlayabilecek durumda bulunacağı hallerde yanlışlığı bilmesi gerektiği kabul edilmelidir." (Tandoğan, Borçlar, sh. 214)

sahibinden daha doğru olarak değerlendirebilme imkanı olduğu haller istisnadır.²⁴¹

Müteahhidin yukarıda detayları ile değindiğimiz bildirim borcunu yerine getirmemesi; sözleşmenin kusurlu ifası anlamına gelir ve müteahhit hakkında BK 96'nın uygulanması sonucunu doğurur. Bu nedenle müteahhit bildirim yapmada gecikmesi halinde bu gecikme sebebi ile iş sahibi nezdinde doğan zararları tazminle yükümlüdür. Çünkü iş sahibi ancak bildirim ile birlikte, gecikmenin veya eserin fena yapılmasının sonuçlarını giderme olanağı elde edebilir. Keza iş sahibi bildirim yapıldığı takdirde müteahhidin zararını tazmin etmek suretiyle BK 369 m. uyarınca sözleşmeyi derhal feshedebilir veya işe devam kararı alabilir. İş sahibinin işin devamına karar vermesi halinde arazinin bozukluğu ve/veya iş sahibi tarafından verilen talimat nedeni ile eser zarara uğramış ise; müteahhit BK 358/2. m. gereğince yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini talep edebilecektir.²⁴² Bir başka deyişle müteahhit tarafından yapılan bildirimde rağmen işe devam kararı alan iş sahibi devamın tehlikesini yani hasarı da üstlenmiş olur. Ancak iş sahibinin sorumlu bulunmadığı durumlar söz konusu ise; müteahhit önceden bildirimde bulunmuş olsa dahi; tehlikeyi kendisi yüklenmek zorundadır.

6.1.2. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemedan veya Arsadan Doğması

Malzeme eserin meydana getirilmesi için gerekli olan ve eserin bünyesine dahil olup daimi olarak onun içinde kalan maddelerdir. Bunlar hammadde olabileceği gibi yarı mamül maddelerden de olabilir. Hammadde kum, taş, çakıl...; yarı mamül malzemeler ise inşaat elemanları demir, çimento, kireç gibi malzemelerdir. İnşaatın üzerinde yapıldığı arsa ve planlar ise bu anlamda malzeme sayılamazlar. Ancak bunlar hakkında BK 357/2 hükmü kıyasen uygulanabilir.²⁴³

²⁴¹ Seliçi, İnşaat, sh. 197 vd; Tandoğan, Borçlar, sh. 214

²⁴² Tunçomağ, Borçlar, sh. 1004; Tandoğan, Borçlar sh. 112

²⁴³ Eren, Fikret; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve

Borçlar Kanunu eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde; malzemenin kimin tarafından temin edileceğine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bu konu sözleşmenin içeriği ve halin icabına göre farklılık arzedebileceğinden kanun koyucu tarafından kaleme alınmamıştır. Taraflar eserin imal edilebilmesi için gerekli olan malzemenin kim tarafından temin edileceğini sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşmeye uygun olarak; malzemenin sağlanacağı kaçınılmazdır. Ancak; böyle özel bir anlaşmanın olmadığı durumlar ile ilgili olarak malzemenin kim tarafından temin edileceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre²⁴⁴; genellikle bir eser imal edileceği zaman malzeme müteahhit tarafından temin edilir. Ancak bu hususta bir anlaşma olması halinde BK 357/1 ve 356/3 hükümleri birlikte göz önüne alınmalı ve eserin imal edileceği malzeme iş sahibi tarafından karşılanmalıdır. Şüphe halinde müteahhidin malzemeyi temin etme borcu olmadığı kabul edilir. Benim de katıldığım bir başka görüşe göre²⁴⁵; taraflarca sözleşmede malzemenin kimin tarafından karşılanacağına ilişkin bir hüküm ve/veya buna ilişkin bir adet olmaması halinde malzemenin müteahhit tarafından sağlanacağına kabul edilmesi gerekir. Neticeten eser sözleşmesinin konusu müteahhit tarafından iş sahibi tarafından talep edilen eserin tam ve ayıpsız olarak imal edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple herhangi bir anlaşmanın olmadığı hallerde malzemenin müteahhit tarafından sağlanacağına kabulü daha uygun olacaktır. Zira işinde uzman konumda olan müteahhidin eseri imal amacı ile en uygun malzemeyi seçeceği açıktır.

Eser sözleşmesinde imal edilen eserdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olmasından meydana geldiyse, müteahhit kural olarak bu ayıptan sorumlu olmayacak bir başka deyişle eserin ayıplı olmasından doğan sonuçlara iş sahibinin katlanması gerekecektir.

Bu durumda müteahhidin tekeffül borcu dışındaki tüm borçları aynen devam edecektir. Bu durumda müteahhit malzemenin sahibi olan iş sahibinin vekili

Hukukçular İçin Seminer), Ankara 1996, sh. 49 – 58, (Eren, İnşaat),sh. 69; Aral, sh. 344.

²⁴⁴ Aral; sh. 344, dn. 38,39.

²⁴⁵ Bk. Dayınlarlı, İstisna, sh. 35; Uygur, sh. 770,771; Tandoğan, Borçlar sh. 104 vd; Seliçi, İnşaat, sh. 97 vd;Aral, sh. 344 vd.

konumunda olduğundan; malzemeyi kullanmada özen gösterme, saklama ve hesap verme borçları doğacaktır.²⁴⁶

BK 357 m. uyarınca müteahhit önce kendisine verilen malzemeyi özenli kullanmalıdır. Özenle kullanmadan maksat sadece malzemenin sözleşmeye uygun surete kullanılması değil; aynı zamanda onun iyi saklanması veya depo edilmesi anlamına da gelir. Tüm bu yükümlülüklere ek olarak müteahhit kendisine teslim edilen malzemeyi özen ve sadakat yükümünün sonucu olarak; muayene etmeli; eseri imalde elverişli olmaması halinde de iş sahibine bilgi vermeli ve onun talimatına uygun şekilde hareket etmelidir.

Eserdeki ayıbın iş sahibi tarafından verilen malzeme veya arsanın kötü olmasından kaynaklanmış olması müteahhidin tekeffül sorumluluğunun ortadan kalkması bakımından tek başına yeterli olmayacaktır. Sorumsuzluğun doğması için ayrıca müteahhidin; iş sahibini verdiği arsayı veya malzemeyi muayene etmesi ve ayıpsız bir imal için elverişli olmadığını öğrenmesi halinde de derhal durumu iş sahibine bildirmesi gerekir.²⁴⁷ Aksi takdirde BK 96 gereğinde ortaya çıkan zarardan bizzat sorumlu olacaktır. Müteahhit tarafından işin devam ettiği sırada iş sahibi tarafından verilen malzemenin ve/veya arsanın kusurlu olduğunun anlaşılması halinde müteahhit derhal durumu iş sahibine bildirmeye mecburdur. Aksi halde bundan doğan zararlardan mesul olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde bozukluk, inşaat sahibine ait olan arsanın elverişsiz olmasından kaynaklanıyor ise, kural olarak sorumluluk inşaat sahibine aittir. Bu durumda müteahhit arsanın inşaat elverişsizliğine niteliklerine ilişkin bir sorumluluk taşımaz. Ancak müteahhit yine de kontrol ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Bildirimde bulunma borcu müteahhidin inceleme borcunun bir sonucudur. Şayet müteahhit açık ayıpları göremez veya bunlara göz yumar ise, bundan sorumlu olur. Ancak müteahhit zamanında göremediği ve bu sebeple de ihbar edemediği gizli ayıplar sebebi ile sorumlu tutulamaz. Her ne kadar verilen şeyleri uzman sıfatı ile müteahhidin inceleme yükümlülüğü olsa da müteahhidin çeşitli

²⁴⁶ Ayrıntılar için bk.; Seliçi, İnşaat, sh. 102; Tunçomağ, Borçlar, sh. 999 vd; Aral, sh. 344 vd; Dayınlarlı, İstisna; sh. 27 vd.

²⁴⁷ Uçar, sh. 246.

sebeplerle bu yükümünü yerine getirmemesi veya yerine getirememesi halinde zarara uğrayacak taraf iş sahibidir. Dolayısıyla iş sahibinin de uzman sıfatı ile yer aldığı eser sözleşmeleri bakımından iş sahibinin müteahhidin muayene yükümü kadar kapsamlı olmasa da bir muayene yükümü olduğunun kabulü yerinde olacaktır.²⁴⁸

Müteahhidin bildirme borcu kapsam itibariyle inceleme borcundan daha geniştir. Eser sözleşmeleri bakımından müteahhide zamanında ve gereği gibi ifayı tehlikeye düşürebilecek her hali iş sahibine bildirme yükümü yüklenmiştir. Dolayısıyla müteahhit daha sonra olası durumlardan sorumlu olmamak için bildiği veya meslek icabı bilmesi gereken eserin icrasına engel olabilecek her türlü tehlikeyi iş sahibine bildirmelidir. Hatta bu tehlikeler için alınabilecek önlemler hakkında iş sahibine bilgi vermeli ve kendisinin ehil olmadığı işlerde ona danışman tavsiye etmelidir.²⁴⁹

Her ne kadar müteahhidin iş sahibi tarafından teslim edilen malzemenin elverişli olmadığını öğrenir öğrenmez bunu iş sahibine bildirme yükümlülüğü olsa da müteahhit durumu bildirmenin faydasız olacağını veya teslim edilen malzemenin bozuk olduğunun iş sahibinin bildiğini ve buna bağlı olarak doğabilecek tehlikeleri de göze almış olduğunu kanıtlaması halinde ihbar yükümünü yerine getirmemiş olsa dahi bildirmemeden sorumlu olmayacaktır.²⁵⁰

Bk 368/3 uyarınca; eser iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin bozukluğu, inşaat sahibine ait olan inşaat yapılacak arsanın elverişsizliği veya iş sahibinin işin icra tarzına ilişkin talimatları sebebi ile hasar uğramış veya yok olmuş olamsı halinde müteahhidin eserin hasar rizikosuna

²⁴⁸ YHGK. 1.7.1992 T.; E. 15-309, K. 452, "İş sahibinin başlıca borcu ücret borcudur. Ayrıca kararlaştırılmış ise, malzeme borcu da vardır. Bunlar ek olarak, genelde dürüstlük kuralı sonucu (MK.m.2) malzeme tesliminde, arsa dahil, iş sahibi tarafından bilinen ve ancak göze çarpmayacak derecede olan tehlikeli ya da işi etkileyecek vasıflardan müteahhidin haberdar edilmesi gerekir"(Karahasan, İnşaat, sh. 234).

²⁴⁹ Seliçi İnşaat, sh. 105.

²⁵⁰ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1002; Tandoğan, Borçlar sh. 111 vd; Şayet iş sahibi kendi edimleri yönünden mütemerrit durumda ise, müteahhidin bu durumda iş sahibine bildirme (ihbar etme) zorunluluğu yoktur. Çünkü iş sahibi, kendi edimlerini ifade gecikmesinin eserin tamamlanmasını uzatabileceğini hesaba katmak zorundadır. (Karahasan, İnşaat; sh. 229).

katlanmayarak yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masrafları inşaat sahibinden talep edebilmesi için; kontrol, bilgi verme ve bildirim yükümünü zamanında yerine getirmiş olması gerekir. Bu yükümlerin yerine getirilmemiş olması halinde eserin telef olmasında müteahhidin kusurunun daha ağır olduğu kabul edildiğinden müteahhit ücret talep edemeyeceği gibi; eserin telef olması veya zarara uğraması sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararı da tazmin etmeye mecburdur. Ancak iş sahibinin eserin imaline ilişkin ifa talebi de devam eder.²⁵¹ Yine kendisine teslim edilen arsa veya malzemenin incelenerek elverişsizliğin müteahhit tarafından bilinmesi gereken durumlarda da bu elverişsizliğin hiç veya vaktinde farkına varılmamış olmasından da müteahhit sorumlu olur.

6.1.3. Diğer Sebepler

Eserdeki ayıbın iş sahibi yüzünden ortaya çıkmasına talimat ve iş sahibi tarafından verilen malzemenin ayıplı olmasına sayısız örnek vermek mümkündür. Örneğin, proje ısmarlayan iş sahibinin yanlış bilgiler vermesi sebebi ile projenin hatalı olması, evinde boyama ve onarım işi yaptıran iş sahibinin müteahhide rahat bir çalışma ortamı sağlamaması gibi nedenler genel olarak eserin iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle ayıplı olmasına örnek olarak verilebilir.²⁵²

Eser sözleşmelerinin önemli bir kısmını oluşturan inşaat sözleşmelerinde, inşaat sahibinin hazırladığı veya mimar mühendisler tarafından hazırlattığı inşaat proje ve planlarında hata olması veya inşaatla ilgili başkaca teknik belgelerde yapılan bir yanlışlığın inşaatla ilgili ayıba yol açması halinde üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olması şartıyla sorumluluk müteahhide yüklenemez.

Plan ve projeler iş sahibinin sorumluluk alanı çerçevesinde meydana gelirler. Kural olarak müteahhide verilen planlar resmi makamlarca onaylanır. Bu sebeple; müteahhit kural olarak uzman mimar ve mühendisler tarafından yapılan ve resmi makamlarca onaylanan plan ve projede yanlışlık bulunmadığını kabul etmekte haklıdır. Ayrıca müteahhitten özel bir uzmanlık

²⁵¹ Seliçi, İnşaat, sh. 109.

²⁵² Öz, sh. 111.

gerektiren mimarlık ve/veya mühendislik bilgisine sahip olması da beklenemez. Ancak plan ve projede açıkça ve göze batacak nitelikte yanlışlıklar varsa ve müteahhit tarafından işi gereği bu durumu anlaması beklenebilecek nitelikte ise; müteahhidin bildirim yükümünün varlığının kabul edilmesi gerekir. Aksi halde plan ve projeler sebebiyle doğacak ayıplarda müteahhidin bildirim yükümü olmadığından sorumluluğu da doğmayacaktır.²⁵³

İnşaat sözleşmeleri bakımından iş sahibi tarafından seçilen mimar ve mühendisler iş sahibinin ifa yardımcısı konumundadırlar. Dolayısıyla bu mimar veya mühendisler tarafından yapılan hata sebebi ile eserin ayıplı olması halinde sonuçlarına iş sahibinin katlanması gerekecektir.²⁵⁴

Eser sözleşmelerinin bazılarında, imal edilecek olan eser birbiri ile bağlantılı birden çok alt müteahhit tarafından ifa edilir. Asıl müteahhidin işin bir kısmını alt müteahhide bırakmış olduğu durumlarla ilgili olarak alt müteahhidin de eserin yapmayı yüklediği bölümü ile ilgili olarak müteahhidi uyarma yükümlülüğü vardır. Alt müteahhit üzerine kısmi edimini ekleyeceği önceki edimi dahi kendi yapacağı işe elverişliliği açısından incelemek ve durumu müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Burada alt müteahhidin inceleme yükümü; önceki edimi o işin bir uzmanı gibi inceleme şeklinde algılanmamalıdır.²⁵⁵ İşin bir kısmının alt müteahhide bırakıldığı durumlarda müteahhidin hem kendisinden önce yapılan işi kendi işi

²⁵³ Seliçi, İnşaat, sh. 191 vd; "Müteahhit, inşaat sahibince hazırlanmış plan ve projenin yapı tekniği kurallarına uygunluğunu kontrol etmek ve bir noksanlık görürse, inşaat sahibine derhal bildirmekle yükümlüdür. Ancak, mimari plan ve projelerin yapımı, uzmanlık gerektiren bir iştir ve bu mesleği uzun bir öğrenim ve tecrübe devresinden geçerek elde eden mimar ve mühendisler tarafından bırakılmıştır. Bu yüzden müteahhidin plan ve projeleri kontrolü bir üst denetim niteliğinde olamaz; kural olarak, müteahhit uzman kişilerce hazırlanmış proje ve planların yapı tekniği açısından doğruluğunu kabul etmede haklı görülmelidir. Müteahhit, bilgisi, mesleği, proje ve planlara hakim olması gerektiği oranda kontrolle yükümlü olmalı ve bu ölçüye göre anlayabileceği yanlışlıkları bildirmemesinden sorumlu tutulmalıdır. (Seliçi, İnşaat, sh. 105).

²⁵⁴ Öz, sh. 112; Seliçi, İnşaat, sh. 192.

²⁵⁵ Alt müteahhit, üzerine kısmi edimini ekleyeceği önceki edimi kendi yapacağı işe elverişliliği açısından incelemek ve durumu müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Ancak alt müteahhidin inceleme yükümü, önceki edimi, o işin bir uzmanı gibi inceleme ve bozukluğu ortaya çıkarma yükümü olarak anlaşılmalıdır. Zira alt müteahhit, önceki edimi yalnızca kendi yapacağı işe elverişliliği açısından incelemekle yükümlüdür. (Seliçi, İnşaat, sh. 193)

açısından inceleme yükümü hem de asıl müteahhide karşı, müteahhidin iş sahibine karşı olduğu gibi bildirim yükümü bulunmaktadır.²⁵⁶

Bu durum özellikle inşaat sözleşmelerinde karşılaşılan bir durumdur. Örn.²⁵⁷; duvarın düzgün örülmemesi daha sonra yapılacak sıva işinin de ayıplı olmasına yol açacak ise; sonraki müteahhit bir önceki müteahhidin edimini kontrol edip, durumu iş sahibine bildirmelidir. Bu bildirim üzerine iş sahibi tarafından gereken önlemlerin alınmaması veya ayıbın böyle bir kontrol ve bildiriimin sonraki müteahhitten beklenemeyeceği durumlarda müteahhit sorumluluktan kurtulur. Sonraki müteahhidin önceki müteahhidin yaptığı kısmı muayene etmesi genel özen yükümlülüğünden doğmaktadır.²⁵⁸

Önceki müteahhidin sonraki müteahhide karşı sorumlu olabilmesi için ayıbın sonraki müteahhit tarafından kendi yaptığı işin kısmını teslim aldığı sırada var olması gerekir. Fakat zaman zaman önceki ayıbın etkisini teslimden sonra göstermesi de mümkün olabilir. Bu durumda her ne kadar teslim sırasında ayıp doğmamış olsa da ayıbı oluşturacak unsur teslim sırasında var olduğundan sonraki müteahhidin sorumluluktan kurtulacağını ve önceki müteahhidin sorumlu olacağını kabul etmek gerekir.²⁵⁹

Buna karşılık iş sahibinin müteahhit tarafından denemek amacı ile verilen parçaları açık veya örtülü olarak kabul etmesi ve bu parçaların sonradan teslim edilen eseri sakatlayan bozuklukları taşıması halinde BK 361 m. ayıbın iş sahibine isnat edilebileceği bir durum oluşacağından müteahhit ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulur.²⁶⁰

6.2. Ayıplı Eserin Herhangi Bir Çekince Konulmaksızın Kabul Edilmesi

²⁵⁶ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1037.

²⁵⁷ Uçar, sh. 251.

²⁵⁸ Seliçi, İnşaat, sh. 108 vd; Tandoğan, Borçlar, sh. 216.

²⁵⁹ Gauch, N. 1462 – 1463. (Uçar, sh. 251, dn. 73 naklen)

²⁶⁰ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1037.

Eser sözleşmelerinde iş sahibi tarafından ayıplı olan eserin herhangi bir çekince belirtilmeksizin açıkça veya zımnen kabul edilmesi de müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu ortadan kaldıran nedenlerden birisidir.

BK 362. m. ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran haller arasında bu hususun düzenlenmesinin amacı; iş sahibinin ayıba rağmen herhangi bir nedenle ihtilaf çıkarmaksızın eseri ayıp taşıymıyormuşçasına sözleşmeye uygun olarak meydana geldiğini varsayarak kabul etmek istemesi haline istinaden kaleme alınmıştır. Burada bir nevi iş sahibinin hukuki huzurunu sağlamayı hedefleyen muvafakat iradesine hukuki sonuç bağlanmalıdır.²⁶¹

Bk 362. m. hükmü uyarınca; "yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur." Bu hüküm sebebi ile iş sahibi tarafından ayıplı olmasına rağmen eserin sözleşmeye uygun olduğunun açıklanması halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu sona erer ve iş sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan tüm hakları düşer.²⁶²

Ancak bu durumda müteahhidin tüm sorumluluğunun ortadan kalkıp kalkmayacağı hususu tartışmalıdır. Şöyle ki; bir görüşe göre²⁶³; kabulün müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırması ve iş sahibinin haklarını düşürmesine ilişkin sonuç; iş sahibi ve müteahhit açısından kesindir. Kabul beyanı müteahhit tarafından öğrenildikten sonra artık bu beyanın geri alınması; hukuki sonucu ortadan kaldırması mümkün değildir. Bir başka görüşe göre ise²⁶⁴; kabul beyanının iradeyi sakatlayan sebeplerden birisi ile sakatlanması halinde iptal edilebilmesi ve böylece de sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi söz konusu olabilecektir. Bize göre de; iradeyi sakatlayan bir durumun varlığı halinde bir hukuki işlem olan kabulün; hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi mümkün olmalıdır.

İş sahibi tarafından yapılan kabulün hukuki sonuçları BK 362 maddesinde açık ayıplar ve gizli ayıplar açısından incelenmiştir.

²⁶¹ Seliçi, İnşaat, sh. 198.

²⁶² İsviçre hukukunda bu nedenle ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yitirilmesi için "verwirkung" deyimini kullanılmaktadır. (Burcuoğlu, Eser, sh. 303)

²⁶³ Seliçi, İnşaat, sh. 199.

²⁶⁴ Bk; Ayan, sh. 103-104, 179 vd; Akıncı, Ş., Borçlar, sh. 75 vd.

6.2.1. Açık Ayıplar Bakımından

Açık ayıplar eserin ilk teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya zamanında ve özenli bir inceleme neticesinde bütün kapsam ve önemi ile birlikte anlaşılabilen ayıplardır. Bir ayıbın açık ayıp olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu ayıbın teslim alma ve usulüne uygun muayenenin sonunda görülebilmesi olanaklı olmalıdır.²⁶⁵

Tanımdan da anlaşılacağı üzere açık ayıplar orta düzeyde bir zeka seviyesi sahip olan bir iş sahibinin eserin tesliminde fark edebileceği ya da özenli bir muayene yapması neticesinde ortaya çıkartabileceği ayıplardır. Dolayısıyla ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak isteyen bir iş sahibi teslim sırasında dikkatli davranmak ve teslimden sonra özenli bir muayene yapmakla yükümlüdür. Ancak iş sahibi tarafından sadece özenle muayene etmek yeterli olmayıp; muayene neticesinde öğrenilen ayıpları da müteahhide bildirmesi gerekmektedir. Ayıpların iş sahibi tarafından müteahhide bildirilmemesi halinde iş sahibinin eseri zımnen ayıplı olarak kabul ettiği sayılır²⁶⁶. Bu durumda; kanun tarafından kesin bir karine olarak düzenlendiğinden müteahhidi açık ayıplara ilişkin sorumluluktan kurtarmaktadır.²⁶⁷

Eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesi için ön şart niteliğinde olan muayene ve bildirim, iş sahibine yüklenmiş bir külfet niteliğinde yükümlülüklerdir. İş sahibinin bu külfetleri yerine getirmemesi halinde müteahhit bakımından herhangi bir etkisi olmayacak aksine iş sahibi açısından zararlı sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple de iş

²⁶⁵ Bir ayıbın görülebilir (tanınabilir-açık) ayıp olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu ayıbın teslim alma ve usulüne uygun muayenenin sonunda görülebilmesi olanaklı olmalıdır. (Tunçomağ, Borçlar, sh. 1025) Bildirilen ayıbın açık veya gizli ayıp olup olmadığı konusunda müteahhidin bir itirazı varsa, bunu ispatla yükümlüdür.

²⁶⁶ İstanbul Barosu Bilgi Bankası; Yargıtay Kararları Bilgisayar Programları cd.si, Yarg. 15. HD, E. 1989/510 – K. 1989/3453, T. 12.09.1989; “ Bilirkişi raporunda dava konusu noksanlıkların açık ayıp niteliğinde bulunduğu belirtilmesine karşın davalı tarafından süresinde ayıp ihbarında bulunulmaması nedeniyle davacı yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur” ; Yarg. 15. HD, E.1983/844 – K. 1983/934, T. 14.04.1983, “İş sahibinin hemen göze çarpacak mahiyetteki kusurlu ve noksan işleri, daireleri teslim alır almaz veya fiilen işgal eder etmez ihbar zorunluluğunu yerine getirmesi gerekir.”

²⁶⁷ Selçü, İnşaat, sh. 201; Uygur, sh. 963.

sahibi muayene ve bildirim külfetlerini yerine getirip getirmemekte; bir başka deyişler ayıplı eseri kabul edip etmemekte tamamen serbesttir.

İş sahibi bazen ayıplara rağmen eseri kabul ettiğini açıkça yazılı veya sözlü müteahhide bildirerek, bazen de ayıpları tespit etmesine rağmen susarak ve eseri kullanmaya devam ederek eseri ayıplı olarak kabul ettiğini belirtebilir.

Zımnî kabulün mevcut olup olmadığı hususu her somut olaya göre incelenmesi gereken bir olgu niteliğindedir. Zımnî kabul ayıbın bilinmesine rağmen eserin kullanılmaya devam edilmesinin yanı sıra pek çok şekilde gerçekleşebilir. İş sahibi tarafından ayıp bilinmesine rağmen eserin o hali ile kabul edilmesi veya kullanılmasının yanı sıra, iş sahibinin bazı davranışlarının müteahhit tarafından eserin kabul edildiği şeklinde algılanması ve somut olayda müteahhidin güveninin korunmaya layık bulunduğu hallerde de dürüstlük kuralı sebebi ile müteahhidin sorumluluğunun sona ereceğinin kabul edilmesi gerekecektir.²⁶⁸

İş sahibi tarafından ayıplı eserin zımnî veya açık olarak kabul edilmesi, onun BK 360 m.de belirtilen ayıp sonucu uğradığı zararı tazmin hakkı da dahil olmak üzere tekeffülden doğan tüm haklarını kaybetmesine neden olur. Oysa iş sahibi kendisine teslim edilen ayıplı eseri, ayıba ilişkin haklarını saklı tutmak sureti ile, şartlı kabul beanında bulunarak, müteahhidin sorumluluğunu devam ettirebilme şansına sahiptir.²⁶⁹

Uygulamada eserin ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin teslim alınmasına çok geniş sonuçlar bağlanmıştır. Bu durumda gecikme tazminatının ve gecikme sebebi ile doğan cezai şartın istenmesi haklarının da kabul ile ortadan kalktığı kabul edilmektedir. İş sahibinin eseri ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi gereği gibi ifa olarak kabul edilir. Dolayısıyla da gereği gibi ifa edilerek sona ermiş bulunan bir sözleşmeden yola çıkılarak; taleplerde bulunulamaz. Hatta cezai şart BK 160/2. m. uyarınca asıl alacağa bağlıdır. İfa ile asıl alacağın son bulması halinde saklı tutulmayan cezai şart da düşer.²⁷⁰

²⁶⁸ Bk., Öz; sh. 120 vd; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1021; Seliçi, İnşaat, sh. 201.

²⁶⁹ Bk., Seliçi, İnşaat, sh. 43,199; Burcuoğlu, Eser, sh. 305.

²⁷⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 201; 15. HD 22.2.1977 T., E. 3167, K.391 (Uçar, sh. 93 vd)

6.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından

Gizli ayıplar eserin teslimi sırasında göze çarpmayan ve "usulü veçhile muayenesinde" görülemeyen ancak sonraki bir tarihte , eser kullanılırken ortaya çıkan ayıplardır. Bu tür ayıplar teslim sırasında sadece onu oluşturacak çekirdeği bulunan sonradan gelişerek fark edilebilir hal alan veya var olan bir ayıbın etkisi ile daha sonradan gelişerek ikincil bir ayıp olarak ortaya çıkan ya da teslim sırasında bulunmalarına rağmen usulüne uygun bir muayene ile anlaşılmayan ayıplardır. Bunun yanı sıra; müteahhidin eserde kasden sakladığı açık ayıplar da gizli ayıpların bir başka türüdür.²⁷¹

BK 362. m. hükmünde yer alan "müteahhidin kasden sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahede edilemeyecek olan kusurlar hakkında müteahhidin mes'uliyeti saklıdır" ifadesi ile iş sahibinin kabulü ile müteahhidin sorumluluktan kurtulmasına sınır getirilmiştir. Bu sebeple iş sahibi tarafından yapılan kabul; ancak iş sahibinin bildiği, farkına vardığı açık ayıplara ilişkin hukuki sonuç doğurmakta buna karşılık gizli ayıplar bakımından etkili olmamaktadır.²⁷²

Açık ayıplarda iş sahibine yüklenen muayene külfeti gizli ayıplarda söz konusu değildir. Bunun nedeni gizli ayıpların muayene yapılsa dahi ortaya çıkarılmayacak, kullanılmadan anlaşılmayacak ayıplar olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu gizli ayıplar bakımından iş sahibine muayene külfeti yüklememiştir. Bir gizli ayıbın ortaya çıkıncaya dek iş sahibi tarafından kabul edilmesi söz konusu değildir. Ancak gizli ayıbın ortaya çıkmasının ardından iş sahibi tarafından kabul edilmesine engel teşkil edebilecek hiçbir kanuni düzenleme de

²⁷¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 220.

²⁷² Karahasan, İnşaat, sh. 264; Öz'e göre; mantık gereği olan bu sonuç, öğretide, "kabul, açık ayıplardan doğan sorumluluğu ortadan kaldırır" şeklinde ifade edilmekteyse de, bu ifade yanıltıcı olabilir. Zira gizli ayıpların da ortaya çıktıktan sonra kabul edilmesi mümkündür. Belirtelim ki bu yanıltıcı formül BK m. 362/I metnindeki ifadede kaynaklanmaktadır. Bu hükümde hatalı bir sistemlerştirmeyle iş sahibinin eseri kabulü ile gizli ayıplarda muayene yükümünün olmaması iç içe düzenlenmiştir. (Öz, sh. 120).

bulunmamaktadır.²⁷³ Eserin tesliminden sonra ortaya çıkan gizli ayıplar; iş sahibi tarafından öğrenilip öğrenilmez müteahhide bildirilmez ise, söz konusu eserin o hali ile iş sahibi tarafından kabul edildiği varsayılır. İş sahibinin bu zımni kabulü; müteahhidin eserde kötüniyetle sakladığı ayıplar ile ikincil ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Kanun koyucu eserde bile bile saklanan ayıpları gizli ayıplar gibi değerlendirmekte ve müteahhidi bu tür ayıplardan bizzat sorumlu tutmaktadır.

Burada hassas nokta eserdeki açık ayıbın müteahhit tarafından bile bile saklanmış olmasıdır. Bunun tanımı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki;

Becker'e göre²⁷⁴; ayıbın bile bile saklanması müteahhidin kendisi tarafından bilinen ve öğrenildiği takdirde iş sahibinin ihbarsız (bildirimsiz) bırakmayacağını kabul etmek zorunda olduğu ayıpları gizlemesi olarak tanımlanmaktadır.

Gauch'a göre ise²⁷⁵; ayıpların müteahhit tarafından bilerek saklanması durumunu; iş sahibince bilinmeyen fakat müteahhitçe teslim zamanında eserde varlığı bilinen ayıpların bilinçli olarak iş sahibine açıklanmaması, bu hususta kasden kötü niyetle susulmuş olması şeklinde tanımlanmaktadır.

Ayıplar hakkında bilgi verilmeyerek kasden susulmuş olup, olmadığı, somut olayın şartlarına bağlı olarak ve dürüstlük kuralları çerçevesinde tayin edilir. Alman hukukunda²⁷⁶ müteahhit tarafından bizzat garanti edilen özelliklerdeki ayıpların bilinerek saklanması ve/veya iş sahibine bildirilmemesi hile olarak nitelendirilmektedir.

²⁷³ "İş sahibinin eğer şu türde bir ayıp ortaya çıkarsa buna dayanarak bir talep ileri sürmeyeceğim demesi şeklinde bir beyanı düşünülebilirse de, burada ayıbın açık veya gizli olduğu tartışmasına yer bırakmayacak şekilde, iş sahibinin söz konusu bozukluğu kendi açısından bir ayıp olarak kabul etmediği sonucuna varılmalıdır" (Öz, sh. 120, dn.178).

²⁷⁴ Bk. Becker, Sözleşme, Art 370, N.3; Uçar, sh. 258 naklen.

²⁷⁵ Bk. Gauch, N. 1504 – 1506; Seliçi, İnşaat, sh. 201 naklen; Kural/Kılıçbay/İzmir, sh. 564.

²⁷⁶ Bk. (BGH 63, 597) (Jauernig/ Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 672), Uçar, sh.258, dn. 104, naklen.

Ancak; müteahhidin davranışının dürüstlük ve sadakat borcuna aykırı bir nitelik taşımadığı hallerde saklamanın kötü niyetli olduğundan söz edilemez.²⁷⁷

Burcuoğlu'na göre²⁷⁸; kasden saklanan ayıplarda müteahhidin sorumluluğuna gidilmesinde müteahhidin kötü niyetle hareket etmiş olmasının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Uçar'a göre²⁷⁹ de; eserde bulunan ayıp az ya da çok iş sahibinin ifa menfaatini etkileyeceğinden; müteahhidin bildiği ve/veya bilmesi gereken ayıpları dürüstlük prensibinin bir gereği olarak iş sahibine bildirmesi gerekirken; çeşitli nedenlerle saklamış olması, müteahhidin sorumlu tutulabilmesi bakımından yeterli görülmelidir.

Bu bağlamda Burcuoğlu ve Uçar tarafından belirtilen görüşlere kısmen katıldığımızı ifade etmekte fayda olacaktır. Öncelikle kısmen katılmamızın nedeni Türk hukukunda "kötü niyet" kavramının bulunmamasıdır. Konunun izahatı bakımından uygun olan tanımlamanın MK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda; müteahhit tarafından saklanan ayıplardan müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için müteahhidin kasten dürüstlük kuralına aykırı davranması şartının arandığına ilişkin bir düzenleme yasa metninde yer almadığı gibi, bu durumlarda mutlak dürüstlük kuralına aykırılık şartının aranması açıkça yasal düzenlemelere de aykırılık teşkil edecektir. Mevcut yasal düzenlemelerde, eser sözleşmesinde müteahhide; kendisinden kaynaklanan ayıpları bildirmenin yanı sıra; iş sahibinden kaynaklanan ayıpları dahi iş sahibine bildirme yükümlülüğünün getirildiği açıktır. Bu nedenle de müteahhitten kaynaklanan bir ayıp bakımından; sırf müteahhidin söz konusu ayıbı saklamasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediğinden bahisle sorumlu tutulamayacağını kabul etmek iş sahibinin kusursuz ve gereği gibi ifa menfaatini zedeleyecek niteliktedir. Bu nedenle; müteahhit tarafından kişisel bir değerlendirme yapılmaksızın her türlü ayıbın saklanmadan iş sahibine bildirilmesi ve bunların iş sahibi tarafından bizzat değerlendirilmesi gerekmektedir.

²⁷⁷ Uçar, sh. 258 naklen.

²⁷⁸ Burcuoğlu, Eser, sh. 304 vd.

²⁷⁹ Uçar, sh. 259.

Eserdeki ayıpların müteahhit tarafından bilinerek saklanması halinde; iş sahibinin ayıp nedeni ile kendisine tanınan hakları kullanabilmesinin, bu tür ayıpları öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmesinin gerekli olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler hakimdir. Bu görüşlerden birine göre²⁸⁰; müteahhit tarafından kasden saklanan ayıpları öğrenen iş sahibinin ayıp dolayısıyla ile kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için bunları derhal müteahhide bildirmesi gerekmektedir.

Başka bir görüşe göre²⁸¹ ise, BK 362/3'ün 1. fıkrası ile birlikte yorumlanması neticesinde; dürüstlük kuralına aykırı olarak saklama halinde bildirme külfeti vaktinde yerine getirilmiş olmasa dahi iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilme hakkı devam edecektir. Zira müteahhit tarafından kasıtlı olarak gizlenen ayıplar bakımından, iş sahibinin ihbar külfeti bulunmayacaktır. Kanaatimizce de bu görüş hakkaniyetin sağlanabilmesi bakımından daha uygundur. Bu nedenle ayıbın müteahhit ve/veya müteahhidin ifa yardımcılarının tarafından kasten saklandığı durumlarda ayıbı farkedene; tespit eden iş sahibi ayıp ihbarında bulunmaksızın ayıptan doğan haklarını derhal kullanabilecektir. Aksi bir durumun kabul edilmesi halinde; müteahhidin kasten gizlediği ayıplar bakımından iş sahibinin bildirimde bulunma yükümlülüğünün devam etmesi bir nevi müteahhidin hukuka aykırı davranışının üstün tutulması anlamına gelecektir.

Her ne kadar BK'da bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa dahi genel olarak kanun koyucunun iradesinde; hileli davranışın hileli olmayan davranışa göre daha ağır bir yaptırıma bağlanması esastır. Bunun en belirgin örneği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yapılan eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemedir. 4077 s. Kanun 4/3 uyarınca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren bir eser sözleşmesinde hizmeti ve/veya eseri veren müteahhit, hizmetteki ayıbı bile bile gizlemesi durumunda kanunda belirtilen 2 yıllık zamanaşımı süresinden faydalanamayacaktır. Bu nedenle; müteahhidin kasten gizlemiş olduğu ayıplar bakımından iş sahibinin bildirim yükümü olmayacağı kabulü

²⁸⁰ Zevkliler, Borçlar, sh. 338; Karahasan, İnşaat, sh. 265; Kural/Kılıçbay/İzmir; İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, sh. 564.

²⁸¹ Tandoğan, Borçlar, sh. 221; ayrıca bk., Öz, sh. 118.

gerekmektedir. Yani bir başka deyişle eserdeki ayıbı kasten saklayan müteahhidin de artık iş sahibinden bildirim yükümünü yerine getirmesini beklemek hakkı ortadan kalkacaktır.

6.3. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması

6.3.1. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı def'i, genel olarak borçluya borcu ifadan kaçınma imkanı verir. Kanun tarafından düzenlenen zamanaşımı süreleri; borçlu tarafından ileri sürülmediği sürece alacaklının hakkının düşmesine neden olmaz ya da hakkın talep edilmesini engellemez. Özel hukukta biri kazandırıcı zamanaşımı bir diğeri ise, düşürücü zamanaşımı olarak adlandırılır. Kazandırıcı zamanaşımı eşya hukukuna ilişkin bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık hak düşürücü süre, bir Borçlar Hukuku kavramı olup, alacaklının hakkını hukuk düzeninin öngördüğü süre içerisinde kullanmaması halinde; o hakkı talep ve dava hakkını yitirmesi anlamına gelmektedir.

Bazı durumlarda alacağın tahsil edilebilmesi oldukça güç ya da olanaksızdır. Bu gibi hallerde zamanaşımının işlemesi alacaklı aleyhine bir sonuç yaratmaktadır. Bu gibi durumlarla ilgili olarak kanun koyucu alacağın tahsilini güçleştiren nedenleri BK 132. maddesinde açıkça düzenlemiştir. İlgili maddede belirtilen hallerin varlığında; zamanaşımı işlemeye başlamaz, zamanaşımı işlemeye başladıktan sonra maddede belirtilen hallerden birinin ortaya çıkması halinde ise durur.

Buna karşılık BK 133. ve 136. maddelerde belirtilen hallerde zamanaşımı kesilmektedir. Zamanaşımının kesilmesi, zamanaşımının durmasından farklıdır. Zamanaşımının kesilmesi, zamanaşımının durmasından farklı olarak, kesilme anına kadar geçen sürenin yok olması sonucunu doğurur. Zamanaşımını kesen sebepler; borçlunun, alacaklının fiil ve hareketleri ile adli mercilerin kararlarıdır.²⁸²

²⁸² Zamanaşımını kesen sebepler hakkında ayrıntılar için bk.; Ayan, sh. 338 vd; Tutumlu, Mehmet A.; Türk Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, sh. 62 vd.

Kesilme sebebi ortadan kalktığı andan itibaren mevcut zamanaşımı süresi, en başından itibaren kesilme anından başlamak üzere işler. Ancak istisna olarak; borç bir senette ikrar edilmiş veya bir mahkeme kararı ile hüküm altın alınmış ise, eski zamanaşımı süresi ne olursa olsun, yeni süre 10 yıl olarak işler (BK 135/2).

Zamanaşımının gerçekleşmesinden söz edilebilmesi için; öncelikle zamanaşımına tabi tutulmuş bir alacağın olması gerekmektedir ve bu alacak için kanunda öngörülen sürenin dolmuş olması gerekir. Zamanaşımı süresi alacağın muaccel olması anından itibaren işlemeye başlar. Fakat muacceliyet bir ihbar şartına bağlı ise, süre ihbarın yapılmasından değilihbarın yapılmasının mümkün olduğu andan itibaren başlayacaktır (BK 128). Zamanaşımı süresinin hesaplanmasında özel hükümler saklı kalmak kaydı ile; ilk gün dikkate alınmaz ve alacak hakkında zamanaşımı son günün kullanılmadan geçmesi ile son bulur (BK 130/1).

6.3.2. Zamanaşımı Süreleri

Eser sözleşmelerinde uygulanacak olan zamanaşımı süreleri ile ilgili olarak; Borçlar Kanunu ile birlikte, Devlet İhale Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve SIA – Norm 118’de farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu sürenin başlama anı da, imal edilen eserin türüne bağlı olarak farklılıklar taşımaktadır.²⁸³

6.3.2.1. Borçlar kanunu 363. maddeye göre durum

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklara ilişkin zamanaşımı süresi BK 363. maddesinde taşınmaz inşaat ve taşınmaz inşaat dışında kalan diğer eserler göz önünde tutularak farklı şekilde düzenlenmiştir.

BK 363. maddenin 1. fıkrası “yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar alıcının haklarının tabii olduğu müruru zaman hükmüne tabiidir” hükmünü haizdir.

²⁸³ Uçar, sh. 262,263.

Taşınmaz inşaat dışında kalan diğer eserlerde zamanaşımı süresini düzenleyen bu maddede satım sözleşmesine ilişkin hükme yapılan atıf nedeni ile, iş sahibinin eserin ayıplı olması nedeni ile ileri sürebileceği haklar BK 207/1'de olduğu gibi teslimden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine bağlı tutulmalıdır.

Başka bir deyişle; bu atıf nedeni ile; satım hukukunda geçerli olan zamanaşımı süreleri eser sözleşmesi bakımından da aynen geçerlidir.

Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihadı²⁸⁴; alıcının hakları bakımından Bk 363. madde ile yapılan atfın yalnızca BK 207. m.'ye değil; aynı zamanda tarafların tacir olması halinde TK 25/b.4'e yönelik olduğuna ilişkindir. Bu nedenle de ticari eser sözleşmeleri bakımından da TK'da belirtilen 6 aylık zamanaşımı süresi kabul edilmektedir.

BK 207. maddesinde belirtilen zamanaşımı süreleri ancak ayıba karşı tekeffülden doğan davalara tatbik olunabilir. Bu zamanaşımı süreleri, iş sahibinin ayıptan doğan bütün hakları için geçerlidir. Ancak başka nedenlerden, mesela; akdin icrasına ilişkin olarak, müteahhidin işe geç başlamasından dolayı eserin geç teslim edilmesi ya da teslim edilmemesinden doğan tazminat talepleri bu süreye değil, on yıllık genel zamanaşımı hükümlerine tabiidir²⁸⁵.

Ayıbın kasten gizlenmesi halinde ise; bir yıllık, altı aylık veya beş yıllık zamanaşımı göze alınmaz. Bu durumda satım sözleşmesine yapılan atıf nedeni ile, iş sahibinin haklarına BK m.207/3. madde hükmü kıyas yoluyla uygulanarak, imal edilen eserin taşınır veya taşınmaz oluşu farketmeksizin eserin teslim alımından itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olur. Fakat 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için, iş sahibinin müteahhidin eserdeki ayıbı hile yaparak kasten gizlediğini ispat etmesi gerekmektedir.²⁸⁶

Taşınmaz inşaat bakımından ise; BK 363/2'de belirtildiği üzere; taşınmaz inşaatta ortaya çıkan ayıplardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve onun ifa

²⁸⁴ 3.2.1960, E. 66 -1065/ K. 69 – 511, Batider c. V (1970), sh. 603.

²⁸⁵ Seliçi, İnşaat, sh. 203; Tandoğan, Borçlar, sh. 222.

²⁸⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 201.

yardımcılarına karşı haklarını ileri sürebilmesi için teslimden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Ancak BK'da taşınmaz inşaatın tanımına yer verilmemiştir. Buna rağmen; BK 360/3; 363/2, 367/2, 368/2 ve MK 644. maddelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde; taşınmaz inşaatın bir gayrimenkul üzerinde bir emek ve malzeme sarfı ile yapılması gereken bir yapı olarak tanımlanması mümkündür.

Taşınmaz inşaat; sadece binalar değil; arzla bağıllık arzeden, belli bir ekonomik değer taşıyan ve insan emeği ile yapılan bağımsız şeyler olarak değerlendirilmelidir. Yeni bir eserin ortaya çıkarılmasında olduğu kadar, eski bir eserin tamir ve tadilinin de bu bağlamda ele alınması uygun olacaktır. Federal mahkeme kararlarına göre, bir taşınmaz üzerinde müteahhit tarafından yapılan her türlü işin taşınmaz inşaatı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.²⁸⁷

Yapılan işin taşınmaz inşaat olup olmadığının belirlenmesinde edimin değeri, ücretin yüksekliği, veya ayıptan dolayı uğranılacak zararın kapsamı tek başına etkili olmayacaktır. Beş yıllık zamanaşımı süresinin belirlenmesinde asıl etkili olan görüş taşınmaz inşaatın gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının anlaşılabilmesi amacı ile bir yılın yeterli olmayacağı yönündeki kanaattir.²⁸⁸

Selici'ye göre de, yapıdan ne anlaşılması gerektiği BK'da belirtilmemiştir ve aslından yapı işinin ne olduğu da hukuken belirlenebilecek bir konu değildir. Yapı işi teknik bir terim olup; belirlenmesi de yapı tekniğine aittir. Dolayısı ile de yapı (inşaat) işlerinin yapılması yapı tekniği usul ve kurallarının uygulanmasını gerektiren işler şeklinde tanımlanması mümkündür²⁸⁹.

²⁸⁷ Batider, Haziran 1982, c. XI; Dr. Haluk Tandoğan – İstisna Akdinde Ayıba İlişkin Zamanaşımı, sh. 2.

²⁸⁸ Batider, Haziran 1982, c. XI; Dr. Haluk Tandoğan – İstisna Akdinde Ayıba İlişkin Zamanaşımı, sh. 2, sh. 3.

²⁸⁹ Selici'ye göre, yapıdan en anlaşılması gerektiği Borçlar Kanunu'nda belirtilmemiştir. Aslında yapı işinin ne olduğu hukuken belirlenecek bir konuda değildir. Ancak, yapı işi teknik bir terim olup, belirlenmesi de yapı tekniğine aittir. Dolayısıyla yapı işlerini, yapılması yapı tekniği usul ve kurallarının uygulanmasını gerektiren işler şeklinde tanımlamak mümkündür. (Selici, İnşaat, sh. 5)

Taşınmaz inşaatın her zaman bağımsız, başlı başına bir bütünlük arzeden inşaat eseri olarak ortaya çıkarılması aranmaz. Bütünleşerek eseri meydana getirecek olan kısmi inşaat işlerinin de taşınmaz inşaat olarak değerlendirilebileceği durumlar mevcuttur. Ancak toprakla bağlantılı olmasına karşın ikinci derecedeki teknik yapı işleri, örneğin basit bir inşaat teferruat niteliğindeki taşınır şeyler MK 654. m.'de tanımlanan ve kalmak maksadı olmayan geçici olarak yapılan menkul inşaatlar olup; BK 363. m. hükmüne tabii değildirler. Dolayısıyla da bunlar yapı olarak değerlendirilemeyeceğinden; iş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanılabilmesi bakımından bir yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulurlar.²⁹⁰

Böylece; BK 363. m.'de belirtilen uzun zamanaşımı süresi yalnızca esaslı onarım ve tadil denilen işlere; yani yapının eski esaslı kısımlarının tadil ve onarımlarının söz konusu olduğu işlere uygulanır.²⁹¹

Buna karşılık inşaata emek sarf etmeden sadece malzeme gönderilmesi halinde; malzemeler o inşaat için yapılmış ve ısmarlanmış olsalar dahi; ayıptan doğan haklar bakımından bir yıllık zamanaşımı süresine tabidirler. Müteahhit tarafından taşınmaza ilişkin olarak malzeme harcanmadan sadece emek harcanmak sureti ile yapılan işler de taşınmaz inşaat işleri olarak nitelendirilemeyeceğinden burada da bir yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.²⁹² Hiç kuşkusuz ki bu durum; müteahhit tarafından iş sahibine ait malzeme kullanılmak suretiyle yalnız emek harcanarak yapılan işin taşınmaz inşaat sayılmasına engel teşkil etmemektedir.²⁹³

Bir görüşe göre²⁹⁴; bir evin yeniden dış cephesinin sıvanması veya boyanması gibi işler, hafif onarım işleri olup, bu gibi işlerin kontrolü kolaylıkla yapılabileceğinden ve eserdeki ayıplar da 1 yıldan kısa sürede tespit edilebileceğinden bunların taşınmaz inşaat olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.

²⁹⁰ Seliçi, İnşaat, sh. 210.

²⁹¹ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1039; Tandoğan, Borçlar, sh. 222.

²⁹² Seliçi, İnşaat, sh. 210.

²⁹³ Tandoğan, Borçlar, sh. 225.

²⁹⁴ Tunçomağ, Borçlar, sh. 1039.

Uçar'ın görüşüne göre de²⁹⁵; taşınmaz eşya üzerinde iş ve taşınmaz inşaat ayrımlarının yapılması ve bu ayırım yapılırken de yapının eski olup olmadığının ve yapılan işin yapının önemli bir kısmı için yapılıp yapılmadığına bakılması gerekmektedir.

Ancak bizim de katıldığımız Seliçi'nin görüşüne göre²⁹⁶; BK 363/2. m.'de bu yönde herhangi bir ayırım bulunmadığından bina eski ve/veya yeni yapılmakta olsun cephe boyası; ayıp 1 yıldan sonra ortaya çıkacak ise; taşınmaz inşaatır.

Bu görüşün aksinin kabul edilmesi halinde, iş sahibinin haklarına zarar verebilecek niteliktedir. Zira günümüzde farklı teknolojiler kullanılarak yapılan dış cephe çalışmalarının bir çoğunda ayıbın 1 yıl içerisinde ortaya çıkması neredeyse imkansızdır.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin haklarını kullanmasının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin düzenleme sadece BK 363. m.de de yer almamaktadır. Bu düzenlemenin yanında BK 126/b.4. maddede de bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme ile; müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile;akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması nedeni ile açılacak davalar²⁹⁷ hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan tüm davalar bakımından beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.²⁹⁸ Oysa BK 363/1 yolu ile de satım sözleşmesinde belirtilen zamanaşımı süresine atıf yapılmaktadır. Neticeten; BK 363. madde uyarınca iş sahibinin hakları genellikle teslimden itibaren bir yıl, tacirler arası ticari eser sözleşmeleri

²⁹⁵ Uçar, sh. 267.

²⁹⁶ Seliçi, İnşaat, sh. 209, dn. 276.

²⁹⁷ YKD. C. 26, Ağustos 2000, s. 8, sh. 1246, Yarg. 15. HD, E.2000/472 – K. 2000/1088, T. 07.03.2000 "Yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve özellikle ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması nedeniyle açılacak davalar 10 yıllık zamanaşımına tabiidir."

²⁹⁸ İstanbul Barosu Bilgi Bankası; Yargıtay Kararları Bilgisayar Programları cd.si, Yarg. 15. HD, E. 1975/2814 – K. 1975/2824, T. 29.05.1975 "Yapılan şeyin kabulü ile yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak bile bile sakladığı ve yöntemine uygun muayene ile ortaya çıkmayan kusurlar için sorumluluğu devam eder. Eser Sözleşmesinde zamanaşımı süresi beş yıldır."

bakımından altı ay; ve taşınmaz inşaatında da beş yıl geçmesi ile zamanaşımı gerçekleşmiş olur.

Ancak kanun koyucu tarafından daha ileriki bir zamanda yapılan düzenleme olan 126/b.4. m.'de yer alan düzenlemenin, BK 363. m. düzenlemesini zımnen ortadan kaldırıp; kaldırmadığı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlara göre²⁹⁹, Kanun koyucu tarafından yapılan BK 126/b.4 m. düzenlemesinde yer verilen "istisna akdinden doğan bütün davalar" şeklindeki ifade BK 363/1'in BK 207. maddesinde yapmış olduğu atfı ortadan kaldırmaktadır. Zevkliler'e³⁰⁰ göre de Yargıtay tarafından da kabul edilen bu görüş yerindedir.

Ancak doktrinde çoğu yazarın benimsemiş olduğu bir diğer görüşe göre³⁰¹, BK 126/b.4. madde hükmü; BK 363/1. maddenin yapmakta olduğu atfı ortadan kaldırmamaktadır. Seliçi'ye göre de³⁰², BK 126/b.4'deki hüküm BK 363. madde hükmünü ortadana kaldırmamakta; aksine teyit etmektedir.

Kanaatimce de çoğunluk görüşü yerindedir. Kanun koyucu tarafından 126/b.4'ün düzenlenmesindeki amaç taşınmaz eser dışında kalan eserler bakımından alacağın vaktinde istenmesinin sağlanmasıdır.

7. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU İLGİLENDİREN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

7.1. Milletlerarası Özel Hukuk ve İnşaat Sözleşmeleri

²⁹⁹ Bk. YHGK. 31.10.1995 T., E.12066, K. 14247 (YKD., 1996,S. 4, s. 521 vd.); Y. 15. HD. 31.5.1988 T., E. 3682, K. 2136 (YKD., 1989, S.1,s.81); Karahasan, İnşaat, C.3, sh. 733,734.

³⁰⁰ Zevkliler, Borçlar, sh. 338.

³⁰¹ Bk. Tandoğan, Borçlar, sh. 229 vd; benzer görüşler için bk.; Öz, sh. 134; Tunçomağ, Borçlar, sh. 1037,1038; Burcuoğlu, sh. 325 vd; Yavuz, Borçlar, sh. 487, Aral, sh. 377 vd.

³⁰² Seliçi, İnşaat, sh. 205,206.

Milletlerarası özel hukuk veya devletler özel hukuku³⁰³ belirli bir olay veya ilişkinin birden fazla devletin özel hukuk sistemi ilişkide bulunması durumunda ortaya çıkan sorunları çözmeye çalışan hukuk dalıdır. Dolayısı ile de bir sözleşme doğurduğu sonuçları itibariyle; birden çok devlet ile ilişkili ise; milletlerarası nitelikli sayılmaktadır.

7.2. İnşaat Sözleşmeleri Kapsamı ve Çeşitleri

Milletlerarası Özel Hukuk bakımından sonuç doğuran inşaat sözleşmeleri, konuları açısından öncelikle endüstriyel ve endüstriyel olmayan inşaat sözleşmeleri olarak iki grup olarak ele alınmaktadır. Endüstriyel inşaat denildiğinde; hidro, termo ve/veya nükleer enerji santralleri, maden, petrol çıkarma, işletme tesisleri, sulama, atık su, yer altı ve yerüstü ulaşım ağları ve çeşitli fabrika inşaatlarının yapılmasına ilişkin sözleşmeler akla gelmektedir. Endüstriyel olmayan inşaatlar ise; hastane, tiyatro, otel... vb. alanların yapılmasına ilişkin genel inşaat işleridir.

Bununla birlikte bazı inşaatlar hem endüstriyel hem de endüstriyel olmayan nitelikler taşıyabilir.

İnşaat sözleşmeleri yukarıda belirttiğimiz gruplandırmanın yanı sıra; tarafları dikkate alınarak da gruplandırılabilir. İş sahibinin değişik müteahhitlerle ayrı ayrı sözleşmeler yapmak suretiyle inşaatın yapılması yolunu seçmesi halinde; taraflar arasındaki ilişkilerin hukuki sonuçları münferit sözleşmeler dikkate alınarak belirlenecektir. İş sahibinin müteahhitler arasındaki uyumu sağlayabilmesi için işin ifasını üstlenen birden fazla müteahhitte tek sözleşme yapması durumunda ise; sözleşmenin müteahhit tarafını oluşturan firmalar, aynı sözleşme ile işi üstlenmiş olacaklardır. Bundan başka; iş sahibi, inşaat sözleşmesinin anahtar teslimi yapılmasına karar vererek, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan müteahhitlerin ayrı ayrı edimler üstlenmeleri yerine, işin bir bütün olarak ifa edilerek son haliyle kendisine teslim edilmesini de sağlayabilir.

³⁰³ Terminoloji hakkında ayrıntılar için bkz. Tekinalp, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk , Bağlama Kuralları, 5. Bası, İstanbul 1995, s. 13.

7.3. Milletlerarası Ticari Uygulamalarda Standart Sözleşmeler Ve Fıdıc Kuralları

Milletlerarası ticaret hukukunun hızlı ve karmaşık yapısı, ticari faaliyetlerin deneyimli ve uzman kurumlarca hazırlanmış standart sözleşmeler rehberliğinde düzenlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Standart sözleşmeler, milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren kurumlarca hazırlanmakta ve tarafların ticari ilişkilerinde, bu standart sözleşmeleri esas almaları veya değişikliklerle kendi ilişkilerine uyarlamaları, zaman ve bilgi birikimi açısından fazlaca kolaylık sağlayabilmektedir.

Milletlerarası inşaat hukuku ile ilgili yasal düzenlemeler, çeşitli milli hukuk sistemlerinde farklılıklar sergilemektedir. Bununla beraber, uygulamada milletlerarası inşaat işlerinin genellikle standart kurallara tabii olması, milletlerarası inşaat sözleşmelerine ilişkin uygulama açısından önem taşımaktadır. İnşaat sözleşmelerinin bu denli standart kurallara tabii olmasının en önemli nedeni milletlerarası inşaat sözleşmelerinin genellikle teknik hükümler içermesidir.³⁰⁴

Dolayısı ile de; söz konusu teknik hükümler; hukuki prensiplerden farklı olarak teknolojinin evrensel prensipleri doğrultusunda oluştuğundan sözleşmelerde benzerlik ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de inşaat sözleşmeleri uygulamasında çeşitli standart kurallar uygulanmaktadır.³⁰⁵

Milletlerarası inşaat sözleşmeleri alanında en yaygın uygulama alanı bulan standart kurallar, FIDIC Kuralları'dır. FIDIC, Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nun (Federation internationale des ingenieurs-conseils) baş harflerinden oluşan bir kelimedir. Söz konusu federasyon, merkezi Lozan'da olmak üzere, 1913 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. FIDIC, İnşaat projeleri için standart sözleşmeler düzenlemeye 1957 yılında başlamıştır. FIDIC'e her üye ülkeden ancak bir temsilci atanabilmektedir. FIDIC tarafından hazırlanan bu standart kurallar,

³⁰⁴ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir 1996, sh. 11.

³⁰⁵ Örnek olarak ABD'de A.I.A, Fransa'da A.F.N.O.R., İngiltere'de J.C.T ve I.C.E.; Almanya'da V.O. B., İsviçre'de S.I.A; ve Avusturya'da O.N.O. R.M.; Akıncı, Ziya, sh. 11, dn. 25.

zaman içerisinde gözden geçirilerek uygulamadaki gelişmelere uygun hale getirilmeye çalışılmış, bu sebeple 1969 yılında ikinci basım, 1977 yılında da üçüncü basım FIDIC Kuralları yayınlanmıştır. FIDIC Kurallarının dördüncü basımı, 1987 yılında gerçekleşmiş ve söz konusu kuralların bu basısında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı, maddelerin daha iyi anlaşılabilmesini sağlayabilmek için ifadenin daha açık olması şeklinde iken, bazı değişiklikler esasa ilişkin olmuştur.

Milletlerarası inşaat projelerinin %30'unda FIDIC Kuralları'nın uygulandığı belirtilmekte, ayrıca, başta Dünya Bankası'nın finanse ettiği projelerde FIDIC Kurallarının önerildiği görülmektedir. Bu gibi etkenler de FIDIC Kurallarının uygulama alanının genişlemesinde rol oynamaktadır. Köken itibariyle FIDIC Kuralları, İngiliz İnşaat Mühendisleri Kuralları'ndan esinlenilerek hazırlanmıştır.

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz üzere; Milletlerarası İnşaat Sözleşmelerinde en çok uygulama alanı bulan FIDIC Kuralları arasında da ayıba karşı tekeffül konusuna değinilmiştir.

Bu nedenle çalışmamızın son bölümünde kısaca Milletlerarası Özel Hukukta sık sık uygulama alanı bulan FIDIC Kuralları'nda ayıp kavramı ile ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin düzenlemelere yer vermekte fayda olacağı kanaatindeyiz.

7.4. Milletlerarası Özel Hukuka Konu İnşaat Sözleşmelerinde Uluslar Arası Hukukta (FIDIC) Ayıba Karşı Tekeffül

İnşaat Sözleşmesinde müteahhidin temel borcu, yukarıda da detaylıca anlattığımız üzere eserin iş sahibine teslim edilmesidir. Bu nedenle ayıba karşı tekeffül borcu, teslim borcunun bir tamamlayıcısı olarak ortaya çıkmakta ve müteahhidin eseri taahhüt ettiği ve sözleşmede öngörülen kullanım amaçları bakımından gerekli olan nitelikleri haiz olarak teslim etmesi borcunu ifade etmektedir.

Uluslararası hukukta ayıba karşı tekeffül konusunda FIDIC kuralları dağınık bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki, FIDIC kurallarının 36. maddesi; kullanılacak malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye uygun olmasını düzenlemekte ve 49. madde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenlemektedir.

Malzeme ve araçların ayıplı olması durumuna, FIDIC'ın başkaca maddelerinde de değinilmektedir. FIDIC kurallarının 37.4 maddesi uyarınca, 37. maddede yapılması öngörülen testlerin sonucu olarak mühendis, ayıplı olduğunu veya sözleşmeye uygun olmadığını belirterek, malzeme ve aracı reddedebilir. Böyle bir durumda, mühendis gerekçesi ile birlikte durumu derhal müteahhide bildirecektir. Durumun kendisine bildirilmesine rağmen; müteahhidin ayıpları gidermemesi durumunda, FIDIC kurallarının 63/1. m.'si uyarınca sözleşmenin feshi gündeme gelecektir.

Yine FIDIC kurallarının 39.1. maddesi uyarınca; mühendisin, sözleşmeye uygun olmayan malzeme veya araçların sahadan uzaklaştırılması hususunda talimat verme yetkisi vardır. FIDIC kurallarının 37.4. maddesinde belirtildiği gibi müteahhidin, mühendisin bu talimatını yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin ihlali söz konusu olacak ve 63. maddenin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

7.4.1. Ayıplı ve Noksan İşler Ayrımı

Türk hukukunda ayıplı ve noksan işler, hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu konuda yukarıda ayrıntılı bilgi tarafımızca verilmiştir. Ayıplı işte, eserin sözleşmeye aykırı olarak veya eserin kullanım amacı için gerekli vasıfları taşımaksızın teslim edilmesi söz konusudur. Noksan işlerin bu durumdan farklılığı ise; 15. Hukuk Dairesi'nin 13.06.1988 tarihli bir kararında açıkça vurgulanmıştır. "...noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı, diğer bir deyimle ayıplı bulunup bulunmadığı üzerinde durulamaz. O halde; noksan işin ayıplı işlerle bir arada ifade edilmesi ve yukarıda sözü edilen madde hükümlerinde düzenlenen ayıplı işler kavramına dahil edilmesi olanağı yoktur."³⁰⁶ Bu sebeple BK 194. vd. maddelerinde ihbar veya muayene yükümlülüğünün

³⁰⁶ Yargıtay 15. HD, 13.06.1988 T., 3212 E., 2287 K.

yalnızca ayıplı işleri kapsayacağı , noksan işler için böyle bir yükümlülüğün söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir.³⁰⁷

FIDIC kurallarının 48.1. maddesinde ise; ayıplı ve eksik işlerin müteahhide bildirilmesi prosedürü bir arada düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, müteahhit işi bitirip, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu netice aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Böyle bir bildirim; aynı zamanda müteahhidin mühendisten kesin kabul belgesini talep etmesi anlamına gelecektir. Bu bildirim üzerine mühendis, 21 gün içerisinde ya kesin kabul belgesini verecek veya eksik işlerin bulunması durumunda, bu işlerin tamamlanması hususunda talimat verecektir. Mühendis bu süre içerisinde, tüm ayıpları da bildirecektir. Görüldüğü gibi muayene ve bildirim yükümlülüğü, FIDIC kuralları uyarınca hem noksan hem de ayıplı işler için söz konusu olmaktadır. Zaten FIDIC kuralları yorumlanırken, ayıplı iş tanımı, Türk Hukuku'ndakinin aksine noksan işleri de kapsamaktadır. Ayıp kavramı tanımlanırken "miktar ve vasıfları itibariyle inşaat sözleşmesinde açıkça veya örtülü olarak taahhüt edilen edimlerin miktar ve vasıflarına aykırılık" olarak ifade edilmektedir.³⁰⁸

7.4.2. FIDIC Kuralları Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Şartları

7.4.2.1. Ayıp Mevcut Olacak

FIDIC kurallarının 36.1. maddesi malzeme; işçilik ve araç için beklenen kaliteyi tanımlamaktadır ve aynı zamanda mühendisin talebi üzerine bunların zaman zaman test edileceğini düzenlemektedir. Buna göre;

"bütün malzeme, araç ve işçilik,

- a. Sözleşmede belirtilen özellikleri haiz ve mühendisin talimatlarına uygun

³⁰⁷ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir 1996, sh. 46.

³⁰⁸ Akıncı, Z.; sh. 46, dn. 109.

- b. Zaman zaman mühendisin sahada, imalat veya fabrikasyon yerinde veya sözleşmede belirtilen veya belirtilen başka bir yerde yapacağı testlere tabi olacaktır...”

Görüldüğü gibi müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamı, eserin kullanımı için gerekli niteliklerin eserde mevcut olmaması olduğu kadar, buna ek olarak sözleşmede taahhüt edilen niteliklere veya mühendisin talimatlarına aykırılık hallerini de kapsamaktadır.

7.4.2.1.1. Sözleşmede Taahhüt Edilen Niteliklere ve Mühendisin Talimatlarına Aykırılıktan Kaynaklanan Ayıp

Yukarıda belirtildiği gibi; FIDIC kurallarının 36.1. maddesi uyarınca bütün malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmede taahhüt edilen özelliklere uygun olması gerekmektedir. Bu şartlar iş sahibi ve müteahhit arasında yapılan sözleşmede ve/veya hazırlanan projede belirlenir. Müteahhidin sözleşmede taahhüt ettiği bir vasfın eksikliği, eserin ayıplı olması için yeterli olacaktır. Başka bir deyişle eserin kullanımında hiçbir sorun olmasa dahi, müteahhidin taahhüt ettiği vasıflar gerçekleşmediği için eser, ayıplı kabul edilecektir.³⁰⁹ Hiç kuşkusuz ki bu husus Türk hukuku bakımından da aynıdır.

FIDIC kurallarının 36.1 maddesi, malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye uygun olması gerektiği kadar, mühendisin talimatlarına da uygun olması gerektiğinden bahsetmektedir. Burada dikkati çeken bir nokta, mühendisin verdiği talimatların sözleşmede yer alan malzeme, araç ve işçilik ile ilgili hükümlere aykırı olması durumudur. Böyle bir durumda, mühendisin sözleşmede belirlenenden daha yüksek bir standart öngörmesi durumunda, FIDIC m. 51.1. madde uyarınca işte değişiklik yapılması hükümleri uygulanacaktır. Mühendisin sözleşmede belirlenenden daha düşük bir standart öngörmesi durumunda da bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Zira mühendisin güven ve yetkilerini belirleyen FIDIC kurallarının 2.1. maddesi uyarınca mühendisin, müteahhidi sözleşmede belirtilen edimlerden muaf tutma yetkisi yoktur. Yani, FIDIC kurallarının 51.1. maddesinde mühendise verilen değişiklik yapma yetkisi, kullanılacak malzeme, işçilik ve araçta, sözleşmede belirlenenden daha düşük standardın uygulanmasını

³⁰⁹ Öz, sh. 92; Tandoğan, 162.

engelleyebilmek amacı ile FIDIC kurallarının 2.1. maddesi gereğince sınırlamaya tabii tutulmuştur.

7.4.2.1.2. Eserin Kullanımı İçin Gerekli Niteliklerin Bulunmamasından Kaynaklanan Ayıp

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin eseri teslim borcu, eserin sözleşmede öngörülen kullanım amacı için gerekli vasıfları taşıması borcunu da kapsamaktadır. Başka bir deyişle eserin imali sonucunda, sözleşmede öngörülen amacın (örn. Bir termik santralin işlemesi gibi) elde edilebilmesi beklenecektir. Bu sonuca iyi niyet kurallarından ve edimin amacından yola çıkılarak varılması olasıdır.³¹⁰ FIDIC kurallarının 8.1. maddesi, müteahhidin sözleşmeyi incelerken veya ifa ederken, proje veya şartnamede hata veya eksiklik görmesi durumunda, durumu mühendise bildirme yükümlülüğüne yer vermektedir. Bu maddeler eserin sözleşmede hata veya eksiklik görmesi durumunda, durumu mühendise bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu maddelerde yer alan düzenlemeler ile eserin sözleşmede öngörülen amaca uygun olarak kullanılabilmesi için gerekli vasıfları taşımasının sağlanabilmesi amaçlanmaktadır.

7.4.2.2 Gerekli Prosedür Yerine Getirilecek

FIDIC kuralları ayıp söz konusu olduğu takdirde, mühendise bu ayıpları iş sahibine bildirme yükümlülüğü yüklemektedir. FIDIC kurallarının 48.1. maddesine göre; müteahhit işi bitirip, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu netice aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Böyle bir bildirim aynı zamanda müteahhidin mühendisten geçici kabul belgesini talep etmesi anlamına gelmektedir. Müteahhide geçici kabul belgesinin verilmesi ile; FIDIC kurallarının 62. maddesinde öngörülen, müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre de işlemeye başlayacaktır. İşte bu süre içerisinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi için ayıpların müteahhide bildirilmesi gerekecektir.³¹¹

³¹⁰ Tandoğan, sh. 164.

³¹¹ Akıncı, Z.; sh. 48.

7.4.3 Ayıplı İfa Durumunda İş Sahibinin Hakları

FIDIC Kurallarına göre; eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine tanınan çeşitli haklar vardır. Bu haklar, ayıbın müteahhit tarafından giderilmesini istemek, masrafları müteahhide ait olmak üzere, ayıbın bir üçüncü kişi tarafından giderilmesini talep etmek, ayıpların giderilmemesi sebebiyle ihtiyat kesintisini alıkoymak, masrafı müteahhide ait olmak üzere ayıbın sebeplerinin araştırılmasını istemek ve sözleşmeden dönmek olarak sayılabilir. Burada Türk hukukundan farklı olarak; müteahhide ücretin indirilmesini talep etme (BK m. 360/2) hakkı tanınmamıştır.

7.4.3.1 Ayıbın Giderilmesini İstemek

7.4.3.1.1 Ayıbın Müteahhit Tarafından Giderilmesi

Müteahhidin eseri teslim borcu, eserin ayıpsız olarak teslimini içerdiği için, ayıpların müteahhide bildirilmesi üzerine, müteahhidin bu ayıpları giderme borcu söz konusu olacaktır. Müteahhidin ayıpları giderme borcu FIDIC Kurallarının 13.1. maddesinde " müteahhidin genel sorumluluğu" başlığı altında düzenlenmiştir.

Ancak FIDIC Kurallarının 49.3. maddesinde yapılan düzenleme ile, hangi durumlarda ayıpları gidermek için yapılan masrafların müteahhide yükleneceği özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; mühendis kullanılan malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye aykırı olduğu, müteahhidin projesinin hatalı olduğu veya sözleşmede belirtilen herhangi bir borca aykırı olduğu; müteahhidin projesinin hatalı olduğu veya sözleşmede belirtilen herhangi bir borca aykırı davrandığı görüşünde ise; ayıpların giderilmesi için yapılan masraflar müteahhide ait olacaktır. Buna karşılık, yapılan işin sebebinin yukarıda belirttiğimiz haller dışında olması durumunda artık ayıptan söz edilemeyecek ve yapılan masraflar iş değişikliği olarak değerlendirilerek, FIDIC Kurallarının 52. maddesi uyarınca fiyatlandırılacak ve müteahhide yüklenemeyecektir.

Yine; FIDIC Kurallarının 49.2. (b) maddesi uyarınca, müteahhit mühendisin kendisine bildirdiği ayıpları, ayıba karşı tekeffül borcunu süresi içerisinde gidermekle yükümlüdür.

FIDIC Kurallarının 26.1 maddesi uyarınca, müteahhit ayıpları giderirken de, aynı işin ifasında olduğu gibi, işin yapıldığı yerin bütün hukuk kurallarına ve yetkili mercilerin kararlarına uygun davranmakla yükümlüdür.

7.4.3.1.2. Ayıbın Üçüncü Kişi Tarafından Giderilmesi

FIDIC Kuralları uyarınca, eserin ayıplı olması durumunda, iş sahibinin söz konusu ayıbın giderilmesini talep etme hakkı vardır. FIDIC Kurallarının 49.2. maddesi uyarınca, prensip olarak ayıpları giderecek olan yine müteahhittir. FIDIC Kurallarının 49.4. maddesi mühendisin bildirdiği ayıpların müteahhit tarafından "makul bir süre" içerisinde giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mühendisin talimatı üzerine müteahhit, masrafı kendisine ait olmak üzere, eserin sözleşmeye uygun (bir başka deyişle ayıpsız) hale getirilmesi için gerekeni yapmakla yükümlüdür. Bu durum, müteahhidin eseri ayıpsız olarak teslim borcunun bir sonucudur.

FIDIC Kurallarının 49.2. (b) maddesi uyarınca mühendis tarafından verilen talimata rağmen, müteahhidin ayıpları makul bir süre içerisinde gidermemesi durumunda başvurulacak yöntem, FIDIC Kurallarının yine 49.2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ayıpların iş sahibine isnadının söz konusu olmadığı durumlarda, müteahhidin makul bir süre içerisinde ayıpları gidermemesi halinde iş sahibi, masrafları müteahhide ait olmak üzere, ayıpların üçüncü kişi tarafından giderilmesini isteyebilir.

Görüldüğü üzere, iş sahibinin ayıpların üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi, ancak ayıpların iş sahibine yüklenmesinin söz konusu olmadığı durumlarda mümkün olacaktır. Örneğin, müteahhitin uyarılarına rağmen iş sahibi tarafından ısrarla verilen bir talimat nedeni ile doğan ayıplarda; artık söz konusu ayıpların masrafları müteahhide ait olmak üzere; üçüncü kişi tarafından giderilmesini talep etmek mümkün olmayacaktır. FIDIC Kurallarının 49.4. maddesi uyarınca, eser de meydana gelen ayıbın iş sahibine yüklenip yüklenemeyeceğine, mühendis tarafından karar verilecektir. Mühendis bu kararı iş sahibi ve müteahhide danıştıktan sonra verecektir.

Burada dikkati çeken bir başka husus, müteahhidin ayıpları makul bir süre içerisinde gidermesi gerektiğidir. Müteahhidin noksan işleri FIDIC

Kurallarının 49.2 (a) maddesi uyarınca "mümkün olan en kısa süre içerisinde" giderilmesi öngörülmüştür. Burada söz konusu makul sürenin ne olduğu sorusuyla karşılaşılabılır. Ayıpların, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun süresi içerisinde giderilmesi, makul süre olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle bu sürenin "derhal" olarak algılanması gerekmektedir.

7.4.3.2. İhtiyat Kesintisinin Alıkonulması

FIDIC Kurallarının 60.2. maddesi uyarınca, iş sahibi hak edişlerin belirli bir oranını, ihtiyaten elinde tutacaktır. Yine FIDIC Kurallarının 60.3 (b) maddesi, iş sahibinin ihtiyaten elinde tuttuğu bu miktarın geri verilmesi zamanını düzenlemektedir. İşte, bu hüküm uyarınca, ihtiyaten tutulan bu meblağın yarısı kesin kabul belgesinin verilmesi ile geri kalan yarısı ise; ayıptan sorumluluk süresinin dolmasından sonra ödenecektir. Bu düzenleme ile iş sahibine bir çeşit teminat hakkı tanınmıştır. Yani iş sahibi; 49. ve 50. maddeler uyarınca, giderilmesi gereken bazı ayıpların bulunması durumunda, mühendisin, bu ayıpların giderilmesi için gerekli olan miktarı takdir ederek, bunu alıkoyabilecektir.³¹²

7.4.3.3. Sözleşmeden Dönme

FIDIC Kurallarının 48.1. maddesi uyarınca, mühendisin teslim belgesini verirken ayıpları bildirmesine rağmen, müteahhidin bu ayıpları gidermemesi üzerine, iş sahibinin eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olacaktır. Çünkü FIDIC Kuralları'nın 62.1 maddesi sözleşmenin ifa edilmiş sayılabilmesi için; ayıba karşı tekeffül belgesinin imzalanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu belge ancak her türlü ayıpların giderilmesi şartıyla ayıptan sorumluluk süresinin dolmasından itibaren 28 gün içerisinde düzenlenebilecektir. Müteahhidin ayıpları gidermesi, ayıptan sorumluluk süresini aşıyor ise; 28 günlük süre ayıpların giderilmesinden itibaren işletilir. Müteahhidin kendisine bildirilen ayıpları gidermemesi durumunda ise; müteahhit edimini yerine getirmemiş olacak ve FIDIC Kuralları'nın 63. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

³¹² Akıncı, Z; sh.50

Müteahhidin temerrüdünü düzenleyen FIDIC Kuralları'nın 63.1. maddesi, ayıpların giderilmemesi durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını düzenlemektedir.

Ayıbın eseri tamamen değersiz kılması veya eserdeki ayıbın giderilmeyecek türden ve kullanımı engelleyecek durumda olması halinde de, artık sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusu olacaktır.³¹³

7.4.3.4. Ayıpların Sebeplerinin Bulunması İçin Yapılan Araştırma Masraflarının Tazmini

Eserde söz konusu olan ayıpların iş sahibine yüklenmesinin söz konusu olmadığı durumlarda, ayıp dolayısıyla söz konusu olan muayene, deneme, taşıma gibi masraflar müteahhitten talep edilebilecektir. Nitekim FIDIC Kuralları'nın 50.1. maddesi, mühendise ayıpların sebebinin araştırılması için talimat verme yetkisi vermekte ve bunun masraflarının müteahhide ait olacağını belirtmektedir. Yine FIDIC Kuralları'nın 37.4. maddesi, müteahhide araç ve malzemenin ayıplı olup olmadığını kontrol ettirme yetkisi vermektedir. Böyle bir kontrol durumunda da kontrol masraflarının müteahhide ait olacağı düzenlenmiştir.

7.4.4. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre

FIDIC Kuralları arasında 62.2. madde; müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süreyi düzenlemiş ve bu sürenin dolması ile müteahhide bir belge verilmesini öngörmüştür. Bu belgenin verilmesi ile müteahhit edimini tam olarak ifa etmiş olacak ve sorumlulukları da ortadan kalkacaktır.

Bunlardan başka FIDIC Kuralları'nın 48.1. maddesi uyarınca müteahhidin işi tümüyle bitirdiğinin mühendise bildirilmesi üzerine, mühendisin teslim belgesi düzenleyeceğini belirtmektedir. Bu belgenin ayıplarla ilgili sonucu; ayıba karşı tekeffül sorumluluğu başlangıcının, bu belgenin verilmesi ile başlamasıdır.

FIDIC Kuralları'nın 49.1. maddesi uyarınca, taraflar ayıplardan sorumluluk süresini teklif ekinde kararlaştıracaklardır. Tarafların bu süreyi kararlaştırmamaları durumunda, taraflar arasında uygulanacak hukuktaki

³¹³ Akıncı,Z.; sh. 51.

zamanaşımı süresi dikkate alınacaktır. Uygulamada müteahhidin ayıp dolayısıyla sorumlu olduğu süre geçici kabul belgesinin verilmesinden itibaren başlamak üzere genellikle 6 veya 12 ay olarak tespit edildiği görülmektedir.³¹⁴ FIDIC Kurallarının 40. maddesine uygun olarak işe bir süre ara verilmesi durumunda, bu süre ayıp için sorumluluk süresi hesaplanırken ilave edilecektir. FIDIC Kurallarının II. Bölüm 49.5. maddesi, bu sürenin her halde iki yıldan fazla olmamasını önermektedir.

Müteahhidin ayıp dolayısıyla sorumlu olduğu süre dolup, müteahhidin kendisine bildirilen ayıpları gidermesi üzerine, müteahhide FIDIC Kuralları'nın 62.1. maddesi uyarınca ayıba karşı tekeffül belgesi imzalanınca, artık eser kabul edilmiş sayılacak ve müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu sona erecektir. Zira FIDIC Kurallarının 61. maddesi uyarınca sadece ayıba karşı tekeffül belgesinin imzalanması, eserin kabul edildiği anlamına gelecektir.

³¹⁴ Akıncı, Z; sh.52.

8. SONUÇ

İstisna sözleşmesi hem ulusal hem de uluslar arası boyutu olması nedeni ile hem de günlük hayatta sık sık karşımıza çıkması nedeni ile oldukça önemlidir. İstisna sözleşmesi hem bireyler arası ilişkilerde hem de birey ve devlet arasında kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sık sık uygulanmaktadır. Son zamanlarda ticari ve teknolojik gelişmelerin neticesinde maddi eserlerin yanı sıra gayri maddi eserlerin de sözleşmelere konu olabileceği görüşü yaygınlık kazanmış ve istisna sözleşmelerinin uygulama alanı biraz daha genişlemiştir.

Ayıpsız bir eserin imali ve neticesinde sözleşme dolayısıyla her ki tarafında elde etmek istedikleri amaçların bir an önce sorunsuz bir şekilde elde edilebilmesi için, gerek müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerekse iş sahibine tanınan haklar bakımından aşağıda belirtilen hususların göz önünde tutulması gerekir.

İstisna sözleşmesinde öncelikli olarak; eser kavramının geniş olarak yorumlanması ve kapsamının tespit edilmesi gerekir. Zira günümüzde eser kavramı konusunda herhangi bir görüş birliği sağlanamamıştır. Hiç kuşkusuz ki bunun nedeni; kanun koyucunun net bir düzenleme yapmaktan imtina etmesi ve eser kavramını ifade etmek üzere yalın bir şekilde "şey" terimini kullanmış olmasıdır.

İstisna sözleşmesinde eser kavramı, "riziko üstlenilmek ve emek harcamak suretiyle iş sahibi adına ortaya çıkarılması taahhüt edilen, objektif olarak tespiti mümkün olan sonuçlardır" şeklinde ifade edilebilir. Bu tanımdan yola çıkacak olursak; emek ürünü olarak hukuki bir bütün halinde anlam ifade eden, ekonomik değeri bulunan, niteliği gereği iş görme olarak vaat edilebilen ve objektif olarak tespiti mümkün olan her hukuki varlığın maddi olsun ve/veya olmasın eser sayılması gerekir. Eserin ayıplı olmasından doğan hakların kullanılabilmesi için eserin muayenesinin de mümkün olması gerekir.

Yukarıda da detaylıca bahsettiğimiz üzere; müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun söz konusu olabilmesi için yapımı üstlenilen eserin tamamlanmış ve iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. Tamamlanmayan ve iş sahibine

teslim edilmeyen eserden dolayı ayıba karşı tekeffül sorumluluğu oluşmaz. Zira kanun koyucu, istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim ve iş sahibinin de teslim alma borcunun ifa edilmesini ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesi için bir ön şart olarak düzenlemiştir.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin asıl amacı imal ettiği eserin karşılığında bir ücret almaktır. Ancak hiç kuşkusuz ki müteahhidin ücrete hak kazanabilmesi için eseri ayıpsız bir şekilde imal ederek zamanında iş sahibine teslim etmiş olması gerekir. Şayet imal ettiği eser sözleşmede kararlaştırılan unsurları ihtiva etmiyor ve /veya sözleşme ile belirli niteliklerin kararlaştırılmamış olması halinde dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması gereken nitelikleri taşıyor ise, bir başka deyişle iş sahibinin ifa menfaatini etkileyen ayıpları taşıması halinde müteahhit ücrete hak kazanamaz. Dolayısıyla tekeffül hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olur.

Ücretin ne zaman ödeneceği hususuna gelecek olur isek; taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece; satım sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinde de kural olarak ücret borcunun eserin teslimi ile aynı anda ifası prensibi geçerlidir. Bununla birlikte eser ücretinin muacceliyeti, kural olarak imal edilen eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak zamanında teslim edilmiş olması şartına bağlıdır. Müteahhidin; imal ettiği eserde önemli derecede ayıplar olması ve bu şekilde iş sahibine teslim etmek istemesi halinde; iş sahibi sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürerek ücreti ödemekten ve eseri teslim almaktan imtina edebilir. Ancak eserdeki mevcut ayıplar BK 360/1. maddede belirtildiği derecede önemli değil ise; bu durumda iş sahibinin ayıp nedeni ile eseri teslim almaktan imtina etmek hakkı bulunmamaktadır. Aksi durumda iş sahibinin bu davranışı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Çünkü kanun koyucu tarafından bu gibi durumlar için iş sahibine farklı seçimlik haklar (onarım, ücretten indirim ve zararın tazminini) tanımakta ve onun ifa menfaatini korumaktadır.

Dolayısıyla, eserin mutlaka ayıpsız olarak teslim edilmiş olması istisna sözleşmesinde ücretin muaccel hale gelmesinde ön şart değildir. Zira bazı durumlarda eserin ayıpsız bir şekilde imal edilmesi mümkün değildir. Bu gibi

durumlarda eserin BK 360/1'de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması eser ücretinin muaccel olmasına engel teşkil etmez. Müteahhit tamamen ayıpsız ve/veya önemli derecede ayıplı olmayan bir eseri iş sahibine teslim etmekle birlikte ücret alacağını talep edebilmelidir. Zira kanun koyucu; iş sahibine kabulden kaçınma hakkını ancak teslim edilen eserin BK 360/1'de belirtilen derecede ayıplı olması yani "iş sahibinin kullanamayacağı ve nasfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir surette aykırı olması halinde tanımıştır. Ancak bu gibi durumda dahi eserin iş sahibince kabulü mümkündür. Bu gibi bir durumda her iki tarafın da menfaatleri eşit olarak korunmalıdır.

Ayıplı olmamakla birlikte çok önemli olmayan derecede eksiklikleri buluna bir eserin teslimi durumunda da iş sahibi eseri teslim almaktan ve ücret borcunu ifa etmekten kaçınmaz. Bu durumda da ayıplı eser durumunda oldu gibi MK 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralı hükmü dikkate alınmalıdır.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırılması mümkündür. Bu sınırlandırma sorumluluğun daraltılması ya da genişletilmesi şeklinde yapılabilir. Fakat her ne kadar müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırılması mümkün olsa da bu sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir.

İstisna sözleşmesinde teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, iş sahibince ayıpların önemine göre; kullanılmak üzere kanun koyucu tarafından BK 360. maddede müteahhidin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın "sözleşmeden dönme", "ücretten indirim", ve "onarım", keza, müteahhidin kusurlu olması durumunda da diğer haklarla ya da münferit olarak kullanılmak üzere "ayıp sonucu uğranılan zararların" tazminini talep etme hakları tanınmıştır. Ancak Borçlar Kanunu'nda iş sahibine eserin yeniden imalini talep hakkı verilmemiştir. Ancak sırf kanunda bu düzenlemenin yer almaması nedeni ile; iş sahibi bu haktan yoksun tutulamaz. Aksi halde; istisna sözleşmesinin bir çok türünde somut menfaatler durumuna aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu sebeple, teslim edilen eserdeki ayıplar eseri kabulden kaçınma hakkını

verecek derecede önemli ve hakkaniyet kuralları da bunu gerektiriyorsa, bu durumda iş sahibine herhangi bir masraf yükletilmeksizin aynen ifayı yani eserin yeniden imalini talep etme hakkı tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

1. Akıncı, Şahin; *Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması*, Konya 1998 (Akıncı, Tüketici)
2. Akıncı, Şahin; *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Konya 2000, (Akıncı, Borçlar)
3. Akıncı, Ziya; *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73*, İzmir 1996, (Akıncı, Z.)
4. Aral, Fahrettin; *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Ankara 1989
5. Arslan, Yılmaz; *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Bursa 1996
6. Ayan, Mehmet; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Konya 1996
7. Batider c. V (1970)
8. Baygın Cem, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999,
9. Becker, Hermann; *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Ç. A. Suat Dura), 2. Bölüm; Çeşitli Sözleşme İlişkileri*, Madde 184 – 551, Yargıtay Yayını No. 24, Ankara 1993 (Becker, Sözleşme)
10. Burcuoğlu, Haluk, *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Tandoğan'a Armağan*, Ankara 1990,
11. Buz, Vedat; *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998
12. Dayınlarlı, Yavuz; *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü – Hüküm ve Sonuçları*, 2. Baskı , Ankara 1993, (Dayınlarlı, İstisna)
13. Dayınlarlı, Yavuz; *İstisna Akdinin Ademi İfası ile ilgili Yargıtay Kararları*, Ankara 1986 (Dayınlarlı, Ademi İfa)
14. Edis, Seyfullah; *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 1963
15. Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1.*, 5. Baskı, İstanbul 1994; C. 2. 5. Baskı, İstanbul 1994, C.3, 4. Baskı, İstanbul 1994 (Eren, Borçlar)
16. Eren, Fikret; *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Seminer)*, Ankara 1996, sh. 49 – 58, (Eren, İnşaat)
17. Erdem, Nafiz; *Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları*, C.1, Ankara 1987
18. Erman, Hasan; *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, (BK. 365/2), İstanbul 1979
19. Gauch, Peter; *Der Verkvertrag*, 3. Auflage, Zurich 1985
20. Göktürk, Hüseyin A.; *Borçlar Hukuku*, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951
21. İstanbul Barosu Bilgi Bankası; Yargıtay Kararları Bilgisayar Programları cd.si
22. Kaplan, İbrahim; *Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara 1983
23. Karacabey, Ömer F.; *Hakların Yarışması*, Ankara Barosu Dergisi, S. 6; 1980,666-684
24. Karahasan Mustafa R.; *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C 2, İstanbul 2002
25. Karahasan, Mustafa R; *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, İstanbul 1997 (Karahasan, Sorumluluk)
26. Karahasan, Mustafa R; *İnşaat, İmar, İhale Hukuku*, İstanbul 1997 (Karahasan İnşaat)

27. Kendigelen, Abuzer; *Hukuki Mütalaalar*, c. III, Ticari İşletme - Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, Arıkan Yayıncılık, Bölüm 62. İstisna Akdi – Eserin Ayıbından Sorumluluk, İstanbul 2006
28. Kostakoğlu, Cengiz, *İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1995
29. Kural/Kılıçbay/İzmir; *İnşaat ve İhale Hukuku*, Ankara 1988
30. Oğuzman - Öz; *Borçlar Hukuku Dersler*, Filiz Kitabevi, gözden geçirilmiş 12. bası, İstanbul 2009
31. Olgaç, Senai; *Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nevileri*, C.2, Ankara 197
32. Öktem, Seda; *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları* (makale), İstanbul Barosu Dergisi, cilt 80, 2006/5
33. Önen, Turgut; *Borçlar Hukuku*, Ankara 1995
34. Öz; Turgut; *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989
35. Reisoğlu, Safa; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 1995
36. Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, (Seliçi, İnşaat)
37. Seliçi, Özer; *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977, (Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri)
38. Serozan, Rona; *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1979 (Serozan, Sözleşme)
39. Şenocak, Zarife; *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara 1995
40. Tandoğan, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul 1989 (Tandoğan, Borçlar)
41. Tunçomağ, Kenan; *Türk Borçlar Hukuku C.2 Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 1977 (Tunçomağ, Borçlar)
42. Turanboy, Asuman; *Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti*, AÜHFD, C.41, S. 1-4, 1989 – 1990, s. 151 - 189
43. Tutumlu, Mehmet A.; *Türk Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*
44. Uçar, Ayhan; *İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003
45. Uğur, Abdullah; *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, İstanbul 1989
46. Uygur, Turgut; *Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri*, C. 5. Ankara 1993
47. Velidedeoğlu / Özdemir; *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel- Özel)*, Ankara 1987,
48. www.kazanci.com
49. Yavuz, Cevdet; *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997, (Yavuz, Borçlar)
50. Yavuz, Cevdet; *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 3. baskı, İstanbul 2004 (Yavuz, ders)
51. Yavuz Cevdet; *Satıcının Satılan Malın Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul 1989 (Yavuz, Satıcı)
52. Yavuz, Nihat; *Ayıplı İfa*, Ankara 2008
53. Zevkliler, Aydın; *Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2008, 10.bası
54. Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat; *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ank. 2004, sh.10