

TC.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI
TEKEFFÜL BORCU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Cem DOĞAN

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Mehmet İSTEMİ

Ankara-2009

TC.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI
TEKEFFÜL BORCU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Cem DOĞAN

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Mehmet İSTEMİ

Ankara-2009

ONAY

Cem DOĞAN tarafından hazırlanan “İstisna Sözleşmesinde Mütahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” başlıklı çalışma, 04.06.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim/Medeni Hukuk Bilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Ünvanı,Adı ve Soyadı] (Başkan)

.....

[İmza]

.....

[Ünvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İmza]

.....

[Ünvanı, Adı ve Soyadı]

.....

ÖNSÖZ

İnsanlar günlük hayatları boyunca hiç farkında olmadan istisna akdine taraf olmaktadır. Bunun sonucunda insanlar günlük hayattaki ilişkilerde istisna sözleşmesinin hükümleri uyarınca borç veya hak sahibi olabilmektedirler.

Her ne kadar halk arasındaki konuşmalarda müteahhit denilince hemen inşaat işlerindeki müteahhitlik akla geliyor ise de, müteahhit kavramının sadece bununla sınırlı olmadığı, hemen her iş yapımında, iş yapanın müteahhit kavramı içine alınabilmesi, bu konunun ne kadar güncel olduğunu göstermektedir. Ayrıca son zamanlarda Türkiye'deki inşaat sektöründe meydana gelen gelişmeler ve özellikle bazı bölgelerimiz için binaların deprem sonrasındaki fiilî durumlarındaki farklılıklar, konunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Yukarıda saydığımız gerekçelerle incelemeye çalıştığımız eserin yazımı, güncelliğinin önemi kadar da zor olmuştur. Özellikle yüklenmiş olduğum kamu görevi sebebiyle mecburî şark hizmetinin icrası sırasında, kaynaklara ulaşma sıkıntısı ve özel veya kamu kütüphanelerine uzaklığım, eserin yazımında karşılaştığım zorluklardan sadece bazılarıdır. Ama her şeyden önce bana ve diğer arkadaşlarıma gösterdiği yardım ve sağladığı kolaylıklar ve öncü rolü ile tez danışmanım Sayın Yard. Doç. Dr. Mehmet İSTEMİ' ye teşekkürü bir borç biliyorum. Aynı şekilde bana ve arkadaşlarıma yüksek lisans öğrenimi şansını sunan Gazi Üniversitesi' ne ve başta rektörü olmak üzere tüm akademik kadrosuna teşekkür ediyorum.

Tüm bu zorluklara rağmen manevi desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen sevgili eşim Burcu DOĞAN' a da şükran ve sevgilerimi sunuyorum.

Bu eserin yazımı ile öğretiye azıcık olsun katkımız olmuş ise, kendimizi bahtiyar hissedeceğiz. Faydalı olması dileğiyle...

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HÜKÜMLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

I. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	3
II. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	6
A. Bir Eser Meydana Getirme Taahhüdü.....	6
1. Eser Kavramı.....	6
2. Meydana Getirme (İmâl) Kavramı.....	11
B. Ücret Kavramı	12
C. İstisna Sözleşmesinin Tarafları Arasında Anlaşma	16
III. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI	18
A. Müteahhit	18
B. İş Sahibi	21
IV. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER	22
V. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ	23

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU ve MÜTEAHHİDİN BU BORÇTAN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI

I. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU	27
A. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı	27
B. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği	28
C. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Özellikleri	30
1. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kusura Dayanmaması	30
2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olmaması	31
3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanunî Bir Borç Olması ...	32
D. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Diğer Bazı Sözleşmelerdeki Ayıba Karşı Tekeffül Borçları İle Karşılaştırılması	32
1. Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması	32
2. Kira Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcu İle Karşılaştırılması .	36
3. Yayın Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması	38
II. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORDUNDAN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI	39
A. Genel Olarak	39
B. Müteahhidin Eseri İş Sahibine Teslim Etmış Olması	40
C. Eserin Ayıplı Olması	46
1. Eserdeki Ayıp Kavramı	46
a. Eserin Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıflarında Ayıp	48
b. Eserin Lüzumlu Vasıflarında Ayıp	51
2. Ayıbın Çeşitleri ve Bunlara Bağlanan Hukukî Sonuçlar	53
a. Açık Ayıp-Gizli Ayıp Ayrımı	53
b. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp Ayrımı	54
c. Maddî Ayıp-Hukukî Ayıp Ayrımı	56

D. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması	57
E. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi ve Belirlenen Ayıpların İhbar Edilmiş Olması	59
1. Genel Olarak	59
2. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi	61
a. Eserin Muayenesinin Zamanında Yapılması	61
b. Eserin Muayenesinin Özenle Yapılması	63
3. İş Sahibinin Teslim Aldığı Eserde Belirlediği Ayıpları Müteahhide İhbar Yükümlülüğü.....	67
a. Genel Olarak	67
b. Eserde Belirlenen Ayıpların İhbar Biçimi	69
c. Eserde Belirlenen Ayıpların İhbar Süresi	70
d. Eserdeki Ayıpların ihbarının İçeriği	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

I. GENEL OLARAK.....	74
II. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI (KABULDEN KAÇINMA) VE SONUÇLARI	77
A. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Niteliği ve Dönmenin Şekli	77
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları.....	78
1. Eserin Kullanılmayacak Durumda Olması	79
2. Eserin İş Sahibi Tarafından Kabulü Beklenemeyecek Durumda Olması	80
3. Eserin Sözleşmede Açıkça Belirtilmiş Bazı Özellikleri Taşımaması	82
4. İş Sahibinin Arasında Yapılan İşlerde Eserin Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması	83
C. Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmanın Sonuçları	84

III. İŞ SAHİBİNİN ÜCRETİN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE SONUÇLARI	87
A. Ücretin İndirilmesini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanım Şekli	87
B. Ücretin İndirilmesini İsteme Hakkının Şartları	87
C. İndirilecek Tutarı Hesaplama Metodu	90
IV. İŞ SAHİBİNİN ESERDEKİ AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE SONUÇLARI	91
A. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Hukukî Niteliği	91
B. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları	92
C. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının İçeriği.....	94
D. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları.....	97
V. İŞ SAHİBİNİN AYIP SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE KAPSAMI.....	98
A. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları Ve Özellikleri.....	99
B. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Kapsamı	101

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNU SONA ERDİREN NEDENLER

I. ESERDEKİ AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEBİLİR OLMASI	105
A. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Talimatından Doğması	106
B. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Sağladığı Malzeme veya Arsanın Ayıbından Doğması.....	109
II. İŞ SAHİBİNİN ESERİ KABUL ETMESİ	111
III. ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞ OLMASI	114
SONUÇ.....	121
KAYNAKÇA	125
ÖZET	130
ABSTRACT	131

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
A D	: Adalet Dergisi
AKİP	: Açıklamalı Kanun Ve İçtihat Programı
Batıder	: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Geçici Şartnamesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
dp	: dipnot
E	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K	: Karar
MK	: Medenî Kanun
RG	: Resmî Gazete
s	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
Yarg	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

İstisna sözleşmesinin uygulama alanı oldukça geniştir. İnsanlar günlük yaşamlarını sürdürürken bilinçli veya bilinçsiz olarak istisna akdine taraf olmaktadır. Eskiden sadece küçük el sanatlarına konu olabilen istisna sözleşmesi, özellikle günlük hayatımıza teknolojinin tüm boyutlarıyla girmesine bağlı olarak, bugün çok büyük ve kapsamlı işlere konu olabilmektedir. Örneğin, terziye bir takım elbise diktirilmesi, otomobil tamiri için kaportacıya gidilmesi veya diş hekimine takma diş yaptırılmasının yanında, artık baraj, köprü ve otoyolların yapımı da istisna sözleşmesine konu olabilmektedir. Özetle İstisna sözleşmesinin uygulama alanı zamanla genişlemiştir. Bunun sonucu olarak, bu sözleşmenin uygulanmasından ortaya çıkan sorunlar, boyutları itibariyle, hem mahkemelerimizi yoğun bir biçimde meşgul etmekte, hem de doktrinde yoğun tartışmalara neden olmaktadır. Tüm bunların yanında, özellikle son yıllarda klasik tabiriyle “mortgage sistemi” nin, kanun koyucunun iradesi ile yasalaşması sonucu, istisna sözleşmesinin önemi daha da artmıştır. Bu ve bunun gibi sayabileceğimiz birçok sebep, bizim, “istisna sözleşmesinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu” konusunu ele almamıza neden olmuştur.

Türk Hukukunda istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili hükümler esas itibariyle 8 Mayıs 1926 tarihli Resmî Gazete’ de yayınlanan ve 4 Ekim 1926 tarihinden beri yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu’ nun 359-363 maddeleri arasında yer almıştır. Bununla birlikte, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’ na tabi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulan “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi” ile, tüketici sözleşmelerinde uygulanmak üzere, 8.3.1995 tarihinde Resmî Gazete’ de yayınlanarak, 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe konulan, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un özellikle 4’ üncü maddesinde ve son olarak 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun 46’ ncı maddesinde (sadece sözleşmenin şekli ile ilgili olarak) bu hususta düzenlemeler getirilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki, bu çalışmamızda,

sadece BK'nın 359-363 maddeleri incelenecek, yalnızca gerekli yerlerde Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine, 4077 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlara değinilecektir. Bunun dışında her üç mevzuatı bu çalışmada incelemeyecek, sadece Borçlar Kanunu' nun, istisna sözleşmesi ile ilgili hükümleri açıklanacaktır. Bu kapsamda yeri geldiğinde tartışmalı noktalar, doktrindeki yazarların görüşleri verilmek suretiyle bir neticeye bağlanmaya çalışılacak; bu neticelere ulaşırken, uygulamayı oluşturan yargı kararlarından da bahsedilecektir.

Çalışmamız, iş görme sözleşmelerinden olan istisna sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafı olan müteahhidin, eseri ayıplı olarak teslim etmesi halinde, iş sahibinin başvurabileceği seçimlik hakları, bu hakların kullanılmasının şartlarını ve hakları ortadan kaldıran durumları ayrıntılı olarak inceleme amacı gütmektedir.

Çalışmamız, giriş ve sonuç dışında dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, istisna sözleşmesinin tanımı yapıldıktan sonra sözleşmenin unsurları, sözleşmeye uygulanacak hükümler, sözleşmenin tarafları, hukukî niteliği ve özellikleri ortaya konulacaktır.

İkinci bölümde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı, hukukî niteliği ve özellikleri ile bu borçtan müteahhidin sorumlu tutulması için aranan şartlar incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, gerekli şartlar gerçekleştikten sonra, iş sahibine tanınan haklar incelenirken; son ve dördüncü bölümde ise, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu sona erdiren sebepler yer almıştır.

Çalışmamız, istisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının genel olarak değerlendirildiği sonuç kısmı ile sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HÜKÜMLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

I. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Borçlar Kanunu'nun 11' inci babında, 355 ilâ 371' inci maddeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi, BK'nın 355' inci maddesinde "*İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmeye adını veren ve sanat ve maharet gerektiren bir emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek olarak tanımlayabileceğimiz istisna kelimesi, Arapça kökenli bir sözcüktür.¹ Her ne kadar "eser sözleşmesi" deyiminin de kullanılması mümkün ise de, biz, kanuni bir terim olması nedeniyle² "istisna sözleşmesi (akdi)" deyimini çalışmamızda kullanmayı tercih edeceğiz.³

İstisna sözleşmesinin kanunî tanımından da anlaşılacağı üzere, bir eser meydana getirmek, imâl etmek taahhüdünde bulunan kişiye müteahhit, söz konusu eseri bir bedel veya maddî bir değer karşılığında yaptıran kişiye ise iş sahibi denilmektedir. Müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan ve konusunu bir eserin meydana getirilmesi veya imâli oluşturan sözleşmeye de istisna sözleşmesi denilmektedir.

¹ Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, Ankara 1951, s. 497, Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, 2. cilt, Ankara 1988, s. 1

² Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından çalışması yapılan ve hali hazırda TBMM'nin ilgili Komisyon'unda bulunan ve kanunlaşması beklenen yeni Borçlar Kanunu tasarısında, "istisna akdi" deyiminin yerini "eser sözleşmesi", "müteahhit" deyiminin yerini "yüklenici" ifadeleri almıştır. "İş sahibi" deyimini yeni tasarıda da yerini aynen korumuştur. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (Erişim: 28.06.2008)

³ Bu konudaki görüşler için bkz. Göktürk, a.g.e., s. 498, Tandoğan (Özel Borç ilişkileri), s. 1-2, Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2007, s. 279.(Borçlar)

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin belirli bir ücret ödeme, müteahhidin de bir eser oluşturma borcu altına girmesi, istisna sözleşmesinin, Borçlar Özel Hukukunun tam iki tarafa borç yükleyen (sinellagmatik) sözleşmeler grubunda yer aldığını göstermektedir. Çünkü Borçlar Kanunu' nun 356 vd. maddelerinde, sözleşmenin her iki tarafına da karşılıklı haklar tanınmış, edimler yüklenmiştir. Söz konusu bu edimler birbirleriyle değişim ilişkisi içerisinde yer almaktadırlar. Dolayısıyla bu sözleşmede taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumundadırlar.⁴ Sonuç olarak taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturması sebebiyle, istisna sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Borçlar Kanunu'nda yer alan tanımdaki “şey” kavramı, daha çok maddî varlıkları ifade etmektedir. Bundan dolayı bu kelime, günümüzdeki gayri maddî hususların ortaya çıkarılmasını konu edinen sözleşmeleri açıklama bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple “şey” sözcüğü yerine, “eser” sözcüğünün kullanılması daha yerinde olacaktır.⁵ Nitekim aşağıda açıklanacağı üzere⁶, günümüzde artık istisna sözleşmesinde, müteahhidin taahhüt ettiği edim sonucunun mutlaka maddî ve cismani bir varlığa sahip olması gerekmez.⁷

Kanunî tanımda kullanılan “imâl” kelimesi yerine imâl niteliğinde olmayan değişiklikleri de içine alan “meydana getirme”⁸ veya “ortaya koyma” deyimlerinin kullanılması düşüncesine katılmak isabetli olur kanaatindeyiz.⁹ Çünkü imâl, yeni bir eser meydana getirmektir. Halbuki, istisna sözleşmesi ile, yeni bir eser meydana getirmenin yanında, aynı zamanda, mevcut bir

⁴ Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 2003, s. 18 (Tekeffül Borcu).

⁵ Yeni Borçlar Kanunu tasarısında “şey” sözcüğü yerine “eser” sözcüğü kullanılmıştır. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (Erişim: 28.06.2008)

⁶ Bkz. Birinci Bölüm II-A-1; Eser Kavramı.

⁷ Yavuz, (Borçlar), s. 277, Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, 2.cilt, İstanbul 1977, s. 955 (Özel).

⁸ Yeni Borçlar Kanunu tasarısında “bir şey imal etme” sözcüğü yerine “meydana getirme” sözcüğü kullanılmıştır. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (Erişim: 28.06.2008)

⁹ Tunçomağ (Özel), s. 955, Yavuz (Borçlar), s. 277, Ahmet Kılıçoğlu, **İstisna Akdinde Eserin Ayıplı Olması (Yayınlanmamış Seminer Çalışması)**, Ankara 1972, s. 4.

eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması da konu edinilebilir.¹⁰

Borçlar Kanunu' nda istisna sözleşmesinin tanımı yapılırken kullanılan "semen" kelimesi, genellikle, satım sözleşmesindeki satım parasını ifade etmek için kullanıldığından, istisna sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliğinde olduğunu düşündürmektedir. Bu sebeple "semen" yerine¹¹ "ivaz" (karşılık) kelimesinin kullanılması daha isabetli olacaktır.¹² Ancak istisna sözleşmesinde ivazın, mutlaka para olması gerekmemeyle birlikte, doktrinde yaygın olarak "ücret" teriminin kullanıldığı görülmektedir.¹³

İstisna sözleşmesinin tanımlandığı BK.' nın 355' inci maddesi metninden, müteahhidin bir eseri imâl etme borcunun varlığı anlaşılma ile birlikte, müteahhidin imâl ettiği bu eseri iş sahibine teslim etme borcunun varlığı tam olarak anlaşılammaktadır. Halbuki istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri imâl borcu kadar imâl edilen eserin iş sahibine teslim borcu da aslî ve önemli bir borçtur.¹⁴

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, istisna sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılabilir: *"İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir"*.¹⁵

¹⁰ Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Bası, Ankara 2007, s. 321..

¹¹ Yeni Borçlar Kanunu tasarısında "semen" sözcüğü yerine "bedel" sözcüğü kullanılmıştır.Bkz.<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (Erişim: 28.06.2008)

¹² Şakir Berki, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1973, s. 142, Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul 1999, s. 4.

¹³ Yavuz (Borçlar), s. 278 vd., Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 1, Aydın Zevkililer, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Yenilenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 327.

¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 2. II; Müteahhidin Eseri İş Sahibine Teslim Etmiş Olması.

¹⁵ Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin Ve İş Sahibinin Temerrüdü,Hüküm Ve Sonuçları** (Temerrüt), 2. Bası, Ankara 1993, s. 5.

II. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. Bir Eser Meydana Getirme Taahhüdü

1. Eser Kavramı

Eser kavramı, belirli bir iş ve çalışmadan doğan sonucu anlatmaktadır. BK' nın 355' inci maddesi hükmü "*müteahhidin bir şey imâlini borçlandığını*"

ifade etmiştir. İşte imâl sonucu ortaya çıkacak şeye eser denilir. Borçlar Kanunu' nun bu maddesi sadece eser kavramından bahsetmiş, ancak bu kavramı tanımlamamış, aynı zamanda tanımlamaya yarayacak kriterler de ortaya koymamıştır. İstisna sözleşmesi ile ilgili diğer maddelerde de eser kavramını tanımlamaya yarayacak bir ifade yoktur. Eser kavramı kanunda sadece "şey" terimiyle ifade edilmeye çalışılmıştır.

Eser kavramının kapsamının tayini ile ilgili olarak, her ne kadar benzer ifadeler kullanılmış olsa da, BK' nın 355' inci maddesindeki "*imâl edilen şey*" kavramı ile 58' inci maddesindeki "*imâl olunan şey*" kavramının birbirinden farklı olduğu ortadadır. Çünkü BK' nın 58' inci maddesinde "sabit, arza doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı olan şeyler" söz konusu edilirken; BK' nın 355' inci maddesindeki "*imâl edilen şey*" kavramı ile hem taşınmaz, hem de taşınır şeyler konu edinilmektedir.¹⁶

Kanunda tanımı yapılmayan eser kavramının içeriğine nelerin girdiği konusunda tam bir mutabakata varılamamıştır. Bu konudaki görüşleri iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi, sadece maddî varlığı olan sonuçları eser kabul eden görüş¹⁷, ikincisi de maddî ve gayri

¹⁶ Tunçomağ (Özel), s. 952, Kılıçoğlu, a.g.e. s. 5

¹⁷ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 3, dp. 9'da anılan yazarlar, Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölümü**, İstanbul 1992, s. 348, Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte)**, doktora tezi, İstanbul 1989, s. 4,

maddî her sonucun eser sayılmasını kabul eden görüştür.¹⁸ Kısaca belirtmek gerekirse, eser kavramının başlangıçta dar tanımlandığı, daha sonraki dönemlerde bu tanımlamanın genişletildiği söylenebilir.

Kronolojik olarak başlangıçta savunulan görüş, sadece maddî varlığı olan şeylerin eser kabul edilmesi istikametinde idi. Bu görüşe göre, ancak bir müteahhidin yapmış olduğu inşaat, tersaneye ısmarlanan gemi, bir terzinin diktiği elbise gibi maddî varlığı olan şeyler istisna sözleşmesinin konusunu oluşturur.¹⁹ Dolayısıyla, bu anlayışa göre bir temsil veya konser vermenin üstlenilmesi, bir sanat eserinin hazırlanması (bir tablo, beste, heykel) gibi maddî olmayan edimleri içeren sözleşmeler istisna sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilir.²⁰ Bu görüşe göre, kanunda istisna sözleşmesini düzenleyen kurallar, özellikle ayıba karşı tekeffül sisteminde kullanılacak malzemedan söz eden hükümler, açık bir şekilde maddî eserleri dikkate almıştır. Diğer taraftan fikrî nitelikte ve özellikle sanat faaliyeti niteliğindeki edimleri içeren sözleşmelerde ayıbın objektif olarak belirlenmesi de çoğu kez mümkün değildir. Bu sebeple bu gibi faaliyetleri konu edinen sözleşmelerin bünyesine, istisna sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması daha uygundur. İşte bu argümanları öne süren bu görüş, daha sonra tanımlamayı genişleterek bir yapı planı çizilmesi, kitap yazılması, tablo hazırlanması, resim yapılması gibi maddî bir yapıya sahip olmasalar da, maddî bir şeyde varlıklarını sürdürebilen fikrî çalışma ürünlerini de eser kavramı içine dahil etmişlerdir.²¹

Eser kavramının içeriğini tayin etme yönündeki ikinci görüş, maddî varlığı olan şeylerin yanında maddî olmayan varlıkların da eser sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, hukukî bir bütünlüğü ve iktisadî bir

¹⁸ Tunçomağ (Özel), s.953, Yavuz (Borçlar), s. 277, Aral, a.g.e. s. 328-329, Dayınlarlı (Temerrüt), s.7, Zevkliler, a.g.e. s. 324-325, Uçar (Tekeffül Borcu), s.33-34, Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002, s.17-18, Muaz Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme hakkı**, Ankara 2007, s.33.

¹⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 3, dp. 9'da anılan yazarlar, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 348, Öz, a.g.e. s. 4,

²⁰ Öz, a.g.e. s. 4.

²¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 4.

değeri olan her varlık, maddî olmasa bile, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bunun sonucunda gazeteye ilân verilmesi, sinemada film gösterilmesi, bir sanatçının konser vermesi gibi durumlar eser kavramı içinde değerlendirilecektir.²² Bu görüşe göre, insan emeğinin sonucu olan her bağımsız ve ekonomik değer taşıyan varlık BK' nın 355' inci maddesi anlamında eser sayılmalıdır. Çünkü istisna sözleşmesinde önemli olan, müteahhidin herhangi bir sonucu gerçekleştirmeyi edim olarak taahhüt etmesidir. Bu durum maddî sonuçlar yanında maddî olmayan sonuçlar şeklinde de kendisini gösterebilir. Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerinin maddî eserlerde olduğu gibi, maddî olmayan eserler bakımından da uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin, bir proje çizimi, teknik içeriği bakımından muayene edilebilir ve BK' nın 360' inci maddesi anlamında kısmen veya tamamen ayıplı olabilir.²³

Maddî olmayan varlıkların da eser sayılması gerektiğini savunan görüşün giderek yaygınlaştığı ve uygulamada da baskın görüş olma yolunda ilerlediği görülmektedir. Günümüzde dahi İsviçre²⁴ ve Alman²⁵ hukukunda baskın olan görüş budur. Bu durum Türk hukuku için de geçerlidir.²⁶ Nitekim bir Yargıtay kararında²⁷, bir diş doktorunun kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işinin ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki müdahalesinin, BK' nın 355 vd. maddelerindeki istisna sözleşmesinin konusunu oluşturacağı belirtilmiştir.

Eser kavramına ilişkin olarak tartışmalı olan bir husus da, mimarlık sözleşmelerindeki mimarın; ön proje, kesin proje, uygulama ve detay projeleri, gider tahmini (yaklaşık yapı maliyeti), ihale dosyasını düzenleme hizmetleri, yapının mesleki denetimi hizmetleri, teknik uygulama sorumluluğu

²² Tunçomağ (Özel), s.953, Yavuz (Borçlar), s. 277, Aral, a.g.e. s. 318, Zevkliler, a.g.e. s. 324.

²³ İbrahim Kaplan, **Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara 1983, s.63.

²⁴ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 33, dp. 58'den naklen.

²⁵ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 33, dp. 59'den naklen.

²⁶ Bkz. dp. 18.

²⁷ Yarg. 15. HD. 1999/4007 E., 1999/3868 K. sayılı karar için bkz. **Akip Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı (AKİP)**.

gibi²⁸ işleri içeren ediminin eser kavramına girip girmeyeceğidir. Mimarlık sözleşmeleri ile ilgili olarak, bir görüşe göre, sadece proje düzenlemesi hizmetlerinin üstlenilmesine ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak kabul edilirken, diğer işler vekâlet olarak nitelendirilmektedir.²⁹ Diğer bir görüş³⁰ ise, proje hizmetleri dahil mimarın bütün edimlerini vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Diğer yandan mimarın tüm hizmetlerini içeren mimarlık sözleşmelerinin, istisna sözleşmesi olduğunu kabul eden görüş de bulunmaktadır.³¹

Kanımızca BK' nın 355' inci maddesindeki eser kavramını, yalnızca maddî varlığı olan şeylerle sınırlamak doğru değildir. Maddî olmayan varlıklar da, maddî bir varlıkta hayat bulup somutlaşmaları, bir hukukî varlığa sahip olmaları ve iktisadî bir değer taşımaları şartıyla eser olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla kendi içinde bir bütünlüğe sahip olan ve belli ölçüde belirlenebilir olan her iş görme sonucu, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.³² Gerçi kanuni düzenlemedeki istisna sözleşmesi ile ilgili hükümler genelde objektif olarak değerlendirilebilen ve belirlenebilen bir sonucu öngörerek düzenlenmişlerdir. Bu durum, eserin teslimi, eserin muayene edilmesi, kaldırılmaları fazla zarar doğuracak eserlerin kaldırılmasının engellenmesi gibi düzenlemelerde açıkça ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, istisna sözleşmesinin ayırt edici özelliği, taahhüt edilen sonucun maddî bir şeyde somutlaşmasından çok, kendi içinde bir bütün teşkil eden bir iş görme sonucunun, bir ivaz karşılığında meydana getirilmesi taahhüdünde bulunulmasıdır ki; bu husus hem maddî eserlerde, hem de maddî olmayan eserlerde kendisini göstermektedir.³³

²⁸ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, a.g.e. s. 5-12.

²⁹ Kaplan, a.g.e. s. 71, M. Argun Köteli, **Mimarlık Sözleşmesi**, Ankara 1995, s. 93.

³⁰ Kaplan, a.g.e. s. 41, dp. 34'deki yazarlar.

³¹ Yalçın Çakalır, **Mimarlık Sözleşmesi**, Ankara 1986, s. 21.

³² Bu çerçevede bir inşaat eseri, takım elbise yapılması yanında bir konser veya tiyatronun sahnelenmesi, proje çizimi,yapı yaklaşık maliyetinin hesaplanması, bilgisayar programının hazırlanması, bir metnin tercüme edilmesi hatta bir spor müsabakasının düzenlenmesi istisna sözleşmesine konu olabilir. Şenocak, a.g.e. s. 17.

³³ Şenocak, a.g.e. s. 18.

Sanatsal eserler açısından başlangıçta nasıl bir eser borçlanıldığıının tam olarak belli olmaması, bu sanatsal faaliyetlerin istisna sözleşmesi kapsamına girmesini engellememelidir. Bu tip eserlerde iş sahibi, sanatçıya, yorumuna ilişkin olarak geniş bir takdir alanı tanımış olup, işin doğası gereği, meydana gelen iş görme sonucunun belirsizlik riskine katlanır. Dolayısıyla iş sahibi, istisna sözleşmesi daha başta kurulurken tüm bu hususları göz önüne alarak sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir.³⁴ Bununla birlikte BK' nın 355' inci maddesi anlamında bir eser ortaya çıksa bile, tarafların iradesi sonuçtan çok yapılan faaliyete yönelik ise, bir istisna sözleşmesinden söz edilemez. Örneğin, bir fabrikada halı dokuyan işçi, çalışması sonucunda işverene yeni bir varlık, maddî bir eser kazandırmış olmasına rağmen, onun borcu, bir eser meydana getirmek değil, belli bir süre faaliyette bulunmak olduğu için, bu ilişki istisna sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesidir.³⁵ Aynı şekilde, maddî olmasa da, bağımsız bir hukukî varlık olarak ortaya çıkmayan ve bütünlük taşımayan insan emeği faaliyetleri de eser sayılmaz. Örneğin, bir taşınmazın idaresi, bir inşaatı idare ve kontrol, eğitim ve öğretim gibi hallerde, yapılan faaliyetlerde bir sonuç bulunmadığı için bir eser ve dolayısıyla istisna sözleşmesi de bulunmamaktadır.³⁶

Son olarak belirtmek gerekir ki; bir dava veya tedavinin yürütülmesi örneklerinde olduğu gibi, taahhüt edenin hakim olamayacağı, hal ve şartlara bağlı iş görme sonuçları da istisna sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Çünkü BK' nın 355' inci maddesi anlamındaki eser, vaat edilmeye elverişli olan iş görme sonuçlarıdır.³⁷

³⁴ Şenocak, a.g.e. s. 19.

³⁵ Öz, a.g.e. s. 8, Baygın, a.g.e. s. 12.

³⁶ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 34.

³⁷ Şenocak, a.g.e. s. 19.

2. Meydana Getirme (İmâl) Kavramı

BK' nın 355' inci maddesi hükmünde istisna sözleşmesi belirtilirken, müteahhidin iş sahibine karşı "bir şey imâl" etme yükümlülüğü altına girdiği belirtilmiştir. Ancak bu maddede geçen müteahhidin bir şey imâl etmesi, sadece yeni bir şey meydana getirmesi olarak anlaşılmalıdır. İmâl kavramı, bu anlamdan daha geniş kapsamlı olup, bir şeyi değiştirme, onarma, ona yeni bir şey ekleme biçimlerinde de kendisini gösterebilir.³⁸ Bu kabilden bir şeyin boyanması³⁹, cilalanması, yıkanması, ütülenmesi, bir kitabın ciltlenmesi ve basılması, saat veya ayakkabı tamiri gibi⁴⁰ işler de imâl etme kavramının içine girmektedir.

İstisna sözleşmesinde müteahhit edim fiilini değil, edim sonucunu taahhüt etmektedir.⁴¹ Bu nedenle sarf edilen emek sonucu oluşan şeyin az veya çok özellik göstermesi ya da ilk halinden daha çok veya az değerli olması şart değildir. Olması gereken şey, meydana getirilen eserin, tarafların iradesi doğrultusunda eskisine göre farklı bir sonuç içermesidir.⁴²

İmâl etme kavramı, istisna sözleşmesine iş görme sözleşmesi niteliğini veren bir unsurdur. İstisna sözleşmesinde müteahhit, bir eseri taahhüt etmemekte, bu eseri hazırlama veya hazırlatma edimini yüklenmektedir. Bu da, istisna sözleşmesini satım sözleşmesinden ayıran bir husustur. Çünkü satım sözleşmesinde satıcı bir şeyi vermeyi taahhüt ederken; istisna sözleşmesinde ise müteahhit, bir şeyin yapımını (imâlini) taahhüt etmektedir.⁴³

³⁸ Tunçomağ (Özel), s. 955.

³⁹ Yarg. 10. H.D. 24.03.2005 tarihli ve 2004/12320 E., 2005/3188 K. sayılı kararı, Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı (AKİP).

⁴⁰ Daha fazla örnek için bkz. Haluk Tandoğan, **İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem' e Armağan** (İmran Öktem'e Armağan), Ankara 1970, s. 320-321.

⁴¹ Ergezen, a.g.e. s. 34.

⁴² Tunçomağ (Özel), s. 23-24, Yavuz (Borçlar), s. 278, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 9, Ergezen a.g.e. s.34.

⁴³ Tandoğan (İmran Öktem'e Armağan), s. 329-330.

İstisna sözleşmesinde bir şey imâlini taahhüt eden müteahhit, eseri bizzat kendisi yerine getirmelidir (BK' nın 356/2' nci maddesi). Ancak bu durum, işin yapılmasında müteahhidin, yardımcı şahıs kullanmasına engel bir durum oluşturmaz. Bir başka deyişle, işin özelliği gereği, kişisel becerisinin bir önemi yok ise, müteahhit, almış olduğu işi bir başkasına yaptırabilecektir.⁴⁴ Ancak bu durumda dahi, müteahhit eseri bizzat kendisi veya kendi idaresi altında veyahut da sözleşme hükümleri, işin niteliği ya da teamül gereği eserin meydana getirilmesi işinin kısmen veya tamamen bir alt müteahhide devrinin mümkün olmadığı hallerde iş sahibinden alınacak muvafakat ile çalıştırılan alt müteahhit aracılığıyla yaptırmış olursa olsun, her durumda eserin ayıplı olmasından BK'nın 359 vd. maddeleri uyarınca sorumlu olur.⁴⁵

B. Ücret Kavramı

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin, meydana getirilecek eser karşılığında bir ücret ödemesi veya taahhüt etmesi, bu sözleşmenin aslî unsurlarından birini oluşturur. Zira istisna sözleşmesinde bir eserin imâli, BK' nın 355' inci maddesi hükmüne göre belirli bir ücret karşılığında taahhüt edilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesi, ivazlı bir sözleşmedir. Yani müteahhidin bir eser oluşturma borcuna karşılık, iş sahibi de belirli bir ücret ödemekle yükümlü olmaktadır.

İstisna sözleşmesinde meydana getirilecek eser karşılığında ücret ödenmesi hususunu taraflar açıkça veya zımnî olarak kararlaştırmış olabilirler. Taraflar arasında eser karşılığı ücret ödeneceği sözleşmede kararlaştırılmamış veya bu husus kararlaştırılmakla birlikte ücretin miktarının ne olacağı belirtilmemiş ise, bu husus BK' nın 366' inci maddesine göre

⁴⁴ Bu durum, BK'nın 67. maddesi ile de paralellik arz etmektedir. Zira BK'nın 67. maddesine göre "*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*".

⁴⁵ Şenocak, a.g.e. s. 21.

belirlenecektir. Buna göre “*Evvelce kararlaştırılmamış veya takribî bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir*”.

Bir istisna sözleşmesinde eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi durumunda istisna sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁴⁶ Ancak eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi durumunda, kendisine özgü yapısı olan karma bir sözleşmenin vücut bulacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁴⁷

Kanun metninde iş sahibinin ücret ödeme borcundan bahsedilmekle birlikte, doktrinde iş sahibinin ücret ödeme borcunun para dışında şeylerle de ifa edilebileceği, bu tür ifanın istisna sözleşmesinin niteliğini de değiştirmeyeceği, örneğin bu bedel borcu için, bir eser meydana getirme borcunun üstlenilmesi durumunda da istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁴⁸

Kanımızca, iş sahibinin ediminin bir miktar para ile yerine getirilmesi, istisna sözleşmesinin niteliğini belirleyen önemli bir faktördür. Çünkü, yaklaşık ücret (BK' nın 366' ncı maddesi), keşif bedelinin aşılmasında ücret artırımı, (BK' nın 365/2' nci maddesi) ayıplı eser nedeniyle ücretin indirimi (BK' nın 360/2' nci maddesi) gibi hükümlerde Kanun, iş sahibinin ediminin bir miktar para olmasını öngörmektedir. Bu nedenle iş sahibinin ediminin para dışında şeylerle yerine getirilmesi halinde bir karma sözleşmenin varlığını kabul etmek gereklidir. Nitekim uygulamada oldukça sık rastlanan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri bu şekilde nitelendirilmektedir. Müteahhidin borcunun belirli sayıda katlar imâl etmek, iş sahibinin borcunun ise, ücret ödeme olmayıp, katların üzerine inşa edildiği taşınmazın belirli bir

⁴⁶ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 14, Tandoğan, (İmran Öktem e Armağan) s. 321, Tunçomağ (Özel), s. 956

⁴⁷ Yavuz (Borçlar), s. 278, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 352, Aral, a.g.e. s. 322.

⁴⁸ Tandoğan, (İmran Öktem e Armağan), s. 324, Yavuz (Borçlar), s. 278, Öz, a.g.e. s. 2, Berki, a.g.e. s. 143; Örneğin, bir terzinin, pantolon dikmesi karşılığında kendi portresini yapmayı ressama teklif etmesi halinde durum böyledir.

bölümünün, yani katların bir bölümünün mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğu bu sözleşmeler, istisna sözleşmesi ile satım sözleşmesinin unsurlarını içeren karma sözleşmeler olarak kabul edilmektedir.⁴⁹

Yukarıda anlatılanlardan sonra ortaya çıkan sonuç şudur ki; iş sahibinin ücret ödeme borcunun para veya eser imâli dışında bir edim olarak borçlanıldığı hallerde, saf bir istisna sözleşmesinden değil, karma bir sözleşmeden bahsetmek gerekir.

İstisna sözleşmesinde ücret iki biçimde belirlenebilir. Bunlardan birincisi götürü ücret, ikincisi de kararlaştırılmamış veya takribî olarak kararlaştırılmış ücrettir.⁵⁰

Öncelikle eser bedeli taraflar arasında BK' nın 365' inci maddesi hükmü doğrultusunda iş sahibi ile müteahhit arasında götürü olarak tespit edilmiş olabilir. Bu durumda müteahhit, yapılan şeyi, kararlaştırılan götürü bedelle yapmak zorundadır ve iş sahibi de bu kararlaştırılan bedelin altında ücret ödeyemez. Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan bu götürü ücret miktarı, sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği her iki taraf için de bağlayıcıdır.⁵¹ Bu durumda meydana getirilen eser, tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile müteahhit Borçlar Kanunu' nun 365/1' inci maddesi uyarınca bedelin arttırılmasını isteyemez. Yine aynı şekilde meydana getirilen eser, önceden tahmin edilenden daha az bir masrafla meydana getirilse bile, iş sahibi BK' nın 365/3' üncü maddesi uyarınca bedelin indirilmesini isteyemez.

⁴⁹ "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi" adıyla hukuk literatürüne geçen sözleşme türü, yapısı itibariyle iki tipli-karma bir sözleşme olup, bir yönüyle arsa sahibinin, koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de, yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösterir. Eş söyleyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir". Yarg. Hukuk Genel Kurulu nun 19.03.2003 tarih ve 2003/15-124 E. 2003/175 K. sayılı ilamı (AKİP).

⁵⁰ Ücret konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Dayınlarlı (Temerrüt), s. 15 vd., Baygın, a.g.e. s. 30 vd.

⁵¹ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 15-16, Zevkliler, a.g.e. s. 326.

Taraflar, sözleşmede kararlaştırılan bedel karşılığı ücret miktarını değiştiremezler Ancak bunun bir istisnası vardır. BK' nın 365/2' inci maddesine göre "*Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheylet*". Burada sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulması ilkesinin uygulama alanı müşahede edilmektedir.⁵²

İstisna sözleşmesinde ücretin tespit edilmesine ilişkin ikinci yöntem, ücretin yaklaşık olarak tespitidir. Burada taraflar bir ücretin ödenmesi konusunda anlaşmakla birlikte bu ücretin miktarı belirlenmemektedir. Bu durumda ücret, BK' nın 366' ncı maddesine göre, meydana getirilen eserin kıymetine ve müteahhidin yapmış olduğu giderlere göre tespit edilir. Ancak burada tespit edilen ücretin aşırı olması halinde iş sahibine ücretin indirilmesini isteme ve sözleşmeden dönme imkânı getirilmiştir.⁵³

Tarafların iş sahibinin ücret edimini çalışma saatlerine veya günlerine, ölçü veya ağırlığına göre ya da parça başına belirlemesi, aralarındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesine dönüştürmez. Çünkü BK' nın 313/2' nci maddesine göre, hizmet sözleşmelerinde de parça başına ücret kararlaştırılabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere ücretin parça başına veya çalışma saatlerine göre belirlenmiş olması, hukukî ilişkiye karakteristik özellik veren bir durum değildir.⁵⁴

⁵² Baygın, a.g.e. s. 65 vd., Zevkliler, a.g.e. s. 327; Yarg. Hukuk Genel Kurulu nun 30.05.2001 tarihli ve 2001/15-402 E., 2001/459 K. sayılı ilâmı; Yarg. Hukuk Genel Kurulu nun 20.09.2006 tarihli ve 2006/11-525 E., 2006/554 K. sayılı ilâmı. (AKİP).

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, a.g.e. s. 148 vd.

⁵⁴ Ergezen, a.g.e. s. 36.

C. İstisna Sözleşmesinin Tarafları Arasında Anlaşma

İstisna sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların, bir eserin meydana getirilmesi ve karşılığında da bir ücretin ödenmesi konusunda anlaşmaları, bir başka deyişle her sözleşmede olduğu gibi BK' nın 1' inci maddesi uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Bu sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan icap ve kabul, açık bir şekilde yapılabileceği gibi, zımnî bir şekilde de yapılabilir.

İstisna sözleşmesinin geçerli olması için kural olarak BK' nın 11' inci maddesi uyarınca herhangi bir geçerlilik şekli aranmaz.⁵⁵ Ancak pek tabii ki ispat açısından, istisna sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasında pratik bir yarar bulunmaktadır.⁵⁶ Çünkü HUMK' un 288' inci maddesine göre konusu belli bir tutarı⁵⁷ aşan sözleşmelerin varlığının yazılı belge ile ispatı zorunludur. Ancak bu madde uyarınca öngörülen şekil, geçerlilik şekli olmayıp, sadece ispat şeklidir.⁵⁸

İstisna sözleşmesinin belirli bir şekle tabii olmaksızın kurulabilmesi kuralının iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi, "akdi şekil" olarak da ifade edilen ve şekli düzenleyen BK' nın 16' ncı maddesi hükmüne göre, kanunen özel bir şekle tâbi olmayan bir sözleşmeyi tarafların özel bir şekle tabii kılma

⁵⁵ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri) s.28-29, Zevkliler, a.g.e. s. 330, Yavuz (Borçlar) s. 279, Aral, a.g.e. s. 323, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 20, Tunçomağ (Özel), s.959, Yarg. 15. HD., 04.12.1984 tarihli ve 1984/1368 E. 1984/3736 K. sayılı ilâmı: "Kural olarak, istisna sözleşmesinin geçerliliği için bir biçime uymak zorunluluğu yoktur. İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Rızanın beyanı açık olabileceği gibi, zımnî dahi olması mümkündür". YKD. 1986, s.1672. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 18.12.1997 tarihli ve 1997/4721 E. 1997/5462 K. sayılı ilâmı ile Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 13.02.1981 tarihli ve 1979/599 E. 1981/96 K. sayılı ilâmı (AKİP)

⁵⁶ Yavuz (Borçlar), s. 279, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 33-34, Tunçomağ (Özel), 959.

⁵⁷ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu nun 288/1' inci maddesi: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri dört yüz milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir."

⁵⁸ Yarg. 15. HD.31.10.1984 tarihli ve 1984/1631 E., 1984/3266 K. sayılı ilâmı: "HUMK 'un değişik 288. maddesi hükmünce bir hakkın doğumu, düşürülmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beşbin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil, geçerlik şekli değil, usul hukuku yönünden konulmuş ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispat olanağı da yoktur".(AKİP)

konusunda mutabakata varmalarındır.⁵⁹ Bu halde istisna sözleşmesi, tarafların öngördüğü şekilde yapılmazsa geçersiz olur. Şekil serbestisi ikinci istisnasını, kanunun, sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını zorunlu gördüğü haller oluşturmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁶⁰, bu kanuna tabi kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım işlerinin yazılı şekilde yapılmasını ve yazılı olarak yapılmış sözleşmenin noterce tescilini bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir. Buna karşılık 4734 Kamu İhale Kanunu' nun⁶¹ 46' ncı maddesine göre, ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe ihaleye esas olan sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, kamu ihalesinden kaynaklanan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması yeterli sayılmış, Devlet İhale Kanunu' ndan farklı olarak sözleşmelerin noterce tasdik ettirilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Aynı şekilde noterden tasdik şartı öngören şekil şartı hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁶²nda da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁶³ Bu konuda bahsedilmesi gereken konulardan birisi de, karma tipli sözleşmenin mevcudiyeti halinde aranacak şekil şartının ne olacağı ile ilgilidir. Uygulamada çok sık karşılaşılan, istisna ve satım sözleşmelerinin bir arada bulunduğu karma tipli bir sözleşme sayılan “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi” nde, hem İstisna sözleşmesi, hem de satım sözleşmesi unsurları yer almaktadır. İstisna sözleşmesi bakımından bir şekil şartı aranmamasına rağmen, taşınmazın devrini içeren satım sözleşmesinde resmî şekil şartı

⁵⁹ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 21, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 33-34, Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul 1995, s. 99 vd.

⁶⁰ Bkz. RG 10.09.1983, sy 18161.

⁶¹ Bkz. RG 22.01.2002, sy. 24648.

⁶² Bkz. RG 05.01.2002 sy. 24648.

⁶³ Bununla birlikte, ikincil mevzuat olan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği' nin 54 'üncü maddesine göre, yükleniciler iş deneyimi belgelerini alabilmek için bitirdikleri veya belli bir seviyeye getirdikleri yapım işini noter tasdikli bir sözleşme ile kanıtlamak zorundadırlar. Görüldüğü üzere, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda herhangi bir noter tasdiki aranmamış ve sözleşmelerin sadece yazılı olması gerektiği belirtilmişken, yönetmelikte noter tasdiki aranması, “normlar hiyerarşisi ilkesi” ne ve şekil şartının sadece kanunla konulabileceği şeklindeki doktrindeki genel kanaate aykırıdır. Atilla İnan, **İş Deneyimi Açısından Sözleşmelerin Notere Tasdiki Zorunlu Mudur?** Bkz. http://www.alomaliye.com/2007/atilla_inan_noter.htm (Erişim: 28.06.2008)

aranmaktadır.⁶⁴ Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Ancak baskın görüş,⁶⁵ resmî şeklin istisna sözleşmesini de kapsamı yönünde olmakla birlikte, bu hususta aksi görüşte olanlar da vardır.⁶⁶

Yargıtay bazı kararlarında resmi şekle uyulmadığı için sözleşmeyi geçersiz saydığı yönünde kararlar vermiş⁶⁷, birçok kararında da, şartların bulunması halinde sözleşmenin adi yazılı şekilde veya imzaların noterden onaylı biçimde yapıldığı gerekçesiyle şekil noksanlığının ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması saymıştır.⁶⁸

III. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. Müteahhit

BK' nın 355' inci maddesinde müteahhit, "*iş sahibinin vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şeyin imalini iltizam eden*" taraf şeklinde tanımlanmıştır. Ancak madde metninde yer alan bu tanımın açık ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Müteahhit, eserin imâli işini yüklenen, ekonomik

⁶⁴ Yarg. 15. HD. nin 28.04.2003 tarihli ve 2002/6353 E., 2003/2228 K. sayılı ilâmı: "*Kural olarak istisna (eser) sözleşmelerinin geçerliliği şekil koşuluna bağlı değildir. Sözlü olarak da istisna (eser)sözleşmesi bağlanabilir. Ancak bedel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören istisna (eser) sözleşmeleri, mülkiyetinin nakli borcunu içerdikleri için resmi biçimde (MK eski 634 md. yeni 706 mad, MK. 213. md, Tapu Kanunu 26. mad. Noterlik Kanunu nun 60. mad.) yapılmış olmadıkça geçerlilik kazanmazlar (BK. 11/11. md.). Edimlerin ifasından sonra, taraflardan birinin, sözleşmenin şeklen geçersizliğini ileri sürmesi iyiniyetle bağdaşmaz. Somut olayda, taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yukarıda açıklanan şekle uygun yapılmadığından geçersizdir*". (AKİP).

⁶⁵ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), a.g.e. s. 29, Yavuz (Borçlar), s. 279, Zevkliler, a.g.e. s. 330, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 20, Tunçomağ (Özel), s. 961, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 354, Ergezen, a.g.e. s. 37.

⁶⁶ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, (Arsa Payı), İstanbul 1993, s. 13 vd., Öz, a.g.e. s. 2 dp. 5.

⁶⁷ 15. HD. 28.04.2003 tarihli ve 2002/6353 E., 2003/2228 K. sayılı ilâmı (AKİP), 13. HD. 18.02.1985 tarihli, 1985/538 E., 1985/538 K. sayılı ilâm, YKD 1985, s. 560 vd.

⁶⁸ 15. HD. 01.03.1984 tarihli ve 1984/4001 E., 1984/601 K., YKD.1984, s.1077-1079; Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 06.06.1979 tarih ve 1979/14-190 E., 1979/779 K. Batıder, 1980 s.809-812.

bakımdan bağımsız, iş sahibine bağımlı olarak çalışmayan, sonuç rizikosunu üzerinde taşıyan kişidir.⁶⁹

Günlük hayatta müteahhit sözcüğü, genellikle inşaat sözleşmesindeki inşaat müteahhidi olarak algılanmaktadır. Ancak bu genel kabulün aksine, müteahhit kavramı inşaat müteahhitliği ile sınırlı değildir. İnşaat müteahhitliği de istisna sözleşmesindeki müteahhit kapsamına girmekle birlikte, bir elbiseyi diken terzi, protezi yapan diş teknisyeni, elektrik tesisatını döşeyen elektrikçi, bir heykeli yapan heykeltıraş, bir ressam veya ses sanatçısı da istisna sözleşmesi anlamında birer müteahhit sayılırlar.⁷⁰ Müteahhit, bir gerçek kişi, tüzel kişi ve Türk Ticaret Kanunu anlamında anonim, limited veya kollektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık olabileceği gibi, “joint venture (ortak girişim)”, ve “konsorsiyum” hallerinde olduğu gibi, adi bir ortaklık da olabilir.⁷¹

Müteahhit, BK’ nın 67’ nci maddesinde belirtilen kuralın aksine, işin niteliğine göre kendi şahsî becerisinin önemli olmadığı durumlar hariç olmak üzere, imâlini üstlendiği şeyi bizzat kendisi yapmaya veya kendi yönetim ve denetimi altında yaptırmaya mecburdur (BK’ nın 356/2’ nci maddesi). Burada müteahhidin almış olduğu işi, yönetim ve denetimi altındaki kişiler vasıtası ile yaptırabileceğinin kabulü, özellikle boyutu itibariyle çok büyük olan ve yapım süresi olarak uzun zaman alacak işlerin imâlinde müteahhide büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak müteahhidin işi kendi yönetimi altında yardımcı kişilere yaptırabilmesi için, eserin imalinde kişisel becerisinin, uzmanlığının önem taşımaması gerekir. Böyle bir durumun söz konusu

⁶⁹ Uçar, (Tekeffül Borcu), a.g.e. s. 24.

⁷⁰ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 9-14, Yavuz(Borçlar), s. 276-277, Uçar, (Tekeffül Borcu), a.g.e. s. 24.

⁷¹ Joint Venture (ortak girişim) kavramı 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu nun 3229 sayılı Kanunla eklenen mükerrer 6. maddesinde “iş ortaklığı” adıyla yer almakta ve sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, kamu iktisadi teşekküllerinin, dernek veya vakıflara ait işletmelerin kendi aralarında veya kişi ortaklıkları ya da gerçek kişilerle birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar olarak tanımlanmaktadır. Joint Venture (Ortak girişim) ve konsorsiyum iş ortaklıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Dayınlarlı, **Joint Venture Sözleşmesi(doktora tezi)**, (Joint Venture), Ankara 1989, s. 33, Özer Seliçi, **İnşaat sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978, s. 18.

olması halinde müteahhit yardımcı kişi kullanamaz. Bir ressama ısmarlanan tablonun meydana getirilmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁷²

Müteahhidin BK' nın 356/1' inci maddesinden kaynaklanan eseri yaparken göstermesi gereken özen borcu nedeniyle, özellikle ayrı uzmanlığı gerektiren büyük eser yapımlarında müteahhit, eseri zamanında ve uygun bir şekilde imâl ve teslim edebilmek için başkalarının yardımına ihtiyaç duymaktadır. Bu durumda müteahhit, eseri meydana getirirken, BK 'nın 100' üncü maddesine göre, yardımcı kişilere başvurmalı⁷³ ya da işin imalini kısmen veya tamamen alt müteahhitlere⁷⁴ devretmelidir.⁷⁵

Müteahhidin, işin tümünü veya bir bölümünü alt müteahhide devredebilmesi, BK' nın 356/2' nci maddesi çerçevesinde mümkündür. Buna göre, iş, niteliğine göre başkası tarafından yapılmaya elverişli ise, bu durumda müteahhidin devre yetkisi vardır. Ancak müteahhit, devre yetkili olmamasına rağmen, iş sahibi adına ve hesabına başkasına devir yaparsa, iş sahibi ile aralarındaki sözleşmeye aykırı davranmış olur. Bu durumda müteahhit, yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş sayılır ve hakkında BK' nın 38 ve 39' uncu maddeleri uygulanır.⁷⁶

⁷² Tunçomağ (Özel), s. 994, Mustafa R. Karahasan, **İnşaat, İmar İhale Hukuku**, İstanbul 1997, s. 211. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, a.g.e. s. 20-21.

⁷³ 818 sayılı Borçlar Kanununun 100/1'inci maddesi: "*Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.*"

⁷⁴ Alt müteahhit, asıl(ilk) müteahhidin eseri imal borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir istisna sözleşmesi ile ona bıraktığı kendi hesabına çalışan yardımcı kişidir. Doktrinde bunlara "ikame edilen şahıs" demek suretiyle yardımcılarından ayırt edilmeye çalışılmaktadır. (Bkz. Yavuz(Borçlar), s.290, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri) a.g.e. s. 76 vd.) Alt müteahhit hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 209, Yavuz (Borçlar), s. 290 vd.

⁷⁵ Bu durum BK'nın 356/2 'nci maddesinden de anlaşılacağı üzere, işin mahiyetinin başkası tarafından yapılmasına elverişli olması halinde söz konusudur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tâbi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmenin Devri" kenar başlığını taşıyan 46'ncı maddesi uyarınca da müteahhit, üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez, devredebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı iznini alması şarttır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, (Özel), s. 994, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 78.

⁷⁶ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 27.

Müteahhidin eseri imal borcunu ifa ederken başvurabileceği yardımcı kişiler ile alt müteahhit arasında bazı farklılıklar vardır. Yardımcı şahıslar ile müteahhit arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi ilişkisi vardır. Dolayısıyla müteahhit ile yardımcı kişiler arasında bir bağımlılık söz konusudur. Oysa, kendisine işin tümü veya bir bölümü devredilen alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki ilişki istisna sözleşmesi ile belirlenir ve alt müteahhit, yardımcı şahıstan farklı olarak asıl müteahhide bağımlı değildir.⁷⁷ Alt müteahhit ile iş sahibi arasında istisna sözleşmesinden doğan herhangi bir borç ilişkisi yoktur. Alt müteahhit, yalnız asıl müteahhide karşı sözleşmeden dolayı borçlu olup, iş sahibine karşı sorumlu değildir.⁷⁸

B. İş Sahibi

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, sözleşmeye konu olan eseri ücret karşılığında imâl ettiren ve imal edilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya ortaklıkları ya da gruplaşmış müesseselerdir.⁷⁹ Doktrinde bazı yazarlar⁸⁰, iş sahibini ifade etmek üzere “âmir” sözcüğünü kullanırken; bazı yazarlar⁸¹ ise “iş sahibi” deyimini kullanmaktadırlar. Kanımızca, hem kanuni terminolojiye uygun olması, hem yaygın olarak kullanılan bir deyim olması, hem de “âmir” sözcüğünün idare hukukuna ait kavramları çağrıştıran bir kelime olması nedenleriyle “iş sahibi” sözcüğünün kullanılması daha yerinde olacaktır.

⁷⁷ Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 215 vd. Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki ilişki hakkında bkz. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri)a.g.e. s. 82 vd, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 27.

⁷⁸ İş sahibi ancak iki halde doğrudan alt müteahhide karşı sözleşmeye dayanan haklar ileri sürebilir: Bunlardan birincisi, alt müteahhidin, asıl müteahhitçe kendisine verilen işleri yapacağı veya ayıpsız yapacağı hususunda doğrudan doğruya asıl iş sahibine karşı akdi bir yükümlülük altına girmesidir. Bir diğeri ise, alt müteahhitlik sözleşmesinin, BK'nın 111/2. maddesi anlamında gerçek (tam) üçüncü kişi (burada asıl iş sahibi) lehine bir sözleşme niteliği taşımasıdır. Bkz. Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri) s. 85 vd.

⁷⁹ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 25.

⁸⁰ Tunçomağ (Özel), s. 949, Turgut Önen, **Borçlar Hukuku**, Ankara 1999, s. 301 vd., Önen, daha sonra iş sahibi için “ısmarlayan” ifadesini tercih etmiştir.

⁸¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 2 vd., Yavuz (Borçlar), s. 276-277, Öz, a.g.e. s. 1 vd.

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi, kamu veya özel sektör tüzel kişisi de olabilir. Bu kamu kuruluşu kâr etme amacı güden bir kamu kuruluşu olabileceği gibi⁸², kâr amacı olmaksızın tümüyle kamu hizmeti gören bir devlet kuruluşu⁸³ da olabilir.

IV. İSTISNA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yer alan istisna sözleşmesinde taraflar, BK' nın 20' nci maddesinde anılan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla sözleşme hükümlerini istedikleri gibi belirleyebilirler. Bu şekilde belirlenen bir sözleşmede taraflar arasında bir ihtilaf meydana gelirse, bu ihtilaf, öncelikle akdedilen sözleşme hükümlerine, daha sonra da Borçlar Kanunu' nun istisna sözleşmesini düzenleyen 355-371 maddeleri arasındaki hükümlere göre giderilmeye çalışılacaktır. Çıkan ihtilaf, bu hükümlerle dahi çözülemezse, o takdirde Borçlar Kanunu' nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁸⁴

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu' nda da istisna sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak 2886 sayılı Kanun hükümlerinin istisna sözleşmesine uygulanması, ancak sözleşme taraflarından birinin idare olması halinde mümkündür. Ayrıca iş sahibi idare tarafından ihale edilen, belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak esasları tespit eden ve Bakanlar Kurulu nun 29.08.1984 tarih ve 84/8520 sayılı kararı ile yürürlüğe girmiş olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi⁸⁵ de 2886 sayılı Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu durum, şartnamenin 2. maddesinden

⁸² Türkiye Şeker Fabrikaları Genel Müdürlüğü gibi, Bkz. Dayınlarlı (Temerrüt), s. 25.

⁸³ Milli Savunma Bakanlığı gibi. Yaşar Karayağçın, **İstisna Akdinde Deprem Rizikosu, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975, s. 20-21.

⁸⁴ "Eser sözleşmesi, yanlardan birinin diğer yana vermeyi yüklediği bedel karşılığında bir şey yapımını içeren sözleşmedir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle yanların kararlaştırdıkları kurallara ve yasada öngörülen özel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir". Yarg. 15. HD. 30.05.1989 tarihli, 1989/1784 E., 1989/2573 K. sayılı ilâmı. Bkz. YKD. 1989, 1614-1615.

⁸⁵ Bkz. RG. 09.10.1984, 18540 sy. s. 21-47.

de anlaşılabilir: “Bu Genel Şartname, Genel Bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, Özel İdareler ve Belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca taahhüde bağladıkları yapım ve hizmet işlerini kapsar”. Keza BİGŞ hükümlerinin, 2886 sayılı Kanuna tâbi olmayan özel kişilerce de akdedilen sözleşmelerin bir eki olarak kararlaştırılabilmesi de mümkündür. Ancak, bu şartname hükümleri, Borçlar Kanunu’ nun emredici olmayan hükümlerinden farklı oldukları ölçüde anlam kazanır.⁸⁶

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yanında ayrıca, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu da, istisna sözleşmesine ilişkin hükümler içermektedir. Zira ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihale sürecinin sonunda teklifi kabul edilen katılımcı ile sözleşmenin akdedilmesinden sonra bu kanun uygulama alanı bulmakta ve tarafların arasındaki ilişkiye uygulanmaktadır.

Nihayet, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun⁸⁷ 4’üncü ve 4/A maddelerinde de kendilerine ayıplı mal ve hizmet satışı yapılan tüketicilerin⁸⁸ haklarını düzenlemektedir. Bu kanunun uygulama alanı, mal veya hizmet piyasalarında, tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemidir. Bu nedenle bu kanun hükümleri tüketicilere satılan hem mal, hem de hizmetler açısından da geçerlidir.

V. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

İstisna sözleşmesi; ivazlı, şekle tabi olmayan, rızaî nitelikte ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

⁸⁶ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 88.

⁸⁷ Bkz. RG. 08.03.1995, sy. 22221.

⁸⁸ Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder. (TKHK. m. 3/e)

Taraflardan her birinin borcu, diğ er tarafın borcunun karş ılığ ını oluşturduğ u için, istisna sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Buna göre müteahhidin eseri meydana getirme borcu, bu eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi ile; iş sahibinin borcu ise, üzerine düş en ücreti müteahhide ödemesi ile son bulur.⁸⁹

Sözleşmelerdeki edimlerin ifa edilmesi, genel olarak az veya çok bir zaman sürecine sahiptirler. Ancak bu zamanın uzunluğ u veya kısalığ ı, o sözleşmenin ani veya sürekli bir edim olmasını belirleyici bir özellik değildir. Burada bir sözleşmenin “ani” veya “sürekli” edimli olmasını belirleyici özellik, alacaklının ifa ile amaçladığı çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmeyeceğ idir.⁹⁰ Eğer ifa bir anda gerçekleşiyor ise “ani edimli”, belli veya belirsiz bir zamana yayılarak gerçekleşiyor ise “sürekli edimli” bir sözleşme söz konusu olur. Örneğ in satım sözleşmesinde satılanın teslimi ile ifa bir anda gerçekleştiğ i için satım sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Buna karş ılık kira sözleşmesinde kiracının kiralananı yararlanması, sözleşme süresince devam ettiğ inden, kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir.

İstisna sözleşmesinin, ani edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğ uran bir sözleşme mi olduğ u hususu doktrinde⁹¹ ve uygulamada⁹² yoğun tartışmalara neden olmuştur. Tartışmanın önemi, şartları gerçekleştiğ inde sözleşme sona erdirilirken fesih hakkının kullanılmasında kendisini göstermektedir. Eğer istisna sözleşmesi, sürekli borç doğ uran bir sözleşme olarak kabul edilecek olursa, ancak ileriye yönelik olarak feshedilebilecektir.

⁸⁹ Fikret Eren, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici, İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)** (İnşaat Sözleşmeleri I) Ankara (18-29 Mart) 1996, s. 51

⁹⁰ Öz, a.g.e. s.14.

⁹¹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğ u), s. 5 vd. Aral, a.g.e. s. 316, Eren(İnşaat Sözleşmeleri I) s.52, Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 55 vd. Yavuz (Borçlar), s.280, Şenocak, a.g.e. s. 7 vd., Doktrindeki diğ er görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, a.g.e. s.12 vd.

⁹² 25.11.1984 tarihli ve 311 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı için bakınız, YKD. Nisan 1984 s. 501 vd.

Buna karşılık, ani edimli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilecek olursa, sözleşme geriye etkili olarak feshedilebilecektir.⁹³

İstisna sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe⁹⁴ göre eserin meydana getirilmesi için uzunca bir zamana ihtiyaç duyulmaktadır. İstisna sözleşmesinde müteahhit, eserin teslimi borcu yanında belli bir süre boyunca eseri gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme borcu altına da girmektedir. Bu faaliyetler müteahhit açısından iş görme edimini oluşturmaktadırlar. İşte bu iş görme edimleri de nitelikleri itibarıyla belli bir zamana yayıldıkları için, bu iş görme edimlerini içeren istisna sözleşmesi de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.⁹⁵

İstisna sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre⁹⁶, istisna sözleşmesinde asıl amaç, eserin meydana getirilmesidir. Müteahhidin eseri meydana getirme bakımından gerçekleştirdiği iş görme faaliyetinin, ifanın meydana gelmesinde etkisi yoktur. İfa esas itibarıyla eserin teslimi anında gerçekleşmektedir. Sözleşmelerin kurulması ile bu sözleşmedeki edimlerin ifa edilmesi arasında, belli bir zaman geçti diye sürekli borç ilişkisi meydana getirmez. Eseri meydana getirirken yapılan işler, sadece müteahhidin, ifa için yaptığı hazırlama faaliyetleri olarak nitelendirilir. Halbuki ifa, teslimle gerçekleşir. Dolayısıyla müteahhidin meydana getirme faaliyeti ne denli uzun süreli olursa olsun, sonuç (eser), son bir tamamlayıcı hareketle sağlandığından, ifanın sürekli olduğundan söz edilemez.⁹⁷

⁹³ Özer, Seliçi, **Borçlar Kanunu na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, s.5-7.

⁹⁴ Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi-Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu nun 371. maddesine göre Feshin Sonuçları**, Ankara 1988, s.59, Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2)**, tez, İstanbul 1979, s. 10-11 ve özellikle s. 106.

⁹⁵ Özyörük, a.g.e. s.51-59, Erman, (Beklenilmeyen Haller), s.10-11.

⁹⁶ Seliçi (Sürekli Borç İlişkileri), s.26, Öz, a.g.e. s.20, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri) s.59-60, Aral, a.g.e. s. 316, Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 55 vd., Yavuz (Borçlar), s. 280, Baygın, a.g.e. s. 21.

⁹⁷ Öz, a.g.e. s. 21.

Nihayet karma görüş olarak adlandırabileceğimiz üçüncü bir görüş, istisna sözleşmesinin sürekli ve ani edimli sözleşme ilişkilerinin bir bileşimi olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁸ Bu görüşün savunucularından *Serozan*'a göre,⁹⁹ müteahhidin meydana getirme faaliyetleri tamamen hazırlayıcı faaliyetler olarak görülemez. Eserin ücreti yalnız eserin karşılığı olmayıp, aynı zamanda bu eseri hazırlayan, iş sonucuna götüren eylemlerin de karşılığıdır. *Serozan*'a göre, istisna sözleşmesi, "sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi"dir. Bu konuda Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ile ilgili olarak karma görüşü kabul etmiştir.¹⁰⁰

Kanımızca, istisna sözleşmesinde, iş sahibi açısından sözleşmenin ifa anı, eserin müteahhit tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslimi anı olduğundan *kural olarak* istisna sözleşmesinin ani edimli bir sözleşmedir. Ancak meydana getirilecek eser borcunun ard arda teslimli olarak yerine getirildiğı sözleşmelerde, istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurur. Kural olarak istisna sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmakla beraber, bu kural her zaman mutlak olarak uygulanmamalı, çıkacak ihtilafı çözüme bağlayacak hakim tarafından menfaat dengesi gözetilerek, zaman zaman bu sözleşmedeki ilişkinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu yönünde de karar verilebilmelidir. Bu konuda da başvurulabilecek en önemli ilkelerden birisi, 4721 sayılı Medeni Kanunu' nun 2' nci maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralıdır.¹⁰¹

⁹⁸ Eren (İnşaat Sözleşmeleri I), s.52, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1975, s. 173-174, Şenocak, a.g.e. s. 11.

⁹⁹ Serozan, a.g.e. s. 173-174.

¹⁰⁰ Yarg. 25.1.1984 tarihli ve 3/1 sayılı İBK. için bkz. YKD. 1984 s. 501 vd.

¹⁰¹ "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu nun 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı kararında da belirtildiğı gibi arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı özelliğı taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına(MK. md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır. Çıkan çekişmenin giderilmesinde de-işin teknik yönü bakımından bilirkişiyeye başvurulması bir yana bırakıldığında-değerlendirmenin öncelikle dürüstlük kuralı gözetilerek yanların müşterek amacına ve çıkarlar dengesine uygun yapılması gerekir". Yarg. 15. HD. 30.5.1994 tarihli ve 1993/5125 E. 1994/3380 K. sayılı ilâmı(AKİP).

İKİNCİ BÖLÜM
İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL
BORCU ve MÜTEAHHİDİN BU BORÇTAN SORUMLU TUTULMASININ
ŞARTLARI

I. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

A. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı

Müteahhit tarafından meydana getirilen eserin, ayıplı bir şekilde iş sahibine teslim edilmesi halinde, iş sahibinin, sözleşmeden beklediği ifa menfaati gerçekleşmemiş olur. Bu noktada müteahhidin imâl etmiş olduğu eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu gündeme gelir. İşte bu durumu ifade eden müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, eserdeki ayıptan dolayı, iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatini karşılamayı amaçlayan ve BK' nın 359 vd. madde hükümlerinde düzenlenmiş, özel bir sorumluluk düzenidir.¹⁰² Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinden de anlaşılacağı üzere, iş sahibi, kendisine teslim edilen eserde bir ayıbın varlığının tespiti halinde, üzerine düşen külfetleri yerine getirmek şartıyla, kendisine tanınan hakların yanında, müteahhidin kusurunun bulunması halinde, ayıplı eser nedeniyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, eserde ayıp olarak beliren bu eksiklikler, kendine has bir görünümü olan özel bir sorumluluk düzeni ve özel bir yaptırım sistemine tabi tutulmaktadır.

BK m. 359 vd.' nda düzenlenmiş olan bu sorumluluk düzenine eserin sadece ayıplı olması halinde başvurulmalıdır. Bir başka deyişle, eserde bir ayıp olması halinde bu özel sorumluluk düzeni devreye girecektir.

¹⁰² Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.128.

B. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği

Sözleşmeden ya da kanunun bir hükmünden doğan borcun hiç ifa edilmemesi veyahut kötü ifa edilmesi, borcun ihlali anlamına gelir. Borcun hiç ifa edilmemesi, edimin imkansızlaşmasından (BK' nın 117' nci maddesi) doğabileceği gibi, borçlunun veya alacaklının temerrüdünden de doğabilir. Bu imkansızlık ve temerrüt dışındaki borca aykırılık halleri, borcun kötü ifası olarak nitelendirilmektedir. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, borcun kötü ifası olarak adlandırılan borca aykırılık halleri arasında yer almaktadır. Müteahhidin iş sahibine teslim ettiği eserdeki nitelikler, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımıyorsa, edimin ayıplı ifası söz konusudur. Bu durumda müteahhit, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin BK' nın 360 vd. madde hükümlerine göre sorumlu tutulur.¹⁰³

Borçlar Kanunu nun genel hükümleri kısmında, haklarında özel bir hüküm olmadığı için, sadece BK' nın 96' ncı maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek borca aykırılık halleri, çeşitli özel borç ilişkilerinde kendilerine has bir biçimde düzenlenmiş ve özel bir sorumluluk düzenine konu olmuştur.¹⁰⁴ İşte istisna sözleşmesinde de, ayıplı bir eserin teslimi halinde, BK' nın 359 vd. maddelerinde düzenlenmiş müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, özel bir sorumluluk düzeni olarak öngörülmüştür.

Borçlar Kanunu' nun müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinin temel amacı, ayıplı eserin teslimi nedeniyle bozulan edimler dengesini yeniden sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle, BK' nın 96' ncı maddesindeki borca aykırılık hali tazminata dönüşürken; ayıba karşı tekeffül borcunda, edimler dengesini yeniden sağlamaya yönelik özel bir yapıya dönüşmektedir.¹⁰⁵

¹⁰³ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 37.

¹⁰⁴ öz, a.g.e. s. 42.

¹⁰⁵ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 129.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, onun esas edimi olan eseri teslim borcunun bir tamamlayıcısıdır.¹⁰⁶ Çünkü müteahhit, sözleşme ile üzerine aldığı borçlardan ancak, eseri eksiksiz teslim ederek kurtulmaktadır. Buna karşılık olarak, eserin teslimine bağlı olarak ileri sürülmesi nedeniyle, ayıba karşı tekeffül borcunun bir yan edim olduğu da ileri sürülmüştür.¹⁰⁷ Kanımızca, müteahhidin asli edimi olan eserin teslimine bağlı olarak çıkan ve teslim edilen eserin ayıplı olması halinde sonuçlarını meydana getiren ayıba karşı tekeffül borcu, bir yan edim borcu değil, asıl edim borcu olmalıdır.

Ayıba karşı tekeffül borcu konusunda tartışmalı olan bir konu da, ayıplı bir eserin teslimi halinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümler yanında, ayrıca BK' nın 96' ncı maddesindeki genel sorumluluk düzenine başvurup başvuramayacağıdır. Ayıplı bir eserin teslimi halinde, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümler yanında BK' nın 96' ncı maddesindeki genel sorumluluk düzenine de başvurabileceğini savunan görüşe göre¹⁰⁸, somut olayda iş sahibi, menfaatleri gerektiriyorsa, eseri muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğünü yerine getirilmeden BK' nın 96' ncı maddesine göre tazminat isteyebilmelidir. Diğer taraftan bu durumun kabulü halinde aynen ifanın da sağlanabileceği savunulmaktadır. Bu durumun tersini, yani ayıplı bir eserin teslimi halinde sadece ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen madde hükümlerine başvurulabileceğini savunan ve bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁰⁹, ayıplı eser teslimi halinde getirilen ve iş sahibi için en elverişli durumun mevcut olduğu bu sorumluluk düzeninin kendisine has bir yapısı vardır. Bu nedenle başka bir sorumluluk düzenine başvurmaya gerek yoktur. Diğer taraftan özel hüküm-genel hüküm sıralamasında, uygulamada özel hükümlerin genel hükümlerden önce uygulanması gerektiği ilkesi uyarınca, ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümlerin, genel hüküm olan BK' nın 96' ncı maddesinden önce uygulanması gerekir. Son olarak, muayene ve ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesi koşuluyla oldukça ağır bir sorumluluğa

¹⁰⁶ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 160.

¹⁰⁷ Serozan, a.g.e. s. 303.

¹⁰⁸ Serozan, a.g.e. s. 332.

¹⁰⁹ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 130, Öz, a.g.e. s. 155.

tabi tutulan müteahhidin, ayrıca bu yükümlülükler yerine getirilmeden, hem de BK' nın 96' ncı maddesine göre sorumlu tutulması, müteahhit açısından hiç de adil olmayan hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarır. Sonuç olarak, istisna sözleşmesindeki müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen madde hükümleri, Borçlar Kanunu' ndaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içerisinde düzenlenmiştir.¹¹⁰

C. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Özellikleri

1. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kusura Dayanmaması

Ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkması halinde, iş sahibinin BK'nın 360/1-2' nci maddesi gereğince kullanabileceği sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıplı eserin onarılmasını isteme hakları, müteahhidin kusurlu olması şartına bağlanmamıştır. Bunun istisnası ise, ayıplı eser nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, müteahhidin kusurunun aranmasıdır. İş sahibi, BK' nın 360' ıncı maddesine dayanarak ayıp sonucu uğradığı zararının tazminini, diğer talepleriyle birlikte isteyebileceği gibi, yalnız başına da böyle bir tazminat talebinde bulunabilir.¹¹¹ Kusura dayalı olarak talep edilebilecek böyle bir tazminat talebinde, müteahhit ancak kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde zararı tazminden sorumlu tutulamaz. Aksi halde, müteahhit iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

¹¹⁰ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 39.

¹¹¹ Yavuz(Borçlar), s. 304.

2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olmaması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuyla getirilmiş sorumluluk düzeni, emredici nitelikte değildir.¹¹² Dolayısıyla müteahhidin istisna sözleşmesindeki yükümlülüklerinin sözleşme ile sınırlandırılması mümkündür. Eserin ayıplı olarak teslim edilmesi halinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK' nın 360' ıncı maddesi tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. İş sahibine tanınan bu haklar, BK' nın 99' uncu maddesine aykırı düşmemek kaydıyla, bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilceği gibi, kaldırılması da mümkündür.¹¹³ örneğin; taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak zamanaşımı, muayene ve ihbar sürelerinin ne olacağını sözleşmede önceden tespit edebilecekleri gibi, eserin ayıplı teslim edilmesi halinde iş sahibine tanınan hakları da önceden açık veya örtülü bir şekilde daraltabilecekler ya da ortadan kaldıracabileceklerdir.¹¹⁴

İş sahibi, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, kullanmaya elverişli, normal yapıdaki bir eserin kalitesini taşıyan bir eserin kendisine teslim edilmesini beklemeye hakkı vardır.¹¹⁵ İş sahibinin beklediği kalite ve müteahhidin eserdeki zeninin tayininde taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmadıkları için MK' nın 2' nci maddesi lę olarak alınmalıdır. Ancak taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilirler. Sözleşmede, iş sahibi ile müteahhit arasında somut eseri belirlemeye yarayan genel ve özel nitelikler (şekil, renk, lę gibi) zerinde daha önceden anlaşma yapılması da mümkündür. Ancak bu durumda sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden birinin eksikliği, eseri ayıplı kılar ve müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol ağar.¹¹⁶

¹¹² Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 160.

¹¹³ Tunęomaę(zel), s.1028.

¹¹⁴ Tandoğan, (zel Borę İlişkileri), s.174, Tunęomaę (zel), s. 1029, Yavuz (Boręlar), s. 279.

¹¹⁵ Yavuz (Boręlar), s. 298, Tunęomaę (zel), s. 1016.

¹¹⁶ Yavuz (Boręlar), s. 298.

3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanunî Bir Borç Olması

Sözleşmede kararlaştırılmamış olan ve eserde bulunması şart olan niteliklerde ayıp halinde, ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu, kanunî bir borçtur. Çünkü müteahhit, sözleşme ile açıkça üstlenmediği niteliklerde meydana gelen ayıp dolayısıyla, kanun gereği sorumlu olmaktadır.

Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ayıp olması halinde, müteahhidin sorumluluğunun hukukî niteliği tartışmalıdır. Bu tür nitelik vaatleri, bir tasavvur açıklaması olarak kabul edilip, sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerektiği kabul edildiği gibi¹¹⁷, bu vaatlerin, müteahhidin edim borcuna dahil bir irade beyanı olduğu da kabul edilmektedir¹¹⁸. Kanımızca, bu tür vaatler, sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır. Bir başka deyişle, bu vaatlerden müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, iş sahibinin en azından örtülü kabulü aranmalıdır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibinin kabulü olmadan ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümlere gitmemelidir.

D. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Diğer Bazı Sözleşmelerdeki Ayıba Karşı Tekeffül Borçları İle Karşılaştırılması

1. Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması

Kanun koyucu, BK' nın 194/1' inci maddesinde "*Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaat ettiği vasıflarını mükeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mükeffildir*" şeklinde, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu ve unsurlarını belirtmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "*Satıcı, bu ayıpların mevcudiyetini*

¹¹⁷ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 137, dp. 37'de anılan yazarlar.

¹¹⁸ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 137-138.

bilmese bile onlardan mesuldür' hükmü ile satıcının, sorumluluğunun sınırları belirlenmiştir. Buna karşılık, istisna sözleşmesini düzenleyen hükümlerde, satım sözleşmesinde olduğu gibi, zikir ve vaad olunan nitelik kavramına ayrıca yer verilmemiştir.¹¹⁹

İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleriyle satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri bazı yönlerden farklılıklar göstermektedir. Her şeyden önce, istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu, eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken; temlik borcu doğuran satım sözleşmesinde ise mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır.¹²⁰ Dolayısıyla istisna sözleşmesinde, sorumluluğa esas olan ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken; satım sözleşmesinde, satılanın alıcıya geçtiği anda mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olmaktadır.

İki sözleşmede farklılık gösteren hususlardan bir diğeri, istisna sözleşmesinde müteahhidin bir eser imal etmek zorunda olmasına karşılık, satım sözleşmesinde satıcının kural gereği bir nesneyi imal yükümlülüğünün bulunmamasıdır.¹²¹ Dolayısıyla istisna sözleşmesinde müteahhit, sözleşmenin yapılmasından sonra, kendisinin imâl ettiği eserdeki ayıplardan dolayı sorumlu iken; satıcı, kendisinin imal etmediği, sözleşme akdedilmeden önce hazırlanan bir şeydeki ayıplardan sorumlu olmaktadır. Diğer taraftan, istisna sözleşmesinde, önemli ve önemsiz ayıptan söz edilmemiş iken, satım sözleşmesinde satıcı, önemsiz ayıplardan sorumlu tutulmamıştır. Dolayısıyla satıcı, bu bozukluklardan dolayı, bunları özel bir vaade konu kılmadıkça veya hilesi olmadıkça sorumlu tutulmaz.¹²² Böylece, satılan şeyin değer veya kullanıma elverişliliğini gayet önemsiz derecede azaltan ayıplardan dolayı alıcının dava açmaya hakkı yoktur. Buna karşılık istisna sözleşmesinde, teslim konusu eserdeki ayıbın önemli bir ayıp olması şart değildir. İstisna

¹¹⁹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.165-166.

¹²⁰ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.158. Örneğin, bir pantolonun dikiminde olduğu gibi durumlarda mülkiyet diğer tarafa geçirilmez. Müteahhit onarılan pantolonu sadece iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Onu devir ve temlik etmek zorunda değildir.

¹²¹ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 45.

¹²² Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.173-174.

sözleşmesinde satım sözleşmesinden farklı olarak, önemsiz ayıplar bile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir; yeter ki bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımasın.¹²³

İstisna sözleşmesinde teslim alınan eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, BK' nın 359' uncu maddesinde düzenlenmiş olan muayene ve ihbar şartlarını gerçekleştirmek şartıyla, BK' nın 360' ıncı maddesinde belirtilen “sözleşmeden dönme”, “ücret indirimi”, “ayıbın giderilmesi”, “uğranılan zararın tazminini isteme” şeklindeki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Benzer bir düzenleme getiren satım sözleşmesinde ise, satılan malın ayıplı olması üzerine alıcıya, “sözleşmeden dönme”, “satış bedelinin indirimini isteme”, “misli eşya satımında, satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme” hakları tanınmıştır.¹²⁴ Görüldüğü üzere, göze çarpan ilk fark, satım sözleşmesindeki, “satılan misli eşyayı ayıpsız misli ile değiştirme” hakkının istisna sözleşmesi için düzenlenmemiş olması, buna karşılık ise, istisna sözleşmesinde iş sahibine tanınan, “ayıbın giderilmesini isteme” hakkının satım sözleşmesinin alıcısına tanınmamış olmasıdır.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin, satım sözleşmesinde ise satıcının ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin karşı tarafına, “muayene” ve “ihbar” olmak üzere iki şekli şartı yerine getirme külfeti yüklenmiştir.¹²⁵ BK' nın 198' inci maddesine göre, teslim alınan şeyin “örf ve adete göre, imkân hasıl olur olmaz” muayene edilmesi ve tespit edilen ayıpların “derhal” satıcıya ihbar edilmesi gerekir. Buna karşılık istisna sözleşmesindeki muayene ve ihbar külfetinin düzenlendiği BK' nın 359' uncu maddesi hükmünde, teslim alınan şeyin, “işlerin mutata cereyanına göre imkân doğar doğmaz” muayene edilmesi ve tespit edilen ayıpların satım sözleşmesinde olduğu gibi “derhal” müteahhide ihbar edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

¹²³ Yavuz (Borçlar), s.298.

¹²⁴ Serozan, a.g.e. s. 314 vd., Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, İstanbul Ekim 2005 s. 219.

¹²⁵ Satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar külfeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 176 vd.

Yukarıda zikrolunan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, satıcının ve müteahhidin, sözleşmeye konu olan şeydeki ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için yerine getirilmesi gereken yükümlülükler birbirleri ile paralellik göstermektedir.¹²⁶ Bununla birlikte satım sözleşmesinde, istisna sözleşmesinden farklı olarak alıcıya ek yükümlülükler de yüklenebilmektedir. Örneğin, mesafe satımlarında BK' nın 201' inci maddesi gereğince alıcıya gönderilen satılanı koruma, satılandaki ayıpları tespit ettirme, gerekirse satılanı sattırma gibi istisna sözleşmesinden farklı ek yükümlülükler de yükletilmiştir.¹²⁷

Yukarıda yapılan karşılaştırmalardan sonra, değinilmesi gereken bir konu da, satım sözleşmesindeki tekeffül hükümlerinin, kıyasen istisna sözleşmesine de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Çünkü, BK' nın 357/1' inci maddesi, müteahhidin, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmaması halinde, iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağını buyurmuştur. Kanunun bu maddesindeki atıf nedeniyle konu tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre¹²⁸ bu yollama, müteahhit tarafından sağlanan malzemedeki ayıp nedeniyle oluşturulan eserin ayıplı olması haline ilişkindir ve bu özel durumu, istisna sözleşmesindeki düzenlemenin etkisinden çıkarıp, satım sözleşmesindeki tekeffül hükümlerine tabi kılmayı amaçlamaktadır.

Bir başka görüş ise¹²⁹, bu yollama ile iş sahibine seçimlik bir imkan sağlandığını, böylelikle malzemedeki ayıp nedeniyle eserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin, alternatif olarak ister istisna sözleşmesindeki isterse de satım sözleşmesindeki tekeffül hükümlerine gidebileceğini savunmaktadır.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüş ise¹³⁰, bu yollamanın satım sözleşmesindeki zabta karşı tekeffül hükümlerine yapıldığını savunmaktadır.

¹²⁶ Yavuz (Borçlar), s.299.

¹²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet, Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989, s. 121 vd.(Satıcı)

¹²⁸ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 99.

¹²⁹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.108.

¹³⁰ Tunçomağ (Özel), s. 908.

Buna göre, malzemeyi müteahhidin sağlaması halinde, oluşturulan eserin zilyetliğinin geçirilmesinin yanında mülkiyetinin de geçirilmesinin gerekeceği, mülkiyeti devretme işlevi olunca da zaptla ilgili sorunların ortaya çıkmasının doğal olması nedenleriyle bu sorunlar, satım sözleşmesindeki hükümler göz önüne alınarak çözümlenebilir. Çünkü mülkiyetin devredilmesine paralel olarak, eser üstünde üçüncü kişilerin hak iddialarının ortaya çıkması ihtimal dairesine girmektedir. Son olarak istisna sözleşmesi ile ilgili hükümlerde zabta karşı tekeffül ile ilgili bir düzenleme olmaması, BK' nın 357/1' inci maddesinde olduğu gibi, satım sözleşmesine yollama yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

2. Kira Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcu İle Karşılaştırılması

Kira sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması¹³¹, bu sözleşme ilişkisinde ayıba karşı tekeffül borcunun istisna sözleşmesinden değişik bir yapı kazanmasına neden olmaktadır. Kira sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu iki yönlü bir özellik göstermektedir. İstisna sözleşmesinde de hem teslim esnasındaki ayıplar, hem de teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan sorumluluk söz konusu olurken; kira sözleşmesinde bu sözleşmenin kendine has bir özelliği olarak kullanım süresince¹³² ortaya çıkan ayıplardan da, ihbar edilmesi şartıyla, sorumluluk söz konusu olmaktadır.¹³³

Kiralayan, aynen müteahhit gibi, şeyin kullanılmasını ortadan kaldıran veya engelleyen maddî nitelikteki ayıplardan sorumlu olduğu gibi, aynı sonucu ortaya çıkaran manevî nitelikteki ayıplardan da sorumlu olmaktadır. Kiralanan yerde aşırı gürültü olması, kiracının, kiralanan şeyi kullanmasını

¹³¹ Aral, a.g.e. s. 207.

¹³² Kiralananda, sözleşme süreci içinde ortaya çıkan ayıplardan sorumluluk hakkında bkz. 15. HD. 15.06.1972 tarihli, 1972/1988 E. 1972/2958 K. sayılı ilâmı, YKD. 1972, s. 405.

¹³³ Aral, a.g.e. s. 246, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 56.

engellemek amacıyla tehdit edilmesi, manevî nitelikteki ayıplara örnek olarak gösterilebilir.¹³⁴

Ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun şartları oluşunca, kiralayan, tıpkı iş sahibi gibi, BK' nın 250/1' inci maddesi gereğince, kiralananındaki ayıbın giderilmesini ve ücretini indirilmesini isteme haklarının yanı sıra, BK' nın 249/2' nci maddesi gereğince sözleşmeden dönme ve BK'nın 250/1' inci maddesine göre de, sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır.

Kira ve istisna sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından değinilmesi gereken bir konu da, bu sözleşmelerdeki ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunudur. Daha önceden de değinildiği üzere¹³⁵, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin önemli bir özelliği, bu hükümlerle iş sahibine tanınan haklar sisteminin emredici nitelikte olmamasıdır. Dolayısıyla istisna sözleşmesinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, BK'nın 99' uncu maddesine aykırı düşmemek şartıyla önceden bir anlaşma ile sınırlandırılabilir. Hatta bir görüşe göre¹³⁶, bu hakların tamamen kaldırılması da mümkündür. Buna karşılık kira sözleşmesinde, sözleşmenin mahiyetinin farklı olması nedeniyle bu husus farklılık arz eder.

Kira sözleşmesinde taraflar kiralayanın ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu sözleşmeyle sınırlandırabilirler. Ancak bazı durumlarda böyle bir sözleşme geçersiz sayılır. Bunlardan birincisi, Kiralayanın BK'nın 99-100 'üncü madde hükümlerine aykırı olan sorumsuzluk veya sorumluluğu sınırlandıran kayıtları ileri süremeyeceği; ikincisi, kiralayanın kiralananındaki ayıbı kasten gizlemesi halinde bu sözleşmeyi ileri sürememesi¹³⁷ halidir.¹³⁸ Son

¹³⁴ Aral, a.g.e. s. 248.

¹³⁵ Bkz. İkinci Bölüm, III., B.

¹³⁶ Tunçomağ(Özel), s. 1029.

¹³⁷ "Sözleşme eki olan kiraya verilecek taşınmaz mallar için Genel Şartname ve İhale Tutanağı nın 21. maddesinde, (kiracı Hükümet ve Belediyeden izin almak gereken meslek ve sanatlara izin verilmemesinden veya kanun ve nizama karşı davranmaktan yahut kiralanan yerin belirlenen şekilde başka yolda kullanılmasından dolayı

olarak BK' nın 249/3' üncü maddesine göre, kiralanandaki ayıp, kiracının veya onunla birlikte yaşayanların veya işçilerinin sağlığı için "ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise", kiracı, sözleşmeyi yaparken feragat etmiş olsa dahi, sözleşmeyi feshedebilir.

3. Yayın Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması

BK' nın 372' nci maddesinde "neşir mukavelesi bir akittir ki, onunla edebî ve sınaî bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir nâşire terk etmeyi taahüt ve nâşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder" şeklindeki yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, yayın sözleşmesi, iş görme borcu doğuran bir sözleşme olup, bu yönü itibariyle istisna sözleşmesi ile benzer bir sözleşmedir.¹³⁹ Bu benzerliğe rağmen, yayın sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu, istisna sözleşmesindeki tekeffül borcunun aksine, tek yanlı değil, iki yanlı bir özellik göstermektedir. Çünkü, yayın sözleşmesinde, hem yayınlatan, hem de yayınlayan bu borçla yükümlü olmaktadır. Halbuki istisna sözleşmesi açısından bu borç sadece müteahhit açısından söz konusudur. Diğer taraftan, yayınlayan (nâşir), sözleşme ile bir eserin basılması yanında o eserin sürümünü sağlama yükümlülüğü altına da girmektedir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde imâl edilen eserin sürümünün sağlanması yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu farklılık her iki sözleşmeyi birbirinden ayıran önemli bir kriterdir.¹⁴⁰

kiralananın kullanma hakkı yasaklansa dahi kiracı kirayı ödemekle yükümlüdür.) denilmektedir..... Kural olarak kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu sözleşme ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Fakat sorumluluktan kurtulma şartı iki halde geçerli olmaz. Bunlar kiralayanın hilesi ve ağır kusurunun varlığıdır.(BK'nın 196 ve 99/1. maddeleri). Burada davalı kiralayanın Vilayet makamının katı yakacaklar ve sıvı yakıt işi ile iştiğal etmesi yasağına ilişkin yasağının varlığını araştırma ve soruşturma yapmadan taşınmazını kiraya çıkartması ağır kusurunu gösterir. O nedenle sözleşmenin 21. maddesindeki sorumluluktan kurtulma şartı hukuken geçersizdir, davacıyı bağlamaz". 13. HD. 06.12.1994 tarihli 1994/10123 E., 1994/10964 K. sayılı ilâmi, YKD. 1995, s. 763-764.

¹³⁸ Aral, a.g.e. s. 245.

¹³⁹ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 62.

¹⁴⁰ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 62.

Yayınlanmış eserin belirli niteliklere sahip olarak meydana getirilmesi borcu, yayınlayanın, istenilen niteliklere uygun bir eseri ortaya koyamaması halinde, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun işlemeye başlamasına neden olmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcunun niteliği konusunda farklı yaklaşımlar vardır.

Yayınlayanın, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasını savunan görüş¹⁴¹, temelini, özellikle ortaya konulan ve sorumluluğun kaynaklandığı eserin, tıpkı satım konusu bir şey gibi, somutlaşmış maddi bir yapıda olmasına dayandırmışlardır.

Sorumluluğa, istisna sözleşmesindeki tekeffül hükümlerinin uygulanmasını savunan görüş¹⁴², gerekçe olarak, bu sorumluluk düzenindeki hakların, yayınlatan için en elverişli durum olduğunu göstermişlerdir.

Kanımızca, yayınlayanın gördüğü işin imâl kavramına girmesinden hareket ederek, yayınlayanın sorumluluğunun, istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Diğer taraftan bu durumun kabul edilmesi, yayınlatan açısından daha koruyucu bir seçim olacaktır. Bunun sonucunda yayınlatan, yayın ücretinin indirilmesini ve yayınlanacak eserin yayına uygun bir hale getirilmesini isteme hakları yanında, eserdeki ayıp çok ağır ise, sözleşmeden de dönebilecektir.

II. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakları, genel olarak, BK' nın 360' ıncı maddesinde; sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve

¹⁴¹ Lütfü Dalamanlı, **Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 1976, s. 696.

¹⁴² Nesim Franko, **Türk Borçlar Kanunu na Göre Yayın Sözleşmesi**, Ankara 1981, s. 46.

eserdeki ayıbın giderilmesi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hakların kullanılması belirli şartlara bağlanmış ve bu şartlar da BK' nın 360' ıncı maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğduktan sonra iş sahibinin, kendisine tanınan bu hakları kullanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması ve teslim edilen bu eserin de ayıplı olması gerekir. Bunun yanında, doğal olarak iş sahibinin eserdeki bu ayıbı bir şekilde kabul etmemesi gerekir. Aranılan bu şartların yanında iş sahibinin ayrıca, ayıplı eseri muayene ve durumu müteahhide ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi de gerekmektedir. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi halinde iş sahibi, kendisine tanınan bu hakları kullanamayacaktır. Örneğin; eser ayıplı bile olsa, henüz iş sahibine teslim edilmemişse veya teslim edilmesine rağmen iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler ifa edilmemiş ise durum böyledir.

B. Müteahhidin Eseri İş Sahibine Teslim Etmiş Olması

İstisna sözleşmesi ile müteahhit, sözleşme ile amaçlanan niteliklere uygun bir eser oluşturup, bunu iş sahibine teslim etmeyi borçlanmıştır. Müteahhidin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, 359/1' inci maddesinde yer alan "*şeyin tesliminden sonra*" ifadesinden bu borcun kabul edildiği sonucuna varılabilir. Yine birçok kanun maddesinde teslimden söz edilmektedir.¹⁴³ Dolayısıyla teslim borcu, kanunun ifadesiyle örtülü olarak kabul edilmiştir.

Müteahhidin eseri teslim borcu, kronolojik olarak imâl borcundan sonra gelmektedir. Çünkü müteahhidin sözleşmede nitelikleri kararlaştırılan eseri

¹⁴³ Örneğin, BK'nın 358/1. maddesi, "...teslim için tayin edilen zaman..."; BK'nın 360/1. maddesi, "...imal olunan şeyin tesliminden sonra..."; BK'nın 360/1. maddesi "...iş sahibi o şeyi kabulden..."; BK'nın 362. maddesi, "...sarahaten veya zimnen kabulü..."; BK'nın 363/2. maddesi, "...tesellüm zamanından..." hükümlerindeki ifadelerde müteahhidin teslim borcunun varlığı kabul edilmektedir.

teslim edebilmesi için, öncelikle bu eseri tam olarak imâl etmiş olması gerekir.

İstisna sözleşmesinde eserin tamamlanması, doğal olarak belli bir süreyi gerektirir. Bu süre içinde müteahhit, taahhüt ettiği edim sonucunu, zamanında ve eksiksiz olarak meydana getirmeye çalışacaktır. Ancak müteahhit işe başlamaz ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirir ve bu gecikme, işin kararlaştırılan zamanda bitirilmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi BK' nın 358/1' inci maddesine göre teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmadan sözleşmeden dönebilme imkanına sahiptir. Aynı yönde bir hüküm, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 47/1-2' nci maddesinde de belirtilerek, idareye de sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisi tanınmıştır.¹⁴⁴

Eserin tamamlanmış olmasından bahsedilebilmesi için, müteahhidin, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu tüm işleri ifa etmiş olması gerekir. Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür.¹⁴⁵ Dolayısıyla, müteahhit, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu bütün işleri ifa etmiş ise eser tamamlanmış demektir.¹⁴⁶ Müteahhit tamamlanmayan veya kısmen tamamlanan bir şeyi eser olarak teslim edemeyeceği gibi, iş sahibi de bu şeyi teslim almaya zorlanamaz.¹⁴⁷ Ancak eser tamamlanmasına rağmen örneğin bir elektrik anahtarının takılması gibi tamamen önemsiz ve tâli (ikincil) işler eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi

¹⁴⁴ BİGŞ'nin 47/1-2. maddesi: "Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin, taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine aykırı olarak yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığıyla göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresinin etkileyemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez.

Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur.

¹⁴⁵ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 103.

¹⁴⁶ Senai Olgaç, **Türk Borçlar Kanunu Akin Muhtelif Nevileri**, C.II, 2. Baskı, Ankara 1970, s.1079.

¹⁴⁷ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37, Tunçomağ, (Özel), s. 1012.

tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyor ise bu durumda eser tamamlanmış kabul edilmelidir.¹⁴⁸

Eserin tamamlanmış olmasını, eserin ayıpsız olmasından ayırt etmek gerekir. Çünkü, bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir ve bu durum onun teslimini engellemez.¹⁴⁹ Müteahhidin, bu anlamda eseri teslim edebilmesi için üzerine düşen edimleri ayıpsız olarak yerine getirmiş olması gerekmez. Bu nedenle eserin ayıplı olmaması, eserin teslim şartı değildir. Eğer eserin ayıplı olmaması, eserin teslim şartı olarak kanunda kabul edilmiş olsa idi, zaten ayıba karşı tekeffül hükümlerine de gerek kalmazdı. Dolayısıyla eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması birbirinden farklı iki durumdur.

Teslim, müteahhidin, sözleşmedeki taahhüdün yerine getirilmesi amacıyla eseri, iş sahibinin zilyetliğini sağlayarak onun tasarruf alanında bırakması ile gerçekleşir.¹⁵⁰ Dolayısıyla müteahhit eseri meydana getirmekle taahhüdünü yerine getirmiş sayılmaz, onun ayrıca bu eseri iş sahibine teslim etmesi gerekir.¹⁵¹ Ancak teslim, eserin niteliğine göre değişik şekillerde gerçekleşmektedir. Taşınır eserlerde teslim, vasıtasız zilyetliğin devri ile gerçekleştiği halde, taşınmazlarda ise müteahhidin iş sahibine eserin tamamlandığını bildirmesi ve bu bildirimde göre iş sahibinin eserin tamamlandığını bilmesi ile olmaktadır.¹⁵² Ancak sadece eserin tamamlandığının bildirilmesi, teslim için yeterli olmamalıdır. İş sahibinin eserin üstündeki dolaysız hakimiyetini sağlayıcı işlemlerin de yapılması

¹⁴⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.126, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 103.

¹⁴⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.126, Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.35, Aral, a.g.e. s.345.

¹⁵⁰ Tunçomağ (Özel), s. 1012.

¹⁵¹ Dayınlarlı (Temerrüt), s. 27, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 124, Yavuz (Borçlar), s. 295, Zevkliler, a.g.e. s. 333; Yarg. 15. HD.nin 13.11.1984 tarihli, 1984/1074 E., 1984/3475 K. sayılı ilâmı; “..... Demek oluyor ki, eserin teslim koşulu, her şeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleştirilebilir. Tamamlanmış olmak olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani, işverenin eser üzerinde fiili hakimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukuki teslim anlamına gelir. Yüklenici bu iki unsuru yerine getirmek suretiyle eserin teslimi gerçekleşmediği sürece işverenin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasından söz edilemez....” YHD, Eylül 1985, s. 1267-1268.

¹⁵² Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.36, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 107.

gerekmektedir. Örneğin, bir bina yapımında iskelelerin sökülmesi, artan malzemenin kaldırılması, çukurların kapatılması işlemleri bu türdendir.¹⁵³

Taşınmazlarda teslim ilişkisi diğer husus da, yapının, İmar Kanunu na tabi olması halinde, yapının tamamlanmasının, ancak, belediyeden alınacak iskan izninin verilmesi ile gerçekleşeceğini kabul edilmesidir.¹⁵⁴ Belediye tarafından verilen iskan izni, yapının mevzuata uygun olduğunu ve belediye hizmetlerinden yararlanılabileceğini göstermektedir.¹⁵⁵

Maddî olmayan varlıkları konu alan istisna sözleşmelerinde teslim; bir raporun yazıldığı veya bir projenin çizildiği kağıtların, ya da bir şarkının söylenmesi halinde bunun kaydedildiği kasetin tesliminde olduğu gibi eserin üzerinde devamlı kalmak üzere biçimlendiği şeyin verilmesi suretiyle gerçekleşmiş olur.¹⁵⁶

Eserin tesliminin ne zaman yapılacağı konusunda ilk referans sözleşme hükümleridir. Eğer sözleşmede bir ifa zamanı kararlaştırılmış ise bu, ifa zamanıdır.¹⁵⁷ Sözleşmede bu şekilde bir hüküm yok ise, o zaman bu boşluk tarafların farazi iradelerine, işin niteliğine ve örf ve âdete göre doldurulur.¹⁵⁸ Bu yapılırken de deneyimli bir uzmanın zamanda başladığı işi bitirebilmek için harcayacağı zaman göz önünde tutulur. Ancak burada BK'nın 74' üncü maddesi hükmünde yer alan "hemen ifa" ilkesi uygulanmamalı,

¹⁵³ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 126.

¹⁵⁴ İmar Kanunu nun 18/1. maddesi, "*Madde 18 - İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.*"

¹⁵⁵ Karahasan (İnşaat Hukuku), s.130, İnşaat sözleşmelerinde inşaatın teslimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37 vd.

¹⁵⁶ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 125, Dayınlarlı (Temerrüt), s.38, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 110.

¹⁵⁷ Teslim tarihi bu şekilde kesin olarak tespit edilirse, BK'nın 110/2.maddesi anlamında borcun ifa edileceği gün "müttefikane tayin edilmiş" kabul edilir ve iş sahibinin herhangi bir ihtarına gerek kalmaksızın müteahhidin temerrüdü gerçekleşmiş olur. Bkz. Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.70, Aral, a.g.e. s. 346..

¹⁵⁸ Yavuz (Borçlar), s. 312, Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 133.

müteahhide eseri meydana getirmesi ve teslimi için uygun bir süre bırakılmalıdır.¹⁵⁹

Teslim borcu zamanında ifa edilmediği takdirde müteahhit temerrüde düşer ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır.¹⁶⁰ Buna karşılık teslim borcunun zamanında ifa edilmesine rağmen teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, temerrüt değil, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur ve kendisi hakkında BK' nın 360 vd. hükümleri uygulanır.

Kanun koyucu müteahhidin eseri teslim olgusuna önemli hukukî sonuçlar yüklemiştir. Bunlardan birincisi, İstisna sözleşmesinde eserin iş sahibine teslim edilmesi ile eser ücretinin muaccel hale gelmesidir. Bu durum BK' nın 364/1' inci maddesindeki düzenlemeden doğmaktadır. Buna göre "İşin parası, teslim zamanında ödenir". Ancak bu düzenleme emredici bir nitelik taşımadığı için taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

İstisna sözleşmesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak¹⁶¹ BK' nın 368/1' inci maddesine göre, hasar teslim ile birlikte sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir.¹⁶² Madde metninden de anlaşılacağı üzere, eserin, imâli sırasında, telef olması halinde müteahhidin sorumlu olacağını öngören bu düzenleme, aynı zamanda iki istisna belirlemiştir. Bu iki halde müteahhit hasardan sorumlu olmayıp, hasar iş sahibine geçmektedir. Bunlardan birincisi, iş sahibinin eseri kabulden kaçarak temerrüde düşmesi, diğeri ise,

¹⁵⁹ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 113.

¹⁶⁰ Müteahhit teslim borcunu ifa etmediği takdirde temerrüde düşerse, özel bir hüküm olmadığı için BK'nın 96 vd.(özellikle 101-108) hükümleri uygulanır. Kural olarak müteahhidin temerrüde düşmesi için, iş sahibi tarafından ona ihtar çekilmesi gerekir. Teslim tarihinin taraflarca birlikte tayin edildiği (BK. mad.101/2) veya ihtarın faydasız kalacağı hallerde(BK. mad.107/b.1) artık temerrüt için ihtara gerek yoktur. Temerrüdün sonuçları bakımından BK'nın 102-108. maddeleri uygulanacaktır. Bkz. Aral, a.g.e. s. 347 vd., Zevkliler, a.g.e. s. 334.

¹⁶¹ Bkz. BK'nın 183/1.maddesi: "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder*".

¹⁶² BK'nın 368/1-2. maddesi "*Yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez*".
bu takdirde telef olan malzeme kime ait idi ise hasarı da ona aittir."

verilen malzemenin iş sahibince tedarik edilmesi durumudur. Bu iki halde, eser imâl aşamasında iken bile hasar iş sahibine ait olmaktadır.¹⁶³

Yukarıda saydığımız hususlarla birlikte istisna sözleşmesinde tamamlanan bir eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkan sonuçlardan birisi de zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasıdır.¹⁶⁴ BK' nın 363/1' inci maddesinden çıkan sonuca göre¹⁶⁵, iş sahibinin ayıptan doğan hakları, genellikle *teslimden itibaren* bir yıl, tacirler arasındaki ticari istisna sözleşmelerinde altı ay ve taşınmaz inşaatında beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

İstisna sözleşmesinde teslim zamanının pratik sonucu ve özellikle konumuz bakımından önemi; eserin teslim anının, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken kanuni yükümlülüklerini oluşturan, muayene ve ihbar sürelerinin başlangıcı olmasıdır. BK' nın 359/1' inci maddesine göre, iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Teslimin diğer önemli bir sonucu da fer'î bir hak olan cezaî şartı isteme imkânının ortadan kalkabilmesidir.¹⁶⁶

Son olarak bahsedilmesi gereken konu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi' nde yer alan "geçici kabul" ve "kesin kabul" kavramlarıdır. Borçlar Hukuku anlamında teslim kavramı bunlardan geçici kabule denk gelmektedir. Bu şartnamenin 41' inci ve 44' üncü maddelerinde geçici kabul ve kesin kabul başlığı altında teslim, teslim alma ve kabul hakkında ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.¹⁶⁷

¹⁶³ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 118-119.

¹⁶⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, III.

¹⁶⁵ BK'nın 363. maddesi, "*Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaat müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.*"

¹⁶⁶ Ayrıntı bilgi için bkz. Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 121.

¹⁶⁷ BİGŞ'nin getirdiği düzen hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 37-40.

BİGŞ' nin 41' inci maddesinde yer alan geçici kabul, inşaatın idare tarafından teslim alınmış olduğu anlamına gelir. Burada inşaat tamamlanmıştır ve inşaatın teslim alınması için müteahhit, idareye çağrıda bulunmaktadır. İdarece oluşturulan bir komisyon, tamamlanan inşaatı kontrol edip eksiklikleri tespit ettikten sonra geçici kabul zabıtnamesi hazırlayarak, tespit edilen eksikliklerin tamamlanması için müteahhide bir süre tanır. Geçici kabul, inşaatın müteahhit tarafından tamamlanıp, teslim edildiğini ve idare tarafından da teslim alındığını ifade eder. Bunun dışında müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğu üzerine bir etkisi bulunmamaktadır.

Aynı şartnamenin 44' üncü maddesinde düzenlenen kesin kabul ise, işin ifa olarak kabulü anlamındadır. Buna göre kesin kabul ile müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğu sona erecektir.

Geçici kabul ile kesin kabul arasındaki süreye teminat süresi denir ve kural olarak bu süre on iki aydır.

C. Eserin Ayıplı Olması

1. Eserdeki Ayıp Kavramı

Eserdeki ayıp kavramı, BK' nın 360/1' inci maddesinde “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa....*” şeklinde belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak, eserdeki ayıp kavramı, meydana getirilen eserin, sözleşmede üzerinde anlaşılan nitelikleri taşıması veya sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile, eserde bulunması

gereken niteliklerin bulunmaması şeklinde tanımlanabilir.¹⁶⁸ Kısaca ayıp “teslim edilenle, teslim edilmesi gereken arasındaki farktır”.¹⁶⁹

Yapılan tanımdan, eserdeki ayıp kavramının; “eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında eksiklik” ve “eserin lüzumlu vasıflarında eksiklik” olmak üzere iki ayrı anlam içerdiği söylenebilir. İstisna sözleşmesi için yapılan bu ayrımın, satım sözleşmesindeki ayıp tanımında yapılan ayrıma benzediği; buna göre, “eserin lüzumlu vasıflarındaki eksiklik” in satılan şeydeki maddi ayıp, “eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında eksiklik” in ise satıcının garanti ettiği niteliklerdeki eksiklik olarak anlaşılması gerektiği doktrinde ileri sürülmekte¹⁷⁰ ise de, bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁷¹; her iki sözleşmenin farklı olması nedeniyle, ayıp kavramları birbirine benzer gözükse de, sonuç itibarıyla farklı nitelikler sergiledikleri, çünkü istisna sözleşmesinde müteahhidin vaat ettiği belirli niteliklerin, satımdaki gibi mevcut nitelikler olmayıp, meydana getirilecek eserde bulunması taahhüt edilen nitelikler olduğu, bu nedenle eserdeki ayıp kavramının, istisna sözleşmesinin özellikleri göz önünde bulundurularak açıklanması gerektiği kabul edilmektedir.

Eserdeki ayıp, BK' nın 360' ıncı maddesinde yapılan ayırım nedeniyle her sözleşme ilişkisinde farklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Her sözleşme için esas alınabilecek bir ayıp ölçütü yoktur. Bu nedenle ayıp kavramı nispi (göreceli) bir kavramdır.¹⁷² Dolayısıyla ayıp, her sözleşme ilişkisinin özelliği göz önüne alınarak tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken doğal olarak, sözleşmede aranılan niteliklerle, eserin fiilen taşıdığı nitelikler

¹⁶⁸ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.161, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.136, Tunçomağ (Özel), s. 1015, Öz, a.g.e. s.92, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 40, Yavuz(Borçlar), s. 297.

¹⁶⁹ Ergezen, a.g.e. s.69.

¹⁷⁰ Zevkliler, a.g.e. s.338, Kaplan, a.g.e. s.133.

¹⁷¹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.161, Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 136.

¹⁷² Öz, a.g.e. s.92, Yavuz (Borçlar), s. 297, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 162, Şenocak, a.g.e. s. 93.

karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma yapılırken sözleşmenin içeriği ve iyiniyet kuralları esas alınacaktır.¹⁷³

a. Eserin Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıflarında Ayıp

Eserin taşınması gereken nitelikler öncelikle sözleşme çerçevesinde belirlenecektir. Çünkü, istisna sözleşmesinde taahhüt edilen eseri belirlemeye yarayan, renk, biçim, ölçü ve imal tarzı gibi genel nitelikler ile eseri daha yakından tanımlayan özel nitelikler taraflarca imâl faaliyeti öncesinde kararlaştırılmaktadır. Bu nedenle, müteahhidin, eseri sözleşmede belirtilen bütün bu özellikleri taşıyacak biçimde yaparak teslim etme borcu vardır. Sözleşme şartlarında belirtilen özellikleri az veya çok taşımayan veya sözleşmede belirtilenler dışında özelliklere sahip bir eserin yapılıp teslim edilmesi ayıplı ifa sayılacak ve müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.¹⁷⁴ Müteahhit istisna sözleşmesindeki hükümlere uygun olarak bir eser imal ederse, bu eser ayıplı sayılmayacaktır. Müteahhidin bina cephesine süreceği boyanın güneş ve yağmura karşı dayanıklılığını garanti etmesi veya çatının su geçirmemesi sorumluluğunu yüklenmesi¹⁷⁵, sözleşme ile kararlaştırılan vasıflara örnek teşkil eder.

Tarafların, eserin belirli bir vasfı hususunda anlaşıp anlaşmadıkları her somut olayda sözleşmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması suretiyle tespit edilir. Bu noktada, özellikle sözleşmenin amacı ve lafzı esas alınır.¹⁷⁶

İstisna sözleşmesinde müteahhidin beyanının bağlayıcı bir irade beyanı olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Dolayısıyla müteahhit, eserin, nitelik ve

¹⁷³ Aral, a.g.e. 352., Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 162.

¹⁷⁴ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.136.

¹⁷⁵ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.137.

¹⁷⁶ Şenocak, a.g.e. s. 95.

¹⁷⁷ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.137-138.

özelliklerini belirtirken, ayrıca bu konuda sorumluluk yüklendiğini bildirirse de bildirmese de, BK' nın 359 vd. hükümlerine göre sorumlu olur.

Sözleşmede taahhüt edilen bir özelliğin noksanlığına rağmen, eserin, teknik olarak kurallara uygun yapılarak teslim edilmesi ve eserin, karşılaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olması ve aynı değerde olması onun ayıplı durumunu ortadan kaldırmaz.¹⁷⁸ Örneğin, sözleşmede binanın ön cephesinde özel bir sıvanın yapılacağı karşılaştırılmış olmasına rağmen, müteahhidin düz sıva yapması halinde, sözleşmede karşılaştırılan vasıflarda eksiklik söz konusu olmaktadır.¹⁷⁹

Müteahhit, sözleşmede karşılaştırılan özellikteki eserden objektif olarak daha kullanışlı ve daha değerli bir eser meydana getirmiş olsa dahi eserin ayıplı olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁰ Ancak bununla birlikte taahhüt edilen eser, karşılaştırılandan daha iyi yapılmakla sözleşmeye aykırı bir nitelik kazanmış ise de, bu durumda müteahhidin sorumluluğuna gidilememesi gerekir. Çünkü iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabilmektedir.¹⁸¹ Örneğin sözleşmeyle, binanın kapılarının çam ağacıyla yapılması karşılaştırılmış, ancak bu şarta rağmen müteahhit, kapıları ceviz ağacından yapmışsa böyle bir durum söz konusudur.¹⁸²

İstisna sözleşmesinin tarafları bazen de, özellikleri karşılaştırırken, eserde bulunması gereken asgarî standardı belirleyebilirler veya bu konuda belli ölçüde bir tolerans tanıyabilirler. İşte bu durumda karşılaştırılan standardın altında bir eserin meydana getirilmesi halinde, bu durum,

¹⁷⁸ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 127.

¹⁷⁹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 163, Yavuz(Borçlar), s. 298.

¹⁸⁰ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 137, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 163.

¹⁸¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 163-164, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 137.

¹⁸² Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir durum vardır ki o da şudur: Müteahhidin, sözleşmelerde karşılaştırılanlardan daha iyi nitelikte eser yapmasını ayıpsız ifa sayarken dikkatli olmak gerekir. Özellikler bu fazladan eklenen nitelik, eserin kullanılmasını etkiliyorsa, ortaya böyle bir durum çıkacaktır. Sözleşme ile, inşaatın duvarlarının normal sıva ile kaplamayı üstlenen müteahhidin sonradan sıva yerine mermer yapması ve mermerin ağırlığının binanın dayanıklılığını azaltması ortaya çıkacaksa, böyle bir durum söz konusudur. Burada, sonuçta yapılan iş ayıplı sayılacaktır. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.137.

sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Ancak bu standart düzeyinde veya üzerinde bir eser meydana getirilmesi halinde sözleşmeye aykırı bir durum oluşmayacaktır.¹⁸³

Eserdeki fizikî eksiklikler bir yana, hukukî niteliklerdeki eksikliğin de fizikî eksiklikler gibi muamele görüp görmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁸⁴, hukukî bazı sonuçların vaat edilmesi ve bunların yokluğu halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Buna karşılık diğer bir görüşe göre¹⁸⁵ ise, kural olarak esere ilişkin hukukî özelliklerin eser kapsamında sayılamayacağı kabul edilmeli, ancak eserin dışa akseden ve özelliği icabı kullanılması ve değeri üzerine etki eden hukukî özellikler, eserin hukukî niteliği olarak kabul edilmeli, dolayısıyla bu nevi eksikliklerin varlığı halinde müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Hukukî nitelikteki eksiklik konusunda görüş bildiren başka bir yazar¹⁸⁶ ise, kanunun istisna sözleşmesini yalnızca maddî ayıpları göz önüne alarak düzenlediğini, bu nedenle iş sahibinin hukukî ayıplar için genel hükümlere başvurması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, ayıp hükümlerinin uygulanmasını, yalnızca binaya oturma izni alınmamasının, inşaattaki maddî bir ayıptan kaynaklanmasında olduğu gibi hukukî ayıbın, eserdeki maddî bir ayıbın sonucu olduğu hallerde kabul edilmelidir.¹⁸⁷

Kanaatimizce, eser, yapılış bakımından kullanılacağı yerdeki belirli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen veya tamamen kullanılamıyor ise ve iş sahibi, müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte

¹⁸³ Yavuz (Borçlar), s. 298, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 164, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 127.

¹⁸⁴ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 163.

¹⁸⁵ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 138.

¹⁸⁶ Öz, a.g.e. s. 93.

¹⁸⁷ Yargıtay da iskan raporunun alınmamasını, hukuki ayıp saymıştır: Yarg. 15. HD. 29.09.1977 tarihli ve 1977/1658 E., 1979/1746 K. sayılı ilâmı: “İskan raporunun alınmaması hukuki ayıp sayılır davacının ruhsatı olmadan eseri teslim alması ile teslim gerçekleşmiş olur.” YKD. 1978, s. 985. Ayrıca Yarg. 15. HD. 15.06.1992 tarih ve 199/3006 E., 1996/K. sayılı ilâmı: “İnşaat, belediyece projeye aykırı olduğu için mühürlenmiş ve bir kısım eklentileri yıkılmıştır. Bu durumda sözleşmeye ve projeye aykırı olarak yapıldığı, iskana müsait olmadığı sabit olan ve kamu düzenine aykırılığı saptanmış binanın davacı arsa maliki tarafından kabulü istenemeyeceğinden davacı, sözleşmenin feshini istemekte haklıdır.” bkz. YKD. 1993, s. 227.

haklı ise, eser ayıplı sayılacaktır. Buna en güzel örnek, müteahhidin oturma iznini almayı üstlenmesidir. İmar Kanunu'na tâbi inşaatlarda müteahhidin oturma iznini almaya elverişli bir bina yapma mecburiyeti vardır. Bu durumdaki bir bina, mevzuata uygun olmama nedeniyle oturulamıyor ise, ortada ayıplı bir eser var demektir. Fakat burada bir ayırım yapmak gerekir. Yapı kullanma izninin alınamaması, yapı tekniğine ve belediyelerce öngörülen şartlara uygun olmayan bir eser meydana getirilmeden kaynaklanıyor ise, eserin ayıplı sayılması mümkündür. Ancak yapı kullanma izninin alınamaması bu sebeplerden değil de bürokratik engellerden veya teslim aşamasında ya da teslimden sonraya rastlayan bir mevzuat değişikliğinden kaynaklanıyor ise, ayıptan söz edilemeyecektir.

b. Eserin Lüzumlu Vasıflarında Ayıp

Taraflar sözleşmede eserin niteliğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm getirmemiş olabilirler. Bu durumda eserde bulunması gereken lüzumlu niteliklerin varlığına bakılacaktır. Eserin lüzumlu vasıflarında eksiklik olması halinde de ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır. Eserin lüzumlu vasıflarındaki ayıp, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, eserin dürüstlük kuralı ve ticarî doğruluk kuralları gereği taşınması gereken nitelikleri taşınamaması veya kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsiz olması biçiminde tanımlanabilir.¹⁸⁸

Eserde bulunması gereken lüzumlu vasıflar, eserin kullanılma amacına, çeşidine ve kullanılma yönüne göre belirlenecektir. Müteahhidin en az orta kalitede bir eser teslim etmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸⁹

Eğer sözleşme ile özel bir kullanım amacının varlığı kabul edilmişse, eserin bu amaca elverişli olması gerekir. Eserin kullanılmaya elverişli olmasından, herhangi bir elverişlilik değil, akdedilen sözleşmeden

¹⁸⁸ Öz, a.g.e. s. 145.

¹⁸⁹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 164.

anlaşılabilen kullanma amacına uygun elverişlilik anlaşılır. Sözleşmeden, özel bir kullanım amacınının kararlaştırıldığı anlaşılamiyorsa, eserin normal, olağan kullanmaya elverişli olması gerekli ve yeterlidir.¹⁹⁰ Böyle bir durumda müteahhit, sözleşmenin amacını dikkate alarak, iyiniyet kurallarına göre iş sahibinin kullanım ve değerle ilgili olarak haklı beklentilerine, menfaatlerine cevap verebilecek normal nitelikte bir eseri imal etmekle yükümlüdür.

Eserdeki ayıbı ifade eden BK' nın 360' ıncı maddesi hükmü, lüzumlu niteliklerdeki ayıbı belirleme konusunda somut bir kriter getirmemiştir. Bu nedenle, bu konuda somut bir kriter getirmek için, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen BK' nın 194' üncü maddesine başvurulmaktadır. Buna göre ayıp, eserin kullanma elverişliliğini veya değerini önemli ölçüde azaltacak veya kaldıracak nitelikte ise, lüzumlu niteliklerde ayıp sayılmaktadır.¹⁹¹ Böylece, eserde ortaya çıkan herhangi bir ayıbın, müteahhidin sorumluluğuna yol açabilecek lüzumlu niteliklerde ayıp sayılabilmesi için, tek başına varlığı yeterli olmamakta, ayrıca ayıp nedeniyle eserin değerinin veya kullanma elverişliliğinin kalkması ya da önemli ölçüde azalması aranmaktadır.

Müteahhidin imâl ettiği eser, sözleşmede nitelikleri belirtilen eserden tamamen farklı ise, *aliud*¹⁹² söz konusudur. Bu durumda iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerden doğan haklarını kullanabilecektir. Örneğin, sözleşmede binanın 5 kat yapılması kararlaştırılmış olmasına rağmen 4 kat yapılmış olması,

¹⁹⁰ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.140, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 164. Ayrıca Yarg. HGK nun bir kararına göre " eserde bulunması gerekli vasıflar sözleşmede gösterilmemiş ve bu konuda bir numune de verilmemiş ise, müteahhit, MK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmeyi yorumlayarak, şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutmak suretiyle imalatta bulunmalıdır. Bu nedenle eski bir anıta kullanılmak üzere çini ismarlanmış fakat numune verilmemiş ise, müteahhit alelade bir çini değil, dayanıklı nitelikte çini hazırlayıp teslim etmek zorundadır. Bkz. Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 164, dp. 182.

¹⁹¹ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 140.

¹⁹² *Aliud*, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları eserden tamamen farklı bir şeyin imâl ve teslim edilmesidir. Bu durumda basit anlamda bir ifa dahi kabul edilmediğinden ayıplı ifa hayli hayli söz konusu olmaz. Bu halde müteahhit hiçbir şey teslim etmemiş sayılır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibi sözleşmenin ifa edilmemesine bağlanan BK'nın 96 vd. madde hükümlerine dayanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergezen, a.g.e. s. 74, Şenocak, a.g.e. s. 105.

terzinin bir palto dikmesi için kendisine verilen kumaş ile bir pantolon dikmesi halinde, eser ayıplı olarak nitelendirilemez. Bu hallerde borç ifa edilmemiştir ve bu nedenle iş sahibi genel hükümlere göre müteahhidi sorumlu tutabilir.¹⁹³

2. Ayıbın Çeşitleri ve Bunlara Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Doktrinde ayıp çeşitleri birçok yazar tarafından farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Örneğin, önemli-önemsiz ayıplar, açık-gizli ayıplar, maddî-hukukî ayıplar, malzemeye bağlı ayıplar, işletme ayıpları ve tasarım ayıpları bunlar arasında yer almaktadır. Ancak Borçlar Kanunu'nda ve mahkeme kararlarında üzerinde durulan ayıp türleri açık-gizli ayıplar ve önemli-önemsiz ayıplardır. Yine 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' un 4'üncü maddesinde¹⁹⁴ de hukukî ve ekonomik ayıp şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Ayıpların bu şekilde sınıflandırılması, sonuçları itibariyle birçok bakımdan önem taşımaktadır.

a. Açık Ayıp-Gizli Ayıp Ayrımı

Açık ayıplar, eserin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan ve bütün kapsamı ile anlaşılabilen ayıplardır. Diğer bir ifade ile açık ayıp, eserin teslim alındığı anda iş sahibinin özenli muayene ile fark edebildiği ayıplardır.¹⁹⁵ Açık ayıba bağlanan en önemli hukukî sonuç, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesi için yerine getirmesi gereken ayıpların ihbarının yapılmasında ortaya çıkmaktadır. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül

¹⁹³ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.166.

¹⁹⁴ 4077 sayılı Kanununun 4/1. maddesi: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir”.

¹⁹⁵ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 143, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 130.

sorumluluğuna gidilebilmesi için ayıpların, teslimden hemen sonra müteahhide ihbar edilmesi gerekir. Aksi halde, iş sahibi, eserdeki ayıpları örtülü bir şekilde kabul etmiş sayılacak ve artık ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanamayacaktır. Gizli ayıp ise, özenli bir muayenenin bile ortaya koyamayacağı ayıplardır. Eser teslim alındığında ayıbın varlığını belli edecek belirtiler henüz ortada yoktur. Bu nedenle gizli ayıplar, genellikle eserin kullanılma sürecinde karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁶ Bu tür ayıplara bağlanan en önemli hukukî sonuç, yine iş sahibinin ihbar ve muayene külfetinde ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁷ İş sahibinin gizli ayıplar bakımından muayene külfeti bulunmamaktadır. Açık ayıplardan farklı olarak, gizli ayıplar ne zaman ortaya çıkar ve iş sahibi de bunlara ne zaman vâkif olursa vakit geçirmeden, BK' nın 362/3' üncü maddesine göre derhal müteahhide bildirmelidir. Çünkü müteahhidin bu açık ve gizli ayıplardan sorumluluğu, BK'nın 363' üncü maddesinde belirtilen zamanaşımı süreleri ile sınırlıdır.

b. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp Ayrımı

BK' nın 360' inci maddesinde ayıplar, önemli ve önemsiz ayıplar olarak ayrıma tabi tutulmuştur.¹⁹⁸ Buna göre, önemli ayıplar, eserin, iş sahibinin kullanım amacı içerisinde kullanamayacağı ve dürüstlük kuralları sonucu da eseri kabul etmesinin beklenemeyeceği ayıplardır. Bir başka deyişle önemli ayıplar, eseri, iş sahibi için tamamen ve kesin olarak kullanılamaz veya kabule zorlanamaz kılan ayıplardır. BK'nın 360/1 'inci maddesi hükmü, önemli ayıpları bu şekilde belirtmesine karşın, önemsiz ayıpları tarif etmemiş, yalnız ikinci fıkrasında, eserdeki ayıbın birinci fıkradaki

¹⁹⁶ Ergezen, a.g.e. s. 75.

¹⁹⁷ Yarg. 15. HD. 12.10.1992 tarihli ve 19912/1182 E., 1992/4671 K. sayılı ilâmı: "*Tazminata konu edilen açık ayıplar teslimden sonra istemde bulunulmamış ise dava edilemez. Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar, yüklenici haberdar edilmek kaydıyla zamanaşımı süresi içinde dava edilebilir*". bkz. YKD. 1993, s. 563.

¹⁹⁸ İstisna ve satım sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerden farklı olarak, 4077 sayılı kanunda ayıp kavramı genişletilerek önemli ve önemsiz ayıp ayrımına yer verilmemiş, hizmet arz eden müteahhit, her türlü ayıptan sorumlu tutulmuştur. Bkz. TKHK'nın 4. maddesi.

ağırlıkta olmaması halinde, sözleşmeden dönülemeyip ancak ücret indirimi ve eserdeki ayıbın giderilmesini isteme haklarının kullanılabilceğini ifade etmiştir. Buna göre önemsiz ayıplar, önemli ayıplar kadar ağır olmayan, eseri kullanılamaz kılmayan ve kısa sürede ortadan kaldırılabilen ayıplardır. Bir başka deyişle, eserin kullanılabilme ve kabul edilebilme yeterliliğini kaldırmayan, kısa sürede kolaylıkla giderilebilecek ayıpları, önemsiz ayıplar olarak nitelendirmek mümkündür.

Kanunda yapılan bu ayırım, iş sahibinin yararlanacağı hakların türünü belirlediği için önemlidir. Önemli ayıplar, iş sahibince sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmasına karşılık, daha az önemli ayıpların varlığı halinde iş sahibi sözleşmeden dönme yetkisine sahip olmayıp, bu tür ayıplardan dolayı, iş sahibi, eserdeki ayıbın büyüklüğüne göre, ücretten indirim veya aşırı masraf gerektirmemek kaydıyla eserdeki ayıbın giderilmesini ve müteahhidin kusurunun bulunması durumunda da uğradığı zararın tazmini talep edecektir.¹⁹⁹ İş sahibinin önemsiz ayıp dolayısıyla sahip olduğu bu haklarının sınırını dürüstlük kuralı belirler. Önemsiz bir ayıp durumunda, iş sahibinin kendisine tanınan hakları kullanması, dürüstlük kuralına aykırı ise, iş sahibinin bu hakları kullanmasına engel olunur.

Bir eserdeki ayıbın önemli veya önemsiz olduğunun tespiti mümkün olmakla birlikte her zaman kolay olmayabilir. Ayıbın niteliğinin ortaya çıkarılması için sözleşmenin hükümleri ve özellikleri, tarafların beklentileri, ayıbın, eserin kullanımını nasıl etkileyeceği her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Eserin eksik kalmış olması ile ayıplı olması halleri farklı durumlardır. Çünkü eserin eksik kalması durumunda sorumluluk genel hükümlere göre belirlenir. Aynı şekilde müteahhidin, kararlaştırılandan tamamen başka bir

¹⁹⁹ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 131, Şenocak, a.g.e. s. 105.

eser imâl ve teslim etmesi halinde de, ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, borcun ifa edilmesine ilişkin genel hükümlere gidilir.²⁰⁰

c. Maddî Ayıp-Hukukî Ayıp Ayrımı

Maddî ayıp, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmakla²⁰¹ birlikte, bu tanımlamalar göz önüne alındığında, maddî ayıbı, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralınca taşınması gereken fiziksel niteliklerin eserde bulunmaması şeklinde tanımlamak mümkündür. Örneğin, sözleşme konusu malın yırtık, bozuk, kırık, lekeli olması gibi durumlar maddî ayıpları ifade eder. Eserin taşınması gereken nitelikler, öncelikle sözleşmeye göre, bu hususta sözleşmede açık bir hüküm yok ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilir.

Hukukî ayıp, çoğunlukla kamu hukukunun, binalar, makineler ve araçların kullanılması veya işletilmesi amacıyla güvenli veya başka düşüncelerle koyduğu kurallara uyulmamasını ifade eden ayıplardır.²⁰² Binanın yapılmasında imar ve inşaat mevzuatından doğan sınırlamalar, iskân izni verilmesi için gerekli vasıfları taşımaması, arsanın kamulaştırılması, ihracat ve ithalat konusundaki sınırlamalar hukukî ayıba örnek olarak verilebilir.²⁰³ Hukukî ayıptan kaynaklı bu eksikliklerin kamu hukukundan veya özel hukuktan doğması, eksikliğin hukukî ayıp kabul edilmesi bakımından herhangi bir önemi yoktur.²⁰⁴

²⁰⁰ Öz, a.g.e. s. 94 vd., Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 166, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 132.

²⁰¹ Seyfullah, Edis, **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963, s.13, Kılıçoğlu, a.g.e. s. 17.

²⁰² Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 167, Öz, a.g.e. s. 93. Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 138, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 133.

²⁰³ *Hukukî ayıp* ile *hakta ayıp* birbiriyle karıştırılmamalıdır. Hakta ayıp halinde zabta karşı tekeffül söz konusudur ve malzemeyi sağlama borcunu üstlenmiş olan müteahhidin başkasının malzemesiyle eseri meydana getirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, a.g.e. s. 104.

²⁰⁴ Edis, a.g.e. s.14-15.

Hukukî ayıplar bakımından en önemli sorun, bunların varlığı halinde iş sahibinin, ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklı Borçlar Kanunu nun kendisine tanıdığı hakları kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. Bu konu, doktrinde tartışmalı ve değişik görüşlere sahip yazarlar²⁰⁵ olmakla birlikte kanaatimizce, eser, yapılış bakımından kullanılacağı yerdeki belirli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen ve tamamen kullanılamıyorsa ve iş sahibi, müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte haklı ise, eser ayıplı sayılacaktır.

D. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli şartlardan birisi de kendisine teslim edilen ayıplı eseri kabul etmemiş olmasıdır. Çünkü, BK' nın 362/1' inci maddesi hükmüne göre, eserin, iş sahibi tarafından kabulü halinde, gizli olan veya kasten saklanan ayıplardan doğan sorumluluk hariç, müteahhidin her türlü sorumluluğu sona ermektedir. Burada bahsedilen kabul, "teslim" den farklıdır.²⁰⁶

İş sahibi eseri kabul ederken, müteahhidin yaptığı eserin, sözleşmeye uygun olduğunu ve ayıp hükümlerine başvurmuyacağını bildirmekte olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla iş sahibinin kabul beyanı ile eserdeki ayıp sebebiyle ortaya çıkan sözleşmenin kötü ifa edilmesi durumu düzeltilmekte ve eser ayıplı bile olsa, müteahhidin, borcunu tam olarak yerine getirdiği kabul edilmektedir.²⁰⁷

Kabul, müteahhide yöneltilmiş tek taraflı bir irade açıklaması olup, hukukî sonucunu doğurması için müteahhidin bu beyanı kabul etmesi şart

²⁰⁵ Eserdeki hukuki ayıbın mevcudiyeti halinde bu konuda ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidilip gidilemeyeceği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 1.

²⁰⁶ 15. HD. 29.04.1998 tarihli ve 1998/1217 E., 1998/1716 K. sayılı ilâmı: " BK 362. maddesinde belirtilen "kabul" aynı yasanın 359. maddesinde yer alan "teslim" ile eş anlamlı değildir. Malın teslim alınması onun kabulü anlamını taşımaz. Yeter ki işin mutad cereyanlığına göre imkan bulur bulmaz muayene edilmemiş veya edilip karşı tarafa durumu iletilmemiş olsun. (YKD. 1998, s.1184)

²⁰⁷ Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 199.

değildir. Diğer taraftan tek taraflı bir irade beyanı olması münasebetiyle, iş sahibinin gönderdiği kabul beyanından dönmesi mümkün değildir.²⁰⁸ Dolayısıyla eseri kabul ettikten sonra, iş sahibinin bu kabulden dönerek ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanması, ancak müteahhidin, iş sahibinin kabulden dönüş beyanına muvafakat vermesine bağlıdır.

Kabul beyanı, iş sahibinin açık bir şekilde veya iş sahibinin eserdeki ayıbı bilmesine rağmen, onu ses çıkarmadan kullanmasında olduğu gibi örtülü bir şekilde yapılması mümkündür. Nitekim, BK' nın 362/2' nci maddesinde de belirtildiği üzere, iş sahibinin, üzerine düşen muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemesi halinde, eser örtülü olarak kabul edilmiş sayılır.

İş sahibinin eseri kabulü, eserin teslim alınmasında, muayene ve ihbar sürelerinde ve hatta bu süreler geçtikten sonra da yapılabilir.²⁰⁹

Müteahhidin kasten sakladığı ayıplar ile gizli ayıpların varlığı halinde, eserin kabulü değişik bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere²¹⁰, gizli ayıplar, nitelikleri gereği iş sahibinin yapacağı özenli bir muayene ile belirlenmeye elverişli olmayan ayıplardır. Gizli ayıpların bu niteliği gereği, BK' nın 362/3' üncü maddesine göre, gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz derhal ihbar edilmesi gerekmekte olup, bunun yapılmaması halinde, eser, örtülü bir şekilde kabul edilmiş sayılır. Müteahhit tarafından kasten saklanan ayıpların ise, kasten saklanması yeterli olup, ayrıca, özenli bir muayene ile ortaya çıkarılmaya elverişli olmamaları aranmaz. Özenli bir muayene ile ortaya çıkarılmaya elverişli, dolayısıyla açık ayıp niteliğinde olan ayıplar, iş sahibinin ihmali yüzünden ortaya çıkarılmamış bile olsalar, müteahhit tarafından kasten saklanmaları şartıyla, yine BK' nın 362/3' üncü maddesindeki düzenlemeye tabidir.²¹¹

²⁰⁸ Öz, a.g.e. s. 119, Seliçi, (Müteahhidin Sorumluluğu), s.199, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.217

²⁰⁹ Öz, a.g.e. s. 120.

²¹⁰ İkinci Bölüm, III., B., 1.

²¹¹ Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s.219.

Yargıtay kasten saklanan ayıplar ile, gizli ayıpları aynı biçimde değerlendirmekte, her iki ayıp şeklinin de örtülü olarak kabul edilmediklerinin varsayılması için, bu iki ayıp türünün ortaya çıkar çıkmaz derhal müteahhide ihbarının yapılması şartını aramaktadır.²¹² Ancak bunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü ihbar, esasen, müteahhidin ayıbın varlığından haberdar edilmesi işlevini sağlamaktadır. Durum böyle olunca, kasten saklanan ayıplarla ilgili olarak, müteahhidin zaten bildiği bu ayıpların, tekrar kendisine ihbar edilmesi gereksizdir. Dolayısıyla kasten saklanan ayıpların müteahhide bildirilmemesi, eserin örtülü olarak kabul edilmesi olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle kanaatimizce, iş sahibi bu nitelikteki ayıpları müteahhide bildirmese bile, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmelidir.²¹³

E. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi ve Belirlenen Ayıpların İhbar Edilmiş Olması

1. Genel Olarak

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesi için, sadece yukarıda saymış olduğumuz ve gerçekleşmesi aranan durumların gerçekleşmesi yeterli değildir. Bunların yanında iş sahibinin de yerine getirmesi gereken bazı kanunî yükümlülükleri bulunmaktadır. İşte bu yükümlülükler, BK' nın 359/1' inci maddesinde de belirtildiği üzere, teslim

²¹² 15. HD.22.09.1975 tarihli, 1975/1681 E., 1975/3786 K. sayılı ilâmı: “*BK.nun 362. maddesine göre, yapılan şeyin serahaten veya zımnen kabulünü müteakip müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak, müteahhidin kasten sakladığı ve usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan ayıplar hakkındaki mesuliyeti baki bulunmaktadır.*

Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal etse o işi zımnen kabul etmiş sayılır. Yapılan şeydeki ayıplar sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi buna vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde, işi kabul etmiş sayılır.” (AKİP)

²¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uçar (Tekeffül Borcu), s. 260.

edilen eserin muayenesi ve bu muayene sonucu eserde tespit edilen ayıpların müteahhide ihbarıdır.

İş sahibinin üzerine düşen bu yükümlülük, satım sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibi için gerçek anlamda bir borç oluşturmamaktadır.²¹⁴ Bu yükümlülük sadece, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının ön koşulunu oluşturmaktadır.²¹⁵ Hal böyle olunca, müteahhidin, iş sahibinden, eseri muayene etmesini ve varsa ayıpları kendisine ihbar etmesini istemesi mümkün değildir.

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken bu yükümlülüğü ifa etmemesi halinde, kendisinin karşılaşacağı en önemli yaptırım, teslim aldığı eserdeki açık ayıpları örtülü olarak kabul etmiş sayılması ve artık bu ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidememesidir.

İş sahibinin eseri muayene ve tespit ettiği ayıpları ihbar yükümlülüğü, eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi anında başlamaktadır. Dolayısıyla eserin iş sahibinin egemenliği alanına girmesi ile bu yükümlülükleri yerine getirmesi mümkün olacaktır. Bu yüzden, iş sahibi eser henüz kendisine teslim edilmeden, eserdeki mevcut ayıplar hakkında bilgi sahibi olsa bile, müteahhidin, bu ayıpların zamanında ihbar edilmediği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü düzenleyen kanun hükmü emredici nitelikte değildir. Bu sebeple taraflar sözleşme ile bu yükümlülükleri istedikleri gibi düzenleyebilirler.

²¹⁴ Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli muayene ve ayıp ihbar yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz,(Satıcı), s. 54 vd.

²¹⁵ Öz, a.g.e. s. 112, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 168, Kaplan, a.g.e. s. 139, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 137.

2. İş Sahibi Tarafından Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi

a. Eserin Muayenesinin Zamanında Yapılması

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesi için, kendi üzerine düşen yükümlülüklerden birini oluşturan eserin muayenesi işleminin başlangıcı, BK' nın 359/1' inci maddesindeki "*imal olunan şeyin tesliminden sonra...*" biçimindeki ifadesinden de anlaşılacağı üzere, en erken eserin teslim tarihidir. Dolayısıyla iş sahibinin eseri muayene yükümlülüğü, eserin teslimi ile ortaya çıkmaktadır. Eğer eser iş sahibine teslim edilmemiş ise, iş sahibinin muayene yükümlülüğünün de başladığından söz edilmez.

BK' nın 359' uncu maddesi²¹⁶, muayenenin, eserin teslim alınmasından sonra imkân bulunur bulunmaz yapılması gerektiğini belirtmesine rağmen, hangi sürede muayene edilmesi gerektiği konusunda bir belirsizlik içindedir. Muayene için BK' nın 359' uncu maddesinde yer alan "imkân bulur bulmaz" ifadesi ile belirtilen kriter, sadece muayenenin başlangıç anına ilişkin olmayıp, başlayan muayenenin bitim zamanının belirlenmesinde de kullanılır.²¹⁷ Belirsizlik bulunan bu konuda, doktrinde, iş sahibinin dahil olduğu iş çevresindeki düzenli bir işletmenin örnek alınması, eserin nitelik ve amacı ile muayene için alınacak tedbirlerin göz önünde tutulması²¹⁸, işlerin olağan akışı ve dürüstlük kuralı gibi kriterler getirilmektedir.²¹⁹ Ayrıca iş sahibinin tacir olup olmaması, dolayısıyla iş sahibinin niteliği de bir kriter olarak değerlendirilebilir. Örneğin, iş sahibinin tacir olmaması halinde, muayene süresi farklı şekilde değerlendirilmeli ve

²¹⁶ Kanun koyucu, BK'nın 359/1 'inci maddesinde sözü edilen, "işlerin olağan akışı" tabiriyle, teamüle yollamada bulunmakta; "imkân bulur bulmaz" unsuru ile ise ilgili branşta bir teamülün olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 110, Ergezen, a.g.e. s. 81.

²¹⁷ Aral, a.g.e. s.356, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 142.

²¹⁸ Tunçomağ (Özel), s. 1019, Aral, a.g.e. s. 369, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 150.

²¹⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), a.g.e. s. 169.

daha makul bir süre belirlenmelidir.²²⁰ Bu kriterlerle birlikte, muayene süresinin belirlenmesinde, tarafların menfaati de etkili olacaktır. Bu nedenlerle, muayene süresi, somut olayın şartlarına göre uzun veya kısa olabilecektir. Belirttiğimiz bu kriterlerin ışığı altında iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra imkân bulur bulmaz derhal muayene etmek mecburiyetindedir.²²¹

Muayene süresi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus, BK'nın 359/1' inci maddesinde belirtilen ayıp kavramından anlaşılması gereken, açık ayıp hallerinin muayenesidir. Çünkü sonradan ortaya çıkan, gizli ayıplar bakımından, iş sahibinin muayene yükümlülüğü bulunmayıp, "vâkif olur olmaz" ayıbı ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Çünkü iş sahibinin ihbar yükümlülüğü, sadece ayıbı öğrendiği takdirde söz konusu olur. Aynı şekilde müteahhit tarafından kasten gizlenen ve muayene ile dahi anlaşılmayacak ayıplar bakımından ise, hem muayene, hem de ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hatta özenli bir muayene ile ortaya çıkartılmaya elverişli olup da, iş sahibinin ihmali sonucu fark edilmeyen ayıplar bile, müteahhit tarafından kasten saklanmak koşuluyla BK' nın 360'inci maddesi hükmünden yararlanır.

Eğer taraflar kendi aralarında sözleşme ile bir muayene süresi kararlaştırmış iseler, bu süre, işin niteliğine göre yapılacak olağan bir muayeneyi imkansız kılacak derecede kısa olmamalıdır.²²² Böyle bir durumda, kararlaştırılan sürenin, ayıbın belirlenmesi için gereken makul bir süreye kadar uzayacağı kabul edilmektedir.²²³

İş sahibinin, eseri muayene ettikten sonra tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar edebilmesi için, bu ayıpların mutlaka bir muayene sonucunda tespit edilmesi şart değildir. Eğer iş sahibi, eseri muayene

²²⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), a.g.e. s. 170.

²²¹ 15. HD. 26.06.1988 tarihli, 1988/1178 E., 1988/1638 K. sayılı ilâmı, YKD. 1988, s. 216-218.

²²² Tunçomağ(Özel), s. 1019.

²²³ Yavuz(Borçlar), s. 299, Öz, a.g.e. s. 115, Kaplan, a.g.e. s. 140, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 144.

etmeden, başka bir şekilde öğrenmiş ve bu ayıbı yine müteahhide ihbar etmişse, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesi için aranan bu şart gerçekleştirilmiş demektir.²²⁴

b. Eserin Muayenesinin Özenle Yapılması

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabilmesi için yaptığı muayene, eserin, halihazırda sahip olduğu sözleşmesel ilişkiye göre, taşınması gereken niteliklere uygun olup olmadığını anlamaya yöneliktir. Dolayısıyla muayenenin, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir biçimde, yani, eserdeki ayıpları ortaya çıkartabilecek bir özen dahilinde yapılması gerekecektir. İş sahibi ancak bu halde, özenli bir muayene sonucunda üzerine düşen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.

Eserin muayenesinin yapılmasında, belirli bir özeni göstermenin bazı neticeleri vardır. Özenli muayenenin önemi, eserdeki ayıpları nitelemek konusunda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Özenli bir muayene sonucunda tespit edilen ayıplar açık ayıp sayılacak; buna karşın böyle bir muayene yapılmasına rağmen tespit edilemeyen ayıplar gizli ayıp kabul edilecektir. Diğer taraftan iş sahibi, yapacağı muayene sonucunda eserde bulunan açık ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır. Aksi takdirde sahip olacağı hakları kullanamayacaktır. Eğer eserde bulunan bir ayıp, açık ayıp olmasına rağmen, iş sahibinin, yaptığı muayene sonucu belirlenemeyip, ihbar edilememiş ise, artık bu ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. Çünkü iş sahibi özenli bir muayeneye girişmeyerek açık ayıpları dahi belirleyememiştir. Bu ayıplar sonradan fark edilse bile, BK' nın 362/3'üncü maddesi hükmü burada uygulanmayacaktır. Çünkü iş sahibi, açık ayıpları kabul etmiş sayılmaktadır.²²⁵

²²⁴ Seliçi(Müteahhidin Sorumluluğu), s. 145.

²²⁵ Aral, a.g.e. s. 356..

İstisna sözleşmesinde işte bu kadar önemli olan muayenede gösterilecek özenin nasıl yapılacağı konusunda Borçlar Kanununda herhangi bir kriter getirilmemiş, sadece, BK' nın 362' nci maddesinde “*usulü veçhile muayenede belirlenemeyen ayıpların gizli ayıp olduğu*” hükmü getirilmiştir. Gösterilecek özenin belirlenmesinde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre²²⁶ eseri teslim alan iş sahibi, o tipteki eserler için orta nitelikte bir uzmanın yapması gereken muayeneyi yapmakla yükümlüdür. Buradan da anlaşılacağı üzere bu görüş, objektif bir kriter koymuştur.

Özenin belirlenmesinde kullanılacak kriterler konusunda ileriye sürülen diğer bir görüşe göre²²⁷ iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre, kendisinden beklenebilecek bir muayeneyi yapması yeterli olacaktır. Sübjektif bir kriter getiren bu ikinci görüş, iş sahibini koruyucu nitelik taşımaktadır.

Kanaatimizce, özenli bir muayenenin sonuçları göz önünde bulundurulurken ortalama bir çözüm yolu bulunmalıdır. Çünkü objektif kriterin kabul edilmesi, uzman kişi niteliğinde olmayan iş sahibinin, ya uzman bir kişi tutup eseri muayene ettirerek masrafının artmasına, ya da eseri kendisi muayene ederek uzman olmadığı için tespit edemediği ayıplardan dolayı sahip olacağı hakları kaybetmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır. Eğer sübjektif kriter kabul edilecek olursa, çoğu zaman, uzman kişiler tarafından yapılması halinde ortaya çıkartılabilecek ve müteahhide erken bildirilmesi suretiyle az bir masraf ile giderilebilecek ayıpların, tespit edilememesi nedeniyle gizli ayıp kapsamına alınmasına, dolayısıyla, hem daha fazla masraf çıkmasına, hem de daha uzun sürelerde bu gizli ayıbın giderilmesine neden olacak neticeler meydana gelecektir. Bu durumda esas olarak, iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek bir muayeneyi yapması yeterli sayılmalı, fakat bunun yanında, kişisel özellikleri ve muayene edilecek eserin nitelikleri, iş sahibinin, eseri bir uzmana muayene ettirmesini gerektiriyorsa ve bunu yapmaması, ticari

²²⁶ Bu görüş yanlıları için bkz. Öz, a.g.e. s. 180, dp. 138 de anılan yazarlar, Aral, a.g.e. s. 356, Şenocak, a.g.e. s. 115-116.

²²⁷ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.147-148, Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri), s. 170, Ergezen, a.g.e. s. 80.

doğruluk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisi için bir kusur oluşturabiliyorsa, artık özenli muayene yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilmelidir.²²⁸

Eserin yapılmasına ilişkin diğer bir özellik, BK' nın 359/2' nci maddesinde belirtilmiştir. İş sahibi kural olarak, muayeneyi, bir uzmana veya bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir.²²⁹ Durum bu olmakla birlikte, BK' nın 359/2' nci maddesi, istisna sözleşmesinin taraflarına, masrafları kendilerine ait olmak üzere, eserin muayenesini bilirkişiye yaptırma ve muayene sonucunu bir raporla tespit ettirme imkanı getirmiştir. Bu durum, taraflara tanınmış bir haktır ve tarafların yararınadır. Çünkü, bu hüküm ile müteahhit, teslim ettiği eserde ayıp olmadığını tespit ettirerek sorumluluktan kurtulabilecek, iş sahibi ise, teslim aldığı eserdeki ayıpların varlığını gösteren bir belgeye sahip olarak müteahhidin sorumluluğuna daha rahat gidebilecektir.²³⁰

Türk Hukukunda delil tespiti çerçevesinde, bir kimsenin mahkemeden, bilirkişi tayin edilmesini isteme olanağı bulunmaktadır. Bu durum da, HUMK²³¹, un 369' uncu maddesinde²³² düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen delil tespitini isteyebilmek için, zamanında tespit yapılmaması halinde delillerin ileride kaybolması veya mahkemeye getirilmesinde aşırı güçlük çıkmasının muhtemel olması gibi bir koşul aranırken, delil tespitini düzenleyen HUMK' un 369' uncu maddesinin özel olarak tekrarından ibaret olan BK' nın 359/2' nci maddesinde böyle bir özellik veya şart yoktur. Dolayısıyla BK' nın 359/2' nci maddesi hükmü, bu şart gerçekleşmeden de

²²⁸ Nitekim BK'nın 359/1. maddesi de görüşümüzü teyit eder mahiyettedir. "Madde 359 - İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur. İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafı kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tesbitini istemeğe hakkı vardır."

²²⁹ Yavuz (Borçlar), s. 299, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 170, Öz, a.g.e. s. 115, Kaplan, a.g.e. s.140.

²³⁰ Seliçi(Müteahhidin Sorumluluğu), s. 148, Kaplan, a.g.e. s.140, Tunçomağ(Özel), s. 1020.

²³¹ 1086 sayılı HUMK, 2-3-4.07.1927 RG. T ve 622-623-624 sayılı RG. Sayıları.

²³² **Madde 369** " Kanunu Medeni hükmü mahfuz kalmak şartıyla ancak şimdiden zabıt ve tesbit olunmazsa ileride zayi olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan deliller bu fasıl hükmüne tevfikân tesbit olunabilir".

mahkemeden bilirkişi tayini istenmesini mümkün kılmaktadır.²³³ Uygulamada, özellikle inşaat işlerinde, iş sahibi tarafından müteahhit aleyhine asıl dava açılmadan önce, yapının gereken şekilde yapılıp yapılmadığını, eksik işlerin nelerden ibaret olduğunu tespit için mahkemeden bilirkişi tayini istenmekte, tayin edilen bu bilirkişinin düzenlediği rapor da esas davaya temel teşkil etmektedir.²³⁴

Taraflar, muayene için, resmi bilirkişiye başvurabilecekleri gibi, kendilerinin tayin ettikleri özel bir bilirkişiye de başvurabilirler. Ancak, mahkemeden taleple atanan bilirkişilerin vereceği raporun, tarafların, tamamen kendiliğinden belirleyeceği bilirkişilerin vereceği rapordan bazı farklılıkları vardır. Öncelikle resmi bilirkişinin hazırlayacağı rapor, ileride mahkemede taraflar arasında yapılan yargılamada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun aradığı nitelikleri haiz bir delil olurken, tarafların tayin ettikleri özel bilirkişinin hazırladığı rapor ise, eserdeki ayıpları ortaya koymaktan ve taraflara ayıplar hakkında bilgi vermekten öteye bir sonuç doğurmaz.²³⁵

İş sahibinin talebi ile, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin raporunu vermede gecikmesi halinde, muayene süresinin aşılması tehlikesi ile karşılaşılması halinde durumun ne olacağı belirgin değildir. Eğer iş sahibi tarafından özel bir bilirkişi tayin edilmiş ve bu bilirkişi de raporunu vermede gecikmiş ve bu arada muayene süresi geçirilmiş ise, iş sahibi bu durumda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetme durumuyla karşı karşıya kalmaktadır ve bu duruma katlanmalıdır. Ancak iş sahibinin talebiyle mahkeme tarafından atanan bilirkişinin raporunu vermekte gecikmesi durumunda, bunun sorumluluğu iş sahibine yüklenemez. Çünkü bu durumda iş sahibinin, mahkemeye bilirkişi tayin etmek için müracaat etmesi ile, üzerine

²³³ Öz, a.g.e. s.143, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.148-149, Tunçomağ (Özel), s.1020.

²³⁴ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.148.

²³⁵ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 148, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 171.

düşen özenli muayene yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmelidir.²³⁶ Dolayısıyla resmî bilirkişinin özensiz muayenesi sonucu ortaya çıkmayan açık ayıplar, gizli ayıplar niteliğinde sayılarak ileride bunların ihbarı koşuluyla, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilecektir.²³⁷

3. İş Sahibinin Teslim Aldığı Eserde Belirlediği Ayıpları Müteahhide İhbar Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

İş sahibinin, yaptığı muayene sonucu belirlediği ayıpları müteahhide ihbar etmesi de, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanması için iş sahibinin üzerine düşen bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğü belirten BK' nın 359/1' inci maddesine göre “..... muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur”. Ancak burada kullanılan “mecburdur” ifadesini “bildirmelidir” olarak anlamak gerekir. Çünkü mecbur olma ibaresi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak isteyen iş sahibi için kullanılabilir bir ifadedir. Çünkü bu hakları kullanmak istiyorsa, iş sahibi ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeye mecburdur. Ancak bu haklarını kullanmak istemeyen bir iş sahibi ile, eserdeki ayıbı tespit etmesine rağmen, eseri bu ayıpla kabul eden iş sahibinin, tespit ettiği ayıpları ihbar etmeğe mecburiyeti bulunmamaktadır. Bu açıdan kanunda yer alan “mecburdur” ifadesi, “bildirmelidir” şeklinde anlaşılmalıdır.

²³⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 171, Öz, a.g.e. s. 115, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.149, Tunçomağ (Özel), s. 1020, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 140.

²³⁷ Ancak bu durumda da dürüstlük kuralına aykırılık olup olmadığına dikkat etmek gereklidir. Şöyle ki; Eserdeki ayıbın çok bariz olması halinde, sırf muayenenin bilirkişiye yaptırıldığı ve bu ayıbın da bilirkişinin muayenesi ile ortaya çıkartılmadığı gerekçesiyle, iş sahibinin, özenli muayenesini yerine getirdiğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırıdır.(MK'nın 2 'nci maddesi).

Kanun koyucu, istisna sözleşmesinde, iş sahibine gizli ayıpları tespit ederek ihbar etme yükümlülüğü belirlememiştir. Dolayısıyla burada iş sahibinden bildirmesi istenen ayıplar, açık ayıplardır.

Eserde tespit edilen ayıpların ihbarının hukukî niteliği tartışmalıdır. İhbar, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendirildiği gibi²³⁸, bilgi ve haber verme açıklaması olarak da nitelendirilmektedir²³⁹. Kanımızca, bilgi ve haber alma açıklamalarının sadece varolan bir hukuki durumu açıklamaktan öte hiçbir işlev görmemeleri, buna karşılık hukuki işlem benzeri fiillerin belirli hukuki sonuçları doğurması nedeniyle, iş sahibinin ihbarının, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendirilmesi daha isabetli olacaktır.

İhbar yükümlülüğü gerçek anlamda iş sahibinin bir borcunu oluşturmaz. Dolayısıyla, iş sahibinden bu yükümün yerine getirilmesi talep edilemez. Ancak, istisna sözleşmesinde kural olarak bu yükümlülük, muayene yükümlülüğü ile birlikte, iş sahibince ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartını oluşturmaktadır. Bundan dolayı, ihbar yükümlülüğü, haklarını kullanmak isteyen iş sahibi bakımından zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük niteliğindedir.²⁴⁰

İhbar süresini düzenleyen kanun maddesi, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu nedenle ihbar süresine ilişkin düzenleme, tarafların anlaşmaları ile değiştirilebilir. Dolayısıyla taraflar, muayene süresinde olduğu gibi, ihbar süresini de önceden tespit edebilirler.

İş sahibi ayıp ihbarında bulunurken yaptığı ihbarın sonuçlarını öngöremeyeceği için, ihbarla birlikte ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan hangisini kullanacağını bildirmesi de gerekmeyecektir.

İhbarın, hukukî sonuçlarını doğurması için, iş sahibi tarafından müteahhide gönderilmesi yeterli olmakta, ihbarın müteahhide ulaşmama

²³⁸ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.152.

²³⁹ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 40.

²⁴⁰ Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 261, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 145.

tehlikesinin varlığı halinde ise, böyle bir tehlike müteahhit tarafından yüklenilmektedir.²⁴¹

Müteahhit tarafından kasten saklanan ve iş sahibine bildirilmeyen ayıplarda, iş sahibinin ihbar yükümlülüğü yoktur. Çünkü zaten haberdar olduğu için, müteahhide ihbarına gerek olmayan bu çeşit ayıpların farkına varan iş sahibi, bu ayıplara dayanarak ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını rahatlıkla kullanabilecektir. Kuşkusuz burada, ayıpların kasten gizlendiği konusundaki ispat yükümlülüğü iş sahibine ait olacaktır.²⁴²

b. Eserde Belirlenen Ayıpların İhbar Biçimi

İş sahibi tarafından yapılacak ayıp ihbarı herhangi bir şekle tabi değildir.²⁴³ Mektupla, telgrafla, telefax ve e- mail ile yapılabileceği gibi telefonla²⁴⁴ da yapılabilir. Yeter ki müteahhit ayıbın varlığından haberdar edilmiş olsun. Dolayısıyla kanunda ayıpların ihbarı için özel bir şekil öngörülmemiştir. Bu sebeple taraflar, ayıpların ihbar şeklini aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak ispat sorunu ile karşılaşılması için, ayıp ihbarının yazılı şekilde yapılması, iş sahibinin yararına olacaktır.²⁴⁵ Aynı şekilde, iş sahibinin istemi üzerine mahkemenin tayin ettiği bilirkişinin hazırlayacağı raporun müteahhide tebliğ edilmesi veya eserin ayıplı olması nedeniyle açılan davanın müteahhide bildirilmesi de ayıp ihbarı olarak kabul edilecektir.²⁴⁶

²⁴¹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.152.

²⁴² Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151.

²⁴³ Öz, a.g.e. s.116, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 173, Aral, a.g.e. s. 357., Yarg. 15. HD. 24.11.1989 tarihli ve 1989/3847E., 1989/4937 K. sayılı ilâmi; "Ayıp ihbarının subutu her hangi bir şekle bağlı değildir." bkz. YKD. 1990, s. 1040-1041.

²⁴⁴ "Ayıp ihbarının telefonla yapılmasında bir şekil noksanı yoktur. İhbarın yapıldığı şahitle dahi ispatlanabilir. Yarg. 15. HD. 28.03.1991 tarihli ve 1490 E., 1583 K. sayılı ilâmi, Bkz. Karahasan (İnşaat Hukuku), s. 278.

²⁴⁵ Zaten BİGŞ nin 41. maddesinde, ayıpların yazılı şekilde müteahhide bildirilmesi düzenlenmiştir.

²⁴⁶ 15. HD. 03.11.1977 tarihli ve 1977/1849E., 1977/2033K. sayılı ilâmi için bkz., Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.151, dp. 92, Şenocak, a.g.e. s. 125, Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 153-154.

Ayıp ihbarı, hukukî sonuçlarını, ihbarın müteahhide ulaştığı anda değil, iş sahibi tarafından gönderildiği anda doğmaktadır.²⁴⁷ Aksi durumun kabulü, posta gecikmesi durumunda olduğu gibi, ihbarın müteahhide geç ulaşma tehlikesinin, ayıp ihbarını zamanında yerine getirmiş olan iş sahibine yüklenmesi sonucunu doğururdu ki, bu durum, hiç de adil olmayan bir manzara ortaya çıkarabilirdi.

c. Eserde Belirlenen Ayıpların İhbar Süresi

İş sahibinin muayene ile ayıpları tespit ettikten sonra, tespit ettiği ayıpları ne zaman ve hangi süre içerisinde müteahhide bildirmesi gerektiği konusunda Borçlar Kanununda açık bir hüküm yoktur. Satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül durumunda, ayıp ihbarının “derhal” yapılması zorunluluğu getirilmiştir.²⁴⁸ BK’ nın 359/1’ inci maddesinde yer alan “işlerin mutata cereyanına göre imkan bulur bulmaz” ifadesi ile, satım sözleşmesinde muayene yönünden belirlenen “örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz” ifadesinin özdeş olması gibi benzer diğer ortak noktalar nedeniyle satım sözleşmesinde olduğu gibi ihbarın, muayeneden sonra “derhal” yapılması zorunluluğunun, istisna sözleşmesinde de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁴⁹ Bu görüş, muayene ve ihbar yükümlülüğünün kısa süreli oluşu, eserin tamamlandıktan ve teslim edildikten çok sonra ayıp iddialarının ortaya atılmasının adil olmayacağı gerekçesine dayanmaktadır. İleri sürülen başka bir görüşe göre ise, istisna sözleşmesindeki ihbar süresi, satım sözleşmesindeki ihbar süresinden biraz daha geniş tutulmalıdır.²⁵⁰ Bu görüşe göre, eserin, satılık maldan daha karmaşık olması ve satılan malın

²⁴⁷ “Ancak daha elverişli bir yol varken bildirim kusurlu olarak gecikmeye yol açacak şekilde gönderen iş sahibi, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda bunun sonuçlarına katlanmalıdır.” Öz, a.g.e. s. 116, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 173.

²⁴⁸ BK’nın 198/1. maddesi: “Alıcı kabz ettiği satılanın halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup satılarda satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lazım gelir”.

²⁴⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.152-153, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 151, Ergezen, a.g.e. s. 83.

²⁵⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.173-174.

tüketiciye ulaşana kadar bir çok el değıştirmesi ve her defasında muayene edilmesi nedenleriyle buradaki ihbar süresi, satım sözleşmesindeki ihbar süresinden daha uzun olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, iş sahibinin tespit ettiği ayıpları, dürüstlük kuralına uygun olabilecek bir süre içerisinde en kısa zamanda müteahhide bildirmesi gerekmektedir. Aksi halin kabulü, kötü niyetli kullanım olacaktır ki, bu da kabul edilemez bir durumdur.

İş sahibi, teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar bakımından muayene ve ihbarda bulunmalıdır. Dolayısıyla, BK' nın 359/1' inci maddesinde, iş sahibince bildirilmesi gereken ayıp, açık ayıplardır. Bir başka anlatımla, istisna sözleşmesinde iş sahibine, eserdeki gizli ayıpları ortaya çıkarma yükümlülüğü yüklenmemiştir.

Gizli ayıplar bakımından, müteahhit eğer bu gizli ayıbı kasten saklamış ise, iş sahibinin eseri muayene ve ihbar yükümlülüğü yoktur. Çünkü bilinen bir şeyi tekrar bildirmek, mantıklı değildir. Ancak bu gizli ayıplar kasten değil de, bilmeyerek meydana gelmiş, bu ayıp sonradan iş sahibi tarafından anlaşılmışsa, bu gizli ayıp, öğrenildiği anda müteahhide bildirilmelidir.²⁵¹ Aksi halde gizli ayıplara vâkıf olan iş sahibi, bu ayıpları müteahhide bildirmese, BK' nın 362/2' nci maddesine göre, gizli ayıpları muhtevi eseri örtülü olarak kabul etmiş ve kendisine tanınan yasal haklarını da kaybetmiş sayılır.

Eseri muayene ve ayıpları ihbara ilişkin düzenleme, emredici nitelikte olmayıp, taraflarca önceden sözleşme ile de tespit edilebilir. Bu konuda gösterilebilecek en güzel örnek, garanti süresinin kabul edilmesidir. Bu durumda doktrinde, garanti süresinin, muayene ve ihbar sürelerini değiştirebileceği belirtilmektedir.²⁵²

İhbarın, posta gecikmelerinde olduğu gibi geç ulaşması halinde, riziko müteahhide aittir. Ancak, ihbarın gönderilmesinde iş sahibinin kullandığı

²⁵¹ BK'nın 362/3. maddesi: "Yapılan şeydeki kusur sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur".

²⁵² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.175, Yavuz (Borçlar), s. 299, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 155-156.

metotlar nedeniyle eser, müteahhide geç ulaşmışsa ve bu durum iş sahibi açısından bir kusur oluşturuyorsa, bu halde ihbarın süresinde yapılmadığı kabul edilmelidir.²⁵³

Ayıp ihbarının vaktinde yapılmadığı iddiası, hukuki olarak, def'i durumunu oluşturur ve bunu ileri sürmek müteahhide düşer. Müteahhit böyle bir iddiada bulunmadıkça, hakim bunu re'sen nazara alamaz ve ayıp ihbarı vaktinde yapılmış gibi karar vermek zorundadır.²⁵⁴

d. Eserdeki Ayıpların ihbarının İçeriği

İş sahibi, teslim aldığı eserdeki ayıpları, müteahhide ihbar etmek zorundadır. Çünkü iş sahibi, bu ayıplardan doğan haklarını kullanmak istiyorsa, bu ihbarı yapmalıdır. İş sahibi, açık ayıplardan bazılarını ihbar etmiş, bazılarını ihbar etmemişse, ihbar etmediği ayıpları, BK' nın 362/2' nci maddesi gereğince örtülü olarak kabul etmiş sayılacak ve iş sahibi, ihbar etmediği ayıplardan doğan haklarını kaybetmiş olacaktır.

İhbar, müteahhidin, ayıpların niteliğini ve önemini anlayabilmesine imkan verecek içerikte yapılmalıdır. İş sahibinin, “eser ayıplıdır”, “eseri beğenmedim”, “eser sözleşmeye aykırıdır”, “inşaat iyi olmamış” şeklindeki genel açıklamaları ayıp ihbarı olarak kabul edilmemektedir.²⁵⁵ İş sahibi, eserin hangi kısımlarının ayıplı olduğunu ve ayıpların neler olduğunu ihbar etmelidir. Örneğin, “çatı akıyor”, “makine gürültülü çalışıyor” gibi beyanlar, ihbar için yeterli olacaktır. Ancak iş sahibi, eserdeki ayıbın neden kaynaklandığını, ne gibi sonuçlara yol açabileceğini müteahhide bildirmesi gerekli değildir. Çünkü, teknik uzman olmayan iş sahibinin, ayıbu, bir teknik uzman gibi nitelemesini beklemek doğru değildir.²⁵⁶

²⁵³ Öz, a.g.e. s.116.

²⁵⁴ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 176.

²⁵⁵ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 172-173, Öz, a.g.e. s. 116, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.151-152, Ergezen, a.g.e. s. 83.

²⁵⁶ Tunçomağ (Özel), s. 1021, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 152; Öz, a.g.e. s. 116.

İş sahibinin yapmış olduğu ayıp ihbarı içeriğinde, ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan hangisini seçtiğini veya hangisine başvuracağını belirtmesine gerek yoktur. İş sahibinin bu haklardan birisini sonradan seçmesi ve bildirmesi de mümkündür.²⁵⁷ Bununla birlikte iş sahibi, hiç zaman kaybetmeyip, ihbarda bulunurken, aynı anda seçimlik hakkını da kullanabilir. Örneğin, “tespit ettiğim şu ayıplar nedeniyle sözleşmeden dönüyorum demesi böyledir.”²⁵⁸

²⁵⁷ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 173, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 152.

²⁵⁸ Öz, a.g.e. s. 118.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

I. GENEL OLARAK

BK. 360' ıncı maddesinde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanması için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getiren iş sahibine, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini isteme ya da ayıbın giderilmesini isteme seçimlik hakları tanınmıştır. Borçlar Kanunu bu üç hak yanında ayrıca iş sahibine, müteahhidin kusurlu olması halinde, eserdeki ayıpların neden olduğu zararların tazminini isteme hakkı da tanımıştır.²⁵⁹ İş sahibi, gerekli şartlar gerçekleştiğinde bu haklardan dilediğini kullanabilecektir.²⁶⁰ Hangi hakları kullanacağını belirleme yetkisi tamamen iş sahibine ait olduğu için, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhidin seçimlik hakların kullanılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.²⁶¹

Borçlar Kanununda şartların oluşması halinde tanınan bu seçimlik hakların kullanılması için müteahhidin kusurlu olması aranmaz. Sadece eserdeki ayıbın varlığı, hakkın kullanılabilmesi için yeterlidir. Ancak bu durumda eserdeki ayıbın varlığını ispat külfeti iş sahibine düşmektedir.²⁶² Bununla birlikte iş sahibine tanınan zararların tazminini isteme hakkının doğumu için müteahhidin kusurunun doğmasına ihtiyaç vardır. Kusura dayanan bu tazminat talebinin kabul edilmesindeki amaç, iş sahibinin ayıba

²⁵⁹ BK'nın 360. maddesi hükmü, eseri muayene ve ayıpları ihbar etme yükümlülüğünü yerine getiren iş sahibine, satım sözleşmesindeki alıcıdan daha geniş bir seçimlik hak yelpazesi tanımıştır. Çünkü, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen BK'nın 202. maddesi alıcıya sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesi yetkilerini tanıırken, BK'nın istisna akdini düzenleyen maddelerinde iş sahibine, eserin onarılmasını isteme, sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini isteme hakları yanında, bir de müteahhidin kusurlu olması şartıyla, eserdeki ayıpların sebep olduğu zararların tazminini talep etme hakkı da verilmiştir.

²⁶⁰ Doktrinde bu hakların yanı sıra, sözleşme konusu eserin, bir misli şey olması halinde, ayıplı eserin ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkının da tanınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Tunçomağ (Özel), s.1029.

²⁶¹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157.

²⁶² Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 357, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157.

karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına rağmen, eserdeki ayıbın neden olduğu zararın giderilememesi halinde, doğan zarara müteahhidin katlanmasını sağlamaktır.²⁶³ Bundan da anlaşılacağı üzere, bu tazminat talebi, diğer seçimlik hakları tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. İş sahibi diğer seçimlik haklardan birini kullanması ve buna rağmen zararlarını karşılayamaması halinde, bu tazminat talebinde bulunacaktır. Söz konusu zararlara ilişkin tazminat talebi, seçilen diğer haklarla (dönme, ücretten indirim veya ayıbın giderilmesini) birlikte ileri sürülebilir.²⁶⁴ Zararın tazminini talep ederken, iş sahibinin ayıbı ve bundan doğan zararı ispat etmesi yeterli iken, kusursuz olduğunu ispat yükü müteahhide düşmektedir.²⁶⁵

İş sahibine tanınan bu seçimlik hakları düzenleyen BK' nın 360' ıncı maddesi, emredici değil, tamamlayıcı nitelikte bir kanun maddesidir. Dolayısıyla iş sahibi ve müteahhit, BK' nın 99' uncu maddesine aykırı olmamak şartıyla, bu seçimlik haklarla ilgili olarak aralarında serbestçe bir düzenleme yapabilirler. Bu düzenleme, iş sahibinin haklarını kullanmasına ilişkin bir kısıtlama olabileceği gibi, iş sahibine bu haklar yanında yeni seçimlik hakların tanınması ya da hakların seçiminin müteahhide ya da başka bir üçüncü kişiye bırakılması şeklinde de olabilir.²⁶⁶

BK' nın 360' ıncı maddesi ile iş sahibine tanınan seçimlik haklar, yenilik doğuran haklardandır. Bu hak, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile kullanılır. Bu beyan, hukukî sonucunu müteahhide vardığı anda doğurmaktadır.²⁶⁷ Seçim hakkını kullanan iş sahibi, müteahhidin muvafakati olmadıkça bu seçiminden geri dönemez. Çünkü yenilik doğuran haklar, nitelikleri gereği, kullanıldıktan sonra geri alınamaz.²⁶⁸

²⁶³ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.157, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s.363.

²⁶⁴ Aral, a.g.e. s.362, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 165.

²⁶⁵ Kaplan, a.g.e. s.142, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 185, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 170.

²⁶⁶ Tunçomağ (Özel), s. 1029, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 160.

²⁶⁷ Yenilik doğuran hakların hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, muhatabına ulaşması gerekliliği hakkında bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Genel Hükümler) 9. Bası, İstanbul Ekim 2006, s. 62-63, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 166.

²⁶⁸ Yenilik doğuran haklar için bkz. Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynakları-Temel Kavramları)**, İstanbul 1994, s.91 vd.

İş sahibi, seçeceği hakkı gecikmeden müteahhide bildirmelidir. İş sahibi, seçeceği hakları, ayıp ihbarında bulunurken müteahhide bildirebileceği gibi, sonradan ayrı bir bildirimle de hangi hakkı seçtiğini müteahhide söyleyebilir. İş sahibi kendi menfaatine uygun hakkı seçmesi için gerekli inceleme ve araştırmaları yapmaya elverişli bir süre içerisinde, seçmiş olduğu hakkı müteahhide bildirmelidir.

Borçlar Kanunu na göre, kural olarak iş sahibi, ayıpların önemine göre başlangıçtan itibaren ayıbın giderilmesi, ücretten indirim ve sözleşmeden dönme hakları arasında bir seçim yapabilir. Ancak bu seçimlik haklar birbirleriyle eşdeğer değildir. Yasal sınırlamalar nedeniyle iş sahibinin, seçimlik hakları serbestçe kullanması kısıtlanmıştır.²⁶⁹ Örneğin, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için, eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın önemli olması şartı getirilmiştir. Eserdeki ayıp, önemli değilse, iş sahibi, ya ayıbın giderilmesini ya da ücretin indirilmesini isteyebilecektir. Yine bu kabilden, BK' nın 360/3' üncü maddesine göre, iş sahibinin arsası üzerine yapılan şeyin, niteliği bakımından kaldırılması (ref'i) ve yıkılıp sökülmesi (kal'i) aşırı bir zarara sebep oluyorsa, bu durumda, iş sahibinin hakları ayıbın giderilmesi ve ücretten indirim hakları ile sınırlı olmaktadır.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına ilişkin olarak belirtilmesi gereken önemli bir husus da, iş sahibinin, BK' nın 360' ıncı maddesindeki seçimlik haklar yanında genel hükümlere de başvurup başvuramayacağı konusudur. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre²⁷⁰, somut olayın özellikleri dikkate alındığında taraflar arasındaki çıkar dengesi, iş sahibinin BK' nın 96' ncı maddesi uyarınca tazminat istemesini gerektirebilir. Çünkü iş sahibi mutlaka ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak zorunda değildir.

İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri ile, genel hükümlerin uygulanmasının da mümkün olup olmayacağı konusunda ileri

²⁶⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157.

²⁷⁰ Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması**, EÜHFD., Erzincan-1997 s. 38.

sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre²⁷¹, “özel hüküm genel hükümden önce gelir” ilkesi gereğince, iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri karşısında genel hükümlere gidemez. Bu görüşe göre, istisna sözleşmesinin getirdiği düzenleme, BK’ nın 96’ ncı maddesindeki düzenlemeden daha elverişli bir düzenlemedir. Böylesine elverişli bir düzenleme, iş sahibi açısından yararlı, müteahhit açısından ise, getirdiği sonuçlar itibariyle ağırdır. Bu nitelikteki düzenlemenin yanında, müteahhidi, bir de genel hükümlere göre sorumlu tutmak adil olmaz. Diğer taraftan, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen iş sahibine, bu fırsatı kaçırmaması üzerine, bir de genel hükümlere gitme imkanı tanınması, hakkaniyete aykırı bir durum oluşturmaktadır.

II. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI (KABULDEN KAÇINMA) VE SONUÇLARI

A. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Niteliği ve Dönmenin Şekli

Sözleşmeden dönme, müteahhide varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanılan ve sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıran, yenilik doğurucu²⁷² bir haktır.²⁷³

²⁷¹ Öz, a.g.e. s. 98, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 131.

²⁷² Belirtmek gerekir ki, yenilik doğuran hakkın niteliği, sözleşmeden dönme konusunda kabul edilen kuramlara göre değişmektedir. Klasik dönme kuramı kabul edilirse, sözleşme ortadan kalkmış sayılacağından, yenilik doğuran hak, bozucu nitelikte olduğu halde, dönme kuramı kabul edilirse, sözleşme sonra ermeyip, yenilik doğuran hak, değiştirici nitelikte olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C. (Sözleşmeden Dönme Hakkının Sonuçları)

²⁷³ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 160, Yavuz (Borçlar), s. 302, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 177, Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 01.05.2006 tarihli ve 2006/756 E., 2006/2546 K. sayılı ilâmi: “...karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca arsa sahipleri vekilinin 02.03.2004 tarihli celsede zapta geçen beyanları da nazara alınarak sözleşmenin geriye dönük olarak feshi yerine, dahilî davalılar hakkında hüküm kurulamayacağı da gözetilmeyerek ve MK’nın 2. maddesinden söz edilerek sözleşmenin ileriye dönük olarak feshine karar verilmesi dahilî davalılar hakkında da hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...”. (AKİP).

İş sahibi, müteahhide yönelteceği tek taraflı irade açıklaması ile bu hakkını kullanabilir. Bu hakkın kullanılması herhangi bir şekle tâbi olmadığı gibi, sözleşmeden dönme hakkının seçilebilmesi için bir dava açılmasına da gerek yoktur.²⁷⁴ Bu hak sözlü veya yazılı olarak beyanda bulunmak suretiyle kullanılabilir. Dolayısıyla Borçlar Hukukundaki “*şekil serbestisi*” ilkesi burada da uygulanacak ve iş sahibi herhangi bir şekle bağlı olmadan dönme iradesini müteahhide ulaştırabilecektir.²⁷⁵ Ancak bu hakkın yazılı olarak seçildiğinin beyan edilmesi doğal olarak ispat kolaylığı açısından iş sahibine fayda sağlar.

Tâcirler bakımından bu hakkın seçilmesinde özel bir durum söz konusudur. TTK' nın 20/3' üncü maddesi²⁷⁶ hükmündeki özel düzenleme sebebiyle, iş sahibinin, müteahhidin veya her iki tarafın da tâcir olduğu istisna sözleşmelerinde, iş sahibinin dönme beyanının geçerli olabilmesi için, beyanın “noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla” yapılması şarttır.²⁷⁷

Dönme beyanı, “sözleşmeyi feshettim”, “sözleşmeden döndüm” şeklinde açık bir ifade ile yapılabileceği gibi, iş sahibinin müteahhitten, aldığı ücreti geri vermesini istemesi veya eserin kullanılamaz olduğunu bildirerek geri yollanmasını sağlamanın olduğu gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir.

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklar içerisinde sonuçları itibariyle en ağır olanı sözleşmeden dönmedir. Bu nedenle yasa koyucu, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını

²⁷⁴ Yaşar Karayağın, **İstisna Akdinin Feshedilmesi, Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler**, Ankara 1975, s. 42.

²⁷⁵ Uçar (Tekeffül Borcu), s.180, Ergezen, a.g.e. s. 95.

²⁷⁶ TTK'nın 20/3 'üncü maddesi hükmü: “*Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılması gerekir*”.

²⁷⁷ Tandoğan,(Özel Borç İlişkileri), s. 178, Ergezen, a.g.e. s. 97.

kullanabilmesi için yukarıda belirttiğimiz genel şartların²⁷⁸ yanında bazı özel şartlar da öngörmüştür. Bu şartlar, genel olarak BK' nın 360/1' inci maddesinin ifadesi ile, “eserin kullanılamayacak durumda olması” ve “eserin, iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyecek durumda olması” şeklinde belirtilebilir.

Eserdeki ayıp, BK' nın 360/1' inci maddesinde belirtilen nitelikte ise, ayıp önemli bir ayıptır ve bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Eğer ayıp bu nitelikte değilse, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bu halde iş sahibi, ya ücretin indirimini, ya da ayıbın giderilmesini isteyebilir.²⁷⁹ Eserdeki ayıbın BK' nın 360/1' inci maddesinde belirtilen nitelikte olmasına rağmen, iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak mecburiyetinde değildir. Dilerse, ücretten indirim veya ayıbın giderilmesini isteme haklarını da kullanabilir.²⁸⁰

Her ne kadar kanun maddesindeki ifadeden, eserin “*kullanılamayacak*” ve “*kabulü beklenemeyecek*” olması durumları, birbirine alternatif sebepler gibi görünse de, doktrindeki hâkim görüş, bu her iki ifadenin birbirine alternatif olmadığı, kanunda açıkça düzenlenmiş uygulama hallerinden biri olduğu yönündedir.²⁸¹

1. Eserin Kullanılamayacak Durumda Olması

Sözleşme konusu eserdeki ayıp, eseri, iş sahibi açısından kullanılamayacak bir hale sokmuşsa, iş sahibinin eseri kabul etmekten kaçınabileceği, BK' nın 360/1' inci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Teslim edilen eser, iş sahibi için kullanılamaz ise, ondan işine yaramayacak bu eseri kabul etmesi beklenemez, Bu sebeple kanun koyucu kullanılamaz olmayı, kabul edilemezliğin özel bir sebebi olarak düzenlemiştir.²⁸²

²⁷⁸ Bu şartlar için bkz İkinci Bölüm, § 2.

²⁷⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.157.

²⁸⁰ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 158, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 178.

²⁸¹ Aral, a.g.e. s. 358, Ergezen, a.g.e. s. 88.

²⁸² Ergezen, a.g.e. s. 91.

BK' nın 360/1' inci maddesinde asıl kastolunan, ayıbın ağır olmasıdır. Ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı gösterebilecek ağırlıkta olabilmesi için, iş sahibi açısından tamamen ve kesin bir biçimde kullanılamayacak şekilde olması gerekir. Eserdeki ayıbın, sözleşmeden dönmeyi haklı gösterebilecek ağırlıkta olması, her somut olaya, tarafların menfaatlerine ve diğer koşullara göre değişmekte ve durum hakkaniyet esaslarına göre belirlenmektedir.²⁸³

Teslim edilen eserin kullanılamayacak nitelikte olması için, kullanılamazlık olgusunun eserin tümünü etkilemiş olması gerekir. Sadece bir bölümde ortaya çıkan kullanılamazlık durumu, dönme için yeterli olmayacaktır.²⁸⁴ Ancak eserin kullanım amacını ve işleyişini etkileyen bir bölümdeki ayıp, o bölümün tamir edilmesi veya parça değiştirilmesiyle giderilemiyorsa, bu halde de sözleşmeden dönmenin bu şartı gerçekleşmiş demektir.

Yine ayıbın, eserin değerini tümü ile yok etmesi halinde, iş sahibine, sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır.²⁸⁵ Çünkü eserin değerinin tümü ile yok olması, başlı başına eserin kullanılamayacak durumda olması için yeterli sayılmalıdır.

2. Eserin İş Sahibi Tarafından Kabulü Beklenemeyecek Durumda Olması

Sözleşme konusu eserdeki ayıp nedeniyle, eser, iş sahibi tarafından kullanılabilir durumda olsa dahi, eserin, iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyecek derecede ayıplı olması halinde de sözleşmeden dönme imkânının bulunması gerekir. Eserdeki ayıp, onarım ile giderilebiliyor olsa dahi, iş sahibinden, bu onarıma razı olması beklenemeyecek ise, iş sahibi,

²⁸³ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 163, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 181, Öz, a.g.e. s. 108, Yavuz (Borçlar), s. 302.

²⁸⁴ Örneğin küçük ve kolayca monte edilebilir bir parçası olmayan su motorunun durumu bu şekildedir. Burada küçük bir müdahaleyle giderilebilecek basit ayıplar, iyiniyet ilkesi çerçevesinde, dönmeye imkân vermemelidir. Bkz. Ergezen, a.g.e. s. 91.

²⁸⁵ Tunçomağ (Özel), s. 1033-1034, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 182.

dönme hakkını kullanabilir.²⁸⁶ Bu durumdaki ayıbın iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek kadar büyük olup olmadığı hakim tarafından dürüstlük kuralı ışığında belirlenecektir.²⁸⁷ Bu belirleme yapılırken, iş sahibinin sözleşmeyi kurarken edindiği amaçların dikkate alınması daha doğru sonuçlara gitmeyi sağlayacaktır. Özellikle sözleşme kurulurken, bir kullanma amacı belirlenmiş ise, eserin kabule elverişli olup olmadığı buna göre belirlenmelidir.²⁸⁸ Ancak eserin kullanma amacı belirlenmemiş ise, bu durumda iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek ayıpların tespiti yapılırken, eserin olağan kullanma amacı göz önünde bulundurulmalıdır²⁸⁹.

Eserdeki ayıbın kabulü beklenemeyecek derecede olup olmadığının tespiti yapılırken, iş sahibinin kullanım amacının göz önünde bulundurulması kadar, müteahhidin de durumunun da dikkate alınması gerekir. Bu nedenle iş sahibinin kullanacağı seçimlik hak, kendisi açısından bir farklılık oluşturmayacak ve sözleşmeden dönme hakkının seçilmesi halinde müteahhit büyük oranda zarara uğrayacak ise, bu halde diğer seçimlik hakların kullanılması gerekecektir. Çünkü yasa koyucunun amacı, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak en iyi şekilde dengelemektir.²⁹⁰

²⁸⁶ Yarg. 15. HD. 07.10.1977 tarihli ve 1204 E., 1833 K. sayılı ilâmi: “*Teslim edilen makinedeki bu bozukluğun sorumluluğu imâl eden davalıya aittir. Ne var ki rapordan ve mahkemece yapılan sair soruşturmada soğutma sistemindeki yetersizliğin makineyi kabulden imtina etmeyi haklı kılacak önemde olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Davacının sözleşmeyi feshedebilmesi için, soğutma sistemindeki ayıp dolayısıyla makine kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği durumda olmalıdır. Soğutma sisteminin onarılması ve değiştirilmesi mümkün olup bu suretle makinenin kabulü gerekiyorsa davacı makinedeki değer noksanı kadar fiyatı indirebilir. Ayrıca her iki halde davacı davalının kuruşu varsa uğradığı zararın giderilmesini de talep hakkına sahiptir*”. Bkz. YKD. 1978, s. 989-990.

²⁸⁷ Aral, a.g.e. s. 358, Kaplan, a.g.e. s. 141, Tunçomağ (Özel), s. 1031, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 162-163.

²⁸⁸ Öz, a.g.e. s. 107.

²⁸⁹ Bu hale, bir buhar kazanının gerekenden çok daha fazla su harcaması veya bir gazete ilanının kararlaştırılan yerden bir başka yerde yayınlanması örnek gösterilmektedir. Bkz. Tunçomağ (Özel), s. 1031-1032.

²⁹⁰ Öz, a.g.e. s. 109, Tunçomağ (Özel), s. 1032, Ergezen, a.g.e. s. 90.

3. Eserin Sözleşmede Açıkça Belirtilmiş Bazı Özellikleri Taşımaması

BK' nın 360/1' inci maddesi “....veya mukavele şartlarına muhalif olursa iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir” hükmünü getirmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, eser, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı bazı nitelikleri taşımaması halinde eser ayıplı kabul edilecek ve iş sahibi bu sözleşmeden dönebilecektir. Madde metninde ilk bakışta her türlü sözleşmeye aykırılığın sözleşmeden dönme için yeterli olacağı anlaşılmakta ise de, bu durum kanunun öngördüğü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin genel düzenine, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak dengelemek fikrine, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete ters düşmektedir.²⁹¹ Bu nedenle eserde, sözleşmede belirtilen her niteliğin bulunmaması tek başına sözleşmeden dönme nedeni sayılmamalı, dürüstlük kuralınca, iş sahibinin eseri kabul edip edemeyeceği belirlenmelidir.²⁹² Bir başka deyişle, sözleşme şartlarına aykırılık dolayısıyla sözleşmeden dönebilmek için, yine, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması aranmalıdır. Nitekim, sözleşmeden dönme dışındaki ücretin indirimi ve eserdeki ayıbın giderilmesini isteme haklarını düzenleyen BK'nın 360/2 'nci maddesi hükmü de, işin ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırılığının, dönme için yeterli derecede ağırlıkta olmaması halinde, ancak ücretten indirim ve ayıbın giderilmesinin istenmesi haklarının kullanılabileceğini belirterek, sözleşmeye aykırılıktan dolayı, dönme için gerekli ayıbın belirli bir ağırlıkta olduğunu üstü kapalı olsa da öngörmüştür.

²⁹¹ Öz, a.g.e. s. 109.

²⁹² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 182.

4. İş Sahibinin Arsasında Yapılan İşlerde Eserin Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması

BK' nın 360/3' üncü maddesi²⁹³, iş sahibinin arsası üzerine yapılan bazı eserlerde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını sınırlandırmaktadır. Buna göre, iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olan eserin kaldırılması veya yıkılması fazlaca bir zarar oluşturacak ise, iş sahibi sözleşmeden dönemeyecek, ücretin indirilmesi veya ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından birini²⁹⁴ kullanacaktır.²⁹⁵ Böylece, eserin bir inşaat olması halinde, sözleşmeden dönme için iki koşul gerekmektedir. Bunlar; ayıbın, BK' nın 360/1' inci maddesine göre yeterli ağırlıkta olması ve inşaatın kaldırılmasının müteahhit için aşırı zarara yol açmamasıdır.

Bu hükmün amacının, ekonomik açıdan değerli malların ve meydana getirilmiş bir değer in imkân ölçüsünde korunması olduğu söylenebilir.²⁹⁶

²⁹³ BK'nın 360/3. maddesi: "Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar".

²⁹⁴ Yarg. 15. HD., 08.04.1977 tarihli, 470 E., 837 K. sayılı ilâmı: "Olayda müteahhit akdi borcunu yerine getirmeyip inşaatı yarım bırakmakla temerrüde düşmüştür. Davacı yarım kaldığının tespiti için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, sözleşmenin 8'inci maddesinde sözleşme hükümlerini yerine getirmeme halinde, müspet ve menfi zararların tazmini öngörüldüğünden fesih isteğini reddetmiştir. Taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmenin 8'inci maddesi yasal şartların gerçekleşmesi halinde tarafların fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Davacının iddiası, davalının inşaatı tamamlanmadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüt nedeniyle davacının haklı olup olmadığı, BK'nın 360'ıncı maddesinin olaya uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı hangi oranda yerine getirmiş olduğunun belirlenmesi gerekir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı ve nispet kaidelerine göre kabulü icbar edemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekinmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan, yapılmış bir inşaatın refi ve kal'i aşırı zarara neden olacağına sözleşmenin feshi yerine davacıya verilecek dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi gerekir. Ancak yapılacak inşaat türü, miktarı ve değeri itibariyle kaldırılması davalıya aşırı bir zarar vermeyecekse sözleşmenin feshi gerekir". Bkz. YKD. 1977, s. 393.

²⁹⁵ Buna karşılık, eserin müteahhidin arsası üzerine yapılması durumunda, 3. fıkradaki sınırlama ortadan kalkmaktadır. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 183, Tunçomağ (Özel), s. 1032-1033.

²⁹⁶ Öz, a.g.e. s. 126, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 183, Ergezen, a.g.e. s. 93, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 179.

BK' nın 360/3' üncü maddesi kapsamına, iş sahibinin arsasında yapılan inşaat işleri girmektedir. Bu anlamda inşaat işleri, sadece binalardan ibaret olmayıp, arsa ile bütünleyici bir parça oluşturan ve bu yüzden sökülüp aynen iadesi imkânsız veya aşırı derecede zarar verecek olan her türlü eserdir.²⁹⁷

BK' nın 360/3' üncü maddesindeki "ref'in ve kal'in fazla bir zararı mucip olması" nın belirlenmesi için, somut olayın koşulları, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymet ile, arsadan kaldırıldığında uğrayacağı değer düşüklüğü göz önünde bulundurulmalıdır.²⁹⁸ Ancak bunun yanında başka kriterler de getirilmiştir. Örneğin, bedel indiriminin müteahhide vereceği zararın, sözleşmeden dönmenin vereceği zarardan daha fazla olması, inşaat temelinin sağlam olmaması nedeni ile yapı tekniği kurallarına göre yıkılmasının gerekmesi gibi hallerde, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır.²⁹⁹

Sözleşme konusu inşaat eserinin, BK' nın 360/3' üncü maddesi hükmüne girdiğini ve bu nedenle sözleşmeden dönülemeyeceğini ispat yükü müteahhide aittir.³⁰⁰

C. Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmanın Sonuçları

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullandığında dönme beyanının müteahhide varması ile, istisna sözleşmesinin geriye etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir.³⁰¹

²⁹⁷ Tunçomağ (Özel), s. 1039, Öz, a.g.e. s. 109, Ergezen, a.g.e. s. 93.

²⁹⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.183, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 163-164, Ergezen, a.g.e. s. 94.

²⁹⁹ Öz, a.g.e. s.126, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.164. Yarg. 15. HD. 25.01.1999 tarihli ve 1999/4289 E., 1999/115 K. sayılı ilâmı: "İşin imar mevzuatına fen ve teknik kurallara uygunluğu kamu düzeninden olup, mahkemece doğrudan gözetilecek hususlardandır. Sözleşme kurallarına uyulması hukukta temel ilke olan ahde vefa ilkesi gereğidir. Gerek imar kurallarına, gerekse sözleşmeye uymadığı saptanan yüklenicinin, kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi gerektiği gibi binanın kal'ine de karar verilmelidir". Bkz. YKD. 1999, s. 657-659.

³⁰⁰ Öz, a.g.e. s.126, Seliçi Müteahhidin Sorumluluğu), s. 164, Ergezen, a.g.e. s. 95.

³⁰¹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 161, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 178, Yavuz (Borçlar), s. 302, Kaplan, a.g.e. s. 141.

Dönme hakkı, yenilik doğuran bir beyanın kullanılması olduğu için, hakkın kullanılması ile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla, bu hakkın sonuçlarının doğumu için, müteahhidin bu yenilik doğurucu beyanı kabul etmesi gerekmez. Dönme beyanı ile sözleşme geriye etkili olarak sona ermekle birlikte, “geriye etki” den ne anlaşılması gerektiği ve sözleşmeden doğan borçlara etkisinin ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda “klasik kuramı” kabul eden yazarlara göre³⁰², sözleşmeden dönme hakkı, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül dolayısıyla alıcıya tanınan fesih hakkının karşılığı gibidir. Dolayısıyla, yenilik doğurucu muamele, borçlandırıcı sözleşmeyi hiç kurulmamışçasına başlangıçtan itibaren sona erdirir. Bu haliyle dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu kurama göre, dönme sonrası tasfiye ilişkisi de sözleşme dışı bir olgudan ibarettir. Bu sebeple taahhüt edilen, ancak ifa edilmeyen borçlar, kendiliğinden sona erecek, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi istendiğinde, hakkın sona erdiği itirazı ileri sürülebilecektir. Dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler, dönme ile hukuki dayanaklarını kaybetmiş olacaklarından, yerine getirilen edimler, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilecektir.³⁰³

Sözleşmenin geriye etkili olmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda ileri sürülen “yeni dönme kuramı” nı savunanlara göre³⁰⁴, dönme, sözleşme ilişkisini ne geriye, ne de ileriye etkili olarak sona erdirmektedir. Dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp, onu bir tasfiye ilişkisi haline getirmektedir. Bu anlamda dönme, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.³⁰⁵ Dönme, sözleşmeden doğan edim borcunu sona erdirir ve bunun yerine önceki halin iadesi borcunu ikame eder. Bir başka deyişle, dönme ile varolan borç ilişkisi, geri vermeye ilişkin bir borç ilişkisi haline dönüşmektedir. Belirtmek gerekirse, buradaki borç ilişkisi ter yüz olur. Yani yerine getirilen edimlerin karşılıklı olarak geri verilmesi gereklidir. Tabiri caizse burada

³⁰² Tunçomağ (Özel), s. 951, Feyzi Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt II, İstanbul 1977, s. 415.

³⁰³ Ergezen, a.g.e. s. 122.

³⁰⁴ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 162, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 178, Aral, a.g.e. s. 372, Serozan, a.g.e. s. 78 vd, Şenocak, a.g.e. s. 49.

³⁰⁵ Ergezen, a.g.e. s. 122.

sözleşme devam etmekte, ancak roller değişmektedir. İş sahibi sözleşme konusu ayıplı eseri, müteahhit ise almış olduğu ücreti geri verme borcu altına girmektedir. Dönmeden önce ifa edilmemiş borçlar son bulmayıp, sadece borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir def'i hakkı doğurmakta³⁰⁶; yerine getirilmiş edim borçları ise, yine doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan borçlar olarak iade borçları haline gelmektedir.³⁰⁷ Böylece verilen şeyin tekrar geri istenmesi, yine aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifasının istenmesidir. Görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen her iki kuram birlikte değerlendirildiğinde, aralarında pek fazla fark olmadığı, asıl farkın, sözleşme ilişkisinin devam edip etmemesine göre zamanaşımı süresi ile yapılmayan işler için ileri sürülecek beyanın itiraz mı yoksa def'i mi olduğu noktasında ortaya çıktığı görülecektir. Geriye verme yükümlülüklerine uygulanacak zamanaşımı, yeni dönme kuramı kabul edildiği takdirde, varolan borç ilişkisi geri vermeye ilişkin bir borç ilişkisi haline dönüşeceğinden, iadeye ilişkin talepler, BK' nın 363' üncü maddesindeki zamanaşımı sürelerine tabi olacak; klasik kuram kabul edildiği takdirde ise, sebepsiz zenginleşme (BK' nın 63-64 maddeleri) kuralları uygulanacağından, BK' nın 66' ncı maddesindeki 1 yıllık zamanaşımı uygulanır. İşte bu sebepsiz zenginleşme isteğini 1 yılda zamanaşımına uğratan BK' nın 66' ncı maddesi kuralını aşp giderme gereksinimi dolayısıyla doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız, uzlaştırıcı bir mahiyet taşıyan "yasal borç ilişkisi kuramı" na göre ise, daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri, hakkın sona erdiği itirazı ile kendiliğinden sona ermiş sayılacak, yerine getirilmiş sözleşme hükümleri bakımından ise, sözleşmeye dayanan bir geri verme talebi ile geri verilmesinin sağlanması söz konusu olacaktır.³⁰⁸ Böylece bu görüşün, sözleşmenin ifasına kadar ilk görüşü, ifadan sonra ise ikinci görüşü benimsediği görülmektedir. Buna göre, yasal borç ilişkisi kuramı kabul edilirse, iadeye ilişkin talepler, BK' nın 363' üncü maddesindeki zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

³⁰⁶ Buna karşılık yine yeni dönme kuramı yanlısı Seliçi' ye göre, henüz ifa edilmemiş borçlar ileriye doğru etkili olarak sona erecektir. Bkz. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.77.

³⁰⁷ Ergezen, a.g.e. s. 122.

³⁰⁸ Serozan, a.g.e. s. 545-546, Yavuz (Satıcı), s. 169, Öz, a.g.e. s. 36-37.

III. İŞ SAHİBİNİN ÜCRETİN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE SONUÇLARI

A. Ücretin İndirilmesini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanım Şekli

Sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi ücretin indirilmesi hakkı da, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması ile kullanılan yenilik doğurucu bir haktır. Bu hakkın kullanılması ile, diğer seçimlik hakları kullanma olanağı kalkar.³⁰⁹

Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, ücretin indirilmesi seçimlik hakkını kullanmak için, iş sahibinin seçiminin, müteahhit veya mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Yenilik doğuran bir hak olduğu için, ücretin indirilmesi hakkı kullanıldıktan sonra, müteahhidin muvafakati olmadan bu seçimlik hakkın kullanılmasından dönülemez.³¹⁰

Bu hakkın kullanılması herhangi bir şekle tabi değildir. Beyan açık veya örtülü olabilir. Ayrıca tacirler arasında yapılan bir istisna sözleşmesinde sözleşmeden dönmeden farklı olarak ücretin indirilmesinde, beyan herhangi bir şekle tabi değildir. Çünkü TTK' nın 20/3' üncü maddesi hükmünde özel şekil şartına tabi kılınan beyanlar arasında ücretin indirilmesi yer almamaktadır.

B. Ücretin İndirilmesini İsteme Hakkının Şartları

Ücretin indirilmesi hakkının kullanılabilmesi için, gerçekleşmesi gereken genel şartlar ile, iş sahibinin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin ifa edilmesi yanında, ayrıca bu hakka ilişkin özel şartların da

³⁰⁹ Baygın, a.g.e. s. 232, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 186, Yavuz (Borçlar), s. 304.

³¹⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 187.

gerçekleşmesi gerekir. Birinci şart olarak, BK' nın 360/2' nci maddesindeki "işin kıymetinin noksanı nispetinde" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, teslim edilmiş ayıplı eserin değerinin, sözleşmede kararlaştırılan ve ayıplı olmayan eserin değerinden objektif olarak daha düşük olması gerekir.³¹¹ Burada, ayıplı eserin taşıdığı sübjektif değer değil, objektif değer dikkate alınır. Bunun için, meydana getirilen eser, ayıplı olmakla birlikte, objektif değerde herhangi bir eksilme olmuyor ise, iş sahibi ücretin indirilmesi hakkını kullanamaz. Bu durumda iş sahibi, ücret indiriminin dışında diğer haklarını kullanabilir. Sözleşmede kararlaştırılandan farklı renkte boya kullanılmış olması³¹² veya ısmarlama yapılan gözlüğün mercek numarasının iş sahibinin gözüne uymaması³¹³ durumları böyledir.³¹⁴

İş sahibinin ücretin indirilmesini isteme hakkını kullanmasının ikinci şartı; ayıbın varlığına rağmen eserin az veya çok bir değerinin bulunmasıdır. Doktrinde hakim olan görüşe göre, ayıp, eseri tamamen değersiz kılıyorsa iş sahibi, sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.³¹⁵ Bu görüş, hareket noktasını, satım sözleşmesine ilişkin BK' nın 202/3' üncü maddesi³¹⁶nden alarak, bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir. İş sahibinin ücretten indirim hakkını kullanabilmesi için, ayıplı eserin tamamen değersiz olmaması, az çok bir değer taşıması gerekir. Aksi takdirde ücretten dönmenin bir anlamı kalmayıp, sözleşmeden dönme söz konusu olur. Çünkü eser hiçbir değer taşımiyorsa ücretin indirilmesi de bir anlam taşımaz.

Eserdeki objektif değer kaybı, zaman içerisinde artabileceği gibi aynı zamanda azalabilir. Bu nedenle, ücretin indirilmesine esas oluşturacak ayıp oranının hangi ana göre belirlenmesi bir sorun teşkil etmektedir. Doktrinde

³¹¹ Aral, a.g.e. s. 359, Kaplan, a.g.e. s. 141, Baygın, a.g.e. s. 233.

³¹² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 189,

³¹³ Öz, a.g.e. s. 96.

³¹⁴ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 188.

³¹⁵ Tunçomağ (özel), s. 1033-1034, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 189, Selici (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 167, Yavuz (Borçlar), s. 304, Aral, a.g.e. s. 359, Baygın, a.g.e. s. 234, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 188-189, Ergezen, a.g.e. s. 87, Şenocak, a.g.e. s. 60.

³¹⁶ BK'nın 202/3. maddesi: "Kıymetinin noksanı mebiin semenine müsavi ise müşteri ancak bey'in feshini talep edebilir".

savunulan çoğunluk görüşüne göre³¹⁷, bu konuda eserin teslim anının esas alınması gerekmektedir. Ayıplı eserin değerinin, teslimden sonra piyasa şartları nedeniyle artarak iş sahibinin ödeyeceği ücrete eşit bir duruma gelmesi halinde bile, iş sahibi ücretin indirilmesini isteyebilecektir.³¹⁸ Bu konuda Yargıtay, bazı kararlarında eserin teslim günündeki değerini³¹⁹, diğer bazı kararlarında ise, iş sahibinin bildirimde bulunduğu tarihteki değerini³²⁰ dikkate alarak hükme ulaşmıştır.

Kanaatimizce, ücretin indirilmesine esas oluşturacak oranın teslim anına göre belirlenmesi isabetli olacaktır. Çünkü, her şeyden önce müteahhit, teslim anı için ayıpsız bir eser vermeyi borçlanmaktadır. Ayrıca eserdeki ayıbın yarattığı değer kaybı zaman içinde hem artabilir, hem de azalabilir. Bu durum, iş sahibinin eseri kullanmasına bağlı bir şekilde de gerçekleşebilir. Bu veya başka bir dış sebeple ayıbın artması durumunun müteahhide yüklenmesi haksız bir durum meydana getirir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar pek tabi ki açık ayıplar bakımından geçerlidir. Eserdeki ayıplar, gizli ayıp niteliğinde ise, bu durumda,

³¹⁷ Öz, a.g.e. s. 96, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), Uçar (Tekeffül Borcu), s. 189, Şenocak, a.g.e. s. 61, s. 167, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 189: "Satım sözleşmesinde değerlendirme, hasarın geçmesi anına göre yapılır, eser sözleşmesinde hasar teslimle geçtiğine göre, değerlendirme de teslim anı dikkate alınarak yapılır".

³¹⁸ Aral, a.g.e. s. 359, Baygın, a.g.e. s. 233.

³¹⁹ Örneğin, Yarg. 15. HD. 3.6.1996 tarihli ve 1996/2878E., 1996/3065K. sayılı ilâmi: "Yanlar arasındaki 17.2.1993 günlü sözleşme ile, işin 30.5.1993 tarihinde teslimi kararlaştırılmış, yine aynı sözleşmeyle iş bedelinin 20.000.000 TL. sinin peşin, 10.000.000 TL sinin 10.1.1993 tarihinde, kalanının ise aylık 5.000.000 TL lik senetlerle ödenmesi öngörülmüştür. İş sahibi davacı yanca, iş bedelinin ödendiği iddiasının kanıtlanması gerekir. Kaldı ki, davacı 11.2.1994 günlü uyarısında, işin kalanının yapılmaması halinde ödemeleri durduracağını da bildirmiştir. Bütün bunlara göre mahkemece yapılacak iş, gerekirse, yerinde keşif suretiyle ve mevcut tespit raporundan da yararlanılarak, yapılmayan işler tutarının işin teslim tarihi ve makul süre olan 1993 yılı mahalli rayiçlerine göre bedeli saptanmalı, bundan davacının varsa ödemediği iş bedeli tutarı düşülmeli, bulunacak bu miktar hüküm altına alınmalıdır. Tüm bu yönler üzerinde durulmaksızın, eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın yazılı şekilde kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir". Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu**, cilt 7, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 7931.

³²⁰ Örneğin, Yarg. 15. HD. 14.4.1988 tarihli ve 1988/2698E., 1988/1495K. sayılı ilâmi, Uygur, a.g.e. s. 7928.

değerlendirmenin bu ayıpların ortaya çıktığı tarihteki ayıplı eserin piyasa değeri göz önüne alınarak yapılmalıdır.³²¹

C.İndirilecek Tutarı Hesaplama Metodu

İş sahibinin, ayıp dolayısıyla ücretin indirilmesi yoluna başvurması halinde indirilecek yöntemin hangi metotla hesaplanacağı konusunda Borçlar Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. İndirimin hesaplanması hakkında doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, Alman Hukukunda yer alan “nisbî metot yöntemi” genellikle benimsenmiş bir yöntemdir.³²²

Nisbî metoda göre ücret şu şekilde hesaplanır: Sözleşme konusu eserin ayıpsız haline göre taşıyacağı değer ile gerçekte ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasındaki oran bedele uygulanır ve fark indirilir.³²³ Nisbî metodun, tarafların karşılıklı edimleri arasındaki dengeyi ve işin taraflara sağladığı kârlılık derecesini koruması bakımından hakkaniyete uygun olduğu savunulmaktadır. Yargıtay da aynı görüşte olup, nisbî metodu uygulamaktadır.³²⁴

³²¹ Öz, a.g.e. s. 96, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 171-172, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 189.

³²² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 191, Yavuz (Borçlar), s. 303, Aral, a.g.e. s. 360, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 169, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 190.

³²³ Öz, a.g.e. s.95, Aral, a.g.e. s. 360. Bunu bir formül ile belirtecek olursak: İndirilecek miktar= Kararlaştırılan ücret x (ayıplı değer/ayıpsız değer).

³²⁴ Yarg. 15. HD. 23.10.1976 tarihli ve 1976/1644E., 1976/3316K. sayılı ilâmı: “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. 360/1'e dayanarak eser parasından (ücretinden) indirimle 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.; 09/10/1962 T. 7285 E. 7573 K.; 09/03/1963 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 Schönerberger, 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,

IV. İŞ SAHİBİNİN ESERDEKİ AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE SONUÇLARI

A. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Hukukî Niteliği

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre³²⁵, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, bu konudaki edime yönelik alacak hakkı niteliğindedir. Buna göre, istisna sözleşmesi ile ayıplı olmayan bir eseri meydana getirmeyi taahhüt eden müteahhidin, ayıplı bir eser teslim etmesi halinde, bu ayıbın giderilmesi için kendisine başvurulabilir. Çünkü, müteahhidin ayıpsız bir eser teslim etme borcu, teslimle birlikte sona ermemiştir. İş sahibinin ayıpsız bir eserin ifa edilmesi isteminin yerini, ayıbın giderilmesini isteme hakkı almaktadır. Bu anlamda, iş sahibinin ayıbın giderilmesini istemesi, müteahhit için yeni bir borç doğurmaz, eski borca bağlı iş sahibinin bir alacak hakkı söz konusudur. Eğer bu görüş kabul edilirse, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, yenilik doğuran bir hak olmayacağı için, bu hakkın kullanılması ile diğer seçimlik haklar düşmez. Diğer seçimlik haklar, ayıbın müteahhit tarafından giderildiği anda düşecektir.

C. 1, 1970, Sh. 218; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II. Özel Borç İlişkilerine, 1974, Sh. 119; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1. 1974, Sh. 140) bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem "nispi metot" diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin (şeyin) ayıpsız olarak ya da vaat 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 yöntemle uyulmadığı saptanmıştır. Durum böyle olunca yukarıda açıklanan doğrultuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve ilkin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesinin konusu nesnenin (şeyin) ayıpsız objektif değeri ve sonra ayıplı objektif değeri belirlenmeli ve "nispi metot" uygulanarak eser ücretinden indirilmesi gereken tutar, böylece bilirkişiler tarafından ortaya konulmalıdır.

Yerel mahkemeye, bu yönlerin gözden kaçırılması, usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir". (AKİP).

³²⁵ Öz, a.g.e. s.97, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 173, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 194.

Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliği konusunda ileri sürülen diğer bir görüşe göre³²⁶, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, ayıbın giderilmesini isteme hakkı, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gerekli bir irade açıklaması ile kullanılır. Bu hakkın kullanılması ile birlikte, hukukî sonuçlar kendiliğinden doğacaktır. Ayrıca bu hakkın kullanıldığını bildiren beyanın, müteahhit tarafından kabul edilmesine ihtiyaç yoktur. Bu görüşe göre, iş sahibi bu hakkını kullandıktan sonra, müteahhidin muvafakati olmadıkça artık bu hakkını kullanmaktan vazgeçemez. Ayrıca bu hakkın kullanılması ile diğer seçimlik haklar da düşer.

B. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları

Bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli şartlar³²⁷ in yerine getirilmiş olmasının yanında, ayrıca, eserdeki ayıbın, BK' nın 360/1' inci maddesinde belirtildiği üzere, sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek derecede önemli boyutta olmaması gerekir. Tüm bunların yanında ayrıca sözleşme konusu eserdeki ayıbın giderilmesinin, objektif olarak mümkün olması ve aşırı masrafa yol açmaması şeklinde iki özel şartın da gerçekleşmesi gerekir.

Ayıbın giderilmesi, objektif olarak imkânsız ise, iş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı yoktur.³²⁸ Ancak meydana gelen imkânsızlık, müteahhide yüklenebilecek kusurlardan ortaya çıkmışsa, iş sahibi, ayıbın giderilmesini isteyebilecektir. Çünkü artık burada objektif değil, sübjektif bir imkansızlık vardır. Müteahhidin işçilerini dağıtmış olması veya ayıbı giderecek malî imkânlarla sahip olmaması müteahhide yüklenebilecek

³²⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 192, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 40-41, Şenocak, a.g.e. s. 38.

³²⁷ Bkz. İkinci Bölüm, § 2.

³²⁸ Aral, a.g.e. s. 361, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 196.

kusurlara örnek olarak gösterilebilir.³²⁹ Aynı şekilde müteahhidin ekonomik güçsüzlüğü de ayıbın giderilmesi talebine bir engel teşkil etmez.³³⁰

Aranan özel şartlardan ikincisi, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafa yol açmamasıdır. Bu şart, BK' nın 360/2' nci maddesinde, "...eğer o şeyin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise..." şeklinde ifade edilmiştir. Eserdeki ayıbın giderilmesinin aşırı masrafa yol açıp açmayacağıının belirlenmesi, ayıbın giderilmesi üzerine, iş sahibinin elde edeceği çıkar ile müteahhidin, onarım için yapacağı giderler arasındaki oranın karşılaştırılması suretiyle yapılır.³³¹ Eğer müteahhidin ayıbın giderilmesi için yapacağı masraf, iş sahibinin elde edeceği menfaatten çok fazla ise, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafa yol açtığı kabul edilerek, iş sahibinin ayıbın giderilmesi istemi reddedilebilecektir. Masrafların aşırı olduğu iddiasında olan müteahhit, iş sahibinin ayıbın giderilmesi hakkına itiraz edecek ise, bu talebini açıkça bildirmelidir. Buna karşılık, aşırı masrafa rağmen, müteahhit ayıbı gidereceğini açıkça bildirmiş veya örtülü kabul sayılabilecek bir davranış içine girmişse, bu durumda artık ayıbın giderilmesi masraflarının aşırılığı ileri sürülemez.³³² Aynı şekilde, teslim edilen eserdeki ayıpların müteahhit tarafından her halde giderileceği taraflarca sözleşmede kararlaştırılmışsa, ya da müteahhitçe imâl edilecek eserin belirli özellikleri garanti edilmişse, artık bu durumda müteahhit, ayıbın giderilmesi için gerekli masrafların aşırı olduğunu ileri sürerek ayıbı gidermeyi geri çeviremeyecektir. İş sahibi, ayıbın giderilmesi masraflarının aşırı olması durumunda, dilerse ücretten indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birisini de kullanabilir.

Müteahhidin yapacağı masraflar, öncelikle işçilik ve malzeme giderlerinden, daha sonra da eserin onarılması sırasında yapılan diğer faaliyetlere ilişkin giderlerden oluşmaktadır. Bozuk bir elektrik tesisatının onarımı için, yırtılan duvar kâğıtlarının yeniden yapılması durumunda meydana gelen giderler diğer faaliyetlere ilişkin giderlere örnek olarak

³²⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 176.

³³⁰ Şenocak, a.g.e. s. 148.

³³¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 195, Tunçomağ (Özel), s. 1034, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175-176.

³³² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 198, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 176.

gösterilebilir. Çünkü eserin onarılması, ilk ifa nasıl olacak idi ise, ona göre yapılmaktadır.³³³

Yapılan masrafların aşırı olup olmadığını, somut olayın koşullarına ve dürüstlük kuralına göre hakim takdir edecektir.³³⁴ Bu konuda mutlaka bir ölçü tayin etmek gerekiyor ise, eserdeki ayıbın meydana getirdiği değer azalması, yapılan masraflardan fazla ise masrafların aşırı olmadığı şeklinde bir kriter belirlenebilir³³⁵

C. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının İçeriği

Borçlar Kanunu'nda, müteahhidin borcunu yerine getirmesi için bir süre tayin edilmesi gereğinden söz edilmemiştir. Ancak eserdeki ayıpların giderilmesi, bir iş görme edimi olduğu için, müteahhide belirli bir süre tanımak gerekecektir.³³⁶ Bu süre hakkaniyet ölçüleri içerisinde tayin edilmelidir. Bu süre taraflarca birlikte kararlaştırılabilir. İş sahibi dilerse, müteahhidin görüşünü almadan ayıbın giderilmesi için re'sen makul bir süre belirleyebilir.³³⁷ Fakat bu sürenin müteahhidin ayıbı giderebilmesi için yetecek uzunlukta ve objektif olarak beklenilebilecek bir süre olması

³³³ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 195, Örneğin, banyodan alt kata su sızıntı olması halinde, müteahhit, sızıntı yapan su borusunun değiştirilmesi ile birlikte aynı zamanda su sızıntısının kaynağının bulunması için bazı fayansların sökülmesi ve yenisinin döşenmesi nedeniyle yaptığı masrafları da karşılamak zorundadır. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 151.

³³⁴ Tunçomağ (Özel), s.1034, Öz, a.g.e. s. 97, Şenocak, a.g.e. s. 149.

³³⁵ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 197.

³³⁶ – Ancak müteahhide tanınan süre içerisinde müteahhit onarım faaliyetlerine başlamaz veya gecikirse ve bu gecikmenin tüm tahminlere göre, müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkân vermeyecek derecede olduğu anlaşılır ise, iş sahibi BK'nın 358/1'inci maddesine kıyasen tayin edilen sürenin sonunu beklemezsizin yapacağı bir ihtarla müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürebilir. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 196 vd.

Aynı şekilde, müteahhidin ayıbı giderme çalışmaları sonucu tekrar ayıplı bir eser meydana getireceği görülüyorsa, bu halde BK'nın 358/2'nci maddesi kıyasen uygulanır ve iş sahibi eserin teslimini beklemezsizin ayıbın giderilmesi işini bir başkasına tevdi etme ve masraflarını müteahhitten talep etme hakkını seçebilir. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 215.

³³⁷ İş sahibi, uygun bir süre belirleyerek ayıbın giderilmesi isteminde bulunmasına rağmen, müteahhit, kendisine verilen bu süre içerisinde ayıbın giderilmesini sağlayamazsa, müteahhit hakkında BK'nın 101/1'inci maddesi hükmü uygulanabilir. İş sahibince müteahhide ayıbın giderilmesi için bir süre verilmediği hallerde, müteahhit ayıbın kapsam ve önemine göre gerekli olan süre içerisinde işi bitirmek zorundadır. Aksi halde, iş sahibinin ihtarıyla temerrüde düşer. Müteahhit temerrüde düştüğünde, iş sahibi BK'nın 106'ncı maddesindeki iki seçimlik hakkı kullanabilir. Uçar (Tekeffül Borcu), s. 204, Şenocak, a.g.e. s. 172 vd.

gerekir.³³⁸ Uyuşmazlık halinde, hakim, gerekirse bilirkişilerin de görüşünü almak suretiyle makul bir süre belirleyebilir.³³⁹

Eserdeki ayıbın nasıl giderileceği, müteahhide ait bir sorundur.³⁴⁰ Taraflarca aksine kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin ayıbın nasıl giderileceği konusunda müteahhide emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır.³⁴¹ Müteahhidin, iş sahibinin aleyhine olmadıkça, ayıbı giderme yerine yeni bir eser meydana getirebileceği kabul edilmektedir.³⁴² Ancak aynı durumun, yani ayıbın giderilmesi yerine yeni bir eser yapılmasının iş sahibi tarafından talep edilip edilemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır.³⁴³ Bu konuda belirtilen bir görüşe göre³⁴⁴, iş sahibi eserdeki ayıbın giderilmesi yerine, yeni bir eser yapılmasını talep edebilir. Ancak bu durum, müteahhide aşırı masraf yüklememeli ve yeni eser meydana getirilmesi dürüstlük kuralı gereğince müteahhitten beklenebilir olmalıdır. Çünkü BK' nın 360/2' nci maddesindeki "tamir" ifadesinin düzeltme ile sınırlanmak istendiği açık değildir. Ancak eserdeki ayıp, tamir etme ile giderilebilecek nitelikte ise iş sahibinin yeni eser meydana getirme isteği dürüstlük kuralına aykırı olacağından sınırlandırılmıştır. Buna karşılık, yeni bir eser meydana getirilmesi mümkün ve aşırı masrafa yol açmayacaksa iş sahibine eserdeki ayıbın giderilmesi yerine, yeni bir eser yapılmasını talep etme imkanı verilmelidir.

³³⁸ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 197.

³³⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 178-179.

³⁴⁰ Eserdeki ayıbı giderme masrafları kural olarak müteahhide ait olmakla birlikte bunun birkaç istisnası vardır. Bunlardan birincisi, eserin ayıplı olmasında iş sahibinin BK'nın 361' inci maddesi anlamında ortak kusuru olması, ikincisi, ayıbın giderilmesine ilişkin masrafların BK'nın 360/2'nci maddesi anlamında aşırı olması, üçüncüsü de eser başlangıçta ayıpsız meydana gelse idi yine iş sahibine düşecek olan masraflardır. Bu hallerde müteahhit ayıbı giderme masraflarına katılmaz. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 163.

³⁴¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 194, Şenocak, a.g.e. s. 156.

³⁴² Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 176-177, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 194, Şenocak, a.g.e. s. 159.

³⁴³ Ayrıntılı tartışma ve görüntüler için bkz. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 194-195, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 176-177.

³⁴⁴ Şenocak, a.g.e. s. 160, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 177. İş sahibinin otomobilinin geçemeyeceği kadar dar yapılmış bir garajın yıkılarak yeniden yapılmasının istenebilmesi gibi. Aynı şekilde gazetede kararlaştırılan yerden başka bir yerde çıkmış ilanının yeniden yayınlanması da bu konuda örnek olarak verilebilir.

İş sahibinin yeni bir eser meydana getirilmesini talep edip edemeyeceği konusunda ileri sürülen başka bir görüşe göre³⁴⁵, ayıbın giderilmesinin mümkün olmaması halinde doğacak boşluğun MK' nın 1/1' inci maddesi uyarınca doldurularak, iş sahibine eserin yeniden meydana getirilmesini istemek hakkının tanınması gerekir. Bu durumda da tabi ki, BK'nın 360/2' nci maddesinde olduğu gibi, eserin yeniden meydana getirilmesinin aşırı masrafa yol açmaması gerekir.

Ayıbın giderilmesi, eserin tümü üzerinde değil de, ayıplı olan parçaların değiştirilmesi veya bazı kısımlarının yenilenmesinde olduğu gibi eserin bir kısmı üzerinde ise, yeni eser meydana getirilmesi değil BK' nın 360/2' nci maddesi anlamında "tamir" söz konusu olur.³⁴⁶

Eserin ayıplı kısmının düzeltilmesi için, ayıplı olmayan kısımlarda meydana getirilen zararların da müteahhitçe karşılanması gerekir. Çünkü bu yükümlülük, müteahhidin ayıbı giderme borcundan kaynaklanmaktadır ve kusura bağlı değildir.³⁴⁷ Ancak iş sahibi eserdeki ayıpların giderilmesi süresinde uğradığı kâr yoksunluğunun tazminini ayıbın giderilmesi kapsamında değil, kusur şartına bağlı olarak ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini kapsamında isteyebilir.³⁴⁸ Ancak tüm bunların yanında, başlangıçta ayıpsız bir ifa yapılmış olsaydı, sözleşmeye göre iş sahibine düşecek masraflar ile, seçim hakkını geç kullanması nedeniyle ayıbın büyümesinden veya fiyat artmasından kaynaklanan masraflar iş sahibine ait olmalıdır. Ayrıca ayıbın meydana gelmesinde bir kusuru varsa, iş sahibi, kusuru oranında masraflara katlanmalıdır.³⁴⁹

³⁴⁵ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 194.

³⁴⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s.194, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s.177. Müteahhidin yaptığı binanın bir duvarının yıkılarak yeniden yapılması veya binanın dış cephesinin sıvasının yenilenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

³⁴⁷ Öz, a.g.e. s. 98, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 178. Örneğin, sıva ve badanası tamamlanan bir yapının su borularının yanlış şekilde döşenmiş olması halinde müteahhit boruların döşemesinin düzelttikten sonra duvarın sıva ve badanasını tekrar yapmak zorundadır. Müteahhit sıva ve badana işleri konusunda yeterli bilgiye sahip olmasa da durum değişmez, bu iş, ücreti müteahhit tarafından ödenerek üçüncü kişilere yaptırılır.

³⁴⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 195.

³⁴⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 196, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 197.

D. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması ile doğan hukukî sonuçlar, ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliğini açıklarken belirttiğimiz görüşlere³⁵⁰ göre değişmektedir. Bu görüşlerden ilki, yani, ayıbın giderilmesi hakkının alacak hakkı niteliğinde olduğunu savunan görüş kabul edilecek olursa; ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılması ile diğer seçimlik haklar düşmez. Bu seçimlik haklar, ayıbın giderilmesi borcunun ifa edildiği anda düşer. Ancak iş sahibi ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullandıktan sonra, fikrini değiştirerek, diğer seçimlik haklarını kullanamamalıdır. Çünkü, müteahhidin, iş sahibinin beyanına olan güveni korunmalıdır.³⁵¹

Ayıbın giderilmesi hakkının yenilik doğuran hak olduğu yönündeki görüş kabul edilirse, ayıbın giderilmesi hakkı, tek taraflı ve müteahhide yöneltmesi gerekli bir irade açıklaması ile kullanılır ve bu hakkın kullanılması ile birlikte diğer seçimlik haklar da düşer.³⁵² Görüldüğü üzere, her iki görüşte de, bu hakkın kullanılması ile birlikte diğer seçimlik hakların geçici olarak ortadan kalkacağı kabul edilmektedir.

Müteahhit ayıbın giderilmesi borcunu ivazsız olarak yerine getirmek zorundadır. Bu sebeple ayıbın giderilmesine ilişkin masrafları müteahhit karşılar. Bununla birlikte eserdeki ayıp, müteahhit ile birlikte iş sahibine de isnat edilebiliyorsa, bu takdirde, iş sahibinin de,³⁵³ ayıba katkısı oranında belirlenecek bir denkleştirme ile masraflara iştirak etmesi gerekir.

Ayıbın giderilmesi borcunun müteahhit tarafından açıkça yerine getirilmeyeceği beyan edilmiş veya bu borç, müteahhitçe süresinde yerine getirilmemiş ise, bu durumlarda iş sahibi BK' nın 97' nci maddesine dayanarak hakimden, müteahhit hesabına, kendisi tarafından ayıplı kısmın

³⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A, "Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Hukuki Niteliği".

³⁵¹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 174-175.

³⁵² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 192, Dayınlarlı (Temerrüt), s. 40-41.

³⁵³ Şenocak, a.g.e. s. 40.

giderilmesine izin verilmesini isteyebilir.³⁵⁴ Mahkeme gerekli izni iş sahibine verdiği takdirde, iş sahibi ayıpların giderilmesi için gerekli masrafların tazminini, ayıbın giderilmesi borcu altında bulunan müteahhitten isteyebilir.³⁵⁵ İş sahibi, ayıbı giderme işlemini üçüncü kişilere yaptıracaksa, bunu en ucuza yaptırmak zorunda değildir. Kendisinin güvendiği bir kişiye yaptırabilir. Masrafların düşünülenden fazla çıkmasının riski, müteahhide aittir.³⁵⁶ Ancak dürüstlük kuralına aykırı fahiş bir durumun da ortaya çıkmaması gerekir.

V. İŞ SAHİBİNİN AYIP SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI VE KAPSAMI

İş sahibi, eserin ayıplı olması halinde isterse eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebileceği gibi, isterse de ücret indirimi ya da onarım hakkını kullanabilir. Bunların yanında iş sahibi, müteahhidin kusurlu olması koşuluyla her durumda ayıbın önemine bağlı olmaksızın ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini de isteyebilir.³⁵⁷ İş sahibi uğradığı zararlar sonucu zararlarının tazminini isteme hakkını, diğer haklardan birisi ile birlikte aynı zamanda kullanabileceği gibi, yalnız başına böyle bir talepte de bulunabilir.

³⁵⁴ BK'nın 97. maddesi: "Bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir".

³⁵⁵ İş sahibinin, hakimden izin almadan onarım işini kendisinin yapması halinde, harcadığı giderleri, müteahhitten isteyip isteyemeyeceği bir sorun oluşturabilir. İlke olarak iş sahibinin bu davranışı karşısında ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının sınırlarını aşığı gerekçesi ile bu duruma müsaade edilmemelidir. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 202-203, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 181. Ancak somut olaydaki koşullara göre, eserdeki ayıbın çok acele olarak giderilmesi gerekiyor ve giderilmemesi halinde iş sahibinin zararına bir durum ortaya çıkıyor ise, bu acil durum nedeniyle hakimden izin alınamaması, müteahhitten istenebilecek gider talebinin ileri sürülmesini engellemelidir.

³⁵⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 202.

³⁵⁷ BK'nın 360'ıncı maddesi sadece eserin ayıbından dolayı uğranılan zarar ziyanla alakalı olup, eserin meydana getirilmesi borcunun ifa edilmemesi halinde ise, BK'nın 96. maddesi hükmü uygulanır. Bkz. Uçar (Tekeffül Borcu), s.214.

A. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları Ve Özellikleri

İş sahibinin ayıptan doğan zararının³⁵⁸ giderilebilmesi için, öncelikle ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gereken eserin teslim edilmesi ve ayıplı olması şartlarının gerçekleşmiş olması, iş sahibinin, üzerine düşen muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir. Tüm bunların yanında, sözleşmeden dönme, ücretten indirim ve ayıbın giderilmesi haklarının kullanılması için gerekmediği halde, iş sahibinin ayıp sonucu doğan zararının giderilmesinde müteahhidin kusurlu olması şartının da gerçekleşmiş olması gerekir.³⁵⁹

Buradaki tazminat talebi, diğer seçimlik haklara alternatif bir hak niteliğinde olmayıp, tek başına kullanılabileceği gibi, diğer seçimlik haklar ile birlikte de kullanılabilir. Ancak bu tazminat talebi, diğer hakların yerini almak üzere veya onların da üstünde, hepsini kapsayacak bir şekilde kullanılamaz.³⁶⁰

Diğer seçimlik haklardan farklı olarak, kullanılabilmesi için müteahhidin kusurlu olmasına ihtiyaç duyulan zararın giderilmesini isteme hakkında kusurun ispat yükünün kime ait olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁶¹, ispat yükümlülüğü, genel ispat kuralına, yani MK' nın 6' ncı maddesine göre belirlenmeli ve böylece, iş sahibi sadece zararın varlığını ve miktarını değil, aynı zamanda müteahhidin kusurunu da ispat etmelidir.

³⁵⁸ Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar müspet veya menfi zarar olabileceği gibi, aynı zamanda ayıbın doğrudan ya da dolaylı sonucu da olabilir. Örneğin; ayıp nedeniyle iş sahibinin yaralanması doğrudan ayıp, yaralanma nedeniyle uğranılan kazanç kaybı ise dolaylı zarardır. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 67.

³⁵⁹ Yavuz (Borçlar), s. 304, Aral, a.g.e. s. 363, Kaplan, a.g.e. s. 142, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 185.

³⁶⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 204, Yavuz (Borçlar), s. 304, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 209.

³⁶¹ Fikret Eren, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (II)**, (Yönetici, İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), (İnşaat Sözleşmeleri,II), Ankara, (18-29 Mart) 1996, s. 86, Ayrıca bu görüşte olan yazarlar için bkz. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 185, dp. 198.

Kusurun ispat yükünün kime düşeceği konusunda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre³⁶², BK' nın 96' ncı maddesindeki genel kuraldan ayrılmak için bir neden yoktur. Bu maddeye göre, sorumluluktan kurtulabilmek için borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Bu nedenle iş sahibinin tazminini istediği zararın varlığını ispat etmesi yeterli sayılmalı, tazminat talebinden kurtulmak isteyen müteahhit, kusursuzluğunu ispat etmelidir. Çünkü her iki durumu, yani hem zararı, hem de müteahhidin kusurunu ispat etme yükünü sözleşmenin uzman olmayan tarafını teşkil eden iş sahibine yüklemek, zaten durumu ağır olan iş sahibinin konumunu daha da zorlaştıracaktır.

Zararın giderilmesi için, müteahhidin kusurunun yanında, kusurunun derecesinin de belirlenmesi gerekir. Çünkü hakim tazminat miktarını belirlerken, müteahhidin kusurunun derecesini de göz önünde bulundurur ve kusurunun hafifliği söz konusu ise, bunun derecesi oranında tazminattan indirim yapmalıdır. Ayrıca, iş sahibinin mütefarik kusuru³⁶³ var ise bu durum da dikkate alınmalıdır.

Bir eser meydana getirmeyi taahhüt eden müteahhit, bu eseri meydana getirirken yardımcı şahıslar kullanmış veya işi alt müteahhitlere yaptırmış ise, bu şahısların davranışlarından dolayı asıl müteahhidin sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusu tartışmalıdır. Burada önemli olan husus, BK' nın 100' üncü maddesine dayanarak müteahhidin kusursuz sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğidir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre³⁶⁴, eserde meydana gelen ayıbın ve bundan doğan zararın müteahhidin yardımcılarının davranışlarından meydana geldiği durumlarda, müteahhit bu zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Bu durumda müteahhit, kendisi de yardımcısı gibi davranırsa idi, bu davranışın kusurlu

³⁶² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 205, Kaplan, a.g.e. s. 142, Tunçomağ (Özel), s. 1035, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 221, Şenocak, a.g.e. s. 68.

³⁶³ Nitekim, iş sahibinin, işin görülmesine yönelik talimatlarının yanlışlığı, eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa, yanlış talimat, iş sahibi açısından mütefarik kusur sayılmalıdır. Aynı şekilde, iş sahibinin ifa yardımcılarının, örneğin, inşa edilen yapıyı projelendiren mimarın, projelendirmedeki yanlışlıkları, yapıda ayıba, dolayısıyla zarar neden olmuşsa, bu sonuç da, iş sahibi açısından mütefarik kusur sayılmalıdır.

³⁶⁴ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 206, Şenocak, a.g.e. s. 68.

sayılmayacağını ispatlamadıkça sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu konuda ileri sürülen başka bir görüşe göre³⁶⁵ ise, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeni kendi içinde bir bütünlük oluşturmaktadır. Bu bütünlük içinde de zararın giderilmesi için müteahhidin kusuru mutlaka aranmalıdır. Bu durumda yardımcı şahıstan doğan sorumluluk, adeta ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk karşısında ikinci plana atılmaktadır.

B. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Kapsamı

Zararın giderilmesinin kapsamını tayin için öncelikle zarar kavramının belirlenmesinde fayda vardır. Ayıp sebebiyle uğranılan zarar; eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakları kullanmasına rağmen karşılanamayan ve eserdeki ayıp ile uygun illiyet bağı içinde bulunan her türlü zarardır.³⁶⁶ Burada dikkat edilmesi gereken bir şey vardır ki, o da, burada söz konusu olan zararlar, sözleşme ilişkisi nedeniyle uğranılan zararlar olmayıp, sadece eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararlardır. Örneğin, müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak teslimi geciktirmesi, özen borcuna aykırı davranması veya eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibini uyarmamasından kaynaklanan zararlar bu kapsamdaki zararlardan değildir. Bu tür zararların tazmini, ancak BK'nın 96'ncı maddesindeki genel hükümlere göre istenebilir.³⁶⁷

Müteahhidin ayıbı kasten gizlemesi veya farkında olduğu ayıpları bildirmemesinden kaynaklanan zararların, ayıp sebebiyle uğranılan zarar kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe

³⁶⁵ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 126-127.

³⁶⁶ Öz, a.g.e. s. 292, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 204, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 82.

³⁶⁷ Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 86, Tunçomağ (özel), s. 1035, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 205. Örneğin, bir binanın dış cephesini boyayan müteahhit, bu boya işini yaparken camları kirletmiş ve camları temizlerken çiziklere yol açmışsa, iş sahibi uğradığı zararı, BK'nın 360. maddesine göre değil, BK'nın 96. maddesine göre tazmin edebilir. Çünkü camlarda meydana gelen çizilmeler ve kirlenmeler, eserdeki ayıptan kaynaklanan zararlar olmayıp, müteahhidin özen borcuna aykırı davranmasının bir sonucudur. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 182-183.

göre³⁶⁸, bu tür zararların tazmininin BK' nın 356' ncı maddesi ve dolayısıyla buna bağlı olarak BK' nın 96' ncı maddesine göre tazmin edileceğini savunurken; bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre³⁶⁹, ortaya çıkan zarar, ayıbın kasten gizlenmesi veya müteahhidin bildiği ayıpları bildirmemesinden kaynaklanıyor ise, zarar, BK' nın 360' inci maddesine göre tazmin edilecektir.

Ayıp sebebiyle uğranılan zararın, kârdan mahrumiyet şeklinde meydana gelmesi mümkündür. Ayıplı bir bina teslim edilmesi halinde, iş sahibinin, ayıbın giderilmesi süresi içerisinde alacağı kira parasından mahrum kalması durumunda kaynaklanan zarar bu duruma örnek olarak verilebilir³⁷⁰.

Ayıp sebebiyle meydana gelen zarar, aktifin azalması ve pasifin çoğalması şeklinde malvarlığında eksilme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ayıbı takip eden zarar olarak da ortaya çıkabilir.³⁷¹

BK' nın 360' inci maddesinde eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar, herhangi bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Sözleşmesel ilişki içerisinde ortaya çıkan zararlar pek çok ayrıma tabi tutulmakla birlikte, Borçlar Kanununda ve doktrinindeki en önemli ayırım, olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) zarar ayırımıdır.³⁷²

Olumlu (müspet) zarar, alacaklının, borcun ifası ile meydana gelmesi beklenen menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade etmektedir. Bir başka deyişle, borcun ifa edilmesi ile alacaklının malvarlığının

³⁶⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 206.

³⁶⁹ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 183-184.

³⁷⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 205. Aynı şekilde ayıplı makinenin tamiri esnasında işletmenin durması yüzünden üretimin azalmasından kaynaklanan zararlar da bu duruma örnektir.

³⁷¹ Bina sahibinin ayıp giderilinceye kadar binada oturamaması nedeniyle bir otelde kalmasından doğan masraflar, aktifin azalmasına, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 184, ayıplı tamir edilmiş tırmanma kayışından dolayı, iş sahibinin bacağının kırılması ve tedavi giderlerine neden olmasından kaynaklanan zararlar da ayıbı takip eden zarara örnek olarak gösterilebilir. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 205.

³⁷² Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Yayınevi İstanbul 2006, s. 306-307, Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku C. I, Genel Hükümler**, İstanbul 1967 (Genel Hükümler), s. 492.

alacağı hal ile, ifa edilmemesinden dolayı aynı malvarlığının arz ettiği durum arasındaki fark, olumlu zararı ifade etmektedir.³⁷³ Olumsuz zarar ise, sözleşmenin kurulmaması veya hüküm doğurmaması nedeniyle malvarlığının aldığı durum ile, sözleşme hiç kurulmasa idi alacağı durum arasındaki farkı ifade eder.³⁷⁴

Olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) zarar ayrımı, ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların kullanılmasına bağlı olarak , kullanılan hakla birlikte, hangi zararların da istenebileceğini belirleme bakımından önemlidir. Buna göre, olumlu zarar, öncelikle iş sahibinin ücret indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanması halinde istenebilecektir. Bir başka deyişle, iş sahibi ücretin indirilmesi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanmasına rağmen, eserdeki ayıp dolayısıyla oluşan zararı, olumlu zarar olarak tazminini isteme hakkına sahip olacaktır.³⁷⁵

Olumsuz zarar ise, sadece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde istenebilmektedir.³⁷⁶ Çünkü ayıbın giderilmesi veya ücretin indirilmesini isteme haklarının kullanılması halinde, sözleşme sona ermeyecek; sözleşme sona ermediği için de, ancak geçersiz bir sözleşmenin

³⁷³ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş Beşinci Baskı Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 323., Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul 1966, s. 339, Y. Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi ve Kavramlar**, Faruk EREM'e Armağan, TBB. Yayını, Ankara 1999, s. 192.

³⁷⁴ Oğuzman/Öz, a.g.e. s. 340., Saymen/Elbir, a.g.e. s. 462, Selimoğlu, a.g.e. s. 192.

³⁷⁵ Selimoğlu, a.g.e. s. 192, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 184.

³⁷⁶ Yarg. 15. HD. 12.05.1994 tarihli, 1994/545 E., 1994/3093 K. sayılı ilâmı: “Eser sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklarda, tazminat hesabı yaptırılırken, yapılmayan kısmın, tüm işe göre fiziki oranının bulunmasında, gayri melhuz işler hesaba katılmamalıdır. Sözleşmenin feshi nedeniyle menfi zararın tazmini davası açılmışsa, olumlu zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti talep edilemez. Menfi zarar, feshin kesinleştiği tarihten itibaren gerçekleşmemiş işler dolayısıyla istenebilir. Sözleşme dışı işlerin zaruri olması halinde yüklenicinin alacağı, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirleneceğinden, işlerin yapıldığı tarihteki rayiç esas alınır.” YKD. 1995, s. 769-770.

Aynı yönde Yarg. 15. HD. 01.02.1996 tarih ve 1996/310, 1996/535 K. sayılı ilâmı: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin kusuru nedeniyle feshedilirse, yüklenicinin hak ettiği bedel; birim fiyatına göre değil, işin fiziki oranına göre belirlenmelidir. Menfi zarar, bir başkasıyla daha uygun koşullarda sözleşme yapma olanağı kaçırılmış ve işin yükleniciden başkasına yaptırılmış olması durumunda, aradaki farktır. YKD. 1997, s. 740.

bulunduğu hallerde istenebilen menfi zararın bu durumda istenebilmesi mümkün olmayacaktır.³⁷⁷

Müteahhidin, ayıplı eser nedeniyle iş sahibinin doğan zararlarını karşılarken, zararın belirlenmesine esas olacak parasal değerlerin hangi ana göre belirleneceği bir sorun teşkil eder.. Bu konudaki hakim olan görüşe göre³⁷⁸, parasal değerler belirlenirken, hüküm tarihi esas alınmalıdır. Yargıtay ise, uygulamada dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarını esas almaktadır.³⁷⁹ Kanaatimizce, eserdeki ayıp nedeniyle zarara uğrayan iş sahibinin, Türkiye de bulunan yüksek enflasyonun etkisinden korunabilmesi için tazminatı belirlemeye yarayacak parasal değerın hüküm tarihi esas alınarak belirlenmesi daha isabetli olacaktır.

³⁷⁷ Öz, a.g.e. s. 295, Selimoğlu, a.g.e. s. 192.

³⁷⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e. s. 351., Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993**, s. 602.

³⁷⁹ Yarg. 15. HD. 9.5.1997 tarihli 1997/1426 E., 1997/2474 K. sayılı ilâmı: “İnşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olmamasından dolayı bağımsız bölümlerdeki değer kaybının istenmesi halinde, davacının kayıtsız olarak, zararın artışına neden olmasından dolayı, dava tarihindeki fiyatlar değil, ayıp ve noksanlıkların öğrenildiği tarihi takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, bilirkişiler, projeye uygun ve noksansız yapılması halindeki değer ve mevcut halin değeri hesaplattırılmalıdır.” YKD. 1997, s. 948-949.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNU SONA ERDİREN NEDENLER

I. ESERDEKİ AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEBİLİR OLMASI

Meydana getirilen eserdeki ayıptan dolayı müteahhidi sorumlu tutabilmek için yukarıda belirttiğimiz³⁸⁰ şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar gerçekleştiğinde, iş sahibi, müteahhidi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanmak suretiyle sorumlu tutabilecektir. Ancak meydana gelen ayıp, iş sahibine yüklenebilecek bir durumdan meydana geldiyse, o halde sorumluluk iş sahibine ait olacaktır. Başka bir deyişle, iş sahibinin belirli davranışları, eserin ayıplı olmasına neden olursa, artık iş sahibi, ayıplı meydana getirilmiş eseri kabul etmek zorunda kalacak ve bu ayıp nedeniyle müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

İstisna sözleşmesi ile ilgili hükümlerde, eserin ayıplı olmasına iş sahibinin davranışlarının sebep olması ve müteahhidin sorumluluğunun kalkması hallerinden sadece iki tanesi belirtilmiştir. BK' nın 361' inci maddesinde belirtilen bu durumlardan ilki genel, diğeri özel niteliktedir. Genel olarak nitelendirilen durum, "herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa" cümlesi ile; özel durum ise, "müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur" cümlesi ile ifade edilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, özel durum dışında da eserin ayıplı olmasına yol açan bir neden iş sahibine yüklenebiliyor ise, müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. Bir başka deyişle, bu iki durum dışında da, eserdeki ayıplar çeşitli nedenlerden dolayı iş sahibinden kaynaklanabilir. Kuşkusuz bu nedenleri tek tek saymak veya kategorize etmek mümkün değildir. Somut olayın koşulları dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme ile, eğer iş sahibinden kaynaklanan bir neden,

³⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 2.

eserin ayıplı olmasına yol açmışsa ve bu neden, ayıbın doğumuna yetecek ölçüde bir ağırlık taşıyorsa, artık ayıbın iş sahibi yüzünden doğduğu kabul edilecek ve müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.³⁸¹

BK' nın 361' inci maddesinden de anlaşılacağı üzere, eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin kendisinden kaynaklanan durumun, müteahhidin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, kendisinin kusurlu olması şart olmayıp, bu durumun kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenden kaynaklanması yeterlidir.³⁸² Burada iş sahibi, sorumlu tutulabileceği uygun bir nedenle eserdeki ayıbın doğumuna katkıda bulunmakta ve bu katkı, ayıbın doğmasında tek başına etkili görünecek derecede ağır basmaktadır.³⁸³ Bu durum, ayıp nedeniyle sorumluluğuna gidilen müteahhidin, eserdeki ayıbın meydana gelmesinde bir kusurunun aranmaması ile benzerlik göstermektedir.

Eserde meydana gelen ayıp, tek başına iş sahibine yüklenemiyor, müteahhidin de davranışları, ayıbın meydana gelmesinde etkin ise, müteahhit sorumluluktan kurtulamayacak, iş sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kalkmayacaktır.³⁸⁴ İş sahibinin kusurunun müteahhidin kusuru ile ortak bir şekilde meydana getirilen eserde temerküz etmesi halinde, BK'nın 44' üncü maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, iş sahibinin kusuru, mütefârik kusur olarak değerlendirilecek, ücret indirimi ve tazminat talebinde iş sahibinin bu kusuru, kendi aleyhinde değerlendirilecektir.³⁸⁵

A. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Talimatından Doğması

Eserde ortaya çıkan ayıbın, iş sahibine yüklendiği ilk neden, BK' nın 361' inci maddesinde belirtilen, eserdeki ayıbın iş sahibinin müteahhide

³⁸¹ Tunçomağ (Özel), s. 1037.

³⁸² Öz, a.g.e. s. 111, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 234.

³⁸³ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 209.

³⁸⁴ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 190.

³⁸⁵ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 209, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 190, dp. 211, Öz, a.g.e. s. 111, Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 79.

yöneltiği talimatlardan doğması halidir. Meydana getirilen eserin sahibi, işin nasıl görüleceği, işlerin sırası, malzemenin niteliği ve cinsi gibi çeşitli konularda müteahhide talimat verebilir.³⁸⁶ Bu talimatlar, sözleşmenin kurulması aşamasında veya eserin meydana getirilmesi esnasında söz konusu olabilir. Bu talimatlar, iş sahibinin ifa yardımcıları tarafından da verilebilir.³⁸⁷ Örneğin, bir bina yapımında, iş sahibine bağlı olarak çalışan mimar veya mühendislerin vereceği talimatlar bu niteliktedir.³⁸⁸ Çünkü mimar ve mühendisler BK' nın 100' üncü maddesi anlamında, iş sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar.

İş sahibi veya ifa yardımcılarının talimatları sözlü olabileceği gibi, yazılı da olabilir.³⁸⁹

İş sahibi veya ifa yardımcıları tarafından verilen talimatlar, eserin ayıplı olmasına neden olursa müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulması için yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Eserin ayıplı olmasının iş sahibinin talimatından doğmasının yanında, müteahhide de uyarma yükümlülüğü getirilmiştir. Bir başka deyişle, BK' nın 361' inci maddesi hükmü, iş sahibinin talimatlarının eserin ayıplı olmasına neden olması durumunu, tek başına müteahhidin sorumluluktan kurtulması için yeterli saymamakta; ayrıca, sorumluluktan kurtulmak isteyen müteahhidin, bu talimatların yanlışlığı konusunda, iş sahibini açıkça uarması gereğini de aramaktadır. Bu durum BK' nın 361' inci maddesinde, "...müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak..." şeklinde ifade edilmiştir.

Müteahhide düşen uyarma yükümlülüğü, iş sahibinin talimatından önce veya sonra olabilir. Müteahhidin yaptığı bu açıklama bir irade açıklaması olmayıp, bilgi açıklaması niteliğindedir.³⁹⁰ Bu uyarı ile, iş sahibinin talimatının yanlış olduğu, bu talimata uyulursa, eserde bir ayıp meydana

³⁸⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 210, Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 79-80.

³⁸⁷ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 192, Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 79.

³⁸⁸ Uçar, (Tekeffül Borcu), s. 235, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 192.

³⁸⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 210, Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 79.

³⁹⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 211.

geleceği iş sahibine bildirilmektedir.³⁹¹ Ancak burada talimatta ısrar edilmesi halinde, müteahhidin, sorumluluktan kurtulacağını ve iş sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağını ayrıca bildirmeye gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüş³⁹², uzman olmayan iş sahibi karşısında müteahhidin sorumluluktan kurtulması durumu söz konusu olduğu için müteahhidin bu durumu ayrıca iş sahibine bildirmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı konudaki diğer bir görüşe göre ise³⁹³ BK' nın 361' inci maddesinde böyle bir şart aranmadığı için, müteahhidin, sorumluluktan kurtulacağını ayrıca açıklamasına gerek olmadığını kabul etmektedir. Kanımızca, müteahhidin sorumluluktan kurtulacağını iş sahibine bildirmesi daha isabetli olacaktır. İstisna sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından olan, bu işle sürekli meşgul olan, hatta bunu büyük ölçekli şirketler seviyesinde yapan müteahhit karşısında, belki de ilk ve son defa bir eser yaptırabilen ve bu konularda tecrübe sahibi olmayan iş sahibinin, müteahhit tarafından bu konuda bilgilendirilmesi, kanunun getirdiği ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeninin mantığına daha uygun olacaktır.

Müteahhidin üzerine düşen uyarı yükümlülüğü, herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Bu uyarının sözlü veya yazılı şekilde yapılması mümkündür.³⁹⁴ Ancak ispat kolaylığı açısından uyarının yazılı veya resmî şekilde yapılması yerinde olacaktır. Pek tabii ki bu konuda taraflar, aralarında belli bir şekil şartı konusunda anlaşma da yapabilirler. Fakat bu konuda, BİGŞ' nin 11' inci ve 13' üncü maddesi hükümleriyle, bu şartnameye tabi işlerde şekil şartı konulmuştur. Buna göre, müteahhit, kendisine verilen talimatın sözleşmeye veya tekniğe aykırı olduğu kanaatinde ise, talimat tarihinden itibaren on beş gün içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır.

³⁹¹ Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 80.

³⁹² Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 194, Eren (İnşaat Sözleşmeleri-II), s. 81.

³⁹³ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 240, Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 211.

³⁹⁴ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 221.

İş sahibinin talimatı ile eserin ayıplı olabileceğini iş sahibine bildirerek uyarma yükümlülüğünü yerine getiren müteahhidin, iş sahibinden gelecek cevabı bir süre beklemesi gerekir. İş sahibi verdiği talimatta ısrar ederse, müteahhit, eserin ayıplı olmasından dolayı sorumluluktan kurtulacaktır.³⁹⁵ Buradaki müteahhidin uyarma yükümlülüğü bazı hallerde bulunmamaktadır. Müteahhidin, uzmanlığı gereği değerlendirme kapasitesinin dışında olan hallerde iş sahibinin talimatları için, kendisini uyarma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle müteahhit, iş sahibinin talimatının yanlışlığını bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, iş sahibini uyarıya dahi ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu olmayacaktır.³⁹⁶ Aynı şekilde iş sahibi talimat verdiği konuda uzman ise, kural olarak müteahhidin talimat hakkında iş sahibini uyarma yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁹⁷ Burada ispat yükü müteahhide ait bulunmaktadır. Müteahhit, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir durumdan kaynaklandığını ve uyarma yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya uyarma yükümlülüğü bulunmadığını ispat etmek zorundadır.³⁹⁸

B. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Sağladığı Malzeme veya Arsanın Ayıbından Doğması

Eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenebildiği ve düzenlemesini BK' nın 357/3' üncü maddesinde bulan, ayıbın, iş sahibi tarafından verilen malzemeden veya arsadan doğması hali de ayıplı eserden dolayı müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sona erdirmektedir. Bu durumda eserdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın³⁹⁹ ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak müteahhidin, meydana gelen ayıplı eserden dolayı ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi

³⁹⁵ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 241.

³⁹⁶ Öz, a.g.e. s.111, Tandoğan (Özel Borç ilişkileri), s. 213-214.

³⁹⁷ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 241.

³⁹⁸ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 198.

³⁹⁹ Örneğin, iş sahibinin gösterdiği arsanın zemin olarak binanın yapımına elverişli olmaması, bunun sonucunda da binanın temel duvarlarının çökmesi, gösterilen arsanın esere elverişsiz olması gibi.

için, ayıbın iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsadan kaynaklanması yeterli değildir. Bunun yanında ayrıca, müteahhidin arsayı ve malzemeleri kontrol ve bunların elverişsizliğini iş sahibine bildirmesi gerekir. Başka bir deyişle, burada da eserdeki ayıbın iş sahibinin talimatından doğması halinde olduğu gibi, müteahhidin uyarma yükümlülüğü vardır.⁴⁰⁰ Müteahhit bu uyarma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Bazı durumlarda iş sahibi doğrudan malzeme sağlamamakla birlikte, alınacak malzemenin hangi firmadan alınacağı konusunda müteahhide talimat verebilmektedir. Kendisinden malzeme alınması talimatı verilen firmanın malzemeleri elverişsiz olur, kullanıldığında eseri ayıplı kılar ve bu durum müteahhit tarafından iş sahibine bildirilir, ancak iş sahibi de bu konudaki talimatında ısrar ederse, müteahhit bu malzeme nedeniyle meydana gelen ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulacaktır.⁴⁰¹

Müteahhidin uyarma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, herhangi bir şekle tabi değildir. Sözlü veya yazılı şekilde yapılması mümkündür.⁴⁰² Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı veya resmî şekilde yapılması yerinde olacaktır. Pek tabi ki bu konuda taraflar, aralarında belli bir şekil şartı konusunda anlaşma da yapabilirler. Fakat bu konuda, BİGS' nin 11 ve 13'üncü maddesi hükümleriyle, bu şartnameye tabi işlerde şekil şartı konulmuştur.

⁴⁰⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 215, Öz, a.g.e. s. 111.

⁴⁰¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 215, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 363

⁴⁰² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 221.

II. İŞ SAHİBİNİN ESERİ KABUL ETMESİ

BK' nın 362' nci maddesi⁴⁰³ ile, iş sahibinin, ayıplı eseri açık veya örtülü bir şekilde kabul etmesi ile, müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunun sona ereceği kabul edilmiştir.

Kabul beyanı, eserin teslimi⁴⁰⁴ ile karıştırılmamalıdır.⁴⁰⁵ Çünkü eserin teslimi, sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla müteahhidin, eseri, iş sahibinin emrine vermesi ve onun üzerinde dolaysız hakimiyetini sağlayarak onun kullanımına bırakmasıdır.⁴⁰⁶ Buna karşılık kabul, iş sahibinin, teslim edilmiş ayıplı eserin sözleşmeye uygun olduğunu beyan ederek, eser ayıplı olsa bile, müteahhidin hukuken borcunu ifa ettiğini açıklamasıdır.⁴⁰⁷

İş sahibi, kabul beyanından tek taraflı olarak geri dönemez.⁴⁰⁸ Ancak iş sahibi önceden kabul beyanında bulunurken, ihtirazî kayıt (çekince, ön koşul, belli hakları kullanma hakkının saklı tutulması) koyarak, eserdeki ayıpların giderilmesi şartıyla eseri kabul edebilir.⁴⁰⁹

Eserin iş sahibi tarafından kabulünü düzenleyen BK' nın 362' nci maddesi hükmü, açık-gizli ayıp ayrımını göz önünde tutarak bir düzenleme

⁴⁰³ BK'nın 362. maddesi: "Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakıp mütaahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak mütaahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir.

Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbari ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır.

Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti mütaahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır."

⁴⁰⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 2., II.

⁴⁰⁵ Yarg. 15. HD. 15.06.1992 tarihli ve 1992/3006 E., 1992/3087 K. sayılı ilâmi: "... Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi(BK. mad. 359) 'eserin teslimi' ile 'eserin kabulü' de eş anlamlı değildir." YKD. 1993, s. 227.

⁴⁰⁶ Tunçomağ (Özel), s. 1012.

⁴⁰⁷ Öz, a.g.e. s. 119.

⁴⁰⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 217, Öz, a.g.e. s. 119.

⁴⁰⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 218, Ayrıca Yarg. 15. HD. 15.5.1980 tarihli 1980/780 E., 1980/1280 K. sayılı ilâmi: "İstisna akdi kalorifer bacasına konması gereken kurum tutucu ile ilgilidir. Ayıplar gözle görülebilecek nitelikte ayıplar olup, davacı teslim sırasında bu yönden bir hak saklı tutmamıştır. Dava dilekçesine ileri sürüldüğü gibi davalının bu eksiklikleri tamamlayacağı sözleri üzerine teslim alındığı iddiası geçerli kanıtlarla ispat edilememiştir." YKD. Eylül 1980, s. 1315.

getirmiştir. Kabulün sonuçlarını bu ayrımı dikkate alarak izah etmek, kanunun sistematığına de uygun olacaktır.

İş sahibi açık ayıplar⁴¹⁰ın varlığı halinde, bu açık ayıbı kabul ederse, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Bu kabul açık veya örtülü⁴¹¹ bir şekilde olabilir. BK' nın 362/2' nci maddesine göre, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması hali de eserin örtülü olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir. İş sahibi eseri sözleşmenin her aşamasında, ister eseri teslim alırken, isterse ayıp ihbarında bulunurken kabul edebilir.

İş sahibi açık nitelikte ayıplı olan eseri kabul etmekle, BK' nın 360' ıncı maddesinden doğan haklar ile birlikte aynı zamanda ayıp sonucu ortaya çıkan zararının giderilmesini isteme hakkını da kaybetmektedir. Ancak, teslimin gecikmesinden dolayı genel hükümlere göre tazminat isteme gibi ayıba ilişkin olmayan haklarının bu kabulden etkilenmeyeceği, bu hakların düşmemesi nedeniyle talep edilebileceği kabul edilmektedir.⁴¹² Bununla birlikte iş sahibi, kendisine teslim edilen ayıplı eseri, ayıba ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle şartlı olarak kabul ederse, müteahhidin sorumluluğu devam edecektir. Bir inşaat sözleşmesinde, inşaat sahibinin, inşaatatta belirttiği düzeltmelerin yapılması kaydıyla eseri kabul etmesi durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Bu halde, düzeltmeler yapılmadığı sürece şart yerine getirilmiş olmayacağından, eser kabul edilmiş sayılmaz ve iş sahibinin hakları da bu şartlı kabulden etkilenmez.

⁴¹⁰ Açık ayıp tanımı için bkz. İkinci Bölüm, § 2., III, B, 1.

⁴¹¹ Örneğin, iş sahibinin eserdeki ayıpları bilmesine rağmen, bu ayıplara ilişkin hakkını saklı tutmaksızın eseri kabul etmesi veya onu kullanması, eserin örtülü olarak kabulü anlamına gelir. Tunçomağ (Özel), s. 1021.

⁴¹² Öz, a.g.e. s. 119, dp. 172. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 218, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 200-201.

Borçlar Kanunu, eserin kabulünün ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldıracı etkisini sadece açık ayıplar için kabul etmiştir. Gizli ayıpların⁴¹³ varlığı halinde eserin kabulü farklı düzenlenmiştir.⁴¹⁴

Gizli ayıpların eserde mevcut olduğu tespit edilirse, bu durum derhal müteahhide bildirilmelidir. İş sahibi bu bildirim yapmazsa, kanun maddesinin açık anlatımı gereği eseri kabul etmiş sayılır ve ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder.⁴¹⁵ Hal böyle olmakla birlikte, BK' nın 362/1' inci maddesi hükmü, iş sahibinin kabulü ile ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ortadan kalkmasına bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, müteahhidin kasten sakladığı gizli ayıplar hakkında kendisinin sorumluluğu devam etmektedir.

BK' nın 362/3' üncü maddesinde kabul edilen, gizli ayıpların varlığı halinde iş sahibine bu durumu müteahhide bildirme yükümlülüğü getiren düzenlemenin, müteahhidin kasten sakladığı ayıplar bakımından da geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴¹⁶, müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıplar ortaya çıkınca, aynen gizli ayıp durumunda olduğu gibi, iş sahibinin, bu kasten saklanmış ayıbı da bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmiş sayılacaktır. Bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüş⁴¹⁷, müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıpların kendisi tarafından zaten bilindiğini, bu nedenle kendisinin bildiği ayıpları ikinci kez kendisine bildirmenin anlamsız olduğunu, bu nedenle kasten saklanan ayıbın tespiti halinde, bu durumu müteahhide bildirmeyen iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmeyeceğini belirtmektedir.

⁴¹³ Gizli ayıp tanım için bkz. İkinci Bölüm, § 2., III, B, 1.

⁴¹⁴ BK'nın 362/3. maddesi: *"Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır."*

⁴¹⁵ Yarg. 15. HD. 29.1.1979 tarihli ve 1979/71 E., 1971/134 K. sayılı ilâmı: *"Yapılan şeydeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi durumu öğrenir öğrenmez, ayıplı işi yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi halde iş sahibi eseri olduğu gibi kabul etmiş sayılır."* YKD. 1979, s. 1191.

⁴¹⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 220, Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s. 363, Zevkliler, a.g.e. s.339.

⁴¹⁷ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 202-203.

Kasten saklanan ayıpların tespiti halinde bu durumun, iş sahibi tarafından müteahhide bildirilmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda Yargıtay, hem gizli ayıpları, hem de müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıpları aynı biçimde değerlendirmekte, her iki durumun ortaya çıkması halinde, iş sahibinin müteahhide bildirimde bulunmadığı hallerin, eserin örtülü olarak kabul edilmiş sayılacağı sonucunu doğuracağı görüşünü savunmaktadır.⁴¹⁸

III. ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞ OLMASI

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi BK' nın 363' üncü maddesinde⁴¹⁹ düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, gayri menkule ilişkin durumlar hariç, istisna sözleşmeleri için özel zamanaşımı süreleri öngörülmemiş, satım sözleşmesinde alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tâbi olduğu zamanaşımı sürelerine atıfta bulunulmakla yetinilmiştir.⁴²⁰ BK' nın 363' üncü maddesi, sadece satım sözleşmesi ile ilgili olarak BK' nın 207' nci maddesine atıf yapmakla kalmamakta, aynı zamanda taraflar tacir ise TTK' nın 25/b.4' e de bu atfı genişletmekte, böylece, tarafları tacir olan istisna sözleşmelerinde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı da teslimden itibaren altı

⁴¹⁸ Yarg. 15. HD. 22.5.1980 tarihli ve 1980/871 E., 1980/1336 K. sayılı ilâmı: *"Taraflar arasında bina yapımına ilişkin istisna akdi vardır. Davacı ayıplı işler dolayısıyla nesafet farkı istemektedir.... yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülemeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder. Yapılan şeydeki bozukluk sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi halde eseri kabul etmiş sayılır".* YKD. 1980, s. 1316-1317.

⁴¹⁹ BK'nın 363. maddesi: *"Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaat müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir."*

⁴²⁰ Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz (Satıcı), s. 155 vd.

ay olarak kabul edilmektedir.⁴²¹ Sonuç olarak, satım sözleşmesinden kaynaklanan ve taşınırlara uygulanması gereken bir yıl (BK' nın 207' nci maddesi), taşınmazlara⁴²² ilişkin beş yıl⁴²³ (BK' nın 363/2' nci maddesi), ve tacirlere ilişkin altı ay (TTK' nın 25/b.4 maddesi) olmak üzere üç farklı zamanaşımı ortaya çıkmaktadır.⁴²⁴

Eğer ayıp, müteahhit tarafından kasten gizlenir ise, bu halde bu üç zamanaşımından hiçbirisi göz önünde bulundurulmaz; satım sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle, BK' nın 207/3' üncü maddesine kıyasen, böyle bir durumda on yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmektedir.⁴²⁵

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin haklarını kullanmasının tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin düzenleme sadece, BK' nın 363' üncü maddesinde yer almamaktadır. Bu düzenlemenin yanında, farklı bir durum ortaya çıkaran BK' nın 126' ncı maddesine eklenen dördüncü bent⁴²⁶, istisna sözleşmesindeki zamanaşımı süresi konusunda tereddüt yaşanmasına yol açmıştır. Getirilen “müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” bendi ile beş yıllık zamanaşımı süresi tayin edilmiştir. Bu bendin getirilmesi ile BK' nın 363' üncü maddesinin uygulanırlılığı ile ilgili doktrinde ve uygulamada tereddütler doğmuştur.

⁴²¹ Haluk Tandoğan, **İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı**, Batider, 1982/3, s. 2, Ali Ayan, **İstisna Akdinde Zamanaşımı**, Adalet Dergisi, 1987/3, s. 70.

⁴²² Öğretide yapılan tanıma göre BK'nın 363/2 'nci maddesi anlamında eser, malzeme ve emek kullanılarak arza doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde bağlı olarak meydana getirilen taşınmaz şeylerdir. Bkz. Şenocak, a.g.e. s. 236, Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 208-209.

⁴²³ Taşınmazlar bakımından beş yıllık sürenin kabul edilmesinde, taşınmaz inşaatın gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının anlaşılması için bir yıllık zamanaşımı süresinin yetmeyeceği düşüncesi etkili olmuştur. Bkz. Uçar (Tekeffül Borcu), s. 267.

⁴²⁴ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 264.

⁴²⁵ Tandoğan (Zamanaşımı), s. 4.

⁴²⁶ Bkz. TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41. maddesi ile getirilen değişiklik.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁴²⁷, BK' nın 126/4' üncü maddesinin getirilmesi ile, 363' üncü maddesinin 207' nci maddesine yaptığı atıf artık ortadan kalkmıştır. Böylece, imâl edilen eserin taşınmaz eser olup olmadığıyla ilgilenilmeksizin ayıba karşı tekeffülden doğan haklar eserin tesliminden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuş ve artık taşınmaz inşaat niteliğinde olmayan eserler bakımından da bir yıllık zamanaşımı süresinin bir önemi kalmamıştır. Buna göre, BK' nın 363' üncü maddesinin, BK' nın 207' nci maddesine yaptığı atıf nedeniyle ortaya çıkan bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmayacak, BK' nın 126/4' üncü maddesindeki beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Bununla birlikte, BK' nın 126/4' üncü maddesinde açıkça beş yıllık zamanaşımı süresi dışında kalacağı belirtilen “...müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar”, BK' nın 125' inci maddesindeki on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

BK' nın 126/4' üncü maddesinin, BK' nın 363' üncü maddesinin 207'nci maddeye yaptığı atıf konusundaki etkisinin ne olacağı hakkında doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁴²⁸, BK' nın 363' üncü maddesi, BK' nın 126/4' üncü maddesi karşısında özel bir hüküm niteliğinde olduğundan, öncelikle uygulanması gerekir. BK' nın 126/4' üncü maddesi, 363' üncü maddeyi kaldırmamıştır. Aksine onu saklı tutarak öncelikle uygulanmasını sağlamıştır. Bunun yanında, BK' nın 126/4' üncü maddesinin amacı, fazla uzun olan bazı zamanaşımı sürelerini kısaltmaktır. Böylece, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş meydana getirme ağır kusura dayansa bile, bu konuda özel hüküm olan BK' nın 363/1' inci maddesinin atfı ile, BK' nın 207/1'inci maddesi ve onun öngördüğü bir yıllık, müteahhidin

⁴²⁷ Yaşar Karayalçın, **İstisna Akdi-Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975, s.32, M. Reşit Karahasan, **Mülkiyet Hukuku**, İstanbul 1975, s. 1099-1100, Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı Ve Uygulaması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 43, Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat Ve Alacaklarda Zamanaşımı**, Legal Yayınevi, İstanbul 2004, s. 52.

⁴²⁸ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri), s. 229 vd., Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 205, Öz, a.g.e. s. 133-134, Yavuz (Borçlar), s. 300-301, Aral, a.g.e. s. 364 vd., Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e. s.363-364, Uçar (Tekeffül Borcu), s. 271, Şenocak, a.g.e. s. 232.

ayıbı kasden gizlemesi durumunda ise BK' nın 125' inci maddesi değil, BK' nın 207/3' üncü maddesi hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. BK' nın 126/4' üncü maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresi ise, ancak, müteahhidin iş sahibine karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı ve eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlarından dolayı iş sahibinin ona karşı ileri süreceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır.

Bu tartışmalı konuda, Yargıtay, birinci görüşü destekler mahiyette kararlar⁴²⁹ vermiş ise de, Hukuk Genel Kurulu' nun bir kararı ile⁴³⁰, açıkça

⁴²⁹ Yarg. 15. HD. 31.5.1988 tarihli ve 1988/3687E., 1988/2136K. sayılı ilâmi için bkz YKD. 1989, s. 81; Ayrıca Yarg. 15. HD. 18.4.1985 tarihli ve 1985/3740E., 1985/1315K. sayılı ilâmi için bkz. YKD. 1985, s. 1512.

⁴³⁰ Yarg. HGK'nun 31.10.1995 tarihli ve 1995/12066E, 1995/14247K. sayılı ilâmi için bkz. YKD. 1996, s. 521 vd.: "Özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk, davada BK'nın 363/1. maddesi yollamasıyla aynı kanunun 207/1. maddesindeki bir yıllık ve TTK'nın 24/4. maddesinde altı aylık zamanaşımı süresinin mi, yoksa BK'nın 126/4. maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı noktasında toplanmaktadır. BK'nın 363/1. maddesinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu hakların, alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımına bağlı olduğu açıklanmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gayrimenkul inşaatla ait kusurlardan dolayı iş sahibinin yükleniciye ve inşaatı iştirak eden mimar ve mühendise karşı açacağı davanın , teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu madde, eser sözleşmelerinde yapılan şeyin kusurlu, diğer bir ifadeyle ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı süresini göstermektedir. Maddenin ikinci fıkrası taşınmaz inşaatla ilgili olduğundan birinci fıkrasının taşınır mallarla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Birinci fıkranın gönderme yaptığı BK'nın 207/1. maddesinde taşınır malların satımında ayıba karşı tekeffülden dolayı açılacak her türlü davanın, teslim tarihinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hükmü yer almıştır. Aynı maddenin son fıkrasında, satıcı, alıcıyı iğfal etmişse bir yıllık zamanaşımından yararlanamayacağı açıklanmıştır. TTK'nın 25/4. maddesinde de, BK'nın 207. maddesindeki zamanaşımı süresinin tacirler arasındaki ticari satışlarda altı ay olduğu hükmüne yer verilmiştir. BK'nın 126. maddesine 4. fıkra eklenmeden önce, eser sözleşmelerinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı hakkında BK'nın yukarıda açıklanan 363. maddesi ve dolayısıyla BK'nın 207. maddesi ile TTK'nın 25/4. maddesi hükümleri, eser sözleşmelerinden dolayı açılacak diğer davaların zamanaşımı süresi hakkında da BK'nın 125. maddesi hükmü uygulanmakta idi.

1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.1956 günlü ve 6763 sayılı "Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanunu" nun 41. maddesi ile BK'nın 126. maddesine eklenen 4. fıkrada ise, "...müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar" beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu fıkrada "istisna akdinden doğan bütün davalar" denildiği için, artık BK'nın 363. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır. Müteahhidin kast veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış yahut ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar bu fıkra hükmünden hariç tutulmakla, bu gibi davaların BK'nın 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımına tabi tutulması istenmiştir.

BK'nın 126/4' üncü maddesinin BK' nın 363' üncü maddesini ilga ettiğini kabul eden bir irade ortaya koymuştur.

Kanaatimizce, ikinci görüşü benimsemek, hakkaniyete ve iş hayatının gereklerine daha uygun düşmektedir. Aslında BK' nın 126' ncı maddesine eklenen dördüncü bent, BK' nın 363' üncü maddesini yürürlükten kaldırmamaktadır. Nitekim madde metninde bu husus, ayıptan doğan davaların hariç tutulmasıyla açıkça ifade edilmiştir. Madde hükmüne göre bu davalar ayırık tutulduğuna göre adı geçen davalar için getirilmiş olan hükümlerin özel ve öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. BK' nın 126'ncı maddesinin 4' üncü fıkrasının getirilmesindeki temel amaç, taşınmazlar dışında kalan eserler bakımından alacağın vaktinde istenmesini ve bunlara ilişkin davaların bir an önce görülmesini sağlamaktır. Kanun koyucu, BK' nın 126/4' üncü maddesini getirerek, taşınır eserler bakımından zaten kısa olan bir yıllık ve altı aylık zamanaşımı sürelerini beş yıla çıkarmak değil, iş hayatının gereklerine uymayan ve oldukça uzun bulunan on yıllık zamanaşımı süresini beş yıla indirmek amacını yerine getirmeye

Böylece eser sözleşmesinden dolayı açılacak davalar, yüklenicinin kasıd veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. BK'nın 126/4. maddesi, ayıplı işlerden dolayı açılacak davaları da, kapsamına aldığından, 1.1.1957 tarihinden itibaren BK'nın 363 ve dolayısıyla BK'nın 207 ve TTK'nın 25/4. maddelerinin uygulanması mümkün değildir.

Kanun metninin, yorumu gerektirmeyecek bir şekilde açık olması halinde, yasama çalışmalarında geçen sözlere bakılarak, kanun metnine aykırı düşecek bir yoruma başvurulamaz. BK'nın 126. maddesine 4. fıkra eklenmesi TBMM Adliye Encümeninde kabul edilmiştir. Adliye Encümeni raporunda; şirket, vekalet, komisyon, acentalık, tellallık ve eser sözleşmelerinden doğan davaların on yıllık uzun bir zamanaşımına tabi olmasının doğru olmadığı belirtilerek, bu gibi davaların beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmasının doğru olacağı benimsenmiştir. TBMM Genel Kurulunda da, bu madde, üzerinde müzakere açılmadan kabul edilmiştir.

Adliye Encümeni raporundaki sözlere bakılarak, eser sözleşmelerindeki on yıllık zamanaşımı süresinin beş yıla indirildiği, BK'nın 363. maddesindeki bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği yolundaki bir görüş, BK'nın 126/4. maddesindeki "istisna akdinden doğan bütün davalar" şeklindeki açık kanun hükmüne aykırı olduğu gibi, bu fıkradan hariç tutulan kast veya ağır kusurla ayıplı eser meydana getirilmesi halinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını öngören hüküm ile de bağdaşmaz.

Somut olayda, yüklenicinin kast veya ağır kusuru ileri sürülmediğinden BK'nın 126/4. maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu itibarla dava, teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi geçmeden açıldığı için esasının incelenmesi gereğine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen özel daire bozma ilamına uyulması gerekir."

çalışmıştır.⁴³¹ Bu sonuca göre, müteahhidin kast veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.⁴³² Bu beş yıllık süre, müteahhide karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı için, sonra da eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlardan dolayı iş sahibinin müteahhide karşı ileri sürebileceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır.

Zamanaşımı süreleri, BK' nın 125' inci ve 126' ncı maddelerindeki beş ve on yıllık süreler olarak kabul edilmesi halinde, taraflar sözleşme ile zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapamayacaklardır. Buna karşılık eğer BK'nın 363' üncü maddedeki bir yıl, altı ay ve beş yıllık süreler kabul edilecek olursa, bu halde taraflar anlaşma ile bu süreleri uzatma veya kısaltma imkanına sahiptirler.⁴³³ Diğer taraftan birinci görüşün benimsenmesi halinde ortaya çıkan diğer bir sonuç, TTK' nın 25/4' üncü maddesi hükmüne yer olmayacağıdır. Halbuki, BK' nın 363' üncü maddesindeki yollamanın kalkmadığı görüşü benimsenirse, TTK' nın 25/4' üncü maddesi, uygulanmaya devam edecektir.

Zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı anın başlangıcı, teslim ile belirlenir. Ancak buradaki teslim, eserin iş sahibi tarafından kabulü ile karıştırılmamalıdır.⁴³⁴

Zamanaşımı süresinin dolmasıyla, artık iş sahibi, ayıplı eserden doğan haklarını müteahhide karşı ileri süremez. Kuşkusuz BK' nın 140' inci maddesi gereğince, müteahhidin zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürmesi gerekecektir. Çünkü, hakim, zamanaşımı süresinin geçtiğini re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutamaz.

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tâbi olduğu sürelerin zamanaşımı mahiyetinde olduğu kabul

⁴³¹ Uçar (Tekeffül Borcu), s. 271.

⁴³² Zaten, taşınır mal ve hizmet satımını konu edinen ve dolayısıyla tüketim amaçlı istisna sözleşmelerini de kapsayan 4077 sayılı kanunda da bu tür mallardaki ayıplar için 5 yıl değil, 2 yıl gibi kısa bir zaman süresi öngörülmüştür. Bkz. Uçar (Tekeffül Borcu), s. 271-272.

⁴³³ Tandoğan(Zamanaşımı), s. 5.

⁴³⁴ Seliçi(Müteahhidin Sorumluluğu), s. 203.

edildiğinden, Borçlar Kanununun zamanaşımı sürelerinin durmasına (BK' nın 132' nci maddesi) ve kesilmesine (BK' nın 133' üncü maddesi) ilişkin hükümleri kıyasen bu süreler hakkında da uygulama alanı bulur.⁴³⁵

⁴³⁵ Öz, a.g.e. s. 119, Tunçomağ(Özel), s. 1038.

SONUÇ

İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen rızaî bir sözleşmedir.

Borçlar Kanununda tanımı yapılmayan eser kavramının içeriğine nelerin girdiği hususu, doktrin ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, eser kavramının içeriğini, sadece eşyayı biçimlendiren ve değiştiren durumlara mahsus kılma ve yalnızca maddi varlığı olan şeylerle sınırlandırmak doğru değildir. Maddi olmayan varlıkların da, maddi bir varlıkta somutlaşmaları, bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmaları ve iktisadi bir değer taşımaları koşuluyla eser olarak kabul edilmesi gerekir.

İstisna sözleşmesinde taraflar, ücreti iki şekilde tespit edebilirler. Bunlardan birincisi götürü ücret (BK'nın 365' inci maddesi), diğeri de kararlaştırılmamış veya takribi olarak kararlaştırılmış ücrettir.

İstisna sözleşmesinin ifa anı, eserin müteahhit tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslim anı olduğundan, kural olarak istisna sözleşmesinin, ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir. Ancak meydana getirilecek eser borcunun başlangıçta kesin olarak belli olmadığı ve zamana bağlı olarak, artarak oluştuğu art arda teslimli istisna sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilmelidir.

İş sahibine, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yanında, genel hükümlere de başvurma imkanı tanınmamalıdır. Çünkü, Borçlar Kanunu' nda istisna sözleşmesine ilişkin hükümler kendi içerisinde bir sistem oluşturmuştur. Buradaki düzenleme ile tanınan haklar, iş sahibi açısından, BK' nın 96' ncı maddesinde getirilen imkanlardan daha elverişlidir. Müteahhit için ağır sorumluluk teşkil eden, iş sahibi açısından ise elverişli bir durumu ifade eden bu durum karşısında, müteahhidin bir de genel hükümlere göre sorumlu tutulmaması gerekir.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için, öncelikle eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi ve teslim edilen bu eserin de ayıplı olması gerekir. Eserdeki ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında olabileceği gibi, eserin lüzumlu vasıflarındaki eksiklik de olabilir. Eserin ayıplı olmasının yanında, iş sahibinin de bu ayıplı eseri kabul etmemiş olması gerekir. Aksi halde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu sona erer.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için aranılan şartların sonuncusu, iş sahibinin işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz, eserin tesliminden sonra, ayıplı eseri muayene ve bu durumu herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın müteahhide ihbar yükümlülüğünü de yerine getirmesidir.

İstisna sözleşmelerine konu olan her eser için esas alınabilecek ortak bir ayıp ölçütü yoktur. Ayıp, her sözleşmenin kendi özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda ayıp kavramı nispi(göreceli) bir kavramdır.

Doktrinde maddi-hukuki ayıp ayrımı yapılmakta ve hukuki ayıpların BK'nın 360. maddesi anlamında ayıp olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte eser, yapılış bakımından kullanılacağı yerdeki belirli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen veya tamamen kullanılamıyorsa ve iş sahibi müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte haklı ise eser, ayıplı sayılmalıdır. Buna en güzel örnek, müteahhidin oturma izni almayı üstlenmesidir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibine, sözleşmeden dönme (kabulden kaçınma), ücretin indirilmesini veya ayıbını giderilmesini isteme seçimlik hakları tanınmıştır. Bu seçimlik hakların yanında iş sahibine, müteahhidin kusurlu olması halinde, eserdeki ayıpların neden olduğu zararların tazminini isteme hakkı da tanınmıştır.

Sözleşmeden dönme hakkı, iş sahibinin kullanabileceği haklar arasında müteahhit bakımından en ağırı olduğundan, eserin kullanılamayacak veya iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek durumda olması ya da sözleşmede açıkça belirtilen bazı önemli özellikleri taşımaması gibi özel şartlar aranmaktadır.

Dönme beyanı ile sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Geriye etkiden anlaşılması gereken, henüz yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri bakımından hakkın sona erdiği itirazı ile bu yükümlülükler kendiliğinden sona ermiş sayılacak, yerine getirilmiş sözleşme edimleri ise, sözleşmeye dayanan bir geri verme talebi ile iade edilecektir. Böylece tarafların karşılıklı alacakları sona erer, daha önce ifada bulunmuşlarsa, geri verme yükümlülükleri doğar.

Ücretin indirilmesi seçimlik hakkının kullanılabilmesi için, teslim edilmiş ayıplı eserin değerinin, sözleşmede kararlaştırılan ve ayıplı olmayan eserin değerinden objektif olarak daha düşük olması ve ayıbın varlığına rağmen eserin, az veya çok bir değerinin bulunması gerekir. Ayıp eseri tamamen değersiz kılıyorsa iş sahibi, sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.

İndirilecek ücretin hesabında Yargıtay'ın da kabul ettiği nisbî metot uygulanır. Buna göre sözleşme konusu eserin ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer ile gerçekte ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasındaki oran bedele uygulanır ve ortaya çıkan fark indirilir.

Ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının kullanılabilmesi için, eserin, ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı bulunmasının sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek derecede önemli olmaması, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve bu ayıbı gidermenin aşırı masraf gerektirmemesi gerekir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların yanında iş sahibine, müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı olarak, eserin ayıplı olması nedeniyle uğradığı zararı isteme olanağı da getirilmiştir. Bu talep seçimlik hak

niteliğinde olmayıp, hem tek başına, hem de seçimlik haklarla birlikte kullanılabilir.

Eserin ayıplı olması, iş sahibinin talimatından doğması veya eserin ayıplı olmasının iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıbından doğması halinde iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır. Ancak burada, müteahhide, iş sahibini uyarma yükümlülüğü getirilmiştir.

Eserin ayıplı olmasına rağmen iş sahibi tarafından kabul edilmesi halinde de iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması zamanaşımı sürelerine bağlanmıştır. Bu sürelerin geçirilmesi halinde iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacaktır. Zamanaşımı konusunda, BK'nın 126' ncı maddesine eklenen 4' üncü bent, BK' nın 363' üncü maddesini ortadan kaldırmamış, hatta bu maddeyi daha da korunaklı hale getirmiştir. Böylece, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş meydana getirme ağır kusura dayansa bile, bu konuda özel hüküm olan BK' nın 363/1' inci maddesi atfı ile, BK'nın 207/1 'inci maddesi ve onun öngördüğü bir yıllık, müteahhidin ayıbı kasten gizlemesi durumunda ise BK' nın 125' inci maddesi değil, BK' nın 207/3' üncü maddesi hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. BK' nın 126/4' üncü maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresi ise, ancak, müteahhidin iş sahibine karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı ve eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlarından dolayı iş sahibinin ona karşı ileri süreceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, İstanbul Ekim 2005.

ARAL, Fahrettin; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.

AYAN, Ali; **İstisna Akdinde Zamanaşımı**, AD, 1987/3, s. 65-74.

BAYGIN, Cem; **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul 1999.

BERKİ Şakir; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1973.

ÇAKALIR, Yalçın; **Mimarlık Sözleşmesi**, Ankara 1986.

ÇELİK, Çelik Ahmet; **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul 2004, s. 52.

DALAMANLI, Lütfü; **Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 1976.

DAYINLARLI, Kemal; **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları**, 3. Bası, Ankara 1993 (Temerrüt)

DAYINLARLI, Kemal; **Joint venture Sözleşmesi**, Ankara 1989 (Joint venture).

EDİS, Seyfullah; **Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963.

ERDOĞAN, İhsan; **İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması**, SÜHFD, 1990/1 s. 135-172.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul 2006.

EREN, Fikret; **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (II)**, (Yönetici, İşletmeci, ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara (18-29) 1996, s. 63-86, (İnşaat Sözleşmeleri, II).

EREN, Fikret; **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri(I)** (Yönetici, İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara (18-29 Mart) 1996, s. 49-58 (İnşaat Sözleşmeleri, I).

ERGEZEN, Muaz; **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara 2007.

ERMAN, Hasan; **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 1993 (Arsa Payı).

ERMAN, Hasan; **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller** (BK. m. 365/2), İstanbul 1979 (Beklenilmeyen Haller).

FEYZİOĞLU, Feyzi; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt 2, İstanbul 1977.

FRANKO, Nesim; **Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesi**, Ankara 1981.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; **Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nev'ileri**, Ankara 1951.

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992.

KAPLAN, İbrahim; **Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara 1983.

KARAHASAN, Mustafa R.; **İnşaat, İmar İhale Hukuku**, İstanbul 1997 (İnşaat Hukuku).

KARAHASAN, Mustafa R.; **Mülkiyet Hukuku**, İstanbul 1975, (Mülkiyet Hukuku).

KARAYALÇIN, Yaşar; **İstisna Akdinde Deprem Rizikosu, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975.

KARAYALÇIN, Yaşar; **İstisna Akdinin Feshedilmesi, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975, (Sözleşmenin Feshi).

KARAYALÇIN, Yaşar; **İstisna Akdi-Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975, (Zamanaşımı).

KILIÇOĞLU, Ahmet; **İstisna Akdinde Eserin Ayıplı Olması**, (Yayınlanmamış Seminer Çalışması), Ankara 1972.

KOSTAKOĞLU, Cengiz; **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul 1995

KÖTELİ, M. Argun; **Mimarlık Sözleşmesi**, Ankara 1995.

OĞUZMAN, Kemal ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2005

OĞUZMAN, Kemal; **Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)**, 14. Bası, İstanbul 2007.

OLGAÇ, Senai; **Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nev'ileri**, cilt 2, 2. Baskı, Ankara 1970.

ÖNEN, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Ağustos 1999

ÖZ, Turgut; **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989.

ÖZYÖRÜK, Sezer; **İnşaat Sözleşmesi-Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, Ankara 1988.

REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.

SAYMEN, Ferit H., ELBİR, Halid K.; **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul 1996.

SELİÇİ, Özer; **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, (Sürekli Borç İlişkileri).

SELİÇİ, Özer; **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu).

SELİMOĞLU, Y. Engin; **Eser Sözleşmesi ve Kavramları**, Faruk Erem'e Armağan, TBB. Yayını, Ankara 1999.

SEROZAN, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, Gözden geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007.

ŞENOCAK, Zarife; **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Bası II. Cilt**, Ankara 1987. (Özel Borç İlişkileri)

TANDOĞAN, Haluk; **İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi**, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970 (İmran Öktem'e Armağan).

TANDOĞAN, Haluk; **İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı**, Batıder 1982/3, s. 1-11 (Zamanaşımı)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku cilt 1, Genel Hükümler**, İstanbul 1967 (Genel Hükümler).

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku –Özel Borç ilişkileri**, 2. Cilt, İstanbul 1977 (Özel).

TUTUMLU, Mehmet Akif; **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 2. Baskı, Ankara 2001.

UÇAR, Ayhan; **İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması**, EÜHFD., Erzincan-1997, s. 31-67 (Karşılaştırma)

UÇAR, Ayhan; **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Seçkin Yayınevi Ankara 2003 (Tekeffül Borcu).

UYGUR, Turgut; **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu**, cilt 7, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

YAVUZ, Cevdet; **Satıcının Satılanın(Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989 (Satıcı).

YAVUZ, Cevdet; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2007. (Borçlar)

ZEVKLİLER, Aydın; **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Yenilenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

ÖZET

DOĞAN Cem , İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2009

İstisna sözleşmesi, sosyal hayatta sıkça karşılaşılan bir akit çeşididir. Özellikle teknolojinin gelişmesine bağlı olarak bu durum hayatın hemen her noktasında kendisini hissettirmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda, ayıplı bir eser dolayısıyla iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ve bu hakları kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken yükümlülükler ele alınmıştır.

Her ne kadar Borçlar Kanunu ile birlikte, aynı zamanda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu na tabi yapım ve hizmet işlerinde uygulanan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanunu nda da bu konu ile ilgili düzenlemeler yer alsa da, çalışmamızda, yalnızca Borçlar Kanunu ndaki hükümleri incelemiş, sadece gerekli yerlerde diğer mevzuata değinilmiştir. Çalışmamız telif edilirken, yeri geldiğinde tartışmalı noktalar, doktrindeki yazarların görüşleri verilmek suretiyle bir neticeye bağlanmaya çalışılmış; bu neticelere ulaşırken, uygulamayı oluşturan Yargıtay ın kararlarından da bahsedilmiştir.

Tezin birinci bölümünde, genel olarak istisna sözleşmesi incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle istisna akdinin unsurları ele alınmıştır. Daha sonra ise istisna akdinin taraflarını oluşturan müteahhit ve iş sahibi verilmiştir.

İkinci bölümde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı yapılarak diğer bazı sözleşmelerdeki ayıba karşı tekeffül yükümlülükleri ile karşılaştırmalar yapılmış, bundan sonra sırasıyla müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulması için gerekli şartlar ile bu şartlarla birlikte iş sahibinin de yerine getirmesi gereken yükümlülükler ele alınmıştır.

Çalışmamızın beşinci bölümünde ayıplı bir eser nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu haklar ayrıntılı olarak anlatılırken; son ve altıncı bölümde ise, müteahhidin bu borcunun sona ereceği durumlar verilmiştir.

Anahtar Sözcükler

- 1-Müteahhit
- 2-Tekeffül
- 3-Ayıp
- 4-İstisna
- 5-Yükümlülük

ABSTRACT

DOĞAN Cem ,In the job contract, the obligations of contractor, Master Thesis, Ankara-2009

The existence of disputes that may arise from the contract are especially effected by defected work. Therefore, existence of disputes and the provisions that be applied are examined in the submit of defected work, in our study. The alternative rights of the principal and his burdens in order to use these right are indicated with in the effect of defected work.

The first part of the thesis, regarding the elements of the job contract previously. the job contract is examined generally. After that, the parties of the job contract that principal anc contractor is examined.

The second part of the thesis the obligations of contractor is defined and confronted with the other obligations of contract. After that, in this part, conditions that to be required in order to be existence obligation of warranty is examined.

The third part deal with the rights of principal in details, and the last and fourth part of the thesis, previously, annihilation of warranty according to result of principal acts and provisions of lapse of time concerning to rights that arise from warranty are examined in details.

Key Words

1-Contractor

2-Obligation

3-Defect

4-Defected work

5-Job Contract