

EBRU YÜCESOY

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞİN KABULÜ
VE
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUKLARI**

EBRU YÜCESOY

ÇANKAYA

ANKARA 2011

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞİN KABULÜ
VE
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUKLARI**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

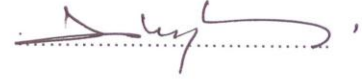
**HAZIRLAYAN
EBRU YÜCESOY**

ANKARA 2011

Ebru YÜCESOY tarafından hazırlanan **Eser Sözleşmesinde İşin Kabulü Ve Yüklenicinin Sorumlulukları** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Tez Danışmanı



Bu tezin Yüksek Lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı



Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı



Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Tez sınav Tarihi: 02 Eylül 2011

İnceleme Komitesi Üyeleri

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

(Çankaya Üniv.) *Bilge Öztan*

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniv.) *Erzan Erzurumluoğlu*

Doç. Dr. Cemal OĞUZ

(Gazi Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı: Ebru YÜCESOY

İmza : 

Tarih : 02.09.2011

ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞİN KABULÜ VE YÜKLENİCİNİN SORUMLULUKLARI

YÜCESOY, Ebru

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof.Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Eylül 2011, 158 sayfa

Bu çalışmada Eser Sözleşmesinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Sorumlulukları konusu ele alınmıştır. Konu beş ana bölüm başlığı altında incelenmiştir. Birinci bölümde Eser Sözleşmesinin tanımına, hukuki niteliğine, unsurlarına ve diğer benzer sözleşmelerden farklarına değinilmiştir. İkinci bölümde yüklenicinin sözleşmeden doğan borçları, üçüncü bölümde yüklenicinin ayıptan doğan borçları ele alınmıştır. Dördüncü bölüm yüklenicinin ayıptan sorumluluk borcunun sona ermesi ana başlığı altında incelenmiş olup son bölüm olan beşinci bölümde ise, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre Eser Sözleşmesi uyuşmazlıklarına uygulanacak zamanaşımı sürelerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelime: Eser Sözleşmesi, Yüklenici, Ayıba Karşı Sorumluluk Borcu

ABSTRACT

ACCEPTANCE OF WORK AND RESPONSIBILITIES OF THE CONTRACTOR IN THE FREELANCE CONTRACTS

YÜCESOY, Ebru

Institute of Social Sciences, Department of Private Law

Advisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

September 2011, 158 pages

This study deals with the subject of Acceptance of Work and Responsibilities of the Contractor in the Freelance Contracts. The subject has been investigated under five main chapters. The first chapter is on the definition of Freelance Contracts, its legal nature, components and its differences from other similar contracts. The second chapter examines the obligations of the contractor arising from the contract; and the third chapter deals with the obligations of the contractor resulting from the defect. The fourth chapter is on the completion of defect obligation of contractor and the last chapter studies the periods of limitation to be applied onto the disputes of Freelance Contracts in accordance with the New Turkish Law of Obligations numbered 6098 to enter into force on July 01, 2012.

Key Words: Freelance Contract, Contractor, Defect Obligation of Contractor

GİRİŞ

Eser Sözleşmesi, uygulama alanı oldukça geniş olan bir tür iş görme sözleşmesidir. Toplum hayatının gerekliliği olarak bireyler ihtiyaçları doğrultusunda eser sözleşmelerine taraf olmaktadır. Günlük hayatın her alanında eser sözleşmesi ile karşılaşmaktayız. Bu sözleşmeleri, kimi zaman bozulan ev aletlerimizin tamiri için, kimi zaman evimizin, arabamızın onarımı için farkında olmadan kurmaktayız. Tüm bu işlerin yanı sıra bina, köprü, yol yapımı gibi büyük yapılar da eser sözleşmesi ile hayat bulmaktadır.

Kapsamı itibariyle uygulama alanı bu derece büyük olan eser sözleşmesinin uygulanması ile ortaya çıkan uyuşmazlıklar, teoride ve pratikte anlaşmazlıklara yol açmıştır.

Eser sözleşmesi ile sözleşmenin taraflarından olan yükleniciye tanınan hakların yanı sıra birçok sorumluluk ve borç verilmektedir. Bu sorumluluk ve borçların içinde eseri teslimde ve teslimden sonra ayıba karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. İş sahibi ise, yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmesinden sonra eserdeki ayıplardan yükleniciyi sorumlu tutabilmesi için kendi yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Bu yükümlülüklerin başında eseri teslim aldıktan sonra fırsat bulur bulmaz muayenesini yapmak veya yaptırmak gelmektedir.

Kanun koyucu eser sözleşmesinde özellikle teslim ile başlayan süreci önemi nedeniyle ayrı olarak ele almış ve ayıptan sorumluluk borcu üzerinde düzenleme yapmıştır. Yüklenicinin bu sorumluluğunu sona erdiren zamanaşımı süreleri 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununda yeniden düzenlenmiştir. Çalışmamızda eski ve yeni Türk Borçlar Kanununda yer alan

düzenlemeler incelenmiş ve Beşinci Bölümde Yeni Borçlar Kanununda yeniden düzenleme bulan zamanaşımı süreleri ayrıca ele alınmıştır.

GCCRIS

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vi
GİRİŞ	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xvii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ.....	1
1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Borçlar Kanunundaki Düzenleme Şekli.....	1
1.2. Eser Sözleşmesinin Tarafları	3
1.2.1. Yüklenici (Müteahhit).....	3
1.2.2. İş Sahibi	5
1.3. Eser Sözleşmesinin Unsurları	6
1.3.1. Bir Eseri Meydana Getirme	6
1.3.2. Ücret.....	7
1.3.3. Taraflar Arasında Anlaşma.....	10
1.4. Eser Sözleşmesinde Şekil	11
1.5. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Farkı	13
1.5.1. Satış Sözleşmesinden Farkı.....	13

1.5.2. Hizmet Sözleşmesinden Farkı.....	14
1.5.3. Vekâlet Sözleşmesinden Farkı.....	15
1.5.4. Yayın Sözleşmesinden Farkı.....	16

İKİNCİ BÖLÜM

2. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLARI	17
2.1. Eser Meydana Getirme Borcu	17
2.1.1. İş Bizzat İfa Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu	18
2.1.2. Eserin Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Araç-Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu.....	21
2.1.3. İşin İfasında Özen Gösterme ve Sadakat Borcu	23
2.1.4. Yüklenicinin Genel İhbar Borcu	27
2.1.5. İşe Zamanında Başlama Ve Devam Etme Borcu	28
2.1.5.1. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde	28
2.1.5.2. Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde	29
2.2. Eseri Teslim Borcu	30
2.2.1. Genel Olarak	30
2.2.2. Teslim Borcunu İfada Temerrüt ve Bunun Sonuçları.....	32
2.2.2.1. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları	33
2.2.2.2. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Sonuçları	34
2.2.2.2.1. Aynen İfa ve Gecikmeden Dolayı Tazminat İsteme Hakkı (Ayrıca Varsa Cezai Şartın Ödenmesini Talep Etme).....	35

2.2.2.2.2. Aynen İfayı Reddederek, Ademi İfa Sebebiyle Müspet Zarar Tazmini	38
2.2.2.2.3. Akdin Feshi ve Menfi Zarar İstenmesi.....	39
2.2.2.3. İş Sahibinin Arsası Üzerinde Yapı ve Özellikle Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapımı Sözleşmelerinde Yüklenicinin Yapıyı Tamamlamadan Temerrüde Düşmesi Halinde Feshin Sonuçları.....	41
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
3. AYIPTAN SORUMLULUK BORCU.....	47
3.1. Ayıptan Sorumluluk Borcunun Tanımı	47
3.1.1. Ayıptan Sorumluluk Borcunun Hukuki Niteliği	48
3.1.2. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluk Borcunun Doğumu İçin Gerekli Şartlar Ve İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Hakları	50
3.1.2.1. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluk Borcunun Doğumu İçin Gerekli Şartlar	50
3.1.2.1.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	50
3.1.2.1.1.1. Teslim Kavramı	50
3.1.2.1.1.2. Eserin Tamamlanması ve İş Sahibine Tesliminin Gerçekleşmesi Usulü	52
3.1.2.1.1.3. Teslim Borcunun İfası Usulü	53
3.1.2.1.1.3.1. İmal Edilen Eserin Taşınır veya Taşınmaz Oluşuna Göre.....	53

3.1.2.1.1.3.2. İmal Edilen Eserin Bağımsız Bir Maddi Varlığına Sahip Olmamasına Göre	55
3.1.2.1.1.4. Teslim Borcunun İfa Yeri	55
3.1.2.1.1.5. Teslim Borcunun İfa Zamanı	57
3.1.2.1.1.6. Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Sonuçları	58
3.1.2.1.1.6.1. Eser Ücretinin Muaccel Olması	58
3.1.2.1.1.6.2. Yarar ve Hasarın Geçmesi	60
3.1.2.1.1.6.3. Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması	61
3.1.2.1.1.6.4. Eseri Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması.....	62
3.1.2.1.1.6.5. Cezai Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması.....	63
3.1.2.1.1.6.6. Ayıptan Doğan Hakların Ortaya Çıkması	64
3.1.2.1.2. Teslim Edilen Eser Ayıplı Olmalıdır	65
3.1.2.1.2.1. Ayıp Kavramı ve Ayıbın Niteliği	65
3.1.2.1.2.1.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerde Eksiklik.....	66
3.1.2.1.2.1.2. Eserde Bulunması Gereken Lüzumlu Niteliklerde Eksiklik	67
3.1.2.1.2.2. Ayıbın Türleri	68
3.1.2.1.2.2.1. Açık Ayıp-Gizli Ayıp.....	68
3.1.2.1.2.2.2. Önemli ve Daha Az Önemli Ayıp.....	69

3.1.2.1.2.2.3. Maddi ve Hukuki Ayıp.....	70
3.1.2.1.2.2.4. Asli ve İkincil Ayıp.....	71
3.1.2.1.2.2.5. Ekonomik Ayıp	71
3.1.2.1.3. İş Sahibince Teslim Alınan Eserin Muayenesi Yapılmış Ve Eserde Belirlenen Ayıplar İhbar Edilmiş Olmalıdır.....	72
3.1.2.1.3.1. Genel Olarak.....	72
3.1.2.1.3.2. Muayenenin Yapılması.....	73
3.1.2.1.3.2.1. Muayenenin Hukuki Niteliği ve Önemi.	73
3.1.2.1.3.2.2. Muayene Yetkisi ve Muayene Yöntemi	74
3.1.2.1.3.2.3. Muayenenin Süresi.....	75
3.1.2.1.3.3. İhbarın Yapılması	75
3.1.2.1.3.3.1. İhbarın Hukuki Niteliği ve Önemi	76
3.1.2.1.3.3.2. İhbarın İçeriği	77
3.1.2.1.3.3.3. İhbarın Süresi, Şekli ve İspatı.....	78
3.2. İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Doğan Hakları.....	81
3.2.1. Genel Olarak.....	81
3.2.2. İş Sahibinin Seçimlik Hakları	82
3.2.2.1. Eseri Kabulden Kaçınmak (Dönme Hakkı).....	82
3.2.2.1.1. Eseri Kabulden Kaçınmak (Dönme) Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılmasının Sonuçları	83
3.2.2.1.2. Dönme Hakkının Kullanılmasının Şekli, Zamanı, İspatı ve Sonuçları.....	85

3.2.2.1.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanım Şekli	85
3.2.2.1.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanım Zamanı ve İspatı.....	86
3.2.2.1.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	87
3.2.2.1.3. Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Sebepler	88
3.2.2.2. Ücretin İndirilmesi	89
3.2.2.2.1. Ücret İndirimi Hakkının Hukuki Niteliği, Kullanım Şekli Ve Amacı.....	90
3.2.2.2.2. Ücret İndirimi Hakkının Özel Şartları	92
3.2.2.2.3. Ücret İndiriminde Değerlendirmenin Yapılacağı Zaman	92
3.2.2.2.4. Ücretten İndirilecek Tutarın Hesaplanması Tarzı....	93
3.2.2.3. Onarım Hakkı.....	93
3.2.2.3.1. Onarım Hakkının Hukuki Niteliği, Kullanım Biçimi ve İspatı.....	95
3.2.2.3.2. Onarım Borcunun İçeriği ve İfası Usulü	96
3.2.2.3.3. Onarım Hakkının Şartları	98
3.2.2.3.4. Yüklenicinin Onarım Borcunu İfada Temerrüdü ve Temerrüdün Sonuçları.....	99
3.2.2.3.5. Onarıma İlişkin İfa Davası ve Ayıpların Masrafı Yükleniciye Ait Olmak Üzere Giderilmesi	102
3.2.2.4. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararı Tazmin Ettirme Hakkı ..	104

3.2.2.4.1. Ayıp Sonucu Uğranılan Zarar Kavramı	104
3.2.2.4.2. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararın Kapsamı, Tazmin Şartları ve Tazmin Usulü	105
3.2.2.4.3. Tazminat Talebinde Kusur Şartı ve Kusurun İspatı	109
3.2.2.4.4. Zararın Hesaplanması Yöntemi ve Tazminata Esas Alınacak Tarih	111

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN SONA ERMESİ	114
4.1. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Bir Davranışından Kaynaklanması	114
4.1.1. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Doğması	115
4.1.2. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemeden Veya Arsadan Doğması	121
4.1.3. Diğer Sebepler	124
4.2. Ayıplı Eserin Herhangi Bir Çekinince (İhtirazi Kayıt) Konmadan İş Sahibince Kabul Edilmiş Olması	126
4.2.1. Açık Ayıplar Bakımından	126
4.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından	128
4.3. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması	129
4.3.1. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı	129
4.3.2. Zamanaşımı Süreleri	134
4.3.2.1. Borçlar Kanunu Bakımından	134
4.3.2.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından ...	138

4.3.2.3. Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi Bakımından	139
4.3.3. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıç Anı, Durması ve Kesilmesi.....	140
4.3.3.1. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıç Anı.....	140
4.3.3.2. Zamanaşımı Sürelerinin Durması ve Kesilmesi	144
4.3.3.3. Zamanaşımı Sürelerinin Sözleşme İle Değiştirilebilmesi	145
BEŞİNCİ BÖLÜM	
5. 6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ESER SÖZLEŞMESİ UYUŞMAZLIKLARINA UYGULANACAK ZAMANAŞIMI.....	148
5.1. Genel Olarak	148
5.2. Zamanaşımı Süreleri	149
5.2.1. Öğrenme Tarihinden Başlayarak İki Yıl, Teslim Tarihinden Başlayarak Yirmi Yıl Geçmekle Zamanaşımına Uğrayan Davalar	149
5.2.2. Ağır Kusur Dışındaki Diğer Tüm Durumlarda	150
5.3. Zamanaşımının Başlangıcı.....	151
5.2.1. Teslim Tarihini Başlangıç Kabul Eden Zamanaşımı	151
5.2.2. Öğrenme Tarihini Başlangıç Alan Zamanaşımı	152
SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA	155
EK	
ÖZGEÇMİŞ.....	158

KISALTMALAR

B.K.	: Borçlar Kanunu
E.	: Esas Numarası
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.U.M.K.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
M.K.	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
T.K.H.K.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
T.T.K.	: Türk Ticaret Kanunu
v.d.	: ve devamında
Yar.	: Yargıtay
Y.H.G.K.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.İ.G.Ş.	: Yapı İşleri Genel Şartnamesi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Borçlar Kanunundaki Düzenleme Şekli

Eser (istisna) Sözleşmesi 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddeleri arasında düzenlenmiş, iş görme borcu doğuran bir tür sözleşmedir.¹

Eser Sözleşmesi, Borçlar Kanunu 355. maddede yer alan tanıma göre; "İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."²

Borçlar Kanunu'ndaki bu tanımdan yola çıkılarak eser, yani kanundaki düzenlemesiyle eser sözleşmesi, iki taraf arasında yapılan, taraflardan birinin yüklenici (müteahhit) sıfatıyla bir eseri meydana getirmeyi, diğer taraf olan iş sahibinin ise bu meydana getirilen eser karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen, kural olarak hiç bir şekilde bağlı olmayan, rızai bir sözleşme türüdür.

¹ 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Eser Sözleşmesi 470-486. Maddeler arasında düzenlenmiştir.

² 6098 Sayılı Yeni B.K. m.470 "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."

Eser Sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir. Ancak diğer iş görme sözleşmeleri gibi devamlı bir borç ilişkisi meydana getirmemektedir.³ Eser sözleşmesi işin sonucunun meydana çıkmasına bağlıdır.

Eser sözleşmesinin konusunu bir şeyin imali ile sınırlandırmak doğru değildir. Eser sözleşmesinin konusu yalnızca bir şeyin imali değil, bir işin sonucunun meydana getirilmesidir, üretilmesidir. Bu sonuç bir eserin meydana getirilmesi olabileceği gibi ortadan kaldırılması, eklenti yapılması, tamiratı veya şeklinin değiştirilmesi şeklinde de olabilir.⁴

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sözleşmeye ad olarak verilmiş olan “istisna” kelimesi Arapçadan dilimize geçiş yapmış bir kelimedir. İstisna; sanat ve maharet emeği harcayarak bir şeyi meydana getirme anlamı taşır.⁵

Kanundaki tanımda geçen “şey” kelimesi ağırlıklı olarak maddi varlıkları ifade kullanıldığı için şey kelimesi yerine “eser” kelimesinin benimsenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca yine aynı tanımda “imal” kelimesi yerine de yalnızca imali kastetmeyen, meydana getirme veya ortaya koyma deyimlerinin kullanılması, “semen” kelimesi yerine “bedel” kelimesinin kullanılması daha yerinde olacaktır.⁶

Eser Sözleşmesinin B.K.’daki tanımında yüklenicinin eseri meydana getirme borcuna açıkça yer verilmesine karşın, meydana getirilen eserin

³ **ERMAN, H.**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 9

⁴ **TUNÇOMAĞ, K.**, Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1974, s.955

⁵ **BAYGIN, C.**, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999,s.3

⁶ **BAYGIN, C.**, İstisna sözleşmelerinde Ücret, s.4

teslim zorunluluğundan açıkça bahsedilmemiştir. Halbuki, yüklenicinin bir diğer asli borcu da meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim borcudur.

Eser (istisna) Sözleşmesini açıklayıcı bir tanım olarak şunu benimseyebiliriz; "Eser Sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında, yüklenicinin bir eser ortaya çıkarmayı ve teslim etmeyi üstlenmiş olduğu, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür."⁷

1.2. Eser Sözleşmesinin Tarafları

1.2.1. Yüklenici (Müteahhit)

B.K. 355. maddesinde yüklenici ya da farklı bir deyişle müteahhit; iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında bir şeyin imalini üstlenen taraf şeklinde tanımlanmıştır. Daha geniş bir ifadeyle yüklenici; eser sözleşmesinde, eserin imali işini yüklenen, ekonomik yönden bağımsız olan ve bu suretle bağımlı olarak bir işverenin işinde çalışmayan, bunun yanı sıra sonuç rizikosunu üzerinde taşıyan kişidir.⁸

Müteahhit kavramı günümüzde genellikle inşaat sözleşmesindeki yüklenici için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, eser sözleşmesi konusuna giren her üretim faaliyetinde işi yapma borcu altına giren kimselerin tümüne

⁷ **DAYINLARLI, K.**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1993, s.5

⁸ **UÇAR, A.**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003,s.24

yüklenici denilmektedir. Elbise diken terzi, su tesisatı döşeyen tesisatçı, ayakkabı tamir eden ayakkabıcı da bu anlamda birer yüklenicidir. Tezimizde müteahhit kavramına eş olan yüklenici sözcüğü kullanılmaktadır. Yüklenici genel olarak gerçek kişi olmasına rağmen, günümüzde sadece el emeğiyle iş yapan sanatkarlar değil, büyük sermayelerle kurulmuş üretici firmalar da birer yüklenicidir. Yüklenici gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bunların bir araya gelerek oluşturduğu iş ortaklığı veya ortak girişim şeklinde de olabilir.⁹

Yüklenici, B.K. 67.maddesinde belirtilen kuralın aksine, işin niteliğine göre, kendi kişisel özelliğine dayalı bir iş olmadığı hallerde imalini üstlendiği eseri bizzat kendisi yapmak veya kendi denetim ve gözetimi altında yaptırmak zorundadır.¹⁰ Bu konu da B.K. 356/II'de kurala bağlanmıştır.¹¹

Bir gemi inşası için kurulan eser sözleşmesinde, eserin imali için sözleşmeyi yapan yüklenicinin emeği, uzmanlığı tek başına yeterli olamaz. Yüklenici, eserin imali için başkalarından yardım alabilir. Hatta işin bir kısmının yapılmasında da alt yükleniciye dahi müracaat etmeye yetkili olmalıdır.

Yüklenicinin, işin tümünü ya da bir kısmını alt yükleniciye devretme yetkisi olup olmadığının belirlenmesi, B.K. 356/II'de yer alan kurallarla açıklanabilir. Buna göre eser başkası tarafından yapılabilecek türdence, yani yüklenicinin kişisel özelliklerine dayalı değilse yüklenicinin devir yetkisi vardır.

⁹ **DAYINLARLI, K.**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.23

¹⁰ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.83

¹¹ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.471/II "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir."

Eğer yüklenicinin kişisel özelliği nedeniyle sözleşme yapıldıysa, yüklenicinin devir yetkisi yok demektir.

İşin niteliği gereği devir yetkisi bulunan yüklenici işin tamamını veya bir kısmını alt yüklenicilere verebilir. Örneğin bir ev yapılması için anahtar teslim sözleşme yapıldığında, yüklenici kaba inşaatı bir alt yükleniciye, tesisatı başka bir alt yükleniciye verebilir. Ancak böyle bir durumda anahtar teslim sözleşmeyi yapan yüklenici, alt yüklenicilerin yaptığı işlerin tümünden iş sahibine karşı kendisi sorumludur.

1.2.2. İş Sahibi

Eser sözleşmesi taraflarından biri olan iş sahibi kapsamına, sözleşmeye konu olan eserin meydana getirilmesinde ve bu nedenle yüklenici tarafından imal edilen eseri teslim almada menfaati olan, bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenen gerçek veya tüzel kişiler girmektedir. Bu kapsamda eseri sipariş eden kimse Borçlar Kanunu'na göre iş sahibi olarak kabul edilmektedir.

İş sahibinin tanımına göre, kat karşılığında arsasını müteahhide (yükleniciye) teslim eden, dışçıye protez, ressama portresini yaptıran kişi iş sahibidir.¹²

Ayrıca eserin bir kısmının imali için başka bir kimseye, yani alt yükleniciye işi veren asıl yüklenici de alt yüklenici karşısında iş sahibidir.

¹² UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu s.28

Dolayısıyla Borçlar Kanununa göre eser sözleşmesinde iş sahibi, bir bedel ödeme borcu altına girerek bir eser üretilmesini isteyen kimsedir.¹³

Eser sözleşmesine konu olan eserin mahiyetine göre, iş sahibi gerçek kişinin yanı sıra kamu veya özel sektör tüzel kişisi de olabilmektedir.

1.3. Eser Sözleşmesinin Unsurları

1.3.1. Bir Eseri Meydana Getirme

Eser sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için öncelikle ortada bir eserin bulunması gereklidir. Doktrin eser kavramını en geniş tutan görüşü benimsemiştir. Bu görüş, insan emeği sonucu olup bir bütünü oluşturan ve ekonomik değere sahip her hukuki varlığı, maddi nitelikte olup olmamasına bakılmaksızın eser kabul etmektedir. Sözleşmeye özelliğini veren, taahhüt edilen iş sonucunun maddi olması değil, bir karşılık için belirli bir iş sonucunun bütün olarak meydana getirilmesidir.¹⁴

Sözleşmenin temelini eserin meydana gelişi oluşturmaktadır. Eser sözleşmesinde meydana getirme unsuru, yüklenicinin sözleşmeyle amaçlanan sonucu ortaya çıkarmak için yaptığı ve belirlenmiş bir sürece yayılmış faaliyetlerini, belirli bir çalışma sonucunu ifade eder.¹⁵

¹³ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.28

¹⁴ ERMAN, H., Beklenilmeyen Haller s.14

¹⁵ TUNÇOMAĞ, K., II.Cilt s.497

Eser sözleşmesinde meydana getirme kavramı, yeni bir şeyi ortaya çıkarma kavramından çok daha geniş bir anlam taşımakla birlikte bir şeyi değiştirme, onarma, yeni bir şeyler ekleme, temizleme hatta yok etme şeklindeki faaliyetleri de içermektedir.¹⁶ Bu bakımdan evin boya badana işleri, kuru temizlemeye elbise verilmesi, arabanın tamir işleri de eser sözleşmesine örnektir.

1.3.2. Ücret

Eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciden meydana getirmesini istediği eser karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt etmesi, bu sözleşmenin asli unsurlarındandır. Bu sözleşme türü, niteliği itibarıyla iki tarafa borç yüklemektedir. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcuna karşılık olarak, iş sahibi ücret ödeme borcu altına girer.

Üretilen eser karşılığında, ücret ödenmesi konusunda, taraflar açıkça veya zımni olarak anlaşabilirler. Eğer eserin imali, hal ve şartlara göre sadece ücret karşılığında söz konusu olacak ise, ücretin ödenmesi konusu zımnen kararlaştırılmış sayılır. Özellikle, karşılığında bir ücret ödenmesi alışılmış eserler için ücret ödeneceği konusunda zımnen anlaşıldığı, fiili karene olarak kabul edilmelidir.¹⁷ Ücretin zımnen ya da açıkça anlaşılabilir olması eserin mahiyeti dikkate alınarak belirlenebilmektedir.

¹⁶ **ALTAŞ, H.**, Eserin Teslimden Önce telef Olması, Ankara 2002,s. 45

¹⁷ **TANDOĞAN, H.**, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırılması, İmren ÖKTEM'e Armağan, Ankara 1970, s. 24

Eser sözleşmesinde iş sahibinin, ücret ödeme borcu kural olarak, para şeklinde ödenmesi olmalıdır. Esere karşılık eser verilmesi söz konusu olduğu hallerde trampa sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir. Eserin ücret karşılığı olmadan imal edilmesi ise, doktrinde bu durumun vekalet sözleşmesi olarak mı, eser sözleşmesi benzeri bir karma sözleşme olarak mı değerlendirileceği hususunda tartışmaya yol açmıştır.

Eser sözleşmesinde bir ücret ödeneceğinin taahhüt edilmesi yeterli olmakla birlikte, ödenecek ücretin miktarının sözleşme yapılırken belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına gerek duyulmamaktadır. İmal edilecek eser karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmış ancak, ücretin miktarı sözleşmede belirlenmemiş olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır, fakat sözleşmede bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk bir yedek hukuk kuralı olan B.K. 366. madde ile hâkim tarafından doldurulmaktadır.¹⁸ B.K. 366.maddeye göre “evvelce kararlaştırılmamış bedel yapılan şeyin (işin) kıymetine ve müteahhidin masraflarına göre tayin edilir”.¹⁹

Belirtmek gerekir ki, sözleşme yapma aşamasında bulunan iki taraf da ücretin miktarında anlaşmaya varamamışsa ve ücret takdirinin daha sonraya bırakılmasına da karar verilmemişse, bu durumda, B.K. 366. maddesinin uygulama alanı bulunmaz.²⁰

Eser sözleşmesinde ücretin, bütün eser için tek bir rakam olarak veya parça başına, saat başına, ağırlığa göre birim fiyatlar dikkate alınarak

¹⁸ **BAYGIN, C.**, İstisna Sözleşmelerinde Ücret s.15

¹⁹ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.481 “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.”

²⁰ **OĞUZMAN M.K. / ÖZ T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.64

belirlenmesi mümkündür. Ücretin farklı kıstaslar göz önünde tutularak hesaplanması sözleşmeye, eser sözleşmesi niteliğini kaybettirmemektedir.

Eser sözleşmesinde taraflar, yüklenici tarafından borçlanılan eseri önceden tam olarak belirlenmiş para tutarı karşılığında bir bütün olarak meydana getirmek ve teslim etmek zorunluluğu konusunda anlaşmışlarsa, bu durumda götürü ücret söz konusudur.²¹

Eğer sözleşme tarafları, ilgili her pahalılışmada ücretin yeni duruma uydurulmasını ve böylece götürü ücretin kesin fiyat karakterlerini sözleşmeye uygun olarak değiştirmeyi kararlaştırırlarsa bu durumda global götürü ücret söz konusu olur.²²

Yüklenicinin işi toptan götürü ücret veya pahalılık kaydı içeren bir global ücret karşılığında taahhüt etmesi, kesin üstlenmenin tek uygulama şekli değildir. Daha ziyade büyük yapı ve bayındırlık işlerinde, yüklenici, eserin icrasını önceden sözleşmenin kurulduğu esnada tam olarak belirlenmiş birim fiyatlar karşılığı yükümlenebilir. Ücretin bu şekilde tespit edilmesi, eser yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, kesin ücretle belirlenmesidir.

Ücretin birim fiyatlar üzerinden hesaplanmasında, sonradan masraflar ve işin değerine göre bir değişiklik yapılmadığından, ücretin götürü ücret olarak tespiti söz konusu olur. Büyük yapı işlerinde, işin çeşitli bölümleri için ayrıntılı olarak verilen birim fiyatlara göre eserin toplam ücreti de önceden tespit edilebilmektedir. Bu tespitle ortaya çıkan birim fiyatların, toplam ücreti belirli bir orana kadar aşan işler için de aynen uygulanacağı kabul görmektedir. Böylece sözleşmede belirlenmeyen ek işlerin bedellerinin de

²¹ **BAYGIN, C.**, İstisna Sözleşmelerinde Ücret s.30

²² **BAYGIN, C.**, İstisna Sözleşmelerinde Ücret s.33

başlangıçta tespit edilmiş olan birim fiyatlar üzerinden belirleneceği kararlaştırılmaktadır.²³

1.3.3. Taraflar Arasında Anlaşma

Eser sözleşmesi, karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşme türüdür. Bu nedenle, eser sözleşmesinin kuruluşunda, yüklenici ve iş sahibinin anlaşması gerekmektedir. Kural olarak, bu anlaşmanın geçerliliğinden söz edebilmek için belli bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. Yüklenici ve iş sahibi karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını açığa vurduklarında eser sözleşmesi tamamlanmış olur.²⁴

Eser sözleşmesi, açık veya örtülü icap ve kabul üzerine kurulur. Yüklenicinin eseri teslim borcu ile iş sahibinin ücret ödeme borcu eser sözleşmesinin kendiliğinden ortaya çıkan sonuçlarıdır.

Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme türüdür. Sözleşme ile iş sahibi ücret ödemeyi, buna karşılık olarak da yüklenici bir eser meydana getirerek bunu iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Eserin ivazsız olarak meydana getirilmesi ya da başka bir edim karşılığında meydana getirilmesi halinde, eser sözleşmesinden söz edilememektedir.

²³ **TANDOĞAN, H.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1988,s. 234

²⁴ **DAYINLARLI, K.**, Temerrüdün Hüküm ve Sonuçları s.22

1.4. Eser Sözleşmesinde Şekil

B.K. m. 11/I uyarınca, “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir.”²⁵

B.K. m. 11/II uyarınca, “Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.”

B.K. 11. maddedeki genel kural uyarınca sözleşmeler hiçbir şekle tabi olmayıp, örtülü irade beyanı ile dahi kurulabilmektedir. Eğer kanun, taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin ya da kamunun menfaatini korumayı amaç edinmişse, şekil zorunluluğu getirebilir. Şekil zorunluluğu kanunla veya taraf iradeleri ile öngörülebilir.

B.K.’daki şekil serbestîsinin aksine, kanun, herhangi bir sözleşme için şekil şartı öngörmüş ise, bu şekil geçerlilik şartıdır.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu m. 12 uyarınca sözleşmede şekil, kesin olarak geçerlilik şartı kabul edilmektedir.

Kanunda belli bir şekle uyulmasına ilişkin hüküm varsa bu hüküm emredici nitelikte olduğundan, sözleşmenin şekil şartı nedeniyle geçerli olup olmadığını hakim kendiliğinden dikkate almalıdır.²⁶

²⁵ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.12 “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.

²⁶ **KARATAŞ ,İ.**, Eser Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.28

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekiller, yazılı ve resmi şekil olarak iki grupta toplanmıştır. Kefalet sözleşmesinde yazılı şekil aranırken, taşınmaz satımı resmi şekle bağlıdır.

Eser sözleşmesi için kanunun özel bir şekil şartı bulunmadığından, eser sözleşmesi de B.K. 11. maddesindeki genel kurala bağlıdır. Eser sözleşmesinde hiçbir şekil zorunluluğu bulunmaktadır.²⁷

H.U.M.K. m. 288. uyarınca “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamandaki miktar ve değerleri belli bir meblağı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.” Bu kural ile B.K.’da ispat şartı olarak şekle ilişkin bir düzenleme yoksa da, H.U.M.K. m. 288. maddesi ile sözleşmelerde yazılı şeklin ispat şartı olduğu ve bu nedenle ispat açısından sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasında hukuki yarar bulunduğu belirtilmiştir.

“Yüklenici kalan iş bedeli yönünden, eser sahibi de ayıplı imalat bedeli yönünden karşılıklı dava açmışlardır. Her ne kadar ortada yazılı sözleşme yoksa da, yüklenicinin teklifi reddedilmeyip işin yapımına rıza gösterildiğine göre aradaki anlaşma da geçerlidir.”²⁸

Şeklindeki karar, sözleşme ve kanunda aksine hüküm bulunmadığı sürece, eser sözleşmesinde geçerliliğin hiçbir şekil şartına bağlı bulunmadığına ilişkindir.²⁹

²⁷ **ARDIÇ, O. / ERSOY, E.**, Borçlar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.176

²⁸ Yar. 15.HD. 12.12.2005 Ta. 2005/7466-6769 Sa.- YKD. 2006/5, s. 773

²⁹ **AYDEMİR, E.**, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.143

Borçlar Hukuku sözleşmelerinde, genel olarak, emredici şekil kurallarına uyulmamasına rağmen, tarafların sözleşmenin yükümlülüklerini yerine getirmeleri veya sözleşmeye uygun kısmi edimleri, hukuki sonuç doğurmaktadır.³⁰

1.5. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Farkı

1.5.1. Satış Sözleşmesinden Farkı

Satış sözleşmesinde; bir bedel karşılığında teslimi taahhüt edilen şey, sözleşme yapıldığı anda mevcuttur. Eser sözleşmesinde ise, teslimi taahhüt edilen şey sözleşme yapıldığı anda mevcut değildir. Eser sözleşmesi ile teslimi taahhüt edilen şey yükleniciye ısmarlanmaktadır. Bunun yanı sıra eser sözleşmesinden farklı olarak satış sözleşmesinde, sözleşme konusu şeyin alıcının sağlayacağı malzeme ile meydana getirilmesi söz konusu değildir.

Teslim edilecek şeyin monte edilmesi söz konusu ise; emek unsurunun ağır bastığı hallerde eser, malzeme unsurunun ağır bastığı hallerde satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir.³¹ Ancak monte etme işlemi satışa bağlı bir yan edim olmaktan çıkıp satılan şeye eşdeğer bir edim halini alacak kadar emek unsuru içeriyorsa “satış+eser” olarak belirlenebilecek bir karma sözleşme ortaya çıkmaktadır. Örneğin montajının

³⁰ **ÖZYÖRÜK, S.**, İnşaat Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988, s.5

³¹ **TANDOĞAN, H.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt II, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987

çok fazla emekle gerekleŖtiđi prefabrik yapılarda bu karma sözleşmeden söz edilmektedir.

1.5.2. Hizmet Sözleşmesinden Farkı

Hizmet Sözleşmesinin 3 ana unsuru vardır. Bunlar sırasıyla; hizmet unsuru, ücret unsuru ve bağlılık unsurudur. Hizmet sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayrıldığı unsur bağlılık unsurudur. Yüklenici verilen işi yerine getirirken asıl işverenin çalışma koşullarına uymakla mükellef değildir. Hizmet sözleşmesinde işin yürütümü ve yönetimi işverene ait olduğu halde, eser sözleşmesi ile arasında bağlantı bulunan yüklenicinin tek sorumluluğu üstlendiği işi bitirmektir. Eser sözleşmesinde sürenin değil işin sonucunun önemi bulunmaktadır. İşin tamamlanması ile ücrete hak kazanılır. Ancak hizmet sözleşmesinde işçi işi yapmasa yalnızca yapmak için hazır bulunsa dahi ücrete hak kazanır.³²

Örnek olarak; bir kâğıt fabrikasının elektrik jeneratörünün yapımı veya onarımı için bir kişi ile sözleşme yapılması halinde, söz konusu kişi ile yapılan sözleşme hizmet sözleşmesi değil, bir istisna sözleşmesi niteliğini arz edecektir.

³² **BERKİ, Ŗ.**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s.143

1.5.3. Vekâlet Sözleşmesinden Farkı

Vekâlet, sözlük anlamı ile başkasının işini görmek için yetkili kılınmanın bir ifadesi olup vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanunu 86. maddede şu şekilde tarif edilmiştir: “Vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan (yüklenen) işin iradesini veya tekabül eylediği (kabullendiği) hizmetin ifasını iltizam eyler.” Madde metnindeki ‘kendisine tahmil olunan’ deyimiyile vekilin üzerine aldığı işi başkasının menfaatine yapacağı anlatılmaktadır. Ayrıca, ‘işin iradesi’ ve ‘hizmetin ifası’ kavramları ile de vekâletin ‘bir iş görme’ faaliyeti olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde vekil, yalnızca bir işi idare etmeyi değil, müvekkile bazı hizmetlerin yapılmasını da taahhüt edebilir.

Vekâlet ve eser sözleşmeleri, konusu ve yapılan işin niteliği bakımından birbirinden oldukça farklı olan iki ayrı iş görme sözleşmeleridir. Eser sözleşmesinin konusunu sonuç taahhüt edilerek belli bir eserin imali, ortaya çıkarılması faaliyeti oluşturur. Oysa vekâlet sözleşmesinde bir işin sonucu taahhüt edilmeksizin vekilin belli bir yönde (bir hizmetin görülmesi vaadi yönünde), iyi niyetli, özen ve sadakatle çalışması söz konusudur. Dolayısıyla eser sözleşmesinde sonuç, vekâlet sözleşmesinde ise sonuçtan ziyade hizmet, emek unsuru önem taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, eser sözleşmesinin konusu daha özel, vekâletin konusu ise eser sözleşmesine nazaran daha genel bir mahiyettedir.³³

³³ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu s.65 v.d.

1.5.4. Yayın Sözleşmesinden Farkı

Yayın (neşir) Sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 372. maddesinde; "neşir mukavelesi bir akittir ki, onunla edebi ve sınaî bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeyi taahhüt ve naşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder" şeklinde tanımlanmıştır.³⁴ Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, yayın sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olup bu yönü itibariyle de eser sözleşmesiyle benzer bir sözleşmedir. Ancak bu benzerliğe rağmen her iki sözleşmede de tarafların hak ve yükümlülükleri Borçlar Kanunu'nda farklı şekilde düzenlenmiştir.

İlk olarak, yayın sözleşmesinde yayınlayan, sözleşme ile bir eserin basılması yanında o eserin sürümünü sağlamak yükümlülüğünü de üzerine almaktadır. Buna karşılık eser sözleşmesinde bu ikinci hüküm yani imal edilen eserin sürümünün sağlanması yükümlülüğü söz konusu değildir. Keza, yayın sözleşmesinde yayınlatan, iş sahibi gibi karşı tarafa ücret ödemeyip, sözleşmenin karşı tarafına bir hak devretmektedir.

Eser sözleşmesinde, tek yanlı olarak, yani eseri imal eden yükleniciye ayıba karşı tekeffül borcu yüklenmiştir. Oysa, yayın sözleşmesini düzenleyen tüm hükümler göz önünde tutulduğunda, eser sözleşmesinde tek yanlı olarak düzenlenen bu borcun, yayın sözleşmesinde her iki taraf için de, yani hem yayınlayan hem de yayınlatan bakımından söz konusu olacağı düşünülebilir.³⁵

³⁴ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.487 "Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir."

³⁵ **UÇAR,A.**, Ayıba Karşı Tekeffül Borcu s.62

İKİNCİ BÖLÜM

2. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLARI

2.1. Eser Meydana Getirme Borcu

Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenici, belli bir sonucu meydana çıkararak onu iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin “eseri meydana getirme borcu” dayanağını Borçlar Kanunu m. 355’ten alır.¹ Anılan hükme göre; “istisna bir akittir ki onunla bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (iş sahibinin) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. Yasada –şey- olarak ifade edilen “eser”dir. Eser bir şey imali suretiyle veya imal edilen bir şeyin değiştirilip düzeltilmesiyle ya da fikri bir çalışma yoluyla ortaya çıkar. Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek yüklenicinin ana borcudur.

Bir sözleşmede edimin yerine getirildiğinden söz edebilmek için borçlanılan eda ile (eseri meydana getirme borcu) fiilen yerine getirilenin sadece söze bakılarak değil, amacı itibarıyla birbirine uyması gerekir. Sözleşmede beklenen gayeye ulaşılamaması ya da bu gayenin tehlikeye düşmesi hallerinde edanın (eserin) varlığından söz edilemez.

¹ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.470 “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

2.1.1. İŖi Bizzat İfa Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu

Kanunun yükleniciye tanıdığı hak ve borçlar, iş sözleşmesinde işçiye tanınan hak ve borçlar ile bir benzerlik göstermektedir.²

Borçlar Kanunu m. 356/II'ye göre, "Müteahhit (yüklenici), imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir."

Borçlar Kanunu 67. maddede kural olarak, borçlu şahsen ifada bulunmak zorunda olmadığı halde, Borçlar Kanunu m.356/II'de yüklenicinin eser meydana getirme borcunun şahsi nitelikte olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Yüklenicinin işi bizzat ifa yükümlülüğü, mutlaka işi kendisi yapması gerektiği anlamı taşımamaktadır. Yüklenicinin kontrolü altında bulunan yardımcılara işi yaptırması da genellikle şahsen ifa sayılmaktadır. Ancak ortaya çıkacak eser, sanat eserlerinde olduğu gibi, yüklenicinin bedeni ve fikri kişisel yeteneklerinden, başka bir kimse onun kontrolünde olsa dahi aynı eseri ortaya çıkaramayacak kadar etkileniyorsa işin bizzat yüklenici tarafından yapılması zorunluluktur. Ünlü bir heykeltıraş ile yapılan eser sözleşmesinde heykeli yüklenici olan heykeltıraş değil de yardımcısı yaparsa işin kabulünün tehlikeye girmesi durumu da buna örnektir. Buna benzer istisnai durumlar dışında işin, yüklenicinin gözetimi altında yardımcı kimselere yaptırılması kabul görmektedir.³

² **BİLGE, N.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 1971, s.249

³ **YAVUZ, C.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, İstanbul 1997, s.470

Eserin niteliğine göre yüklenicinin bizzat ifa zorunluluğu olmayan durumlarda, yüklenici, kendi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile işin tamamını veya bazı bölümlerini alt yükleniciye yaptırabilir. Alt yüklenici kural olarak, asıl yüklenicinin idaresine bağlı olmadan çalışan bağımsız bir ifa yardımcısıdır. Bu durumda iş sahibi ile alt yüklenici arasında akdi bir ilişki bulunmadığı için, iş sahibinin alt yükleniciye karşı ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Alt yüklenici, ücret alacağını ancak kendisine karşı iş sahibi konumunda bulunan asıl yükleniciye yönelik olarak ileri sürebilir. Bu duruma istisna olarak, eğer, asıl iş sahibi, ilk yüklenicinin alt yükleniciye olan ücret borcundan müteselsilen sorumlu tutulmayı kabul etmiş veya ücret borcunun ödeneceği hususunda alt yükleniciye karşı bir garanti ya da kefalet vermişse, alt yüklenici ücret alacağı için asıl yüklenicinin ödeme yapmaması durumunda, doğrudan asıl iş sahibine de başvurabilir.⁴

Yüklenicinin eseri kendisinin yapma borcu, kural olarak onun eseri meydana çıkartırken yardımcı kişilere başvurmasına engel değildir. Hatta bugünün teknik ve ekonomik koşulları böyle bir iş bölümünü zorunlu kılmaktadır. Yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını başkalarına yaptırma yetkisi, sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmede aksine hüküm olsa bile sonradan iş sahibinin rızasıyla mümkün hale gelebilir ya da işinin niteliğinin bir başkasına yaptırılmasının elverişli olması olgusundan doğar.⁵

Yüklenicinin işi kendi yönetimi altında yaptırma borcu özellikle şu hususları içerir:

- Yüklenilen eser yapım işinin maddi bakımdan ve personel bakımından amaca elverişli biçimde düzenlenmesi,

⁴ **BAYGIN, C.**, İstisna Sözleşmesinde Ücret s. 22

⁵ **KARATAŞ, İ.**, Eser Sözleşmeleri s.85

- Gerekli çalışma araçlarının sağlanması,
- İşin ifasının bu işi yapabilecek güçte yardımcı şahıslar arasında bölünmesi, gerekiyorsa mevcut yardımcı şahısların yenileriyle güçlendirilmesi,
- Yardımcı şahıslara gerekli talimatın verilmesi ve kendilerinin gözetim altında bulundurulması,
- İşin gerektirdiği güvenlik önlemlerinin alınması, uyarıcı levhaların konulması.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yüklenicinin eseri meydana getirirken yardımcı kişilere başvurması özellikle nitelikli işlerde bir zorunluluktur.

Yüklenici, eserin imalini kendi yönetimi altındakilerle birlikte gerçekleştirdiği ve sözleşmenin de bu yönde olması halinde, bu hususu gereği gibi yerine getirmese, B.K. 96. madde⁶ anlamında illi zarar karşılığı tazminat borçluluğu olacaktır.⁷

⁶ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

⁷ **GÜLEÇ, Ş.**, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 34

2.1.2. Eserin Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Araç-Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu

Borçlar Kanunu m. 356/III'e göre; "Hilafına adet veya mukavele olmadıkça, müteahhit, imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alet ve edevatı kendi masrafıyla tedarik etmeğe mecburdur."⁸ Bu hükme göre başka türlü bir adet veya sözleşme olmadıkça işin yapılması için gereken araç ve gereçleri sağlamak ve bunların bakım, koruma ve işletme masraflarını karşılamak yükleniciye aittir. Araç ve gereçler, tamamlanan eserin tesliminden sonra eserden ayrılabilen ve çoğu kez yüklenici tarafından işin sonunda alıp götürülebilen şeylerdir. Örneğin bir inşaatta kullanılan makine parkı, beton kalıplar, yedek parçalar, jeneratörler araç ve gereç kavramına girmektedir.

Malzeme, eserin meydana getirilmesi için yüklenicinin kullanmak zorunda olduğu maddi şeydir. Kullanılacak malzemenin niteliği ve çeşitleri ortaya çıkacak esere göre değişir. Malzeme, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan ve eserin bünyesine dâhil olup daimi olarak onun içinde kalan maddelerdir. Borçlar Kanunu, eser sözleşmesinde araç ve gereçlerin aksine malzemenin hangi tarafça temin edileceği konusunu açıkça düzenlememiştir. B.K. m. 357/I'in ifadesinden ve m. 356/II'ün zıt anlamından, anlaşmada aksine bir hüküm bulunmaması halinde, malzeme temin etme borcunun kural olarak iş sahibine ait olduğu söylenebilir. Tereddüt halinde yüklenicinin malzeme sağlama borcu reddedilmelidir.

⁸ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.471 "Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır."

Eserin yapımında kullanılacak malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa “olağan istisna sözleşmesi” söz konusu olur. Malzemelerin iş sahibi tarafından temin edilmesi durumunda, yüklenici onları özenle kullanmak, malzemeler hakkında hesap vermek ve iş sonunda, kalan malzemeyi iade etmekle mükelleftir (B.K. m. 357/II – Yeni B.K. m. 472/II). Bununla birlikte, eğer malzeme sağlama borcu da yüklenici tarafından üstlenilmişse artık ortada bir “eser teslim sözleşmesi” vardır ve böyle bir durumda yüklenici iyi cinsten malzeme sağlamak zorundadır. Yüklenici, sağlamış olduğu malzemenin ayıplı olmasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve satıcı gibi mükelleftir (B.K. m.357/I).

Hizmet sözleşmesinde ise bu kuralın aksine, “hilafına mukavele veya adet yoksa”, çalışma araç ve gereçlerini işveren sağlamaktadır. (B.K. 331/I – Yeni B.K m.413/I)⁹

Yüklenicinin üzerinde bina yapılacak olan arsayı da sağlaması halinde, arsa malzeme kavramına girmez. Bu durumda eser sözleşmesiyle birlikte taşınmaz satımı da söz konusudur ve arsada bulunan ayıplar için taşınmaz satımına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.¹⁰

⁹ **HATEMİ, H. / SEROZAN, R. / ARPACI, A.**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 355

¹⁰ **YAVUZ, C.**, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 280

2.1.3. İşin İfasında Özen Gösterme ve Sadakat Borcu

B.K. m. 356/l'e göre, yüklenici genel olarak işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özenin aynısını göstermekle mükelleftir. Ancak burada yüklenicinin iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması ve mesleki açıdan uzman olması, ayrıca iş sahibinden talimat alma hususunda işçiye göre çok daha bağımsız olması, yükleniciden beklenen özenin ölçüsünü, işçinin göstermesi gerekenden daha da fazla ve ağır hale getirmektedir. Yüklenicinin göstermekte olduğu bu özene "objektif özen" adı verilmektedir.

Özen borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen yüklenici, B.K. m. 96 v.d. hükümleri çerçevesinde iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararları tazminle yükümlüdür. Ayrıca, özen borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle eserin ayıplı olacağı veya sözleşmede yer alan şartlara aykırı şekilde tamamlanacağı kesinlikle tahmin edilebiliyorsa iş sahibi yükleniciye sözleşmeye uygun hareket etmesi için uygun bir süre verebilir. Yüklenici verilen bu süre içinde gerekeni yapmazsa veya yükleniciye yararsız olacağı için hiç süre verilmemişse, iş sahibi masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi bir başkasında yaptırabilir veya sözleşmeyi feshedebilir. (B.K. m. 358/II – Yeni B.K. m. 473/II)

Hakim fikre göre, kanunda özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, yüklenicinin sadakat yükümü de B.K. m.356/l'e öngörülen özen yükümünde ifadesini bulur.(Yeni B.K. m. 471) Bu anlamda yüklenici, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgi ve

kararları, iş planlarını, buluşları üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan kaçınmalıdır.¹¹

Yargıtay da,

“Taraflar arasındaki davanın, Ankara On Dokuzuncu Asliye Hukuk Hakimliğince görülerek mahkeme ilamında belirtilen gerekçelere binaen verilen 12.11.1991 tarih ve 21-386 sayılı hükmün temyizden tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Davalı Ordu Belediyesi’ne ait CAT 950/B iş makinesinin genel bakım ve onarımının çevrede randıman alınacak şekilde yapılamadığı için Belediye Encümenince davacıya ait Ankara’daki serviste yapılmasına 7.6.1990 gün ve 1134 sayıyla karar verilmiş, araç bu karar gereğince davacıya teslim edilmiş, 3.8.1990 tarihinde onarım tamamlanmış, davalı İdarece teslim alınan araç 30 saat çalıştıktan sonra bu kez krank kolunu kesmiştir. Bu hususta yanlar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Davacı yüklenici; 12.908.390 TL. parça, 5.763.890 TL. işçilik ücreti olmak üzere toplam 18.672.280 TL.nin tahsilini dava etmiştir. Davalı taraf onarımı müteakip kısa çalışmadan sonra krank kolu kesmesinin servis hatasından doğduğunu, yedek parçaların ise kendilerince temin edildiğini bildirip davanın reddini istemiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporuna bağlı kalınarak, işçilik bakımından davacının % 50 kusurlu olduğundan bahisle neticeten 15.622.280 TL.’nin tahsiline, fazla istemin reddine karar verilmiş, bu karar davalı belediye vekilince temyiz edilmiştir.

¹¹ **BAYGIN, C.**, İstisna Sözleşmesinde Ücret s. 25

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, özellikle akdin icra yeri itibariyle davada Ankara Mahkemesi yetkili olduğuna göre, aşağıdaki bentlerin dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı yana bir nüshası tevdi edilen Belediye Encümen kararında aracın genel olarak onarımı öngörülmüştür. Civar illerde yapılan onarımlardan sağlıklı sonuç alınamadığı için aracın Ankara'ya nakli göze alınmış, kısa sürede yeni arızalarla karşılaşılmayacak biçimde bakım ve onarımı amaç edinilmiştir. İşin ehli ve tacir olduğundan basiretli davranmaya mecbur olan davacı tarafça iş emrinde yer almadığı halde gerekli görülerek segman ile ana ve kol yataklarının dahi değiştirildiği bilirkişi raporuyla saptanmıştır. Bu nedenle, daha önce hatalı taşlanmış krank kolunun inceleme ve kontrol dışı bırakılmasıyla davacının kusurlu olduğuna dair bilirkişi mütalaası yerindedir. Ancak, rapordaki kusur oranı hakim için bağlayıcı değildir. Yüklenici olarak, krankın o haliyle kaldığı sürece yapılan onarımdan beklenen yararın sağlanamayacağını davacı, iş sahibine bildirmekle yükümlüdür (B.K. md. 357). Genelde özen borcu da bunu gerektirir (B.K. md. 356/ilk). Niteliği itibariyle özen borcu (davranış borcu) çok kez önceden belirlenemez, olayımızda olduğu gibi ortaya çıktıkça, ihlal edildikçe somutluk kazanır. Bu borç dürüstlük kuralından kaynaklanır. B.K. nun 96. maddesinde yer alan sorumluluğun özel bir şeklidir. Kanun koyucu sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla eser sözleşmesinde özen borcuna ne denli önem verdiğini göstermiştir. Öğreti ve uygulamada da yüklenicinin özen borcunun - işin ehli ve tacir olmakla - işçinin işverene karşı olan özen borcundan daha ağır takdirinin uygun olacağı görüşü egemendir (B.K. md. 356, 325; Prof. Dr. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.2, 2.B, S. 38 vd.; M.T. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 91; Y. 15. H.D., T. 21.5.1973, E. 319, K. 167; T. 24.1.1991, E. 2793, K. 148...). Onarımdan en

iyi sonucun elde edilmesi için iş sahibinin aracı Ordu'dan Ankara'ya göndermesi karşısında, yüklenicinin beklenen özeni göstermemesiyle amaca erişilememiş olduğundan olayda kusurun tamamının davacıda olduğunu kabul etmek gerekirken, teknik bilirkişilerin tespit ettiği -teknik-maddi olgu yanında tayin ve takdiri hakime ait kusur oranına dair düşüncenin de aynen benimsenmesi doğru olmamıştır.

3- Davalı taraf cevabında parça bedellerinin kendilerince ödendiğini ileri sürmüştür. Belediye Encümeni'nin 8.11.1990 gün ve 2140 sayılı kararında da parçaların Belediyece temin edildiği belirtilmiştir. Dava dışı T... Firması'ndan doğrudan Belediye Başkanlığı adına tanzim edilmiş fatura örnekleri dosyaya davacı tarafça ibraz edilmiştir. Davada talep edilen parça bedeli ile cevap layihasında ödendiği ileri sürülen parça bedeli farklıdır. Tüm bunlar üzerinde mahkemece durulmadan istem gibi parça bedeline hükmedilmiştir. Oysa resmi müessese olan davalı Belediyeden ödemeye dair kayıt ve belgelerin istenilmesi, davacı taraftan varsa imzalı belgelerine karşı diyeceğinin sorulması, parça bedelleri Belediyece doğrudan faturayı tanzim eden firmaya ödenmiş ise parçaların davacıya tesliminin araştırılması, gerekirse konusuna göre bilirkişiden de mütalaa alınarak hükme varılması gerekirken, noksan incelemeye yazılı şekilde karar verilmiş olması da hatalıdır.

Sonuç : Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle sair temyiz itirazlarının reddine, iki ve üçüncü bentlerde yazılı nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına (BOZULMASINA), istek halinde ödediği temyiz peşin harcının temyiz eden davalıya geri verilmesine, 29.1.1993 gününde oybirliğiyle karar verildi.”¹²

¹² Yar. 15. HD. 29.01.1993 T. E. 1992/1992, K. 1993/143 sayılı kararı.

Şeklinde tesis etmiş olduğu karar ile özen borcunun önemine dair atıfta bulunmuştur.

2.1.4. Yüklenicinin Genel İhbar Borcu

Yüklenici, akdin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye sokan her durumu iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur. Genel ihbar yükümlülüğünün ihlali sonuçlarını iş sahibi üzerinde göstereceğinden ihbar borcunu yerine getirmeyen yüklenici iş sahibinin zararından Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca sorumludur.

B.K. m.357/III'e göre, "işin ifası sırasında iş sahibinin verdiği malzemelerin veya arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye sokan diğer bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici iş sahibini bundan derhal haberdar etmekle sorumludur." ¹³ Örneğin verilen arsanın sağlam zeminli olmaması, iş sahibi tarafından teslim edilen kum, çakıl veya betonun kalitesiz olması gibi durumlarda yüklenici haberdar etmek zorundadır. Aksi takdirde, B.K. m.357/III'ün açık hükmüne göre, yüklenici bu olayların meydana getirdiği olumsuz sonuçlardan sorumlu olur.

¹³ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 472/III "Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."

2.1.5. İşe Zamanında Başlama Ve Devam Etme Borcu

Sözleşme uyarınca işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun gereğidir. İşe ne zaman başlanacağı ve tamamlanan eserin ne zaman teslim edileceği taraflarca belirlenir. Ancak taraflarca yüklenicinin işe başlama tarihi belirlenmediğinde, işe başlama tarihi makul bir süre olarak yorumlanmalı, bu durum yükleniciye dilediğince süre tanındığı anlamına gelmemelidir.

B.K. m. 358/l'e göre, yüklenici eseri meydana getirme faaliyetine zamanında başlamaz veya sözleşme koşullarına aykırı olarak bu faaliyetini geciktirirse ya da tahminlere göre başladığı eseri belirlenen zamanda bitirmesinin imkansız olduğu anlaşılırsa, iş sahibi eserin teslim tarihinin gelmesini beklemeden sözleşmeden dönebilir.¹⁴

2.1.5.1. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde

Eser sözleşmesinde, genellikle eserin meydana getirilmesi için belli bir süreye ihtiyaç vardır. İşte bu sürenin ne zaman başlayacağını ve tamamlanmış eserin ne zaman teslim edileceğini taraflar tespit edebilirler. İşin ifa süresi, iş sahibinin esere olan ihtiyacı, yüklenicinin ifa kapasitesi, işçi, malzeme ve makine parkı durumları, hava muhalefeti, çalışılmayan hafta ve

¹⁴ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 473/l "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."

genel tatil günleri dikkate alınarak belirlenir. Genelde, eseri ifa süresi için hareket serbestisi yükleniciye tanınır.

Eğer yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirir, yahut da tahminlere göre işin kararlaştırılan zamanda bitirilmesinin imkansız olduğu anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeden B.K. m. 358/I gereğince akdi feshedebilir.¹⁵

2.1.5.2. Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde

Eserin teslimi için taraflarca belli bir süre kararlaştırılmamışsa işin mahiyetine bakmak gerekir, işin mahiyetinden de aksi çıkartılamıyorsa, yüklenici hemen işe başlamalıdır. Örneğin, bir inşaata cam takılma işine başlanması, mahiyeti gereği ancak doğramaların takılması halinde mümkündür. Şayet sözleşmede işe başlama zamanı belirlenmemiş ve sözleşme doğrama imalinden önce yapılmışsa işe başlama zamanı doğramaların imalinden sonradır (B.K. m. 74 – Yeni B.K. m. 90). İşin mahiyeti bunu gerektirir. Teslim süresinin kararlaştırılmadığı işlerde, iş sahibi yükleniciye uygun bir süre vermeli, eser bu sürede tamamlanmamışsa fesih hakkı bundan sonra kullanılmalıdır.¹⁶

¹⁵ **DAYINLARLI, K.**, İş Sahibinin Temerrüdü, s. 48

¹⁶ **KARATAŞ, İ.**, Eser Sözleşmeleri, s. 113

2.2. Eseri Teslim Borcu

2.2.1. Genel Olarak

Teslim; sözleşmesine, iş sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilen eserin ifa olarak iş sahibine arz edilmesidir. Tamamlanmamış eser için teslim söz konusu olmaz. Teslim borcu iş sahibinin esere doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlamak veya onun zilyetliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırarak yerine getirilir. Meydana getirilen eserin niteliğine göre, teslim şekli özellik gösterir. Ancak eser, arsa payı devri karşılığı inşaat yapımı suretiyle meydana getirilmişse, arsa sahibine ait bağımsız bölümün teslimi maddi şeyin verilmesi şeklinde yapılamayacağından, bu tür teslim eserin meydana getirildiğinin ve tasarrufa hazır bulundurulduğunun arsa sahibine bildirilmesi ile olanaklı hale gelecektir.¹⁷

Teslimin istenebilmesi için muaccel hale gelmesi gerekir. Vade ise taraflarca sözleşmede belirlenir. Teslim ancak vadenin gelmesiyle talep edilebilir. Ancak yüklenicinin eseri bu tarihten önce teslim etmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır. Sözleşmede teslim tarihine yer verilmemesi eserin belirsiz bir sürede teslimi imkânını sağlamaz. Yargıtay bu gibi durumlarda sürenin, emsal işlerdeki teslim süresine göre bilirkişi tarafından belirleneceği görüşündedir.

¹⁷ KARATAŞ, İ., Eser Sözleşmeleri s. 118

“Yanlar arasındaki biçimine uygun düzenlenen 28.4.1994 günlü sözleşmede işin teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Kuşku yok ki, tarafların sözleşmelerinde bu hususu eksik bırakmaları yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak gerekir. Arsa sahiplerince yüklenicinin temerrüde düşürülüp düşürülmediği de önemlidir. Bu kısa açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; sözleşmeden sonra kooperatif inşaat faaliyetlerine başladığı, 27.7.1994 tarihinde ifraz işlemlerini tamamladığı inşaat ruhsatı alınması için gereken işleri de yaparak bu ruhsatı 5.9.1995 tarihinde aldığı görülmektedir. İşler olağan akışında yürürken ve ruhsatın alınmasından sonra, arsa sahipleri tarafından yükleniciye gönderilen 30.10.1995 tarihli ihtarın ve bundan sonra fesih için 23.1.1996 tarihinde dava açılmasının iyi niyetle bağdaşır bir yanı yoktur. Fesih davası devam ettiği sürece de yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Arsa sahiplerince davaların kesinleşmesini beklemeden inşaatın başka bir yükleniciye yaptırılması da onların kötü niyetini gösterir ayrı bir davranıştır. Hal böyle olunca, yüklenici kooperatif fesihte haksız olan arsa sahibi davalılardan zararlarını isteyebilir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; Davacıya zararların hangi kalemlerden oluştuğunu açıklattırmak, bundan sonra bilirkişilerden ek rapor alınarak fesih iradesinin ulaştırıldığı ve eylemli feshin gerçekleştiği 1996 yılı fiyatları ile davacı zararını hesaplatmak ve sonucuna uygun bir hükme varmaktan ibarettir. Somut olayda ve işin olağan seyrine aykırı bazı nedenler gerekçe yapılarak davanın yazılı biçimde reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.”¹⁸

Sözleşmenin tarafları ayrıca teslimin yapılış biçimini, hangi koşullarda gerçekleştirileceğini ve teslim yerini de serbestçe tayin edebilirler. Eserin

¹⁸ Yar. 15. HD. 18.06.2003 T. 767/3319 sayılı kararı.

belirlenen zamanda ve yerde teslim edilmemesi halinde yüklenicinin temerrüdünden, buna karşılık tamamlanmış bir eserin teslim alınmaması durumunda iş sahibinin temerrüdünden söz edilir.

Eser sözleşmelerinde eserin teslim edilmesi bir takım sonuçları meydana getirir. Bunlar;

- Yarar ve hasarın iş sahibine geçmesi (BK. m. 368 – Yeni BK m. 483).
- Ayıba karşı tekeffülde muayene ve ihbar sürelerinin işlemeye başlaması (B.K. m. 359 – Yeni BK. m. 474).
- Ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğunun zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması (BK. m. 363 – Yeni B.K. m. 478).
- Yüklenicinin ücret alacağına muaccel hale gelmesi (B.K. m. 364 – Yeni B.K. m. 479)

2.2.2. Teslim Borcunu İfada Temerrüt ve Bunun Sonuçları

Yüklenici, meydana getireceği eseri belirli bir zamanda iş sahibine teslimle yükümlüdür. Belirlenen sürede yüklenici teslimde temerrüde düşerse, temerrüt anından itibaren, eserin ve iş sahibinin getirdiği malzemenin hasara uğrama riskini üzerine almış olur.¹⁹

Yüklenicinin teslim borcunu ifada temerrüdü, eserin imaline ilişkin yapma borcunun yerine getirilmesinde temerrüdünü düzenleyen B.K. m.

¹⁹ ALTAŞ, H., Teslimden Önce Telef Olması s.127

358/l özel bir hükümle düzenlenmemiştir. (Yeni B.K. m. 473/l) İki taraflı sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin B.K. m. 101-108 yüklenicinin teslim borcunda temerrüdüne de uygulanır. (Yeni B.K. m. 117-125)

2.2.2.1. Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları

- Yüklenici, teslim tarihinin gelmesine rağmen yükümlülüğüne aykırı biçimde eseri henüz tamamlamamış veya tamamlanmış ürünü henüz teslim etmemiş olmalıdır.²⁰

Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi için, sözleşmede aksi belirtilmiş olmadıkça gecikmede kusurlu olması şart değildir; buna karşılık, gecikme objektif olarak onun yükümlülüğüne aykırı olmalıdır. Yüklenicinin edimi objektif olarak imkânsız hale gelmiş ve edim yükümlülüğü bu nedenle ortadan kalkmış ise, artık onun yükümlülüğüne aykırı bir gecikmeden söz edilemeyecektir.²¹

Eserin tamamlanmaması ile ayıplı olmasını karıştırmamak gerekir; ayıplı ifa halinde temerrüde ilişkin hükümler değil, bu konudaki özel hükümler (B.K. m. 359 v.d. – Yeni B.K. m. 474 v.d.) uygulanır.

- Yükleniciye teslim borcunu yerine getirmesi için ihtarda bulunulmalıdır.

²⁰ ARAL, F., Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.347

²¹ TANDOĞAN, H., Cilt II , s.130

B.K.m.101/I'e göre "Muaccel bir borcun borçlusunu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur".²² Demek ki, temerrüt için muacceliyet yetmemektedir. Kural olarak alacaklının ihtarı da aranmaktadır.

Taraflar sözleşme ile teslim gününü belirlemişlerse veya ihtarın yararsız kalacağı önceden anlaşılıyor (B.K. m. 107/I' kıyasen) ise uhdesinde bulunan yükümlülöklere aykırı olarak teslim tarihini geçiren yüklenici ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer.

Bunlardan ayrı, alacaklının edimi kabule hazır olması, borçlunun ifadan kaçınma hakkının olmaması da temerrütte aranan diğer şartlardır.

2.2.2.2. Teslim Borcunu İfade Temerrüdün Sonuçları

Borçlar Kanunu, 102. maddesinde; "Mütemerrit olan borçlu, borcun teahhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür."²³ İfadeleri ile borçlu temerrüdünün sonuçlarını göstermiştir. B.K. m. 106'nın aksine burada borcun ifa edilmemesi değil, geç ifa edilmesi durumu vardır. Alacaklının B.K. m. 102'ye göre isteyebileceği zarar ve ziyan gecikmeden kaynaklı müspet zarardır.

²² 6098 Sayılı Yeni B.K. m.117/I "Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer."

²³ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 118 "Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."

Eser sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için temerrüt halinde, temerrüdün sonuçları için B.K. m. 102'ye değil, B.K. m. 106-108'e bakmak gerekir. Bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde iki tarafa borç yükleyen akitlerde, temerrüde düşen borçluya karşı alacaklıya üç ayrı seçimlik hak tanındığı görülmektedir. Bunlar;

- Aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı,
- Aynen ifayı reddederek ademi ifa sebebiyle müspet zararını talep hakkı,
- Sözleşmeyi feshederek menfi zararını isteme hakkıdır.

2.2.2.2.1. Aynen İfa ve Gecikmeden Dolayı Tazminat İsteme Hakkı (Ayrıca Varsa Cezai Şartın Ödenmesini Talep Etme)

B.K. m. 106/l'e göre "Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehilin tayinini hakimden isteyebilir. Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; bir de akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi feshedebilir."²⁴

²⁴ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.123 "Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir."

Alacaklının aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebilmesi için borçluya uygun bir süre verilmiş olması ve verilen süreden sonuç alınamaması gerekir. Verilen sürenin uygun olup olmadığını saptamak için olayın özelliğinin gerektirdiği iyi niyet kurallarına riayet edilip edilmediğine bakmak gerekir. Ayrıca alacaklı süre verilmesini ve bu sürenin miktarının tayinini hakimden de isteyebilir. Borç, belirlenen süre sonunda da ifa edilmezse, ayrıca bir ihtara gerek olmadan B.K. m. 106'daki seçeneklerden biri kullanılabilir.²⁵ Bununla birlikte, borçlunun hal ve davranışının süre verilmesinde etkisi olacağı anlaşılıyorsa, temerrüt alacaklı yönünden aynen ifayı faydasız hale getirmişse veya sözleşmede ifa tarihi kesin olarak saptanmışsa alacaklı borçluya süre vermeden de BK. m. 106'daki seçeneklerden birini kullanabilecektir (B.K. m. 107 – Yeni B.K. m. 124).

Diğer yandan, eserin belli bir tarihte tesliminin kararlaştırıldığı durumlarda, eserin teslimini temin etmek için taraflar teslim zorlayıcı bazı hükümlere sözleşmede yer verebilirler. Cezai şart da bunlardan biridir. Borçlar Kanunu'nun 158 ile 161. maddeleri arasında düzenlenen cezai şart hükümleri göz önüne alınırsa, aksine anlaşma olmadıkça, yükleniciyi temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmamış olsa bile, teslim gününün geçirilmesiyle ceza işlemeye başlar. Eserin tesliminde gecikme varsa, iş sahibinin bu gecikmeden dolayı zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın

²⁵ 6098 Sayılı Yeni B.K. m.125 "Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

cezanın B.K.'nın 159/I maddesi hükmü uyarınca ödenmesi gerekir. (Yeni B.K. m. 179-182)

Özen borcuna aykırı davranan, kusurlu bulunan yüklenici, gecikme ile ifa ettiği eseri teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır.²⁶

Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenici gecikmede kusuru olmadığını ispatlamak suretiyle, B.K.'nın 161/II maddesi hükmü uyarınca, cezayı ödemekten kurtulabilir.²⁷ Ayrıca, iş sahibinin zararı sözleşmede bulunan cezai şart miktarını aştığında, iş sahibinin aşan kısmın tazmini için yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 159/II maddesi hükmüne göre "şart olunan ceza miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez."²⁸

Eser sözleşmesinde taraflar, yüklenicinin ifayı gecikme ile yerine getirmesi halinde uygulanmak üzere cezai şart kararlaştırmışlarsa ve yüklenici eseri tamamlamadan akit feshedilmişse alacaklı artık cezai şartın uygulanmasını isteyemez. Bununla birlikte eser, yüklenicinin kusuru nedeniyle bitmediği için yüklenici temerrüde düşmüş olup sözleşme bu

²⁶ **TANDOĞAN, H.**, Cilt II, s.133-135

²⁷ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 182 "Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.

Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.

Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir."

²⁸ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 180/II "Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez."

nedenle feshedilmişse ileriye etkili bu fesih ile birlikte sözleşmede yer alan cezai şartta hükmedilebilir.

Borçlar Kanunu m. 158/II hükmü ile; “Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.” İfadelerini kullanarak iş sahibi tarafından hiç bir ihtirazı kayıt konulmadan kendisine sunulan gecikmiş eserin kabul edilmesi durumunda cezai şartı talep hakkının ortadan kalkacağını sarahaten belirtmiştir. (Yeni B.K. m. 179/II)

2.2.2.2. Aynen İfayı Reddederek, Ademi İfa Sebebiyle Müspet Zarar

Tazmini

İş sahibi yükleniciye uygun bir süre verirken, süre içinde teslim borcunu yerine getirmezse ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyeceğini de aynı zamanda bildirebilir. Bu yöndeki iradesini böylece önceden açıklamamışsa ve yüklenici süre içinde teslimde bulunmazsa müspet zararının tazmini yolunu seçecek olan iş sahibi, bunu derhal bildirmelidir. İş sahibi verdiği sürenin yararsız kalması üzerine yeniden bir veya birkaç kez süre tayin edip bunun sonunda derhal ifadan vazgeçtiğini ve müspet zararının tazminini istediği beyanında da bulunabilir.²⁹

²⁹ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.139

B.K. m.106/II'ye göre; alacaklı “akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanını” talep edebilir. Bu maddedeki seçim hakkının kullanılmasında aranan tek koşul alacaklının “akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal” borçluya bildirmesidir. Bu maddeye göre vazgeçilen asıl borcun yerine “müspet zarar” tazmini geçer. Kusuru ile temerrüde düşen borçlu B.K.'nın 96. maddesi çerçevesinde alacaklının müspet zararını ödemekle sorumlu tutulur.

Müspet zarar tutarı saptanırken eserin ifadan vazgeçildiği anda taşıyacağı değer esas alınmalıdır. Ayrıca bu zararının tazminini isteyen iş sahibi B.K. m. 271/II'ye kıyasen eserin yapılan kısmının kullanılması kabil ise bunu kabul etmeli ve bu kısım ile orantılı bedelin tazminattan mahsubuna rıza göstermelidir.

2.2.2.2.3.Akdin Feshi ve Menfi Zarar İstenmesi

İş sahibi, ihtarda belirlenen süre sona erince derhal edimin yerine getirilmesinden vazgeçtiğine ve sözleşmeden döndüğüne ilişkin borçluya ulaştırdığı bildirim ile, bu seçimlik hakkını kullanır. Dönme bildirim şartlı olmamalı, açık seçik olmalı ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde kullanılmalıdır. Bu bildirim yalnızca bir kez kullanılabilir olup, herhangi bir şekilde bağlı değildir.

Alacaklı fesih hakkını seçmişse fesih sonuçlarını geriye etkili olarak meydana getirir. Bu suretle alacaklı yerine getirmediği borçlarını ifadan

kurtulur, daha önce verdiklerini de geri isteyebilir (B.K. m. 108/I). İadeyi talep hakkının nedeni de sebepsiz zenginleşmedir. Yine akdi fesheden alacaklı B.K. m. 108/II'ye dayanarak "akdin hükümsüzlüğünden doğan zararının tazminini" de borçludan talep edebilir. Burada istenebilecek zararlar, menfi zararlar yani, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı mal varlığının ulaşacağı durum ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucu almış olduğu durum arasındaki farktan ibarettir.³⁰

Sözleşmenin dönme ile geriye etkili olarak sona ermesi sonucu, iş sahibi yüklenicinin ücretini ödemekten imtina edebilir. Bu durumda iş sahibi eserin o zamana kadar tamamlanmış olan kısmının teslimini talep hakkını kaybeder ve aldığı bir kısım varsa onu da geri vermekle yükümlüdür. Ayrıca mütemerrit yüklenici sözleşmenin iş sahibi tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi dolayısıyla uğradığı zararın tazmini için bir talepte bulunamaz. Bu durum sözleşmeden dönmenin taraflarını, sözleşme öncesi duruma getirmektedir.

Borçlar Kanunu'nun m. 108/II hükmüne göre menfi zarar; "fesih edilen sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklının malvarlığı ne durumda olacaktı?" sorusuna cevap olarak hesaplanacaktır. Bu zarar kavramına, sözleşmenin kurulmasına bağlı veya sözleşmenin yapılması ile ilgili masraflar, ifa masrafları, geçersiz sayılan sözleşme nedeniyle katlanılan masraflar, daha düşük fiyata elde edilebilecek eser ile elindeki eser bedeli arasındaki fark ve kar mahrumiyeti dâhildir.

³⁰ **KARATAŞ, İ.**, Eser Sözleşmeleri s.128

2.2.2.3. İş Sahibinin Arsası Üzerinde Yapı ve Özellikle Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapımı Sözleşmelerinde Yüklenicinin Yapıyı Tamamlamadan Temerrüde Düşmesi Halinde Feshin Sonuçları

Yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önünde tutularak girilen bir eser sözleşmesinin onun ölümü veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalması ve bu nedenle sözleşmenin müfeseh olması halinde, B.K. m. 371/II uyarınca “yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeye mecburdur.” Bu hükümde ifadesini bulan kural, yüklenicinin kusuru olmadan yapıyı bitiremeyip temerrüde düştüğü ve sözleşmenin iş sahibince feshedildiği istisnai hallerde kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna karşılık, yüklenicinin kusuruyla işi tamamlayamadan temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde, yüklenicinin orantılı ücret alıp alamayacağı ve bunun bağımsız bölümlerden aynen verilecek bir pay şeklinde olup olamayacağı tartışmalıdır.³¹

Bu konudaki görüşlerden bir tanesi, dönmenin ileriye etkili olduğu ve yüklenicinin orantılı ücret isteyip alabileceği görüşüdür. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin içtihatları da bu yönde yerleşmiştir. Sürekli borç ilişkisi doğuran akitlere uygulanan vergi kurallarının eser sözleşmesinde de dikkate alınması, iş sahibinin arsası üzerindeki eserin ayıplı ve kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak olması halinde ücret indirimi veya onarımını öngören B.K. m.360/II-III'ün kıyasen uygulanması ve emeğini ortaya koyan yüklenicinin bu emeğinin korunması gibi gerekçeler bu görüşün temelini oluşturmaktadır.

³¹ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.143

Aynı konuda diğerk bir görüş ise dönmenin geriye etkili olduğu ve kusurlu yüklenicinin ancak iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesi veya yaptığı kısmın değeri tutarında bir para isteyebileceğini savunan görüştür. Eserin hazırlanmasındaki iş görme aşaması dolayısıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere vergi kurallarının uygulanmasının ancak hakkaniyete ve eser sözleşmesinin niteliğine uygunluğu nispetinde mümkün olabileceği, işi kusurlu olarak tamamlamayan yüklenicinin de orantılı ücret almasının B.K. m. 371 hükmü ile çeliştiği, işin büyük ölçüde tamamlanmış olması durumunda o kısım için olan ücretini ve kar payını yeterli gören yüklenicinin dilediği zaman sözleşmeyi yarıda bırakma imkânının olması gibi unsurlar da görüşün teorik dayanaklarıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1982 tarihli bir kararında bu görüşü benimsemiştir.

Yukarıda belirtilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi arasındaki uyuşmazlık, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun kararı ile kural olarak geriye etkili feshin kabulüne, ancak olayın özelliğinin haklı gösterdiği hallerde M.K. m.2 gözetilerek ileriye etkili feshin kabulüne şeklinde çözümlenmiştir.

“Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla iş teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir. Çünkü bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hâkimin. görevi her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas

yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde mümkündür (M.K. m.1). Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanununun 360. maddesi hükmü, kural olarak bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi (yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyuşmazlık konusu olaylarda 360. maddenin doğrudan doğruya uygulanabileceği yolundaki görüş de benimsenmemiştir. Öte yandan, Borçlar Kanununun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün görülmemiştir. Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin 1. fıkrasında, "Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına

uđratılmamalı, herkes karřısındakinin kendisinden beklediđi řeyi dűřünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar ađısından bakıldıđında, műteahhidin yapının tamamladıđı kısmı (műtemmim cűz kuralı geređi olarak) arsa (iř) sahibine ait olacađı iđin, sűzleřmeyi fesih yolunu seđer iř sahibi de kabul ettiđi veya kabul edebileceđi bu kısmi ifanın karřılıđını elbette műteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karřılıđı belirlenirken, ifanın geđerli bir sűzleřmeye dayanılarak yerine getirildiđi gerçeđi ile feshi sűz konusu olan sűzleřme tűrűnűn ۆzelliđi de gözden uzak tutulmamalıdır. B) İř görme sűzleřmeleri arasında yer alan istisna sűzleřmesi genel olarak "ani edimli" sűzleřmeler grubunda műtalaa edilmekte ise de, istisna sűzleřmesinin bir tűrű olan inřaat sűzleřmelerinde, műteahhidin (emeđe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman sűreci iđinde yayılmıř olmasından dolayı ve edim borcunun bu ۆzelliđi yönűnden sűrekli borç iliřkilerine ۆzgű kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sűzleřmeleri dűzenlenirken, sűrekli borç iliřkilerine ۆzgű kurallara yer verildiđi görűlmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da ađıkça belirtildiđi gibi inřaat sűzleřmeleri "geđici-sűrekli karmařıđı" bir ۆzellik tařımaktadır. Baskın olan bilimsel görűřler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sűzleřmelere ait kuralların dođuracađı sonuđlara göre dűzenlenmiřtir. Görűldűđű üzere, műteahhidin kusurlu temerrűdű nedeniyle sűzleřmenin feshi halinde, hukuki sonuđları farklı olan iki ayrı kural karřılařmaktadır. Ayrı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karřılıklı olarak yok edecekleri ve böylece ۆrtűlű bir kanun bořluđunun meydana geleceđi ۆđretide ifade edilmektedir. Karřılařan bu iki zıt kuraldan hangisine ۆstűnlűk tanınacaktır? Bařka bir anlatımla, inřaat sűzleřmelerinin borçlu temerrűdű nedeniyle feshi halinde bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuđ dođuracaktır? Bazen, inřaat sűzleřmesinin iř sahibi tarafından feshedildiđi anda, kusuruyla borçlu temerrűdűne dűřen műteahhidin, yapının tamamladıđı kısmının kapsamı o dereceye ulařır ki,

böyle bir durumda müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tâyinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK.nun 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçlar doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına, birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.³²

Bu karar ele alındığında;

- Müteahhidin yapıyı tamamlamadan teslimde temerrüde düşmesi halinde B.K. m. 360'ın doğrudan doğruya uygulanabileceği, (Yeni B.K. m. 475)
- B.K. m. 358/l'in erken dönmeye ilişkin olması nedeniyle uygulanamayacağı, (Yeni B.K. m. 473/l)
- Feshin ileriye etkili sonuç doğurmasının istisnai durumlarda kabul edileceği, esas kuralın feshin geriye etkili olması yolunda olduğu,
- Müteahhidin kusurunun borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın hesabının tayininde önem arz ettiği

gibi hususların Yargıtay içtihadı birleştirme kararına esas teşkil ettiği ve bu unsurlar üzerinden tamamlanamayan eserler ile ilgili davaların çözüme kavuşturulacağı gözler önüne serilmiştir.

³² 25.01.1984, E. 1983-3/K. 1984-1, R.G. 27.2.1984, S. 18325, s. 17 v.d.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. AYIPTAN SORUMLULUK BORCU

3.1. Ayıptan Sorumluluk Borcunun Tanımı

Eser sözleşmesi ile yüklenici, imal ettiği eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmek borcu altındadır. Teslim edilecek olan eserin ise, yüklenicinin zikrettiği ve sözleşmede öngörülen, iş sahibi tarafından eserden beklenen nitelikleri haiz olması gerekir. Aksi takdirde eserin ayıplı olması dolayısıyla yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ortaya çıkar.¹ Dolayısıyla, böyle bir sorumluluğun ortaya çıkmaması için, yüklenicinin meydana getireceği eser, iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılan ifa menfaatini karşılamaya elverişli olmalıdır. Bu nedenle, yüklenici eseri, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak şekilde sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde imal ederek teslim etmekle yükümlüdür. Tamamlanan eserden beklenen amaç tahakkuk etmediğinde bu neticeden yüklenici sorumlu tutulur. Ayıptan sorumluluk borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getireceği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Bu sebeple de ayıptan sorumluluk borcunun kapsamını 'ayıpsız bir eser imali ve iş sahibine teslimi' oluşturur.

¹ **DAYINLARLI, K.**, Temerrüdün Hüküm Ve Sonuçları, s. 40; **TANDOĞAN, H.**, Cilt 1/1, s. 160; **YAVUZ, C.**, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 481 v.d.

3.1.1. Ayıptan Sorumluluk Borcunun Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesinde, ayıptan sorumluluk borcu, yüklenicinin asli edim borcunun tamamlayıcısı olarak Borçlar Kanunu'nun 359-363 maddeleri arasında düzenlenmiştir. (Yeni B.K. m. 474- 478) Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde ayıpsız bir eser imal ederek iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük yüklenicinin asli edim borcunu oluşturmaktadır.² Eser sözleşmesine dair ayıptan sorumluluk borcu yükleniciye asli borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda bir garanti yükümlülüğü yükümlenmektedir. Bu yükümlülük ise bir kurtuluş beyyinesi getirme imkanı tanımadan yüklenicinin sorumlu tutulması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Zira iş sahibi, teslim aldığı eserin ayıplı olması durumunda onarım talebinde bulunur ise yüklenici bu ayıbı gidermek ve üstlendiği sonucu meydana getirmek zorundadır.

Bir borç ilişkisinde borçlu tarafından sunulan edim sözleşmede veya kanunda belirlenmiş şartlara uygun değil ise borcun 'kötü ifa'sı söz konusu olur. Ayıplı ifa da işte bu kötü ifanın bir şeklidir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenici tarafından imal edilerek iş sahibine teslim edilen eser, sözleşmede yer alan nitelikleri taşımadığı takdirde edimin ayıplı ifası söz konusu olur. Bu durum da ayıptan sorumluluğuna ilişkin B.K. m.360 v.d. maddeleri gereği yüklenicinin sorumlu olmasına yol açar. (Yeni B.K. m. 475 v.d.)

Bir diğer husus ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için eserin ayıplı olarak tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesinin şart olmasıdır. Eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı yüklenicinin sorumluluğunu düzenleyen

² UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s. 36

hükümlerin (B.K. m. 359 v.d.) amacı, bozukluk dolayısıyla iş sahibinin karşılanmayan ifa menfaatinin sağlanan imkânlarla kendisince en uygun tarzda dengelenmesidir.³ Zira teslim edilen eserin ayıplı olması, zamanında muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve diğer şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibi B.K. m. 359 v.d. hükümlerinin kendisine tanıdığı imkânları, yani 'onarım', 'kabulden kaçınma-sözleşmeden dönme', 'ücretin indirilmesi' ve 'zararı tazmin' haklarını yükleniciye karşı kullanabilir.

B.K. m.359/I hükmüne göre; "imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkânını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. İki taraftan her birinin imal olunan şeyin masrafı kendisinden olmak üzere ehlihibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla teslimini istemeye hakkı vardır."⁴

Arsa sahibi, B.K. m. 359'da belirtilen bu yükümünü yerine getirmezse, ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecektir. Yüklenicinin kasten sakladığı gizli ayıplar bundan ayrıdır. Arsa sahibinin eseri, muayene ve ihbar borcunu yerine getirmeden kullanmaya başlaması durumunda, artık eseri zımnen kabul etmiş sayılacağı için ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacaktır (B.K. m.362/II)⁵

³ **SELİÇİ, Ö.**, Müteahhidin Sorumluluğu s. 129

⁴ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 474 "İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir."

⁵ **GÜNEL, M.C.**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, İstanbul, 2004, s.413

3.1.2. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluk Borcunun Doğumu İçin Gerekli Şartlar Ve İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Hakları

3.1.2.1. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluk Borcunun Doğumu İçin Gerekli Şartlar

3.1.2.1.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır.

3.1.2.1.1.1. Teslim Kavramı

Teslim, yüklenicinin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde iş sahibinin doğrudan zilyetliğini sağlamasıdır. Eser sözleşmesinde eserin teslimi ile işin kabulü birbirinden farklı kavramlardır.

Eser sözleşmesinde tamamlanan eserin iş sahibince teslim alınması farklı surette gerçekleşebilir. Teslim alma, maddi çalışma sonuçlarında tamamlanan eserin iş sahibince fiilen teslim alınması, maddi olmayan çalışmalarda ise fiili teslim alma mümkün olmazsa, teslim alma mükellefiyeti düşer. Bu durumda teslim almanın yerini eserin bitirilmiş olması alır.

Yüklenicinin hâkimiyet alanında meydana getirilen eserlerde sözleşme ile borçlanılan edim sonucunun gerçekleşmesi için eserin meydana

getirilmesi yanında, bunun madden iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi gerekir. Bu tip eserlerde, eseri meydana getirme faaliyeti (iş görme edimi) ile eseri teslim fiili (maddi edim) bariz bir şekilde birbirinden ayırt edilebilir. Terzi ya da mimar ilk önce eseri (elbise ya da bir yapı projesini) kendi iş yerinde meydana getirir; daha sonra tamamladığı bu eseri iş sahibine teslim eder. Eğer malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa, eşya hukuku hükümlerine göre (M.K. m.977 ile bağlantılı olarak m.763) teslimle birlikte, iş sahibi bu şeyin mülkiyetini de kazanır. Buna karşılık onarım veya işlenmek üzere müteahhide verilen şeylerde, teslim bu şeyin iş sahibine iadesi ile gerçekleşir. “Fikri bir eserin teslimi de, maddi olmayan çalışma sonucu bir şey üzerinde devamlılık taşıyacak şekilde biçimlendiği, maddilik kazandığı sürece bir sorun yaratmaz; maddi olmayan çalışma sonucunun üzerinde biçimlendiği şeyin verilmesiyle (şarkının kaydedildiği CD’nin; plan projenin çizildiği kağıdın) teslim borcu yerine getirilir.”⁶

İş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde ise, eser sözleşmesiyle amaçlanan edim sonucu yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyetinin tamamlanması ile ortaya çıkar. Bu nedenle bu tür eserlerde, taşınır mal niteliğinde olan eserlerde olduğu gibi elden ele bir teslim faaliyeti yoktur. Bu eserler, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan yapı ve onarım işleridir. Bu durumda teslim yüklenici tarafından iş sahibine yapılacak bir bildirimle gerçekleşecektir. İş sahibine, yüklenicinin işin tamamlandığına dair bildiriminden sonra uygun bir süre içinde eseri reddetmek hakkı tanınmalıdır. Susma, eseri kontrol etme imkanının mevcut olduğu durumlarda eseri ifa olarak kabul etme anlamına gelir. Dolayısıyla, bir itirazda bulunmadan yüklenicinin malzemelerini toplayıp işyerinden ayrılmasına izin verilmesi,

⁶ **ŞENOCAK, Z.**, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 82 (naklen)

zorunlu durumda haricinde eserin kullanılması, ücretin kısmen dahi ödenmesi vs, iş sahibinin edimi esas itibariyle ifa olarak kabul ettiğini gösterir.

Yukarıda belirtildiği üzere, eserin teslimi ile eserin kabulü farklı kavramlar olup, eser sözleşmesinde teslim almadan faklı olarak kabul; yüklenici tarafından teslim edilen eserin sözleşmeye uygun görüldüğü, ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusunda iş sahibi tarafından yapılan bir irade açıklamasıdır. Bu kabul beyanı açık ya da üstü kapalı olarak izhar edilebilir. Eserin iş sahibi tarafından kabulü sözleşmenin her aşamasında söz konusu olabilir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluk borcu bakımından teslim ve teslim alma, iş sahibinin ayıp dolayısıyla kendisine tanınan hakların kullanımının, kabul ise yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun düşmesinin ve dolayısıyla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kaybetmesinin bir ön şartını oluşturmaktadır.

3.1.2.1.1.2. Eserin Tamamlanması ve İş Sahibine Tesliminin Gerçekleşmesi Usulü

İş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde eserin teslimi, yüklenici tarafından eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi suretiyle gerçekleşir. Eserin tamamlandığına ilişkin bu bildirim açık veya örtülü olarak yapılabilir. Eserin tamamlanmadığı ve tamamlanmayan eserin iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanması durumlarında, teslim ve teslim alma gerçekleşmez. İş sahibi, tamamlanmamış eseri yüklenicinin bildirimini beklemeksizin kullanmaya başlanmış ise, artık teslimin hukuki sonuçlarından bildirim yapılmadığı itirazında bulunarak kurtulamaz.

“Eserin tamamlanmış olmasından bahsedilmesi için, o eserde sözleşmede öngörülen bütün işlerin ifa edilerek eserin teslimine hazır hale getirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla yüklenici sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu bütün işleri ifa etmiş ise eser tamamlanmıştır. Eserin tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil işler eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa bu durumda eser tamamlanmış kabul edilmelidir.”⁷

Eserin tamamlanması, bazen eserin teslim alınmasında yerini alması bakımından önem taşır. Zira eserin özelliğine göre, fiilen teslim almanın gerçekleşmesi mümkün olmazsa, teslim almanın yerini eserin tamamlanmış olması hali alır.

3.1.2.1.1.3. Teslim Borcunun İfası Usulü

3.1.2.1.1.3.1. İmal Edilen Eserin Taşınır veya Taşınmaz Oluşuna Göre

Sözleşmenin konusunun bir taşınır imali olduğu durumlarda, imal edilen eserin teslimi borcu, eserin tamamlanmasını takiben yüklenici tarafından mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi suretiyle ifa edilir. Bununla birlikte mülkiyeti nakil borcu, ancak malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği taşınır eserlerinde söz konusu olabilir. Eğer eserin imalinde kullanılan malzeme iş sahibine ait ise eser yüklenicinin değil, iş sahibinin mülkiyetinde

⁷ TANDOĞAN, H., Cilt II s.126. (naklen)

olduğundan, bu gibi durumlarda teslim yalnızca zilyetliğin devri şeklinde gerçekleşir.

Eser sözleşmesinin konusunun taşınmaz yapı inşası olduğu ve taşınmazın inşasının iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı durumlarda ise kural olarak, yüklenici tarafından eserin tamamlandığının açık veya üstü kapalı bir biçimde iş sahibine bildirilmesi, maddi bir şeyin verilmesinin yerini alır. Bu bildirim üzerine iş sahibinin yükleniciye ait olan bu yükümlülüğün, onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile de teslim gerçekleşmiş olur.

Taşınmaz eserin, arsa sahibinin arsası üzerinde eksiksiz olarak imal edilip görülebilecek bir şekilde tamamlandığı durumlarda, tamamlamadan sonra yüklenici tarafından taşınmazdan el çekilmesi, eserin iş sahibinin yararlanmasına her bakımdan hazır bir şekilde terk edilmesi, eserin örtülü biçimde bir bildirimle teslimi anlamına gelmektedir.⁸ Ancak bu şekilde bir teslim, olağan şartlar altında inşaatın tamamlandığının iş sahibi tarafından anlaşılabilceği veya anlaşılması gerektiği durumlarda söz konusu olur.

Son olarak taşınmaz niteliğinde olan şeylerin onarımında, onarımın tamamlanabilmesi için zilyetliğin iş sahibine geçirilmesi şart değildir. Teslimin gerçekleşebilmesi için iş sahibinin taşınmaz üzerinde yeniden egemenliğinin sağlanması yeterlidir.

⁸ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu s.109

3.1.2.1.1.3.2. İmal Edilen Eserin Bağımsız Bir Maddi Varlığa Sahip Olmamasına Göre

Bir duvarın boyanması, aletin onarılması, evin su tesisatının yenilenmesi, binanın bakıma alınması gibi eser borçlarında bağımsız bir eserin iş sahibine nakli söz konusu değildir. Bu nedenle bu tür borçlarda mülkiyetin devri söz konusu olmaz.

Maddi olmayan çalışma sonuçlarında ise, bunların üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin iş sahibine verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur.⁹ “Eserin mahiyeti maddi anlamda bir teslim elvermiyorsa, o zaman teslim, yüklenicinin, eseri iş sahibi tarafından görülecek derecede bitirilmiş ve tasarrufa hazır duruma getirmesiyle gerçekleşmiş olur. Örneğin, maddi olmayan eserlerin tesliminde durum böyledir.”¹⁰

3.1.2.1.1.4. Teslim Borcunun İfa Yeri

Borçlar Kanunu 73. Madde;

“Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, iki tarafın sarıh veya zımni arzusuna göre tayin edilir. Hilafına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur:

⁹ **TANDOĞAN, H.**, Ankara 1987, s. 125; **DAYINLARLI, K.**, Ankara 1993, s. 38, **ARAL, F.**, Özel Borç İlişkileri s. 358.

¹⁰ **TUNÇOMAĞ, K.**, II.Cilt s. 1013; **ARAL, F.**, Özel Borç İlişkileri, s. 358.

1 - Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vuku bulur.

2 - Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur.

3 - Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Alacaklının ikametgâhında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgâhında ifa olunabilir.”¹¹

İfadeleri ile ifa yerinin tespiti konusunda emredici nitelikte olmayan bir hüküm tesis etmiştir. Eser sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğundan taraflar teslim yeri ve zamanı gibi tali noktaları kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere serbestçe kararlaştırabilirler.

Taşınır bir eserin teslim borcunun ifa yeri, sözleşme serbestisi prensibi uyarınca öncelikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan yerdir. Eğer bu konuda sözleşmede bir hüküm yoksa M.K. m. 2 çerçevesinde tarafların bu konuya ilişkin örtülü iradeleri ve nihayet yapılan eser sözleşmesinin türüne göre bu hususta uygulanan bir adet olup olmadığına göre çözümlenir. Eğer

¹¹ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 89 “Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,
2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,
3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.”

somut olayda böyle bir tespit yapılamıyorsa, borçlunun (yüklenicinin) ikametgahı önceliklidir. Taşınmaz eserlerin ifa yeri ise taşınmazın bulunduğu yerdir. Mütemmim cüz ve teferruat da taşınmazın bulunduğu yerde teslim edilmeli ve takılmalıdır.

3.1.2.1.1.5. Teslim Borcunun İfa Zamanı

Eser sözleşmesinde taraflar, sözleşme serbestisi prensibi dahilinde uzama ve kısalma sebepleriyle birlikte, belirli bir takvim günü ya da bir süre tayin ederek en geç tayin edilen sürenin sonunu, teslim borcunun ifası zamanı olarak kararlaştırabilirler. Bu şekilde işe başlama, tamamlama ve teslim tarihinin önceden kararlaştırıldığı durumlarda, yüklenici kararlaştırılan bu süreye uymak zorundadır. Aksi durumda yüklenici akdin feshi yaptırımıyla karşılaşabilir.

Teslim tarihinin anlaşmayla belirlenmediği durumlarda, sözleşmedeki bu boşluğun tarafların varsayılan iradesine ve işin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Bu yapılırken de, deneyimli bir uzmanın zamanında başladığı işi bitirmek için mutad araç, gereçleri ve iş gücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde tutulmalıdır. Ancak burada, Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi (Yeni B.K. m. 90)¹² hükmünde yer alan hemen ifa ilkesi uygulanmamalı, yükleniciye eseri yaratması ve teslimi için uygun bir süre bırakılmalıdır.¹³

¹² 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 90 "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."

¹³ **ZEVKLİLER, A.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2002,s. 331; **ARAL, F.**, Özel Borç İlişkileri, s. 358 v.d.

Nihayet, teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, sözleşme süresiz olarak kabul edildiğinden, işe gecikmeksizin başlamayan yüklenicinin iş sahibi tarafından, B.K. m. 101 ve 107 maddelerine uygun olarak temerrüde düşürülmesi gerekir. Eğer ki yüklenici, B.K. m. 106 gereğince belirlenen uygun süre içerisinde işe başlamamış olursa bu durumda iş sahibi, B.K. m. 106'nın kendisine tanıdığı seçimlik yetkilerden birini kullanabilir.

3.1.2.1.1.6. Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Sonuçları

3.1.2.1.1.6.1. Eser Ücretinin Muaccel Olması

Borçlar Kanunu'nun 364/l maddesi; "İşin parası, teslim zamanında ödenir" ifadesi ile eserin teslimiyle birlikte eser ücreti borcunun ifasının aynı zamanda karşılıklı olarak yerine getirilmesini prensip olarak kabul etmiştir.¹⁴ Ancak kanundaki bu düzenleme emredici nitelikte olmadığından taraflar bu konuda ayrıca bir şart belirleyebilirler. Tarafların ayrıca bir şart belirlemediği durumlarda, eser ücreti alacağı, eserin tesliminden önce (tamamlanması anında) veya daha sonra (usulüne uygun muayeneden sonra) değil, teslim anında muaccel hale gelir. Bununla birlikte yüklenicinin, eserin tamamını teslimden önce iş sahibinden kısmi ödeme talep etme yetkisi yoktur.

Eser ücretinin teslim anında muaccel hale gelmesi, yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak zamanında teslim etmiş olması şartına

¹⁴ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 479/l "İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur."

bağlıdır. Eğer teslim edilen eser ayıplı olarak imal edilmiş ise iş sahibi, bir defa olarak sözleşme şartlarının yerine getirilmediğini ileri sürerek ücret borcunu ödemekten imtina edebilir.

Bu hususun yanı sıra, eserin B.K. m. 360/l'de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması eser ücretinin istenebilir hale gelmesine engel teşkil etmez. Yüklenici ayıptan arı veya önemli derecede ayıplı olmayan bir eseri iş sahibine teslim etmiş olmakla birlikte ücretinin ödenmesini talep edebilir. Zira yasa koyucu, iş sahibine kabulden kaçınma hakkını, ancak teslim edilmek istenen eserin B.K. m. 360/l'de belirtilen ölçüde, yani 'iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir şekilde aykırı olması durumunda tanımaktadır.¹⁵ Bununla birlikte iş sahibi sözleşmeye uygun olmayan eseri kabul edip etmemekte serbesttir.

¹⁵ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 475 "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

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

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

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

3.1.2.1.1.6.2. Yarar ve Hasarın Geçmesi

Eser sözleşmelerinde hasar teslim ile birlikte iş sahibine geçmektedir. Zira, Borçlar Kanunu'nun 368. maddesinin 1. fıkrasına göre, "yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez".¹⁶ İkinci fıkrasına göre de, "bu takdirde telef olan malzeme kime ait idi ise hasarı da ona aittir". Anılan hükmün uygulama alanı bulabilmesi için parça borcu olan bir eserin teslimden önce taraflardan birisinin kusuru olmaksızın yok olması gerekir. Ancak bu durum yasada belirtilen istisnalar ile hafifletilmeye çalışılmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 368. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca, iş sahibi yapılan eseri teslim almada temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar iş sahibine ait olur. Fakat bu durum ayıplı eserler için aynı sonucu doğurmaz. Zira iş sahibi bu durumda ayıplı olan eseri teslim almakla yükümlü değildir. İş sahibinin temerrüdünün yanı sıra eserin iş sahibine isnadı mümkün sebeplerle telef olması veya kazaya uğraması durumunda da teslimden önceki hasara iş sahibi katlanmalıdır.

Borçlar Kanunu'nun 368. maddesi hükmünde açıkça teslimden söz edilmiştir. İş sahibi teslim ile birlikte eser üzerinde tasarruf edebilmektedir. Bu nedenle iş sahibinin sorumluluğu sonraki bir tarihe kural olarak uzatılamaz. Ancak, istisnai olarak iş sahibinin eser teslim edilmeden önce eseri kabul ettiğini bildirmesi durumunda hasar kabul anından itibaren kendisine geçer.

¹⁶ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 483/1 "Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur."

Çünkü, bu andan itibaren iş sahibi eser üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmektedir.

3.1.2.1.1.6.3. Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

Eser sözleşmelerinde, eserin tamamlanarak teslim edilmesi ile birlikte iş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanımı için öngörülen zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır. Borçlar Kanunu'nun 363. Maddesinin 1. fıkrasında, "ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar, satım sözleşmesindeki alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır".¹⁷ Keza aynı maddenin son fıkrasında da, taşınmaz inşaata ilişkin ayıptan dolayı iş sahibinin haklarının müteahhide ve inşaata iştirak eden mimar ve mühendislerle karşı eserin teslim alınmasından itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir. Ancak 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununun 478. maddesinde zamanaşımı süreleri değiştirilmiştir. Buna göre, yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi halinde, bu sebeple açılacak davalar teslim tarihinden itibaren işlemeye başlamakla, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca Yeni BK m. 478 yüklenicinin ağır kusuru bulunması durumunda eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağı hükmünü amirdir.

Görüldüğü üzere, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, eserin iş sahibi tarafından sözleşmeye

¹⁷ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 478 "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

uygun olduğunun kabulünden değil, eserin teslim alınmasından itibaren işlemeye başlamaktadır. Dolayısıyla iş sahibinin ayıptan doğan hakları,halen yürürlükte olan yasa uyarınca teslimden itibaren bir yıl, tacirler arasından altı ay ve taşınmaz inşaatında beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

3.1.2.1.1.6.4. Eseri Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması

Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmekle yükümlüdür.¹⁸

İş sahibine muayene ve ihbar yükümlülüğünün getirilmiş olmasının sebebi, eser tamamlandıktan ve teslim edildikten çok sonra ayıplı olduğunun iddia edilmesinin adil olmadığı düşüncesidir. İş sahibinin teslim aldığı eseri incelemesi ve yükleniciyi bu durumdan haberdar etmesi dürüst davranmanın bir gerekliliği olarak örülerek yasada özel olarak düzenleme bulmuştur.¹⁹

Ancak bu ihbar yükümlülüğü iş sahibi için bir borç olmayıp, külfettir. Dolayısıyla sözleşmenin ifası amacıyla kendi tasarrufuna bırakılan eseri teslim alan iş sahibi, ayıp dolayısıyla kendisine tanınan haklarını kaybetmek istemiyorsa, işlerin mutat gidişine göre ilk fırsatta eserin niteliklerini muayene etmek ve bu muayenede tespit ettiği ayıpları yükleniciye ihbar etmek

¹⁸ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 474/I "İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır."

¹⁹ **ÖZ, M.T.**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s.112

zorundadır. Bu zorunluluk da fiili ve hukuki teslimin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

3.1.2.1.1.6.5. Cezai Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması

Cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya sözleşme gereği gibi ifa etmemesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı kabul etmesidir. Eser sözleşmelerinde ise cezai şart genellikle “gecikme cezası” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Gecikme cezasının kararlaştırıldığı bu sözleşmelerde yüklenici, teslimde gecikilen her zaman birimi (gün, hafta, ay vs.) için bir miktar para ödeyeceğini taahhüt etmektedir. Keza taraflar paradan başka bir şeyin de cezai şartın konusu olacağını kararlaştırabilirler.

Taraflar sözleşmede cezai şartı, seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve cayma cezası şeklinde düzenleyebilirler. B.K. m. 158/II hükmü gereğince sözleşmede, ifaya eklenen cezai şart şeklindeki bir düzenleme, borcun gereken yer ve zamanda yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, hem borcun ifasını hem de borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarını tazmin ettirme imkânını vermektedir. Ancak alacaklının cezanın ödenmesini isteyebilmesi için de, ceza talebinden açıkça vazgeçmemiş veya anlaşmaya aykırı bir şekilde sunulan ifayı herhangi bir ihtirazı kayıt (çekinçe) koymadan kabul etmemiş bulunması gerekir. Aksi takdirde, alacaklı artık cezai şartın ifası talebinde bulunamayacaktır. Keza, dava halinde bu husus mahkeme tarafından re’sen nazara alınacaktır. Buna karşılık, borcu ihlalde kusursuz olduğunu ispat eden borçlu (yüklenici), cezai şartı ödemekten kurtulur. Her ne kadar, B.K. m.

161/II hükmü, bu imkânı sadece “kusursuz imkânsızlık” bakımından düzenlemiş görünüyorsa da; aynı sonucun bütün kusursuz borç ihlalleri bakımından, örneğin kusuru olmaksızın temerrüde düşme durumunda da kabul edilmesi gerekir.²⁰

3.1.2.1.1.6.6. Ayıptan Doğan Hakların Ortaya Çıkması

Borçlar Kanunu 360. maddesinde belirtilen haklar, ayıplı eserin teslim edilmesi ile birlikte talep edilebilir hale gelir ancak bu haklara dayalı talepler ancak şartların gerçekleşmesi anından itibaren talep edilebilirler.

Ayıptan kaynaklanan haklar eserin teslimi ile birlikte ortaya çıktığından, eserin teslim alınmasından önce, yalnızca ayıpsız bir eserin teslimi talep edilebilir. Bu hüküm nedeniyle ayıptan kaynaklı zararın tazmini hakkı bir istisna teşkil eder. B.K. m. 360’a göre zararın tazmini hakkı eserin muayenesi veya ayıp ihbarına bağlı değildir. Bu hak teslim alıma zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur.

Ayıptan doğan haklar, eserin teslimi ile birlikte, eserin imali ve teslimi talebinin yerini alırlar. Nitekim eser, yüklenicinin taahhüt ettiği nitelikleri ve sözleşmede belirtilen esasları karşılamıyorsa, somut olayda yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkmaktadır.

²⁰ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.121-122

3.1.2.1.2. Teslim Edilen Eser Ayıplı Olmalıdır

3.1.2.1.2.1. Ayıp Kavramı ve Ayıbın Niteliği

Borçlar Kanunu 360. maddesinde ayıp ile ilgili bir tanım verilmiştir. Buna göre; “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa...” o eser ayıplıdır. Bu itibarla ayıbın, sözleşmede kararlaştırılan vasıfların veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da birkaçının eserde bulunmaması hali olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Eserdeki ayıbın büyüklüğü o eserin iş sahibi tarafından kabulü şansını azaltır. Başka bir deyişle iş sahibi B.K. m. 360/l'e sığınarak “o şeyi kabulden imtina edebilir”. Eğer ayıbın boyutu eserin reddini gerektirmiyorsa mevcut ayıbın onarım suretiyle giderilmesi istenebilir veya ayıbın oranına uygun iş bedelinden indirim talep edilebilir. Örneğin, bir çatı tamiri işinde iyi izolasyon yapılmamış ve bu yüzden sızıntı varsa, eser ayıplıdır. Böyle bir durumda iş sahibi yasanın kendisine tanıdığı yukarıdaki seçenekleri kullanabilir. Denebilir ki, ayıp; sözleşmenin ihlalinden, imalat sırasında fen ve sanat kurallarına uyulmamasından meydana gelir ve ayıplı eser kötü ifanın bir sonucudur.²¹

Eser sözleşmesinde teslim alınan eserin, teslimden önce ayıplı olduğunu ispat yükümlülüğü iş sahibine aittir. Bununla birlikte gereken hallerde taraflardan her biri, imal olunan eseri masrafı kendisine ait olmak

²¹ **KARATAŞ, İ.**, Eser Sözleşmeleri s.147

üzere bir bilirkişiyeye muayene ettirerek eserin ayıplı olmadığını ispat yoluna gidebilir.

Eser sözleşmelerinde ayıp, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde eksiklik ve lüzumlu niteliklerdeki eksiklik olmak üzere iki farklı anlam içermektedir.

3.1.2.1.2.1.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerde Eksiklik

Eserin ayıplı olup olmadığının tespitinde ilk kıstas sözleşmedir. Sözleşme ele alınırken ilk bakılacak husus, eserin özellikleri konusunda tarafların açık anlaşmasının mevcut olup olmadığıdır. Varsa eserin taşınması gereken özelliklerin tespitinde ilk olarak dikkate alınacak vasıflar, üzerinde açıkça anlaşılan vasıflardır. Üzerinde açık anlaşma olmayan noktalarda, sözleşmenin yorumu yoluyla tarafların zımni olarak bu noktalar üzerinde anlaşma yapıp yapmadıkları tespit edilmeye çalışılmalıdır. Üzerinde zımni anlaşma olmayan noktalarda eserden beklenen özellikler sözleşmenin tümü dikkate alınarak dürüstlük kurallarına göre tespit edilir. Eser, sözleşmede açık veya zımni olarak kararlaştırılan niteliklere (renk, biçim, ölçü, imal tarzı vb.) sahip değilse ayıplıdır.²²

Eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmede belirtilen tüm nitelikleri eserde mutlak surette sağlamak zorundadır. Aksi durumda yani sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden biri sağlanmaksızın imal edilen eser, teknik şartnameye birebir uygun ve kusursuz olsa dahi, ayıplı olarak kabul edilir.

²² ERGEZEN, M., İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s.69-70

Bununla birlikte eserin yapımında, esas özellikleri etkilemeyen özensiz yöntemlerin kullanılması eserin ayıplı olarak kabul edilmesine sebep olmaz. Ayrıca yüklenicinin asgari nitelikler dışında sahip olduğu takdir yetkisi durumlarında da imalata konu eserin niteliklerinin asgari sınırların üzerinde olması ve tolerans sınırlarının içerisinde kalınması durumunda eser ayıplı olarak nitelenemez. Bu itibarla, eser üzerinde takdir yetkisi ve hakkaniyet sınırları dışında kalan ve eserin özelliklerini etkileyen her türlü sözleşmeye aykırı faaliyet, eser ayıbını ve neticesinde yüklenicinin B.K. m. 359 v.d. hükümlerine göre sorumluluğunu ortaya çıkarır. Niteliklerin belirlenmesinde yüklenicinin ayrıca bu konuda sorumluluk üstlendiğine dair bir beyanının bulunup bulunmadığı ya da bahse konu beyanın iş sahibinin sözleşme yapma kararında etkili olup olmadığı sorumluluk açısından bir önem taşımaz.

3.1.2.1.2.1.2. Eserde Bulunması Gereken Lüzumlu Niteliklerde Eksiklik

Bu anlamdaki ayıp, önceden kararlaştırılmamasına rağmen, dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak, eserin, sözleşmeden beklenen menfaati gerçekleştirme bakımından kendisinden beklenen nitelikleri taşımasıdır.²³

Eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenici, kullanıma elverişli, normal yapıdaki bir eserin değer ve kalitesini taşıyan bir eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Ayıp, eserin normal niteliklerinden ayrılmasıdır. Eser sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu 360. maddesinde, bu nitelikler yer almadığından, satım konusunu düzenleyen

²³ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.128

194. maddenin bu durumlarda uygulanması gerekir. Anılan madde, imal edilecek olan eserin, iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati karşılayabilecek ve eseri kullanıma elverişli kılacak nitelikleri taşıması sonucuna ulaşmaktadır. Bununla birlikte bu durumda iş sahibinin eseri kullanım amacı önem kazanmaktadır. İş sahibinin açık veya zımni bu amacı yukarıda da belirtildiği üzere M.K. m. 2’de anlamını bulan dürüstlük kuralı ile birlikte değerlendirilecek ve belirlenecektir.

Eserin normal yapısı onun çeşidine ve kullanılma yönüne göre belirlenir. Yüklenicinin en azından orta kalitede bir eser teslim etmesi gerektiği, Borçlar Kanunu’nun 70. maddesinin doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanmasından çıkarılabilir.

3.1.2.1.2.2. Ayıbın Türleri

3.1.2.1.2.2.1. Açık Ayıp-Gizli Ayıp

“Açık ayıp, eserin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya özenli bir inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıptır.”²⁴ Buna karşılık gizli ayıp, özenli bir inceleme sonucu ortaya konulamayan ve sonraki bir tarihte, eser kullanılırken ortaya çıkan bir ayıptır.

Borçlar Kanunu’nda açık-gizli ayıp ayırımına gidilmiş olması, yüklenicinin sorumluluktan kurtulması farklılığındandır. Gerçekten, yüklenici

²⁴ **UYGUR, T.**, Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara 1997, s.529 (naklen)

açık ayıplı eserdeki sorumluluğundan iş sahibinin işlerin mutlak cereyanına göre imkân bulur bulmaz muayene ve varsa ayıpları ihbar etmediği zaman kurtulduğu halde, gizli ayıplı işlerde yüklenicinin sorumluluğu zamanaşımı süresince devam eder. Yine kanunda önemli-önemsiz ayıp ayrımı yapılmasının nedeni de 360. maddenin kusur halinde iş sahibine tanıdığı hakların seçimi bakımındandır.

3.1.2.1.2.2.2. Önemli ve Daha Az Önemli Ayıp

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi önemli ayıbı, eserin iş sahibi için kullanılması olanağının bulunmadığı veya dürüstlük kuralı gereği eseri kabul etmesinin kendisinden beklenmeyeceği bir durum olarak kabul etmektedir. Dolayısı ile önemli ayıplar eseri iş sahibi için tamamen ve kesin olarak kullanılamaz veya kabule zorlanamaz kılan ayıplardır. Bununla birlikte, eseri kullanılamaz hale getirmeyen, iş sahibince eserin kabulünün reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla düzelebilecek ayıplar daha az önemli ayıplardır.

Kanunda yapılan bu ayırım, iş sahibinin yararlanabileceği hakların türünü belirlediğinden büyük önem taşımaktadır. Önemli ayıplar iş sahibince sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmasına karşılık daha az önemli ayıplar durumunda iş sahibi sözleşmeden dönme yetkisine sahip değildir. Zira Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince eserde ortaya çıkan ayıp, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede ağır bir ayıp ise, iş sahibi eseri kabulden kaçınma hakkına sahip olduğu gibi, bu konuda müteahhidin kusurunun bulunması durumunda, uğradığı zararın tazmini de talep edebilir. Buna karşılık ayıbın

ağırlığının bu derecede önemli olmadığı durumlarda iş sahibi, bu tür ayıplardan dolayı, M.K. m. 2 prensibine aykırı davranmamak kaydıyla, eserdeki ayıbın büyüklüğüne göre, ücretten indirim veya büyük masrafı gerektirmemek kaydıyla eserin onarımını ve yüklenicinin kusurunun bulunması durumunda da uğradığı zararının tazminini talep edebilecektir.²⁵

3.1.2.1.2.2.3. Maddi ve Hukuki Ayıp

“Maddi ayıp, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralınca taşınması gereken fiziksel niteliklerin eserde bulunmamasıdır.”²⁶

Hukuki ayıp ise, eserin özgülendiği amaca uygun olarak kullanılma imkânından hukuken yoksun olmasıdır. Hukuki ayıplar, genellikle kamu hukukunun binalar, araçlar ve diğer üretime konu şeylerin kullanılması ve işletilmesi için güvenlik veya başka açılardan konulan kujrallara uyulmamasından doğmaktadır. Örneğin iskan ruhsatının alınmaması, sanayi makinesi için ithal şartlarına uyulmaması, patent hakkının ihlali gibi hallerde hukuki ayıp söz konusudur. Bu durumda eser, B.K. m.360 anlamında ayıplı olduğundan, iş sahibi, yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilir.

²⁵ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.131

²⁶ YALÇINDURAN, T., Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.113 (naklen)

3.1.2.1.2.2.4. Asli ve İkincil Ayıp

Asli ayıp, eserin teslimi sırasında var olan, ikincil ayıp ise asli ayıpların teslimden sonra yol açtıkları ayıptır. Bu durumda iş sahibi, yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerini uygulayama yoluna gidebilir. Ancak, teslimden sonraki bozulma asli ayıpla bağlantılı değil ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz.

3.1.2.1.2.2.5. Ekonomik Ayıp

İş sahibi teslim edilen eserden beklediği verimi alamıyorsa eser ekonomik olarak ayıplıdır. Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olduğundan bahsedilebilmesi için teslim edilen eserde, yüklenici tarafından gerçekleştirileceği taahhüt edilen olumlu veya olumsuz niteliklerin gerçekleşmemesi ya da eserin kısmen de olsa kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişli olmaması gerekir.

Ekonomik ayıba haiz eserlerden kaynaklı uyuşmazlıklar hakkında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanacaktır.

3.1.2.1.3. İş Sahibince Teslim Alınan Eserin Muayenesi Yapılmış Ve Eserde Belirlenen Ayıplar İhbar Edilmiş Olmalıdır

3.1.2.1.3.1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 359. Maddesinin 1. fıkrasına göre iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin mutat cereyanına göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmeye ve eserde bulunduğu ayıpları yükleniciye bildirmeye mecburdur.²⁷ Burada, iş sahibince yerine getirilmesi gereken muayene ve ihbar külfeti, eserdeki açık ayıplara ilişkin bir külfet olup, bu külfetin yerine getirilmemesi durumunda eser, B.K. m. 362 hükmü gereğince zımnen kabul edilmiş sayılır.²⁸ Ancak, bu külfetlerin vaktinde yerine getirilmemesi halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının düşmesi ağır bir sonuçtur. Kaldı ki, yüklenicinin ayıplı mal teslim etmesi sözleşmeye aykırı ve haksız olduğu halde, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini vaktinde yerine getirmemesinde böyle bir haksızlık yoktur. Bu nedenlerle, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların düşmesinin söz konusu külfetlerin uygun bir yaptırımını olup olmadığı tartışmalıdır.

²⁷ UYGUR,T., İçtihatlı İnşaat Hukuku, s.529

²⁸ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 477 "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır."

İş sahibi bu yükümünü yerine getirmemezse, ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna gidemez. Ancak yüklenicinin kasten sakladığı gizli ayıplar bundan ayrı tutulmaktadır.²⁹

İş sahibinin tüketici niteliği taşıdığı da göz önünde tutularak muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin hükümlerin onu da koruyacak biçimde ve tereddüt halinde özellikle muayene ve ihbar süreleri, iş sahibinin muayenede göstereceği özen ve ispat yükümlülüğünün paylaşılması hususlarında onun lehine yorumlanması önerilmektedir.³⁰

3.1.2.1.3.2. Muayenenin Yapılması

3.1.2.1.3.2.1. Muayenenin Hukuki Niteliği ve Önemi

Muayene satım sözleşmesindeki gibi istisna sözleşmesinde de sadece ihbar külfetinin yerine getirilmesi için bir araçtır. Muayene külfeti, iş sahibinin bir edim borcu olmayıp, bu külfet, eserdeki ayıp dolayısıyla B.K. m. 360'da tanınan hakların kullanımının bir ön şartını oluşturur. Nitekim bu külfetin hiç veya zamanında yerine getirilmemesi, iş sahibi bakımından eserin zımnen kabul edilmesi ve dolayısıyla açık ayıplardan doğan hakların kaybedilmesi sonucunu doğurmaktadır.

²⁹ **GÜNEL, M.C.**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat , s.413

³⁰ **TANDOĞAN, H.**, İmren Öktem'e Armağan, s. 168

3.1.2.1.3.2.2. Muayene Yetkisi ve Muayene Yöntemi

Eser sözleşmesindeki muayene ve ayıpları bildirmeye ilişkin hükümler emredici nitelikte hükümler değildirler. Bu sebeple, taraflar, muayene ve bildirme yükümüne arzu ettikleri muhtevayı verebilirler. Örneğin sözleşmede muayenenin bir bilirkişi tarafından yapılması kararlaştırılabilir; hatta sözleşmede bu bilirkişinin ismen tayin edilmesi de mümkündür. Keza taraflar, muayenenin birlikte yapılacağını da kararlaştırabilirler. Dolayısıyla muayene, öncelikle tarafların muhtevasını belirledikleri şekilde yapılmalıdır. Çünkü bu, her şeyden önce onların iradesine bağlıdır. Muayeneyi iş sahibinin kendisi yapabilir. Ancak bunun için iş sahibinin teslim edilen eserin muayenesi bakımından gerekli teknik bilgiye sahip bulunması gerekir.³¹

İş sahibi dilerse muayeneyi bir uzmana veya bilirkişiye yaptırabilir. Bunun için ayrıca sözleşmeye bir hüküm konulmasına gerek yoktur. Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinde öngörülen bilirkişi raporundan amaç, eserdeki ayıpların resmen tayin edilmiş bir bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek ileride kullanılacak haklar bakımından delil olarak sunulabilmesidir.

İsviçre Borçlar Kanunu Şerhinde de ihbarın muayene etme ödevi doğurduğu vurgulanmıştır.³²

³¹ **TUNÇOMAĞ, K.**, s.130; **TANDOĞAN, H.**, Cilt 1/1 s.170; **SELiÇi, Ö.**, s. 155.

³² **BECKER, H.**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeviren Dr. A. Suat DURA, Yargıtay Yayınları No:14, s.605

3.1.2.1.3.2.3. Muayenenin Süresi

Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince iş sahibi teslim aldığı eseri, işlerin mutat cereyanına göre "imkân bulur bulmaz" muayene etmek ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Muayene ancak objektif olarak mümkün ve makul bir surette beklenebilecek zamanda yapılabilir. İş sahibinin şahsına ait nedenler sürenin uzatılmasını gerektirmez.

Bahse konu muayene külfeti kural olarak tamamlanmış olan eserin teslim alınmasıyla başlar. Dolayısıyla tam teslimin vaki olmadığı durumlarda, iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti söz konusu olmaz.

Tüm bunların yanı sıra taraflar sözleşmede muayene süresi hususunda özel bir düzenleme yapabilirler. Bu durumda bu süreye uyulacaktır. Ancak muayene süresi özenle yapılacak bir muayeneye yeterli olmayacak derecede kısaltılmışsa, işlerin olağan yürüyüşüne göre gerekli süre, bu kısaltılmış olan sürenin yerini almalıdır.

3.1.2.1.3.3. İhbarın Yapılması

Eser sözleşmesinde iş sahibinin ihbar yükümlülüğü, Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1. fıkrası hükmünden doğmaktadır. Anılan madde gereğince, iş sahibi işlerin mutat cereyanına göre imal olunan şeyin tesliminden sonra imkân bulur bulmaz o şeyi muayene etmek ve muayene neticesinde tespit ettiği her türlü ayıbı yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Bu

ayıpların muayene sonunda ortaya çıkması veya sonradan öğrenilmiş olması ihbar külfeti ifası bakımından önemli değildir.

İş sahibinin ayıpları ihbar külfeti, eserde özenle yapılacak muayene ile anlaşılabilirler. Açık ayıplar ve eserin sonradan kullanılması ile ortaya çıkacak olan gizli ayıplar için söz konusu olup, bu külfet aşağıda belirtilen özellikleri ihtiva etmektedir.

3.1.2.1.3.3.1. İhbarın Hukuki Niteliği ve nemi

İhbar süresine ilişkin Borçlar Kanunu hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar açık ya da dolaylı anlaşmaları ile ihbar süresine ilişkin düzenlemede bulunabilirler. Ancak ihbar süresi özenle yapılacak muayeneyi imkânsız kılacak derecede kısaltılamaz.

İş sahibi tarafından ayıpların süresinde bildirilmemesi durumunda, yüklenici, ayıpların geç bildirildiği def'inde bulunabileceği gibi, o ayıbın bildirilmesinin gecikmesi def'inden açıkça ya da dolaylı olarak, örneğin ayıpların giderilmesini kabul etmek suretiyle vazgeçebilir.

İş sahibi, ayıba karşı tekeffül dolayısıyla BK. m. 360'da kendisine tanınan hakları, ancak muayene ve ihbar külfetlerini usulüne uygun olarak yerine getirmek kaydıyla kullanabilir. Aksi durumunda, yani iş sahibi bu külfetleri zamanında yerine getirmeyi ihmal ederse, yüklenicinin edimini itiraz etmeksizin ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır. İhbar yükümlülüğünün vaktinde yerine getirilmediğini ileri sürmek yükleniciye aittir. şayet ayıp vaktinde bildirilmemiş olursa iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşer. Bu durum sabit olduğu takdirde, yüklenici tarafından iş

sahibinin haklarının düştüğü ileri sürülmemiş olsa dahi hâkim bu hususu re'sen hükme bağlar.

3.1.2.1.3.3.2. İhbarın İçeriği

İhbarda ileri sürülen iddialar, gerçeğe uygun olmalı, ayıpların cins ve önemi, itirazın haklı olup olmadığı, yüklenici tarafından ihbardan anlaşılabilmesi ve yüklenici buna göre davranışını ayarlayabilmelidir. Bu sebeple iş sahibi kural olarak, yapacağı ihbarda, dayanacağı her ayıbı ayrı ayrı göstermek ve görünüş biçimine göre de yüklenicinin anlayabileceği biçimde tanımlamak zorundadır.

Bununla birlikte, yüklenici, ayıpların ihbarından önce ayıplar ve bunlarla ilgili olarak iş sahibinin memnuniyetsizliği hakkında bilgi sahibi olursa ya da bu bilgiyi ortak muayeneden veya bilirkişi raporundan edinmek zorunda ise, ayıp ihbarının ayrıntılı olmasına gerek yoktur. Çünkü bu durumda yüklenici yapılacak olan genel bir ihbardan ayıbın ayrıntılarını anlayabilecek durumdadır.

Ayıpların ihbarı beyanında, iş sahibi, kendisinin ayıptan doğan hangi hakkını kullanmak istediği hakkında yükleniciye bilgi vermekle yükümlü değildir. Keza bu beyanın veya ayıptan kaynaklı zararın tazmini isteminin ayıp bildirimini müteakip gecikmeksizin yapılması da zorunlu değildir. Bu halde iş sahibi B.K. m. 360 gereği kendisine tanınan haklara ilişkin seçme muhtariyetini sonradan da kullanabilir veya iş sahibi ayıp ihbarı ile birlikte hangi seçimlik hakkı seçtiğini de yükleniciye bildirebilir.

3.1.2.1.3.3.3. İhbarın Süresi, Şekli ve İspatı

Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1. Fıkrası; "imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkan bulur bulmaz eseri muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur" ifadeleri ile teslim alınan eserin ayıplı olması durumunda dahi, eserin iş sahibince açık veya zımni olarak kabul edilmesi durumunda kasten saklanan ve gizli olan ayıplar dışında yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun sona ereceğini hükme bağlamıştır.

"Eser sözleşmelerinde, alınan eseri muayene ederek gizli ayıpları tespit etme veya bu çeşit ayıplar için eseri muayene etme külfeti iş sahibinin üzerinde bulunmamaktadır. Bu nedenle yukarıda zikredilen Borçlar Kanunu 359. madde hükmünün muayeneye tabi tuttuğu ayıpların açık ayıplar olduğu aşıkardır. Bu açık ayıplara dair ihbar da Borçlar Kanunu'nun 362. maddesi hükmünden çıkarılabileceği üzere "derhal"dır. Ancak muayenenin teknik bakımdan karmaşık tesisatta olduğu gibi uzun süreceği hallerde, bulunan ayıplar yüklenicinin korunmaya değer bir yararı varsa, daha muayene süresi dolmadan, ona derhal bildirilmelidir. Teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar için muayene sonucu beklenmemelidir, meğer ki muayene hemen yapılacak ve kısa sürecek olsun."³³

Eser sözleşmesinde taraflar, muayene ve ihbar sürelerine ilişkin olarak sözleşmeye hüküm koyabilirler. Bununla birlikte taraflarca müştereken belirlenen bu süreler, özenle yapılacak bir muayene için kısa ise, bu konuda olağan süre, belirlenen sürenin yerini alır.

³³ TANDOĞAN, H., Cilt 1/1 s.174 (naklen)

Ayıp ihbarının vaktinde yapılıp yapılmadığını bildirme yükümlülüğü yükleniciye aittir. Bu konuda hakim re'sen karar veremez. Yüklenicinin ayıp ihbarının geç yapıldığını belirtmesi halinde de bildirim vaktinde yapıldığını ispat külfeti iş sahibine ait olmaktadır.³⁴

Konu ile ilgili olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir ilamında³⁵;

“Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına özellikle, her ne kadar eser sözleşmelerinde iş sahibi eseri teslim alırken işlerin mutata cereyanına göre imkanını bulur bulmaz eseri muayene etmek ve kusurları varsa bunları yükleniciye ihbar etmek zorunda ise de, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürmek yükleniciye düşer. Diğer bir deyişle yüklenici kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde hakim bu hususu kendiliğinden göz önüne alamayacağından vaktinde ayıp ihbarı yapılmış gibi yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulaması da bu doğrultuda bulunmaktadır.

Somut olayda davalı yüklenici ancak temyiz aşamasında ayıbın ihbar edilmediğini ileri sürmüş bulunmasına göre zemin kattaki dükkanın 3.90 m. İrtifa yerine 2.90 m. irtifada ve projesine aykırı şekilde inşa edilmiş olmasından doğan davacı zararının ödetilmesine karar verilmesinde yasaya bir aykırılık mevcut değildir.”³⁶

İbarelerini kullanarak ayıp ihbarının bildirim yükümlülüğüne ilişkin olarak görüşünü belirtmiştir.

³⁴ **TANDOĞAN, H.**, Cilt II, s.176

³⁵ **UYGUR, T.**, İçtihatlı İnşaat Hukuku s. 552

³⁶ Yar. 15. HD., 22.02.1990 T., E.3070 , K.736

Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir başka ilamında da;

“Taraflar arasındaki sözleşmede iskan ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur.

Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez.”³⁷

İfadeleri ile eseri teslim alan iş sahibinin ayıpları derhal yükleniciye bildirmesi gereğine dair hüküm tesis etmiştir.

Ayıp çeşitlerinde belirtilen ikincil ayıplar da B.K. m. 362 kapsamına girmektedir. Başka bir deyişle sonradan ortaya çıkan bu ikincil ayıplar ortaya çıkar çıkmaz, inşaat sahibi bunları derhal yükleniciye bildirmelidir. İnşaat sahibi inşaatta bulunan asli ayıpları muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese yüklenici sadece bu asli ayıplar dolayısıyla sorumluluktan kurtulur, ikincil ayıplardan ise sorumlu kalmaya devam eder.³⁸

³⁷ Yar. 15. HD., 04.10.1989 T., E.2731 , K.4015

³⁸ **CELAL, N.**, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005, s.145

3.2. İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Doğan Hakları

3.2.1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü uyarınca, kendisine ayıplı bir eser teslim edilen iş sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek kaydıyla, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı olmaksızın ayıpların önemine göre, onarım, ücretten indirim, sözleşmeden dönme hakları arasında bir seçim yapabilir. Bununla birlikte, iş sahibi sözü geçen seçimlik haklara ilaveten yüklenicinin kusurlu olması şartıyla her durumda ayıbın önemine bağlı olmaksızın, ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini de talep edebilir. Bu tür zararlara ilişkin tazminat talebi, seçilen diğer imkânlarla (dönme, ücretten indirim veya onarım) birlikte ileri sürülebilir. Kural olarak iş sahibinin kendi tasarrufuna bırakılan bu haklar, iş sahibi tarafından serbestçe kullanılabilir. Ne hakim ne de yüklenici onu seçim hususunda sınırlayamaz. Ancak iş sahibince seçim hakkı kullanılırken, Borçlar Kanunu hükümleri (özellikle 360. madde) ile hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibinin (M.K. m. 2) göz önünde tutulması gerekir.³⁹

“İş sahibine tanınan seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu hak, iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilen bir irade beyanı ile kullanılır. İrade beyanına bağlı sonuç da seçilen hakkı taşıyan beyanın yükleniciye varması ile doğar. Böylelikle iş sahibinin seçimlik hakkı sona erer ve iş sahibi beyanıyla bağlı hale gelir. Hukuki sonuç meydana geldikten sonra, iş sahibinin beyanını geri alamamasındaki saik meydana gelen hukuki sonucun

³⁹ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.165

açık ve belirli olması ve kesin sonucun oluşması ile muhatap açısından emniyetsiz bir durumun oluşmasının engellenmesidir. Bununla birlikte hukuki sonuç doğduktan sonra iş sahibinin, yüklenicinin muvafakat etmesi halinde beyanını geri almasında bir sakınca yoktur.”⁴⁰

Yukarıda belirtilen seçim hakkının kullanılması ile kural olarak iş sahibin diğer seçimlik hakları düşmektedir. Ancak bu konuda zarar ve ziyana ilişkin tazminat taleplerine ilişkin hak istisna teşkil eder. Bu hak, kanunda belirtilen şartlarla birlikte diğer hakların yanında talep edilebilir. Keza onarımın başarısız olması durumunda da iş sahibi için seçim hakkı yeniden mevcut olup, bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönme veya ücretten indirim ve kusur durumunda zararının tazminini de talep edebilir.

3.2.2. İş Sahibinin Seçimlik Hakları

3.2.2.1. Eseri Kabulden Kaçınmak (Dönme Hakkı)

Borçlar Kanunu'nun 360/I maddesi gereğince “yapılan şey , iş sahibinin kullanamayacağı ve nasfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir, bu hususta yüklenicinin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” ifadeleri ile ayıplı eserin teslimi durumunda iş sahibinin eseri kabulden imtina edebileceğini sarahaten belirtmiştir.

⁴⁰ **SELİÇİ, Ö.**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 158 v.d. (naklen)

3.2.2.1.1. Eseri Kabulden Kaçınmak (Dönme) Hakkının Hukuki

Niteliği ve Kullanılmasının Sonuçları

“Eseri kabulden kaçınma hakkı, satımda ayıba karşı tekeffül dolayısıyla feshin karşıtıdır. Bu, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve sözleşmeyi geriye etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldıran yenilik doğurucu bir haktır; tam anlamında sözleşmeden dönme niteliğini taşır. Dönme hakkı kural olarak şeyin tesliminden sonra kullanılırsa da, iş sahibi yüklenicinin teslim teklifini kabul etmeyerek de kabulden kaçınabilir; böylece gereksiz yere geri verme yükümlülüklerinin ortaya çıkması önlenir.”⁴¹

Dönme beyanı açık veya zımni bir şekilde yapılabilir. Hatta bu beyanın iş sahibinin açtığı dava dilekçesinde yapılması veya yüklenici tarafından açılan davada iş sahibi tarafından itiraz yoluyla ileri sürülmesi mümkündür. Her iki taraf da tacir ise T.T.K. m. 20/III uyarınca bildirim noter vasıtası veya iadeli taahhütlü bir mektupla yapılması gerekir. Dolayısıyla dönme beyanı sade dava yolu ile kullanılmaz, taraflar arasında uyuşmazlık varsa mahkeme sadece hakkın kullanılıp kullanılmadığının ve sözleşmenin ortadan kalkıp kalkmadığını açıklayan bir hüküm tesis eder. Sözleşmeden dönme için ayrıca yüklenicinin muvafakatine de gerek yoktur.

Sözleşmeden dönülmesi ile taraflar arasındaki hukuki ilişki geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve yasa gereği taraflar edimlere ilişkin geri verme yükümlülüğü altına girerler. Bu geri verme yükümlülüğü aranacak bir borç olup iş sahibinin, geri alması için eseri yüklenicinin emrine hazır tutması yeterlidir. Ayrıca eser iş sahibinin malzemesiyle yapılmış ve ondan ayıplı

⁴¹ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.177 (naklen)

eseri kabul etmesi beklenemiyor ise, malzemenin değeri yüklenici tarafından tazmin edilmek kaydıyla eser aynen geri verilmelidir. Yüklenici, iş sahibinin taşınmazı üzerine monte edilmiş eserleri (asansör, su tesisatı, su deposu gibi) sözleşmeden dönme halinde götürme hakkına da sahiptir.

İş sahibi bu dönme beyanı nedeniyle bir tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Ancak eserin bozulmasından iş sahibinin sorumlu olduğu veya bozukluğun dönmeyi gerektirecek kadar önemli olmadığı durumlar saklıdır.

Eserin bir kısmının ayıplı olması ve bu bölümün kolaylıkla ayrılabilmesi durumunda dahi, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını yalnızca sözleşmenin tamamı için kullanabilir. Bu durumda iş sahibi ayıpsız bölümü uygun bir ücret karşılığında kabule zorlanamaz. Ancak bu durum eserin bir bütün teşkil etmesi durumunda geçerli olup, bütünün parçaları olmayan bölümlerden birinin ayıplı olması durumunda B.K. m. 206/1 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması ile iş sahibi yalnızca ayıplı olan parça için sözleşmeden dönebilir.

“Sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırıldığı bir diğer hal ise eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olması durumudur. Bu durumda da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı sınırlıdır. Zira B.K. m. 360/III hükmü uyarınca, tabiatı icabı eserin ref'i ve kal'inin fazla bir zarara mucip olması halinde iş sahibi sözleşmeden dönemez. Ancak, o sözleşmenin konusunu değiştirici nitelikteki Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ücretten indirim veya onarım haklarını kullanabilir. İstisnai bir durumda sözleşmeden dönme hakkının şartları mevcut ise, iş sahibi ayıplı eseri kendisi onarabileceği gibi, B.K. m. 97/1'e göre hakim kararı olmaksızın

onarım işini üçüncü bir şahsa da yaptırabilir. Dilerse B.K. m. 360/II'ye göre ücretten bir indirim de yapabilir.”⁴²

Dönme beyanı tek taraflı olarak geri alınamaz ve dönme hakkının kullanılmasıyla artık ücret indirimi veya eserin tamir ve onarımı talep edilemez. Tarafların anlaşarak sözleşmeyi eski içeriğiyle canlandırmaları durumu ise saklıdır.

3.2.2.1.2. Dönme Hakkının Kullanılmasının Şekli, Zamanı, İspatı ve Sonuçları

3.2.2.1.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanım Şekli

Dönme hakkı, iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Bu beyan belirli bir şekle tabi değildir. İş sahibi beyanını açık veya zımni bir şekilde yapabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu beyan dava dilekçesinde veya yüklenici tarafından açılan davada itiraz yoluyla da ileri sürülebilir.

“Eser sözleşmesinde, dönme beyanında bulunulduktan sonra artık bu beyan tek taraflı olarak geri alınamaz. Bununla birlikte, dönme beyanı ile içeriği değişen sözleşme ilişkisinin tarafların anlaşmasıyla yeniden eski

⁴² UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.179 (naklen)

içeriğiyle canlandırılabilmesi mümkündür. Bu durumda, canlandırılan sözleşme yeni bir sözleşme değildir.”⁴³

3.2.2.1.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanım Zamanı ve İspatı

Müteahhit tarafından teslimi yapılan eserin ayıplı olması ve Borçlar Kanunu'nun 360. Maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğar. İş sahibi bu hakkını Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde belirtilen zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir. Anılan madde;

“Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaata iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.”

İfadeleri ile sözleşmeden dönme hakkının tabi olduğu süreyi alıcının haklarının müstenit bulunduğu zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerektiğini belirtmiştir.

Sözleşmeden dönme için herhangi bir geçerlilik biçimi belirlenmiş olmadığı gibi belirli bir ispat şekli de yoktur. Bununla birlikte, iş sahibinin dönme beyanını yazılı olarak veya noter vasıtasıyla yapması ispatı kolaylaştıracaktır.

⁴³ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.178 v.d. (naklen)

3.2.2.1.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının

Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, borçların yerine getirilmesinden evvel borçlardan kurtulma, borçların yerine getirilmesinden sonra ise ifa konusu edimlerin geri verilmesi sonucunu doğurur.

İş sahibinin dönme beyanının yükleniciye varmasıyla birlikte, eser sözleşmesi geriye etkili olarak sona erer. Bu hususta yüklenicinin kabul veya muvafakatine ihtiyaç bulunmamaktadır. Sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkınca, bir yandan tarafların karşılıklı olarak yükümlendikleri edimlere ilişkin alacakları sona erer, öte yandan daha önce ifa edilen edimlerin geri verilmesi gerekir. Geri verme, sözleşmenin tasfiyesi hükümleri çerçevesinde yerine getirilir ve ifa esasına uygun olarak yapılır.

Borçlar Kanunu'nun 205/II hükmü gereği, yüklenici ücretini almışsa bunu faiziyle, iş sahibi de eseri, elde ettiği yararlarla birlikte geri vermek zorundadır.⁴⁴ Fakat bu durumda iş sahibi eser için yaptığı bakım, tamir

⁴⁴ 6098 Sayılı Yeni BK m. 229 "Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.
2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.
3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür."

giderleri gibi harcamaları, ayrıca malzeme temin etti ise malzemenin bedelini yükleniciden isteyebilir. Malzemenin değerinde yüklenicinin kusuruyla bir azalma olmuş ise iş sahibi bu azalmanın tazminini de talep edebilecektir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı bir diğer durum olan eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olması durumunda da yukarıda açıklandığı üzere iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı sınırlıdır. Zira tabiatı eserin kaldırılmasının fazla bir zarar doğuracak olması halinde iş sahibi sözleşmeden dönemez. Ancak ücretten indirim veya onarım haklarını kullanabilir. İstisnai bir durumda sözleşmeden dönme hakkının şartları mevcut ise, iş sahibi ayıplı eseri kendisi onarabileceği gibi, BK.m.97/II'e göre hakim kararı olmaksızın onarım işini üçüncü bir şahsa da yaptırabilir. Dilerse BK.m.360/II'ye göre ücretten bir indirim de yapabilir.

3.2.2.1.3. Sözleşmeden Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Sebepler

Borçlar Kanunu'nun 359-363. maddeleri arasında iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının sona erme sebepleri açıkça belirtilmiştir. Teslim edilen eserin ayıplı olmasının iş sahibinin verdiği emirlerden veya iş sahibine isnat edilen bir sebepten doğmuş olması, ayıplı eserin sarahaten veya zımnen kabul edilmesi, zamanaşımı sürelerinin geçmiş olması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi, iş sahibinin tekeffülden doğan sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte diğer haklarının sona erme sebeplerini oluşturur.⁴⁵

⁴⁵ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.184

İş sahibinin sorumlu olduğu bir sebep yüzünden eserin telef olması halinde, dönme hakkının ortadan kalktığını kabul etmek gerekir. Bu halde iş sahibi yalnızca ücret indirimi ve şartları var ise ayıp nedeniyle uğradığı zararının tazminini isteyebilir.

“Yine, iş sahibi, ayıbı bilerek veya bilmeyerek, eserin mülkiyetini başkasına geçirir veya onun üzerinde bir ayni hak tesis eder veya tadil, işleme, birleştirme veya karıştırma yoluyla onun şeklini değiştirirse, B.K. m. 204/II’ye kıyasen sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkar. Bununla birlikte, iş sahibi, eserdeki ayıbı bilerek eseri kullanmışsa, bu durum iş sahibinin fiili davranışıyla çelişkili ve iyi niyet kurallarına aykırı olacağından yine sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkar. Fakat ayıplı eserin kullanılmasında her iki tarafın da bir yararı varsa, örneğin, böylece daha başka zararlar önlenilecek ise (makinenin çalıştırılmasıyla giderilebilecek işletme bozuklukları gibi) bu şekilde bir kullanıma rağmen iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür.”⁴⁶

3.2.2.2. Ücretin İndirilmesi

Eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek kadar önemli değilse, iş sahibi işin kıymetinin noksanı nispetinde ücretin indirilmesini veya büyük giderleri gerektirmemek şartıyla eserin onarımını isteyebilir. Ayrıca, yüklenici kusurlu ise, iş sahibi ücret indiriminin yanı sıra zarar ve ziyanının tazminini de talep edebilir.

⁴⁶ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.185 v.d. (naklen)

İş sahibi tarafından ücret indiriminin talep edilebilmesi için ayıba karşı tekeffülün genel şartları ile birlikte, ayıp nedeniyle eserin değerinde bir eksikliğin meydana gelmesi gerekmektedir. Ayrıca iş sahibi eserin ayıplı olması durumunda, ayıpların bir kısmı için onarım, diğerleri için de ücretten indirim hakkını kullanabilir.

3.2.2.2.1. Ücret İndirimi Hakkının Hukuki Niteliği, Kullanım Şekli Ve Amacı

Sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi, ücret indirimi hakkı da tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan iş sahibinin bozucu yenilik doğuran bir hakkını oluşturur. Yine, sözleşmeden dönmede olduğu gibi ücretten indirim beyanı da, açık veya zımni bir biçimde yapılabilir ve bu beyan iş sahibi tarafından tek taraflı olarak geri alınamaz. Zira, ücretten indirim hakkının tercih edilmesi ve bu tercihin de yükleniciye karşı beyan edilmiş olması, sözleşmeden dönme veya onarım haklarının kullanımından vazgeçildiği anlamına gelir. Dolayısıyla da, indirim hakkının tercih edilmesi diğer hakların ortadan kalkması neticesini doğurur. İş sahibinin ücretten indirim beyanının yükleniciye varmasıyla hukuki sonuç doğar ve sözleşmedeki bedel ayıp oranında daha düşük bir miktara iner. Bu durumda iş sahibinin bedelin bu kısmını yükleniciye verme zorunluluğu da sona erer. İş sahibin bildiri üzerine bedel borcunun niceliğinin değişmesi yasa gereği kendiliğinden gerçekleştiği için, indirilen bu miktarın ayrıca yüklenicinin bedel alacağı ile takas edilmesine ya da iş sahibinin bir takas beyanında bulunmasına gerek yoktur. Ücret indirimi hakkı bir tazminat istemi de değildir. Bu hakkın kullanılmasıyla yüklenicinin ücret alacağıyla takas edilecek bir para alacağı da doğmaz. Önceden indirilen tutardan fazla para ödenmiş

olması halinde, fazlanın geri alınmasına ilişkin alacağın ücret alacağıyla takası söz konusu olmaz. Zira ücret alacağı fazla ödemeyle zaten ortadan kalkmıştır.⁴⁷

Eğer, eser ücreti daha önce yükleniciye hiç ödenmemişse, yüklenicinin indirilmiş miktardan fazlaya ilişkin talebi iş sahibi tarafından borçlu olmadığı gerekçesiyle reddedilebilir. Ancak, yüklenici kısmi ödeme talebinde bulunursa, yüklenicinin bu talebi, iş sahibi tarafından indirilmiş ücret tutarını aşmamak kaydıyla yerine getirilmelidir. Yüklenici, alacağını kısmen temlik etmiş ise, iş sahibi bu durumda yükleniciye ve temellük edene kısmi alacakları tutarlarıyla orantılı indirimler yaparak ödemede bulunmalıdır. Buna karşılık, iş sahibi, indirim hakkını kullanmadan önce indirilmiş ücretten fazlasını ödemiş ise, indirim beyanının varması üzerine bu fazlayı faizleriyle geri alma hakkı doğar. Bu hak, indirim beyanına bağlı olup, bir sebepsiz zenginleşme alacağı niteliği taşımaz. Dolayısıyla, BK.m.363'deki zamanaşımına tabi olur.⁴⁸

Ayıp nedeniyle indirime konu edilecek miktar asla eserin değerini aşamaz. Aksi halde, sırf sözleşmeden dönme durumu söz konusu olurdu. Dolayısıyla ücretten indirim, en fazla eserin bedeli kadar olup, eserin değerini geçemez.

⁴⁷ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.186

⁴⁸ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.187

3.2.2.2.2. Ücret İndirimi Hakkının Özel Şartları

İş sahibinin ücretten indirim talebinde bulunabilmesi için ayıba karşı tekeffülün yanı sıra eserde bir değer kaybı oluşmalı ve ayıplı eser az çok bir değer taşımalıdır. Değer eksikliği ayıplı olarak teslim edilen eser ile ayıpsız olarak farz edilen eser arasındaki farktır. Bu fark da objektif değere göre belirlenir.

Ücretten indirim hakkı, sözleşmeden dönme hakkının söz konusu olduğu durumlarda da seçimlik olarak kullanılabilir. Bununla birlikte eser ücretinde indirilecek bedelin ücret ile aynı olduğu durumlarda sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi gerekir.

3.2.2.2.3. Ücret İndiriminde Değerlendirmenin Yapılacağı Zaman

Eser sözleşmesinde hasar teslimle geçtiğine göre, ücret indirimi bakımından yapılacak olan değerlendirme teslim anı dikkate alınarak belirlenmelidir. Eserdeki ayıplar gizli ayıp ise, değerlendirme bu gizli ayıpların ortaya çıktığı tarihteki ayıplı eserin piyasa değeri göz önüne alınarak yapılır. Fakat ücret indirimi yapılırken eserdeki ayıbın yüklenici ile iş sahibinin müterafik kusuru sonucu oluşup oluşmadığının göz önünde tutulması gerekir. Eğer iş sahibi yükleniciyle birlikte eserdeki ayıba sebebiyet vermiş ise bu

durumda hakim, Borçlar Kanunu'nun 44/l maddesine göre indirim konu tutarı azaltabilir.⁴⁹

3.2.2.2.4. Ücretten İndirilecek Tutarın Hesaplanması Tarzı

Ayıp nedeniyle eserin değerinde meydana gelen eksiklik üzerine ücretten yapılacak indirim, ücretin sözleşme ile veya kanun gereği belirlenen bedeli üzerinden değer eksikliği nispetinde yapılır ve bu indirimde, satış bedelinin indirilmesi hükümleri uygulanır.

Bu hakkının kullanılmasıyla, ücret, eserin ayıpla bağlantılı olduğu azami miktar ile yer değiştirmiş olur. Ücretten indirilecek bu tutar iş sahibi tarafından kanıtlanmalıdır.

3.2.2.3. Onarım Hakkı

Teslim olunan eserdeki ayıplar önemli derecede öneme haiz değilse, iş sahibi B.K. m. 360/II'ye dayanarak, dilerse eserdeki ayıbın tamirini de isteyebilir. Bu hakkı kullanmak da yüklenicinin seçenekleri arasındadır.

⁴⁹ 6098 Sayılı Yeni BK m. 52 "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."

Ayıpların giderilmesini talep hakkı da diğerlerinde olduğu gibi bu iradenin yükleniciye açıklanmasıyla yapılır.⁵⁰

Eserdeki ayıpların giderilmesini talep edebilmek için ayıba karşı tekeffülün yanında ayıbın objektif olarak ortadan kaldırılmasının mümkün olması ve ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesi gerekir. Bu durumda iş sahibi dürüstlük kuralı gereği ücretten indirim veya sözleşmenin feshini isteyebilir.

İş sahibi, ayıpların onarım suretiyle giderilmesini istediği halde, yüklenici onarım borcunu ifada temerrüde düşerse, iş sahibi Borçlar Kanunu 106. maddedeki seçimlik haklarını kullanabilir. Keza bu durumda iş sahibi Borçlar Kanunu 97. madde gereği borç, borçlu tarafından ifa edilmediğinden masrafı yükleniciye ait olmak üzere ayıbın onarım yoluyla giderilmesine izin verilmesini de isteyebilir.⁵¹

⁵⁰ **KARATAŞ, İ.**, Eser Sözleşmeleri, s.168

⁵¹ 6098 Sayılı Yeni BK m. 113 "Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.

Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.

Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafı borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir."

3.2.2.3.1. Onarım Hakkının Hukuki Niteliği, Kullanım Biçimi ve İspatı

Onarımı isteme hakkı, diğer ayıptan doğan haklarda olduğu gibi, iş sahibince yükleniciye varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılabilir. Onarımı talep etme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, bu hakkın kullanımı için, iş sahibinin yükleniciye varması gerekli tek taraflı irade beyanı yeterlidir. Dolayısıyla, bu hususun bir dava açılarak ileri sürülmesine veya bu hakkın kullanımına yüklenicinin rıza göstermiş olmasına gerek yoktur. Bu beyan ise açık veya zımni bir biçimde yapılabilir ve beyanın yükleniciye varmasıyla da hukuki sonuç doğar.⁵²

“İş sahibi, ayıbın giderilmesi konusundaki beyanı yükleniciye vardı mı, artık bundan tek taraflı olarak geri dönemez ve sözleşmeden dönme yahut ücret indirimi yollarından birine gidemez. Gerçi ayıbın giderilmesi isteminin sırf mantık açısından sözleşmeden dönme olanağını ortadan kaldırmadığı akla gelebilir; ancak iş sahibi ayıbın giderilmesini istemekle sözleşmeyi ayakta tutma iradesini açıklamış olur ve yüklenicinin bu beyana olan güveni korunmalıdır. Bununla birlikte, yüklenici ayıbı giderme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmüş veya bu borcun yerine getirilmesi objektif bakımdan imkansızlaşmış veyahut yüklenicinin çabalarına rağmen ayıp kısmen veya tamamen giderilememiş ise, iş sahibi için duruma göre sözleşmeden dönme veya ücret indirimi isteme yolları yeniden açılır. Bundan başka iş sahibinin ayıbın giderilmesini istemiş bulunmasına rağmen karşılıklı anlaşma ile bundan dönülmesi veya bu istemin geçerli olarak yapılıp

⁵² UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.195

yapılmadığını tartışan yüklenicinin iş sahibinin sonraki dönme veya ücret indirimi beyanına karşı koymaması da mümkündür.”⁵³

Yüklenicinin onarılan eseri yeniden teslim etmesi durumunda, ilk teslimdeki kurallar aynen geçerli olur. Dolayısıyla iş sahibi ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanmak istiyorsa, eseri muayene etmek ve tespit edilen ayıpları yükleniciye ihbar etmekle yükümlüdür. Eğer iş sahibi, onarılan eserde bulunan ayıbı yükleniciye tekrar ihbar etmezse, ayıptan doğan tüm haklarını kaybeder.

3.2.2.3.2. Onarım Borcunun İçeriği ve İfası Usulü

Ayıbın giderilmesi borcu, inşa eserinde onarım ve düzeltme yaparak, söz konusu inşa eserini sözleşmeye uygun (ayıpsız) bir hale getirmek için, masrafları kendisine ait olmak üzere yüklenici tarafından yerine getirilmesi gereken tüm yükümlülükleri içerir. Bu durumda inşaat sahibinin, ayıpsız bir inşa eseri meydana getirilmesini talep hakkı, inşa eserindeki ayıbın giderilmesi hakkına dönüşmüş olur. Böylece burada yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, meydana getirdiği inşa eserindeki ayıpları ortadan kaldırarak, inşaat sahibinin ayıpsız bir inşa eserinden elde edeceği menfaati sağlaması gerekmektedir.⁵⁴

Yüklenicinin ayıbı nasıl gidereceği kendi seçimine bağlıdır. İş sahibi aralarında aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe, yükleniciye talimat veremez. İş sahibi, ayıbın giderilmesi yüzünden, kendisine ayıpsız eser

⁵³ **TANDOĞAN, H.**, Cilt II, s.193 (naklen)

⁵⁴ **CELAL, N.**, Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, s.177

teslim edildiği durumdan daha kötü bir durum içine sokulmamalıdır. Bu nedenle eserinden tesliminden sonra masraflarda meydana gelen artışlardan yüklenici sorumludur.

“Yüklenici ayıpları giderirken yalnız emeğe ilişkin masrafları değil, malzemeye ilişkin olanları da karşılamalıdır. Ayıpların giderilmesi bir mimar veya mühendisin hizmetlerini gerektiriyorsa ve onun iş sahibine karşı ayıpların giderilmesi sırasında bu hizmetleri yapma yükümlülüğü yoksa, ücreti yüklenici tarafından ödenmelidir. Yüklenicinin ayıpların giderilmesine hazırlık çalışmalarını (bozuk pis su borusunun çıkarılması için duvarların yıkılması gibi) ve eski halin yerine getirilmesi çalışmalarını (yıkılan duvarın tamiri, sıvası, boyası gibi) yapmak ve bunların masraflarına katlanmak yükümlülüğü vardır.; bu yükümlülük ayıbı giderme borcundan çıkan bir yan yükümlülük olup bir çeşit tazminat borcu sayılır ve kusur şartına bağlı değildir. Buna karşılık, iş sahibi eserin ayıbın giderilmesi süresinde uğradığı kar yoksunluğunun tazminini ancak kusur şartına bağlı olarak ve ayıp sonucu zararın tazmini çerçevesi içinde isteyebilir.”⁵⁵

Kural olarak ayıp giderimi masrafları yüklenici tarafından karşılanırsa da bu kural kesin olmayıp hakkaniyet prensibinden doğan istisnaları vardır.

Örneğin, başlangıçta ayıpsız ifa yapılsaydı yine iş sahibine düşecek masraflar onarım sırasında da ona ait olmalıdır. Keza, ayıbı giderme masrafları B.K. m. 360/II anlamında “aşırı” olacak ise, yüklenicinin ayıbı gidermesi için masrafların bir kısmını iş sahibi üstlenebilir. Bununla birlikte, iş sahibi haklı bir neden olmaksızın onarım hakkını kullanmakta gecikmiş ve ayıbın büyümesine veya fiyatların pahalılaşmasına neden olmuş ise, bu yüzden doğan fazla masrafları kendisi ödemelidir. Tüm bu hallerde iş sahibi

⁵⁵ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.195 (naklen)

kendisine düşen masraf payını avans olarak yükleniciye vermeli veya bunun için bir teminat göstermelidir.⁵⁶

3.2.2.3.3. Onarım Hakkının Şartları

Onarım hakkının kullanılabilmesi açısından ilk olarak ayıbın eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması gerekir. Ayrıca bu şartın yanı sıra ayıba karşı tekeffülün genel şartları ile birlikte aşağıda belirtilen şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Bu şartlardan ilki eserdeki ayıbın giderilebilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır. Nitekim eserdeki ayıbın kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı ya da kaldırılmasının imkansız olduğu durumlarda onarım hakkı kullanılamaz. Ancak imkansızlığın yükleniciye isnat olunabilecek bir nedenden doğmuş olması, iş sahibi tarafından ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Yine eserdeki ayıbın kısmen giderilmesinin mümkün olduğu durumlarda, iş sahibi giderilmesi mümkün olan kısım için onarım hakkını kullanmakta muhayerdir.

Bahse konu şartlardan ikincisi ise Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "onarımın aşırı masraf gerektirmemesi"dir. İş sahibi ancak eserdeki onarımın aşırı bir masraf gerektirmemesi durumunda onarım talebinde bulunabilir. Eğer onarım masrafı aşırı ise yüklenici onarım talebini reddedebilir. Bu durumda iş sahibi, ücretten indirim veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

⁵⁶ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.197

3.2.2.3.4. Yüklenicinin Onarım Borcunu İfada Temerrüdü ve Temerrüdün Sonuçları

İş sahibi ayıbın giderilmesini talep edince, yüklenici derhal bu yönde çalışmalara başlamak ve objektif, orta zekalı, normal bir yükleniciden beklenen süre içinde bu ayıbı ortadan kaldırmak zorundadır. Yüklenici beklenen süre içinde eserin tamirini sağlamazsa, iş sahibi ihtar çekerek onu temerrüde düşürebilir.⁵⁷

Belirtildiği şekilde yüklenici, onarım talebine rağmen borcunu ifada temerrüde düşerse iş sahibi bu durumda bir takım seçeneklere sahip olur. İş sahibi dilerse işin yerine getirilmesinde ısrar edebilir, eser ücretini ödemekten imtina edebilir veya gecikme nedeniyle uğradığı zararının tazminini yükleniciden isteyebilir. Ayrıca yüklenicinin onarım işini azaltabilir veya yükleniciden vazgeçerek başka bir yükleniciden onarım işini yapmasını isteyebilir. İş sahibinin onarımı kendisinin gidermesini tercih etmesi durumunda masrafları yükleniciye tazmin ettirebilir.

“Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi ona makul bir süre verir ve bu süre içinde de ayıbı giderme tamamlanmazsa, B.K. m. 106'daki seçimlik hakları eser sözleşmesinin özellikleri hesaba katılmak kaydıyla kullanabilir. İş sahibinin her şeyden önce ifada, yani ayıbın giderilmesinde ısrar etmesi mümkündür. Bunun yerine ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme veya sözleşmeden dönme yollarından birine de gidebilir; öte yandan yüklenici müspet zararın tazmininden kusuru olmadığını kanıtlayarak kurtulabileceğinden, iş sahibinin kusura dayanmayan ücret indirimi hakkını

⁵⁷ ERGEZEN, M., Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s.86

saklı tutmak gerekir. Böylece süre sonunda iş sahibinin ayıptan dolayı başlangıçta sahip olduğu haklar geri geldiği gibi, bunlara ayıbın giderilmesi borcunun yerine getirilmemesinden doğan zararın, yani müspet zararın tazminini isteme hakkı da eklenir.”⁵⁸

İş sahibince onarım için bir süre tayin edilmediği hallerde de, yüklenici, ayıbın kapsam ve önemine göre gerekli olan süre içerisinde işi tamamlamak zorundadır. Aksi takdirde, iş sahibinin ihtarıyla temerrüde düşer. Yüklenicinin tutumundan bir süre verilmesinin yararsız olduğunun anlaşılması ve özellikle yüklenicinin onarımı yapacak güce sahip bulunmaması veya onarımı kesin olarak reddetmesi ya da çok gecikmiş olması dolayısıyla verilecek olan sürenin kendisine yetişmeyeceğinin anlaşılması, aşırı masraf itirazında bulunmaya hakkı olmadığı halde böyle bir itirazda bulunarak talebi reddetmesi gibi durumlarda iş sahibi, artık bir süre vermeksizin diğer seçimlik haklarını kullanabilir.⁵⁹

Bununla birlikte yüklenicinin temerrüdünün söz konusu olabilmesi için iş sahibince, onarım için hem makul bir süre belirlenmiş hem de onarım işinin rahat ve uygun bir şekilde yapılması için iş sahibi tarafından yükleniciye elverişli bir ortamın hazırlanmış olması gerekir.

Onarım harcamalarının aşırı olmadığı durumlarda, iş sahibinin onarım talebine rağmen, yüklenicinin bu talebi yerine getirmemesi durumunda, iş sahibi sözleşme gereği ayıptan doğan hakları için sahip olduğu seçimlik hakları tekrar kullanabilir duruma gelir. Bu durumda iş sahibi, Borçlar Kanunu'nun 101. Maddesi gereği yükleniciyi onarım için uyararak temerrüde düşürebilir ve yine aynı yasanın 106. maddesine göre hareket edebilir. Bu

⁵⁸ **TANDOĞAN, H.**, Cilt II, s.199 (naklen)

⁵⁹ **UÇAR, A.**, Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.203

şekilde yükleniciye verilen ikinci sürenin de menfi geçmesi durumunda, iş sahibi edimin ifasını talep edebilir veya bu ifadan vazgeçebilir.

Böylece iş sahibi, yüklenicinin onarım borcunu ifada temerrüde düşmesi durumunda ona makul bir süre tanıyarak bu süre içerisinde ayıp giderilmezse eser sözleşmesinin özelliklerini de hesaba katarak dilerse Borçlar Kanunu'nun 106. Maddesindeki seçimlik hakları kullanabilir. Zira Borçlar Kanunu hükümlerine göre, sözleşmenin taraflarından biri sözleşmeye aykırı davrandığı, mütemerrit olduğu takdirde diğer tarafın üç hakkı söz konusu olmaktadır. Bu durumda alacaklı (iş sahibi), borcun ifası için mütemerrit tarafa (yükleniciye) makul bir süre vererek bu süre zarfında borç ifa edilmez ise, borcun ifasını ve gecikme nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini talep edebilir (B.K. m. 106/II, birinci cümle). Bir diğer imkan, alacaklı isterse borcun ifasından ve gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazmini talebinden vazgeçtiğini derhal beyan eder ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının tazminini talep edebilir (B.K. m. 106/II,2. Cümle). Nihayet alacaklının kullanabileceği bir diğer imkan da, akdi feshederek vaat ettiği şeyi vermekten kaçınır ve verdiği şeyi de geri alabilir. Keza bu durumda alacaklı, sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı uğradığı zararının tazminini de talep edebilir (BK.m.106/II,108). Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle iş sahibi mahkemeye başvurmuş ise, bu durumda hakim, sözleşmenin bütün hükümlerini göz önünde tutarak tarafların sözleşmeden doğan borçlarını zamanında ve gereği gibi yerine getirip getirmediğini, diğer bir deyimle hangi tarafın kusurlu ve mütemerrit olduğunu saptaması ve davacıya, davasını yukarıda açıklanan üç şıktan hangisine dayandırdığını açıklattırması gerekir. Hakim bu açıklama ile birlikte Borçlar Kanunu'nun 360. Maddesi hükümlerini göz önünde tutarak talebin yerinde olup olmadığını araştırmalı ve kararını bunun sonucuna göre vermelidir. Yüklenicinin müspet zararı tazmininden kusuru olmadığını kanıtlayarak kurtulması mümkün olduğu için,

iş sahibinin kusura dayanmayan ücret indirimi hakkını saklı tutmuş olması gerekir. Böylece, süre sonunda iş sahibinin ayıptan dolayı başlangıçta sahip olduğu haklar geri geldiği gibi, bunlara onarım borcunu yerine getirmemesinden doğan zararın yani müspet zararın tazminini isteme hakkı da eklenmiş olur.⁶⁰

3.2.2.3.5. Onarıma İlişkin İfa Davası ve Ayıpların Masrafı Yükleniciye Ait Olmak Üzere Giderilmesi

Yüklenici, ayıbı giderme ediminde bulunması gerekmesine rağmen, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, iş sahibi Borçlar Kanunu'nun 97/1 hükmüne göre mahkeme yoluyla masrafı yükleniciye ait olmak üzere ayıbın kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından giderilmesine izin verilmesini isteyebilir.

İş sahibi ayıbın giderilmesine dair masraflara ilişkin alacak hakkını yüklenicinin ücret alacak hakkıyla takas edebilir. Masraflara ilişkin alacak bir tazminat alacağı da olmayıp, ayıbın giderilmesinin hasarı da yükleniciye aittir. İş sahibi ayrıca kendisi tarafından ayıbın giderilmesi durumunda, ayrıca kar ve genel gider payı almadan işçilik ve malzemenin kendisine mal olduğu bedeli masraf olarak isteyebilir.

İş sahibinin ayıbı üçüncü bir kişiye gidertmek istemesi durumunda da en ucuzu bulma yükümlülüğü yoktur. İş sahibi güvendiği bir üçüncü şahsa işi verebilir. Bu durumda yüklenici ile üçüncü şahıs arasında bir borç ilişkisi doğmaz. Üçüncü şahıs ücretini iş sahibinden alır, iş sahibi de bunu masraf

⁶⁰ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.204 v.d.

olarak yükleniciye yükler. İşin pahalıya tamamlanmasının rizikosunu yükleniciye aittir. İş sahibi masraflar için üçüncü şahsa avans vermek zorunda değildir, bu halde yüklenici avans vermelidir.

İcra İflas Kanunu'nun 30. maddesi hükmüne göre iş sahibi onarıma dair ilamı icra dairesine sunduğu takdirde icra memuru, icra emrini tebliğ ederek yükleniciye ilamda belirtilen süre içinde ya da ilamda süre yoksa işin mahiyetine göre bir süre tayin ederek onarım işini yapmasını yükleniciden ister. Yüklenici bu sürede işe başlamaz veya bağlamasına rağmen bitirmez ise bu durumda işin başkası tarafından yapılabilir olması ve iş sahibinin de talepte bulunması halinde işin yapılması için gerekli masraflar icra memurunca bilirkişiye takdir ettirilir. Bu masraf iş sahibinin de muvafakati durumunda ileride ayrıca bir karara gerek duyulmaksızın yükleniciden tahsil olunmak üzere şimdilik iş sahibinden alınarak hükmolunan iş yaptırılır. Eğer iş sahibinin muvafakati yoksa ayrıca bir karara gerek olmaksızın borçlunun yeterli miktarda malı haczedilip paraya çevrilmek suretiyle o iş yaptırılır.

“Ayıbı gidermek için hakimden izin almak veya icra memuruna başvurmak zahmetli olduğu için, çoğu zaman iş sahibi bu yollara gitmeden kendiliğinden ayıbı gidermekte veya gidertmektedir; bu takdirde, iş sahibinin masraflarını yükleniciden isteyip isteyemeyeceği ve isteyebilirse bunu hangi hükme dayandırabileceği sorunu ortaya çıkar. İş sahibinin masraflara ilişkin talebini B.K. m. 360/1 ve II'ye dayanan ayıp sonucu zararın tazminine ilişkin bir talep olarak ileri süremeyeceği veya sebepsiz zenginleşmeye yahut vekaletsiz iş görmeye dayandıramayacağı savunulmaktadır. Bazı yazarlar, yüklenicinin ayıbı gidermede temerrüdü üzerine, iş sahibinin ifadan vazgeçip ifa etmemeden doğan zararının tazminini ve bu tazminat içinde ayıbı giderme masraflarını isteyebileceği düşüncesindedirler; bu tazminat ayıbı giderme masraflarının yerini aldığından B.K. m. 360 ile bağdaşmayan yeni bir seçimlik hakkın ortaya çıkmasına yol açmamaktadır demektedirler. Bununla birlikte,

burada bir tazminat talebi söz konusu olduğundan masrafların ödenmesi talebinden farklı olarak, bu talep temerrüdün yüklenicinin kusurundan veya yardımcılarının onu sorumlu kılan bir eyleminden ileri gelmesini gerektirir ve B.K. m. 43 uyarınca indirim tabidir; bundan başka, yüklenici ayıbı gidermenin hasarını taşımadığı gibi, masraflar için avans vermekle de yükümlü değildir. Yüklenici ayıbı gidermeyi kesinlikle reddettiği veya bunu yapacak güçte olmadığı hallerde, ona süre verilmesine tayinine veya temerrüde düşmesini beklemeye hacet olmaksızın, ondan ifa etmemeden doğan zararın tazmini istenebilir.”⁶¹

3.2.2.4. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararı Tazmin Ettirme Hakkı

Yukarıda her bir başlık altında ayrı ayrı açıklandığı üzere Borçlar Kanunu'nun 360. maddesine göre ayıplı bir eserin teslimi durumunda iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönme, ücret indirimi ya da onarım hakkını kullanabilir. Ayrıca bu durumlarda yüklenicinin kusurlu olması halinde uğradığı zararların tazminini de isteyebilir. Ancak bu zarar tazmini talebi ancak diğer üç seçimlik haktan biri ile birlikte kullanılabilir.

3.2.2.4.1. Ayıp Sonucu Uğranılan Zarar Kavramı

Ayıp sonucu uğranılan zarar, ayıbın eserde meydana getirdiği kıymet noksanlığı dışında kalan her türlü zarardır. Dolayısıyla bu zarar,

⁶¹ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.202 v.d. (naklen)

sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarım haklarının birinin seçilerek kullanılmasına rağmen ortadan kalkmayan ve ayıp ile arasında illiyet bağı bulunan zararlardır. Bu itibarla böyle bir zararın söz konusu olabilmesi için yüklenici sözleşmeye aykırı olarak kusurlu davranmalı, ayıplı bir ifade bulunmalı ve iş sahibi de bu yüzden bir zarara uğramış olmalıdır.

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi uyarınca yüklenicinin kusuruna bağlı olmaksızın kullanılabilen sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarım hakları ile iş sahibi, eserde ortaya çıkan ayıplardan dolayı karşılaştığı somut (müspet) zararı tazmin ettirmektedir. Sözleşmeden dönme, ücretten indirim, onarım hakları, bozulmuş bulunan edim-karşı edim dengesini sağlamaya yönelik haklardır; bu haklarda bizatihi eserde somutlaşan zararın, iş sahibinin ifa menfaatine en uygun biçimde karşılanması düşünülmüştür. Buna karşılık, ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmininde ise, eserin ayıplı ifası dolayısıyla iş sahibinin diğer mal veya şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan ek zararların tazmini söz konusudur.⁶²

3.2.2.4.2. Ayıp Sonucu Uğranılan Zararın Kapsamı, Tazmin Şartları ve Tazmin Usulü

Ayıp nedeniyle uğranılan zarar, bu ayıplı eser nedeniyle ortaya çıkan maddi ve şahsi kayıplar ile kazanç kayıplarıdır. Burada zarar eserde değil, iş sahibinin diğer mal ve şahıs varlığı değerleri üzerinde ortaya çıkmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 360. Maddesinde zikredilen ayıp nedeniyle uğranılan zararlar, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarıma rağmen

⁶² SELİÇİ, Ö., Müteahhidin Sorumluluğu, s.182

giderilemeyen ve ayıp ile arasında illiyet bağı olan zararlardır. Bu zararlar öncelikle mal varlığının eksilmesi şeklinde fiili zarar olarak ortaya çıkabilir veya kar mahrumiyeti şekline bürünebilir.

Ayıp sonucu uğranılan zararlar, sebebini ayıbın oluşturduğu, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarıma rağmen giderilemeyen zararlar olduğundan, ayıp niteliğine bürünmeyen ve eserdeki ayıptan kaynaklanmayan iş sahibinin uğradığı diğer zararlar ayıp sonucu uğranılan zararların kapsamı dışında kalırlar. Bu tür zararlar ayıba bağlı olmaksızın, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları yüzünden iş sahibinin uğradığı zararlardır. Örnek olarak, yüklenicinin ya da yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından, eserin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uyamamalarıyla iş sahibinin başka şeylerini bozmalarından veya kişisel varlıklarını ihlal etmelerinden ya da eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlar ayıp sonucu ortaya çıkan zararların kapsamı dışında kalırlar. Özellikle yüklenicinin yüklediği işin icrasındaki özen borcuna aykırı davranışının yol açtığı zararlar ayıp niteliğine bürünmedikçe ayıp sonucu uğranılan zarar olarak nitelendirilmezler ve bu tür zararlar genel hükümlere göre tazmin edilir.⁶³

Yukarıda belirtilen bu özen borcuna aykırılıktan doğan zararlar, Borçlar Kanunu'nun 356 ve 96 v.d. hükümlerine göre tazmin edilirler. Ayıp sonucu uğranılan zararlar ise Borçlar Kanunu 360. Madde çerçevesinde, tekeffülü ortadan kaldıran sebeplerin mevcut olmaması, özel zamanaşımı kurallarına uyulması, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması, yüklenicinin kusurlu davranışı neticesinde bir zararın doğması şartları ile birlikte tazmin edilirler.

⁶³ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.213 v.d.

Yüklenici veya yardımcılarının işin yapımı sırasında esere değil de iş sahibinin başka bir emtiasına zarar vermeleri de özen borcuna aykırılık teşkil etmekte olup, ayıp nedeniyle uğranılan zarar kapsamında yer almazlar.

Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibinin onarım hakkını tercih etmesi ve bu onarım sırasında başka yerlere de yüklenici tarafından zarar verilmesi durumunda, yüklenici bu zararları da gidermekle yükümlüdür. Ancak bu zararlar B.K. m. 360'da yer alan ayıp nedeniyle zararın giderilmesine değil, B.K. m. 96 hükmüne göre giderilir.

Eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin uğradığı manevi zararlar da ayıp sonucu uğranılan zararların kapsamı dışındadır. Bu gibi zararların tazmin edilebilmesi için borca aykırı eylemin iş sahibinin beden bütünlüğüne veya kişilik haklarına bir zarar vermiş olması gerekir. Bu zarar da Borçlar Kanunu'nun 98/III maddesinin yollamasıyla, B.K. m. 47 ya da 49'da yer alan şartların oluşması, yapılan tecavüzün ve kusurun da özel bir ağırlıkta olması şartıyla tazmin ettirilebilir.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay,

“Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizden tetkiki taraflar vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmeden dönen davacı- yüklenicinin müspet zarar kapsamındaki kar mahrumiyeti alacağını talep edemeyeceğine, ancak, sözleşmenin ifası uğruna yaptığı saptanıp hüküm altına alınan giderleri isteyebileceğine ve sözleşmenin ademi ifayla sonuçlanmasında davalılardan yönetim kurulu başkanı olan R.Y.'nin de şahsen kusurlu bulunmasına, böylelikle bu davalının da mahkemece sorumlu tutulmasında

bir yanlışlıktan söz edilemeyeceğine göre davacının tüm, davalıların diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

2-Davalıların, hüküm altına alınan manevi tazminata yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Eser sözleşmesine aykırılık nedeniyle B.K.nun 49.maddesi uyarınca istemde bulunulması yasaya ve Yargıtay'ın bu konuda yerleşik içtihatlarına göre olanaklı ise de, salt sözleşmeye aykırılık manevi tazminat istemi için yeterli değildir. Bu aykırılığın özel hal ve şartlar sebebiyle aynı zamanda davacının haklarını M.K.nun 24.maddesi anlamında zedelediğinin ortaya çıkması ve bu yüzden de B.K.nun 41.maddesi gereğince haksız bir eylem olarak nitelenmesi gerekir. Olayda manevi tazminat isteminin kabulü için ortaya konan deliller talebin kabulüne elverişli olmadığı halde bu istemin reddi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek hüküm altına alınması doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ; Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacının tüm, davalıların diğer temyiz itirazlarının reddine, temyiz olunan kararın ikinci bent uyarınca davalılar yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1.720.000 lira ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine, 16.1.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁶⁴

Şeklinde karar vererek, salt sözleşmeye aykırılığın manevi tazminatı gerektirmeyeceğini ilama konu etmiştir.

⁶⁴ Yar. 15. HD. , 16.01.2002 T., E.2001/5631 , K. 2002/136

Yüklenicinin ayıbı bildiği halde, bunu kasıtlı olarak iş sahibine bildirmemesi durumunda yüklenicinin özen ve ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği durumu ortaya çıkar. Nitekim özen borcu, sözleşmenin kurulması ile başlayan ve eserin ayıpsız bir şekilde tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi ile sona eren bir borçtur. Bu itibarla, yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi, hakların ve borçların ifa edilmesindeki en temel prensip olan Medeni Kanun 2. maddeye de aykırılık teşkil etmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan zararlar da özen borcunun ihlali neticesinde ortaya çıkan zararlarla bir tutularak B.K. m. 356 ile 96 v.d. maddeleri hükümlerine göre tazmin edilmelidir.

3.2.2.4.3. Tazminat Talebinde Kusur Şartı ve Kusurun İspatı

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesindeki düzenleme gereği iş sahibi, eserin ayıplı olmasında yüklenicinin bir kusuru bulunmasa bile, sözleşmeden dönme, onarım ya da ücret indirimi haklarını kullanabilmektedir. Ancak, iş sahibinin ayıp nedeniyle uğradığı zararları tazmin yoluna gidebilmesi için ayıbın meydana gelmesinde yüklenicinin kusurunun bulunması gerekmektedir.

Eserin ayıplı olması ve bunun sonucunda ortaya çıkan zarar, yüklenicinin veya iş sahibinin ya da her ikisinin beraber sebebiyet verdikleri kusurlu bir fiilden kaynaklanmış olabilir. Eğer, eserdeki ayıp ve zarara yüklenici sebebiyet vermiş ise yüklenici bu zararı tazminle yükümlüdür. Bununla birlikte, eserin ayıplı olarak imalinde iş sahibi tamamı ile kusurlu ise, yüklenici bu durumda Borçlar Kanunu'nun 361. maddesi gereği

sorumluluktan kurtulur. Eğer kusur müterafik (ortaklaşa) ise bu durumda bir kusur oranı tespit edilerek tazminat miktarı bu orana göre belirlenir.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında;

“Davalı idare, gerek inşaat yerinin seçiminde ve gerekse projelerde üstüne düşen dikkat ve hassasiyeti göstermediği gibi, davacı yüklenici de, bu hususları bile bile ikaz görevini yerine getirmeden inşaatı yapmış olması sebebiyle kusurludur. Dosyadaki tespit raporu ile yüklenicinin olaydaki kusurunun 5/8 olduğu ehil bilirkişiler tarafından belirtilmiş olmasına göre, mahkeme, davacı yüklenicinin, olaydaki kusur oranını göz önünde tutarak alacağını tespit etmesi ve buna hükmetmesi gerekirken bu hususları göz ardı edere, yazılı şekilde hüküm kurması yasaya aykırıdır.”⁶⁵

İfadeleri ile ortaklaşa kusurun zararın hesaplanmasında dikkate alınacağını sarahaten belirtmiştir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin kusur sorumluluğu hakkında, hizmet sözleşmesinde işçinin özenden sorumlu olduğu prensibi uygulanır. Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması ya da bilgisini gerektiği şekilde kullanması da genellikle onun kusurlu davranışı olarak takdir edilir. Bu sebeple de uzmanlığı olmamasına rağmen uzmanlığı gerektiren bir eserin imali işini üzerine alan ve bu hususta uzmanlığa sahip bir yardımcı da kullanmayan yüklenici, ortaya çıkan zararlardan sorumlu olur. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmenin uzman tarafı olarak, uzmanlığını tamamen iş sahibinin emrine vermeli, eserin ayıpsız olarak imalini engelleyebilecek durumlar hakkında gerekli koruma önlemlerini almalı, bu hususta iş sahibini uyarmalı, yine eserin imali hususunda iş sahibine bilgi vererek onu aydınlatmalıdır. Yüklenici, özen borcundan ve her şeyden önce

⁶⁵ Yar. 15. HD., 4.7.1989 T., E.4668 , K.3242

MK.m.2'den kaynaklanan eserin ayıpsız olarak imaline dair bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen ise, kanundan veya duruma göre sözleşmeden doğan bir tazminat alacağına sebebiyet verir. Ancak, bu sebeple bir tazminat talep edilebilmesi için de, kusurun ayıp ya da sözleşmeye aykırılıkla bir illiyet bağının bulunması şarttır.⁶⁶

3.2.2.4.4. Zararın Hesaplanması Yöntemi ve Tazminata Esas Alınacak Tarih

Ayıp nedeniyle uğranılan zararlar, sözleşmeden doğan bir tazminat talebinin doğumuna sebebiyet verirler. İş sahibince bu tür zarar sebebiyle kullanılacak olan tazminat hakkı kaynağını Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinden almaktadır.

Bununla birlikte, tazminat talep edilirken, zarar tutarının belirlenmesinde, zarara uğrayan iş sahibinin hangi zamandaki malvarlığı durumunun göz önünde tutulacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hakim olan görüşe göre, tazminat alacaklısını korumak amacıyla, her türlü zarar hüküm tarihinde malvarlığı değerine göre hesaplanır.

Zararın miktarı belirlenirken, somut olaydaki şartlar, müteahhidin kusurunun ağırlığı ile varsa iş sahibinin ortaklaşa kusuru da birlikte ele alınmalıdır. Nitekim zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin bir etkisinin bulunması durumunda tazminat miktarında indirim yapılır.

⁶⁶ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.220

Konu ile ilgili olarak Yargıtay,

“Mahalli mahkemesinden verilen hükmün temyizen tetkiki davalılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle zamanaşımı def'i süresinde ileri sürülmemiş ve davacı yanca karşı çıkılmış olmasına göre, bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Dava dilekçesinde, inşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olamayacağı vurgulandıktan sonra, noksan ve projeye aykırı işler sayılmış, bu işlerden ötürü davacıya isabet eden dairelerdeki "değer kaybı" karşılığı 600.000.000 TL. istenmiştir. Anılan raporda ise, sayılan işlerin maliyeti dikkate alınarak, davacı payına oranlama yapılmak suretiyle sonuca varılmıştır. Birim fiyatlarda da dava tarihi esas alınmıştır.

Oysa; davacı, 1988 yılında bağımsız bölümleri teslim alıp kullanmaya başlamış; tespit sonucu alınan 12.9.1989 tarihli bilirkişi raporu ile de sayılan noksan ve ayıplı işlerin varlığı kesinleşmiştir. O halde, dava tarihine değin geçen süre içerisinde davacının kayıtsızlığı sonucu zararının artışına sebebiyet verildiği açıktır (BK. md. 98, 44). Mahkemece yapılacak iş; davacının ayıp ve noksanlıkları öğrendiği tesbit tarihini takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, projeye uygun ve noksansız yapılsaydı davacıya ait bağımsız bölümlerinin değerinin ne olacağının hesaplattırılması, binanın mevcut halinde ise aynı tarihlerde değeri ne olduğunun saptanması ve iki değer arasındaki, miktarın bulunması için bilirkişilerden ek rapor - gerekli görülürse yeni bir bilirkişi heyeti ile keşif yapılarak rapor- alınmak suretiyle toplanan kanıtlar da birlikte değerlendirmek, sonucuna göre hükme varmaktan ibaret iken, açıklanan bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı

biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur. Bu sebeple karar bozulmalıdır.

Sonuç: Yukarıda ikinci bentte açıklanan sebeplerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (BOZULMASINA), birinci bentte yazılı nedenlerle sair temyiz itirazlarının reddine, istekleri halinde ödedikleri temyiz peşin harcının temyiz eden davalılara geri verilmesine, 9.5.1997 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

İbarelerini kullanarak müterafık kusurun tazminat miktarına etkisi hakkında hükmedilmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN SONA ERMESİ

4.1. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Bir Davranışından Kaynaklanması

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için eserdeki ayıbın herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenememesi gerekir.

“Borçlar Kanunu’nun 361. maddesine göre, yapılan şeyin kusurunun, yüklenicinin açıkça beyan eylediği görüşe aykırı olarak, iş sahibinin verdiği emirlerden doğması ya da kusurun herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenmesi halinde iş sahibi artık, o şeyin kusurlu olmasından doğan hakları ileri süremez.

Yukarıda belirtildiği üzere, Borçlar Kanunu’nun 361. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için eserin ayıplı olması ve eserdeki ayıbın da iş sahibine isnadı kabil bir sebepten doğmuş bulunması gerekir. Dolayısıyla, ayıbın iş sahibine isnadı kabil olmasının tekeffülden doğan hakları ortadan kaldırması için de, iş sahibi sorumlu olduğu uygun nedenle ayıbın doğumuna katkıda bulunmalı ve bu katkı da ayıbın doğumunda yalnız başına etkili görünecek derecede ağır olmalıdır. Bununla birlikte, eserin ayıplı olmasında iş sahibinin mutlaka kusurlu bulunması şart değildir. Kusursuz dahi olsa, bu

durum kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkmış ise iş sahibi yine BK.m.360 hükümlerine başvuramaz.”⁶⁷

İş sahibi tarafından yükleniciye verilen malzemenin veya arsanın ayıplı olması, proje yapımı isteyen iş sahibinin yükleniciye yanlış bilgi ve belgeler vermesi nedeniyle projenin ayıplı olması, iş sahibince yükleniciye rahat bir çalışma ortamı sağlanmaması, yükleniciye yer gösteriminin yapılmaması gibi sebepler iş sahibine isnadı kabil sebeplerden yalnızca birkaçıdır.

4.1.1. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Doğması

Talimat, iş sahibinin sözleşme çerçevesinde yükleniciye verdiği bağlayıcı emirdir. Borçlar Kanunu'nun 361. maddesi, esasen iş sahibinin yükleniciye eserin imali konusunda bağlayıcı nitelikte talimatlar vermesini göz önünde bulundurmaktadır.

İş sahibi talimatını, yazılı veya sözlü bir biçimde kendisi veya yetkili temsilcisi vasıtasıyla verebilir. Bu talimatın yazılı olarak yükleniciye verilmesi, ileride ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklarda ispat bakımından önem taşır. İş sahibi yazılı veya sözlü olarak verdiği hatalı talimatlardan sorumludur. İş sahibinin bu sorumluluğunun işler hale gelebilmesi için ayrıca eserde meydana gelen ayıp ile iş sahibinin verdiği talimat arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Ayrıca iş sahibi hatalı talimat verdiğinde sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenici tarafından da uyarılmalı, ancak talimatında ısrar etmiş olmalıdır.

⁶⁷ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.234 (naklen)

Yüklenicinin ikaz yükümlülüğü, iş sahibi tarafından verilen hatalı talimatların yanı sıra arazi için de söz konusudur. Özellikle inşaat akitlerinde, arsayı muayene eden yüklenicinin, arsanın inşaaata elverişli olmadığını belirtmesi yeterli değildir. Zira karşısında uzman olmayan bir iş sahibi vardır ve bahse konu elverişsizliğin inşaat üzerindeki etki ve önemini kavramasının dürüstlük kuralı ve aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde beklenemeyeceği durumlarda yüklenici yalnızca elverişsizliğin mevcut olduğunu belirtmekle yetinemez. Bu durumda yüklenici ayrıca iş sahibini ikaz etmelidir. Aksi halde, iş sahibi bu durumda dahi ayıptan kaynaklı haklarını kullanabilir.

Borçlar Kanunu'nun 361. maddesi, B.K. m. 44'de olduğu gibi aynı düşünceyi dile getirmektedir. Bu düşünceye göre, iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar zararın doğmasına veya oluşan zararın daha da artmasına sebep olursa maddi ayıplar dolayısıyla iş sahibinin hakları sona erer. Borçlar Kanunu m. 361'in bu etkisi, iş sahibinin tazminat talebinden başka, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını da kapsamaktadır. Öğretiye göre, Borçlar Kanunu'nun 98. maddesi ile bağlantılı olarak 44. madde, zarara uğrayanın kendisinin kusurlu olması durumunda kısmen veya tamamen ortadan kalkan zarar ziyan tazminatı talepleriyle sınırlanmamıştır. İş sahibinin yalnız başına etkili kusuru halinde tekeffülden doğan bütün haklar kaybedilir. Buna karşılık iş sahibinin ortak (sınırlı) kusuru ile birlikte yüklenicinin bir kusuru veya yardımcısının eylemi de eserdeki ayıbın doğumunda etkili olmuşsa, iş sahibinin tekeffülden doğan hakları düşmez ve olaya B.K. m. 361 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, B.K. m. 44/1 hükmü kıyasen uygulanır ve ortak kusur, ayıp sonucu doğan zarara ilişkin tazminatta indirim yapmak için göz önüne alınır. Bu durumda, ortaya çıkan zarara, iş sahibi, kendi kusuru ile birlikte sebebiyet verdiği için yüklenicinin sorumluluğu kısmen azalır. Borçlar Kanunu'nun 361. maddesi, iş sahibinin kanuni veya sözleşmesel çok sayıdaki talep haklarını kapsamaktadır. Bu maddede öngörülen sebeplerden

birinin gerçekleşmesi durumunda iş sahibi, ayıplı eseri ayıpsız olmuş gibi kabul etmek ve tam olarak eser ücretini ödemek zorundadır.⁶⁸

Yüklenici, yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye uygun bir şekilde imal ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ancak sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenici, bu borcunu ifa ederken iş sahibinin emir ve talimatlarıyla bağlı değildir. İş sahibinden bağımsız olarak hareket eder. İş sahibin plan, proje ve diğer direktiflerle aktif bir rol oynadığı durumlarda yüklenici, ayıptan kaynaklı sorumluluğun muhatabı olmak istemiyorsa, iş sahibi tarafından kendisine verilen plan, proje, talimat ve diğer evrakları bir danışman edasıyla, teknik kuralların ışığında inceleyerek, talimatın sonuçları hakkında iş sahibini bilgilendirmeli ve onu açıkça uyarmalıdır.

Söz konusu uyarı eylemi, yüklenici veya yetkili temsilcisi vasıtasıyla, iş sahibine veya onun yetkili temsilcisine yapılır. Ayrıca yüklenici, iş sahibinin yetkili temsilcisini uyarılmış ve fakat yetkili temsilci bunu göz önüne almamış ise, bu durumda yüklenici özen ve sadakat borcunun bir gereği olan genel ihbar borcu ve dürüstlük kuralı gereği bizzat iş sahibinin kendisini de uyarmalıdır.

Yüklenici tarafından yapılacak olan uyarı, iş sahibinin talimatını yeniden gözden geçirmesi için verilen bir bilgi niteliğinde olup irade beyan teşkil etmemektedir. Yüklenicinin bu bildirim, talimatın yanlış olduğu, eserde bir ayıp meydana gelebileceği ve bunun sebeplerinden oluşur. Yeterli açıklıkta olmayan ve iş sahibini tamamen aydınlatmayan bir bildirim, yükleniciyi, uyarı yükümlülüğünden kurtarmaz. Ancak bildirim iş sahibinin talimatına uyma halinde doğacak bütün zararlı sonuçları göstermesi de gerekmez. Önemli olan sözlü veya yazılı olarak, talimata uyulması halinde

⁶⁸ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.237

eserin ayıplı olacağıın iş sahibi tarafından anlaşılabilceği bir uyarının yapılmasıdır.

Borçlar Kanunu'na göre yapılacak olan bu ihbar herhangi bir şekilde tabi değildir. Sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Bununla birlikte ihbar yazılı veya resmi şekilde yapılması, ispat kolaylığı sağlamaktadır. Ayrıca taraflar ihbarın yazılı mı yoksa sözlü mü olacağını sözleşmede kararlaştırabilirler. İhbarın yapıp yapılmadığına ilişkin bir anlaşmazlık çıkması durumunda, ihbarın yapıldığını ispat yükümlülüğü yükleniciye aittir.

İhbar yükümlülüğünü yerine getiren yüklenici, iyi niyet kurallarına göre belirli bir süre uyarının iş sahibi üzerindeki etkiyi ve yansımalarını beklemelidir. İş sahibinin, bu uyarıya rağmen talimatında ısrar etmesi durumunda, doğacak zarardan sorumluluk iş sahibine aittir. İş sahibinin yapılan uyarıya makul bir süre içerisinde cevap vermemesi, yanıtız bırakması talimatında ısrar ettiği anlamına gelir. Bu halde sorumluluk iş sahibine ait olur.

Yüklenicinin uyarısına rağmen, iş sahibi bile bile yanlış talimatında ısrar ederse bu yanlış talimatın sonuçlarına da kendisinin katlanması hakkaniyet gereğidir. Dolayısıyla, BK.m.361'deki yüklenicinin bildirim ve uyarma yükümlününün yerine getirilmesinde bu durumun da göz önünde tutulması gerekir. Keza, uzmanlığa dayanılarak verilmiş yanlış talimata uyan yüklenici, verilen talimatın yanlışlığını gerekli özeni göstermesine rağmen bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyor ise, iş sahibini uyardırsa dahi, talimata uymasından doğan ayıp dolayısıyla sorumlu tutulmamalıdır. Yine, genel olarak uyarının yararsız kalacağı ve iş sahibinin talimatında ısrar edeceğinin yüklenici tarafından kanıtlanabildiği hallerde de uyarı şartı aranmamalıdır. Ancak, iş sahibinin uzman olması durumunda yüklenicinin bildirim ve uyarı yükümlülüğü her durumda da tamamen ortadan kalkmamaktadır. Yüklenici, iş sahibinin kendisinin veya danışman yahut temsilcisinin uzmanlığa dayalı

olarak verdiği talimatını yanlışlığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, iş sahibini uyarmadıkça, bu talimata uymasından doğan sorumluluktan kurtulamaz. Bu husus, zaten yüklenicinin özen yükümlülüğünden de çıkarılabilir. Talimatın yanlışlığının ilk bakışta göz çarpması veya yüklenicinin yaptığı bir inceleme sonunda bunu anlaması fark etmez. Dolayısıyla, yüklenici, iş sahibi uzman dahi olsa, verilen talimatın eserde ayıba yol açacağı açık ise, bu durumda sorumluluktan kurtulmaz için bildirim ve uyarı yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Buna karşılık, ayıbın meydana gelip gelmeyeceği ancak bir inceleme sonucu anlaşılabilir ise, yüklenicinin inşaat sahibinin uzmanlığına güvenerek bu incelemeyi yapmamış olması kendi aleyhine sonuç doğurmamalıdır. Yüklenici, ikazda bulunmamış olsa bile uzman iş sahibine isnat edilebilecek sebebin neden olduğu bir ayıp dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilmelidir. Bu halde bir ayıp tehlikesini tahmin etmesinde özen ölçüsü derin inceleme sonucuna bağlı tutulmamalıdır. Meğer ki taraflar, sözleşmede yüklenicinin inceleme yükümünü açıkça kararlaştırmış olsunlar; veya yüklenici verilen talimatı, somut olaydaki uzmanlık durumu itibariyle, talimatı veren iş sahibinden daha doğru olarak değerlendirebilme imkanına sahip olsun.⁶⁹

İş sahibi eğer uzman bir kişi ise veya uzman kişi vasıtasıyla işlerini yürütüyorsa yüklenicinin ikaz yükümlülüğü daha hafif olacaktır. Bu halde, verilen talimatın tekniğe uygun olmadığı açıkça belli ise, yüklenici anlaması gereken bu yanlışlığı ikazla yükümlüdür. Bununla birlikte talimatın kurallara aykırılığı açıkça anlaşılıyorsa, kural olarak yüklenicinin talimatı yeniden inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat yüklenici yeniden inceleme yapacağını beyan etmiş veya kendisinden iyi niyet kuralları gereği inceleme yapması bekleniyor ise yüklenicinin böyle bir yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

⁶⁹ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.214

Yüklenicinin bildirim borcunu yerine getirmemesi, sözleşmenin kusurlu ifası anlamını taşır ve kendisi hakkında Borçlar Kanunu 96. maddenin uygulanması gerekir.⁷⁰ Bu nedenle yüklenici, bildirim yapmadığı durumlarda gecikme yüzünden iş sahibinin uğradığı tüm zararları tazminle yükümlüdür. Zira iş sahibi ancak kendisine bildirim yapılırsa gecikmenin veya eserin ayıplı olmasının önüne geçebilir. Ayrıca iş sahibi, bildirim yapıldığı takdirde, yüklenicinin zararını tazmin etmek suretiyle Borçlar Kanunu m.369'a dayanarak sözleşmeyi feshedebilir veya işin devamını isteyebilir. Eğer iş sahibi, yükleniciden işe devam etmesini istemiş ve eser onun verdiği malzeme yahut arazinin bozukluğu veya talimatı yüzünden hasara uğramışsa Borçlar Kanunu 368/II gereğince, yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değer harici giderlerini iş sahibinden talep edebilir.

Yapı İşleri Genel Şartnamesi m. 13/VI'da;

“İşlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun fen ve sanat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 15 inci madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır.”

Keza, Y.İ.G.Ş. m. 15/IV'de;

“Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özelliği bakımından incelenmesi

⁷⁰ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) hem yapı denetim görevlisine, hem de idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz.”

Y.İ.G.Ş. m. 15/V'de;

“Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur.”

Hükümleri yer almaktadır. Anılan madde hükümleri gereğince yüklenici, kendisine verilen talimatın yanlışlığını, talimatı aldığı tarihten itibaren on beş gün içinde idareye bildirmek zorundadır. Söz konusu bildirime rağmen, idare verdiği talimat doğrultusunda inşa eserinin yapılmasında ısrar ederse, bu yüzden doğan ayıplardan dolayı yüklenici sorumlu olmaz.⁷¹

4.1.2. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemedden Veya Arsadan

Doğması

Borçlar Kanunu, eser sözleşmesini düzenleyen hükümler içerisinde malzemenin kim tarafından temin edileceğini açıkça düzenlememiştir. Bu nedenle taraflar, eserin imal edileceği malzemenin kimin tarafından temin edileceğini sözleşmede kararlaştırabilirler. Eğer taraflar sözleşmede böyle bir hüküm belirlememişlerse doktrinde tartışmalar olmakla birlikte malzemenin yüklenici tarafından karşılanması kanunun ruhuna daha uygundur. Nitekim eser sözleşmesine yüklenicinin asli borcu üstlendiği eseri ayıpsız bir şekilde

⁷¹ CELAL, N., Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, s.220

imal ederek teslim etmektir. Bunun yanı sıra önceden imal edilen bir eserin tamirinde de gerekli olan malzeme kural olarak yüklenici tarafından karşılanmalıdır. Onarım işi yapan yüklenici, tamir için icapta bulunmakla bu tür faaliyetlerin yapılabilmesi için gerekli olan malzemeyi de temin etmeli, iş sahibine uzman olmadığı bir hususta külfet yüklememelidir.

Eser sözleşmesinde, imal edilen eserdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olmasından kaynaklanırsa, yüklenici bundan sorumlu olmaz ve iş sahibi yükleniciye karşı ayıptan kaynaklanan haklarını ileri süremez. Yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeler ile ilgili olarak herhangi bir yükümlülüğe sahip değildir. Ancak yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı diğer borçları devam eder. Bu durumda yüklenici, malzemeye ilişkin konularda iş sahibinin vekili olarak, malzemedeki bozukluğu ihbar yükümü yerine, malzemeyi kullanmada özen gösterme yükümü altına girmektedir. Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi gereği yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi özenle kullanmakla yükümlüdür.⁷² Yine yüklenici, bahse konu malzemeyi özen ve sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak muayene etmeli, eserin imaline elverişli olup olmadığını araştırmalı ve iş sahibine bildirmelidir.

Eserdeki ayıbın iş sahibince sağlanan malzeme veya arsanın kötülüğünden kaynaklanması, tek başına yükleniciyi sorumluluktan

⁷² 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 472 "Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."

kurtarmaz. Bu durumda yüklenici ayrıca verilen malzemenin ve arsanın muayenesini yaparak, ortada ayıpsız bir eser için elverişli şartların bulunmadığını öğrenir öğrenmez durumu iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Aksi hal, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereği yüklenicinin zararı tazminle yükümlü olmasına neden olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde bozukluk, inşaat sahibine ait arsanın elverişsizliği yüzünden doğmuşsa, kural olarak sorumluluk inşaat sahibine aittir. Bu durumda yüklenici, arsanın inşaata elverişsizliği ve niteliklerine ilişkin bir sorumluluk taşımaz. Ancak yüklenici, yine de kontrol ve bildirim yükümünü yerine getirmelidir. Yüklenicinin, özellikle uzman olmayan bir inşaat sahibine karşı arazinin elverişsizliğini bildirme yükümü mutlaklıdır. Bildirimde bulunma borcu, onun inceleme borcunun bir sonucudur. Zira yüklenici, daha işin başında malzemeyi elverişliliği yönünden incelemekle yükümlüdür. Yüklenici, kendisine iş sahibi tarafından teslim edilen gereci ve iş sahibinin inşaat yerini, kendi gereci ya da inşaat yeri gibi muayene zorunluluğundadır. Şayet yüklenici, açık ayıpları göremez ya da onlara göz yumarsa sorumlu olur. Fakat zamanında göremediği ve ihbar edemediği gizli bozukluklar söz konusuysa bunlardan sorumlu tutulamaz. Örneğin, inşaat yerini taşıma kapasitesi yönünden incelemek ve temel inşaatın dayanıklılığını hesaplamakla yükümlü olduğu yüksek binalarda böyledir. Buna karşılık, iş sahibi tarafından teslim edilen gereç ve inşaat yeri hakkında yalnız yüklenicinin gözden geçirme borcu olup, iş sahibinin böyle bir yükümü söz konusu değildir. Çünkü sözleşmede, genellikle iş sahibi değil, yüklenici uzman olarak ortaya çıkar.⁷³

Yüklenici, bildirim yükümlülüğünü ihlal ederse, ayıbın meydana gelmesinde kusurlu addedilir ve dolayısıyla iş sahibine isnat edilebilecek ayıp

⁷³ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.246

sebebi mütearafık hale gelir. Bu durumda, iş sahibince temin edilen malzeme veya arsanın elverişsiz olmasından doğan ayıplardan Borçlar Kanunu'nun 357/III hükmü gereği yüklenici sorumlu olur.

Borçlar Kanunu, 268/III maddesi ile, iş sahibine isnadı kabil kusurlarla eserin hasara uğraması veya yok olması halinde, yüklenicinin, yaptığı işin değerini ve masraflarını talep edebilmesi için kontrol, bilgi verme ve bildirimde bulunma yükümlülüklerinin tamamını yerine getirmiş olması şartını aramaktadır. Aksi halde eserin telef olması veya hasarlı bulunması durumunda yüklenicinin daha ağır kusurlu olduğu kabul edilir. Bu durumda yüklenici, ücret talep edemeyeceği gibi, eserin telef olması veya hasara uğraması nedeniyle iş sahibinin zararlarını da karşılamakla yükümlüdür.

4.1.3. Diğer Sebepler

Eser sözleşmelerinin bir çeşidi olan inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin hazırladığı veya yetkili şahıslara hazırlattığı inşaat proje ve planlarında veya diğer herhangi bir belgede yanlışlık olması ve bu yanlışlığın bir ayıba neden olması durumunda, diğer sorumluluklarını yerine getirmiş olması kaydıyla sorumluluk yükleniciye yüklenemez.

Bahse konu plan ve projeler, iş sahibinin sorumluluk çevresindedir. İş sahibi bu belgelerde bir yanlışlık olması durumunda sadece planı hazırlayan kişilerden talepte bulunabilir. Yine de bu durumda yüklenici özen borcu ile dürüstlük kuralları gereği karşılaştığı ve bilebilecek durumda olduğu yanlışları iş sahibine bildirmekle yükümlüdür.

Yukarıda bahsedilen mimar ve mühendisler, Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi gereği iş sahibinin yardımcı şahsı konumundadırlar. Bu nedenle yardımcı şahısların eylemlerinden dolayı sorumluluk iş sahibine aittir.

Eser sözleşmelerinin bazı çeşitlerinde, imalata konu eser, birbiriyle bağlantılı birden fazla alt yüklenici tarafından kısmi edimlerin ifası yoluyla tamamlanır. Asıl yüklenici, eserin bir bölümü için bu alt yüklenicilerden biri ile anlaşmışsa bunlar karşısında kendisi iş sahibi konumundadır. Bu nedenle, alt yüklenici de eserin ilgili olduğu bölüme dair yükleniciyi uyarmakla yükümlüdür. Bu halde alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı, yüklenicinin iş sahibine karşı olduğu durumda bulunmaktadır.

Bu hallerde, yani birden fazla kısmi edimin ifasının söz konusu olduğu durumlarda, önceki yüklenici ayıplı kısmi edimi, sonraki yüklenicinin ediminin ayıplı olması sonucunu doğuracaksa, sonraki yüklenici, önceki yüklenicinin edimini elverişlilik açısından kontrol etmeli ve durumu iş sahibine bildirmelidir. Bu bildirim yapılmasına rağmen iş sahibi gereken önlemleri almaz veya ayıbın kontrol ve bildirimini sonraki yükleniciden beklenmez ise, sonraki yüklenici sorumluluktan kurtulur.

Önceki yüklenicinin imalatında meydana gelen ayıbın sonraki yüklenicinin kendi sorumluluğunda olan edimin teslimi sırasında bulunması, önceki yüklenicinin sonraki yükleniciye karşı sorumlu olmasına yol açar. Ayrıca, önceki yüklenicinin yaptığı imalatta bulunan ayıpların, teslim sonrasında ortaya çıkması durumunda da önceki yüklenici sorumluluktan kurtulamaz.

4.2. Ayıplı Eserin Herhangi Bir Çekince (İhtirazi Kayıt) Konmadan İş Sahibince Kabul Edilmiş Olması

Borçlar Kanunu'nun 362. maddesi, teslim edilen şeyin iş sahibi tarafından açıkça veya zımnen kabul edilmesinin, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna olan etkisi üzerine hüküm tesis etmiştir. Anılan madde, "yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip yüklenici her türlü mesuliyetten beri olur" ifadeleri ile ayıp yükleniciye yükletilebilir olsa dahi, teslim edilen ayıplı eserin iş sahibi tarafından sözleşmeye uygun bulunduğu açıklandığı anda yüklenicinin tekeffül borcunun sona ereceğini ve iş sahibinin tekeffülden kaynaklı haklarının düşeceğini belirtmektedir.

Bahse konu kanun maddesi, açık ve gizli ayıp ayrımı yaparak, kabulün hukuki neticeleri açısından düzenlemelerde bulunmuştur.

4.2.1. Açık Ayıplar Bakımından

Bilindiği üzere açık ayıplar, eserin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya özenli bir inceleme ile anlaşılabilen ayıplardır. Dolayısı ile Borçlar Kanunu ile düzenlenen ayıba karşı tekeffül haklarını kullanmak isteyen iş sahibi, eserin teslimi sırasında çok dikkatli davranmak ve eseri özenle muayene etmek zorundadır.

İş sahibinin kabulüyle, ayıptan doğan bütün seçimlik hakları ve zararının tazminini isteme hakkı düşer. Ancak ayıba ilişkin olmayan hakları baki kalır. İş sahibi, muayene sırasında tespit ettiği ayıpları yükleniciye

bildirmekle de yükümlüdür. Aksi halde ayıpları tespit etse dahi, Borçlar Kanunu'nun 362. maddesinin II. fıkrası gereği ayıplı eseri zımnen kabul etmiş sayılır.

Muayene ve bildirim yükümlülüğü iş sahibine kanun tarafından yüklenmiş bir borç olmayıp, yükümlülüktür. Bu nedenle de iş sahibi, bu külfetleri yerine getirip getirmemekte ve ayıplı eseri kabul edip etmemekte tamamıyla serbesttir.

Öte yandan, eserin kabulü usulüne uygun bir muayene ile ortaya çıkabilecek olmasına rağmen iş sahibinin farkına varmadığı ve yüklenicinin kasten sakladığı ayıplar için yüklenicinin tekeffülü ortadan kalkmaz. (B.K. m. 362/I cümle 2). Demek ki burada eserin teslimi esnasında göze çarpmayan, fakat iş sahibince bilinmeyen bir ayıbı yüklenicinin bilmesi, fakat iş sahibine bilinçli olarak (ihmal yüzünden değil) bunu açıklamaması söz konusudur. Doktrinde yüklenicinin susmasının sadece kasti değil, aynı zamanda kötü niyetli olması, yüklenicinin davranışının iyi niyet kurallarına, onun sadakat borcuna aykırı olması gerektiği belirtilmektedir. Yüklenicinin somut koşullara göre ayıbı bilmediği ve sonra da bunu hiç veya kısmen fark edemeyeceğini kabul etmesi gereken hallerde durum böyledir. Yüklenicinin, kontrol mühendisinin kendi de kusurlu olduğu için ayıbı saklı tutmak için anlaşmış olması, iş sahibiyle akrabalığı veya yakın arkadaşlığı dolayısıyla ayıbı ona açıklamasının özellikle gerekmesi, sözleşmede muayeneyi iş sahibiyle birlikte yapma yükümlülüğünün bulunması, fazla kar etme veya zarar verme niyetiyle susması, ayıpları örtecek önlemlere başvurması bu hususta örnek olarak gösterilebilir.⁷⁴

⁷⁴ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.219

4.2.2. Gizli Ayıplar Bakımından

Gizli ayıplar, eserin teslimi sırasında göze çarpmayan ve usulüne uygun bir muayene ile de ortaya çıkarılmayacak olan ayıplardır.

Bu gizli ayıp teslimden sonra ortaya çıkarsa iş sahibi ayıbı öğrenir öğrenmez derhal yükleniciye bildirimde bulunmalıdır. Aksi takdirde eseri kabul etmiş sayılır ve ayıptan kaynaklı seçimlik hakları ile zararının tazmini hakkını kaybeder. Fakat ikincil ayıplar ve yüklenicinin kötü niyetle sakladığı ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder.

Borçlar Kanunu 362. maddesinde; “müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahede edilemeyecek olan kusurlar hakkında müteahhidin mesuliyeti saklıdır” ifadeleri ile iş sahibinin kabulü ile yüklenicinin sorumluluktan kurtulmasına bir sınırlama getirmiştir.

Bildirme yükümlülüğünün başlangıçta yerine getirilmediğini iddia etmek yükleniciye ait olsa da doktrindeki genel kaniya göre bu konuda ispat yükü iş sahibinin üzerindedir.

4.3. Zamanaşımı Süresinin Geçmiş Olması

4.3.1. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde kanunun kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelir ve şartların gerçekleşmesi ile o hak kazanılır yahut kaybedilir.

Özel hukukta biri “kazandırıcı zamanaşımı (iktisabi müruruzaman)” diğeri de “düşürücü zamanaşımı (ıskati müruruzaman)” olmak üzere iki ayrı zamanaşımı vardır. Kazandırıcı zamanaşımı, Eşya Hukuku’na ilişkin bir kavramdır ve hukuk düzeninin öngördüğü belirli bir sürenin belirli şartlar altında geçirilmesiyle birlikte aynı hakkın kazanılmasını sağlar. Buna karşılık düşürücü zamanaşımı ise, Borçlar Hukuku’na has bir kavram olup, alacaklının, hakkını hukuk düzeninin öngördüğü belirli bir süre içinde kullanmaması durumunda talep ve dava hakkını kaybetmesi demektir. Bu durumda zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Başka bir ifadeyle, hak düşürücü zamanaşımında, diğer sebeplerin aksine borç ilişkisi sona ermemekte, alacak ve dolayısıyla borç, zamanaşımı süresinin dolmasına rağmen devam etmektedir. Ancak, zamanaşımı alacağın talep ve dava edilebilir olma özelliğini ortadan kaldırdığı için, alacak artık eksik (tabii) bir borç (obligatio naturalis) haline gelmektedir. Bu nedenle de, borçlu, zamanaşımına uğramış bir borcu serbest iradesiyle ifa ederse geri

isteyemez. Zira, bu normal bir ifa sayıldığı için sebepsiz zenginleşme teşkil etmez.⁷⁵

Zamanaşımının gerçekleştiğinin söylenebilmesi için ilk olarak zamanaşımına tabi tutulmuş bir alacağın bulunması ve bu alacak için kanunda belirtilen sürenin dolmuş olması gerekir. Zamanaşımı süresi alacağın muacceliyet kazanmasından itibaren işlemeye başlar. Eğer alacağın muaccel hale gelmesi bir ihbarın yapılmasına tabi ise, bu süre ihbarın yapılmasından değil, ihbarın yapılmasının mümkün olduğu andan itibaren başlar.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay,

“Alacaklı içerisinde, (oğlum F.Ç. 20.000 lira borcumu kendisine talebinde nakden ve defaten tediye edeceğim. Şayet işbu borcumu alacaklıya talebinde tediye etmezsem geçen günlerin nizami faizi ile birlikte tediye edeceğimi şimdiden kabul ve bayan ederim) sözleri yazılı noterlikten re’sen düzenlenmiş 7398 sayılı 26/06/1959 tarihli bir senede dayanarak borçlu mirasçıları hakkında 18/05/1972 tarihinde icra takibine geçmiştir. Borçlulara gönderilen icra emrine karşılık borçlular icra tetkik merciine başvurarak takibin dayanağı senet tarihine göre alacağın zamanaşımına uğradığını beyan edip haklarındaki takibe karşı itiraz etmişlerdir.

İcra tetkik merciince borçluların zamanaşımına ilişkin itirazı kabul edilerek takibin bu sebeple iptaline karar verilmiştir.

Bu kararı alacaklı temyiz etmiştir.

Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi temyiz olunan merci kararını, (Takip dayanağı re’sen borç senedinde borcun alacaklının talebinde ödeneceğinin

⁷⁵ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.261

kararlaştırıldığı açıkça belirtilmiştir. Borçlar Kanununun 128. maddesi hükmünce zamanaşımının alacağın muaccel olduğu anda başlayacağı, alacağın muaccel hale gelmesinin ise alacaklının talebine bağlandığı gözetilmeden zamanaşımının senedin tanzim tarihinden başlayacağının kabulü ile takibin durdurulmasının isabetsiz) olduğundan bahisle bozmuştur. İcra Tetkik mercii bozma kararına karşı direnmiş ve bu direnme kararı alacaklı tarafından temyiz olunmuştur.

Temyiz eden: Alacaklı vekili Avukat N.G.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Özetlenen bu duruma göre, icra tetkik mercii ile Yargıtay Özel Dairesi arasındaki görüş ayrılığı hukuki nitelikte bulunmaktadır. şöyle ki, uyuşulmayan husus muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan alacaklarda zamanaşımının ihbarın yapıldığı anda mı yoksa bu ihbarın yapılabileceği tarihte mi başlaması gerekeceği yönüne ilişkin bulunmaktadır.

Genellikle borç doğuran hukuki işlemlerde borç belirli bir vadeye bağlanmaktadır. Bu esasın başında borcun muacceliyeti bir ihbarın vukuuna tabi tutulmakta ve bazen de borç hiçbir vadeye bağlanmadan borç ilişkisi kurulmaktadır. Kanun koyucu zamanaşımının başlama tarihini tespit ederken bu halleri göz önünde tutmuş ve Borçlar Kanununun 128. maddesi ile uygulanması gerekli yasal esaslar saptanmıştır. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu zamanda başlayacağı esasını varetmiştir. Binaenaleyh, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 130. maddesi hükmü gözönünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesab edilmesi gerekir. Görülüyor ki, kanun koyucu burada borçlunun

temerrüde düşürülmesi esastan ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Binaenaleyh, zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 101. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 128. maddenin 2. fıkrası düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tesbitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürölüp düşürölmediği ve fiili ihbarın yapılıp yapılamadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve sairenin verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir (Andreas Von - C. E. Borçlar Hukuku tercümesi ikinci cilt Sahife 747 ve dip not 59 ve Sahife 749 Dr. H.O. ve Dr. W. S. Adalet Bakanlığı neşriyatından Dr. F.A. tercümesi Sahife 877).

Bundan başka geriye verilmesi için ne bir belirli vade ne ihbar müddeti ve ne de istendiği tarihte muacceliyet kesbedeceği mukavele edilmemiş olan borç ilişkilerinde de aynı hukuki esasın uygulanması gerekir. Bu halde Borçlar Kanununun 312. maddesi ilk talepten itibaren 6 hafta içerisinde borcun geri verilmesi gerekeceğini kabul ettiğinden zamanaşımının başlangıç tarihinin borcun verildiği tarihe, 6 hafta eklenerek tespiti gerekir. Alternatif

borçlarla seçimlik hakkı alacaklıya bırakılmış olan hallerde bu esas uygulanır. Diğer taraftan bu esasın kabulü zamanaşımı müessesesinin konulmasına neden olan hukuki dayanaklara da uygundur. Şöyle ki zamanaşımı müessesesi uzun süren hukuki ilişkilerin tasfiyesine matuf olarak vazedilmiştir. Aksi görüş kabul edilirse borçluluk durumunu bertaraf etmeyen ahlaki bir edim haline gelen ve ancak alacağı isteme hakkını bertaraf eden bu müessesenin amacı ile bağdaşamayacak bir durum doğurur ki bu da gayeye uygun olmaz.

Yukarıda açıklanan esaslar uyarınca, olayda borç 01/05/1959 tarihinde verilmiş olduğuna göre alacaklı bu tarihten itibaren her zaman alacağın ödenmesi için haber verme olanağına sahip olduğundan zamanaşımına bu tarihin başlangıç olarak alınması gerekir. Paranın verildiği tarihten 10 sene geçtikten sonra icra takibi yapıldığı cihetle zamanaşımı tahakkuk etmiştir. Bu itibarla borçlunun zamanaşımına yönelen itirazın kabulü ile takibin geri bırakılmasına karar verilmesi doğru olduğundan direnme kararı usul ve yasaya uygun bulunmaktadır. Direnme kararının onanması gerekir.”⁷⁶

İfadelerini kullanarak alacağın muacceliyetinin ihbar yapılması şartına bağlı olduğu durumlarda, zamanaşımı süresinin ihbar tarihinden değil, ihbarın mümkün olduğu tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini sarahaten belirtmiştir.

Zamanaşımı sürelerinin hesabında, özel hükümler dışında, ilk gün nazara alınmaz ve alacak hakkındaki zamanaşımı son günün geçmesi ile doğmuş olur.

⁷⁶ YHGK. 26.2.1975 T., E. 1973/409 , K. 1975/242

4.3.2. Zamanaşımı Süreleri

Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin karşı tekeffül borcuna ve iş sahibinin haklarına uygulanacak olan zamanaşımı süreleri hakkında, Borçlar Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısı ile zamanaşımı süreleri her bir düzenleme dikkate alınarak aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

4.3.2.1. Borçlar Kanunu Bakımından

Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinin 1. fıkrası; “yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tabi olduğu müruruzaman hükmüne tabidir” hükmüne havidir. Bu madde taşınmaz inşaatı dışında kalan diğer eserlere dair zamanaşımı süresini düzenlemiştir. Buna göre, satım sözleşmesinde alıcının sahip olduğu hakların tabi bulunduğu zamanaşımı süresine atıf yapılmakta olduğundan, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan tüm haklarına B.K. m. 207 hükmü uygulanır ve iş sahibinin ayıptan doğan hakları taşınır eserin tesliminden itibaren bir yıllık sürede zamanaşımına uğrar.⁷⁷

⁷⁷ 6098 Sayılı Yeni BK m. 231 “Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.

Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde belirtilen zamanaşımı süreleri sadece ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan davalara tatbik olunabilir. Bahse konu zamanaşımı süreleri, iş sahibinin ayıptan doğan bütün hakları, zarar ziyan tazmin hakkı da dahil, için geçerlidir. Bununla birlikte başka bir sebepten dolayı eserin geç teslim edilmesi veya teslim edilmemesinden kaynaklanan tazminat talepleri on yıllık genel zamanaşımı hükümlerine tabidir.

“Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinin 1. fıkrasında alıcının haklarının zamanaşımına yapılan atıf yalnız B.K. m. 207'ye değil, aynı zamanda taraflar tacir ise T.K. m. 25 b.4'e de ilişkin olduğundan, tarafların tacir olduğu ticari eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresi, teslimden itibaren altı aydır. Ayıbın kasten gizlenmesi halinde ise, bir yıllık, altı aylık veya beş yıllık zamanaşımı süresi göz önüne alınmaz. Bu durumda satım sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle iş sahibinin haklarına, B.K. m. 207 f. III hükmü kıyas yoluyla uygulanarak, imal edilen eserin taşınır veya taşınmaz oluşuna bakılmaksızın eserin teslim alınmasından itibaren on yıllık zamanaşımı uygulanır. Ancak bu durumda, B.K. m. 125'de⁷⁸ öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için, iş sahibinin, yüklenicinin eserdeki ayıbı hile yaparak kasten gizlediğini ispat etmesi gerekir.”⁷⁹

Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinin II. fıkrasında ise, taşınmaz inşaatı göz önünde tutularak, iş sahibinin yükleniciye, inşaata iştirak eden mimar ve mühendise karşı ayıba ilişkin haklarının, eserin teslim

Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”

⁷⁸ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 146 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

⁷⁹ **SELİÇİ, Ö.**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.201 (naklen)

alınmasından başlayarak beş yıllık sürede zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir. Taşınmaz inşaatının ne olduğu ise, Borçlar Kanununda açıkça tarif edilmiş değildir. Bununla birlikte, B.K. m. 360/III, 363/II, 367/II ve 368/II ile M.K. m. 644 ve müteakip maddelerindeki ibarelerden taşınmaz inşaatının, bir arsa, bir gayrimenkul üzerinde emek ve malzeme sarfıyla yapılması gereken bir yapı olduğu çıkartılabilir. Borçlar Kanununda açıkça tarif edilmeyen taşınmaz inşaatı, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nde, "Müteahhide ihale edilen her türlü yapım ve hizmet işleri" şeklinde genel olarak tarif edilmiştir. İmar Kanunu'nun 5. maddesinde ise, yapı; "karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi veya hususi, yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişikliklerine ve tamirlerine, sabit ve müteharrik tesislerine şamildir" şeklinde ayrıntılı olarak tarif edilmiştir. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere taşınmaz inşaat, yapı tekniği ile ilgili olup, yapı tekniği kurallarının uygulandığı yapılardan ibarettir. Başka bir ifadeyle de, binalarla birlikte, malzeme ve emek sarfıyla arza bağlı olarak meydana getirilen ve iktisadi değer taşıyan şeyler taşınmaz inşaatıdır.⁸⁰

Buna karşılık, inşaata emek sarf etmeden sadece malzeme gönderilmesi halinde, malzemeler o inşaat için ısmarlanmış ve yapılmış olsalar dahi, bunlar taşınır nitelikte olduklarından ayıptan doğan haklar bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Keza, yüklenicinin taşınmaza ilişkin olarak malzeme harcamadan sadece emek harcayarak yaptığı işler de (hafriyat işleri, çukur kazılması, bitki dikilse bile bahçe tanzimi) taşınmaz inşaat sayılmayıp, bunlardaki ayıplar bakımından da bir yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir. Bununla birlikte, "yüklenicinin sadece emeğini koyup iş sahibine ait

⁸⁰ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.264 v.d.

malzemeyi kullanması yapılan işin taşınmaz inşaat sayılmasına engel değildir. Burada, malzemenin kimin tarafından sağlandığı önemli değildir.”⁸¹

Tüm bunların yanı sıra, toprakla bağlantılı olmakla birlikte ikinci derecede bir nitelik arz eden teknik yapı işleri, teferruat niteliğindeki menkuller M.K. m. 654’de tanımlandığı üzere temelli kalmak maksadı olmaksızın geçici olarak yapılan taşınır inşaat olup, bu inşaatlar B.K. m. 363 hükmüne tabi değildir. Bu gibi durumlarda bir yıllık zamanaşımı uygulanır.

Taşınmaz inşaatı bakımından beş yıllık zamanaşımının kabul edilmesi, taşınmazın gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının veya zemin koşullarına ya da hava şartlarına uygun olup olmadığının anlaşılması için bir yıllık zamanaşımı süresinin yeterli olmayacağı nedenine dayanmaktadır. Nitekim taşınırlardan farklı olarak, taşınmazlarda ayıplar ancak uzun bir kullanım süresinden sonra ortaya çıkar.

İş sahibi tarafından, taşınmazın inşaatına ilişkin ayıplardan dolayı, mimar ve mühendislerle karşı açılacak olan davalar, Borçlar Kanunu’nun 363/II maddesi gereğince, inşaatın tesliminden başlamak üzere beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bunun sebebi mimar veya mühendisin, genellikle bir hizmet veya vekalet sözleşmesinin tarafı olarak hareket etmeleri ve iş sahibinin yükleniciye karşı haklarının zamanaşımına uğramasına rağmen, onlara karşı dava açılabilmesi imkanını önlemek içindir.

Bina veya inşa eseri sahiplerinin sorumluluğunu düzenleyen B.K. m. 58 hükmü, Borçlar Kanunu’nun haksız fiilleri düzenleyen 41-60. maddeleri arasında bulunduğundan, B.K. m. 60 hükmünde öngörülen 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri, bina veya inşa eserlerinin hatası yahut eksik bakımına

⁸¹ **TANDOĞAN, H.**, Cilt II, s.265 (naklen)

dayanan zararlar nedeniyle 3. şahıslar tarafından açılacak tazminat davaları yönünden de uygulama alanı bulacaktır.⁸²

4.3.2.2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından

Borçlar Kanunu'nda, eserdeki ayıp dolayısıyla açılacak davalar için bir yıllık zamanaşımı öngörüldüğü halde (B.K. m. 363'ün yollaması ile B.K. m. 207/I), tüketicinin ısmarladığı eserlerdeki ayıp dolayısıyla açılacak davalar için iki yıllık zamanaşımı kabul edilmiştir. (T.K.H.K. m. 4/III,2). Tüketiciyi koruma amacıyla hareket eden kanun koyucu, 4077 sayılı kanunda dava açma süresini daha uzun tutma gereği duymuştur.⁸³

Bu kanuna göre, "satıcı daha uzun bir süre garanti vermemiş ise, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı açılacak davalar, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir". Maddede belirtilen zamanaşımı süresi, ayıplı hizmet için de geçerlidir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda düzenlenen zamanaşımı süresi, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, hizmetin veya eserin iş sahibine teslimi tarihinden itibaren başlamaktadır. Bu nedenle, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması açısından tüketicinin eserdeki ayıbı öğrendiği tarihin bir

⁸² **ERTEN, M. A.**, Türk Borçlar Hukuku'na Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. m. 58) , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 208

⁸³ **ZEVKLİLER, A.**, Özel Borç İlişkileri, s. 340

önemi yoktur. Ayıp bu sürenin dolmasından sonra ortaya çıkısa dahi durum aynıdır.

Ancak yüklenici, verdiği hizmetin yahut eserin ayıbını tüketiciden hile ile gizlemişse, 2 yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Yüklenici, eserde bildiği ayıplar konusunda iş sahibini uyarmamış ise bu bir hile olarak kabul edilir. Keza yüklenici, eserdeki ayıbı bilmemesine rağmen, bilmesi gerekiyorsa yine aynı hüküm söz konusu olur. Bu durumda tüketicinin seçimlik hakları genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabi olur.

4.3.2.3. Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi Bakımından

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 87. maddesi; "Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince ve 363. maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir" ifadeleri ile yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıcını düzenlemiştir.

Devlet İhale Kanunu'nun 87/1 maddesi, açık ve gizli ayıplarda beş yıllık zamanaşımı süresini esas almıştır. Ancak ayıbın hile ile gizlendiği durumlarda Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde belirtilen beş yıllık zamanaşımı süresi değil, aynı kanunun 125. maddesinde anlamını bulan on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi de 23/son maddesinde, Devlet İhale Kanunu'nun 87. maddesine atıfta bulunarak; "müteahhidin yaptığı işlerde kesin kabul tarihinden başlayarak beş yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya işin teknik gereklerine uygun yapılmamasından dolayı zarar ve kayıplar oluştuğu takdirde, bu zarar ve kayıplar 2886 sayılı kanunun 87. maddesi uyarınca müteahhide tamamlattırılıp ödettirilir" ifadeleri ile beş yıllık süreyi aynen tekrarlamıştır. Bununla birlikte, burada ayıp durumunda zamanaşımı süresinin başlangıcı eserin teslimiyle değil, kabulüyle başlamaktadır.

4.3.3. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıç Anı, Durması ve Kesilmesi

4.3.3.1. Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıç Anı

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı için Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri, iş sahibinin kabulünden değil, eserin iş sahibince teslim alınmasından itibaren başlamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresi eserin tesliminden itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla, bu sürenin işlemeye başlaması, iş sahibinin ayıpların farkına varması veya haberdar olması şartına bağlı değildir.

Eser sözleşmesinde, iş sahibine teslim edilen eserin taşınır veya taşınmaz olması yalnızca iş sahibinin haklarına uygulanacak olan zamanaşımı süresinin tespiti bakımından önemlidir. Bunun dışında, zamanaşımının başlangıç anı bakımından eserin niteliğinin herhangi bir önemi yoktur. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı eserin niteliğinden farklıdır. Zamanaşımı süresi, taşınırlarda imal edilen eserin iş sahibince teslim alınmasından itibaren başlar. Buna karşılık bir inşaat eserinde ise, işin bittiğinin müteahhit tarafından iş sahibine bildirildiği ve iş sahibince de işin bitmiş sayıldığı andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. İş sahibi nezdinde yapılan tamirlerde ve eserin maddi olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu hallerde ise, fiilen bir teslim söz konusu olmadığından, zamanaşımı işin ayıplı da olsa bitimi tarihinden itibaren başlar. Bir kısım doktrine göre, bir eser sözleşmesinin konusunu birçok onarımlar oluşturuyorsa, tereddüt halinde, zamanaşımı süresi bütün onarımların bitirilmesi ile başlar. Uygulamada, yasa metninin aksine, böyle hallerde teslim benzer bir eylem bulunmaması nedeniyle zamanaşımının ancak gider hesabının bildirilmesi ile başlayacağı görüşü savunulmaktaysa da, bu yorumda doğru olan, zamanaşımının ilkin müteahhidin belirlenen iradesine göre görevinin bitmiş sayılacağı anda başlayacağıdır. Bu irade, şüphesiz hesabın tebliği ile de ifade edilebilir. Fakat bu daha önceki işlemlerden de anlaşılabilir. Örneğin çalışma gereçlerinin kaldırılması gibi.⁸⁴

Keza Yargıtay da bir kararında;

“Dava, tapu iptali tescili, sözleşme dışı fazla yapılan bağımsız bölümlerin inşaat sözleşmesindeki paylaşım oranında davacı aidiyetinin tespiti ve gecikme tazminatının tahsili istemiyle açılmış; mahkemece, dava

⁸⁴ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.276 v.d.

zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş ve verilen karar davacılar F.K. ve H.K. vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, F.K. tarafından 04.09.1989 tarihli ve 45925 yevmiye sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılmıştır. Davacı F.K. tarafından adına tescilli (1) numaralı parseldeki B Bloktaki 3. katında bulunan (7) numaralı daire ile (2) numaralı parselde bulunan C Bloktaki 2. kat (11) numaralı daireler, 1/2 oranında F.K. ve H.K.'ya 07.02.2007 tarihinde satılmıştır. 09.06.2009 tarihli oturumda da HUMK'un 186. maddesi hükmü uyarınca, seçimlik hakkını kullanabilmesi için davalıya süre verilmiş ve davalı vekili de 20.07.2009 tarihli dilekçesiyle davanın temlik alanlara karşı mevcut talepler itibariyle devam ettirilmesini istemiştir. HUMK.nun 186. maddesi hükmü, yargılama sırasında, dava konusunun temlik halinde iki tarafa seçimlik hak tanımış; ya temlik eden tarafa olan davadan sarfınazar ederek dava konusunu temellük eden kimseye karşı yöneltmek veya davasını dava konusunu başkasına temlik eden taraf hakkında zarar ve ziyan davasına çevirmek seçeneklerinden birini kullanabilmesini kabul etmiştir. Dava dosyası kapsamındaki tapu kayıtları, bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde ise; sadece az yukarıda belirtilen (7) ve (11) numaralı bağımsız bölümlerin davacı tarafından F.K. ve H.K.'ya temlik olunduğu; davacı ile davalı arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin devrine ilişkin bir sözleşme bulunmadığı gibi, sözü edilen dairelerin kayden temlikinden başka alacağın temlik sözleşmesi de bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 126/IV. maddesi gereğince, yüklenicin bile bile veya ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi, özellikle ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı iş meydana getirmesi yüzünden açılacak davalar ayrı olmak üzere; eser sözleşmesinden ve eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bütün davalarda (5) yıllık zamanaşımı uygulanır. Borçlar Kanunu'nun 106.

maddesi hükmü gereğince, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı her zaman onun ifasını talep edebilir ve gecikme nedeniyle maddi tazminat davası da açabilir. Dava dosyası kapsamındaki bilirkişi kurulu raporlarından da açıkça anlaşıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu inşaatlar tamamlanmamıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yürürlükte tutulmaktadır ve yüklenici davalı da yüklendiği edimini ifa etmemiştir. Buna göre, zamanaşımı süresinin dolmuş olduğundan söz edilemez. Mahkemece, uyuşmazlığın esasını incelenerek varılacak sonuca göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken; yazılı gerekçelerle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Açıklanan sebeplerle karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeplerle F.K. ve H.K. vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacılar F.K. ve H.K.'ya geri verilmesine, 08.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁸⁵

Şeklinde hüküm tesis ederek, zamanaşımı süresinin başlaması için eserin bitirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde ayıba ilişkin hakların zamanaşımı süresi eserin teslim alınmasından değil, eserin idare tarafından kesin kabulünün yapılmasından itibaren başlamaktadır. İmar Kanunu'na tabi taşınmazlarda ise, bu süre yapı kullanma izin belgesinin verildiği tarihte başlar.

⁸⁵ Yar. 15 HD. 08.11.2010 T., E. 2010/4471, K. 2010/671

4.3.3.2. Zamanaşımı Sürelerinin Durması ve Kesilmesi

Borçlar Kanunu'nun 132 ve 133. maddelerinde belirtilen zamanaşımını durduran ve kesen nedenler, tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi, Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında zikredilen zamanaşımı sürelerine uygulanırlar.⁸⁶ Nitekim, B.K. m. 360'daki bedel indirimi ve sözleşmeden doğan hakkı ile diğer hakların B.K. m. 363 hükmünde yer alan zamanaşımına tabi tutulması iki sonuç doğurmaktadır.

⁸⁶ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 153 "Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur:

1. Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için.
2. Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için.
3. Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için.
4. Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için.
5. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece.
6. Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece.
7. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece.

Zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan işlemesini sürdürür."

6098 Sayılı Yeni BK m.154 "Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı kesilir:

1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse.
2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa."

İlk olarak, bu maddede düzenlenen sürelerin dolması ile iş sahibinin hakları düşmez, yalnızca ileri sürüldükleri tarihte yüklenici tarafından zamanaşımı defii ile engellenebilirler. Bir diğeri sonuç da, bu sürelerin Borçlar Kanunu'nun 132. maddesi kapsamına giren durumlarda durması ve Borçlar Kanunu'nun 133. maddesi kapsamına giren durumlarda da kesilmesidir.

4.3.3.3. Zamanaşımı Sürelerinin Sözleşme İle Değıştirilebilmesi

Eser sözleşmesinde zamanaşımı sürelerini düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar, ayıba karşı tekeffülden doğan haklara ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde belirtilen 1 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerini uzatıp kısaltabilirler veya ihbar süreleri üzerinde değışiklik yapabilirler.

Borçlar Kanunu'nun 127. maddesinde yalnızca Borçlar Kanunu'nun 3. babında belirlenen zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değıştirilemeyeceği ifade edilmiştir.⁸⁷ Dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nun 127. maddesinin ters anlamından, Borçlar Kanunu'nun 3. babının (m. 113,140) dışında düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değıştirilebilmesinin (uzatılmasının veya kısaltılmasının) mümkün olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak, kasten gizlenen ayıpların dahi on yıllık zamanaşımına tabi tutulduğu göz önünde bulundurulursa, tarafların on yıldan fazla bir zamanaşımı süresi kararlaştırmaları mümkün değildir. Bundan başka, ayıplı ifa müteahhidin ağır kusurundan ileri geliyorsa kısaltmaya ilişkin şartta geçerli olmaz. Bu durumda, B.K. m. 99/I hükmü, zamanaşımı süresinin kısaltılması şeklindeki

⁸⁷ 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 148 "Bu ayırırnda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değıştirilemez."

sorumluluktan kurtulma şartlarına da uygulanmalıdır. “Keza, B.K. m. 363’de öngörülen zamanaşımı süreleri emredici nitelikte olmadıklarından uzatılıp kısaltılabilmesi mümkünse de, zamanaşımı süresinin kısaltılması, iş sahibinin tekeffülden doğan haklarını ileri sürmesini güçleştiriyor veya pratik bakımdan imkansız hale getiriyorsa böyle bir kısaltma da geçersiz sayılmalıdır. Zira, bu sürelerin uygun olmayan şekil ve surette değiştirilmesiyle, alacaklının hak ve menfaatlerinin güçleştirilmesine izin verilmez.”⁸⁸

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 4. fıkrasında da “satıcı daha uzun süre için garanti vermemişse” demek suretiyle zamanaşımı süresinin uzatılabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, bu kanuna tabi bir sözleşmede, zamanaşımı süresinin kısaltılması hususunda sözleşmeye bir şart konulmak suretiyle satıcının sorumluluğunun sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu durumda, süre kısaltmanın ne gibi sonuçlar doğuracağını tüketiciye açıkça anlatılmış olması ve tüketicinin gerçekten bilinçli olarak zamanaşımı süresinin kısaltılmasını kabul etmiş olması gerekir. Aksi takdirde, tüketicinin iradesinin serbestçe tecelli ettiğinden herhangi bir şüphe duyulması halinde, satıcının sorumluluğuna ilişkin bu sınırlama geçersiz sayılmalıdır. Keza, zamanaşımı süresinin tüketicinin seçimlik haklarını ortadan kaldıracak derecede kısaltılması da geçersizdir. Buna karşılık zamanaşımı süresinin uzatılması halinde bu uzatma süresi en fazla 10 yıl olmalıdır. Zira, ayıbın hileli olarak gizlenmesi durumunda dahi kanun koyucu bu durumdan satıcıyı en fazla 10 yıllık bir süre için sorumlu tutmaktadır. Dolayısıyla, zamanaşımı süresinin tüketicinin haklarını kaldıracak, kullanamayacak derecede kısaltılması ne kadar adil değilse, anlaşma olsa dahi, satıcının sorumluluğunun da hile yapması durumundaki

⁸⁸ TANDOĞAN, H., Cilt II, s.227 (naklen)

sorumluluktan daha uzun bir süreye tabi tutulabilmesi de o derece adil değildir.⁸⁹

GCCRIS

⁸⁹ UÇAR, A., Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s.282

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. 6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ESER SÖZLEŞMESİ UYUŞMAZLIKLARINA UYGULANACAK ZAMANAŞIMI

5.1. Genel Olarak

Kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının ayıptan doğan hakları için, çeşitli olasılıklar ve eserin niteliği göz önünde tutularak, her birinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi ayrı ayrı belirtilmiştir. Şöyle ki;

Yüklenicinin, bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir eser meydana getirmesi nedeniyle açılacak davaların, eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, teslim tarihinden başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Yeni BK ağır kusur için bu yasa maddesi ile özel bir düzenleme getirmektedir.

Yüklenicinin, bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir eser meydana getirmesi dışında kalan diğer durumlarda açılacak davaların bağlı olduğu zamanaşımı süresi ise, eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğinde olmasına göre belirlenmiştir. Şöyle ki; taşınır eserlerin ayıplı olması durumunda açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak iki yılın; taşınmaz eserlerin ayıplı olması durumunda açılacak

davalar, teslim tarihinden başlayarak beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Yüklenicinin bile bile veya ağır kusuruyla sözleşmeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda uygulanacak zamanaşımı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, yüklenicinin bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir eser meydana getirmesi nedeniyle açılacak davalara uygulanacak yirmi yıllık zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı, yoksa genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin mi uygulanacağı belirli değildir.

5.2. Zamanaşımı Süreleri

5.2.1. Öğrenme Tarihinden Başlayarak İki Yıl, Teslim Tarihinden Başlayarak Yirmi Yıl Geçmekle Zamanaşımına Uğrayan Davalar

Yüklenici bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu nedenlerle açılacak davalar, iş sahibinin durumu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde teslim tarihinden başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

5.2.2. Ağır Kusur Dışındaki Diğer Tüm Durumlarda

Ağır kusur bulunması dışındaki diğer durumlarda, teslim tarihinden başlayarak, taşınırlarda iki yılın, taşınmazlarda beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır. (B.K. m. 363 – Yeni B.K. m. 478). Kamu İhale Yasası ve Bayındırlık İşleri Şartnamesi de zamanaşımı süresini beş yıl olarak düzenlemiştir. Ancak bu süre, teslim tarihinden değil, “kesin kabul” tarihinden başlar.

Ayrıca 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun “Beş Yıllık Zamanaşımı” başlıklı 147. maddesi de;

“Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:

1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.
2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.
3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.
4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.
5. Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.
6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.”

İfadeleri ile eser sözleşmesinden doğan alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu sarahaten belirtmiştir.

5.3. Zamanaşımının Başlangıcı

Zamanaşımı süresi, 6098 Sayılı Yeni B.K. m. 149 uyarınca;

“ Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.

Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden işlemeye başlar.”

Türk Borçlar Kanunu, zamanaşımının başlangıcı olarak iki olguyu benimsemiştir. Birincisi teslim tarihini başlangıç kabul etmek, ikincisi ise; öğrenme tarihini başlangıç tarihi olarak kabul etmektir.

5.2.1. Teslim Tarihini Başlangıç Kabul Eden Zamanaşımı

Yüklenici bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu nedenlerle açılacak davalar, her halde teslim tarihinden başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Diğer durumlarda, teslim tarihinden başlayarak, taşınırlarda iki yılın, taşınmazlarda beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

5.2.2. Öğrenme Tarihini Başlangıç Alan Zamanaşımı

Yüklenici bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu nedenlerle açılacak davalar, iş sahibinin durumu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

SONUÇ

Eser Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu kapsamında, iş görme sözleşmeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu, yüklenicinin sorumlulukları arasında, özellikle ayıptan sorumluluk borcu üzerinde daha fazla durmuştur. Bu sorumluluk işin kabulü öncesinde ve sonrasında farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Eser Sözleşmesi, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği işi teslim etmesi, iş sahibinin ise işi kabul etmesi ile tamamlanmaktadır. İşin, iş sahibi tarafından kabulü ile açık ayıplar bakımından sorumluluk iş sahibine geçmektedir. Buna karşın sorumluluğu yüklenici üzerinde bırakabilmek için, iş sahibinin teslimden sonra fırsat bulur bulmaz işi muayene etme ve ayıp halinde bunu yükleniciye ihbar etme zorunluluğu bulunmaktadır.

İşin kabulü ve yüklenicinin sorumluluklarının ele alındığı çalışmamızda yasadaki önemi de dikkate alınarak ayıptan sorumluluk borcu üzerinde yoğunlaşmıştır. Yasadaki düzenlenme şekli esas alınarak, birinci bölümde Eser Sözleşmesinin genel hatları, ikinci bölümde ise Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Sözleşmeden Doğan Borçları incelenmiştir.

Yüklenicinin asli sorumluluklarından olan ayıptan sorumluluk borcu tez konumuz kapsamında olan Eser Sözleşmesinde İşin Kabulünün Gerçekleşmesinin temel şartlarından olduğu için detaylı olarak üçüncü bölümde ele alınmıştır.

Yüklenicinin ayıptan sorumluluk borcunun sona erdiği haller olan, ayıbın iş sahibinin kusurundan doğması, ayıplı eserin iş sahibince kabul

edilmesi ve zamanaşımı sürelerinin geçmiş olması durumları ise çalışmanın dördüncü bölümünde irdelenmiştir.

01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu uyarınca, Eser Sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk borcuna ilişkin zamanaşımı süreleri yeniden düzenlenmiştir. Yeni yasada kanun koyucu, yüklenicinin ayıpta ağır kusuru bulunması halini ayrıca ele almıştır. Tüm bu değişiklikler çalışmamızın beşinci bölümünde incelenmiştir. Bununla birlikte, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri, karşılaştırmaya imkân verilebilmesi için dip notlar halinde sunulmuştur.

KAYNAKÇA

- [1] **ALTAŞ H.** (2002), Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara.
- [2] **ARAL F.** (2007), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [3] **ARDIÇ O., ERSOY E.** (2003), Borçlar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [4] **AYDEMİR E.** (2009), Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.
- [5] **BAYGIN C.** (1999), Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul.
- [6] **BERKİ Ş.** (1973), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- [7] **BİLGE N.** (1971), Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- [8] **CELAL N.** (2005), Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara.
- [9] **DAYINLARLI K.** (1993), İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- [10] **DAYINLARLI K.** (2008), İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [11] **ERMAN H.** (1979), İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- [12] **ERGEZEN M.** (2007), İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- [13] **ERTEN M. A.** (2000), Türk Borçlar Hukuku'na Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. m. 58) , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

- [14] **GÜLEÇ Ş.** (2009), Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [15] **GÜNEL M.C.** (2004), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, İstanbul.
- [16] **HATEMİ H., SEROZAN R., ARPACI A.** (1992), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- [17] **H. BECKER** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeviren Dr. A. Suat DURA, Yargıtay Yayınları No:14
- [18] **KARATAŞ İ.**, (2004), Eser Sözleşmeleri, Sözkesen Matbaacılık, Ankara.
- [19] **OĞUZMAN M.K, ÖZ T.** (1995), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [20] **ÖZYÖRÜK S.** (1988), İnşaat Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara.
- [21] **ÖZ M.T.** (1989), İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- [22] **SELiÇi Ö.** (1978), İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul.
- [23] **ŞENOCAK Z.** (2002), Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [24] **TANDOĞAN H.** (1988), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,C.1/1, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, İstanbul.
- [25] **TANDOĞAN H.** (1987), Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt II Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- [26] **TANDOĞAN H.** (1970), İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden ayırt edilmesi, İmren ÖKTEM'e Armağan, Ankara.
- [27] **TUNÇOMAĞ K.** (1974), Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul.
- [28] **UÇAR A.** (2003), İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara.

- [29] **UYGUR T.** (1997), Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara.
- [30] **YALÇINDURAN T.** (2000), Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [31] **Yargıtay Kararları Dergisi**
- [32] **YAVUZ C.** (2001), Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- [33] **YAVUZ C.** (1997), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, İstanbul 1997
- [34] **ZEVKLİLER A.** (2002), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara.

EK

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : Yücesoy Ebru
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 15.09.1985 / Ankara
Medeni Hali : Evli
Telefon : 0 (532) 392 72 80
Email : av.ebruyucesoy@gmail.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi Özel Hukuk, Ankara	2011
Lisans	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara	2007
Lise	Prof. Dr. Binnaz-Rıdvan Ege Anadolu Lisesi, Ankara	2003

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2007-2008	Hukuk Bürosu	Stajyer Avukat
2008-2012	Hukuk Bürosu	Avukat

YABANCI DİL

İngilizce.