

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

**ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE
İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİNİN KARŞILIKLI
SORUMLULUKLARI**

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

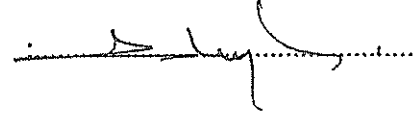
**HAZIRLAYAN
AYŞE HATİPOĞLU ÜNSAL**

ANKARA

2009

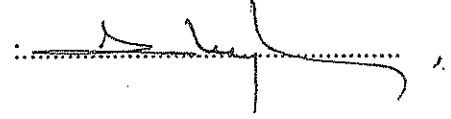
Ayşe HATİPOĞLU ÜNSAL tarafından hazırlanan ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİN KARŞILIKLI SORUMLULUKLARI adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışmanı



Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Anabilim Dalı Başkanı



Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı.

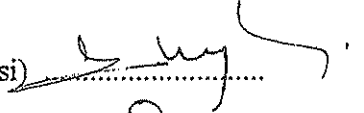


Prof. Dr. Levent KANDİLLER

Tez Sınav Tarihi : 25 Haziran 2009

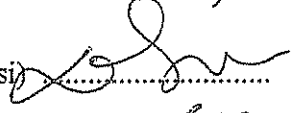
Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



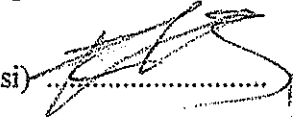
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya Üniversitesi)



Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

(Çankaya Üniversitesi)

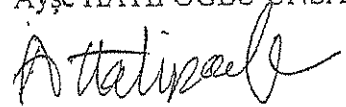


ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

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 bütün veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Ayşe HATİPOĞLU ÜNSAL

İmzası :



Tarih :

25 Haziran 2009

ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİNİN KARŞILIKLI SORUMLULUKLARI

HATİPOĞLU ÜNSAL, Ayşe

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Haziran 2009, 102 sayfa

Günümüz ticari hayatının en önemli hukuksal düzenlemelerinden olan Eser Sözleşmesi (İstisna Akdi), iş sahibi ile yüklenici (müteahhit) arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. İş sahibine teslim ederin çeşitli nedenlerden dolayı ayıplı olması, Eser Sözleşmesi kapsamında ele alınan önemli bir konu başlığıdır. Bu tez çalışmasının esas konusu, Eser Sözleşmesi kapsamında, iş sahibi ve yüklenici ayıplı ifa nedeniyle karşılıklı sorumluluklarıdır. İş sahibi ve yüklenicinin karşılıklı sorumlulukları, kapsamlı bir literatür taraması, yargı kararları ve doktrindeki görüş ayrılıkları bağlamında incelenmektedir.

ABSTRACT

MUTUAL RESPONSIBILITIES OF BUSINESS OWNER AND INDEPENDENT CONTRACTOR FOR THE DEFECTIVE PRODUCT DUE TO INDEPENDENT CONTRACTOR AGREEMENT

HATİPOĞLU ÜNSAL, Ayşe

Graduate School of Social Sciences, Private Law Division

Supervisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

July 2009, 102 pages

Independent Contractor Agreement, which is an important legal arrangement for the current business transactions, lays down the rules for the relationships between Independent Contractor and Business Owner. Delivery of a defective product is an important topic in the context of Independent Contractor Agreement. This master thesis studies the mutual responsibilities of Business Owner and Independent Contractor in the case of a defective product delivery. Mutual responsibilities of Business Owner and Independent Contractor has been studied including a comprehensive literature review, sample court decisions and discussions in the jurisprudence.

TEŐEKKÜR

Tezin hazırlanması sırasında yol gösteren ve yardımlarını esirgemeyen, hocam Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU'na teŐekkür etmek istiyorum. Ayrıca yüksek lisans eğitimim boyunca her zaman yardımcı olan Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR'a ve ArŐ. Gör. Gamze TURAN'a teŐekkür ederim.

Bu tez, eŐimin ve kızımın yardımları olmadan hazırlanamazdı. Tezim için en az benim kadar emek veren eŐime ve her daim neŐe kaynağım olan kızım Ceren Elvin'e teŐekkürü borç bilirim.

Eđitim hayatımın her döneminde olduğu gibi, tezimin hazırlanma sürecinde de yardımlarını esirgemeyen anneme de ayrıca teŐekkür ederim.

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, günümüz ticari hayatının en önemli hukuksal düzenlemelerindendir. Eser sözleşmesi, işveren ile yüklenici arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. İşverenin ihtiyaç duyduğu maddi bir varlığın ya da maddi varlığı olmayan hizmet edimlerinin yüklenici tarafından meydana getirilmesi, eser sözleşmesi kapsamında düzenlenmiştir.

Eser sözleşmeleri, bazı açılarından satış sözleşmeleriyle benzerlikler gösterse de meydana gelecek eserin kendine has özellikler taşıması, imal süresinin uzun olması ve imal sürecini etkileyen birçok etmen olması nedeniyle satış sözleşmelerinden farklılaşırlar.

Eser sözleşmesinin sonucu olarak, yüklenici tarafından imal edilen ve işverene teslim edilen eser, çeşitli nedenlerden dolayı ayıplı olabilmektedir. Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça ikazına rağmen iş sahibi tarafından verilen hatalı talimat şeklinde özel bir sebepten veya herhangi bir sebeple iş sahibine isnad edilebilen genel bir sebepten kaynaklanabileceği gibi yüklenicinin eseri sözleşme niteliklerine uygun olmayarak veya kendinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olarak imal etmesinden de kaynaklanabilir. Eserdeki ayıp, işverenin eseri teslim alırken yapacağı muayene sonucu ortaya çıkabileceği gibi, ilk başta farkedilemeyecek ve kullanım sırasında ortaya çıkabilecek bir ayıp da olabilir. Borçlar Kanunu, eser sözleşmesinde ayıplı ifa durumunda, yüklenici ve işverenin haklarını ve de sorumluluklarını düzenlemektedir.

Eser sözleşmesi kapsamında, iş sahibi ve yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle karşılıklı sorumlulukları bu tez çalışmasının temel konusudur. İş sahibi ve

yüklenicinin karşılıklı sorumlulukları, doktrindeki görüş ayrılıkları ortaya konularak ve yargı kararları örneklenerek detaylı şekilde incelenecektir.

Tezin ilk bölümünde, eser sözleşmesinin temel unsurları olan, eser, ücret ve anlaşma konuları ele alınacaktır.

Tezin ikinci bölümünde, kamu yapım işlerinde eser sözleşmesinin özellikleri konusu incelenmiştir.

Tezin üçüncü bölümünde, öncelikle ayıp kavramı tartışılacaktır. Öncelikle ayıp kavramı, ayıbın çeşitleri (açık-gizli ayıp, önemli-önemsiz ayıp, maddi-hukuki ayıp, ekonomik ayıp ve asli-ikincil ayıp), ayıp sayılan durumlar ve ayıp sayılmayan durumlar tartışılmaktadır.

Tezin son bölümünde, iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu ve ayıplı ifa nedeniyle iş sahibine tanınan haklar incelenmiştir. Bunun devamında, ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu ele alınmış ve son olarak ayıba ilişkin sorumluluğun zamanaşımına uğraması konusuna değinilmiştir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ, ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1 Eser Sözleşmesi.....	1
1.2 Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	3
1.2.1 Eser.....	3
1.2.2 İmal.....	4
1.2.3 Ücret.....	5
1.2.4 Anlaşma.....	5
1.3 Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	6

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU YAPIM İŞLERİNDE ESER SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

3.1 Ayıp Kavramı.....	15
-----------------------	----

3.1.1 Genel Olarak Ayıp Kavramı.....	15
3.1.2 Ayıp Kavramının Tanımı.....	16
3.2 Ayıbın Çeşitleri.....	17
3.2.1 Açık Ayıp ve Gizli Ayıp.....	17
3.2.2 Önemli ve Önemsiz (Daha Az Önemli) Ayıplar.....	20
3.2.3 Maddi Ayıp- Hukuki Ayıp.....	22
3.2.4 Ekonomik Ayıp.....	23
3.2.5 Asli Ayıp-İkincil Ayıp.....	24
3.3 Ayıp Sayılan Durumlar.....	24
3.3.1 Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği.....	24
3.3.2 Eserde Bulunması Gereken Niteliklerde (Lüzumlu Vasıflarda) Eksiklik.....	26
3.4 Ayıp Sayılmayan Durumlar.....	28
3.4.1 Başka Bir Şey (Aliud) Teslimi.....	28
3.4.2 Eksik (Noksan) İş.....	29
3.4.3 İşçi ve Malzeme Masraflarının Artması.....	30
3.4.4 Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi.....	30

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİNİN KARŞILIKLI SORUMLULUKLARI

4.1 İş Sahibinin Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sorumluluğu	35
4.1.1 Eserin Ayıplı Olmasında İş Sahibinin Talimatlarının Etkili Olması.....	37
4.1.1.1 Şartları.....	38
4.1.1.1.1 İş Sahibinin Talimat Vermesi.....	38
4.1.1.1.2 Yüklenicinin Uyarma Görevini Yerine Getirmiş Olması.....	40
4.1.1.1.3 Nedensellik Bağının Bulunması.....	43
4.1.2 İş Sahibinin Sağladığı Malzeme, Arsa, Plan, Projenin Kusurlu Olması.....	44
4.2 Eser Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Yüklenicinin Sorumluluğu.....	45
4.2.1 Eserin Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması.....	47

4.2.1.1 Eserin Teslim Tarihinden Önce Tespit Edilen Ayıplarda İş Sahibinin Müdahale Hakkı.....	50
4.2.2 Eserin Ayıplı Olması.....	53
4.2.3 Eser Kabul Edilmemiş Olmamalıdır.....	54
4.2.3.1 Açık Ayıplı Eserin Kabulü.....	56
4.2.3.2 Gizli Ayıplı Eserin Kabulü.....	56
4.2.4 İş Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması.....	58
4.2.4.1 Muayene Külfeti.....	58
4.2.4.2 Muayene Süresi.....	59
4.2.4.3 Muayene Şekli.....	61
4.2.4.4 İhbar Külfeti.....	62
4.2.4.5 İhbar Süresi.....	62
4.2.4.6 İhbar Şekli.....	64
4.2.4.7 İhbar Kapsamı	65
4.3 Ayıplı İfa Nedeniyle İş sahibine Tanınan Haklar.....	66
4.3.1 Ayıbın Giderilmesini İsteme (Onarımını ve İslahını) Hakkı....	69
4.3.2 Sözleşmeden Dönme (Eseri Kabulden Kaçınma) Hakkı	73
4.3.3 Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararların Giderilmesini İsteme Hakkı.....	78
4.3.4 Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı.....	79
4.4 Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması.....	82
SONUÇ.....	87
EK A. TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI ESER SÖZLEŞMESİ.....	91
KAYNAKÇA.....	97

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
KİK.	: Kamu İhale Kanunu
KİSK.	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	: madde
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YİĞŞ.	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ, ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1 Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi¹, “İstisna² Akdi” başlığı altında Borçlar Kanunu’nun 355. ile 371. maddeleri arasında hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanunu’nun 355. maddesinde eser (istisna) sözleşmesi şöyle tarif edilmektedir: “ *Bir taraf (müteahhit³), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği bir semen karşılığında bir şey imalini yüklediği sözleşmedir*”.

Kanun koyucunun yaptığı bu tanımlamada “şey” kavramını “eser” şeklinde anlamak gerekir. Çünkü hukukumuzda “şey” kavramı daha çok maddi varlığı ifade eder. Ancak eser sözleşmesinin konusuna maddi varlığı olan şeylerle birlikte (örneğin; bina yapımı, elbise dikimi gibi) yüklenicinin maddi varlığı olmayan hizmet edimleri sonucu da girmektedir (örneğin; konser verilmesi, bir

¹ Borçlar Kanunu’nun da geçen “istisna akdi” ifadesi, Borçlar Kanunu Tasarısı’nda “eser sözleşmesi” şeklinde yer almaktadır. Bu tez çalışmasında, güncel bir ifade olan “eser sözleşmesi” ifadesi tercih edilmiş; ancak aynen yapılan alıntılarda ve mahkeme kararlarında yer alan “istisna akdi” ifadesi de değiştirilmeden kullanılmıştır.

² **GÖKTÜRK**, H. A.; *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri*, Ankara 1951; “İstisna, arapça kökten bir kelime olup, sanat ve meharret emeği sarfederek bir şeyi meydana getirmek demektir. Hizmet akdinde, işçinin edası doğrudan doğruya hizmet ve buna ilişkin emek olduğu halde; istisna akdinde müteahhidin edası, emeğinin kendisi değil, sonucu ve mahsulüdür”

³ Borçlar Kanunu’nun da geçen “müteahhit” ifadesi, Borçlar Kanunu Tasarısı’nda “yüklenici” şeklinde yer almaktadır. Bu tez çalışmasında, güncel bir ifade olan “yüklenici” ifadesi tercih

metnin tercümesinin yapılması gibi)⁴. Dolayısıyla “şey” kavramını “eser” şeklinde anlamak yerinde olacaktır⁵.

Eser sözleşmesinin, kanun koyucu tarafından yapılan tanımında, edim sonucuna değil edim fiiline, yani iş görme edimine ağırlık verilmiştir. Söz konusu tanımda eseri teslim borcuna açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesiyle ilgili pek çok maddede eseri teslim borcundan bahsedilmesi nedeniyle ve de yüklenicinin eseri meydana getirme borcu kadar, meydana getirdiği eseri iş sahibine ayıpsız ve noksansız olarak teslim etmesini de⁶ eser sözleşmesinin esaslı unsuru olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle literatürde eser sözleşmesinin esasının, ücret karşılığında iş görme faaliyetiyle belirli bir iş görme sonucunun ortaya çıkarılmasının taahhüt edilmesi olduğu ifade edilmektedir⁷.

Eser sözleşmesinin kanundaki tanımını dışında, öğretide yapılan daha geniş kapsamlı başka bir tanım şu şekildedir; “*İş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, kural olarak şekle bağlı olmayan, rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir*”⁸.

edilmiş; ancak aynen yapılan alıntılarda ve mahkeme kararlarında yer alan “müteahhit” ifadesi de değiştirilmeden kullanılmıştır.

⁴ *İsviçre’de 1881 tarihli Borçlar Kanunu yürürlükte iken ve 1912 değişikliğinin ilk zamanlarında, eserin mutlaka maddi bir varlığı olan ve devir-teslime elverişli bulunan bir insan emeği ürünü olduğu görüşü hakimdi. Ancak, günümüzde, eser kavramının kapsamına emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmayan sonuçların da sokulması eğilimi vardır.* (Naklen, **ERMAN**, H., *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller* (BK. 365/2), Doktora Tezi, İstanbul 1979, s.12)

⁵ **AKIN**, G. A., *Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnad Edilmesi* (Borçlar Kanunu MD. 361), Yaklaşım Dergisi, Sayı 157, 2006, s. 260; **CANBOLAT**, F., *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara, 2009, s. 4; **ARAL**, F., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2006, s.318

⁶ **DAYINLARLI**, K., *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 3. Bası, Ankara 2003, s.5

⁷ **OZANOĞLU**, H. S.; *İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*, GÜHFD, C.III, s.1-2, Haziran-Aralık 1999, s.65; **ÇALIŞKAN**, İbrahim, *İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 31, s.3 50

⁸ **TANDOĞAN**, H.; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 1989, s. 2; **ARAL**, F.; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1997, s. 25; **CANAVCI**, M. A., *Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniv. Sos. Bil. Ens., Ankara, 2006, s. 14

Yargıtay ise eser sözleşmesini bir kararında şöyle tanımlamıştır: “...Eser sözleşmesi yanlara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme aktidir. Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imâl edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler... ”⁹.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenici bir eser meydana getirme ve teslim etme borcunu üstlenmiştir. Söz konusu bu borç doktrinde genel olarak belirtildiği üzere bir elbisenin dikilmesi şeklinde ifa olabileceği gibi büyük bir nükleer santralin veya büyük bir barajın inşaatı dahi olabilmektedir. Bu çerçevede doktrinde eser sözleşmesi incelenirken en çok *inşaat sözleşmelerinin*¹⁰ üzerinde durulmuştur¹¹.

1.2 Eser Sözleşmesinin Unsurları

1.2.1 Eser

Eser sözleşmesinde, sözleşmeye konu olan, sarf edilecek emek, maharet değil, meydana getirilecek olan eserdir. Zira eser sözleşmesinde istenen şey, yüklenicinin emeği sonucu ortaya çıkacak eserdir¹². Bu çerçevede eser kavramının kapsamına nelerin gireceği hususu doktrinde ve uygulamada tartışmalı bir konudur. Eser kavramını, sadece maddi varlığı olan şeylerle sınırlayanlar bulunduğu gibi; maddi varlığı olmayan hizmet edimleri sonucunu da BK. md. 355 anlamında eser kavramına dahil edenlerde bulunmaktadır¹³. Ancak eser kavramını geniş yorumlayan bu son görüşü savunan yazarlar da maddi olmayan iş görme sonuçlarını kapsamları bakımından ikiye ayrılmaktadırlar. Bir kısım yazarlar; iş görme sonuçlarının maddi bir şeyde kendini göstermesi ve bu suretle devamlılık

⁹ 15. HD.23.1.2006, 7623/166 (Bu tez çalışmasında atıf yapılan yargı kararlarına, HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası'ndan erişilmiştir).

¹⁰ “İnşaat sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibine ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir. Bu sözleşme ile müteahhit, bir inşa eseri (yapı eseri=inşaat=yapı) meydana getirmeyi borçlanırken, iş sahibi de bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır.” EREN, F., *İnşaat Sözleşmeleri*, Ankara 1996 s.49

¹¹ GÜLEÇ, Ş., *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniv. Sos. Bil. Ens., Kırıkkale 2007, s. 2

¹² ÇALIŞKAN, İ., *a.g.e.*, s. 350

¹³ ARAL, F.; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2006, s. 318

arz etmesi gereğini savunurken¹⁴, diğer bir kısım yazarlar ise; kendi içinde bir bütünlüğe sahip, belli ölçüde belirlenebilir nitelik taşıyan her iş görme sonucu eser sözleşmenin konusunu oluşturabilir¹⁵.

Doktrinde hakim olan görüş, eser kavramını geniş yorumlamaktadır. Bu görüş dahilinde, eserin (sonucun) mutlaka maddi bir şekilde kendini göstermesi gerekli değildir; insan emeği bir ürün olup bir bütün görünüşü arzeden ve iktisadi değeri olan her hukuki varlık, objektif olarak saptanma olanağı olan maddi nitelikte olsun ya da olmasın bir eser sayılmaktadır. Diğer bir ifade ile, istisna akdi çerçevesinde maddi olmayan sonuçların da dikkate alınması artık kabul edilmektedir¹⁶.

1.2.2 İmal

Borçlar Kanunu'nda yer alan istisna akdi başlığı altındaki tanımından da anlaşıldığı üzere, eser sözleşmesinin konusunu bir şeyin “imali” teşkil etmektedir.

Bazı yazarlar, BK. md. 355'te yer alan “imal” ifadesinin yerinde olmadığını, bu deyimmin yerine imalden başka değişiklikleri ve sonuçları da içine alabilecek olan “*husule getirme*” veya “*meydana getirme*” deyimimin kullanılmasının daha isabetli olacağı görüşündedirler. Şöyle ki; “*imal etme*” kavramı yalnızca bir şeyin ortaya çıkarılması anlamını taşımamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, imal etme kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve mevcut bir eserin değiştirilmesinin, onarılmasının, bakımının, tamirinin veya ortadan kaldırılmasının (yıkımı) da BK. md. 355 anlamında eser sözleşmesi kapsamına dahil olduğunu savunmaktadırlar¹⁷.

¹⁴ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 21vd.; YAVUZ, C.; *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 448; ARAL, F., *a.g.e.*, 320

¹⁵ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992 s.352-353; ŞENOCAK, Z., *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002 s.17; ERMAN, H., *a.g.e.*, s.14;

¹⁶ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 3; TUNÇOMAĞ, K.; *Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul 1977, s.953; OLGAC, S.; *Hukuk Davalarında İstisna Akdi*, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 1036; BİLGE, N.; *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1962, s. 213; AYDEMİR, E., *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2009, s. 3

¹⁷ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s.2; YAVUZ, C., *a.g.e.*, s. 448; ERMAN, H., *a.g.e.*, s.16; OLGAC, S., *a.g.e.*, s.1036; BİLGE, N., *a.g.e.*, s.213; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 315; ZEVLİLER, A., *Özel Borç İlişkileri*, 8. Bası, Ankara 2004, s.325

1.2.3 Ücret

Eser sözleşmesinin varlığı için gerekli olan üçüncü koşul bir ücret vaadinin bulunmasıdır. Belirli bir emek sonucunun meydana getirilmesi herhangi bir ücret almaksızın taahhüt edilmişse, ortada eser sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi vardır¹⁸.

Ücret ödenmesi konusunda taraflar açık veya örtülü olarak anlaşmış olabilirler. Taraflar, ücret verileceğini belirtmiş, fakat bunun ne kadar olacağını belirtmemişlerse bu da sonuca etkili değildir. Böyle bir durumda, BK. md. 366'daki yaklaşık ücret ile ilgili kurallara göre ücretin ne kadar olacağı belirlenir¹⁹.

1.2.4 Anlaşma

Eser sözleşmesi, rızai akit kabul edildiğinden, kurulması için BK. md. 355 çerçevesinde yüklenicinin (bir eser meydana getirme borcu altına giren) iş sahibi (eser karşılığı ücret ödeme borcu altına giren) adına bir eser yaratacağı, iş sahibinin de ortaya konulacak eser karşılığı ücret vereceği hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu bağlamda anlaşma yönündeki irade beyanı açık (sarih) olabileceği gibi (örneğin kumaş terziye götürerek, bir model üzerinde anlaşılması gibi), örtülü (zımni) bir şekilde de olabilir (örneğin temizleyiciye bir elbisenin ütülenmek veya temizlenmek üzere bırakılmasında olduğu gibi). Ayrıca, yükleniciye mesleğine ilişkin bir işin yapılması için icapta bulunmuş ise, BK. md. 387 kıyas yoluyla uygulanmalı ve yüklenici icabı derhal reddetmedikçe, örtülü olarak kabul etmiş sayılmalıdır. Bu halde ücret, varsa tarifeye göre, yoksa yapılan işin değerine göre ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenmelidir²⁰.

¹⁸ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s.19; BİLGE, N., *a.g.e.*, s.247; ERMAN, H., *a.g.e.*, s.19

¹⁹ ÖNEN, Turgut, *Borçlar Hukuku*, Ankara 1996 s.312; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 315; TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s.26; TUNÇOMAĞ, K., *a.g.e.*, s.956; BİLGE, N., *a.g.e.*, s.214

²⁰ BAYGIN, C., *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*; İstanbul 1999 s.17; TUNÇOMAĞ, K., *a.g.e.*, s.958; DAYINLARLI, K., *a.g.e.*, s.22

Eser sözleşmesinde, meydana getirilecek eser ve verilecek ücret sözleşmenin esaslı unsurları olduğundan bu hususlarda tarafların iradelerinin uyuşması şarttır.

BK. md. 11 gereğince eser sözleşmesi kural olarak kanunda açıkça belirtilmedikçe²¹ herhangi bir sıhhat şekline tabi olmamakla birlikte, yazılı olarak yapılması ispat açısından faydalıdır. Bununla beraber sözleşme sözlü veya resmi şekilde yapılabilir.

1.3 Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte ve kural olarak da ivazlı bir sözleşmedir²².

Doktrindeki tartışmaların temelinde; eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi niteliğinde mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde mi olduğu konusu yer almaktadır.

Eser sözleşmesinin bu tartışma içinde, sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre; eseri meydana getirirken birtakım çalışmalar da bulunmaktadır. Genellikle yüklenicinin uzun süreyi gerektiren bu çalışmalarını sözleşme dışında saymak doğru olmayacaktır. Taraflar ücret konusunda anlaşmaları zaman, bu ücret yalnız eserin değil, aynı zamanda bu eseri, sonuçlanmasına götüren çalışmaların da karşılığıdır²³. Ayrıca, yüklenici imalat faaliyeti içindeyken faaliyet sürdükçe ifa edilmesi ve meydana getirilecek eserin zamana yayılmış olarak, ard arda teslimi gerektirmesi sebebiyle sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir²⁴. Doktrinde bu konuda dayanak olarak; BK. md. 360/II'de düzenlenen sözleşmeye konu eserdeki bir kısım önemli vasıfta olmayan ayıpların varlığı halinde sözleşmeden dönme yerine onarım isteme

²¹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, bu kanun hükümlerine tabi kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım işlerinin yazılı şekilde yapılmasını (md. 53/I) ve yazılı olarak yapılmış sözleşmenin noterce tescilini (md. 57) bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir.

²² TANDOĞAN, H., *a.g.e* s. 2; ARAL, F., *a.g.e* s. 25; CANAVCI, M.A., *a.g.e* s. 14

²³ ERMAN, H., *a.g.e.*, s.10-11; ÖZYÖRÜK, S., *İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371.Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, İstanbul 1988, s.59

hakkının tanınması ya da bedel tenziline gidilmesi ve gene BK. md. 360/III'da düzenlenen sözleşme konusu ayıplı eserin yıkılması daha fazla zararı doğuracaksa ayıp giderimiyle sınırlı tutan hüküm, aynı şekilde BK. md. 369 ile yüklenicinin her türlü zararını tazminle ve yapılan kısmın ücretinin ödenmesi ile sözleşmenin feshi hükümleri gösterilmektedir²⁵.

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu ileri süren yazarlara göre ise; eser sözleşmesinin asıl amacının bir eseri meydana getirme ve teslim etme borcu olmasıdır. Şu halde yüklenicinin asıl ifa borcu eseri teslim olduğundan, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında süre geçmiş olması sebebiyle sürekli borç ilişkisi doğmaz²⁶.

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği açısından ani veya sürekli edim niteliği taşıdığı hususundaki karşıt görüşlerin yanında söz konusu iki görüşü sentezleyen karma görüşe göre; eser sözleşmesi, her iki tür sözleşmenin de özelliklerini taşımaktadır²⁷. Zira bu görüşün savunucularına göre, eser sözleşmesinde, alacaklı iş sahibinin teslimden kaynaklanan çıkarını esas almak doğru ise de, yüklenicinin eseri imal faaliyeti içinde sözleşme tazminatlı olarak fesh olunacak olursa, bu durumda sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi taşıdığı da düşünülebilir.

Doktrindeki görüşlerden ve Yargıtay içtihatlarındaki farklılıklardan sonra, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 25/1/1984 tarihli 1983/3 E. 1984/I K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, aynen şu şekilde gerekçe ortaya konulmuş ve karma görüşe destek verilmiştir : *"...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir.*

²⁴ ALTAŞ, H.; Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK md. 368), Ankara 2002, s.50

²⁵ GÜLEÇ, Ş., a.g.e., s. 2

²⁶ ARAL, F., a.g.e., s. 315; YAVUZ, C., a.g.e., s. 452 ; BAYGIN, C., a.g.e., s.21 SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977 s.26

²⁷ GÜRPINAR, D., Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s.19

Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri "geçici sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır..."

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU YAPIM İŞLERİNDE ESER SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

“İnşaat” kelimesi; yapı, yapı işleri anlamına gelir. İnşaat veya yapımdan sadece bina yapımı anlaşılmalıdır. İnşaat binada dahil olmak üzere daha geniş yapım işlerini bünyesinde bulundurur²⁸.

Yapım işlerini kapsamına alan inşaat sözleşmesi, niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesidir. Bu sözleşme ile yüklenici, bir inşa eseri (yapım eseri= inşaat = yapı) meydana getirmeyi borçlanırken, iş sahibi de bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır²⁹.

Eser sözleşmesinin konusuna kamuya ait yapım işleri girebilmektedir. Yapım işlerinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması durumunda, aradaki hukuksal ilişkinin dayanağı yine eser sözleşmesi olmakla birlikte, ilişkilerin düzenlenmesi özel yasalarla belirlenmişse bu halde özel yasalar uygulanacaktır. Ancak özel yasa hüküm bulunmaması halinde ise Borçlar Kanunu Hükümleri uygulanacaktır.³⁰

Kamuya ait yapım işlerinin kapsamına nelerin gireceği Kamu İhale Kanununun 4. maddesinde, düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre yapım işi; “*Bina, karayolu, demir yolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane,*

²⁸ İNAN, A., *Yıllara Yaygın Yapım ve Onarım İşlerinde Vergilendirme*, Sayıştay Dergisi, Sayı 60, s. 52

²⁹ EREN, F., *a.g.e.*, s.49; SELİÇİ, Ö., *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978 s. 4; DAŞDELEN, A., *Yapım Yönetimi Eğitiminde İnşaat Hukuku*, Yüksek Lisans Tezi, İTÜ, Fen. Bil. Ens., İstanbul, 2006 s. 38

köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri” olarak sayılmıştır. Ancak inşaat işleri bu sayılanlarla sınırlı değildir. Kanun metni de “*benzeri yapım işleri”* denilmek suretiyle yasada sayılmamış olan benzer yapım işleri de Kamu İhale Kanununa dahil olacaktır.

Yapım işleri ile ilgili sözleşmelerin uygulanmasından ortaya çıkan yarar ve zararların etkisi dardır. Sadece sözleşme taraflarını etkiler. Ancak kamu hukukuna tabi olup kamunun denetimi altında bulunan ve kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşlarla ilgili yapım işlerinde ve kamu yararı söz konusu olduğundan bu hususta özel yasalar düzenlenmiştir. Bu sebeple kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan yahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım işleri, kamu ihaleleriyle ilgili yasalara tabidir³¹.

Kamu İhale Kanunu’nda iş sahibi konumunda olan kamu kurum ve kuruluşlarının yapım işlerinde kamu yararı söz konusu olduğundan söz konusu işlerinin ifasını yüklenicek olan yükleniciyi belirlemede daha sıkı kurallara bağlanmıştır. Kamu yapım işlerinde Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak sözleşme öncesi ihale ile yüklenici belirlenir. Bu anlamda KİK. md. 4 göre ihale ile işi üstlenmek amacıyla başvuruda bulunanlar “istekli-yapım müteahhidi” ifadesi kullanılırken, ihalenin üstlenilmesinden sonra sözleşme imzalayan istekli ise “yüklenici” olarak ifade edilmiştir.

Kamu yapım işlerine ilişkin ihalelerde idareler; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun koşullarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını

³⁰ AKIN, G.A, *a.g.e.*, s. 261; AYDEMİR, E., *a.g.e.*, s. 38

³¹ AYDEMİR, E., *a.g.e.*, s. 37; ODYAKMAZ / KAYMAK / ERCAN, *Anayasa Hukuku, İdare Hukuku* 7. Bası Ankara 2006, s.315

sağlamakla sorumludur. Bu sayılan hususlar Kamu İhalelerinin temel ilkelerini oluşturmaktadır³².

Kamu ihalelerindeki usuller ise; açık ihale, belli istekliler arasında ihale, pazarlık ve doğrudan temin şeklindedir³³.

Kamu yapım işlerinde ihale süreci belirli aşamalardan geçerek sözleşme aşamasına gelir. Bu aşamalar ise; Hazırlık aşaması, ilan aşaması, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması ve de ihale kararının alınmasıdır³⁴.

İhale komisyonunca ihale işleminin tamamlanarak işin hangi istekliye ihale edildiğine karar verilmesinden ve kararın ihale yetkilisince onaylanarak kesinlik kazanmasından sonra durumun teklif sahibine bildirilerek sözleşme aşamasına geçilir.

Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesi açısından herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir. Taraflar sözlü, yazılı ve resmi şekilde yapabilirler. Ancak kamu yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde konunun önemi itibarıyla ve de tüm kamu kurumlarının yapım sözleşmelerinde birlik sağlanması için Tip Sözleşmeler hazırlanmaktadır. Bu bağlamda kamu kuruluşlarına ilişkin yapım işlerinde tip sözleşme imzalanması zorunlu olup, ihale dökümanında aksi belirtilmedikçe bu tür sözleşmelerin notere kaydettilmesi ve onaylatılması zorunluluğu yoktur³⁵. (KİSK md. 5 ve KİK md. 46)

³² DUMAN, İ. H., *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku*, Ankara 2008, S.184; ODYAKMAZ./ KAYMAK / ERCAN , a.g.e., s. 318;

³³ KÖKSAL, E., *4734 Sayılı KİK ve 4375 Sayılı KİSK Çerçevesinde Yapım İşlerinde, Sözleşme Aşamasına Kadar Geçen Sürede Karşılaşılan Sorunlar, Belirsizlikler ve Uygulama Farklılıklarının İncelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2005, s. 32-40; ODYAKMAZ / KAYMAK / ERCAN., a.g.e., s. 318; DUMAN, İ., a.g.e., s. 185

³⁴ ODYAKMAZ / KAYMAK / ERCAN, a.g.e, s. 323; BİLGİN, A., *İhale Mevzuatı Türkiye'nin Yurtdışı Örneklerle Karşılaştırılması*, Doktora Tezi, , İzmir, 2008, s. 97 vd. ; KÖKSAL, E., a.g.e., 19

³⁵ AYDEMİR, E., a.g.e., s.159; KÖKSAL, E., a.g.e., s. 78

Kamu yapım işlerinde yüklenicinin meydana getirdiği yapıda herhangi bir ayıbın³⁶ mevcut olması halinde nasıl bir prosedür işletilmesi konusunda, Borçlar Kanundan ziyade bu konuda özel bir düzenleme niteliğinde olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer alan kamu yapımlarına ait teslim ve kabulü kavramalarına değinmek gerekir.

Kamu yapımlarına ait teslim ve kabulün yazılı şekilde yapılma zorunluluğu vardır. Kamu yapımlarında eserin kabulü geçici ve kesin olmak üzere iki aşamada yapılacağı öngörülmüştür.

Geçici kabul, yapımı yüklenilen işin iş sahibine teslimi edildiğini anlatır³⁷. Sözleşmeye konu işin tamamlanması halinde yüklenici, iş sahibine yazılı şekilde başvurarak işin geçici kabulünü ister. (YİĞŞ. md. 42)

Geçici kabulde, eserin sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılmıyorsa, eksiklikler ve ayıplar varsa bunların nelerden ibaret olduğu açıklanarak bunların giderilme bedelleri belirtilir. Ancak geçici kabulün yapılabilmesi için; yapılan kusurlu ve eksik işlerin ilişkin bulunduğu kısımları ile bedeller toplamının, işin sözleşmedeki bedelin yüzde beşini aşmaması gerekir. Ayrıca bu eksiklik ve ayıpların, idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve tehlikeye meydan vermeyecek şekilde olması gerekir.

Eksikliklerin ve ayıplı işlerin tamamlanmasını sağlamak için belirlenen süre içinde eksiklik ve ayıpların giderilmemesi halinde, bunların boyutuna göre ya gecikme cezası ile yüklenici hesabına tamamlatma ya da bedelden kesinti yapma yöntemi uygulanır³⁸.

³⁶ Doktrinde ayıp kavramının çeşitli şekilde tanımları olmakla birlikte: **DAYINLARLI**'ya göre ayıp kavramı; Taşınır ve taşınmaz malda "açık ayıp" (vice apparent) veya "gizli ayıp" (vice caché) olup şeyin tahsis edilen kullanımına uygunluğunu bozan veya şeyin değerini azaltan kusurlardır. **ŞENOCAK**'a göre ayıp kavramı ise; eserin sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri taşımaması halidir. Bu da, ya eserin sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip olmaması ya da bu hususta özel bir anlaşma mevcut olmasa dahi, sözleşmenin muhtevası dikkate alındığında, eserde dürüstlük kuralına göre mevcut olması gerekli vasıfların eksikliği (lüzumlu vasıfları) şeklinde ortaya çıkar. **EREN**'e göre ayıp kavramı; Eserde sözleşmeye ve dürüstlük kuralına göre "olması gereken nitelik" ile fiilen mevcut "olan nitelik" arasındaki farktır.

³⁷ **DUMAN**, İ., *a.g.e.*, s. 670

³⁸ **AYDEMİR**,E., *a.g.e.*, s.253; **DUMAN**, İ., *a.g.e.*, s. 670

Ceza uygulanmasında; geçici kabul sırasında eksik ve kusurlu işlerin listesi çıkarılarak bunları ne zaman dilimi içerisinde giderilebileceği de göz önüne alınarak bir süre belirlenir. Eksik ve kusurlu işler belirlenmiş olan bu sürede giderilemediği takdirde, bu süreden itibaren eksik ve kusurlu işler belirlenmiş olan bu sürede giderilmediği takdirde, bu süreden itibaren eksik ve kusurların giderildiği tarihe kadar işin niteliği de dikkate alınarak yüklenici hakkında sözleşmede belirtilmiş bulunan günlük gecikme cezası uygulanarak geçici kabul bunların tamamlanmasına kadar ertelenir³⁹.

Ayıplı-kusurlu işlerin nama yaptırılması halinde ise yukarıda değinilen cezalı süre de sınırlı olup, bu sürenin otuz günü geçmesi halinde idare eksik ve ayıplı işleri yüklenici hesabına kendisi giderebilir. Bu şekilde dahi eksik ve ayıplı işler tamamlayıncaya kadar günlük ceza uygulanmasına devam edilir.

Bedel indirimi-nefaset⁴⁰ kesintisi ise; geçici kabul sırasında saptanan eksik ve ayıplı işlerin tamamı veya bunlardan bir kısmı; eserin kabulünde sakınca görülmeyen, giderilmesi mümkün olmayan, düzeltilmesi fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren nitelikte ise bu eksik ve ayıplı işler için bir bedel takdir edilerek, nefaset farkı olarak ifade edilen bu miktar yüklenicinin hak edişinden veya hakediş ödenmişse teminatından kesilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu uygulama eksik ve ayıplı işler tutarının yüzde beşi aşmayan durumlar için geçerlidir. Nefaset kesintisi de geçici kabul tutanağına geçirilir ve yüklenici buna razı olmadığı takdirde bunları kendisi düzeltmek ve gidermek zorundadır.

Kamu kurumları ile ilgili sözleşmelerde, geçici kabulden sonra bir deneme süresi öngörülmüştür. Bu sürede, eserde gereken çalışma ve yükümlülükler yapılır, özellikle makineler, kaloriferler, asansör ve yürüyen merdivenler, elektrik ve doğalgaz, kanalizasyon vs. gibi tesislerin verimli çalışıp çalışmadığı araştırılır ve varsa ayıpların kısa sürede meydana çıkıp çıkmadığı beklenir.

³⁹ AYDEMİR, E., a.g.e., s.253; DUMAN, İ., a.g.e., s. 670

⁴⁰ “Eser sözleşmesi açısından nefaset farkı eser veya malzemenin, sözleşmede öngörülen niteliği ile mevcut niteliği yani olması gereken ile mevcut durum arasındaki olumsuzluk farkıdır. Bu farkın kabul edilebilirlik oranı %5'tir.” Naklen, AYDEMİR, E., a.g.e., s.253

Belirlenen tarihte yüklenicinin başvurusu üzerine kesin kabul komisyonunun oluşturulması ile kesin kabul işlemlerine başlanır.

Geçici kabul ile kesin kabul arasında yüklenicinin sorumlu olacağı bir zaman dilimi vardır. Bu süre teminat süresi olarak adlandırılır. Yüklenicinin sorumlu olacağı bu süre, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde geçici kabul ile kesin kabul arasındaki zamanı kapsar ve kamu yapımlarında bu süre on iki aydan az olamaz (YİGŞ. md. 43).

Değerlendirme ve kabul tutanağı; kesin kabul işlemleri de aynen geçici kabuldeki yöntemle yapılır. Kesin kabul komisyonunca şu hususlar değerlendirilir: Geçici kabuldeki olumlu tespitlere rağmen, eserin, sözleşme ve eklerine uygun şekilde oluşturulup oluşturulmadığı, geçici kabulde tespit edilen ayıplarla noksanlıkların giderilip giderilmediği, teminat süresince kullanılma sonucunda oluşan eksilme ve aşınmalardan doğan durumlar dışında, eserin fen ve sanat kurallarına uygun yapılamamasından dolayı bir bozukluğun veya geçici kabulden sonra meydana çıkan bir kusurun olup olmadığı, hususları esas alınarak durum kesin kabul tutanağı ile belgelendirilir.

Ayıplar ve eksiklikler giderilmişse ve kabule engel bir hal yoksa kesin kabul yapılır. Aksi halde bu durum yükleniciye idarece bildirilir ve bu olumsuzluğun giderilmesi ile kesin kabul yapılır. Kesin kabul tutanağının idarenin yetkili makamınca onaylanması ile geçerli sayılacaktır (YİGŞ md. 45).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

3.1 Ayıp Kavramı

3.1.1 Genel Olarak Ayıp Kavramı

Borcun ihlali durumları, “*imkansızlık*” (BK. md.117) ve “*temerrüt*” (BK.md.101 vd.) olarak iki şekilde sınıflandırılmıştır⁴¹. Ancak bu sınıflandırmanın dışında kalan bazı borca aykırılık hallerinin bulunduğu anlaşılınca bunlar “*borca olumlu aykırılık*” (borcun müspet ihlali) veya “*borcun kötü ifası*” adı altında ayrı bir grup olarak toplanmıştır. İşte bu tür borç hallerinin bir kısmı, ifa için verilen veya yapılan işin bazı gerekli nitelikleri taşımaması şeklinde belirir. Bu durumda “*ifanın ayıplı olması*” (ayıplı ifa) söz konusudur⁴².

Borcun ihlali hallerinden imkansızlık ve temerrüt, Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri kısmında düzenlendiği halde, ayıba karşı tekeffül hükümleri Borçlar Kanunu’nun özel borç ilişkileri bölümünde düzenlenmektedir. Eser sözleşmesi bakımından ayıba ilişkin düzenleme BK. md. 359-363 maddeleri arasında yer almaktadır.

Ayıp kavramının neyi ifade ettiğini, ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. md. 360’dan çıkarabiliriz. Anılan madde hükmüne göre; teslim

⁴¹ REİSOĞLU, S., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2004 s. 295; KILIÇOĞLU, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007, s.468 vd.

⁴² UYGUR, T., *a.g.e.*, s.526

konusu eser, “ iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği, derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı” ise ayıplıdır.

Ayıp kavramı ile ilgili değinilmesi gereken bir husus da ayıplı ifa ile noksan (eksik) işin aynı kavramlar olmadığıdır. Şöyle ki; noksan iş, yapılmayan işi ifade eder. İş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulmaz. Ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması gerekir⁴³.

3.1.2 Ayıp Kavramının Tanımı

Ayıp kavramı, doktrinde ve yargı kararlarında farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre ayıp kavramı; sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin eserde bulunmamasıdır⁴⁴. Diğer bir görüşe göre ise, ayıp kavramı, eserde sözleşme veya dürüstlük kuralına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan vasıf arasındaki farktır⁴⁵.

Yargıtay’ın bir kararında ayıp kavramı şu şekilde ifade edilmiştir; “...Eser sözleşmesinden doğan yüklenicinin borçları, bozukluklara karşı sağlama (ayıplara karşı tekeffül) borcunu da kapsar. Bozukluk, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, bozukluk (ayıb), eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır...”⁴⁶

Bir eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için, her somut sözleşme ilişkisinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Çünkü belirli eser türleri için geçerli belirli bir ayıptan söz edilemez. Yani eserin ayıplı olması nispi bir kavram olup,

⁴³ UYGUR, T., a.g.e., s.543

⁴⁴ KARATAŞ, İ., Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004 s.147;YAVUZ, C., a.g.e., s. 474; TURANBOY, A., Yargıtay kararlarına Göre Müteahhidin Tesliminden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C.41, S. 1 – 4, 1989 -1990, s. 151-189. 157 vd .; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 209

⁴⁵ ARAL, F., a.g.e., s. 365; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 92-94

⁴⁶ 15.HD., 17.3.1976, 5464/1210

her somut olaya göre değerlendirilmelidir⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki eser sözleşmesinde yüklenici ve iş sahibi arasında, eserde bulunması gereken nitelikler açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi yüklenici, en azından orta kalitede bir eser imal etmekle yükümlüdür. BK. md. 70 hükmünden de bu netice çıkmaktadır.⁴⁸

3.2 Ayıbın Çeşitleri

Eserdeki ayıplar çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Eserde ortaya çıkabilecek ayıplar, eser sözleşmesinde ayıp nedeniyle sorumluluğu düzenleyen BK. md. 360-362 “açık ve gizli ayıp” ile “önemli-önemsiz ayıp” ayırımına yer vermiştir. Ancak doktrinde “maddi ayıp-hukuki ayıp”, “asli ayıp-ikincil ayıp”, “önemli-önemsiz ayıp” gibi ayrımlar yapılmıştır⁴⁹.

3.2.1 Açık Ayıp ve Gizli Ayıp

Açık ayıplar, ilk bakışta veya eserin teslim edildiği anda kolaylıkla fark edilebilen veya özenli bir inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır.

Açık ayıba bağlanan en önemli hukuki sonuç, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabilmesi için, eseri teslim alınca, işlerin normal akışına göre imkan bulur bulmaz, muayene etmek ve varsa ayıpları yükleniciye derhal ihbar etmek zorundadır⁵⁰.

⁴⁷ ALTAŞ, H., a.g.e., s. 208

⁴⁸ BURCUOĞLU, H.; *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Tandoğan'a Armağan*, Ankara 1990, s.283-382.

⁴⁹ YAVUZ, C., a.g.e., s. 474

⁵⁰ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; “...Asıl dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davacı arsa sahiplerine verilen bağımsız bölümlerdeki ayıplı imalatlar nedeniyle tazminat istemine, karşı dava ise sözleşme dışı ilave iş bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın reddine dair verilen karar, davalı-karşı davacı vekiline temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekirci nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı-karşı davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir. 2- Davacı arsa sahipleri kendilerine verilen bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikte olmadığını ileri sürerek 11.186.345.800 TL tazminat isteminde bulunmuşlardır. Eksik iş bedeli talep edilmemiştir. BK. nun 360. maddesinde ayıp, işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması şeklinde ifade edilmiş olup yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borçlarının ayıplara karşı tekeffül borcunu da kapsadığı kabul edilmektedir. Buna göre davacıların istemi eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması

İş sahibi, muayene ve bildirim külfetini yerine getirmediği takdirde yüklenici ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulur. Nitekim Yargıtay bir kararında iş sahibinin söz konusu yükümlülüğünü şu şekilde ifade etmiştir⁵¹: “...BK. 360 ve 362. maddeleri uyarınca, iş sahibince eserin teslim alınmasından sonra uygun bir zaman içerisinde muayenesinin yapıp varsa kusurlarının karşı taraf bildirilmesi gerekir. Sonradan çıkan gizli ayıpların da vakit geçirilmeden ihbar olunması icap eder. Aksi takdirde eserin eksik işler dışında kalan kusurlarından dolayı müteahhidin sorumluluğu kalmaz....”

Gizli ayıplar, açık ayıplardan farklı olarak eserin tesliminden sonra ve genellikle kullanımı sonucu kendini gösteren, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki iş sahibi aleyhine meydana gelmiş farklılıklardır. Başka bir ifade ile gizli ayıp genellikle eserin kullanım sürecinde, onun değerini veya kullanılma elverişliliğini azaltan bir unsur olarak orataya çıkabilir⁵².

Gizli ayıp eser teslim edilirken göze çarpmayacağı gibi, özenli bir incelemeyle de saptanamaz. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁵³ meydana

hukuksal nedenine dayanmaktadır. BK. nun 359/1. maddesi hükmü gereğince eseri teslim alan iş sahibinin işlerin mutad cereyan tarzına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayene ederek açık ayıpları yükleniciye makul süre içinde bildirmesi ve yine BK. nun 362/son fıkrası uyarınca da, eserdeki kusur sonradan ortaya çıkarsa, yine iş sahibinin gizli ayıbı öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi halde BK. nun 362. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Somut olayda, davacıların kendilerine ait bağımsız bölümleri ocak 2000 tarihinde teslim aldıkları, Daire 'mizin 2005/3014 esasında temyiz incelemesi yapılan E. I. A. Hukuk Mahkemesi 'nin 2003/562 Esas sayılı dosyasındaki davacıların beyanları ile sabittir. Mahkemece ayıpların gizli veya açık olup olmadığı araştırılmadığı gibi, ayıp ihbarının süresinde yapıp yapılmadığı üzerinde de durulmamıştır. Açık ayıplı imalatlar için makul sürede muayene ve ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde ayıplı iş bedeli istenemeyeceğinden, davacıardan ayıp ihbarı ile ilgili delilleri sorulup toplandıktan sonra ayıp ihbarı süresinde değilse bilirkişilerden açık ve gizli ayıplı imalatlar yönünden ek rapor alınarak açık ayıplı imalatlarla ilgili davanın reddi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu, asıl davanın yazılı şekilde kısmen kabulü doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur....”, 15.HD. 18.7.2005, 5786/4319

⁵¹ 15.HD. 12.12.2001, 3619/5773

⁵² SEFERLİ, K., *İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sos. Bil. Ens., Ankara 2002 s.33; KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 149

⁵³ “...Borçlar Yasası'nın 355. maddesi hükmünde tanımlandığı üzere, yanlar arasındaki akdi ilişki bir "eser sözleşmesi" olup, eserdeki ayıpların belirlenmesi işlemi ve ihbarı Borçlar Yasası'nın 359, 360 ve 362. maddeleri hükümlerine göre yapılmak gerekir. Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda, açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun 359., gizli ayıplarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda

getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluk görülmemişse ortada gizli bir ayıbın olduğunu ifade etmiştir.

Gizli ayıp eser kullanılırken ortaya çıkar. Şu halde eserdeki ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmek zorundadır. Bildirimde bulunmaz ise iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır. Gizli ayıplar nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu ise zamanaşımı süresi ile sınırlıdır⁵⁴. Gizli ayıba bu anlamda bağlanan en önemli sonuç ise zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla istenildiği zaman yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesidir.

Açık ayıp ve gizli ayıbın ihbarları noktasında da şu şekilde bir ayırım bulunmaktadır; iş sahibi açık ayıpları işin teslimi anında bildirmeli, gizli ayıpları ise ortaya çıktığında öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmelidir, aksi takdirde ayıptan dolayı başvuru hakkı düşer. Bu şekilde bir ayırımın mevcut olmasının sebebiyse açık ayıbın iş sahibinin eseri teslim aldıktan sonra, yapacağı özenli bir muayene sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlayabileceği nitelikte olmasına rağmen, gizli ayıbın kullanımla ortaya çıkmasıdır.

bulduğu takdirde Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde tanınan hakları iş sahibi kullanabilir. Eserin tesliminden sonra iş sahibi işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Ters durumda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak kasten sakladığı bozukluklarla usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal bildirmek zorundadır. Somut olayda da, az yukarıda belirtilen ihtarla yükleniciye davalı tarafından bildirilen ayıpların dosya kapsamındaki bilirkişi raporlarına göre değerlendirilmesi halinde "gizli ayıp" niteliğinde olduğu ve süresinde ihbar olunduğu sonucuna varılmaktadır. İş bedeli taraflar arasında önceden kararlaştırılmadığı gibi, iş bedelinde de uyumsuzluk bulunduğundan, yapılan işlerin bedelinin Borçlar Yasası'nın 366. maddesi hükmüne göre belirlenmesi gerekmektedir. O halde, yukarıdaki açıklamalar da gözetilerek mahkemece yerinde keşif yapılarak uyumsuzluk konusu işi bilir bilirkişi aracılığıyla Borçlar Yasası'nın 366. maddesi hükmü gereğince işin yapıldığı tarih itibarıyla piyasa rayiçlerine göre iş bedeli belirlenmeli, yapılan iş bedelinden varsa ayıplar sebebiyle nefaset farkı saptanarak bedelden düşülmeli ve ayrıca davalı tarafından davacıya iş bedeline mahsuben ödeme yapılmışsa yapılan ödemelerin de indirilmesi sonucu davacının hak ettiği iş bedelinin ödetilmesine karar verilmelidir...", 15.HD.15.12.2005, 7298/6856

⁵⁴ KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 148

3.2.2 Önemli ve Önemsiz (Daha Az Önemli) Ayıplar

BK. md. 360' da yapılan diğer bir ayırım da önemli ve daha az önemli ayıp ayırımıdır. BK. md. 360 hükmü önemli ayıbı, eserin iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşmeye önemli ölçüde aykırı olması hali olarak belirtmektedir. Önemli-önemsiz ayıp ayırımı iş sahibinin yararlanabileceği hakların türünü belirlediğinden büyük önem taşımaktadır. Şöyle ki; niteliği itibariyle kısa sürede bertaraf edilemeyecek olan önemli ayıpların varlığı BK. md 360/T'e göre sözleşmeden dönmenin bir koşuludur⁵⁵. Ancak söz konusu ayıp eserin kabul edilmeyeceği kadar ağır değilse bu durumda dönme talep edilemeyecek, bu halde ücretten indirim veya ayıbın giderilmesine gidilebilecektir⁵⁶. İş sahibi bu haklardan yalnız birini kullanabilir⁵⁷.

Önemli ayıpta adalet anlayışı ve dürüstlük kuralı gereğince eserin iş sahibince kabul edilmesi beklenemez. Eserin ayıplı olup olmadığı ise, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenir. Bu tartma yapılırken, ayıbın çeşidi ve kapsamı bakımından olayın bütün önemli koşulları göz önünde tutularak kabulün beklenilmezliğinin haklı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir⁵⁸.

Eser sözleşmesinde sadece önemli ve daha az önemli ayıp ayırımı yapılmakla birlikte, önemsiz (daha az önemli ayıp) ayıptan bahsedilmemiştir. Ancak önemli ayıpları ifade eden BK. md. 360/T'den önemsiz ayıpları şu şekilde tanımlayabiliriz; eser sözleşmesine konu olan eseri iş sahibi açısından kullanılamaz kılmayacak kadar ağır olmayan, iş sahibince eserin kabul edilemezliğini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla ortadan kaldırılacak olan ayıplar daha az önemli ayıplardır⁵⁹.

⁵⁵ SELİÇİ, Ö., (İNŞAAT), *a.g.e.*, s. 143

⁵⁶ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 105

⁵⁷ AKIN, G. A., *Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnad Edilmesi (Borçlar Kanunu MD. 361)*, Yaklaşım Dergisi, Sayı 156, 157 ve 158, 2006 s.263

⁵⁸ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 132

⁵⁹ SELİÇİ, Ö., (İNŞAAT), *a.g.e.*, s. 144; SEFERLİ, K., *a.g.e.*,35; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 130

Önemsiz ayıplar, çoğu kez eserin yalnızca bir kısmının bozuk olduğu hallerde ortaya çıkar. Eserin yalnız bir kısmında mevcut olan ayıplar eserin tamamının kullanımını etkilemiyorsa iş sahibi bu durumda kabulden kaçınmayacaktır. Örneğin, sözleşmenin konusunu oluşturan bir geminin buhar kazanı kullanılmazsa ve yerine başkası konulabiliyorsa, bu kural özellikle uygulanır. Burada kazanın kullanılamaz olması nedeni ile bütün geminin kabulünden kaçınılması olanaksızdır. Ancak bazı hallerde eserin bir kısmının bozukluğu, eserin diğer kısımlarını da kabul edilemez veya kullanılmaz hale getirebileceği gibi, ayrıca onarılamaz bir nitelik de taşıyabilir. Değiştirilmesi ve onarımı mümkün olmayan kısımlardaki ayıplar böyledir. Şu halde eserdeki ayıbın önemli olmasından bahsedebilmesi için, ayıp yüzünden eserin tümüyle ve kesinlikle kullanılamazlığı söz konusu olmalıdır⁶⁰.

Yukarıda da değinildiği gibi, teslim edilen eserde önemli ayıbın bulunması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınma hakkına sahip olduğu gibi, bu konuda yüklenicinin kusurunun bulunması durumunda, uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Ve fakat ayıbın ağırlığı sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar önemli olmadığı durumlarda (önemsiz ayıp mevcutsa) iş sahibi, bu durum karşısında, MK. md. 2 prensibine aykırı davranmamak kaydı ile, eserdeki ayıbın büyüklüğüne göre, ücretten indirim veya büyük masrafı gerektirmemek kaydıyla eserin onarımını ve yüklenicinin kusurunun bulunması durumunda da uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir⁶¹. Bu noktada eser sözleşmesi satımdan farklı olarak önemsiz ayıpları da ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümlerine dahil etmektedir⁶².

Eserdeki önemsiz ayıplar nedeniyle iş sahibince ücretten indirim istenebilmesi için, ayıp nedeniyle sorumluluğun genel şartlarıyla birlikte, ayıp nedeniyle eserin değerinde bir azalmanın meydana gelmiş olması gerekir. Bu ayıp eseri değersiz kılmamalı, eserin yine de bir değeri bulunmalıdır⁶³. Ücretten

⁶⁰ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 131

⁶¹ ARAL, F., *a.g.e.*, s. 358

⁶² YAVUZ, C., *a.g.e.*, s. 475

⁶³ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 188

indirim amacını önemsiz ayıp nedeniyle bozulan edimler arası dengenin, eserdeki kıymet noksanına uygun miktarın indirilmesiyle yeniden sağlanmasıdır⁶⁴. İş sahibinin önemsiz ayıp nedeniyle kullanabileceği diğer seçimlik hakkı olan ayıbın giderilmesini isteme halinde ise, ücretten indirimi talepte de geçerli olan ayıp nedeniyle sorumluluğun genel şartları ile beraber şu özel şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir; ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalı ve aşırı masrafı gerektirmemelidir⁶⁵.

3.2.3 Maddi Ayıp- Hukuki Ayıp

Maddi ayıplar, sözleşme konusu şeyin maddi yapısına ilişkin özelliklerin, eserin kullanılmasını, normal ve sağlıklı işlenmesini sağlayan ve bu esere değer kazandıran özelliklerin sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre beklenenden eksik olması durumunda söz konusu olur⁶⁶. Başka bir ifade ile maddi ayıplar, aynı cinsten eşyanın, işlerin olağan akışına göre taşınması gereken niteliklerden daha az nitelik taşınması veya eşyanın fiziki yapısındaki noksanlıkları ifade eder. Örneğin, sözleşme konusu malın, yırtık, bozuk, kırık veya lekeli olması gibi durumlar maddi ayıp niteliğindedir⁶⁷.

Değiniilmesi gereken bir diğer husus da eserin taşınması gereken niteliklerin neye göre tespit edileceğidir. Eserin taşınması gereken nitelikler, sözleşmeye göre, bu hususta sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması durumunda ise sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilirler⁶⁸.

Hukuki ayıplar ise kanunlardan kaynaklanan bina, makine, araç ve imal olunan şeyin kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka açılardan hukukun koyduğu kurallara ve sınırlamalara uyulmamasından kaynaklanır⁶⁹. Başka bir ifadeyle, eserin kullanılmasında hukuki bir engel varsa ve bu sebeple eserin öngörüldüğü amaca uygun olarak kullanılması mümkün değilse hukuki

⁶⁴ SELİCİ, Ö., *a.g.e.*, s. 57

⁶⁵ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 197

⁶⁶ ERGEZEN, M., *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.76

⁶⁷ CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 41

⁶⁸ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 133

ayıptan söz edilir. Örneğin, oturma izninin (iskan raporunun) alınmaması, inşaat açısından hukuki ayıp niteliğindedir⁷⁰.

Hukuki ayıplarda eser, objektif olarak imal edilerek teslim edilmekte, ancak kullanılması genellikle yüklenicinin sağlayacağı ve kamu düzeninin aradığı bir belge olmadığından yapılamamaktadır⁷¹.

Hukuki ayıpların, kamu hukukuna veya özel hukuka uyulmaması sebebiyle doğmasının, eksikliğin “*hukuki ayıp*” kabul edilmesi bakımından bir önemi yoktur⁷².

3.2.4 Ekonomik Ayıp

Eserdeki iktisadi niteliklerin (örneğin, bir taşınmazın kira geliri, bir ticari işletmenin iş hacmi, taşınmazın otel ya da sanayi işletmesi olarak kullanılması - tahsis yönü- gibi) eksikliklerden dolayı iş sahibi, teslim edilen eserden beklediği verimi (ekonomik özelliklerinin bulunmaması veya eksik olması yüzünden) alamıyorsa eser ekonomik olarak ayıplı sayılır. Başka bir ifadeyle eserin tesliminden sonra iş sahibine sağlayacağı bazı yararların, örneğin, getireceği kazançların özel olarak taahhüt edildiği durumlarda bu kazancın elde edilememesi halinde eser ekonomik ayıplıdır⁷³.

Yüklenicinin vaat ettiği ekonomik niteliklerin gerçekleşmemesi durumunda, hangi hükümlerin uygulanacağı konusu tartışmalıdır⁷⁴. Tandoğan’a göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin, ekonomik nitelikleri vaat etmesi ve bunların gerçekleşmemesi durumunda yüklenici hakkında ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Seliçi’ye göre sözleşmede kararlaştırılan dışa aksetmeyen iktisadi ilişkilerin gerçekleşmemesi “*sözleşme koşullarına aykırılık*” sayılarak, bozukluk hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklindedir.

⁶⁹ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 167

⁷⁰ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 533

⁷¹ KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 148

⁷² CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 43

⁷³ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 135; CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 42

⁷⁴ Ayrıntılar için bkz. UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 135 vd.; CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 72

3.2.5 Asli Ayıp-İkincil Ayıp

Eserin teslimi sırasında varolan ayıplar asli ayıp olup, teslim sonrasında önceki ayıba bağlı olarak ortaya çıkan ayıplar ise ikincil ayıplardır (ayıplı beton yüzünden duvarın yıkılması)⁷⁵. Bu halde yüklenici hakkında ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümlerine gidilebilecektir. Ancak teslimden sonraki bozulma, önceki bir ayıpla bağlantılı değilse yani ikincil bir ayıp söz konusu değilse bu durumda ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümleri uygulanamayacaktır⁷⁶.

3.3 Ayıp Sayılan Durumlar

Satım sözleşmesinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de, ayıp nedeniyle sorumluluk çerçevesinde ayıp, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde eksiklik ve eserde bulunması gereken (lüzumlu-zorunlu) niteliklerde eksiklik olmak üzere iki farklı anlam içermektedir⁷⁷. Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna yol açacak olan bu tür nitelik eksikliklerinin teslim konusu olan eserdeki görünüm ve içerikleri aşağıdaki şekilde incelenebilir:

3.3.1 Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Eksikliği

Eser sözleşmesinde somut eseri belirlemeye yarayan, renk, biçim, ölçü ve imal tarzı gibi genel nitelikler⁷⁸ ile eseri daha özel nitelikte⁷⁹ belirleyen olumlu ve

⁷⁵ TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 167

⁷⁶ UÇAR, A., a.g.e., s. 134

⁷⁷ “...Borçlar Kanuna göre; bir maldaki ayıp; satıcının zikr ve vaat ettiği vasıflarda veya niteliği gereği malda bulunması gereken lüzumlu vasıflarda eksiklik olmak üzere iki türde ortaya çıkabilecektir. Bunlardan ikinci tür olan yani lüzumlu vasıflarda eksiklik şeklinde ortaya çıkan ayıptan bunun varlığını bilmese dahi satıcı sorumludur. Ayıp, maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. Bunlardan yola çıkılarak ;satıcı ve dolayısıyla teselsül ilişkisi nedeniyle ithalatçıyı maldaki ayıptan sorumlu tutmanın maddi koşulları ; ortada ayıp sayılan bir eksikliğin olması, ardından maldaki eksikliğin önemli olması ve ayıbın malın yarar ve zararının alıcıya geçtiği anda varolması, tüketicinin ayıbın varlığını bilmeden malı satın almış olması, olarak sayılabilir...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.2.2004, 84/99

⁷⁸ Örneğin, eğer sıvanın gri renkte olacağı kararlaştırılmış ve fakat kahve rengi bir sıva kullanılmışsa eser ayıplıdır. Aynı şekilde evin kapılarının meşe tahtasından yapılması hususunda anlaşılması ve fakat sadece meşe kaplama yapılmışsa; bir mutfakta veya banyoda tabii mermer fayans yerine seramik fayans kullanılmışsa; sportif müsabakalar için kullanılacak bir yüzme havuzu istenilen uzunlukta değilse; bir daire istenilen m2’de değilse; bir dokuma tezgahı çelik

olumsuz nitelikler imal faaliyeti öncesinde taraflarca kararlaştırılabilir⁸⁰. Söz konusu tüm bu niteliklerin eserde bulunması gerekir. Bu nitelikler eserin değerini, elverişliliğini, kullanımını etkileyen, azaltan veya ortadan kaldıran özelliklerdir. Sözleşmenin öngördüğü niteliklerden birinin eksikliği eserin ayıplı olmasına sebep olur. Örneğin, yüzme havuzunun veya çatının su geçirmeyeceği veya kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, bir tesisatta kullanılacak enerjinin belirli bir miktarı geçmeyeceği gibi hususlar sözleşmede düzenlenmiş olabilir⁸¹.

Uygulamada genellikle sözleşmenin eki niteliğindeki “teknik şartname” hazırlanmaktadır. Bu şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmayan imalat eseri ayıplı sayılır .

Eser sözleşmesinin taraflarının, sözleşme konusu eserin taşınması gereken nitelikleri -olumlu- yanında, eserin taşınmaması gereken nitelikleri –olumsuz- belirtmek suretiyle anlaşma yapmaları da mümkündür. Bu halde anlaşma gereği olumsuz nitelikleri taşıyan sözleşme konusu eser, ayıplı sayılacaktır⁸².

Eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan tüm nitelikleri eserde mutlak surette sağlamak zorundadır. Sözleşmeyle belirlenen niteliklere aykırılık neticesinde eserin kıymeti azalabileceği gibi artabilir de. Şu halde eserin kıymetinin artması, daha kullanışlı olması, kullanımında hiç bir sorunla karşılaşılması halinde de sözleşmeye aykırılıktan söz edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır:

Baskın görüşe göre; sözleşmede belirtilen niteliklere aykırılık, eserin değerini düşürmese ve hatta eserin daha kıymetli olmasına sebep olsa dahi eserin

yerine bir kısmı tahtadan imal edilmişse; bir inşaatta pencere düzeninin kararlaştırılan şekilde yapılmamış olması sonucu bina, mimarın yaptığı plana aykırı bir görünüm arz ediyorsa eser ayıplı bir şekilde meydana getirilmiş sayılır.

⁷⁹ Örneğin, bir çatının yalıtılmış olması, bir makinenin veya tesisatın hassasiyet derecesi, özel üretim kapasitesi, bir merkezi kaloriferin ısıtma derecesi, bir kömürün belirli bir taşıma kabiliyeti, bir tesisatın tüketeceği enerjinin belli bir miktarı geçmemesi gibi.

⁸⁰ **ÖKTEM, S.**, *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2006/5, 2006 s.1950

⁸¹ **TANDOĞAN, H.**, s. 162; **YAVUZ, C.**, *a.g.e.*, s. 425

⁸² Naklen, **YAVUZ, C.**, *a.g.e.*, s. 475

ayıplı sayılacağına engel teşkil etmeyeceği şeklindedir⁸³. Şu halde iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği seçimlik haklarının kullanımı ise hakkın kötüye kullanımı yasağı ile sınırlıdır⁸⁴. Ayrıca bu durumda yüklenici ücretten fazlasını da isteyemeyecektir.

Aksi görüşte olan Seliçi'ye göre ise; sözleşmede kararlaştırılan niteliğin daha altında bir kalitenin varlığı sözleşmeye aykırılık teşkil etmekle birlikte kararlaştırılan niteliğin üzerinde bir kalitenin varlığı ise sözleşme koşullarına aykırılık teşkil etmez. Örneğin, sözleşmede yüklenicinin ikinci sınıf gürgen parkeden daha aşağı kalitede parke kullanamayacağı kararlaştırılmış olup yüklenici birinci sınıf meşe parke kullanmışsa, eserde bozukluk söz konusu olmaz. Böylece yüklenici asgari standarttan daha kaliteli eser yapmıştır⁸⁵.

Bir eserin sözleşmede belirtilen niteliklere aykırı şekilde imal edilip edilmediğinin tespiti ise; eserin olması gereken durumu ile mevcut durumu arasında dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan karşılaştırmadan ortaya çıkar. Bu bağlamda sözleşmenin yorumu önemli bir husustur. Sözleşmenin yorumu yapılırken sözleşmenin amacı ve lafzı ile birlikte iş çevresindeki teamüllerde dikkate alınmalıdır⁸⁶.

3.3.2 Eserde Bulunması Gereken Niteliklerde (Lüzumlu Vasıflarda) Eksiklik

Eserde bulunması gereken (lüzumlu vasıflarda) niteliklerde ayıp, önceden kararlaştırılmamış olmasına rağmen, dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak, eserin, kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olmasıdır⁸⁷.

⁸³ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 163; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 95; TURANBOY, A., *a.g.e.*, s. 158; BURCUOĞLU, H., *a.g.e.*, s. 285

⁸⁴ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 96

⁸⁵ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 139

⁸⁶ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 95; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 127

⁸⁷ BURCUOĞLU, H., *a.g.e.*, s. 285

Yüklenici sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeye konu eseri kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eser niteliğinde teslim etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda eserin yapısına ve sahip olması gereken normal özelliklere sahip olup olmadığı, eser sözleşmesinin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasından, genel hayat tecrübelerinden, eserin türü, kullanım amacı ve alanı açısından mutad olana göre saptanmalıdır. Örneğin, lüks bir daire veya otel inşasında açıkça belirtilmiş olmasa bile, yüksek kalitede fayanslar beklenebilir. Buna karşılık alt gelir grubu için inşa edilen bir toplu konutta ucuz fayanslar kullanılması ayıp sayılmayabilir⁸⁸. Bu şekilde eserdeki lüzumlu niteliklerin eksikliği ve aynı zamanda bulunmaması gereken niteliklerin (olumsuz niteliklerin) bulunması, yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğuna sebep olacaktır⁸⁹.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, imal edilen eserin veya eserde kullanılan malzemenin ayıplı sayılıp sayılmayacağı saptanamıyorsa, bu halde BK. md. 70 hükmüne kıyasen, “ *orta vasıfta* ” malzeme kullanılması ve iş yapılması aranmalıdır. Bu durumda, iş sahibi, yüksek kalitede malzeme kullanılmamış veya yüksek kalitede işçilik eseri olmayan inşaatı ayıplı sayamayacağı gibi; yüklenici de ortalamanın altında bir malzeme ve işçiliğin inşaatın sağlamlığını ve kullanışlılığının etkilemediği gerekçisi ile edimi kusursuz yerine getirdiğini savunamaz⁹⁰.

Eserin, beklenen amacı sağlayabilmesi için, sözleşmede kararlaştırılan zorunlu niteliklere haiz olması gerekir. Yüklenici, zorunlu niteliklerin eserde bulunmadığını bilmese bile, ayıplı ifa nedeni ile sorumlu olur. Zorunlu niteliklerin eksikliğinden kasıt, eserin sözleşmedeki tahsis ve kullanma yönü bakımından, değerini, özgülemeye ve kullanmaya elverişliliğini kaldıran veya azaltan ayıplardır. Ayıp, eserin değerini ve beklentilere elverişliliğini önemli ölçüde azaltmalıdır.

⁸⁸ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 97

⁸⁹ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 164; DUMAN, İ., *a.g.e.*, s. 551; YAVUZ, C., *a.g.e.*, s. 475

Yüklenici eseri kararlaştırılan niteliklere veya zorunlu niteliklere uygun bir biçimde meydana getirip teslim ettikten sonra, eseri sözleşmeye uygun bir durumda koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eser teslim edildikten sonra kötülemişse, bu halde bir ayıptan söz edilemez. Ve fakat eserde teslim sırasında var olan bir ayıp büyümüş veya ikinci bir bozukluğa yol açmışsa, yüklenici, büyüme ve yayılma gösteren bu ayıptan ve önceki ayıpla bağlantılı olan ikinci ayıplardan BK. md. 359 vd. hükümlerine göre sorumlu olur. Örneğin beton eksikliği, duvarın çatlamasına yol açmışsa durum böyledir.⁹¹

3.4 Ayıp Sayılmayan Durumlar

3.4.1 Başka Bir Şey (Aliud) Teslimi

Eser sözleşmesinde taraflar imal edilecek eserin niteliği konusunda anlaşarak sözleşmeyi akdederler. Şu halde, yüklenici iş sahibine kararlaştırılan eserden, tamamen farklı başka bir eser imal edip teslim ettiği taktirde, başka bir şey (aliud) tesliminden bahsedilir (örneğin, üç odalı daire yerine iki odalı daire teslimi⁹²). Başka bir şeyin teslimi halinde ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Bu durumda borcun hiç ifa edilmemesi sözkonusu olup

⁹⁰ ÖKTEM, S., a.g.e., s.1950; CANBOLAT, F., a.g.e., s. 42

⁹¹ DUMAN, İ., a.g.e., s. 551

⁹² "...Yanlar arasındaki uyumsuzluk arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğmuştur. Yargıtay Özel Daire 'si ile mahkeme arasındaki görüş ayrılığı davacı arsa sahibine ait dükkanın sözleşmede kararlaştırılan 75.62 m2. yerine -17.62 m2. küçük olarak 58 m2. yapılmasının "eksik iş" mi, yoksa "ayıp" mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Kentleşmeyle birlikte giderek yoğunluk kazanan "arsa payı karşılığı inşaat" adı altında yapılan eser sözleşmelerinde yüklenici, mesleki bilgi ve deneyimiyle işin sonuçlarını, özellikle ekonomik çıkarını arsa sahibinden daha iyi değerlendirebilecek durumdadır. Keza yüklenicinin sözleşmede öngörülenle, imal ettiği eserin, değer ve amaca elverişlilik bakımından aynı olmadığı hallerde, yaratılan farkın başlangıçta arsa sahibinin aynı ücretle sözleşme yapmasına engel olacağını da bilebileceği kuşkusuzdur. Kararlaştırılan edimlerin sözleşmedeki koşullara uygun biçimde yerine getirilmesi "ahde vefa" (pacta sunt sententia) ilkesi gereğidir. Dürüstlük ve doğruluk kuralına uyulmuş olması da, noksansız ifayla gerçekleşir. Olayda, davalı yüklenici, akdi yükümlülüğünü bilmesine rağmen eseri isteyerek ve kendi yararına noksan şekilde yerine getirmekle iyiniyetli sayılamıyacak bir tutum izlemiştir. Davacıya ait bağımsız bölümün yüzölçümünü cm. karesine değil hesapla, işe başlamış, sonuçta ise 75.62 m2. yerine 58 m2. 'lik dükkan teslim etmiştir. Bu haliyle de akdin ihlal edildiği ve gereği gibi yerine getirilmediği açıktır... Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir... Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser" in (aliud) varlığı sözkonusudur..." Y. HGK., 9.12.1992, 15-649/732

genel hükümler uygulanır⁹³.

3.4.2 Eksik (Noksan) İş

Eser sözleşmesinde imali kararlaştırılan eserin tamamlanmamış olması halinde eksik iş söz konusu olur⁹⁴.

İş sahibi yükleniciden sözleşmede kararlaştırılan bütün nitelikleri taşıyan bir eser beklentisindedir. Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan tüm bu niteliklere uygun ve beklentileri karşılar şekilde eseri imal etmek zorundadır. İş sahibinin eserden beklediği yararı sağlamasına engel olan halin eksiklik mi yoksa ayıp mı olduğu konusunda ayırım yapmak oldukça zordur. Bu kavramlar uygulamada karıştırılmaktadır. Oysaki eksik işte bir eserin tamamlanmaması hali söz konusu olup iş sahibinin ayıp ihbarında dahi bulunması gerekmezken⁹⁵; ayıplı işte imal edilen eserin elverişsiz olması veya sözleşmede öngörülen nitelikten yoksun bulunması hali söz konusu olup bu halde iş sahibinin fırsat bulur bulmaz iş sahibine ihbarda bulunması gerekir⁹⁶. Yargıtay da eksik işle ayıplı işi birbirinden farklı kavramlar olduğunu kabul etmektedir⁹⁷.

⁹³ TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 166; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 105; CANBOLAT, F., a.g.e., s. 42; DUMAN, İ., a.g.e., s. 553

⁹⁴ KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 148; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 106

⁹⁵ “...Kural olarak imal ve inşa edilecek bir eser ancak, tamamı bittikten sonra teslim edilebilir. Ayıba karşı tekeffül borcu da eserin fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. Teslimin yapılmış sayılması sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş ve icra edilmiş olması anlamına geldiği, henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceği gerek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla kabul edilmiştir. Buna göre bir eserin tamamlanmış olması eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Yüklenici bunu gerçekleştirmediği sürece işveren ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamaz. Diğer bir deyimle yüklenici eseri hukuki ve fiili anlamda tamamlayıp teslim etmedikçe ayıpları ihbar yükümlülüğünden yararlanamaz. Diğer taraftan BK.nun istisna aktine ilişkin hükümleri arasında yer alan 362. maddesi, 359. maddeyle başlayan "işin kusuruna mütedair teminat"a ilişkin olup, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülünü düzenlemiştir. Oysa olayda davacının eseri geç teslim almasından kaynaklanan kira kaybı talabedilmiş bulunmasına göre bunun ayıp olarak nitelendirilmesi ve kusurla ilgili teminat kapsamında düşünülerek ihtirazı kayıtlı bağlı tutulması mümkün değildir...”, 15. HD.17.11.1986, 830/3860

⁹⁶ SEFERLİ, K., a.g.e.,37; KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 148; AYDEMİR, E., a.g.e., s.260

⁹⁷ “...BK.nun 359, 362. maddelerinde sözü edilen ve bedelin ödetilmesi için iş sahibinin itirazına bağlı tutulan işler ayıplı (kusurlu) imal edilen işlerle ilgilidir. Gerçekten sözü edilen BK.nun 359. madde kenar başlığında (işin kusuruna mütedair teminat)tan söz edilmiş, 362. maddede de ihbarın (kusurlu) işlerle ilgili olduğu belirtilmiştir. Görülüyor ki eksik bırakılan işler için iş sahibinin ayrıca yükleniciye ihbarda bulunmak yükümlülüğü yoktur. Çünkü noksan işde, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. O halde noksan iş ayıplı işler ile

Eserde ayıp değil de eksiklik varsa, başka bir ifade ile iş sahibi eserden amacına uygun biçimde yararlanamıyorsa (Örneğin, bazı katları henüz yapılmamış ve çıkılan son katın hizasından demirler fırlamış bir inşaat eksik – bitmemiş- yapıdır) bu borcu hiç ifa etmeme anlamına gelir ve yüklenici borçlu direnimine ilişkin kurallara (BK. md. 106-108) bağlı olur. Ancak eserde mevcut bir ayıp varsa, başka bir ifade ile eserden amacına göre yararlanmak olanaklı olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesini düşüren, eserin olması gereken değerini azaltan bir durum söz konusu ise yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacaktır (Örneğin, kaba işleri bitmiş, çatısı kapanmış, kapıları, banyo-mutfak tesisatı yapılmış olduğu halde fayansları kırık yahut kötü kalitede veya badana boyası yapılmamış inşaat, ayıplı sayılır)⁹⁸.

3.4.3 İşçi ve Malzeme Masraflarının Artması

Yüklenicinin özensizliği sebebiyle eserin yapısında herhangi bir değişiklik meydana gelmemekle birlikte sadece işçi ve malzeme masrafları artmışsa, bu halde bir ayıp söz konusu değildir. Bu konu, ücretin miktarını tespitle ilgili kurallar çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir sorundur⁹⁹.

3.4.4 Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi

Eserin teslim edildikten sonra kötüleşmiş olması ve bazı niteliklerini kaybetmesi de, eserde mevcut olan önceki bir ayıpla bağlantılı değilse, başka bir ifade ile ikincil bir ayıp söz konusu değilse, ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümleri uygulanamaz¹⁰⁰.

Eserin kötüleşmesi yüklenicinin sözleşmeyle üstlenmiş olduğu bir yan edim yükümünün ihlali sonucu meydana gelmişse, bu durumda yine ayıplı ifaya ilişkin (BK. md. 359 vd.) hükümlerine değil, sözleşmenin ihlaline ilişkin genel

bir arada ifade etmek, yukarıda sözü edilen (ayıplı işler) kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır...” 15.HD.27.9.1988 .92/3020

⁹⁸ ÖZ, T., *a.g.e.*, s. 167

⁹⁹ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 166; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 106

¹⁰⁰ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 166

hükümlere (BK. md. 96 vd.) başvurulur¹⁰¹.

¹⁰¹ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 107

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPLI İFA NEDENİYLE İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİNİN KARŞILIKLI SORUMLULUKLARI

Eserin ayıpsız olarak imali kural olarak yüklenicinin sorumluluğunda olmakla birlikte iş sahibinden kaynaklanan bazı özel veya genel sebeplerden dolayı, iş sahibinin de kısmen veya tamamen sorumlu tutulmaması söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile eser sözleşmesinin diğer tarafı olan iş sahibine yüklenen sebeplerden dolayı da eserde ayıp meydana gelebilmektedir. Bu halde iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olacak ve bunun neticesi olarak da ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği hakları düşecektir . Bu durum BK. md. 361’de hükme bağlanmıştır.

“*İş Sahibinin Mesuliyeti*” kenar başlığını taşıyan BK. md. 361 uyarınca, yapılan şeyin kusurlu¹⁰² olması bir yandan ayıbın iş sahibine isnad edilebilecek bir nedenden gelmesi halinde (kusurun herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenmesi) diğer yandan ayıbın yüklenicinin açıkça uyarmasına rağmen iş sahibince verilen talimattan kaynaklanması şeklinde biri genel diğeri özel olmak üzere bu iki ayrı halden birinin mevcudiyeti durumunda, iş sahibinin sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda iş sahibinin hakları düşecektir ve yüklenicide ayıptan sorumlu olmayacaktır.

¹⁰² Buradaki kusurlu ibaresini İsviçre BK. md. 369’a uygun olarak ayıp şeklinde anlamak gerekir (UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 233)

BK. md. 361 hükmünün uygulanabilmesi için de bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan bu şartlar başında, teslim edilmiş olan eserin ayıplı olması ve eserdeki ayıbın da yukarıda değinilen özel ya da genel sebeplerle iş sahibine isnad edilebilir olması gerekir. Dolayısıyla, ayıbın iş sahibine isnadı kabil olmasının, tekeffülden doğan haklarını 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**¹⁰³. İfade etmek gerekir ki, eserin ayıplı olmasında iş sahibinin mutlaka kusurlu bulunması şart değildir; iş sahibinin ayıba bizzat sebebiyet vermiş olması yeterlidir¹⁰⁴. Kusursuz olsa dahi, bu durumun kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkması halinde iş sahibi yine BK. md. 360 hükümlerine başvuramaz¹⁰⁵.

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu, ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme hususundaki asli edim yükümünü, gereği gibi ifa etmemesinden doğan bir sorumluluk olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

Eser sözleşmesinde yüklenici tarafından teslim edilen eserin, sözleşmede öngörülen nitelikleri ve sözleşmenin lüzumlu vasıflarını taşıması gerekir. Aksi takdirde ayıplı bir eserin tesliminden bahsedilir ki, yüklenicinin bu halde BK. md. 359 - 363 arasında hükme bağlanmış olan ayıba karşı tekeffül borcu¹⁰⁷ (eserde ortaya çıkacak bozukluk ve eksiklikleri üstlenme borcu) söz konusu olacaktır.

Ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk yüklenicinin kusuru olmasa dahi söz konusu olacaktır. Bu çerçevede iş sahibinin BK. md. 360 gereğince

¹⁰³ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 209

¹⁰⁴ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 133

¹⁰⁵ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 234

¹⁰⁶ CANBOLAT, F.; *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara, 2009, s. 37; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 36

¹⁰⁷ “Yüklenicinin söz konusu sorumluluğu öğretilen ayıba karşı tekeffül borcu ya da ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk olarak da adlandırılmaktadır.” Naklen, (ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 32). Biz tezimizde ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk ifadesini kullanacağız.

kullanabileceği seçimlik hakları yüklenicinin kusurlu olmasına bağlanmamıştır¹⁰⁸.

Ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğunun doğabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Şöyle ki; yüklenicinin, eseri tamamlayarak ısmarlayana teslim¹⁰⁹ etmiş olması gerekir (BK. md. 359/I). Teslimin varlığından söz edebilmek için eserin sözleşmenin yerine getirilmesi niyetiyle iş sahibinin emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak kullanımına bırakılması gerekmektedir¹¹⁰. Ancak, bu koşul da tek başına yeterli olmayıp diğer olumlu şartların da gerçekleşmesi gerekir. Şartlardan ilki eserde mevcut bir ayıp olmasıdır. Diğer bir sebep ise iş sahibinin, kendisine teslim edilen eseri, işin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz muayene etmesi ve bulduğu ayıpları yükleniciye bildirmesidir (BK. md. 359/I).

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulabilmesinin olumsuz şartı ise; eserdeki ayıbın herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenmemesi gerekliliğidir (BK. md. 361). Şu halde eserdeki ayıp iş sahibinden kaynaklanıyor ise iş sahibi söz konusu haklarını kaybedecektir. Bu halde, iş sahibi ayıptan doğan haklarını yükleniciye karşı ileri süremez.

Sonuç itibariyle eserde mevcut olan ayıp, yüklenicinin eseri sözleşme niteliklerine uygun olmayarak veya kendiden beklenen yararı gerçekleştirilmeye

¹⁰⁸ UÇAR, A., *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003, s.39; SEFERLİ, K., *İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sos. Bil. Ens., Ankara 2002, s.41

¹⁰⁹ Teslimden amaç, eserin belirlenen yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine teslimi suretiyle iş sahibinin ifadaki menfaatini karşılamaktır. İstisna sözleşmesinde müteahhit sadece eserin imalini değil, aynı zamanda eserin teslimini de borçlanır. Bu bağlamda eserin imali (meydana getirilmesi) borcu müteahhidin iş görme edimini, eserin teslimi ise maddi edimini (Sachleistungsobligation) oluşturur. İstisna sözleşmesinde, müteahhit eseri zamanında ve eksiksiz olarak, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Literatürde, müteahhidin eseri teslim borcu, eseri imal etme borcu yanında istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak görülmektedir. İstisna sözleşmesi bakımından bu derece önemli olan teslim borcu konusunda, Borçlar Kanunumuzda açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte BK'nunda teslimden bahseden bir çok maddeden, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür. Eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, müteahhit tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder. Teslimin yapılabilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekir." Naklen, OZANOĞLU, H. S., *İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*, GÜHFD., C.III, s.1-2, Haziran-Aralık 1999 s.66 vd.

elverişsiz olarak imal etmesi şeklinde, yükleniciden kaynaklanabildiği gibi iş sahibinin hatalı talimatı veya iş sahibine isnad edilebilecek diğer bazı hallerde iş sahibinden kaynaklanabilmektedir. Eserdeki ayıp yükleniciden kaynaklanmışsa bu durumda yüklenici, eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getireceği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üslenme borcu altına girecektir. Ve bu sorumluluk neticesinde iş sahibine kanunda tanınmış olan haklara katlanacaktır. BK. md. 360' da belirtilen haklar, ayıp dolayısıyla sadece iş sahibine tanınmış haklar olup, yüklenicinin, iş sahibine tanınan bu haklardan yararlanması söz konusu değildir. Ancak ayıba iş sahibi sebebiyet vermişse bunun neticesi olarak ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği hakları düşecektir .

İş sahibi ve yüklenicinin karşılıklı sorumluluklarını incelemeyden önce, ayıp kavramına değinmek gerekir.

4.1 İş Sahibinin Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sorumluluğu

Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. İş sahibi tanımına, eser sözleşmesine konu olan eserin meydana getirilmesinde ve böylece yüklenici tarafından gerçekleştirilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler girmektedir¹¹¹.

Eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi yüklenicinin sorumluluğu olmakla birlikte bazı hallerde, iş sahibinin kısmen veya tamamen sorumlu tutulmaması söz konusu olabilir. Bu anlamda eser sözleşmesinin diğer tarafı olan iş sahibine yüklenen sebeplerden dolayı da eserde ayıp meydana gelebilmektedir . Bu halde iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olacak ve ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği hakları düşecektir . Ancak iş sahibinin ortak kusuru ile birlikte yüklenicinin bir kusuru veya yardımcısının eylemi de eserdeki ayıbın doğumunda etkili olmuşsa, iş sahibinin ayıp nedeniyle sorumluluk hükümleri doğan hakları düşmez ve olaya BK. md. 361

¹¹⁰ **TURANBOY, A.**; *Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatındaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti*, AÜHFD., C.41, 1989-1990, S.1-4, s.154

¹¹¹ **DAYINLARLI, K.**, *a.g.e.*, s.28

hükmü uygulanmaz¹¹².

Yukarıda değinildiği gibi iş sahibi de eserin ayıplı imaline sebep olabilmektedir. Bu husus BK. md 361’de “*İş Sahibinin Mesuliyeti*” kenar başlığı altında “*Eserin bozuk olması, yüklenicinin açıkça yaptığı uyarıya karşın iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa, iş sahibi eserin bozuk olmasından doğan haklarını ileri süremez*” ifadesi ile hükme bağlanmıştır. Bu madde ile iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının olumsuz şartı düzenlenmiştir. Buna göre, eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibinin kusurlu bir davranışı ya da onun yardımcı kişisinin bir davranışı sebep olmuşsa bu halde iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır. Burada iş sahibinin “*şahsi kusuru*”, “*ortak kusuru*” söz konusudur. Bu anlamda BK. md. 361, BK. md. 44/I’in uygulamasından ibarettir. Ayıbın iş sahibinin ortak (kişisel) kusurundan ileri gelmesi, onun tazminat isteme hakkını etkileyeceği gibi, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını da doğrudan doğruya etkiler¹¹³.

İş sahibinin bizzat kendisinin sebep olduğu ayıplar, yüklenicinin sorumluluk alanına girmez. Çünkü, bu tür ayıplar yüklenicinin açıkça beyan ettiği görüşe aykırı olarak bizzat iş sahibinin kusurlu davranışı neticesinde eserde oluşan ayıplardır. İş sahibi satım sözleşmesinin aksine sözleşmede aktif bir rol oynamaktadır. Şöyle ki, eser sözleşmelerine özelliğini veren çoğu zaman iş sahibinin istekleridir. İş sahibi eserin imalinde kullanılacak malzemeyi, arsayı, planı ve projeyi sağlayabilir. Oysa satım sözleşmesinde bir mal ve semenin değiştirilmesi söz konusu olup alıcı hali hazırda mevcut olan veya gelecekte imal edilecek bir şeyi semen karşılığında alır. Ama satın alacağı şeyin özelliklerini kendisi belirlemez, en fazla belirli şeyler hakkında tercih hakkını kullanır¹¹⁴. Bu anlamda eser sözleşmesinde aktif şekilde yer alan iş sahibinin verdiği talimat, malzeme ya da arsa eserin ayıplı olmasına sebep olabileceği gibi, bu durum tavsiye ettiği alt yükleniciden de kaynaklanabilir.

¹¹² UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 237

¹¹³ EREN, F., *a.g.e.*, s.79

BK. md. 361'in uygulanabilmesi ve de iş sahibinin tekeffülden doğan haklarını ortadan kaldırması için; iş sahibinin sorumlu olduğu hal ve şartın uygun nedenle ayıbın doğumuna katkıda bulunmalı ve bu katkı da ayıbın doğumunda yalnız başına etkili görünecek derecede ağır olmalıdır. Bu uygun nedenin ayıbın doğumunda yalnız başına etkili ağırlıkta olup olmadığını hakim somut olaya göre takdir edecektir. Bununla birlikte, eserin ayıplı olmasında iş sahibinin mutlaka kusurlu bulunması şart değildir. Kusursuz olsa dahi, bu durum kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkmış ise iş sahibi yine BK. md. 360 hükümlerine başvuramaz¹¹⁵.

4.1.1 Eserin Ayıplı Olmasında İş Sahibinin Talimatlarının Etkili Olması

Eserin ayıplı olarak meydana gelmesi iş sahibinden kaynaklanmış olabilir. BK. md. 361 hükmü, ayıbın yüklenicinin açıkça ikazına rağmen iş sahibince verilen talimat yüzünden ortaya çıkması şeklinde biri özel ve eserdeki ayıbın her hangi bir sebeple iş sahibine isnadının mümkün olması şeklinde genel olmak üzere iki ayrı şekilde düzenlemiştir. Bu hallerden birinin mevcudiyeti durumunda ise, yüklenicinin ayıptan sorumlu olmayacağı da ifade edilmiştir¹¹⁶.

Uygulamada eserin ayıplı olarak imal edilmesinde iş sahibine yüklenebilecek olan sebeplerin başında, aşağıda da ayrıntılı olarak ele alınacak olan yüklenicinin açıkça uyarmasına rağmen iş sahibinin verdiği amaca uygun olmayan hatalı talimatları gelmektedir. Bununla birlikte, iş sahibince verilen malzeme, arsa, plan ve projenin ayıplı olması halleri de iş sahibine isnadı kabil sebepleri oluşturmaktadır. Tezimizde biz sadece bu sebeplere değineceğiz. Bunların dışında eserdeki ayıbın iş sahibi yüzünden ortaya çıkmasına sayısız şekilde rastlanabilir.

¹¹⁴ AKIN, G.A., *a.g.e.*, s.251

¹¹⁵ TANDOĞAN, H., *a.g.e.* s. 209; UYGUR, T., *a.g.e.* s. 650; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.* s. 133; UÇAR, A., *a.g.e.* s. 234

¹¹⁶ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 650

4.1.1.1 Şartları

İş sahibinin talimatının ayıba sebebiyet vermesi için; verilen talimatın bağlayıcı nitelikte hatalı bir talimat olması, söz konusu talimatın hatalı olduğu konusunda yüklenicinin iş sahibini uyarmış olması, buna rağmen iş sahibinin hatalı talimatında ısrar etmiş olması gerekir. Ayrıca hatalı talimat ve ayıp arasında uygun illiyet bağı gerekir.

4.1.1.1.1 İş Sahibinin Talimat Vermesi

İş sahibine yüklenebilen durumlar eserin meydana getirilmesi sırasında herhangi bir zararın doğmasına veya artmasına neden olmuşsa, bu halde iş sahibinin ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerinden doğan hakları kısmen veya tamamen ortadan kalkar.

BK. md. 361’de hükme bağlanan, özel bir sebep niteliği taşıyan “iş sahibinin yükleniciye verdiği amaca uygun olmayan talimatlar”, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Talimattan amaç, iş sahibinin eser sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye yönelttiği her türlü bağlayıcı emir ve direktiftir¹¹⁷.

Talimatın niteliği önemlidir. Şöyle ki; eser meydana getirilirken yükleniciye verilen talimatın bağlayıcı nitelikte bir talimat olması gerekir. Aksi takdirde bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğindeki talimatlar ve bağlayıcı olmayan görüşler BK. md. 361 anlamında talimat sayılmayacağından, ayıbında uygun sebebini oluşturmazlar. Çünkü yüklenici, bağlayıcı olmayan talepler karşısında bunları yerine getirip getirmeme hususunda serbesttir ve bunlara uyması durumunda ayıbın nedenini kendi belirlemiş olacağından BK md. 361 uygulanmayacaktır¹¹⁸.

¹¹⁷ EREN, F., a.g.e., s. 79

BK. md. 361 anlamında bir talimatın söz konusu olup olmadığı ise somut olayda sözleşme ve hal ve şartlar ışığında ortaya çıkacaktır¹¹⁹. Bu talimatlar, işin yürütülmesine (ifasına), yönetimine, malzemeye veya işin bir alt yükleniciye devrine ilişkin olup, çoğu zaman sözleşmenin kuruluşundan sonra verilmekle birlikte, sözleşme metni içinde ve hatta daha önce hazırlanan ihale şartnamesinde yer alırlar¹²⁰. Bu şekilde verilen iş sahibi tarafından verilen bağlayıcı nitelikteki hatalı talimatlar, eserde önemli zararların ortaya çıkmasına ve ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan hakların düşmesine sebep olurlar.

BK. md. 361 anlamında bir talimattan söz edebilmek için, iş sahibinden alınan hatalı talimatların, bağlayıcı nitelikte olmalarının gerekliliği yanında işin sonucuna ilişkinde olmaları gereklidir. İş sahibini ilgilendiren sözleşme neticesinde doğan eserdir. Bu sebeple de işin sonucuna yönelik olmayan talimatlara yüklenici uymak zorunda olmadığından bu tür talimatlardan kaynaklanan ayıpta yüklenicinin sorumluluğunun kalkması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, iş sahibi fayansın, dolapların veya kumaşın nasıl olması gerektiği konusunda talimat verebilecektir. Ancak işe başlama, işi bırakma, yüklenicinin yanında kaç kişi çalıştıracağı konusunda talimat veremeyecektir. İş sahibinin yükleniciye bu nitelikte talimatlar verememesinin sebebi, yüklenici ve iş sahibi arasındaki ilişkinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. İş sahibi ve yüklenici arasındaki ilişki hizmet sözleşmesinde yer alan işçi ve işveren gibi tabiyet ilişkisine dayanan bir ilişki olmadığından yüklenici iş sahibinin yönetim ve denetiminde çalışmaz. Bu sebeple de iş sahibi bu nitelikte talimat veremez. Ayrıca iş sahibinin yüklenici üzerinde denetleme yükümlülüğü olmayıp sadece koordinasyon yükümlülüğü bulunduğundan, eserdeki ayıp, iş sahibinin yükleniciyi denetlememesinden kaynaklanmış ise bu durumda iş sahibinin kusurundan söz edilemeyecektir¹²¹.

İş sahibinin hatalı talimat vermiş olmasına rağmen sorumluluğun tamamen iş sahibine ait olabilmesi için de, işin uzman tarafını teşkil eden yüklenicinin,

¹¹⁸ AKIN, G.A., *a.g.e.*, s.251

¹¹⁹ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 137

¹²⁰ EREN, F., *a.g.e.*, s.79 ; ALTAŞ, H., *a.g.e.*, s. 209-210; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 355; TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 210; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 651

sorumluluğun kendi üzerinden kalkması ve dürüstlük kuralı gereği verilen talimatın mahzuru ve zararlı sonuçları hakkında uzman olmayan iş sahibini bilgilendirmesi ve açıkça uyarılmış olması gerekir.

Talimatlar, iş sahibinin temsilcisi veya yardımcıları tarafından yükleniciye verilebilir. Bu halde iş sahibinin temsilcisi veya yardımcıları tarafından yükleniciye hatalı talimatlar verilmişse, iş sahibi açısından aynı hukuki sonuç ortaya çıkar. İş sahibinin yardımcıları niteliksiz yardımcılar olabileceği gibi inşaat sahibi tarafından tayin olunan mimar veya mühendis de olabilir. Söz konusu kişiler yükleniciye karşı sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinde inşaat sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar.¹²²

İş sahibi, talimatı sözlü olarak verebileceği gibi, sözleşme metninde veya ihale şartnamesinde, bir plan vermek suretiyle yazılı şekilde verebilir. Talimat iş sahibince bizzat verilebileceği gibi yetkili temsilcisi aracılığıyla da bildirilebilir. İş sahibince talimatın yazılı olarak verilmesi, ilerde ortaya çıkması muhtemel bir anlaşmazlıkta ispat bakımından önem taşır¹²³.

Talimatlar genellikle sözleşmenin kurulmasından sonra verilir. Ancak bazı hallerde talimatların sözleşme metni içerisinde veya daha önce hazırlanan ihale şartnamesinde yer alması da mümkündür.¹²⁴

4.1.1.1.2 Yüklenicinin Uyarma Görevini Yerine Getirmiş Olması

İş sahibinin hatalı talimat vermiş olmasına rağmen sorumluluğun tamamen iş sahibine ait olabilmesi için de, işin uzman tarafını teşkil eden yüklenicinin, sorumluluğun kendi üzerinden kalkması ve dürüstlük kuralı gereği verilen talimatın mahzuru ve zararlı sonuçları hakkında uzman olmayan iş sahibini bilgilendirmesi ve açıkça uyarılmış olması gerekir. Bu anlamda yüklenicinin iş sahibini uyarması çok önemlidir. Uyarının kanundaki ifadesi ile “*sarih*” olması

¹²¹ AKIN, G. A., *a.g.e.*, s.253

¹²² EREN, F., *a.g.e.*, s.79 vd. ; UÇAR, A., *a.g.e.*, s.236; CANPOLAT, F., *a.g.e.*, s. 163; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 651

¹²³ EREN, F., *a.g.e.*, s. 80; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 651; UÇAR, A., *a.g.e.*, s.236

gerekir. Yüklenici özen yükümü gereği uzman konumunda olmayan iş sahibini verdiği talimatların doğuracağı sonuçlar veya muhtemel sonuçlar konusunda açıkça uymalıdır. Bu anlamda yapılan uyarının işin ciddiyeti hususunda da iş sahibinde bir izlenim uyandırması gerekmektedir. Uyarma yükümlülüğü, yüklenicinin genelde yaptığı işte iş sahibinden daha uzman olduğu düşüncesine dayanır.¹²⁵ Yargıtay bir kararında “...Demir, çimento vs. malzemenin iş sahibi davacı tarafından teslim edildiği vurgulanırken iş sahibinin yeni demir aldirmayın dediği, hatta artanını sattığı gibi artırmadığını her zaman çökebileceğini, uyarıldığında, kendisinin de usta olduğunu bildirerek emrettiğini açıklamaktadır. Yüklenicinin akdi ilişkiden doğan zarardan sorumluluğu BK 361 e göre ortadan kalkmıştır...” ifadesiyle uyarma ile sorumluluğun iş sahibine geçeceğini vurgulamaktadır¹²⁶.

Doktrinde yüklenicinin bazı durumlarda uyarıda bulunmasa dahi sorumluluktan kurtulabileceğini belirtilmektedir. Bazı hallerde eser konusunda iş sahibinin kendisi veya danışmanı yahut temsilcisinin yüklenici kadar bilgi ve uzmanlığa sahip olması, bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu halde yüklenici, uzmanlığa dayalı iş sahibi tarafından verilen hatalı talimatın (iş sahibinin kendisi konuda uzman olabilir veya uzmana danışarak talimat vermiş olabilir ya da iş sahibinin talimatı veren yetkili temsilcisi uzmandır) hatalı olduğunu bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, iş sahibini uyarımasa dahi, talimata uymasından doğan ayıp dolayısıyla sorumlu tutulmamalıdır. Ancak yüklenici uzmanlığa dayalı bu talimatın yanlışlığını biliyorsa, iş sahibini uyarmadığı sürece talimattan doğan ayıp nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Bu sonuç zaten yüklenicinin özen sorumluluğundan da çıkartılabilir¹²⁷.

Uyarma yükümlülüğü sadece iş sahibinin hatalı talimatlarında değil iş tarafından verilen arazi, malzeme, plan ve proje bakımından da söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki; eser sözleşmesinde yüklenici hizmet sözleşmesinden farklı olarak bağımsız şekilde borcunu ifa eder. Yüklenici iş sahibinin emir ve

¹²⁴ ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 137

¹²⁵ CANPOLAT, F., a.g.e., s. 163; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 213; AKIN, G.A., a.g.e., s.251

¹²⁶ 15. HD.17.11.1984,2720/3994 (SARI, Y., Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Mesuliyeti, Türk Hukuk Sitesi, 2007)

talimatıyla bağılı olmadığından eserin imalini, iş sahibinden bağımsız olarak yerine getirir. Ve fakat iş sahibi de bu süreçte talimat, malzeme, arsa vermek ya da plan ve proje temin etmek suretiyle iştirak edebilir.

İş sahibi tarafından malzeme sağlandığı hallerde yukarıda da değinildiği gibi, yüklenicinin uyarı borcu tekrar gündeme gelecektir. Yüklenici, imalata başlamadan önce, malzemeyi muayene etmekle ve işin yapılmasına elverişli olup olmadığını denetlemekle ve denetimi neticesi, malzeme ayıplı ise durumu iş sahibine ihbar etmekle mükelleftir.¹²⁸ Aksi halde eserin ayıplı olmasından yüklenici sorumlu olacaktır. Aynı durum inşaat sözleşmelerinde özellikle iş sahibince verilen arsa temin edilmesinde de söz konusudur. Bu halde arsayı muayene eden uzman konumundaki yüklenicinin, arsanın inşaaata elverişsiz olduğuna işaret etmesi yeterli olmayıp uzman olmayan iş sahibinin belirlemiş olduğu elverişsizliğin etkisi hususunda da açıkça ikaz etmesi gerekir¹²⁹. Şayet yüklenici, uyarma yükümlülüğünü kusurlu olarak ihmal ederse, iş sahibi bu durumda dahi (objektif olarak hatalı talimat, malzeme-arsa vermesine rağmen) yine de ayıp dolayısıyla kendisine tanınan haklarını kullanabilir¹³⁰.

Yüklenici tarafından yapılan uyarı, niteliği gereği bir irade açıklaması olmayıp bir bilgi açıklamasıdır. Yüklenici tarafından yapılacak olan uyarı herhangi bir özel şekle bağılı değildir. Önemli olan, yüklenicinin, iş sahibine verilen talimatın eserin imali açısından uygun olmayacağını ifade edilmesidir. Bu bağlamda yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulması için, iş sahibinin talimatına uyulması halinde doğacak bütün zararlı sonuçları ayrı ayrı belirtmesi gerekli değildir¹³¹.

Değnilmesi gereken bir husus da uyarının kim tarafından ve kimlere karşı yapılıp yapılmayacağıdır. Şöyle ki; yüklenici veya yetkili temsilcisi tarafından, iş sahibine veya onun yetkili temsilcisine uyarı yapılabilir. Ve fakat iş sahibinin yetkili olmayan yardımcı kişisine yöneltilen veya yüklenicinin yetkili olmayan

¹²⁷ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 213

¹²⁸ ARAL, F. *a.g.e.*, s. 335;

¹²⁹ SELİÇİ, Ö., (İNŞAAT), s. 191

¹³⁰ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 236

yardımcı kişisi tarafından yapılan uyarı geçerli değildir¹³². Yüklenici iş sahibinin yetkili temsilcisini kendi hatası yüzünden uyarmış ancak temsilci bunu göz önüne almamış ise, bu durumda yüklenici özen ve sadakat borcunun uzantısı ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak bir kez de iş sahibini ikaz etmelidir. Aksi takdirde meydana gelecek zarardan sorumlu olur¹³³.

Sonuç itibarıyla, yüklenici hatalı talimat, malzeme, arsa ya da plan ve proje konusunda dürüstlük kuralının bir gereği olarak iş sahibini uyarmalıdır. Ancak yüklenicinin açıkça uyarılmasına rağmen, iş sahibinin talimatına uyulmasındaki ısrarı üzerine bu yüzden eser ayıplı olursa; BK. md. 360 uyarınca, yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumluluktan kurtulur. Ancak uyarının yararsız kalacağı ve iş sahibinin talimatında ısrar edeceği yüklenici tarafından kanıtlanabilen hallerde uyarı şartı aranmaz¹³⁴ ancak bu halde iş sahibi uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmek zorundadır¹³⁵.

4.1.1.1.3 Nedensellik Bağının Bulunması

Eserdeki ayıptan dolayı iş sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, iş sahibinin verdiği talimatın hatalı olması yeterli değildir. Söz konusu iş sahibinin talimatı ile eserdeki ayıp arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir. Talimat, eserin ayıplı olarak meydana gelmesinde etkili olmalıdır¹³⁶. Ayıp ile iş sahibinin talimatı arasında nedensellik bağı yoksa, talimatından dolayı iş sahibi sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla yüklenici böyle bir durumda ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerinden kurtulamayacaktır.

4.1.2 İş Sahibinin Sağladığı Malzeme, Arsa, Plan, Projenin Kusurlu Olması

Eser sözleşmesinde eserin imalinde kullanılacak olan malzeme ve arsa yüklenici tarafından temin edilebileceği gibi iş sahibi tarafından da temin

¹³¹ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 211; BURCUOĞLU, H., *a.g.e.*, s. 301; EREN, F., *a.g.e.*, s. 80

¹³² TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 211; SELİÇİ, Ö., (İNŞAAT), s. 196 ; EREN, F., *a.g.e.*, s. 81

¹³³ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 238; TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 211

¹³⁴ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 213; EREN, F., *a.g.e.*, s. 81

¹³⁵ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 137

edilebilir. İş sahibinin malzeme veya arsa temin etmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak eserdeki ayıp iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olmasından ileri gelmişse, kural olarak, yüklenici bundan sorumlu olmaz. Başka bir ifadeyle iş sahibi yükleniciye karşı ayıptan doğan haklarını ileri süremez. Malzemenin veya arsanın ayıplı olmasından, bunların eserin ayıpsız olarak imaline elverişli olmamaları anlaşılmalıdır; malzeme ya çeşidi ya da kalitesi bakımından elverişsiz olabilir¹³⁷.

İş sahibinin sağladığı malzemenin, arsanın elverişsiz olması halinde veya iş sahibinin hazırladığı ya da hazırlattığı plan, proje, diğer teknik belgelerdeki yanlışlıkların eserin ayıplı olmasına sebep olması halinde kural olarak iş sahibi sorumlu olmakla beraber şu iki halde sorumluluk yükleniciye ait olacaktır: Bunlardan birincisi; yüklenici, malzeme, arsanın, plan ve projenin elverişsiz olduğunun farkına varır varmaz iş sahibine bildirmelidir; aksi halde sorumluluk kendisinde kalacaktır. Yüklenicinin sorumlu olduğu ikinci durum ise; yüklenicinin elverişsizliği bilmesi gerektiği, inceleme yükümlülüğü bulunduğu haller ile açık ayıpların varlığı hallerinde söz konusu olur. Malzemeyi ve arsayı inceleme yükümlülüğü, yüklenicinin özen ve sadakat borcu ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak ortaya çıkar. Fakat zamanında görmediği ve ihbar edemediği gizli ayıplar söz konusuysa bunlardan sorumlu tutulamaz¹³⁸. Yüklenici inceleme yükümlülüğü bulunan durumlarda bunu hiç veya özenle yerine getirmemiş ise, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın elverişsizliğinden doğan ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulamaz¹³⁹.

Malzeme ve arsayı inceleyerek bunların elverişsizliğini yüklenicinin bilmesinin gerekli olduğu durumlarda, bu elverişsizliğin hiç veya vaktinde farkına varılmamış olmasından yüklenici sorumludur. Yargıtay bir kararında bu sorumlulukla ilgili şu kararı almıştır¹⁴⁰: “...Kural olarak yüklenici eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Kendisi teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil

¹³⁶ ARAL, F., *a.g.e.*, s. 355

¹³⁷ SEFERLİ, K., *a.g.e.*, s. 103; TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 214; DUMAN, İ., *a.g.e.*, s. 653

¹³⁸ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 246

¹³⁹ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 652 ; DUMAN, İ., *a.g.e.*, s. 653

ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Yüklenici iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil açıkça söylemeli, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK. md. 361 gereğince sorumlu tutulur. Dava konusu olayda yüklenici iş sahibine sıka ve kireç maddesini aldırılmış ve her iki malzemeyi sıvada birlikte kullanarak zararlı sonucun doğmasına neden olmuştur. Yüklenici teknik bilgi donanımına sahip bir taraf olarak bu iki malzemenin birlikte kullanılmaması gerektiğini bilmesi gerekmektedir. İş sahibi talimat verse dahi doğacak zararı ortaya koymalı, uyan borcunu yerine getirmelidir. Somut olayda yüklenici zararlı sonuca kendisi neden olmuştur. Sonuçlarına katlanmalıdır....”

4.2 Eser Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Yüklenicinin Sorumluluğu

Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenicinin edimi eseri iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, kendisine teslim edilen esere bedel ödemektir. Sözü geçen yüklenici; eser sözleşmesine konu olan eseri imal ve inşa etmek suretiyle meydana getirme ve iş sahibine bu eseri teslim ile yükümlü gerçek veya tüzel kişi olabildiği gibi bunların oluşturduğu iş ortaklığı veya (ortak girişim) “*joint-venture*”¹⁴¹ şeklinde olabilir.

BK md. 356-363 arasında, eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları düzenlenmiştir. Bu maddelerden yüklenicinin iki asli edim yükümlülüğünün olduğu çıkarılmaktadır. Bu iki ana borçtan doğan ve de bu borçların sözleşmeye uygun olarak ifasını sağlayan diğer birtakım yan borçların da Borçlar Kanunu’nda açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir¹⁴².

¹⁴⁰ 15.HD.7.2.2006, 8093/558

¹⁴¹ “Ortak girişim kavramı iki veya daha fazla kişinin belirli bir iktisadi amaç oluşturdukları birliği ifade etmek gayesiyle kullanılan, çok geniş anlamlar ifade eden iktisadi bir kavramdır.” Naklen, ASLAN, Y., *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, Bursa 1997, s. 227

¹⁴² TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 48; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 325

Yüklenicinin asli edim yükümlülüğün ilki, eser meydana getirme borcudur ki bunun kapsamına; işi sadakat ve özenle yapma, işi bizzat yapma, araç ve gereçlerle malzemeye ilişkin borçlar, işe zamanında başlama ve devam etme, genel ihbar yükümlülüğü girmektedir. Diğer asli yükümlülük ise eseri teslim borcudur ki bunun kapsamına; eseri teslim borcu, ayıba karşı tekeffül borcu ve eserin hasarına katlanma borcu girmektedir¹⁴³.

Ayıp nedeniyle sorumluluk, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana getireceği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle (eserde ortaya çıkacak bozukluk ve eksiklikleri üstlenme borcu) sorumluluğun neticesi olarak BK 360'da hükme bağlanan, iş sahibine verilmiş bir takım seçimlik haklar bulunmaktadır. Söz konusu madde çerçevesinde iş sahibinin kullanabileceği bu haklar; sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıplı eserin onarılmasını isteme hakkı ile beraber ayıp sonucu meydana gelen zararların tazminidir. Ancak iş sahibinin bu hakları kullanabilmesi için, yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğuna ilişkin şartlar ile beraber iş sahibinin seçimlik haklarını kullanması için, söz konusu bu haklara ilişkin özel şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğun şartları ise şunlardır: İmal edilen eser iş sahibine teslimi gerekmektedir ve de teslimi gerçekleşen eserde de mevcut bir ayıp bulunmalıdır. Eser iş sahibince kabul edilmemiş olmalıdır. Ayrıca iş sahibinin, kendine teslim edilen eseri, işin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz yoklamalı (muayene) ve bulunduğu ayıpları yükleniciye bildirmelidir (BK. md. 359/I)¹⁴⁴.

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi olumsuz şartı ise eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibi neden olmamalıdır. Aksi halde iş sahibi artık ayıplı ifadan doğan haklarını kullanamaz (BK. md. 361).

¹⁴³ YAVUZ, C., *a.g.e.*, s.457; TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 48; TUNÇOMAĞ; K., *a.g.e.*, s.986; ARAL, F., *a.g.e.*, s.325

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulması kusura bağlı değildir. Bu sebeptir ki iş sahibinin BK. md. 360 çerçevesindeki hakları yüklenicinin kusurlu olmasına bağlanmamıştır¹⁴⁵.

İş sahibi eksik veya ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle, eksik veya ayıplı ifa halinde, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması, onu alacaklı temerrüdüne (BK. md. 90) düşürmez¹⁴⁶.

BK. 359-363 maddeleri arasında düzenlenen ayıplı ifa nedeni ile sorumluluk hükümleri, eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına karşın bu hükümler, temlik borcu doğuran satım sözleşmesi hükümleri örnek alınarak düzenlenmiştir. Böylece yüklenicinin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan sorumlu olması yerine, şey teslimi borcuna bağlı ayıba karşı tekeffülün kabulüne gidilmiştir; sözleşmenin kuruluş tarzı değişik olmakla beraber pratik sonuç aynıdır¹⁴⁷.

4.2.1 Eserin Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması

Yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ilk şart, meydana getirilen eserin iş sahibine teslim edilmesidir. Bu şart, BK. md. 359/I' de açıkça hükme bağlanmıştır.

Yüklenicinin maddi edimi niteliğindeki teslimden amaç ise; eserin belirlenen yer ve zamanda, sözleşmeye, iş sahibinin amacına, fen ve sanat kurallarına uygun surette eksiksiz olarak iş sahibinin kabulüne hazır hale getirmektir. İş sahibine ancak bu hale getirilmiş eser teslim edilebilir¹⁴⁸. Başka bir ifade ile eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, yüklenici tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder¹⁴⁹.

¹⁴⁴ ZEVKLİLER, A., *a.g.e.*, s. 339

¹⁴⁵ SEFERLİ, K., s.41

¹⁴⁶ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 78

¹⁴⁷ ÖKTEM, S., *a.g.e.*, s. 1949

¹⁴⁸ KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s.153

Borçlar Kanunumuzda teslim borcu konusunda, açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Borçlar Kanunumuzda yüklenicinin borçlarını düzenlerken açıkça teslim kavramını zikretmesi de BK. md. 358/I, 359/I, 360/I, 363/I, 364/I, söz konusu maddelerle teslimine değinilmiştir¹⁵⁰. Teslimden bahseden bu maddelerden, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür¹⁵¹.

Teslim konusunda değinilmesi gereken bir hususta, kural olarak tamamlanmamış eserin teslimi söz konusu olmaz¹⁵². Bu sebeple teslimin yapılabilmesi için, öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekir¹⁵³. Ancak taraflar anlaşarak teslimin gerçekleşmesini eserin tamamlanması şartından başka şartlara bağlayabilirler¹⁵⁴.

Yüklenicinin eser meydana getirme ve iş sahibine teslim etme borcunun sona ermesi için, bu eserin sözleşmeye uygun, yani ayıpsız ve tamamlanmış olması gerekir. İş sahibi eksik veya ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle, eksik veya ayıplı ifa halinde, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması, onu alacaklı temerrüdüne (BK. md. 90) düşürmez¹⁵⁵.

Ayrıca değinmek gerekir ki teslim ve kabul aynı kavramlar değildir¹⁵⁶. Şöyle ki; yüklenicinin teslim borcunun karşılığı, iş sahibinin eseri kabzetme, teslim alma borcudur. Başka bir ifade ile iş sahibinin eseri alması teslim olarak

¹⁴⁹ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 37; BURCUOĞLU, H., a.g.e., s. 287; OZANOĞLU, H. S., a.g.e., s.66

¹⁵⁰ ARAL, F., a.g.e., s. 345; GÜLEÇ, Ş., a.g.e., s. 16

¹⁵¹ TANDOĞAN, H., s.124; EREN, F., a.g.e., s. 72; ZEVKLİLER, A., a.g.e., s. 333

¹⁵² “...Demek oluyor ki, eserin teslim koşulu, herşeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleştirilebilir. (Tamamlanmış olmak) olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin eser üzerinde fiili hakimiyetinin sağlanmadığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukuki teslim anlamına gelir. Yüklenici bu iki unsuru yerine getirmek suretiyle eserin teslimi gerçekleşmediği sürece işverenin ayıbın tekefulünden doğan haklarını kullanmasından söz edilemez. Daha açık bir deyimle işverenin eseri muayene ve ayıplarını ihbar yükümlülüğü, ancak eserin fiilen ve hukuki anlamda tesliminden sonra başlayacaktır...”, 15. HD., 13.11.1984, 1074/3475

¹⁵³ DAYINLARLI, K., s.26; OZANOĞLU, s.67; ARAL, F., a.g.e., s.345; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 37; EREN, F., a.g.e., s. 72

¹⁵⁴ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 37

¹⁵⁵ ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 78

¹⁵⁶ DAYINLARLI, K., a.g.e., s.52; EREN, F., a.g.e., s.72; SEFERLİ, K., a.g.e., s. 49;

CANBOLAT, F., a.g.e., s.60

nitelendirilir. Tesellümde ve kabulde eser iş sahibi tarafından egemenlik altına alınmaktadır. Ancak tesellümde teslimin hukuki sonucuna yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Kabulde ise yüklenicinin meydana getirdiği eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunu bildiren, iş sahibinin bir irade açıklaması mevcuttur¹⁵⁷.

Teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği, sözleşmenin konusu eserin maddi varlığı olup olmamasına, taşınır veya taşınmaz olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Ayrıca teslim usulü, sözleşmenin niteliğine, sözleşmenin kapsamına ve sözleşmenin tabi olduğu hükümlere bağlı olarak farklılıklar gösterir. Fakat kural olarak teslim tamamlanan eserin, sözleşmenin ifası amacıyla, iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği temsilcisine, usulüne uygun bir şekilde sunulup, eser üzerinde asli ya da ferî zilyetliğinin sağlanması şeklinde gerçekleştirilecektir¹⁵⁸.

Eser sözleşmesinin konusunu maddi varlığı olmayan bir eser oluşturuyor ise bu durumda söz konusu eserin teslimi, eser üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin verilmesi ile gerçekleşir¹⁵⁹. Bu konuda bir bilimsel mütalaanın yazıldığı kağıdın ya da bir duvarın boyanmasının iş sahibine teslimi örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁰.

Sözleşmeye konu eser taşınır bir eserse teslim vasıtasız zilyetliğin devri ile gerçekleştirilmektedir. Taşınmaz bir eser söz konusu ise bu halde teslim, yüklenicinin eserin tamamlandığını iş sahibine bildirmesi ve bu bildirimde göre iş sahibinin eserin tamamlandığını bilmesi ve iş sahibinin eserin üzerindeki dolaysız hakimiyetini sağlayıcı eylemde bulunması gerekir¹⁶¹.

İnşaat sözleşmelerinde teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu bağlamda iş sahibine ait arsa üzerinde ya da inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan inşaat faaliyetinin teslimi, işin sonunda teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen ele geçirilmesi ile değil, yüklenici

¹⁵⁷ SEFERLİ, K., a.g.e., s. 49; CANBOLAT, F., a.g.e., s.60; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 81

¹⁵⁸ ZEVKLİLER, A., a.g.e., s. 334; GÜLEÇ, Ş., a.g.e., s. 17

¹⁵⁹ TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 125; ARAL, F., a.g.e., s.345

¹⁶⁰ TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s.1013

tarafından eserin tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yoluyla gerçekleşir¹⁶².

Teslim süresi sözleşme ile belirlenmemişse, tarafların farazi iradelerine, işin mahiyetine, örf ve adete göre boşluk doldurulur. Ancak burada BK. md. 74 hemen ifa ilkesi uygulanmamalı, yükleniciye eseri yaratması için ve teslimi için uygun bir süre bırakılmalıdır¹⁶³.

Teslim yeri olarak ifaya ilişkin hükümler uygulanabilecektir. BK. md. 73 göre; ise taraflar sözleşme ile açık veya örtülü olarak bir yer belirlememişlerse, eser taşınmaz niteliğinde ise teslim şeyin bulunduğu yerde yapılır. Taşınır eser söz konusu ise burada ikili bir ayırım yapılır. Eğer eser malzemesi iş sahibi tarafından sağlanan ve yükleniciye bırakan bir taşınır niteliğinde ise yüklenicinin bulunduğu yerde (aranması gereken borç) teslim yapılır. Yüklenici kendi malzemesiyle meydana getirmişse taşınır eseri bu halde hasar ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere iş sahibine götürmesi gerekir¹⁶⁴.

4.2.1.1 Eserin Teslim Tarihinden Önce Tespit Edilen Ayıplarda İş Sahibinin Müdahale Hakkı

Yukarıda da değinildiği gibi iş sahibinin eserde ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi ve BK. md. 360'da ki haklarını kullanabilmesi için teslim şarttır. İş sahibinin teslim tarihinden önce eserde bir ayıp ve bozukluk tespit etmesi halinde nasıl bir olanaktan yararlanacağı önemli bir husustur. Zira, teslim edilen bir eserde ayıbın tespit edilmesi halinde, zamanında yapılan ihbar ile iş sahibi söz konusu haklarını kullanabilmektedir. Şu halde teslim edilmemiş bir eser açısından ayıplı ifa hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak Borçlar Kanunu, iş sahibine, teslim tarihinden önce eserdeki ayıp ve bozukluk konusunda çok önemli bir olanak tanımıştır:

¹⁶¹ SEFERLİ, K., a .g.e., s. 46

¹⁶² OZANOĞLU, H. S., a.g.e., s.67

¹⁶³ ZEVLİLİLER, A., a .g.e., s. 334; UÇAR, A., a .g.e., s. 113

“İş sahibi; Eserin meydana getirilmesi sırasında, yüklenicinin kusuru yüzünden inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağını kesin olarak anlarsa, bunu önlemek için, yükleniciye (aykırılığı gidermeye veya ayıplı malzemeyi inşaat alanında uzaklaştırmaya yeterli) uygun bir süre vererek veya verdirerek, gerekeni bu süre içinde yapmazsa, zarar ve giderleri onun tarafından ödenmek üzere, onarımların veya eser devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda yükleniciye uyarıda bulunabilir” (BK. md. 358/II).

Söz konusu kanun hükmü yüklenicinin, özen borcuna¹⁶⁵ aykırı davrandığı ve işini sözleşmeye uygun biçimde yapmadığının anlaşıldığı halde uygulama alanı bulur. Hükme göre, işin sözleşmeye uygun şekilde yapılmayacağını kesinlikle anlaşılması durumunda, iş sahibi, işi başkasına yaptırabilir. İş sahibinin bu imkanı kullanabilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir;¹⁶⁶ Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağını kesinlikle tahmin edilmesi gerekir. Tahmin edilen ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın yüklenicinin kusuruna dayanması gerekir. Burada kusurun bulunduğunu, iş sahibi ispat etmelidir. İş sahibi tarafından yükleniciye mehil verilmeli ve işin üçüncü bir kişiye verileceği hususu ihtar edilmelidir¹⁶⁷.

Eserin ayıplı yapılacağını kesinlikle anlaşılabilirdiği¹⁶⁸ durumlarda yukarıda da açıklandığı gibi BK. md. 358/II hükmüne göre iş sahibine müdahalede bulunma hakkı verilmektedir. Şöyle ki; müdahalede bulunulmadığı takdirde eserin ayıplı meydana getirilip, teslim edileceğinin anlaşıldığı durumlarda, iş sahibi yükleniciye ayıbın gidermesi ya da eserin bozuk olmasının engellenmesi için gerekli önlemleri alınması konusunda ek bir süre tayin edebilir¹⁶⁹ ve bu ek süre yüklenici tarafından kullanılmaksızın geçtiği takdirde,

¹⁶⁴ ZEVKLİLER, A., a .g.e., s. 334; UÇAR, A., a .g.e., s. 111; CANBOLAT, F., a .g.e., s. 63; SEFERLİ, K., a .g.e., s.47

¹⁶⁵ “Müteahhit işi, iş sahibinin yararına olacak biçimde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapmalıdır. Buna, müteahhidin işi sadakat ve özenle yapması denilir.” ZEVKLİLER, A., a.g.e., s. 334

¹⁶⁶ GÖKYAYLA, K. E.; *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2002, s. 799

¹⁶⁷ ARAL, F., a.g.e., s. 340

¹⁶⁸ Örneğin; yapı için elverişli olmayan malzeme işverene depo edilmiş olabilir; böyle bir halde iş sahibi elverişsiz malzemenin oradan götürülmesini isteyebilir. TANDOĞAN, H., a.g.e., s 63

¹⁶⁹ “Ancak verilen sürenin yeterli olmadığını iddia eden yüklenici hemen itiraz etmelidir. Eğer işin

ayıbın giderilmesi işini ya da ayıbın giderilmesiyle birlikte işe devamı, yükleniciye ait olmak üzere bir üçüncü kişiye tevdi edebilir¹⁷⁰. İşin başkasına tevdi edilebilmesi için, en geç süre tayiniyle birlikte, “*ayıpsız ifa için gerekli şartlar oluşturulmadığı takdirde, masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin başkasına tevdi edileceği*” konusunun ihtar edilmiş olması gerekir¹⁷¹.

BK.md. 358/II’de iş sahibine yukarıda değinilen imkanlar haricinde sözleşmeden dönme hakkının verilip verilmeyeceği ise açıkça düzenlenmemiştir. İşin başkasına yaptırılmasının uygun olmayan sonuçlar doğuracağı, özellikle eserin ayıpsız olarak yaptırılmasının imkansız olduğu veya üçüncü şahsın eseri zamanında bitiremeyeceği hallerde, BK. md. 358/I’in kıyasen uygulanması ile iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir¹⁷².

4.2.2 Eserin Ayıplı Olması

Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. md. 360 maddesi ayıp kavramını açıklanmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre, teslim konu eser, “*iş sahibinin kullanamayacağı hak ve nispet kaidesine göre kabule icbar edemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı ise*” ayıplıdır.

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için teslim edilen eserin ayıplı olması yeterli olup kaynağı önemli değildir. Başka bir ifade ile ayıbın bizzat yükleniciden veya yardımcısından kaynaklanması ayıba bağlanan sonucu

yüklenici tarafından düzeltilmeyeceği kesin olarak anlaşılıyorsa veya yüklenici ayıpları gidermeyi veya işi düzeltmeyi reddetmişse mehil vermeye gerek yoktur. Bu gibi haller dışında mehil tamamlanmadan iş sahibinin, eseri başka birisine düzeltmek için vermesi, yükleniciden tazminat istenmesine engel olur.”, GÖKYAYLA, K. E.; a.g.e., s. 800

¹⁷⁰ “*İş sahibinin BK 358/II’ye göre ayıbın giderilmesini için üçüncü bir kişiye tevdi edilebilmesi için, her şeyden önce, bu işin müteahhidin şahsına bağlı bir edim olmaması gerekir. Bu nedenle, müteahhidin sanatsal ya da bilimsel yeteneğinin ağır bastığı bir eserin meydana getirilmesi söz konusu olduğunda, bu eserdeki ayıpların giderilmesi işi bir üçüncü kişiye tevdi edilemez.”*, Naklen, ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 199

¹⁷¹ “*BK 358/II yer alan bu kuralda, ihtarnamenin ne gibi özellikleri taşıması gerektiği de gösterilmiştir. Bu hususların gösterilmemesi, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde bulunan ihtarnamenin, hükümsüzlüğünü dolayısıyla ihtarın sonuçsuz kalmasını gerektirir. BK 358/II maddesi hükmü, malzemenin müteahhit tarafından temin edilmiş olması halinde dahi uygulanır.”*, OLGAC, S., a.g.e., s. 1074

¹⁷² ARAL, F., a.g.e., s. 342; YAVUZ, C., a.g.e., s. 471

değiřtirmeyecektir.¹⁷³

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu olan eser meydana getirme ve iş sahibine teslim etme borcunun sona ermesi için, (ifanın yer ve zaman itibarıyla sözleşmeye uygunluğu yanında) bu eserin sözleşmeye uygun, yani ayıpsız ve tamamlanmış olması gerekir. Aksine bir imal faaliyeti, sonuçta ortaya çıkarılan eseri ayıplı kılar.

Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri veya lüzumlu vasıfları taşımayan eserdir. Bu durumda eserin taşınması gerekli nitelikler sözleşmede belirtilmemiş ve bu konuda bir numune de verilmemişse, yüklenici, MK. md. 2 gereğince, bu konuda ticari yaşamın değer yargıları ve o şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutarak imalatta bulunmalıdır¹⁷⁴. Çünkü dürüstlük kuralı (hüsnüniyet) sözleşmelerin yorumlanmasında da uygulanırlar. Örneğın, eski bir anıtta kullanılmak üzere çini sipariş edilmiş, ve fakat bir numune verilmemişse, yüklenici çininin kullanılma amacını göz önünde tutarak dayanıklı nitelikte çini imal etmek zorundadır; alelade çini teslimi ile borcunu ifa edemez.¹⁷⁵

Sözleşmede öngörülen niteliklere uymayan, iş sahibinin kullanım ve beklentilerini karşılamayan, teknik ve fen kurallarına uygun olmayan eser ayıplı sayılır¹⁷⁶. İş sahibi eksik veya ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir¹⁷⁷. Hakim bu konuda karar verirken, her olayın taşıdığı özellikleri göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu değerlendirme yapılırken, ayıbın çeşidi ve kapsamı bakımından olayın bütün önemli koşulları göz önünde tutularak kabulün beklenilmezliğinin haklı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir¹⁷⁸. Başka bir ifade ile iş sahibinin ayıp iddiasında hukuki yarar aranması da gerekecektir. Yargıtay 1989 yılında vermiş olduğu bir kararında: “ *Her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmenin 25.*

¹⁷³ EREN, F., *a.g.e.*, s. 79

¹⁷⁴ TURANBOY, A., *a.g.e.*, s. 158

¹⁷⁵ TUNÇOMAĞ, K., *a.g.e.*, s. 1016

¹⁷⁶ AYDEMİR, E., *a.g.e.*, s. 267

¹⁷⁷ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 78

¹⁷⁸ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 132

maddesinde, binanın üst katının izocam ve 5cm betonla kaplanacağı belirtilmişse de mahallinde yapılan incelemeye ait bilirkişi raporunda anılan izocam tecridinin yapılmadığı, ancak bunun yerine asmolen döşemenin gerek ses gerek ısı yalıtımı bakımından izocamın sağladığı yararları karşıladığı, ve her ikisinin maliyetinin eşit olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda davacıların asmolen yerine izocam yapılmasını iddia etmelerinde hukuki yararları mevcut olmayacağı, diğer bir deyimle bu gibi iddiada iyiniyetli sayılmayacakları göz önünde tutularak bu kaleme ilişkin istemelerinin reddine karar verilmesi gerekirken...” şeklindeki kararı oldukça isabetlidir¹⁷⁹.

Eserin ayıplı olduğunu ispat, iş sahibine aittir. İş sahibi bu hususta her türlü kanıtı başvurabilir¹⁸⁰.

4.2.3 Eser Kabul Edilmemiş Olmamalıdır

İş sahibinin eseri kabul etmesi ile yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağı BK. md. 362’de düzenlenmiştir. Söz konusu kanun hükmüne göre; “*Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında farkedilemeyecek 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.*”

Esere kabulün etkisi açısından kanun hükmü açık ayıp ve gizli ayıp ayrımı yapmıştır. Yüklenici iş sahibinin kabul beyanı ile sadece açık ayıplar açısından sorumluluktan kurtulmaktadır. İş sahibinin gözden geçirme işlemini yapmaması ve bozuklukları haber vermekteki ihmali sonucu, yapılan eserin kabul edilmiş sayılacağına ilişkin BK. md. 362/II’de hükme bağlanan hukuki karine, teslim ve usulüne uygun muayenede görülemeyen veya yüklenicinin kasten sakladığı ayıplarda, özel adıyla gizli ayıplarda, yürümez¹⁸¹.

¹⁷⁹ SEFERLİ, K., a.g.e., s. 51

¹⁸⁰ EREN, F., a.g.e., s. 78

¹⁸¹ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 198; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 1021; UYGUR, a.g.e., s. 531

Kabul beyanı, teslim almadan farklı olarak¹⁸²; yüklenici tarafından teslim edilen eserin ayıpsız, sözleşmeye uygun görüldüğü açıklayan iş sahibince yapılan bir irade açıklamasıdır¹⁸³. Bu sebeple kabul beyanının hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için yüklenicinin muvafakatine gerek yoktur¹⁸⁴.

Kabul beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Açık kabule örnek; iş sahibinin eserden memnun olduğunu bir yazı ile bildirmesini verebiliriz. Örtülü kabulün bulunup bulunmadığı ise, her somut olay incelenmek suretiyle karara bağlanmalıdır; örneğin; iş sahibinin ayıbı bilmesine rağmen eseri, hakkını saklı tutmaksızın, kabul etmesi veya eser üzerinde tasarruf etmesi yahut onu kullanması örtülü kabul anlamını taşır¹⁸⁵. Ayrıca BK.md. 362/II'de de belirtildiği üzere; eğer iş sahibi, kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse örtülü kabul etmiş sayılacaktır.

Kabul beyanı sözleşmenin her aşamasında söz konusu olabilir. İş sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi, daha sonra, hatta muayene ve ayıp bildirimini takiben de ayıplı eseri kabul edebilir.¹⁸⁶

4.2.3.1 Açık Ayıplı Eserin Kabulü

Açık ayıplar, ilk bakışta veya eserin teslim edildiği anda kolaylıkla fark edilebilen veya özenli bir inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır. Açık ayıplar işin kabulü anında yükleniciye bildirilmelidir. Aksi halde yüklenici ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulur. Yargıtay bu konuda şu şekilde bir hüküm vermiştir: “*Yanlar arasında davacının*

¹⁸² “İstisna sözleşmesinde, imal edilen eserin sadece fiilen teslim alınması, zilyetliğinin iş sahibine geçmiş olması mutlaka eserin kabul edildiği (onaylandığı) anlamına gelmemektedir. Zira, eserin kabulünde aranan irade açıklaması unsuruna karşılık, teslim almada iş sahibinin tesliminin hukuki sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Kural bu olmakla birlikte, bazı istisnai durumlarda eserin teslimi ile birlikte kabulün aynı anda gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin; iş sahibinin muayenede vazgeçmesi durumunda olduğu gibi.” , Naklen, UÇAR, A., a.g.e., s. 95

¹⁸³ ARAL, F., a.g.e., s. 345; SEFERLİ, K., a.g.e., s. 48

¹⁸⁴ SEFERLİ, K., a.g.e., s. 48

¹⁸⁵ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 198; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 1021; SEFERLİ, K., a.g.e., s. 48; CANBOLAT, F. a.g.e., s. 80

¹⁸⁶ ÖZ, T., a.g.e., s. 120

yüklendiği işleri için...TL. götürü bedeli olarak davacıya...TL. ödemede bulunduğu çekişmeli değildir. Birkişi raporu ile yapılan işlerin tüm işin fizik oranına göre, %8 eksik bırakıldığı %2 oranında ise gizli ayıplı olduğu saptanmıştır. İş sahibi, raporda... TL. olarak belirlenen açık ayıplı işler için eseri teslim alırken bu konuda ihtirazi kayıta bulunmadığından (BK 362/I) veya işin mutat cereyanına göre eseri muayene ve ayıpları geciktirmeden yükleniciye bildirmediğinden (BK 359/I) açık ayıplı işler bedelinin, iş bedelinden düşülmesi gerekmez. Bu durumda davacının kararlaştırılan götürü bedelden...TL fazla işlerden ötürü...TL. olmak üzere toplam...TL'ye hak kazandığı ortadadır. Mahkemece bu miktardan yapılan ödemeler tutarı...TL. düşüldükten sonra kalan...TL'nin hüküm altına alınması yerine yazılı şekilde hükme varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmemiştir.¹⁸⁷”

4.2.3.2 Gizli Ayıplı Eserin Kabulü

Gizli ayıplar, açık ayıplardan farklı olarak, eserin tesliminden sonra ve genellikle kullanımı sonucu kendini gösteren, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki iş sahibi aleyhine meydana gelmiş farklılıklardır. Gizli ayıp, eser teslim edilirken göze çarpmayacağı gibi, özenli bir incelemeyle de saptanamaz. Söz konusu ayıp eser kullanılırken ortaya çıkar.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmek zorundadır. Bildirimde bulunmaz ise iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır ve ayıptan doğan seçimlik haklarını ve ayıp sonucu zararlarının tazminini isteme hakkını kaybeder. Ancak iş sahibinin örtülü kabulü, yüklenicinin eserde kötü niyetle sakladığı ayıplar ile ikincil ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü yasa koyucu, eserde bile bile gizlenen açık ayıpları gizli ayıplarla eşit tutarak, yükleniciyi bu tür ayıplardan dolayı sorumlu tutmaktadır¹⁸⁸. Yüklenicinin sorumluluğu ise zamanaşımı süresi ile sınırlıdır¹⁸⁹.

¹⁸⁷ 15.HD.27.2.1996, 730/919

¹⁸⁸ Yargıtay bir kararında şu şekilde bir hüküm vermiştir “...Eser sözleşmesinde, eserdeki bozuklukların belirlenmesi işlemi ve ihbarı Borçlar Yasası'nın 359, 360 ve 362. maddeleri hükümlerine göre yapılmak gerekir. Yüklenicinin iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini

Açık ayıplarda iş sahibine yüklenen “teslim sırasında gözden geçirme” külfeti gizli ayıplar bakımından söz konusu değildir. Dolayısıyla teslim sırasında özenli bir gözden geçirme yapılsa bile teslim sırasında ortaya çıkarılmayan ancak kullanımla ortaya çıkabilecek olan gizli ayıplar eserin teslim alınması ile iş sahibi tarafından kabul edilmiş sayılmayacaktır.

4.2.4 İş Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması

4.2.4.1 Muayene Külfeti

İş sahibinin eserin ayıplı teslim edilmiş olması halinde BK. md. 360'da kendisine tanınmış olan hakları, bu arada ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilmesi için gerekli olan diğer bir şart, BK. md. 359/I gereği, eseri muayene ve ayıbı ihbar külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır. Söz konusu hükme göre, iş sahibi meydana getirilen eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz bu şeyi muayene etmek ve varsa ayıpları yükleniciye bildirmekle yükümlüdür.

Muayene, teslim edilen eserdeki niteliklerin sözleşmede kararlaştırılanlara uyup uymadığını tespit etmek, önceden nitelik tespiti yapılmamışsa eserin

yüklendiği eserinin bozuk olması durumunda, açık bozukluklarda Borçlar Kanunu'nun 359, gizli bozukluklarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinde tanınan hakları iş sahibi kullanabilir. Eseri teslimden sonra iş sahibi işlerin olağan gidişine göre olanak bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Ters durumda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak kasten sakladığı bozukluklarla usulüne uygun yapılan gözden geçirmede farkedilemeyecek bozukluklar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile varolan bozukluğu görülmemişse ortada gizli bir bozukluğun olduğu kabul edilir. Yüklenicinin ücret alacağı, işin yapıldığı tarih itibarıyla piyasa rayıçlarına göre hesaplanır. Bu ücretten, iş sahibinin daha önce yaptığı ödemeler ile bozukluklardan doğan “nefaset farkı” indirilmelidir...”15.HD.15.12.2005, 7298/6856

¹⁸⁹ KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 148; Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...Tazminata konu edilen açık ayıplar teslimden sonra istemde bulunulmamış ise dava edilemez Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar yüklenici haberdar edilmek kaydıyla zamanaşımı süresi içinde her zaman dava edilebilir ...”, 15. HD., 12.10.1992, 1182/4671

emsallerindeki nitelikleri taşıyıp taşımadığını (amaca uygun olup olmadığını) ortaya çıkarmak demektir¹⁹⁰.

İş sahibinin esere ilişkin olarak gerekli muayeneyi (kontrolü) yapması ve tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmesi, hukuki anlamda bir borç (yükümlülük) olmayıp külfet (yük) niteliğindedir. Çünkü bu külfetlerin yerine getirilmemesi, iş sahibinin yükleniciye karşı sorumlu olması sonucunu doğurmayacak; sadece iş sahibinin eseri o haliyle kabul ettiği varsayımının gerçekleşmesine yol açacaktır¹⁹¹. Bu sebeple iş sahibinin muayene ile veya bir başka sebeple öğrendiği ayıpları yükleniciye ihbar etmezse ayıplı ifadan doğan haklarını kaybedecektir.

Muayene ve ihbar külfeti, iş sahibi tarafından eserin kabul edilip edilmeyeceğinin mümkün olduğu kadar çabuk öğrenilmesi suretiyle belirsizliği önleme ve bir açıdan da yükleniciyi korumaya yönelik olarak konulmuştur. İş sahibi tarafından bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde, yukarıda da değinildiği gibi yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez¹⁹².

Muayene iş sahibinin bir edim borcu olmadığından, yüklenici, iş sahibinden yükümünü yerine getirmesini talep edemez ve bu konuda onu temerrüde düşüremez¹⁹³.

İş sahibinin muayeneyi yapmamış olması, BK. md. 362/II'ye göre esere muvafakat sonucunu doğurmaz. BK. md. 360'daki hakların saklı kalması için önemli olan ayıbın yükleniciye bildirilmiş olmasıdır. Eseri inceleyip incelememesi, iş sahibinin ayıbı ortaya çıkarabilmesi açısından önem taşır. İş sahibi eseri incelemeyen farklı bir şekilde ayıbı öğrenmişse (örneğin, ayıpların kendiliğinden ortaya çıkması hali gibi) ve de ayıbı yükleniciye bildirmişse amaç gerçekleşmiştir, iş sahibinin hakları saklıdır. Şu halde iş sahibinin ayıplı ifadan

¹⁹⁰ KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 158

¹⁹¹ YAVUZ, C., *a.g.e.*, s.476

¹⁹² TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 125; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 109

¹⁹³ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 145; CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 83

doğan haklarının kaybına neden olacak olan, doğrudan doğruya eserin muayene edilmemesi değil, mevcut ayıpların vaktinde ihbar edilmemesidir¹⁹⁴.

4.2.4.2 Muayene Süresi

İş sahibinin eseri muayene ve ihbar külfetini düzenleyen BK. md. 359/I emredici hüküm niteliğinde olmadığından taraflar sözleşmelerinde muayene ve ihbarın nasıl ve hangi sürelerde yapılacağını kararlaştırabilirler.

İş sahibinin muayene ve ihbar külfeti, eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi anında¹⁹⁵ ortaya çıkar. BK. md. 359/I’de bahsi geçen külfet açık ayıplarla ilişkindir. Söz konusu hüküm ile açık ayıplar bakımından iş sahibine yükletilen muayene külfeti gizli ayıplara ilişkin değildir. Şöyle ki; gizli ayıplar, özenli muayene yapılsa dahi ortaya çıkarılmayan ancak kullanımla ortaya çıkabilecek olan ayıplar olduğundan, iş sahibine bu tür ayıpları ortaya çıkarma külfeti yüklenmemiştir¹⁹⁶.

İş sahibinin eseri muayenesinin külfeti yukarıda da değinildiği gibi eserin teslimiyle ortaya çıkarıyorsa da, bazı durumlarda muayenenin hemen yapılması, eserin iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmiş olmasına rağmen, amaca uygun olmayabilir veya imkansız olabilir. İşte bu tür durumlarda, somut olayın özellikleri, muayenenin eserin tesliminden daha sonraki bir zaman noktasına ertelenmesini haklı gösterebilir. Örneğin; ilkbaharda teslim edilmiş bir kalorifer tesisatının normlara uygun ısı verip vermediği ancak kışın incelenebilecektir¹⁹⁷.

Kanun koyucu, BK. md. 359/I’de bilinçli olarak kesin ve mutlak bir muayene süresi tayin etmekten kaçınmıştır. Söz konusu hükümde “işlerin mutad

¹⁹⁴ ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 109; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 145

¹⁹⁵ “Teslim vardır denilebilmek için, müteahhidin o işi bitirmiş olması gerekir. Örneğin; İnşa edilmekte olan bir eve inşaatın sonuçlanmasından önce iş sahibinin oturmak üzere girmesi, gözden geçirme (muayene) ve ayıpların haber verilmesi (ihbar) borçlarını yerine getirme süresine başlangıç olmaz. Kesin olarak bu inşaatın sonuçlanmış olması icap eder. O halde, teslim, imal olunan şeyin akdi yerine getirilmesi niyetiyle iş sahibinin kullanılmasına bırakılmasıdır. Bu itibarla, müteahhidin niyeti, iş sahibi tarafından anlaşılabilir durumda ise, teslim var sayılır.” Naklen, OLGAÇ, S., a.g.e., s. 1078

¹⁹⁶ UÇAR, A., a.g.e., s.

¹⁹⁷ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 150

cereyanına” (işlerin olağan akışına) ifadesi ile teslim edilen eserin niteliğine, eserin teknik ayrıntılarına, muayene süresini belirleyen ticari bir teamül bulunup bulunmamasına göre değişir. Aynı şekilde madde hükmünde yer alan “*imkan bulur bulmaz*” ifadesi ise her eserin özelliğine göre, somut olaya ve iş sahibinin eseri muayeneye başlaması ve bu işi özenle yapması için ne kadar vakte ihtiyaç duyduğuna bakılacaktır. Örneğin; teslim tek bir koli olarak yapılmışsa, bunun muayene süresi ile onlarca koli giysinın teslimi halinde bunun muayene süresi elbette farklı olacaktır. Asıl olan, bu sürenin iş sahibi tarafından objektif (dürüstlük kurallarına uygun) ölçülerde kullanılıp kullanılmadığını saptamaktır¹⁹⁸.

Yüklenici tarafından, iş sahibine imalat ve işçilik hatalarına karşı garanti verilmişse, BK. md. 359 ile yüklenici yararına getirilen iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin sözleşme ile kaldırıldığı kabul edilir. Bu halde yüklenicinin işin garanti süresindeki ayıpları gidermeyi peşinen üstlendiği kabul edilmektedir¹⁹⁹.

4.2.4.3 Muayene Şekli

BK. md. 359/II hükmü gereğince, iş sahibi muayeneyi doğrudan yapmak zorunda değildir. Masraf kendisine ait olmak üzere, eseri bilirkişiye muayene ettirerek bir rapor verilmesini isteme hakkı da vardır. Ancak bu bir hak olup zorunluluk değildir, sözleşme ve teamül gerektirmedikçe iş sahibi muayeneyi bir uzmana ve bilirkişiye yaptırmaması gerekmez. Uygulamada bu yola mahkemeye başvurularak delil tespiti suretiyle bilirkişiden rapor istenmesi şeklinde gidilmektedir. Mahkemece tayin olunan bilirkişinin raporunu vermekte gecikmesi

¹⁹⁸ ARAL, F., *a.g.e.*, s. 356; KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 156; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 109

¹⁹⁹ Yargıtay bir kararında şöyle hüküm vermiştir; “...Genel olarak ve aksi kararlaştırılmış olmadıkça imal ve teslim edilen malın, Borçlar Kanunu'nun 359/I maddesine göre, iş sahibi tarafından işlerin mutad cereyanına göre imkan bulur bulmaz muayene ve varsa kusurunun müteahhide ihbarı zorunludur. Bu hükümle müteahhidin sorumluluk süresi sınırlanmış olmaktadır. Oysa taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı müteahhit, imalat ve işçilik ayıplarına karşı iş sahibine 12 aylık garanti süresi tanımıştır. Bu şekilde iş sahibi yararına verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükümünden vazgeçip iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanındığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle eserin teslimi sırasında iş sahibinin eseri muayene ettirip ayıbını ihbar etmemiş olduğundan bahisle davanın reddi yanlıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, garanti süresi içinde çıkan ayıbın imalat ve işçilikten mi, yoksa savunmada ileri sürüldüğü gibi kullanım ve bakım hatasından mı ileri geldiği hususunda deliller toplanıp bilirkişi incelemesi yapılmalı ve makinalardaki arızanın imalat ayıbından ileri geldiğinin anlaşılması

sonuçlarına iş sahibi katlanmaz. Başka bir ifade ile iş sahibi ayıplı ifadan doğan haklarını kaybetmez. Ancak iş sahibinin kendi tayin ettiği bir bilirkişiye başvurması halinde, bu kişinin raporunun gecikmesinin sonuçlarına kendisi katlanır.²⁰⁰ Yargıtay delil tespiti raporunda inşaattaki ayıpların “*nelerden ibaret bulunduğu teker teker tespit edilerek teslim günündeki rayiçlerine*” göre değerlerinin tayin edilmesini aramaktadır²⁰¹.

Mahkemece tayin edilen bilirkişinin masraflarını, bunu talep eden tarafın ödeyeceği BK. md. 359/II açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak, tespit talebinde bulunan tarafın haklılığı sabit olduğu takdirde, esasa ilişkin davada bu masraflar için verdiği karşı taraftan talep edebilecektir²⁰².

4.2.4.4. İhbar Külfeti

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle doğan haklarını kullanabilmesi için eserde ayıbı tespit ettiği anda ihbarda bulunması zorunluluk arz eder (BK. md. 362/III). Eser muayene edilip ayıplar tespit edilse bile ihbar külfeti yerine getirilmediği takdirde yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez. İş sahibi bakımından ihbar külfeti hem açık ayıplar hem de gizli ayıplarda söz konusudur²⁰³.

halinde, davacının talep ettiği tazminat yönünden yaptırılacak inceleme sonucuna uygun bir karar verilmiş olmalıdır.” 15.HD.26.3.1990, 3902/1349

²⁰⁰ ARAL, F., a.g.e., s. 356; KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 156; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 121; UÇAR, A., a.g.e., s. 139

²⁰¹ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 149

²⁰² TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 171

²⁰³ Yargıtay bir kararı şöyledir; “...Yanlar arasındaki 05.03.1998 günlü sözleşme kapsamı çekişmeli değildir. Sözleşmede işin bedeli birim fiyat esasına göre kararlaştırılmış, metrajın teslimden sonra çıkartılacağı ve ödemelerin de 05.03.1998 tarihindeki Alman Markı kuru üzerinden yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bilirkişi raporuna göre iç ve dış boya-badana işinden davacı alacağı 24.390 Alman Markı olduğu sabittir. Bundan, yine yapıldığı çekişmesiz olan 2.150.000.000-TL karşılığı 15.850 Alman Markı düşüldüğünde yüklenici alacağının 8.540 Alman Markı olduğu açıkça görülür. Davalı iş sahibi her ne kadar eserin ayıplı imal edildiğini öne sürmüşse de eser ayıplı olsa bile teslim alınarak davacıya ihbarda bulunulmadığından, BK'nun 362. maddesine mevcut haliyle kabul edilmiş sayılır. Dolayısıyla saptanan alacaktan eserdeki ayıplar sebebiyle indirim yapılması da gerekmemektedir. Hal böyle olunca istemin 8540 Alman Marka üzerinde kabulü yerine dosya kapsamına uymayan bazı sözde gerekçeler yazılarak reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.” 15. HD. 30.10.2003, 2269/5097 (KARATAŞ, İ., a.g.e., s. 158)

İş sahibinin, yükleniciye ayıp ihbarında bulunması, bir bakıma eseri – ihtirazi kayıtlarla- teslim alması, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanacağını bildirmesi demektir.

4.2.4.5 İhbar Süresi

İş sahibinin ayıpları ne zaman bildirmesi gerektiği hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber BK. md. 359/I'e göre “işlerin mutata gidişine göre mümkün olur olmaz” muayene edilmesi ve muayene neticesinde bildirilmesi ifade edilmiştir. Söz konusu madde hükmünde ayıp ihbarın ne zaman yapılması gerektiği ifade edilmemişse de, ihbarın “derhal” yükleniciye bildirilmesi, yüklenicinin şartları hazırlayabilmesi için gereklidir ve menfaatler durumuna uygun düşer. BK. md. 362/III'deki gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesi gerektiğine dair hüküm açık ayıplar hakkında da uygulanır. Derhal bildirmeden kasıt, gecikmeksizin bildirimdir. Ayıbın gecikmeksizin ihbar edilmesi, iş sahibine düşünme ve açıklama süresi tanınmasına engel değildir²⁰⁴.

Ayıbın gecikmeksizin ihbarı edilmesi külfeti, ayıbın varlığından haberdar olma ile başlar. Ayıbın türüne göre ayıbın varlığından nasıl haberdar olunacağı farklılık gösterir; yani ayıbın açık ya da gizli olmasına bağlıdır.

Açık ayıplar çıplak gözle bakıldığında varlığı hemen fark edilebilen ayıplardır. Örneğin; duvar boyasının dalgalı olması, çelik kapının çatlak olması vs. gibi. Açık ayıpların en önemli özelliği, eserin gözden geçirilmesinden sonra yükleniciye hemen bildirilmesi gerektiğidir. Eserin tesliminden sonra işlerin olağan seyrine göre gözden geçirilmemesi ve açık ayıpların bildirilmemesi durumunda iş sahibi açık ayıp iddiasında bulunamayacağı gibi yüklenici de sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

Gizli ayıp ise varlığı ilk bakışta fark edilmeyip sonradan anlaşılan veya meydana çıkan ayıplardır. Örneğin; malzemenin kalitesiz olması nedeniyle bina duvarının çatlaması, renkli panel kapıların renk atması birer gizli ayıptır. Gizli

²⁰⁴ ARAL, F., a.g.e., s. 357; BURCUOĞLU H., a.g.e., s. 310; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s.152

ayıp eserin kullanılmasıyla ya da denenmesi ile tespit edildiğinden, eserin teslim alınmış olması iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarını düşürmeyeceği gibi, yükleniciyi de bu anlamda sorumluluktan kurtarmaz. Gizli ayıbın, meydana çıktığı veya öğrenildiği tarihte yükleniciye bildirilmesi gerekir (BK. md. 362/III). Bildirme tarihinin, öğrenme gününde yapılması şart değildir. Buradaki sürenin de “*olanak bulur bulunmaz*” ilkesine göre değerlendirilmesi gerekir²⁰⁵.

Değnilmesi gereken bir husus da iş sahibinin görüp önemsemediği fakat önemsiz görülen bu ayıpların sonradan büyüyerek önemli boyutlara ulaşması durumunda bildirim ne zaman yapılması gerektiğidir. Örneğin; yeni inşa edilmiş binada rutubet bulunması önemsenmemiş ancak sonradan rutubetin, binanın temel zemininde toplanan suların kanallarla dışarı akıtılmamış olduğu ve düzeltilmesinin büyük masraf gerektirdiği tespit edilmiştir. Burada en temel sorun baştaki önemsiz görülen ayıpların açık ayıp mı gizli ayıp mı olarak kabul edileceğinin belirlenmesidir. Seliçi'nin göre bu olayda gizli ayıbın mevcut olduğudur. Şöyle ki; gizli ayıp eserin kullanılmasıyla ya da denenmesi ile tespit edildiğinden, örnekteki olayda başta gözlenen ayıp çok basit olacağı gibi inşaatın dayanıklılığı ve kullanıma elverişliliğini etkileyecek önemde de olabileceğini, bunun belirlenmesinin ise teknik bilgiye ihtiyaç gösterdiğini, halbuki uzman olmayan alıcıdan gerekli teknik bilgilere sahip olması beklenemeyeceği gibi, bu tespiti yaptırmak için bir uzman bilirkişi görevlendirilmesi mecburiyeti beklenemez. Böylece önceden önemsenmeyen ayıbın, sonradan önem ve boyutunun anlaşılması üzerine derhal bildirilmesi ile ayıbı bildirme yükümlülüğü yerine getirilmiş olur²⁰⁶.

İş sahibi eserde ortaya çıkan ayıpları tespit ettiği anada yükleniciye ihbar etmekle yükümlüdür. İhbar yükümlülüğünün vaktinde yerine getirilip getirilmediği konusunda bir çekişme varsa, ihbarın vaktinde bildirilmediğini ileri sürmek yükleniciye aittir; yüklenici böyle bir iddiada bulunmaz ise hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz. Bu durumda hakim ayıp bildirim vaktinde yapılmış gibi karar verecektir. Yüklenicinin ihbarın vaktinde yapılmadığını ileri

²⁰⁵ AYDEMİR, E., *a.g.e.*, s.275; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 126 ;UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 148

²⁰⁶ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 152

sürmesi halinde, aksini ispat etmenin iş sahibine düştüğü genel kabul görmektedir²⁰⁷.

4.2.4.6 İhbar Şekli

Ayıbı ihbar hukuki işlem benzeri bir fiildir. Yükleniciye karşı yöneltilmesi gerekir. İhbar doğrudan doğruya iş sahibi tarafından yapılabileceği gibi, iş sahibinin yetkili temsilcisi tarafından da yapılabilir. Tandoğan ve Öz'e göre, bildirim gönderilmesi ile hukuki sonuçları meydana gelecektir. Bu anlamda hukuki sonucun meydana gelmesi için bildirim yükleniciye ulaşması gerekmez. Usulüne uygun olarak yapılan bildirim yükleniciye ulaşmaması rizikosunu yüklenicinin üstlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Zira, böyle bir ayıp bildirim mecburiyetini yaratan, ayıba sebep olan yüklenicidir, bu sebeple de ulaşmama rizikosunu yüklenici taşımaktadır²⁰⁸. Aksi görüşte olan Uçar'a göre ihbarın yükleniciye ulaşmamasında yüklenicinin bir kusuru bulunup bulunmadığı araştırılarak rizikonun kime ait olduğu belirlenmelidir. İş sahibince yapılan ihbarın yükleniciye ya da onun yetkili temsilcisine ulaşmamasında yüklenicinin ya da yetkili temsilcisinin bir kusurunun bulunmadığı hallerde, ulaşmamanın rizikosuna yüklenici değil iş sahibi katlanmalıdır²⁰⁹.

Ayıp ihbarının yapılması herhangi bir şekle tabi değildir. Sözleşme serbestisi prensibi, ayıpların ihbar şeklinin belirlenmesinde de geçerlidir. Ayıbın ihbarına ilişkin irade beyanı yazılı şekilde olabileceği gibi sözlüde olabilir. Ancak telgraf, taahhütlü mektup veya noter vasıtası ile yazılı bildirim ispat kolaylığı sağlamak açısından iş sahibinin lehinedir. İş sahibinin delil tespiti talebi üzerine, mahkeme kanalıyla tayin edilen bilirkişinin raporu yükleniciye tebliğ edilmesi de bir ayıp bildirim niteliğindedir. Aynı şekilde ayıplı ifa nedeniyle iş sahibinin doğrudan doğruya açtığı dava üzerine gönderilen tebligatta ayıp ihbarı olarak kabul edilebilir. Ayıp ihbarının yapıldığı tanık sözleriyle de kanıtlanabilir²¹⁰.

²⁰⁷ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 154

²⁰⁸ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 173; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 152

²⁰⁹ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 154

²¹⁰ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 150; KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 159; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 125; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 153; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 357

4.2.4.7 İhbar Kapsamı

Ayıbın cins ve öneminin, ihbar kapsamında, yüklenici tarafından anlaşılabilir nitelikte belirtilmesi gerekmektedir. İş sahibinin ihbardan amacı; teslim edilen eserin hangi açılardan ayıplı ve sözleşmeye aykırı olduğu konusunda yükleniciyi bilgilendirmektir. Ancak ihbarın amacına ulaşabilmesi için ayıpların neler olduğunun ihbardan çıkarılması gerekir. Şöyle ki; iş sahibinin “eser iyi olmamış”, “eseri hiç beğenmedim” şeklindeki genel nitelikteki ifadeler ayıp bildirim kabul edilmez²¹¹.

İş sahibi eserdeki ayıpların neler olduğunu ve hangi kısımlarda olduğunu bildirmelidir. Ancak ayıpların bütün ayrıntıları ile ve teknik sebepleri ile belirtmek zorunda değildir²¹². Zira uzman olmayan iş sahibinden ayıbın teknik sebeplerinin ne olduğunu araştırarak anlayabilmesini beklemek adil olmaz²¹³.

Yüklenicinin sorumluluğu, ihbar edilen ayıplar çerçevesinde doğmaktadır. İş sahibi kural olarak eserdeki bütün bozuklukları bildirmelidir. Ancak açık ayıpların bazılarını bildirmiş, bazılarını bildirmemişse, bildirilmeyen ayıpları muvafakat ettiği (örtülü olarak kabul ettiği) kabul edilir (BK. md. 362/II). Bu halde iş sahibinin bildirilmeyen bu ayıplara ilişkin olarak BK. md. 360 öngörülen ayıba karşı tekeffülden doğan yasal hakları düşer²¹⁴.

Eser sözleşmesinde yukarıda sayılan ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin sorumluluğunun genel şartları gerçekleştiği takdirde iş sahibine BK. md. 360 çerçevesinde bir takım seçimlik haklar tanınmıştır. Yüklenicinin, ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu neticesinde iş sahibinin kullanacağı bu hakların sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür.

²¹¹ UYGUR, T., *a.g.e.*, s.531; CANPOLAT, F., *a.g.e.*, s.93

²¹² “İş sahibinin ayıpların sebeplerini bildirme zorunluluğu olmamasına rağmen, ayıpların sebeplerini bildirmiş ve bu hususta yanlışlığa düşmüşse, bu yanlışlıktan kendi aleyhine bir sonuç doğmaz.” ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 126

²¹³ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 148; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 152

²¹⁴ SEFERLİ, K., *a.g.e.*, s.70;

4.3 Ayıplı İfa Nedeniyle İş sahibine Tanınan Haklar

Yüklenici; eser sözleşmesine konu olan eseri imal ve inşa etmek suretiyle meydana getirme ve iş sahibine bu eseri teslim ile yükümlüdür. Ancak yüklenicinin söz konusu bu asli edim yükümlerini tam olarak ifa etmiş sayılabilmesi için eseri ayıpsız olarak teslim etmiş olması gerekir. Aksi halde yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır ki bu durumda iş sahibi işin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz muayene ve ihbar borcunu yerine getirmiş olması kaydıyla BK. md. 360 çerçevesinde seçimlik haklar kullanabilecektir²¹⁵.

İş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK. md. 360 tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır; iş sahibinin hakları, BK. md. 99'a aykırı düşmeyen bir anlaşma ile, önceden sınırlanabilir veya tamamen kaldırılabilir²¹⁶.

BK. md. 360'da düzenlenmiş bulunan söz konusu haklar, satım sözleşmesinde alıcının sahip olduğu haklarla (BK. md. 202-206) benzerlik göstermektedir. Ancak BK. md. 202 alıcıya sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesi yetkilerini tanıırken; BK. md. 360'a göre eser sözleşmesine konu olan eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet kuralları gereğince kabule zorlanamayacağı bir oranda ayıplı ise veya sözleşmede öngörülen koşullara uygun değilse iş sahibi kabulden kaçınabilir. Başka bir ifade ile sözleşmeden dönebilir. İş sahibine, eserdeki ayıbın giderilmesi büyük masraf gerektiriyorsa eseri tamir ettirme, eserdeki ayıp eseri kabul etmeyecek derecede ağır değilse eserin değerindeki eksiklik oranında ücret indirimi hakları²¹⁷ yanında bir de yüklenici kusurlu olması kaydıyla, eserdeki ayıpların sebep olduğu

²¹⁵ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan iş sahibinin hakları, BK.md.360 'da gösterilmiştir. Bunlar, ayıbın ağırlığına göre, eserdeki ayıpların giderilmesini talep, ayıplı eserden ötürü ücretten indirimini istemek ve eseri kabulden kaçınmaktır. ...”, 15. HD., 25.2.2204, 4063/998

²¹⁶ TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 1028; CANPOLAT, F., a.g.e., s. 99

²¹⁷ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...BK.nun 360. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre işin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması, iş sahibinin kullanamayacağı veya kabule icbar edilmeyeceği derecede önemli değil ise, işin kıymetinin noksanı oranında fiyatı tenzil edebilir. Bundan başka aynı Kanununun 118. maddesi hükmünce karşılıklı alacaklardan biri uyuşmazlık konusu olsa dahi, her iki borç muaccel ise takas ve mahsup konusu yapılabilir...”, 15.HD. 24.2.1983, 322/347

zararların tazminini talep etme hakkı verilmiştir. Bu haklar sınırlı olarak sayılmış olduğundan genişletilemez. Bu anlamda eser sözleşmesinde satımda olduğu gibi iş sahibine ayıplı eseri, ayıpsız bir eserle değiştirilmesini talep hakkı verilmemiştir²¹⁸.

Borçlar Kanunu'nun iş sahibine tanıdığı seçimlik haklar, iş sahibinin tasarrufuna bırakılmıştır. İş sahibi tarafından serbestçe kullanılabilen, yenilik doğurucu nitelikte olan bu haklar tek taraflı ve yükleniciye yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile kullanılır. Hakların bu anlamda seçim yetkisi hakime değil iş sahibine aittir. Seçme konusundaki irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Hukuki sonuçlarını ise; iş sahibinin seçmiş olduğu hakkı belirten beyanın yükleniciye ulaşılmasıyla doğacaktır. Şu halde yüklenicinin seçimlik haklarını kullanmasına yüklenicinin bir etkisi bulunmamaktadır. Kural olarak bu haklardan birinin kullanılması, diğer seçimlik hakların düşmesi sonucunu doğurur²¹⁹. Başka bir ifadeyle iş sahibi beyan ettiği seçim hakkıyla bağlı kalır. Ancak hukuki sonuç doğduktan sonra iş sahibinin, yüklenicinin muvafakat etmesi halinde beyanını geri almasında bir sakınca yoktur²²⁰.

İş sahibinin BK. md. 360 çerçevesinde seçimlik haklarını kullanabilmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmamıştır. Eserde mevcut bir ayıbın olması söz konusu bu hakların kullanılması için yeterli olacaktır. Ve fakat bu halde eserde mevcut bir ayıbın olduğunun ispat yükü iş sahibindedir.²²¹ Yüklenicinin kusuru bulunmak kaydıyla, iş sahibi bu seçimlik haklarla birlikte kümülatif olarak veya yalnız başına ayıba bağlı zararların tazminini talep edebilecektir. Hal böyle iken iş sahibi, bu tazminat talebine ayıptan doğan diğer taleplerinin yerini almak üzere başvuramaz.²²²

İş sahibine tanınan tazminat talep hakkından amaç, iş sahibinin seçimlik

²¹⁸ EREN, F., *a.g.e.*, s. 84

²¹⁹ TUNÇOMAĞ, K., *a.g.e.*, s. 1029; BİLGE, N., *a.g.e.*, s. 224; ÖNEN, T., *a.g.e.*, s. 315; SEFERLİ, K., *a.g.e.*, s. 152 ; ŞENOC AK, Z., *a.g.e.*, s. 32; KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 161; CANPOLAT, F., *a.g.e.*, s.98; EREN, F., *a.g.e.*, s. 84

²²⁰ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 166

²²¹ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, *a.g.e.*, s. 357; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 157

²²² SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 185; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 209

haklarını kullanmasıyla birlikte, ayıbın sebep olduğu zararların tamamen giderilememesidir. İş sahibine zararın tazmini talep hakkı verilmesi ile yüklenicinin kusuruyla sebep olduğu zararlara katlanması sağlanacaktır²²³.

İş sahibinin ayıplı ifa söz konusu olduğu hallerde, BK. md. 96'ya dayanarak, kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemeden yahut sözleşmenin müspet ihlalden doğan bir tazminat isteminde bulunamayacağı doktrinde ve uygulamada kabul görmektedir. Şöyle ki; BK. md. 360 vd. özel hükümler olarak, yüklenicinin eserin ayıplı olmasından doğan sorumluluğunu genel hükümleri bertaraf edecek şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ayıplı ifa halinde BK. md. 96 uygulanmayacaktır. Ancak yüklenicinin ayıbın kasten gizlemesi halinde artık ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümleri değil genel hükümlere (BK. md. 96'ya) göre tazminat istemek söz konusu olur²²⁴.

Eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinde iş sahibinin kusuru sabit ise, iş sahibi yukarıda değinilen hakları ileri süremeyecektir. İş sahibi tarafından açık ya da örtülü olarak eserin kabulü durumunda da yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulacağından iş sahibi yine haklarını yükleniciye karşı ileri süremeyecektir²²⁵.

4.3.1 Ayıbın Giderilmesini İsteme (Onarımını ve İslahını) Hakkı

Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, eser sözleşmesinde ayıplı ifa nedeniyle iş sahibine tanınan haklardan biridir. Teslim edilen eserin sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek kadar ağır olmaması halinde, BK. md. 360/II'de belirtilen şartlar çerçevesinde, ücretten indirim hakkını kullanmak yerine, eserdeki ayıbın bir ücret karşılığı olmaksızın giderilmesini (tamirini-ıslahını-onarımını) yükleniciden talep edebilir²²⁶.

BK. md. 360/II'ye göre, iş sahibi teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, yüklenici tarafından aşırı masraf yapılması gerektirmediği sürece, uygun

²²³ ÖKTEM, S., *a.g.e.*, s. 1952; CANPOLAT, F., *a.g.e.*, s.98

²²⁴ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 177; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 38; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 35; ÖKTEM, S., *a.g.e.*, s. 1952;

²²⁵ KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 160

süre ve imkan tanımak suretiyle yükleniciden ücretsiz olarak²²⁷ ayıbın giderilmesini talep edebilecektir.

Bu durumda yukarıda da bahsedildiği gibi eser sözleşmesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak, ayıplı ifa nedeniyle tanınan sözleşmeden dönme ve ücretten indirim yapılmasına ilişkin tipik seçimlik haklar yanında, bir de ayıbın giderilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu hakların kullanılabilmesi için iş sahibine tanınan diğer haklarda olduğu gibi, bazı genel ve özel şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ayıbın giderilmesini talep hakkı için; teslim edilen eserin ayıplı olması, iş sahibi tarafından muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması, eserdeki ayıbın iş sahibine isnat edilmemesi şeklinde sayılan genel şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Sayılan bu genel şartlarla birlikte gerçekleşmesi gereken özel şartlar ise şunlardır:

Borçlar Kanunu'nda açıkça ifade edilmeyen ancak öğretide kabul gören ilk şart, eserdeki “*aybın giderilebilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır*”. Şayet, eserdeki ayıbın kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı ya da kaldırılmasının imkansız olduğu hallerde artık ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması söz konusu olmaz²²⁸. İkinci özel şart ise; BK. md. 360/II'de hükme bağlanan “*ayıbın*

²²⁶ **YAVUZ, C.**, *a.g.e.*, s. 484; **EREN, F.**, *a.g.e.*, s.85; **BURCUOĞLU, H.** *a.g.e.*, s. 296

²²⁷“Onarım yükümlülüğü yerine getirilirken onarıma ilişkin bütün masraflar, kural olarak yüklenici tarafından karşılanır. Ancak bu kural kesin olmayıp hakkaniyet prensibinden doğan istisnalarıda vardır. Başlangıçta ayıpsız ifa yapılsaydı yine iş sahibine düşecek masraflar onarım sırasında da ona ait olmalıdır. Bundan başka ayıbı giderme masrafları BK 360/II anlamında “aşırı” olacak ise, yüklenici ayıbı gidermesi için masrafların bir kısmını iş sahibi üstlenebilir. Ayrıca, iş sahibinin ayıbın doğmasında sınırlı bir ortak kusuru varsa, onun da kusuru oranında ayıbın giderilmesi masraflarına katlanması gerekir.” **TANDOĞAN, H.**, *a.g.e.*, s. 196

²²⁸ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...BK. nun 360/1. maddesinde yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı veya nesafet kaidelerine göre kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı veya mukavele şartlarına yakırı bulunması halinde iş sahibini o şeyi kabulden imtina edebileceği belirtilmiş, ikinci fıkra da ise, işin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıdaki derecede ehemmiyeti haiz değilse iş sahibinin işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafi mucip değilse müteahhidi tamire mecbur edebileceği yazılıdır. davalının imalini tamamlayarak teslim etmek istediği iki kazanda da imal ve montaj hataları tesbit edilmekle birlikte, teslimi gerçekleştirilen ilk iki kazan yönünden olduğu gibi bu kazanlar yönünden de kazanların hali hazır durumu itibarıyla aykırılıkların fiilen projesine uygun hale getirilmesinin mümkün bulunup bulunmadığı ve parasal tutarı araştırılmamış BK. nun 360. madde hükmü gözetilmeyerek hüküm tesis edilmiştir karar bu yönden

giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesi”dir. İş sahibi, eserdeki ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf yapılmasını gerektirmemesi durumunda yükleniciye uygun süre ve imkan tanımak suretiyle yükleniciden onarımı talep edebilir. Ancak önemli olmayan ayıbın, eseri hangi oranda etkilediğinin ve onarım masrafının aşırı olup olmadığının tayini, teknik bir konu olduğundan uzmanlarca belirlenmesi gerekir²²⁹. Şu halde ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektiriyorsa, iş sahibi bu konuda talepte bulunamayacaktır. Yüklenici, ayıbın giderilmesini aşırı masraf gerektirdiği durumda, iyiniyet ilkesiyle bağdaşmayacağından, iş sahibinin onarım talebini reddedebilir.²³⁰

Ayıbın giderilmesi hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüş; ayıbın giderilmesini isteme hakkını, sözleşmenin gereği gibi ifasına ilişkin alacak hakkı olarak nitelendirmektedir. Gerekçe olarak da, onarım hakkının muhtevasının, yüklenicinin başlangıçta ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme hususundaki edim yükümüyle aynı olduğudur²³¹. İkinci görüş ise; ayıbın giderilmesi hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu şeklindedir ki doktrinde hakim olan görüş budur. Bu görüşe göre ayıbın giderilmesini isteme hakkı, diğer ayıptan doğan haklar gibi, iş sahibince yükleniciye varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Bu sebeple de onarım hakkının bir dava açılarak ileri sürülmesine gerek yoktur²³². Ancak iki görüş arasındaki fark teoride kalmaktadır. Sonuç itibarıyla her iki görüş de yüklenicinin onarım yapma konusunda temerrüde düşmesi

de usul ve kanuna aykırı olup, davalı yararına bozmayı gerektirmiştir...”, 15. HD. 24.4.1984, 748/1417

²²⁹ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...Somut olayda, işin teslimini takip eden mart ayında davacı yanın ısınamadıklarından bahisle tespit isteminde bulunması üzerine bilirkişice düzenlenen raporda, aynı sitede emsal bloklarda 315 000 Kcal/h kapasiteli kazanlar bulunduğu, değiştirilen katı yakıt kazanının da 300.000 Kcal/h kapasiteli olduğu, konulan 255 000 Kcal/h kapasiteli kazanın binanın ısıtılmasına yeterli ve dolayısıyla amaca uygun olmadığı bildirilmiştir. Davalı yan da savunmasında sadece kazanı sözleşmede kararlaştırılan kapasiteye göre seçtiğini bu sebeple eserin sözleşmede öngörülen niteliklere uygun olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece az yukarıda açıklanan nedenlerle bu savunmanın kararlılık kazanan içtihadıyla da bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle kararın bozulması gerekir. Bu durumda mahkemece, 1999/208 Esasta kayıtlı dava tarihi olan 12.4.1999 itibarıyla konulan kazan ile konulması gereken kazan kapasitesi arasındaki farkdan ayıbın giderilmesi bedeli - icabında sanayi odası verilerinden de yararlanılarak - bilirkişi marifetiyle saptanmalı; sözleşme tarihinde 255 000 Kcal/h yerine 300 000 Kcal/h kazan konulsa idi sözleşme bedelinin ne kadar artacağı da bulunmalı, bulunacak bu farkın saptanan ayıp giderinden mahsubu ile sonuca gidilmelidir...” 15. HD. 14.5.2001, 590/2568

²³⁰ TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 196; YAVUZ, C., a.g.e., s. 484; ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 37; UÇAR, A., a.g.e., s. 198; AYDEMİR, E., a.g.e., s. 282

²³¹ ÖZ, T., a.g.e., s. 97; SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 173

²³² TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 192; YAVUZ, C., a.g.e., s. 484; UÇAR, A., a.g.e., s. 194

halinde, diğ er iki hakk ın kullanabileceğ i kabul etmektedir²³³.

Ay ıb ın giderilmesi borcu bir yapma borcudur. İ Ő sahibi, bu borcun zorla ifasını sağ lamak üzere talep ve dava hakk ına sahiptir. Bu konuda yapma borç larının zorla ifasına iliŐ kin kurallar ın uygulanması söz konusu olabileceğ i gibi bu borcu ifada temerrü dü ne dü Ő en yükleniciye karŐ ı borç lu temerrü dü ne iliŐ kin hükümlerden de yararlanılması söz konusu olabilir²³⁴.

İ Ő sahibi iŐ in niteliğ i ve dürü stlük kural ı gereğ i, makul bir süre ve imkan vermek suretiyle eserdeki ay ıplar ın giderilmesini yükleniciden talep etmesine rağ men, yüklenici BK. md. 74 gereğ ince derhal ay ıb ı giderme ç alıŐ malarına baŐ lamamıŐ ve normal bir yükleniciden beklenen sürede ç alıŐ malarını tamamlamamıŐ ise iŐ sahibi ihtarla yükleniciyi temerrü dü düşürebilir. İ Ő sahibi yükleniciye ay ıb ın giderilmesi için belli bir süre vermiş se, BK. md.101/II hüküme kıyasen yüklenicinin ayrıca bir ihtarla gerek kalmaksız ın bu süre sonunda temerrü dü düŐ tüğ ü kabul edilmelidir. Ayrıca yüklenici ay ıb ı gidermek için vaktinde iŐ e baŐ lamaz, iŐ i geciktirir ya da bu gecikme dolayısıyla bütün tahminlere göre iŐ in zamanında bitmeyeceğ i belli olursa ay ıp giderme süresi beklenmeksizin yüklenici bir ihtarla temerrü dü düşürebilir.

Yüklenici ay ıb ı giderme borcunu ifada temerrü dü düşerse iŐ sahibi ona uygun bir mehil vererek BK. md.106'da sayılan haklardan birini eser sözleşmesine ait özellikleri göz önünde tutmak kaydıyla kullanabilir. İ Ő sahibi mehil vermeye gerek olmaksız ın, her zaman aynen ifayı talep edebilir, yani tamirde ısrar edebilir. Bununla birlikte BK. md. 106/II'de ö ngörülen aynen ifadan vazgeç ip müspet zarar ın ın tazmini isteme ve sözleşmeden dönme hakk ını kullanabilir. Ancak söz konusu dönme hakk ını BK. md. 360/I'de ö ngörülen dönme şartları çerçevesinde kullanabilir. Aynı Ő ekilde, yüklenici kusuru bulunmad ıđ ını ispatlayarak müspet zarar ın tazmininden kurtulabileceğ inden, iŐ sahibi tekrar ücretin indirilmesini isteme hakk ını elde eder.²³⁵

²³³ BURCUOĐ LU, H., *a.g.e.*, s. 296

²³⁴ YAVUZ, C., *a.g.e.*, s. , 484

İş sahibi seçimlik haklarından olan ayıbın giderilmesi hakkını yükleniciye ileri sürmesine rağmen, yüklenici bunu yapmaktan kaçınır ya da muktedir olmazsa, bunun yapılmasını üçüncü bir kişiye devredebilir. Bunun için yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gerekir. Ayrıca kural olarak işin başkasına yaptırılması için mahkemeden izin alınması gerekir. Mahkeme gerekli izni iş sahibine verdiği takdirde, iş sahibi ayıpların giderilmesi için gerekli masrafların tazminini, ayıbın giderilmesi borcu altında bulunan yükleniciden isteyebilir²³⁶.

İş sahibinin, yüklenicinin tamir ve ıslaha yanaşmaması halinde, ayıbın giderilmesi masraflarına ilişkin alacağını, yüklenicinin ücret alacağından mahsup edebileceği hakkında Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; “ ... BK. md. 360/II uyarınca işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, iş sahibi için değer eksikliği oranında fiat indirmeye ve eğer işin ıslahı büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhidi tamir yapmaya mecbur edebilir. Davacı müteahhit kovanları tamire ve ıslaha talip olmadığına göre, mahkemece bilirkişide bu kovanların tamir ve ıslahı için ödenmesi gereken para miktarlarının müteahhide ödenecek paradan indirilmesine ve geriye kalan para miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir...”²³⁷

Yüklenici onarılan eseri yeniden teslim ederse ilk teslimdeki aynı kurallar geçerli olur. Yani iş sahibi ayıp nedeniyle sorumluluktan doğan haklarını kullanmak istiyorsa, bu durumda da eseri muayene etmek ve tespit edilen ayıpları ihbar etmek zorundadır. Eğer iş sahibi gereği gibi düzeltilmeyen ayıbı yükleniciye tekrar ihbar etmezse, bu durumda ayıptan doğan bütün haklarını kaybeder.²³⁸

4.3.2 Sözleşmeden Dönme (Eseri Kabulden Kaçınma) Hakkı

BK. md. 360/I iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını şu şekilde düzenlemiştir; “yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı ise iş

²³⁵ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 198; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 362; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 204

²³⁶ EREN, F., *a.g.e.*, s. 85; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 360; CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 146

²³⁷ 3.HD., 21.3.1963, 2774/2225 (CANBOLAT, F., *a.g.e.*, s. 147)

²³⁸ ARAL, F., *a.g.e.*, s. 355

sahibi o şeyi kabul etmeyebilir, yüklenicinin taksiri var ise zarar ve ziyan da talep edebilir”. Kanun metninde ifade edilen “kabulden kaçınmak” deyimini, “sözleşmeden dönme” biçimde anlamak gerekir²³⁹.

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

BK. md. 360/I'e göre; iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi ayıp nedeniyle sorumluluk için gerekli olan genel koşullar ile meydana getirilen eserin iş sahibinin kullanılmayacağı veya hakkaniyet gereği kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı olması özel koşuluna bağlanmıştır. Şu halde belirtmek gerekir ki BK. md. 360/I'de geçen, eserin kullanılamazlığı ve kabulün beklenememesi alternatif koşullar olmayıp, eserin kullanılamazlığı, kabulün beklenemezliği koşulunun yasada düzenlenmiş uygulama hallerinden biridir²⁴⁰.

Eserin tamamen ve kesin olarak kullanılamazlığından kasıt, eserdeki ayıbın hiçbir biçimde giderilememesidir. Ayıbın giderilebilme olanağı varsa bu durumda iş sahibi açısından sözleşmeden dönme değil, ayıbın giderilmesi talebi söz konusu olacaktır. Eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek derecede önemli olup olmadığı, her somut olayda, olayın bütün koşullarına ve tarafları menfaatleri göz önünde bulundurularak hakkaniyet esaslarına göre belirlenecektir²⁴¹.

²³⁹ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 173; EREN, F., *a.g.e.*, s. 84; UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 172; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 358; BURCUOĞLU, H. *a.g.e.*, s. 289; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 574

²⁴⁰ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s.181; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 358

²⁴¹ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...Taraflar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Yanlar arasındaki 4.9.1988 günlü sözleşme, davacı arsa sahibinin tapu devri sebebiyle geçerli hale gelmiştir. Bu tür ilişkilerde yüklenicinin temel borcu inşaatı fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin ana borcu da kararlaştırılan arsa payını bedel olarak yükleniciye devretmektir. Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir. Fakat, yüklenicinin eseri teslim etmesinden sonra teslim borcu yerini yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu alır. Bütün bu anlatılanların yasadaki dayanağı ise, BK.356 ve 360.maddeleridir. Şayet eser teslim edildikten sonra yüklenicinin kötü işçilik veya malzeme kullanımından kaynaklanan ve onun sorumluluğunu gerektiren-ki somut olayda inşaatın yıkılmış olması- bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bundan da ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumludur. Bütün bu nedenlerle eserin reddi gerekip gerekmediğini,

Eseri kabulden kaçınabilmek (sözleşmeden dönebilmek) için kusurların veya aykırılığın önemli olması gerekir. Hakim, iş sahibinin eseri kabulünün beklenip beklenmeyeceğini, tarafların karşılıklı menfaatlerini tartarak hakkaniyet prensibi çerçevesinde takdir eder²⁴². İş sahibi tarafından ihbar edilen ayıpların, somut olayın hal ve şartları dikkate alınarak sözleşmeden dönmeyi haklı kıлып kılmadığının araştırılması gerekir. Örneğin, ücretten indirim yapılmasını ya da ayıbın giderilmesini isteme hakkının iş sahibinin işine yarayıp yaramaması; sözleşmeden dönmenin iş sahibine sağlayacağı faydaya nazaran yüklenici için daha ağır sonuçlar doğurması; eserin iadesinin teknik olarak mümkün olup olmadığı v.s.²⁴³

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında önemli bir sorunda teslim edilen eserin bir kısmı ayıplı olması durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. BK.

yeterli biçimde incelenmesi gerekir. Gerçekten yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise arsa sahibi sözleşmenin feshini isteyerek BK.108.maddesine dayanıp verdiklerini geri isteyebilir. Burada davacı arsa sahibinin verdiği peşin olarak devri yapılan arsa payı tapusudur. Bütün bu açıklamaların ışığında mahkemece yapılması gereken iş; davalı o şekilde savunma yaptığından, eserin durumunu araştırmak, yıkılıp yıkılmadığı konusunda ve yıkılmamış olsa bile kabul edilip edilemeyeceği hususunda bilirkişi incelemesi yaptırmak, gerek duyulursa İdare mahkemesinde derdest olduğu söylenen dava sonucunu beklemek, şayet eser yıkılmışsa veya mevcut hali kabul edilemeyecek vaziyette ise şimdiki gibi davayı kabul etmek, aksinin saptanması halinde sorunu yine BK.360.maddesi çerçevesinde gidermekten ibarettir. ...”, 15. HD. 29.3.2003, 5231/1725

²⁴² Yargıtay kararlarından bir örnek verelim: “...İş sahibi ismarladığı eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan teslim edilecek eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya var olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. İş sahibi yararına yapılan eser sözleşmesi ile sonuçta ortaya çıkan eser, iş sahibinin amacını karşılamalıdır. Eğer eser iş sahibinin amaçladığı hizmeti vermiyor ise, kural olarak ayıplı olduğu kabul edilir. BK'nın 360/1. maddesinde "Yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir..." hükmü getirilmiştir. Yapılan iş, bohçalama izolasyon işidir. Alınan bilirkişi asıl ve ek raporlarında, kontrol ve denetime önem verilmemesinden dolayı, imalatın birçok kusur ve hataları beraberinde taşıdığı, izolasyon imalatının kısım kısım bazı yerlerden su sızdırdığı, evsafına uygun tecrit sisteminin oluşturulmadığı, bohçalama ve izolasyon imalatını yapan yüklenicinin kusur ve hatasından dolayı binanın su sızıntılarından bu hali ile kurtulmasının mümkün olmayacağı, eserin kabule icbar edilemeyeceği açıklanmıştır. O halde, ortaya çıkarılan eserin amacına uygun olduğundan söz edilemez. Bu durumda iş sahibi, BK'nın 360/1. maddesi gereğince eseri reddetmekte ve ödediğini geri istemekte haklıdır. BK'nın 360/11. maddesi hükmü, eserdeki ayıbın, iş sahibinin eseri kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmaması haline münhasır olduğundan, mahkemece bedelden indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş olması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir....” 15.HD. 2.11.2006, 5224/6181

²⁴³ ŞENOCAK, Z., a.g.e., s. 51

md.360/I bu hususu düzenlememiştir. Tandoğan'a göre teslim edilen eserin bir kısmı ayıplı olsa ve bu kısmında çok güçlük olmaksızın ayrılabilse bile, sözleşmeden dönmek isteyen iş sahibi bu hakkını ancak sözleşmenin tamamı için kullanabilir. Ayrıca iş sahibi ayıpsız kısmın uygun bir ücret karşılığında kabulüne zorlanamaz. Fakat aynı eser sözleşmesinde bir bütünün parçası olmayan çeşitli eserlerin imali kararlaştırılmışsa, başka bir ifade ile sözleşmede eserin parça parça teslimini öngörülüyorsa ve de bunlardan yalnız bir veya birkaçı ayıplı ise, BK. md. 206/I kıyasla uygulanarak iş sahibi sadece ayıplı kısım için sözleşmeden dönebilir²⁴⁴.

Kural olarak ayıplı ifa nedeniyle iş sahibine tanınan seçimlik hakların tasarrufu iş sahibine bırakılmıştır. İş sahibi bu halde haklarını serbestçe kullanabilecektir. Ancak BK.m.360/III iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda dönme olanağını sınırlamaktadır. Şöyle ki; söz konusu madde hükmü gereğince; iş sahibinin arsası üzerine yapılan eserlerde; özellikle yapılarda bunların kaldırılması ve yıkılması fazla bir zarara yol açacak ise iş sahibi ancak ücretin indirilmesini veya eserin tamir ya da düzeltilmesini isteyebilir. Ve fakat sözleşmeden dönemez²⁴⁵. Maddenin amacı ise ekonomik açıdan değerli malların imkan ölçüsünde korunması ve tahrip edilmemesini sağlamaktır. Yapının yıkılması ve kaldırılması mümkün olduğu takdirde, iş sahibinin bunu bizzat yapması mümkün ve caizdir²⁴⁶.

²⁴⁴ TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 180

²⁴⁵ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: "...Ne var ki, olayda davalı, inşaat sözleşmesi ile yüklendiği borçlarını ifa ettiğini, binayı tamamlayarak davacıya düşen daireleri ve dükkanı ona teslim ettiğini savunmuş ve ayrıca davacı aleyhine İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dairelerin adına tescili için aynen ifa davası açmıştır. Davacının iddiası, davalının binayı tamamlamadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüdü nedeniyle davacının sözleşmeyi fesihte haklı olup olmadığı BK. nun 360. maddesinin olaya uygulanması ile çözülmesi gerekir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı yüklendiği edimi hangi oranda yerine getirmiş olduğu belirlenmelidir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı veya nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekilmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan, yapılmış bir inşaatın ref'i ve kal'i aşırı zarara neden olacaksa sözleşmenin feshi yerine, davacıya verilecek olan dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi yasaya uygun olur. Ancak yapılan inşaatın türü miktarı ve değeri itibariyle kaldırılması davalıya aşırı zarar vermeyecekse sözleşmenin feshinin kabulü gerekir ...", 15. HD. 8.4.1977, 470/837

²⁴⁶ SELİÇİ, Ö., a.g.e., s. 163; EREN, F., a.g.e., s. 84; ARAL, F., a.g.e., s. 359; ZEVLİLİLER, A., a.g.e., s., 338

Eserin kaldırılmasının yüklenici için aşırı bir zarara yol açıp açmadığını hakim serbestçe takdir eder. Hakim değerlendirme hakkını kullanırken somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği değerle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü göz önünde tutulmalıdır. İş sahibinin arsası üzerine yapılan bina iş sahibinin kullanamayacağı oranda ayıplı ise, sözleşmenin bozulması, binanın yıktırılması, zararları karşılayacak tazminat ödemesi yükleniciden istenebilir²⁴⁷.

Sözleşmeden dönme hakkı, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğurucu bir haktır. Söz konusu hakkın mutlak surette dava yoluyla kullanılması gerekmez; tek taraflı varması gerekli irade beyanı yeterlidir. Şu halde hakkın kullanılması herhangi bir şekilde bağlı değildir. İş sahibi yazılı veya sözlü beyanda bulunabileceği gibi, açık veya örtülü şekilde de beyanda bulunulabilir. İş sahibinin “sözleşmeden döndüğünü”, “sözleşmeyi feshettiğini” veya “sözleşmeye son verdiğini” beyan etmesi açık beyandır; buna karşılık, iş sahibinin yükleniciden aldığı ücreti geri vermesini talep etmesi örtülü dönme beyanına örnek teşkil eder. Ancak iş sahibine ispat açısından kolaylık sağladığı için, yazılı şekilde veya noter vasıtasıyla yapılması daha yerinde olacaktır. Sözleşmeden dönme beyanının hukuki sonuçlarının doğması için yüklenicinin herhangi bir kabul veya muvafakat beyanına gerek yoktur²⁴⁸. Şayet, sözleşmenin her iki tarafı da tacir ise, dava dışındaki sözleşmeden dönme beyanının geçerli olması için, bu beyanın Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre yapılması gerekir²⁴⁹. Söz konusu madde hükmüne göre “*Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılması gerekir*”.

Şu halde dönme beyanının yükleniciye varmasıyla eser sözleşmesi geriye etkili olarak sona bulur. Sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi etki doğurur. İfa edilen edimlerde sebepsiz kaldığı içinde iade edilir. Sözleşmeye uygun tasfiye

²⁴⁷ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 183; OLGAC, S., *a.g.e.*, s. 1086; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 163; BURCUOĞLU, H., *a.g.e.*, s. 291; UYGUR, T., *a.g.e.*, s.574

²⁴⁸ ÖKTEM, S. *a.g.e.*, s. 1 1953 ;CANBOLAT, F. *a.g.e.*, s. 119; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 161; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 359;

işlemleri başlatılır, tarafların karşılıklı olarak yüklendikleri edimlere ilişkin alacak hakları sona erer ve yerine getirilmiş edimler iade edilir. Örneğin, yüklenici ücretini almış ise bunu faiziyle, iş sahibi eseri ondan elde ettiği yararlarla geri vermek zorundadır. İş sahibinin eser için yaptığı bakım, tamir, sigorta giderleri gibi harcamalarını, eserde kullanılan malzemenin değerini yükleniciden isteyebilir; malzemenin değerinde yüklenicinin ve yardımcılarının kusuru yüzünden bir azalma olmuşsa, bu da yüklenici tarafından tazmin edilmelidir²⁵⁰.

Eser iş sahibine yüklenebilecek bir sebeple (iş sahibinin verdiği talimat veya iş sahibine isnat edilen bir neden) ayıplı hale gelmişse, iş sahibi eseri bir başkasına devrederse veya şeklinde önemli bir değişiklik yapmışsa ya da iş sahibi ayıbı bilerek ayıplı eseri kullanmışsa, zamanaşımı sürelerini geçirmişse, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemişse, iş sahibi bu sayılan hallerde artık dönme hakkı kullanılamayacaktır²⁵¹.

4.3.3 Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararların Giderilmesini İsteme Hakkı

BK. md. 360/I ve 360/II'de iş sahibine, yüklenicinin kusuru bulunması kaydıyla sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıbın giderilmesini isteme seçimlik haklarının yanında, eserin ayıplı olması nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep hakkı da verilmiştir.

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararların iş sahibi tarafından talep edilebilmesi için öncelikle eserde mevcut bir ayıp bulunmalı, söz konusu bu ayıp nedeniyle bir zarar meydana gelmeli ve de ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekir. Ayrıca zarar yüklenicinin kusuru nedeniyle ortaya çıkmış olmalıdır²⁵². BK. md. 360'da iş sahibine tanınan seçimlik hakların kullanımında yüklenicinin kusuru aranmamışken, ayıp sonucu uğranılan zararların giderilmesi

²⁴⁹ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 574

²⁵⁰ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 577; EREN, F., *a.g.e.*, s. 85; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 54; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 164;

²⁵¹ ANTMEN, A., *İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi)*, Mersin Barosu Dergisi, 2003, s.10; AYDEMİR, E. *a.g.e.*, s. 279; KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 163; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 577

²⁵² EREN, F., *a.g.e.*, s. 86

yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmıştır. Ancak bazı hallerde yüklenici kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulacaktır. Şöyle ki; eserdeki ayıbın ve bundan doğan zararın yüklenicinin yardımcılarının eylemlerinden ileri geldiği durumlarda yüklenicinin bu zarardan BK. md. 360/I-II maddesi ve BK. md. 100 uyarınca olan sorumluluğun kusura dayanmadığı açıktır. Bu gibi hallerde yüklenici kendi kusuru olmasa ve yardımcısının eylemi de kusurlu bulunmasa bile sorumlu olacaktır. Bu durumda yüklenici, kendisi yardımcısı gibi davransaydı bu davranışının kusurlu sayılmayacak olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir²⁵³.

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar ile eser sözleşmesine aykırı davranışın iş sahibine verdiği zararlar birbirinden farklı kavramlardır²⁵⁴. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlara örnek olarak şu haller verilebilir²⁵⁵: İnşa edilen evin ayıplı olması nedeni ile iyi kira getirememesi, ayıplı makinenin onarımı nedeniyle üretimdeki aksaklığın yol açtığı kardan yoksun kalma, ayıplı bir bacanın yangına yol açması, iş sahibinin ayıp nedeniyle kazaya uğraması²⁵⁶. Ayıp sonucu zarar kavramı dışında kalan hallere şunlar örnek olarak verilebilir: Yüklenicinin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarında, özellikle eserin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymayarak iş sahibinin başka şeylerini bozmalarından veya kişisel varlıklarını ihlal etmelerinden veya eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlardır²⁵⁷.

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini seçimlik haklardan biriyle beraber talep edilebileceği gibi, iş sahibi isterse sadece tazminat isteme hakkını kullanabilir. Ancak iş sahibi, bu tazminat talebine ayıptan doğan diğer taleplerin yerini almak üzere başvuramaz.²⁵⁸

²⁵³ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 581

²⁵⁴ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 581; SEFERLİ, K. *a.g.e.*, s. 89

²⁵⁵ ÖKTEM, S., *a.g.e.*, s. 1962

²⁵⁶ SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 184 ; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 581

²⁵⁷ UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 580

²⁵⁸ KARATAŞ, İ., *a.g.e.*, s. 163; UYGUR, T., *a.g.e.*, s. 580

4.3.4 Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

BK 360/II göre; eserdeki kusur (ayıp) veya sözleşmeye aykırılık iş sahibinin kullanabileceği veya kabul edebileceği ölçüde ise, iş sahibi, eserin değerindeki eksiklik oranında, ücretin indirilmesini isteyebilir²⁵⁹. Başka bir ifade ile eserdeki ayıplar sözleşmeden dönme hakkını haklı gösterecek derecede önemli değilse, iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde ücrette indirim yapılmasını veya eserin onarılmasını isteyebilir; bu halde sözleşmeden dönemeyecektir.

Ücretten indirim hakkının kullanılması içinde diğer seçimlik haklarda olduğu gibi ayıba karşı tekeffülün genel şartları ile birtakım özel şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu özel şartlardan ilki eserde bir değer eksikliğinin olmasıdır. İkincisi ise eserin tamamen değersiz olmaması diğer bir deyişle az çok bir değere sahip olmasıdır.

Ücretten indirim hakkının kullanılabilmesi için, esas itibariyle eserdeki ayıplar, eserin değerini asgari bir değere düşürmüş olmalı. Ancak, eser ücretinden indirilecek tutarın, ücrete eşit olduğu durumlarda BK. md. 202/III hükmüne kıyasen sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi gerekir. Böyle bir durumda, ücret sifıra indirilerek ayıplı eser yükleniciye verilirse, dönme ile aynı sonuca ulaşılır²⁶⁰.

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkının kullanım şartlarının gerçekleştiği

²⁵⁹ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “...Borçlar Kanununun 360.maddesi hükmünce, yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı veya nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ya da sözleşme şartlarına aykırı olursa, iş sahibi, eseri kabulden ve bedelini ödemediğinden kaçınabilir. Şayet iş, yukarı derecede kusurlu değilse bu defa eser bedelinden tenzil isteyebilir. Somut olayda, 10.6.1996 günlü bilirkişi raporuyla bilgisayara yüklenen E yazılım paketinin tam olarak uyarlanmadığı, kullanımda zaman zaman aksamaların bulunduğu, ancak bunların giderilebileceği belirtildikten sonra yazılım paketinin gerçek işletme koşullarında çok kullanıcı olarak da sınanması gerektiği, sonuçta ise E yazılım paketi tesliminin tam olarak bitirmediği vurgulanmıştır. Rapor, bu haliyle, eserin kabulden kaçınabilecek derecede kusurlu ve sözleşme şartlarına aykırı olup olmadığını veya mevcut haliyle bedelden tenzili gerektirip gerektirmediğini açıkça ortaya koymamaktadır. O halde, mahkemece, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna yerinde keşif suretiyle yeniden inceleme yapılarak eserin mevcut durumunun ne olduğu Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü doğrultusunda incelettirilmeli, sonucu dairesinde bir hükme varılmalıdır. Eksik araştırma ve incelemeyle davanın yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirir...”, 15 HD. 10.5.2000, 342/2291

hallerde, bu hakkın kullanılması zorunlu olmadığından, menfaatine uygun gördüğü takdirde ücretten indirim yoluna da gidebilir. Söz konusu halde tarafların karşılıklı menfaatleri hakkaniyete göre tartılarak, iş sahibinin sözleşmeden dönmeye mi, yoksa ücretten indirim yapmaya mı yetkili olduğu tespit edilmelidir²⁶¹.

Eser sözleşmesinde iş sahibine tanınan ücretten indirim hakkının amacı, ayıp taşıyan edimle ücret arasındaki değer eşitliğini tekrar kurarak, “*ayıplı ifa*” ile bozulan edimler arası dengeyi sağlanmaktır. Ayıbın neden olduğu değer düşüşü oranında iş sahibinin ödeyeceği ücretin düşürülmesi, edim değerlerinin eşitlenmesini sağlar. Ücretten indirim istenebilmesi için, yukarda da değinildiği gibi eserdeki ayıp nedeniyle eserin değerinde bir azalmanın meydana gelmiş olması gerekir. Bu kusur eseri değersiz kılmamalı (değerini büsbütün azaltmamalı), eserin yine de bir değeri bulunmalıdır²⁶². Aksi takdirde, hiçbir değer ifade etmeyen bir eser için ücret indirimi istenmesinin bir anlamı olmaz.

İş sahibi ücretten indirimi talep etmeden önce, yükleniciye borcunu ödememiş ise, yüklenicinin ücret istemi, eserdeki kıymet noksanı ile orantılı olarak daha düşük miktara iner. Bu durumda, ücretten indirilecek miktar artık iş sahibinin borcunun konusunu oluşturmadığından, iş sahibinin, yüklenicinin ücret alacağı ile takas edebileceği bir alacak hakkı da yoktur²⁶³.

BK. md. 360/II’de ücretten indirim yapılırken eserdeki kıymet noksanının esas alınacağı öngörülmekle beraber, söz konusu hüküm ücretten indirilecek tutarın hesaplanmasında nasıl bir yöntem izleneceği konusunda bir açıklık içermemektedir. Öğretide ve uygulamada hakim görüş, satım sözleşmesinde geçerli olan ve nispi yöntem olarak adlandırılan bir hesaplama tarzını kabul etmektedir. Gerekçe olarak da; nispi metodun, sözleşmede tarafların karşılıklı

²⁶⁰ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 183; YAVUZ, C., *a.g.e.*, s.483; EREN, F., *a.g.e.*, s. 85; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 360

²⁶¹ UÇAR, A., *a.g.e.*, s. 189

²⁶² SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 167

²⁶³ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 58

edimleri arasındaki dengeyi ve işin taraflara sağladığı karlılık derecesini koruması bakımından hakkaniyete uygun olduğudur. Yargıtay da bu görüştedir²⁶⁴. Söz konusu yönteme göre, teslim edilen eserin ayıplı değeri ile eser ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer arasındaki oran, kararlaştırılan veya kanun tarafından tayin edilen ücrete uygulanır ve indirilmiş ücret tutarı belirlenir. Böylece;

Kararlaştırılan ücret x Ayıplı değer

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret} = \frac{\text{Kararlaştırılan ücret} \times \text{Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

olacaktır²⁶⁵.

Ücretten indirim hakkı, yükleniciye varması gereken tek taraflı irade beyanı ile hukuki sonuç doğuran, yenilik doğurucu bir haktır. Ücretten indirim hakkı ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar ağır olmadığı hallerde kullanılabilir. Hakkın kullanılması herhangi bir şekle tabi değildir. Ücretten indirim beyanı açık ya da örtülü kullanılabilir. Söz konusu hak dava dilekçesiyle veya davalının cevap dilekçesi ile ileri sürülebilir. Değininilmesi gereken bir hususta eser sözleşmesinin tarafları tacir olması durumunda TTK. md. 20/III hükmü sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi uygulama alanı bulmayacağıdır. Hüküm gereği şekle tabi kılınan beyanlar arasında ücretten indirim beyanına yer

²⁶⁴ Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: "...Yapılan soruşturma ve toplanan kanıtlar ve özellikle bilirkişi raporu ile davalı üstencinin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesiyle yüklendiği edimi gereği gibi yerine getirmediği, ipliklerin bozuk (ayıplı) bulunduğu, kararlaştırılan nitelikten ayrımlı olarak yapıldığı saptanmıştır. Bu durumda, iş sahibi davacının BK. md. 360/11'e dayanarak eser parasından (ücretinden) indirime ilişkin olarak, yasa hükmünde kendisine tanınan seçimlik hakkını kullanması ve dava açması, doğrudur. Ne var ki, ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da (Örneğin 3. HD. 29.11.1966 T. 7843 E. 7506 K.; 9.10.1962 T. 7285 E. 7573 K.; 9.3.1963 T. 131 E. 1926 K. sayılı ilamları) satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretide (doktrinde) de desteklenen (Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, Fasikül I, Çeviren: Prof. Fikret Arık, 1966, Sh. 116/117; Prof. Dr. F. Necmiettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 1970, Sh. 218; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II. Özel Borç İlişkilerine, 1974, Sh. 119; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I, 1974, Sh. 140) bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem "nisbi metod" diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin (şeyin) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu (bozuk) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır...", 15. HD. 23.10.1976, 1644/3316

verilmemiştir. Dolayısıyla taraflar tacir olsalar dahi beyanları herhangi bir şekilde bağlı olmayacaktır²⁶⁶.

4.4 Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden dolayı iş sahibine tanınan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, BK. md. 363’de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tabi olduğu müruruzaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruruzamana tabidir.”*

Söz konusu madde hükmünden de anlaşıldığı üzere Borçlar Kanunu taşınmaz inşaat ve taşınmaz inşaat dışında kalan diğer eserler bakımından farklı düzenlemeye gitmiştir. Şöyle ki; taşınmaz inşaatı dışında bulunan bir eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları BK. md. 363/I’e göre alıcının haklarının zamanaşımına tabidir. Satım sözleşmesinde geçerli olan zamanaşımı sürelerine atıf yapılmıştır. Adi (ticari olmayan) eser sözleşmesinde açık ya da gizli ayıplarda, eserin tesliminden itibaren bir yıl geçmesiyle iş sahibinin hakları düşer (BK. md. 207). Ticari eser sözleşmelerinde ise altı aylık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır (TTK. md. 25/IV). Söz konusu süreler ancak ayıba karşı tekeffülden doğan davalar için geçerlidir. Başka bir ifade ile iş sahibinin ayıptan doğan bütün hakları için dolayısıyla ayıp sonucu uğradığı *“zarar ve ziyan tazminat hakkı”* için de geçerlidir. Ancak, başka sebeplerden, örneğin yüklenicinin işe geç başlamasından dolayı eserin geç teslim edilmesi ya da teslim edilmemesinden doğan tazminat talepleri bu süreye değil, on yıllık genel zamanaşımı hükümlerine tabidir²⁶⁷.

BK. md. 363/I’de hükme bağlanan bir yıllık zamanaşımı süresi Türk Ticaret Kanunu’nun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 6763 Sayılı Kanun’un

²⁶⁵ UYGUR, T., a.g.e., s. 578; ARAL,F., a.g.e., s. 361; YAVUZ, C., a.g.e., s. 483

²⁶⁶ SELİÇİ, Ö., a.g.e. s. 168; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 186; BURCUOĞLU, H., a.g.e., s. 293

²⁶⁷ YAVUZ, C., a.g.e., s.478; ZEVLİLİLER, A.,a.g.e., s.340

41'inci maddesiyle BK 126'ya eklenen IV'üncü bende göre “*müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar*” hakkında beş yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir. Söz konusu değişiklik BK. md. 126/IV hükmünün, BK. md. 363/I hükmünü ilga edip etmemesi hususunda doktrinde ve uygulamada görüş ayrılıkları meydana gelmiştir.

Yargıtay kararlarına²⁶⁸ ve bazı yazarlara göre, BK. md. 126'ya eklenen söz konusu bentle, BK. md. 363/I'de, BK. md. 207'ye yapılan atıfla zımnen ortadan kaldırılmıştır. Bu görüşe göre, söz konusu bentte, “*kural olarak, istisna akdinden doğan bütün davalar*” denilmek suretiyle, artık BK. md. 363'ün uygulanma olanağının kalmadığıdır. Dolayısıyla BK. md. 126/IV'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. md. 363'deki *bir yıllık* zamanaşımı süresine değil, genel zamanaşımı süresine, yani *on yıllık* zaman aşımına (BK. md. 125)'e tabidir. Söz konusu görüş dahilinde, imal edilen eserin taşınmaz eser olup olmadığı konusunda bir ayırım yapılmaksızın ayıba karşı tekeffülden doğan haklar eserin teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Böylece taşınmaz inşaat niteliğinde olmayan eserlerdeki ayıplar bakımından öngörülen bir yıllık sürenin artık bir önemi kalmamıştır. Söz konusu görüşe göre, bu hükümde kullanılmış olan “*kast ve ağır kusur*” tabiri ayıplı malzeme kullanılması durumunu ve ayıplı işi de kapsar. Bu sebeple, kast ve ağır kusura dayanan ayıplı malzeme kullanma ve ayıplı iş yapma durumlarında geçerli olan BK. md. 125'de yer alan genel zamanaşımı süresi olan on yıl; buna karşılık, kast ve ağır kusura dayanmayan sözleşmeye aykırılık hallerinde, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş yapma durumu da dahil olmak üzere, uygulanacak olan zamanaşımı süresi, söz konusu hüküm gereği (BK. md. 126/IV) beş yıldır. 1.1.1957 tarihinden itibaren BK. md. 363 ve dolayısıyla BK. md. 207 ve TTK.

²⁶⁸ İlgili Yargıtay kararları için bkz. ŞENOCAK, Z. a.g.e., s. 232

Md. 25/IV uygulanması (bir yıllık ve altı aylık zamanaşımı süreleri) söz konusu olmayacaktır²⁶⁹.

Diğer bir görüşe göre ise; BK. md. 126'ya 6763 sayılı Kanun'la eklenen IV'üncü bent, BK. md. 363/I'de aynı Kanun'un 207'inci maddesinde yapılan atfı yürürlükten kaldırmamaktadır. Hatta, BK. md. 126/IV, "*müteahhidin kast ve ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç veya yerine getirmemiş olması ve sözleşmeyi ayıplı ifa etmesi*" ifadesi ile ayıplı malzeme kullanılması ve ayıplı iş yapılmasını kendi uygulama alanı dışında bırakarak, bu durumlara şimdiye kadar zamanaşımı konusunda uygulanan hükümleri saklı tutmaktadır. Başka bir ifade ile bir yıllık zamanaşımına tabi halleri saklı tutmaktadır. Bundan başka, Yargıtay'ın görüşünün aksine, bu hükümde sözü geçen "*müteahhidin kast ve ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olması*" ile "*ayıplı malzeme kullanmış ve ayıplı iş meydana getirmiş olması*" durumlarını birbirinden bağımsız olarak değerlendirmek; kast ve ağır kusur tabirinin yüklenicinin ayıplı eser teslim etmiş olması halini de kapsar şekilde kullanılmadığını kabul etmektedir.

Aynı görüş çerçevesinde, BK. md. 126/IV'ün kendi uygulama alanı dışında bıraktığı haller için özel hükme başvurulmalı, şayet özel bir hüküm bulunmuyorsa BK. md. 125'deki on yıllık zamanaşımı süresi göz önüne alınmalıdır. Ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş meydana getirme ağır kusura dayansa dahi bu hususta özel hüküm olan BK. md. 363/I'in atıf yapmış olduğu BK. md. 207/I ve onun öngördüğü bir yıllık, yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi durumunda ise BK. md. 125'deki genel zamanaşımı değil, BK. md. 207/III hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. BK. md. 126/IV'de öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresi ise, ancak, yüklenicinin iş sahibine karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı ve eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlarından dolayı iş sahibinin ona karşı ileri sürebileceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır²⁷⁰.

²⁶⁹ KARAHASAN, M. R., *Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1975, s. 1099 - 1100; KARAYALÇIN, Y., *İstisna Akdi-Zamanaşımı Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler*, Ankara 1975, s. 32

²⁷⁰ TANDOĞAN, H., *a.g.e.*, s. 229; SELİÇİ, Ö., *a.g.e.*, s. 205 ; YAVUZ, C., *a.g.e.*, s.478; ARAL, F., *a.g.e.*, s. 364; ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 233

Bu tartışmalı husus da Yargıtay'ın birinci görüşü destekler mahiyette çeşitli kararları bulunmakla birlikte, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 31.10.1995 tarihli (E. 12066/ K. 14247 sayılı) kararı açıkça, BK. md. 126/IV hükmünün Borçlar Kanunu'nun 363. maddesini ilga ettiğini kabul etmektedir. Söz konusu karar şu şekildedir; “*Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk; davada BK'nun 363/I maddesi yollamasıyla aynı kanununun 207/I maddesindeki bir yıllık ve TTK'nun 25/IV maddesinde altı aylık zamanaşımı süresinin mi, yoksa BK'nun 126/IV maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin mi, uygulanacağı noktasında toplanmaktadır.*”

BK'nun 363. maddesinin I. fıkrasında; yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin hazi olduğu hakların, alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımına bağlı olduğu açıklanmış; aynı maddenin 2. fıkrasında ise gayrimenkul inşaata ait kusurlardan dolayı iş sahibinin yükleniciye ve inşaata iştirak eden mimar ve mühendise karşı açacağı davanın teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımına...”

BK. md. 363/II göre, taşınmaz inşaata ilişkin ayıplardan dolayı iş sahibinin yüklenici ve inşaata katılan mimar ve mühendislerle karşı olan talep hakları için teslim tarihinden itibaren beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmektedir.

BK. md. 125 vd. yer alan genel zamanaşımı kuralları karşısında, BK. md. 363 zamanaşımının başlangıç ve süresine ilişkin düzenlemesi açısından özel bir hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak, BK. md. 363 özellikle zamanaşımının kesilmesi²⁷¹ ve durmasına²⁷² ilişkin boşlukları bulunmaktadır. Söz konusu

²⁷¹ “Zamanaşımının kesilmesi (kat'ı), borçlunun veya alacaklının veya hakimin belli fiillerinin sonucu olarak, işlemiş bulunan zamanaşımı süresinin yanması ve kesilmeye neden olan olaydan itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasıdır (BK 133-136).” (Naklen, **REİSOĞLU, S., a.g.e., s. 365**)

²⁷² “Zamanaşımının durması (tatili) alacağın istenmesini güçleştiren veya imkansız kılan bazı sebepler nedeniyle zamanaşımının işlememesidir. Zamanaşımını durduran sebeplerden birinin varlığı halinde, zamanaşımı işlemeye başlamaz, daha önce işlemeye başlamışsa işlemesi durur. Zamanaşımını durduran sebep ortadan kalkınca, sebebin ortadan kalktığı günün bitiminden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar (BK 132).” (Naklen, **REİSOĞLU, S., a.g.e., s. 365**)

boşlukların, Borçlar Kanunu'nda yer alan zamanaşımına ilişkin genel kurallarla (BK. md. 132 vd.) doldurulması gerekir²⁷³.

²⁷³ ŞENOCAK, Z., *a.g.e.*, s. 225

SONUÇ

Eser sözleşmesi (istisna akdi), işveren ile yüklenici arasında, bir eser meydana getirme esasına dayalı bir sözleşmedir. Eser sözleşmeleri, bazı açılardan satış sözleşmeleriyle benzerlikler gösterse de meydana gelecek eserin kendine has özellikler taşıyabilmesi, imal süresinin uzun olması ve imal sürecini etkileyen birçok etmen olması nedeniyle satış sözleşmelerinden farklılaşırlar.

Eser sözleşmesine dair, doktrindeki önemli tartışmalardan bir tanesi, eser kavramının kapsamına ilişkindir. Bir görüşe göre eser kavramının kapsamı maddi varlığı olan şeylerle sınırlıdır. Diğer görüşü savunanlar ise maddi varlığı olmayan hizmet edimleri sonuçlarını da eser kavramı kapsamına dahil etmektedirler. Doktrinde hakim olan görüş, eser kavramını geniş şekilde yorumlayan ve sadece maddi varlıklarla sınırlamayan görüştür.

Eser sözleşmesinin hukuki niteliği de doktrinde tartışmalı konulardan bir tanesidir. Eser sözleşmesini ani edimli bir borç ilişkisi niteliğinde olarak yorumlayanlar olduğu gibi; eser sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde olarak yorumlayanlar da vardır. Ancak yaygın görüşe ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına göre, eser sözleşmeleri, her iki görüşü de kapsayacak şekilde, geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır.

Eser sözleşmesinin konusuna kamuya ait yapım işleri girebilmektedir. Yapım işlerinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması durumunda, aradaki hukuksal ilişkinin dayanağı yine eser sözleşmesi olmakla birlikte, kamu yararı söz konusu olduğundan özel yasalarda birtakım düzenleme yapılmıştır. Bu durumda

sözleşme ilişkisi çerçevesinde özel yasalarda hüküm yoksa Borçlar Kanunu Hükümleri uygulanacaktır.

Eser sözleşmelerinde, yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı olarak sorumlu oldukları en temel durum ayıplı ifa durumudur. Ayıp kavramı; gizli-açık ayıp, önemli-önemsiz ayıp, maddi-hukuki ayıp, asli-ikincil ayıp gibi çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Ayıp, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliğinden kaynaklanabileceği gibi eserde bulunması gereken niteliklerde eksikliklerden de kaynaklanabilir. Ayıbın niteliği, iş sahibi ile yüklenicinin karşılıklı sorumlulukları bakımından önem arz etmektedir.

Eser sözleşmelerinde oldukça karıştırılan bir konu, ayıplı iş ve eksik iş kavramlarıdır. Ayıplı işte, imal edilen eserin elverişsiz olması veya sözleşmede öngörülen niteliklerden yoksun bulunması hali söz konusu iken; eksik işte eserin tamamlanamaması söz konusudur ve iş sahibinin ayıp ihbarında dahi bulunması gerekmez. Eksik iş dışında, başka bir şey (aliud) teslimi, işçi ve malzeme masraflarının artması ve de teslim edilmiş bir eserin kötüleşmesi gibi hallerde ayıptan ayrılan durumlardır.

Eserin ayıpsız olarak imali kural olarak yüklenicinin sorumluluğunda olmakla birlikte iş sahibinden kaynaklanan bazı özel veya genel sebeplerden dolayı, iş sahibi de kusuru olmasa dahi kısmen veya tamamen sorumlu tutulması söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile eser sözleşmesinin diğer tarafı olan iş sahibine yüklenen sebeplerden dolayı da eserde ayıp meydana gelebilmektedir. Bu halde iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olacak ve bunun neticesi olarak da iş sahibinin ayıplı ifa nedeniyle kullanabileceği hakları düşecektir.

İş sahibi, belirli şartların oluşması halinde ayıplı ifadan sorumlu olacaktır. Bu şartlardan ilki eserin ayıplı olmasında iş sahibinin talimatlarının etkili olması durumudur. Bu durumun oluşması için, iş sahibinin hatalı bir talimat vermesi, yüklenicinin ayıba yol açabilecek bu talimat nedeniyle iş sahibini uyarması ve ayıp ile talimat arasında nedensellik bağının bulunması gereklidir. İş sahibinin sorumlu olacağı diğer haller ise iş sahibi tarafından sağlanan malzeme, arsa, plan

veya projenin kusurlu olması durumudur. Ancak bu haller sayılanlarla sınırlı değildir.

Yüklenicinin eseri sözleşme niteliklerine uygun olmayarak veya kendiden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsiz olarak imal etmesi halinde ise yüklenicinin kusuru olmasa dahi ayıp nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Eserdeki ayıbın yükleniciden kaynaklandığı bu durumlarda yüklenici, ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme hususundaki asli edim yükümünü gereği gibi ifa etmemiş olacaktır. Ve bu sorumluluğun neticesi olarak da iş sahibine kanunda tanınmış olan bazı haklara katlanacaktır.

Yüklenicinin kaynaklanan ayıplı ifa durumunda ise iş sahibine çeşitli haklar tanınmaktadır. İş sahibi, ayıbın giderilmesini isteyebileceği gibi, sözleşmeden dönebilir, ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazminini isteyebilir veyahut da ücretten indirim talep edebilir. İş sahibi haklarını, ayıbın niteliğini göz önüne alınarak kullanabilmektedir.

Doktrindeki önemli tartışmalardan bir tanesi de iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirme sorumluluğudur. Gerek muayene için iş sahibine tanınan süre, muayene tarzı, ihbar külfeti, ihbar şekli ve ihbar kapsamı konuları kanunda çok açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak genel kabule göre, iş sahibinin, şartların elverdiği bir zaman çerçevesinde eseri muayene etmesi, tespit edilen ayıpları ise derhal yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde iş sahibi haklarını kaybedecektir.

Hali hazırda, yeni bir Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Bu yeni tasarının yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Bu tez çalışması hazırlanırken, yürürlükte olan Borçlar Kanunu hükümleri esas alınmış ve tasarıdaki hukuksal değişiklikler (örneğin zamanaşımı sürelerindeki değişiklikler) dikkate alınmamıştır. Yeni tasarı, dili itibarıyla de bazı değişiklikler içermektedir ve bu değişiklikler (eser sözleşmesi, yüklenici vb.) bu çalışmaya yansıtılmıştır.

Hazırlanan tasarının eser sözleşmesine dair hükümleri çalışmanın ekinde sunulmuştur.

EK A. TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI²⁷⁴ – ESER SÖZLEŞMESİ

YEDİNCİ BÖLÜM Eser Sözleşmesi

A. Tanımı

MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

B. Hükümleri

I. Yüklenicinin borçları

1. Genel olarak

MADDE 471- Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

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.

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.

2. Malzeme bakımından

MADDE 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.

3. İşe başlama ve yürütme

MADDE 473- 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.

Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait

²⁷⁴ <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1075.doc>; erişim tarihi: 16.05.2009

olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

4. Ayıp sebebiyle sorumluluk

a. Ayıbın belirlenmesi

MADDE 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 bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

b. İş sahibinin seçimlik hakları

MADDE 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.

c. İş sahibinin sorumluluğu

MADDE 476- Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.

d. Eserin kabulü

MADDE 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.

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

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

e. Zamanaşımı

MADDE 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, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

II. İşsahibinin borçları

1. Bedelin muacceliyeti

MADDE 479- İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.

Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.

2. Bedel

a.Götürü bedel

MADDE 480- Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.

b. Değere göre bedel

MADDE 481- Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.

C. Sözleşmenin sona ermesi

I. Yaklaşık bedelin aşılması

MADDE 482- Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

II. Eserin yok olması

MADDE 483- Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.

Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

III. Tazminat karşılığı fesih

MADDE 484- İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.

IV. İşsahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması

MADDE 485- Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

V. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi

MADDE 486- Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- [1] **AKIN, G. A.**, (2006), *Eserdeki Ayıbın İş Sahibine İsnad Edilmesi (Borçlar Kanunu MD. 361)*, Yaklaşım Dergisi, Sayı 156, 157 ve 158
- [2] **ALTAŞ, H.**, (2002), *Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK md. 368)*, Ankara
- [3] **ANTMEN, A.**, (2003), *İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi)*, Mersin Barosu Dergisi
- [4] **ARAL, F.**, (2006), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara
- [5] **ASLAN, Y.**, (1997) *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, Bursa
- [6] **AYDEMİR, E.**, (2009), *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2009
- [7] **BAYGIN, C.**, (1999), *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmelerinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*; İstanbul
- [8] **BURCUOĞLU H.**, (1990), *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekefülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Uyulması Gereken Süreler Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara
- [9] **BİLGE, N.**, (1962), *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara
- [10] **BİLGİN, A.**, (2008), *İhale Mevzuatı Türkiye'nin Yurtdışı Örneklerle Karşılaştırılması*, Doktora Tezi, Ege Üniv. Fen. Bil. Ens., İzmir

- [11] **BİLİR, A.**, (1994), *İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akidleri) Fesih*, Ankara
- [12] **BOZER, A.**, (1968), *Borçlar Hukuku Hususi Borç Münasebetleri*, Ankara
- [13] **CANAVCI, M. A.**, (2006), *Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniv. Sos. Bil. Ens., Ankara
- [14] **CANBOLAT, F.**, (2009), *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara
- [15] **CELAL, N.**, (2005), *Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu*, Ankara
- [16] **ÇALIŞKAN, İ.**, *İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 31
- [17] **DAYINLARLI, K.**, (2003), *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 3. Bası, Ankara
- [18] **DAŞDELEN, A.**, (2006), *Yapım Yönetimi Eğitiminde İnşaat Hukuku*, Yüksek Lisans Tezi, İTÜ, Fen. Bil. Ens., İstanbul
- [19] **DUMAN, İ. H.**, (2008), *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku*, 2. Bası, Ankara
- [20] **EREN, F.**, (1996), *İnşaat Sözleşmeleri*, Ankara
- [21] **ERMAN, H.**, (1979), *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)*, Doktora Tezi, İstanbul
- [22] **ERGEZEN, M.**, (2007), *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara
- [23] **GÖKTÜRK, H. A.**, (1951), *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri*, Ankara

- [24] **GÖKYAYLA, K. E.**, (2002), *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1
- [25] **GÜLEÇ, Ş.**, (2007), *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniv. Sos. Bil. Ens., Kırıkkale
- [26] **GÜRPINAR, D.**, (2006), *Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir
- [27] **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, (1992), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul
- [28] **İNAN, A.**, *Yıllara Yaygın Yapım ve Onarım İşlerinde Vergilendirme*, Sayıştay Dergisi, Sayı 60
- [29] **KARAHASAN, M. R.**, (1997), *İnşaat-İmar-İhale Hukuku*, C.1-3, İstanbul, (KARAHASAN, M.R., İNŞAAT)
- [30] **KARAHASAN, M. R.**, (1975) *Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, (KARAHASAN, M.R., MÜLKİYET)
- [31] **KARATAŞ, İ.**, (2004), *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara
- [32] **KARAYALÇIN, Y.**, (1975), *İstisna Akdi - Zamanaşımı Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler*, Ankara
- [33] **KILIÇOĞLU, A. M.**, (1975), *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, AÜHFD, c.32, (KILIÇOĞLU, A., ESER)
- [34] **KILIÇOĞLU, A. M.**, (2007), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9.bası, Ankara, (KILIÇOĞLU, A., BORÇLAR)
- [35] **KOSTAKOĞLU, C.**, (2000), *İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 3. Bası, İstanbul

- [36] **KÖKSAL, E.**, (2005), *4734 Sayılı KİK ve 4375 Sayılı KİSK Çerçevesinde Yapım İşlerinde, Sözleşme Aşamasına Kadar Geçen Sürede Karşılaşılan Sorunlar, Belirsizlikler ve Uygulama Farklılıklarının İncelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Osman Gazi Üniv. Fen. Bil. Ens., Eskişehir
- [37] **KURAL, O. C. / KILIÇBAY, E. / İZMİR, H.**, (1998), *İnşaat ve İhale Hukuku*, Ankara
- [38] **ODYAKMAZ, Z. / KAYMAK Ü. / ERCAN İ.**, (2006), *Anayasa Hukuku, İdare Hukuku*, 7. Bası, Ankara
- [39] **OLGAÇ, S.**, (1970), *Hukuk Davalarında İstisna Akdi*, 2. Bası, İstanbul
- [40] **OZANOĞLU, H. S.**, (1999), *İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*, GÜHFD, C.III, s.1-2
- [41] **ÖKTEM, S.**, (2006), *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2006/5
- [42] **ÖNEN, T.**, (1996), *Borçlar Hukuku*, Ankara
- [43] **ÖZ, T.**, (1989), *İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul
- [44] **ÖZTAN, B.**, (2007), *Medeni hukukun temel kavramları*, 26. Bası, Ankara
- [45] **ÖZYÖRÜK, S.**, (1988), *İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371.Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, İstanbul
- [46] **REİSOĞLU, S.**, (2004), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul
- [47] **SARI, Y.**, (2007), *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Mesuliyeti*, Türk Hukuk Sitesi

- [48] **SEFERLİ, K.**, (2002), *İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniv. Sos. Bil. Ens., Ankara
- [49] **SELİÇİ, Ö.**, (1977), *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, (SELİÇİ, Ö., BORÇLAR)
- [50] **SELİÇİ, Ö.**, (1978), *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, (SELİÇİ, Ö., İNŞAAT)
- [51] **SUNGUR, H. H.**, (1943), *Borçlar Kanunu ve Tatbikatı II Akdin Muhtelif Nevileri*, İstanbul
- [52] **ŞENOCAK, Z.**, (2002), *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara
- [53] **TANDOĞAN, H.**, (1989), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul
- [54] **TUNÇOMAĞ, K.**, (1977), *Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul
- [55] **TURANBOY, A.**, (1989-1990), *Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti*, AÜHFD, C.41,
- [56] **TURGUT, M. N.**, (2008), *Sözleşme İdaresinde Saha Ziyaretleri, Gözlem ve Denetimi ile KİK Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, İTÜ, Fen. Bil. Ens., İstanbul
- [57] **UÇAR, A.**, (2001), *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları*, Erzincan H.F.D., c.V,10.Öğretim Yılına Armağan, (UÇAR, A., TESLİM KAVRAMI)
- [58] **UÇAR, A.**, (2003), *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara, (UÇAR, A., AYIBA KARŞI TEKEFFÜL)
- [59] **UYGUR, T.**, (1997), *İnşaat Hukuku*, Ankara
- [60] **VELİDEDEOĞLU H. V. / ÖZDEMİR R.**, (1987), *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Yargıtay Yayınları, Ankara

- [61] **YALÇINDURAN, T.**, (2000), Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara
- [62] **YAVUZ, C.**, (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul
- [63] **ZEVKLİLER, A.**, (2004), *Özel Borç İlişkileri*, 8. Bası, Ankara