

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE TESLİM KAVRAMI, TESLİMİN USULÜ VE HUKUKİ SONUÇLARI

*Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR**

GİRİŞ

İstisna sözleşmesi, Borçlar Özel Hukukunun 'tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik)' akitler grubunda yer almaktadır. Zira kanun koyucu, Borçlar Kanununun 356 vd. madde hükümlerinde sözleşmenin her iki tarafına da çeşitli haklar tanıırken aynı zamanda birbirlerine karşı yerine getirmekle yükümlü buldukları birtakım borçlar da yüklemiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmede taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumunda bulunmaktadırlar.

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, eser karşılığı olarak ücret ödeme, müteahhit de ödenecek olan ücret mukabilinde iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak ölçüde sözleşmeye uygun, ayıpsız bir eser imal ederek iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. Her ne kadar istisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenleyen BK.nun 356. maddesi hükmünde eserin teslimi borcundan söz edilmemişse de, bu sözleşmeye ilişkin kanunun diğer maddelerinde (özellikle 359, 360, 362, 363, 364 368 ve 371) kanun koyucu tarafından kullanılan teslim, teslim zamanı ve işin kabulü terimleri ile müteahhidin imal mükellefiyetinin yanında bir de teslim borcunun söz konusu olduğu zımni olarak kabul edilmektedir. Eserin imali ve teslimi, tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatlerin bir an önce elde edilmesine hizmet eden, birbirlerini tamamlayan ve müteahhitçe ifası gereken farklı iki mükellefiyettir. Bu mükellefiyet, aynı zamanda BK.nun 359 - 363. maddelerinde müteahhidin borçları arasında açıkça zikredilen ayıba karşı tekeffül borcunun da tamamlayıcı bir ön şartını oluşturmaktadır.

Günümüzde teknik ve ekonomik alandaki gelişmelere paralel olarak istisna sözleşmesinin kapsamı ve uygulama alanı genişleyerek bu sözleşmeler uluslar arası bir boyut kazanmıştır. Bilim ve teknoloji alanında gelişmiş bulunan ülkelerin

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

gerçek veya organize olmuş tüzel kişi müteahhitleri yabancı ülkelerde baraj, hava alanı, gar ve otoyol gibi büyük yapım ve imalât işlerini üstlenmek suretiyle, elde ettikleri kazançla bu yönde mensubu buldukları ülkelerin ekonomilerine büyük katkı sağlar hale gelmişlerdir. İstisna sözleşmesinin bu önemli işlevi dolayısıyla, gerek ulusal gerekse uluslararası alanda faaliyet gösteren bir müteahhit imalini üstlendiği eseri, zikrettiği vasıflara ve sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun bir şekilde özenle imal ederek zamanında iş sahibine teslim etmek zorundadır. Bu zorunluluk, eseri imal ve teslim borcunun zamanında, gereği gibi ifa edilmesi lüzumundan kaynaklanmakta ve bu bakımdan istisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarından en önemli bir borcunu teşkil etmektedir. Keza, bu zorunluluğa uyma görevi aynı zamanda MK.nun 2. maddesinde genel bir hukuk kaidesi olarak vazedilen, hakların kullanılması ve borçların ifasını düzenleyen 'dürüstlük kuralı'nın da bir gereğini oluşturmaktadır. Zira, istisna sözleşmesinde müteahhidin amacı belli bir ücret almak, iş sahibinin amacı da sözleşmede kararlaştırılan nitelikte ve kullanım amacına uygun bir esere zamanında sahip olmaktır. Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmeyle elde etmek istedikleri bu amaçlarına ulaştıkları takdirde bir sorun yoktur. Ancak, iş sahibi istisna sözleşmesi yoluyla elde etmek istediği bu amacına kendisine izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın ulaşamadığı takdirde (eserin zamanında teslim edilmemesi ya da ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda), müteahhit edim borcuna aykırı davranmış demektir. Doğal olarak bu durumda da müteahhidin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İnceleme konusu olarak seçtiğimiz 'istisna sözleşmesinde teslim kavramı, teslimin usulü ve hukuki sonuçları' başlığını taşıyan çalışmamızda, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğumunun bir ön şartını teşkil eden teslim kavramı, farklı işlevlere sahip bulunan teslim alma ve kabul kavramlarından farklı olan yönleri tespit edilerek, eserin teslimi usulü ve teslimin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar ele alınacaktır.

I- TESLİM, TESLİM ALMA VE KABUL KAVRAMLARININ TANIMI VE KARŞILAŞTIRILMASI

A) GENEL OLARAK

Türk - İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunlarının istisna sözleşmesini ve özellikle bu sözleşmede müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinde belirtilen teslim, teslim alma ve kabul kavramları birbirlerinden farklı kavramlar olup, bu sözleşmede tarafların menfaatlerinin korunup elde edilmesine yönelik olarak değişik amaçlara hizmet etmektedirler.

1 - Teslim Kavramı

Teslim, müteahhidin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı¹ eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde onun doğrudan zilyetliğini sağlaması, başka bir ifade ile de menkul nesnelere onarım ve işlenmesine dair istisna sözleşmelerinde, bu nesnelere müteahhitçe onarılacak ya da işlenilerek tekrar iş sahibine geri verilmesidir². Türk Hukukunda bu durumu ifade etmek üzere gerek taşınır gerekse taşınmaz eser bakımından bir tek 'teslim' sözcüğü kullanılmaktadır. Buna karşılık, İsviçre hukukunda teslim kavramını ifade etmek üzere, taşınır eserler için 'livraison – Ablieferung', taşınmaz eserler için ise 'reception – Abnahme' olmak üzere iki farklı deyim kullanılmaktadır³.

İstisna sözleşmesinde eserin teslimi (livraison) ile işin kabulü (acceptation) birbirlerinden farklı kavramlardır. Eser, bazen iş sahibinin faaliyet alanında müteahhit tarafından yapılmış veya tamir edilmiş olabilir. Bu takdirde zaten zilyetliği iş sahibinde ise teslim edilmiş sayılır. Müteahhit tarafından eserin bitirildiğinin iş sahibine bildirilmesi ve iş sahibinin de eserin tamamlanmış olduğunu kabul etmesi ile müteahhit eseri teslim (livraison) etmiş ve iş sahibi de teslim almış (reception) olur. Buna karşılık, eserin kabulü (acceptation) ise teslim edilen eserin muayenesini müteahhit, eserin sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince beyan edilmesi suretiyle yapılır. Federal Mahkeme de vermiş olduğu bir kararında aynı düşünceyi teyit etmektedir⁴. Bununla birlikte, teslim ve kabul kavramları, ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklara etkisi bakımından da birbirinden farklı kavramlardır. Zira, teslim, kabul gibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşürmeyip, tersine bu hakların bir doğum koşulunu oluşturmaktadır.

¹ Kural olarak teslim borcunun ifası, öncelikle eserin tamamlanmış olmasına bağlıdır. İfa amacı gerçekleşmeyeceği için tamamlanmamış bir eserin teslimi söz konusu olmaz. Ancak tarafların anlaşarak teslimin gerçekleşmesini, eserin tamamlanması şartından başka şartlara bağlamaları ve teslimin yapılmış sayılacağı zamanı belirlemeleri mümkündür (Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 37).

² Bk., Pedrazzini, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht Besonderer Vertragsverhältnisse, 1.Halbband (Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenvertrag), Basel und Stuttgart 1977, 521; Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1988, 209; Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977 (Borç İlişkileri), 1012; Seliçi, 35; Aral, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1999, 357; Burcuoğlu, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN' ın Hatırasına Armağan, 287.

³ Burcuoğlu, 288.

⁴ RO 89 / 1963 II, p. 405,409 = JdT 1964 I p.. (Dayımları, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü - Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1993. 43, dn. 37); Burcuoğlu, 303.

2 – Teslim Alma Kavramı

Eserin teslimi, eserin devredilmesiyle, yani iş sahibince teslim alındığında oluşur. Bu açıdan bakıldığında teslim ve teslim alma (Abnahme) kavramları, istisna sözleşmesi hukukunda esas olarak birbirinden farklı kavramlar olmayıp, karşılıklı olarak birbiriyle bağlantılı olan kavramlardır. Zira, bu kavramlardan biri müteahhit açısından , diğeri ise iş sahibi açısından aynı olayı ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, müteahhidin eseri teslimi, iş sahibi tarafından eserin teslim alınmasının karşılığını oluşturmaktadır. Verilen maddi bir şeyin alınması ya da eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesiyle, hem teslim, hem de teslim alma aynı zamanda gerçekleşmiş olur⁵.

Teslim, müteahhit tarafından tamamlanan eserin ifa amacıyla iş sahibine arz edilmesi olduğundan, müteahhidin bu borcunun ifasına karşılık olarak iş sahibinin de teslim alma borcu ortaya çıkar. Bu sebeple de, istisna sözleşmesi hukukunda teslim ve teslim alma borçlarının ifası aynı zamanda oluşmakta, teslim alma teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmamaktadır.

Şayet iş sahibi, müteahhit tarafından imal edilerek kendisine teslim edilmek istenen eseri haklı bir neden olmaksızın teslim almaktan kaçınırsa bu durumunda alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. Bu anlamdaki teslim alma ise, BK. m. 362’de öngörülen ‘kabul’ den farklıdır⁶. Zira, BK. m. 362’de öngörülen kabul, teslim almadan farklı olarak, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince açıklanmasına dair bir irade beyanıdır. Buna rağmen bu iki kavram doktrinde farklı şekilde yorumlanmaktadır.

⁵ Bk., Gautschi, Der werkvertrag, Berner Kommentar, VI. Band, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung (die einzelnen Vertragsverhältnisse), 3. Teilband; Der Werkvertrag, Bern 1967, Art. 370, N. 4 ; Burcuoğlu, 288 ;Larenz, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977, 275. Müteahhit açısından teslim (eserin teslim edilmesi), tamamlanmış eser üzerinde fiili iktidarın ifa amacı ile iş sahibine geçirilmesidir. Buna karşılık, iş sahibi açısından teslim (eserin teslim alınması) ise, müteahhit tarafından bitirilerek teslimi teklif edilen eserin iş sahibince fiilen iktidarına alınmasıdır (Seliçi, 35).

⁶ Bu konuda istisna akdine ait özel hükümlerin düzenlendiği BK. nun 355 - 371. maddelerinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, BK. m. 368/1’de yer alan ‘iş sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş bulunmadıkça’ ifadesi bu soruna çözüm getirici niteliktedir. “Bu hükümde sözü edilen temerrüdün alacaklının temerrüdü olduğu tartışmasızdır. Burada iş sahibinin temerrüde düşmesi için kritik zaman, müteahhidin tamamlanmış ‘eseri teslim’ (livraison de l’ouvrage) almaması zamanıdır. Yoksa ‘eserin kabul’ (acceptation de l’ouvrage) edilmeme zamanı değildir. Gayet tabiidir ki, eserin kabulünde de temerrüde düşen iş sahibi, bu temerrütten sonra eser kazara telef olmuş ise, eserin bedelini ve müteahhidin masraflarını ödemek zorunda kalır” (Dayınlarlı, 141-142).

Bir görüşe göre⁷, iş sahibi tarafından eserin teslim alınması, BK. m. 362'deki eserin kabulü ile eş anlamlıdır. Bu görüş teslim almanın, sadece fiilî iktidarın elde edilmesi sonucunu değil, aynı zamanda borcun gereği gibi ifa edilmiş olduğunun beyanı sonucunu da doğurduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, teslim alma ile BK. m. 362' deki kabul (veya İsviçre kaynak metnindeki OR. Art. 370 ifadesiyle muvafakat) kavramları aynı anlama gelen kavramlardır.

Doktrinde baskın olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise⁸, teslim alma ile eserin kabulünün eş anlamlı olduğu görüşü istisna sözleşmesinin ifa sistemiyle uyusmamaktadır. Zira, Borçlar Kanununun 359. maddesinde, iş sahibinin, ifanın gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini anlamak için eseri muayene etmesi gereği hükme bağlanmıştır. Ancak, eserin iş sahibince muayene edilebilmesi için de her şeyden önce tamamlanan eserin iş sahibinin iktidarında bulunması yani onun tarafından teslim alınmış olması gerekir. Bu bakımdan da muayene için teslim alma ile muayeneden sonra kabul etme zaman itibarıyla birbirini izleyen işlemler olarak görülmelidir. Zaten, BK. m. 362'yi karşılayan İBK. nun 370. maddesinin 1. fıkrasındaki, 'teslim alınan esere iş sahibi tarafından açıkça veya zimnen muvafakat edilirse...' ifadesinin kullanılmış olması da bu görüşü açıkça desteklemektedir. Kaldı ki, teslim almada teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Buna karşılık kabulde, iş sahibi, müteahhidin yaptığı eseri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmayacağına dair bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Dolayısıyla da, bu iki farklı anlam ve işleve sahip kavramın birbiriyle karıştırılmaması için, BK. m. 362 anlamında muvafakatin, eserin sözleşmeye uygun olarak gereği gibi ifa edildiğinin iş sahibince kabul edildiğini belirten bir irade beyanı olarak anlaşılması gerekir.

-
- ⁷ Bk., Gautschi, Art.367, N. 13a, 370, N.4; Gursky, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Heidelberg 1996, 116; Brox, Besonderes Schuldrecht, 21. Auflage, München 1996, N. 263. Teslim alma, satım hukukundaki teslim almanın aksine yalnızca eserin maddî olarak alınması değil, bilakis bundan başka iş sahibinin kesin ve itirazsız olarak müteahhidin edimini sözleşmeye uygun olarak kabul etmesi beyanını da içerir. Eserin mülkiyetinin iş sahibine ait olduğu durumlarda, örneğin, iş sahibinin evindeki durumlarda teslim alma son belirtilen beyanla gerçekleşir (Schmidt, Bürgerliches Recht, Zweiter Band, Das Schuldrecht, Berlin 1953, 122).
- ⁸ Bk., Gadiert, Mangel - und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Zürich 1994, 53, 55; Honsell, Schweizerischer Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991, 206; Musielak, Grundkurs BGB 4. Auflage, München 1994, 570; Seliçi, 36, 43; Kaplan, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, 129; Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 165 - 166. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bk., Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184 - 551, Yargıtay Yayını No.24, Ankara 1993 (Sözleşme), Art. 370, N. 2; Larenz, 277; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989, 127, 219; Dayınlarlı, 43; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1021,1025.

Doktrinde baskın olarak ileri sürülen bu görüş Yargıtay ve Federal Mahkeme tarafından da kabul edilen bir görüştür⁹.

İstisna sözleşmesinde tamamlanan eserin iş sahibince teslim alınması farklı surette gerçekleşebilir. Teslim alma, maddi çalışma sonuçlarında tamamlanan eserin iş sahibince fiilen teslim alınması suretiyle gerçekleşir. Buna karşılık, maddi olmayan çalışma sonuçlarında durum farklıdır. Bu durum özellikle bir taşınmazın imaline ilişkin istisna sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. Taşınmaz eserlerde olduğu üzere, eserin özelliğine göre, fiili anlamda teslim alma mümkün olmazsa, teslim alma mükellefiyeti düşer. Bu durumda, teslim almanın yerini eserin bitirilmiş olması hali alır. Aynı durum, rizikonun karşı tarafa geçmesi için de geçerlidir. Bir tiyatro gösterisi, bir konserin verilmesi, yolcu nakli veya bir adresin bulunmasına aracılık etme imal edilen eserin fiilen teslim alınmasının mümkün olmadığı durumlara örnek olarak gösterilebilir¹⁰. Keza, inşaat veya inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan bir tamiratın da işin sonunda teslimini fiilen elden ele geçirilmesi suretiyle yapılması mümkün değildir. Yine, kısmi inşaat işini yerine getiren alt-müteahhidin, zilyetliği genel müteahhide geçirmek suretiyle teslimi gerçekleştirmesi de söz konusu olamayacaktır. İşte bu hallerde inşaatın teslimi, inşaatın bittiğinin ve inşaat sahibinin emrine amade olduğunun müteahhit tarafından inşaat sahibine bildirilmesi ile, teslim alma ise, inşaat sahibinin bu bildirim üzerine inşaatın tamamlandığını belirlemesi ile gerçekleşir¹¹.

Kanun koyucu, tamamlanan eserin iş sahibince teslim alınmasına bir dizi önemli neticeler bağlamaktadır. Şöyle ki; istisna sözleşmesinde ayıptan doğan haklar kendi açısından eserin tamamlanmasını şart koşan eserin teslim alınmasıyla ortaya çıkarlar. Eserin teslim alınması ile birlikte, usulüne uygun bir muayene sırasında görülen veya hileli bir şekilde saklanmayan ayıplardan dolayı oluşan bütün haklar düşer. Teslim almadan önce iş sahibi yalnızca ayıpsız bir eserin teslimini talep edebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıptan doğan zararın tazmini hakkı bir istisna teşkil eder. Bu hak teslim alma zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur¹².

⁹ Bk., BGE 89 II 409 ; Y.4.HD. 25.12.1973 T., E. 13792, K. 10111 (İKİD, 1975, s. 3677).

¹⁰ Bk., BGB § 638, 641, 644, 645; BGHZ 48, 263; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987, 702; Larenz, 275; Gursky, 116; Brox, N. 265.

¹¹ Bk., Klunzinger, Einführung in das Bürgerlicherecht, 2. Auflage, München 1989, 342; Gursky, 116; Fikentscher, Schuldrecht, 7. Auflage, Berlin - Newyork 1985, 555; Gautschi, Art. 367, N. 12; Seliçi, 36; Tandoğan, 127; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1038.

¹² Gadiant, 101.

Teslim alma ile birlikte ayıptan doğan haklar için zamanaşımı süresinin işleme başlaması, ücretin muaccel olması, ücret rizikosunun müteahhitten iş sahibine geçmesi ve ayrıca müteahhidin ön edim mükellefiyetinin sona ermesi gibi durumlar da teslim almanın sonucuna bağlanmaktadır¹³. Kanun koyucu tarafından eserin teslim alınmasına bu denli önemli sonuçlar bağlandığından, iş sahibi, teslim alma borcunun ifasında gecikmek ve dolayısıyla alacaklı temerrüdüne düşmek istemiyorsa tamamlanarak kendisine sunulan eseri teslim almak zorundadır. Aksi durumda iş sahibi, tamamlanarak kendisine teslim edilmek istenen eseri zamanında teslim almaz ise, alacaklı temerrüdüne düşer ve bundan dolayı zarar görür¹⁴. Teslim edilmek istenen eserin ayıplı olması mümkündür. Bu durumda, iş sahibinin eseri teslim alırken ayıplı işler için ihtirazi kayıt ileri sürmesi gereklidir. Buna karşılık, eksik işler için iş sahibinin ayıp ihbarında bulunmasına gerek yoktur¹⁵.

Eserin teslim alınması, Türk ve İsviçre hukuklarında Alman Hukukundan farklı olarak, iş sahibi bakımından bir hukukî mükellefiyeti değil bilakis sadece bir borcu ifade eder¹⁶. Alman Hukukuna göre, iş sahibi, müteahhit tarafından sözleşmeye uygun yani ayıpsız ve sözleşmede kararlaştırılan özellikleri haiz olarak imal edilen eseri (BGB § 633/I) zamanında teslim almakla yükümlüdür (BGB § 640). Bu yükümlülük, iş sahibinin asli bir yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, eserin sözleşmeye uygun imal edilmemesi durumunda iş sahibi BGB § 640'a göre eseri teslim almaktan ve BGB § 320'ye uygun olarak da müteahhidin ücret alacağı talebine karşılık sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürerek eser ücretini ödemekten kaçınma hakkına da sahiptir¹⁷. Bu durumda eserin teslim alınmamış olması nedeniyle iş sahibi temerrüde düşmüş olmaz. Ancak, iş sahibi sözleşmeye uygun olan eseri haber vermeden teslim almaktan vazgeçerse

¹³ Klunzinger, 340 ; Brox, N. 263; Fikentscher, 555; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696; BGB § 638/I, II, 641,644/II.

¹⁴ Honsell, 206; Brox, N.272; Gursky, 117. Ayrıca bk., BK. m. 90 (OR. Art. 91); BGB § 640/I, 284.

¹⁵ Bk., Y.15 HD. 27.12.1988 T., E. 1988/4788, K. 1988/4637 (Erdem, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. III, Adana 1990, 89); 15. HD. 22.2.1977 T., E. 3167, K. 391 (Uçar, 93 vd.).

¹⁶ Bk., BGB § 640; Brox, N. 272; Honsell, 206

¹⁷ Brox, N. 260, 263. Satım sözleşmesinde alıcının teslim alma mükellefiyeti BGB § 433/II' ye göre tam karşılıklı, her iki tarafa da borç yükleyen, bir esas (ana) mükellefiyet değildir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde her iki tarafa borç yükleyen esas (ana) mükellefiyettir. Bu hakkın imkânsız hale getirilmesi, geciktirilmesi ya da reddedilmesi 320-327. maddeden doğan hakları çürütür. Bk., Fikentscher, 554; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 695, 696; Larenz, 274.

temerrüde düşer. Bu durumda da müteahhit BGB § 326'ya göre hareket edebilir. Müteahhit, bizzat dava açmak suretiyle iş sahibini teslim almaya zorlayabilir. Kesinleşen mahkeme kararı da eserin iş sahibince teslim alınmasının yerini alır¹⁸.

Eserin teslim alınmasının gerçekleşme anı, İsviçre Borçlar Kanunu ile SIA - Norm 118' de birbirinden farklıdır. Borçlar Kanununa göre, bir inşaat eserin iş sahibinin arsası üzerinde imal edildiği durumlarda, farklı hükümlerin sonucu olarak iş sahibi (inşaat sahibi), müteahhidin eserin hazır olduğunu kendisine haber vermesi üzerine, eseri tamamlanmış olarak kabul ettiği veya kabul etmek zorunda olduğu anda teslim alma gerçekleşir. Buna karşılık SIA 118 Normuna göre ise, kural gereği ortak muayene sona ermiş ve eserde önemli hiç bir ayıp tespit edilememişse teslim alma gerçekleşmiş olur. Bu farklılığa ilâveten, İsviçre Borçlar Kanunu ile SIA - Norm 118'de, eserin muayenesi ve ihbarı, ücretin muacceliyeti ve ayıptan doğan hakların ortaya çıkışı hususunda birbirlerinden farklı düzenlemeler de mevcuttur¹⁹.

3 - Kabul Kavramı

Daha önceden de belirtildiği üzere, istisna sözleşmesinde teslim almadan farklı olarak kabul (Genehmigung); müteahhit tarafından teslim edilen eserin, sözleşmeye uygun görüldüğü, ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibince yapılan bir irade açıklaması niteliği taşır²⁰.

Hukuki anlamda kabul (onaylama – esere muvafakat), açık veya zımnî bir irade beyanını içerir (BK. m. 362 / OR. Art. 370). Başka bir ifadeyle, kabul beyanı, açık ya da üstü kapalı olarak izhar edilebilir. Açık kabul, açık bir beyan ile, örneğin eserden kıranç duyduğunu açıklayan bir yazı ile, zımnî kabul ise açık bir beyan ile değil aksine üstü kapalı olarak, örneğin bozuklukların bilinmesine rağmen eserin değişikliğe tâbi tutulması ile ya da belirli ayıpların sonuçları üzerinde anlaşma ile (burada tereddüt halinde, iş sahibince bilinen öteki ayıpların onaylanması vardır) ya da yasadaki özel hüküm dolayısıyla, zamanında ayıbı bildirmemek sureti ile gerçekleşebilir. Keza, muayene ve bildirim külfeti yerine getirilmezse eser yine kabul edilmiş sayılır²¹.

18 Bk., BGB § 644/I, II, 293, 372 ve 383; ZPO 888, 894; Fikentscher, 555; Larenz, 262; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696.

19 Bk., Gadiant, 245 vd.

20 Bk., Tandoğan, 127, 217; Velidedeoğlu / Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, 577; Karahasan, İnşaat, İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997, 264; Gauch, Der werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1985, N. 1502; BGE 89 II 409.

21 Becker, Sözleşme, Art. 370, N. 2.

Eserin iş sahibince kabulü, sözleşmenin her aşamasında söz konusu olabilir. Örneğin, iş sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi, daha sonra, hatta muayene ve ayıp bildirimini takiben de ayıplı eseri kabul edebilir. Hatta iş sahibi teslimden önce ayıpları öğrenmişse, daha bu aşamada da eserin bu şekilde teslim edilmesi halinde kabul edeceğini bildirebilir²². Ancak, kabul gerçekleşmiş ise artık, kötü ifa olgusunu düzelter ve müteahhide yöneltilmiş bir irade açıklaması olan kabulden iş sahibi tek taraflı olarak geri dönemez²³. Zira, eserin açık ya da zımnî olarak kabul edilmesi, usulüne uygun muayenede görülemeyen veya müteahhidin kasten sakladığı gizli ayıplar dışında, müteahhidi eserdeki ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtarmakta, iş sahibinin de seçimlik haklarının ve bu arada ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini talep edebilme haklarının kaybına sebep olmaktadır.

Eserin teslim alınması ile eserin kabulü birbirinden farklı kavramlardır. İstisna sözleşmesinde, imal edilen eserin sadece fiilen teslim alınması (rein tatsächlicher Übergabe)²⁴, zilyetliğinin iş sahibine geçmiş olması mutlaka eserin kabul edildiği (onaylandığı) anlamına gelmemektedir²⁵. Zira, eserin kabulünde aranan irade açıklaması unsuruna karşılık, teslim almada iş sahibinin teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur²⁶. Kural bu olmakla birlikte, bazı istisnai durumlarda eserin teslimi ile birlikte kabulün aynı anda gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, iş sahibinin muayeneden vazgeçmesi durumunda olduğu gibi²⁷. Bu tür istisnai durumlar bir kenara bırakılacak olursa, kabul, ancak eserin teslim ve teslim alınmasından sonraki bir aşamada gerçekleşen bir durumdur.

Kavram birliğinin sağlanamadığı terminolojiye dikkat etmek gerekir. Zira, istisna sözleşmesinde teslim alma ve kabul kavramları birbirlerinden farklı kavramlardır. İBK. nun Fransızca metninde kabul (annahme) ve teslim alma (abnahme)

22 Öz, 120.

23 Gauch, N. 1487; Burcuoğlu, 303.

24 Doktrinde haklı olarak zilyetliğin nakli anlamındaki "Übergabe" ile istisna sözleşmesine özgü teslimi ifade eden "Ablieferung" terimleri arasında bir ayrım yapılmaktadır. Zilyetliğin nakli anlamındaki "Übergabe" istisna sözleşmesindeki teslim ve teslimine bağlı sonuçların doğumu için yalnız başına yeterli değildir. Bu konuda bk., Saenger, Zum Beginn der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen, NJW 1997, 1946.

25 Bk., Gadiant, 54; Gautschi, Art. 370, N. 4; Gauch, N. 1502; Karahasan, 264; Tunçomağ' a göre, eserin teslimi onun ismarlayan tarafından kabulü anlamını taşır (bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1038).

26 Tandoğan, 127; Gadiant, 54.

27 Bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1021, ve dn 58a.

kavramları için (acceptation ve reception) ifadeleri kullanılmaktadır²⁸. İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu bakımından teslim ve teslim alma, iş sahibinin ayıp dolayısıyla kendisine tanınan hakların kullanımının, kabul ise, müteahhidin tekeffül sorumluluğunun düşmesinin ve dolayısıyla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kaybetmesinin bir ön şartını oluşturmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, teslim alma ve kabul kavramları mahiyeti ve hukukî sonuçları bakımından birbirlerinden farklı kavramlar olup istisna sözleşmesinde farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

B) TESLİM, TESLİM ALMA VE KABUL KAVRAMLARININ, BAYINDIRLIK İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ, TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN VE SIA - NORM 118' DEKİ DÜZENLENİŞ TARZI

1 - Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi Bakımından

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 41 ve 44. maddelerindeki “muvakkat kabul” ve “kat'i kabul” başlığı altındaki düzenleme, teslim ve teslim alma kavramlarıyla ilişkili bir düzenlemedir. BİGŞ. nin 44. maddesinde ifade edilen kesin kabul, işin ifa olarak kabulü anlamına gelmektedir (BK. m. 362).

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin uygulandığı yapım ve hizmet işlerine ilişkin bir istisna sözleşmesinde, kesin kabul işlemi, BİGŞ. nin 41. maddesinde belirlenen usul ve yöntemlere uygun olarak, belirlenen tarihte (teminat süresi içinde)²⁹ müteahhidin başvurusu üzerine idarece kesin kabul heyeti oluşturularak gerçekleştirilir. Ancak, BİGŞ. nin 23. maddesinin 1. fıkrasına göre, kesin kabul işleminin idare tarafından onaylanması tarihine kadar müteahhidin her türlü sorumluluğu devam etmektedir. Yine, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince, bu süre zarfında müteahhit, inşaattaki kusur ve noksanlardan dolayı idarece gerekli görülecek bütün tamirat ve düzeltmeleri, kanal, şose, sanayi imalatının daimi bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmaya mecburdur.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 41. maddesinde belirtilen geçici kabul ise, inşaatın idare tarafından teslim alınmasını ifade etmektedir. Burada artık inşaat tamamlanmış olup tamamlanan eserin idarece teslim alınması söz konusudur. Eserin teslim alınması anlamına gelen geçici kabul şu şekilde gerçekleşir: Eserin

²⁸ Honsell, 206.

²⁹ Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek olan süreye teminat süresi denir. Bütün yapım ve hizmet işlerinde teminat süresi BİGŞ. m. 42 uyarınca genellikle 12 aydır. Ancak bu sürenin işlerin özelliğine göre artırılması ya da eksiltilmesi mümkündür (Gönülal, Yapı İşleri Uygulaması, Ankara 1990,187).

imalini tamamlayan müteahhit, eserin kesin kabulü için öncelikle, inşaatın tamamlandığını ve teslim alınmasını talep ettiğini belirten bir dilekçe veya telgrafla idareye başvurmak zorundadır. Müteahhidin bu başvurusu üzerine, yapılan işler kontrol tarafından en çok otuz gün içinde ön incelemeye tâbi tutulur. Bu inceleme sonucunda, işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işleminin yapılmasında bir engel bulunmadığı tespit edilirse, kontrol tarafından 'Geçici Kabul Teklif Belgesi' düzenlenerek ita amirine gönderilir. İta amiri de en geç on gün içinde üç kişiden ibaret Geçici Kabul Komisyonu'nu oluşturur. Bu komisyon, belirlenmesini takiben en geç on gün içinde işyerine giderek müteahhit tarafından yapılan işleri muayene eder ve muayene sonucunda işin BİGŞ. m. 41/4' de aranan şartlara uygun olduğu ve dolayısıyla geçici kabule hazır bulunduğu tespit edilirse 'Geçici Kabul Tutanağı' düzenlenir. Geçici kabulün yapılabilmesi için ya inşaatın noksansız olması veya noksan varsa, bunun bedelleri toplamının inşaatın tamamının bedelinin yüzde beşinden fazla olmaması gerekir. Keza, bu oranı geçmeyecek kusur ve eksikliklerin de, işin idareye teslimine, inşaatın kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte bulunması gerekir.

Geçici kabul komisyonunca inşaatın sözleşme, şartname ve teknik kurallara uymadığını, belirtilen nitelik ve oran içinde kalan noksanlar olduğunu tespit ederse, geçici kabul zabıtnamesi yapılarak ve bu noksanları gösterir bir ek liste düzenlenir, bunların tamamlanması için de müteahhide bir süre verilir. Eğer tespit edilen noksanlar geçici kabul zabıtnamesinde belirtilen sürede bertaraf edilmemişlerse ana sözleşmede belirlenen cezaî şartın dörtte biri gecikmeden dolayı cezaî şart olarak talep olunur ve geçici kabul de bu noksanların tamamlanmasına kadar ertelenir. Bu durumda teminat süresi işlemeye başlamaz.

Geçici kabulün yapıldığı tarih, bu sürenin bitim tarihi olup, bu tarih zabıtnameye geçirilir. BİGŞ. nin 42. maddesinde belirtilen teminat süresi esas itibariyle bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin sistemi içinde geçici kabul, sadece tamamlanmış inşaatın idare tarafından teslim alındığını kanıtlar. Bunun dışında müteahhidin sorumluluğu üzerine bir etkisi olmamaktadır. Nitekim BİGŞ. nin 23. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında, kesin kabul tarihine kadar her türlü sorumluluğun müteahhide ait olduğu, 43. maddede de teminat süresi içinde ortaya çıkacak bozuklukların müteahhit tarafından giderileceği, 44. maddede ise teminat süresi içinde müteahhide atfedilecek hiçbir bozukluk ve noksan görülmediği takdirde kesin kabulün yapılabileceği açıkça belirtilmektedir. Görülüyor ki, idare, geçici kabule rağmen, bozukluklar hususunda haklarını saklı tutmaktadır. Geçici kabul zabıtnamesine ekli listede gösterilip tamamlanması istenen bozukluklar dışında bozuklukların varlığı teminat süresi içinde belirlenebilirse

bunun onarılması veya düzeltilmesi müteahhitten istenebilecektir. Çoğu zaman büyük ve karışık inşaat tekniğini gerektiren işlerin, geçici kabulün yapıldığı kısa süre içinde sözleşme, şartname ve teknik kurallara uygunluğunun denetlenebilmesinin olanak dışı olması karşısında teminat süresi, emniyet ihtiyacından doğmuştur. İlk anda gözden kaçabilecek noksanlıkları ortaya çıkarabilmek, aynı zamanda teslim alınan inşaatın dış etkenlere karşı dayanıklılığını denetleyebilmek için, idare, teminat süresi denilen bir süreyi gerekli görmüştür. Bu süre içinde kullanılmadan doğacak aşınma ve eskimenin dışında kalıp inşaatın kötü yapılması sonucu ortaya çıkan bozukluklar veya sonradan belirlenecek noksanlar dolayısıyla müteahhit sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla, geçici kabul, kesin kabul için eserin gerekli denetiminin yapılabilmesini sağlama amacı güden bir işlemdir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 44. maddesine göre yapılacak kesin kabul ile, muayene ve ihbar süresi geçirilerek bildirilmemiş olan açık bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona ermektedir. Buna karşılık, kesin kabulden sonraki gizli bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğu Borçlar Kanunundaki müteahhidin sorumluluğu hükümlerine tâbidir. Kesin kabul için kurulan komisyon teminat süresi içinde müteahhidin borçlarını yerine getirip getirmediğini, kullanmanın sebep olacağı eskime ve aşınma ötesinde inşaatın fena yapılmasından doğan bir bozukluk veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir noksan olup olmadığını tetkik ederek, bu hususlarda bir eksiklik görmezse kesin kabul zabıtnamesini düzenler ve böylece kesin kabul gerçekleşmiş olur.

İşin özelliği ve sözleşmenin imkân tanınması durumunda geçici ve kesin kabulün bir arada yapılması da mümkündür. Böyle bir durumda ayrıca kesin kabul işlemine gerek kalmaz. Kontrol hizmeti ihalelerinde, kontrolü yaptırılan işin geçici ve kesin kabullerinin yapılıp kesin hesabın da idarece onanması, kontrol hizmetini yükümlenen müteahhidin de hizmetinin kabulü anlamına gelir. Proje ve hizmet işlerinde ise, işin bitirildiğine ilişkin tutanağın yetkili makamca onaylanması ile hizmet bitirilmiş ve kabul edilmiş sayılır³⁰.

2 - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, yalnızca tüketiciye arz edilen mal ve hizmetlere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Kanunun 3. maddesine göre, mal, 'ticaret konusu taşınır eşyayı', hizmet ise, 'bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri' ifade etmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan bir istisna sözleşmesinin bu kanun kapsamına girmesi

³⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Kural / Kılıçbay /İzmir, İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, 1057 vd. ; Seliçi, 37 vd. ; Gönülal, 181 vd.

için, konusunu taşınırlara ilişkin olarak 3. maddede belirtilen nitelikte tüketim amaçlı faaliyetlerin oluşturması gerekir. Taşınmazlar, tüketim kavramıyla bağdaşmayacağı için konusunu taşınmazların oluşturduğu bir istisna sözleşmesi TKHK. kapsamı dışında kalır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren istisna sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarını, belirli bir meslek veya sanatı icra eden müteahhit ile tüketici sıfatını haiz olan iş sahibi oluşturur.

4077 sayılı Kanunun kapsamına da girebilen ve konusunu bir taşının oluşturduğu, örneğin, satım, karz, istisna gibi³¹ tüketim amacının söz konusu olabileceği sözleşmelerde, sözleşmeden doğan asli borcun yerine getirilmiş sayılabilmesi için, taşının, mülkiyeti geçirci etkisi üzerinde anlaşılacak zilyetliğinin devredilmesi gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 2. maddesi gereğince, tüketim sözleşmelerinin konusunu taşınır mallar oluşturacağından, sözleşmeye konu olan taşınır malların devri Medeni Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilir. Zira, TKHK. nun 30. maddesinde, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde sözleşmeye konu olan bir taşının zilyetliğinin devri, Medeni Kanundaki yollarla yani, fiilî teslim (MK. m. 890), fiilî hakimiyeti temin edecek vasıtaların teslimi veya eşyanın hak sahibinin hakimiyet sahasına dahil edilmesi, hükmen teslim (MK. m. 892), kısa elden teslim ya da eşyayı temsil eden senetlerin teslimi suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak, zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet de iş sahibine geçirilmedikçe müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz³². İfa yeri ve zamanına ilişkin hususlar ise tamamen Borçlar Kanununa göre belirlenecektir.

Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi bir istisna sözleşmesinde teslim edilen ayıplı eserin iş sahibince açık ya da zımnî bir şekilde kabul edilmesi, müteahhidi sorumluluktan kurtarmaktadır. Aynı sonuç 4077 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olan bir istisna sözleşmesi bakımından da söz konusu olmaktadır. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre, tüketici, hizmetin ayıplı olduğunu bilerek almışsa³³, örneğin, diktirdiği elbisenin hatalı olduğunu ya da boyanan

31 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Aslan, *Tüketici Hukuku (ve İlgili Mevzuat)*, Bursa 1996, 4 vd. ; Akıncı, *Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması*, Konya 1998, 43 vd.

32 Bk., Öz, 167.

33 Tüketicinin aldığı malın / hizmetin (eserin) ayıplı olduğunu biliyor sayılması için satıcı veya imalatçı / hizmeti veren (müteahhit) tarafından kullanılmış, tamir edilmiş veya ayıplı mal üzerine veya ambalajına, alıcının kolayca okuyabileceği şekilde "özürdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Bu durum, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir (TKHK. m. 4/7). Tüketicinin satın aldığı malın ayıplı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği satıcı tarafından ve ancak m. 4 / 7' ye göre fatura, fiş gibi satış belgelerinde açıkça yazılmak suretiyle kanıtlanabilecektir. Bk., Aslan, 107 vd. ; Akıncı, 52 vd.

duvarda yer yer dalgalar bulunduğunu görerek bunu kabullenmişse veya hizmeti teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde, hizmetin alelade ayıplarını müteahhide bildirmemişse, eser kabul edilmiş sayıldığından artık müteahhidin sorumluluğu yoluna başvurulamaz³⁴.

3- SIA 118 Normu Bakımından

SIA - Norm 118' de³⁵ kabul kavramı karışık olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, İBK. daki kabul kavramına göre daha fazla unsur içermektedir. Kanuni düzenlemede teslim, sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesi maksadıyla eserin yalın bir şekilde iş sahibine verilmesiyle oluşur. SIA - Norm 118' e göre teslim için yapılan bu tanım yalnızca amaca ulaşma için geçerlidir. Fakat, kabulün gerçekleşmesi usulü için bu tanım geçerli değildir. Çünkü, burada müteahhit eseri tamamladığını bildirecek, taraflar da eseri birlikte kontrol ederek yaptıkları kontrolün neticesini bir protokolde tespit edeceklerdir.

Hukuki düzenlemeye uygun olarak SIA - Norm 118'de bulunan kabul ve teslim kavramları birbirleriyle bağlantılı kavramlardır. Bu yüzden genellikle kabul kavramı kullanılır. Teslim alma şu şekilde gerçekleşir:

Müteahhit iş sahibine eserin hazır olduğunu bildirmek suretiyle kural gereği teslimi gerçekleştirir (SIA - Norm 118 Art. 158). Bu bildirme kanuni düzenlemenin aksine sözlü veya yazılı olabilir, fakat zımnî olamaz. Bu bildirim, eserin kullanıma alınmasının yerini alır (SIA - Norm 118 Art. 158/I).

Müteahhidin eserin tamamlandığını bildirmesi ve iş sahibinin de buna karşın eseri kullanmaya başlaması, 1 aylık sürenin başlangıcını oluşturur. Bu süre dahilinde tarafların eseri birlikte muayene etmeleri gerekir. SIA - Norm 118, sürenin

³⁴ Zevkiler, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998, 339. Ayrıca bk., TKHK. m. 4/II, VI, BK. m. 198/II.

³⁵ SIA-Norm 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben vom Schweizerischen Ingenieur - und Architekten - Verein (SIA), Ausgabe 1977/1991. Avrupa ülkelerinde mühendis ve mimar derneklerinin teknik kuruluşlarla birlikte hazırladıkları İnşaat İşlerinin İfasında Uyulması Gerekli Esaslar, inşaat işlerinde mutad olan, belirli bir zanaatkar ediminin hangi nitelikleri taşıması gerektiğini ve müteahhidin nelerden sorumlu olduğunu gösteren kuralları içerirler. Fakat bu kurallar, taraflarca kararlaştırılmış ve sözleşmenin diğer hükümlerine aykırı değilse, uygulanırlar. İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri bakımından yabancılik unsuru taşıyan milletlerarası inşaat sözleşmelerinde standart kurallar uygulanmaktadır. Bu standart kurallar arasında en çok başvuru alan da FIDIC (Federation Internationale des Ingenieurs Conccels, International Federation of Consulting Engineers Internationale Vereinigung Beratender Ingenieure = "Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu") kurallarıdır. Bunun yanında İsviçrede inşaat işlerinde uygulanmakta olan SIA-Norm 118 kuralları da bu tür kurallara örnek olarak gösterilebilir.

nasıl hesaplanacağına dair bir kural içermemektedir. Bu yüzden kanuni yollara başvuru için öngörülen süreler hakkında İBK. nun genel hükümleri geçerli olur. Farklılıklar yaptıkları etki ve ihbarın şekli bakımındandır. İhbarın içeriğinde hukuki düzenleme açısından fark yoktur. Her iki durumda da eserin bitirildiği haber verilir. Her ikisi arasındaki fark, sırf daha önceden de söylendiği gibi eserin tamamlandığının haber verilmesinin şekli bakımındandır.

SIA - Norm 118' e göre de, eserin teslim edilmesi ancak eser tamamlanmışsa gerçekleşebilir. Eser kanuni kurallara göre tamamlanmışsa, sözleşmede öngörülen bütün yükümlülükler yürürlüğe girer. Sözleşmeyle ilgili yükümlülüklerle, inşaatın içerisinde düzenlenmesi, temizlenmesi ve eserin imali esnasında ortaya çıkan bütün hafriyatın alınması da dahildir. Ayıplı olma eserin tamamlanması açısından bir anlam taşımaz. SIA - Norm 118' de kullanılan bitirilme kavramının bundan başka İBK. daki tamamlanma kavramından farkı yoktur.

SIA 118 Normunun 158. maddesinin 2. fıkrasında, eserin tamamlandığının bildirilmesinden sonra 1 aylık bir süre içerisinde, inşaatı sevk ve idare edenle (iş sahibi, kontrolör ya da temsilcisi olabilir) müteahhidin eserin birlikte kontrol edilmesi gerektiği öngörülmektedir³⁶. Eğer iş sahibi daha önceden bir kontrolör ya da temsilci görevlendirmemişse, muayeneyi bizzat kendisi üstlenmek zorundadır. Keza, iş sahibi ayrıca bu konuda verdiği vekâleti istediği zaman feshedebileceği için muayeneyi bizzat yürütmeye yetkilidir de. İş sahibinin muayeneye katılması için esas itibarıyla konuyla ilgili özel bir bilgiye sahip bulunması zorunlu değildir. Gerçi, müteahhidin SIA - Norm 118 gereğiyle, eseri birlikte muayene borcu yoktur. Fakat o muayeneye katılarak ve iş sahibine muayene için gerekli bilgileri vermek zorundadır. Şayet müteahhit muayeneden önce, muayene esnasında ya da muayeneden sonra ayıpları hileli olarak iş sahibinden gizlerse, bunlar için ayrıca sorumlu olur. SIA - Norm 118, muayenede gösterilmesi gereken özen için bir ölçü belirlememiştir. Keza, iş sahibinin bir uzman gibi muayeneye katılma mecburiyetinin de olup olmadığını belirtmemiştir. Bu yüzden iş sahibi veya kontrolör, müteahhidin, mantıklı bir sözleşme ortağından beklenilebilen dikkat ve randımanla eseri muayene etmek zorunda olduğunu sözleşmede kararlaştırabilirler.

Burada somut durumlarda objektif olarak hukuka uygun özen gösterilmesi e-

³⁶ Eserin birlikte muayenesi, müteahhide, uyuşmazlıkları doğrudan doğruya konuşabilme, uyuşmazlık hususunda açıklama yapabilme ve kendi mükellefiyetleri hakkında bir fikir edinebilme, inşaat sahibine ise, daha büyük bir avantaj olarak önemli ayıplar olduğunda teslim almayı geciktirebilme ve her şeyden öncede zaman olarak ayıpları kolayca ihbar edebilme imkânını sağlar (Gadient, 247).

sastır. Ancak, yalnızca müteahhidin muayeneden mesul tutulması ve kendisinin bilgi verme mükellefiyetinin bulunması, iş sahibinin mesleki bilgisine olan talebi azaltır. İş sahibinin, müteahhidin verdiği bilgiye uymama hakkı vardır. Keza iş sahibi, müteahhidin bütün ayıpları belirleyemeyeceğini de öngörmek zorundadır.

Eğer özenle yapılan muayene esnasında önemli ayıplar tespit edilirse başka bir şeye gerek kalmaksızın iş sahibince eserin teslim alınması kolaylıkla reddedilebilir. İş sahibinin onarım için müteahhide uygun bir süre vermesi gerekir. Müteahhit, onarımdan sonra iş sahibine işin bitirildiğini yeniden bildirir . Bu durumda, söz konusu 1 aylık süre dahilinde yeniden ortak bir muayenenin yapılması zorunludur.

Önemli ve önemsiz ayıplar arasındaki sınırlamanın, eserin teslim alınması bakımından özel bir önemi vardır. SIA - Norm 118, sınırlandırma hususunda esas fark kriteri olarak ayıbın, eserin tamamına ya da eserin bir kısmına olan ilişkisini (bağlantısını) göz önüne almaktadır. Önemli (nitelikli) ayıplar, her iki tarafça öngörülen eserin kullanım amacına hanel getirmektedir. Bu yüzden eserdeki bu tür ayıplar, mümkün olduğunca çabuk giderilmelidir. Önemli ayıpların tespitinden sonra teslim alma gerçekleşmediği için müteahhit ayıpların giderilmesine zorlanır.

Eserdeki ayıpların kullanım amacına aykırı nitelikte olması her iki taraf açısından önemli olmalıdır. Bu sonuca taraflar arasında yapılan istisna sözleşmesi yorumlanmak suretiyle varılmalıdır. Eğer iş sahibi, müteahhide ilk muayeneden ve önemli ayıpların tespitinden sonra ayıpların giderilmesi için hiç bir süre vermezse ya da ayıpların giderilmesinden sonra 1 aylık süre zarfında ikinci ortak muayeneye katılmazsa, eser önemli ayıplara rağmen kabul edilmiş sayılır.

Eğer ortak muayene esnasında önemli olmayan (niteliksiz) ayıplar tespit edilirse, teslim alma buna rağmen muayenenin yapılmasıyla birlikte gerçekleşir. Gerçekten, önemli ayıpların mevcut olması fakat bunun hiç bir tarafça farkına varılmamasının ya da önemli ayıpların daha sonradan oluşup oluşmamasının önemi yoktur. İş sahibinin bu durumda müteahhide eserde tespit edilen önemsiz ayıpların giderilmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Eğer muayene esnasında hiç bir ayıp tespit edilmemiş olursa eser muayenenin bitirilmesiyle birlikte kabul edilmiş sayılır. SIA - Norm 118 Art. 158/III' de taraflardan ortak muayenenin sonucunu kural gereği bir protokole bağlamaları öngörülmektedir.

Eğer 1 aylık süre zarfında taraflardan her ikisi de talep etmez ya da iş sahibi tarafından katılım gerçekleşmediği için muayene gerçekleşmez ise, eser kabul edilmiş sayılır. Kabul, başka bir şeye gerek kalmaksızın kullanılmayan bu muayene süresinin son gününün bitimi ile başlar. İş sahibinin sürenin kullanılmadan geçmesinde bir kusurunun olup olmadığının önemi yoktur. İhmal için ayrıca iş sahibi tarafından görevlendirilen kontrolör de sorumlu olabilir.

SIA - Norm 118, m. 164/T' de bir ispat hükmü tespit eder. Belirli olayların mevcudiyeti halinde yani muayene süresinin kullanılmadan geçişi durumunda başka bir şeye gerek kalmaksızın mevcut olayda kabulün gerçekleştiğine hükmedilmelidir. İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 8. maddesine aykırı olan ispat yükümlülüğü sözleşmeleri, istisna sözleşmesi hukukunda da geçerlidir. SIA - Norm 118, muayenesiz kabulün oluşumu için aykırı bir anlaşmanın taraflarca ispat edilip edilemeyeceği ve hangi şartlarda ispat edilebileceği hususunda her hangi bir bilgi içermez. 164. maddeye göre eser veya eserin bölümü bu sürenin sona ermesiyle kabul edilmiş sayılır³⁷.

C) ESERİN TAMAMLANMASI VE İŞ SAHİBİNE TESLİMİNİN GERÇEKLEŞMESİ USULÜ

1- Eserin Tamamlanması Usulü

İş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde eserin teslimi, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Eserin tamamlandığına ilişkin bu bildirim ise, açık veya zımni bir irade beyanıyla yapılabilir. Eserin tamamlanmadığı ve tamamlanmayan eserin iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanması durumlarında, teslim ve teslim alma gerçekleşmez³⁸. İş sahibi, tamamlanmamış eseri müteahhidin bildirimini beklemezsizin kullanmaya başlamış ise, artık teslimin hukukî sonuçlarından bildirim yapılmadığı itirazında bulunarak kurtulamaz. Kullanmaya başlama, inşaatın sonraki aşamasına girişme, bitirilmiş eve girme veya kiracıları taşınmaya bırakma biçiminde olabilir³⁹. Bu yüzden bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa dahi, bu mutlaka teslimin yapılmış olduğunu gösteren bir kıstas sayılmaz⁴⁰.

Eserin tamamlanmış olmasından bahsedilmesi için, o eserde, sözleşmede öngörülen bütün işlerin ifa edilerek eserin teslimine hazır hale getirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, müteahhit, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu bü-

³⁷ Bk., Gadiant, 66 - 75.

³⁸ Gadiant, 56; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1012.

³⁹ Tandoğan, 126. İş sahibinin bir arsası üzerinde yapılan taşınmaz eserlerde teslim gibi geri verme de şahsi anlamda mümkün değildir. Burada iş sahibi bakımından, belirlenen işlerin bitirilmesi ve teslimin mutabık (eş zamanlı) olması gerekir. İnşaat işlerinde, iş sahibinin taşınması tek başına yeterli değildir İş sahibi tek başına karar vererek inşaata konu olan gayrimenkule taşınmaya karar veremez. Taşınma ancak işlerin bitirilmesi sonucunda mümkün olur. Yani işler tamamen bitirilmeden taşınması teslim anlamına gelmez (Pedrazzini, 524).

⁴⁰ BGE 25 II 867; Gautschi, Art. 367, N. 8 - 12 ; Tandoğan, 126.

tün işleri ifa etmiş ise eser tamamlanmıştır⁴¹. Başka bir ifadeyle de, '...Bir eserin tamamlanmış olması eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Müteahhit bunu gerçekleştirmedeği sürece, iş sahibi ayıp ihbarı ile yükümlü tutulamaz. Diğer bir deyimle, müteahhit eseri hukukî ve fiilî anlamda⁴² tamamlayıp teslim etmedikçe, ayıpların ihbarı yükümlülüğünden yararlanamaz⁴³. İşin tamamlanmasına hangi edimlerin dahil olduğu tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yorumundan çıkarılır. Tarafların irade beyanlarına uygun olarak bekledikleri veya bekleyebilecekleri her şeyin yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmede tarafların neyi hedefledikleri veya sözleşmenin hangi edimleri içerdiği hususu ise güven prensibine göre yorumlanmalıdır⁴⁴.

Eserin tamamlanmış sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil (tali) işler (örneğin, bir elektrik anahtarının takılması) eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa bu durumda eser tamamlanmış kabul edilmelidir⁴⁵.

İstisna sözleşmesinde, teslimin yapılmış sayılabilmesi için, müteahhidin üzerine aldığı bütün işlerin (iş sahibinin sözleşmede tanınan yenilik doğurucu bir hakka dayanarak ismarlamada yaptığı değişiklikler de dahil olmak üzere) tamamlanmış olması gerekir⁴⁶. Her ne kadar ismarlanan şeyde yapılan sipariş değişiklikleri eserin tamamlanmasına dahil olsa da, eser ayıplarının giderilmesi buna

41 Pedrazzini, 521; Gadiant, 56; Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 702; Olgaç, Türk Borçlar Kanunu Akdın Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1970 (Borçlar, C.II) 1079; Turanboy, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜEHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990, 154.

42 Y. 15. HD. 13.11.1984 T., E. 1074, K. 3475, "Tamamlanmış olma olgusu, 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 fiilî hakimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukukî teslim anlamına gelir" (Karahasan,260).

43 Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem. C.3, 73).

44 Gadiant, 56. Bu hususta ayrıca bk., YİBK. 25.1.1984 T., E. 1983/3, K. 1984/1 (Erdem, 81; Y.15.HD., 14.5.1992 T., E. 5877, K. 2594 (Uygur, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5, Ankara 1993,673).

45 Tandoğan, 126 ; Turanboy, 155.

46 Tandoğan, 126. SIA - Norm 118' e göre de, eserin teslimi ve teslim alınmasının gerçekleşmesi eserin tamamlanmış olmasına bağlıdır. Bk., Gadiant, 69. Ayrıca bu hususta bk., Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem. C. 3, 73).

dahil değildir⁴⁷.

Ayrıca, eserin tamamlanmış olmasının, eserin ayıpsız olmasından da ayırt edilmesi gerekir. Zira, bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir ve bu durum onun teslimini engellemez⁴⁸. Edimlerin nitelikleri, teslim ve teslim almanın şartları bakımından önemli değildir. Çünkü, müteahhit, eserin tamamlanması için sözleşme gereği olan bütün edimleri gerçekleştirmek zorundadır⁴⁹. Bir inşaat eserinin imal edildiği durumda, inşaatın içerisinde düzenlenmesi, temizlenmesi ve eserin imali esnasında ortaya çıkan bütün hafriyatın alınması sözleşme gereği ifası gereken edimlere dahildir⁵⁰. Fakat, müteahhit eseri bir an önce iş sahibine teslim edebilmek için bu edimleri ayıplı olarak yerine getirmiş olabilir. Müteahhit, bu anlamda eseri teslim edebilmek için sözleşmeyi tamamen yerine getirmiş olmak zorunda değildir. Bu yüzden eserin ayıplı olmaması durumu teslimin şartı değildir. Bu düzenleme, kanun koyucunun müteahhidin yararına olan bir düzenlemesidir. Müteahhidin, eseri teslim edebilme menfaati, iş sahibinin yalnızca kursuz eseri kabul etmesi menfaatinden daha büyük olarak değerlendirilmiştir. Eserin teslim alınması eserin onaylandığı anlamına gelmez. Bu sebeple de, eserin teslim alınmış olmasının iş sahibinin ayıptan doğan hakları üzerinde bir etkisi yoktur⁵¹. Ayıplı bir eserde ayıplı bir çalışma sonucu karşısında bulunulur; henüz sözleşmeye göre borçlu olunan bütün çalışmalar bitirilmemişse eser tamamlanmamıştır. Ancak, bu sebeple eser ayıplı sayılmaz ve müteahhit hakkında ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz⁵². Dolayısıyla, eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması birbirinden farklı iki durumdur. Zira, ayıplı ifa halinde temerrüde

47 Gadiant, 56.

48 Tandoğan, 126; Gadiant, 69. Eserde garanti edilen özelliklerin eksikliği veya ayıpların bulunması, Alman Hukuku bakımından da eserin tamamlanmış olduğunun kabulüne engel teşkil etmemektedir (BGB § 646). Aksi takdirde, 638. maddeye yapılan atfın bir anlamı olmazdı (Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 702).

49 Gadiant, 57.

50 Gadiant, 69.

51 Gadiant, 57. Buna karşılık Alman Hukukunda, iş sahibi ayıplı olduğunu bildiği eseri, haklarını saklı tutmaksızın teslim alırsa ifa hakkı ortadan kalkar. Bu durumda yalnızca ayıptan dolayı 635. maddeye göre maddi zarar ziyan tazminatı talep edebilir (BGB § 640/II, BGH Vers R, 74, 292 f). Ancak, iş sahibi eseri teslim alırken ayıptan doğan haklarını saklı tutmuş ise BGB 633 ve 634. maddelerde belirtilen hakları kullanma hakkına sahip olur. Bk., bk., Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 686, 695; Schlechtriem, N. 376; Larenz, 266.

52 Gauch, N. 918, 979 vd.; Tandoğan, 160.

ilişkin hükümler değil, bu konudaki özel hükümler (BK. M. 359 vd.) uygulanır⁵³. Eserin tamamlanmamış ya da ayıplı olup olmadığı şuna göre belirlenir: Eğer, eserin imali çalışmalarının kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulmadan (değiştirilmeden) işe devam mümkünse eser tamamlanmamış, yoksa ayıplıdır⁵⁴. Örneğin, astar sürülmeden boyanın yapılması durumunda eserin tamamlanmaması değil, ayıplı olması söz konusu olur.

Eserin tamamlanması, bazen eserin teslim alınmasının yerini alması bakımından önem taşır. Zira, eserin özelliğine göre, fiilen teslim alınmanın gerçekleşmesi mümkün olmazsa, teslim alınmanın yerini eserin tamamlanmış olması hali alır⁵⁵.

2 - Tamamlanan Eserin İş Sahibine Teslim Edilmesi Usulü

İstisna sözleşmesinde müteahhidin borçlarını düzenleyen Borçlar Kanununun 356. maddesinde eseri teslim borcundan açıkça söz edilmiş değildir. Bununla birlikte, BK. 358, 359/I, 360, 362, 363/II, 364, 368 ve 371. maddelerinde kullanılmış olan 'teslim', 'teslim zamanı', 'işin kabulü' terimlerinden eseri teslim borcunun Türk Hukukunda da zorunlu bir unsur olarak zımnen kabul edildiği sonucunun çıkarılması mümkündür⁵⁶. Zira, eser kavramı maddi olmayan emek sonuçlarını da içine alacak biçimde geniş tutulduğu takdirde, hiç olmazsa maddi eserler için müteahhidin teslim borcunun varlığını kabul etmek gerekir. Hatta maddi olmayan eserlerin fikri muhtevası için de bir teslim borcunun varlığından söz edilebilir. Örneğin, bir projenin yalnız üzerine yapıldığı kağıt bakımından değil, aynı zamanda fikri muhtevası bakımından BK. m. 359/1 (OR. Art. 367/1) anlamında tamamlanmış olarak belli bir günde teslimi istenebilir. Teslim edilen proje, fikri muhtevası bakımından da maddi varlığı olan bir eser gibi muayene edilebilir ve iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı işe, iş sahibi, BK. m. 360/1 (OR. Art. 368/1) gereğince projeyi kabulden kaçınabilir⁵⁷.

Maddi nitelikte olmayan iş görme sonuçlarında teslim, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin örneğin bilimsel görüş veya raporun yazıldığı kağıdın,

⁵³ Tandoğan, 131.

⁵⁴ Gauch, N. 981.

⁵⁵ Klunzinger, 342; Larenz, 275; Brox, N. 265; BGB § 646. Yaratılan eserin niteliğine göre, biçimsel (şekli) teslim mümkün olmazsa ve teslim yerine sözleşenlerin ortak işlemleri geçiremiyorsa, müteahhidin, görülebilir biçimde işini tamamlanmış saydığı ve iş sahibinin eseri kullanabileceği an, teslim diye kabul edilir (bk., Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II, 1; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 521, 1012; Karahasan,258).

⁵⁶ Tandoğan, 124; Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, 479; Turanboy, 154; Karahasan,254.

⁵⁷ Bk., Tandoğan, 125, dn.47.

müzik eserinin kaydedildiği bandın iş sahibine verilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Kanaatimce, maddi iş görme sonuçlarında olduğu gibi, en azından fikri muhtevası bir şey üzerinde cisimlenebilen, teslimde elverişli gayri maddi iş görme sonuçlarında da teslim gerekli ve zorunludur. Zira, kanun koyucu istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim, iş sahibinin de teslim alma borcuna ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartı olarak muayene ve ihbar gibi önemli hukukî neticeler bağlamaktadır. Keza, müteahhidin ücret alacağı hakkı teslim anında muaccel olmakta ve bu anda hasar alacaklıya geçmektedir. Dolayısıyla tamamlanan eserin bir an önce iş sahibine teslimi, alacaklının menfaatine olduğu kadar müteahhidin de menfaatlerinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Teslim borcu eseri imal etme mükellefiyetinin hem bir gereği hem de bir sonucudur. Zira, tamamlanan eserin teslimi müteahhidin kendi iş ve eseri meydana getirme sorumluluğundan kurtulma isteğini gösterir. Eğer müteahhit, kanunda belirtilen borçlarını gereği gibi ifa etmek istiyorsa, işi zamanında sonuçlandırmak ve imal ettiği eseri ayıpsız olarak iş sahibine teslim etmek zorundadır⁵⁸. Başka bir ifadeyle, istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri imal etme (hazırlama) mükellefiyetinin yanında bir de imal ettiği eseri zamanında iş sahibine teslim etme mükellefiyeti söz konusudur. Dolayısıyla, her iki mükellefiyet de gerek iş sahibinin gerekse müteahhidin sözleşmeden beklediği menfaatlerin bir an önce elde edilmesine hizmet eden, birbirlerini tamamlayan ve müteahhit tarafından ifası gereken farklı edim mükellefiyetleridir⁵⁹.

Teslim borcu zamanında ifa edilmediği takdirde müteahhit temerrüde düşer ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır⁶⁰. Buna karşılık, teslim borcunun zamanında ifa edilmesine rağmen teslim edilen eserin ayıplı ol-

⁵⁸ Pedrazzini, 515, 524.

⁵⁹ Gautschi, Art., 363, N. 4; Dayınlarlı, 27 ; Tandoğan, 124 - 125; Karahasan,191. Ancak, eserin zamanında imal edilip iş sahibine teslim edilebilmesi için iş sahibinin de imal faaliyetine katılması zorunlu ise (örneğin, bir terziye ısmarlanan elbisenin provasının yapılması gibi), iş sahibi, bu faaliyete zamanında iştirak etmek zorundadır. Aksi takdirde, eserin zamanında imal ve teslim edilmemesinin olumsuz sonuçlarına kendisi katlanır. Bu durumda, iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşeceğinden müteahhit, zamanında prova yapamamasından dolayı harcadığı zaman için uygun bir tazminat isteyebileceği gibi dilerse iş sahibine uygun bir süre tanıdıktan sonra sözleşmeyi de feshedebilir (BGB § 643) (bk., Gursky, 117).

⁶⁰ Müteahhit teslim borcunu ifada temerrüde düşerse, özel bir hüküm olmadığı için, BK. m. 96 vd. (özellikle 101-108) hükümleri uygulanır. Kural olarak müteahhidin temerrüde düşmesi için, iş sahibi tarafından ona ihtar çekilmesi gerekir. Teslim tarihinin taraflarca birlikte tayin edildiği (BK. m. 101/II) veya ihtarın faydasız kalacağı hallerde (BK. m. 107/b.1) artık temerrüt için ihtara gerek yoktur. Temerrüdün sonuçları bakımından BK. m. 102 - 108 uygulanacaktır. Bk., Aral, 359 vd. ; Zevkliler, 331; Dayınlarlı, 91 vd.

ması durumunda, temerrüt değil, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur ve kendisi hakkında BK. m. 360 vd. hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, müteahhit bu tür bir sorumluluğa muhatap olmamak ve sözleşmeden beklediği menfaatleri bir an önce elde etmek istiyorsa, gerek sözleşmede gerekse kanunda belirtilen mükellefiyetlerini tam olarak yerine getirmelidir. Bu bakımdan da müteahhit, imalini üstlendiği işi sözleşmeye uygun olarak zamanında tamamlamalı ve tamamladığı eseri de aşağıda belirtilen esaslar dahilinde iş sahibine teslim etmelidir⁶¹.

a) Teslim Borcunun İfası Usulü

Teslim borcu, genellikle, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre tamamlanan eserin sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği temsilcisine usulüne uygun bir şekilde sunulup verilmesi, başka bir ifadeyle, eser üzerinde onların doğrudan doğruya zilyet olmalarının sağlanması⁶² suretiyle ifa edilir. Yeniden imal ya da inşa edilen taşınır eserler bakımından durum böyledir. Bununla birlikte bazı durumlarda bu borcun, iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumunun ortadan kaldırılması⁶³ ve eserin iş sahibinin kullanımına hazır olduğunun bildirilmesi suretiyle de ifası mümkündür⁶⁴. Teslimin yapılmış olması, müteahhit tarafından eserin fiilî ve hukukî anlamda tamamlandığı, sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirildiği ve icra edildiği anlamına gelir. Ancak, teslimin yapılmış sayılabilmesi için, müteahhidin teslim niyeti iş sahibi tarafından anlaşılabilir olmalıdır⁶⁵.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin teslim borcunun ifası, imal edilen eserin türüne yani taşınır veya taşınmaz oluşuna göre ya da eserin bağımsız bir maddi varlığa sahip olup olmamasına göre farklı şekilde gerçekleşir. Şöyle ki:

61 Bu hususta bk., Pedrazzini, 515 ; Y.15.HD. 17.11.1986 T., E. 1986/830, K. 1986/3860 (Erdem, 73).

62 "İş sahibinin doğrudan doğruya zilyetliğinin sağlanması, yeniden imal veya inşa edilen eserin iş sahibine teslim edilmesi ya da iş sahibince tamir veya işlenmek üzere müteahhide verilen şeyin imal faaliyeti neticesinde tekrar iş sahibine geri verilmesi şeklinde olabilir. Sağlanacak olan zilyetliğin her zaman asli zilyetlik olmasına da lüzum yoktur; bir şeyin kiracısı onu tamir için bir ustaya vermişse, şeyi geri aldığı vakit fer'i zilyet olmaktadır" (Tandoğan, Borçlar, 125).

63 Örneğin, bir taşınmazın bozuk olan su ve elektrik tesisatlarının onarımında iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumların onarım marifetiyle ortadan kaldırılması söz konusudur (bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1012; Gautschi, Art. 363, N. 5; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. II)

64 Bk., Tandoğan, 125; Dayımlarlı, 38; Turanboy, 154; Gadiant, 54 vd.

65 Olgaç, Borçlar, C. II, 1079.

aa) İmal Edilen Eserin Taşınır veya Taşınmaz Oluşuna Göre

Sözleşmenin konusunun bir taşınır eserin imali olduğu durumlarda, imal edilen eserin teslimi borcu, eserin tamamlanmasını müteakiben müteahhit tarafından mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi suretiyle yerine getirilir. Buradaki nakil borcu, işin niteliğinin gerektirdiği ve bu bakımdan taraflarca başlangıçta kararlaştırılmış sayılan bir borçtur⁶⁶. Mülkiyeti nakil borcu ise, ancak, malzemesini müteahhidin tedarik ettiği taşınır bir eser imaline ilişkin istisna sözleşmelerinde (eser teslimi sözleşmesi) söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde müteahhidin teslim borcu yanında satım akdine kıyasen mülkiyeti sağlama borcu da bulunmaktadır⁶⁷. Aksi durumda, yani eserin imalinde kullanılan malzemenin iş sahibine ait olduğu durumlarda, eser müteahhidin değil iş sahibinin mülkiyetinde olduğundan, bu gibi durumlarda teslim yalnızca zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşir⁶⁸. Örneğin, onarım için müteahhide bırakılan taşınırlarda zilyetliğin geriye geçirilmesi yani nesnenin onarılacak geriyeye verilmesi ile birlikte teslim gerçekleşmiş olur.

İmal edilen eserin mülkiyetinin nakli, mülkiyeti geçirici etkisi üzerinde anlaşarak zilyetliğin iş sahibine devri suretiyle gerçekleştirilir. Zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet iş sahibine geçmedikçe müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz. Uygulamada, zilyetliğin nakli çoğunlukla elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim suretiyle yapılmaktadır. Ancak, zilyetliğin hükmen teslim veya havale yoluyla geçirilmesi suretiyle de mülkiyetin nakli mümkündür. Bununla birlikte, iş sahibi, bu tür bir zilyetlik (ve mülkiyet) devrine rıza göstermek zorunda değildir. Keza, iş sahibi, hazırlanan esere vasıtasız zilyet kılınması dışında bir devir türünü kabul etmemesi durumunda alacaklı temerrüdüne de düşmüş olmaz. Aksine, elden teslim veya iş sahibinin temsilcisine teslim yerine hükmen teslim ya da havale öneren müteahhit borçlu temerrüdüne düşebilir. Yeter ki sözleşmede aksi kararlaştırılmamış veya işin niteliğinden dürüstlük kuralı ışığında bunun mümkün olduğu sonucu çıkıyor olsun⁶⁹.

Teslim kavramının içerisine, gerekli şartlar altında, tamamlanan eserin monte

⁶⁶ Öz, 166 ; Dayınlarlı, 141.

⁶⁷ Tandoğan, 127; Karahasan,258. Müteahhit, meydana getirdiği eserin mülkiyetini iş sahibine geçirmek zorundadır. İstisna sözleşmesi mülkiyetin geçirilmesinin hukukî sebebinin teşkil eder, mülkiyetin geçirilmesi ise eşya hukukunda öngörülen kurallara uygun olarak gerçekleştirilir (Aral, 359). Alman Hukukuna göre, malzemesinin müteahhit tarafından temin edilerek bir eserin imal edilmesi durumunda, sipariş üzerine eser imali söz konusu olduğundan BGB § 651/I' de yer alan özel hüküm burada uygulanır ve müteahhit nakil yükümlülüğü altına girer (bk., Schlechtriem, N. 364).

⁶⁸ Bk., Gautschi, Art. 363, N. 6 c ; Schlechtriem, N. 364; BGE 72 II 349.

⁶⁹ Gautschi, Art. 367, N.9 ; Öz, 167.

edilmesi veya eserin kullanıma hazır hale getirilmesi yani çalıştırılması faaliyeti de dahildir. Örneğin, bir makinenin teslimi onun yerine takılmasıdır; durumun özellikleri gerektiriyorsa bunun işler hale konması ve işleyiş şeklinin açıklanması da teslim borcunun kapsamına girer⁷⁰. Taşınır bir eserin usulüne uygun olarak teslim edilip edilmediği hususunda taraflar arasında ihtilaf çıkarsa, bu bir hukukî fiil olduğundan kural olarak varlığı tanıkla ispat edilebilir⁷¹.

İstisna sözleşmesinin konusunun taşınmaz yapı inşasının olduğu ve taşınmazın inşasının iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı durumlarda ise, kural olarak, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açık veya üstü kapalı (zımnî) bir biçimde iş sahibine bildirilmesi (Mitteilung), maddi bir şeyin verilmesinin yerini alır⁷². Bu bildirim üzerine, iş sahibinin müteahhide ait olan bu yükümlülüğün, onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile de teslim gerçekleşmiş olur⁷³. Bu durumda, müteahhidin imal edilen eserin mülkiyetini iş sahibine geçirmesi söz konusu değildir. Zira, zaten bu durumda imal edilen inşaat arsanın bütünleyici parçası olup, arsa sahibinin mülkiyetindedir. Medeni Kanununun 905. maddesi hükmü uyarınca da arsa sahibi (iş sahibi) zaten eser maliki olarak, zilyetliğin kendisine tanıdığı yetkileri de haiz olduğu için zilyetliğin devri de söz konusu olmaz⁷⁴.

Taşınmaz eserin, arsa sahibinin arsası üzerinde eksiksiz olarak imal edilip görülebilecek bir şekilde tamamlandığı durumlarda, tamamlamadan sonra müteahhitçe taşınmazdan el çekilmesi, eserin iş sahibinin yararlanmasına her bakımdan hazır bir şekilde terk edilmesi, eserin örtülü biçimde bir bildirimle teslimi anlamı-

⁷⁰ Pedrazzini, 521; Becker, Sözleşme, Art. 367, N. 2; Olgaç, Borçlar, C. II, 1079.

⁷¹ Y.15. HD. 15.3.1990 T., E. 1989/3618, K. 1990 / 1157, "Bilindiği gibi hukukî işlem belli bir hukukî sonuç doğuran irade beyanıdır. Buna karşın hukukî fiilin doğurduğu sonuç failin iradesi dışında kalan olgudur. Kural olarak hukukî fiilin varlığı hakkında tanık sözlerine itibar edilebilir. Somut olayda 4 adet tezgahın davacıya teslim edilip edilmediği şeklindeki uyuşmazlık, hukukî fiille ilgilidir. Hukukî işlem, yani akdi ilişki konusunda bir uyuşmazlık bulunmadığına göre bu ilişkinin gerçekleşmesine yönelik olan ve failin iradesi dışında kalan teslim vakıtası hakkında tanık dinlenmesine yasal bir engel yoktur" (YHD., Eylül 1990, C. 13, S. 9, s. 1322).

⁷² BGE 115 II 459 ; 113 II 267. İnşaat sahibi, müteahhidin beyanını beklemeden bitmiş inşaatı kullanmaya başlarsa, inşaatı teslim aldığı kabul edilir (Seliçi, 37).

⁷³ Gautschi, Art. 363, N. 5a - 5b ; Gadiant, 54; Seliçi, 37; Tandoğan, 125; Turanboy, 154; Aral, 358. Karahasan' a göre, iş sahibinin fiili egemenliğini engelleyecek tüm engeller ortadan kaldırılarak, bu durum iş sahibine bildirilmeli ve bu suretle iş sahibinin taşınmaz üzerindeki fiili egemenliği kullanması sağlanarak teslim gerçekleştirilmelidir (bk., Karahasan,255 vd.).

⁷⁴ Öz, 168 vd. ; Turanboy, 154.

na gelmektedir⁷⁵. Ancak, bu şekilde bir teslim, olağan şartlar altında, taşınmaz inşasının tamamlandığının iş sahibince anlaşılabilirliği veya anlaşılması gerektiği durumlarda söz konusu olabilir. Aksi durumda yani taşınmazın inşasının tamamlandığının kolayca anlaşılamayacağı ve iş sahibince makul şartlar altında anlaşılmasının da beklenemeyeceği ya da bildirim sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı hallerde müteahhit eserin tamamlandığını iş sahibine bildirmek zorundadır. Ancak müteahhit, inşasını tamamladığı taşınmazı, iş sahibinin açıkça anlayabileceği bir tarzda iş sahibinin tasarrufuna bırakmışsa, bu durumda ayrıca bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Bu hususların tespitinde ise her halükarda Medeni Kanunun 2. maddesinde belirtilen genel bir hukuk kaidesi olan 'dürüstlük prensibi' göz önünde tutulmalıdır.

Taşınmaz sahibinin oturduğu konutta yapılan onarımlarda işin sonunda teslimin fiilen elden ele geçirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda da, müteahhidin iş sahibine işin bittiğini bildirmesi ve iş sahibinin de işin tamamlandığını kabul etmesi ile birlikte teslim gerçekleşmiş olur. Başka bir ifadeyle, eserin imalının tamamlanarak iş sahibinin yararlanmasına terk etmek ya da tamamlandığının ihbar edilmesi kesin olarak eserin usulüne uygun bir biçimde teslim edildiği anlamına gelmez. Taşınmaz niteliğinde olan şeylerin onarımında, onarımın tamamlanabilmesi için zilyetliğin müteahhide geçirilmesi gerekli değildir. Teslimin gerçekleşebilmesi için, iş sahibinin taşınmaz üzerinde yeniden egemenliğinin sağlanması gerekir. Örneğin, müteahhidin inşaat iskelesini sökmesi, tamir için getirdiği alet ve araçlarla uzaklaşması, çukurları kapatması gibi durumlarda inşaat üzerindeki egemenliği yeniden sağlanmış olur. Dolayısıyla, sözleşmenin konusunun taşınmazın onarımının teşkil ettiği durumlarda, usulüne uygun bir teslimden söz edebilmesi için taşınmazda kurulan baraka, şantiye gibi şeyler ile taşınmazın içinde ve dışında bırakılan, iş sahibinin eserde fiili egemenliğini gereği icra etmesini olumsuz etkileyecek olan malzeme ve inşaat artıklarının ortadan kaldırılması gerekir. İş sahibinin fiili egemenliğini gereği gibi kullanmasına engel olan bu tür engeller ortadan kaldırıldığı anda teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁶.

bb) İmal Edilen Eserin Bağımsız Bir Maddi Varlığa Sahip Olup Olmamasına Göre

Bir duvarın boyanması, aletin onarılması, evin elektrik tesisatının yapılması, binanın döşenmesi, cihazın takılması gibi eser borçlarında, bağımsız bir eserin iş sahibine nakli söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tür borçların ifasında mülkiye-

⁷⁵ Tandoğan, 125; Seliçi, 37.

⁷⁶ Bk., Gautschi, Art. 367, N.8, 12; Gadiant, 55; Tandoğan, 125-126; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Turanboy, 154; Öz, 169; Karahasan, 255; Dayınlarh, 141.

tin devri söz konusu olmaz. Her ne kadar bu gibi durumlarda teslimden söz edilmekteyse de, buradaki teslim maddi anlamda bir teslim olmayıp, iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumun müteahhit tarafından ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir⁷⁷.

Eserin maddi olmayan çalışma sonuçlarından ibaret olduğu durumlarda, bunların üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin (eser taşıyıcının, Werktrager-örneğin mütalâa veya raporun yazıldığı kağıdın, müzik eserinin kaydedildiği bantın-) iş sahibine verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁸. Eserin mahiyeti maddi anlamda bir teslimi imkânsız kılıyorsa, o zaman teslim, müteahhidin, eseri iş sahibi tarafından görülecek derecede bitirilmiş ve tasarrufa hazır duruma getirmesiyle gerçekleşmiş olur. Örneğin, maddi olmayan eserlerin tesliminde durum böyledir⁷⁹.

b) Teslim Borcunun İfa Yeri

Tamamlanan eserin teslimi borcunun ifa yerinin tespitinde BK. m. 73 hükümünden faydalanılabilir. İstisna sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olup taraflar teslim yeri ve zamanı gibi tali noktaları kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere serbestçe kararlaştırabilirler. Sözleşmede müteahhit, sözleşmeye uygun bir eser imalinin yanında, imal ettiği eseri iş sahibine belirli bir tarihte teslim etmeyi de üstlenebilir. Böyle bir durumda müteahhit, tamamlanan eseri hangi gün ve saatte teslim edeceğini iş sahibine bildirmek zorundadır⁸⁰.

Eser tamamlanınca iş sahibi tarafından mı teslim alınmak için aranacağı yoksa müteahhit tarafından mı ona götürüleceği taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olabilir veya halin icaplarından onların bu konudaki örtülü iradelerinin ne olduğu ortaya çıkarılabilir (BK. m. 73)⁸¹. Öz' e göre, sözleşmede taraflar açıkça

⁷⁷ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Gautschi, Art. 366, N.5b. "... Bazı bağımsız maddi varlığı olmayan eser borçlarında teslimden söz etmek, bu kuruma taşıyamayacağı kadar geniş bir anlam vermek olur. Örnek olarak, iş sahibinin evinin bir odasını boyayan veya bir cam takan müteahhidin işi tamamladıktan sonra orayı terk etmesi, artık 'teslim' diye nitelenmemelidir. Bu iş görülürken müteahhit her hangi bir şeye zilyet olmadığı gibi, iş bittikten sonra da iş sahibinin zilyetliğini rahatsız eden bir durum olduğu ve bu durumun ortadan kalkmasıyla ifanın gerçekleşmiş olduğu biçiminde bir konstrüksiyon da inandırıcı değildir. Böyle sözleşmelerde, eser tamamlandığı anda ifanın (doğru veya ayıplı) gerçekleştiği, bir başka deyişle, teslimsiz ifa edilen bir eser borcu bulunduğu kabul edilmelidir. Kuşkusuz, eksik iş yapıldığı durumlarda ifa söz konusu olmaz" (Öz, 167-168).

⁷⁸ Bk., Tandoğan, 125; Dayınlarlı, 38; Aral, 358.

⁷⁹ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1013; Aral, 358.

⁸⁰ Bk., Olgaç, Borçlar, C. II, 1039 - 1040.

⁸¹ Tandoğan, 126.

veya örtülü olarak ifa yerini kararlaştırmamışlarsa, bu hususta bir adet de bulunmuyorsa, BK. m. 73/b.3 hükmü uyarınca, borcun doğumu anında borçlunun ikametgâhı neresiyse eserin orada teslim edilmesi gerekir. Fakat çoğu kez, istisna sözleşmelerinin niteliği gereği teslim borcunun, müteahhidin çalışma yerinde (dükkan, imalâthane, yazıhane vb.) ifa edileceği kararlaştırılmış sayılır. Örneğin, dikilen elbisenin teslim tarihinde terziden alınması asıldır.

Kanaatimce, taşınır bir eserin teslim borcunun ifa yeri, sözleşme serbestisi prensibi uyarınca öncelikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan yerdir. Sözleşmede ifa yerine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması durumunda, sorun, MK. m. 2 çerçevesinde tarafların bu konuya ilişkin örtülü iradeleri ve nihayet yapılan istisna sözleşmesinin türüne göre bu hususta uygulanan bir adet olup olmadığı tespit edilerek çözümlenmelidir. Böyle bir tespitin yapılamadığı durumlarda ise, borçlunun (müteahhidin) ikametgâhı, sözleşmede icapta bulunan ve sözleşmenin yapılmasında daha fazla menfaati olan iş sahibinin ikametgâhına üstün tutulmalı, tamamlanan eser de iş sahibi tarafından aranmalıdır. Taşınmaz eserler bakımından ise bir sorun bulunmamaktadır. Zira, taşınmaz şeylere ilişkin bir iş görme sonucu (inşa ve tamir) bu şeylerin bulunduğu yerde meydana gelir⁸². Dolayısıyla, taşınmaz şeylerin müteahhitin cüzünü veya teferruatını teşkil edecek eserler de (makinelere gibi) şeyin bulunduğu yerde teslim edilmeli ve takılmalıdır⁸³.

Malzemesi iş sahibi tarafından getirilen, tamir ya da işlenmek için müteahhide bırakılan şeylerin imali tamamlanınca, sözleşmede müteahhidin eseri iş sahibine göndereceği yolunda bir hükme yer verilmiş olmadıkça, tamamlanan eser iş sahibi tarafından aranmalıdır. Buna karşılık, müteahhidin kendi malzemesiyle yeniden imal ettiği taşınır eserlerin, müteahhit tarafından genellikle iş sahibine götürülmesi veya hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere gönderilmesi gerekir⁸⁴.

82 Turanboy, 156.

83 Bk., Tandoğan, 126 ; Yavuz, 480 ; Karahasan,258.

84 Gautschi, Art. 363, N. 6 b-e ; Karahasan,259; Tandoğan, 128; Yavuz, 480; Zevkliler, 331. İmal olunan işin (eserin) iş sahibine götürülmesi veya gönderilmesi suretiyle tesliminin imal borcu içerisine dahil olup olmadığına genellikle karar verilemez. Fakat, anlaşma veya denemeden sonra eğer eser iş sahibi tarafından teslim alınmışsa kabul edilmek zorundadır. Akde veya örf ve adete göre iş sahibinin eseri bizzat imal yerinde aramaya mecbur bulunduğu tespit ve kabul olunmadığı müddet ve nispette, müteahhit, eseri, iş sahibine götürmeye mecburdur (Guhl / Merz / Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, Achte Auflage, Zürich 1995, 481; Gök-türk, Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951,499).

c) Teslim Borcunun İfa Zamanı

İstisna sözleşmesinde teslim borcu zaman itibarıyla müteahhidin iş görme borcunun ifasından sonra ifa edilmesi gereken bir borçtur. Dolayısıyla müteahhit öncelikle sözleşme ile imalini üstlendiği eseri tamamlamalı ve müteakiben de tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibine teslim etmelidir⁸⁵.

İstisna sözleşmesinde taraflar, sözleşme serbestisi prensibi dahilinde uzama ve kısalma sebepleriyle birlikte⁸⁶, belirli bir takvim günü ya da bir süre tayin ederek en geç tayin edilen sürenin sonunu, teslim borcunun ifası zamanı olarak kararlaştırabilirler. Uygulamada genellikle teslim borcunun ifası zamanı taraflarca bu şekilde kararlaştırılmaktadır. Ancak, bu kararlaştırma yapılırken de müteahhide, imal veya inşaya ilişkin olarak iş görme borcunu yerine getirmesi için uygun bir zaman bırakılmalıdır. Büyük inşaat eserlerinde işe başlama, tamamlama ve eseri teslim tarihleri genellikle eserin tamamlanması için gereken süre göz önünde tutularak önceden sözleşmede taraflarca birlikte kararlaştırılmakta ya da böyle bir kararlaştırma yapılmayarak, eserin tamamlanması için gereken süre, işin uzman tarafı olan müteahhidin inisiyatifine bırakılmaktadır. Eserin imali bakımından işe başlama, tamamlama ve teslim tarihinin önceden kararlaştırıldığı hallerde, müteahhit, kararlaştırılan bu süreye riayet etmek zorundadır. Aksi durumda müteahhit akdın feshi müeyyidesiyle karşılaşabilir. Zira, müteahhidin kararlaştırılan sürede işe başlama da gecikmesinin, teslim tarihinde eserin teslim edilemeyeceği tahminine imkân verdiği hallerde, iş sahibi BK. m. 358 f.1'e dayanarak sözleşmeyi feshetmeye yetkilidir⁸⁷.

Teslim tarihinin anlaşmayla belirlenmediği durumlarda, sözleşmedeki bu boşluğun tarafların varsayılan iradesine ve işin niteliğine göre doldurulması gerekir. Bu yapılırken de, deneyimli bir uzmanın zamanında başladığı işi bitirmek için mutad araç, gereçleri ve iş gücünü kullanarak harcayacağı zaman göz önünde tutulmalıdır. Ancak burada, Borçlar Kanununun 74. maddesi hükmünde yer alan hemen ifa ilkesi uygulanmamalı, müteahhide, eseri yaratması ve teslimi için uygun bir süre bırakılmalıdır⁸⁸. Müteahhide bırakılması gereken süre, alış-veriş

⁸⁵ Kural olarak müteahhit, imal ettiği eseri vaktinde iş sahibine teslim ettiğini ispatla yükümlüdür (Bk., Y.15.HD., 28.6.1988 T., E. 4097, K. 2447- Uygur, 890 vd.).

⁸⁶ Taraflar sözleşmede teslimin hangi şartlar altında ve hangi anda yapılmış sayılacağına ilişkin kayıtlar koyabilirler. Ancak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi yine sözleşmede yer verilen sebepler dışında iş sahibi tarafından tek tarafı olarak kısaltılamayacağı gibi, müteahhit tarafından da uzatılamayacaktır (Bucher, 205; Tandoğan, 127).

⁸⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Karahasan, 234 vd.

⁸⁸ Zevkililer, 331; Aral, 358 vd. ; Dayınlarlı, 90.

yaşamının göreneklerine (iş hayatının âdetlerine) göre saptanmalı, müteahhide, eseri meydana getirip teslim edebilmesi için gerekli hazırlanma zamanı da tanınmalıdır. Keza, bir meslek adamı söz konusu ise, onun bazı yüklenimlerinin (taahhütlerinin) de bulunabileceği göz ardı edilmemelidir⁸⁹.

Teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, sözleşme süresiz olarak kabul edildiğinden, işe gecikmeksizin başlamayan müteahhidin iş sahibi tarafından, BK. m. 101 ve 107. maddelerine uygun olarak temerrüde düşürülmesi gerekir. Şayet müteahhit, BK. m. 106 gereğince belirlenen uygun süre içerisinde işe başlamamış olursa bu durumda iş sahibi, BK. m. 106' nın kendisine tanıdığı seçimlik yetkilerden birini kullanabilir⁹⁰.

Kanaatimce, istisna sözleşmesinde sipariş edilen her eser, özen borcuna uygun olarak kararlaştırılan nitelikte ve ayıpsız olarak imal edilebilmesi için az ya da çok belirli bir zaman sarfını gerektirir. Sözleşmede bu süre kararlaştırılırken MK. m. 2 hükmüne aykırı hareket edilemez. Keza, böyle bir sürenin kararlaştırılmamış olması durumunda da çok istisnai haller olmadıkça müteahhitten eseri derhal⁹¹ teslim etmesi istenemez⁹². Aksi takdirde, bu talep MK. m. 2'de ifade edilen dürüstlük prensibine aykırı olur. Bununla birlikte, teslim süresinin sözleşmede müteahhidin inisiyatifine bırakıldığı durumlarda da müteahhit, bu prensibinin gereğini yerine getirmek zorundadır. Bu bakımdan müteahhit, sözleşmenin kurulmasından sonra işin niteliğine göre objektif olarak makul görülebilecek bir zamanda işe başlamalı ve normal tempoyla en uygun zamanda imal faaliyetini tamamlayarak imal ettiği eseri iş sahibine teslim etmelidir⁹³. Teslim borcunun, işin niteliğinin gerektirdiği uygun bir zamanda ifa edilip edilmediği hususunun tespitinde ise,

⁸⁹ Karahasan,250.

⁹⁰ Bk., Y.15.HD., 10.12.1985 T., E. 2349, K. 4159 (Karahasan,250, dn. 91a).

⁹¹ Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi, BK. m. 74' e göre, teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından sonra hemen ifası, ancak işin niteliğinin yapım için pek az zamana ihtiyaç gösterdiği istisnai hallerde istenebilir (Yavuz, 480).

⁹² Eserin teslimi için, sözleşmede belirli ya da belirlenebilen bir süre kararlaştırılmamışsa ve de işin niteliğinden tersi çıkarılmıyorsa, sözleşme yapılır yapılmaz gecikmeksizin (derhal) işe başlanmalı ve çalışmalara ara verilmeksizin devam edilmelidir. Ancak müteahhidin, hemen işe başlamasının söz konusu olduğu durumlarda, ona, alışveriş yaşamında yürüyen dürüstlük kuralına göre edimini yerine getirmesi için gereksediği (muhtaç olduğu) zaman bırakılmalıdır (Karahasan,250).

⁹³ Eserin teslim günü belirli değilse, işe başlayan müteahhit, benzer işlerdeki normal tempo ile işi yürütmelidir. Çalışma temposunun belirlenmesinde, işin özelliği ve müteahhidin iş sahibince bilinmesi gereken mesleki yetenekleri ve nitelikleri göz önünde bulundurulur (Karahasan,251). Ayrıca bk., Y. 15.HD. 14.2.1989 T., E. 2384, K. 5231; 15.HD. 2.3. 1989 T., E. 2027, K. 940 (Karahasan,250, dn. 91).

tarafların farazi iradeleri ile birlikte objektif şartlar altında mutad çalışma araçlarıyla, vaktinde eserin imaline başlayan basiretli bir müteahhidin işi ne kadar sürede tamamlayıp teslim edebileceği göz önünde tutulmalıdır.

d) Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Sonuçları

Kanun koyucu, müteahhidin teslim borcunun ifasına muayene ve ihbar, eser ücreti, zamanaşımı, yarar ve hasar hususlarında önemli hukukî sonuçlar bağlamıştır. Tamamlanan eserin teslimi ve dolayısıyla iş sahibince teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıkan bu hukukî neticeler aşağıdaki başlıklar altında izah edilebilir:

aa) Eser Ücretinin Muaccel Olması

Satım sözleşmesinde olduğu gibi, istisna sözleşmesinde de kural olarak şeyin-eserin teslimi ile eser ücreti borcunun ifasının aynı zamanda karşılıklı olarak yerine getirilmesi prensibi geçerlidir⁹⁴. Bu prensip dolayısıyla da, tamamlanan eserin iş sahibine teslim edilmesi istisna sözleşmesinde, öncelikle eser ücretinin muaccel hale gelmesini (exigibilite du prix) sağlamaktadır⁹⁵.

Bu prensip, Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrasındaki (OR. Art. 372/I) düzenlemeden doğmaktadır. Belirtilen madde hükmüne göre, 'iş sahibi eser ücretini teslimde ödemek zorundadır'. Ancak kanundaki düzenleme emredici nitelikte bir düzenleme değildir⁹⁶. Dolayısıyla bu prensip ancak, ücretin bir kısmının ya da tamamının teslimden önce veya teslimden belirli bir zaman sonra ödeneceği yolunda taraflarca sözleşmede aksine bir hüküm konulmadığı takdirde uygulanabilir⁹⁷. Sözleşmede böyle bir kararlaştırmanın yapılmadığı durumlarda, eser

⁹⁴ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1048; Dayınlarlı, 43.

⁹⁵ Ancak, eserin tesliminin iş sahibinin (alacaklının) direnmesi (temerrüdü) sebebiyle mümkün olmadığı durumda da ücret muaccel olur.

⁹⁶ Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrası hükmü, ancak müteahhidin büyük yatırımlar yapmasını gerektirmeyen küçük el zanaatlarına ilişkin istisna sözleşmeleri için önem taşımaktadır. Geniş mali kaynakları ve büyük giderleri gerektiren makinelerin yapımı veya yapı işleri gibi işlere ilişkin istisna sözleşmelerinde, iş sahibinin, eser bitmeden onun yapılması giderlerine katkıda bulunmasını öngören hükümlere yer verilir. Sözleşmede iş sahibinin hangi zamanlarda ve ne miktarda ön ödemelerde bulunacağı doğrudan doğruya veya bu hususa ilişkin mesleki teamüllere ya da genel teslim şartlarına atuf yapılarak dolaylı yoldan tespit edilir (Gautschi, Art. 372, N. 7 e; Yavuz, 500; Tandoğan, 302). Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Baygın, Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, 197 vd.

⁹⁷ Taraflar BK. 364 / I' de ki kuralın aksine sözleşme yapabilirler. Örneğin, ücretin bir kısmının (ücretin üçte birinin sözleşmenin yapılması, üçte birinin de iş başlayınca) veya tamamının teslimden önce yahut teslimden sonra (faturanın ibrazı tarihinde veya bundan belli bir süre sonra) ödemesi kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşmanın varlığını iddia eden taraf bunu kanıtlamakla yükümlüdür (Tandoğan, 303).

ücreti alacağı, eserin tesliminden önce (tamamlanması anında) veya daha sonra (usulüne uygun muayeneden sonra) değil⁹⁸, teslim anında muaccel hale gelir⁹⁹. Buna karşılık, müteahhidin eserin tamamını teslimden önce kısmi bir ödeme yapılmasını talep etme hakkı yoktur¹⁰⁰.

Eser ücretinin teslim anında muaccel hale gelmesi, müteahhidin bu anda kendi borcunu ifa etmesine, yani eseri sözleşmeye uygun ve ayıpsız olarak zammında teslim etmiş olması şartına bağlıdır¹⁰¹. Federal mahkemeye göre de ¹⁰² zamanında ve noksatsız (ayıplı olmayan) bir eserin teslim edilmesiyle birlikte ücret alacağı muaccel hale gelir. Eğer teslim edilen eser ayıplı ise iş sahibi, sözleşmenin ifa edilmediği def'i ile ücret borcunu ödemekten kaçınabilir. Eserdeki ayıp önemsiz olsa, eserin kullanımını ciddi olarak engellemese dahi, BK. m. 364'de böyle bir ayırım yapılmadığından iş sahibi bu durumda da ücret ödemekten kaçınabilir.

İş sahibinin eseri muayene (yani sağlamlığını ve sözleşmeye uygunluğunu

98 "İş sahibinin, eseri muayene etmeden önce eser ücretini ödemekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. İş sahibinin, ücret ve eserin üçüncü bir yere bırakılmasını ve ücretin sadece eserin kabul edilmesinden sonra çekilmesini isteyebileceği görüşü savunulmuştur. Ne var ki bu anlayış isabetli değildir. Aksi takdirde, iş sahibi eser tamamen ayıplı olduğunda da eserin ücretini bir yere bırakmaya zorlanmış olabilir. Aksine mümkün olduğu takdirde, eser daha müteahhidin elinde bulunurken iş sahibine giderleri kendisine ait olmak üzere eseri muayene etmesine ya da m. 367/II (BK. m. 359/II)'ye göre muayene ettirmesine izin verilmelidir. Ne var ki, adet gereğince, özellikle ticari ve sınıai iş hayatındaki adet gereğince, satımdaki gibi, çok defa şu kural uygulanır: 'önce eser, sonra para'. Bu suretle iş sahibi ödemediği önce kendi elinde eseri kendisi muayene etmek imkânına sahip olur. Eserin iş sahibi nezdinde monte edilmesi ve var olan donatıma uydurulması zorunlu ise, tereddüt halinde, ücretin ödenmesine kadar alı koymadan vazgeçme kabul edilebilir" (Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2). Bu hususta ayrıca bk., Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1049.

99 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Baygın, 190 vd.

100 Gauch, N. 789; Tandoğan, 302; Yavuz, 500; Gadiant, 58. Ancak ücret bölümlere göre - hem de ayrı ayrı teslim edilecek bölümlere göre - tespit edildiği takdirde yasaca, her bölümün tesliminde ödemenin de yapılması zorunludur. Bk., BK. m. 364/II (OR. Art. 372/II); Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 4; BİGŞ. m. 39.

101 Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 2, 3; Yavuz, 500; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1048. Gadiant' e göre, eserin ayıplı olması ücretin muaccel hale gelmesine engel olmaz. Zira, eser ücreti, Borçlar Kanununun 364. maddesinin 1. fıkrasına (OR. Art. 372/I) göre, yalnızca eserin tesliminden dolayı muacceliyet kazanır. Muacceliyet için kanunda müteakip başkaca şartlar belirtilmemiştir. Teslim ise, eserin ayıpsız olmasını şart koşmaz. Bu sebeple de, eserin ayıplı olarak teslimi, ücretin muaccel olmasını etkilemez. Zira, iş sahibinin Borçlar Kanununun 81' inci (OR. Art. 82) maddesi ile güvence altına alınan ücreti ödemekten kaçınma hakkı vardır (bk., Gadiant, 58, dn.16 - 19).

102 BGE 89 II 235.

tespit) etmeden eser ücreti ödemek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır¹⁰³. Tunçomağ'a göre¹⁰⁴, iş sahibine teslim almadan önce, giderleri kendine ait olmak üzere, eseri muayene etme veya ettirme olanağını tanımak doğru olur. Bu yüzden müteahhidin eseri ödemeli olarak, iş sahibinin adresine gönderme yetkisi yoktur. Öte yandan, iş sahibinin ücreti ödemediği eserin teslimini isteme yetkisi bulunmadığından, onun muayeneyi müteahhidin yerinde yapması gerekir. Sadece eser teslim edilmeden muayenenin olanaksız olduğu yerde, iş sahibi ücreti bırakmaya (tevdie) zorlanabilir. Fakat taraflar ücretin ancak muayenenin yapılmasından sonra muaccel olacağını kararlaştırmakta özgürdürler ve alış veriş hayatında, özellikle İsviçre' de, bu yolda bir geleneğin varlığından söz edilmektedir Bunun yanında teslim edilen eser için iş sahibi düzeltme yapılmasını isteyebiliyorsa ve böyle bir talepte bulunmuşsa, eserin ücreti ancak düzeltilmiş eserin teslim edilmesi ile muaccel olur¹⁰⁵. İş sahibi bozukluklar dolayısıyla ücretten bir indirim ileri sürerse, eserin teslimi ile, haklı indiriminin çıkarılmasından sonra kalan ücret alacağı muaccel olur¹⁰⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, Borçlar Kanununun düzenlemesine göre, eser ücretinin muacceliyeti eserin teslim alınması anına bağlıdır. Buna karşılık SIA - Norm 118'in düzenlemesine göre, eser ücretinin muacceliyeti ancak eserin teslim alınmasından sonraki 30 gün içerisinde oluşmaktadır¹⁰⁷. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde ise, müteahhidin ücret alacağı kesin hesabın çıkarılması gününden itibaren başlamakta ve muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır¹⁰⁸.

Kanaatimce, istisna sözleşmesinde eser ücretinin muaccel hale gelmesi bakımından eserin mutlaka ayıpsız olarak teslim edilmiş olması bir ön şart değildir. Taraflar arasında yapılan istisna sözleşmesine konu olan eserin tamamen ayıpsız bir şekilde imal edilmesi, eserin türüne göre her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, oldukça kapsamlı bir iş gücü ve teknolojik imkânların kullanımını gerektiren komplike bir eserin, ya da sanatsal tasavvur ve becerilerin yoğun olduğu bir eserin imalinin söz konusu olduğu durumlarda, eserin ufak tefek arızaları, bozuklukları başka bir ifadeyle ayıpları ihtiva etmesi makul karşılanabilir. Keza, böylesi

¹⁰³ Bk., Becker, Sözleşme, Art. 372, N.2.

¹⁰⁴ Tunçomağ, Borç ilişkileri, 1049.

¹⁰⁵ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 3.

¹⁰⁶ Becker, Sözleşme, Art. 372, N. 3.

¹⁰⁷ Gadiant, 245.

¹⁰⁸ Bk., BİGŞ. m. 39, 40; BK. m. 126/4.

bir durumda doğal olarak MK.m.2 prensibinin de göz önünde tutulması gerekir¹⁰⁹.

Eserin ayıplı olması, somut istisna sözleşmesinin muhtevasına bağlı olduğundan nisbî bir kavramdır. Eserde, aşikâr, gözle görülebilir ayıplar dışında kalan ayıplar ise, ancak eserin tesliminden sonra, iş sahibi tarafından ya da bilirkişi marifetiyle, sözleşmede aranan niteliklerle eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılmasına yönelik yapılacak bir muayene neticesinde tespit edilebilecek bir husustur. Dolayısıyla, eserin, BK. m. 360/I' de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla, ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması eser ücretinin muaccel olmasına engel teşkil etmez. Müteahhit ya tamamen ayıpsız, ya da önemli derecede ayıplı olmayan bir eseri iş sahibine teslim etmiş olmakla birlikte eser ücretinin ödenmesini talep edebilir. Zira kanun koyucu, iş sahibine kabulden kaçınma (sözleşmeden dönme) hakkını, ancak, teslim edilmek istenen eserin BK. m. 360 f.1' de belirtilen ölçüde, yani 'iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede' ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir surette aykırı olması durumunda tanımaktadır. Ancak bu halde dahi iş sahibi sözleşmeye uygun olmayan eseri kabul edebilir¹¹⁰.

Yine kanun koyucu, teslim edilecek eserde bu denli ağır ayıpların bulunmadığı durumlarda, eserin teslimini mümkün görmektedir¹¹¹. Ayrıca, eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla iş sahibine, eserin tesliminden sonra kullanılmak üzere farklı seçimsel haklar (onarım, ücretten indirme, zararın tazmini) tanımakta ve onun ifa menfaatini korumaktadır.

¹⁰⁹ Y.15.HD., 22.2.1989 T., E. 2115, K. 726, "Taraflar arasındaki sözleşmeye göre inşaatın bitim tarihi 30.4.1987 ise de, sonradan taraflar bu süreyi 1 ay uzatmışlardır. Davalı müteahhit de uzatılan bu süre içerisinde inşaatı ufak tefek noksanlıklarla bitirmiştir. Söz konusu ayıp ve noksanlıklar inşaatın teslim alınarak kiraya verilmesini engelleyici nitelikte olmayıp davacı iş sahibi inşaatı teslim almamakla zararın oluşmasına kendisi sebebiyet vermiştir. Bu durumda davacının kira kaybı ile sözleşmeden kaynaklanan cezayı istemesi olanağı bulunmamaktadır" (Uygur, 886).

¹¹⁰ Borçlar Kanununun 360. maddesi hükmü gereğince, eğer ayıplar iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve kabul etmesinin kendisinden beklenebileceği kadar önemli değilse, ifayı reddedemeyecektir. Gene aynı maddenin son fıkrasına göre, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda ayıplar bu ölçüde önemli olsa dahi, iş sahibine ifayı kabul zorunluluğu getirilmiştir. İşte bu durumlarda eserin ayıplı olduğundan söz ederek ifayı reddetmek ve müteahhidi temerrüde düşürmek mümkün değildir (Öz, 173).

¹¹¹ Y. 15. HD. 20.10.1977 T., E. 1470, K. 1937, "Yüklenicinin ücretini alabilmesi için sözleşmenin kendisine yüklediği yapım borcunu eksiksiz veya eser sahibinin kabulden kaçınmayacağı ufak tefek ayıplarla bitirmiş olması gerekir" (YKD. 1978, s. 427 vd.).

bb) Yarar ve Hasarın Geçmesi

İstisna sözleşmesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak¹¹², hasar (transfert des profits et des risques) teslim ile birlikte sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir¹¹³. Zira, Borçlar Kanununun 368. maddesinin 1. fıkrasına göre, 'yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça¹¹⁴ müteahhit ne yaptığı işin ücretini¹¹⁵ ne de masrafların tediyesini isteyemez'. İkinci fıkrasına göre de, 'bu takdirde telef olan malzeme kime ait idi ise hasarı da ona aittir'¹¹⁶. Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için de tamamlanınca ferdi ile belli olan (parça borcu haline gelen) bir eserin¹¹⁷, teslimden önce

¹¹² Bk., BK. m. 183 / 1.

¹¹³ Dayınlarh, 43; Seliçi, 43.

¹¹⁴ İş sahibine müteahhit tarafından sunulan eserin haklı bir nedene dayanmaksızın reddi, alacaklının temerrüdüne yol açmış olur. Bu konuda istisna sözleşmesine ait özel hükümlerin düzenlendiği BK. nun 355-371. maddelerinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, BK. m. 368/1' de yer alan 'iş sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça' ifadesi bu soruna çözüm getirici niteliktedir. Bu hükümde sözlü edilen temerrüdün, alacaklının temerrüdü olduğu tartışmasızdır. Öğreti de bu yönde görüş birliği içindedir. O halde, BK. nun 368/1. maddesinde yer alan bu özel hüküm, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması durumunda alacaklının temerrüdüne düşeceği hususunu da içerir. Bu nedenle, konunun genel hükümler çerçevesinde (BK.m.90 vd.) incelenip çözüme bağlanması gerekeceği hususu dikkatten uzak tutulmamalıdır (Dayınlarh, 142).

¹¹⁵ Satım sözleşmesinde satım konusu şey alıcıya tesliminden sonra yok olursa, satıcının satış bedelini isteme hakkı saklı kalır. Malın teslim alınmasından itibaren alıcı, malın ücret rizikosunu üstlenir. İstisna sözleşmesinde ise ücret rizikosunun karşı tarafa geçmesi için ölçü alınan zaman süreci eserin teslim alınması anıdır. BGB 644. maddenin 1. fıkrasının 1. bendine göre, müteahhit rizikoyu teslim alma anına kadar kendi üzerinde taşır. Ancak, eserin teslim alınmasından itibaren riziko iş sahibine geçer (Klunzinger, 342).

¹¹⁶ Alman Hukukuna göre de kural olarak, eserin teslim alınması ya da duruma göre tamamlanmasına kadar ki hasara müteahhit katlanır. Bk., BGB § 646, 644/I .

¹¹⁷ Tamamlanınca ferdi ile belli olan (parça haline gelen) bir eser tamamlanmasına rağmen teslim edilmeden önce taraflara yüklenemeyen bir sebeple (yangın, çalınma vb.) telef olmuşsa, hasara müteahhit katlanır (BK. m. 117/II, 368/I). Bu durumda müteahhidin, eseri teslim borcu kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle ortadan kalkar ve müteahhit yaptığı giderleri ya da ücreti artık isteyemez. Eserin teslimden önce (yapımı sırasında) kaza sonucu telef olması durumunda ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacağından, bu durumda müteahhit eseri yeniden imal etmek mecburiyetindedir. Ancak, iş müteahhide aşırı derecede pahalıya malolacaksa, müteahhit, BK. m. 365 / II veya 367 hükmüne dayanarak tazminat ödemeksizin işe devamdan kaçınabilir. Tamamlanınca çeşidi ile belli olacak bir eser tamamlanmadan önce, ya da tamamlanıp teslim edilmeden önce kaza sonucu telef olursa, kusursuz inkânsızlık söz konusu olmaz. Çeşidi ile belirtilen eserin hasarı iş sahibine ancak teslim ile geçer (Zevkliler, 344 ; Becker, Sözleşme, Art. 376, N. 1 vd.).

ve taraflardan birinin kusuru olmaksızın¹¹⁸, tesadüfen yok olması gerekir¹¹⁹. İstisna sözleşmesinde hasarın teslimden önce müteahhide ait olması kuralının ağırlığı bazı istisnalar tanınarak hafifletilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki:

Borçlar Kanununun 368. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyanınca, iş sahibi yapılan eseri teslim almada temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar iş sahibine ait olur¹²⁰. Ancak, istisna sözleşmesinde müteahhit ayıpsız bir eserin imali ile yükümlü olduğu için, iş sahibi kendisine teslim edilmek istenen ayıplı bir eseri teslim almak zorunda değildir. Böyle bir eseri teslim almadığı takdirde de, o ayıpsız bir eserin teslimini talep etme hakkına sahip olur. Keza, iş sahibi bu durumda, teslim almanın, başka bir deyişle alacaklının temerrüdüne de düşmüş sayılamaz¹²¹.

Yine, teslimden önce hasara iş sahibinin katlanacağı diğer bir istisnai durum da, BK.m.368/III hükmünde belirtildiği üzere, eserin iş sahibine isnadı kabil sebeplerle, örneğin, iş sahibince verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olması, eseri tehlikeye sokan yanlış talimatların verilmesi, ifanın yerine getirilmesi için katkıda bulunulması gereken durumda kendisine düşen akdi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi davranışlar sonucunda eserin telef olması veya kısmen zarara uğramasıdır¹²². Malzemesi iş sahibince verilen bir eserin teslimden önce yok olması durumunda, müteahhit, iş sahibi tarafından verilen malzemeyi tazmin etmek zorunda değildir. Bilakis, malzemeyi veren taraf, teslimden önce eserin tesadüfen yok olması rizikosuna katlanmak zorundadır¹²³. Buna karşılık, malzemeyi veren müteahhit ise, onun sorumluluğu satıcıdan daha ağırdır. Zira, satım sözleşmesinde satıcı malı ayırt etmekle umulmadık olaydan dolayı sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde müteahhit, ancak, eseri teslim etmiş ya da iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmüş ise sorumluluktan kurtulabilir¹²⁴.

¹¹⁸ Eser yanlardan birine yüklenilebilen nedenlerden yok olmuşsa bu durumda, BK. m. 368/III'deki özel hüküm dışında, genel hükümler (BK. m. 96, 101 vd.) uygulanır (Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1044).

¹¹⁹ Bu hususta bk., Gadiant, 59, dn. 22,23.

¹²⁰ İş sahibinin alacaklı sıfatı ile temerrüdü, şartları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bk., Dayınlarlı, 130 vd., özellikle,143.

¹²¹ Klunzinger, 341, 343.

¹²² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Gautschi, Art.376, N. 11 c; Gadiant, 59 vd.; Becker, Sözleşme, Art. 376, N. 1 vd.; Tandoğan, 321 vd.; Yavuz, 461 vd.; Zevkliler, 344 vd.

¹²³ Gadiant,59; Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1046.

¹²⁴ Becker, Sözleşme, Art. 376, N.1.

Borçlar Kanununun 368. maddesi hükmünde açıkça teslimden söz edilmiştir. İş sahibi ancak bu andan itibaren eser üzerinde fiilen tasarruf gücüne sahip olmaktadır. Bu sebeple de, iş sahibinin sorumluluğu sonraki bir tarihe, örneğin, eserin kabulü anına kadar uzatılamaz. Ancak, istisnaen iş sahibi, eser teslim edilmeden önce eseri kabul ettiğini bildirmişse, bu durumda kural olarak hasar kabul anından itibaren kendisine geçer. Çünkü, bu andan itibaren iş sahibi eserde tasarruf olanağını kazanır¹²⁵.

cc) Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

İstisna sözleşmesinde tamamlanan eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkan diğer bir sonuçta, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanımı için öngörülen zamanaşımı sürelerinin (debut du delai de prescription) işlemeye başlamasıdır. Borçlar Kanununun 363. maddesinin 1. fıkrasında (OR. Art. 371/T), 'ayıp dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar, satım sözleşmesindeki alıcının haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine tâbi kılınmıştır'. Yine aynı maddenin son fıkrasında da, taşınmaz inşaata¹²⁶ ilişkin ayıptan dolayı iş sahibinin haklarının müteahhide ve inşaata iştirak eden mimar ve mühendislerle karşı, eserin teslim alınmasından itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir¹²⁷. Dolayısıyla, bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesinde, 'ayıba karşı tekeffülden doğan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, eserin iş sahibi tarafından sözleşmeye uygun olduğunun kabulünden (Genehmigung) değil, fakat eserin teslim alınmasından (Abnahme) itibaren işlemeye başlamaktadır'¹²⁸. Böylelikle de, iş sahi-

¹²⁵ Tunçomağ, Borç İlişkileri, 1044, 1046. "Burada iş sahibinin temerrüde düşmesi için kritik zaman, müteahhidin tamamlanmış 'eseri teslim' (livraison de l'ouvrage) almama zamanıdır. Yoksa 'eserin kabul' (acceptation de l'ouvrage) edilmeme zamanı değildir. Gayet tabiidir ki, eserin kabulünde de temerrüde düşen iş sahibi bu temerrütten sonra eser kazara telef olmuş ise eserin bedelini ve müteahhidin masraflarını ödemek zorundadır" (bk., Dayınlar, dn.60).

¹²⁶ İnşaat, malzeme ve emek sarfıyla arza bağlı olarak meydana getirilen, belli bir iktisadi önem taşıyan, bağımsız şeylerdir. Başka bir ifadeyle, İnşaat, arazi ile birleştirilmiş ve malzeme ve emek sarfı ile, imal, inşa veya tanzim edilmiş şeylerdir. Örneğin, binalar, bunların eklentileri, duvarlar, köprüler, çeşmeler vs. İnşaat, temelli kalmak maksadı olmaksızın belirli bir hizmete tahsis amacıyla meydana getirilen menkul inşaatı ve insan eliyle toprağa bağlı olarak, devamlı kalmak amacıyla meydana getirilmiş bulunan ve ekonomik değer taşıyan taşınmaz inşaatı olmak üzere iki türüdür. Taşınmaz inşaat denince ilk akla bina gelir. Bina ise, arsanın üstünde veya altında yapılan arza devamlı surette bağlı olan yapıdır (MK. m. 648 - 650). Bu hususta bk., Tandoğan, 222 vd. ; Öz, 80 vd.; Seliçi, 208 vd.; Artukmaç, İnşaat Hukuku, Ankara 1975, 9 -11.

¹²⁷ Alman Hukukunda da eserin teslim alınması anı ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı sürelerinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bk., BGB § 638/I.

¹²⁸ Tandoğan, 226.

binin ayıptan doğan hakları, genellikle teslimden itibaren bir yıl, tacirler arasındaki ticari istisna sözleşmelerinde altı ay ve taşınmaz inşaatında beş yıl geçmekle zamanlaşımına uğramaktadır.

Bir inşaatta işin bittiğinin müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi ve onun da işi bitmiş sayması zamanlaşımının işlemeye başlaması için yeterlidir¹²⁹. İş sahibi nezdinde yapılan tamirlerde ve eserin maddi olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu hallerde ise, fiilen bir teslim söz konusu olmadığından, zamanlaşımı süresi işin bitimi tarihinden itibaren hesaplanmalıdır¹³⁰.

dd) Eseri Muayene ve İhbar Süresinin İşlemeye Başlaması

Eserin teslimi ve teslim alınmasının diğer önemli bir sonucu da, teslimden sonra, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerinin ortaya çıkmasıdır¹³¹. Zira, Borçlar Kanununun 359. maddesinin 1. fıkrasına (OR. Art. 367/I) göre, iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek (verification) ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmekle (avis) yükümlüdür.

Eserin muayenesi ve ayıplarının ihbarı iş sahibine yüklenen bir külfet olup, iş sahibinin istisna sözleşmesinden doğan bir borcu değildir. Bununla birlikte, sözleşmenin ifası amacıyla kendi tasarrufuna bırakılan eseri teslim alan iş sahibi, ayıp dolayısıyla kendisine tanınan haklarını kaybetmek istemiyorsa, işlerin mutlak gidişine göre mümkün olur olmaz eserin niteliklerini itinalı bir şekilde muayene etmek ve muayene neticesinde tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar etmek zorundadır¹³². Ancak, bu yükümlülük, tamamlanan eserin sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibinin tasarrufuna bırakılması başka bir ifadeyle fiilî ve hukukî anlamda bir teslimin gerçekleşmiş olması durumunda ortaya çıkar durumunda ortaya çıkmaktadır¹³³. Aksi durumda, iş sahibinin daha önceden bir muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³⁴.

129 BGE 89 II 405.

130 Yavuz, 486; Tandoğan, 226.

131 Tamamlanan eser, iş sahibine teslim edilmeden önce iş sahibinin muayene ve ihbar külfetinin olmadığına dair bk., Bucher, 209; Honsell, 200; BGE 94 II 164.

132 Bk., Gadiant, 65 vd.

133 Y.15.HD. 13.11.1984 T., E. 1074, K. 3475 (Karahasan,260).

134 Becker, Sözleşme, Art. 367, N. 2 vd. ; Gauch, 1518; Bucher, 209; Honsell, 200; Uygun, 865; BGE 94 II 164.

ee) Cezai Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması

Teslimin diğer önemli sonucu ise, fer'i bir hak olan cezai şartı isteme imkânının da ortadan kalkabilmesidir¹³⁵. Cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı taahhüt etmesidir¹³⁶. Uygulamada iş sahipleri genellikle istisna sözleşmesine, eserin zamanında veya gereği gibi hazırlanmaması halinde müteahhidin bir miktar para ödeyeceğine dair hükümler koymaktadırlar. Bu tür bir uygulamaya çoğunlukla 'gecikme cezası' şeklinde inşaat sözleşmelerinde rastlanılmaktadır. Gecikme cezasının kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslimde gecikilen her zaman birimi (gün, hafta, ay, yıl vb.) için bir miktar para ödeyeceğini taahhüt etmektedir¹³⁷. Bununla birlikte, tarafların para ödenmesi dışındaki edimleri de sözleşmede cezai şart olarak kararlaştırmaları mümkündür¹³⁸.

Taraflar sözleşmede cezai şartı, seçimsiz cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve cayma cezası şeklinde düzenleyebilirler¹³⁹. BK. m. 158/2 hükmü gereğince sözleşmede, ifaya eklenen cezai şart şeklindeki bir düzenleme, borcun gereken yer ve zamanda yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, hem borcun ifasını hem de borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarını tazmin ettirme imkânını vermektedir. Ancak, alacaklının, cezanın ödenmesini isteyebilmesi için de, ceza talebinden açıkça vazgeçmemiş veya anlaşmaya aykırı bir şekilde sunulan ifayı herhangi bir iltirazi kayıt (çekince) koymadan kabul

¹³⁵ Y. 15. HD. 7.10.1983 T., E. 1922, K. 23/2, 'Cezai şart, asıl borcun fer'i niteliği olup muaccel olduğu takdirde bağımsız borç niteliği kazanır. Ancak, asıl borç yerine getirilmiş ise veya borçtan kurtulmuşsa cezai şart da ortadan kalkar' (Erdem, 38). Ayrıca bu hususta bk., Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu (Çev. Osman Tolun), I. Kısım, Fasikül V, Genel Hükümler, Ankara 1973 (Genel Hükümler), Art. 160, N. 8, 11; Uçar, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, 121.

¹³⁶ Turanboy, 157; Öz, 295. Cezai Şart hakkında ayrıntılı bilgi için bk., Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963 (Cezai Şart), 11 vd.; Uçar, I vd.; von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, (Çev. Cevat Edege), İstanbul 1983, 763 vd.; Becker, Genel Hükümler, Art. 160, N.1 vd.

¹³⁷ Bk., Öz, 295 vd.; Aral, 362 vd.

¹³⁸ Bk., Becker, Genel Hükümler, Art. 160, N. 6; Aral, 362. Taraflar sözleşmeyi yaparken cezai şartı diledikleri miktarda kararlaştırılabilirler. Ancak sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın aşırı derecede adalete aykırı olması durumunda, hakim, cezai şartı BK. m. 161/III hükmü uyarınca makul bir düzeye indirebilir. Ancak taraflar tacir olduğu takdirde böyle bir indirim söz konusu olmaz. Bk., HGK, 9.10.1991 T., E. 15 - 340, K., 467; Aral, 363; Uçar, 99 vd..

¹³⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Uçar, 17 vd. Cezai şart, sözleşmede taraflarca borcun hiç ifa edilmemesine veya eksik olarak ifa edilmesine karşı kararlaştırılmış olabilir. BK. m. 158/I hükmüne göre borç hiç ifa edilmezse, bu durumda alacaklı ya ifanın gereği gibi yapılmasını ya da cezanın ödenmesini isteyebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, ikisini birlikte talep edemez.

etmemiş bulunması gerekir. Aksi takdirde, alacaklı artık cezaî şartın ifası talebinde bulunamayacaktır. Keza, dava halinde bu husus mahkeme tarafından re'sen nazara alınacaktır¹⁴⁰. Buna karşılık, borcu ihlâlde kusursuz olduğunu ispat eden borçlu (müteahhit), cezaî şart ödemekten kurtulur. Her ne kadar, BK. m. 161/II hükmü, bu imkânı sadece 'kusursuz imkânsızlık' bakımından düzenlemiş görünüyorsa da; aynı sonucun bütün kusursuz borç ihlalleri bakımından, örneğin, kusuru olmaksızın temerrüde düşme durumunda da kabul edilmesi gerekir¹⁴¹.

Yargıtay tarafından çeşitli tarihlerde verilmiş olan kararlarda¹⁴², istisna sözleşmesinde iş sahibince eser teslim alınırken cezaî şart isteme hakkı saklı tutulmamışsa, teslim ile cezaî şartı isteme imkânının ortadan kalkacağı sonucuna varılmıştır. Saklı tutma beyanı ise, en geç eserin teslimi anına kadar yapılmış olmalıdır¹⁴³.

ff) Ayıptan Doğan Hakların Ortaya Çıkması

Borçlar Kanununun 360. maddesinde belirtilen haklar, ayıplı eserin teslimi ile birlikte ortaya çıkarlar. Buna karşılık, bu haklardan doğan talepler, şartların gerçekleşmesi anından itibaren ileri sürülebilirler. Zira, ayıptan doğan haklardan kaynaklanan talebin ortaya çıkması, ayıptan doğan hakların ortaya çıkmasından farklıdır. Örneğin, onarım talebi ilk olarak iş sahibi tarafından onarım hakkı lehinde seçim hakkının kullanıldığı anda ortaya çıkar¹⁴⁴. Ayıptan doğan haklar eserin teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıktığından, eserin teslim alınmasından önce, yalnızca ayıpsız bir eserin teslimi talep edilebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıptan doğan zararın tazmini hakkı bir istisna teşkil eder. Zarar ziyan tazmini hakkı BK. m. 360' a (OR.

¹⁴⁰ Y.15.HD., 25.5.1987 T., E. 4443, K. 2341, "Taraflar arasındaki sözleşmenin 19. maddesinde kararlaştırılan ceza şartı, BK. nun 362. maddesi hükmünce işin teslimi sırasında ihtirazi kayıt dermeyer edilmedikçe talep edilemez. Davalıların bu yöne ilişkin savunmasının aksi davacılar tarafından iddia ve ispat edilmediğine göre bu yöne ilişkin istek ve davanın reddi gerekir" (Uygur, 895). Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., Uçar, 17; Ayan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996, 79 vd.

¹⁴¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1985, 480; Aral, 364.

¹⁴² Bk., Y. 15. HD., 26.1.1981 T., E. 1981/29, K. 1981/113 (YKD., 1981, C.8, S.8, s. 1037); 4.HD. 25.12.1973 T., E. 13792, K. 10111 (İKİD, 1975, s. 3677); 15.HD. 1977 T., E. 166, K. 313 (Kural / Kılıçbay / İzmir, 579). Keza, kabul, BK. nun 113' üncü maddesine göre, fer'i hakları, bu arada ceza koşulunu (BK. m. 158/2) düşürür (Seliçi, 43).

¹⁴³ Aral, 364.

¹⁴⁴ Tamamlanan eserin ayıplı olması onun teslimini engellememektedir. Zira ayıba karşı tekeffülün söz konusu olabilmesi için, eserin ayıplı olarak tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bk., Tandoğan, 126; Dayınlarlı, 42; Gacient, 57.

Art. 368) göre ne eserin muayenesini ve ne de ayıbın ihbarını şart koşar. Bu hak teslim alma zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur¹⁴⁵. Bununla birlikte Alman Hukukunda, eserdeki ayıbın bilinmesine rağmen ihtirazi kayıt konulmaksızın eserin teslim alınması (satım sözleşmesinde olduğu gibi - BGB § 464) iş sahibince, ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan bilinçli bir vazgeçme olarak kabul edilir¹⁴⁶.

Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar Borçlar Kanununda eserin teslim alınmasıyla birlikte ortaya çıkmalarına rağmen, SIA - Norm 118' e göre, bu ortaya çıkış zamanı yalnızca sözleşmeden dönme hakkı için söz konusu olmaktadır. İnşaat sahibi, onarım ve ücretten indirim hakkını eser tamamlanır tamamlanmaz, eseri teslim almadan önce de kullanabilir. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmini hakkının ortaya çıkış zamanı ise, inşaat sahibinin mal varlığı durumunun kötüleşmeye başladığı andır¹⁴⁷.

Ayıptan doğan haklar, eserin teslimi ile birlikte, eserin imali ve teslimi talebinin yerini alırlar. Zira, teslim edilen eserin, müteahhidin zikrettiği nitelikleri ve sözleşmede tahsis amacı bakımından kararlaştırılan nitelikleri taşıyamaması durumunda müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar.

Teslim anının ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının başlangıcını teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müteahhit tarafından ayıplı bir eser teslim edilmişse,¹⁴⁸ Federal mahkemeye göre ise¹⁴⁹,

¹⁴⁵ Bk., Gadiant, 64, dn. 37, 101, dn.14; Guhl / Merz / Koller, 486.

¹⁴⁶ Klunzinger, 343.

¹⁴⁷ Gadiant, 245.

¹⁴⁸ Ayıplı eser teslimiyle iş sahibinin ayıpsız eser teslimine ilişkin alacağı yerini ayıba karşı tekeffülden doğan hakları alır. Bu hakların doğumu için de vaktinde ayıp ihbarı yapılmış olması ve bunların ileri sürülmüş olması şart değildir. Ayıp ihbarının vaktinde yapılması, zaten doğmuş olan hakların eserin kabul edilmiş varsayılması ile düşmelerini önler. Ayıpsız eser teslimine ilişkin alacağın yerini ayıba karşı tekeffülden doğan yenilik doğurucu haklar ve ayıp sonucu zararın tazminine ilişkin alacak hakkı alır. Bk., Gauch, N.1687 vd, 1721-1727; Gadiant, 245. Teslim anı, iş sahibinin açık ayıplar için tekeffülden doğan haklarının kullanımının ve umulmayan hallerden sorumluluğun başlangıcı için bir ölçüt teşkil eder. Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrasının kullanımından (OR. Art. 366/II), eserin iş sahibine teslimini, Borçlar Kanununun 359. maddesine (OR. Art. 367) göre, iş sahibi tarafından eserdeki onarım talebinin öne sürülebilmesinin bir şartı olarak öngörür. Ancak, satım sözleşmesinin aksine, istisna sözleşmelerinde eser teslim edilmeden önce Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrasının (OR. Art. 366), iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, teslim unsuru, eserdeki ayıptan dolayı ortaya çıkan bütün tekeffül durumlarının bir şartı da değildir. Dolayısıyla ayıba karşı tekeffülden doğan haklar, eserin teslimi ile birlikte başlamakta ve eserin bu zamandaki

muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmişse, BK. m. 360' da ön görülen ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kullanılabilir. Bu hususta, Federal Mahkemenin görüşü daha doğru gözükmektedir. Bize göre de, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımı için öngörülen zamanaşımı süresi teslimden itibaren başlamaktaysa da, iş sahibinin ayıp dolayısıyla sahip olduğu haklar, ayıplı eserin teslimi ile değil, ancak, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesinden itibaren kullanılabilirler. Eserin ayıplı olması durumunda, Borçlar Kanununun 360. maddesinde iş sahibine tanınan haklar, BK. m. 359' da belirtilen muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi şartına ilâveten eserin tamamlanması ve ayıplı olması şartlarının da birlikte gerçekleşmesi halinde kullanılabilirler¹⁵⁰.

SONUÇ

İstisna sözleşmesinde ortaya çıkarılan maddi iş görme sonuçlarında olduğu gibi, fikri muhtevası bir şey üzerinde cisimlenen gayrimaddi iş görme sonuçlarının da teslimi gerekli ve zorunludur. Zira kanun koyucu, istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim, iş sahibinin de teslim alma borcunun ifasını ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartı olarak görmekte ve bu borçların ifasına muayene ve ihbar süresinin başlaması gibi önemli hukukî neticeler bağlamaktadır. Keza, müteahhidin ücret alacağı hakkı da kural olarak teslim anında muaccel olmakta ve bu andan itibaren hasar alacaklıya geçmektedir. Dolayısıyla, tamamlanan eserin bir an önce iş sahibine teslim edilmesi zorunluluğu, alacaklının menfaatine olduğu kadar müteahhidin de menfaatlerinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bu sebeple de, müteahhit ister maddi isterse gayrimaddi bir sonuç ortaya çıkarmış olsun, ortaya çıkardığı eseri iş sahibine teslim etmek zorundadır. Zira, teslim borcu müteahhidin eseri imal etme mükellefiyetin hem bir gereği hem de bir sonucudur.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin amacı, harcadığı emek sonucunda imal ettiği eserin karşılığı olarak belirli bir ücret almaktır. Ancak bu ücrete hak kazanabilmesi için de eseri ayıpsız bir şekilde imal ederek zamanında iş sahibine teslim etmiş olması gerekir. Şayet imal ederek teslim ettiği eser, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri va da böyle bir kararlaştırma olmasa

durumu, eserin teslim zamanında sözleşmeye uygun olup olmaması ve neticesinde ayıptan sorumluluk bakımından önem taşımaktadır (bk., Bucher, 208; Pedrazzini, 525).

¹⁴⁹ BGE 100 II 30. Aynı görüşte, Öz, 94; Zevkliler, 336.

¹⁵⁰ Ancak, bu hakların kullanımı için öngörülen zamanaşımı süreleri ayıplı eserin teslim alınmasından itibaren başlamaktadır.

dahi dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak eserde bulunması gereken lüzumlu nitelikleri taşıyor ya da eserde iş sahibinin ifa menfaatini engelleyen başka türde (açık-gizli, fiilî-hukukî, aslî-ikincil, önemli-önemsiz vs.) ayıpları ihtiva ediyor ise, müteahhit ücrete hak kazanamaz dolayısıyla tekeffül hükümleri uyarınca sorumluluğu söz konusu olur. Keza, teslim borcunu zamanında ifa etmez ise, bu durumda temerrüde düşer ve kendisi hakkında 'borçlunun temerrüdü' hükümleri uygulanır.

Satım sözleşmesinde olduğu gibi istisna sözleşmesinde de kural olarak eserin teslimi ile ücret borcunun aynı anda ifası prensibi geçerlidir. Bununla birlikte eser ücretinin muacceliyeti, kural olarak imal edilen eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak zamanında teslim edilmiş olmasına bağlıdır. Müteahhit, imal ettiği eseri önemli derecede ayıplarıyla birlikte teslim etmek istemesi durumunda, iş sahibi sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürerek ücret ödemekten ve eseri teslim almaktan kaçınabilir. Ancak eserdeki ayıplar, BK. nun 360. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen derecede önemli değilse, iş sahibi müteahhide karşı böyle bir def'i ileri sürerek eseri teslim almaktan kaçınmaz. Aksi durumda iş sahibinin bu davranışı MK.m.2' de yer alan dürüstlük prensibine aykırı olur ve bir hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Zira kanun koyucu, eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla iş sahibine, eserin tesliminden sonra kullanılmak üzere farklı seçimlik haklar (onarım, ücretten indirim ve zararın tazminini) tanımakta ve onun ifa menfaatini korumaktadır.

Dolayısıyla, eserin mutlaka ayıpsız olarak teslim edilmiş olması, istisna sözleşmesinde eser ücretinin muaccel hale gelmesi bakımından bir ön şart değildir. Zira, sözleşmeye konu olan eserin tamamen ayıpsız bir şekilde imal edilmesi, eserin türüne göre her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, büyük iş gücü ve teknolojik imkânların kullanımını gerektiren komplike bir eserin ya da sanatsal tasavvur ve becerilerin yoğun olduğu bir eserin imalinin söz konusu olduğu durumlarda, eserin ufak tefek arızaları, bozuklukları başka bir ifadeyle, ayıpları ihtiva etmesi makul karşılanmalıdır. Bu sebeple eserin, BK. m. 360/T' de belirtilen derecede ayıplı olmamak kaydıyla, ufak tefek ayıplarla iş sahibine teslim edilmiş olması, eser ücretinin muaccel olmasına bir engel teşkil etmez. Müteahhit ya tamamen ayıpsız ya da önemli derecede ayıplı olmayan (hakkaniyet gereği makul karşılanabilecek derecede ayıplı) bir eseri iş sahibine teslim etmiş olmakla birlikte eser ücretinin ödenmesini talep edebilmelidir. Zira kanun koyucu, iş sahibine kabulden kaçınma (sözleşmeden dönme) hakkını ancak, teslim edilmek istenen eserin BK. m. 360 f.1' de belirtilen ölçüde yani 'iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesi-

ne göre kabule icbar edilemeyeceği derecede' ayıplı ve sözleşme şartlarına ağır bir surette aykırı olması durumunda tanınmaktadır. Ancak bu halde dahi sözleşmeye uygun olmayan eserin iş sahibince kabulü mümkündür.

Keza ayıplı olmamakla birlikte önemsiz derecede eksiklikleri bulunan bir eserin teslimi durumunda da iş sahibi, eseri teslim almaktan ve eser ücreti ödemekten kaçınmamalıdır. Doğal olarak yine bu durumda da MK.m.2 hükmü göz önünde tutulmalıdır.