

ESER SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU VE İŞ SAHİBİNİN HAKLARI

*Dr. Mehmet Deniz YENER**

1. GİRİŞ

Eser sözleşmesinde, eserin ayıpsız olmasını sağlama borcu müteahhidin asli edim yükümünün kapsamında ve eseri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir¹. Eser sözleşmesinde müteahhit, sözleşmede açıkça kararlaştırılan ve çeşidi ile kullanım amacına uygun vasıflara sahip bir eser meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Müteahhit, işin niteliğine göre kendi kişisel özelliklerinin önemli olmadığı durumlar haricinde, imalini üstlendiği işi bizzat kendisi yapmak veya yönetimi ve denetimi altında yardımcıları kullanarak yaptırmakla yükümlüdür². Müteahhidin, ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme konusundaki asli edim yükümünü ihlali ayıplı ifadan dolayı sorumluluğuna yani ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu ortaya çıkartacaktır³. Müteahhidin özensiz davranışı sonucu eserde bir ayıp oluşmuşsa, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi değil, 359. madde ve devamında yer alan ayıplı ifadan dolayı sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Müteahhidin göstermek zorunda olduğu özen derecesi ise, iş sahibinin BK m. 360/I ya da II' ye göre

* Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Öğretim Üyesi, Göztepe İSTANBUL mail: mdyener@hotmail.com

¹ Şenocak, Z., Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, 29; Gauch, P., Der Werkvertrag, 3. Aufl, Zürich 1985, 605; Aral, F., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000, 106; Kocayusufpaşaoğlu, N., Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, 68; Uçar, A., İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2000, 20.

² Uçar, 9.

³ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, 160; Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, 522; Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2008, 339; Aral, 364 vd.; Zevkliler, A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, 339.

ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep etmesi halinde, müteahhidin kusurlu olup olmadığını tespitinde önem taşıyacaktır⁴.

İş sahibi sözleşmeye uygun olmayan eseri teslim almaktan kaçınabilir, bu durumda alacaklı temerrüdüne düşmeyeceği gibi, müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürerek, BK m. 106 vd. hükümlerine dayanabilir⁵. Ancak iş sahibinin, BK m. 360 hükmünce eserdeki ayıpların eseri kullanamayacağı veya kabul etmesinin kendisinden beklenemeyeceği derecede önemli olmaması halinde ifayı reddetme imkânı yoktur⁶.

Ayıplı ifadan dolayı sorumluluk düzenine, eserin iş sahibi tarafından teslim alınması halinde geçilir, bu durumda iş sahibinin müteahhide karşı BK m. 106 vd. hükümlerine başvurma hakkı ortadan kalkar. İş sahibi, ayıplı ifadan dolayı seçim hakkını ayıbın giderilmesi şeklinde kullanır ve müteahhit ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşerse, müteahhide karşı BK m. 106 vd. hükümlerine başvurabilecektir⁷. İş sahibi aynı zamanda, muayene ve ihbar görevlerini yerine getirmiş, BK m. 360 hükmündeki koşullara göre ayıplı işi reddetmiş veya onarımını talep etmiş olmak şartıyla, BK m. 81 hükmüne dayanarak, edimin borca uygun ifasına kadar kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir⁸.

Bu makalede öncelikle, ayıp kavramı, eserin teslimi, muayene ve ihbar gibi ayıba karşı tekeffülün genel şartları incelenecektir. Ayıplı ifa halinde, iş sahibinin, sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini veya ücretten indirim yapılmasını isteme şeklindeki seçimlik hakları ve müteahhidin kusurlu olması halinde seçimlik hakla giderilemeyen, ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep hakkı makalenin asıl inceleme konusunu oluşturmaktadır. Makalenin son kısmında ise, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ortadan kalkması ve sonuçları incelenecektir.

2- AYIP KAVRAMI VE TEKEFFÜLÜN GENEL ŞARTLARI

I- Ayıp Kavramı

Eserin, aynı çeşitten eşyanın sahip olması gereken niteliklere sahip olmaması veya farklı nitelikler taşıması halinde ayıp söz konusu olur ve müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğar⁹. Teslim edilen eserin iş sahibinin sözleşmenin

⁴ Seliçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 89; Şenocak, 29; "İş sahibi ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep etmişse, bu durumda kusur sorumluluğun şartı olduğundan, bu zararın sebebi yardımcı kişinin davranışına dayanıyorsa, müteahhidin söz konusu zarardan dolayı sorumluluğunda BK mad. 100 uygulama alanı bulur." (Şenocak, 29).

⁵ Uçar, 66.

⁶ Uçar, 66.

⁷ Şenocak, 35; Gauch, 2330; Uçar, 67.

⁸ Uçar, 70.

⁹ Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 1015; Yavuz, Dersler, 339; Yavuz, Özel Hükümler, 522; Burcuoğlu, H., "Eser Sözleşmesinde İş

amacından anlaşılan menfaatine uygun olması gerekir. Eserdeki ayıp, müteahhit tarafından vaat edilen niteliklerin, eserde bulunması gereken lüzumlu vasıfların, sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli niteliklerin bulunmaması durumudur. Ayıp kavramının içeriği, belirli bir kalitede bir eserin meydana getirilmesi borcunu içeren sözleşme hükümleri esas alınarak belirlenir. Eserin sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip olmaması, özel bir hüküm olmasa da, sözleşmenin muhtevası, eşyanın mutata kullanımı dikkate alındığında, eserde dürüstlük kuralına göre mevcut olması gerekli vasıfların eksikliği halinde ayıp ortaya çıkar¹⁰. Eser, iş sahibinin menfaatlerine uygun olmalı, lüzumlu vasıfları, eşyanın normal niteliklerini taşımalıdır. Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde, bu vasıfların neler olduğu belirtilmediğinden, satımla ilgili 194. maddeye başvurulması gerekir. Eserdeki vasıflar, iş sahibinin menfaatini karşılayabilmeli, kullanılmaya elverişli olmalıdır. Eserin kullanılacağı yer dikkate alınarak, iş sahibinin menfaatini karşılayıp karşılamayacağı, kullanma amacının sağlanıp sağlanmadığı, Medenî Kanun'un 2. maddesi hükmünce; doğruluk ve dürüstlük kuralları uyarınca, yorum yoluyla tespit edilecektir¹¹.

Eserdeki ayıplar, fiili ve hukuki, açık ve gizli ve önemli ve önemsiz ayıplar şeklinde ayırımı tabi tutulmaktadır; eserdeki fiziki vasıfların eksikliği, fiili ayıba, kamu hukuku hükümleri sebebiyle eser üzerindeki kullanım veya tasarruf imkânının sınırlandırılması ya da ortadan kalkması hukuki ayıba sebep olur¹². Açık ayıpların belirlenmesinde ise ayıbın, gözden geçirmekle fark edilip edilmeyeceği hususu esas alınmaktadır. Teslim esnasında açıkça görülen veya eserin usulüne uygun muayenesiyle fark edilen ayıplar açık ayıp, usulüne uygun bir muayene ile fark edilemeyen, dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan, daha sonra eserin kullanılmasıyla ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıplardır ve müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için bu ayıpların gecikmeden bildirilmesi gerekir¹³.

Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler.” Tandoğan'a Armağan, Ankara,1990, s. 283-332, 285; Turanboy, A., “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 41, S. 1-4, s. 151-189, 151; Uçar, 19, 115.

¹⁰ Gauch, 1361; Yavuz, Özel Hükümler, 523; Yavuz, Dersler 340; Uçar, 117; Tandoğan, 162 vd.; Öz, T, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 92; Eserin asgari nitelikleri sözleşmede belirlenmişse bu niteliklerin altında inşa edilen eser ayıptır, bu niteliklerin üzerinde bir eser oluşturulmuş ise ayıp söz konusu olmaz. (Seliçi, 136); Yarg. HGK., T. 17.1.1962, E. 1962/2, K. 1962/21, “...Yapılacak işin niteliği hakkında sözleşmede yeterli açıklama bulunmayan hallerde bu işin orta nitelikte bir iş olacağının taraflarca kabul edilmiş sayılması gerekir.” : (Olgaç, S., İstisna Akti, Ankara 1977, 57); Uçar, 27.

¹¹ Yarg. 15. HD., T. 14.3.1977, E. 1977/1210, K. 1977/5464: (Turanboy, 1990: 151).

¹² Tandoğan, 167; Uçar, 121.

¹³ Tandoğan, 167; Yavuz, Özel Hükümler, 524; Yavuz, 340; Seliçi, 143; Turanboy, 161; Şenocak, 104; Uçar, 122.

Önemli ve önemsiz ayıp ayırımı, Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde düzenlenmiştir. Eserin, iş sahibi tarafından kullanım amacına göre kullanılmayacağı ve dürüstlük kurallarına göre de eseri kabulünün beklenemeyeceği hallerde önemli ayıp vardır¹⁴. Bu durumda iş sahibi Borçlar Kanunu'nun 360/I hükmünce sözleşmeden dönebilirken, bu derece önemli olmayan ayıplar söz konusu ise, ancak ücret indirimi isteyebilecek veya tamir büyük masrafı gerektirmiyorsa, müteahhidi tamire zorlayabilecektir.

II- Tekeffülün Genel Şartları

A- Eserin Teslimi

Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre, iş sahibi işlerin mutata cereyanına göre imkân bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, ayıplı olması ve iş sahibi tarafından muayene ve ihbar yükümünün zamanında yerine getirilmiş olması gerekir. Teslim sırasında mevcut olan niteliklere ilişkin ayıplara, ayıba ilişkin hükümler uygulanabilecektir¹⁵.

Eserin, sözleşmenin ifası amacıyla, iş sahibinin emrine verilmesi, zilyetliğinin sağlanarak onun kullanımına bırakılması ile teslim gerçekleşmiş olur¹⁶. Teslim tamamlayıcı bir asli edim yükümlüdür, eser iş sahibinin hâkimiyet sahasında yapılmışsa, teslim bildirimle gerçekleşir, edim sonucu doğrudan çıkıyorsa, eserin meydana getirilmesiyle birlikte teslim gerçekleşir. Eserin teslimi menkullerde zilyetliğin iş sahibine geçirilmesi şeklinde olmaktadır. İnşaat işlerinde teslim, müteahhidin inşaatın bittiğini iş sahibine bildirdiği ve iş sahibinin de müteahhide ait olan bu yükümlülüğünün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile tamamlanmış olacaktır¹⁷. Eserin kabulü ise, teslim edilen eserin muayenesi sonrası teslim edilen eserin sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince beyan edilmesi şeklinde gerçekleşir. Teslim, kabul gibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşürmez, tersine bu hakların meydana gelme koşuludur¹⁸.

İş sahibi eseri teslim almadığı sürece, MK mad. 6'da yer alan prensip gereği, eserin sözleşmeye uygun olduğunu müteahhit ispatla yükümlüdür, eserin tesliminden sonra ise bu husustaki ispat yükü iş sahibine aittir. Eserin ifa olarak

¹⁴ Yavuz, Dersler 340; Yavuz, Özel Hükümler, 524; Şenocak, 33; Uçar, 122.

¹⁵ Seliçi, 139; Yavuz, Dersler, 341; Öz, 93 vd.; Yavuz, Özel Hükümler, 522.

¹⁶ Dayınlarlı, K., İstisna Aktinde Müteahhidin veya Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1988, 26; Öz, 167; Olguç, 31; Tunçomağ, 1012; Uçar, 78.

¹⁷ Yarg. 15. HD. T. 31.12.2007, E. 2006/5241 K. 2007/8403: (İBD, C. 82, S. 4, s. 2206) ; "...Eser sözleşmesinde işin teslimini müteahhit kanıtlar, sözleşmeye göre işin teslimi iskân ruhsatına bağlanmış olabilir, bu durumda delil sözleşmesi niteliğinde iskân ruhsatına bağlı teslim durumu söz konusudur. İnşaatın fiilen teslim edildiği veya kiraya verildiği de ispat edilebilir...".

¹⁸ Seliçi, 36; Tandoğan, 127; Uçar, 78.

kabulü ile teslim gerçekleşmiş sayılmakta ve iş sahibinin eser sözleşmesinden doğan alacağıın yerini, BK m. 360'da kendisine tanınmış olan seçimlik haklar almaktadır¹⁹. Eser tamamlanmadan hukuki anlamda bir teslimden söz edilemez, teslim edilmiş sayılma için eser tamamlanmış olmalıdır²⁰. Eserin niteliğine göre fiilen teslim alınmasının mümkün olmadığı hallerde, eserin tamamlanması teslim alma yerine geçer. Sözleşmeye göre borçlu olunan bütün çalışmalar bitirilmemişse eser tamamlanmamıştır, ancak bu sebeple eser ayıplı sayılamaz ve ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması birbirinden farklı iki durumdur, ayıplı ifa halinde temerrüde ilişkin hükümler değil, ayıplı ifaya ilişkin özel hükümler uygulanır. Teslim borcunun zamanında ifa edilmemesi halinde ise, müteahhit temerrüde düşecek ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacaktır²¹.

B- Muayene ve İhbar

Borçlar Kanunu 359/1 hükmünce, imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutata cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Eseri muayene etme süresi, teslim ile başlamaktadır. Muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmeyen iş sahibi açık ayıplara ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 360. maddesindeki haklarını kaybeder ve eser kabul edilmiş sayılır²². Eserin zımnî veya açık şekilde kabul edilmesi, usulüne uygun bir muayenede görülemeyen veya müteahhidin kasten sakladığı gizli ayıplar dışında, müteahhidi eserdeki ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtarmaktadır²³.

Muayene süresinin tespitinde ilk planda, iş sahibi ve müteahhidin dâhil olduğu çevrede, sözleşmede kararlaştırılan türden bir eserin muayenesi için geçerli olan teamül dikkate alınacak, bir teamülün söz konusu olmadığı durumlarda, somut olayın özelliklerine göre, normal bir iş sahibinin eseri muayeneye başlaması ve bu işi özenle yapması için ihtiyaç duyduğu süre dikkate alınacaktır²⁴. Muayene objektif olarak mümkün ve makul zamanda yapılır, meydana getirilen eserin amacına göre kullanımı ancak belirli zaman aralığında veya belirli hava şartlarında mümkünse, muayenenin bu tarihlere ertelenmesi gecikme sayılmaz²⁵. İş sahibinin eserin muayenesi için resmi bilirkişiye başvurması ve başvuruda gecikme olmaması halinde, muayene sonucunu içeren rapor gelinceye

¹⁹ Şenocak, 83)

²⁰ Uçar, 92; Yavuz, Dersler, 341; Yavuz, Özel Hükümler, 522.

²¹ Uçar, 94.

²² Uçar, 83, 129.

²³ Uçar, 83.

²⁴ Tandoğan, 169; Gauch, 2113; Yavuz, Özel Hükümler, 525; Yavuz, Dersler, 342; Aral, 369; İşlerin mutata gidişi kavramının tespitinde, eserin niteliği ile birlikte, düzenli çalışan ve özenle yürütülen bir işletme esas alınmalıdır. (Tunçomağ, 1019)

²⁵ Tandoğan, 169; Gauch, 2115

kadar muayene süresi dolmaz ve bilirkişi raporunun hazırlanmasındaki gecikme, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarının kaybına yol açmaz²⁶. Ayıbın kasten, hileli şekilde gizlenmiş olması halinde, 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir, bu durumda iş sahibinin ayıbın farkına varır varmaz durumu hemen müteahhide bildirmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.²⁷ Benim de katıldığım diğer görüşe göre; eserdeki gizli nitelikte ayıpların bilinçli olarak kötüniyetli müteahhit ya da yardımcıları tarafından gizlendiğini ispat eden iş sahibi ayıpları bildirmeye gerek olmaksızın, ayıptan doğan hakları kullanabilmelidir²⁸.

İş sahibinin ayıpları müteahhide zamanında ihbar etmiş olması halinde, eserin muayenesini hiç yapmamış veya özensiz bir şekilde yapmış olsa dahi, BK m. 362/2 anlamında eseri kabul etmiş sayılmaz²⁹. Ayıpların bildirileceği zaman konusunda Borçlar Kanunu açık bir düzenleme getirmemiştir. Eserdeki gizli ve açık tüm ayıpların iş sahibi tarafından bildirilme mükellefiyeti konusunda Borçlar Kanunu 362. maddedeki, gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesi gerektiği şeklindeki düzenlemenin, açık ayıplar bakımından da uygulanması uygun olur³⁰. İş sahibinin dikkatli, usulüne uygun muayenesi sonucu ortaya çıkmayan, ancak bir süre kullanılmakla ortaya çıkan gizli ayıplarda muayene külfeti söz konusu olmayıp, sadece ihbar külfeti mevcuttur. Gizli ayıplar, hiçbir şüpheye mahal kalmayacak şekilde tespit edilmelerinden hemen sonra ihbar edilmelidir, aksi halde eser kabul edilmiş sayılır³¹.

Ayıpları ihbar belirli bir şekle bağlanmamıştır ancak, ispat bakımından telgraf, taahhütlü mektup veya noter vasıtasıyla bildirimde bulunmak uygun olur. İhbarda iş sahibinin ayıbı meydana getiren sebebi göstermesi, ayıbın sebebini araştırması şart değildir. Ancak, ihbar müteahhidin ayıp konusunda değerlendir-

²⁶ Seliçi, 148; Tandoğan, 171; Uçar, 133.

²⁷ Yavuz, 342; Yavuz, Özel Hükümler, 525; Şenocak, 124; Burcuoğlu, 316.

²⁸ Tandoğan, 221; Gauch, 1378; Uçar, 256; "...eserdeki gizli nitelikte ayıpların bilinçli olarak kötüniyetli müteahhit ya da yardımcıları tarafından gizlendiğini ispat edebilecek olan iş sahibi ayıpları bildirmeye gerek olmaksızın, ayıptan doğan hakları kullanabilmelidir..."

²⁹ Şenocak, 128; Gauch, 2150

³⁰ Seliçi, 153; Yavuz, 342; Yavuz, Özel Hükümler, 525; Öz, 117; Turanboy, 164; Yarg. 15. HD, T. 22.5.1980, E. 1980/871, K. 1980/1136 (YKD., 1980, C. 3, S. 9); Yarg. 15. HD., T. 10.5.1979, E. 1979/1009, K. 1979/1103 (YKD., 1979, C.2, S. 7, s. 1085); "...Açık bozuklukların kısa zamanda yükleniciye bildirilmemiş olması, sonradan ortaya çıkan ayıpların ise bu durum öğrenildiğinde yükleniciye derhal haber verilmemiş olması durumunda, yüklenicinin tekeffül borcu tamamen ortadan kalkacaktır..." ; "...İnşaat sahibi dikkatli bir muayene sonucu anlayabileceği açık ayıpları vakit geçirmeden, derhal müteahhide bildirmelidir..." Yarg. 15. HD., T. 5.5.1980, E. 1980/1151, K. 1980/1144 (YKD., 1980, C. 2, S. 5, s. 871-872).

³¹ Öz, 117; Uçar, 145; Gauch, 2182; Yarg. 15. HD., T. 2.2.1978, E. 1978/175, K. 1978/174 (YKD., 1979, C. 5, S. 8, 1194-1197; Yarg. 15.HD.,T. 18.10.1982, E. 19832/1404, K. 1982/2045 (YKD., 1983,C.9, S. 2, 239-240).

dirme yapabilmesine imkân vermeli, ayıbın türü ve kapsamı hakkında bilgi içermelidir, genel nitelikte hoşnutsuzluk ifadelerinden oluşan bir bildirim olmamalıdır³².

Muayene ve ayıpları bildirmeyi düzenleyen hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle, taraflar muayene şekli ve bildirme süresini değiştirebilirler, hatta iş sahibini muayene külfetinden muaf tutabilirler³³. Ancak süre dikkatli ve özenli yapılacak bir muayene için yeterli olmayacak ölçüde kısaltılmışsa, işlerin olağan gidişine göre yeterli olabilecek süre sözleşmedeki sürenin yerini almalıdır³⁴.

Tarafların garanti süresi kararlaştırmış olmaları muayene külfetinin ortadan kaldırdığını gösterir, ancak tespit edilen ayıbı derhal ihbar etme külfeti kural olarak ortadan kalkmaz. Bir garanti süresinin kabulü ihbar süresinin de garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmemektedir. Garanti süresi içinde ortaya çıkan bütün ayıplar bildirilebilir, ancak ihbar ayıplar ortaya çıkarıldıktan hemen sonra yapılmalıdır³⁵. Garanti süresinin anlamı taraf iradelerinin yorumu ile belirleneceğinden, bu konuda önceden genel bir ölçüt belirlemek mümkün değildir. Garanti süresi, ayıbın ihbar edilebileceği azami süre olan BK m. 363'de öngörülmuş zamanaşımı süresinin uzatıldığı anlamına gelebilir, taraflar garanti süresini bir ihbar süresi olarak öngörüp, tespit edilen ayıpların bu süre içinde her zaman ihbar edilebileceğini kararlaştırabilirler³⁶. Kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi de kararlaştırılabilir, bu durum zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı anlamına gelebilir, böyle bir durumda şüphe halinde müteahhidin lehine olan yorum tercih edilmelidir³⁷.

3- İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde düzenlenmektedir. İş sahibi, teslim edilmiş eseri muayene ve ayıpları ihbar mükellefiyetlerini yerine getirmesi şartıyla, sözleşmeden rücu, eserin

³² Seliçi, 152; Uçar, 141; Gauch, 2130; "...İnşaat sahibi, inşaatta bulunduğu bütün ayıpları müteahhide bildirmelidir. Açık ayıpların bir kısmının bildirilmemiş olması halinde, iş sahibinin bunlara muvafakat ettiği kabul edilecektir." (Turanboy, 1990: 164)

³³ Uçar, 130; Tandoğan, 170.

³⁴ Tandoğan, 175

³⁵ Uçar, 139.

³⁶ Gauch, 2517 vd.; Şenocak, 124; İnşaat ile ilgili olarak müteahhit tarafından belli konularda garanti verilmiş olması durumu, ayıpları bildirme süresinin mutlak olarak uzatıldığı anlamına gelmez. Ancak bazı hallerde garanti süresinin ayıpları bildirme süresini uzattığı kabul edilebilir. Örneğin, bir yapıdaki tavan kalınlığı, sürekli gözlemlerle anlaşılabilceğinden, ihbar süresi uzatılmış sayılabilir (Tunçomağ, 1020).

³⁷ Yavuz, Dersler 344; Yavuz, Özel Hükümler, 527 vd.

düzeltilmesi veya ücretin indirilmesini talep haklarına sahiptir. İş sahibi bu taleplerle birlikte müteahhidin kusurunun varlığı halinde, eserdeki ayıpların sebep olduğu zararların tazminini talep edebilecektir³⁸. Bu haklar seçimlik hak niteliğindedir ve seçimi iş sahibine aittir, hakim veya müteahhit tarafından sınırlanamaz. Bu hakların kullanımı müteahhidin kusurlu olmasına da bağlı değildir, ancak iş sahibi bu haklarını kullanırken özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibini dikkate almalıdır. Seçim hakkının kullanılması ile birlikte iş sahibinin hakları seçilen hak üzerinde toplanır ve diğer haklar tükenir. Bu durumun ilk istisnası, müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı olarak, iş sahibinin diğer seçimlik haklarla birlikte kullanabileceği tazminat talep etme hakkıdır. Onarımın başarısız olması halinde yeniden ikinci bir seçim hakkının oluşumu ise ikinci istisnayı oluşturur³⁹.

İnşaat sahibinin hakları Borçlar Kanunu'nun 99. maddesine aykırı düşmek şartıyla taraflar arasında bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Bu haklardan zımnen vazgeçme de mümkündür. Teslim edilen eserin iş sahibi tarafından kullanılmış olması, başkasına devri veya esaslı değişiklikler yapılması halinde, sözleşmeden rücu hakkından vazgeçilmiş sayılır, ancak bu durum ücret indirimi veya düzeltme talebinden vazgeçme anlamına gelmez. İş sahibinin beyanı hukukî sonuçlarını meydana getirdikten sonra, müteahhidin menfaatinin söz konusu olduğu hallerde, onun onayı ile geri alınabilecektir⁴⁰.

I - Sözleşmeden Dönme

İş sahibi, Borçlar Kanunu'nun 360. maddenin 1. fıkrasında yer alan şartların varlığı halinde kabulden imtina, sözleşmeden rücu imkânına sahip olacaktır. Hükümde esas olarak eseri kabulden kaçınma hakkından bahsedilmektedir, ancak bu ifade ile sözleşmeden dönme hakkının belirtildiği kabul edilmektedir⁴¹.

İş sahibinin akitten dönebilmesi için, eserin kendisinin kullanamayacağı, dürüstlük ve adalet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı şekilde inşa edilmiş bulunması gerekir. Sözleşmeden dönme hakkı iş sahibine tanınan yenilik doğurucu bir haktır ve istisna akdini geriye etkili olarak sona erdirir. Sözleşmenin

³⁸ Seliçi, 185; Uçar, 24, 162.

³⁹ Uçar, 24.

⁴⁰ Seliçi, 160; Öz, 120; Uçar, 24.

⁴¹ Gauch, 1528; Şenocak, 35; Yavuz, Dersler 344; Yavuz, Özel Hükümler, 530; Seliçi, 160; Uçar, 166; Aral, 371

amacına ulaşmanın büyük ölçüde güçleştiği hallerde, iş sahibinden, adalet kuralları gereği, eserin kabulü beklenemez⁴².

İş sahibi, rüçü için şartlar gerçekleşmiş ve durum da haklı gösteriyorsa, eserin tamirinin mümkün olduğu hallerde bile sözleşmeden rüçü etmeye yetkilidir. Müteahhit gerekli düzeltmeleri yaptıktan sonra, inşaatın amaca uygunluğu ve yapılacak inşaatın iş sahibince kabulü hususları bilirkişi aracılığıyla hak ve hakkaniyet kuralları da göz önünde tutularak tespit edilecektir⁴³. Eserdeki ayıplar kolaylıkla giderilebilecek nitelikte ve bütününe oranla önemsiz bir kısım bozursa, tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak eserin kullanılamaz olduğu kabul edilemez ve rüçü yoluna gidilemez. Dönme hakkının asıl şartı eserin kabulünün beklenemezliğidir, eserin kullanılamazlığının, iş sahibi tarafından eserin kabulünün beklenemezliği şartının uygulama durumlarından biri olduğu ifade edilmektedir. İş sahibi tarafından eserin kabulünün beklenip beklenemeyeceği, hâkim tarafından tarafların karşılıklı menfaatleri tartılarak nispet prensibi çerçevesinde takdir edilir. Eserdeki kusur, sözleşme şartlarına aykırılık, iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı ölçüde değilse, bedel indirilmesi doğru olacaktır, bu değerlendirmede, iş sahibi tarafından bildirilen ayıbın, somut olayın hal ve şartları dikkate alındığında sözleşmeden dönmeyi haklı kılıp kılmadığı araştırılır⁴⁴.

Eserin kullanılamazlığının sözleşmeden dönme hakkı sağlaması için, teslim edilen eserin ayıp nedeniyle kullanılamaz durumda olması ve eserdeki ayıbın, hiç bir şekilde giderilememesi gerekir⁴⁵. İş sahibinin özel ihtiyaçları ve sözleşmede öngörülen kullanım tarzı dikkate alınarak kullanılamazlık belirlenecektir. Ayıp nedeniyle eserin sözleşmede öngörülen kullanımı bakımından elverişlilik derecesinin azalması, BK mad. 360/1 anlamında eserin kullanılamaz olarak kabulü için yeterli değildir⁴⁶.

⁴² Uçar, 172; Turanboy, 169; Yarg. 15. HD., T. 12.6.1979, E. 1979/1358, K. 1979/1442: (YKD., 1979, C.2, S.2, s. 1666–1667):“...Sözleşmede belirlenen kullanma amacına uygun olmayan eser, iş sahibinin kullanımına elverişsiz olacağından rüçü hakkı doğacaktır...”

⁴³ Yarg. 15. HD., T. 20.9.1976, E. 1972/1808, K. 1976/3038 (YKD., 1978, C. 4, S, 3, s. 423–424).

⁴⁴ Tandoğan, 181; Gauch, 1537; Aral, 371; Yavuz, 344; Yavuz, Özel Hükümler, 530; Öz, 106; Şenocak, 52; Uçar, 172.

⁴⁵ Seliçi, 163; Eserdeki ayıbın onarım yoluyla ortadan kaldırılması mümkün olsa bile, bu onarıma razı olmak iş sahibinden beklenemeyecekse, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir...”: (Öz, 107); Yarg. 15.HD., 28/6/1978 T., 1411 E., 1426 K.: “Eserin düzeltilmesinin söz konusu olması durumunda, iş sahibi sözleşmeden dönmeyi” (Karahasan M.R., İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 1, İstanbul 1997, 195); Uçar, 173.

⁴⁶ Yarg. 15. HD., 18.6.1990 T., 5180 E., 2926 K.: “...Klima cihazı işlemekte olup, ancak ayıp nedeniyle tam randıman vermediğine göre, akıt feshedilemez. Sadece ayıptan kaynaklanan zarar istenebilir...” (kazanci.com.tr)

İş sahibinin arsası üzerine yapılan eserler bakımından BK m. 360/3, dönme hakkına sınırlama getirmiştir. Bu hükme göre, eser iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da kaldırılması ve yıkılması fazla bir zararı gerektiriyorsa, iş sahibi ancak ücretin indirilmesini veya ayıbın giderilmesini isteyebilir. Eserin kaldırılmasının müteahhit için aşırı bir zarara yol açıp açmadığı, hâkim tarafından somut olayın hal ve şartları, eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde tutularak belirlenecektir⁴⁷. Ayıplı eser, iş sahibi için BK mad. 360/1 anlamında kullanılmaz halde ise, eserin kaldırılmasının müteahhide vereceği zarar aşırı olarak kabul edilmemektedir⁴⁸.

Eserin türü ve şeklinin değiştirilmesi, mülkiyetin üçüncü bir kişiye devri halinde sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkacak, ancak ayıba bağlı diğer hakların varlığını sürdürecektir. İş sahibinin ayıbı bilerek eseri kullanması da dönme hakkının kullanılmasına çelişkili olduğu için, kural olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıracaktır. Ancak, eserin ayıbına rağmen kullanılması, ortaya çıkma ihtimali olan diğer zararları engellemesi sebebiyle dürüstlük kuralına taraf menfaatine uygunsa iş sahibinin eseri kullandıktan sonra sözleşmeden dönme beyanında bulunması çelişkili bir davranış teşkil etmez⁴⁹.

İş sahibinin sorumlu olduğu bir sebeple eserin esaslı bir biçimde bozulması da sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldıracaktır⁵⁰. Eserin ayıp veya kaza sonucu yok olması halinde ise, iş sahibi ayıplı eseri iade edemese bile BK m.

⁴⁷ Seliçi, 164; Tandoğan, 1883

⁴⁸ Tandoğan, 183; Uçar, 173; Öz, 126; Yarg. HGK,15.5.1991 T., 15-151 E., 270 K.: "... Bina-
nın gerçekten çürük olması ve yıkılmasının gerektiğinin belirlenmesi durumunda, kuşkusuz
bunun sorumluluğu davalılara (müteahhide) ait olacaktır..." (kazanci.com.tr); 15. HD.,
27/11/1990 T., 2125 E., 5087 K.: "... Projesine uygun yapılmayan işin, teknik yönden kulla-
nılmaya elverişli olmadığı hallerde yüklenicinin bedel talebine hakkı olamaz..."
(kazanci.com.tr); Yarg. 15. HD., 2/10/1995 T., 2213 E., 5155 K.: "...Beton kalitesinin ve
mukavemetinin yeterli olduğu saptandığı takdirde yıkım talebinin reddine, tersi durumda ise,
yapılan kısımların da yıkılmasına karar verilmelidir." (kazanci.com.tr); Yarg. 15. HD., T.
8.4.1977, E. 1977/470, K. 1977/837: (YKD., 1979. C. 5, S. 1, s. 393); "...iş sahibinin arsası
üzerine yapılmış olan eserlerde, sözleşme şartlarına aykırılığın kabulden kaçınmayı haklı kı-
lacak derecede önemli olması halinde bile, söktüp kaldırma çok zarar doğuracaksa fesih yeri-
ne, bedel indirimi yapılacaktır." Şenocak, 52; Yarg. 15. HD., T. 11.12.1980, E. 1930/419, K.
1980/2649; "...İş sahibinin arsasına inşaat yapılmışsa, istisna akti şeklen geçersiz olsa da, ta-
rafların karşılıklı olarak borçlarının büyük kısmının yerine getirmeleri, davacı müteahhidin
daireleri inşa ederek teslim etmesi, iş sahibinin de yapılan inşaatı alıcılarına geçirmiş bulun-
ması ve davacının daireleri teslim alarak, geç teslimden, eksik ve ayıplı inşaatın dolayı talep
haklarını kullanacağını bildirmesi halinde, sözleşmenin bu durumda geçersizliğini ileri sür-
menin, Medenî Kanun'un 2'nci maddesinde yer alan doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı
olacaktır..."(YKD., 1981, C. 8, S. 6, 730)

⁴⁹ Tandoğan, 186; Seliçi, 160; Uçar, 179.

⁵⁰ Tandoğan, 185; Gauch, 1597; Şenocak, 56

204/1 hükmüne kıyasen sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁵¹. Eserin iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebeple yok olması halinde ise sözleşmeden dönme ve imkânsızlaştığı için ayıbın giderilmesini isteme hakkı kullanılamaz, ancak ücretten indirim yapılması talebinde bulunulabilir⁵².

Sözleşmeden rücu ile müteahhit, iş sahibinden aldığı ücreti, iş sahibi de eseri geri vermek borcu altına girer. İnşaat arsasının inşaat sahibine ait olduğu hallerde, inşaat sahibi rücu hakkını kullanmışsa, geri verme borcunun konusu, ayıplı inşaatı kaldırma ve kalan enkazı alma hakkıdır. Müteahhidi tanınan süreye rağmen ayıplı eseri arsadan kaldırmaması halinde, inşaat sahibi eseri kendisi kaldırabilecek ve masraflarını müteahhitten talep edebilecektir⁵³.

II - Eserin Tamir ve Islahını Talep Hakkı

Ayıbın giderilmesi, eserin ayıplı olması nedeniyle kısmen başarısızlığa uğrayan ifa girişiminden sonra, eseri sözleşmeye uygun hale getirmek için gerekenin yapılmasıdır⁵⁴. İş sahibi, işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, Borçlar Kanunu'nun 360/2'nci fıkrası uyarınca müteahhidi eserin değer eksikliği oranında fiyat indirmeye ve eğer işin ıslahı büyük bir masrafı gerektirmiyorsa tamir yapmaya mecbur edebilir. Bu hükme göre, eserin tamirinin talep edilebilmesi için aşırı masraf yapılması lüzumu olmamalıdır. Masrafların, eserdeki kıymet noksanını aşması bunların aşırı olduğu anlamına gelmez, ancak eserdeki ayıbın kullanım amacına elverişliliğini etkilemediği ya da bu etkinin önemsiz olduğu hallerde masrafların aşırı olmasından söz edilebilir⁵⁵. Onarım hakkının söz konusu olduğu hallerde, tarafların bu hakkın kullanımını bakımından iyiniyet kurallarına uyup uymadığı öncelikle araştırılmalıdır⁵⁶. İş sahibinin ayıbın giderilmesini isteyebilmesi BK. m. 360'da açık bir hüküm olmamasına rağmen, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasına bağlıdır. Müteahhidin ekonomik güçsüzlüğü ise ayıbın giderilmesine talebine bir engel teşkil etmez⁵⁷.

Onarıma ilişkin şartların varlığı halinde iş sahibi müteahhide ek süre vererek ayıpların giderilmesini talep edebilir. İş sahibince süre verilmemişse müteahhit

⁵¹ Şenocak, 56; Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Aufl., Zürich 1929; 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936, 368-8.

⁵² Tandoğan, 184; Gauch, 1594; "...İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkması için, müteahhidin BK mad. 368/3 uyarınca zamanında ihbar ettiği tehlike veya iş sahibinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemesi gibi bir sebeple eserin telef olması yeterli görülmektedir." (Şenocak, 56).

⁵³ Seliçi, 165

⁵⁴ Yavuz, Dersler, 347; Yavuz, Özel Hükümler, 533; Şenocak, 36; Uçar, 186.

⁵⁵ Gauch, 1760; Turanboy, 173; Uçar, 195 vd.

⁵⁶ Uçar, 197.

⁵⁷ Tandoğan, 196; Aral, 374; Burcuoğlu, 297

somut olayın niteliğine göre uygun süre içinde işi tamamlamalıdır⁵⁸. Ayıbın giderilmesi borcunda temerrüt halinde iş sahibi genel hükümlere başvurma imkânına sahiptir. Müteahhidin eseri ayıbı tamamen giderilmiş bir şekilde iş sahibine teslim etme borcunda temerrüde düşmesi için, eseri ayıbı giderilmiş şekilde teslimin objektif olarak mümkün olması, eseri teslim borcunun muaccel olması ve buna rağmen müteahhidin eserdeki ayıbı henüz gidermemiş veya ayıbı giderilmiş eseri henüz teslim etmemiş olması, eseri ayıbı giderilmiş şekilde zamanında teslim etmemenin borca aykırılık teşkil etmesi ve kural olarak müteahhide ihtar çekilmiş olması gerekir. Ayıbın giderilmesi için belirli bir süre ya da eserin teslimi için belirli bir tarih kararlaştırılması halinde, ihtarla gerek yoktur⁵⁹. Ancak BK m. 107'ye göre, ek süre tayininin müteahhidin tutumu bakımından faydasız kalacağına anlaşılması veya temerrüt sonucunda alacaklının edimin aynen ifasında menfaatinin kalmaması ya da kesin vadeli bir işlemin varlığı halinde ek süre tayinine gerek yoktur, bu durumda iş sahibi tanınan süreyi beklemeden diğer haklarını kullanabilir⁶⁰. İş sahibinin ek süre sonunda ayıbın giderilmesinden vazgeçtiğini gecikmeksizin müteahhide bildirmemesi halinde aynen ifade direndiği kabul edilir. Bu durumda iş sahibi yeni bir ek süre vererek bu sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçip BK m. 106/2'deki haklarını kullanabilecektir. İş sahibinin süre tayini ile birlikte veya süre dolmadan önce eser kendisine teslim edilmediği takdirde ayıbın giderilmesinden vazgeçeceğini bildirmesi mümkündür⁶¹.

Müteahhit verilen ek süre içinde ayıbı giderilmiş bir şekilde eseri teslim etmediği takdirde, iş sahibi, BK m. 106 çerçevesinde, aynen ifayı yani eserin ayıbı giderilmiş olarak teslimini, sözleşmeden dönmeyi veya müspet zararının tazminini talep edebilecektir. Eser sahibinin eserin tamirini talep etmesi, ücret indirimini veya rücu hakkının düşmesine yol açmaz. Ücret indirimi ve sözleşmeden rücuyu talep hakkı, ayıbın müteahhit tarafından düzeltilmesi halinde ortadan kalkacaktır⁶². Müteahhidin ayıbı giderme borcunda temerrüdü veya yeniden ayıplı bir eser teslimi halinde iş sahibinin korunmaya değer bir menfaat ihlali söz konusu olmayacak, BK m. 360'dan doğan yenilik doğuran hak olarak kabul edilen seçimlik hakları yeniden canlanacaktır⁶³. İş sahibi bu durumda tekrar

⁵⁸ Uçar, 197.

⁵⁹ Şenocak, 173; Gauch, 1790; Uçar, 193.

⁶⁰ Şenocak, 173; Gauch, 1799; Yarg. 15. HD., T. 2.2.1978, E. 1977/1943, K. 1978/121; "...eksik ve kusurlu işleri yerine getirmekle yükümlü olan müteahhit, işten el çekerek bırakıp giderse, mütemerrit duruma düşer..."(YKD., 1979, C. 5, S. 4, s. 544)

⁶¹ "...Bu durumda şartlı bir aynen ifadan vazgeçme vardır; ek süre içinde ayıp giderilerek eser teslim edilmediği takdirde, sürenin bitiminde iş sahibi ayıbı gidermekten vazgeçmiş sayılacaktır..." (Şenocak, 183)

⁶² Öz, 97; Tandoğan, 193; Uçar, 191; Gauch, 1298; Yarg. 15.HD., T. 28.6.1979., E. 1979/141, K. 1979/1426 (kazanci.com.tr).

⁶³ Gauch, 1797-1846 Şenocak, 180-216

ayıbın giderilmesini veya eserin son durumuna göre mevcut kıymet farkı oranında ücretten indirim yapılmasını, müspet zararını isteyebilir, şartları varsa sözleşmeden dönebilir, ayrıca ek olarak dolaylı zararının tazminini de isteyebilir. İş sahibinin bu seçimlik hallerden birini kullanabilmesi, teslimden sonra eseri muayene ve ayıbı ihbar külfetlerini süresinde yerine getirmesine bağlıdır.

Müteahhidin ayıbı giderme borcunda temerrüdü halinde iş sahibi ayrıca, BK m. 97 hükmüncü, doğrudan mahkemeye müracaatla, ayıplı kısmın müteahhit hesabına, masrafları müteahhide ait olmak üzere, kendisi tarafından düzeltilmesine müsaade edilmesini talep edebilir⁶⁴. İş sahibi bazı hallerde, müteahhitten onarım talep etmeden veya mahkemeden edime mahkum eden karar almadan doğrudan hakime başvurarak ayıbın kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini talep edebilecektir. Ancak böyle bir talebin yapılabilmesi için müteahhide olan güvensizliğin haklı sebebe dayanması gerekir. Müteahhidin eseri imal sırasındaki yetersizliği, onarım işini gereği gibi yapabileceği yönündeki güvenin kaybolması gibi hallerde müteahhide olan güvensizliğin haklı sebebe dayandığı kabul edilebilir⁶⁵.

İş sahibinin hakimden BK m. 97 hükmüncü izin almadan onarım işini başkasına yaptırarak masrafları müteahhitten istemesi istisna sözleşmesini düzenleyen hükümlerde düzenlenmemiştir⁶⁶. Bazı yazarlarca, müteahhidin tayin edilen sürede işe başlamaması, zamanında işi bitiremeyecek olmasının anlaşılması halinde, iş sahibinin BK m. 358/2 hükmünden yararlanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda, hüküm kıyasen uygulanarak, mahkeme izni olmadan, müteahhide ek süre verme şartıyla ayıbın giderilmesini üçüncü bir kişiye tevdi etme ve buna ilişkin masrafları müteahhitten isteme hakkına sahip olduğu da kabul edilmektedir⁶⁷. Ancak, müteahhidin eseri ayıbı giderilmiş olarak teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda ayıbın giderilmesi işinin BK m. 358/2'ye göre üçüncü bir kişiye tevdi edebilmesi için, işin müteahhidin şahsına bağlı bir edim olmaması, iş sahibinin BK mad. 358/2 gereğince müteahhide eserin ayıpsız bir şekilde teslimi için uygun bir ek süre vermesi ve bu süre içinde ifade

⁶⁴ Tandoğan, 200; Öz, 298; Tunçomağ, 1034; Gauch, 1272; Şenocak, 180; Yarg. 3. HD., T. 21.3. 1963, E. 1963/2774, K. 1963/2225; "...Müteahhidin tamir ve ıslaha yanaşmaması halinde, tamir için gerekli olan masraflar, müteahhide verilecek paradan indirilebilecektir." (Turanboy, 69)

⁶⁵ Uçar, 202.

⁶⁶ Uçar, 203.

⁶⁷ Şenocak, 183 – 189 vd. : "...Teslimden sonra ayıbın giderilmesi borcunda temerrüt haline BK mad. 97/1 değil, BK m. 358/2 kıyasen uygulanmalıdır. Müteahhidin ayıbı giderme borcu ile teslim öncesi (BK m. 358/2'de öngörüldüğü şekilde) eserin ayıplı olmasını engelleme yükümlülüğü nihai olarak eserin ayıpsız meydana getirilmesi ve teslimini amaçladığından muhteva itibarıyla aynıdır..."

bulunmadığı takdirde masrafları ona ait olmak üzere ayıbı giderme işini üçüncü bir kişiye tevdi edeceğini bildirmesi lazımdır⁶⁸.

Onarım için hakimden izin alma veya icra dairesine müracaat zahmetli olduğu için uygulamada iş sahipleri ayıbı kendileri gidermektedir. Bu durumda iş sahibinin yaptığı masrafları BK m. 360 hükmünce ayıp sonucu oluşan masraf olarak talep edemeyeceği, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayandıramayacağı kabul edilmektedir⁶⁹. Müteahhidin ayıbı gidermedeki temerrüdü üzerine, iş sahibi ifadan vazgeçip ifa etmemeden doğan zararlarının tazminini ve bu tazminat içine ayıbı giderme masraflarını isteyebilir. Bu tazminat ayıbı giderme masraflarının yerini aldığından BK m. 360 hükmü ile bağdaşmayan yeni bir seçimlik hakkın ortaya çıkmasına yol açmayacaktır. Ancak burada bir tazminat talebi söz konusu olduğundan masrafların ödenmesi talebinden farklı olarak, bu talep temerrüdün müteahhidin kusurundan veya yardımcılarının onu sorumlu kılan eyleminden ileri gelmesini gerektirir ve BK m. 43 hükmünce indirim tabidir⁷⁰.

III - Ücret İndirimi Hakkı

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bulunması rüçû etmeyi haklı gösterecek derecede önemli değilse, iş sahibi Borçlar Kanunu'nun 360/2 hükmünce, ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilir⁷¹. Ücretten indirim yapılmasına ilişkin yenilik doğuran beyan, diğer seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin beyanlar gibi kural olarak geri alınmaz ve bu beyanla birlikte, iş sahibi ayıpsız bir eser teslimi hususundaki talep hakkını kaybeder. Ancak, müteahhidin bu hakkın varlığına, kullanımına itirazda bulunması veya tarafların anlaşmaları halinde, diğer seçimlik haklar yeniden canlanabilecektir⁷².

Teslim edilmiş ayıplı eserin değerinin, sözleşmede belirlenen, ayıpsız eserin teslim anındaki değerinden düşük olması halinde ücret indirimi istenebilir, yani eserde ayıp sonucu bir kıymet noksanı meydana gelmeli ancak eser tamamen değersiz bir hale gelmemelidir⁷³. Ayıplı eserin tamamen değersiz olması duru-

⁶⁸ "...Müteahhidin ayıbı giderme çalışmalarına hiç başlamaması, ayıbı giderme işini geciktirmesi veya eserin tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetiştirilemeyeceğinin anlaşılması durumlarında, temerrüt için iş sahibi tarafından ihtar çekilmesine gerek olmayacaktır." (Şenocak, 183)

⁶⁹ Gauch, 1282; Uçar, 205.

⁷⁰ Uçar, 205; Tandoğan, 203; Gauch, 1283.

⁷¹ Yarg. 15. HD., T. 15.10.1979, E. 1979/2043, K. 1979/2067; "...Taraflar arasında inşaata ilişkin istisna akti vardır. İşin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, iş sahibi işin kıymetinin noksanı oranında fiyatı tenzile ve eğer o işin düzeltilmesi büyük masrafı gerektirmiyorsa, yükleniciyi onarmaya zorlayabilir..." (YKD., 1979, C. 2, S. 11, 1689)

⁷² Tandoğan, 187 vd; Gauch, 1696; Uçar, 180.

⁷³ "...Eserdeki ayıplar değer düşüşü oluşturmuyor, ancak eserin amaca uygun surette kullanımını engelliyorsa, iş sahibi diğer haklarını kullanabilecektir..." (Turanboy, 171); Uçar, 182.

munda iş sahibinin müteahhide ödeyeceği ücret de tamamen indirilecektir, bu durumda iş sahibi, BK m. 202/2 hükmü kıyasen uygulanarak, ancak sözleşmeden dönme talep edebilmelidir⁷⁴. Ancak, iş sahibine ait bir şeyin işlenmesi, tamirat ve boyanması gibi borcun mahiyeti gereği sözleşmeden dönme ve eserin müteahhide iadesinin mümkün olmadığı durumlarda, iş sahibine ücret indirimi hakkı tanınmalıdır⁷⁵.

Ücret indiriminin hesabı konusunda genel olarak nispi metodun uygulanacağı kabul edilmektedir, Yargıtay da bu görüşe katılmaktadır⁷⁶. Bu durumda, eserin ayıpsız olması veya vaat edilen nitelikleri taşıması halinde sahip olacağı değer ile içinde bulunduğu ayıplı durumdaki değeri arasındaki orana göre ücret indirimi yapılacak, değer tespiti piyasa değeri ya da satış değeri esas alınarak objektif olarak tespit edilecektir⁷⁷. Ayıpların değerlendirilmesinde, eserin ayıplı ve ayıpsız değerinin takdirinde teslim yerinde ve zamanındaki rayiçlerin göz önünde tutulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Eserdeki değer düşüklüğü, ayıp ve noksanların kullanılabilir hale getirilmeleri dikkate alınarak hesaplanacaktır⁷⁹.

IV - Ayıp Sebebiyle Oluşan Zararların Tazmini

İş sahibi BK m. 360'de belirtilen, sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini veya ücretten indirim yapılmasını isteme yanında, kullandığı seçimlik hakla giderilemeyen ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep edebilir, bu şekilde iş sahibine eserde ortaya çıkan ayıplardan dolayı karşılaştığı somut zararın müteahhit tarafından karşılanmasını talep hakkı tanınmıştır. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, sözleşmeden dönme, ücret indirimi, onarım hakkının kullanılmasına rağmen giderilemeyen ve uygun nedenini ayıbın oluşturduğu zararlardır. Seçimlik haklar eserde somutlaşan, müspet zararı karşılarken, ayıp sonucu oluşan zararların tazmini iş sahibinin diğer şahıs ve mal varlığındaki ek za-

⁷⁴ Tandoğan, 189; Aral, 373; Yavuz, 346; Yavuz, Özel Hükümler, 532.

⁷⁵ Şenocak, 60; Gauch, 1640

⁷⁶ Uçar, 186; Tandoğan, 191; Gauch, 1669; Yavuz, 346; Seliçi, 169; Tunçomağ, 1034.

⁷⁷ Tandoğan, 188; Gauch, 372; Aral, 372.

⁷⁸ Tandoğan, 189; Gauch, 1653; Yarg. 15. HD. T. 23.5.1979, E. 1979/995 K. 1979/1237: "...istisna akdinde hasar teslimle geçtiğinden, satış akdine kıyasen istisna akdinde de bu değerlendirmenin teslim anı esas alınarak yapılması icap eder."; (YKD., 1979, C. 5, S. 9); "...Gizli ayıplarda kıymet noksanının miktarının tespitinde, ayıbın ortaya çıktığı andaki piyasa rayiçlerinin dikkate alınması gerekir." (Şenocak, 61 Seliçi, 171)

⁷⁹ Yarg. 15. HD., T. 5.11.1973, E.1973/193, K. 1973/194 "...ayıp ve noksanların kullanılabilir şekilde sokulması için olay tarihindeki rayiçler göz önünde tutularak sarfi lâzım gelen miktar tayin edilmelidir..." (Olgaç, 1977: 55); Ayıplar, inşaat işlerinde genellikle eserin belli bir süre kullanımı ve ücretin ödenmesinden sonra ortaya çıkmaktadır. İş sahibi bu şekilde sonradan ortaya çıkan ayıplar için mahkemeden, ayıp bedeli olarak, ayıbın giderilmesi için gerekli tutarı talep etmektedir. (Turanboy, 173)

rarları karşılamaktadır⁸⁰. Ayıplara bağlanan zararların tazmininde eserin ayıplı ifası sebebiyle iş sahibinin diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinde ayıp sonucu ortaya çıkan veya ayıbı takip eden zararların tazmini söz konusudur⁸¹. Tazminat talep etme hakkı seçimlik değil, diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılan bir haktır, ancak iş sahibinin ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini diğer seçimlik hakları kullanmadan tek başına da isteyebileceği kabul edilmektedir⁸².

Eserin ayıplı olması durumunda Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde tanıyan seçimlik hakların varlığı için müteahhidin kusuru aranmaz, ancak iş sahibinin ayıp sonucu zararının tazminini talep edebilmesi için müteahhidin kusurlu olması lazımdır. Ayıplara bağlanan zararlar, illiyet bağı içinde kalmak ve müteahhit de kusurlu olmak şartıyla tazmin edilecektir. Bazı yazarlar, Borçlar Kanunu'nun 205/2 hükmünün sözleşmeden rücu halinde uygulanabileceğinden hareketle, istisna akdinde rücu halinde de, müteahhidin kusuruna bakılmaksızın doğrudan doğruya zararın istenebileceğini savunmaktadırlar⁸³. Ancak genel olarak kabul edilen ve benim de katıldığım görüşe göre, Borçlar Kanunu 205/2 hükmü özel bir hükümdür, satış ve istisna akitlerindeki ayıba karşı tekeffül borcunun farklılığı da dikkate alındığında, sorumluluğun kusura bağlı olması gerekir⁸⁴. İşçi veya alt müteahhit gibi yardımcı kişinin davranışı sonucu ayıp ve ayıp sonucu zarar ortaya çıkmışsa, müteahhit ayıp sonucu ortaya çıkan zarardan kusuru olmasa da, şartları varsa BK m. 100'e göre sorumlu olur⁸⁵. Ayrıca, tazmin borcunun oluşumu için müteahhidin kusurlu olması yanında bozukluk ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır.

Müteahhidin yüklendiği işin icrasındaki özen borcuna aykırılık teşkil eden davranışı sonunda ortaya çıkan zararlar ayıp niteliği göstermediği hallerde, bu zararlar genel hükümlere tâbi olacak ve Borçlar Kanunu'nun 96'ncı maddesi

⁸⁰ Seliçi, 182; Turanboy, 177 Uçar, 208; "Ayıp sebebiyle uğranılan zararlar, iş sahibinin ayıplı eseri kullanması nedeniyle uğradığı maddi, şahsi veya kazanç kayıplarıdır."

⁸¹ Tandoğan, 204; Yavuz, 343; Yavuz, Özel Hükümler, 534; Aral, 376; Uçar, 205; Seliçi, 182; Turanboy, 177; Ayıba bağlı olarak çıkan zararlar, sözleşmeden rücu, ücret indirim veya düzeltme haklarının kullanılmasına rağmen karşılanmayan zararlardır (Şenocak, 250); Ayıp giderildikten sonra eserin ticari değerinde oluşan fark, eser artık ayıplı olmadığından bir ayıp zararı değildir ve bu fark için ayıbın giderilmesine ek olarak ücretten indirim yapılması talep edilemez. Bu durumda, oluşan kıymet farkı ayıp sonucu ortaya çıkan zarardır ve kusuru bulunduğu takdirde müteahhit bu zararı tazmin eder(Gauch, 1306–1634, 1864).

⁸² Tandoğan, 204; Gauch, 1851

⁸³ Gauch, 116

⁸⁴ Tandoğan, 206; Burcuoğlu, 300; Seliçi, 187; Uçar, 216.

⁸⁵ Tandoğan, 206; Bu durumda müteahhit, kendisi de yardımcı kişi gibi davransaydı, bu davranış tarzının kendisi için kusur teşkil etmeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. (Şenocak, 68, 250)

hükümünce tazmin ettirilecektir⁸⁶. Eserdeki ayıpların müteahhit tarafından bilinmesine rağmen bunların kasden iş sahibine bildirilmemesi, bildirme ve aydınlatma yükümlülüğünün kusurlu olarak ihlali anlamına gelir. Bu durumda ortaya çıkan zararlar, özen borcunun ihlali neticesinde ortaya çıkan zararlarla aynı nitelikte kabul edilmeli ve BK m. 356, 96 hükümleri kapsamında tazmin edilmelidir⁸⁷.

4- AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN ORTADAN KALKMASI

I - Eserdeki Ayıpların İş Sahibine İsnat Olunması

Eserdeki ayıbın oluşumu iş sahibi ile ilgili olur ve müteahhit de iş sahibini ikaz etmiş bulunursa, iş sahibi eserdeki ayıplar sebebiyle lehine tanınan hakları kullanamaz. Borçlar Kanunu'nun 361. maddesine göre, “Yapılan şeyin kusurlu olması, müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütealâya mugayyir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez.”

Eserdeki bozukluk, iş sahibinin verdiği malzeme veya arsanın kusuru sebebiyle oluşmuşsa, ayıplardan dolayı sorumluluk iş sahibine aittir, ancak müteahhidin de malzeme ve arsayı kontrolü, bu konuda iş sahibini uyarması gerekir. Borçlar Kanunu 357/3 hükümünce, müteahhit iş devam ettiği sürece, iş sahibinin verdiği malzemenin, gösterdiği arsanın kusurlu olduğunu anlar ve imalin devamını engelleyen bir durum ortaya çıkarsa, iş sahibini derhal haberdar etmelidir. Malzeme ve arsanın ayıplı olduğu açıkça belli veya muayene ile ortaya çıkabilecekse, müteahhit durumu bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz, muayene yükümlülüğü, onun genel özen yükümlülüğünün bir sonucudur⁸⁸.

Eser sahibinin bizzat hazırladığı veya teknik kişilere hazırlattığı inşaat proje ve plânları ve bunlardaki teknik noksanlıklar ayıbın doğumuna sebep olmuşsa, sorumluluk müteahhide yüklenemez, ancak müteahhit açık hataları meslekî bilgisi sebebiyle anlayacak durumda ise bildirim yükümünü yerine getirmemesi halinde sorumlu olur. İş sahibinin talimat verilen hususta uzman olması halinde, müteahhit kural olarak bu talimatın doğru olduğu varsayımından hareket edebilir ve yanlış talimatın yerine getirilmesi sebebiyle oluşan ayıptan sorumlu tutulamaz. Bu durumda müteahhidin iş sahibini uyarma yükümlülüğü istisnai olup, ancak onun talimatın yanlışlığını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi şartıyla

⁸⁶ Uçar, 210; Burcuoğlu, 299; “...Müteahhit sıva işini yüklenmiş ve sıva yaparken camları kırletmiş ve temizlerken çiziklere yol açmışsa, bundan doğan zararlar sadece özen borcuna aykırı davranıştır, çünkü müteahhit cam değil, sıva işini üstlenmiştir.”

⁸⁷ Uçar, 213.

⁸⁸ Şenocak, 142; Gauch, 2000; Uçar, 241.

söz konusu olur⁸⁹. Müteahhidin tetkik yükümlülüğü varsa, uzmanlığı talimatın yanlışlığını yapacağı tetkikle ortaya çıkarmak için yeterli veya talimattaki yanlışlık açık ise talimatın yanlışlığından ve elverişsizliğinden fiilen haberdar olmasa bile müteahhit, iş sahibini uyarma yükümlülüğü altındadır⁹⁰. Müteahhit, eser sahibine yapacağı ihbarda, eserde ayıplara yol açabilecek sorunları ve olumsuz sonuçları açıkça bildirmelidir⁹¹. İş sahibinin inşaatın devamı konusunda veya verdiği talimatta ısrarı, bildirime rağmen susması halinde, müteahhit inşaatın ayıplı olarak sonuçlanmasından dolayı sorumluluktan kurtulur.

İnşaatın belli kısımlarının yapımının müteahhit tarafından alt müteahhide bırakıldığı hallerde, alt müteahhidin de yapımını üstlendiği bölümler üzerinde, kendisinin yerine getireceği edim açısından uyarma yükümü vardır⁹².

II - İş Sahibinin Ayıplara Muvafakati

Borçlar Kanunu'nun 362. maddesi hükmünce, iş sahibi, eseri açık veya zımni olarak kabul ederse ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. İş sahibinin eseri kabulü ile müteahhit açık ayıplar sebebiyle sorumluluktan kurtulur⁹³. Açık ayıplar, teslim sırasında anlaşılan veya zamanında ve dikkatli bir muayene ile anlaşılabilir bozukluklardır. Kabul ile müteahhit, açık ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulurken, gizli ayıplar ve gizlediği ayıplar dolayısıyla sorumlu kalmakta devam eder. Gizli ayıplar kullanım ile ortaya çıkacak, teslim sırasında tespit edilemeyen ayıplar olduğu için kabul ile gizli ayıplardan dolayı sorumluluk ortadan kalkmaz. Teslim edilen eserin sözleşmeye uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusundaki irade beyanı açıkça belirtilebilir, muayene ve ihbar yükümünün yerine getirilmemesi ise zımni muvafakat sayılır. İş sahibinin, bozukluk ve noksanların müteahhit tarafından tamamlanacağı kaydıyla da eseri teslim alabilmesi de mümkündür⁹⁴.

⁸⁹ Uçar, 238; Öz, 281; özellikle plan şeklinde verilen ve müteahhidin yerine getirmek zorunda olduğu talimatlarda bu durum söz konusu olur. (Şenocak, 139; Gauch, N. 1964 vd.)

⁹⁰ Tandoğan, 214; Seliçi, 198; Gauch, 1972; Aral, 366; Uçar, 232.

⁹¹ Yarg. 15. HD., T. 13.4.1978, E. 1978/822, K. 1978/778; "...Müteahhit kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden, iş sahibine yardımcı olmak ve istekleri karşısında kendisini uyararak, bu talimat ve isteklerin uygunsuzluğunu belirtmekle yükümlüdür. Müteahhit bu fikrini zımnen değil, açıkça söylemeli, ona sadece tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını ortaya koymalıdır..." (kazanci.com.tr)

⁹² Tunçomağ, 1037; Alt müteahhidin kısmî edimindeki ayıp, üzerine inşa edildiği şeyin ayıbından doğuyorsa, sorumluluğu olmayacaktır. (Turanboy, 1990: 181)

⁹³ Uçar, 83, 249 vd..

⁹⁴ Uçar, 251; Yarg. 15. HD., T. 15.5.1980, E. 1980/780, K. 1980/1280; "...Ayıplar gözle görülebilir nitelikte açık ayıplar olup, davacı teslim sırasında bu yönden bir hakkı saklı tutmamıştır. Dava dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi davalının bu eksiklikleri tamamlayacağı sözleri üzerine teslim alındığı iddiası geçerli kanıtlarla isbat edilmemiştir..."(YKD., 1980, C. 3, S. 9, s. 1315); Yarg. 15. HD., T. 13.5.1981, E. 1981/699, K. 1981/1121; "...eserin davacı tarafından teslim alındığı tarihte ihtar ve tesbit tarihleri arasında BK. 539-362. maddesinde yazılı

Eserin ihtirazi kayıt ileri sürülmeden teslim alınması gizli ayıplar olmadıkça, iş sahibinin cezai şart isteme hakkını da ortadan kaldırır. Kasten saklanan ayıplar ve usulüne uygun muayenede görülemeyen, gizli ayıplar için Borçlar Kanunu'nun 362. maddesinde belirtilen kabul karinesi geçerli olmayacaktır. Borçlar Kanunu 362/3 hükmünce kasten saklanan veya gizli ayıplar, iş sahibince öğrenildiğinde hemen müteahhide bildirmesi halinde müteahhit sorumlu tutulabilecektir⁹⁵.

III - Zamanaşımı

Zamanaşımı, iş sahibinin kullandığı seçimlik hakla ortaya çıkan alacak hakkının varlığını etkilemez, ancak bu alacağın dava edilebilirliğini sınırlandırır, hâkim zamanaşımı süresinin dolmuş olduğunu re'sen dikkate alamaz. İş sahibi, ayıplı ifadan doğan hakları zamanaşımına uğramış olmasına rağmen, BK mad. 207/2 kıyasen uygulanmak suretiyle, ayıpları mutlak ihbar süresi (zamanaşımı süresi) içinde ihbar etmek şartıyla eserin ayıplı olmasından doğan hakları defi yoluyla kullanabilir⁹⁶.

Gayrimenkul inşaat niteliğindeki eserler beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (BK. m. 363/2). Gayrimenkul inşaat niteliğinde olmayan eserlerdeki ayıplar sebebiyle iş sahibinin hakları BK m. 363/l hükmünün, Borçlar Kanunu'nun satım akdi ile ilgili 207. maddesine yaptığı atıf gereği bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi iken BK m. 126'ya Türk Ticaret Kanunu'nun Tatbikine Dair Kanun ile eklenen 4. bent, istisna aktinden doğan davalar hakkında bu sürede değişiklik yapmış ve menkul eserlerle ilgili hükmün yürürlükte olup olmadığı sorunu ortaya çıkıştır. Bu düzenleme "...Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç ol-

sürenin geçmiş olmasına ve eserin teslimi sırasında belirtilen yönlerden davacının haklarını saklı tutmamış bulunmasına göre ve 26.12.1978 gününde davacı dairesinde bilirkişi tarafından tesbit edilen eksik ve kusurlu işlerin tamamının açık ayıp niteliğinin olduğunun anlaşılması olmasına göre dâva açma hakkı düşmüştür..."(YKD., 1982, C. 8, S. 3, s. 385-386)

⁹⁵ Uçar, 253; Yarg. 15. HD., T. 22.5.1980, E. 1980/871, K. 1980/1336; "...Yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülmeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder. Yapılan şeydeki bozukluk sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi halde eseri kabul etmiş sayılır..."(YKD., 1980, C.3, S. 9., s. 1316 -1317); Yarg. 15. HD., T. 2.11.1978, E. 1978/1425, K. 1978/2124; "...Gözden geçirme ödevini işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz yapılmalı ve bozukluklar derhal yükleniciye bildirilmelidir. Ne var ki kasten saklanan bozukluklarla usulüne uygun yapılan muayenede görülmeyecek kusurlar hakkında yüklenicinin sorumluluğu devam eder..."(YKD., 1980, C. 2, S.5, s. 871-872).

⁹⁶ Öz, 129; Burcuoğlu, 330; Seliçi, 207; İş sahibi zamanaşımına uğramış ve para alacağına dönüşmüş alacağını müteahhidin aynı sözleşmeden doğan bir alacağı ile veya başka bir alacağı ile takas edebilir. (Şenocak, 240)

mak üzere istisna aktinden doğan bütün davalar beş yıllık zamanaşımına tâbidir...” şeklindedir.

Yargıtay ve bir kısım yazarca BK m. 126/4 hükmünün, istisna aktinden doğan bütün davalar hakkında uygulanacağı, zamanaşımı süresi bakımından satım aktine yapılan atfın yürürlükten kaldırıldığı, kabul edilmektedir⁹⁷. Benim de katıldığım bu görüşe göre; müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi, ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı eser meydana getirmesi halleri hariç, 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır. Bu hükümde kullanılmış olan kast ve ağır kusur tabiri, ayıplı malzeme kullanılması durumunu ve ayıplı işi de kapsamaktadır. Kast ve ağır kusura dayanan ayıplı malzeme kullanma ve ayıplı iş yapma durumlarında geçerli olan zamanaşımı süresi 10 yıl, kast ve ağır kusura dayanmayan sözleşmeye aykırılık hallerinde, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş yapma durumu da dâhil olmak üzere, uygulanacak olan zamanaşımı süresi, BK m. 126/4 hükmünce 5 yıldır⁹⁸.

Diğer görüşe göre ise, söz konusu bent, BK m. 207’nci maddesine yapılan yollamayı yürürlükten kaldırmaz, aksine BK mad 126/4, “müteahhidin kast ve ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç veya yerine getirmemiş olması ve sözleşmeyi ayıplı ifa etmesi” durumlarını kendi uygulama alanı dışında bırakarak, bu durumlara şimdiye kadar zamanaşımı konusunda uygulanan hükümleri saklı tutmaktadır⁹⁹. Bu görüşteki yazarlara göre, Borçlar Kanunu’nun 363. maddesindeki altı aylık, bir yıllık ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, tarafların anlaşması ile

⁹⁷ Karayalçın, Y., Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 32; Yarg. 15. HD,T. 18.4.1985, E. 1985/3740, K. 1315 (YKD., 1985, C. I., S. 10, s. 1512).

⁹⁸ Yarg. 15.HD., 31.05.1988 T., E. 1987/3682 K. 1988/2136 (YKD. 1989 s. 81); Yarg. HGK., 31.10.1995 T., E., 1995/12066 K. 14274 (YKD. 1996 s. 522); BK mad. 126’ya eklenen söz konusu bentle, BK mad.363/1’de BK mad. 207’ye yapılan yollama zımnen ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu bentte, “kural olarak, istisna akdinden doğan bütün davalar” denildiğinden, artık BK mad. 363’ün uygulanma olanağı kalmamıştır. Bu sebeple, BK mad. 126/4’ün uygulama alanından hariç tutulan, “müteahhidin kasıtlı veya ağır kusurlu şekilde sözleşmeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi ve özellikle ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir iş meydana getirmesi sebebiyle açılacak davalar”, BK m. 363’deki 1 yıllık zamanaşımı süresine değil, genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımına tâbidir.

⁹⁹ Seliçi, 205; Burcuoğlu, 322; Yavuz, Dersler, 343; Yavuz, Özel Hükümler, 528; Uçar, 268; Tandoğan, 229; Öz, 134; Zevkliler, 340; Aral, 377; Bu durumda; müteahhidin akde aykırı davranışı eserde ayıp olarak ortaya çıkmışsa, iş sahibinin hakları, Borçlar Kanunu’nun 363’üncü maddesine göre bir veya beş yıllık zamanaşımına tâbi olacak, eğer eserde ayıp olarak ortaya çıkmıyorsa 10 yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Borçlar Kanunu’nun 126/4. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı müteahhidin iş sahibine karşı sahip olduğu ücret talebi gibi haklara uygulanacaktır. Zevkliler, 340; “...Ayıptan kaynaklanan davalar için BK 363 hükmü özel hüküm niteliğindedir. BK 126/4 hükmü ise daha genel niteliktedir ve eser sözleşmesiyle ilgili her türlü ihtilaflarda açılacak davalar yönünden geçerlidir. Böyle olunca ayıba ilişkin davalarda, BK 363 hükmü ve onun yollamasıyla BK 207/1 hükmü uygulanır...” (Zevkliler, 340)

uzatılabilir veya kısaltılabilir, ancak bu süre 10 yılı geçemez¹⁰⁰. Ayıbın kasten gizlenmiş olması halinde, 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir, bir kısım yazar bu durumda da iş sahibinin ayıbın farkına varır varmaz durumu hemen müteahhide bildirmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰¹. Benim de katıldığım diğer görüşe göre; eserdeki gizli nitelikteki ayıpların bilinçli olarak kötüniyetli müteahhit ya da yardımcıları tarafından gizlendiğini ispat edebilecek iş sahibi bu durumda ayıpları bildirmeye gerek olmaksızın ayıptan doğan haklarını kullanabilmelidir¹⁰². İş sahibi ihbar külfetini zamanında yerine getirmiş olması halinde, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını zamanaşımı süresi geçtikten sonra da def'i yoluyla ileri sürebilir¹⁰³.

Tüketici durumundaki iş sahibine verdiği hizmeti ayıplı bulunan müteahhide karşı, müteahhitçe daha uzun bir garanti süresi verilmiş olmadıkça, ayıplı hizmet ve bu hizmetin neden olduğu zarar sebebiyle açılacak davalar 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹⁰⁴.

SONUÇ

İstisna akdinde, ayıba karşı tekeffül borcu müteahhidin ana borçlarından olan eseri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir, ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme konusundaki asli edim yükümünün ihlali, müteahhidin ayıplı ifadan dolayı sorumluluğunu ortaya çıkartacaktır. Bu durumda, iş sahibi BK m. 360'de belirtilen, sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini veya ücretten indirim yapılmasını isteme hakları yanında, kullandığı seçimlik hakla giderilemeyen ayıp sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep edebilir. Ayıplara bağlanan zararların tazmininde eserin ayıplı ifası sebebiyle iş sahibinin

¹⁰⁰ Tandoğan, 226; Seliçi, 69; Yavuz, Özel Hükümler, 527; Yavuz, Dersler, 343; Kasten saklanan ayıplar hakkında ise, 10 yıllık zamanaşımı süresi kısaltılamaz. Ancak, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilme imkânını uygulanamaz kılan veya hakkaniyete aykırı şekilde güçleştiren süre kısaltmaları geçersiz sayılmalıdır.; Sürelerin kısaltılabilmesi imkânı Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesine kıyasen doğmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, satıcı daha uzun süre sorumluluk yüklenmemişse, satılanı ayıba karşı tekeffülden doğan her türlü dava satıldandaki ayıp sonra meydana çıksa bile, alıcıya teslimden itibaren bir sene geçmekle sona erer. Zamanaşımı süresinin değiştirilmesini yasaklayan Borçlar Kanunu'nun 127'nci maddesi de sadece Borçlar Kanunu'nun 3'üncü babında yer alan sürelerle uygulanacaktır. (Tandoğan, 227); Ticaret Kanunu'nun 25/4 maddesinde ise sadece süreyi kısaltma imkânı vardır. (Yavuz, Dersler, 343) ; Ayıplı ifanın müteahhidin ağır kusurundan ileri geldiği hallerde kısaltmaya ilişkin anlaşma kabul edilmeyecektir.

¹⁰¹ Burcuoğlu, 2328; Tunçomağ, 1041; Şenocak, 240.

¹⁰² Uçar, 256; Tandoğan, 221; Öz, 118; Gauch, 1378.

¹⁰³ Yavuz, Dersler, 344; "...Kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresinin taraflar arasında kararlaştırılmış olması, zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolması üzerine zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı anlamına gelebilir, böyle bir durumda şüphe halinde müteahhidin lehine olan yorum tercih edilmelidir..."

¹⁰⁴ Uçar, 269; Zevkililer, 341.

diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinde ayıp sonucu ortaya çıkan veya ayıbı takip eden zararların tazmini söz konusudur. İş sahibi, işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, Borçlar Kanunu'nun 360/2'nci fıkrası uyarınca müteahhidi eserin değer eksikliği oranında fiyat indirmeye ve eğer işin ıslahı büyük bir masrafı gerektirmiyorsa tamir yapmaya mecbur edebilir. Eserin ayıplı olması durumunda Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde tanınan seçimlik hakların varlığı için müteahhidin kusuru aranmaz, ancak iş sahibinin zararının tazminini talep edebilmesi müteahhidin kusurlu olmasına bağlıdır.

Tez Özetleri
