

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ

İSTİSNA BÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN
AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

(Yüksek Lisans Tezi)

T- 5096

YÖNETEN : Doç.Dr.İlhan ULUSAN

HAZIRLAYAN : Ar.Gör.Abdullah UĞUR

Tezdeki bazı sayfalar silik çıkmıştır

İstanbul-1988

T.C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

İ Ç İ N D E K İ L E R

İçindakiler.....	I
Kısaltmalar.....	V

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Giriş.....	1
------------	---

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK İSTİSNA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI UNSURLARI ve ÖZELLİKLERİ

I-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	3
II-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	8
1-) Eser Unsuru.....	8
2-) İmal Etme (Oluşturma) Unsuru.....	13
3-) Ücret Unsuru.....	15
4-) Tarafların Anlaşması Unsuru.....	19
III-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRDEDİLMESİ.....	22
1-) Vekalet Sözleşmesinden Ayırdedilmesi.....	22
2-) Hizmet Sözleşmesinden Ayırdedilmesi.....	22
3-) Satım Sözleşmesinden Ayırdedilmesi.....	24

İkinci Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ ve DİĞER SÖZLEŞME İLİŞ- KİLERİNDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

I-)	MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ.....	25
1-)	Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı..	25
2-)	Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği.....	27
3-)	Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Özellikleri.....	29
A-)	Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kusura Dayanması.....	29
B-)	Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olması..	30
C-)	Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanuni Bir Borç Olması.....	30
II-)	MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DİĞER SÖZLEŞME İLİŞKİLERİNDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUYLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	31
1-)	Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması.....	31
2-)	Kira Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması.....	35
3-)	Yayın Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması.....	37

Üçüncü Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI

I-)	GENEL OLARAK.....	39
II-)	MÜTEAHHİDİN ESERİ İŞ SAHİBİNE TESLİM ETMİŞ OLMASI	40
III-)	ESERİN AYIBLI OLMASI.....	44
1-)	Eserdeki Ayıbın Tanımı.....	44

A-) Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerde Ayıb..	45
B-) Eserin Lüzumlu Niteliklerinde Ayıb.....	47
2-) Ayıbın Önemli Olması.....	49
3-) Ayıbın Çesitleri ve Bunlara Bağlanan Sonuçlar.....	51
A-) Açık Ayıb.....	51
B-) Gizli Ayıb.....	51
IV-) İŞ SAHİBİNİN ESERİ KABUL ETMEMİŞ OLMASI.....	52

•• Dördüncü Bölüm

İŞ SAHİBİNİN MÜTEAHHİDİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLU TUTMAK İÇİN YERİNE GETİR- MESİ GEREKEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I-) GENEL OLARAK.....	56
II-) İŞ SAHİBİ TARAFINDAN TESLİM ALINAN ESERİN MUAYENE EDİLMESİ.....	58
1-) Eserin Muayenesinin Zamanında Yapılması.....	58
2-) Eserin Muayenesinin Özenli Yapılması.....	61
III-) İŞ SAHİBİNİN TESLİM ALDIĞI ESERDE BELİRLLEDİĞİ AYIBLARI MÜTEAHHİDE İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	66
1-) Genel Olarak.....	66
2-) Eserde Belirlenen Ayıbların İhbarının Biçimi ve Zamanı.....	68
3-) Eserdeki Ayıbları İhbarın Kapsamı.....	70
4-) Eserde Gizli Bir Ayıbın Varlığı Halinde İş Sahibi- nin İhbar Yükümlülüğünün Gösterdiği Özellikler....	71

Beşinci Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I-) GENEL OLARAK.....	73
-----------------------	----

II-) İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI ve ÖZELLİKLERİ.....	76
1-) İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Özellikleri.	76
2-) İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini İsteme Hakkı ve Özellikleri.....	85
3-) İş Sahibinin Onarılmasını İsteme Hakkı ve Özellikleri.....	87
III-) İŞ SAHİBİNİN ESERDEKİ AYIB NEDENİYLE ÜRADIĞI ZARARI ZARARI TAZMİN ETTİRME HAKKI ve ÖZELLİKLERİ.....	91
1-) İş Sahibinin Zararını Tazmin Özellikleri.....	91
2-) İş Sahibinin Zararını Tazmin Kapsamı.....	96

Altıncı Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKKEFÜL BORCUNU

SONA ERDİREN NEDENLER

I-) ESERDEKİ AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEBİLECEK NEDENLERDEN DOLAYI ORTAYA ÇIKMASI.....	99
II-) ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞ OLMASI.....	105
Sonuç.....	111
KAYNAKÇA.....	113

K I S A L T M A L A R

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
AD	:Adalet Dergisi
a.g.e	:Adı geçen eser
a.g.m	:Adı geçen makale
Ank.	:Ankara
Batider	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:Bürger liches Gesetzbuch
BGE	:Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BİGŞ	:Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
c.	:Cilt
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İst.	:İstanbul
İHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakül- tesi Dergisi
İKİD	:İmre Kazai içtihatlar Dergisi
Kİİ	:Kazai ve İlmi İctihatlar
m./md.	:Madde
MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:Medeni Kanun
no.	:Numara
RG	:Resmi Gazete

RKD	:Resmi Kararlar Dergisi
s.	:Sayfa
sy.	:Sayı
TD	:Ticaret Dairesi
TİK	:Türk İctihatlar Külliyyatı
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vd.	:Ve devamı
YİBK	:Yargıtay İctihadı Birleştirme Ka- rarı
YHD	:Yasa Hukuk Dergisi
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Tezimizde,"İstisna sözleşmesinde,müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu" başlığı altında,bir konuyu incelememize,bizi iten nedenlerin başında,bu konunun oldukça güncel olması,buna paralel olarak da,gerek öğreti,gerekse uygulama tarafından yoğun biçimde ele alınmış olması,gelmektedir.

Nitekim,günlük yaşamımıza,bugünkü teknolojik düzeyin girmesine bağlı olarak,eskiden sadece küçük el sanatlarına konu olabilen,istisna sözleşmesi,bugün çok büyük kapsamlı işlere konu olabilmekte,bunun sonucu olarak da,bu sözleşmenin uygulanmasından ortaya çıkan sorunlar,karmaşıklıkları ve boyutları itibariyle,hem mahkemelerimizi yoğun biçimde uğraştırmakta,hem de,öğretide,ardı arkası kesilmeyen tartışmalara neden olmaktadır.Örneğin,ülkemizdeki,kentleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan çarpık yapılaşmada,bilgisiz,beceriksiz ve genelde karşı tarafı aldatma eğilimindeki müteahhitlerin etkisi tartışılmaz. Bu nedenle,tezimizde,özellikle,bu yönde ortaya çıkan sorunlar ele alınmış,müteahhidin edim borcuna aykırılığın en fazla olarak ortaya çıktığı,ayıblı eser kavramı ve bu kavrama bağlı sonuçlar ele alınmıştır.

İncelememizde ilk olarak,istisna sözleşmesinin tanımı yapılmış.Tanımlamada,özellikle,ayıblı eser halinde kullanılacak,sözleşmeden dönme hakkının niteliğini belirlemek amacıyla,istisnanın,sürekli borç ilişkisi mi ,yoksa,ani edimli borç ilişkisi mi doğuran bir sözleşme olduğu tartışmasına değinilmiştir. Bunun arkasından,sözleşmenin unsurları,özellikle,sözleşmeyi belirleyici unsur olan,eser kavramı ve bu kavramın sınırları incelenmiştir.Tanımlamayla ilgili,en son olarak da,istisna sözleşmesinin,benzer sözleşmelerden farkları ortaya konmuştur.

İncelemenin ikinci bölümünde,ayıblı eser teslimi halinde ortaya çıkan,müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu,ele

alınmış,bu borcun tanımı yapıldıktan sonra,hukuki niteliğine ve özelliklerine değinilmiş,daha sonra da,ayıba karşı tekeffül borcunun,diğer sözleşme ilişkilerindeki gösterdiği özellikler, istisna sözleşmesindekiyle ,karşılaştırılarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, bu borcun ortaya çıkmasında temel kavram olan,ayıblı eser kavramı,ayrıntılı olarak incelenmiş.Bir eserin,ne zaman ayıblı sayılacağı ortaya konduğu gibi,özellikle,müteahhidin sorumluluğunun belirlenmesi açısından,eserdeki ayıp,çeşitli derecelere ve bölümlere ayrılmıştır.Yine,müteahhidin,ayıblı eserden dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için,iş sahibinin,ayıblı eseri kabul etmemesinin gerektiği, hangi hallerde kabul etmiş sayılacağının veya sayılmayacağının gerektiği de bu bölümde incelenmiştir.

Dördüncü bölümde ise,ayıblı eser nedeniyle doğan haklarını kullanabilmek için,iş sahibinin yapması gereken yükümlülükler belirtilmiş,bunların ne zaman,ne şekilde yerine getirilecekleri,ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Beşinci bölüm,müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan borcunun şartları gerçekleşince,iş sahibi lehine tanınan haklara ayrılmıştır.Özellikle,sözleşmeden dönme hakkı ,sahip olduğu önemden dolayı ayrıntılı olarak incelenmiş.Bu hakkın kullanılmasının, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye olan etkisi,öğretideki görüşler de dikkate alınarak,değerlendirilmiştir.Bunun gibi,iş sahibine tanınan,eserin onarılmasını ve ücretin indirilmesini isteme hakları da,gerekli şartlarıyla birlikte incelenmiştir.

Tezimizin en son bölümünde ise,müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan borcunu,ortadan kaldıran nedenler incelenmiş,eserdeki ayıbın,iş sahibinin yüzünden ortaya çıkması hali, çeşitli ihtimallerde incelendikten sonra,bu borca ilişkin zamanlaşımı sürelerine değinilmiştir.

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK İSTİSNA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI UNSURLARI ve ÖZELLİKLERİ

I-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

İstisna sözleşmesi, BK.md.355'de "istisna bir akiddir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder" biçiminde tanımlanmıştır. Sözleşmede, ücret karşılığı bir şey yaptırmak isteyen taraf iş sahibi, o şeyi ücret karşılığı yapan kimse ise müteahhittir.

İstisna sözleşmesi, herşeyden önce Borçlar Kanun'unun 355 ile 371.maddeleri arasında düzenlenmiştir(1), ancak, bunun yanında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanun'unda da bu sözleşmeye ilişkin hükümler vardır. Fakat, 2886 vel 1050 sayılı kanun hükümlerinin, istisna sözleşmesine uygulanması, ancak sözleşme taraflarından birisinin idare olması halinde mümkün olacaktır(2). Yine, bu sözleşmeye ilişkin olarak, 2886 sayılı kanun uyarınca, iş sahibi idare tarafından ihale edilen işlerde, işin nasıl uygulanacağını göstermek amacıyla, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi çıkartılmıştır(3). Bu şartname de idarece düzenlenecek istisna sözleş-

-
- 1-) Eser sözleşmesinde, açıklık olmayan hallerde Borçlar Kanununun, 355 ve ardından gelen maddelerinin uygulanacağına dair, bkz.15.HD.29.4.1974, 386/389 (Olgaç, İstisna Akdi, Ank.1977, s.7)
 - 2-) Sözleşme taraflarından birinin, idare olmamasına rağmen, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklarda, 2886 vel 1050 sayılı kanun hükümlerinin de gözönüne alınacağına ilişkin sözleşme şartının, yargıç tarafından dikkate alınmasının gerekliliği hakkında, bkz.10.HD.22.6.1977, 875/1419 (YKD, 1979, s.1192)
 - 3-) Bu şartname, 29.8.1984 gün ve 84/8520 sayılı kararname ile çıkartılmıştır.

melerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturacaktır(4).

İstisna sözleşmesiyle,müteahhit kendi çalışması ve sorumluluğu altında,diğer tarafa,maddi veya gayri maddi fakat objektif olarak tespit edilebilen bir sonucu sağlamak yani bir eser oluşturmak borcu altına girer(5).Böylece,iş sahibinin belirli bir ücret ödeme,müteahhidin de bir eser oluşturma borcu altına girmesi istisna sözleşmesinin karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olmasına neden olmaktadır.Fakat,bu edimlerden iş sahibinin ücret ödeme borcu kural olarak bir miktar parayla ifa edildiği için sözleşmeyi nitелеmek ve benzeri diğer sözleşmelerden ayırt etmek için etkili olabilecek bir unsur değildir.Buna karşın,müteahhidin bir eser oluşturma biçiminde beliren borcu ise, hem ortaya somut bir şeyin çıkartılması hem de bunun için belirli bir işgörmenin gerekmesi yönünden,sözleşmeye bir çok açıdan farklı bir yapı kazandırmaktadır.Herşeyden önce, eseri oluşturmak için müteahhidin belirli bir süre işgörmek zorunda olması,istisnanın,işgörme sözleşmeleri grubunda yer almasına neden olmakta,buna karşın bu işgörmenin temelde belirli bir sonucu ortaya çıkarmaya yönelik olması ise,bu sözleşmenin,hizmet,vekalet gibi diğer işgörme sözleşmelerinden farklılaşmasına yol açmaktadır(6).Bunun gibi,istisna sözleşmesini düzenleyen,BK.md.355 vd.hükümlerine genel bir bakış,yapılan düzenlemenin,esas olarak müteahhidin edimini gözönüne aldığı-nı ortaya koymaktadır.Bu durum,gerek eserin hazırlanmasına kadar geçen döneme,gerekse oluşturulan eserin tesliminden sonra ki döneme ilişkin olmaktadır.

4-) Yargıtayın,bu yöndeki kararları için bkz.15.HD.,6.3.1981, 441/4 1,(YKD.1981,s.1585);15.HD.20.5.1987,4407/2267,(YKD, 1987,s.1802)..

5-) Olgaç,İstisna Akdi,s.1.

6-) Zevkliler, Özel Borç İlişkileri,Ank.1988,s.152.

İstisna sözleşmesinin, bir eseri ortaya çıkarmaya yönelik olduğunu, bu amaca ulaşmak için de müteahhidin belirli bir süre faaliyette bulunmasının gerektiğini belirtmiştik. Dolayısıyla, müteahhidin edimi açısından, bir hazırlama ve faaliyet dönemine yayılmış bu sözleşme, ona, hem belirli bir edim fiili olarak işgörme hem de belirli bir sonucu oluşturma borcunu yüklemektedir(7). Oysa, alacaklı iş sahibi açısından ise, sözleşmenin ifası, bir anda yani eserin teslimi ile gerçekleşmektedir.

İşte, sözleşmeyi ifa konusundaki bu ikilem, istisnanın, sürekli borç ilişkisi mi, yoksa ani edimli borç ilişkisi mi doğuran bir sözleşme olduğu tartışmasına neden olmuştur. Tartışmanın önemi, şartları gerçekleştiğinde sözleşmenin sona erdirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Zira istisnanın, sürekli borç ilişkisi olduğu görüşü benimsenirse sözleşmenin ancak ileriye yönelik olarak feshi mümkün olurken, ani edimli borç ilişkisi olduğu görüşü benimsenirse sözleşmeden geriye etkili olarak dönülebilecektir(8). Varılan çözüm de, kuşkusuz, taraflar arasında önceden kurulmuş sözleşmesel ilişkinin geleceğini biçimlendirmede çok farklı sonuçlara yol açabilecektir.

İstisna sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüş(9), özellikle, bu sözleşmenin müteahhid açısından uzunca bir oluşturma ve hazırlama dönemine yayılmış olduğuna dayanmaktadır. Müteahhidin, ücret alacağının eserin teslim edilmesiyle muaccel hale gelmesine rağ-

7-) Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İst. 1978, s.3

8-) Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç ilişkilerinin Sona Erdirilmesi, İst. 1977, s.5

9-) Serozan, Sözleşmeden Dönme, İst. 1975, s.173.

men, ücretin oluşturulan eser yanında eseri oluşturma için yapılan faaliyetleri de karşılamaya yönelik olması, bu görüşün ileri sürdüğü diğer bir gerekçedir. Bunun gibi, müteahhidin işgörme sürecinin, kanunda, özel olarak düzenlenmesi de bu görüşe göre, bizzat Borçlar Kanununun, istisnaya bir işgörme sözleşmesi olarak nitelediğine delalet ettirilmektedir(10).

Gerçekten de, eser tamamlanmadan yapılan kısmın bedeliyle müteahhidin zararını karşılamak koşuluyla sözleşmenin her zaman feshedilebileceğini öngören (BK.md.369), keşif bedelinin aşılmasında feshi öngören (BK.md.367), iş sahibinin yüzünden ifanın imkansızlaşması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi (BK.md.370), müteahhidin aczi ve ölümü yüzünden sözleşmenin sona ermesi (BK.md.371) durumunda, yapılan kısımla orantılı olarak ücret istenebileceğini öngören düzenlemeler bu görüşü destekleyici bir durum arz etmektedir.

İstisna sözleşmesinin, ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan diğer görüş ise(11), istisna sözleşmesinde temel amacın belirli bir sonucun ortaya çıkartılması olduğu, müteahhidin eseri oluşturmak için yaptığı işgörme faaliyetinin sözleşmeyi ifada bir işlevi olmadığını, esas itibarıyla ifanın eserin teslimiyle gerçekleştiğini çünkü, alacaklı açısından da ifa menfaatinin bu ana yani eserin teslimine bağlı olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün ileri sürdüğü diğer bir gerekçe ise(12), kurulmalarıyla ifaları ara-

10-) Serozan, a.g.e, s.173-174.

11-) Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.II, 3.Bası, Ank.1987, s.24; Tandoğan, İstisna Akdi Kavramı Unsurları ve Benzeri Akidelerden Ayırılabilmesi, Ank.1970, s.325; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.25-26.

12-) Seliçi, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Erdirilmesi, s.5.

sında belirli bir süre geçti diye sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak nitelenmenin doğru olmayacağıdır. Çünkü, böyle bir çözüm, belirli bir süre sonra ifa edilecek satım sözleşmesini bile, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitelendirme gibi yanlışlıkları sonuçlara yol açabilecektir.

Kanımızca da, özellikle, iş sahibi açısından sözleşmeyi ifa anının eserin teslimi anı olması nedeniyle, istisna sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul etmek daha doğru olacaktır. Çünkü, sürekli borç ilişkisi veya ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler biçimindeki ayırım temelde, sözleşmenin ifa edildiği sürecin yayıldığı zaman dilimine göre yapılan bir ayırımdır. Eğer, bu zaman dilimi belirli bir döneme yayılırsa sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikte olacak, buna karşın belirli bir döneme yayılmayıp kısa bir andan ibaret olursa sözleşme ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olacaktır. Nitekim, hizmet ve kira sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde, ifanın belirli bir döneme yayıldığı görülmektedir; Hizmet sözleşmesinde, işveren açısından ifa işçinin belirli bir süre kendisi için çalışması olmakta, bunun gibi kira sözleşmesinde de ifa kirala-
lanan şeyin belirli bir süre kiralayan tarafından kiracının kullanımına bırakılması ile yerine getirilmektedir. Oysa, ani edimli borç ilişkisi doğuran istisna sözleşmesinde ise ifa, bir anda yani oluşturulan eserin iş sahibine teslimiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, iş sahibi açısından ifa olayının eserin teslim edilmesi olması, eseri oluşturmak için müteahhidin belirli bir süre iş görmesine ifa kavramının dışında bırakılmaktadır. Bu iş görme sürecinin, kanunda özel olarak düzen-

lenmesi de,kanımızca,istisnayı sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitелеmek için değil,işgörme süreci sırasında taraflar arasında sözleşmesol ilişki çerçevesinde oluşmuş durumun tasfiyesinin nasıl yapılacağını gösterilmesi açısından kaynaklanmakta ve kural dışı bir düzenleme olmaktadır(13).

II-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1-) Eser Unsuru

Eser kavramı,belirli bir iş ve çalışmadan doğan sonucu anlatır.BK.md.355 hükmü de "müteahhidin bir şey imalini borçlandığını" ifade etmiştir.İşte,imal sonucu ortaya çıkacak şeye eser denilir.Bu madde hükmü,sadece bir şey yani eser kavramından bahsetmiş fakat bu kavramı tanımlamadığı gibi tanımlamaya yarayacak ölçütler de getirmemiştir.BK.md.355'de olduğu gibi istisna ile ilgili diğer hükümlerde de eser kavramını tam olarak açıklamaya yarayan bir ifade yoktur.Sadece,"yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da ref'i ve kali fazla zararı mucip ise" diyen,BK.md.360/III,hükmünün ters anlamından eserin taşınmaz şeyler yanında taşınır şeylere de ilişkin olduğu anlaşılmaktadır(14).

13-) Nitekim,kira sözleşmesinde de buna benzer kural dışı düzenlemeler vardır.Kiranın,sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle kural olarak ileriye doğru feshi mümkünken,kiralananın henüz kiracıya teslim edilmediği dönemde veya teslim sırasında var olan ayıplardan dolayı yapılan fesihde (BK.md.249/I) fesih geriye etkili olmaktadır.

14-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.3;Tunçomag,Türk Borçlar Hukuku,

Kanuni bir tanımlamanın yapılmamış olması, eser kavramı konusunda değişik görüşlerin ileri sürülmesine ve bu kavrama dar ve geniş açılardan yaklaşımlara neden olmuştur. Kısaca belirtmek gerekirse, eser kavramının ilk başta dar tanımlandığı daha sonraki dönemlerde bu tanımlamanın genişletildiği fakat son zamanlarda yine dar tanımlamaya yönelik bir eğilimin bulunduğu söylenebilir.

Eser kavramını belirlemenin ve bu kavramın sınırlarını çizmenin önemi, kuşkusuz, istisna sözleşmesinin uygulanabilirliğinin belirlenmesinin zorunlu bir koşulu olmasından kay naklanmaktadır. Çünkü, oluşturulan şey istisna sözleşmesi anlamında eserse bu şeye istisna ile ilgili hükümler uygulanacak aksi halde kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır(15).

Eser kavramını belirleme konusunda ilk olarak ileri sürülen görüş(16), eseri, sadece maddi varlığı olan şeylere hasretmiştir. Bu görüş yanlılarına göre, sadece maddi yapısı olan, devir ve teslimi hukuken mümkün şeyler eser sayılacaktır. Örneğin, elektirik tesisatı yapımı(17), bir binanın kapı ve pencerelerinin yapımı(18), otomobilin kaporta ve boyasının yapımı(19) gibi...

Özel Borç İlişkileri, c.II, 3. Bası, İst. 1977, s.952-953

Bu nedenle, bina malikinin sorumluluğunu düzenleyen, BK.md.58'deki "şey" kavramı da sadece taşınmaza bağlı olarak oluşturulmuş yapılara ilişkin olduğu için eser kavramını açıklayıcı nitelikte değildir.

15-) HGK., 6.7.1964, 34/40 (Olgaç, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili Özel Kanunlar, c.III, Ank. 1969, s.450-451).

16-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.3, dp.9'da anılan yazarlar.

17-) 3.HD., 29.11.1962, 10800/10895 (Olgaç, a.g.e, c.III, s.891).

18-) 3.HD., 28.11.1961, 8607/6832 (Olgaç, a.g.e, c.III, s.891).

Eser kavramını maddi yapısı olan şeylere hasreden görüş,daha sonra tanımlamasına genişletmiş;maddi bir yapıya sahip olmasalarda,maddi bir şeyde devamlı olarak varlıklarını sürdürebilen fikri çalışma ürünlerinin de eser olduğunu kabul etmiştir(20).Böylece,bir yapı planı çizilmesi bu konuda taslak ve projeler hazırlanması(21),film senaryosu yazımı,kitap yazımı gibi şeyler eser sayılmaya başlanmıştır.

Daha sonraki süreç içinde ileri sürülen görüşler eser kavramını oldukça genişletmiştir.Bu görüşte olanlara göre(22),maddi varlığı olan şeyler kadar,maddi varlığı olmayan şeyler de eser sayılmıştır.Daha değişik bir anlatımla,insan emeğinin ürünü olan hukuki bir bütünlük ve iktisadi bir değer ifade eden herşey eser kapsamına girmiştir(23).Böylece,bir gazeteye ilan konulması(24),radyo televizyon reklamları(25), ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi(26),sinemada filmgösterilmesi(27),sanatçının bir tek konser vermesi(28), bir yerin elektrik ile aydınlatılmasını ve ısıtılmasını üstlenmek(29) gibi şeyler eser olarak kabul edilmeye başlanmıştır.

19-) 15.HD.,6.10.1977,1505/1828(Kural,Kalıçbay,İzmir,İnşaat ve İhale Hukuku,Ank.1988,s.396).

20-) Bu yöndeki gelişme için bkz.Tandoğan,a.g.e,c.II,s.3.

21-) 10.HD.,22.1.1976,4935/1294 (ABD,1978,s.681).

22-) Tunçomaz,a.g.e,c.II,s.952-953;Bilge,Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri,Ank.1971,s.213;Olgaç,İstisna Akdi,s.2; Göktürk,Borçlar Hukuku,c.II,Ank.1951,s.497.

23-) Olgaç,İstisna Akdi,s.2.

24-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.4,dp.17'de anılan karar.

25-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.4,dp.18'de anılan karar.

26-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.5,dp.22'de anılan karar.

27-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.5,dp.26'da anılan karar.

28-) HGK.,20.5.1976,161/165(ABD.,1977,s.1050).

29-) BGE,80 II 34 (Kaneti,İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar

Eserin, maddi veya gayrimaddi şeyler olabileceğini savunanlar, özellikle, "istisna sözleşmesinin konusunun bir şeyin imali ve değiştirilmesi olduğu kadar bir çalışma ve hizmet ediminin ortaya çıkan diğer bir sonucu da olabileceğini" belirten BGB.631/III'den etkilenmişlerdir(30).

Bu görüş yanlılarının zilleri sürdüğü diğer bir gerekçe ise, eserin sadece maddi yapısı olan şeyler sayılması sonucu, "bu kanunda özel sözleşme çeşitlerinden hiç biri altına girmeyen işgörme ile ilgili sözleşmeler vekalet tabi olur " diyen BK.md.386 hükmü karşısında, vekaletin uygulamasının artacağını ve aslında istisna sözleşmesinin konusu olan bir çok işgörmenin vekalet tabi olacağını ve bunun sonucunda bir işgörme sonucu üzerinde karşılıklı güven ilişkisi içinde anlaşmış tarafların, vekalet özgü, sözleşmenin her zaman nedensiz feshedilmesi gibi (BK.md.396) sakıncalı durumlarla karşılaşabilecekleri olmuştur(31).

Bu görüşe, göre bir çalışma maddi bir şeyde devamlı olarak varlığını sürdürmese de ,objektif olarak belirlenmesinin mümkün olması, onun eser sayılması için yetmekte; buna karşın, bağımsız bir hukuki varlığı olmayan ve geçici de olsa belirli bir biçimde ortaya çıkmayan şeyler eser kavramının dışında tutulmaktadır(32).

Hukuku Kararları(1955-1964)Özel Borç İlişkileri ve Özel Borç İlişkilerinde Yasalar Çatışması, Ank.1968, s.135

30-) Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.10

31-)Tunçomag, a.g.e, s. II, s.953

32-)BGB 83 II 525, Bu kararında Federal Mahkeme, taşınmaz yönetiminin ;istisnayla taraflardan birisi, bir eser oluşturmak başka deyişle kendi çalışması ile ve kendi sorumluluğu altında, diğer tarafa maddi veya gayrimaddi fakat objektif olarak belirlenebilir bir sonuç yaratmak borcu altına girmektedir.... biçiminde bir gerekçe göstere.

Eser kavramı konusunda, üzerinde en çok tartışılan konulardan biri de mimarlık sözleşmelerindeki mimarın edimi hakkındadır. Ön proje, kesin proje, uygulama ve detay projeleri, gider tahmini, ihale dosyasının düzenlenmesi hizmetleri, yapının mesleki denetimi hizmetleri, teknik uygulama sorumluluğu gibi (33) işleri içeren mimarın ediminin eser sayılıp sayılmayacağı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Sadece, proje düzenlenmesi hizmetlerinin üstlenildiği mimarlık sözleşmelerini, istisna sözleşmesi olarak nitelendirenler olduğu gibi (34) bu edim de dahil tüm mimarlık sözleşmelerini vekalet sözleşmesi sayan görüşler de vardır (35). Böylece ilk görüş yanlıları, proje düzenlenmesi dışındaki hizmetleri, vekalet olarak nitelemiş olmaktadır (36). Bunların yanında, mimarın edimlerine dahil olan tüm hizmetlerin yapılmasının söz konusu olduğu-anahtar teslimi-diye de ifade edilen mimarlık sözleşmelerinin istisna sözleşmesi sayılmasını ileri sürerler de vardır (37).

rek, istisna değil ancak vekalet sözleşmesine konu olabileceğini belirtmiştir (Kaneti, a.g.e, s.135).

- 33-) Bu kavramlar hakkında bkz. Kaplan, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ank.1983, s.9-11.
- 34-) Seliçi Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekaletle ilişkin Sorunlar (Sempozyum, 14-16 Haziran 1976), İst.1977, s.275; Olgaç, İstisna Akdi, s.3; Bilge, a.g.e, s.246; Tunçomag, a.g.e, c.II, s.975 vd.; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.13; Kaplan, a.g.e, s.71.
- 35-) Kaplan, a.g.e, s.41, dp.34'de anılan yazarlar.
- 36-) 10.HD., 22.1.1976, 4935/1294 (YKD, 1976, s.678) yalnız Yargıtay bu kararında proje düzenlenmesi dışındaki edimleri hizmet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirmiştir.
- 37-) Çakalır, Mimarlık Sözleşmesi, Ank, 1986, s.21.

Kanımızca, eser kavramının ve bu kavramın sınırlarının belirlemesi yapılırken istisna sözleşmesinin konundaki düzenleniş biçimi ve bu sözleşmeye bağlanan sonuçların göz önüne alınarak bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Herşeyden önce dikkate alınması gereken, tarafların, bu sözleşmeyle -belirli bir sonucun yaratılmasını- amaçlamış olmalarıdır. İstisna sözleşmesiyle ilgili hükümler de genelde bu yönü yani objektif olarak değerlendirilebilen ve belirlenebilen bir sonucu öngörerek düzenlenmişlerdir. Bu durum, eserin teslimi (BK.md.359/I), eserin muayene edilmesi (BK.md.359/I), kaldırılmaları fazla zarar doğuracak eserlerin kaldırılmasının engellenmesi (BK.md.360/III) gibi düzenlemelerle açıkca ortaya çıkmaktadır. Bu hükümler gözönüne alındığında, somutlaşmış, maddi bir yapıda ortaya çıkmayan şeylerin eser sayılamayacağı görülecektir. Butün bunlardan sonra eseri; bağımsız bir hukuki varlığı olan iktisadi bir değer taşıyan, maddi veya gayri maddi de olsa, maddi bir şeyle somutlaşarak devamlı olarak varlığını sürdürebilen ve varlığının sürdürmesinin devamlı olması sonucu, objektif olarak değerlendirilebilen ve nitelendirilebilen şeyler olarak tanımlamamız yerinde olacaktır.

Eser kavramının belirlenmesine ilişkin bu tartışmalardan sonra, son yıllardaki eğilimin yine dar tanımlamaya yani eseri, sadece maddi yapısı olan şeylere hasretmeye yönelik olduğunu belirtmemiz gerekecektir(38).

2-) İmal Etme (Oluşturma) Unsuru

İmal etme müteahhidin, sözleşmede amaçlanan sonucu elde etmek için yaptığı ve belirli bir sürece yayılmış faali-

38-) Dar tanımlama yönünde, Tandoğan, a.g.e,c.II,s.16-17.

yetleri ifade eder.Başka bir deyişle,imal etme belirli bir emek sonucu bir şeyin meydana getirilmesidir (39).

Fakat,imal etme kavramı,tamamen yeni bir şeyin oluşturulması kavramından çok daha geniş kapsamlı olup var olan bir şeyi değiştirme, onarma,ona yeni bir şeyler ekleme,temizleme biçimlerinde de olabilir(40).Örneğin,bir bina yapımı(41) olduğu kadar yapılmış bir binanın boya ve badana işleri(42), bir şeyin cilalanması yıkanması(43),bir elbisenin ütülenmesi (44) gibi işler de imal etme kavramına girmektedir.Önemli olan imal etme sonucu,eskisinden daha değişik bir hukuki varlığın ortaya çıkmasıdır.

Harcanan emek sonucu,oluşan şeyin az veya çok özellik göstermesi ya da oluşturulduğu ilk maddelerden daha az veya daha çok değerli olması gerekmez (45).Olması gereken,taraf iradeleri doğrultusunda eskisine göre farklı bir sonucun yaratılmasıdır.

İmal etme kavramı ,istisna sözleşmesine işgörme sözleşmesi niteliği veren unsurdur.Bu unsur,konunda özel olarak

39-) Erman,İstisna sözleşmesinde Beklenemiyen Haller,İst.1977, s.16.

40-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.955;Tandoğan,a.g.e,c.II,s.23.

41-) 15.HD.,13.2.1978,250/243(YKD,1979,s.103).

42-) 15.HD.,31.1.1978,1932/153(Kural,Kılıçbay,İzmir,a.g.e,s.393).

43-) 15.HD.,15.4.1974,374/355(Tandoğan,a.g.e,c.II,s.18,dp.76).

44-) 3.HD.,30.1.1951,3223/1078(TİK,1951,s.312).

45-) 15.HD.,28.10.1977,1854/1955(YKD,1978,s.1527 vd.).

Bir binanın yıkılması,taşınmazı belki eskisinden daha değersiz hale getirmesine rağmen,yeni bir şey ortaya çıkarıldığı için istisna sözleşmesine konu olur.

düzenlenmiş ve bu işgörme sürecinde müteahhidin belirli bir özen dahilinde çalışması aranmıştır.

Bu unsur hakkında belirtilmesi gereken bir nokta da,kural olarak müteahhidin işgörme faaliyetini kendisinin yapmak zorunda olması (BK.md.356/II),fakat,işin niteliği gereği kendi kişiliğinin bir önemi yoksa işi başkasına gördürebileceğinin de (BK.md.356/II) düzenlenmiş olmasıdır(46).

3-) Ücret Unsuru

İstisna sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir;yani müteahhidin bir eser oluşturma borcuna karşılık,iş sahibi de belirli bir ücret ödemekle yükümlü olmaktadır.

Eğer bir işgörme sonucunun ücretsiz olarak yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa,kural olarak vekalet sözleşmesi karşısında bulunulur(47).Dolayısıyla,iş sahibinin ücret taahhüdü,istisna sözleşmesinin varlığı için gerekli bir koşul olmaktadır.

İstisna sözleşmesinde,iş sahibinin ücret ödeme borcu;satım sözleşmesindeki alıcının,vekalet sözleşmesindeki müvekkilin veya hizmet sözleşmesindeki işverenin ücret ödeme borcundan kural olarak bir farklılık göstermezse de,kanun istisna özgü bazı nitelikleri gözönüne alarak bu borca ilişkin bir takım özel düzenlemeler getirmiştir(48).

46-) Belirtmek gerekir ki,müteahhidin,BK.md.100 anlamında yardımcı kullanması,iş başkasına gördürüyor anlamına gelmez.

47-) Tandoğan,a.g.e,c.IIs.24;Tunçomaz,a.g.e,c.II,s.956;Bilge,a.g.e,s.247.

48-) Öz,a.g.e,s.6. nitekim,beklenemeyen hallerde ücretin arttırılması (BK.md.365/II),ayıplı eser teslimiyle ücretin indirilmesi (BK.md.360/II),ücret alacağının eserin teslimiyle muaccel olacağı (BK.md.364/I),kararlaştırılmamış veya yaklaşık olarak kararlaştırılmış ücrete ilişkin (BK.md.366) bu tür özel düzenlemelerdendir.

Sözleşmede, taraflar, ücreti açıkça kararlaştırabilecekleri gibi örtülü olarak da kararlaştırabilirler, hatta tarafların ücret üstünde hiç anlaşmamış olması da mümkündür. Ücretin örtülü olarak kararlaştırılması, özellikle, karşılıksız olarak yapılmadığı bilinen ve meslek sahipleri ile sanatkarların uğraştıkları işlerin sözleşmeye konu olması halinde ortaya çıkacaktır(49). Bu gibi hallerde, ücret, genelde önceden açıklanmış fiyat tarifelerine göre belirlenmekte ve tarafların tarifede yer alan ücret üstünde örtülü olarak anlaşmış oldukları varsayılmalıdır.

Ücretin üstünde önceden hiç anlaşma yapılmamış olması veya yaklaşık bir ücretin kararlaştırılması halinde ise ücret, BK.md.366'ya göre yargıç tarafından, yapılan işin değeri ve müteahhidin masrafları gözönüne alınarak belirlenecektir(50).

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcu bir miktar parayla ifa edilir. Fakat, iş sahibinin ücret ödeme borcunun para dışında şeylerle de ifa edilebileceği, bu tür ifanın istisna sözleşmesinin niteliğini değiştirmeyeceği örneğin, iş sahibinin ediminin; hizmet, vekalet gibi bir başka işgörme sözleşmesiyle veya bir başka eserin trampasıyla yerine getirilebileceği savunulmaktadır(51).

49-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.24; Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.953.

50-) Bu halde de, yargıcın, o işle ilgili önceden ilan edilmiş fiyat tarifelerini gözönüne almasının gerekeceği ileri sürülmektedir bkz. Tandoğan, a.g.e, c.II, s.27; Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.952.

51-) Olgaç, İstisna Akdi, s.4; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.28; Nitekim, Yargıtay da bir kararında, davacı köyün yapılacak köprünün taşlarını sağlamayı taahhüt, köylülerin de köprü inşaatında çalışmayı kabul etmesini buna karşılık davalının bu taşları kullanarak ve köylüleri çalıştırarak köprüyü yap-

Kanımızca,iş sahibinin ediminin bir miktar para ile yerine getirilmesi istisna sözleşmesinin niteliğini belirleyen önemli bir faktördür.Çünkü,yaklaşık ücret (BK.md.366),keşif bedelinin aşılmasında ücret artırımı (BK.md.365/II),ayıplı eser nedeniyle ücretin indirimi (BK.md.360/II) gibi hükümlerde ,kanun,bizzat iş sahibinin ediminin bir miktar para olmasını öngörmüştür.Bu nedenle,iş sahibinin ediminin para dışında şeylerle yerine getirilmesi halinde artık,bir karma sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir.

Nitekim,uygulamada oldukça sık rastlanan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri bu şekilde nitelendirilmektedir.Müteahhidin borcunun belirli sayıda katlar imal etmek,iş sahibinin borcunun ise,ücret ödeme olmayıp,katların üzerine inşa edildiği taşınmazın dolayısıyla katların belirli bir bölümünün mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğu bu sözleşmeler;müteahhidin imal borcunun istisna sözleşmesinin,iş sahibinin taşınmazın mülkiyetini geçirme borcunun ise satım sözleşmesinin bir unsuru olması nedeniyle karma sözleşmeler olarak kabul edilmektedir(52).

İstisna sözleşmesinde,ücret iki biçimde belirlenebilir;götürü ücret denen ilk belirlemi biçiminde,eserin bedeli önceden belirli ve kesinleşmiş bir meblağ olarak ortaya çıkmıştır.Bu bedel,somut bir rakam olabileceği gibi,sonradan somutlaşacak birim fiyatlar üstünden hesaplanmış bir rakam da olabilir.Götürü ücrette ,müteahhit ücret rizikosunu üzerine

mayı köye karşı üstlenmesini istisna sözleşmesi olarak kabul etmiştir.Bkz.TD.,30.5.1955,4182/4597(Olgaç,a.g.e, c.III,s.891).

52-) 15.HD.,11.3.1986,5387/1644,(YKD,1986,s.1672);15.HD.,17.5 1982,573/1184,(YKD,1982,s.1446);15.HD.,25.12.1975,4719/ 5159(YKD,1976,s.368).

almıştır(53).Çünkü,eser sonradan öngörülenden daha fazlaya mal olsa bile,BK.md.365/I hükmü gereği müteahhid bu fazlalığı talep edemez.Bunun gibi,iş sahibinin de eserin öngörülenden daha az bir fiyata mal olduğu gerekcesi ile ücretten indirim yapılmasını,istemesini BK.md.365/III hükmü engellemektedir. Fakat bir istisnai durumda,beklenilmeyen bir hal nedeniyle işin yapılması imkansızlaşır ya da çok güçleşirse müteahhide BKmd.365/II gereği,ya sözleşmeyi fesih ya da önceden götürü yöntemle hesaplanmış ücretin yükseltilmesini isteme hakkı tanınmıştır.Beklenilmeyen halin,eserin maliyetini aşırı derecede artıracığı anlaşılıyorsa,iş sahibine de sözleşmeyi fesih hakkının tanınmasının gerektiği savunulmaktadır(54).

Götürü ücret halinde ortaya çıkan diğer bir özellik de saptanan ücretin kapsamına hangi işlerin gireceğinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.Özellikle,istisna sözleşmesinin kurulmasından önce bu sözleşmeye hazırlık oluşturan bazı çalışmalar için,bunlar hakkında ayrıca bir ücret kararlaştırılmadığı durumlarda,bu çalışmaların sonradan saptanan götürü ücretin kapsamına girip girmediği belirsizdir.Bu çalışmalara örnek olarak,bir binanın yapımına yönelik sözleşmenin kurulmasından önce,binanın yapılabilişliğine ilişkin araştırmalar yapılması,plan ve projeler hazırlanması gösterilebilir(55). Bu gibi durumlarda kabul edilen çözüm,asıl sözleşmeyi ifa edenle hazırlık çalışmaların ifa edenin aynı kişiler olup olmadığı,hazırlık çalışmalarının kapsamı,niteliği,taraf irade-

53-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.6.

54-) Bilge,a.g.e,s.223;Kanımızca bu halde,iş sahibinin müteahhidin olası zararlarını karşılaması gerekir.Örneğin,o ana kadar yapılan kısmın bedelinin tazmini gibi.

55-) Tandoğan a.g.e,c.II,s.25.

lerinin yorumu gibi unsurları değerlendirerek sonuca ulaşılması yönündedir(56).

Ücretin, diğer hesaplama biçimi de yaklaşık ücrettir. Ücretin, hiç belirlenmediği ya da yaklaşık olarak belirlendiği bu durumda BK.md.366'ya göre yargıç ücreti yapılan şeyin değerine ve müteahhidin masraflarına bakarak belirlenecektir.

4-) Tarafların Anlaşması Unsuru

İstisna sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Bu nedenle, tarafların eser olarak somutlaşacak işgörme sonucu üzerinde anlaşmaları ile sözleşme herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadan kurulur(57). Müteahhidin eseri teslim borcu ve iş sahibinin ücret ödeme borcu sözleşmenin kendiliğinden doğan sonuçlarıdır, bu yüzden bunlar üstünde anlaşılması şart değildir(58).

Sözleşmenin kuruluşu, açık irade beyanlarıyla olduğu gibi örtülü irade beyanlarıyla da olabilir. Müteahhide, mesleğine ilişkin bir işin yapılması konusunda bir icapta bulunmuşsa, BK.md.387'ye kıyasen, müteahhid bu icabı reddetmedikçe örtülü olarak kabul etmiş sayılmaktadır(59).

-
- 56-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.25 vd.; Tunçomag, a.g.e, c.II, s.957-958; Bu çalışmanın fer'i nitelikte olduğu gerekçesi ile ek ücret istenemeyeceğini savunan Olgaç, İstisna Akdi, s.4-5.
- 57-) Erman, a.g.e, s.20; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.28; Olgaç, İstisna Akdi, s.5; Tunçomag, a.g.e, c.II, s.959; 15.HD., 16.2.1984, 3983/937, (YKD, 1984, s.1555); 15.HD., 22.4.1977, 406/953, (YKD, 1978 s.601); 11HD., 8.12.1970, 434/4937, (Olgaç, İstisna Akdi, s.5).
- 58-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.28; Tunçomag, a.g.e, c.II, s.959.
- 59-) BK.md.387, vekalet sözleşmesinde, vekilin, mesleğinin gereği bir iş konusunda yapılan icabı derhal reddetmedikçe, örtülü kabulünü düzenlemektedir.

İstisna sözleşmesinin, geçerlilik şekline tabi olmadığına bazı ayırık halleri vardır.

Bunlardan birincisi, öğretilde benimsendiği üzere(60), büyük boyutlu işleri istisna sözleşmelerinin taraflarca, BK.md. 16 gereğince, örtülü olarak yazılı şekil koşuluna bağlandığıdır. Bu görüşe gerekçe olarak da, büyük boyutlardaki işlerde tarafların sözleşmeye ilişkin bir çok ayrıntıyı, özellikle ücreti kesin bir biçimde ve yazılı olarak kararlaştıracakları, çünkü, ücretin sonradan yargı ya da bilirkişi aracılığıyla BK.md. 366'gereğince belirlenmesini makul karşılamayacakları, ileri sürülmektedir.

Kanımızca, kanunun herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutmadığı bir sözleşmeyi, büyük boyutlu işler yapıldı diye bir şekle tabi tutmak, hem kanunun açık hükümlerine aykırı bir tutum olacak hemde sözleşme taraflarından birince, şekle aykırılıktan dolayı sözleşmenin geçersizliğinin, heran kötü niyetli olarak ileri sürülmesi gibi adil olmayan sonuçlara neden olacaktır.

İstisna sözleşmesinin geçerlilik şekline tabi olduğu ikinci hal ise, 2886 sayılı kanunda belirtilmiştir. Bu kanunun, 53/I.maddesi, 2886 sayılı kanun uyarınca idare tarafından ihale edilen işlerin yazılı biçimde yapılmasını aramış, yine bu kanunun 57.maddesi de yazılı olarak yapılmış sözleşmenin Noterde tescilini bir geçerlilik koşulu olarak öngörmüştür(61).

Sözleşmenin geçerliliği için, şekil şartının arandığı diğer bir durum da, "arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri" olarak adlandırılan, istisna ve satım sözleşmelerinin bir arada bulunduğu karma sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeleri ne tam anlamıyla satım, ne de tam anlamıyla istisna sözleşmesi saymak mümkün olmadığından, geçerlilik için olması gereken

60-)Tunçomag, a.g.e, c.II, s.959; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.30.

61-)Bu şekle uyulmaması yüzünden, sözleşmenin geçersiz olacağı ve sözleşmeyle kararlaştırılan cezai şartın da istenemeyeceği hakkında, bkz.4.HD., 24.2.1974, 12079/2322 (Olgaç, a.g.e, c.III, s.611).

şekil konusu da oldukça yoğun tartışmalara yol açmıştır.Çünkü, iş sahibinin borcu olan,taşınmaz mülkiyetinin devrini,MK.md. 639,gereğince resmi şekilde yapmak gerekirken,müteahhidin eser yapma borcunun bu şeklin kapsamına girip girmeyeceği belli değildir.

Bu sorun hakkında,genel kanaat,resmi şeklin müteahhidin eser yapma borcunu da kapsaması yönünde olmakla beraber (62),müteahhidin ediminin resmi şekle girmeyeceğini de savunanlar vardır(63).Yargıtay ise,bazı kararlarında resmi şekle uyulmadığı için sözleşmeyi geçersiz sayarken(64),bir çok kararında, şartları varsa,sözleşmenin adi yazılı şekilde veya imzaların noterden onaylı biçimde yapıldığı gerekçesiyle şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması saymış(65), bazı hallerde ise şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmaması için, tarafların edimlerini ifa etmemiş olmalarını aramıştır(66).

62-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.29; Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.961.

63-) Erman, a.g.e, s.21; Kostakoğlu, Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmelerinde Şekil(YHD, 1984. sy.7, s.920 vd.) s.928.

64-) 15.HD. 17.2.1983, 206/269,(YKD, 1983, s.745); 13.HD, 18.2.1985, 538/1015,(YHD, 1985, s.569 vd.); HGK. 9.6.1982, 15/1613,(YKD, 1982, s.1982).

65-) 15.HD, 1.3.1984, 4001/601, (YKD, 1984, s.1077-1079); HGK, 6.6.1979, 14-190/779(Batider, 1980, s.809-812).

66-) 15.HD, 30.3.1984, 679/1109, İBD, 1985, s.661); 15.HD, 11.12.1980, 419/2449, (YKD, 1981, s.729-730); 15.HD, 7.5.1985, 8820/3269, (YKD, 1987, s.266-267).

III-) İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRDEDİLMESİ

1-) Vekalet Sözleşmesinden Ayırdedilmesi

Vekalet ve istisna sözleşmelerinin, birbirinden ayırdedilmesi, hem bu iki sözleşmenin belirli bir işgörmeye yönelik olması, hem de bu iki sözleşmenin uygulanabilirlik sınırlarının belirlenmesi açısından oldukça karışık sorunlar yaratmaktadır. Bu karışıklık yüzünden eser kavramına verilen anlam da tam olarak netleşmemektedir.

Fakat, bütün bu güçlüklerle rağmen, heriki sözleşmeyi ayırdedmeye yarayacak ölçütler yine bulunmaktadır.

Herşeyden önce, vekalet daha genel bir nitelik taşır ve istisnada olduğu gibi belirli bir sonucun oluşturulmasına değil, sözleşme çerçevesinde işgörmeyi amaçlar(67). Bu nedenle, vekilin işi sonuçlandırması önem taşımamakta, sadece işini özen ve sadakat içerisinde görmesi borcunu ifa için yeterli olmaktadır(BK. md.390). Bu nedenle, bir doktorun hasta tedavi etmesi(68), avukatlık mesleğinin gerektirdiği işlerin yapılması (69) gibi hallerde, belirli bir sonuç garanti edilmediği için vekalet ilişkisi söz konusu olmaktadır.

Ücret unsuru da önemli bir ölçüttür; çünkü, istisnada, iş sahibinin her zaman bir ücret ödeme borcu söz konusu iken, vekalet sözleşmesinin ücretsiz de olması mümkündür(70).

2-) Hizmet Sözleşmesinden Ayırdedilmesi

İstisna sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayırdedmeye yarayacak başlıca unsurlar, bağımsızlık ve sonuç oluşturma unsurlarıdır(71).

67-) Bilge, a.g.e, s.215.

68-) HGK, 6.7.1964, 37/40,(Olgaç, İstisna Akdi, s.6).

69-) HGK, 28.1.1977, 13-3520/89,(ABD, 1977, s.345 vd.).

70-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.971

71-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.35.

Hizmet sözleşmesinde, işçinin edimi doğrudan doğruya hizmeti, işgörmesi olduğu halde, istisna sözleşmesinde müteahhidin edimi işgörmesi değil, bu işgörme sonucu ortaya çıkan sonuçtur(72). Dolayısıyla, işçi, belirli bir süre işgörmekle borcunu ifa etmiş olduğu halde, müteahhidin sadece işgörmesi borcunu ifa için yeterli olmamakta, ayrıca taahhüt ettiği sonucu da oluşturması gerekmektedir(73).

Hizmet sözleşmesinde, işçinin işverenin buyruğu altına girmesi, onu sıkı bir bağımlılıkla işverene bağlarken, istisnada, müteahhidin iş sahibine bağımlılığı çok daha az sınırlı olup; iş sahibinin, işin görülmesine yönelik belirli talimatları çerçevesinde olmaktadır(74). Nitekim, bu unsura bağlı olarak, müteahhit, BK. md.356 hükmü gereğince, işin görülmesini tamamen veya kısmen bir başkasına bırakabilirken veya yardımcı şahıs kullanabilirken, işçi, işi, BK. md.320 hükmü gereğince bizzat yapmak zorundadır. Bağımlılık unsuru, yine yeterince olmadığından iş sahibinin gözetimi altında ve paraya üstüne iş yapan işçinin faaliyeti yine hizmet değil istisna sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır(75).

72-) Berkin, Hizmet Akdi, Çıraklık Mukavelesi ve İstisna(AD, 1951, s.1012 vd.), s.1023; Göktürk, a.g.e, s.407; Olmacı, İstisna Akdi, s.5.

73-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.36; Berkin, a.g.m, s.1023.

74-) Nitekim, Yargıtay bir kararında, belirli zamanlarda işverenin daveti üzerine gösterilen stüdyoya gelip eserlerini band ve plaklara geçiren sanatkarların faaliyetini, işverenle yeterli bağımlılıkları olmadığı gerekçesiyle, istisna ile ilgili hükümlere tabi tutmuştur. Bkz. 10.HD, 14.12.1973, 5183/3154,(YHD, 1980, s.506-508).

75-) Berkin, a.g.m, s.1024.

3-) Satım Sözleşmesinden Ayırdedilmesi

Temlik borcu doğuran satım sözleşmesi ile, bir iş-görme sözleşmesi olan istisnanın birbirinden kolayca ayırd-edilmesi mümkündür. Çünkü, satımdaki teslim ve istisnadaki imal unsurları heriki sözleşme arasındaki farklılığı açıkça ortaya koymaktadır.

Fakat, halen mevcut olmayan birşeyin, müteahhidin malzemesi ile imali ve tesliminin borçlanıldığı taşınır eserlere ilişkin istisna sözleşmeleri ile ileride imal edilecek şeylerin satımına ilişkin sözleşmeleri birbirinden ayırded-mek oldukça zor olmaktadır(76). Bu halde, heriki sözleşmeyi birbirinden ayırdedme; somut olaydaki imal etme ve teslim un-surlarının ağırlığına bakılarak yapılacaktır(77). Eğer birşey imali sözleşmedeki edim yükümlülüğünün konusunu sözleşmenin ifası kapsamına girecek şekilde oluşturuyorsa ve teslim edi-lecek şeyin imali istenebiliyorsa, istisna, aksi halde satım sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir(78).

76-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.42.

77-) Akyazan, İstisna Akidleri(AD, 1967, s.884 vd.), s.879; Nitekim, Yargıtay bir kararında, bedel karşılığı belirli ölçü üzerine sandıklık tahta yapıp teslim etme taahhüdünü, seri halinde yapılacağı ve bu nedenle herhangi bir sanat özelliği göstermeyeceği için istisna değil, satım sözleş-mesi olarak yorumlamıştır. Bkz. HGK, 12.11.1958, 46/46, (Ömerbaş-Çetinbaş, Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, Hukuk Bölümü, 1955-1959, C.III, Ankara, 1960, s.201 vd.).

78-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.42

İkinci Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ VE DİĞER SÖZLEŞME İLİŞKİLERİNDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

I-) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

1-) Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı

İstisna sözleşmesiyle, müteahhit, bir eser oluşturmayı ve bunu, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır.

Kuşkusuz, teslim edilen eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olması gerekir. Eserin sahip olması gereken nitelikler, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, müteahhidin, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya elverişlilikte bir eser yapıp, teslim etme borcu vardır. Bunun aksine bir davranışı, yani, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımayan veya iş sahibinin, ifa menfaatini karşılamaya elverişli olmayan bir eser yapıp teslim etmesi, müteahhidin edim borcuna bir aykırılık oluşturur(1). İşte, eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olan, bu edim borcuna aykırılık haline, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu denir(2).

Kısaca tanımlamak gerekirse; müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, eserdeki ayıbtan dolayı, iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatini, karşılamayı amaçlayan ve BK.md.359 ve devamı hükümlerde düzenlenmiş, özel bir sorumluluk düzenidir(3). Böylece, iş sahibi, kendisine teslim edilen eserde bir aybın varlığı halin-

1-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.128.

2-) Tandoğan, a.g.e, c. II, s.160.

3-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.128-129.

de, üzerine düşen bazı yükümlülükleri yerine getirmek koşuluyla, kendisine tanınan, sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarıyla birlikte müteahhidin kusurunun olması kaydıyla, ayıblı eser nedeniyle uğradığı zararın tazminini de istemek imkanına sahip olmaktadır. Dolayısıyla, eserde, ayıp olarak beliren bu nitelik eksiklikleri ve bozuklukları, kendine has bir görünümü olan özel bir sorumluluk düzeninde, özel bir yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Belirtilmesi gereken bir nokta, bu sorumluluk düzeyine, sadece, eserde ayıp olması halinde başvurulacaktır. Çünkü, ayıblı ifa dışındaki kötü ifa hallerinde, müteahhit, BK.md.96 çerçevesindeki, genel sorumluluk düzeniyle karşılaşacaktır(4). Bunun gibi, tamamlanmamış bir eser, iş sahibine, teslim edilmişse, hem BK.md.359 hükmü, anlamında bir teslimin gerçekleşmiş olması hem de, eserdeki eksikliğin ayıblı ifa olarak bile nitelendirilmesi mümkün olmayacağından dolayı, sorumluluk yine, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin dışında çözümlenecektir(5).

Müteahhidin, ayıba karşı tekeffül borcu, istisnanın, bir işgörme sözleşmesi olmasına rağmen, tamlik borcu doğuran satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcuna, benzer bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, müteahhit, işgörme borcuna bağlı olarak meydana gelen sonuçtan değil, eserin teslimine bağlı olarak, sorumlu tutulmuştur(6).

4-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.160; Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.100

Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.94.

Bu duruma örnek olarak, elektrik tesisatı yaparken, duvar kağıtlarına zarar veren müteahhidin durumu gösterilebilir. Duvar kağıtlarına zarar verilmesi, ayıblı ifa olarak değerlendirilemeyen, özen borcuna aykırılık oluşturduğundan dolayı, sorumluluk, artık, BK.md.96'ya göre belirlenecektir.

5-) 15.HD, 26.10.1987, 4083/3690, (YKD, 1988, s.228-229).

6-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.160.

2-) Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği

İmkansızlık vetemerrt dışındaki borca aykırılık halleri, borcun kötü ifası olarak nitelendirilmektedir. İşte, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu da, bu kategori içinde, yani, borcun kötü ifası olarak nitelenen borca aykırılık halleri arasında yer almaktadır.

Aslında, Borçlar Kanununun, genel hükümleri kısmında haklarında özel bir hüküm olmadığı için, sadece, BK.md.96 çerçevesinde, değerlendirilebilecek vesonuçta olumlu zararın tazminine yol açabilecek bu grup borca aykırılık halleri, çeşitli özel borç işikilerinde, kendine has bir biçimde düzenlenmiş ve özel bir sorumluluk düzeni yaratılmıştır(7). İşte, istisna sözleşmesinde de, ayıblı bir eserin teslimi halinde, BK.md.359 ve devamında düzenlenmiş, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, borcun kötü ifası halinde rgrlen, özel bir sorumluluk düzeninden başka bir şey değildir.

Getirilen düzenlemenin temel amacı, ayıblı eser teslimi nedeniyle bozulan, edim-karşı edim dengesini, yeniden sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle, BK.md.96 gereğidce, borca aykırılık hali tazminata dönüşürken, ayıba karşı tekeffül borcunda, edim-karşı edim dengesini leniden sağlamaya yönelik, özel bir yapı kazanmaktadır(8). Nitekim, bu borcun ortaya çıkması halinde, iş sahibi lehine tanınan hakların niteliği de bu düşünceyi destekleyici bir durum arz etmektedir. Ayıblı eser tesliminde, iş sahibine tanınan eserin onarılmasını isteme hakkı, eksiksiz ifa talebinin değişik bir grnmyken, sözleşmeden dönme ve ücret indirimini isteme hakları da ifa talebinin yerine geçen haklardır. Bu hakların kullanılmasıyla, karşılanamayan zararın tazminini isteme hakkı da, eksiksiz ifa talebinin, yerine getirilmesine dayanmakta ve ancak, BK.md.96 çerçevesinde, istenebilmektedir(9).

7-) z, a.g.e, s.142.

8-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.129.

9-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.129.

Sonuç olarak,müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun,BK.md.96' da,olumlu zararın tazminini amaçlayan,genel sorumluluk düzeni- nin,iş sahibinin ifa menfaatinin,eksiksiz bir eseri elde etmek , olduğu istisna sözleşmesinde,bu sözleşmenin niteliği ve taraf menfaatlerine göre oluşturulmuş özel bir görünümünden başka bir şey olmadığını söyleyebiliriz.

müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu,onun esas edimi olan eseri teslim borcunun bir tamamlayıcısıdır(10)..çünkü,müte- ahhit,sözleşmeyle yüklendiği borçlardan ancak,eksiksiz bir ese- ri teslim ederek kurtulmaktadır.Buna karşın,ancak,eserin tesli- mine bağlı olarak ileri sürülmesi nedeniyle,ayıba karşı tekeffül borcunun,bir yan edim borcu olduğu ileri sürülmüştür(11),oyan, müteahhidin asli edimi olan eserinteslimine bağlı olarak çıkan ve teslim edilen eserin ayıblı olması halinde sonuçlarına mey- dana getiren,ayıba karşı tekeffül borcu,bir yan borç değil,asıl edim borcuna bir aykırılık olmalıdır(12).

Ayıba karşı tekeffül borcu konusunda,tartışmalı olan bir konu da;ayıblı bir eserin teslimi halinde,iş sahibinin,ayı- ba karşı tekeffülle ilgili hükümler yanında,ayrıca,BK.md.96'daki genel sorumluluk düzenine başvurup başvuramayacağı hakkındadır.

İş sahibinin,ayıblı eser teslimi halinde,ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümler yanında,BK.md.96'daki genel sorumlu- luk düzenine de başvurabileceğini savunanlar(13),böylece,yeni- den aynen ifanın sağlanabileceğini,somut olayda,iş sahibinin, menfaatleri gerektiriyorsa,eseri muayene ve ayıbları ihbar yü- kümlülüğünü dahi yerine getirmeden,BK.md.96'ya göre,tazminat isteyebilmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler.

10-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.160.

11-) Serozan,a.g.e,s.303;Acemoğlu,Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine,(MHAD,1972,sy.9,s.19vd.), s.21;Satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcunun da bu nitelikte olduğu hakkında,Yavuz,Borçlar Hukuku Ders- leri Özel Borç İlişkileri,İst.1986,s.90;Edis,Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu,Ank.1963 s.21-22.

Buna karşın, aksi görüş yanlıları(14), ayıblı eser teslimi halinde getirilen sorumluluk düzeninin, kendine has bir yapısı olduğunu, böylece, ayıblı eser nedeniyle, ifa menfaati karşılanamayan iş sahibi için, en elverişli sorumluluk düzeninin yaratıldığını, bu nedenle , başka sorumluluk kurallarına başvurmaya gerek olmadığını ileri sürmektedirler. Özel hüküm, genel hükümden önce gelir ilkesi gereğince, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlerin, genel hüküm olan, BK.md.96'dan önce uygulanması gerektiği ve muayene ve ihbar yükümlülükleri yerine getirilmek koşuluyla oldukça ağır bir sorumluluğa tabi tutulan müteahhidin, ayrıca, bu yükümlülükler yerine getirilmeden, bir de, BK.md.96'ya göre, sorumlu tutulmasının adil olmayacağı, bu görüş yanlılarınca ileri sürülmektedir.

3-) Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun

Özellikleri

A-) Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kusura Dayanmaması

Ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkması halinde, iş sahibinin, BK.md.360/I,II gereğince, kullanabileceği sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıblı eserin onarılmasını isteme hakları, müteahhidin kusurlu olması koşuluna bağlı kılınmamıştır. Salt ayıblı eserin teslimi, koşulları gerçekleştiğinde, bu hakların kullanılabilmesi için yeterli olmaktadır. Bu taleplerde kusur aranmaması, kuşkusuz, bu hakların, ayıblı ifa nedeniyle, iş sahibinin bozulan ifa menfaatini, yehiden sağlamaya yönelik olmalarından kaynaklanmaktadır. Nitekim, edim-karşı edim dengesini sağlamaktan öte, ayıblı eser nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, müteahhidin kusurunun aranması, bu sonucu destekleyici niteliktedir.

12-) Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İst.1968, s.68 vd.

13-) Serozan, a.g.e, s.332.

14-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.130-131 ; Öz, a.g.e, s.155.

B-) Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borculla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olmaması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuyla ilgili olarak getirilmiş sorumluluk düzeni, emredici nitelikte değildir(15). Dolayısıyla, taraflar, BK.md.99'a, aykırı düşmemek kaydıyla, tamamlayıcı hukuk kurallarından oluşmuş bu sorumluluk düzenini, kaldırabilirler veya değiştirebilirler(16). Örneğin, eseri muayene ve ayıbları ihbar süresi sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, seçimlik haklardan birisinin öncelikle kullanılmasını öngören bir anlaşmanın yapılması da mümkündür(17). Bu tür bir anlaşma, bu borçla ilgili zamanaşımı süreleri için de yapılabilir(18). Taraflar, bu nitelikteki bir anlaşmayı her zaman, sözleşmeyle beraber, sözleşmenin kurulmasına hatta ayıbın ortaya çıkmasını izleyen dönem içinde yapabilirler.

C-) Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanuni Bir Borç Olması

Sözleşmede kararlaştırılmamış, ancak, sözleşme amaçları çerçevesinde, eserde bulunması gereken niteliklerin ayıblı olması şeklinde tanımlanan, lüzumlu niteliklerde ayıp halinde, ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcunun, kanuni bir borç olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü, müteahhit, sözleşmeyle açıkça üstlenmediği niteliklerdeki ayıptan dolayı, kanun gereği sorumlu olmaktadır.

Buna karşın, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ayıp olması halinde ise, müteahhidin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tür nitelik vadeleri, bir tasavvur açıkla-

15-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, b.160.

16-) Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.1028.

17-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s. 172.

18-) Ayıba karşı tekeffülle ilgili zamanaşımı süreleri, Borçlar Kanununun, 3.Babında yer almadıkları için, BK.md.127'deki, değiştirme yasasından etkilenmeyip, sözleşmeyle, kısaltılabilmekte veya uzatılabilmektedir. Buna karşın, bu süreleri BK.md.126/4'ün, kapsamına sokan, Yargıtay ise, bu yönde bir anlaşmayı kabul etmemektedir, Bkz.15.HD, 14.12.1987, 1209/4387, (YKD, 1988, s.536).

ması kabul edilip sorumluluk buna göre belirlendiği gibi(20), bu vaadlerin müteahhidin edim borcuna dahil bir irade beyanı olduğu da kabul edilmektedir(21). Kanımızca, bu tür vaadler, sözleşmesel bir nitelik taşımalı, dolayısıyla, bunlardan müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, hiç değilse, iş sahibinin örtülü kabulleri aranmalıdır(22) .

II-) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DİĞER SÖZLEŞME İLİŞKİLERİNDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

1-) Satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcuyla karşılaştırılması

BK.md.194, "Satıcı, alıcıya karşı, satılanın zikir ve vaad ettiği vasıflarını, mütekeffil olduğu gibi maddi ve hukuki bir sebeble kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıblardan salim bulunmasını da mütekeffildir. Satıcı, bu ayıbların mevcudiyetini bil-mese bile onlardan mesuldür", biçimindeki hükmüyle, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu tanımlamıştır.

Bu hükümden yola çıkılarak, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu; satılan şeyin, satıcının zikrettiği nitelikleri taşımasından veya bu şeyin değerini, sözleşme gereği ondan beklenen yararları, azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunmasından, satıcının, sorumlu olmasıdır biçiminde tanımlanmaktadır(23).

İstisna sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffül borcu,

20-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.137, dp.37'de, anılan yazar

21-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.137-138.

22-) Lüumlu niteliklerde ayıp kavramıyla, zaten yeterince korunan, iş sahibinin, üzerlerinde anlaşmamış oldukları halde müteahhidin gelişigüzel beyanlarına dayanarak, sorumluluğuna gitmesi yerinde olmayacaktır.

23-) Tandoğan, a.g.e, c.I/1, s.157; Edis, a.g.e, s.7.

eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken, temlik borcu doğuran satımda, mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır(24). Özellikle, lüzumlu niteliklerde ayıp halinde, bu borç, yine istisnada olduğu gibi, kanuni(25) ve emredici olmayan(26) bir özellik göstermektedir.

İstisna sözleşmesinde, sorumluluğa esas olan ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken, satımda, satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği anda mevcut olan ayıblardan sorumluluk söz konusu olmaktadır(27).

Satım sözleşmesinde, satıcı, normal bir muayene ile anlaşılamayacak ayıblardan sorumlu olurken, istisnada, önemli olması koşuluyla, gizli olsun olmasın her türlü ayıptan dolayı sorumluluk vardır(28).

Gerek satımda, gerekse istisnada, sözleşme konusu şeyi muayene ve belirlenen ayıpları ihbar yükümlülükleri birbirine benzemektedir. Yalnız, mesafe satımlarında, BK.md.201 gereğince,

24-) Tandoğan, a.g.e, c.I/1, s.158.

25-) Yavuz, a.g.e, s.90.

26-) Edis, a.g.e, s.21 vd.

27-) Yavuz, a.g.e, s.92; İstisnada da, eserin teslimi anının, yarar ve hasarın geçmesi anı olması bu durumu değiştirmez. Çünkü, satımda, yarar ve hasarın geçtiği an, satılan şeyin teslimi anı değil, sözleşmenin kurulduğu andır.

28-) Alıcının, satım sözleşmesini yaparken, satılan şeyi iyice inceleyip ona göre davranması mümkün olduğundan, kendi ifa menfaatini zedeleyecek ayıpları görmesi mümkündür. Bu nedenle, satıcı, ancak alıcının iyi bir muayene ile anlayamayacağı gizli ayıplar da sorumlu tutulmuştur. Oysa, istisnada, sözleşme, kurulurken ortada henüz bir eser olmayıp, ileriye yönelik bir süreç içinde imal edilecektir. Bu nedenle, iş sahibinin ifa menfaatinin karşılanıp karşılanamayacağı sonradan belli olacağından dolayı, müteahhid, bu menfaati zedeleyen her türlü ayıptan sorumlu tutulmuştur. Yalnız, satıcının yokluğunu garanti ettiği ayıplar, BK.md.197 gereğince, bu değerlendirmenin çerçevesi dışında bırakılacaktır.

alıcaya yüklenen, şeyi koruma, durumunu yargıca müracaatla tespit ettirme ve gerekirse sattırma gibi ek külfetler vardır.

Ayıba karşı tekeffül borcunun koşulları gerçekleştiğinde, istisnada olduğu gibi, satım sözleşmesinde de, sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini isteme hakları vardır(29), yalnız, farklı olarak istisnada, iş sahibine karşı tanınan ayıblı eserin onarılmasını isteme hakkı, satımda, satılan şeyin misli şey olması koşuluyla, ayıblı şeyin ayıdan ari misliyle değiştirilmesi(BK.md.203/I) hakkına dönüşmektedir(30).

İstisnada, iş sahibi, koşulları gerçekleştirmek kaydıyla, BK.md.360'da sayılan üç haktan birisini istediği gibi kullanabilirken, satım sözleşmesinde, alıcının, haklarını kullanması bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur(31).

Yapılan bu kısa karşılaştırmadan sonra, değinilmesi gereken bir sorun da, satımdaki tekeffül hükümlerinin kayıtsız istisna sözleşmesine de uygulanıp uygulanamayacağı konusunda olacaktır. Sorunun önemi, BK.md.357/I'in, satım sözleşmesine yaptığı yollamadan kaynaklanmaktadır. BK.md.357/I'e göre, müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı, iş sahibine karşı, tıpkı satıcı gibi sorumlu tutulmuştur. BK.md.357/I tarafından, yapılan bu yollama, ücretide değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

29-) Bu hakların, geniş açıklaması hakkında, Bkz. Tandoğan, a.g.e, c.I/1, s.187 vd.; Tunçomaz, a.g. , c.II, s.160 vd.; Edis, a.g.e, s.103 vd.; Yavuz, a.g.e, s.101 vd.; Bilge, a.g.e, s.73 vd.

30-) BK.md.203/II, satıcıya da, satılan ayıblı şeyi ayıbdan ari misliyle, başka yerden gönderilmemek koşuluyla, değiştirmeyi teklif hakkı tanımıştır.

31-) Yargıcın, alıcının seçim hakkını kısıtlaması(BK.md.202/II), alıcının, sözleşmeden dönmeyi talep etmek zorunda olması(BK.md.202/III), alıcının, satım parasının indirilmesini talep etmek zorunda olması(BK.md.204/II) gibi.

Bir görüşe göre(32),bu yollama,müteahhit tarafından sağlanan malzemedeki ayıb nedeniyle oluşturulan eserin ayıblı olması haline ilişkindir ve bu özel durumu,istisna sözleşmesindeki düzenlemenin etkisinden çıkartıp,satımdaki ayıba karşı tekeffül düzenine tabi kılmayı amaçlamaktadır.

Bir başka görüş ise(33),bu yollamayla iş sahibine ikili bir imkan sağlandığını,böylelikle,malzemedeki ayıb nedeniyle eserin ayıblı olması halinde,iş sahibinin,alternatif olarak ister istisnadaki isterse satımdaki ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidebileceğini savunmaktadır.

Diğer bir görüş ise(34),bu yollamanın,satımdaki ayıba değil zapta karşı tekeffül hükümlerine yapıldığını söylemekte ve gerekçe olarakta,malzemeyi müteahhidin sağlaması halinde, oluşturulan eserin zilyetliğinin geçirilmesinin yanısıra mülkiyetinin de geçirilmesinin gerekeceğini,mülkiyeti sağlama işlevi olunca da zaptla ilişkili sorunların ortaya çıkmasının doğaal olduğunu ve bu sorunların da satımdaki hükümler gözönüne alınarak çözümlenebileceğini,göstermektedir.

Kanımızca da,bu yollamanın temel amacı,satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffülle ilgili hükümlerin kıyasen istisnada da uygulanmasını sağlamaktır.Malzemeyi müteahhidin sağlaması,eserin zilyetliğinin yanısıra mülkiyetinin de iş sahibine geçirilmesini zorunlu kalmakta,mülkiyetin geçirilmesine paralel olarak da,eser üstünde üçüncü kişilerin hak iddialarının ortaya çıkması ihtimal dairesine girmektedir. .

32-) Selici,Müteahhidin Sorumluluğu,s.99.

33-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.108.

34-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.908.

İstisna sözleşmesinde de, zapta karşı tekeffülle ilgili bir düzenlemeye olmaması, sonuçta, BK.md.357/I'in öngördüğü gibi, satım sözleşmesine bir yollamanın yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna ek olarak, sözleşmelerin çerçevelerinin sınırlandırılması konusunda çıkabilecek sorunları azaltmak amacıyla, vasa koyucunun, müteahhidin, kendi malzemesi ile eser imaline borçlanmasını, ileride imal edilecek şeylerin satımı olarak da nitelendirildiği söylenebilir.

2-) Kira Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması

Kira sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması, bu sözleşme ilişkisinde ayıba karşı tekeffül borcunun değişik bir yapı kazanmasına neden olmaktadır. Çünkü, BK.md.248'e göre, kiralayanın, kiralanan şeyi, sözleşme süreci boyunca kiracının kullanımına bırakması, ayıba karşı tekeffül borcunun da bu süre kesitine yayılması sonucuna yol açmaktadır. Böylece, kira sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu iki yönlü bir özellik göstermekte; istisnada olduğu gibi hem şeyin teslimi sırasında var olan ayıblardan, hem de bu sözleşmeye has bir özellik olarak, kullanım sürecinde ortaya çıkan ayıblardan sorumluluk söz konusu olmaktadır.

Nitekim, BK.md.249/II hükmü "teslim anında var olan ayıblardan", BK.md.250 hükmü de, "sözleşme süreci boyunca ortaya çıkan ayıblardan" dolayı kiralayanın sorumlu olduğunu açıkça belirtmiştir(35).

Kuşkusuz, bu durum, kira sözleşmesinin kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler grubu içinde yer almasından kaynaklanmaktadır(36).

35-) Kiralananda, sözleşme süreci içinde ortaya çıkan ayıblardan sorumluluk hakkında Bkz. D,15.6.1972,1988/2958,(YKD, 1972,s.405).

36-) Bu kavramlar hakkında Bkz.Yavuz,a.g.e,s.13.

Kiralayan, aynen müteahhit gibi, şeyin kullanılmasını ortadan kaldıran veya engelleyen maddi nitelikteki ayıblardan sorumlu olduğu kadar, aynı sonucu ortaya çıkartan manevi nitelikteki ayıblardan da sorumlu olmaktadır. Kiralanan yerde asırı gürültü olması, kiracının, kiralanan şeyi kullanmasını engellemek amacıyla tehdit edilmesi, manevi nitelikteki ayıblara örnek olarak gösterilebilir(37).

BK.md.258/II hükmü, ufak tefek ayıblardan doğan onarımların yapılmasına, kiracıya yükleyerek, kiralayanın sorumlu olduğu ayıbların belirli bir ağırlıkta olmasını aramıştır(38).

Kira sözleşmesinde, ayıbdan doğan sorumluluğu belirlerken, kiralananın tesliminde var olan ayıblarla, kullanma süreci boyunca ortaya çıkan ayıblarda farklı sonuçlara varılabilmektedir. Şöyleki; kiralananın tesliminde var olan ayıbdan dolayı sorumluluk için bu ayıbın gizli olması aranmıştır, zira, kiracı, sözleşmeyi yaparken kiralananı muayene ve ayıbları ortaya çıkarma imkanına sahiptir. Oysa, sözleşme süreci boyunca ortaya çıkan ayıblarda böyle bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle kullanma süreci boyunca ortaya çıkan her türlü ayıbdan dolayı, ihbar edilmeleri koşuluyla kiralayan sorumlu tutulmuştur(39).

Ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşince, kiralayan, tıpkı iş sahibi gibi, BK.md.250/I gereğince, kiralananın onarılmasını(40) ve ücretin indirilmesini isteme haklarının yanı sıra, BK.md.249/II gereğince, sözleşmeden

37-) Kiralanan şeyde ortaya çıkan ayıbların niteliği konusunda Bkz. Tunçoğlu, a.g.e, c.II, s.500; Yavuz, a.g.e, s.229; Bilge, a.g.e, s.132.

38-) Yavuz, a.g.e, s.228.

39-) 3.HD., 23.3.1984, 442/2255, (YKD, 1985, s.1015-1018).

40-) Kira sözleşmesine ilişkin bir özellik olarak da, kiracıya BK.md.251/II gereğince, ayıbı bizzat giderme hakkı tanınmıştır.

dönme ve BK.md.250/I'e göre de, sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacaktır(41).

3-) Yayın Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla Karşılaştırılması

BK.md.372'ye göre, "düşünsel bir eserin sahibi olan yayınlatanın, bu eseri, yayınlayana devretme borcuna karşılık, yayınlayanın da, o eseri basıp, sürümünü sağlamayı borçlandığı" yayın sözleşmesi, eserin sürümünün sağlanması yanında, belirli bir işin de görülmesine yönelik olduğu için, istisna sözleşmesiyle büyük benzerlik göstermektedir(42).

Buna karşın, yayın sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu, istisnadakinin aksine, tek yanlı değil iki yanlı bir özellik göstermektedir. Zira, yayın sözleşmesinde, hem yayınlatan(43), hem de yayınlayan bu borçla yükümlü olmaktadır.

41-) BK.md.249/I gereğince, kiralananın teslimi anında mevcut olan ayıplar nedeniyle, kiracı, sözleşmeden geriye etkili olarak dönebilirken, BK.md.250/I gereğince de, kullanma süreci boyunca ortaya çıkan ayıplara dayanarak, sözleşmeyi geriye etkili olarak feshedebilir.

42-) Tunçomag, a.g.e, c.II, s.1133.

43-) Yayınlatanın, yazar hakkını devretmesini ve bu hakkın varlığını sağlamasını öngören, BK.md.373'deki, tekeffül borcu, genelde, satım sözleşmesindeki, BK.md.189'da, düzenlenen, zapta karşı tekeffül borcu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bkz. Tunçomag, a.g.e, c.II, s.1139; Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, İst.1967, s.48; Franko, Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ank.1981, s.105; Yalnız, Bilge, bu borcun, zapta karşı tekeffül olduğu kadar, ayıba karşı tekeffül borcu niteliğinde olduğunu savunmaktadır, a.g.e, s.237-238.

Yayınlanmış eserin, düşünsel niteliğinden öte somutlaşmış ve maddi bir yapıda olması, yayınlayan açısından, bu eserin belirli niteliklere sahip olarak meydana getirilmesi borcunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durum da, yayınlayanın, istenilen niteliklere uygun bir eseri ortaya koyamaması halinde, ayıbdan doğan sorumluluğun işlemeye başlamasına neden olmaktadır.

Bu şekilde ortaya çıkan, yayınlayanın ayıba karşı tekeffül borcunun, niteliği konusunda, değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Yayınlayanın, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasını savunanlar(44), görüşlerini, özellikle, ortaya konulan ve sorumluluğun kaynaklandığı eserin, tıpkı satım konusu bir şey gibi, somutlaşmış maddi bir yapıda olmasına dayanmışlardır.

Sorumluluğa, istisna sözleşmesindeki tekeffül hükümlerinin uygulanmasını savunanlar ise(45), gerekçe olarak, bu sorumluluk düzenindeki hakların, yayınlatan için, en elverişlisi olduğunu, göstermişlerdir.

Kanımızca, yayınlayanın gördüğü işin imal kavramına girmesinden hareket ederek, yayınlayanın sorumluluğunun, istisnadaki ayıba karşı tekeffül borcu çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Öylece, yayınlatan, yayın ücretinin indirilmesini veyayına uygun bir hale getirilmesini isteme hakları yanında, eserdeki ayıp çok aırırsa, sözleşmeden de dönebilecektir.

44-) Dalamanlı, a.g.e, s.696; Franko, a.g.e, s.46.

45-) Franko, a.g.e, s.46, dp.6'da anılan yazarlar.

Üçüncü Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLU TUTULMASININ ŞARTLARI

I-) GENEL OLARAK

Sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme gibi kendine özgü hakları, iş sahibine tanınarak, özel bir sorumluluk düzeni oluşturan, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde çıkabilecek bir çok borca aykırılık hallerinden sadece bir tanesinde uygulanma kabiliyeti bulmaktadır. Bu borca aykırılık halide; müteahhidin, iş sahibine ayıplı bir eseri teslim etmesidir. Dolayısıyla, bu borç, ancak söylediğimiz bu borca aykırılık halinin gerçekleşmesi, yani eserin iş sahibine teslim edilmesi ve teslim edilen eserin ayıplı olması koşuluyla iş sahibi tarafından müteahhide karşı ileri sürülebilir olacaktır. Bunun yanında, tabiidir ki iş sahibinin de eserdeki ayıbı şu veya bu şekilde kabul etmemesi, tekeffülden doğan sorumluluğun varlığı için gerekli olacaktır. Bu nedenle, saydığımız üç şarttan birisinin gerçekleşmemesi halinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan söz edilemeyecektir. Örneğin, eser ayıplı bile olsa, henüz iş sahibine teslim edilmemişse veya teslim edilmesine rağmen eserde ayıp dışında bir başka borca aykırılık hali bulunuyorsa, durum böyledir. Bu iki koşulun gerçekleşmesine rağmen, iş sahibinin eserdeki ayıplı hali kabul etmesi, kuşkusuz, yine az önceki sonucu değiştirmeyecektir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun, bu denli dar kapsama yayılmış bir borca aykırılık halinde uygulanmasının nedeni, hiç kuşkusuz, bu sorumluluk düzeninin bu kapsamdaki borca aykırılık halini gözönüne alması ve onu en iyi biçimde gidermeye elverişli haklarla özel olarak donatılmış bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle, ayıplı eser teslimi halinde uygulanan bu sorumluluk düzeninin diğer borça aykırılık haline uygulanması söz konusu olmayacağı gibi, başka sorumluluk düzenlerinin de ayıplı eser teslimi halinde uygulanması mümkün olmayacaktır.

II-) MÜTEAHHİDİN ESERİ İŞ SAHİBİNE TESLİM ETMİŞ OLMASI

İstisna sözleşmesi ile müteahhid, sözleşme ile amaçlanan niteliklere uygun bir eser oluşturup, bunu iş sahibine teslim etmevi borçlanmıştır. Her ne kadar, eseri oluşturmak için belirli bir işgörme borcu müteahhid açısından sözleşmeyi ifasının bir kısmını oluşturuyorsa da, asıl önemli borcu oluşturulan eseri eksiksiz ve sözleşmeye uygun olarak iş sahibine teslim etmektir. Zaten, alacaklı açısından da ifa menfaati bu anda, yani eserin kendisine teslimi ile gerçekleşmektedir. Böylece, eseri iş sahibine teslim etme borcu, eseri oluşturma borcu yanında, müteahhidin temel borçlarından birisi olmaktadır(1). Teslimle beliren bu ifa süreci, birbirini izleyen üç evreden oluşmaktadır. Bunlar; müteahhidin eseri tamamlayarak teslim etmesi, iş sahibinin eseri teslim alması, iş sahibinin eseri muayene ve kabul etmesidir(2). Ancak, iş sahibinin, eseri kabul etmesinden sonradır ki, kural olarak müteahhid sözleşme ile yüklendiği borçlarından kurtulmaktadır(3).

1-) Tandoğan, a.ğ.e, c.II, s.125; Kaplan, a.g.e, s.129

2-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.35.

3-) Buna rağmen, sadece eserin teslimi ile müteahhidin sorumluluğunun sona erdiğine ilişkin Yargıtay kararları vardır.

Bkz. 15.HD, 23.6.1975, 2654/3168, (Dalamanlı, Borçlar Kanunu Şerhi, c.II, Ank.1977, s.636-637;

Kural olarak dememizin nedeni, eserde gizli ayıpların varlığı halinde, kabule rağmen müteahhidin sorumluluğunun devam etmekte olduğundandır.

Teslim, müteahhidin, eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve onun üzerinde dolaysız hakimiyetini sağlaması ile gerçekleşir(4). Bununla beraber, teslim, eserin niteliğine göre değişik biçimlerde olmaktadır. Taşınır eserlerde teslim, vasıtasız zilyetliğin(5) devri ile gerçekleştiği halde, taşınmaz eserlerde ise müteahhidin iş sahibine eserin tamamlandığını bildirmesi ve bu bildirime göre iş sahibinin eserin tamamlandığını anlaması ile olmaktadır(6). Fakat, sadece, eserin tamamlandığının bildirilmesi teslim için yeterli olmamalı, iş sahibinin, eser üstündeki dolaysız hakimiyetini sağlayıcı şeylerinde yapılması gerekmektedir. Bir bina yapımında, iskelelerin sökülmesi, artan malzemelerin kaldırılması, çukurların kapatılması gibi işlem böyledir(7). Yine, taşınmaz eserlere ilişkin olarak değinilmesi gereken bir noktada, yapının imar kanununa tabi olması halinde, bu kanunun 18. maddesi uyarınca alınması gereken "kullanma izni", ancak alınması sayesinde yapının tam anlamıyla kullanılmasını sağladığından, teslim borcunun bir unsuru olmalıdır(8).

4-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1012

5-) Bazen, sadece zilyedliğin sağlanması yetmez, eserin çalıştırılması, işleyiş şeklinin açıklanması da teslim kavramına girebilir. Bunun gibi, sağlanan zilyedliğin, asli ya da fer'i zilyedlik olmasının önemi yoktur. Örneğin, kiracının onarılmak üzere verdiği birşeyi teslimde fer'i zilyedlik sağlanmaktadır.

6-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.36; Olgaç, İstisna Akdi, s.30

7-) Tandogan, a.g.e, c.II, s.126.

8-) Cerrahoğlu, Eserin Kabulü, (İstanbul Ticaret, 25.4.1980, s.12), s.12. Nitekim, ayıba karşı tekeffilden doğan zaman aşımı süresini, dolayısıyla eserin teslim tarihinin iskan ruhsatının alındığı tarihten başlatan Yargıtay kararı için bkz. 15.HD, 22.2.1938, 175/174, (YKD, 1979, s.1194).

Nitekim, bu iznin, ancak plan, proje ve imar mevzuatına uygun yapılmış yapılara verilmesi de müteahhidin eseri tam ve eksiksiz olarak teslim ettiğine bir karine olabilmektedir.

Müteahhid, eseri, tamamlayarak teslim etmek zorundadır. Henüz tamamlanmamış bir eserin teslim alınmasına iş sahibi zorlanamaz(9). Eseri, bu halde teslim almaması, iş sahibin alacaklı temmürüdüne düşürmediği gibi tam tersi kendisinin eseri teslim almayarak müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürme imkanı vardır. Eserin tamamlanmış olmasından, sözleşme de kararaştırılan bütün işlerin bitirilmiş ve eserin kendisinden beklenen kullanma ve yararlanma amacını gerçekleştirebilecek bir hale gelmiş olması anlaşılmalıdır. Ancak, eserdeki eksikliklerin önemsenmeyecek kadar az olması halinde, bunların ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyorsa, kuşkusuz, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması kabul edilmemelidir(10). B.İ.G.Ş.'de, 41. maddesinde, "geçici kabul" ile eserin teslim alınmasını düzenlemiştir. Bu maddeye göre, eksik ve tamamlanmamış işlerin bedelinin yapının toplam değerinin, % 5'ini aşmaması veya yapının kullanılmasına engellemecek bir durumda olması halinde, yapı geçici olarak teslim alınmakta, ancak, kesin kabule kadar, müteahhidin hertürlü sorumluluğu devam etmektedir(11).

9-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1012; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.125,

10-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.40-41,

11-) B.İ.G.Ş.'nin getirdiği düzen hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.37-40.

Dolayısıyla, bu düzenleme, B.İ.G.Ş.'nin, eserin teslimi konusunda kendine has bir düzen getirdiğini göstermektedir(12).

Eserin teslimine ilişkin, diğer bir özellikte, müteahhidin malzemesi ile imal edilmiş taşınır eserlerde ortaya çıkmaktadır. Eğer eser bu nitelikteyse, yani hem müteahhidin malzemesi ile imal edilmiş hem de taşınırsa, bunların teslimi için iş sahibine zilyedliğin sağlanması yanında, satış sözleşmesine kıyasen mülkiyetinin de geçirilmesi gerekecektir(13).

İstisna sözleşmesinde, eserin teslimi için belirli bir süre kararlaştırılmış olsun veya olmasın, eserin hemen teslimi istenemez; Zira, müteahhidin, her halükarda eseri oluşturmak için belirli bir süreye mutlaka ihtiyacı olacaktır. Eğer, teslim için belirli bir süre kararlaştırılmışsa ve bu süre sonunda müteahhid eseri teslim etmiyorsa, iş sahibinin, BK. md.106-107'ye dayanarak, sözleşmeyi fesih yetkisi bulunduğu gibi(14), teslim tarihinde, eserin teslim edilemeyeceği açıkça anlaşılıyor, BK. md.358/I'e dayanarak da sözleşmeyi feshedebilir(15).

Eserin teslimi konusunda, belirtilmesi gereken bir noktada, eserin teslim alınmasıyla kabulünün farklı kavramlar

12-) B.İ.G.Ş.'ne göre, eserin geçici kabulü için aranan şartlara ilişkin, Yargıtayın bir kararı, bkz. 15.HD, 5.7.1981, 1754/2485 ve bu kararın incelemesi için, bkz. Kabaalioğlu, Müteahhidin Borçları, Kusur ve Sözleşmeye Aykırılık İstisna Akdi. (İstanbul Ticaret, 11.6.1982, s.5), s.5, ve aynı yazarın istisna Akdi, (İstanbul Ticaret, 18.6.1982, s.5), s.5.

13-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.127,

14-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.130; Müteahhidin, eserin tesliminde temerrüde düşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için, bkz. Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ank.1988, s.61 vd.

15-) Dayınlarlı, a.g.e, s.57 vd.; 4. HD, 24.12.1973, 8325/10077, (Dalamanlı, a.g.e, s.614).

olduğudur. Zira, eserin teslim alınması ve kabulünün, müteahhidin borcun ifasını oluşturan iki süreç olması yanında, iş sahibinin eseri kabul ettiğinin söylenebilmesi için öncelikle eserin teslim alması ve teslimi izleyen muayene işlemini yapması gerekmektedir(16).

Borçlar Kanununda, eserin teslimine önemli sonuçlar bağlanmıştır. Bunlar; BK. md.364'e göre, müteahhidin alacağının teslimle muaccel hale gelmesi, BK. md.368'e göre, hasarın teslimle iş sahibine geçeceği ve konumuzla ilgisi bakımından, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeninin eserin teslimi ile işlemeye başlayacağı; yine bu sorunun çözümüne ilişkin eserin muayenesi ve bulunan ayıpların ihbarının da teslimle ortaya çıkacağıdır.

III-) ESERİN AYIPLI OLMASI

1-) Eserdeki Ayıbın Tanımı

Eserin ayıplı olması, BK. md.360'da "yapılan şeyin, iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre, kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olması" biçiminde ifade edilmiştir.

Bu hükümden yola çıkarak, eserdeki ayıp, "eserin, müteahhidin, sözleşmeyle üstlendiği nitelikleri taşıması veya sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile, iş sahibinin o eserden elde etmeyi umduğu kullanma amacını gerçekleştirmeye elverişli olmaması" biçiminde tanımlayabiliriz(17). Daha değişik bir anlatımla, müteahhid tarafından oluşturulan eser

16-) 4. HD, 25.12.1973, 13792/10111, (İKİD, 1975, s.3677);

Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.36; Kapran, a.g.e, s.129.

17-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.136, Tandoğan, a.g.e, c.II, s.161.

Ya taşınması gereken nitelikleri taşımamaktadır veya varolan nitelikler olması gerekenlerden değişik bir yapıda bulunmaktır(18).

Gerek bu tanımlamalardan, gerekse, BK. md.360'ın ifadesinden, eserde ortaya çıkan ayıbın iki kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Bunlar; sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ortaya çıkan ayıplar ve sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile eserde olması gereken lüzumlu niteliklerdeki ayıplardır. O halde, eserdeki ayıp kavramını, belirttiğimiz bu iki kategori çerçevesinde incelemek, hem BK. md.360'ın ifadesine hem de bu konuda yapılan tanımlamalara daha uygun olacaktır.

A-) Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ayıp

Eserin taşınması gereken nitelikler öncelikle sözleşme çerçevesinde belirlenecektir. Çünkü, taraflar sözleşmeyi yaparken büyük bir olasılıkla, eserin şu veya bu özelliği taşıyacağını, kullanma amacını, işleyiş biçimini, eserde olması gereken asgari kaliteyi kararlaştıracaklardır(19). Bu nedenle, müteahhidin, eseri sözleşmede belirtilen bütün bu özellikleri taşıyacak biçimde yaparak teslim etme borcu vardır. Bunun aksine bir davranışı, yani, sözleşme şartlarında belirtilen özellikleri az veya çok taşımayan veya sözleşmede belirtilenler dışında özelliklere sahip bir eserin

18-) Tunçomag, a.g.e, c.II, s.1015; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.136; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.162.

19-) Nitekim, özellikle, parasal hacmin geniş olduğu istisna sözleşmelerinde tarafların sözleşme konusu esere ilişkin en küçük ayrıntıyı bile düzenlediği görülmektedir. Bunun gibi, inşaat işlerinde, tarafların yaptıkları sözleşmenin eki sayılan teknik şartnamelerde, yapılacak inşaatla ilgili birçok ayrıntıyı düzenlemektedir. Sözleşmenin, ayrılmaz bir eki olan bu teknik şartnamelere müteahhidin uyması ve bunlarda öngörülen niteliklere uygun olarak inşaatı yapması gerekmektedir.

yapılıp teslim edilmesi ayıplı ifa sayılacak ve müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Çünkü, iş sahibinin, sözleşmede kararlaştırılmış özelliklere uygun bir eserin teslimini beklemek hakkıdır(20).

Bu tür ayıpların belirlenmesi tamamen, sözleşme şartları ve çerçevesinde yapılacaktır. Çünkü, sadece, eserde somut olarak bir özelliğin bulunması veya bulunmaması eser ayıplıdır demek için yetmeyecek, bu durumun ayrıca sözleşme şartlarına aykırı olup olmadığı da araştırılacaktır. Bu nedenle, eserde olan herhangi bir özellik bazen sözleşme şartlarına aykırılık oluşturduğundan ayıp sayılırken, bazen de bu nitelikte olmayacaktır. Bu nedenle, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ortaya çıkan ayıbın, göreceli bir kavram olduğu söylenebilir(21). Salt sözleşme koşullarına aykırılık ayıp olarak kabul edilince, ortaya çıkan ayıbın şu veya bu boyutta olması önemli olmayacak, boyutlarına bakılmaksızın her türlü ayıptan müteahhid sorumlu tutulacak ve bu sorumluluktan ayıbın önemsiz olduğu, eserin değerini düşürmediği veya kullanma elverişliliğini aratmadığı gibi gerekçelerle kurtulamayacaktır(22).

Müteahhid, sözleşmeyle kararlaştırılandan daha iyi nitelikte bir eser yaptıysa, artık iş sahibi, eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığı gerekçeyle müteahhidin sorumluluğuna gidemez. Çünkü, müteahhid

20-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.136.

21-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.136.

22-) Belirtmek gerekir ki, Bu değerlendirmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gerekecektir. Eğer, bir ayıbın niteliği ve boyutları itibarıyla ileriye sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyorsa, ayıp önemsiz kabul edilerek müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu konuda bkz. Önemli ve önemli olmayan ayıp ayırımı, s.49.

sözleşmeyle üstlendiği edimini fazlasıyla yerine getirmiş, daha iyi nitelikte bir eser yapıp teslim etmiştir(23). Sözleşmeyle, binanın kapılarının çam ağacıyla yapılması kararlaştırılmış, ancak bu şarta rağmen müteahhid kapıları ceviz ağacından yapmışsa böyle bir durum vardır.

B-) Eserin Lüzumlu Niteliklerinde Ayıp

Lüzumlu niteliklerde ayıbı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, eserin dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk kuralları gereği taşınması gereken nitelikleri taşımaması veya kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsiz olması" biçiminde tanımlayabiliriz(24).

Teslim edilen eser, bu tanımlamaya uygunsa ayıplı olarak kabul edilecek ve müteahhidin sorumlu olmasına neden olacaktır.

Eserdeki ayıbı ifade eden, BK. md.360 hükmü, lüzumlu niteliklerdeki ayıbı belirleme konusunda somut bir ölçüt getirmemiştir. Bu nedenle, bu konuda somut bir ölçüt getirmek için, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen BK. md.194'ün olumsuz anlatımına başvurulmaktadır. Buna göre de ayıp; eserin kullanma elverişliliğini veya değerini önemli derecede azaltacak ve kaldıracak nitelikte ise, lüzumlu niteliklerde ayıp sayılmaktadır(25).

23-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.137.

Müteahhidin, sözleşmelerde kararlaştırılanlardan daha iyi nitelikte eser yapmasını ayıpsız ifa sayarken dikkatli davranmak gerekir. Özellikle, bu fazladan eklenen nitelik eserin kullanılmasını etkiliyorsa ortaya böyle bir durum çıkacaktır. Sözleşmeyle, inşaatın duvarlarını normal sıva ile kaplamayı üstlenen müteahhidin sonradan sıva yerine mermer yapması ve mermerin ağırlığının binanın dayanıklılığını azaltması ortaya çıkacaksa böyle bir durum vardır. Sonuçta yapılan iş ayıplı ifa sayılacaktır.

24-) Az, a.g.e., s.145.

25-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.140.

Bu nedenle, eserde ortaya çıkan herhangi bir ayıbın, müteahhidin sorumluluğuna yolaçabilecek, lüzumlu niteliklerde ayıp sayılabilmesi için, tek başına varlığıyeterli olmamakta, ayrıca ayıp nedeniyle eserin değerinin veya kullanma elverişliliğinin kalkması veya önemli derecede azalması aranmaktadır. Eserin, kullanmaya elverişliliği ise objektif ölçülere göre belirlenmekte, bu konuda ticari yaşamın değer yargıları ve dürüstlük kuralı esas alınmaktadır(26). Örneğin, o çevrede aynı tipteki eserler/için benimsenmiş kalite ölçütleri, tarafların sözleşmeden beklentileri, özellikle müteahhidin, iş sahibinin sözleşmeden olan beklentisine olan verebileceği anlam(27), müteahhidin o iş için alacağı ücret, sözleşme konusu işle ilgili kabul edilmiş kurallar(28) lüzumlu niteliklerde ayıp olup

26-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.140.

27-) Müteahhidin, sözleşmesel ilişki çerçevesinde iş sahibinin beklentilerine bakışı, sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemli olacaktır. Örneğin, herhangi bir bina için çivi üreten müteahhid bunları normal nitelikte yapabilirken, bir tarihi eserin restore edilmesi için çivi üretmesi halinde bunları, iş sahibinin beklentisi gereğince yüksek kalitede yapmak zorunda kalacaktır, bkz. HGK, 5.10. 1960, 4.46/248, (AD, 1962, s.355).

28-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.141, Yazar, bu duruma örnek olarak, özellikle, inşaat işlerine uygulanacak yapı tekniği kurallarını içeren teknik şartnameleri göstermektedir. Nitekim, bu şartnamelerde belirlenen kurallara uygun eser yapılıp yapılmadığı, müteahhidin sorumluluğunun ortaya çıkarılması açısından önemli olacak ve eserin bu kurallara uygun olması halinde ise müteahhidin kullanılmaya elverişli bir eser oluşturduğu kabul edilecektir.

olmadığını belirlemede önemli birer ölçüt olacaklardır. Bu ölçütler somut olayın koşullarıyla birlikte ele alınmalı ve değerlendirme buna göre yapılmalıdır. Örneğin, herhangi bir işte, sözleşmede kararlaştırılmamış nitelikler konusunda müteahhidin normal özellikler taşıyan bir eser yapması yeterken(29), bir başka işte somut olayın koşulları müteahhidin, daha iyi özelliklere sahip bir eser yapmasını zorunlu kılabilir.

2-) Ayıbın Önemli Olması

Ayıblı eser teslimi yüzünden müteahhidin sorumluluğuna gidilmesinin nedeni ayıplı ifa yüzünden ifa menfaati yerine getirilmeyen iş sahibini tatmin etme amacından kaynaklanmaktadır. O halde, eserde ortaya çıkan her ayıp değil, ancak iş sahibinin ifa menfaatini zedelemeye elverişli ayıplar, müteahhidin sorumluluğuna yol açabilmelidir. Dolayısıyla, müteahhidin sorumluluğu için ayıbın belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Sorumluluk için ayıbın belirli bir ağırlıkta olması aranınca, ortaya bu ölçüde bir ağırlığı ifade eden ayıbın belirlenmesi sorunu çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, önemli olan ve önemli olmayan ayıbın belirlenmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Önemli ayıp, BK. md.360'da tanımlanmış ve etkileri farklı olan iki dereceye ayrılmıştır. Bunları, önemli ayıp ve daha az önemli ayıp olarak nitelendirmek mümkündür(30). Önemli ayıbı, BK. md.360/I "eserin, iş sahibi için kullanılması veya dürüstlük kuralı gereği kabul edilebilmesi imkanını ortadan kaldıran ayıp olarak", nitelenmiş ve bu ayıbın varlığı halinde, sözleşmeden dönme gibi önemli bir hakkın kullanılmasını kabul etmiştir.

29-) Sözleşmede kararlaştırılmamışsa, müteahhidin orta nitelikte bir eser yapabileceği hakkında bkz. HGK, 26.1.1961, 2/2, (Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, sh.532); 15.HD, 9.11.1973, 210/208 (Karahasan, a.g.e, s.1157).

30-) Bu kavramlar için bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.143 vd.

Daha az önemli ayıp ise, BK md.360'da tanımlanmamış, yalnız, BK. md.360/II'de, eserdeki ayıbın birinci fıkra anlamında ağırlıkta olmaması halinde, sözleşmeden dönülemez, ancak ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarının kullanılabilmesi belirtilmiştir. Buna göre, daha az önemli ayıpları, önemli ayıpları tanımlayan, BK. md.360/I'in ışığı altında "eserin kullanılabilme ve kabul edilebilme yeterliliği kaldırmayan kısa sürede kolaylıkla giderilebilecek ayıplar"olarak nitелеmek mümkündür(31).

Önemsiz ayıplar ise, eserin değerini düşürmeyen ve kullanılma elverişliliğini etkilemeyen ayıplardır. Daha ziyade, estetik niteliklerde(32), eserin yapılmasında kabul edilmiş toleranslar içinde(33) ortaya çıkan ayıplar önemsiz ayıptır. Eserde, önemsiz bir ayıbın varlığı halinde artık ayıba karşı tekeffül borcu işlememekte ve müteahhidin sorumluluğuna gidilememektedir(34).

31-) Kaplan, a.g.e, s.138.

32-) Estetik niteliklerde ayıp, genelde, önemsiz ayıp olmaktadır. Ancak, özellikle, estetik yapının ve görünüşün gözönüne alınarak ısmarlanmış bir eserde bu tür ayıplar artık önemli ayıp sayılacak ve müteahhidin sorumluluğuna gidilecektir.

33-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.145.

34-) Sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklerde ortaya çıkan bir ayıp kapsam ve boyutlarına bakılmaksızın müteahhidin sorumluluğuna yol açabiliyorsa da belli bir ölçüden sonra bunların ileri sürülmeleri dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmali ve önemsiz ayıp sayılarak bunlardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilememelidir.

3-) Ayıbın Çeşitleri ve Bunlara Bağlanan Sonuçlar

A-) Açık Ayıp

Açık ayıp, iş sahibinin, eseri teslim aldıktan sonra, yapacağı özenli bir muayene sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlayabileceği ayıptır(35) yani, ayıp, eserin teslim alındığı anda ortaya çıkartabileceği bütün sonuçlarla; eserin değerini ve kullanma elverişliliğini kaldırmaya veya azaltmaya neden olabileceğini gösteren bütün belirtilerle ortadadır.

Açık ayıba bağlanan en önemli sonuç, özellikle, sorumluluğunun doğması açısından derhal müteahhide ihbarın gerektirdiği hakkındadır. Çünkü, açık ayıbın varlığına rağmen, iş sahibi, onu süresi içinde ihbar etmezse, BK.md.362 gereğince, örtülü olarak kabul etmiş sayılacak ve artık bu ayıptan dolayı müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

B-) Gizli Ayıp

Gizli ayıp ise, özenli bir muayenenin ortaya koyamayacağı bir ayıptır(36). Eser teslim alındığında ayıbın varlığını belli edecek belirtiler henüz ortada yoktur veya ayıbın niteliği, onun özenli bir muayene ile ortaya çıkartılmasını engellemektedir. Bu nedenle, gizli ayıp, genelde eserin kullanılma sürecinde, eserin değerini ve kullanılma elverişliliğini azaltan bir biçimde ortaya çıkacaktır(37).

Gizli ayıplara bağlanan en önemli sonuç, müteahhide ihbarları açısından dır. Ayıbın, muayene süresi içinde değilse, teslimi izleyen kullanılma süreci içerisinde belirlenebildiğini gözönüne alan, BK. md.362/II hükmü, gizli ayıpların müteahhide ihbarlarını, zamanaşımı süreleri içinde olmak

35-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.143.

36-) 15. HD, 925/1056, 7.5.1979,(YKD, 1980, s.554).

37-) Gizli ayıplar, teslim sırasında çekirdeği bulunup sonra gelişerek farkedilebilir duruma gelen veya teslim sırasında varolan bir ayıbın etkisiyle daha sonra doğan(ikincil ayıp) ya da teslim sırasında bulunmalarına rağmen özenli bir muayene ile ortaya çıkartılamayan ayıplar biçiminde de tarif edilmektedir. Bkz. Tandoğan, a.ge,c.II s.220

IV-) İŞ SAHİBİNİN ESERİ KABUL ETMEMİŞ OLMASI

İş sahibinin, kendisine teslim edilen ayıplı eseri kabul etmemiş olması, ayıplı eser nedeniyle müteahhidin sorumluluğuna gidebilmek için gerekli koşullardan birisidir. Çünkü, BK. md.362/I hükmü, eserin, iş sahibi tarafından kabulü halinde, gizli olan veya kasten saklanan ayıplardan doğan sorumluluk hariç, müteahhidin her türlü sorumluluğunun sona ereceğini belirtmiştir. Kuşkusuz, burada eseri kabulden anlaşılması gereken; eserin teslimi sırasında, zilyedliğin ele geçirilmesine yönelik zilyed olma iradesi çerçevesindeki kabul değil, ayıplı eseri sözleşmeye uygun olarak ifa edilmiş eser olduğu hukukî sonucunu doğuran kabuldur(38).

Kabul, eksik bir hukuki işlemi veya hukuki olguyu düzeltici bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, iş sahibinin, kabul beyanı üzerine eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan sözleşmenin kötü ifa edilmesi olgusu artık düzeltilmekte ve ayıplı esere rağmen müteahhid borcunu tam olarak yerine getirmiş kabul edilmektedir(39).

Kabul, müteahhide yöneltilmesi gereken ve eserin sözleşmeye uygun görüldüğünü içeren tek taraflı bir irade beyanı ile yapılar ve hukuki sonuçlarını doğurması için, müteahhidin bu beyana mukafakat edip etmemesi önem taşımaz. Yine, tek taraflı bir hukuki işlem olması nedeniyle, iş sahibinin gönderdiği kabul beyanından dönmesi söz konusu olmaz(40), bu yüzden, iş sahibinin önce eseri kabul edip, daha sonra bundan vazgeçerek, BK. md.360'daki haklarından birisini kullanması, örneğin

38-) İleride değineceğimiz gibi, bazen, sırf eserin teslim alınması da kabul anlamına gelir.

39-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.199.

40-) Kuşkusuz, kabul beyanının irade fesadı halleriyle sakatlanması bu halin dışındadır.

eserin onarılmasının veya ücretin indirilmesini istemesi mümkün değildir(41).

BK. md.362/I hükmü, eserin kabulü ile açık ayıplardan dolayı müteahhid hertürlü sorumluluğunun sona erdiğini belirtiyorsa da asıl olarak sona eren, eserdeki ayıptan doğan ve BK. md.360'da düzenlenen sorumluluktur(42). Buna karşın, Yargıtay, kabulle sona eren sorumluluğun daha geniş kapsamlı olarak; ayıplı eser nedeniyle doğan sorumluluk yanında başka tür sorumlulukların da sona ereceği bir biçimde kabul etmektedir. Eserin geç teslim nedeniyle istenebilecek gecikme tazminatından veya sözleşmede kararlaştırılmış cezai şarttan doğan sorumluluklar böyledir(43).

BK. md.362 hükmü, eserdeki ayıbın açık ayıp veya gizli ayıp olmasına göre eserin iş sahibi tarafından kabulünü farklı şekilde düzenlemiştir.

BK. md.362/I'e göre, iş sahibinin, eseri açıkça veya örtülü olarak kabul etmesiyle, eserdeki açık ayıplardan dolayı artık müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. İş sahibinin eseri açık olarak kabulü, genelde, müteahhide yöneltilen ve teslim alınan eserin sözleşmeye uygun olduğunu içeren bir irade beyanı ile yapılmaktadır. Açık kabulün, belirli çekinceler ileri sürülerek yapılması da mümkündür. Örneğin, ayıplı eser teslimi üzerine, müteahhidle iş sahibinin ayıbın giderilmesi konusunda anlaşmaları ve iş sahibinin, bu ayıp giderilmek koşuluyla eseri kabul ettiğini açıklamasında böyle bir durum vardır(44).

41-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.217; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.199.

42-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.218; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, sh.200.

43-) Eserin kabulü ile beraber, sözleşmede kararlaştırılmış cezai şartın da düşeceği hakkında bkz. 15.HD. 28.3.1974, 292/228, (Tandoğan, a.g.e, c.II, s.218, dp.497)

44-) 15.HD, 22.2.1977, 3157/391, (YKD, 1978, s.777); 13.HD, 9.4.1974, 988/805 (Karahasan, a.g.e, s.1165); 15.HD, 8.2.1974, 169/162; Karahasan, a.g.e, s.1165); 15.HD, 31.5.1974, 64/69; Karahasan, a.g.e, s.1165).

Eserin, iş sahibi tarafından örtülü olarak kabul edildiği de, somut olayın koşullarına bakılarak belirlenecektir. BK. md.362/II hükmü, bu konuda bir karine getirmiş, eseri teslim aldıktan sonra özenli muayene ve ayıba ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen iş sahibinin eseri örtülü olarak kabul ettiğini düzenlemiştir. Bu hüküm karşısında, eseri muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen iş sahibinin, eseri hiçbir şekilde, kabul etmediğini kanıtlaması mümkün değildir(45). Bunun dışında, eserin örtülü olarak kabulü değişik biçimlerde gerçekleşebilir. Örneğin, onarılan eserin teslim alınmasından sonra açıkça ve o haliyle uzun süre kullanılması(46), veya ayıpların çok açık olarak gözlenebildiği bir eserin hiç bir çökünce ileri sürülmeden teslim alınmasında örtülü kabul vardır. (47).

İş sahibinin, eseri kabulü, her aşamada; eserin teslim alınmasında, muayene ve ihbar sürelerinde ve hatta bu süreler geçtikten sonra da yapılabilir. Kabulün bölümsel olması da mümkündür. Örneğin, iş sahibi, eserdeki bazı ayıpları kabul ederken, bazılarını kabul dışında tutabilir. Böyle bir durumda, eserdeki ayıbın kapsamı, kabul edilmeyen ayıplar oranında olmalı, özellikle, BK. md.360'da, sözleşmeden dönme için aranılan ayıbın ağırlığı bu orana göre belirlenmelidir(48).

45-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.201; Tunçomaç, a.g.e, c.II, s.1022; bu yönde, 15.HD, 9.11.1973, 210/208, (Karahasan, a.g.e, s.1167).

46-) 3.HD, 9.5.1961, 3872/3115 (Olmaç, a.g.e, c.III, no.799);

47-) 15.HD, 21.6.1976, 1691/2627, (YKD, 1977, s.246) Belirtmek gerekirken, somut olayın şartları gereği, eserin bir süre kullanılması onun her zaman örtülü olarak kabul edildiği anlamına gelmez. Özellikle müteahhidin vadettiği belirli niteliklerin ayıplı olup olmadığının anlaşılabilmesi için eserin uzun süre kullanılmasına gerek varsa böyle bir durum söz konusu olur.

48-) Öz, a.g.e, s.192.

Müteahhidin,kasten sakladığı ayıpların ve gizli ayıpların varlığı halinde ise,eserin kabulü değişik bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.Daha önceden belirttiğimiz gibi,gizli ayıplar,nitelikleri gereği iş sahibinin yapacağı özenli bir muayene ile belirlenmeye elverişli olmayan ayıplardır.Bu özellikleri gereğince,gizli ayıpların kabul edilip edilmedikleri ancak,iş sahibi tarafından ortaya çıkarılmalarından sonra söz konusu olabilecektir.Bunu dikkate alan,BK.md.360/III hükmü,gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz derhal ihbarlarının gerektiği,bunun yapılmaması halinde ise,bu ayıpların örtülü olarak kabul edilmiş sayılacaklarını düzenlemiştir.Bu tür ayıpların ,ihbar yükümlülüğünün ihmal edilerek örtülü olarak kabul edilmelerinin yanında,kuşkusuz,iş sahibi tarafından açık olarak kabulü de mümkündür. Her iki halde de ,kabul,eserin teslimi zamanına kadar geriye etkili sonuç doğuracaktır(49).

Müteahhit tarafından,kasten saklanan ayıplara ilişkin bir özellik de şudur;Bu tür ayıpların,kasten saklanması yeterli olup,ayrıca bunun yanında,özenli bir muayene ile ortaya çıkartılmaya elverişli olmamaları gerekmez(50),özenli bir muayene ile ortaya çıkartılmaya elverişli,fakat,iş sahibinin ihmali yüzünden ortaya çıkartılmamış ayıplar bile,müteahhit tarafından kasten saklanmaları koşuluyla ,BK.md.360/III'ün,düzenlemesine tabidirler.

Yargıtay,kasten saklanan ayıplarla,gizli ayıpları aynı biçimde değerlendirmekte,yani,bunların da örtülü olarak kabul edilmediklerinin varsayılması için,ortaya çıktıklarında derhal müteahhide ihbarlarının yapılmasını aramaktadır(51).Oysa,ihbarın esasta,müteahhidin ayıptan haberdar olmasını sağlayan bir işlev olduğu göz önüne alınırsa,müteahhidin,zaten bildiği

49-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.202;Tandoğan,a.g.e,c.II, 221.

50-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.219.

51-) 15.HD,24.10.1974,1480/1316,(Karahasan,a.g.e,c.III,s.1163)

ayıpların ihbarının ona yapılması, örtülü kabul olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle, iş sahibi, bu tür ayıpları ihbar etmesede, BK. md.360'dan doğan haklarını kullanabilmelidir.

Dördüncü Bölüm

İŞ SAHİBİNİN MÜTEAHHİDİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLU TUTMAK İÇİN YERİNE GETİRMESİ GEREKEN YÜKÜMLÜLÜKLER

I-) GENEL OLARAK

BK. md.359/I'e göre, "İş sahibi, teslim aldığı eseri, işlerin olağan akışına göre, imkan bulur bulmaz muayene etmeye ve bulduğu ayıpları müteahhide ihbara zorunludur". Müteahhidin, ayıptan doğan sorumluluğunun kendine has özellikleri olan bir sorumluluk düzeni olduğunu belirtmiştik. Bu özelliklerden birisi de, sadece eserde ayıp olarak beliren bir borç aykırılık halinin varlığının tek başına bu sorumluluk düzeninin işlemesi için yeterli olmadığı, bunun yanında, iş sahibinin, kendisine tanınan hakları kullanabilmek için üzerine düşen bazı yükümlülükleri yerine getirmesinin gerekeceğidir.

Bu yükümlülüklerde, BK. md.359/I hükmünde, belirtilen, teslim alınan eserin muayenesi ve bu muayene sonucu belirlenecek ayıpların müteahhide ihbar edilmesidir.

Eseri muayene ve belirlenen ayıpları ihbar yükümlülüğü konusunda belirtilmesi gereken en önemli nokta; bu yükümlülüklerin yapılmasının iş sahibi için bir borç oluşturma-

dır. Çünkü, eseri muayenenin ve bulunan ayıpların ihbarının yapılması, sadece, iş sahibinin tekeffüle dayanan haklarının dolun şartları olmakta(1) ve edim borcuna dahil olmayan bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini, müteahhid, iş sahibinden istiyormektedir(2).

Kendisi için, sadece birer hukuki ödev olan bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, iş sahibinin, karşılaşacağı en önemli yaptırım, BK. md.362/II'ye göre, teslim aldığı eserdeki açık ayıpları örtülü olarak kabul etmiş sayılması ve artık bu ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilememesi olmaktadır.

Teslim alınan eserin, muayenesi ve bulunan ayıpların ihbarı, belirli bir süreç içinde birbirini izleyen iki evredir. Daha doğrusu, muayenenin yapılması, ihbarın yapılabilmesi için yerine getirilmesi gerekli bir işlem olmaktadır. Fakat, bu durum ihbarın yapılması için mutlaka eserin muayene edilmesinin gerekliliği gibi bir koşulun arandığı şeklinde değerlendirilmemelidir. Çünkü, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun işlemeye başlaması için, asıl olarak yapılması gereken, bulunan ayıpların müteahhide ihbarıdır. Bu yüzden, iş sahibi, eserdeki ayıpların neden kaynaklandığını bildirmek zorunda olmadığı gibi(3), ihbar edilen ayıbın mutlaka yapılan bir muayene sonucunu ortaya çıkartılmış bir ayıp olması da gerekmemektedir; iş sahibinin, eseri muayene etmese bile, tahmin ettiği, varlığına kanaat getirdiği bir ayıbı süresi içinde ihbar ederek müteahhidin sorumluluğuna gitmesi mümkün değildir(4).

1-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.168.

2-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.145; Kaplan, a.g.e, s.139; Olgaç, İstisna Akdi, s.32.

3-) İstisnadan farklı olarak, satım sözleşmesinde ayıbın kaynaklandığı nedenin de bildirilmesinin gerekliliği hakkında. Bkz.

Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.136.

4-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.145.

BK. md.359/I hükmü, eseri, muayene ve bulunan ayıpları ihbar yükümlülüğünü, eserin teslim alınması şartına bağlamıştır. Zira, iş sahibinin, bu yükümlülükleri yerine getirmesi, ancak, eserin kendi egemenlik alanına girmesinden sonra mümkün olacaktır. Bu nedenle, iş sahibinin, eseri teslim almadan önce bu yükümlülükleri yerine getirmesi diye birşey söz konusu olmayacaktır. Örneğin, eser henüz teslim edilmeden, mevcut bulunan ayıplardan, iş sahibinin haberdar olması halinde, müteahhid bunların zamanında ihbar edilmediği gerekçeyle sorumluluktan kurtulamayacaktır(5).

İş sahibinin, eseri, muayene ve bulunan ayıpları ihbar yükümlülüğünü düzenleyen, BK. md.359/I hükmü, emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla, taraflar, sözleşmeyle bu yükümlülükleri istedikleri gibi, düzenleyebilirler. Düzenleme bu yükümlülüklerin kaldırılması, yerine getirilmelerini gerekeceği süre, nasıl yapılacakları gibi konularda olabilir.

II-) İŞ SAHİBİ TARAFINDAN TESLİM ALINAN ESERİN MUAYENE EDİLMESİ

1-) Eserin, Muayenesinin Zamanında Yapılması

BK. md.359/I hükmü, "muayene, eserin teslim alınmasından sonra yapılır, iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz derhal muayene etmelidir" biçimindeki ifadeyle, eserin muayenesinin fazla uzamamasını öngörmüştür. Kuşkusuz, bu düzenleme, eseri teslim etmesinden çok sonra, ayıp ihbarı ile karşılaşabilecek müteahhidi, bu yüzden uğrayacağı zararlardan korumayı amaçlamaktadır.

BK. md.359/I hükmü ile kastedilen, eserdeki açık ayıpların muayenesidir, yoksa, eserdeki gizli ayıplar bu kapsam dışında kalmaktadır. Zaten, bu tür ayıplar için muayene yükümlülüğü olmayıp,

5-) 15.HD, 17.11.1986, 830/3860, (YKD, 1987, s.592-593).

belirlendiklerinde ihbar yükümlülüğü vardır.

İş sahibinin, eseri muayene yükümlülüğü, eserin teslimi ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, muayene süresinin başlaması için, eserin, iş sahibine, BK. md.359/I hükmü anlamında, teslim edilmesi gerekecektir. Eğer, eser bu anlamda teslim edilmemişse, iş sahibinin, muayene yükümlülüğünün de başladığından söz edilemeyecektir. Bir bina inşaatında, işinçesitli alt müteahhitlere bırakılmış olması halinde, bunlar, edimlerini değişik tarihlerde ifa etmiş olsalar bile, iş sahibinin muayene yükümlülüğü, bu edimlerin değil, binanın tümünün kendisine teslim edildiği tarihte başlaması, bu duruma bir örnek olabilir(6).

BK. md.359/I hükmü, muayenenin, eserin teslim alınmasından sonra imkan bulunur bulunmaz derhal yapılmasını aramış, fakat, bu konuda somut bir ölçüt getirmemiştir. Bu nedenle, eserin muayene süresini belirlemede kullanılacak bir ölçüt bulmak için, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlere bakılmaktadır. Satım sözleşmesine kıyasen belirlenen ölçüt ise; "iş sahibinin, dahil olduğu iş çevresindeki düzenli bir işletmenin örnek alınması ve bunun yanında eserin nitelik ve amacı ile muayene için alınacak önlemlerin gözönünde tutulması" olmaktadır(7). Böylece, muayene süresi, tamamen eserin niteliğine, ortaya çıkması olası ayıbın özelliklerine ve iş sahibinin, muayeneyi yapabilmesi için sahip olması gereken mesleki bilgi, tecrübe gibi unsurlara bakılarak belirlenmektedir. Bu nedenle, muayene süresi, somut olayın şartlarına göre uzun veya kısa olabilmektedir. Bütün bunlar gözönüne alınarak, iş sahibine

6-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.168.

7-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1019; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.150.

eseri muayene edebilmesi için gerekli süre tanınmalıdır.

Zaten, genelde, istisnada, satım sözleşmesindeki gözle belirlenebilecek ayıplardan farklı olarak, tecrübe ile ortaya çıkartılabilecek ayıpların söz konusu olması, eserin muayene süresini belirli bir ölçüde uzamasını gerektirmektedir(8). Örneğin, teslim edilen eserin, kullanılabilirliğinin belirli bir süre sonra mümkün olması(9) veya ayıbın ortaya çıkartılabilmesi için eserin belirli bir süre kullanılmasının gerekmesi(10) halinde, muayene süresinin belirli ölçüde ileriye doğru sarkması söz konusu olacaktır.

Bu arada, taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi de muayene süresinin belirlenmesinde etken olacaktır. Özellikle, müteahhidin, eseri teslim ettikten çok uzun bir süre sonra ayıp ihbarı ile karşılaşması ve ihbarın gecikmesine muayene süresinin uzunluğunun bir gerekçe olarak gösterilmesi, somut olayın koşullarına göre, bazen hiç de adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Zaten, bu durum, eseri teslim eden müteahhidin, en kısa sürede ayıp ihbarıyla karşılaşması ve ona göre davranmasını öngören, kanunun,

8-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.150.

9-) Eserin kullanılması dolayısıyla, ayıpların belirlenebilmesinin mümkün hale gelmesi, bazen, eserin tesliminden belirli bir süre sonra olabilir. Kış mevsiminde kurulmuş bir sulama düzeninin denenmesi için, yaz mevsiminin gelmesinin beklenmesinde böyle bir durum vardır.

10-) Müteahhid tarafından, belli bir yıpranma ve aşınma payları garanti edilmiş bir makinedeki, aşınma ve yıpranma nedeniyle çıkabilecek ayıpların belirlenebilir hale gelmesi için, makinenin, uzunca bir süre kullanılmasına gerek olmasında böyle bir durum vardır.

"ratio leğisi"ne de aykırı düşecektir.

Sonuç olarak, belirttiğimiz bu ölçütlerin ışığı altında iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra imkan bulur bulmaz derhal muayene edecektir(11). Çünkü, müteahhidin sorumluluğu ancak gerekli sürede yapılmış bir muayene sonucu ortaya çıkartılmış ayıpların ihbarı halinde söz konusu olmaktadır. Bu yüzden, gerekli süreden sonra eseri muayene ve bu muayene sonucu bulunduğu ayıpları müteahhide ihbar eden, iş sahibinin, artık müteahhidi ayıplı eserden dolayı sorumlu tutması mümkün olmayacaktır(12).

Taraflar, sözleşmeyle, eserin muayene süresini belirleyebilirler(13). Ancak, belirlenen bu süre, olağan bir muayenenin yapılmasına elvermeyecek kadar kısa ise, kuşkusuz, olağan bir muayenenin yapılmasına yetecek süre, bu kısa sürenin yerini almalıdır. Kine bunun gibi, teslim edilen eserde, müteahhide belirli bir garanti süresinin tamınmış olması, muayene süresinin de, bu garanti süresine yayılmış olduğuna bir delil teşkil edebilmektedir(14).

2-) Eserin muayenesinin özenli yapılması

İş sahibi, teslim aldığı eseri, taşıyabileceği ayıpları belirlemek amacıyla muayene etmelidir. Yapılan muayene, eserin halihazırda sahip olduğu sözleşmesel ilişkiye göre, sahip olması gereken mülkeliklere uygun olup olmadığını

11-) 15.HD, 26.6.1988, 1178/1638,(YKD, 1988, s.216-218);

15.HD, 14.3.1977, 515/629,(YKD, 1978, s.1177); 15.HD,

17.5.1979, 746/1169,(YKD, 1980, s.838); 15.HD, 18.10.

1982, 1404/2045,(YKD, 1982, s.239).

12-) Kuşkusuz, müteahhidin, muayenenin süresinden sonra yapıldığını ileri sürmesi gerekecektir.

13-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1019; Tandoğan, a.g.e, c.II,s.174.

14-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1019; Garanti süresinin, muayene süresi sayılamayacağı düşüncesinde, Tandoğan, a.g.e, c.II, s.175.

anlamaya yönelik olacaktır(15).

Dolayısıyla, muayenenin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir biçimde, yani, eserdeki ayıpları ortaya çıkartabilecek bir özen dahilinde yapılması gerekecek ve iş sahibinin, BK. md.359/I'de belirtilen bu yükümlülüğünü ancak, bu kapsamda bir muayene yapması halinde yerine getirmiş olduğundan söz edilebilecektir.

Muayenenin yapılmasında belirli bir özenin gösterilmesinin gerekeceğine, bazı önemli konular bağlanmıştır. Şöyleki; ilk sonuç, eserdeki ayıpları nitelenmek konusunda olmaktadır. Eserde, özenli bir muayene sonucunda ortaya çıkartılabilecek ayıplar, açık ayıplar sayılacak, buna karşı böyle bir muayenenin yapılmasına rağmen belirlenemeyen ayıplar, gizli ayıp kapsamına dahil edilecektir. Bu şekilde, yapılan bir nitelendirme de, kuşkusuz, buna bağlı olarak müteahhidin sorumluluğunun belirlenmesinde çok önemli olacaktır. İkinci sonuç ise, açık ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilmesinde sözkonusu olmaktadır. İş sahibi, yapacağı muayene sonucu, eserde bulunan bütün açık ayıpları belirleyerek müteahhide bildirmek zorundadır. Ancak, bu bildirilmeden sonra dırki, bu tür ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilmektedir. Bu nedenle, eserde bulunan bir ayıp, açık ayıp niteliğinde olmasına rağmen, iş sahibinin, yaptığı muayene sonucu belirlenemeyip, ihbar edilememişse artık bu ayıptan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. İş sahibinin, muayenenin yapılmasına rağmen, bu ayıbın belirlenemediği, dolayısıyla bunun gizli bir ayıp olduğu şeklindeki savunması ise, iş sahibinin, eseri muayene yükümlülüğünü ancak bütün açık ayıpları ortaya çıkarmaya yetecek bir özen dahilinde yapılan muayene sonucu yerine getirilmiş sayılabileceği gerekçesiyle, geçersiz olacaktır.

Belirttiğimiz bu sonuçların ışığı altında, eserin muayenesinde gösterilecek özenin çok önemli bir kavram olduğu ve bu kavramın açıklanmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İstisna sözleşmesiyle ilgili hükümlerde, muayenenin nasıl yapılacağı konusunda bir ölçüt getirilmemiş sadece, BK. md.362'de, "usulü veçhile muayenede belirlenemeyen ayıpların gizli ayıp olduğu" hükmü getirilmiştir. Bu nedenle, öğretide, eserin muayenesinin yapılmasında gösterilecek özeni belirlemede kullanılacak değişik ölçütler ileri sürülmüştür.

Gösterilecek özenin derecesini belirlemede kullanılacak ölçüt konusunda, ileri sürülen bir görüşe göre(16), eseri, teslim alan, iş sahibi, o tipteki eserler için orta nitelikteki bir uzmanın yapması gereken muayeneyi yapmakla yükümlü olacaktır. Böylece, bu görüş, iş sahibinin kişiliğinden bağımsız objektif bir ölçüt getirmektedir. Kuşkusuz, böyle bir durum çoğu zaman teslim aldığı eseri, muayene etmek için uzman kişi niteliğinde olmayan iş sahibinin, muayeneyi, uzman bir kişiye yaptırmak zorunda kalmasına yol açacak ve böyle bir yola başvurusu halinde ise büyük olasılıkla, bütün ayıpları, kendisinin belirlemesi mümkün olmayacağından, bu ayıpların ortaya çıkartılıp müteahhide bildirilememesi gibi adil olmayan sonuçların da ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Özenin, derecesinin belirlenmesinde kullanılacak ölçüt konusunda ileriye sürülen diğer bir görüşe göre ise(17), iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre, kendisinden beklenebilecek bir muayeneyi yapması yeterli olacaktır.

16-) Bu görüş yanlıları için, bkz. Öz, a.g.e, s.180, dp.138'de anılan yazarlar.

17-) Seliği, müteahhidin Sorumluluğu, s.147-148; Yargıtay'da basit ve yalın bir muayenenin açık ayıplar konusunda yeterli olacağı yönündeki içtihatlarıyla bu görüştedir, bkz.15.HD, 28.2.1974, 169/162(Karahasan, a.g.e, s.1165);

Bu görüş, subjektif bir ölçüt getirerek, uzman kişi niteliğinde olmayan iş sahibini, korumaktadır. Fakat, bu durumda çoğu zaman, muayenenin uzman kişiler tarafından yapılması halinde ortaya çıkartılabilecek ve müteahhide erken bildirilmesi suretiyle az masrafla giderilebilecek ayıpların, gizli ayıp kapsamına alınmasına ve dolayısıyla, büyük bir olasılıkla daha ilerideki tarihlerde bildirilme yüzünden, hem daha fazla masraflar ve hem de daha uzun süreler giderilebilme gibi, her iki tarafında çıkarlarına aykırı düşen sonuçlara neden olabilecektir.

Kanımızca, bütün bu sonuçlar gözönünde tutularak özen derecesinin belirlenmesinde ortalama bir çözüm yolu bulunmalıdır. Esas olarak, iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek bir muayeneyi yapması yeterli sayılmalı, fakat, yine bunun yanında, kendisinin teknik bilgi, birikim, tecrübe gibi, kişisel özellikleri ve muayene edilecek eserin nitelikleri, somut ilişkide, iş sahibinin, eseri bir uzmana muayene ettirmesini gerektiriyorsa ve bunu yapmaması, ticari doğruluk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisi için bir kusur oluşturabiliyorsa, artık özenli muayene yükümlülüğünün ihlalinden söz edilebilmelidir(18).

Belirttiğimiz özen dahilinde yapılan muayene, eserin, niteliğine göre değişik biçimlerde gerçekleşir. Kuşkusuz, iş sahibinin, muayene için gerekli bütün işleri; eserin denenmesi, belirli bir süre konulması, gerekli yerlere takılması ve benzeri işlemleri bu yükümlülük çerçevesinde yerine getirmesi gerekecektir.

-
- 15.HD, 15.11.1973, 238/193,(Karahasan, a.g.e, s.1168); 15.HD, 9.11.1978, 2128/2172,(Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, s.503-504); 15.HD, 20.2.1978, 367/300,(YHD, 1978, s.656); Keza, aynı görüşte, Kaplan, a.g.e, s.140.
- 18-) Nitekim, BK, md.359/I, iş sahibine, ileride haklı çıkması koşuluyla masrafları müteahhitten karşılanmak üzere, eseri muayene için bilirkşi intima hakkı tanıyarak, bu konuda büyük kolaylık sağlamıştır.

Eserin, muayenesinin yapılmasına ilişkin diğer bir özellikte, BK. md.359/II'de belirtilmiştir. Bu hükme göre, her iki taraf, yani hem iş sahibi hem de müteahhid, masrafları kendileri karşılamak kaydıyla, eserin muayenesinin bilirkişiye yaptırılmasını ve muayene sonucunun bir raporla saptanmasına isteyebileceklerdir. Böylece bu hükümle, her iki tarafında, yararlarına olan bir imkan sağlanmış olmaktadır. Müteahhid teslim ettiği eserde ayıp olmadığını tespit ettirerek sorumluluktan kurtulma, iş sahibi de, teslim aldığı eserdeki ayıpları ortaya çıkarttırarak, müteahhidin sorumluluğuna gitme imkanına sahip olacaktır(19).

BK. md.359/II hükmü, delil tesbitini düzenleyen, HUMK. md.369'un, istisna sözleşmesinde özel olarak tekrarından başka birşey değildir. Yalnız, HUMK. md.369'da, delil tesbitinin istenebilmesi için, şimdiden tespit yapılmaması halinde delillerin ileride kaybolacağı veya mahkemeye getirilmesinde aşırı güçlük çıkmasının muhtemel olması gibi bir koşul aranırken, BK. md.359/II'de böyle bir özellik yoktur.

Bilirkişi atanması, mahkemeden istenecek(20) ve mahkemenin atayacağı bilirkişi de, resmi bilirkişi niteliğinde olacaktır(21). Mahkemeden taleple, atanan bilirkişilerin vereceği raporun tarafların, tamamen kendiliğinden belirleyeceği bilirkişilerin vereceği rapordan bazı farklılıkları olacaktır. Resmi bilirkişinin, eserin muayene sonucu vereceği rapor, ileride mahkemede, taraflar arasında yapılan yargılamada, usul kanununun aradığı niteliklere haiz bir delil olurken, tarafların kendilerinin belirlediği bilirkişilerin hazırladığı rapor ise eserdeki ayıpları ortaya koymaktan öte bir işleve sahip olmayacaktır(22).

19-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, S.148.

20-) Talebin, Sulh Hukuk Mahkemesine yapılması gerektirir.

21-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1020; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.148.

22-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.148.

İş sahibinin talebi ile, mahkemece atanan bilirkişinin, eseri muayenede gerekli özeni göstermeyerek açık ayıpları ortaya çıkarmaması halinde ise durumun ne olacağı belirgin değildir. Bu halde iş sahibinin, mahkemeye müracaatla bilirkişi atanmasını talep etmesi kendisine düşen özenli muayene yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmeli, bilirkişinin özensiz muayenesi sonucu ortaya çıkmayan açık ayıplar ise gizli ayıp niteliğinde sayılarak ileride bunların ihbarları koşuluyla, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmelidir(23).

III-) İŞ SAHİBİNİN TESLİM ALDIĞI ESERDE BELİRLEDİĞİ AYIPLARI MÜTEAHHİDE İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1-) Genel Olarak

Yaptığı muayene sonucu belirlediği ayıpları müteahhide ihbar etmesi, iş sahibinin, BK.md.360'daki haklarını kullanabilmek için yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. Zaten, eserin, muayenesi de tamamen bu amaca, yani müteahhide ihbar etmek için ayıpları belirlemeye yönelik olmaktadır. Bu yüzden eser hiç muayene edilmeden, sırf tahmine dayansa bile belirli ayıpların ihbar edilmesi, iş sahibinin bu yöndeki yükümlülüğünün yerine gelmesi için yeterli olmakta ve ihbâra bağlanan hukuki sonuçlar doğabilmektedir.

23-) Yalnız, bu durumda dikkatli davranmak gerekecektir; özellikle, eserdeki ayıbın çok bariz olması, örneğin, iş sahibinin, eseri teslim alırken bile bunları belirleyebilecek olması halinde, sırf muayenenin bilirkişiye yaptırıldığı ve bu ayıbında bilirkişinin muayenesi ile ortaya çıkartılamadığı gerekçesiyle, iş sahibinin, özenli muayene yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık sayılmalıdır.

Ayıpların ihbarının, huku'î niteliği tartışmalıdır; ihbar, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendiği gibi(24), bilgi ve haber verme açıklaması(tasavvur açıklaması) olarak da nitelendirilmektedir(25). Bilgi ve haber verme açıklamalarının sadece varolan bir hukuki durumu açıklamaktan öte hiçbir işlev görmemeleri, buna karşın, hukuki işlem benzeri fiillerin, irade açıklamasında bulunanın öngörmemesine rağmen, belirli huku'î sonuçları doğurması nedeniyle(26), iş sahibinin ayıp ihbarının, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitелеmek, kanımızca daha doğru olacaktır.

Ayıp ihbarında bulunan iş sahibinin, yaptığı ihbarın sonuçlarını öngörmesi gerekmeceğinden, ihbarla birlikte, BK. md.360'da sayılan haklardan hangisini kullanacağını bildirmesi de gerekmektedir.

İhbarın, hukuki sonuçları doğurması için, iş sahibi tarafından, sadece gönderilmesi yetmekte, ulaşma tehlikesi, ayıplı eser teslim etmekle iş sahibini zarara uğratmış müteahhide yüklenmektedir(27).

İhbarın, muhatabı müteahhidir. Müteahhidin, bir tüzel kişi olması halinde, ihbarın, tüzelkişiliği temsil eden yetkili organlara yapılması gerekecektir. Eğer, bir eser, işi üstlenen müteahhidin yanında, alt müteahhidlerinde katılımı ile oluşturulmuşsa, ihbarın yine, işi üstlenen müteahhide yapılması gerekir.

24-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.152.

25-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.135; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, İst.1985, c.I, s.46.

26-) Bu açıklamalar için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e, c.I, s.46 vd.

27-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.152; Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.135.

Çünkü,iş sahininin,eseri muayene ve ayıbları ihbar yükümlülüğü her alt müteahhidin,edimini ifa ettiği anda değil,eser tümüyle tamamlanıp,kendisine teslim edildiği anda başlamakta ve muhatabı işi üstlenen ana müteahhit olmaktadır(28).

İş sahibinin,ayıbları ihbar yükümlülüğü,müteahhit tarafından,kasten saklanan ve iş sahibine bildirilmeyen ayıblarda farklı bir özellik göstermektedir.Çünkü,BK.md.362/I.'ye göre,bu tür ayıblarda,iş sahibinin ihbar yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle,zaten haberdar olduğu için,müteahhide ihbarlarına gerek olmayan bu tür ayıbların,farkına varan iş sahibi,bu ayıblara dayanarak,BK.md.360'daki haklarını,hiç bir ihbara gerek duymadan kullanabilecektir.Kuşkusuz,iş bahibinin,ayıbların müteahhit tarafından,kasten saklandığını ve kendisine bildirilmediğini kanıtlaması,haklarını kullanabilmesinin gerekli bir koşulu olacaktır(29).

2-) Eserde Belirlenen Ayıbların İhbarının Biçimi ve Zamanı

Eserdeki ayıbların,müteahhide ihbarı herhangi bir şekil şartına tabi değildir.Müteahhidin ayıbtan haberdar olmasını sağlayabilecek herhangi bir biçimde;sözlü,yazılı veya telefonla yapılabilir(30).Ancak,yazılı olması,Usul Kanununun,aradığı,delil niteliğine sahip olmasını sağlayacağından,iş sa-

28-) Selçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.153-154;B.İ.G.Ş.'de,41. maddesinde,ihbarın kime yapılacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.

29-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.137;Selçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.151;İhbarın,sözlü olarak da yapılabileceği hakkında,Bkz.15.HD,4.2.1986,4166/389,(YKD,1986,s.823-824). B.İ.G.Ş.,41.maddesiyle,ayıbların,müteahhide yazılı biçimde yapılmasını düzenlemiştir.

30-) Selçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.202.

hibinin yararına olacaktır.Bunun gibi,iş sahibi tarafından,BK.md.359/II'ye dayanarak.tayin edilmiş bilirkişinin vereceği raporun veya ayıblı eser nedeniyle açılmış davanın,müteahhide tebliği de ihbar yerine geçecektir(31).Bunun ötesinde, tarafların,yapılacak ihbarın şeklini sözleşmeyle belirlemeleri de mümkündür.Ayıbların ihbarının,ancak,Noter marifetiyle yapılacağıının kararlaştırılmasında böyle bir durum vardır.

BK.md.359/I'e göre,iş sahibi,ayıbların ihbarını,özenli bir muayene için gerekli süreyi izleyen,en kısa zamanda yapmak zorundadır.İhbarın yapılması için,eseri muayene işlevinin yapılmasının mutlaka gerekmemesi nedeniyle,ayıbların ihbarı,özenli bir muayene için gereken sürenin geçmesi beklenmeden de yapılabilir. Özellikle,herhangi bir muayeneye gerek kalmadan açıkça belirlenebilen önemli ayıbların varlığı halinde,böyle bir durum söz konusudur.

İş sahibinin,gerekli sürede,ayıbları ihbar etmemesinin en önemli sonucu,eserdeki açık ayıblardan dolayı,artık,müteahhidin sorumluluğunun sona ermesidir(32).Çünkü,BK.md.362/II'ye göre,ihbar yükümlülüğünü süresinde yerine getirmeyen iş sahibi,eseri,örtülü olarak kabul etmiş sayılacaktır.

İhbarın ulaşma rizikosunun,müteahhide ait olduğunu belirtmiştik.Fakat,ihbarın gönderilmesinde,iş sahibinin,kullandığı yöntemleryüzünden,ihbar müteahhide geç ulaşmışsa ve bu yöntemlerin kullanılması,iş sahibi açısından,bir kusur oluşturabiliyorsa,artık,ihbarın süresinde yapılmadığı kabul edilmeli ve

31-) 15.HD,3.11.197 ,1849/2023,(YKD,1978,s.782).

32-) 15.HD,29.5.1986,4033/2198,(YKD,1986,s.1693);15.HD,22.2.1977,3167/391,(YKD,1978,s.777);15.HD,24.10.1974,1580/1316,(Karahasan,a.g.e,s.1163);15.HD,9.11.1973,210/208,(Karahasan,a.g.e,s.1167);13.HD,9.4.1974,948/805,(Karahasan,a.g.e,s.1165).

sonuç olarak müteahhidin sorumluluğu sona ermelidir(33).

3-)Eserdeki Ayıbları İhbarın Kapsamı

İş sahibi,teslim aldığı eserdeki bütün ayıbları,müteahhide ,ihbar etmek zorundadır. Çünkü,müteahhidin sorumluluğu, ancak,ihbar edilen ayıblar çerçevesinde doğmaktadır ve ihbar edilmeyen bir ayıp,gerçekten var olsa,yapılan muayene sonucu ortaya çıkartılsa bile,bu ayıptan dolayı müteahhidin sorumluluğu, sona ermektedir.Zira,BK.md.362 hükmü,gereğince,iş sahibi,ihbar etmediği ayıbları,örtülü olarak kabul etmiş sayılmaktadır.

İhbar,müteahhidin,ayıbların niteliğini ve önemini anlayabilmesine elverişli bir içerikte yapılmalıdır.Yoksa,somut olarak ayıbları açıklamadan,iş sahibinin,eserden memnun olmadığı,istediği şekilde çalışmadığını gibi beyanları,ihbar niteliği taşımazlar(34).

İş sahibi,eserdeki ayıbın neden kaynaklandığını, ne gibi sonuçlara yol açabileceğini,müteahhide bildirmesi gerekli değildir.Salt olarak,ayıbın ihbarı,örneğin,çatı akıyor,makine gürültülü çalışıyor gibi beyanları yeterli olacaktır.Çünkü,teknik uzman olmayan iş sahibinin,ayıbı,bir teknik uzman gibi nitelmesini vetanımlamasını beklemek doğru değildir(35).

İş sahibi tarafından,ayıbların ihbarı bir defada yapılmalıdır.Yani,belirlenen bütün ayıblar,bir liste halinde,müteahhide ihbar edilmelidir.Dolayısıyla, yapılan bir ihbardan sonra,ikinci bir ihbarın yapılabilmesi mümkün olmayacaktır.Çünkü,ikinci ihbar süresinden sonra yapılmış kabul edilecek ve bu ihbar kapsamındaki ayıblardan,müteahhit ,sorumlu tutulmayacaktır(36).

33-) Öz,a,g,e,s.184.

34-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.151-152.

35-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.1021;Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.152.

36-) İş sahibinin,çok belirgin ayıblardan dolayı,müteahhide özenli muayene süresi geçmeden,bir defa ihbar yapmış,ancak,daha sonra,özenli muayene için gerekli süre içinde,yeni

BK.md.360'da,belirtilen ve ayıblı eser teslimi halinde kullanılan haklardan hangisini seçtiğini bildirmesi,iş sahibinin,ihbar yükümlülüğünün kapsamında değildir.Bu sonuç,ayıbların ihbarının,hukuki işlem benzeri bir fiil olmasının,ortaya çıkardığı bir özelliktir.Bu nedenle,ihbarın kapsamı içinde yer almasalar da ,bu haklar,daha sonra da,müteahhide karşı,ileri sürülebilirler.

4-) Eserde,Gizli Bir Ayıbın Varlığı Halinde,İş Sahibinin Ihbar Yükümlülüğünün Gösterdiği Özellikler

Yukardaki açıklamalarımız,tamamen,eserde belirlenen açık ayıblara ilişkindir.Çünkü,BK.md.362/III hükmü,gizli ayıblar hakkında,özel bir düzenleme getirmiş ve bu tür ayıbların ne zaman belirlenirlerse,o andan itibaren hemen,müteahhide ihbar edilmelerinin gerektiğini,öngörmüştür.Dolayısıyla,eserdeki açık ayıbların,özenli bir muayene süresini,takibeden en kısa zamanda ,ihbarları gerekirken,gizli ayıblar,belirlenmelerini izleyen en kısa zamanda ihbar edileceklerdir.Kuşkusuz, bu düzenlemede,gizli ayıbların,ancak,eserin teslimini izleyen,belirli bir kullanma sürecinde ortaya çıkabileceklerinin öngörülmesinin,büyük etkisi vardır.

Gizli ayıbların ihbarından,bahsedebilmek için,iş sahibi tarafından,yeterince belirlenmiş olmaları gerekir.Gizli ayıbın,yeterince belirlenmiş olmasından,anlaşılması gereken de; Ayıbın,ortaya çıkartabileceği bütün sonuçların,öneminin,niteliğinin,iş sahibi tarafından,öğrenilmesi,kavranılması ,şeklinde olmalıdır(37).

ayıblar belirlemiş olması halinde,bu ayıblar hakkında,ikinci bir ihbar,yapılıp,yapılamayacağı bir sorun oluşturabilir.Çünkü,ilk bakışta,ikinci ihbar,ihbarın bir defada yapılması ilkesine ters düşeceğinden kabul edilmeyecektir.Fakat, esas olarak,ihbar yükümlülüğünün,özenli muayene için gereken süreden sonra,başladığı göz önüne alınırsa,özenli muayene süresi içinde,ortaya çıkartılmaları koşuluyla,ikinci defa da,ayıbların ihbarının yapılmasını kabul etmek doğru olacaktır.

37-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.155.

Bu nedenle,başlangıçta farkına varıldığı halde,önemsiz görünen,fakat,eserin kullanılma süreci içerisinde,giderek büyüyen ve etkilerini gösteren ayıpların,ne zaman ihbar edileceği bir sorun oluşturmaktadır.Sorun,bu tür ayıpların gizli ayıp olup olmadığı,noktasındadır ve bu konuda verilen cevaba göre ihbarın ne zaman yapılacağı belirlenecektir.Başlangıçta,belirlenseler de,asıl önemli etkilerinin yani ayıp niteliğinin,eserin kullanılma süreci içinde,ortaya çıkması yüzünden,bu tür ayıplar,gizli ayıp olarak nitelenmeli ve ihbar zamanıda buna göre çözümlenlidir.Yalnız,başlangıçta beliren önemsiz etkilerin,ilerde büyüyerek asıl ayıp niteliğini göstereceği,iş sahibi tarafından ,tahmin edilebiliyorsa,artık,bu ayıp,açık ayıp olarak nitelendirilmeli ve ihbar da ,ilk belirtilerin görüldüğü,özenli muayene süresinden sonra yapılmalıdır(38).

38-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.154,Yazar,bu konuya örnek olarak,başlangıçta,önemsiz sayılan sıva çatlağının,zamanla,binanın temel duvarlarındaki ayrılmadan kaynaklandığının,anlaşılmasını göstermektedir.İhbar yükümlülüğünün esas ayıp niteliğinin sonradan ortaya çıkması nedeniyle, ileriye sarkacağı bu ayıp türünde,eğer,iş sahibi,bu sıva çatlağının,duvarlardaki ayrılmadan kaynaklandığı anlayabilecekse,ihbarın,kuşkusuz,özenli muayene süresini takiben yapılması gerekecektir.

Beşinci Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I-) GENEL OLARAK

Teslim aldığı eseri, muayene ve belirlediği ayıbları müteahhide, ihbar ederek, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getiren iş sahibi, artık, BK.md.360'da, sayılan haklarını kullanabilecektir. İş sahibinin, bu haklar yanında, kötü ifa nedeniyle, alternatif olarak, BK.md.96, çerçevesinde, müteahhidin sorumluluğuna girmesi mümkün değildir(1).

BK.md.360'da, kısaca, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini ve ayıblı eserin onarılmasını isteme, olarak belirtilen bu üç hakkın(2), bir seçenek çerçevesinde kullanılmaları, yine, bu maddenin, getirdiği bazı sınırlamalar içinde olma koşuluyla, tamamen, iş sahibine, bırakılmıştır. Dolayısıyla, müteahhidin, bu konuda bir etkisi, yani, iş sahibine, şu veya bu hakkı kullanması yönünde, bir müdahalesi söz konusu değildir. Örneğin, sözleşmeyi isteyen, iş sahibini, müteahhidin, eserin onarılmasını istemeye zorlaması mümkün değildir(3).

BK.md.360'da, ayrıca, bu üç hakkın yanısıra, eserdeki ayıp nedeniyle doğan ve bu hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zararın tazminini isteme hakkı da tanınmıştır.

Sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıblı eserin onarılmasını isteme olarak beliren bu hakların, belli başlı özellikleri, kısaca şu şekilde sıralanabilir.

Bu hakların kullanılması, müteahhidin kusurlu olması koşuluna bağlı tutulmamıştır. Sadece, sözleşme konusu eserin

1-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.176-177

2-) Öğretide, bu üç hakkın yanısıra, sözleşme konusu eserin, bir misli şey olması halinde, ayıblı eserin ayıbsız misliyle değiştirilmesini isteme, hakkının da tanınmasının gerekliliği savunulmaktadır, Bkz. Tunçomaz, a.g.e, c.II, s.1029.

3-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.156-157

ayıblı olması(4),müteahhidin,kusuru olup olmadığına bakılmaksızın,ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğun işlemesi için,yeterli olmaktadır.Kusur,sadece,ayıbtan doğan zararın tazmininde arnmıştır ki,burada da,iş sahibi,zararını isbatla yetinip,tazminat ödememek için kusursuzluğunu isbat yükü,müteahhidin üzerindedir(5).

İkinci olarak belirtilmesi gereken,BK.md,360'da getirilen sorumluluk düzeninin,emredici nitelikte olmadığıdır.Tamamlayıcı hukuk kurallarından oluşan bu düzen,BK.md.99'a,aykırı düşmemek kaydıyla, taraflarca,serbestce değiştirilebilir(6).Değiştirme,iş sahibinin,haklarını seçmesine,ilişkin bir kısıtlamaya yönelik olabileceği gibi,iş sahibine,bu haklar dışında başka imkanlar tanınması,hakların seçiminin,müteahhide veya bir başka üçüncü kişiye bırakılabileceği gibi değişik konularda,olabilir.İş sahibinin,ayıblı eser halinde,sadece,eserin,onarılması-

4-) İş sahibi,bu hakları kullanabilmek için,eserdeki ayıbı isbat etmek zorundadır.Bu konuda,Bkz.15.HD,21.9.1973,83/63,(Karhasan,a.g.e,s.1168).

5-) Kaplan,a.g.e,s.142.

6-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.1029;Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.160;Bilge,a.g.e,s.225,

Kuşkusuz,yargıcın,taraflar arasındaki böyle bir sözleşmenin yorumunu yaparken,özellikle,yüklendiği işle ilgili hukuki bilgisinin,büyük olasılıkla,iş sahibinden fazla olduğu müteahhit karşısında,iş sahibini koruyucu bir tutum takınması gerekir.Nitekim,bir haktan vazgeçmeyi öngören,beyan ve sözleşmelerin,dar yorumlanması ilkesi,yargıca,ışık tutacaktır. Bu konuda,Bkz.Kaplan,Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi,Ank.1987,s.65;Yargıtay da bir kararında,ayıblı eser halinde,iş sahibinin olumlu ve olumsuz zararlarının karşılanacağını öngören sözleşmenin,sözleşmeden dönmeyi engeller biçimde yorumlanamayacağını belirtmiştir,Bkz.15.HD,8.4.1977,470/837,(Kural,Kılıçbay,İzmir,a.g.e,s.549-550).

nı isteyebileceğine ilişkin bir anlaşma, birinci hale örnektir(7).

İş sahibinin, seçim hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir(8). Bu yüzden, seçilen hak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile kullanılır ve hukuki sonuçlarını, müteahhide, ulaştığı anda meydana getirir(9).

İş sahibi tarafından, bu haklardan birisi kullanılıncaya, yani, hakkın kullanıldığına ilişkin, irade beyanı, müteahhide ulaşınca, artık seçilen haktan geri dönülemez. Çünkü, yenilik doğuran haklar, kullanıldıktan sonra, nitelikleri gereği geri alınmazlar. Örneğin, başta, ayıblı eserin onarılmasını istemiş ve bunu müteahhide bildirmiş, iş sahibi, daha sonra bundan vazgeçerek, sözleşmeden dönemez, meğer ki, müteahhidin, muvafakatı olsun.

İş sahibi, seçeceği hakkı, gecikmeden, müteahhide bildirmelidir. Hakların seçimi, eserde ortaya çıkartılan ayıpların ihbarıyla birlikte yapılabileceği gibi, ihbardan sonra da yapılabilir. Hak seçiminin, ayıbın ihbarından sonra yapılması halinde, iş sahibine, belirli bir süre verilmelidir. Bu süre, iş sahibinin, kendi çıkarına en uygun hakkı seçmesi için, gerekli inceleme ve araştırmaları yapmaya elverişli olmalı, ancak, kendisine bildirilen haküzere, hemen harekete geçmekte yararı olan, müteahhidi de zarara uğratmayacak bir biçimde belirlenmelidir.

7-) Kuşkusuz, böyle bir durumda, iş sahibinin, sözleşmeden dönme ve ücret indirim haklarını kullanması söz konusu değildir. Ancak, ayıbın niteliği gereği, eserin onarılması mümkün değilse,

şartları varsa, sözleşmeden dönme ve ücret indirimi haklarını, iş sahibinin, kullanabilmesi yerinde olacaktır.

8-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.158.

9-) Yenilik doğuran hakların, hukuki sonuçlarını meydana getirmesi için, muhatabına ulaşmasının gerekliliği hakkında, Bkz. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.I, 2. Bası, İst. 1976, s.98; Tekinay, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İst.1978, s.147.

Eserde, gizli bir ayıbın varlığı halinde ise, iş sahibi, hakkını, ayıbın varlığını öğrenir öğrenmez, gecikmeden seçtiği hakkı müteahhide bildirmelidir. Haklarında muayene ve ihbar yükümlülüğü olmayan, müteahhidin kasten sakladığı ayıplar için de, aynı çözüm benimsenmeli, iş sahibi, bu ayıpları belirlediği andan itibaren seçtiği hakkı gecikmeden, müteahhide bildirmelidir.

II-) İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI VE ÖZELLİKLERİ

1-) İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Özellikleri

BK. md.360/I'de, "eserin, iş sahibinin, kullanmayacağı veya dürüstlük kuralına göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı olması halinde, iş sahibi, eseri kabulden kaçınabilir", biçiminde tanımlanan iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, BK. md.360'da, düzenlenen diğer iki hakka nazaran en ağır koşullarla donatılmış olanıdır. Kuşkusuz, bunun esas nedeni, sözleşmeden dönmeyen taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye olan büyük etkisinde ve özellikle müteahhid açısından ağır sonuçlara yol açmasından kaynaklanmaktadır.

Sözleşmeden dönme iş sahibine tanınan yenilik doğurucu bir hak olup (10), müteahhide, yöneltilmiş tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılmaktadır (11).

10-) Belirtmek gerekirse, yenilik doğuran hakkın niteliği, sözleşmeden dönme hakkı konusunda kabul edilen kuramlara göre değişmektedir. Klasik dönme kuramı kabul edilirse, sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkacağı için, yenilik doğuran hak, bozucu nitelikte olduğu halde, yeni dönme kuramının kabulünde, sözleşme sona ermeyip içerik değiştirdiğinden dolayı, yenilik doğuran hak değiştirici nitelikte olacaktır.

11-) HGK, 4.10.1972, 110/772, (İKİD, 1972, s.1592); Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.160.

Dönme beyanının yapılması, herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı değildir. Sözlü veya yazılı olarak yapılabildiği gibi, müteahhide, tebliğ edilen bir dava dilekcesi ile de yapılabilir(12).

Sözleşmeden dönme, özellikle müteahhid açısından, ağır sonuçlara yol açması nedeniyle, bazı koşullara bağlanmıştır. Genel koşul, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması gereğidir ki, bu, BK. md.360/I'de, "yapılan şeyin, iş sahibinin kullanamayacağı veya dürüstlük kuralı gereğince kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı olması" biçiminde açıklanmıştır(13).

İlk olarak, eserin kullanılamayacak derecede ayıplı olması, sözleşmeden dönme nedeni olarak gösterilmiştir. Eserin, bu ağırlıkta ayıplı sayılabilmesi için, iş sahibi açısından, tamamen ve kesin bir biçimde kullanılamayacak durumda olması gerekir(14). Kullanılamamazlık niteliği, eserin tümünü etkiler bir yapıda olmalıdır. Yoksa, eserin, sadece bir bölümünde olan ve işlevi gereği eserin tümünün kullanımını engelleyen ayıplar her zaman sözleşmeden dönmeye yeterli olmaz. Çünkü, o bölümdeki ayıbın giderilip, eserin kullanılabilir hale getirilmesi mümkün olabilir. Örneği, teslim edilen soğuk hava deposundaki soğutma sisteminin bozukluğu, ilk bakışta, eserin kullanılamaz bir nitelikte olduğunu gösteriyorsa da, ayıplı soğutma sisteminin değiştirilmesi veya onarılması imkanı varsa, eserin kullanılamazlığı ortadan kalkacaktır(15).

12-) 15.HD, 3.1.1977, 1849/2033, (YKD, 1978, s.782).

13-) Eserin, iş sahibinin arsasına yapılan bir inşaat olması halinde getirilen ek bir koşulda, BK, md.360/III'de belirtilmiştir.

14-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.181.

15-) 15.HD, 2.10.1977, 1204/1833, (Kılıçbay, Kural, İzmir, a.g.e, s.533).

Esere, kullanılamazlık niteliğini veren durumun, eserdeki ayıptan mı yoksa eserdeki, eksiklikten mi kaynaklandığı dikkatle araştırılmalıdır. Çünkü, kullanılamamazlık, eserdeki eksiklikten kaynaklanıyorsa, eksiklik, ayıplı ifa olarak bile nitelendirilemeyeceği için, iş sahibinin, BK. md.360 çerçevesinde, sözleşmeden dönme imkanı yine olmayacaktır. Müteahhid, ancak kötü ifa nedeniyle, BK. md.96, çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir(16).

Ayıbın, eserin değerini tümü ile yok etmesi halinde, iş sahibine, sözleşmeden dönme hakkı yine tanınmalıdır. Eserin, değerinin tümü ile yok olması, başlı başına kullanılamamazlık niteliğinin varlığı için yeterli sayılmalıdır. Çünkü, bu halde. eserdeki ayıbın onarılmasını isteme hakkı, ayıp, ancak aşırı masrafla giderilebileceğinden dolayı mümkün olmayacak, ücret indirimini istemi de, ücretin tümünün geri alınması gibi sözleşmeden dönmeye benzer bir durum yaratacaktır(17).

Sözleşmeden dönmenin ikinci nedeni, iş sahibi tarafından, eserin kabulünün, beklenilemeyecek olması halidir. Burada, ayıp nedeniyle, eserin kullanılamayacak durumda olması şart olmayıp, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan bir belirlemenin, iş sahibinin, eseri kabul etmesine elvermemesi halinde, sözleşmeden dönülebilecektir(18). Kuskusuz, bu belirleme, somut olayın özellikleri değerlendirilerek ve de özellikle iş sahibinin, sözleşmeden beklediği amaçlar gözönüne alınarak yapılacaktır. Örneğin, eserin sözleşmeden

16-) 15.HD, 5.10.1987, 775/3419, (YKD, 1988, s.228); 15.FD, 5.5.1987, 1258/2010(YKD, 1987, s.1972).

17-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1033; Bu düşünceye, ayıp nedeniyle eserin değerinin tümüyle yok olmasının mümkün olmadığı, en azından hurda değerinin kalacağı iddiası ile karşı çıkılmaktadır, bkz. Öz, a.g.e, s.167.

18-) Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1031; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.162-163.

beklenen amacı gerçekleştirilmeye elverişsizliği(19), belirlenmiş kullanma biçimine ayıp nedeniyle uygun olmaması(20), kabul edilemezlik için yeterli olacaktır. İleride, üzerine belirli sayıda katlar eklemek amacıyla yapılan binanın, sonradan bu katları taşıyamayacağını anlaşıldığında böyle bir durum vardır(21).

Ayıbın, kolayca giderilebilme imkanı varsa, eserin, kabule elverişsizliğinden bahsedilemeyecektir. Zaten, böyle hallerde, eserdeki ayıp, genelde önemli olmakta ve sözleşmeden dönmeye elvermemektedir(22).

Eserin, kabule elverişli olup olmadığını belirlenirken, kuşkusuz, müteahhidin durumu da gözönüne alınacaktır. Zira, sözleşmeden dönme gibi, ağır bir yaptırımla karşılaşması, müteahhidin de durumunun değerlendirilmesini dürüstlük kuralının gereği olarak zorunlu kılmaktadır. Bu yüzden, eserin, kullanma amacının, müteahhid tarafından, bilinip bilinmemesi veya eserin, iş sahibi tarafından, başka bir yerde kullanılıp kullanılamayacağı gibi sorunlar da kabul edilemezliğin belirlenmesinde rol oynayacaklardır(23).

19-) Bu hale, bir buhar kazanının gerekenden çok daha fazla su harcaması veya bir gazete ilanının kararlaştırılan yenden bir başka yerde yayınlanması örnek gösterilmektedir, bkz. Tunçomağ, a.g.e, C.II, s.1031-1032.

20-) 15.HD, 8.12.1981, 1754/2485(YKD, 1982, s.689).

21-) 15.HD, 30.9.1974, 802/860(Karahasan, a.g.e, s.1220); 15.HD, 15.12.1972, 4675/5429(RKD, 1973, s.357,358).

22-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.163; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.182.Fakat,bu konuda,somut olayın şartlarının dikkate alınması gerekecektir.Örneğin,bir yarış için imal edilmiş otomobilde bulunan ve giderilmesi mümkün olan ayıbın, yarış tarihinden önce veya sonra giderilebilme niteliği,eserin kabul edilemezliğinin belirlenmesinde önemli olacaktır

23-) Tunçomağ,a.g.e,c.II,s.1032.

BK.md.360/I'de belirtilen ve sözleşmeden dönme-yi sağlayan ikinci hal, eserin sözleşme şartlarına aykırı olması halidir. Bu hükme göre, sözleşmeden dönebilmek için, ayıbın belirlenmesi tamamen sözleşme çerçevesi içinde yapılacaktır. Tarafların şu veya bu niteliğin eserde olmasını kararlaştırmaları ve bunların eserde olmaması veya eserin sözleşmede kararlaştırılan kullanma, işletme ve yararlanma amaçlarını gerçekleştirmeye elverişli olmaması ayıp kabul edilerek sözleşmeden dönülebilecektir. Yalnız, dikkat edilmesi gereken nokta şudur; eserin, sadece, sözleşme şartlarına aykırı olması, sözleşmeden dönme için yeterli olmamalı, ortaya çıkan aykırılık ayıba karşı tekeriül düzeninin ilkeleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. Çünkü, aksinin kabulü ile, sadece sözleşme şartlarına aykırı olduğu gerekçesiyle, en küçük ayıplardan bile sözleşmeden dönmenin yolu açılırdı ki, bu sonuç hem ayıba karşı tekeriülden doğan sorumluluk düzeni ile celisen nem de müteahhid açısından adil olmayan sonuçlara yol açabilirdi(24).

Bu nedenle, sözleşme şartlarına aykırılık yüzünden sözleşmeden dönebilmek için, yine, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması aranmalı, özellikle ayıp nedeniyle eserin, iş sahibince, kabulünün beklenememesi koşulu yine gerçekleşmelidir(25).

24-) Öz, s.g.e, s.171.

25-) Nitekim, sözleşmeden dönme dışındaki, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarını düzenleyen, BK. md. 360/II hükmü de, işin ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırılığının, dönme için yeterli derecede ağırlıkta değilse, ancak bu hakların kullanılabileceğini belirterek; sözleşmeye aykırılıktan dolayı, dönme için gerekli ayıbın belirli bir ağırlıkta olduğunu üstü kapalı da olsa öngörmüştür.Yargıtay'da, sözleşme şartlarına aykırılıktan dolayı, dönme için, ayıbın belirli bir ağırlıkta olmasını aramaktadır. Nitekim, bir kararında, sözleşme ile müteahhidin almayı üstlendiği iskan ruhsatını alamamasını, giderilmeci

Yukarıda açıklanan ağırlıkta olmayan ayıplardan dolayı, sözleşmeden dönme mümkün değildir ve artık iş sahibi, BK. md.360/II'de, belirtilen ücretin indirilmesini ve eserin onarılmasını isteme haklarını kullanabilecektir. Belirtilmesi gereken bir noktada, iş sahibinin, sözleşmeden dönmeye hakkı olduğu durumlarda, bunu yapmayarak öncelikle eserin onarılması ve ücretin indirilmesi haklarını kullanabilmesi mümkündür (26). Çünkü, hem iki hakkın kullanılması için aranan ağırlıkta ayıp koşulu öncelikle gerçekleşmekte, hem de taraflar özellikle müteahhid açısından, daha elverişli bir durum ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmeden dönmeye ilişkin ve bütün istisnalar sözleşmelerine uygulanan bu genel koldan sonra, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılan bir inşaat olması halinde, getirilen ek bir koşul da, BK. md.360/III'de, belirtilmiştir. Bu hükme göre, eğer inşaatın kaldırılması, niteliği gereği müteahhid için oransız bir zarara yol açacaksa, iş sahibi, sözleşmeden dönmeyecek, sadece ücretin indirilmesini veya ayıpla inşaatın onarılmasına isteyebilecektir. Böylece, eserin bir inşaat olması halinde, sözleşmeden dönme için, iki koşul yani, hem ayıbın BK.md.360/I anlamında ağırlıkta olması, hem de kaldırılmasının müteahhid için oransız zarara yol açmaması aranmaktadır.

mümkün olan ve kabule icbar edilemeyecek nitelikte olmayan kayıt sayarak, sözleşmeden dönmeyi kabul etmemiştir. Bkz. 15.HD, 16.12.1982, 2664/2677(Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, s.541).

- 26-) Ayıbın, eserin değerini tümüyle yok etmesi halinde, iş sahibinin, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarını kullanabilmesinin çok ender olarak görülebileceği hakkında, bkz.ş.78

İnşaatın kaldırılmasının aşırı zarara yol açın-
 açmayacağını belirlemede kullanılan ölçüt, "eserin, arsa ile
 birlikte iken taşıdığı değerle, arsadan kaldırıldı"ı zaman
 uğrayacağı değer düşüklüğü" gözönünde tutularak belirlenmekte-
 dir(27). Kuşkusuz, bu ölçüt tek başına yeterli olmayacak, bu-
 nun yanında, yapılan binanın tehlike yaratması, somut olayda
 diğer hakların kullanılmasının müteahhide vereceği zararın,
 sözleşmeden dönülmesi halinde uğrayacağı zarardan daha fazla
 olması gibi, etkenlerde değerlendirmede gözönüne alınacaktır.
 İnşaatın kaldırılmasının, fazla zarara neden olacağını ispat
 yükü, müteahhide aittir(28).

Dönme beyanının, müteahhide ulaşmasıyla, sözleş-
 me geriye etkili olarak sona erer. Müteahhidin kabulü veya
 muvafakatı olmamasının, dönme beyanının, hukuki sonuçlarını
 doğurmasına bir etkisi yoktur(29).

27-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.183; Seliçi, Müteahhidin Sorum-
 luluğu, s.163-164; Binanın takviyesinin mümkün olduğu,
 dava tarihinde bunun44.000.TL ile gerçekleştirileceği, orsa,
 binanın yeniden yapılması halinde 460.000.TL'ye ihtiyacı
 olduğu ve binanın dava tarihindeki, 374.000.TL'lik değeri
 gözönüne alındığında, ref'i ve kalı ,fazla zararı mucip
 bulunmuştur,Bkz.15.HD,15.11.1971,702/1002,(Kural,Kılıçbay,
 İzmir,a.g.e,s.536-537);Aynı nitelikte,15.HD,24.1.1981,
 679/843(Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, s.541).

28-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.164.

29-) Nitekim, müteahhidin, dönme beyanını kabul etmemesi üze-
 rine, yargıcın vereceği karar, iş sahibinin, tek yönlü i-
 rade bildirimi ile ortadan geçmişe etkili olarak kalkan
 sözleşmenin yerindeliğini açıklayıcı bir nitelik taşır.
 Yoksa, kurucu bir etkisi olmayacaktır. Bkz. Uluşan, İyi-
 niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması
 Sorunu, İst.1984, s.68,69.

Sözleşmenin, geriye etkili olarak sona ermesinden ne anlaşılacağı ise tartışmalıdır. Burada cevap, kuşkusuz, dönme hakkında benimsenen kuramlara göre değişik olacaktır.

Eğer, klasik dönme kuramı benimsenirse (30), sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkacak, hiç kurulmamış sayılacaktır. Tabiidir ki, bu durumda, taraflar arasında önceden kurulmuş ilişkinin tasfiyesi, ortada bir sözleşme olmadığını için, sözleşme dışı kurumlar çerçevesinde yapılacaktır.

Sözleşme gereği, ifa edilmesi gerekip henüz ifa edilmemiş olan erimler açısından bir sorun yoktur. Ortada bir sözleşme kalmadığı için, bunların ifası artık istenemeyecektir. Örneğin, müteahhidin ücretinin, sözleşmeden dönmekten önce ödenmemiş olması halinde böyle bir durum vardır. Sözleşmeden, dönmekten önce, ifa edilen borçların tasfiyesi ise önemli bir sorun oluşturmaktadır. Klasik dönme kuramı savunucuları, bu halde, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde yapılacağını söylemektedirler (31). Böylece, tasfiye, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen, BK.md. 63-64 hükümlerine göre olacak ve iade talepleri dönme beyanının müteahhide ulaşmasında itibaren, bir yıllık zaman aşımı süresine tabi olacak (32), iadenin kapsamı, masraflar-

30-) Tunçomağ, a.g.e, c.I, s.951; Feyzioğlu, a.g.e, c.II, s.415; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s.405; Ulusan, a.g.e, s.77.

31-) Tunçomağ, a.g.e, c.I, s.951; Feyzioğlu, a.g.e, c.II, s.415 .

32-) Tasfiye ilişkisini, bir yıllık gibi kısa bir zaman aşımı süresinden kurtarmak için, ileriye sürülen diğer bir dönme kuramı da "yasal borç ilişkisi" kuramıdır. Bu kurama göre, dönme sonucu taraflar arasındaki iade, sebepsiz zenginleşme kuralları ile değil, BK.md.108'deki, iade borcu çerçevesinde yapılacaktır. Sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması iadeye, ancak, örnekseme yoluyla uygulanması mümkündür. Bu kuram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, a.g.e, s.60-61.

dan doğan haklar ve iadenin caiz olmaması gibi sorunlar, bu hükümlere göre çözülecektir(33).

Sözleşmeden dönme konusunda, ileri sürülen diğer bir kuramda "yeni dönme kuramı"dır. Yeni dönme kuramı savunucularına(34) göre, dönme bildirimi ile sözleşme sona ermeyip, karşılıklı edimler adeta tersyüz edilmektedir. Böylece, sözleşmeden doğan edim borçları ortadan kalkarak, önceki halin iadesi borcu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, müteahhid, aldığı ücretin, iş sahibi de teslim aldığı eserin iadesiyle yükümlü hale gelmektedir. Daha değişik bir anlatımla, yeni getirilen bir edimin alacaklısı, aynı edimin geriye iadesi borçlusuna haline gelmektedir.

Taraflar arasındaki tasfiye ilişkisi yine, tamamen sözleşmesel bir çerçevede yapıldığından, iadeye ilişkin talepler 10 yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olmaktadır.

Yeni dönme kuramı yanlıları, dönmeden önce ifa edilmemiş edimler konusunda ise, bunların, dönme bildirimi ile ileriye etkili olarak sona erdiklerini ayrıca bunun yanında talep edilmeleri halinde ise, borçluya ifadan kaçınmayı sağlayan bir defa hakkının doğduğunu savunmaktadırlar(35).

Böylece, nitelik olarak, klasik dönme kuramından pek farklı olmayan bu kuramın, ondan ayrıldığı en önemli nokta, iadede uygulanan bir yıllık zamanaşımı süresini, 10 yıla çıkarması olmaktadır. Bkz. Uluşan , a.g.e, s.77.

33-) Uluşan, a.g.e, s.77.

34-) Serozan, a.g.e, s.78; Seliçi, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borçlulukları, s.209 ;Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu, s.162.

35-) Serozan,a.g.e,s.545-546.

2-) İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini İsteme

Hakkı v e Özellikleri

BK. md.360/II hükmü, iş sahibine, eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeye yetecek ağırlıkta olmaması halinde, eserdeki ayıptan kaynaklanan değer düşüklüğü oranında, ücret indirimini isteme hakkı tanımıştır.

Ücretin indirilmesini isteme hakkı da, yenilik doğurucu bir hak olup, iş sahibinin, bunu kullanması üzerine artık diğer haklarını kullanma imkanı ortadan kalkmaktadır.

Ücret indiriminin istenebilmesi için, ayıplı eserin halihazır değerinin sözleşmede öngörülen değerden daha düşük olması aranmakta ve bu yeterli bir koşul olarak görülmektedir(36).

Bu hak, tabiatıyla, sözleşmeden dönme imkanının olduğu durumlarda da kullanılabilir. Yalnız, eserdeki değer düşüklüğü, ücretin tamamına eşitse, iş sahibinin, öncelikle sözleşmeden dönmesi daha doğru olacaktır(37).

Ücret indirimine esas alınacak değer, eserin iş sahibine teslim edildiği andaki sahip olduğu değer olması gerekir(38). Yargıtay ise, indirimde esas alınacak değeri, davacının isteminin ortaya çıktığı zaman ki piyasa rayıçlarına bakarak belirlemektedir(39).

36-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.166.

37-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.188; Bu düşünce, eserdeki ayıp ne derece ağır olursa olsun, eserin değerini kaybetmesinin çok istisnai durumlarda gerçekleşebileceği gerekçeyle eleştirilmektedir, bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.167, dp.148'de anılan yazarlar.

38-) Satım sözleşmesindeki değerlendirmenin, hasarın alıcıya geçtiği ana göre yapılması ve eserdeki hasarında teslimle iş sahibine geçmesi, bu görüşün gerekçesi olmaktadır. Bkz. Tandoğan, a.g.e, c.II, s.189.

39-) HGK. 31.1.1979, 15-593/68(YKD, 1979, s.767); 15.HD, 23.5.1979, 955/1237(YKD, 1979, s.1477) .

Ücret indiriminde esas alınacak değer, eserin teslimi tarihindeki değeri olduğu kabul edilirse; teslimden sonra, eserde ortaya çıkan değer artış veya azalmaları dikkate alınmayacaktır. Teslimden sonra, eserde oluşan değer azalmaları, zaten, iş sahibinin tazminat talebiyle giderilebildiği gibi(40), teslimden sonraki değer artışları, örneğin, eserin piyasa ravinin yükselerek müteahhitten istenecek ücret indirim miktarınca bir artma sağlanması veya iş sahibinin, eseri üçüncü bir kişiye satarak, satım nedeniyle eserdeki ayıptan doğan değer düşüklüğü farkını kapatması, yani, ayıpsız bir eseri satsaydı elde edeceği meblağa ulaşmış olması, ücret indirimi talebinin ileri sürülmesine engel değildir(41).

Ücretten indirilecek miktarın hesaplanmasında, çeşitli yöntemler olmakla birlikte, en çok kullanılan "orantı yöntemi"dir(42). Bu yöntemde, eserin ayıpsız olsaydı taşıyacağı varsayımsal değer ile ayıplı halinde iken taşıdığı değer arasında bulunan oran, sözleşmede belirlenmiş bulunan ücrete uygulanır ve indirilecek miktar belirlenir(43).

40-) Öz, a.g.e, s.152.

41-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.167.

42-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.191; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.169.

43-) Ücret indiriminde, orantı yönteminin kullanılacağı hakkında 15.HD, 28.1.1981, 2667/151 (Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, s.538-540); 15.HD, 2.4.1980, 679/843; (Kural, Kılıçbay, İzmir, a.g.e, s.542-544); HGK, 16.11.1971, 385/14 (İBD, 1971, s.659); bir örnek vermek gerekirse, ayıpsız değeri 50.000.₺, ayıplı halindeki değeri 30.000.₺ olan ve ücretinde 40.000.₺ olarak belirlenmiş olduğu bir durumda, indirilecek miktar; $50.000/30.000 \times 40.000 = 24.000.₺$ olarak bulunacaktır.

Orantı yöntemi dışında, iş sahibinin, eserdeki ayıbı gidermek için yapması gerekli masrafların, ücretten indirilerek gerekli miktarın bulunması gibi başka yöntemlerde ileri sürülmüştür(44).

İş sahibinin, ücret indirimi hakkını kullanmasıyla, müteahhide olan ücret borcu indirilecek miktar oranında azalır. Eğer, ücret önceden ödenmişse, indirilmiş miktar geri istenebilir. Geri istemenin, sebepsiz zenginleşmeye göre değil, yine sözleşmeden kaynaklanan iade borcuna dayanarak yapılması gerektiği ileri sürülmektedir(45).

3-) İş Sahibinin Onarılmasını İsteme Hakkı ve Özellikleri

BK.md.360/II'de, belirtilen, iş sahibinin diğer bir hakkı da, aşırı masrafa yol açmamak koşuluyla, ayıpla eserin onarılmasını isteme hakkıdır. Bu hakkın, kullanılması, teslimle sona ermemiş bulunan noksansız ifa talebinin, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeni içerisindeki değişik bir görünümünden ibarettir(46) ve bu hakkın kullanılmasıyla müteahhid, noksansız ifa borcunu yerine getirmek amacıyla eserdeki ayıbı gidermeyi borçlanmaktadır.

Eserde bir ayıbın varlığı halinde, iş sahibi, BK. md.360'da, sayılan diğer iki hakkın yanında öncelikle eserin onarılmasını isteyebilir. Yalnız, bunun için, BK. md. 360/II'de aranan şartın gerçekleşmiş, eserin, onarımının aşırı masrafa yol açmayacak bir halde olması gerekir. Eğer, eserin onarılması, aşırı masrafa yol açacaksa, iş sahibi, koşulları

44-) 15.HD, 6.6.1979, 1085/1380 (YKD, 1979, s.1477).

45-) Selçuk, Müteahhidin Sorumluluğu, s.148.

46-) Selçuk, Müteahhidin Sorumluluğu, s.173.

varsa sözleşmeden dönebilecek(47) veya ücretin indirilmesini isteyebilecektir.

Eserdeki ayıbın giderilmesinin, aşırı masrafa yol açıp açmayacağıının belirlenmesinde kullanılan ölçüt, eserin onarılması üzerine, iş sahibinin elde edeceği çıkar ile müteahhidin onarım için yapacağı giderler arasındaki oran karşılaştırılarak bulunmaktadır(48).

Eğer, müteahhidin, onarım için yapacağı giderler iş sahibinin elde edeceği çıkardan çok daha fazla ise, onarımın aşırı gidere yol açtığı kabul edilerek, iş sahibinin onarım talebi reddedilecektir(49).

Müteahhidin onarım giderleri, ilk olarak, işçilik ve malzeme giderlerinden oluşmakta, bunun yanında eserin onarılması sırasında yapılan diğer faaliyetlere ilişkin giderler de gözönüne alınmaktadır(50). Çünkü, eserin onarılması, ilk ifa ayıpsız yapılsaydı nasıl olacak idiyse, ona göre yapılmakta, bu yüzden salt eserin onarımının dışında, ilk bakışta onarım ile ilgili olmayan fakat onu tamamlamaya yönelik bazı işlerin de yapılması gerekebilmektedir. Örneğin, bozuk elektrik tesisatının onarılması için, yırtılan duvar kağıtlarının yeniden yapılmasında harcanan giderler böyledir.

Müteahhidin, eserin onarılmasını isteme sonucu doğan borcunun, ilk ifa ayıpsız yapılsaydı nasıl olacak idi ise, ona göre yapılmasına yönelik olduğunu belirtmiştik.

-
- 47-) Belirtmek gerekir ki, eserin onarılmasının aşırı masrafa yol açacak olması, genelde, sözleşmeden dönmeye yetecek ölçüde önemli ayıpların varlığı halinde ortaya çıkacaktır.
- 48-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.195; Tunçomağ, a.g.e, c.II, s. 1034; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.175-176.
- 49-) HGK, 16.11.1971, 385/4 (İBD, 1971, s.659).
- 50-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.195; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.177-178.

Bu nedenle, bu amacı gerçekleştirmeyen müteahhid, borcunu ifa etmemiş sayılırken, iş sahibinin talebi olmadan, eseri mipsiz halde olması gerekenden daha iyi hale getirmesi halinde ise, fazladan iş yaptığı gerekçesiyle ek ücret isteyemez(51). Elektrik tesisatının onarılması için sökülen duvar kağıtlarının yerine daha iyi kalitede olanlarının yapılmasında bö le bir durum vardır.

Eserin onarılması, sonuçta bir işgörme edimi olduğu için, müteahhide belirli bir süre tanınacaktır. Bu sürenin taraflarca birlikte saptanması mümkün olduğu gibi, müteahhide herhangi bir anlaşma yapmadan da iş sahibinin onarım faaliyetleri için belirli bir süre tanınması mümkündür. Yalnız, bu sürenin, müteahhidin eserin onarımı için yapacağı bir takım hazırlıklar, onarıma başlayabileceği en kısa zaman, onarımın nitelik ve kapsamı gereği harcayacağı zaman gibi özelliklerin gözönüne alınarak belirlenmesi gerekecektir. Eğer, bu süre, yeterli olacak ölçüde verilmemişse, iş sahibinin de çıkarlarını gözetir bir biçimde uzatılması gerekir(52).

Verilen süre içinde, müteahhid, onarımı gerçekleştiremezse, iş sahibinin elinde değişik imkanlar vardır. Her şeyden önce, eserin onarılması hakkında vazgeçtiğini müteahhide bildirerek, diğer iki hakkından birisini kullanabilir. Çünkü, ücret indirimini isteme ve sözleşmeden dönme hakları, eserin onarılmasını isteme hakkının kullanılması ile düşmekte, ancak, müteahhid tarafından, eserin onarılmasının yapılması halinde artık ileriye sürülememektedir(53).

51-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.1099.

52-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.178-179.

53-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.179.

İş sahibinin kullanabileceği diğer bir imkan ise, müteahhit tarafından, eserin onarılmaması halinde, onarımın müteahhit hesabına kendisi tarafından yapılmasını istemek hakkıdır. Kuşkusuz, iş sahibi, burada BK.md.97'ye dayanacaktır. BK. md. 97'ye göre, yargıçtan, eserin onarılmasının, kendisinin yapmasını istemesi halinde(54), iş sahibinin, olası onarım giderleri için müteahhitten avans talep etme hakkı vardır(55). Ancak, bunun yanında, avans talep etmeyen veya talep ettiği avansı alamayan iş sahibi, yaptığı masrafları, müteahhide ödeyeceği ücretten indirilebilir(56).

54-) İş sahibinin, yargıçtan 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 aşarak gerekeceğiyle gider talebine cevaz verilmemeli(bu konuda bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.181) ancak, somut olaydaki koşullara göre, eserdeki ayıbın çok acele olarak giderilmesi gerekiyor ve giderilmemesi iş sahibi için aşırı zarara yol açacaksa, bu acil durum yüzünden yargıçtan izin alınamaması, müteahhitten istenebilecek gider talebinin ileri sürülmesini engellememelidir.

55-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.180-181.

56-) 3. HD., 21.3.1963, 2274/2225 (Olgac, a.g.e, no.791).

III-) İŞ SAHİBİNİN ESERDEKİ AYIP NEDENİYLE UĞRADIĞI ZARARI TAZMİN ETTİRME HAKKI VE ÖZELLİKLERİ

1-) İş Sahibinin Zararını Tazminin Özellikleri

BK.md.360/I,II'ye göre, sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme hakları yanında, iş sahibi, ayrıca eserin ayıplı olması nedeniyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilecektir. Tazminat talebi, tek başına ileri sürülebildiği gibi, seçimlik haklardan biri ile küllüfatif olarak da yapılabilir. BK. md.360'da, sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarında müteahhidin kusuru aranmamışken(57), tazminat talebinde, müteahhidin kusurlu olması gerektiği koşulu öngörülmüştür.

Müteahhidin, ayıba karşı tekeffül borcu çerçevesinde tazmin edeceği zararlar bazı özellikler göstermektedir. Şöyleki; BK. md.360'a dayanarak, iş sahibi, sözleşmesel ilişki nedeniyle uğradığı tüm zararları değil, yalnızca eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararları isteyebilecektir. Daha değişik bir anlatımla, sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarının kullanılmasıyla karşılanamayan(58) ve eserde ayıp nedeniyle oluşan değer düşüklüğü dışındaki zararlar, BK. md.360'a göre istenebilecektir(59).

Sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarıyla, eserde somutlaşmış zararın iş sahibinin ifa çıkarına en uygun biçimde giderilmesi amaçlanmışken, ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazmininde ise,

57-) Bu hakların kullanılmasında kusur aranmaması, bunların bozulmuş bulunan edim-karşı edim dengesini sağlamaya yönelik olmalarından kaynaklanmaktadır.

58-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.182.

59-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.204.

gözönüne alınan, eserde somutlaşmayan fakat, iş sahibinin başka malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerinde oluşan zarardır(60).

Bu kapsam dışında kalan zararlar, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğarsalar bile, artık, müteahhidin ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışları çerçevesinde değerlendirilecek ve BK. md.96'ya dayanarak idare edilebilecektir(61). Örneğin, müteahhit tarafından, eserin geç teslimi veya müteahhidin özen borcuna aykırılığından doğan zararlar böyledir(62).

Tazmini gerekecek zararı belirlerken, bunun, eserdeki ayıptan kaynaklanmasının yanında, eserdeki ayıpla uygun nedensellik bağı içinde olması da gerekecektir(63).

60-) Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.182.

61-) Buna karşın özetinde, zarar ayıp nedeniyle olursa bile tazminin yine, BK. md.96'ya dayanmasının gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Tunçomağ, a.g.e, c.II, s.1035.

62-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.205; Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s.182-183, Yazar, bu konuya örnek olarak, yüzme havuzunun tabanına beton dökmeyi üstlenen müteahhidin, gerekli önlemleri almaması yüzünden, havuzu besleyen su borularının tıkanmasına neden olmasını göstermektedir. Su borularının tıkanması ve bu yüzden doğacak zarar, yüklenilen işin havuza beton dökme işi olması nedeniyle, ayıplı ifa kavramı dışında kalacak ve genel kurallar çerçevesinde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle BK. md.96'ya dayanılarak talep edilebilecektir.

63-) Uygun nedensellik bağı belirlenirken, dikkatli olmak gerekecektir. Ayıbın, olayların olağan akışına ve yaşam tecrübelerine göre, meydana gelecek zarar türünden bir zararı ortaya çıkarmaya elverişli olması halinde, ayıpla zarar arasında uygun nedensellik bağının olduğu kabul

Ayıbtan doğan zararın tazmini için,müteahhidin kusurlu olması gerektiğini belirtmiştik.Kusur konusunda,isbat yükü müteahhide ait olacaktır.Dolayısıyla,sadece tazminini talep ettiği zararın varlığını isbatla yetinirken,tazminat talebinden kurtulmak için,müteahhit,kusursuzluğunu isbat etmek zorunda kalacaktır(64).

Zararın tazmini için,müteahhidin kusurunun varlığı yanında,kusurun derecesinin belirlenmesi de son derece önemli olacaktır.Çünkü,yargıç,tazminat miktarını belirlerken,BK.md. 98/I'e göre,durumun özelliğini ve müteahhidin kusurunun derecesini göz önüne alacaktır.Müteahhidin kusuru azaldıkça da,hükmedilecek tazminat miktarı da buna paralel olarak azalacaktır. Bu nedenle,müteahhidin ,ağır kusurlu(65) veya hafif kusurlu

edilmelidir.Uygun nedensellik bağının bu şekildeki tanımı için,Bkz.Eren,Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi,Ank.1975,s.52.

Konuya örnek vermek gerekirse,Yapılan binanın ayıblı olması yüzünden,kira gelirinin düşmesi,uygun nedensellik bağı içinde değerlendirilebilirken,binanın ayıblı olması nedeniyle,başka yerde oturmak zorunda kalan,iş sahibinin,bas-ka yerde oturmaktan ulaşım giderlerinin arttığını bu nedenle zarara uğradığı şeklindeki iddiası,uygun nedensellik bağının kapsamında olmayacaktır.

64-) Kusuru isbat yükünün,MK.md.6'daki genel kurala göre,iş sa-hibinde olmasını savunan görüş,(Bu görüşteki yazarlar için Bkz.Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.185,dp.198) bütün sözleşmesel ilişkilerde,kusursuzluğunu isbat yükünü,borçlu-ya bırakıp,BK.md.96'nın,düzenlemesi karşısında yerinde değildir.

64-) Müteahhidin,açık ayıbı bildiği ve iş sahibine bildirmediği hallerde,sadece susması,onun için,bir kusur sayılmalı ve bildirilmeyen ayıp nedeniyle,ortaya çıkan zararlar,tazmin edilmelidir.Bu konuda,Bkz.Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.184.

olması gibi iş sahibinin de,müterafık kusuru,tazminat miktarının hesaplanmasında son derece önemli olacaktır(66). Buna karşın, müteahhidin,eserin ayıblı olmasında,hiç kusuru yoksa,artık,ondan,tazminat talep edilemeyecektir.

Müteahhidin,eseri imal ederken,yardımcı şahıs kullanması veya işi alt müteahhidlere bırakması halinde,bunların davranışlarının,eserin ayıblı olmasına yol açması bazı özellikler taşımaktadır.Sorun,ifa yardımcılarının davranışlarından,borçlunun kusursuz sorumluluğunu düzenleyen,BK.md.100'e,dayanarak müteahhidin,kusursuz sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.Çünkü,BK.md,100'den,doğan sorumlulukta , borçlu,ifa yardımcılarının neden olduğu zararı tazminden,kusuru olmadığını ileri sürerek kurtulamamaktadır(67).Bu madde hükmü, doğrudan uygulanırsa,ifa yardımcılarının davranışlarının,ayıb -

66-) Nitekim,iş sahibinin,işin görülmesine yönelik talimatlarının yanlışlığı,eserin ayıblı olmasına neden olmuşsa,yanlış talimat,iş sahibi açısından,müterafık kusur sayılmalıdır. Böylece,müteahhidin,olası kusuru kadar,iş sahibinin de bu müterafık kusuru tazminat miktarının hesaplanmasında göz önüne alınmalıdır. Yine,aynı şekilde,iş sahibinin ifa yardımcılarının,örneğin,inşa edilen yapıyı projelendiren mimarın,projelendirmedeki yanlışlıkları,yapıda ayıba dolayısıyla zarara neden olmuşsa,bu sonuç da,iş sahibi açısından ,müterafık kusur sayılmalıdır.

67-) Tekinay,Akman,Burcuoğlu,Altop,a.g.e,c.II,s.1201;Tunçomaz,a.g.e,c.I,s.843;Feyzioğlu,a.g.e,c.I,s.203;Oğuzman,Borçlar Hukuku Dersleri,4.Bası,İst.1987,s.295.

lı esere dolayısıyla zarara neden olması halinde,müteahhidin kusursuz sorumluluğuna gitmek mümkün görünüyorsa da,ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk bir bütün olarak ele alındığında,bunu kabul etmemek daha doğru olacaktır.Çünkü,ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeni içinde,müteahhidin sorumluluğu,yardımcı şahıs kullanmasından bağımsız olarak,eserin teslimiyle ortaya çıkmakta ve adeta yardımcı şahıstan doğan sorumluluk,ayıbtan doğan sorumluluk karşısında arka plana itilmektedir. Bu nedenle,ister müteahhidin,isterse ifa yardımcısının olsun ,davranışları eserin ayıplı olmasına buna bağlı olarak da zarara neden olsun,BK.md,360'ın,açık düzenlemesi de gözönüne alınıp,tazminat için,mutlaka kusur koşulu aranmalıdır(68).

Yargıcın,müteahhidin kusurunu belirlerken,somut olayın şartlarını göz önüne alması gerekecektir.Örneğin,müteahhidin,sözleşme konusu işi yapmak için,sahip olması gereken teknik bilgi,beceri,tecrübe kadar,iş sahibinin,kendisinden bekleyebileceği,teknik bilgi,beceri,tecrübe de kusurun belirlenmesinde önemli olacaktır.Bunun gibi,müteahhidin,iş görürken,BK.md.356/I'e göre,göstermesi gereken özen derecesine,ne ölçüde uyduğu,kusurunun belirlenmesinde ,dikkate alınması gereken bir konu olacaktır

Bu arada, tarafların,tazminat konusunda,bir sorumsuzluk anlaşması yapması da mümkündür.Örneğin,belirli kusur derecelerinde,müteahhidin,zararı tazminle yükümlü olmayacağını,öngören anlaşmalar böyledir.Bu anlaşma,tabiatıyla,borçlunun,hile ve ağır kusurundan doğan sorumluluğunu,kaldıran anlaşmaları,geçersiz sayan,BK.md,99'un,getirdiği sınırlar içinde yapılacaktır. Örneğin,müteahhidin,hafif kusurunun neden olduğu bir ayıbdan doğan zararlar için sorumsuzluk anlaşması yapılabilirken,kasten sakladığı ve bildirmediği bir ayıbtan doğan zarara ilişkin sorumsuzluk anlaşması,BK.md.99'a aykırı düştüğü için geçersiz olacaktır(69).

68-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.125-126;Tandoğan,bu halde,müteahhidin,kusursuz sorumluluğu olduğu düşüncesindedir,Bkz.a.g.e,c.II,s.126.

69-) Bu konuyu,satım sözleşmesindeki,ayıba karşı tekeffül açısından inceleyen,Akman,Sorumsuzluk Anlaşması,İst.1976,s.104 vd.,özellikle,ayıbtan doğan zararlar için,s.106-107.

2-) İş Sahibinin Zararını Tazminin Kapsamı

BK.md.360 hükmü, uygun nedensellik bağı içinde olma ve müteahhidin kusuru bulunması koşuluyla, eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan, her türlü zararın, tazmini gerekeceği esasını getirmiş, fakat, ortaya çıkabilecek zararlar herhangi bir ayırıma tabi tutulmamıştır. Kuşkusuz, bu maddenin, herhangi bir ayırımı öngörmemiş olması, zararları niteliklerine göre bir ayırıma tabi tutmaya engel değildir. Bu ayırım, hem tazminatı gerekecek zararları saptamada kolaylık sağlarken, hemde, BK.md.360'da sayılan, üç seçimlik haktan birisinin kullanılması halinde, kullanılan hakla beraber hangi zararların da istenebileceğini belirlemede yol gösterici olacaktır.

Sözleşmesel ilişki çerçevesinde, ortaya çıkan zararlar, pek çok ayırıma tabi tutulmakla beraber, en önemlisi ve Borçlar Kanununun, esasta benimsediği, olumlu ve olumsuz zarar ayırımıdır.

Alacaklının malvarlığının, hali hazır durumuyla, borç tam olarak ifa edilseydi olacağı durum arasındaki fark olarak kabul edilen olumlu zarar(70), iş sahibi tarafından, öncelikle eserin onarılmasını isteme ve ücret indirim haklarının kullanılmasında istenebilecektir. Daha değişik bir anlatımla, iş sahibi, eserin onarılmasına veya ücretin indirilmesine rağmen, malvarlığında, ayıplı eser nedeniyle oluşan değer eksilmesini, olumlu zarar altında talep edebilecektir.

Olumlu zarar, kazanç yoksunluğu veya fiili zarar biçiminde olabilir. Örneğin, ayıp nedeniyle, binanın kira gelirlerindeki azalma veya makinenin ayıplı olması nedeniyle işletme gelirlerindeki düşüş, kazanç yoksunluğu olurken(71), bacanın, teknik kurallara uygun yapılmaması nedeniyle çıkan yangında iş sahibi-

70-) Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ank. 1986, s.230.

71-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.205; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.184; Yoksun kalınan net kazancın, bunun için yapılacak olası giderlerle, elde edilecek kazanç miktarı arasındaki fark kadar olacağı hakkında, 15.HD, 8.1.1988, 2053/63, (YKD, 1988, s.683).

nin, uğradığı zarar(72)veya tırmanma kayışının ayıblı olması yüzünden,kullanıcının yaralanması ve buna bağlı olarak tedavi giderlerinden doğan zarar(73),fiili zarardır.Eserdeki,ayıp nedeniyle,iş sahibinin,üçüncü kişilere karşı borç altına girmesi de fiili zarar sayılabilir.Ayıblı makineyi çalıştıramadığı için bir başkasından,yenisini almak zorunda kalan,iş sahibinin,uğradığı zarar böyledir.

Hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin,geçerli olduğuna inanmaktan ileri gelen zararlar olarak da,tanımlanan olumsuz zararlar(74)ise,sadece,iş sahibinin,sözleşmeden dönmesi halinde istenebilecektir.Çünkü,ücret indirimi ve eserin onarılmasını isteme haklarının kullanılmasında,sözleşme ortadan kalkmadığı için,ancak,geçersiz bir sözleşmeye dayanarak istenebilen olumsuz zararların ,istenmesi mümkün değildir.

İş sahibi,olumsuz zarar altında,sözleşmenin kurulması ve yürütülmesi için yapılan giderlerle,sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmekten kaçırılan kazanç fırsatları istenebilir.Örneğin,döndüğü,sözleşmeyi yapması yüzünden,daha iyi koşullarla başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaçıran,iş sahibinin bu nedenle uğradığı zarar,kaçırılan kazanç fırsatı niteliğindedir.Bunun gibi,sözleşmeden dönülmesi sonucu,teslim aldığı eseri,müteahhide iade etmek için,iş sahibinin,yapacağı masraflar da olumsuz zarar sayılabilir.

Sözleşmeden dönme sonucu,sadece olumsuz zararlar değil,ifaya ilişkin çıkar kaybı dışındaki,zararların tazminine izin veren,BK.md.108'in ışığı altında,aynı zamanda fiili zararlarında istenebilmesi gerekir.Eserin teslimiyle,sözleşmeden dönme arasında geçensüre kesitinde,ayıblı eserin,iş sahibinin yaralanmasına ve tedavi giderlerinin yapılmasına neden olması halinde ortaya çıkan zarar böyledir.

72-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.184.

73-) Tandogan,a.g.e,c.II,s.205.

74-) Tekinay,Akman,Burcuoğlu,Altop,a.g.e,c.II,s.1141;Oğuzman,a.g.e,281;Reyzioğlu,a.g.e,c.II,s.182.

İş sahibinin,olumsuz zararı belirlenirken,sözleşme-
den dönme nedeniyle elde ettiği bazı kazançlar bulunacak mik-
tardan indirilecektir(75).Bunun yanında,tazminatın miktarının
belirlenmesinde önem taşıyan bir konu da,zararların belirlenme-
sine esas alınacak parasal değerlerin,hangi ana göre saptana-
cağı sorunudur.Yargıtay,bu konuda,dava tarihindeki piyasa ra-
yiçlerini esas alırken(76),kanımızca,zararın ortaya çıktığı
tarihteki parasal değerlerin esas alınması,özellikle,haksız
fiillerdeki zararın hesaplanmasında da aynı yöntem kullanıl-
dığı için,daha doğru olacaktır(77).

-
- 75-) Yapılan bu denkleştirme,dayanağını,zararın belirlenmesi
için kabul edilmiş "fark"kuramında bulmaktadır.Bu konuda
Bkz.Akünel,Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştir-
me Sorunu,İst.1977,s.19.
- 76-) HGK,31.1.1979,15-693/68,(ABD,1979,s.47).
- 77-) Belirlemeye esas alınacak parasal değerlerin,ülkemiz ger-
çeklerinden olan kronikleşmiş enflasyonist koşullar ne-
deniyle,özellikle,alacaklıyı korumak amacıyla,hüküm tari-
hi olması gerektiği de savunulmaktadır.Bkz.Tekinay,Akman,
Burcuoğlu,Altop,a.g.e,c.II,s.1157.

Altıncı Bölüm

MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNU SONA ERDİREN NEDENLER

I-) ESERDEKİ AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEBİLECEK NEDENLERDEN DOLAYI ORTAYA ÇIKMASI

Eserdeki ayıbdan dolayı,müteahhidin sorumluluğuna gidilmesinin nedeni;bu ayıbın,müteahhidin sorumluluk çevresindeki olgulardan kaynaklanması yüzündendir.Özellikle,eserin imali süreci içerisindeki çeşitli olgular,kusurlu olmasa bile,müteahhidin şu veya bu biçimde,sözleşmede öngörülen amaçlara aykırı davranmasından kaynaklanmakta ve sonuçta,eserin ayıblı olarak meydana gelmesine neden olmaktadır.İşte,eserin ayıblı olmasına yol açan bu olgular,eğer iş sahibinin çevresinde ise, bu kez ayıblı eserden doğan sorumluluğu,az önce yürüttüğümüz mantık gereğince iş sahibine yüklemek gerekecektir(1).Sonuç olarak, iş sahibinin belirli davranışları,eserin ayıblı olmasına neden olursa,artık iş sahibi,ayıblı ifaya katlanacak ve bu ayıp nedeniyle müteahhidin sorumluluğuna gidemeyecektir.

Nitekim,istisna sözleşmesiyle ilgili hükümlerde de bu durum gözönüne alınmış,eserin ayıblı olmasına iş sahibinin çeşitli davranışlarının neden olması halinde,müteahhidin sorumluluğunun kural olarak sona ereceği benimsenmiştir.İlgili hükümlerle,iş sahibinden kaynaklanabilecek olan ve müteahhidin sorumluluğunu kaldıran nedenlerden sadece iki tanesi özel olarak belirtilmiş ve iş sahibinden kaynaklanan nedenleri tek tek saymak mümkün olmadığından,eserin ayıblı olmasına yol açan herhangi bir nedeni,iş sahibine yüklenebilmesi müm-

1-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.189.

kün ise,müteahhidin sorumluluğunun sona ereceği düzenlenmiştir.

Eserdeki ayıbın,iş sahibinin çevresindeki olgulardan kaynaklandığını söylenebilmesi için;bu olguların,ayıbın ortaya çıkmasına katkıda bulunması ve bu katkının tek başına ayıbın doğumu için,etkili olabilecek bir ağırlık taşıması gerekmektedir(2).Eğer,bu olgular tek başına bu denli bir ağırlık taşımaz,bunun yanında,müteahhidin de çeşitli davranışları, eserin ayıblı olmasına neden olursa,artık müteahhidin sorumluluğunun kalktığından söz edilemeyecektir(3).Yalnız bu halde,ayıbdan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde,müteahhidin davranışlarının yanında,iş sahibinin davranışları da gözönüne alınacak ve belirleme her iki etkenin taşıdığı olası ağırlığa göre yapılacaktır.

Bu durum özellikle,ayıblı eser nedeniyle istenecek tazminat miktarının belirlenmesinde ortaya çıkmakta ve iş sahibinin davranışları,BK.md.44/I çerçevesinde,değerlendirilmektedir(4).Eserin ayıblı olmasına neden olan olguların mutlaka iş sahibinin kendisinden kaynaklanmış olması gerekmez;eğer bu olgular,iş sahibinin,BK.md.100 anlamındaki yardımcılarının davranışlarından kaynaklanıyor ve görevin ifası çerçevesinde değerlendirilebiliyorlarsa yine,BK.md.361 anlamında,iş sahibine yüklenebilecek nedenlerin varlığından söz edilebilecektir.

İş sahibinin ayıbın ortaya çıkmasına neden olmuş olan davranışlarında kusurlu olması gerekmez.Salt belirli bir

2-) Tandoğan,a.g.e,c.II,s.209.

3-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.190.

4-) Aslında,haksız fiillerde meydana gelen zararın hesaplanmasına ilişkin bu hükmün,sözleşmesel ilişkilerde ortaya çıkan zararın hesaplanmasına da uygulanabilirliği hakkında Bkz.YİBK,24.12.1973,4/6 (RG,no:14800).

davranışın,eserin ayıblı olmasına neden olması,müteahhidin sorumluluğunun sona ermesi için yeterli olmaktadır.Bu durum ayıblı eser nedeniyle sorumluluğuna gidilen müteahhidin kusurunun aranmamasıyla bir benzerlik göstermektedir.

Eserde ortaya çıkan ayıbın,iş sahibine yüklendiği ilk özel neden ;BK.md.361'de belirtilen,eserdeki ayıba iş sahibinin müteahhide yönelttiği talimatlardan doğması halidir.

İş sahibi,eserin imilini,çeşitli aşamalarda,gerek sözleşmenin içinde yer alan ve bağlayıcı niteliği olan talimatlarla,gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra,imal süreci içerisinde vereceği talimatlar müdahale edebilir(5).Talimatların,müteahhidin ifa yardımcıları tarafından da,verilmesi mümkündür.Örneğin,bir bina yapımında,iş sahibine bağlı olarak çalışan.miimar veya mühendislerin vereceği talimatlar bu niteliktedir(6).

İş sahibi veya ifa yardımcılarının,müteahhide yönlendirebileceği talimatlar çeşitli içerikte olabilir.Örneğin,işin nasıl görüleceği,hangi çeşit malzemenin kullanılacağını,eserin imali sürecinde olması gereken çeşitli olguların yerine geldiğinin müteahhide bildirilmesi gibi.

İşte,iş sahibi tarafından verilen bu talimatlar eserin ayıblı olmasına neden olursa,artık,ayıblı esere dayanarak müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecektir.Kuşkusuz,bu talimatların,eserin ayıblı olmasına yol açacak bir nitelik ve ağırlık taşımaları elbette aranacaktır.Yalnız,BK.md361 hükmü,bu talimatların eserin ayıblı olmasına neden olması durumunu,tek başına,müteahhidin sorumluluktan kurtulması için yeterli say-

5-) Tandoğan,a.g.e,c.IIs.210;hatta,bu talimatların, taraflar öngörmese bile,kanunen sözleşmenin eki sayılan çeşitli şartnamelerde yer alması mümkündür.Bu nitelikteki,B.İ.G.Ş.'nin,çeşitli hükümlerinde bu yönde talimatlar vardır.

6-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.192.

mamakta, ayrıca, sorumluluktan kurtulmak isteyen müteahhidin, bu talimatların yanlışlığı konusunda, iş sahibinin, açıkça uyarmasını da aramaktadır. Uyarma, talimatın verilmesinden önce yapılabilir. Bu halde, uyarıya rağmen, iş sahibi talimatında yine ısrar ederse, artık müteahhidin sorumluluğu sona erecektir(7). Müteahhidin, uyarıyı, iş sahibine veya yetkili temsilcisine yapması, ayrıca, talimatın neden yanlış olduğu, ne gibi sonuçlara yol açabileceği, aslında nasıl olması gerektiği gibi bilgileri de açıklaması gerekecektir(8).

Müteahhidin uyarı yükümlülüğü, genelde sözleşmenin uzman tarafı olması ve talimatların yanlışlığı ile ortaya çıkartılabileceği sonuçları anlayabileceği varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, müteahhidin uzmanlığı gereği, değerlendirme kapasitesinin dışında bulunan talimatlar için, iş sahibinin uyarı yükümlülüğü olmamalıdır. Yine bunun gibi, talimatın doğruluğunun ya da yanlışlığının değerlendirilmesinde uzman kişi olma ölçütünün arandığı gözönüne alınırsa, talimatı veren iş sahibi veya ifa yardımcısının uzman kişi olması halinde, talimatta çok açık bir yanlışlık olmadığı sürece uyarı yükümlülüğü olmayacaktır(9).

Eserdeki ayıbın, iş sahibine yüklendiği diğer bir ne-

7-) Yalnız, bu durumda, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı, eğer müteahhit eserin talimat yüzünden ayıblı olarak meydana geleceğini anlayabilecek bir durumda bulunuyorsa, ısrarlı talimata uymamalı, eğer uyarıya, sırf talimatın ısrarlı olduğu gibi bir gerekçeyle dayanarak da sorumluluktan kurtulamamalıdır. Bu yönde, 4.HD, 17.6.1957, 1609/4045, (Olgaç, a.g.e, c.II, no:796).

8-) Tandoğan, a.g.e, c.II, s.213.

9-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.193; Tandoğan, a.g.e, c.II, s.213.

den ise,BK.md.357/III'de belirtilen ayıbın iş sahibinin verdiği malzemeden veya gösterdiği arsadan kaynaklanmış olması halidir.

Eğer,eserdeki ayıp iş sahibinin verdiği malzemedeki nitelik eksikliklerinden veya bozukluklarından kaynaklanıyorsa veya iş sahibi tarafından,müteahhide gösterilen arsanın,eserin yapılmasına elverişsiz olması yüzünden ortaya çıkmışsa,kural olarak müteahhit,bu ayıplardan dolayı sorumlu olmayacaktır.Örneğin,iş sahibinin gösterdiği arsanın zemin olarak binanın yapılmasına elverişli olmaması bunun sonucu da binanın temel duvarlarının çökmesi,gösterilen arsanın esere elverişsiz olması halidir(10).

Yalnız,müteahhidin,sorumluluktan kurtulması için,BK.md.357/III gereğince,malzemenin veya arsanın eser için elverişsiz olduğunu,bunlar kullanılırsa eserin ayıblı olarak meydana geleceğini iş sahibine bildirmesi ve onu bu konuda uyarması gerekecektir.Eğer,uyarı yükümlülüğü yapılmazsa,eserdeki ayıp,malzemenin veya arsanın elverişsizliğinden doğsa bile müteahhidin sorumluluğu sona ermeyecektir(11).

Belirttiğimiz bu iki özel durum dışında,eserdeki ayıplar çeşitli nedenlerden dolayı iş sahibinden kaynaklanabilir.Kuşkusuz,bu nedenleri,tek tek saymak veya sınıflandırmak mümkün değildir.Somut olayın koşulları dikkate alınarak,yapılan bir değerlendirmede,eğer iş sahibinin çevresindeki bir olgu,eserin ayıblı olmasına yol açmışsa ve bu ayıbın doğumuna yetecek ölçüde bir ağırlık taşıyorsa artık,ayıbın,iş sahibinin yüzünden doğduğunu kabul edilecek ve müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır(12).

10-)4.HD,17.6.1957,1609/4045,(Kural,Kılıçbay,İzmir,a.g.e,s.560).

11-) TD,13.2.1969,2458/462,(Olgaç,a.g.e,c.III,no:778).

12-) Tunçomag,a.g.e,c.II,s.1037.

Örneğin, bazan, bir eseri yanyana veya birbirinin peşi sıra çalışan müteahhidler imal edebilir. Böyle bir durumda, müteahhidin ediminin ayıblı olması, kendisinden önce veya yanyana yapılan edimin ayıblı olmasından kaynaklanıyorsa, bu ayıb, artık önceki müteahhidi iş sahibi seçtiği için ondan kaynaklanmış sayılacaktır. Kuşkusuz, bu halde de müteahhidin, iş sahibini uyarma yükümü yine vardır. Uyarma, önceki edimin işin yapılmasına elverişsiz olduğu yönünde olacaktır. Ve bu uyarıyı müteahhit ancak, uzmanlığı gereğince an ayabileceği elverişsizlikler çerçevesinde yapacaktır(13).

Bunun gibi, eserdeki ayıbın bazan iş sahibinin müteahhidetavsiye ettiği alt müteahhidin davranışlarından(14) veya iş sahibinin, hazırladığı veya hazırlattığı plan, proje, teknik belgelerdeki yanlışlıklardan da doğması mümkündür(15).

13-) Tandoğan, a.g.e, c.II.s.216; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.193;

Hatalı olarak sıvanmış bir duvarın üzerine, sonradan müteahhit tarafından boya yapılmış ve boyanın bu hata yüzünden ayıblı olarak meydana gelmesi halinde böyle bir durum vardır.

14-) Tandoğan, a.g.e, s.216; Kuşkusuz bu halde de, müteahhidin, kendisine iş sahibi tarafından tavsiye edilen alt müteahhidin işe elverişsizliğini anlayabilmesi ve iş sahibini uyarması gerekir.

15-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.191-192 ; müteahhidin, bu durumda kural olarak, plan, proje ve teknik belgelerdeki yanlışlıklardan dolayı uyarma yükümlülüğü yoksa da, yanlışlığın, çok açık olarak yapı tekniği kurallarına aykırılık taşıması halinde, artık uyarma yükümlülüğünün olduğu söylenebilmelidir.

II-) ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞ OLMASI

İstisna sözleşmesinde, ayıblı eser nedeniyle, iş sahibine tanınan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, BK.md.363'de, düzenlenmiştir. Bu madde, eserin taşınır veya taşınmaz olmasına göre farklı hükümler getirmiş; 2.fıkrasıyla, taşınmaz eserlere ilişkin zamanaşımını beş yıl olarak düzenlerken 1.fıkrasıyla da taşınır eserlere ilişkin zamanaşımının, satım sözleşmesindeki alıcının bu konudaki haklarına ilişkin zamanaşımına tabi olduğunu belirtmiştir böylece alıcının haklarına ilişkin zamanaşımını düzenleyen, BK.md.207'ye yapılan yollama sonucu taşınır eserlere ilişkin zaman aşımı bir yıl olarak belirlenmiştir. Fakat, özellikle, uygulama(16), BK.md.363/I tarafından, yapılan bu yollamanın sadece, BK.md.207'ye değil, aynı zamanda TTK.md.2'ye de olduğunu benimsemiş, böylece yapılan işin ticari bir iş olması halinde, TTK.md.é'deki, altı aylık zamanaşımı süresi taşınır eserlere uygulanmıştır.

Ancak, Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbiki Hakkındaki, 6763 Sayılı Kanunun, 41/II.maddesiyle, BK.md.126'ya dördüncü bir fıkra eklenmesi, istisna sözleşmesindeki zamanaşımı süresinin ne olacağı konusunda yoğun tartışmalara yol açmıştır. Çünkü, BK.md.126/IV, müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıblı malzeme kullanmış veya ayıblı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç istisna akdinden doğan bütün davaları beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmuştur. Bu hüküm karşısında BK.md.363/I'in, örtülü olarak kaldırıldığını ileri sürerler olduğu gibi bunun aksi görüşünü benimseyenler de vardır.

16-) 11.HD, 3.2.1960, 1065/511, (Batider, 1970, s.603); 11.HD, 12.11.1981, 3939/4762, (YKD, 1982, s.72-75).

Bk.md.126/IV ile,BK.md.363/I tarafından,BK.md.207'ye yapılan yollamanın örtülü olarak kaldırıldığını savunanlar(17) ve Yargıtay(18),BK.md.126/IV'de,belirtilen ayırık haller hariç olmak üzere,istisna sözleşmesinden doğan bütün davaların beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedirler. Buna göre,özellikle,ayıblı eser halinde iş sahibinin müteahhid- de karşı ileri sürebileceği haklar eser ister taşınır isterse taşınmaz olsun beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bu görüş yanlıları,BK.md.126/IV'de,belirtilen durumlarda ise, yani,müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile sözleşmeli hiç veya gereği gibi yerine getirmediği,özellikle ayıblı malzeme kullan- ması ve ayıblı eser meydana getirmesi hallerinde ise,zamanaşı- minın,BK.md.125'deki,10 yıllık genel zamanaşımı süresi olacağı- nı savunmaktadırlar(19).Bu görüşün kabul edilmesinin ortaya çı- kardığı diğer bir sonuç ise,BK.md.363/I'in,yaptığı yollamayla belirlenen bir yıllık ve altı aylık zamanaşımı süreleri için, tarafların anlaşma yapıp bu süreleri uzatabilme veya kısalt- bilme imkanı varken,Borçlar Kanunu'nun, 3.bab'ına giren BK.md. 126/IV'deki,zamanaşımı süreleri için aynı imkanın olmayacağı- dır(20).

-
- 17-) Akyazan,a.g.m,s.884;Karayalçın,İstisna Akdi Zamanaşımı Özel Hukukda Görüşler ve Meseleler,Ank.1975,s.32;Karaha- san,a.g.e,s.153.
- 18-) 15.HD,26.10.1987,4083/3690,(YKD,1988,s.387-388);15.HD, 14.12.1987,1209/4387,(YKD,1988,s.536);15.HD,9.1.1981, 236/252,(YKD,1981,s.1031-1032).
- 19-) Karayalçın,a.g.e,s.35;15.HD,31.5.1976,1478/2338(Olgaç, İstisna Akdi,s.64).
- 20-) Tandoğan,İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı(Batider,Haziran 1982,s.1-11),s.7.

BK.md.126/IV'ün yürürlüğü ile,BK.md.360/I hükmünün, dolayısıyla BK.md.207'ye yapılan yollamanın örtülü olarak kaldırılmadığını savunanlar ise(21),BK.md.126/IV ile,tam aksine, ayıblı malzeme kullanılması ve ayıblı eser yapılmasını beş yıllık zamanaşımı süresinin dışında tutulduğunu,bunlar hakkında yine bir yıllık sürenin yürürlükte olduğunu,BK.md.126/IV ile beş yıllık zamanaşımı süresine tebi tutulan hallerin, ayıblı eser yapılması ve müteahhidin kast ve ağır kusuru ile sözleşmeye aykırı davranışları dışındaki,sözleşmesel ilişkiden çıkabilecek uyumsuzluklar olduğunu ileri sürmektedirler.Örneğin, Müteahhidin iş sahibinden olan ücret alacağı(22)veya eserde ayıp olarak somutlaşmayan borca aykırılık halleri böyledir.Bu görüş yanlıları kastenen saptanan ayıblardaki zamanaşımı süresini 10 yıl kabul etmekte,yalnız,10 yıllık zamanaşımı süresinin dayanağı olarak BK.md207/III'ü göstermektedirler(23).

Kanımızca da,bu son görüş benimsenerek,iş sahibinin ayıblı eser nedeniyle doğan haklarına ait zamanaşımı süreleri, BK.md.363 çerçevesinde çözümlenmelidir.Böylece,taşınır eserlere ilişkin zamanaşımı,BK.md207/I'e yapılan yollama sonucu bir yıl olmalı,eğer,iş ticari bir işse,TTK.md.2 gereğince,uygulanacak süre altı ay olmalıdır.Eserin bir taşınmaz olması halinde ise, iş sahibinin,müteahhit ve işin görülmesine katılmış mimar ve mühendislerle karşı olan hakları,BK.md.363/II gereğince,beş yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır.

21-) Tandoğan,a.g.m,s.7;Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.205-206;Tunçomag,a.g.e,c.II,s.1037-1038.

22-) 15.HD.2.5.1977,898/1014,(YKD,1978,s.603);TD,15.6.1967,2698/2560, (Olgaç,İstisna Akdi,s.66);HGK,3.4.1963,47/11, (Olgaç,İstisna Akdi,s.66).

23-) Tandoğan,a.g.m,s.8;Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.207; Belirtmek gerekirken,BK.md.363/I'in örtülü olarak kaldırıldığını savunanlar kasten saklanan ayıp halinin,BK.md.126/IV'e girmediği gerekçesiyle,BK.md.125'deki on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmaktadırlar.

BK.md.363'ün,taşınır ve taşınmaz eser ayırımı yapması,sonuçta da bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerini ön-görmüş olması,taşınır ve taşınmaz eser ayırımının yapılmasını ve bu ayırımı belirleyecek ölçütlerin getirilmesini zorunlu kılmıştır.

Taşınmaz eserlerde beş yıllık zamanaşımının kabulünde,herşeyden önce,taşınmaz eserlerin gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının,jeolojik şartlara veya hava şartlarına uygun olup olmadığının anlaşılması için bir yıllık sürenin yetmeyeceği düşüncesi etken olmuştur(24).Bunun yanında edimin büyüklüğü,ücretin yüksekliği ve işin zorluğu da taşınmaz eser kavramının belirlenmesinde önemli birer ölçüt olabilmektedir.Bütün bunlardan yola çıkarak,taşınmaz eseri,nitelikleri gereği bir eserdeki ayıpların ortaya çıkmasına genelde bir yıllık sürede gerçekleşmeyeceği türden eserler olarak tanımlamak yerinde olacaktır.Bu nedenle,taşınmaz eserler,sadece binalar değil,jeolojik ve dış şartlara açık arzla bağıllık gösteren,iktisadi bir değer taşıyan ve insan emeğinin ürünü olan bağımsız şeyşer anlaşılmalıdır(25).Bu nedenle,binalar,köprüler,yollar,duvarlar taşınmaz eser sayılacaktır.Sadece yeni bir eserin yapılması değil,var olan bir taşınmaz eserin onarılması,bazı bölümlerinin değiştirilmesi,yeni bölümler eklenmesi de taşınmaz eser kavramına girmektedir.

Arzla devamlı olarak bağıllık göstermeyen,baraka,kulübe gibi şeylerle(26),müteahhidin ediminin fazla ağırlık taşımadığı ve ayıbın süyük bir olasılıkla kısa sürede çıkabilecek nitelikteki şeyler bir taşınmaz üstünde gerçekleşti-

24-) Tandoğan,a.g.m,s.2.

25-) Tandoğan,a.g.m,s.2;Tunçomag,a.g.e,c.II,s.1039.

26-) Seliçi,Müteahhidin Sorumluluğu,s.210;Tandoğan,a.g.m,s.3.

rilse bile taşınmaz eser sayılmamalıdır. Bunun gibi, müteahhidin, sadece eme , çukur kazılması, bina yıkılması gibi işlerle(27), sadece malzeme ve prefabrike elemanlar göndermesi de taşınmaz eser sayılmayacaktır. Yalnız, bu elemanların belirli bir plan ve projeye göre hazırlanması halinde, bunları, ister alt müteahhit taksin, isterse genel müteahhit monte etsin yine bir taşınmaz eserin varlığından söz edilecektir(28).

Ayıbın, müteahhit tarafından kasten saklanması halinde ise, zamanaşımı süresi, BK.md207/III'e göre, belirlenecek ve 10 yıl olacaktır. Eserin ister taşınır isterse taşınmaz olsun veya işin ticari iş olması, 10 yıllık zamanaşımını uygulanmasını değiştirmeyecektir(29).

İş sahibinin haklarına ilişkin zamanaşımı süresi eserin teslimi ile başlar. Eserin teslimi hakkında söylediklerimiz aynen burada da geçerlidir(30).

Zamanaşımı süresinin dolmasıyla, artık, iş sahibi, ayıblı eserdendoğan haklarına, müteahhide karşı ileri süremez. Kuşkusuz, BK.md.140 gereğince, müteahhidin zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürmesi gerekecektir. Çünkü, yargıç, zamanaşımı süresinin geçtiğini, res'en gözönüne alamaz.

Zamanaşımı süreleri içinde ayıbların ihbar edilmesi koşuluyla iş sahibinin, ayıblı eserden doğan haklarına, müteahhide, bir defa yoluyla ileri sürebilmesinin gerektiği savunulmaktadır. Örneğin, müteahhidin, ücret alacağı için açtığı davada, iş sahibi, ayıblı eserden doğan tazminat alacağına bir

27-) Tandoğan, a.g.m, s.4; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.210

28-) Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.210.

29-) 15.HD, 17.3.1976, 5464/1210, (YKD, 1977, s.702 vd.); Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.207.

30-) Eserin teslimi hakkında Bkz.yukarıda s.40 vd.

Zamanaşımı süresinin geçip geçmediği belirlenirken,zamanaşımını durduran nedenlerin belirtildiği,BK.md.132 ve zamanaşımını kesen nedenlerin belirtildiği,BK.md.133 hükümleri,gözönüne alınacaktır.



SONUÇ

Müteahhidin, aldığı ücrete karşılık, bir eser imal edip, iş sahibine teslim etmeyi borçlandığı, istisna sözleşmesinde, belirli bir eserin imal edilmesi kavramı, sözleşmenin yapısını belirleyici en önemli unsur olmaktadır. Nitekim, istisna sözleşmesiyle ilgili hükümler de, genelde, bu kavram göz-önüne alınarak düzenlenmiştir. Bu hükümler, eserin imali sürecine, imalden sonra eserin iş sahibine teslimine ve teslimden sonraki döneme ilişkin bulunmaktadır. İşte, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu da, eserin iş sahibine teslim edilmesinden sonraki döneme ilişkin bir düzenleme olmaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde, ortaya çıkabilecek bir çok borca aykırılık hallerinden birisi olan, ayıba karşı tekeffül borcu, sadece, teslim edilen eserin ayıblı olması gibi dar kapsamlı bir alana özgülenmiştir. Buna karşın, bu borç çerçevesinde getirilen sorumluluk düzeni, ayıblı eser teslimiyle, bozulan edim-karşı edim dengesini en iyi biçimde yeniden sağlamayı amaçlayan haklarla donatılmış bulunmaktadır. Bu nedenle, bu sorumluluk düzenine, ancak, ayıblı eser teslimi halinde başvurulmalı, bunun dışındaki borca aykırılık hallerinde, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümlere başvurulmadığı gibi, ayıblı eser teslim alan, iş sahibinin, müteahhidin sorumluluğuna, genel hükümler çerçevesinde gitmesi de kabul edilmemelidir. Çünkü, aksinin kabulü, hem, bu hükümlerin öncelikle uygulanmasını öngören, kanuni düzenlemeye aykırı bir davranış olacak, hem de, ayıblı eser nedeniyle, taraflar arasındaki dengesi bozulmuş sözleşmesel ilişkiyi, en iyi biçimde dengeye kavuşturmaya çalışan hükümlerin, ikinci plana atılmasına neden olacaktır.

Ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeni içerisinde, iş sahibine tanınan, sözleşmeden dönme, ücret indirimini ve ayıblı eserin onarılmasını isteme haklarının yorumu-

mu da, ~~az~~ önce sözünü ettiğimiz amaca yönelik olarak, yani, ayıblı eser nedeniyle bozulmuş olan, edim-karşı edim dengesini yeniden sağlamaya elverişli bir biçimde yapılmalıdır. Bu nedenle, ayıblı eserin onarılmasını isteme hakkı öncelikle kullanılmalı, buna karşın, somut olayda, eserin onarılmasının istenmesi taraf menfaatleri için uygun görülüyorsa, ücretin indirilmesini isteme hakkının kullanılması tercih edilmelidir. Sözleşmeden dönme hakkı ise, edim-karşı edim dengesini sağlamaktan öte, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin tasfiyesine yöneldiği için, bu hakkın kullanılabilmesi, ancak, eserdeki ayıbın kapsamı itibarıyla, iş sahibinin, sözleşmesel ilişkiye devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde, kullanılabilmelidir.

Ayıblı eser nedeniyle, iş sahibinin uğradığı zararı tazminde ise, her halükarda müteahhidin kusuru aranmalıdır. Her ne kadar, zararı tazmin etme, BK.md.360 çerçevesinde yapılacaksa da, ortaya çıkan zararın çeşitlerini, kapsamını, tazminde gözönüne alınacak temel esasları belirlemede, genel hükümlere başvurulmalıdır. Olumlu ve olumsuz zararı veya müterafık kusuru belirlemede olduğu gibi.

Kanımızca, bütün bunların ötesinde, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümler, işinde uzman olan müteahhit karşısında, sözleşme konusu iş konusunda fazla uzmanlığı olmayan ve ayıblı eser nedeniyle zarara uğramış iş sahibini koruyucu bir tarzda yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork :Aliud ve Federal Mahkemenin"Aliud"Konu-
sundaki Tutumu Üzerine,MHAD,1972,sy.9,
s.19 vd.
- AKMAN, Sermet :Sorumsuzluk Antlaşması,İst.1976
- AKÜNAL, Teoman :Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleş-
tirme Sorunu,İst.1977
- AKYAZAN, Sıtkı :İstisna Akidleri,AD,1967,sy.12,s.884 vd.
- BERKİ, Şakir :Hizmet Akdi,Çıraklık Mukavelesi ve İstis-
na,AD,1951,s.1013 vd.
- BİLGE, Necip :Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri,
Ank.1971
- CERRAHOĞLU, İsmail :Eserin Kabulü,İstanbul Ticaret,25.4.1980,
s.12
- ÇAKALIR, Yalçın :Mimarlık Sözleşmesi,Ank.1986
- DALAMANLI, Lütfü :Borçlar Kanunu Şerhi,Ank.1976
- DAYINLARLI, Kemal :İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibi-
nin Temerrüdü,Ank.1988
- EDİS, Seyfullah :Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu,Ank.
- EREN, Fikret :Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet
Bağı Teorisi,Ank.1975
- ERMAN, Hasan :İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hal-
ler,İst.1979
- FEYZİOĞLU, Feyzi :Borçlar Hukuku Genel Hükümler,c.I,İst.
1976,c.II,1977
- FRANKO, Nesim :Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleş-
mesi,Ank.1981
- GİRİTLİOĞLU, Nejla :Yayın Sözleşmesi,İst.1967
- GÖKTÜRK, H. Avni :Borçlar Hukuku,İkinci Kısım,Akdin Muhte-
telif Nevileri,Ank.1951
- KABAALIOĞLU, Haluk :Müteahhidin Borçları Kusur ve Sözleşmeye
Aykırılık,İstisna Akdi,İstanbul Ticaret,
11.6.1982,s.5

- KABAALIOĞLU, Haluk :İstisna Akdi, İstanbul Ticaret, 18.6.1982, s.5
- KANETİ, Selim :İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları(1955-1964)Özel Borç İlişkileri ve Özel Borç İlişkilerinde Yasalar Çatışması, Ank.1968
- KAPLAN, İbrahim :Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ank.1983
- KARAHASAN, M.Reşit :İnşaat, İmar ve İhale Hukuku, Ank.1979
- KARAHASAN, M.Reşit :Mülkiyet Hukuku, İst.1975
- KARAYALÇIN, Yalçın :İstisna Akdi, Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseler ve Görüşler, Ank.1975
- KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip :Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İst.1968
- KOSTAKOĞLU, Cengiz :Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde Şekil, YD, 1984, sy.7, s.925-932
- KURAL, Orhan
- KILIÇBAY, Cevdet
- İZMİR, Ercüment, :İnşaat ve İhale Hukuku, Ank.1988
- OĞUZMAN, Kemal :Borçlar Hukuku Dersleri, 4.Bası, İst.1987
- OLGAÇ, Senai :İstisna Akdi, Ank.1977
- OLGAÇ, Senai :Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar, c.II, 2. Bası, İst.1970, c.III, Ank.1969
- ÖMERBAŞ, Lütfi
- ÇETİNBAS, Sacit :Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu Em-sal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları, 1955-1959, c.III, Ank.1960
- ÖZ, Turgut :İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi(Yayınlanmamış Doktora Tezi)
- REİSOĞLU, Safa :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ank.1986