

YARGITAY KARARLARINA GÖRE MÜTEAHHİDİN TESLİMDEN SONRA İNŞAATDAKİ NOKSAN VE BÖZÜKLÜKLARDAN DOĞAN MESULİYETİ

Yrd. Doç. Dr. Asuman TURANBOY

§ 1- GENEL OLARAK AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

İstisnâ aktinde, müteahhidin ana borçlarından biride eseri teslim borcudur. Müteahhidin teslim borcundan doğan mesuliyeti ise, ayıba karşı tekeffül borcu ile tamamlanmaktadır. Teslim edilen eser, müteahhidin vadettiği ve sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli nitelikleri taşımalıdır. Taraflar eserin taşıyacağı nitelikler konusunda anlaşabilirler. Ancak, herhalde müteahhidin meydana getireceği eserin, iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılın menfaatine uygun olması gerekir (1). Eğer, eser bu nitelikleri taşımyorsa, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu da doğacaktır. Eserin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, teslimi ile belli olacaktır. Çünkü, eserin muayenesi ve varsa ayıpların ihbarı teslim tarihinden başlayacaktır.

İstisnâ aktinde ayıba karşı tekeffül borcu, satım aktinekiner benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak, istisnâ aktinde müteahhidin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan mesul olması yerine, şeyin teslimi borcuna bağlı olarak mesuliyeti söz konusu olacaktır.

İstisnâ aktinde müteahhidin eseri ayıplı olarak meydana getirmesi, aynı zamanda edim borcunun gereği gibi yerine getirilmemesine bağlanan bir mesuliyetin unsurlarını da taşıdığından, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan "ifa etmemeye" bağlanan hukuki neticelerle ilişkisi

(1) "Mahkeme kararına dayanarak yaptığı son bilirkişi raporlarının kendi içeriklerinde de çelişkiler mevcuttur. Deprem bölgesi içinde bulunduğu anlaşılın mevcut inşaat ve imlalattan ne suretle yararlanılacağı BK. 360 çerçevesinde kesinlikle saptanmalı ve deprem bölgesinde yapılacak inşaaatla ilişkin olup, uyulması zorunlu olan yönetmelik hükümleri açısından kesin kanaat taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yanlış şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir" (15. HD, T. 12.6.1979, E. 1979/1358, K. 1979/11442-YHD., 1979, C. 2, S. 11, sh. 30-31).

üzerinde durulması gerekir (2). Bu halde, üzerinde durulması gereken husus, iş sahibinin Borçlar Kanununun'un 359'uncu maddesi gereği ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakları yerine, şartları gerçekleşmişse, Borçlar Kanununun'un 96'ncı maddesinde ifadesini bulan "genel ifa etmemeye" bağlanan hükümlere gidilip gidilmeyeceğidir.

Tandoğan ve Tunçomağ (3)'a göre., iş sahibi muayene ve ihbar görevini yerine getirmişse, ayrıca alternatif olarak Borçlar Kanununun'un 96'ncı maddesine dayanamaz. Alman Federal Mahkemesi, 1971 tarihli kararında (4), istisnâ aktinde eserin kötü yapımına ilişkin olarak doğrudan doğruya doğan zararların giderilmesinde, ancak, Borçlar Kanunu'nda yer alan istisnâ aktine dair özel hükme dayanılabileceği; buna karşılık, daha gevşek illiyet bağı ile doğduğu telâkki edilebilecek zararların giderilmesinde, Borçlar Kanunu'nun, yalnız "gereği gibi ifa etmemeye" ilişkin 96'ncı maddesine dayanılarak tazminat istenebileceği görüşünde olduğu hükmünü vermiştir. *Seliçi*, bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Hukukun genel prensiplerinden birisi olan "özel hükmün genel hükmüden önce uygulanması" esası, istisnâ aktinde, 360'uncü maddenin, Borçlar Kanunu'nun 96'ncü maddesinden önce uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak, bu şekilde bir düşünce tarzından hareket edilmemelidir. Bunun yerine, akitte tarafların menfaatleri de nazarı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır ki, bu durumda istisnâ aktinde Borçlar Kanunu'nun 359'uncü vd. maddelerinin uygulanması lâzımdır. Zira, Borçlar Kanunu'nun 359'uncü maddesi müteahhit için daha ağır sonuçlar doğurmakta ve bu sonuçları daha kısa hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine bağlamaktadır. Bunun yanısıra, istisnâ aktinde müteahhidin iş sahibi karşısında durumu, iş sahibinin yararına olarak ağırlaştırıldığından, Borçlar Kanunu'nun 359'uncü maddesindeki kendi yükümlülüklerini yerine getirmeyen iş sahibi karşısında, müteahhit bu madde hükmüne göre mesul tutulamaz. Bu yüzden Borçlar Kanunu'

(2) **Öz, Turgut**; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, sh. 90 vd.; **Gauch, Peter**; Der Werkvertrag, 3. Aufl, Zürich 1985, N. 931.

Gereği gibi ifa etmeme halleri ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamıyla, imkansızlık ve temerrüt kavramları içerisinde toplanır. Gerçek yani dar anlamıyla ise, şu anlama gelmektedir: Edimin unsurlarından birisinde nitelikler. Borç yerine getirilirken bu da dikkate alınır. Bu anlamı ile borçlu bir ifa veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Yerine getirilen edim, bu nitelikleri taşıyorsa gereği gibi ifa edilmemiştir. Bu ifa aynı zamanda kötü ve ayıptı ifayı da oluşturur. Yapma edimlerinde nitelik sarf edilen özene göre tesbit edilir. Bu özenden ayrılmak kötü ifayı oluşturur.

(3) **Tandoğan**, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, B.3, Ankara 1987, sh. 177; **Tunçomağ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, sh. 1041; **Karahasan**, Mustafa Reşit; İnşaat, İmar, İhale Hukuku, C. 3, Ankara 1979, sh. 150.

(4) BGH 2, 35, 130, i.s. 37, 341, i. s.; 46, 238/39; NJW. 1969, 838, 1710.

nun 96'ncı maddesinde yer alan, "gereği gibi ifa etmemekten" doğan tazminatın, Borçlar Kanunu'nun 359 vd. maddelerinde düzenlenen istisnâ aktinde ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hükümler kapsamı içerisinde düşünülmeli gerekmektedir.

İstisnâ aktinde, ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hükümlerle, irade sakatlıkları sonucuna bağlanan aktin iptal kabiliyeti konusundaki hükümlerin yarışması mümkün değildir. Çünkü, ayıplı olarak eseri meydana getirme, ayıba karşı tekeffülü düzenleyen maddelerden anlaşılacağı üzere, edimin ifası sürecindedir. İrade sakatlıkları ise, aktin kurulması safhasında oluşan noksanlığı ifade eder. İsshahibinin eserin ayıplı olmasından dolayı beklediği sonuç yönünden hataya düşmüş olması, işshahibinin ileride beklediği bir sonuçla ilgili olması sebebiyle, temel hatası olarak kabul edilemez (5).

Müteahhidin eseri ayıplı olarak meydana getirmesinden doğan zararlar, şartları varsa, ayrıca haksız fiil de teşkil edebilir. Bu durumda işshahibi Borçlar Kanunu'nun 41 vd. maddelerine göre, haksız fiilden doğan zararının tazminini de isteyebilir. İnşaat işlerinde bu duruma genellikle, inşaatın tehlike oluşturması ve işshahibinin bundan zarara uğraması halinde rastlanır. Federal Mahkeme, işshahibinin, eserdeki ayıp dolayısıyla tanınan hakları düşmüş olsa bile, haksız fiil tazminatını talep edebilme hakkının varlığını kabul etmiştir (6).

I- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORGUNUN DOĞMASININ ŞARTLARI

Ayıba karşı tekeffül borcunun doğmasının şartları Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, imâl edilen şeyin tesliminden sonra, işshahibi işlerin mutat cereyanına göre imkân bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecbur dur. O halde bu borcun doğabilmesi için:

- İnşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması,
- İnşaatın ayıplı olması,
- İşshahibinin muayene ve ihbar yükümünü zamanında yerine getirmiş olması gerekir.

(5) Selçi, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu İstanbul 1978, sh. 131.

(6) BGE 64 II 254 ff.-Selçi, Ö.; sh. 132, 18 No.lu dipnotunda yer alan karar: Bu kararda, noksan bir onarım yüzünden işshahibinin kazaya uğramasından müteahhit haksız fiil ile sorumlu tutulmuştur.

A. İnşaatın Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması ve Teslime Bağlanan Sonuçlar

Müteahhidin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının "şeyin tesliminden sonra" ifadesinden, bu borcun kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.

Eserin sözleşmenin yerine getirilmesi niyetiyle, işsahibinin emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak onun kullanımına bırakılması (7) ile eser teslim edilmiş sayılır.

İstisnâ aktine konu olan eser, menkul bir mal ise, teslim, zilyetliğin işsahibine geçirilmesi şeklinde olmaktadır. Bu husus inşaat işlerinde önem kazanmaktadır. İnşaat işlerinde teslim, müteahhidin inşaatın bittiğini işsahibine bildirdiği ve işsahibinin de müteahhide ait olan bu yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile tamamlanmış olacaktır. Gayrimenkul niteliğinde olan şeylerin onarımında ise, onarımın tamamlanabilmesi için, müteahhide zilyetliğin geçirilmesi gerekli değildir. Bu durumda teslimin gerçekleşebilmesi için, işsahibinin gayrimenkul üzerinde yeniden egemenliğinin sağlanması gerekir. Meselâ, müteahhidin inşaat iskelesini sökmesi, tamir için getirdiği âlet ve araçlarla uzaklaşması, çukurları kapatması (8) vs... gibi durumlarda, işsahibinin inşaat üzerindeki egemenliği yeniden sağlanmış olacaktır. Bu konuyu *Von Tuhr* şöyle çözümlenmektedir: İşsahibinin arsası üzerine yapılacak inşaata, inşaat sahibinin yardım ve iştiraki gerekmez. İnşaat zaten arsanın mütemmim cüz'ü olmakla işsahibine aittir ve onun zilyetliğinde bulunur. Kanunu'un burada "teslim" dediği şey, müteahhidin inşaatın tamamlandığına ilişkin olarak işsahibine yapacağı bir haber verme ve işsahibinin de müteahhide ait mükellefiyetin ifa edilmiş olduğuna dair kabul beyanından ibaret olacaktır (9).

Teslim, ancak inşaatın tamamlanmış olması halinde sözkonusudur. Tamamlanmamış inşaat teslim edilmiş olmaz. İnşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan bütün inşaat işlerini

(7) **Tunçomağ, K.**; sh. 1012; **Olgaç**, Senai; İstisnâ Akti, Ankara 1977 sh. 31.; **Dayımlarlı, K.**; İstisnâ Aktinde Müteahhidin veya Sahibinin Temerrütü Ankara 1988 sh. 26; **Öz, T.** sh. 167. "Teslim işsahibinin eser üzerinde araçsız zilyetliğinin sağlanması ile gerçekleşir. Hukukun teslim sözleşmeyi yerine getirmek amacıyla eseri işsahibinin emrine vermektir. Diğer bir deyimle yüklenicinin yerine getirmek amacıyla eseri işsahibinin buyruğuna vermiş olmasıdır" (15. HD., T. 7.4.1975, E. 1975/2021, K. 1975/1981; 15. HD., T. 24.10.1975, E. 1975/1480, K. 1975/1361, -**Karahasan, M.R.**; sh. 454).

(8) **Karahasan, M.R.**; sh. 130.

(9) **Von Tuhr, A.** (Çev. **Edege, C.**); Borçlar Hukuku, C. 2, İstanbul, sh. 489, dipnot 32.

bitirmiş bulunması gerekir. Ancak, inşaatta tamamlanmayan kısım, tamamlanan kısma oranla çok az ve önemsiz kalıyorsa, doğruluk ve dürüstlük kullarına göre, bu inşaat, teslimi mümkün bir inşaat kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu, müteahhidin eseri teslim etmek istemesine rağmen, iş sahibinin kabulden kaçınması halini düzenlememiştir. Bu konudaki Yargıtay kararına göre, iş sahibi eseri kabul etmekten kaçınıyorsa, iş sahibi hakkında alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanmalı ve kendisinden temerrüt faizi istenmelidir (10).

İmar Kanunu'na tabi yapılarda, inşaatın tamamlandığı gün olarak, belediyeden alınacak iskân izninin verildiği tarih esas alınmıştır (İmar Kanunu md. 18). Belediyece iskân izninin verilmesi, yapının mevczuata uygunluğu ve belediye hizmetlerinden yararlanabileceği anlamına gelmektedir. Yargıtay, belediyece iskân izninin verilme tarihinin teslimi de oluşturup oluşturmadığı konusunda, çeşitli tarihlerde farklı sonuçlara varmıştır. Eski tarihli içtihatlarında (11) iskân izninin alınması ile, teslimin olduğu kanaatinde iken, yeni tarihli bir içtihadında (12) bu fikrini değiştirmiştir. Böylece, Yargıtay, "iskân izni alınmadan önce de inşaatın bitirilerek teslim edilebileceği, iskân raporu alma gününün kesinlikle eserin teslim tarihi olmayacağı" fikrini kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda, iskân izni alınmadan önce inşaatın bitirilmiş ve inşaat sahibi de inşaatı teslim almışsa, teslim olgusu gerçekleşmiş sayılacaktır.

Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olabilir. Bu halde, müteahhide inşaya ilişkin borcunu yerine getirebilmesi için uygun bir zaman bırakılmalıdır.

Inşaat işlerinde inşaatın teslim borcunun ifa yeri inşaatın bulunduğu yerdir.

9.10.1984 tarihli Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci ve 44'üncü maddelerindeki muvakkat kabul ve kat'i kabulle ilgili düzenleme,

- (10) 15. HD., T. 7. 7. 1975, E. 1975/1109, K. 1975/3440-Tunçomağ, K., sh. 1014.
- (11) "Esasen iskân müsaadesinin de aynı tarihte alınması nedeniyle teslim tarihi 18.1.1977'dir." (15. HD., T. 26. 6. 1980, E. 1980/1175, K. 1980/1683-YHD., 1981, C.8, S.2, sh. 216). "Oturma izni alma ile inşaatın bittiğinden teslim olgusu oluşmuştur" (15. HD., T. 10. 5. 1979, E. 1979/787, K. 1979/1092-YKD., 1979, C. 2, S. 10, sh. 1501).
- (12) "İskân raporu alma gününün kesinlikle eserin teslim tarihi olmayacağı düşünülmelidir." (15. HD., T. 9. 1. 1981, E. 1981/236, K. 1981/252-YKD., 1981, C. 2, S. 8, sh. 10301-10302.) "Bozma ilâmında dâva konusu taşınmazın teslim gününü araştırılarak kesin surette tesbiti gerektiği, iskân raporu gününün teslim günü olarak kabul edilemeyeceği, tesbit edilecek teslim gününde ihtirazî kayıt ileri sürülmüş olup olmadığı araştırılması." (15. HD., T. 19. 4. 1974; E. 1974/805, K. 1974/948-Karahasan, M.R., sh. 445).

teslim ve teslim alma konusu ile ilgilidir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi 44'üncü maddesinde düzenlenen kesin kabul, işin ifa olarak kabulü anlamındadır. Kesin kabul ile müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğu sona erer. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 23'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, müteahhidin mesuliyeti idarenin kesin kabul işlemini onayladığı tarihe kadar sürer. Bu maddeye göre, "müteahhit gerek malzemenin kötülüğünden ve gerekse yapım ve hizmet işlerinin kusur ve eksikliklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeleri, sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır."

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinde düzenlenen geçici kabul, inşaatın idare tarafından teslim alınmış olduğu anlamına gelmektedir. Bu halde, artık inşaat tamamlanmıştır ve müteahhit tarafından teslim alınması idareye dilekçe veya telgrafla veyahut teleksle bildirilmelidir. Bundan sonra teknik kişiler tarafından bir kabul komisyonu kurulması gerekir. Geçici kabul için (kabul heyetinin inşaat yerine gönderilebilmesi için) yapılan inşaatın kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri yekûnunun, inşaatın tamamının bedelinin "% 5'inden fazla olmaması lâzımdır. Ayrıca bu oranı geçmeyecek kusur ve eksiklikler de, aynı zamanda, işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır (BİGŞ. 41/4 fık.). Kabul komisyonunun, inşaat bu niteliklere sahipse, geçici kabul zabıtnamesi hazırlaması, varsa şartnamede gösterilen orandaki noksanlıkları gösteren ek bir liste de düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, müteahhide bu eksiklikleri tamamlanması için bir süre de tanınır. Geçici kabul tarihi, sürenin bitim tarihidir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre, kabul heyetince tesbit edilen ayıplar, geçici kabul zabıtında belirtilen sürede yapılmamış işler, sözleşmede gecikme cezası olarak belirlenen miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve geçici kabul, eksikliklerin tamamlanmasına kadar ertelenir.

Anlaşılabileceği üzere, geçici kabul inşaatın tamamlanıp teslim alınmış olduğunu ifade eder ve müteahhidin ayıplarından dolayı mesuliyetini etkilemez. Kesin kabul ise, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesine göre, teminat süresi içerisinde müteahhidin ediminin ayıpsız olduğu anlaşıldığı zaman yapılabilecektir. Geçici kabul ve kesin kabul arasındaki süreye teminat süresi denir. Bu süre Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 42'nci maddesine göre bütün yapım ve hizmet işlerinde kural olarak oniki aydır. Bu süre bazı işlerin özelliğine göre, kısaltılıp, uzatılabilir. Kesin kabul gününe değin, müteahhidin normal kullanımdan ve eskime-

den başka, inşaatın kötü yapımından ve sonradan ortaya çıkacak tüm ayıplardan dolayı mesuliyeti de devam edecektir (13).

Borçlar Kanunu açısından eserin teslimine bağlanan asıl önemli sonuç, Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre, ayıpları ihbar süresinin de teslimle başlamasıdır.

Eserin teslimine bağlanan diğer bir husus ise, ferî bir hak olan cezaî şartı isteme imkânının da ortadan kalkabilmesidir. Cezaî şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı taahhüt etmesidir. Yargıtay'ın çeşitli tarihli kararlarına göre, işsahibi eseri teslim ederken cezaî şart isteme hakkını saklı tutmamışsa, teslim ile cezaî şartı isteme imkânı da ortadan kalkar (14).

B- Eserin Ayıplı Olması

"Eserdeki ayıp" kavramının anlamının ne olduğu Borçlar Kanununun 360'uncü maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, eserin ayıplı olması veya aktin şartlarına uygun olmaması sebebiyle, eserin "kullanılamayacak" veya "nispet kaidesine göre kabul edilemeyecek" durumda olması halinde, işsahibine sözleşmeden dönme, ayıp daha az önemli ise, eserdeki kıymet noksanı oranında fiyat indirimi ve gerekli tamiri isteme hakkı tanınmaktadır. Kısaca, eserdeki ayıp, müteahhidce vaadedilen niteliklerin veya eserde bu-

- (13) **Karahasan**, M. R.; sh. 1243; **Öz, T.**; sh. 185; ayrıca bkz. "Geçici kabul işlemi yerine getirilmeden meydana gelen hazzarlardan sorumluluk eser sahibinin değil müteahhide aittir" (BK. mad. 368, BİGŞ. mad. 27 ve 34) (15. HD., T. 6. 7. 1977, E. 1977/855, K. 1977/1537-YHD., 1978, C. 1, S. 1., sh. 94).
- (14) "Dâvada, dairesini ihtirazi kayıt dermeyesin teslim aldığına ve edayı kabul ettiğine göre ceza şartı isteme hakkı düşmüş olur. Dâvacının bir dairesini 3.3.1974'te kiraya verdiği ve yüklenici dâvalı (A.Y.) den ihtirazi kayıt dermeyesin teslim aldığına, edayı kabul ettiğine göre ceza şartı isteme hakkı da düşmüştür". (15. HD., T. 21.5.1979, E. 1979/672, K. 1979/1193-YKD., C. 2. S. 10. sh. 157); "Taraflar arasında daire yapımına ilişkin bir eser sözleşmesi vardır. Taraflar sözleşme sırasında ceza şartı da kararlaştırmışlardır. "Yapılacak inşaatın sü ve iskân raporu ile diğer noksanlıklarının, şantiye cereyanının bir ay içinde bina ve dairelere alınacak elektriğin ise, bu tarihten beş ay içinde FGO'dan bağlatılacağı, yazılı hususları müteahhit (G)'nin süresinde de yerine getirmediği takdirde arsa sahibi (H)'ye 100.000TL. ceza şartı ödemeyi kabul etmiştir. Aktin yerine getirilmemesi veya eksik olarak icrası halinde ödemek üzere ceza şartı kabul edilmiş ise, aksi kararlaştırılmı ş olmadıkça alacaklıyı ya aktin icrasını, ya da cezanın ödetilmesini isteyebilir... Dâvalı vekili 18.6.1960 günlü dilekçesinde ve aynı tarihli duruşmada dâvacının süresi geçmiş olmasına rağmen eseri teslim aldığı ve muvafakatta bulunduğunu ifade etmiştir. BK. 158/2'nci fıkrasında eserin hangi tarihte teslim alındığı ve teslim sırasında ceza şartı isteme hakkının saklı tutulup tutulmadığının mahkemece araştırılmamış olması doğru değildir" (15. HD., T. 26.1.1981, E. 1981/29, K. 1981/113-YKD., 1981, C. 2, S. 8, sh. 1037; 15. HD., T. 1. 2. 1978, E. 1977/2183, K. 1978/1157-YKD., 1978, C. 5, S. 7, sh. 1031).

lunması gereken lüzumlu vasıfların bulunmaması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Eser, aynı çeşitten eşyanın sahip olması gereken niteliklere sahip değilse veya farklı nitelikler taşıyorsa, ayıptır (15). Eserin taşınması gereken nitelikler, sözleşmede kararlaştırılmışsa, müteahhit onu, Medeni Kanun'un 2'nci maddesi uyarınca, kullanım amacını dikkate alarak imâl etmelidir. Bu durumda;

1. Müteahhit inşaatı sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan nitelikleri taşıyacak şekilde yapmalıdır. İnşaat işlerinde müteahhidin iş sahibine karşı borcu, plân , proj e, teknik şartnameler ve diğer belgelere göre belirlenir. Bu projelere uygun yapılmayan inşaat ta bozukluk vardır. Yargıtay, çeşitli kararlarında, taraflarca kararlaştırılmış bulunan bahçe duvarının yapılmamasını (16), bodrum katının sözleşmeye uygun olarak tamamen açılmamasını (17) ayıp olarak nitelmiştir.

Bazen, müteahhit özel olarak iş sahibine inşaatın bazı nitelikleri taşıyacağını ya da taşımayacağını garanti edebilir. Akitte eserin belirli bir niteliği taşıyacağını müteahhitçe vaad edilmesi, Borçlar Kanunu'nun 194'üncü maddesindeki "nitelik vaadiinden" farklı olarak, tasavvur açıklaması değildir. Burada, bu açıklama müteahhidin edim borcuna dahil bir irade beyanıdır. Meselâ , müteahhidin bina cephesine süreceği boyanın güneş ve yağmura karşı dayanıklılığı veya çatının su geçirmemesi gibi hususlarda mesuliyeti yüklenmesi garanti borcuna bir misâl teşkil etmektedir (18).

Sözleşmede âkid taraflarca kararlaştırılan niteliklere aykırılığın inşaatın değerini düşürmemesi halinde dahi, müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı mesuliyeti sözkonusu olacaktır.

Eserde nitelik" denince, eserin fiziki özellikleri anlaşılır; hukukî durumu nitelik sayılmaz; fakat Yargıtay, hukukî durum olan iskân izninin alınmamasını hukukî ayıp saymıştır (19).

- (15) **Karahasan**, M.R.; sh. 134; **Tunçomağ**, K; sh. 1015. **Burcuoğlu**, Halik; "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tefekkülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler." **Tandoğan'a** Armağan. Ankara 1990, sh. 285.
- (16) 15.HD., T. 29.11.1977, E. 1977/1139, K. 1977/2147, - YKD., C. 5, S. 10, Ekim 1979, sh. 1472.
- (17) 15. HD., T. 29.11.1977, E. 1977/1639, K. 1977/2147-**Karahasan**, M.R.; sh. 473.
- (18) BGF. 93 II 224, E. - **Seliçi, Ö.**; sh. 137.
- (19) İskân Raporu'nun alınmaması hukukî ayıp sayılır. Dâvacının rühsatı olmadan eseri teslim alması ile teslim gerçekleşmiş olur (15. HD., T. 29.9.1977, F. 1977/1758, K. 1977/1746, - YKD., 1978, C. I, S. 2, sh. 985).

Seliçi ve Öz, sözleşmede kararlaştırılan geleceğe ilişkin bir iktisadî durumun gerçekleşmemesini, sözleşme şartlarına aykırılık sayarak, Borçlar Kanunu sistemi içinde, ancak teslim sırasında mevcut olan durumların nitelik olabileceği ve bunlar hakkında ayıplara ilişkin hükümlerin uygulanabileceği, diğer durumların ancak garanti sözleşmesi olabileceği görüşündedir (20).

Taraflar sözleşmede, inşaatın hangi asgarî niteliklere sahip olacağını belirlemişlerse, kararlaştırılan bu niteliklerin altında inşa edilen eser ayıptır; bu niteliklerin üzerinde bir eser oluşturulmuş ise, bu durum sözkonusu olmaz. Meselâ, döşemenin sözleşmede kararlaştırılandan daha kaliteli bir malzemeyle inşası halinde, eserde herhangi bir ayıp yoktur (21).

2. İkinci olarak, eserin inşaat sahibinin menfaatlerine uygun olması, lüzumlu vasıfları taşıması, yani o eşyada normal olarak, bulunması gereken özelliklere sahip bulunması gerekir. Bozukluk, eşyanın normal niteliklerinden den ayrılmasıdır. Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinde, bu vasıfların neler olduğu belirtilmediğinden, satımla ilgili 194'üncü maddeye başvurulması gerekir. Bu durumda, eserdeki vasıfların, işsahibinin menfaatini karşılayabilecek ve onu kullanılmaya elverişli olması gerekir.

Burada, eserin işsahibince kullanılma amacı önem kazanmaktadır. Eserin kullanılacağı yer dikkate alınarak, işsahibinin menfaatini karşılayıp karşılamayacağı tespit edilecektir(22). Eserde kullanma amacının sağlanıp sağlanmadığı ise, Medenî Kanun'un 2'ncü maddesinde yer alan "doğruluk ve dürüstlük" kuralları uyarınca, yorum yoluyla tesbit edilecektir (23).

İnşaat sözleşmelerinde inşaatın kullanma amacının tesbiti kolaydır. Çünkü, plân ve projelerden inşaatın ne tür bir yapı olacağı anlaşılabilir.

(20) *Seliçi, Ö.*; sh. 139; *Öz, T.*; sh. 93 vd.

(21) *Seliçi, Ö.*; sh. 139; ayrıca bu husustaki Yargıtay kararına göre; "Yapılacak işin niteliği hakkında akitte yeterli açıklama bulunmayan hallerde bu işi orta nitelikte bir iş olacağının taraflarca kabul edilmiş sayılması gerekir". (HGK., T. 17.1.1962, E. 1962/2, K. 1962/21-*Olgaç, K.*; sh. 57).

(22) Yargıtay kararında bilirkişilerin verdikleri raporlar arasında inşaatın "kullanma amacı" bakımından farklılıklar olmasını doğru bulmamıştır. Bu yüzden deprem bölgesi içinde olan inşaatın ne surette yararlanılacağı, EK. 360. maddesi bakımından da tesbit edilmeli ve inşaatın yapımında uyulması gereken yönetmelik hükümleri bakımından kullanma amaçları farklılık taşıyan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm verilmesini yerinde bulmamıştır (bkz. 15. HD., T. 12.6.1979, E. 1979/1358, K. 1979/1442-YKD., 1979, C. 2, S. 11, sh. 1666-1667).

(23) "... Bozukluk bir maldâ normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir sözyleyişle bozukluk eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır. MK 2. maddesi uyarınca sözleşme konusu yapılan eserin kullanılacağı yeri gözönünde bulundurarak uygun nitelikte eseri meydana getirmelidir" (15. HD., T. 14.3.1977, E. 1977/1210, K. 1977/5464-*Karahasan, M.R.*; sh. 471).

Bu bakımdan meselâ, teknik belgelerden bir işyeri olacağı anlaşılan inşaatta, kullanım amacı işyeri olma niteliği de dikkate alınarak belirlenecektir.

Avrupa ülkelerinde mühendis ve mimar odaları tarafından hazırlanan teknik şartnamelerde, inşaat işlerinde uyulması gerekli esaslar, normal olarak bir inşaatta bulunması gerekli özellikler gösterilmektedir. Ülkemizde ise, bu konuda teknik şartnameler mevcuttur. Bunların en başta geleni Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'dir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ne uyma, taraflardan biri, genel veya katma bütçeli bir kurum veya özel idareler ve belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yaptıkları yapım ve hizmetlerden ise, mecburi, diğer hallerde ise, isteğe bağlıdır. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi açısından inşaatın yapı tekniğine aykırı olması, ayıp teşkil eder. Ayrıca Mimarlar Odası tarafından çıkarılmış olan, Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Tarifesi'nde ve Mimarlar ve Mühendisler Odası tarafından birlikte çıkarılmış Protokol'de de inşaat işlerine ait yapı tekniği kurallarına yer verilmiştir. Teknik şartnameler sözleşmenin kapsamına dahil edilmemiş olsalarda, inşaat işlerinin gelenek ve kurallarını oluşturduklarından, hâkim tarafından da re'en dikkate alınacaklardır.

Özel kanunlar da inşaatta bulunması gereken bazı nitelikleri düzenleyebilirler. Meselâ, böyle bir kanun olan İmar Kanunu'nda, belediye tarafından iskân izninin verilebileceği teknik şartlara uygun olması şartı aranmıştır.

Müteahhit, inşaat sırasında, mevzuatta belirlenen yapı tekniği kurallarına göre bunlara uygun olacak biçimde orta nitelikte malzemeyi seçmek zorundadır; çünkü, aksine bir davranış, normal olmayan ve ayıplı bir yapının ortaya çıkması demektir(24).

Inşaat, normal olarak bulunması gereken özelliklerin bulunmaması, inşaatın değerinin düşmesine yol açabilir yahut da iş sahibinin kullanma amacını engelleyebilir. Her iki durumda da, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluğuna gidilebilir.

C- İstisna Aktinde Ayıp Türleri ve Doğuracakları Hukuki Sonuçlar

Borçlar Kanunu'nda ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen ayıp türleri açık ve gizli ayıplar ve önemli ve önemsiz ayıplar şeklindedir.

Ayıpları bu şekilde tasnif etmenin önemi, bu ayıpların ortaya çıkış zamanı, eseri muayene, varsa ayıpları müteahhide bildirme ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul edip etmemesinde hukuken haklı olup olmadığı bakımından önem taşımaktadır.

(24) Seliçi, Ö.; sh. 142.

1- Açık ve Gizli Ayıplar Ayrımı

Açık ayıplar, dikkatli bir inceleme sonunda görülen ve anlaşılabilen bozukluklardır (25). Açık ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidebilmek için, işsahibinin bu ayıpları zamanında müteahhide bildirmesi gerekir.

Yargıtay, çeşitli tarihli kararlarında, açık ve gizli ayıpların neler olabileceğine misaller vermiştir. Yargıtay, bir kararında, "doğramaların, badana ve boyaların, sıvaların birinci sınıf işçilik ve malzemeden olmadığı yönü, bilerek saklanan ve yöntemine göre, gözden geçirmede farkedilmeyecek kusurlardan veya sonradan ortaya çıkabilen ve doğal bir gözden geçirme ile görülmesi ve bilinmesi imkânsız gizli ayıplardan değildir" (26) demektedir; başka bir kararında ise, "bahçe duvarının yapılmamasının açık ayıp niteliğinde" (27) olduğu kabul edilmiştir.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı gibi, açık ve gizli ayıp ayrımında, yöntemine göre, ayıbın, gözden geçirmekle farkedilip farkedilmeyeceği ve sonradan kullanımla ortaya çıkıp çıkmıyacağı hususu esas alınmaktadır.

Gizli ayıplar ise, dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan ve daha sonra eser kullanılmakla ortaya çıkan ayıplardır. Bunlardan dolayı da müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için bu ayıpların gecikmeden bildirilmesi gerekir.

Yargıtay çeşitli kararlarında (28), gizli ayıpların teslim anında ortaya çıktığının kabul edilemeyeceğini, meselâ , kalorifer borularının izole edilmedi-

(25) "...Yüklenici dâvalı tarafından yapılmadığı iddia olunan şeyler, basit bir muayyene ile tesbit edilebilen ve derhal göze çarpan ayıplar niteliğinde olduğundan..." (15. HD., T. 22.2.1977, E. 1976/3167, K. 1976/391-YHD., 1978, C. 4, S. 5, sh. 777-778). "... Tesbit sırasında bilirkişi raporunda noksan ve kusurlu yapıldığı ileri sürülen işlerin tamamının açık ayıp niteliğinde olduğu anlaşılmıştır... Noksan ve kusurlu işlerin de hemen muayenede görülemeyecek gizli ayıp olmamaları nedeniyle redlerine..." (15. HD., T. 10.5.1979, E. 1979/1009, K. 1979/1103-YHD., 1978, C. 2, S. 7., sh. 1083).

(26) 15. HD., T. 20.2.1978, E. 1978/1267, K. 1977/2147-YKD., 1979, C. 5, S. 10, sh. 1472.

(27) 15. HD., T. 29.11.1977, E. 1977/1639, K. 1977/2147-YKD., 1979, C. 5, S. 10, sh. 1472.

(28) "... Mahkeme mahallinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda verilen 22.5.1978 günlü bilirkişi raporunun 5 no. lu bendinde, apartmanın merdiveni üzerinde tesis edilen madeni çerçeve içerisindeki camkânın yerine ve detayına göre, hatalı olduğu, bu nedenle yağın yağmurun sert rüzgâr nedeniyle aralıklardan girip merdiven ve ev içindeki duvarlara akınlar yapmasına sebep olduğu ve bunun da gizli bozukluk olduğu... Çatı arası boşluğundan geçen boruların izole edilmesinin ısı kaybına mani olmak için gerekli olduğu ve gizli ayıp olduğu... Mahkeme aynı bilirkişiden alınan 21.8.1978 günlü raporda ise, çatı kalorifer borularının izole edilmediğinin anlaşılması için kesin bir tarih verilmemekle beraber, ilk kış mevsiminde anlaşılacağı ve apartmanın merdiven üzerindeki aydınlığını örten madeni çerçevenin hatalı olması halinde bir aylık bir zamanda meydana çıkmış olduğu söylenebilece-

mediğinin “ilk kış mevsimi içinde anlaşılacağı”nı, apartamanın merdiveni üzerindeki aydınlığı örten madeni çerçevenin bozukluğunun “bir aylık zamanda çıkmış olduğunu”, yani gizli bozuklukların kullanılmakla ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.

2- Önemli ve Önemsiz Ayıplar Ayrımı

Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinde yapılan bir ayırım da, önemli ve önemsiz ayıplardır. Önemli ayıplar, eserin, işsahibinin kullanım amacı içerisinde kullanılmayacağı ve dürüstlük kuralları sonucu da eseri kabul edilmesinin beklenemeyeceği bozukluklardır. Önemli bozukluğun varlığı halinde, işsahibi Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre sözleşmeden dönebilirken, bu derecede olmayan ayıplar söz konusu ise, ancak ücret indirimini istenebilir; eğer eserin tamiri büyük masrafi gerektirmiyorsa, müteahhidin tamire zorlanması da mümkündür.

Yargıtay, ayıplı ve kusurlu olmanın eksik işleri de kapsadığına karar vermiştir (29).

Uygulamada eserdeki ayıpların hangilerinin önemli, hangilerinin önemsiz ayıp niteliğinde oldukları bilirkişi veya bilirkişi kurullarının raporlarına göre tayin edilmekte ve bunlara gerekli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır (30).

ği açıklanmış ise de, bilirkişi müteahhidi kesin nitelik taşımadığı, BK. 362. mad. göre de yapılan şeydeki kusurun sonradan meydana çıkması halinde işsahibinin bunlara vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermesi gerekir... Dávacı dairesinin 1.1.1974 tarihinde teslim aldığı anlaşılmalıdır. Ancak, bu gizli ayıpların teslim anında ortaya çıktığı kabul edilemez...” (15. HD., T. 21.2.1979, F. 1979/104, K. 1979/330-YHD., 1979, C. 2, S. 9, sh. 1078). Olayda dairelerin yapımına ilişkin bir akit vardır. “Ancak, teslim anında gözükmeyen veya sonradan kullanına sonucu meydana çıkan nitelikteki gizli kusur ve ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu devam edeceğinden... 66 dairede saptanan altı kalem ve ortak yerlerde belirlenen 5 kalem noksan ve hatalı işlerin hangilerinin gizli ayıp niteliğinde olduğu tesbit edilmelidir.” (15. HD., T. 26.6.1980, E. 1980/1175, K. 1980/1633-YKD., 1982, C. 8, S. 2, sh. 216-217).

(29) Dávacı işveren ve dávalı müteahhit arasında bina yapımına ilişkin bir istisnâ akti yapılmıştır. Müteahhit binayı gecikme ile ve kömürlük, banyo kazanı, havagazı bağlantısı ve kalorifer tesisatı olmadan teslim etmiştir. Mahalli mahkeme binanın kalorifersiz, kömürlüksüz, banyo kazansız, havagazı tesisatı olmaksızın yapılmasından dolayı, toplamı 30.310 TL'nin müteahhitten alınarak işsahibine verilmesine karar vermiştir. Dávalı kararı temyiz etmiştir. Yargıtay'ın kararında, “dâva kalemlerinden kömürlük, banyo kazanı, havagazı bağlantısı ve kalorifer yapılmamasına ilişkin isteklerin açık ayıplardan olması nedeniyle reddedilmeleri gerekirken kabulleri doğru değildir”. Şeklinde karar vermiştir. (15. HD., T. 2..11.1978, E. 1978/1425, K. 1978/2124-YKD., 1979, C. 2, S. 7, sh. 1078-1079).

(30) 15. HD., T. 20.9.1976, E. 1976/2108, K. 1976/23038-YKD., 1978, C. 4, S. 3, sh. 423-424; 15. HD., T. 30.5.1979, E. 1979/988, K. 1979/1315i-YHD., 1979, C. 2, S. 10, sh. 1511-1512.

D- Muayene ve Ayıpları Bildirme Yükümlüğünün Yerine Getirilmiş Olması

Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinin 1'nci fıkrasına göre, imâl olunan şeyin tesliminden sonra işsahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmekle yükümlüdür.

Müteahhidin eserin bozukluklarına karşı, ayıba karşı tekeffül borcuyla sorumlu tutulabilmesi için Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinde yazılı süre içerisinde eseri muayenesi ve varsa ayıpları ihbarı bir borç değildir. Burada sözkonusu olan, işsahibine ait bir külfetin (ödevin) varlığıdır (31). İnşaat sahibi bu ödevi yerine getirmezse, inşaatın ayıplı olmasından dolayı lehine bir hak doğmayacaktır.

Eseri muayene etme süresi, teslim ile başlamaktadır. Muayene ve ihbar yükümlüğünü yerine getirmeyen işsahibi, açık ayıplara ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 360'uncu maddesindeki haklarını kaybeder. Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, bu yükümlüğünü yerine getirmeyen işsahibi duruma zımmen muvafakkat etmiş sayılır ve müteahhit açık bozukluklardan dolayı sorumluluktan kurtulur.

1- İnşaatın Muayenesi

Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesi "... İşlerin mutad cereyanına göre, imkânını bulur bulmaz muayeneden" söz eder.

Bu süre inşaatın teslimi ile başlamaktadır. İnşaatın teslimi ile muayene müddeti arasında kalan süre, gözden geçirmeye ilişkin süredir.

"İşlerin mutad gidişi"nin ne olduğunun tesbitinde, düzenli çalışan ve özenle yürütülen bir işletmenin esas alınması ve eserin niteliği dikkate alınmalıdır (32). Yargıtay, bir kararında, kalorifer borularının izole edilmediğinin anlaşılmasının ilk kış mevsimi içerisinde mümkün olabileceğini kabul

(31) Hakkın kazanılması veya kaybı bir fiilde bulunmaya bağlanmışsa, bu fiil hakkı kazanmanın şartıdır. Kişi bu hareket ve fiilde bulunduktan sonra hakkı iktisap edebilir. Bu halde bir külfet söz konusudur. Borcun ifa edilmemesi tazminat alacağı doğurduğu halde, külfetin yerine getirilmemesinde hak kaybedilir. Bu hususta bkz. İNAN, A. N.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1971, sh. 54; Tandoğan, H.; sh. 77; bu hususta ayrıca Yargıtay şu kararı vermiştir; "Ne var ki, davacı işsahibi açık bozuklukları çabucak yükleniciye bildirmemiş, sonradan ortaya çıkan ayıplar için de, durumu öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal haber vermek hukuksal ödevini yerine getirmemiş. Bu durumda yüklenicinin sağlama borcu tamamen düşmüştür." (15. HD., T. 22.5.1980, E. 1980/871, K. 1980/1136-YKD., 1960, C. 3, S. 9; 15. HD., T. 10.5.1979, E. 1979/1009, K. 1979/1103-YHD., 1979, C.2, S. 7, sh. 1085.

(32) Tunçoğlu, K.; sh. 1019; Karahasan, M.R.; sh. 1092.,

etmiştir (33); diğer bir kararında ise, inşaat sözleşmesinin konusu olan dairelerin ve dükkânın Kasım 1972'de teslim alındığını, dâvanın ise, 6.12.1974 gününde, yani teslim tarihinden iki yıl sonra açıldığını, oysa müteahhitçe yapılmadığı iddia olunan şeylerin açık ayıp olup, bu müddet içinde çok önceden ve basit bir muayene ile tesbit edilebilecek nitelikte olduğunu göz-önünde tutarak, işsahibinin haklarının düştüğü sonucuna varmıştır (34).

Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, tarafların bilirkişi aracılığı ile eserin muayenesini ve bunun bir raporla tesbitini isteme hakları vardır. Bu noktada, hernekadar maddede bir açıklık yoksa da, bu bilirkişinin "resmî bilirkişi" olduğu kabul edilmektedir. Hukukumuzda bu yol delil tesbiti için mahkemeye başvurarak bilirkişi tayin ettirmekle sağlanmaktadır. Bu hak hem müteahhide, hem de işsahibine tanınmıştır. Resmî bilirkişinin incelenmesini yahut da durumu raporuna geçirmeyi geciktirmiş olması hali de, işsahibine yüklenemez. Ayrıca, bu yola başvurmak için isbat araçlarının tehlikeye düşmesi veya eserde bir ayıbın ortaya çıkmasının kuvvetle muhtemel olması şartı da aranmaz (35).

2- İnşaatteki Ayıpların Müteahhide Bildirilmesi

İşsahibinin inşaatteki gizli ve açık tüm ayıpları bildirme mükellefiyeti vardır.

İşsahibinin ayıpları ne zaman bildirmesi gerektiği konusunda Borçlar Kanunu'nda açık hüküm yoktur. Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesindeki "gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesi" gerektiğine dair ifadenin, açık ayıplar hakkında da uygulanması gerekir (36).

İnşaat sahibinin dikkatli bir muayene sonucu anlayabileceği (açık) ayıpların vakit geçirilmeden derhal müteahhide bildirmesi icap eder. Yarıtay, işsahibinin, açık ayıpları imkân bulunur bulunmaz bildirmesi gerektiği; herşeyden önce inşaatın hangi tarihte kendisine teslim edildiğini tes-

(33) 15. HD., T. 21.2.1979, E. 1979/104, K. 1979/330-YHD., 1979, C.2, S.7, sh. 1078-1079.

(34) "... Dâvacıya sözleşme ile verilen dairenin 20.4.1978 gününde dâvah yüklenici tarafından fiilen teslim edilmiş olduğu taraflar arasında ihtilâfız bulunmaktadır. Dâvacı tarafından dâva ise, 3.1.1979 tarihinde açılmıştır... Eserin dâvacı tarafından teslim alındığı tarihte ihtar ve tesbit tarihleri arasında, BK. 359-360. maddelerinde yazılı sürenin geçmiş olmasına ve 26.12.1978 tarihinde dâvacı dairesinde bilirkişi tarafından açık ayıp niteliğinde olduğunun anlaşılmasına göre dâva açma hakkının düşmüş sayılmasına..." (15. HD., T. 13.5.1981, E. 1981/699, K. 1981/1121-YKD., 1982, C. 8, S. 3, sh. 384-385); (15. HD., T. 22.2.1977, E. 1977/3167, K. 1977/391-YKD., 1978, C. 6, S. 5, sh. 777-778).

(35) **Tunçomağ, K.**; sh. 1020; **Tandoğan, H.**; sh. 171; **Karahasan, M.R.**; sh. 137.

(36) **Seliçi, Ö.**; sh. 153; **Karahasan, M.R.**; sh. 1092.

bitten sonra, işlerin olağan gidişine göre, imkân bulur bulmaz inşaatı muayene etmesi ve varsa ayıpları derhal müteahhide haber vermesi gerektiği yolunda karar vermiştir (37).

Ayıpları bildirme mükellefiyeti gizli ayıplar için de sözkonusudur. İş-sahibinin dikkatli muayenesi sonucu ortaya çıkmayan, ancak bir süre kullanılmakla ortaya çıkan ayıplar gizli ayıplardır. Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre işsahibi gizli ayıbı anladığı zaman derhal müteahhide bildirmelidir; aksi halde, eseri kabul etmiş sayılır ve haklarını kaybeder (38).

Ayıpları bildirme mükellefiyeti belirli bir şekle bağlı değildir. Ancak, isbat güçlüğü açısından telgraf, taahhütlü mektup veya noter vasıtasıyla yazılı şekilde bir bildirimde bulunmak da mümkündür (39).

Bildirim muhtevasının ne olacağı hususuna gelince, işsahibinin inşaat-taki ayıbı doğuran sebebi göstermesi gerekmez. Esasen inceleme mükellefiyeti ayıbın sebebini de araştırmayı gerektirmez. Çünkü, istisnâ âktinde işsahibi inşaat konusunda çoğunlukla uzman değildir. İstisnâ aktinin diğer yanı olan müteahhit ise, uzmandır. Ancak, müteahhit işsahibinin yaptığı ayıp ihbarından, onun bu konuda haklı olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapabilmelidir. Genel nitelikte hoşnutsuzluk ifadesi olarak, "inşaat iyi olmamış", "inşaatı hiç beğenmedim" gibi açıklamalar ayıp ihbarı sayılmaz. (40).

- (37) "Dávaca cevap dilekçesinde inşaatı 1 Nisan 1977 tarihinde teslim ettiğini ileri sürmüştür. 13.9.1977 tarihinde yapılan tesbitin ve 10.10.1977 tarihinde açılan davanın gecikmiş bir muayene ve ihbar olarak kabulü ve dávacının açık ayıplara ilişkin isteklerinin reddi sonucu doğrudur." (15. HD., T. 5.5.1980, E. 1980/1151, K. 1980/1144-YHD., 1980, C. 2, S. 5, sh. 871-872). "Dairelerin yüklenici tarafından dávacıya teslim tarihi 1.8.1972 olduğunun kesin biçimde saptanmasına ve dávacının daireleri teslim alırken bu konudaki haklarını saklı tuttuğunu belirtir nitelikte ihbar veya ihtar mevcut olmamasına ve dávacının ihtarını ise teslim tarihinden çok sonra 14.9.1978 tarihinde keşide edilmiş bulunmasına göre, artık dávacı açtığı kayıplı işler hakkındaki işlemlerinden vazgeçmiş sayılır." (15. HD., T. 26.6.1980, E. 1980/1175, K. 1980/1639-YKD., 1982, C. 8, S. 2, sh. 216-217-218); (15. HD., T. 2.11.1978, E. 1978/1425, K. 1978/2124-YHD., 1979, C. 2, S. 7, sh. 1078-1079).
- (38) 15. HD., T. 21.2.1979, E. 1979/184, K. 1979/330-YHD., 1979, C. 2, S. 7, sh. 1078-1079; 15. HD., T. 2.2.1978, E. 1978/175, K. 1978/174-YKD., 1979, C. 5, S. 8, sh. 1194-1197; 15. HD., T. 18.10.1982, E. 19832/1404, K. 1982/2045-YKD., 1983, C. 9, S. 2, sh. 239-240., ayrıca bkz. **Öz, T.**; sh. 117-118.
- (39) "Kanun koyucu, bozukluğun bildirilmesi özel bir biçime bağlı tutmamıştır. Her türlü delille isbat edilmesi mümkündür." (15. HD., T. 22.5.1980, E. 1980/971, K. 1980/1136-YKD., 1980, C. 3, S. 9, sh. 12316-1317).
- (40) **Seliçi, Ö.**; sh. 154

İnşaat sahibi, inşaatta bulunduğu bütün ayıpları müteahhide bildirmelidir. Açık ayıpların bir kısmı bildirilmiş, bir kısmı bildirilmemişse, iş sahibinin bunlara muvafakat ettiği kabul edilecek ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşecektir.

İnşaat sahibi, ayıplar konusundaki ihbarını istisnâ aktinin diğer yanı olan müteahhide bildirmelidir. Eğer, inşaatta alt müteahhitler de çalışmış iseler, her alt müteahhit işini bitirdiğinde, iş sahibinin inşaatı muayenesi ve varsa ayıpları bildirmesi gerekmez. İş sahibi için muayene ve ayıpları bildirme süresi, inşaatın tümünün kendisine teslimi ile başlayacaktır. Aksini düşünmek istisnâ aktinin niteliğine uygun düşmeyecektir (41).

Borçlar Kanunu'nun 359'uncu maddesinde yer alan ve "muayene ve ayıpları bildirmeyi" düzenleyen hüküm emredici nitelikte değildir. Taraflar eserin muayene şeklini ve bildirme süresini değiştirebilirler. Taraflar inşaatın muayenesini birlikte yapabilirler. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, inşaatın muayenesi müteahhit veya yetkili temsilcisinin huzurunda yapılır. Geçici kabul tutanağı müteahhit veya temsilcisi tarafından imza edilir. Kabul komisyonu inşaatın sözleşme ve şartnamelere uygunluğunu denetler. Bu işlemlerin sonunda, ortaya çıkan ayıplar için, bir liste düzenlenir.

Taraflar ayıplar konusunda hakem bilirkişi için de anlaşabilirler. Bu durumda, hakem bilirkişilerin ayıplar için verecekleri rapor mahkemeyi ve tarafları bağlar (42).

Müteahhidin, inşaat ile ilgili olarak bazı garantiler vermiş olması, mutlaka, ayıpları bildirme süresinin uzatıldığı anlamına gelmez; fakat istisnâen, garanti süresi verme ayıpları bildirme süresinin uzatıldığı anlamını taşıyabilir. Meselâ, bir tavanın kalınlığı ancak, sürekli gözlemlerle anlaşılabilirliğinden, bu süre uzatılmış sayılabilir (43).

(41) Seliçi, Ö.; sh. 154

(42) "Taraflar dairelerin teknik şartnamesi ile projesine uygun olup olmadığı konusunda taraflar arasında çıkacak ihtilâf tarafların seçeceği birer, seçilen birer kişinin de seçecekleri bir kişi ile üç kişinin hakem heyeti oluşturması hali, bir delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda verilecek rapor tarafları ve mahkemeyi bağlar." (15. HD., T. 15.4.1976, E. 1976/2920, K. 1976/1600-Karahasan, M.R.; sh. 418). "Eserin muayenesi konusundaki, delil sözleşmesi tarafları bağlar. HUMK. 287/2. fık. doğrultusunda taraflar sözleşmenin 7. maddesince yapılan krokilerin ne şekilde muayene ve kabul edileceğini belli etmişler, bunun dışında başka bir delile başvurulmayacağını benimsemişlerdir. Sözleşmenin 7/E bendi gereği alınmış bu rapor taraflarla mahkemeyi kesin şekilde bağlar, aksine işlem yasaya ve sözleşme kapsamına aykırıdır." (15.HD., T. 19.9.1977, E. 1977/1404, K. 1977/1625-Karahasan, M.R.; sh. 448).

(43) Tunçomağ, K.; sh. 1020

Taraflar muayene ve ihbar süresinin dikkatle ve özenle yapılacak bir muayene için yeterli olmayacak ölçüde kısaltmışlarsa, işlerin olağan gidişine göre yeterli olabilecek süre, sözleşmedeki sürenin yerini almaktadır (44).

§ 2- İŞSAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN DOĞAN HAKLARI

I- GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesi, işsahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, teslim edilmiş eseri muayene ve bulduğu ayıpları ihbar mükellefiyetlerini yerine getiren işsahibine, eserin düzeltilmesini isteme (ıslâh ve tamir), sözleşmeden rüçü (kabulden kaçınma) veya ücretin indirilmesini talep hakları tanınmıştır. İşsahibinin, şartları gerçekleştiğinde, bu alternatiflerden dilediğini seçerek, birini kullanması mümkündür.

Oysa, satım aktinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 202'ncü maddesi alıcıya sözleşmeden rüçü veya satış bedelinin indirilmesi yetkilerini tanımıştır. İşsahibi açısından istisnâ aktinde bu imkânlar daha fazlaşmıştır. Borçlar Kanunu'nda istisnâ aktini düzenleyen maddelerde, işsahibine eseri düzeltme, rüçü, ücret indirimi yanında, müteahhidin kusurlu olması halinde, eserdeki ayıpların sebep olduğu zararlarını tazminini talep etme hakkı da tanınmıştır. Kusura dayanan bu talebin işsahibine tanınmasının amacı, ayıbın doğurduğu zararın tamamen giderilmemesi halinde işsahibinin zarara uğramasını önlemektir.

Yargıtay, bir kararında, müteahhidin inşa ettiği ayıplı daireler, inşaat sahibi tarafından satılmış olsalar bile, kendisi yine de sözleşmenin tarafı olarak kaldığından Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesince tanınan haklarını müteahhitten talep edebileceği görüşünde olduğunu belirtmiştir (45).

(44) Tandoğan, H.; sh. 175

(45) İnşaatın satılmış olması, işsahibinin ayıplarından doğan haklarını kullanmasına engel değildir. "... Dâva konusu yapılan kalemler şahsi hak olan eser sözleşmesinden doğmaktadır. Hal böyle olunca sözleşmenin süresinde yerine getirilip getirilmediği, yasaya aykırı olup olmadığı sorulmalıdır... Olayda dâvalının inşa edeceği bağımsız bölümün dâvacı tarafından üçüncü şahıslara satılması dâvacının sözleşmenin tarafı olması nedeniyle ortaya çıkan haklarını istemeye engel olamaz." (15. HD., T. 11.3.1977, E. 1977/3095, K. 1977/611-YKD., 1978, C. 4, S. 7, sh. 1175). **Seliçi**; Ayıplı inşaatın, dâvacı inşaat sahibi tarafından üçüncü kişilere satılması halinde, inşaat sahibinin kendisine tanınan BK 360. maddesindeki haklardan sözleşmeden dönme yetkisini kullanamayacağını söylemektedir (**Seliçi, Ö.**; sh. 167).

İş sahibine seçimlik haklar tanıyan Borçlar Kanunu'nun 360'ıncı maddesi tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu yüzden, müteahhide ayıpların ihbarından sonra uygun bir süre de tanınarak ayıpların giderilmesini talep hakkı verilmektedir. Böylece, inşaat sahibi önce müteahhitden ayıpların giderilmesini talep edebilecek ve bu arada rücu, ücret indirilmesi haklarını kullanmayacaktır. İnşaat sahibinin hakları Borçlar Kanunu'nun 99'uncü maddesine aykırı düşmeyen bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Bu haklardan zımnen vazgeçme de mümkündür. Meselâ, iş sahibi, teslim edilen eseri kullanmış veya esaslı değişiklikler yapmış yahut başkasına devretmişse, sözleşmeden rücu hakkından vazgeçmiş sayılır. Sözleşmeden rücdan vazgeçme ise, ücret indirimi veya düzeltme talebinden vazgeçme anlamına gelmez (46).

İş sahibine tanınan seçim hakkı yenilik doğuran bir haktır. Bu hak, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanılır; hukukî sonucu, beyan edilen hakkın müteahhide varması ile doğar. Borçlar Kanunu'ndan tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli irade beyanlarının geri alınmasına ilişkin bir hüküm yoktur; fakat bu konuda Borçlar Kanunu'nun "icab ve kabulün geri alınması"nı düzenleyen 9'uncü maddesinin bütün tek taraflı hukukî işlemlerin geri alınmasına da uygulanacağı kabul edilmektedir.

İş sahibinin, seçim hakkını kullandığında, yaptığı beyanı geri alıp alamıyacağı konusunda *Seliçi* şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Eğer iş sahibi beyanını hukukî sonuç doğurduktan sonra geri almak istiyorsa, fakat beyanının geri alınmamasında, müteahhidin menfaati sözkonusuysa, müteahhidin muvafakatı aranacaktır (47).

A- Sözleşmeden Rücu

Ortada tamamlanmış bir inşaat sözkonusu iken, sözleşmeden rücu, müteahhit için ağır sonuçlara yol açacaktır. Bu yüzden Borçlar Kanunu'nda iş sahibinin sözleşmeden rücu hakkını kullanabilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Bu hakkın iş sahibince kullanılabilmesi için, 360'ıncü maddenin 1'inci fıkrasında yer alan şartların varlığı aranır (48).

İş sahibinin akitten rücu edebilmesi için, eserin kendisinin kullanamayacağı veya dürüstlük ve adalet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı

(46) *Seliçi, Ö.*; sh. 160

(47) *Seliçi, Ö.*; sh. 160; bu hususta bkz. *Öz, T.*; sh. 120.

(48) Borçlar Kanunu'nda rücu yerine "Kabulden imtinâ edebilir" ifadesi kullanılmıştır.

şekilde inşa edilmiş bulunması gerekir. Kabulün işsahibinden ne-zaman beklenemeyeceği konusunda, satım aktindeki ölçülere başvurulacaktır.

İnşaat sahibi, tek taraflı ve yöneltmesi gerekli beyanı ile rüçü hakkını kullanır. Bu beyan hiçbir şekle bağli değildir; sözlü veya yazılı olabilir. Şüphesiz, beyanın isbat açısından yazılı şekle hağlanması yerinde olur. İnşaat sahibi sözleşmeden rüçü ettiğini açık ya da zımnî olarak belirtebilir.

Sözleşmeden rüçü hakkı işsahibine tanınan yenilik doğurucu bir haktır ve istisnâ aktini geriye etkili olarak sona erdirir.

Geriyeye etkiden ne anlaşılacağı konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre (49), bundan, sözleşmenin başlangıçtan itibaren hiç kurulmamış sayılması anlaşılır. Bu anlamı ile tarafların henüz yerine getirmedikleri borçlar sona erer, getirdikleri ise sebepsiz zenginleşme kuralına göre iade edilir. Diğer görüşe (50) nazaran ise, rüçü ile, sözleşmenin başlangıçtan beri hiç kurulmadığı düşünülmeden, rüçü beyanında bulunanın, müteahhidin yerine getirdiği şeyleri geri vermek ve kendi borcundan da kurtulmak istediği farz olunur ve sözleşmenin geri vermeye ilişkin bir hale geldiği anlaşılır.

İnşaat inşasındaki gayeye uymuyor işe, eser ayrıklı kabul edilecek ve sözleşmeden rüçü hakkı da doğacaktır. Çünkü, sözleşmenin amacına ulaşmanın büyük ölçüde güçleştiği hallerde, işsahibinden, adâlet kuralları gereği, eserin kabulü beklenemez. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşmedeki kullanma amacına uygun olmayan inşaatın, işsahibinin kullanımına elverişsiz olacağından bu hakkın doğacağına karar verilmiştir (51).

İnşaat sözleşmesinden rüçü için şartlar gerçekleşmiş ve durum da haklı gösteriyorsa, eserin tamirinin mümkün olduğu hallerde bile, inşaat sahibi sözleşmeden rüçü etmeye yetkilidir. Yargıtay, hak ve hakkaniyet kuralları da gözönünde tutularak, müteahhit gerekli düzeltmeleri yaptıktan sonra sa inşaatın amaca uygun olup olmayacağı ve yapılacak inşaatın işsahibince kabulünün gerekli gerekmediğinin bilirkişi aracılığıyla tespit edilebileceği yolunda karar vermiştir (52).

(49) **Oser-Schönberger**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V. Das Obligationenrecht, Teil II, Zürich 1936, Art. 109, N. 2.

(50) **Seliçi, Ö.**; sh. 162

(51) 15. HD., T. 12.6.1979, E. 1979/1358, K. 1979/1442-YKD., 1979, C.2, S.2, sh. 1666-1667.

(52) Taraflar arasında sabunhane yapımına ilişkin bir istisnâ akti vardır. "Dâva konusu projenin kabulüne dâvalının zorlanabilemesi için aralarındaki sözleşme konşul belgesi ve BİGS. hak ve hakkaniyet esasları gözönünde tutularak davacı projedeki gerekli düzeltme ve ebat eksikliklerini giderdiğinde projenin yapılacak inşaat ve amaca uygun olup olmadığı, uygulama niteliği bulunup bulunmadığı raporda belli noksanlıktaki işin dâvalıca kabulü gerekli gerekmediği bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır." (15. HD., T. 20.9.1976, E. 19721808, K. 1976/3038-YKD., 1976, C. 4, S. 3, sh. 423-424).

Sözleşmeden rüçünün şartı olarak tespit edilen adalet kuralına göre, kabulün beklenememesi durumu, tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak düşünülmelidir. İnşaatteki ayıplar kolaylıkla giderilebilecek nitelikte ise (meselâ , eserin sadece bir parçası bozursa: kapı, pencere, radyatör gibi) veya inşaatın bütününe oranla önemsiz bir kısım bozursa, eserin kullanılmaz olduğu kabul edilemez ve rüçü yoluna gidilemez (53).

Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinin son fıkrası, işsahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda rüçü hakkını kısıtlamaktadır. İnşaatın kaldırılması, müteahhit için fazla zarara yol açacaksa, dönme yoluna gidilmeyecek, düzeltme veya ücret indirimi istenebilecektir.

Sözleşmeden rüçü ile, verme yükümünün geri verme yükümüne dönüştüğü, yani sözleşme ilişkisinin tersine çevrildiği kabul edilince, rüçü ânına dek alınanların rüçü sonrasında geri verilmesi de sözleşme kurallarına göre olacaktır (54). Yani, müteahhit, işsahibinden aldığı ücreti, işsahibi de eseri geri vermek borcu altına girer. İnşaat işlerinde, inşaatın arsası çoğu kez, inşaat sahibine aittir. Bu halde, inşaat sahibi rüçü hakkını kullanmışsa, geri verme borcunun konusu, ayıplı inşaatı kaldırma ve kalan enkazı alma hakkıdır. Müteahhit tanınan süreye rağmen ayıplı eseri arsadan kaldırmıyorsa, inşaat sahibi bizzat kaldırabilir (kaldırabilir) ve bu hukuka aykırılık teşkil etmez (55). Ayıplı eserin inşaat sahibi tarafından kaldırılması masraflarına ise, müteahhit katlanır.

İnşaat sözleşmelerinin özelliği gereği, inşaat tamamlanıp teslim edildikten sonra, inşaat sahibinin ayıplar dolayısıyla sözleşmeden rüçü etme yoluna gitmesine pek sık rastlanmaz. Genellikle, önce, inşaatteki ayıpları tamir ve ıslah ile giderme yollarına başvurulur.

Yargıtay'a göre, eserin belli günde teslim edilmemesine bağlanan ceza şartının istenebilmesi, rüçü hali için sözleşmede öngörülen seçim hakkının kullanılmasına bağlıdır. Yerine getirmeye eklenen ceza şartının istenebilmesi için, sözleşmeden rüçü edilmesi gerekir (56).

(53) **Tunçomağ, K.**; sh. 130.

"BK. 360. maddesine göre yapılan şey işsahibinin kullanamayacağı ve nefaset kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı olursa, işsahibi ancak bu takdirde bu şeyi kabulden imtihnâ edebilir. Bîlirkişi raporuna göre, dâvalı tarafından imâl edilen saçma ayırma makinası işsahibinin kabul edemeyeceği derecede kusurlu olmayıp, kusur derecesi cüz'î bir değişiklikle ıslah edilebilecek nitelikte bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu duruma göre BK. 360. maddesinin koymuş olduğu esas gözönünde tutularak bir sonuca varmak gerekir". (Yg. TD., T. 27. 11. 1959, E. 1959/2279, K. 1979/2978-**Artukmaç, S.**; sh. 47).

(54) **Serozan, Rona**; SözleşHeden Dönme, İstanbul 1975, sh. 553

(55) **Selliçi, Ö.**; sh. 165

(56) 15. HD., T. 4.3.1981, E. 1981/41, K. 1981/447-YKD., 1981, C. 7, S. 11, sh. 1466.

B- Ücret İndirimi Hakkı

Borçlar Kanunu'nun 360'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre, işin kusurlu olması yukarıdaki derecede ehemmiyeti haiz değilse, işsahibi işin kıymetinin noksanına göre fiyat tenzil edebilir.

Buna göre, eğer eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bulunması rücu etmeyi haklı gösterecek derecede önemli değilse, işsahibi ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilir (57).

Ücretinin indirilmesi için, teslim edilmiş ayıplı eserin değerinin, aslında sözleşmede öngörülen ve ayıpsız olması gereken eserin teslim ânındaki değerinden düşük olması gerekir.

Eserde mevcut ayıplar, değer düşüştü yaratmıyor ve fakat eserin amaca uygun surette kullanımını engelliyorsa, işsahibi diğer haklarını kullanabilir.

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu'nun 202'nci maddesinin son fıkrasına göre, satılan malın değer noksanı semene eşitse, alıcı ancak satımdan rücu edebilir. Bir fikre göre, bu hükmün kıyasen burada da uygulanması gerekir (58). Bu husustaki diğer görüşe göre ise, ücret indiriminin amacı, ayıplı edimle ücret arasındaki eşitliği kurmaktır. Ayıp yüzünden eser hiç değer taşımayacak hale gelmişse, ücret indirimi uygulanamaz. Ancak, istisnâ aktinde eser ne kadar çok ayıplı olursa olsun, mutlaka bir değeri bulunacağından, burada Borçlar Kanunu'nun 202'nci maddesi uygulanamaz. İnşaat sözleşmelerinde değer düşüşününün ücrete eşitliği durumunun sözkonusu olmayacağı, ancak istisnâen meselâ inşaatın temeli çürük ise, mutlaka yıkılması gereken bir inşaatın varlığı sebebiyle, bu durumun ortaya çıkabileceği düşünülebilir (59).

Ücret indirimi hakkı yenilik doğuran bir haktır. Tek taraflı ve yönetilmesi gerekli bir irade beyanıyla kullanılır; kabule bağlı değildir; hukukî sonucunu müteahhide varmakla doğurur.

(57) "BK. 360/2'nci fıkrasına göre, işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, işsahibinin işin değer eksikliği oranında fiyatı indirmeye, eğer o işi tamiri büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhidi tamir yapmaya mecbur edebilir." (9. HD., T. 21.3.1963, E. 1963/2274, K. 1963/2225-**Olgaç, S.**; sh. 44). "Taraflar arasında inşaata ilişkin istisnâ akti vardır. İşin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, işsahibi işin kıymetinin noksanı oranında fiyatı tenzile ve eğer o işin düzeltilmesi büyük masrafı gerektirmiyorsa, yükleniciyi onarmaya zorlayabilir." (15. HD., T. 15.10.1979, E. 1979/2043, K. 1979/2067-YKD., 1979, C. 2, S. 11, sh. 1689).

(58) **Tandoğan, H.**; sh. 189; **Tunçomağ, K.**; sh. 1034.

(59) **Seliçi, Ö.**; sh. 167.; **Öz, T.**; sh. 123.

Değer düşüklüğünün nasıl hesaplanacağı konusunda, Yargıtay'ın da katıldığı metod nisbi metoddur (60). Bu metoda göre, istisnâ aktinin kurulması ânında nesnenin ayıpsız olarak yahut vaadedilen nitelikleri taşıdığı takdirde sahip olacağı değer ile gerçekte içinde bulunduğu ayıplı durumdaki değeri arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar olmalıdır. Bunun,

$$\frac{\text{Bozukluk Taşımayan Eserin Değeri}}{\text{Bozuk Eserin Değeri}} = \frac{\text{Kararlaştırılan Ücret}}{\text{İndirilmiş Ücret}}$$

şeklinde ifade edebiliriz..

Yargıtay'ın kararlarına göre, ayıpların değerlendirilmesinde dâva tarihindeki piyasa rayıcı tutarlarının tesbiti gerekir (61). *Tandoğan*'a göre, istisnâ aktinde hasar teslimle geçtiğinden, satış aktine kıyasen istisnâ aktinde de bu değerlendirmenin teslim ânı esas alınarak yapılması icap eder (62).

Yargıtay, bir kararında (63), gizli ayıplar konusunda, "gizli ayıpların ortaya çıktığı gündeki râyice göre, para olarak karşılığına hükmetmek gerekir" şeklinde sonuca varmıştır. Ayrıca, bu kararlardan anlaşıldığına göre,

(60) 15. HD., T. 23.10.1976, E. 1644, K. 3316-Karahasan, M.R.; sh. 461.; Yg. HGK., T. 16. 11.1971, E. 1971/59, K. 1971/385-İBD., 1971, S.5-7, sh. 659.

(61) "Yükleniciden eksikliklerin tamamlanmasının gerektirdiği, parasal tutarı istenmiş olmakla uzman bilirkişi aracılığıyla eksikliklerin neler olduğu ve bunların dâva tarihindeki piyasa rayıcına göre, tutarı saptanmalıdır." (15. HD. T. 23.5.1979, E. 1979/995,5 K. 1979/1237-YKD., 1979, C. 5, S. 9). Yargıtay'ın daha eski tarihli olan bu kararında ise, ayıpların maliyetinin, bunların ortaya çıktığı gündeki piyasa değerine göre hesaplanacağından söz edilmektedir. "Bilirkişi raporlarında yazılı bozuklukların açık veya gizli bozukluklardan olup olmadığı ve dâvacıların eseri hangi tarihte teslim aldıkları ve dâvalılar tarafından süresi içinde bir ihbar yapıp yapılmadığı üzerinde durulmak teslimi müteakip süresinde dâvalılar tarafından dâvacıya bir ihbar yapıldığı anlaşıldığı takdirde ayıpların ortaya çıktığı gündeki sürüm değerine (rayice) göre bilirkişi kurulundan sorulmak gerekir." (15. HD., T. 13.4.1978, E. 1978/825, K. 1978/780-Karahasan, M.R.; sh. 472).

(62) *Tandoğan, H.*; sh. 189; *Gauch, P.*; N. 1161.

(63) Kararda inşa edilen bir ev vardır. "... Öyleyse, eserdeki bozuklukların neler olduğu, hangilerinin açık, hangilerinin gizli bozukluk olduğuna ve ne zaman ortaya çıktığı bilirkişi aracılığıyla saptanarak bunların yükleniciye çabucak bildirilip bildirilmediği üzerinde durulmalı, açık bozukluklar için, işin akışına göre yaptırılan tesbit anlaşılması bu bölme ilişkin istemin reddi gerektiği düşünülmeli, gizli bozukluğun ortaya çıktığı ve öğrenilerek haber verme hâli saptanmalı, sonuçta taleple bağlı kalınarak öğrenildiği gündeki rayice göre parasal karşılığa hükmetmek gerekir." (15. HD., T. 10.5.1979, E. 1979/787, K. 1979/1092-YKD., 1979, C. 2, S. 10., sh. 1200).

değer düşüklüğü, ayıp ve noksanların kullanılır hale getirilmeleri dikkate alınarak hesaplanacaktır (64).

İnşaat sözleşmelerinde, ayıplar, genellikle kullanılmakla ve ancak bir süre sonra ortaya çıktığından, işsahibi, müteahhide ücreti ödemiş bulunmaktadır. Bu yüzden, daha sonra ayıp ortaya çıkınca, mahkemeden “ayıp bedeli” ve “necsafet farkı” ifadeleriyle ayıbın giderilmesi için gerekli bedel talep edilmektedir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’ne tâbi inşaatlarda ise, ayıplı inşaat bedeli geçici stüasyonlardan veya teminattan kesilir; böylece, indirim sağlanmış olur; geri alma için kesin hesap ve kabulün beklenmesi de gerekmez. İdare bu yüzden müteahhide geri verme dâvası açabilir (65).

C- İnşaatın Tamir ve İslâhını Talep

Borçlar Kanunu’nun 360’ıncı maddesinin 2’nci fıkrasında, eserin tamir ve islâhını talep hakkı düzenlenmektedir. Bu hak, ücret indirimi için öngörülen şartlara ve tamir ve islâhın büyük masrafı gerektirmemesine bağlıdır.

Borçlar Kanunu’nun 360’ıncı maddesine göre, eserin tamiri, aşırı giderler yapılmasını gerektiriyorsa, istenemez. İşsahibinin elde edebileceği yarar karşısında müteahhidin katlanacağı zarar fazla ise ve buna müteahhidin katlanmasını beklemek doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olursa, giderler aşırı demektir.

Ayıpların giderilmesi büyük masrafa yol açacak, olmasına rağmen, müteahhit inşaattaki ayıpları islah ve tamir edeceğini kabul etmişse, işsahibi bu ayıpların giderilmesini isteyebilir. Eğer, ayıpların giderilmesi mümkün değilse, inşaat sahibinin ayıpların giderilmesini talep hakkı da kalmayacaktır.

Yargıtay, bir kararında islâh ve tamir ile ayıplar giderildiğinde, inşaatın amaca uygun olarak kullanımının sağlanıp sağlanamayacağı konusu üzerinde durmuştur (66).

(64) “Şu halde dâvacının ileri sürdüğü noksan ve ayıplı şeylerin işin bitiminden sonra basit bir muayene ile dâvalı tarafından meydana çıkarılması mümkün bulunup bulunmadığı veya kullanma sırasında noksan ve ayıpların belli hale gelip gelmedikleri usulen mahallinde bu işlerden anlayan bilirkişiler aracılığıyla soruşturularak tespit edilmeli, ayıp ve noksanların kullanılır şekle sokulması için olay tarihindeki rayiçler gözönünde tutularak sarfı lâzım gelen miktar tayin edilmelidir” (15. HD., T. 5.11.1973, E.1973/193, K. 1973/194- **Olgaç**, S.; sh. 55).

(65) HGK., T. 15.11.1965, E. 1965/967, K. 1965/157-**Karahasan, M.R.**; sh. 1058.

(66) “Dâva konusu projelerin kabulüne dâvalının zorlanabilmesi için aralarındaki sözleşme koşullarına göre BİGŞ hak ve hakkaniyet esasları gözönünde tutularak dâvacı projedeki gerekli

İşgörme edimi olan ıslâh için belirli bir sürenin tayin edilmesi gerekir. Bu süre işsahibi tarafından tayin edilir. Müteahhide bir süre tanınması halinde, bu sürenin müteahhidin tutumu bakımından faydasız olacağı anlaşılıyorsa, işsahibi tanınan süreyi beklemeden de diğer haklarını kullanabilir. Yargıtay'a göre, eksik ve kusurlu işleri yerine getirmekle yükümlü olan müteahhit, işten el çekerek bırakıp giderse, mütemerrit (direngen) duruma düşer (67).

Müteahhit tamiri reddediyor, yapabilecek durumda gözüküyor, eksik ve ayıpları süresinde tamir etmiyorsa, işsahibi Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesine dayanarak, mahkemeden ayıplı kısmın asıl müteahhit hesabına kendisi tarafından düzeltilmesine müsaade edilmesini isteyebilir (68). Bu durum, işsahibinin müteahhide güven duymaması halinde de mümkündür. Bu gibi hallerde, inşaat sahibi, müteahhide ayıpları gidermesi için talepte bulunmadan, doğrudan mahkemeye başvurup, müteahhit hesabına düzeltme müsaade isteyebilir. Hâkim, gerekli izni inşaat sahibine verdikten sonra, inşaat sahibi ayıpların giderilmesi için masrafların tazminini müteahhitten talep edebilir. İnşaat sahibinin önceden, müteahhitten muhtemel düzeltme masrafları için avans istemeside mümkündür; fakat, böyle bir avansın müteahhitten istenebilmesi için, inşaat sahibinin, mahkemeyi, ayıpları bizzat gidermek istediğine inandırması gerekir.

Taraflar sözleşmede, inşaatçı çıkan ayıpların, daha önce mahkemeye başvurmak gerekmeden, üçüncü bir kişiye düzelttirilebileceğini kararlaştırabilirler.

düzeltilme ve ebat eksikliklerini giderdiğinde projenin yapılacak inşaat ve amaca uygun olup olmadığı, uygulama niteliği bulunup bulunmadığı raporda belli noksanlıkta işin dâvalıca kabulü gerekip gerekmediği bilirkişi aracılığıyla saptanır... Bu itibarla dâvacı tarafından yapıldığı öne sürülen projelerin mahkemece getirilmesinde son taraflarca imzalanmış olan sözleşme, şartname ve BİGŞ hükümleriyle tarafların iddia ve savunması hak ve hakkaniyet esasları da gözönünde tutularak, davacının bu projelerdeki gerekli düzeltme ve ebat eksikliklerini gidermesi halinde projelerin yapılacak inşaat ve maksada uygun olup olmadığı, uygulama niteliği bulunup bulunmadığı ve ayrıca bilirkişi raporunda belirtilen % 40 noksan bırakılan işin dâvalı idare tarafından kabul edilip gerekip gerekmediği hususlarının bilirkişiye incelettirilmesi ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi usul ve yasaaya aykırıdır" 15. HD., T. 20.9.1976, E. 1976/2108, K. 1976/3038-YKD., 1978, C. 4, S. 3, sh. 423-424).

(67) 15. HD., T. 2.2.1978, E. 1977/1943, K. 198/181-YKD., 1979, C. 5, S. 4, sh. 544.

(68) Tandoğan, H.; sh. 200; Tunçomağ, K.; sh. 1034, Gauch, P.; N. 1272; Öz, T.; sh. 299.

Yargıtay, müteahhidin tamir ve ıslâha yanaşmaması halinde, tamir için gerekli olan masrafların, müteahhide verilecek paradan indirilebileceği yolunda karar vermiştir (69).

Ayıpları ıslâh için müteahhidin inşaata girmesi ve çalışmasına izin verilmesi gerekir. İnşaat sahibi, müteahhide uygun bir zamanda ayıpların giderilmesi için inşaata girerek çalışma izni vermezse, alacaklının temerrüdüne düşer (70).

İnşaat sahibinin müteahhiden ayıbın giderilmesini talep etmesi, ücret indirimine veya rüçü hakkının düşmesine yol açmaz. Ücret indirimi ve sözleşmeden rüçüyü seçme hakkı, eğer müteahhit ayıbı düzeltilmişse düşecektir (71).

D- İnşaatın İşsahibinin Arsası Üzerine Yapılması

Borçlar Kanunu'nun 360'ıncı maddesinin son fıkrasına göre, inşaat sahibi, inşaat yapılmış olup da, kaldırılması fazla bir zararı gerektirecek ise, ancak ücretin indirilmesini veya eserin tamir ve ıslâhını isteyebilir.

İstisnâ aktinde, sözleşmeden rüçü etmenin bu şekilde sınırlandırılmasının sebebi, rüçünün süreklilik özelliği taşıyan istisnâ aktinde adâletsizliklere yol açabileceği, işsahibini sözleşmedeki ücreti ödemekten kurtaracağı, onu salt işçinin emeğinin kendisi için taşıdığı bir zenginleşme değerini ödemekle yetindirilebileceği ve müteahhit için ağır sonuçlar doğurabileceği gibi hususlardır (72).

(69) "BK. 360/2'nci fıkrası uyarınca işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, işsahibi işin değer eksikliği oranında fiyat indirmeye ve eğer işin ıslâhı büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhidi tamir yapmaya mecbur edebilir. Davacı müteahhit kovanları tamire ve ıslâha talip olmadığına göre, mahkemenin bu kovanların tamir ve ıslâhı için ödenmesi gereken para miktarlarının müteahhide ödenecek paradan indirilmesi ve geriye kalan para miktarının tahsiline karar vermesi gerekir" (3. HD., T. 21.3. 1963, E. 1963/2774, K. 1963/2225-*Artukmaç, S.*; sh. 48).

(70) *Seliçi, Ö.*; sh. 179.

(71) "Eserin düzeltilmesi sözkonusu olması durumunda işsahibi sözleşmeden dönemez ... Davacı işsahibi teslim edilen eserin ayıplı olduğunu ileri sürerek sözleşmenin bozulmasına v. ödenen ücretin geri verilmesini ve eser ücreti için düzenlenen bonoların da iptalini istemiştir. Yapılan soruşturmaya, toplanan kanıtlara, dosyadaki belgelerle yazılara, bilirkişi raporu kapsamına ayıbın yüklenici tarafında giderilmiş olmasına ve davacının BK. 360. maddesi ile tanınan haklardan yalnızca eserin düzeltilmesini ist. yebileceğinin anlaşılmasına ve o nedenle de sözleşmeden dönmeye ilişkin dâvada haklılık olmadığından yerel mahkemenin dâvanın reddine karar vermesi doğrudur" (15.HD., T. 28.6.1979., E. 1979/141, K. 1979/1426-*Karahasan, M. R.*; sh. 458); *Öz, T.*; sh. 97; *Tandoğan H.*; sh. 193; *Gauch, P.*; N. 1298-1299.

(72) *Serozan, R.*; sh. 330

Yargıtay, eser işsahibinin kullanamayacağı ve nispet kurallarına göre, kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu ve sözleşme şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olsa bile, işsahibinin arsası üzerine yapılmış olmakla sökülüp kaldırılması çok zarar doğuracaksa, fesih yerine, bedelin indirilmesinin doğru olacağı görüşündedir. Tarafların sözleşmedeki fesih yetkisini kaldırmaları, Borçlar Kanunu'nun 360'ıncı maddesindeki şartları gerçekleşmişse anlam ifade etmez (73).

İnşaatın kaldırılmasının, müteahhit yönünden büyük bir zarara yol açıp açmadığının tesbitinde, önce, yapılan inşaatın arsa ile birlikte değerinin belirlenmesi, sonra da, inşaatın kaldırılması halinde bu meydana gelecek değerde düşüş oranının dikkate alınması gerekir (74). Meselâ, yapılan inşaat, temelini sağlam olmaması yüzünden zaten yıkılabilecek durumdaysa, arsa ile birleştiğinde büyük bir değeri yoktur; yıkıldığında ise, ancak enkaz değeri olabilecektir.

Yargıtay, bir kararında, "işsahibinin arsasına inşaat yapılmışsa, istisnâ akti şeklen geçersiz olsa da, tarafların karşılıklı olarak borçlarının büyük kısmının yerine getirmeleri, dâvacı müteahhitin daireleri inşa ederek teslim etmesi, işsahibinin de yapılan inşaatı alıcılarına geçirmiş bulunması ve dâvacının daireleri teslim alarak, geç teslimden, eksik ve ayıplı inşaatından dolayı talep haklarını kullanacağını bildirmesi halinde, sözleşmenin bu durumda geçersizliğini ileri sürmenin, Medenî Kanununun 2'nci maddesinde yer alan doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olacağı" sonucuna varmıştır (75).

(73) Olayada müteahhit akti borucunu yerine getirmeyip inşaatı yarım bırakmakla temerrüde düşmüştür. Dâvacı işin yarım kaldığını tesbiti için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme sözleşmenin 2. maddesinde sözleşme hükümlerini yerine getirmeme halinde, müşbet ve menfi zararların tazmini öngörüldüğünden fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte olmadığına karar vermiştir. Dâvacının iddiası dâvalının inşaatı tamamlamadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, dâvalının temerrüt nedeniyle dâvacının haklı olup olmadığı BK. 360. mad.'inin olaya uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunun için öncelikle dâvalının dâvacıya karşı edimini hangi oranda yerine getirmiş olduğunun belirlenmesi gerekir. Dâvalının yapmış olduğu bölümler dâvacının kullanamayacağı veya nispet kurallarına göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kullanamayacağı veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekilmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile dâvacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan yapılmış bir inşaatın ref'i ve kal'i aşırı zarara neden olacaksa, sözleşmenin feshi yerine dâvacıya verilecek olan dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi gerekir. Ancak, yapılacak inşaat türü, miktarı ve değeri itibarıyla kaldırılması dâvalıya aşırı bir zarar vermeyecekse sözleşmenin feshi gerekir (15. HD., T. 9.4.1977, E. 1977/470, K. 1977/837-YKD., 1979, C. 5, S. 1, sh. 393).

(74) **Tandoğan, H.:** sh. 183; **Karahasan, M.R.:** sh. 45; **Seliçi, Ö.:** sh. 164.

(75) 15. HD., T. 11.12.1980, E. 1980/419, K. 1980/2649-YKD., 1981, C. 8, S. 6, sh. 730.

E- Ayıplara Bağlanan Zararların Tazmini

Borçlar Kanunu'nun 360'ıncı maddesi, inşaatın yayıplı olması halinde, iş sahibine, akitten rüçü, ücret indirimi, ıslâh hakları yanında, eğer müteahhit kusurlu ise, zararın tazminini talep hakkını da tanımaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 360'ıncı maddesinde, eserin ayıplı olması karşısında iş sahibine tanınan rüçü, ücret indirimi, ıslâh hakları müteahhidin kusuruna bakılmaksızın doğmaktadır. Bu suretle, iş sahibine eserde ortaya çıkan ayıplardan dolayı karşılaştığı somut zararın müteahhit tarafından karşılanmasını talep hakkı tanınmıştır. Böylece, eserin ayıplı olarak ifası durumunda, uğranılan müsbet zararın tazmini sözkonusu olmaktadır. Halbuki, ayıplara bağlanan zararların tazmininde, eserin ayıplı ifası dolayısıyla iş sahibinin diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan ek zararının (76) tazmini sözkonusudur. Tazmin borcu, müteahhidin kusurlu olması halinde, ona aittir.

Ayıplara bağlı olarak ortaya çıkan zararlar da, eserin bozuk olmasından dolayı doğmaktadır. Bu yüzden bozukluk ile ortaya çıkan zararların tazmini, uygun illiyet bağı da dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Ayiba bağlı olarak çıkan zararlar, sözleşmeden rüçü, ücret indirimi veya düzeltme haklarının kullanılmasına rağmen karşılanmayan zararlardır. Burada, yapılması gereken diğer bir ayırım ise, inşaatta ortaya çıkan ayıpların aynı zamanda sözleşmeye de aykırılık teşkil etmesi durumudur. Borçlar Kanunu' sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazminini ayıplardan dolayı mesuliyet esası üzerinde kurduğundan, sözleşmeye aykırılık yüzünden iş sahibinin uğradığı zarar ve ayıba bağlanan zararları birbirinden ayırt etmek gerekecektir. Bu son durumda zarar Borçlar Kanunu'nun 96'ncı maddesi ile ilgili olarak tazmin olunabilir. Özellikle müteahhidin özen borcuna aykırılık teşkil eden davranışın sonunda ortaya çıkan zararlar, ayıp niteliğinde değilse, bu zararlar genel hükümlere tâbi olacaktır. Meselâ, müteahhit siva işini yüklenmiş iken, siva yaparken camları kirletmiş ve temizlerken çiziklere yol açmışsa, bundan doğan zararlar Borçlar Kanunu'nun 96'ncı maddesi vd. na göre tazmin ettirilecektir; çünkü, müteahhit cam değil, siva işini üstlendiğinden, sadece özen borcuna aykırı davranmıştır (77).

(76) Bu ek zarara refakat eden veya müteakip zarar adı da verilmektedir (bkz. **Burcuoğlu, H.**; sh. 299.)

(77) **Seliçi, Ö.**; sh. 183; **Burcuoğlu, H.**; sh. 299

Müteahhidin bu zararı tazmin etmesi için kusurlu olması gerekir. Kusurun isbatı külfetinin kime ait olacağı şu şekilde çözümlenmiştir (78): Burada Borçlar Kanunu'nun 96'ncı maddesinde yer alan isbat külfetinin ters çevrilmesi için sebep yoktur; Borçlar Kanunu'nun 96'ncı maddesi aynen uygulanmalıdır. İş sahibinin zararın mevcudiyet ve miktarlarını isbatı yeterlidir. Ayrıca, müteahhidin kusurlu olmadığını isbat etmesi gerekmez; müteahhit kusurlu olmadığını isbat etmelidir; çünkü, istisnâ aktibinin diğer yanını oluşturan müteahhit, işi konusunda uzman kişidir ve kusursuzluğunu isbat da ondan beklenebilir.

İnşaat işlerinde ayıp, aynı zamanda yapı tekniği kurallarına da aykırılık şeklindeyse, bu meslekî bir kusur teşkil eder. Bu takdirde müteahhidin sorumluluğu ağırlaşmakta ve müteahhit bunları bilmediğini ileri sürememektedir. Müteahhidin bu konudaki sorumluluğu, ancak kendisine verilen projelerin iş sahibinin tayin ettiği uzman kişilerce yapıldığı ve onların talimatları dairesinde hareket ettiği hallerde hafifleyebilir.

Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinde, ayıplara bağlanan zararlar, illiyet bağı içinde kalmak ve müteahhit de kusurlu olmak şartıyla tazmin edilecektir. Burada tartışılan konu, Borçlar Kanunu'nun 202'ncü maddesinin 2'ncü fıkrasında düzenlenmiş bulunan husus, alıcının ayıp dolayısıyla satım sözleşmesinden rücu etmesi halinde, satıcının bunun doğurduğu doğrudan doğruya zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bu maddenin kıyasen burada da uygulanması halinde, zararları doğrudan zarar ve dolayısıyla zarar olarak ayırmak, doğrudan doğruya zararda kusuruna bakmadan müteahhidi tazminle sorumlu tutmak gerekecektir. Bazı yazarlar, Borçlar Kanunu'nun 205'inci maddesinin 2'ncü fıkrasının, sözleşmeden rücu halinde uygulanabileceğinden hareketle, istisnâ aktinde rücu halinde de, müteahhidin kusuruna bakılmaksızın doğrudan doğruya zararın istenebileceğini savunmaktadırlar (79). Baskın olan, diğer fikre göre ise, somut olayı da dikkate alarak, ayıp ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının yoğunluğunun belirlenmesi görevi hâkime aittir (80). Buna göre, Borçlar Kanunu'nun 205'inci maddesinin 2'ncü fıkrasının burada uygulanmaması gerekmektedir. Çünkü bu hükmün istisnâ bir hükümdür. Satış ve istisnâ akitlerindeki ayıba karşı tekeffül borcunun farklılık göstermektedir. Mesuliyetin kusura bağlı olması gerekmektedir (81).

(78) **Tandoğan, H.**; sh. 205; **Karahasan, M.R.**; sh. 1099.

(79) **Gauchi**; Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Bd. VI., 2. Abd., 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967, Art. 368, N. 116.;

(80) **Seliçi, Ö.**; sh. 187.

(81) **Seliçi, Ö.**; sh. 187; **Tandoğan, H.**; sh. 206-207; **Barcuoğlu, H.**; sh. 300.

Borçlar Kanunu'nun 360'ncı maddesi müteahhidin kusurlu olması şartı ile illiyet bağı içerisindeki her türlü zararın tazminine imkân tanımaktadır.

§ 3- AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN ORTADAN KALKMASI VE ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

I- İNŞAATTAKİ AYIPLARIN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE İSNÂT OLUNACAK SEBEPTEN DOĞMASI

Müteahhidin sorumluluktan kurtulması, Borçlar Kanunu'nun 361'inci maddesine göre, "Yapılan şeyin kusurlu olması, müteahhidin sarâhaten beyan eylediği mütealâya mugayyir olarak işsahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine isnâdı kabil olursa, işsahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyan edemez."

Maddeden anlaşıldığına göre, müteahhidin sorumluluktan kurtulması için, eserdeki ayıbın doğması işsahibi ile ilgili olmalı ve müteahhit de işsahibini ikaz etmiş bulunmalıdır. Borçlar Kanunu'nun 361'inci maddesindeki durum gerçekleşirse, işsahibi eserdeki ayıplar dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 360'ncı maddesiyle lehine tanınan hakları kullanamaz.

Borçlar Kanunu'nun 357'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, müteahhit iş devam ettiği sürece, işsahibinin verdiği malzemenin, gösterdiği arsanın kusurlu olduğunu anlar ve imâlin (inşanın) devamını engelleyen bir durum ortaya çıkarsa, kendisini derhal haberdar etmelidir. Aksi halde sorumluluk müteahhide aittir.

İnşaattaki bozukluk, inşaat sahibine ait arsanın elverişsizliği yüzünden doğmuşsa, ayıplardan dolayı sorumluluk işsahibine ait olmakla beraber, Borçlar Kanunu'nun 357'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, müteahhidin de arsayı kontrolü ve bu konuda işsahibini uyarması gerekir. İnşaattaki ayıplar inşaat sahibinin temin etmiş olduğu malzemeden doğmuşsa, Borçlar Kanunu'nun 357'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, işsahibinin bu konuda müteahhitçe ikâzı ile, müteahhit sorumluluktan kurtulur.

Ayıplar, inşaat sahibinin bizzat hazırladığı veya teknik kişilere hazırlattığı inşaat proje ve plânlarından, bunlardaki teknik noksanlardan doğmuşsa, sorumluluk müteahhide yüklenemez. Bu halde de, müteahhidin bildirim yükümü vardır; fakat, apaçık hatalar var ve müteahhit de mesleki

bilgisi dolayısıyla anlayacak durumda ise (ağır kusuru varsa), sorumlu olacaktır (82).

Yargıtay, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Borçlar Kanunu'nun 361'inci maddesine göre, ister idarece verilsin, ister müteahhidin verdiği proje idarece tasdik edilmiş bulunsun, müteahhidin hesapları eksiksiz uygulanmak ve fenne uygun yapımı sağlamak zorunda olduğu görülmüştür (83). Ancak, projenin kötü bazı sonuçlar doğuracağını da teknik bilgisi gereği bilmesi lâzımdır. Müteahhidin, iş sahibine bu hususta gerekli ikâzı yapıp yapmadığı araştırılmalı, yapılmamışsa sorumluluğu devam etmelidir. Bilirkişi incelemelerinden iş sahibince verilen projenin aynen tatbik edildiği anlaşılrsa bile projenin fenne uygun olmadığı ve aynen tatbikinin kötü sonuçlar doğuracağı teknik bilgi sahibi olan müteahhitçe bilmesi gereken bir husus olarak kalır. Bu sebeple, müteahhidin bu hususları iş sahibine açık bir şekilde bildirmesi ve onu uyarması Borçlar Kanunu'nun 361'inci maddesiyle, söz konusu Genel Şartname'nin 5-7'nci maddeleri icabıdır.

Nitekim, 29.8.1984 gün ve 84/5520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 10'uncu maddesinin 9'uncu fıkrasında da, "müteahhit yaptığı ve yapacağı projelerin ve hesapların eksiklik ve yanlışlıklarından ve bunların sonuçlarından doğru-

- (82) Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 19 Haziran 1929 tarihli kararında; Çatının inşasından sonra meyil ortaya çıkmış, mimar her ne kadar çatıyı destekler koyarak düzeltmeye çalışmış ise de, yeter derecede sağlam olmadığı bilirkişilerce bildirilmiştir. Müteahhit kendisini savunurken, plânın başka bir mimar tarafından yapılmış olduğunu ve kendisinin de bu plâna uyduğunu söylemiştir. Mahkeme plâna açıkça hatalı olması, daha doğrusu ağır bir kusuru bulunması halinde, müteahhitin sorumlu olacağını kabul ederek, olayda müteahhit Rolan'ın hatasını fahiş görmemiş ve plâna aynen tatbik ettiği için sorumlu tutmamıştır (Bkz. **Belgesay**; Hukuk Ansiklopedisi, Kazai Kararlar Yeni Kanunlar, sh. 27).
- (83) "BİGŞ. sözleşmenin ekidir. Genel koşul belgesine göre, projeler ister yönetimce verilsin, ister yüklenicinin verdiği proje yönetimce onansın, yüklenici projelerin ve fenni hesapların eksiksiz uygulanmasını ve fenne uygun yapılmasını sağlamak zorundadır. Yüklenici yönetimin verdiği projeleri fenne uygun olmadığını ve ayrıca uygulanmasının kötü sonuçlar doğuracağını yönetime açık biçimde bildirip uyarmalıdır. "Olayda bir lise spor binasının inşaatı vardır. Bina inşa edilirken çökmüş, Dâvacı müteahhit plân, proje ve teknik şartnamenin idare tarafından verildiğinden bahisle zararının tazminini istemektedir." ...Müteahhit taahhüt ettiği şeyi ihtimâm ve kusursuz olarak ifaya mecburdur. Yapılması gereken Lise spor salonu 2490 S.K. göre ihale edilmiştir. BİGŞ.si sözleşmenin 2/F maddesine göre bu sözleşmenin ekidir. Projeler teknik şartnamelerin davalı bakanlık tarafından verildiği de sözleşmenin 2'nci maddesinden de anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 2-5-7'nci maddelerine göre, projeler gerek idarece verilsin, gerek müteahhit fenni hesapların projelerin eksiksiz tatbik edilmesi ve fenne uygun yapılmasını sağlamaya mecburdur" (15. HD., T. 5.1.1981, E. 1981/989, K. 1981/1069-YKD., 1981, C.7, S.9, sh. 1181-1182).

dan doğruya sorumludur. Projelerin idare tarafından görülmüş ve onaylanmış olması müteahhidi bu sorumluluktan kurtaramaz" ifadesi yer almıştır.

İnşaat süresince, mimar ve mühendislerin verdiği talimata uyması halinde, müteahhidin sorumluluğu kalmaz; fakat, müteahhidin özel meslekî bilgisi bu talimata uymamasını gerektirecek nitelikte ise, bunlara uymaması gerekir. Meselâ, plâka döşeme işlerini yüklenen müteahhit zeminin izalasyonunun nasıl yapılacağını kendisi tayin etmelidir; çünkü, mimardan bu konuda uzmanlık beklenemez (84).

Müteahhidin, inşaatın bozukluğundan dolayı sorumluluktan kurtulabilmek için iş sahibinin talimatına uyduğu takdirde doğacak tüm zararları kendisine ayrı ayrı göstermesi gerekmez. Bu hususla ilgili Yargıtay kararı, (BİGŞ. 7'nci maddesine de dayanarak) aynen şu şekildedir: "Müteahhit kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden, iş sahibine yardımcı olmak ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerin uygunsuzluğunu belirtmekle yükümlüdür. Müteahhit bu fikrini zımnen değil, açıkça söylemeli, ona sadece tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını ortaya koymalıdır" (85). Müteahhidin sözleşmenin uzman kişisi olması bunu gerektirmiştir. Çünkü müteahhit kendisinden beklenen teknik ve meslekî bilgiler gereği, ortaya çıkabilecek ayıbı en iyi tahmin edebilecek kişidir. İş sahibi ise, çoğu kez uzman olmayan bir kişidir.

Müteahhit inşaatın belli kısımlarının yapımını alt müteahhitlere de bırakmış olabilir. Müteahhit bu durumda alt müteahhidin iş sahibi durumunda olduğundan, alt müteahhidin de yapımını üstlendiği bölümler üzerinde uyarma yükümü vardır. Meselâ, yapılan inşaatın kalorifer tesisatını üstlenen alt müteahhit, kalorifer tesisatının ayıpsız ve eksiksiz olmasından sorumludur. Eğer kazan borusunun belirtilen genişlikleri yeterli değilse, iş sahibini bu konuda ikaz etmesi gerekir; fakat kalorifer tesisatını üstlenen alt müteahhidin, kalorifer tesisatının kurulabilmesi için binanın ayıplı olup olmadığını da inceleme yükümü yoktur (86).

Alt müteahhidin kısmî edimindeki ayıp, üzerine inşa edildiği şeyin ayıbından doğuyorsa, sorumluluğu yoktur. Burada kısmî edimi yerine getiren müteahhidin inceleme ve bildirim yükümü kendisinin yerine getireceği edim açısından yeterli olarak derecede olacaktır.

(84) BGH NJW, 1956, 786-Seliçi, Ö.; sh. 193.

(85) 15. HD., T. 13. 4. 1978, E. 1978/822, K. 1978/778-Karahasan, M.R.; sh. 152.

(86) Tunçomağ, K.; sh. 1037.

Bildirimde, müteahhit, inşaat sahibine, ortaya çıkan durumun, inşaat-
ta birtakım ayıplara yol açabileceğini beyan ederek bu hususta ısrar ettiği
takdirde olumsuz sonuçların kendisine ait olacağını açıkça söylemelidir.

Borçlar Kanunu, bildirim şekle bağlı tutmamıştır. Taraflar bildirimini belli şekilde tâbi kılabilirler., Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 11'inci maddesinin 9'uncu fıkrasına ve 13'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, inşaatın devamı sırasında müteahhit kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğuna veya tebligat konusunun teknik ve sanat kurallarına uygun olmadığına kanı olursa, 13'üncü madde hükümlerine göre, itirazlarını talimat tarihinden onbeş gün içinde idareye yazı ile bildirmeye mecburdur. Bu müddet geçince müteahhidin bir daha itiraza hakkı kalmaz. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin bu maddesine göre, şartnamenin kapsadığı inşaatlar için yazılı şekil daha kesin görülmektedir (87). İsviçre Federal Mahkemesi ise (88), bu bildirim yazılı şekilde olmasının mutlaka gerekli olmadığı görüşündedir. İsviçre Mühendis ve Mimarlar Birliği'nin çıkardığı İnşaat Genel Şartnamesi'nde de müteahhidin işsahibi tarafından verilen talimata itirazlarını yazılı şekilde yapmak zorunda olmadığı, öngörülmüştür. Bu husus bir isbat şekli olarak kararlaştırılabilir.

Seliği, tarafların yazılı şekli sözleşmede kararlaştırılması halinde, bu şeklin karine olarak sıhhat şekli olduğuna dair Borçlar Kanunu'nun 16'ncı maddesinin, Borçlar Kanunu'nun 361'inci maddesindeki bildirim için uygulanmayacağını, amacın beyanda bulunan müteahhidin değil, işsahibinin menfaatini korumak olduğunu ve yazılı şeklin bildirim isbata yarayacağını ileri sürmekte (89); Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin, 7'nci maddesinde kabul edilen yazılı şekil şartının inşaat başladıktan sonraki plân ve projedeki tadilatı dikkate aldığı ve bu maddenin 10'uncu fıkrasında kabul edilen şeklin Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 287'nci maddesi anlamında bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemektedir.

Yaptığı bildirimde, inşaatın talep edilen şartlar içerisinde ayıplı olabileceğini beyan eden müteahhidin, işsahibinden gelecek cevabı beklemesi gerekir. İşsahibi verdiği talimatta ısrar eder, inşaatın devamı konusunda direnirse, müteahhit inşaatın sonunda ayıplı olarak oluşmasından dolayı sorumluluktan kurtulur. İnşaat sahibinin müteahhidin bu konudaki bildirimine rağmen susması ısrar anlamındadır.

(87) **Tandoğan, H.**; sh. 211-212

(88) BGE 95 II 43, JDT, 19870-**Tandoğan, H.**; sh. 211

(89) **Seliği, Ö.**; sh. 195. (Bu maddeler 29.8.1984 gün ve 84/5520 sayılı BİGS'de 11 ve 13. maddelere tekabül etmektedir).

Ayıp inşaat tamamlandıktan sonra ortaya çıkmışsa, müteahhit, ayıbın işsahibinin talimatından veya kendisine isnat edilecek bir sebepten doğmuş olduğunu ve kendisinin vde bu konuda işsahibine gerekli ikazda bulunduğunu isbat etmesi gerekir (90).

II- İNŞAAT SAHİBİNİN İNŞAATA AÇIK YA DA ZİMNEN MUVAFAKAT ETMESİ:

Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesine göre, işsahibi, eseri açıkça veya zimnen kabul ederse ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder.

Muvafakat, inşaat sahibinin, müteahhitçe kendisine teslim edilen inşaatın sözleşmeye uygun olduğu ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusundaki irade beyanıdır. Bu durumdan inşaatın işsahibine ayıpsız olarak teslim edildiği anlamı çıkmaktadır. Böylece, inşaat sahibinin Borçlar Kanunu'nun 360'uncü maddesinde tanınan hakları da ortadan kalkar.

İnşaat sahibi inşaatı kabul ettiğini açıkça veya zimnen belirtebilir. İşsahibinin eserden memnun kaldığını mektupla bildirmesi halinde, açık kabul vardır (91). Zımnî kabul, hal ve duruma göre tesbit edilir. Yargıtay'a, göre, inşaattaki ayıplar için muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmeyen inşaat sahibi, onu zimnen kabul etmiş sayılır (92).

Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesi, esere muvakkaten etkisi bakımından açık ve gizli ayıplar ayırımını yapmıştır. Kabul ile müteahhit, açık ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulurken, gizli ayıplar ve gizlediği ayıplar dolayısıyla sorumlu kalmakta devam eder.

Borçlar Kanunu'na göre, işsahibinin kabulü ile, müteahhit açık ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulur. Açık ayıplar teslim esnasında anlaşılan veya zamanında ve dikkatli bir muayene ile anlaşılabilen ayıplardır. İnşaat sahibi kabul ile açık ayıplardan dolayı 360'uncü maddedeki haklarını kullanamaz. Çoğu kereler işsahibi eksikliklerin tamamlanacağı kaydıyla da eseri teslim alabilir (93). Kabul ile gizli ayıplardan dolayı sorumluluk ortadan kalkmaz; çünkü, gizli ayıplar kullanım ile ortaya çıkacağından, teslim sırasında tesbit edilemeyen ayıplardır.

(90) **Seliçi, Ö.**; sh. 198.

(91) **Tandoğan, H.**; sh. 218

(92) 15. HD., T. 4.5.1979, E. 1979/1049, K. 1979/1050-YKD., 1979, C. 2, S. 10, sh. 1499

(93) "Böylece eserin dâvacı tarafından teslim alındığı tarihle ihtar ve tesbit tarihleri arasında BK. 539-362. maddesinde yazılı sürenin geçmiş olmasına ve eserin teslimi sırasında belirtilen yönlerden dâvacının haklarını saklı tutmamış bulunmasına göre, ve 26.12.1978 gününde dâvacı dairesinde bilirkişi tarafından tesbit edilen eksik ve kusurlu işlerin tamamının açık ayıp

Müteahhit, inşaat sahibinden kasten sakladığı ayıplar sebebiyle mevcut kabule rağmen, sorumludur. Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, kasten saklanan veya gizli ayıplardan dolayı müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, işsahibinin bunları sonradan öğrenir öğrenmez hemen müteahhide bildirmesi gerekir; bildirim yapılmazsa, kabul edilmiş sayılır. Yargıtay kararlarında, kasten saklanan ayıplar ve usulüne uygun muayenede görülemeyen (gizli) ayıplar için Borçlar Kanunu'nun 362'nci maddesinde öngörülen "ayıplarda kabul karinesi'nin" yürümeceği belirtilmektedir (94).

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ne tâbi olan inşaatlarda ise, kesin ve geçici kabul ayrımı yapılmaktadır. Geçici kabul, inşaatın tamamlanıp teslim alınmış olduğunu ifade eder; müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğunu etkilemez. Geçici kabul ile kesin kabul süresi arasında herhangi bir ayıp ve ârıza çıkarsa, müteahhidin bunları tamiri gerekir. Müteahhit bundan kaçınırsa, onun adına idare gerekli düzeltimi yapacaktır.

niteliğinin olduğunun anlaşılması olmasına göre dâva açma hakkı düşmüştür" (15. HD., T. 13.5.1981, E. 1981/699, K. 1981/1121-YKD., 1982, C. 8, S. 3, sh. 385-386). Bilirkişi raporuna göre ayıplar açık ayıptır. "Dâvacının yapıları teslim alır almaz muayene ve kusurlu noksan işlerin müteahhide bildirilmesi gerekirdi. Dâvacı sarâhaten kabul etmiş ve noksan ve kusurlu işlerin de hemen muayenede görülmeyecek gizli ayıp olmamaları nedeni ile dâva reddedilmelidir" (15. HD., T. 10.5.1979, E. 1979/1009, K. 1979/1103-YKD., 1979, C. 2, S. 7, sh. 1085). İstisnâ akti kalorifer bacasına konması gereken kurum tutucu ile ilgilidir... "Ayıplar gözle görülebilecek nitelikte açık ayıplar olup, dâvacı teslim sırasında bu yönden bir hak salı tutmamıştır. Dâva dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi dâvalının bu eksiklikleri tamamlayacağı sözleri üzerine teslim alındığı iddiası geçerli kanıtlarla isbat edilmemiştir" (15. HD., T. 15.5.1980, E. 1980/780, K. 1980/1280-YKD., 1980, C. 3, S. 9, sh. 1315).

(94) Taraflar arasında bina yapımına ilişkin istisnâ akti vardır. Dâvacı ayıplı işler dolayısıyla nesafet farkı istemektedir. "Yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülmeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder. Yapılan şeydeki bozukluk sonradan meydana çıkarsa, işsahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi halde eseri kabul etmiş sayılır" (15. HD., T. 22.5.1980, E. 1980/871, K. 1980/1336-YKD., 1980, C.3, S. 9., sh. 1316-1317). "Yapılan şeydeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi durumu öğrenir öğrenmez, ayıplı işi yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi takdirde işsahibi eseri olduğu gibi kabul etmiş sayılır" (15. HD., T. 29.1.1979, E. 1979/71, K. 1979/134-YKD., 1979, C. 2, S. 8, sh. 1191).

"Taraflar arasında taşınmaz bina yapmaya yönelik bir istisnâ akti vardır. İşsahibine eserin 1.3.1975 tarihinde teslim edildiği bellidir. Teslim alma olayı eser konusunda işsahibine yasal mükellefiyet yüklemektedir. İşsahibi meydana gelen eseri gözden geçirmek ve bozuklukları varsa yükleniciye bildirmek zorundadır. Gözden geçirme ödevini işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz yapılmalı ve bozukluklar derhal yükleniciye bildirilmelidir. Ne var ki kasten saklanan bozukluklarla usulüne uygun yapılan muayenede görülmeyecek kusurlar hakkında yüklenicinin sorumluluğu devam eder." (15. HD., T. 2.11.1978, E. 1978/1425, K. 1978/2124-YKD., 1980, C. 2, S.5, sh. 871-872).

Kısaca, geçici kabul ile müteahhidin sorumluluğu devam edecektir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen kesin kabul, işin ifa olarak kabulü anlamındadır. Kesin kabul ile açık ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona erer. Çünkü teminat süresi içerisinde müteahhidin tüm borçlarını yerine getirdiği ve inşaatta ayıp olmadığı kesin kabul tutanağı ile tesbit edilmiştir. İsshahibi kesin kabulden sonra meydana çıkan ayıpları, bunları öğrenir öğrenmez, müteahhide bildirmelidir. Aksi halde, işshahibi bunları da kabul etmiş sayılır (95).

Kabule bağlanan diğer bir durum da, eserin ihtirazi kayıt ileri sürülmeden teslim alınmasının işshahibinin cezaî şart isteme hakkını da kaldıracağıdır (96). Federal Mahkeme de, eseri ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim almanın, gizli ayıpları olmadıkça, işin kararlaştırılan zamanda bitirilememesi dolayısıyla öngörülen cezaî şartı isteme hakkını ortadan kaldıracığı görüşündedir (97).

III- ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞ OLMASI:

Eserdeki ayıplar yüzünden işshahibi lehine doğan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm, menkul ve gayrimenkuller arasında fark yaratmaktadır. Gayrimenkul inşaat niteliğinde olmayan eserlerdeki ayıplar dolayısıyla işshahibinin hakları, Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının, Borçlar Kanunu'nun satım akti ile ilgili 207'nci maddesine yaptığı atıf dolayısıyla, bir yıllık zamanaşımına tâbidir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihadına göre (98), Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki atıf yalnız Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesine değil, aynı zamanda taraflar tâcir ise Ticaret Kanunu'nun 25'inci maddesinin 4'üncü bendine de ilişkindir. Bu sebeple tâcirler arasındaki ticarî istisnâ akıtlarında ayıba karşı tekeffülden doğan haklar teslimden itibaren altı ayda zamanaşımına uğrar. Gayrimenkul inşaat niteliğindeki eserlerden doğan haklar ise, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (BK. 363/II).

(95) Yg. TD., T. 18.5.1951, E. 950/2615, K. 1951/2921-**Artukmaç, S.**; sh. 43.

(96) "Dâvacının bir dairesini kiraya verdiğini, yüklenici dâvalıdan ihtirazi kayıt dermeyeran temeksizin teslim aldığından, edayı kabul ettiğinden cezaî şart isteme hakkı düşmüştür." (15. HD., T. 21.5.1979, E. 1979/762, K. 1979/1193-YKD., 1979, C.2, S.10, sh. 1057); (15. HD., T. 1.4.1977, E. 1977/663, K. 1977/787-YKD., 1979, C. 5, S. 7, sh. 1031).

(97) BGE, 97 II 350-**Tandoğan, H.**; sh. 219.

(98) 11. HD., T. 12.11.1981, E. 1981/3929, K. 1981/4762-YKD., 1982, C. 7, S. 1, sh. 72

İstisnâ aktinden doğan dâvalar hakkında Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesine, Türk Ticaret Kanunu'nun Tatbikine Dair Kanunl'a eklenen 4'üncü bendinde şu hüküm yer almaktadır: "... Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile, akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak dâvalar hariç olmak üzere istisnâ aktinden doğan bütün dâvalar beş yıllık zamanaşımına tâbidir."

Borçlar Kanunu'na eklenen bu hüküm dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin özellikle menkul eserlerle ilgili olan 1'inci fıkrasının yürürlükte olup olmadığı meselesi ortaya çıkmıştır.

Bazı yazarlar (99), Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasının istisnâ aktinden doğan bütün dâvalar hakkında uygulanacağını, Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının iş sahibinin haklarına ilişkin zamanaşımı süresi açısından satım aktine yapılan atfın yürürlükten kaldırıldığını ve Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasının uygulanacağını söylemektedirler. Böylece, müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı eser meydana getirmesi halleri hariç, 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.

Bilge, bu konuda, ayıbın iş sahibinden kasten saklanmış olması halinde, zamanında ihbar yapılmamasının veya zamanaşımının geçmiş olmasının sorumluluğu kaldırmayacağı, bu takdirde 5 yıllık zamanaşımının uygulanacağı görüşündedir (100). Ancak, Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası metninden kast halinde 5 yıllık zamanaşımının uygulanmıyacağı anlaşılmaktadır.

Seliçi ise, bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası hükmü, Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesini kaldırmamakta, teyit etmektedir. Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesi müteahhidin edim borcuna aykırı davranışı sonucu iş sahibinin haklarının 5 yıllık zamanaşımına tâbi olmayacağını belirtmektedir. Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasındaki 5 yıllık zamanaşımına müteahhidin iş sahibine karşı sahip olduğu haklar, özellikle ücret talebi tâbidir. *Seliçi*, iş sahibinin müteahhide karşı haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresinde ise, bir ayırım yapmaktadır. Müteahhidin akte aykırı

(99) **Akyazan, S.**; İstisnâ Aktileri, AD., 1967, S. 12, sh. 855, **Karahasan, M.R.**; sh. 154, **Kara-Yalçın, Y.**; Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, sh. 32.; Ayrıca bkz., 15. HD., T. 18. 4. 1985, E. 1985/3740, K. 1315-YKD., 1985, C.L., S. 10, sh. 1512.

(100) **Bilge, N.**; Borçlar Hukuku, Ankara 1971, sh. 261-262.

davranışı eserde ayıp olarak ortaya çıkmışsa, iş sahibinin hakları, Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesine göre bir veya beş yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır; eğer eserde ayıp olarak ortaya çıkmıyorsa 10 yıllık zamanaşımına tâbidir (101).

Ayıbın kasten gizlenmiş olması halinde bir veya beş yıllık zamanaşımına bakılmaksızın, zamanaşımı süresi 10 yıldır; ancak, bu halde de iş sahibinin ayıbın farkına varır varmaz durumu hemen müteahhide bildirmesi gerekir (102). İsviçre Federal Mahkemesi ayıbın kasten gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinin eserin kabulünden itibaren 10 yıl olduğuna, ancak, bu halde de ayıbın öğrenilir öğrenilmez bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir (103).

Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, gayrimenkul inşaatla ilişkin zamanaşımı süresi 5 yıldır.

Gayrimenkul inşaat, insan eliyle toprağa bağlı olarak ve devamlı kalmak amacıyla meydana getirilmiş olan ve ekonomik değeri olan yapılardır. Binalar, köprüler, yollar, meydanlar gibi, Temelli kalmaksızın yapılan hafif inşaat (baraka, kulübe) gayrimenkul niteliğinde değildir.

İnşaat parçalarının sonradan inşaatla birleşerek gayrimenkulün parçalarını oluşturmaları halinde durum tartışmalıdır. İsviçre'de uygulama, bir hastahane için otuzyedinci kapı teslimini, bunların değerinin yüksek oluşu ve durumlarını da dikkate alarak, gayrimenkul inşaat saymıştır. Bir başka olay da ise, bir evin içerisine yerleştirilecek ve duvara tespit edilecek olan sobanın gayrimenkul inşaat olmadığı belirtilmiştir (104).

İnşaat, yapılacak bir değişikliklerle önemli farklılıklar meydana gelecekse, (bir ev işyerine, hafif araçlar için yapılmış köprü ağır araçlar için kullanılacak bir köprüye çevrilmişse, esaslı onarımlar gerekiyorsa), gayrimenkul inşaatın sayılacaktır.

(101) **Seliç, Ö.**; sh. 205-206, ayrıca bkz. **Öz, T.**; sh. 134; **Burcuoğlu, H.**; s. 324 ve bkz. 11. HD., T. 3.2.1960; E. 66/1065, K. 69/511-Batder, 1970, S. 3, sh. 603.

(102) **Tandoğan, H.**; sh. 231; **Tunçomağ, S.**; sh. 1041. **Burcuoğlu, H.**; sh. 2326. Yüklenicinin kasten sakladığı ya da basit bir muayene ile görülemeyecek kusurlardan dolayı sorumluluğu devam eder. Burada 10 yıllık zamanaşımı uygulanır. Sözü geçen yasanın değişik 126. maddesinde müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisnâ aktinden doğan davalar 5 yılda zamanaşımına uğrayacağı gözönüne alınmadan yazılı şekilde hüküm verilmesinde isabet yoktur. (15. HD., T.10.9.1973, E. 1973/47, K. 1973/13-Karahasan, M.R.; sh. 492); (15. HD., T. 9.1.1981, E. 1981/236, K. 1981/252-YKD., 1981, C. 7, S. 8, sh. 1031-1032).

(103) BGE. 100 II 30-Tunçomağ, K.; sh. 1041.

(104) **Tunçomağ, K.**; sh. 1030.

Gayrimenkul inşaatın daha uzun zamanaşımına tabii tutulması, gayrimenkul inşaatı ayıpların daha sonra kullanımla ortaya çıkabilmesi ve bu yüzden inşaat sahibinin haklarının tehlikeye düşmesini önlemektir.

Gayrimenkul inşaat hakkında da zamanaşımı süresi teslimden itibaren işlemeye başlar.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabii inşaat işlerinde de, inşaatteki ayıplardan dolayı idarenin sözkonusu hakları 5 yıllık zamanaşımına tâbidir (2886 S.K. 87. mad.). Bu hallerde, zamanaşımı süresi kat'i kabul tarihinde başlar (105).

2886 Sayılı Kanun'un 87'nci maddesine göre, "gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren 5 sene içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icablara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkacak zarar ziyan Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesi mucibince müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir."

Borçlar Kanunu'nun 363'üncü maddesinde öngörülen zamanaşımı sürelerinden altı aylık, bir yıllık ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, tarafların anlaşması ile uzatılabilir ya da kısaltılabilir; fakat bu uzatma 10 yılı geç-

- (105) Dâvalı, dâvacı bankanın Hakkâri Lojman ve hizmet binası ikmali ve inşaatı yüklenicisidir. Taraflar arasında istisnâ akti vardır. İşin kesin khesabı bankaca dâvalının gıyabında yapılmış ve 3.3.1975'te tebliğ olunmuştur. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması yukarıda işaret olunan kesin hesabın çıkarıldığı ve dâvalıya tebliğ edildiği günden başlar (15. HD., T. 24.2.1978, E. 1978/269, K. 1978/336-Karahasan, M.R.; sb. 448). Dâvacı müteahhit ve Bayındırlık Bakanlığı arasında 2490 S.K. çerçevesinde inşaat sözleşmesi vardır. Dâvada yapılan fazla ödemenin geri alınması isteği ile eksik ve ayıplı işler karşılığının ödetilmesi istenmiştir. Olayda dâvalı zamanaşımı ileri sürmüştür. Burada Borçlar Kanunu'nun 126'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan 5 yıllık zamanaşımının uygulanması sözkonusudur. "Yanlar arasındaki 2490 S.K.'dan kaynaklanan bir sözleşme vardır, fakat anılan yerde zamanaşımının başlangıcını belirleyen bir hüküm yoktur. BK. 128. maddeden yararlanarak sorun çözüme bağlanmalıdır. Buna göre zamanaşımının başlangıcı alacağın muaccel olduğu tarihtir... Dâva konusu olayda geçici kabul tutanağı 10.12.1962 gününde düzenlenmiş ve 5.7.1963 gününde bakanlıkça onaylanmıştır... Geçici kabulün tamamlanmasından hemen sonra kat'i sitüasyonun düzenlenmesi işlemlerine başlanacağı, üstelik kontrolün re'sen düzenleme ödevi bulunduğu, usulün 267'nci maddesi anlamında kanıt sözleşmesi niteliğinde olan ve böyle olduğu için de gerek yanları gerekse hâkimi bağlayan BİGŞ. 34'deki açık hükümle belirlenmiştir. BİGŞ'ye göre, kesin BİGŞ. 59'uncu çerçevesinde bir yıl içinde yapılması gerekir. O nedenle de kesin kabul gününde dâvacı idarenin fazla ödemesini geri isteyebileceği sonucuna varılabilir ki, bu durumda da olayda 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kesin kabul 15.6.1965'te yapılmıştır. Dâvada eksik ve ayıplı işlerden dolayı da istemde bulunulmuştur. 2490 S.K. 52'nci maddesine göre bu istem yönünden 5 yıllık zamanaşımı uygulanır. Kesin kabul 15.6.1965 gününde yapıldığından, 5 yılın geçmesinden sonra açılan dâvada zamanaşımı gerçekleşmiştir." (15. HD., T. 29.3.1979, E. 1979/230, K. 1979/651 yayınlanmamış karar).

mez; kasten saklanan ayıplar hakkında ise, 10 yıllık zamanaşımı süresi kısaltılamaz (106). Bu sürelerin kısaltılabilmesi imkânı Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesine kıyasen doğmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 207'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "Satıcı daha uzun süre sorumluluk yüklenmişse, satılanı ayıba karşı tekeffülden doğan her türlü dâva satılardaki ayıp sonra meydana çıksa bile, alıcıya teslimden itibaren bir sene geçmekle sona erer." Diğer yandan, zamanaşımı süresinin değiştirilmesini yasaklayan Borçlar Kanunu'nun 127'nci maddesi de sadece Borçlar Kanunu'nun 3'üncü babında yer alan sürelerle uygulanacaktır (107). İşsahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilmesini ortadan kaldıran ve güçleştiren süre kısaltmaları geçersiz sayılmalıdır (108).

Taraflar bazen bir garanti süresi kararlaştırabilirler. Bu halde bu süre, yasal ayıpları ihbar süresi durumuna gelir ve Borçlar Kanunu'nun 2363'üncü maddesindeki zamanaşımı süreleri tazminat süresi geçtikten sonra başlar.

(106) Seliçi, Ö.; sh. 69, Tandoğan, H.; sh. 226, Karahasan, M.R.; sh. 156

(107) Tandoğan, H.; sh. 226, dipnot 502.

(108) Tandoğan, H.; sh. 227.