

166196

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

**TÜRK VE İRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ
OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
MÜTEAHHİDİN TESLİMDEN SONRAKİ
AYIPLARDAN SORUMLULUĞU**

DOKTORA TEZİ

Nasır CELAL

Danışman
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Ankara-2005

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

**TÜRK VE İRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ OLARAK
İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN TESLİMDEN
SONRAKİ AYIPLARDAN SORUMLULUĞU**

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Mehmet UNAL.....
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN.....
Prof. Dr. Ali ERTEN.....
Prof. Dr. Hasan İSGUZAR.....
Doç. Dr. Vezel BAŞPINAR.....
.....

İmza

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi..18.01.2005..

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ	X
BİBLİYOGRAFYA	XII

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
I. Konunun Takdimi	1
II. Konunun Önemi	7
III. Konunun Sınırlandırılması	8
§ 2. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	11
I. Türk Hukukunda	11
II. Irak Hukukunda	13

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ŞEKLİ, TARAFLARI VE ÖZELİKLERİ

§ 3. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	18
I. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı	18
II. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	22
A. Bir inşa eseri meydana getirme (İnşaatı yapma borcu)	22
1) İnşa eseri kavramı	23
a) Sabitlik ve toprağa bağlılık	26
b) İnsan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olması	27
2) Meydana getirme kavramı	29
a) Yeni bir inşa eseri yapma	30

b) Mevcut bir inşa eserinde değişiklik yapma.....	30
c) Mevcut bir inşa eserine ilâve yapma.....	30
d) Mevcut bir inşa eserini onarma.....	31
e) Mevcut bir inşa eserini yıkma.....	31
B. Ücret unsuru	31
C. Tarafların Anlaşması	36
§ 4. ŞEKİL	38
§ 5. TARAFLARI	42
I. İnşaat (İş) Sahibi	42
II. Müteahhit.....	43
A. İnşaa eserinin bizzat müteahhit veya başkası tarafından meydana getirilmesi	47
B. Müteahhidin inşa eserini başkasına (alt müteahhide) yaptırma yetkisi.....	50
1) Genel olarak alt müteahhitlik ilişkisi	50
2) Asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki	57
3) Alt müteahhit ile asıl inşaat sahibi arasındaki ilişki	58
C. Birden fazla müteahhidin birlikte inşa eserinin meydana getirilmesini üstlenmesi	61
1) Türk hukukunda konsorsiyum ve joint venture	61
a) Konsorsiyum	61
aa) Dış konsorsiyum.....	64
bb) İç Konsorsiyum.....	65
b) Joint Venture.....	66
aa) Kavram	66
bb) Türleri	69
aaa) Sözleşmeye dayalı joint venture (Contractual joint venture) ..	69
bbb) Sermayeye katılımlı joint venture (Equity joint venture)	70
2) Irak hukukunda konsorsiyum ve joint venture	70
§ 6. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	72

I. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	72
II. İvazlı Bir Sözleşme Olması	72
III. Anî Edimli Bir Sözleşme Olması	73

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASINDAN SORUMLULUĞU, BU SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 7. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASINDAN SORUMLULUĞU	76
I. Genel Olarak Müteahhidin İnşa Eserdeki Ayıptan Sorumluluğu	76
II. Müteahhidin İnşa Eserinin Tesliminden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu ...	77
§ 8. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN TESLİMİNDEN SONRAKİ AYIPLARDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	79
I. Maddî Şartları	79
A. Müteahhidin inşa eserini tamamlayarak inşaat sahibine teslim etmesi.....	79
1) Genel olarak.....	79
2) İnşa eserinin tamamlanması.....	80
3) İnşa eserinin teslim edilmesi.....	83
4) İnşa eserinin teslim alınması.....	85
5) Teslimin şekli (usûlü)	89
a) Taşınır inşa eserinin teslimi	89
b) Taşınmaz inşa eserinin teslimi.....	90
aa) İnşa eserinin inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılması	90
bb) İnşa eserinin müteahhidin arsası üzerinde yapılması.....	93
c) Bağımsız maddî varlığı olmayan eserin teslimi.....	93
6) Teslimin sonuçları.....	94
7) İnşa eserinin teslim yeri	96
8) İnşa eserinin teslim zamanı.....	96
B. İnşa eserinin ayıplı olması.....	98
1) Genel olarak ayıp kavramı	98

a) Türk hukukunda	98
aa) Sözleşmede üzerinde anlaşılan niteliklerin eksikliği	100
bb) Gerekli niteliklerin eksikliği	102
b) Irak hukukunda	104
aa) Özel hükümler	105
aaa) İnşa eserinin kısmen veya tamamen yıkılması	106
bbb) İnşa eserinin sağlamlığını tehdit eden veya etkileyen ayıplardan sorumluluğun şartları	108
bb) Genel hükümler.....	110
2) İnşaat sözleşmelerinde ayıbın türleri.....	112
a) Açık ve gizli ayıplar	112
b) Önemli ayıp ve daha az önemli ayıp.....	113
c) Fiilî ve hukukî ayıplar	114
d) Aslî ve ikincil ayıplar.....	115
C. İnşa eserindeki ayıbın teslimden sonra ortaya çıkması	116
II. Şeklî Şartlar: İnşaat Sahibinin Külfetlere Uyma Yükümlülüğü	116
A. Genel olarak	116
B. İnşaat sahibinin eseri muayene külfeti	118
1) Muayenenin amacı ve hukukî niteliği.....	118
2) Muayenenin şekli.....	118
3) Muayene süresi	123
C. İhbar külfeti	124
1) İhbarın hukukî niteliği	125
2) İhbarın içeriği ve şekli	127
3) İhbarın süresi.....	130
§ 9. MÜTEAHHİDİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ	133
I. Türk Hukukunda	133
II. Irak Hukukunda	134

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNE İNŞA ESERİNİN
AYIPLI OLMASINDAN DOLAYI TANINAN HAKLAR

§ 10. TÜRK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNİN HAKLARI.....	139
I. Genel Olarak.....	139
II. İnşaat Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	142
A. Sözleşmeden dönme kavramı, hukukî niteliği, şartları ve kullanma şekli	143
1) Sözleşmeden dönme kavramı ve hukukî niteliği	143
a) Klâsik dönme görüşü	144
b) Yeni dönme görüşü	145
2) İnşaat sözleşmesinde dönmenin özel şartları	146
B. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ve sonuçları.....	148
1) Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması.....	148
2) İnşaat sahibinin dönme hakkını kullanmasının sonuçları	149
C. Dönme hakkının kendisine özgü ortadan kalkma sebepleri	151
III. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı	152
A. Genel olarak	152
B. Ücretin indirilmesini isteme hakkının hukukî niteliği.....	152
C. Ücret indirimi hakkının özel şartları.....	154
D. İndirim tutarının hesaplanması.....	156
IV. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı	157
A. Ayıbın giderilmesi kavramı.....	157
B. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının özel şartları	158
1) Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır	158
2) Ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektirmemelidir	158
C. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliği	160
D. Ayıbın giderilmesi borcunun içeriği ve ifası usûlü	162
E. Müteahhidin ayıbın giderilmesinde temerrüdü.....	165
F. Ayıbın giderilmesine ilişkin ifa davası ve ayıpların masrafları müteahhide ait olmak üzere başkasına yaptırılması.....	167

V. Zararın Tazminini Talep Hakkı.....	169
A. Genel olarak	169
B. Ayıptan doğan zararı tazminin talep hakkının şartları	169
1) İnşa eserinin ayıplı olması	170
2) İnşaat sahibinin zararının bulunması	170
3) Ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması	172
4) Müteahhidin kusurlu olması	172
C. Müteahhidin ayıp sonucu zarardan kusurlu olmadan sorumlu tutulduğu haller	174
§ 11. IRAK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNİN HAKLARI.....	175
I. Genel Olarak.....	175
II. Aynen İfa.....	176
A. Aynen ifanın şartları.....	178
1) Aynen ifanın mümkün olması.....	178
2) Aynen ifa müteahhidin durumunu zorlaştırmaması.....	180
3) Müteahhidin inşaat sahibi tarafından ihtar edilmesi	182
4) İnşaat sahibinin aynen ifayı talep etmesi	182
III. Tazminat Davası.....	183
IV. Sözleşmeden Dönme.....	184
A. Genel olarak Irak hukukunda sözleşmeden dönme.....	185
B. Sözleşmeden dönmenin şartları	187
1) İki tarafa borç yükleyen sözleşme olması.....	187
2) Taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi.....	187
3) Sözleşmeden dönmeyi talep eden alacaklının kendi borçlarını yerine getirmeye hazır olması ve sözleşmeden önceki durumu iade etmeye kudretli olması.....	189
Değerlendirme.....	191

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIPTAN DOLAYI SORUMLU OLMADIĞI HALLER VE SORUMLULUK SÜRELERİNE İLİŞKİN TARAF ANLAŞMALARI

§ 12. MÜTEAHHİDİN AYIPTAN DOLAYI SORUMLU OLMADIĞI	
HALLER.....	193
I. Genel Olarak.....	193
II. Ayıbın İnşaat Sahibine Yüklenebilecek Bir Sebepden Doğmuş Olması	
Hali.....	193
A. Türk hukukunda	193
1) Genel olarak.....	193
2) İnşa eserindeki ayıpların inşaat sahibine yüklenmesi	
mümkün olan durumlar	195
a) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin kusurlu	
davranışından doğması.....	196
b) İnşa eserinin ayıplı olmasının inşaat sahibinin verdiği	
talimattan doğmuş olması	197
c) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin sağladığı malzeme	
veya arsadan doğması	201
d) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine yüklenmesinin	
mümkün olduğu diğer bazı durumlar	205
aa) İnşaat sahibinin müteahhide, malzemenin sağlanması	
hususunda bağlayıcı talimat vermesi	204
bb) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin tavsiye ettiği alt	
müteahhitten kaynaklanması.....	204
cc) İnşa eserindeki ayıbın, inşaat sahibinin hazırladığı veya	
mimar-mühendislere hazırlattığı inşaat proje ve plânlarındaki	
yanlışlıklardan doğması	205
dd) İnşa eserindeki ayıbın önceki müteahhidin ediminden	
kaynaklanması.....	206

B. Irak hukukunda.....	207
III. İnşaat Sahibinin İnşaa Eserini Ayıplı Olarak Kabul Etmesi Hali.....	210
A. Türk hukukunda	210
1) Açık ayıplarda inşa eserinin kabulü.....	211
2) Gizli ayıplarda inşaatın kabulü	213
B. Irak hukukunda.....	215
IV. Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması Hali.....	216
A. Türk hukukunda	216
1) Genel olarak.....	216
2) Zamanaşımı konusu olan haklar	218
3) Zamanaşımı süresi	220
a) Taşınır inşa eserlerinde zamanaşımı	221
b) Taşınmaz inşa eserlerinde zamanaşımı.....	224
4) Zamanaşımının hüküm ve sonuçları	229
B. Irak hukukunda.....	230
1) Genel olarak.....	230
2) Zamanaşımının kullanılması.....	231
3) Zamanaşımını ileri sürmenin sonuçları	231
4) IMK. m. 870’de düzenlenen on yıllık sürenin hukukî niteliği.....	232
5) IMK. m. 870’deki inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpların mücbir sebepten kaynaklanması.....	235
§ 13. SORUMLULUK SÜRELERİNE İLİŞKİN TARAF ANLAŞMALARI.....	237
I. Türk Hukukunda.....	237
II. Irak Hukukunda.....	238
Değerlendirme.....	240
SONUÇ	242
ÖZET.....	247
ABSTRACT.....	250

EK 1

İRAK MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN
HÜKÜMLER 251

EK 2

KUVEYT MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN
HÜKÜMLER 258

EK 3

ÜRDÜN MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN
HÜKÜMLER 265



KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel (Madde)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch Vom 18. August 18. 1896 (Alman Medenî Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen Des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BİĞŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cüz
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
cü.	: Cümle.
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜİİBFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İİMİİĞŞ	: Irak İnşaat Mühendisliği İnşaat İşleri Genel Şartnamesi
İMK.	: Irak Medenî Kanunu
İMUMK.	: Irak Medenî (Hukuk) Usulü Muhakemeleri Kanunu
İTK.	: Irak Ticaret Kanunu
İŞK.	: Irak Şirketler Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
KBİB	: Kazancı Bilişim İhtihat Bankası
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
KMK.	: Kuveyt Medenî Kanunu
LBSK.	: Lübnan Borçlar ve Sözleşmeler Kanunu
LMK.	: Libya Medenî Kanunu
m.	: Madde
MBD.	: Manisa Barosu Dergisi
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MMK.	: Mısır Medenî Kanunu
Nr.	: Numara
S.	: Sayı
sh.	: Sahife

SMK.	: Suriye Medenî Kanunu
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanun
TDİK	: Türk Devlet İhale Kanunu
THUMK.	: Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
TİİK.	: Türk İcra ve İflâs Kanunu
TİMİK.	: Türk İmar Kanunu
TKİK	: Türk Kamu İhale Kanunu
TKİSK	: Türk Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
TYDHK.	: Türk Yapı Denetimi Hakkında Kanun
ÜMK.	: Ürdün Medenî Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİĞŞ.	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi

BİBLİYOGRAFYA * **

- ABACIOĞLU, Muhittin : Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, 7. Baskı, Ankara 2004.
- ABDULRAHMAN, Ahmet Şavkî Muhammed : el-İltizam el-Tazamuni Li'l-Mesuline Taksiriye Fi Muvacehet el-Mazrur, el-Mansura 1980.
- ACAR, Hakan : İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000.
- AKBULUT, İsmail Hakkı : İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme, MBD., 1984, S. 8-13, sh. 14-16.
- AKGÜN, Zerrin : İstisna Akdi, AD., 1953, S. 9, sh. 959-990.
- AKINCI, Şahin : Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998 (Kısaltılmışı: Akıncı, Ş).
- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996 (Kısaltılmışı: Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri).
- : FIDIC Standart Sözleşmelerinde Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, sh. 969-983 (Kısaltılmışı: Akıncı, Standart Sözleşmeler).
- AKİPEK, Jale : Gayrimenkul Malikin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri, İstanbul 1955 (Kısaltılmışı: Akipek, J).
- AKİPEK, Şebnem : Alt Vekâlet, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Akipek, Ş).
- AKKANAT, Halil : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.
- AKKUŞ, Hasan : el-Mesuliye'l-Medeniye Fi'l-Kanunu'l-Medeni'l-Cedid, el-Taba'l-Ula, el-Kahire 1957.
- AKMAN, Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: Akman, Anlaşma).
- : Taşkın İnşaat, İstanbul 1982 (Kısaltılmışı: Akman, İnşaat).
- AKRAVÎ, Necdet Sabır : Ukud el-Mukavalat el-İnşaiye el-İrakiye, Mecellet el-Kaza, el-Aded el-Evvel ve'l-Sani, Bağdat 1989 (sh. 203-226) (Kısaltılmışı: Akravî, Ukud).
- : Tenfiz el-Şerikat el-Ecnebiye Li-Meşari'l-Tenmiye Fi'l-Irak, Bağdat 1986 (Kısaltılmışı: Akravî, el-Şerikat).
- AKÜNAL, Teoman : İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı, İÜHF C.XI, S. 1-4, sh. 701-707.
- AKYAZAN, Sıtkı : İstisna Akitleri, AD., 1967, S. 12, sh. 877-892 (Kısaltılmışı: Akyazan, Akitler).

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

** Önünde işaret olmayan rakamlar sahife numarasını gösterir.

- : Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalesinin Fesih ve Tasfiyesi İle İlgili Hukuki Sorunlar, ABD., S. 1, 1977, sh. 11-23 (Kısaltılmışı: Akyazan, Fesih).
- AKYOL, Şener : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984 (Kısaltılmışı: Akyol, Borçlar).
- : Mühendislik Sözleşmeleri, İBD., 1984, C. 58, S. 7-8-9, sh. 486-508 (Kısaltılmışı: Akyol, Mühendislik).
- : Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, II. Fasikül, İstanbul 1997 (Kısaltılmışı: Akyol, Sözleşmeler).
- ALTAŞ, Hüseyin : Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002.
- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Aral, Borçlar).
- : Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara, 1994 (Kısaltılmışı: Aral, Takas).
- ARIDEMİR, Arzu Genç : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan "İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler" Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, Sh. 449-503.
- ARTUKMAÇ, Sadık : İnşaat Hukuku, Ankara 1975.
- ATALLAH, Barham : Akd'l-Bey, el-İskenderiye (Tarih Yok).
- Muhammad
- AYAZLI, Pervin : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, HAD, C. 2, S. 1, 1987, sh. 261-280.
- BARLAS, Nami : Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- BAŞPINAR, Veysel : Vakıf Taşınmazların Zamanaşımıyla İktisabı ve Hakkı Karar İle İlişkisi, Vakıf Medeniyeti Sempozyumu Kitabı, Ankara 2003, sh. 89-98 (Kısaltılmışı: Başpınar, Zamanaşımı).
- : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: Başpınar, Özen Borcu).
- BAYGIN, Cem : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BECKER, Herman : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli (Çev. Suat DURA) Sözleşme İlişkileri Madde 184-55, Ankara 1993.
- BEHİDE, Ali Hüseyin : Zaman Uyub el-Mebi Fi Akd el-Bey Fi'l-Kanuneyin el-Mısri ve'l-Mığribi, el-Kahire 1986.
- BERKİ, Şakir : Hizmet Akdi, Çıraklık Mukavelesi ve İstisna, AD., 1951, S. 7, sh. 1001-1020 (Kısaltılmışı: Berki, Hizmet Akdi).
- : Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Ankara 1973 (Kısaltılmışı: Berki, Borçlar Özel).

- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuk Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BURCUOĞLU, Halûk : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, sh. 283-332.
- BUZ, Vedat : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, AÜSBFD., C. 49, S. 1-2 (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan), sh. 23-40 (Kısaltılmışı: Buz, Eser).
- : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Kısaltılmışı: Buz, Sözleşmeden Dönme).
- : İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi BATİDER., C. XXI, S. 2, sh. 209-265 (Kısaltılmışı: Buz, İş Sahibi).
- CIĞERİM, Erdinç : Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde Sonradan Ortaya Çıkan Hal ve Sonuçları (BK. md. 365/II) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.
- ÇAKALIR, Yalçın : Mimarlık Sözleşmesi, Ankara 1976.
- ÇÖRTOĞLU, Sahir : Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988.
- DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 3. Bası, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Temerrüt).
- : İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Ademi İfa).
- : Federal Mahkeme Kararı: Tam Eser Sözleşmesi Hukuki Niteliği ve Fesih, YD., C. 15, S. 1-4, sh. 486-508 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Eser Sözleşmesi).
- : Joint Venture Sözleşmesi, İkinci Baskı, Ankara 1999 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Joint Venture).
- : İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara, 1998 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Müşavir).
- : Yabancı Firmalar İle Yapılan İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 217-247 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Firmalar).
- DİYAB, Asaad : Zaman Uyub el-Mebi'l-Hafiye, el-Taba'l-salise, Beyrut 1983.
- DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- EDİS, Seyfullah : Kendi Malzemesi İle Başkasının Taşınmazında İnşaat, Medeni Kanununun 50. Yılı, Ankara 1977, sh. 293-317 (Kısaltılmışı: Edis, Taşınmaz).

- : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963 (Kısaltılmışı: Edis, Ayıba Karşı Tekeffül).
- el-AMİRÎ, Sadun : Taviz'l-Zarar Fi'l-Mesuliye'l-Taksiriye, Bağdat 1981 (Kısaltılmışı: el-Amirî, el-Zarar).
- : el-Veciz Fi Şerh el Ukudu'l-Musemat, c.1, el-Bey ve'l-İcar, el-Taba'l-Salise, Bağdat 1974 (Kısaltılmışı: el-Amirî, el-Ukud).
- el-BARUDÎ, Ali/ el-ARİNÎ, Muhammed Ferid : el-Kanunu'l-Ticari, el-İskenderiye 1986.
- el-BELDAVÎ, Kamil : el-Şerikatu'l-Ticariye Fi'l-Kanunu'l-Iraki, el-Musul 1990.
- Abdul Hüseyin : el-Hukuku'l-Aynîye (el-Hukuku'l-Aynîye el-Asliye-el-Hukuku'l-Aynîye'l-Tabaiye), Bağdat 1982.
- el-BEŞİR, Muhammed : Mecal Tatbik Şurutu'l-İfa Min'l-Mesuliye'l-Akdiye Fi'l Kanunu'l-Faransi Fi Zav el-Merkez el-İktisadî Li-Atraf'l-Akid, Mecellet Zanko Li'l-Ulumi'l-İnsaniye, el-Added 10, Erbil 2000, sh. 91-126 (Kısaltılmışı: el-Berzinci, el-Mesuliye el-Akdiye).
- el-BERZİNCİ, Saadî : Şurutu'l-İfa Min'l-Mesuliye'l-Akdiye Fi'l-Kanuneyn el-Fransi ve'l-Iraki, el-Taba'l-Ula, Erbil 2003. (Kısaltılmışı: el-Berzinci, Şurutu'l-İfa).
- : el-Bey Fi'l-Kanuneyn el-Lübnani ve el-Mısri, Beyrut 1986.
- el-CEMAL, Mustafa : Mesuliyet el-Mukavil ve'l-Mühendis Fi Mukavalat'l Bina ve'l-Munşaat'l-Sabite Bada İncaz'l-Amal ve Teslimihi, Bağdat 1985 (Kısaltılmışı: el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil).
- el-DURÎ, Muhammed Cabır : el-Tealuf Fi Tenfiz Ukud el-Mukavalat., Mecellet el Kaza, el-Adad el-Evvel, Bağdat 1990, sh.13-37 (Kısaltılmışı: el-Durî, el-Tealuf).
- : el-Tealuf Fi Tenfiz Ukud el-Mukavalat., Mecellet el Kaza, el-Adad el-Evvel, Bağdat 1990, sh.13-37 (Kısaltılmışı: el-Durî, el-Tealuf).
- el-FAR, Abdülkadir : Masadır'l-Hak el-Şahsî Fi'l-Kanunu'l-Medeni, Amman 1998.
- el-FAZIL, Münzır : el-Nazariye'l-Amma Fi'l-Kanunu'l-Medeni, c.1, Masadır'l-İltizam, el-Taba'l-Ula, Bağdat 1991.
- el-FAZLÎ, Cafer : el-Veciz Fi'l-Ukud'l-Medeniye, el-Bey/el-İcar/el-Mukavele, el-Musul 1989.
- el-FETLAVÎ, Sahıp Ubeyd : Zaman'l-Uyub'l-Hafiye ve Tahallûf el-Muvasafat Fi Ukudu'l-Bey, el-Taba'l-Ula, Amman 1997.
- el-HEKİM, Abdülmecid : el-Mucez Fi Şerhi'l Kanunu'l-Medeni, c.1, Masadır'l İltizam, el-Taba el-Hamise, Bağdat 1974 (Kısaltılmışı: el-Hekim, Masadır).
- : el Mucez Fi Şerhi'l-Kanunu'l-Medeni, c.2, Ahkamu'l-İltizam, el-Taba'l-Salise, Bağdat 1977 (Kısaltılmışı: el-Hekim, Ahkam).

- el-HATİB, Hasan : Nitak elMesuliye'l-Medeniye'l-Taksiriye ve'l-Mesuliye'l-Akdiye Fi'l-Kanunu'l-Fransi ve'l-Kanunu'l-Iraki el-Mukaren, el-Basra 1975.
- el-HÜSEYNÎ, Fahraddin : Akd'l Mukavel Fi'l Kanunu'l Medeni'l Iraki, Bağdat 1984.
- el-KAŞTİNÎ, Sadun Naci : Dirase Fi'l Şurut el-Amme Li'Mukavalat Aamal el-Hendese'l-Medeniye Ke-Akid Nemuzeci, Bağdat 1975.
- el-MEŞHADANÎ, İbrahim : el-Muhtar Min Kaza Mahkemet'l-Temyiz, el-Cüz el-Sadis, Bağdat 2001.
- el-SENCEKLÎ, Adil İzzet : Ukud el-İstişarat'l-Hendesiye, Bağdat 1986.
- el-SENHURÎ, Ahmed : el-Vasit Fi Şerhi'l Kanunu'l-Medeni, C. 1, Nazariyet'l-İltizam Bivecih Am Masadır'l-İltizam, el-Taba'l-Saniye, el-Kahire 1964 (Kısaltılmışı: el-Senhurî, el-İltizam).
- : el-Vasit Fi Şerhi'l-Kanunu'l-Medeni, C. 7, el-Ukudu'l-Varide Ala'l-Amal, el-Kahire 1964 (Kısaltılmışı: el-Senhurî, el-Ukud).
- : Şerh'l-Kanun'ul Medeni, el-Nazariye'el-Amma Li'l-İltizam, Nazariyet el-Akid, Beyrut, (Tarih yok) (Kısaltılmışı: el-Senhurî, el-Akid).
- el-VENDAVÎ, Kemal : Şerh Ahkam Akd'l-Bey, Bağdat 1973.
- Servet
- el-ZEHAVÎ, Fazıl Hame : el-Meşruat'l-Muştereke Vıfkan Li-Kavanini'l-İstismar, Erbil 1990.
- Salih
- el-ZENUN, Hasan Ali : Şerh'l-Kanunu'l-Medeni'l-Iraki, el-Ukudu'l-Musemat, Akd'l-Bey, Bağdat 1953 (Kısaltılmışı: el-Zenun, el-Bey).
- : el-Mesuliye'l-Medeniye-Nazariyet Tahamülü'l-Tabaa, Mecellet'l-Ulumu'l-Kanuniye ve'l-Siyasiye, Bağdat 1988, sh. 21-56 (Kısaltılmışı: el-Zenun, el-Mesuliye).
- el-ZENUN, Hasan Ali/el-RAHU, Muhammed Said : el-Veciz Fi'l-Nazariye'l-Amma Li'l-İltizam, c.1, Masadır'l-İltizam, Amman 2002.
- ERDOĞAN, İhsan : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD., C. 3, S.1, sh. 135-172.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar).
- : Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 49-58 (Kısaltılmışı: Eren, İnşaat).
- : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 63-86 (Kısaltılmışı: Eren, Müteahhit).
- : İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 89-103 (Kısaltılmışı: Eren, Sona Erme).

- ERGİN, Ayşe Dicle : Borçlar Kanunu Açısından Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmeleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.
- ERMAN, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979 (Kısaltılmışı: Erman, Beklenilmeyen Haller).
- : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri) İBD., 1984 C. 58, S. 4-6, sh. 209-217 (Kısaltılmışı: Erman, Düşünce).
- : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993 (Kısaltılmışı: Erman, Arsa Payı).
- ERTEN, Ali : Türk Borçlar Kanununa Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. m. 58), Ankara 2000 (Kısaltılmışı: Erten, İnşa Eseri).
- : Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000 (Kısaltılmışı: Erten, Yapı Denetimi).
- : Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977 (Kısaltılmışı: Erten, Sorumsuzluk).
- FARAC, Tavfik Hasan : el-Veciz Fi Akd'l-Beyi, Beyrut 1988.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Özel Borç İlişkileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1980.
- GAYİS, Fethi : Kanunu'l-Mühendis, el-Taba'l-Ula, el-Kahire 1960.
- GÖKTÜRK, Hüseyin : Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- Avni
- GÖKYAYLA, Emre : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, GÜHFD, Ocak 2002, S. 1 (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), sh. 785-805.
- GÖNEN/İŞİK : Açıklamalı Devlet İhale Kanunu, Ankara 1995.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001.
- GÜNAY, Cevdet İlhan : Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2002.
- GÜNEL, Mustafa Cahit : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 411-433.
- HAMURCU, Kürşat : Kamu İhale Kanunu, Sözleşmeleri ve Uygulaması, Ankara 2003.
- HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A. : Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992.
- HAVUTÇU, Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

- HEIM, Jean/ BAUDRAZ, Henri
(Çev. Hasan ERMAN) : SIA (İsviçre Mühendisler ve Mimarlar Odası) Tüzüğü Madde 102'nin Değişikliği, (JdT 15 Mart 1984; No. 5, S. 130-134) MHAD, Yeni Seri, S. 16 (1979-80-81), sh. 203-207.
- HEİNSHEİMER, K./WOLFF. M./KADEN, E./MERK, W.
İNAN, Ali Naim : Die Zivilgesetze der Gegenwart Bd. I, Frankrich Code Civil, Manheim/Berlin/Leipzig, 1932.
- KALPSÜZ, Turgut : Borçlar Hukuk Genel Hükümler Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 1984.
- KAMBER, Kemal : Gemi Rehni, 4. Baskı, Ankara 2001.
- KANİTİ, Salamon : Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989.
- KAPLAN, İbrahim : Akdin İfa Edilmediği Defi, İstanbul 1962.
- : İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh.119-171 (Kısaltılmışı: Kaplan, Ücret).
- : Türk- İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983 (Kısaltılmışı: Kaplan, Mimarlık).
- : İnşaat Sektöründe Müsterek İş Ortaklığı –JOINT VENTURE-, Ankara 1994 (Kısaltılmışı: Kaplan, Ortaklık).
- : Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatı, BATİDER., C. XIII, S. 1, sh. 5-11 (Kısaltılmışı: Kaplan, Eser).
- KARAHASAN, M.Reşit : İnşaat, İmar, İhale Hukuku, İstanbul 1997 (Kısaltılmışı: Karahasan, İnşaat).
- : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: Karahasan, Borçlar Özel).
- KARATAŞ, İzzet : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmesi, Ankara 2004.
- KARAYALÇIN, Yaşar : Müteahhidin ve Yapı Denetimi Kuruluşunun Deprem Zararından Sorumluluğu – Garanti Süresi – Zamanaşımı Def'i – Dürüstlük İlkesine Aykırılık, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003, sh. 27-63 (Kısaltılmışı: Karayalçın, Yapı Denetim).
- : FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Genel Durumu, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 287-308 (Kısaltılmışı: Karayalçın, FIDIC).
- KARTAL, Bilal : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 (Kısaltılmışı: Kartal, İnşaat).
- : Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikleri, Biçimi, YD. 1983, S. 1-2-3-4 (Kısaltılmışı: Kartal, Arsa Payı).
- KAYA, Özgür Katip : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1993.

- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Müteahhidin İnşaatı Teslimden Gecikmedeki Sorumluluğu, TBBD 1989, S. 6, sh. 892-899 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Teslimde Gecikme).
- : İstisna Akdinde Eserin Ayıplı Olması (Yayınlanmamış Seminer), Ankara 1972 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Ayıplı Eser).
- : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. XXXII, S. 1-4, sh. 185-199 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Eseri Yapma).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Borçlar).
- KOCAAĞA, Köksal : Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK. m. 356/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, sh. 177-201 (Kısaltılmışı: Kocaağa, İş Sahibi).
- : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Kocaağa, Cezai Şart).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, H./SEROZAN, R./ ARPACI, A.) : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 3. Bası İstanbul (baskısı devam ediyor).
- KOÇ, Nevzat : Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukukî Sorumluluğu (BK. m. 58), Ankara 1990.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz : İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Bası, İstanbul 2000 (Kısaltılmışı: Kostakoğlu, İnşaat Hukuku).
- : Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, YD., 1984, sh. 925-931 (Kısaltılmışı: Kostakoğlu, Kat Yapımı).
- KURAL/KILIÇBAY/İZMİR : İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988.
- KURŞAT, Zekeriya : İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 751-777.
- MANSUR, Emced : el-Nazariye'l-Amma Li'l-İltizamat, Masadır'l-İltizam, Amman 2001 (Kısaltılmışı: Mansur, E).
- Muhammed : Ahkamu'l-İltizam, Beyrut 2000 (Kısaltılmışı: Mansur, M).
- MANSUR, Muhammed : Muhazarat Fi'l-Mesuliye'l-Medeniye Fi Takminat el-Bilad'l-Arabiye, el-Kısım'l-Evvel, el-Ahkam'l-Amma, el-Kahire 1958 (Kısaltılmışı: Murkus, el-Mesuliye).
- Hüseyin : Muhazarat Fi'l-Mesuliye'l-Medeniye Fi Takminat el-Bilad'l-Arabiye, el-Kısım'l-Evvel, el-Ahkam'l-Amma, el-Kahire 1958 (Kısaltılmışı: Murkus, el-Mesuliye).
- MURKUS, Süleyman : Muhazarat Fi'l-Mesuliye'l-Medeniye Fi Takminat el-Bilad'l-Arabiye, el-Kısım'l-Evvel, el-Ahkam'l-Amma, el-Kahire 1958 (Kısaltılmışı: Murkus, el-Mesuliye).

-
- MURŞÎ, Muhammed Kamil : el-Ahkam'l-Amma Li'l-Mesuliye'l-Medeniye Fi Takminat el-Biladi'l-Arabiye, Mevsuetu'l-Kaza ve'l Fıkıh Li'l-Duveli'l-Arabiye, c. 25, el-Kahire 1977-1978 (sh. 432 vd.) (Kısaltılmışı: Murkus, el-Medeniye).
- MUSA, Talib Hasan : Şerh'l-Kanunu'ul-Medeni'l-Cedid, C. 4, el-Kahire 1953.
- MÜBAREK, Said Abdulkerim : Ukudu'l-Mukavalat'l-İnşaa'iye, Mecellet'l-Kaza, el-Adad el-Salis ve'l-Rabi, Bağdat 1989 (sh. 253-293).
-
- MÜBAREK, Said/el-MULLA HUYEYŞ, Taha/el-FETLAVÎ, Sahıp Ubeyd : Mesuliyeti'l-Mukavil'l-Sanevi Vıfkan Li-Ahkami'l-Kanun'l-Medeni ve'l-Şurut'l-Amma Li-Mukavalat Amal'l-Hendese'l-Medeniye, Bağdat 1990 (Kısaltılmışı: Mübarek, el-Mukavil)..
- NACÎ, Abdülcabbar : Şerhu'l-Kanunu'l-Medeni'l-Irak'î, el-Hukuku'l-Aynîye'l-Aslıye, I. Bası, Bağdat 1973 (Kısaltılmışı: Mübarek, el-Hukuku'l-Aynîye).
- MÜBAREK, Said/el-MULLA HUYEYŞ, Taha/el-FETLAVÎ, Sahıp Ubeyd : el-Mucez Fi'l-Ukud'l-Musemat (el-Bey/el-İcar/el-Mukavale), Bağdat 1992-1993.
- NACÎ, Abdülcabbar : İnkiza Akd'l-Mukavele, Bağdat 1979 (Kısaltılmışı: Naci, A).
- NACÎ, Gazi Abdülrahman : el-Tevazun'l-İktisadî Fi'l-Akd Esnae Tenfizihî, Bağdat 1986 (Kısaltılmışı: Naci, G).
- NAZİKOĞLU, O. Işık : Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHFD., C. VIII, S. 1-2, sh. 658-684.
- OĞUZMAN, Kemal : Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.1, 4. Bası, İstanbul 1986.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası İstanbul 2000.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer : Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002.
- OLGAÇ, Senai : İstisna Akdi, Ankara 1977.
- ÖNEN, Ergun : İnşai Dava, Ankara 1983 (Kısaltılmışı: Önen, E).
- ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 1996 (Kısaltılmışı: Önen, T).
- ÖZ, M. Turgut : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi, MHAD., 1985, S. 16, sh. 131-172 (Kısaltılmışı: Öz, Borçlu Temerrüdü).
-
- ÖZYÖRÜK, Sezer : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Kısaltılmışı: Öz, Eser Sözleşmesi).
- ÖZYÖRÜK, Sezer : İnşaat Sözleşmesi (Yapısı- Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları), İstanbul 1988.

- RECEP, Mustafa : el-Zaman'ıUşri Li-Mühendisi ve Mukavili'l-Bina ve'l-Münşaat'l-Sabite'l-Uhra (el-Tecrîbe'l-Ferensiye'l-Cedide ve'l Kanunu'l-Medeni'l-Iraki, Mecellet'l-Ulumu'l-Kanuniye, C. 7, el-Adedi'l-Elevvel ve'l Sani, Bağdat 1988, (sh. 69- 133).
- REİSOĞLU, Seza : Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- SALIH, Salih Abbas : Mesuliyet'l-Mukavil An'l-İnhidam'l-Küllî ve'l-Cüzi Li'l-Bina Bada İncaz'l-Amal ve Teslimihi, Bağdat 1989 (Kısaltılmışı: Salih, S).
- SALIH, Basım : el-Kanunu'l Ticari, el-Taba'l-Saniye, Bağdat 1992 (Kısaltılmışı: Salih, B).
- Muhammed
- SARAÇ, Coşkun : Eser (İstisna) Sözleşmesinin Beklenmeyen Hallerden Ötürü Feshi veya Yeni Şartlara Uyarlanması (BK. M. 365/II), DEÜİİBFD. C. 8, S. II,1993, sh. 214-233.
- SCHWARZ, Andreas B. : Türk Borçlar Hukukunda Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Çeviren Davran Ebûlûla Mardin'e Armağan, İstanbul 1943, sh. 759-794.
- SELİÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977 (Kısaltılmışı: Selici, Borç İlişkisi).
- : Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, sh. 261-280 (Kısaltılmışı: Selici, Mimarlık).
- : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Kısaltılmışı: Selici, İnşaat).
- SELİMOĞLU, Y. Engin : Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, TBB. Faruk Erem'e Armağan Ankara 1999, sh. 685-693.
- SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Kısaltılmışı: Serozan, Sözleşmeden Dönme).
- : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: Serozan, Borçlar).
- SERVET, Kemal Kasım : el-Veciz Fi Şerh Ahkam Akd'l-Mukavele, c. 1, Bağdat 1976 (Kısaltılmışı: Servet, el-Mukavele, c. 1).
- : el-Veciz Fi Şerh Ahkam Akd'l-Mukavele, c. 2, Bağdat 1976 (Kısaltılmışı: Servet, el-Mukavele, c. 2).
- SİRMEN, Lâle : Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Notları), Ankara 1996.
- SULTAN, Enver : el-Ukudu'l-Musmat, Şerh Akdey'l-Bey ve'l-Mukayaza, Dirase Mukarana Fi'l-Kanuneyn el-Mısri ve'l-Lübnani, Beyrut 1983.
- SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C. 4, İstanbul 1980 (Kısaltılmışı: Sungurbey, Sorunlar 4).
- : Medeni Hukuk Sorunları, C. 5, İstanbul 1984 (Kısaltılmışı: Sungurbey, Sorunlar 5).

- : Mütahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), YHD., C. 5, sh. 173-194 (Kısaltılmışı: Sungurbey, Ücret Ödeme).
- : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BY. M. 360/II, III'ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Son Yazısı Üstüne Notlar, YHD., C. 5, sh. 749-764 (Kısaltılmışı: Sungurbey, Notlar).
- : Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY 2'deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı Üstüne Birkaç Not, YHD., C. 7, sh. 781-795 (Kısaltılmışı: Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri).
- : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin 360/II, III'ün Örneksene Yoluyla Borçlu Direnmesine De Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar, YHD., C. 6 (Ocak 1983), sh. 13-33 (Kısaltılmışı: Sungurbey, Borçlunun Direnmesi).
- SUVAR, Muhammed Vahideddin : el-İticahat'ı-Amma Fi'l-Kanun'ı Medeni, Amman 2001.
- SÜRÜR, Muhammed Şükri : Mesuliyet Mühendisi ve Mukavili'l-Münşaat'l-Sabite'l-Uhra, el-Kahire 1985.
- ŞENEB, Muhammed Lebib : Şerh Ahkam Akd'l-Mukavele, el-Kahire 1962.
- ŞENOCAK, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: Şenocak, Ayıbın Giderilmesi).
- : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995 (Kısaltılmışı: Şenocak, İfa)..
- ŞİMŞEK, Edip : Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh.179-216.
- ŞİŞER, C.S/ FİFOT, S. H./ FİRMİSTON, M. B. : Ceza'l-İhlal Bi'l-Akd (el-Taaviz/el-Tenfizi'l-Aynî/el-Tekadum), Tercümet Henri Riyaz, Beyrut 1976.

- TAHA, Cabbar Sabır : İkamt'1-Mesuliye'1-Medeniye An'1-Amal Gayr'1-Meşru Ala Unsur'1 Zarar. Erbil 1984.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II 3, Bası, Ankara 1987 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Borçlar).
- : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Mesuliyet).
- : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, sh. 311-332 (Kısaltılmışı: Tandoğan, İstisna Akdi).
- : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER., C. XI (1981), S.1, sh. 1-49 (Kısaltılmışı: Tandoğan, İnşaat).
- : İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, BATİDER., Haziran 1982, C. XI, S. 3, sh.1-11 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Tekeffül).
- : Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan ve Temerrüde Düşen Kusurlu Müteahhide Karşı Geriye Etkili Fesih Hakkının Kullanılabileceği Hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yeni İçtihadı BATİDER., Haziran 1982, C. X, S. 3, sh. 109-117 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Arsa Payı).
- : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt), YHD Nisan 1982, C. 5, sh. 493-499 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Ücret).
- : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Sorumluluk).
- TEKİNALP, G./ : Joint-Venture, Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a 65. TEKİNALP, Ü. Yaş Armağanı, Ankara 1988, sh. 143-176.
- TEKİNAY, S.S./AKMAN, : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, S./BURCUOĞLU, İstanbul 1993.
- H./ALTOP, A.
- TORUN, Enis : İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK. M. 365) YD., S. 8, S. 3, sh. 410-427 (Kısaltılmışı: Torun, Götürü Ücret).
- : İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK. M. 365) YD., C. 8, S. 4, sh. 567-581 (Kısaltılmışı: Torun, İstisna Akdi).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. II Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 1977 (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Borçlar).

- : Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963 (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Cezaî Şart)..
- TURANBOY, Asuman : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C. 41, 1989-1990, S.1-4, sh. 151-189.
- TURGUTER, Necip/
TOKMALI, Cafer : Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004.
- TUTUMLU, Mehmet A. : Türk Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991.
- TÜREGÜN, Necip : FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, sh. 249-285.
- UÇAR, Ayhan : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- UÇAR, Salter : Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993.
- ULAŞ, Dilber : Çok Uluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri, AÜSBFD., 59, S. 2, (Ankara 2004), sh.151-178.
- UYGUR, Turgut : İnşaat Hukuku, C. I-II, Ankara 1998 (Kısaltılmışı: Uygur, İnşaat).
- : Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 (Kısaltılmışı: Uygur, Eser).
- : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanun, Özel Borç İlişkileri, C. 7, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Uygur, Borçlar Özel).
- ÜNAL, Mehmet : Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979 (Kısaltılmışı: Ünal, Sorumluluk).
- : Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994 (Kısaltılmışı: Ünal, Eşya).
- : Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988 (Kısaltılmışı: Ünal, Yapı).
- VELİDEDEOĞLU, H. V./ : Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1-2, Ankara 1987.
- ÖZDEMİR, R.
- VON TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983.
- Çev. Cevat EDEGE)
- YALÇINDURAN, Türker : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri Ankara 2000.
- YAVUZ, Cevdet : Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından Satıcının Satılan Malın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (Kısaltılmışı: Yavuz, Ayıptan Sorumluluk).
- : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: Yavuz, Borçlar).
- YONSEL, Atıf : İki Taraf İçin Borç Yükleyen Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticeleri, İBD., C. XIX, 1945, sh. 394-412.
- YUNUS, Hamid : Ukudu'l-Mukavalat Elti Teküünü'l-Devle Tarafan Fiha, Bağdat 1970.

ZEKİ, Mahmud
Cemalleddin
ZEVKLİLER, Aydın

: Kanun Akd'ı-Bey Fi'l-Kanunu'l-Medeni, el-Kuveyt
1974.
: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara
2004.



GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRK VE İRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdimi

Bu çalışmanın konusunu, “*Türk ve Irak hukukunda mukayeseli olarak inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslimden sonraki ayıplardan sorumluluğu*” oluşturmaktadır. Bu sebeple konu, her iki hukuk sistemi açısından mukayeseli olarak ele alınmıştır.

İnşaat sektörü, tüm dünyada, gittikçe daha da büyük önem arz etmektedir. Söz konusu artan önem, insanların gelişen ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Bu ihtiyaçlar karşısında müteahhitler ve inşaat (müteahhitlik) şirketleri, maddî kazanç elde etmek amacıyla, daha hızlı ve daha kaliteli inşa eseri meydana getirmek için yapım metodlarını geliştirmektedirler. Bu açıdan günümüzde büyük inşa eserlerinin, meselâ gökdelenlerin, tünellerin (yer altı tünellerinin, sığınak, metro gibi şehir altı tünellerinin vs.) kısa bir zamanda yapıldığını görmek mümkündür. Ancak, bu sektörde çalışan bazı müteahhitlerin veya inşaat şirketlerinin, daha fazla kazanç elde etmek amacıyla, inşaatta kullanılması gerekenden düşük kalitede malzeme veya yetersiz miktarda malzeme kullandıkları görülmektedir. Bahsedilen işlem ve faaliyetler, yani gayrimeşru yollara başvurma, insanların maddî veya manevî değerlerine, hatta hayatlarına mal olmaktadır. Meselâ, 1999 yılı Ağustos ayında Marmara Depreminde ve Kasım ayında meydana gelen Düzce Depreminde apartmanların çoğunun yıkılma sebebi budur. Aynı sebebi, 1 Mayıs 2003 tarihinde meydana gelen Bingöl depreminde Çeltiksuyu Yatılı İlköğretim Bölge Okulu öğrenci pansiyonunun çökmesinde de görmek mümkündür. Söz konusu hallerin tamamında inşa eserlerinin, müteahhitler tarafından, sözleşme şartlarına veya teknik kurallarına uygun olmayan bir biçimde meydana getirildiği gözden

kaçırılmamalıdır¹. Keza son olarak 2004 yılında Konya’da “Zümrüt Apartman”ın çökmesi de, müteahhidin gerekli olan malzemeleri kullanmamasından ve teknik kuralları göz ardı etmesinden kaynaklanmıştır.

Irak’ta ise, büyük inşaatlar genellikle Devletin kurduğu inşaat şirketleri tarafından meydana getirilmektedir. Ayrıca, Türkiye’den farklı olarak Irak’taki evlerin çoğu apartman değil, müstakil ev şeklindedir. Bu sebeple, yukarıda bahsedilen türden olaylara Irak hukukunda rastlamak zordur. Buna rağmen, Irak Temyiz Mahkemesi kararları incelendiğinde, açılan Devlet binalarının inşası amacıyla, ihalesini kazanan özel sektör müteahhitlerinin, inşa eserini inşaat sözleşmesine uygun şekilde yapmamaları sebebiyle, sorumlu tutuldukları görülmektedir. Meselâ, Irak Yüksek Mahkemesi, bir kararında, dokuz köprü yapmayı taahhüt eden bir Bulgar inşaat şirketini, Yollar ve Köprüler Genel Kurumu ile yaptığı inşaat sözleşmesine uygun olarak meydana getirmedeği gerekçesiyle ayıptan dolayı sorumlu tutmuştur². Keza, Erbil şehri ile Salahaddin ilçesi arasında yapılan otoyolun, iki yıl zarfında bozulması da, kanaatimizce anılan duruma bir misal olarak gösterilebilir. Bu bağlamda müteahhitlerin ayıplı olarak meydana getirdikleri inşa eserinden sorumlu kılınmaları gerektiği açıktır.

İnşaat sektöründe, özellikle büyük çaplı inşaatları gerçekleştirebilmek için, çeşitli alanlarda bilgi birikimine ve büyük teknolojik imkânlarla sahip olmak gerekmektedir. Bu sebeple de, müteahhitler veya inşaat şirketleri, inşa eserini yapmak için aralarında bir “*joint venture*” veya “*konsorsiyum şirketi*” kurmaktadır. Bu tür işbirlikleri, Türkiye’de inşaat sektöründe görülürken,

¹ Yargıtay, depremde yıkılan veya çöken binalardan müteahhidi ayıptan sorumlulukla değil, kusura dayanan haksız fiilden dolayı sorumlu tutmaktadır. Bu açıdan söz konusu durumda TBK. m. 363’deki süreler değil TBK. m. 60’daki süreler uygulanır. Yüksek Mahkemeye göre “İnşa eserini meydana getiren müteahhit (davalılar) ile, yapıyı yaptıran iş sahibi arasında düzenlenen inşaat (yapım) sözleşmesinde, depremde yıkılan binanın var olan durumuna göre yapılması öngörülmüşse, inşaat (yapı) sahibinin de sözleşmeye göre bir istemi olmayacaktır. İş sahibinden binayı o haliyle devir alanında bir istemi bulunmayacaktır. Çünkü böyle bir sorumluluk, sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bunun içindir ki, binadaki gizli ayıplar için öngörülen sürelerin, dava konusu olayda uygulama olanağı olamaz. Biri haksız eylem, diğeri sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukla ilgilidir. Bundan dolayı da, yanları ve hukukî sorumluluğunun nedenleri ayrı olan iki düzenlemeyi, aynı hukuki sonuca bağlamak düşünülemez”. Böylece TBK. m. 60’deki süreler inşa eserinin depremde yıkıldığı zamandan itibaren işlemeye başlar. Y. 4. HD. 11.12.2001, E. 8406, K. 12825.; YHGK. 22.10.2003, E. 4-603, K. 594, (KBİB, 818/m. 60); Geniş bilgi için bkz. Karayalçın, Yapı Denetim, 30 vd.

² Irak Temyiz Mahkemesi, 22.12.1981, K. 1011/Mdeniye Ule/1981. Adı geçen Yüksek Mahkeme Irak’ta su şebekelerini yapan iki Yunan şirketini ayıplı inşa eseri meydana getirdikleri gerekçesiyle

Irak'ta özellikle petrol tesislerinin kurulması ve işletilmesinde görülmektedir. Bu sebeple, söz konusu türden şirketler, her iki hukuk sistemi açısından da büyük öneme sahiptir. Çünkü, anılan şirketlerin bir müteahhit olarak taahhüt bulunduğu durumlarda, inşa eserinin tesliminden sonraki aylardan da sorumlu tutulması mümkündür.

İnşaat sektörünün gelişmesiyle birlikte, müteahhitler arasındaki rekabet ortamı da kızışmıştır. Çünkü, bir inşaat yaptıracak olan kimse teklifleri değerlendirirken, inşaatı en ucuz ve en kaliteli şekilde yapmayı taahhüt eden müteahhidi seçer. Dolayısıyla müteahhitler arasındaki bu rekabet, kendisini hem ücret hem de kalite açısından göstermektedir. İnşaat sektöründe müteahhitler arasında daha kaliteli bir inşa eseri meydana getirme hususundaki rekabet, daha çok inşaat sözleşmesinin bir çeşidi olan anahtar teslimi sözleşmelerinde (*contrat of turnkey, contrat clé en main, Schlüsselfertigenverträge*) kendini göstermektedir. Zira bu tür sözleşmelerde, müteahhit inşa eserini meydana getirdikten sonra bunu işleterek, belli bir süre denemeye tâbi tutar. Böylece müteahhit, söz konusu süre içinde inşa eserinde mevcut bulunan veya sonradan ortaya çıkan ayıpları görme ve bunları giderme imkânına sahiptir. Bununla birlikte müteahhit, anahtar teslimi usûlü ile meydana gelen inşa eserlerinde, ortaya çıkan ayıplardan kanunda belirtilen zamanaşımı süresince sorumlu kalır.

İnşaat sözleşmesinde inşaat sahibi, inşa eserini müteahhide yaptırmaktadır. İnşaat sahibinin inşaat sözleşmesindeki ifa menfaati, müteahhidin inşa eserini, zamanında, gecikmeksizin ve ayıpsız bir şekilde meydana getirip teslim etmesidir. İnşaat sözleşmesiyle ilgili mahkeme kararlarının çoğu da, inşa eserinin ayıplı olarak meydana getirilmesiyle ilgilidir. Ayıplı inşa eseri, inşaat sahibinin ihtiyaçlarını karşılamamakta, dolayısıyla, böyle bir eserde onun menfaatleri de gerçekleşmemektedir. Meselâ müteahhidin meydana getirdiği evin veya binanın çatısını teknik kuralların gerektirdiğinden daha ince yapmasında durum böyledir. Aynı şeyi müteahhidin betonda daha az çimento ve demir kullanmasında görmek mümkündür. Son olayda çatıdan yağmur suyunun sızması halinde, inşaat sahibi sağlam ve menfaatine uygun bir inşa eserinin meydana getirilmesinden yoksun kalmıştır. Keza müteahhidin düşük kalitede malzeme kullanması sebebiyle

sorumlu tutmuştu. Irak Temyiz Mahkemesi, 9.11.1982, K. 37-38, Medeniye Ule/1982-1983

meydana getirdiği fabrikanın ısıtma tesisatının ayıplı olması, fabrika sahibinin istediği şekilde üretim yapmasını engeller. Dolayısıyla inşaat sahibi istediği sonucu elde edemez. Zira müteahhidin ayıpsız bir eser meydana getirmesi bir özen borcu (*Sorgfaltpflicht*) değil, tam aksine bir sonuç borcu, yani sonuç sorumluluğu (*Erfolgshaftung*) oluşturmaktadır. Bu açıdan hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi, Türk ve Irak hukuklarında da, ayıplı inşa eseri meydana getirildiğinde, bazı şekli ve maddi şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte inşaat sahibine taraflar arasındaki menfaatler dengesini yeniden sağlamak üzere, bazı haklar tanınmaktadır (TBK. m. 360 ve IMK. m. 168 vd.).

Özel hukukta terminoloji açısından müteahhidin ayıplı inşa eserini meydana getirmesinden dolayı sorumluluğuna, doktrinde çeşitli isimler verilmektedir. Hakim görüş, söz konusu sorumluluğu “*ayıba karşı tekeffül*” veya “*ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk*” olarak adlandırmaktadır³. Bazı yazarlar ise “*ayıba üstlenme borcu*”⁴, “*eserdeki bozuklukları sağlama borcu*”⁵, “*ayıba karşı garanti borcu*”⁶ ve “*ayıplı ifadan doğan sorumluluk*” deyimlerini tercih etmektedirler⁷. Ayıptan doğan sorumluluğu düzenleyen TBK. m. 359 hükmünün üst başlığı, “*işin kusuruna mütedair teminat*”tır. Buna karşılık söz konusu maddenin kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu’nun 367. maddesinin Almanca metninin üst başlığı ise, “*ayıptan dolayı sorumluluk*” (*Haftung für Mängel*) biçimindedir. Buna göre Türk kanunkoyucusu, istisna sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında, satım sözleşmesinin aksine (TBK. m. 194 vd.), ayıba karşı tekeffül hükmü kavramına yer vermemiştir⁸. Buna karşılık, Irak hukukunda, istisna sözleşmesini düzenleyen IMK. m. 864-890’da, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğuna “*ayıba karşı tekeffül*” adı verilmemektedir. Doktrinde ise söz konusu sorumluluğu istisna sözleşmesi içerisinde ele alan yazarlar⁹, “*müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu (zaman el uyub)*” veya sadece “*ayıba karşı tekeffül borcu*” deyimlerini

(Kararlar için bkz. Akrafi, el-Şerikat, 229-230).

³ Tandoğan, Borçlar, 60 vd.; Yavuz, Borçlar, 473; Aral, Borçlar, 364 vd.; Bilge, 26; Burcuoğlu, 283 vd.; Baygın, 28; Eren, Müteahhit, 78; Uçar, 35 vd.; Akkanat, 192; Yalçınduran, 108.

⁴ Zevkliler, 338 vd.

⁵ Tunçomağ, Borçlar, 1015.

⁶ Erdoğan, 148.

⁷ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 32. Ayrıca bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 92 vd.

⁸ Geniş bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 32. Edis, Ayıba Karşı Tekeffül, 7 vd.; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, 12 vd.

kullanılmaktadır. Keza, anılan sorumluluğu, inşaat sözleşmesinde inceleyen yazarlar¹⁰, “*müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu*” terimini kullanılmaktadır.

Bu çalışmada yukarıda bahsedilen sorumluluk için, bir kısım yazarların da kullandığı “*müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu*”¹¹ kavramı tercih edilmiştir. İnceleme sırasında söz konusu sorumluluk için birbirinden farklı kavramlar kullanılmış olsa da, bunlardan maksad, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğudur.

Gerek Türk ve gerekse Irak hukuku açısından, inşa eseri iki durumda ayıplı kabul edilir. Bunlardan birincisi; inşa eserinde bulunması gerekli olan niteliklerin eksikliğidir. İkincisi ise, üzerinde anlaşılan şartların inşa eserinde yerine getirilmemesidir¹². Bu doğrultuda özellikle inşa eserinin standart şartlara göre meydana getirilmesinin kararlaştırıldığı “büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde”¹³ (FIDIC ve ICE vb.) söz konusu şartların bulunmaması ayıp teşkil eder.

İnşa eserini meydana getirmek üzere, asıl müteahhit ile inşaat sahibi arasındaki borç ilişkisini düzenleyen sözleşme, bir inşaat sözleşmesidir. Anılan inşa eserini yapmak için, asıl müteahhidin kısmî edimleri alt müteahhide bıraktığı sözleşme de, niteliği itibarıyla bir inşaat sözleşmesidir. Bu açıdan alt müteahhit, asıl müteahhide karşı, meydana getirdiği inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumlu tutulur. Başka bir deyişle, alt müteahhit, asıl müteahhide karşı, bulunması gerekli olan nitelikleri taşıyan ve üzerinde anlaşılan şartları bulunan bir inşa eseri meydana getirmek zorundadır¹⁴. Bu durumda da alt müteahhidin inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi asıl inşaat sözleşmesinde olduğu gibi bazı şekli ve maddi şartların gerçekleşmesine bağlıdır¹⁵. Alt müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi durumunda asıl müteahhit, inşaat sahibinin kendisine (asıl müteahhide) karşı haiz olduğu haklara sahip olur. Bu itibarla, alt müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi halinde, asıl müteahhidin buna (alt

⁹ Servet, c. 1, 109; Recep, 70; Mübarek / el-Mulla Huveys/ el-Fetlavî, 432; el-Senhurî, el-Ukud, 98; el-Fazlî, 408; Akraivî, el-Şerikat, 223.

¹⁰ el-Durî, Mesuliyet’l-Mukavil, 41; Salih, S, 12; el-Hüseynî, 48; Sürür, 13.

¹¹ Seliçi, İnşaat, 128; Kaplan, Mimarlık,128; Erman, Arsa Payı, 87; Turanboy, 151.

¹² Bilge, 260 vd; Akbulut, 15; Berki, Borçlar Özel, 145.

¹³ Kavram için bkz. Akyol, Sözleşmeler, 95 vd.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. Yalçınduran, 108 vd; Akkanat, 192.

¹⁵ Bu şartlar ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

müteahhide) karşı haiz olduğu haklar; çeşit, kapsam ve kullanma imkânları açısından inşaat sahibinin kendisine karşı sahip olduğu haklarla örtüşmektedir.

Çalışmada, konunun daha iyi açıklanmasını sağlamak amacıyla, yeri geldikçe Türk Borçlar ve Irak Medenî Kanunu'ndaki hükümlerin temelini teşkil eden hükümler özellikle İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht), Alman Medenî Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch), Mısır Medenî Kanunu (El Kanun El Medenî El Mısırî) ve Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) ve adı geçen ülkelerdeki doktriner görüşler de ele alınmıştır. Böylece çalışmada söz konusu hukuk sistemleri arasında ilke bazında karşılaştırmalar yapılmak suretiyle konuya daha fazla açıklık getirmeye çalışılmıştır.

Tezde, konu ile ilgili Türk ve Irak hukuk sistemlerindeki görüşlere de yer verilmiştir. Böylece ilgili hukuk sistemlerindeki olumlu ve olumsuz yönleri de ortaya konulmuştur. Bu bağlamda her iki hukuk sistemine değinilerek, hangi hükümlerin veya hangi görüşlerin daha isabetli olduğu belirtilmiş ve böylece hangilerinin kabul edilmesi gerektiği ayrıntılı bir şekilde ve gerekçeleri ile birlikte izah edilmiştir. Bunun yanı sıra, iki hukuktaki uygulama, yani, yargı kararları ele alınarak değerlendirilmiştir. Ayrıca Türk ve Irak hukuk uygulamasına ilişkin olarak, Yargıtay ve Irak Temyiz Mahkemesi kararlarının yanında, kaynak hukukların uygulamasındaki kararlara, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile Mısır Nakız Mahkemesi'nin kararlarına da çalışmada yer verilmiştir.

Müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu açısından, inşa eserinin taşınır veya taşınmaz olması önem arz etmektedir. Zira her iki hukuku sisteminde de, bazı durumlarda, söz konusu ayırım yapılarak, taşınır ve taşınmaz inşa eserleri ayrı ayrı hükümlere tâbi tutulmaktadırlar. Özellikle zamanaşımı süresi açısından bu husus büyük öneme sahiptir. Çalışmada inşa eserindeki ayıp açısından hangi eserlerin taşınır veya taşınmaz olduğu da, her iki hukuk sistemi açısından belirtilmektedir.

İdarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, Türk hukukunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ) ve Irak hukukunda Irak İnşaat Mühendisliği İşleri Genel Şartnamesi (İİMİGŞ) uygulanmaktadır. Çalışmada gerektiğinde bu şartname hükümlerine de değinilmektedir.

Müteahhidin meydana getirdiği inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumluluğun önemi, kanunkoyucunun inşaat sahibini koruyarak, müteahhidin sorumluluğunu ağırlaştırmasında da anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özellikle taşınmaz inşaatları, uzun bir zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur.

II. Konunun Önemi

İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak için meydana getirilen inşa eserinin ayıplı olmaması gerekir. Böyle bir ayıbın inşa eserinde bulunması halinde, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu önem arz etmektedir. Zira müteahhidin yaptığı inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumlu tutmamak, inşaat sözleşmesinin güttüğü amaca aykırı düşer.

Irak'ta savaş sonrası, az da olsa yapım çalışmaları süreci başlamıştır. Zira Körfez Savaşları (Birinci, İkinci ve Üçüncü Körfez Savaşları) sırasında ve günümüzde direnişçilerle Amerikan güçleri arasında meydana gelen çatışmalar sebebiyle, gerek Devlet kurum ve kuruluşlarının binaları ve gerekse hizmet kuruluşlarının binaları, alt yapı, inşaata ihtiyaç göstermektedir. Özellikle hastane, baraj, elektrik santrallerinin, su şebekelerinin, okul, yol, otoyol, demir yollarının, hava limanlarının inşası veya tamiri, bu ihtiyaçlar arasında ilk sırada gelmektedir. Bu açıdan Irak hukukunda inşa eserinin ayıpsız olarak meydana gelmesi ve bu ayıplardan dolayı müteahhidi sorumlu tutmak, daha da büyük bir önem taşımaktadır.

İnşaat sektöründe Türk inşaat şirketleri gelişmiş olup; bu açıdan Türk şirketleri yurt dışındaki ihalelere de katılmakta ve rakiplerine oranla çok fazla iş ihalesi kazanabilmektedirler. Meselâ, Türk müteahhitleri, Rusya Federasyonu'nda, Pakistan'da ve başka ülkelerde çok başarılı eserler meydana getirmişlerdir. Bu konudaki misalleri çoğaltmak mümkündür¹⁶.

Irak'ın da gerek normal zamanlarda ve gerekse savaş sonrasında inşaata ihtiyacı olması sebebiyle, birçok inşaat şirketi Irak piyasasına girmiştir. Söz konusu piyasa, coğrafi yakınlığı hasebiyle, Türk şirketlerin daha fazla ilgisini çekmektedir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; Irak'ta büyük inşaat ihaleleri alan Amerikan şirketleri, inşaat işlerinin kısmî edimlerini, alt müteahhitlik

¹⁶ Bkz. Directory Of Turkish Contractors, Türkiye Müteahhitler Birliği, Ankara 2004.

sözleşmesi akdederek Türk inşaat şirketlerine yaptırmaktadır. Bu açılarından da müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunu incelemek önem taşımaktadır.

Tez konusunun, her iki hukuk sistemi açısından mukayeseli olarak ele alınmasından amaç, Irak hukukundaki inşaat sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin Türk hukukuna ve diğer hukuk sistemlerine tanıtılmasıdır. Zira Irak'taki yapılandırma sürecinde, sadece Türk inşaat şirketleri faaliyet göstermemektedir. Bu doğrultuda çalışma konumuz Türk şirketlerinin yabancı şirketlerle ortaklaşa veya sadece yabancı şirketlerin meydana getirdikleri ayıplı inşa eseri açısından da önem arz etmektedir.

Irak hukukundaki inşaat sözleşmesiyle ilgili düzenlemeler, diğer Arap ülkeleri hukuk sistemlerine benzemektedir. Bu sebeple, Irak hukuku ile ilgili açıklamalar aynı zamanda, anılan hukuk düzenlerindeki ayıptan dolayı sorumluluk kurumu hakkında da bilgi sahibi olmaya imkân verecektir. Özellikle müteahhidin ve mühendis-mimarın inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumluluğuna ilişkin olarak, Lübnan Sözleşmeler ve Borçlar Kanunu, Mısır, Suriye, Libya, Medenî Kanunlarındaki hükümler, Irak Medenî Kanunu'ndaki hükümlerin hemen hemen aynısıdır. Ürdün ve Kuveyt Medenî Kanunlarının istisna sözleşmesine ilişkin bazı hükümleri, yukarıda anılan kanunlardaki hükümlere göre bazı ufak farklılıklar arz etmektedir. Kanaatimizce bunun sebebi, bu iki Kanunun diğer kanunlardan uzun bir süre sonra kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır¹⁷. Dolayısıyla, Irak Medenî Kanunu'nun yanı sıra, Kuveyt ve Ürdün Medenî Kanununda da düzenlenmiş olan istisna sözleşmesine ilişkin hükümler, tezin sonunda ekler arasında yer almaktadır.

III. Konunun Sınırlandırılması

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, inşaat sahibine karşı, inşa eserini ayıpsız olarak meydana getirilme (*ayıba karşı tekeffül borcu*) ile inşa eserini tamamladıktan sonra inşaat sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken, bunu sadakatle ve özenle yerine getirmelidir. İnşa eserinde üzerinde anlaşılan niteliklerin veya dürüstlük kurallarının gerektirdiği niteliklerin bulunmaması durumunda, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu

söz konusu olur. Bununla birlikte, ayıp olarak nitelendirilmeyen, fakat inşaat sahibinin zarara uğramasına yol açan bazı olaylar da söz konusu olabilir. Anılan sorumluluk, müteahhidin sadakat ve özen borcuna aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir. İnşaat sözleşmesinde müteahhidin sadakat borcu, dürüstlük kuralı ile söz konusu sözleşmenin işgörme niteliğine dayanmaktadır. Buna göre, müteahhit üstlendiği borçları, inşaat sahibinin menfaatlerini göz önünde bulundurarak yerine getirmek mecburiyetindedir. Zira inşaat sözleşmesinde, diğer işgörme sözleşmelerine nazaran, taraflar arasındaki güven ilişkisi, daha da ön plânda tutulmaktadır. İnşaat sözleşmesinde özen borcu ise, sadakat borcunun somutlaştırılmış bir biçimidir. Müteahhit adı geçen sözleşmenin her safhasında ve bu sözleşme gereğince üstlendiği borçların tamamının ifasında, işini özenle yapmalıdır. Müteahhidin özen ve sadakat borcu, hem Türk Borçlar Kanunu hem de Irak Medenî Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, müteahhidin böyle bir borçla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanun'unda müteahhidin göstereceği özenin kıstasına yer vermesine karşın¹⁸, Irak Medenî Kanunu'nda böyle bir hükme rastlanılmamaktadır. TBK. m. 356/I hükmüne göre: “*Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tâbidir*”¹⁹. Görüldüğü gibi, adı geçen hüküm TBK. m. 321/II'e atıf yapmıştır. Bu fıkra hükmüne göre ise; “*Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malûmu olan veya olması icabeden malûmatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafi gözetebilir*”. Anılan hüküm uyarınca müteahhit, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özen derecesini göstermek zorundadır. Başka bir deyişle, müteahhidin inşaat sözleşmesi gereğince işçinin göstereceği dikkat, titizlik ve itinayı göstermesi gerekir. Hizmet sözleşmesinde işçinin özen derecesi birkaç kıstasa göre tespit edilebilir. Bunlardan üstlendiği işin meslekî bilgi ve becerisi,

¹⁷ 40 sayılı Irak Medenî Kanunu 1951 tarihinde çıkarılmıştır. 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihe kadar Irak'ta Mecelle'nin hükümleri uygulanmıştır (IMK. m. 1381).

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, 785-786.

¹⁹ Bu fıkra hükmünü, İBK. m. 364/I karşılamaktadır. Söz konusu fıkranın Almanca metninde, hüküm şöyle düzenlenmiştir. “*Müteahhit, genel olarak, hizmet ilişkisinde işçinin göstereceği özenin aynısını göstermekle sorumludur*”. Çeviri için bkz. Aral, Borçlar, 347.

işverence bilinen veya bilinmesi gereken özelliklere dayanılarak tespit edilebilir²⁰. Çalışma, müteahhidin tüm borçlarıyla değil, sadece meydana getirdiği inşa eserinin ayıplarından dolayı sorumluluğu ile sınırlıdır.

Müteahhit, inşa eserinin tesliminden önceki ayıplardan sorumlu olduğu gibi teslimden sonraki ayıplardan da sorumlu olur. Tezin konusu, inşa eserinin tesliminden sonraki ayıplarla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla teslimden önceki ayıplar tezin konusuna dahil edilmemiştir. Bu konu çalışmaya dahilmiş olsa idi, hem tezin kapsamı çok genişler hem de böyle bir eser tez konusu olmaktan çıkardı. Bu ise konuların ayrıntılı ve derinlemesine incelenmesine engel teşkil ederdi. Söz konusu mahzurları bertaraf etmek amacıyla eserin tesliminden önceki ayıplardan sorumluluk çalışmanın konusu dışında bırakılmıştır. Ayrıca bu konuda daha önce monografik bir çalışma da yayınlanmıştır²¹.

Tezin konusu, başka bir açıdan, istisna sözleşmesinin bir tür olan inşaat sözleşmesiyle sınırlanmıştır. Buna karşılık istisna sözleşmesinin diğer çeşitleri inceleme konusu olmamıştır. Bununla birlikte, konuların aydınlatılması amacıyla, yeri geldikçe, anılan diğer konulara da gereği kadar değinilmiştir.

İnşaat sözleşmesi özel hukukun konusunu teşkil etmekle birlikte, kamu hukuku alanına da girebilir. Bu açıdan idarenin (kamu kurum ve kuruluşlarının) taraf olduğu inşaat sözleşmeleri, kamu hukuku (idare hukuku) alanında yer alır. Çalışma, her iki hukuk sistemindeki özel hukuk hükümleri ile sınırlıdır. Bu doğrultuda kamu hukukuna ilişkin kanunlardaki hükümler, konumuz dışında kalmaktadır. Ancak açıklamaların gerektirdiği ölçüde, kamu hukuku kanunlarındaki (meselâ, Türk Devlet İhale Kanunu, Türk Kamu İhale Kanunu, Türk Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Türk Yapım İşleri Genel İşleri Şartnamesi; Irak İnşaat Mühendisliği Genel Şartnamesi, Irak Yollar ve Binalar Nizamnamesi) hükümlerine, yeri geldikçe kısaca değinilmiştir.

Tezin konusu müteahhidin borçlarından biri olan, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğudur. İş sahibinin borçları ise konumuzu teşkil etmemektedir. Yalnız inşaat sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri olan ve aynı zamanda

²⁰ Gökyayla , 789; Kocağa, İş Sahibi, 178-179.

²¹ Bkz. Altaş, Hüseyin; Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002; ayrıca bkz. Dural, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 7, II.

inşaat sahibinin aslı edim borcunu oluşturan ücret borcunun kısaca ele alınmasında fayda olduğu düşünülmüş ve konu ilgili olduğu yerde kısaca açıklanmıştır.

§ 2. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜRK VE İRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. Türk Hukukunda

İnşaat sözleşmesi, istisna sözleşmesi niteliğindedir. Bu sebeple, çalışmamızda istisna sözleşmesi hükümleri, özellikle de müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu esas alınmıştır. İstisna sözleşmesi, Türk hukukunda 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun on birinci babının 355-371 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İnşaat sözleşmelerine genel olarak, özel hukuk hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, inşaat sözleşmesi, idare hukuku (kamu hukuku) hükümlerine tâbi kamu ihalelerinde de uygulama alanı bulur²². 4734 sayılı Türk Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmeden evvel idarenin yaptığı inşaat işlerine (ihalelere), 2886 sayılı Türk Devlet İhale Kanunu uygulanıyordu. TKİK. m. 68 gereğince artık inşaat ihalelerine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır. Dolayısıyla inşaat ihalelerine 4734 sayılı Türk Kamu İhale Kanunu uygulanır. TKİK. m. 1 uyarınca; *“Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir”*. Aynı Kanun'un 2. maddesi gereğince, idarelerin inşaat işlerinin ihaleleri, bu Kanun hükümlerine göre yürütülür. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbidir (TKİSK. m. 1). Bu sebeple, Kamu İhale Kanunu'na tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından, söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun kapsamına girer (TKİSK. m. 2).

²² Kaplan, Mimarlık, 119.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 2. maddesi, bu Şartname'nin kapsamını belirtmektedir²³. Söz konusu maddenin birinci fıkrası, bu şartnamenin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tâbi idareler tarafından bu Kanun hükümleri uyarınca ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre anahtar teslimi götürü bedel veya birim fiyat sözleşmeye bağlanan inşaat işlerini kapsadığını ifade etmektedir²⁴.

İnşaat işlerine ilişkin bir diğer kanun ise, 3194 sayılı İmar Kanunu'dur. TİM.K. m. 2'ye göre; "*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tâbidir*". Anılan hüküm uyarınca, meydana getirilecek inşaat eserlerinin bu Kanun hükmüne aykırı düşmemesi gerekir²⁵.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun; can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemeyi amaçlamıştır (TYDHK. m. 1/D). Adı geçen Kanun'un uygulama alanını; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26'ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler 27'nci maddesinde belirtilen ruhsata tâbi olmayan yapılar ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar hariç, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimi teşkil eder. Bu itibarla; kamuya ait yapı ve tesislerle, ruhsata tâbi olmayan yapılar dışında İmar

²³ Bu şartname 2003 tarih ve 25226 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na dayanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ek 8'inde yer almaktadır. Söz konusu şartname (YİĞŞ) Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gereğince yapılan inşaat sözleşmelerinin uygulama esaslarını teşkil etmektedir. Söz konusu şartnamenin hükümleri Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİĞŞ) hükümleriyle paralelik arz etmektedir. Ancak BİĞŞ, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu gereğince yapılan inşaat sözleşmelerinin uygulama esasını oluşturur.

²⁴ YİĞŞ. m. 2/II'de "Yaklaşık maliyeti 4734 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin (b) bendinin iki numaralı alt bendinde yer alan üst limit tutarının altındaki yapım işlerinde, bu Şartnamenin 7 ve 17 nci maddeleri ile 35 inci maddesinin çalışma şartları ile ilgili son üç fıkrası, işin gereğine göre idareler tarafından kısmen veya tamamen uygulanmayabilir" ifadesi yer almaktadır.

²⁵ Bu Kanun'un 5. maddesi, inşaatı şöyle tanımlamaktadır: "*Yapı: Karada ve suda, daimi ve muvakkat, resmi ve hususi yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir*" Bu Kanun'un aynı maddesi, binayı şöyle tanımlamaktadır: "*Bina, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanları oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar*".

Kanunu kapsamına giren yapılar, Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un denetimine tâbidir²⁶.

II. Irak Hukukunda

Irak hukukunda da inşaat sözleşmesi istisna sözleşmesi hükümlerine tâbidir. İstisna sözleşmesi hükümleri 1951 tarih ve 40 sayılı Irak Medenî Kanunu'nun 864-890. maddelerinde düzenlenmiştir.

Irak Medenî Kanunu'nda, müteahhidin sorumluluğu yönünden inşa eserinin yıkılması veya sağlamlığını tehdit eden ayıplarla inşa eserindeki diğer ayıplar arasında bir ayırım yapılmıştır. İnşaatın yıkılması veya binanın sağlamlığını tehdit eden ayıplarla²⁷ ilgili özel hüküm niteliğindeki IMK. m. 870 hükmü, önce 1973'te sonra 1974'te tadil edilmiştir. Bu madde hükmü, tadil edilmeden önce, sadece inşa eserinin küllî veya cüzî yıkılmasını konu edinmekte, buna karşın inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpları düzenlememekteydi. Keza, söz konusu madde hükmünün tadilden önceki haline göre, müteahhit ve mimar, inşa eseri teslim edildikten sonra beş yıl içinde gerçekleşen yıkılmalardan sorumlu tutuluyordu. Tadilden sonra bu sorumluluk süresi on yıla kadar uzatıldı. Bu sebeple tadilden önce, Irak Temyiz Mahkemesi bu madde hükmündeki yıkılma kavramını geniş anlamda yorumlamaktaydı²⁸. Özellikle IMK. m. 875'i bir başka deyişle, müteahhidin genel olarak ayıptan sorumluluğunu (istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini), ve inşa eserinin yıkılma veya sağlamlığını etkileyen ayıplar derecesinde olmayan ayıpları düzenleyen hükümleri göz önünde bulundurarak bu yönde karar veriyordu²⁹. Bu sebeple de, anılan Mahkeme, binadaki çatlakları bir cüzî yıkılma olarak kabul etmiştir³⁰.

²⁶ Geniş bilgi için bkz. Erten, Yapı Denetimi, 58 vd.

²⁷ Taşınır inşaata bu madde hükmü uygulanmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sürür, 217.

²⁸ Buna göre Mahkeme ayıp konusunda IMK. m. 870'deki özel hüküm ile IMK. m. 875'deki genel hükmü karıştırmıştır. Irak Temyiz Mahkemesi 26/2/1974, K. 211/ha1/1973 Mecellet el-Kaza el-Sene 29 el-Adad el-Salis Ve el-Rabi (Üçüncü ve Dördüncü Sayı).

²⁹ IMK. m. 875'e göre: "I. müteahhidin açık ayıptan veya üzerinde anlaşılana muhalefet (aykırı davranmasından) etmesinden sorumluluğu, işin fiili veya hükmi olarak tesellüm edildiği takdirde ortadan kalkar.

II. Ancak ayıplar gizliyse veya muhalefet (aykırılık) açık değilse ve iş sahibi bunu tesellüm ettiği zaman görmeyip ancak bunda (tesellümde) sonra keşfetmişse, bunu keşfeder etmez müteahhide bildirmelidir. Bunu (bildirimi) yapmadığı takdirde işi bu şekilde kabul etmiş sayılır".

³⁰ Irak Temyiz Mahkemesi 21/10/1969, K. 656 /Hukukiye/ 1969 (Karar için bkz. Servet, c.1, 111 vd.).

LBSK. m. 668 müteahhidin inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan değil, inşa eserinin yıkılmasından beş yıllık bir süre ile sorumlu olacağını hükme bağlamıştır³¹. MMK. m. 651 ve SMK m. 617 ise, müteahhidin inşa eserinin yıkılması ve yıkılmaya sebep olan ayıplardan dolayı sorumluluğunu düzenlemiştir. Görülüyor ki, anılan kanunlar, istisna sözleşmesinde eserdeki ayıptan dolayı müteahhidin sorumluluğu hükümlerini düzenlerken, inşaatın yıkılması veya yıkılmasına sebep olan ayıpları genel ayıp kavramından ayırarak özel bir düzenlemeye tâbi tutmuştur. Halbuki TBK. m. 363’de ve İBK. m. 371’de ayıp hükümleri düzenlenirken, böyle bir ayırım yapılmamıştır.

IMK. m. 870. maddede yapılan ikinci tadilden sonra, bu maddenin üçüncü fıkrası, inşa eserinin sağlamlığını etkileyen ayıpları düzenlemektedir³². Bu tadilin ardından, IMK. 870. maddenin üçüncü fıkrasına göre; *“Bu madde birinci fıkrasındaki sorumluluk, inşa eserinin sağlamlığını ve selametini tehdit eden ayıpları da kapsar”*. Bu düzeltmeyle Irak kanunkoyucusu, inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpların bulunması halinde, IMK. m. 875’deki genel hükme başvurma yolunu kapatmıştır. Böylece müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm bir başka deyişle IMK. m. 875 hükmü, ancak inşa eserinde yıkılma veya inşa eserinin sağlamlığını etkileyen bir ayıbın dışında kalan ayıpların bulunması halinde uygulama alanı bulur³³.

Türk hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Irak hukukunda da inşaat sözleşmesi özel hukuka tâbi olabileceği gibi, kamu hukukuna da tâbi olabilir. Bu sebeple, Irak Plânlama Bakanlığı’nın, Plânlama Konseyi’nin, 1972 tarih ve 2 sayılı Kararıyla, Irak İnşaat Mühendisliği İşleri Genel Şartnamesi kabul edilmiştir. Bakanlıklar ve Kamu kuruluşları ihalesini yaptıkları tüm inşaat

³¹ Lübnan Borçlar ve Sözleşmeler Kanunu m. 668; müteahhidi, inşaatın göçmesi ya da belli bir şekilde göçebileceği zuhur etmesi halinde sorumlu tutmaktadır. Böylece bu Kanun müteahhidin sorumluluğu açısından inşaatın sağlamlığını tehdit eden ayıpları bu sorumluluğun kapsamına dahil etmemiştir.

³² Irak Medenî Kanunu’nun 870. maddesi 44, sayılı ve 1974 tarihli kanun ile tadil edilmiştir. el-Vakayı el-İrakiye (Irak’ın Resmi Gazetesi) Sayı 2338 Tarih 7/4/1974.

³³ Fransız Medenî Kanunu CC. m. 1792, müteahhit ve mühendisi götürü ücretle yaptıkları inşa eserinin yıkılmasından sorumlu tutmuştur. Ancak bu madde inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan müteahhit ve mühendisi sorumlu kılmamıştır. CC. m. 2270 zamanaşımı babında düzenlenmiş olmasına rağmen, müteahhit ve mühendisi inşa eserinde çıkan ayıplardan sorumlu tutmuştur. Ancak burada anılan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, ayıbın büyük inşaat işlerinde (gros ouvrages) ortaya çıkmış olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Durî, Mesuliyet’i-Mukavil, 158; Salih, S, 4-7.

işlerinde söz konusu Şartnameyi uygulamaları gerekir. Bu Şartname'nin ikinci kısmı gereğince, uygulamada, her inşaat ihalesinin kendine özgü özellikleri ve işin hacmi de göz önünde bulundurulmalıdır. Anılan Şartname, uyuşmazlığın giderilmesinde tahkime ilişkin hükümler de içermektedir (İİMİGŞ. m. 69). Şartnamenin 71. maddesi ise, ihalede yabancı bir unsurun bulunması halinde, başka bir deyişle, inşa eserini meydana getiren müteahhidin yabancı olması durumunda çıkan uyuşmazlıkta hangi kanunun uygulanacağını da belirtmiştir. Bu madde hükmüne göre, Irak'ta meydana getirilen inşa eserleri ile ilgili sorunlar ve uyuşmazlıklar, Irak kanun, tüzük ve yönetmeliklerine tâbi olup, tüm inşaat uyuşmazlıklarının Irak mahkemelerinde görülmesi gerekir.

Irak hukukunda idarenin yaptığı inşaat sözleşmelerinin idare hukukuna mı (kamu hukuku) yoksa medenî hukuka mı (özel hukuk) tâbi olacağı meselesi, doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüşe göre; idarenin yaptırdığı inşa eserleri, idare hukuku hükümlerine tâbidir. Zira burada sözleşmenin taraflarından biri, devletin kamu kurum veya kuruluşlarıdır. Bu açıdan, söz konusu sözleşmeye, kamu hukuku kuralları uygulanır. Buna göre idare, sözleşmenin karşı tarafı (diğer âkit) sözleşmeye aykırı hareket etmese bile, sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir³⁴. İkinci bir görüşe göre idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmeleri, kendine özgü özel bir yapıya sahiptir. Zira söz konusu sözleşme iki özelliğe sahiptir. Bunlardan ilki, Irak İnşaat Mühendisliği İşlerinin Genel Şartnamesi'nin içerdiği kurallara bakıldığında, inşaat sahibi idareye tanıdığı hakların niteliği itibariyle, özel hukukta inşaat sahibine tanınan haklardan farklılık arz etmemektedir. Böylece, söz konusu Şartname, inşaat sahibi idareye kamu hukukunun gerektirdiği özel yetkileri tanınamaktadır. Anılan sözleşmenin ikinci bir özelliği ise, taraflardan birinin (inşaat sahibinin) kamu kurum veya kuruluşlardan ibaret olmasıdır³⁵. Üçüncü bir görüşe göre ise, kamu kurum ve kuruluşlarının taraf oldukları inşaat sözleşmesine, özellikle yabancı şirketlerle idarenin gerçekleştirdiği inşaat ihalelerine, ilk önce sözleşmedeki özel şartlar, sonra da İnşaat Mühendisliği İşleri Genel Şartnamesi uygulanır. Zira söz konusu Şartname, idarenin taraf olduğu inşaat işlerine, uygulanır. Ancak söz konusu düzenlemede bulunmayan bir mesele ortaya çıkarsa, Irak Medenî Kanunundaki

³⁴ Yunus, 43 vd; bu görüşte olan yazarlar için bkz. Akra vî, Ukud, 208.

hükümler uygulanır. Ayrıca inşaat işleri ticarî işlerden sayıldığı için, Irak Ticaret Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulur³⁶. Irak Temyiz Mahkemesi de, bazı kararlarında, idarenin yaptırdığı inşaat işlerine özel hukuk (Medenî Kanun) hükümlerini uygulamıştır³⁷. Anılan Mahkeme, bazı kararlarında, inşaat işlerini hem özel hukuk hem de idare hukuku hükümlerine tâbi tutmuştur³⁸. Söz konusu Mahkeme, başka kararlarında, inşaat sözleşmesine idari sözleşmelere has olan kuralları uygulamıştır³⁹. Irak hukuku uygulamasındaki bu tereddütler, Irak yargı sisteminin ikili sistemi değil, tekli sistemi kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan Irak'ta idare mahkemeleri ilk derecede mahkemeler olup, bunların denetlenmesi Fransa, Mısır veya Türkiye'deki gibi, idare mahkemelerin bir üstü olan Danıştay gibi bir mahkeme bulunmamaktadır⁴⁰.

Irak hukukunda inşaatla ilgili bir diğer düzenleme de, 1935 tarih 44 sayılı Irak Yollar ve Binalar Nizamnamesi'dir. Meydan getirilecek inşa eserlerinin bu Nizamname (Tüzük) hükümlerine uygun olması gerekir. İnşa eserinde bir hukukî ayıbın bulunmaması için, müteahhit yaptığı inşa eserinin, anılan tüzük hükümleri yanında, Irak Eski Devrim Komuta Konseyi'nin inşa eserinin meydana getirilmesi için resmî mercilerden gerekli olan iznin alınması hususundaki kararlarına da uygun olması gerekir. Çünkü, Irak Eski Devrim Komuta Konseyi'nin 1413 sayılı Kararı gereğince Irak (yerli) inşaat şirketleri (özel veya kamu inşaat şirketlerinin) veya yabancı inşaat şirketlerinin, yol ve kaldırım inşaat işlerini gerçekleştirmeden evvel resmî mercilerden izin almaları gerekir. Söz konusu merciler ise, Taşıma ve

³⁵ Anbar, 53; el-Kaştinî, 67 vd.

³⁶ Akarvî, el-Şerikat, 150 vd; Akarvî, Ukud, 214 vd.

³⁷ Irak Temyiz Mahkemesi 14.4.1959, K. 959/H/528; 18.3.1967, K. 1967/H/284; 15.2.1975., K. Amme Ule/249. Son karar da "Irak Sanayi Bakanlığı ile bir yabancı şirket arasındaki inşaat sözleşmesinin Medenî Kanun hükümlerine tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu açıdan söz konusu Bakanlık gecikme tazminatını IMK. m. 204 hükümleri gereğince talep edebileceği ifade edilmiştir" (Kararlar için bkz. Akarvî, Ukud, 217-218).

³⁸ Irak Temyiz Mahkemesi 22.2.1967, K. 1966/H/2566; 13.4.1967, K. 1967/H/16. Anılan Karara göre: "Binalara ilişkin inşaat işleri ticarî işlerdendir. Bu sebeple taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borçlara Ticaret Kanun'un hükümleri uygulanır. Ayrıca davanın konusu bir okulun yapılmasına ilişkin olup, ihale suretiyle müteahhide verilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin idarî bir sözleşmenin olduğu da kabul edilmektedir. Bu sebeple müteahhidin işi gerçekleştirmede gecikmesiyle birlikte, idarenin zararı meydana gelmiş olur". Kararlar için bkz. Akarvî, el-Şerikat, 154-155.

³⁹ Irak Temyiz Mahkemesi 25.7.1965, K. 1965/H/654 ve 42; 2.7.1966, K. 1966/H/1958: "Hükümetin şirketle yaptığı inşaat sözleşmesi idarî sözleşmedir. Zira söz konusu sözleşmenin taraflarından biri devletin kamu kurum veya kuruluşudur. Bu tür sözleşme idarî mercilerin izninden sonra kurulur". Kararlar için bkz. Akarvî, Ukud, 219-220.

⁴⁰ Akarvî, el-Şerikat, 157; Akarvî, Ukud, 221.

Ulaştırma Bakanlığı ve bu Bakanlık bünyesinde bulunan kurum ve kuruluşlar, Başkent Belediyesi, başkent dışında yapılan inşaat işlerinde Su ve Kanalizasyon ve Elektrik Kurumundan izin alınması gerektiğini hükme bağlamıştır⁴¹. Anılan Konsey'in 765 sayılı ve 9.6.1982 tarihli karar uyarınca, müteahhitleri ve yerli ve yabancı inşaat şirketlerini üstlendikleri yollar ve kaldırımlar inşaatına başlamadan önce, Belediye (Başkent Emindarlığı), Telefon Posta Telgraf Genel Kurumu ve Elektrik Genel Kurumunun iznini almazlarsa, üstlendikleri işleri yerine getiremezler⁴². Konsey, 15.8.1999 tarih ve 152 sayılı Kararı ile, idarî birimlerin reislerine (başkanlarına), belediye sınırları dışında 44 sayılı ve 1935 tarihli Yollar ve Binalar Nizamnamesi ve geçerli kanun ve tüzükler gereğince inşaata izin vermesi yetkisini tanımıştır⁴³.

Yukarıda kısaca değinilen hükümlerden de anlaşıldığı gibi, gerek Türk hukukunda ve gerekse Irak hukukunda inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler pek fazla ve çok çeşitlidir. Çalışmada yeri geldiğinde, söz konusu hükümlerin bazıları ayrıntılı bir şekilde; bazıları da gereği kadar ele alınıp incelenecektir.

⁴¹ el-Vakayı el-İrakiye, S. 3028; T. 14.1.1985, 18.

⁴² el-Vakayı el-İrakiye, S. 3890; T. 25.6.1982, 462.

⁴³ el-Vakayı el-İrakiye, S. 1999/3788. Irak Devrim Komuta Konseyi'nin inşaatla ilgili birçok kararı vardır. Bunlara misal olarak bkz. 184 S. ve 30.11.1997 T. ve 64 S. ve 4.2.1990 T. kararlar.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, ŞEKLİ TARAFLARI VE ÖZELİKLERİ

§ 3. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

I. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

İnşaat sözleşmesi, istisna sözleşmesinin en çok uygulama alanı teşkil eden bir türdür. İnşaat sözleşmesinin konusu, küçük bir inşaatın (dükkan veya ev) yapımı olabileceği gibi, büyük inşaatların (gökdelen veya otoyol ya da köprü) yapımı da olabilir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri olan inşaat sözleşmesinde de iki taraf vardır. Bunlardan biri müteahhit, diğeri ise inşaat (iş) sahibidir. Müteahhit, iş sahibine karşı bir inşa eserinin tamamını veya bir kısmını inşa ve teslim etme borcunu yüklenir. Buna karşılık iş sahibi de müteahhide belli bir bedel ödemeyi üstlenir.

İnşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu, bazı maddelerinde inşaat sözleşmesinden dolaylı olarak söz etmiştir (TBK. m. 363/II ve 367/II). Bu sebeple, Borçlar Kanunu'nda bu sözleşmenin tanımı da yapılmış değildir. Ancak adı geçen sözleşme, TBK. m. 355 kapsamında bir istisna sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹. TBK. m. 355 istisna sözleşmesini, “*istisna bir akiddir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibinin) taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*” şeklinde tanımlamıştır.

¹ Eren, Borçlar, 49. İstisna Arapça bir sözcüktür. Sanat ve beceri sarf ederek bir şeyi vücuda getirme anlamına gelir. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 17; Tandoğan, Borçlar, 1; Baygın, 3; Dayınlarlı, Firmalar, 221. Alman Medenî Kanunu (BGB) ve İsviçre Medenî Kanunun Almanca metninde istisna sözleşmesinin karşılığı olarak Werkvertrag terimi kullanılmıştır. Bu sebeple, doktrinde bazı yazarların istisna sözleşmesine eser sözleşmesi adının verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 1vd.; Bilge, 245; Selimoğlu, 685. Kanımızca, eser sözleşmesi adını istisna sözleşmesine vermek, fikir ve san'at eserleri hukukundaki eser kavramıyla bir ilişkisinin olduğu şüphesini uyandırmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde istisna sözleşmesinin karşılığı olan “contract d'entreprise” deyimi, taahhüt akdi veya girişim sözleşmesi anlamına gelir. Ancak, taahhüt teriminin istisna sözleşmesi yerine kullanılması borç işleri için kullanılan taahhüt işleri karışıklığa sebebiyet verebilir. Bu sebeple, bazı yazarlar istisna sözleşmesi terimini kullanmaktadırlar. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 1-2; Baygın, 3; Tandoğan, İstisna Akdi, 311; Karataş, 25 vd.; Akbulut, 14; Erdoğan, 135. Biz de gerekçelerini haklı bulduğumuzdan, hakim görüşe katılmayı uygun bulmaktayız.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin aslî edim borcu, bir inşa eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmektir. Buna karşılık inşaat sahibi, müteahhide bir ücret ödemeyi taahhüt eder. Bu durum, inşaat sözleşmesinin iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ortaya koyar. İvaz, taraflarca belirlenen ve inşaat sahibi tarafından ödenmesi gereken ücretle yerine getirilir². Ancak, inşaat sözleşmesinin kurulması aşamasında ücretin belirli veya belirlenebilir olması gerekmez³. Taraflar arasında, bu konuda bir anlaşma yapılmamış olabilir. Böyle bir halde ücret, Türk hukukunda BK. m. 366 uyarınca işin değeri ve müteahhidin yaptığı masraflar göz önüne alınarak tayin edilir⁴.

İnşaat sözleşmesinin bir türü olan “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*”⁵, müteahhidin eseri meydana getirme borcu karşılığında inşaat sahibi, ücret (para) yerine müteahhide belirli bir arsa payı devretmeyi taahhüt eder. Böylece burada bir aynî ifadan söz etmek mümkündür⁶. Bu sebeple, “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*”nde arsa sahibi, müteahhidin arsa üzerine yapacağı inşaattın belirli bağımsız bölümlerinin teslimi borcu karşılığında, üzerine inşaat yapılan arsasının belirli paylarının mülkiyetini müteahhide devretme borcunu yüklenir⁷. Bu ise, aynı zamanda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sebebini de teşkil etmektedir⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği itibarıyla karma bir sözleşmedir. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin unsurlarını, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirerek kurulurlar⁹. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine, taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin hükümler yanında istisna sözleşmesine ait hükümler de uygulanır¹⁰. Görüldüğü gibi, adı geçen sözleşmede, kanunda düzenlenmiş iki sözleşmenin unsurları kanunun öngörmediği bir şekilde bir

² Kaplan, Mimarlık, 125; Kaplan, Eser, 5.

³ Kaplan, Mimarlık, 128.

⁴ Aral, Borçlar, 382; Zevkliler, 327.

⁵ Doktrinde bu kavram için “*arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi*” ve “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” deyimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Tandoğan, Arsa Payı, 111; Erman, Düşünce, 209; Kaya, 5; Ayazlı, 43; Kostakoğlu, Kat Yapımı, 925; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 73. Bunlardan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” deyiminin kurumu daha iyi ifade ettiğine inandığımız için böyle deyim tercih etmekteyiz. Aynı görüş için bkz. Erman, Arsa Payı, 1 vd.; Arıdemir, 449.

⁶ Kartal, İnşaat, 20; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 73.

⁷ Erman, Arsa Payı, 1; Arıdemir, 449; Ayazlı, 43; Kaya, 5.

⁸ Erman, Arsa Payı, 2; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 73.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, Borçlar, 52 vd.; Kurşat, 752.

¹⁰ Yargıtay kararlarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “çift tipli karma sözleşme” olarak nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, Arsa Payı, 4; Erman, Düşünce, 211 vd.; Kartal, Arsa Payı, 329; Akyol, Borçlar, 65.

araya getirilmiştir. Sözleşmede inşaat sahibi, aralarında kararlaştırdıkları belirli arsa payını müteahhide devretmektedir ki, bu taşınmaz satım sözleşmesinin bir unsurunu oluşturmaktadır. Diğer taraftan müteahhidin, sözleşme hükümlerine dayanarak inşaatı tamamlayıp, belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesi istisna sözleşmesine ait bir unsurdur¹¹.

Irak hukukunda da inşaat sözleşmesi, ne Irak Medenî Kanun'da ne de Irak İnşaat Mühendisliği İnşaat İşleri Genel Şartnamesi'nde tanımlanmıştır. Ancak Irak ve diğer Arap ülkeleri hukuk düzenlerinde, inşaat sözleşmesi, istisna sözleşmesinin bir uygulama şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, adı geçen hukuk sistemlerinde, inşaat sözleşmesinin istisna sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹². Adı geçen hukuk sistemlerinde istisna sözleşmesine “*akd el mukavele*” adı verilmektedir¹³. Arapça “*akd el mukavele*” deyimini Fransızca'daki “*contrat d'entrepise*” kavramıyla aynı anlamdadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu kavram Türkçe'de taahhüt veya girişim anlamına gelmektedir. Ancak biz burada “*akd el mukavele*” kavramına Türk hukukunda olduğu gibi istisna sözleşmesi adı verilmesini uygun bulmaktayız.

IMK. m. 864'de istisna sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*İstisna bir sözleşmedir ki onunla taraflardan biri bir şeyin imalini veya bir iş görmeyi bir ücret karşılığında karşı tarafa taahhüt eder*”¹⁴.

İstisna sözleşmesi Ürdün Medenî Kanunu m. 780'de şöyle tanımlanmaktadır: “*İstisna bir sözleşmedir ki, onunla taraflardan biri bir şeyin imalini veya bir işin görülmesini bir bedel karşılığında diğer tarafa taahhüt eder*”. Buna karşılık, Lübnan Borçlar ve Sözleşmeler Kanunu m. 624/II'de ise, istisna sözleşmesi; “*İstisna bir sözleşmedir ki, onunla birisi belirli bir işi, uygun bir bedel karşılığında görür*”

¹¹ Erman, Arsa Payı, 5.

¹² Mursî, 480; el-Kaşîni, 19; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 7; Servet, c.1, 20-21; el-Fazlî, 380; Irak Temyiz Mahkemesi, T. 14.5.1991, K. 674/Medeniye Ule/90 (Karar için bkz. el-Meşhadanî, 205-206 vd.).

¹³ Mukavele Türkçe'deki sözleşme anlamında kullanılmamaktadır. Bu doğrultuda Mecelle'de de istisna sözleşmesine “mukavele akdi” adı verilmiştir. Gerçekten de, Mecelle m. 124'e göre, “istisna, bir şeyi yapmak üzere ehli sanat ile akdi mukavele etmektir ki yapana sanî, yaptırana müstanî ve yapılan şeye de masnû denilir”. Geniş bilgi için bkz. Akgün, 959.

¹⁴ Bu madde hükmü MMK. m. 646, SMK. m. 612 ve LMK. m. 645'te benzer şekilde yer almaktadır.

şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, çeşitli hukuk sistemlerinde verilen tanımlar içerik itibarıyla hemen hemen birbirinin aynısıdır¹⁵.

Arap ülkeleri hukuk sistemlerinde istisna sözleşmesinin tanımı kanunkoyucu tarafından yapıldığı için, doktrinde bu sözleşmenin tanımına pek rastlanılmamaktadır. Buna karşılık bazı yazarlar, istisna sözleşmesinin şu şekilde tanımlanmasını savunmaktadırlar. “*İstisna bir sözleşmedir ki, onunla, birisi belli bir işi başkasının hesabına ve onun gözetim ve idaresi altında olmaksızın yapmayı taahhüt eder*”¹⁶. Bu tanımda, istisna sözleşmesinde müteahhidin iş sahibinden bağımsız olarak çalıştığı özelliği ön plâna çıkarmakta ve vurgulanmaktadır¹⁷.

Yukarıda verilen tanımlardan ve özellikle Irak Medenî Kanununda yer alan tanımdan da anlaşılıyor ki, inşaat sözleşmesi iki şekilde ortaya çıkar. Birincisinde müteahhidin inşa etmeyi taahhüt ettiği inşaatın malzemesi inşaat sahibi tarafından sağlanır; ikincisinde ise, inşaatta kullanılan malzeme bizzat müteahhit tarafından karşılanır (IMK. m. 865/I ve II)¹⁸.

İnşaat sözleşmesinin konusuna köprüler, barajlar, büyük depolar gibi büyük inşaatlar da girebilir. Bu açıdan Mısır Medenî Kanunu Ön Tasarısı m. 865’te inşaat sözleşmesine konu olan inşaatların hacmi açısından bir ayırım yapılmaktaydı. Söz konusu maddeye göre, inşaat sözleşmesinin konusu, küçük inşaat, büyük inşaat, veya kamu kurumlarına ilişkin inşaatlar olabilirdi. Büyük inşaattan maksat, konusu binalar veya diğer sabit yapılar, yahut buna benzer yer üzerinde kaim (kurulan) büyük tesisattır¹⁹.

Irak İnşaat Mühendisliği İnşaat İşleri Genel Şartnamesi inşaat sözleşmesini tanımlamamasına rağmen, “*tanımlar*” başlığını taşıyan m.1//h inşaat işlerini şu şekilde tanımlamaktadır. “*İnşaat işlerinden maksat, inşaat sözleşmesine göre yerine*

¹⁵ Bu tanımlar sayesinde söz konusu kanunlarda, bir taraftan istisna sözleşmesi, diğer taraftan kira sözleşmesi arasında ayırım yapmak kolaylaşmıştır. Zira bu hukuk sistemlerinin genel olarak tarihi kaynağı Fransız Medenî Kanunudur. Fransız eski Medenî Kanunu, Napolyon Kanunu ve Mısır eski Medenî Kanunu istisna , hizmet ve kira sözleşmeleri birbirine karıştırılmıştı. Bu sebeple söz konusu sözleşmelerin tamamı kira sözleşmesi çatısı altında toplamıştı. Buna göre kira sözleşmesine eşya kirası, hizmet sözleşmesine şahıs kirası ve istisna sözleşmesine imalatçı kirası adı verilmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Senhurî, el-Ukud, 6-7.

¹⁶ Şeneb, 11; Mursî, 471.

¹⁷ Şeneb 12; Mursî, 471.

¹⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 32.

¹⁹ Ancak bu madde hükmü, Değerlendirme Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkarılmıştır. Geniş bilgi için bkz. el-Senhurî, el-Ukud 32; Yunus, 22.

getirilmesi gereken tüm işlerdir. Bu da duruma göre plânlama, inşa, teçhiz, dikme, çalıştırma, bakımı da kapsar”.

Yukarıdaki açıklamalara dayanarak, Türk ve Irak hukuku açısından inşaat sözleşmesini aşağıdaki şekilde tanımlamak mümkündür. “İnşaat sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla taraflardan biri (müteahhit) bir bedel karşılığında, rizikosu kendisine ait olmak üzere inşaatın (yapının) tamamını veya bir kısmını inşa (inşa eseri meydana getirme) ve teslim etmeyi diğer tarafa (inşaat sahibine) taahhüt eder”²⁰. Bundan böyle inşaat sözleşmesini ifade için farklı kavramlar kullanılmış olsa da, bunlardan amaç; burada tanımını verdiğimiz sözleşmeyi ifade etmektedir.

Sonuç olarak denilebilir ki, Türk hukuku ve Irak hukukundaki inşaat sözleşmesi tanımları arasında içerik bakımından fazla bir fark bulunmamaktadır. Zira her iki hukukta da inşaat sözleşmesi niteliği itibarıyla bir istisna sözleşmesidir. Bu sebeple, Türk ve Irak hukukunda inşaat sözleşmesinin unsurları ve tarafların (müteahhit ile inşaat sahibi) yüklendikleri edimler de hemen hemen aynıdır. Başka bir deyişle, her iki hukuk açısından da müteahhidin borçlandığı aslî edim, inşaat sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret mukabilinde bir inşa eseri meydana getirip inşaat sahibine teslim etmektir.

II. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

Yukarıdaki tanım ve açıklamalardan inşaat sözleşmesinin üç unsurdan oluştuğu anlaşılmaktadır. Bunlar bir inşa eseri meydana getirme, ücret unsuru ve tarafların anlaşmasıdır.

A. Bir inşa eseri meydana getirme (İnşaatı yapma borcu)

Bir inşa eserini meydana getirme inşaat sözleşmesinin en önemli unsurlarındandır. Bu sözleşmede taraflardan biri olan müteahhit, iş sahibine karşı bir inşa eserini meydana getirmeyi borçlanır. TBK. 355’ göre “müteahhit... bir şey imalini iltizam eder”. Keza İMK. m. 864. “...taraflardan biri (müteahhit) bir şeyin imalini ...taahhüt eder”. İnşaat sözleşmesinde müteahhidin aslî edimlerinden biri inşaatın tamamını veya bir kısmını inşa etmektir. İnşaat sözleşmesinin istisna sözleşmesi niteliğinde olması dolayısıyla müteahhit hem bir iş görmeyi hem de bir

²⁰ Tanım için bkz. Seliçi, İnşaat, 4-5; Baygın, 4-5.

sonucu borçlanır. Başka bir deyişle müteahhit iş görme sonucunda ortaya çıkan sonucu (*Arbeitserfolg*) (*obligation de résultat*) taahhüt eder. Böylece, bu edim borcu bir edim fiilî olmayıp bir edim sonucu veya bir sonuç borcudur. Bu sebeple, müteahhidin borcunu ifa etmiş sayılabilmesi için, taahhüt ettiği sonucu meydana getirmeye yönelik faaliyetlerde bulunması yeterli olmayıp, ayrıca taahhüt ettiği sonucu meydana getirmesi de gerekir. Çünkü onun borcu, vekilin borcundan farklı olarak, sonuç sorumluluğudur (*Erfolgshaftung*). Müteahhit inşa eserini meydana getirmezse, borcunu ifa etmemiş sayılır. Ancak sonuç borcunun bir kısmını yerine getirip, bir kısmını yerine getirmemesi halinde kötü ifa söz konusu olur²¹.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, inşa eseri ve meydana getirme kavramlarını sırayla ele almak gerekir.

1) İnşa eseri kavramı

İnşaat sözleşmesinde müteahhit tarafından meydana getirilecek eserin maddî (cismanî) olması gerektiği hususunda, Türk ve Irak hukukunda görüş birliği vardır²². Ancak, istisna sözleşmesinde durum farklıdır. Bugün Türk hukukunda hakim görüşe göre, maddî varlığa sahip eserlerle birlikte, maddî varlığa sahip olmayan hizmet edimleri de, istisna sözleşmesine konu olabilir²³.

Irak hukukunda da istisna sözleşmesinin sadece maddî varlığa sahip eserleri değil, aynı zamanda maddî varlığa sahip olamayan eseleri de kapsadığı hakim doktrinde kabul edilmektedir. Çünkü, Irak Medenî Kanunu bu iki tip eserin de istisna sözleşmesi konusu olabileceğini açıkça belirtmiştir. Gerçekten de, IMK. m. 864'de “*istisna sözleşmesi bir sözleşmesidir ki, onunla taraflardan biri bir şeyin imalini veya bir iş görmeyi bir ücret karşılığında karşı tarafa taahhüt eder*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, müteahhit, sadece bir iş görmeyi değil, hizmet edimlerinin sonucunu da taahhüt edebilir. Meselâ, bilgisayar programının

²¹ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 12-13; Artukmaç, 13-15; Karahasan, Borçlar Özel, 67.

²² 1880 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu yürürlükteyken ve bunu izleyen 1912'deki değişikliği ilk zamanlarda istisna sözleşmesinde eserin mutlaka maddî (cismanî) varlığı olan ve devir ve teslimi mümkün olan bir insan emeği olması görüşü hakimdi. Tandoğan, İstisna Akdi, 313. Bu sebeple maddî varlığı olmayan eserler, meselâ bu sanatçının konser vermeyi taahhüt etmesi istisna sözleşmesine konu olmuyordu. Ancak daha sonra eser kavramı genişletilmiş ve buna göre insan emeği ürünü ve maddî varlığını devamlı bir şekilde göstermesi şartıyla maddî olmayan şeyleri eser kavramı kapsamına alınmıştır. Fikrî çalışma ürünleri dahi, eser kavramı içine dahil edilmiştir. Böylece bugün için, bir kitabın yazılması bir tablonun çizilmesi, bir film için senaryo hazırlama vs. istisna sözleşmesine konu olabilir. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, İstisna Akdi, 313 vd.

hazırlanması, inşaat projesinin çizilmesi vs. gibi işler de eser sözleşmesinin konusu olarak taahhüt edilebilir. Görülüyor ki, eser kavramı istisna sözleşmesinde, bunun çeşidi ve bir uygulama şekli olan inşaat sözleşmesindeki eser deyiminden daha geniş kapsamlıdır. Çünkü, inşaat sözleşmesinde eserin (inşa eseri) maddî varlığa sahip olması gerekmektedir. Böylece maddî varlığı olmayan manevî bir emek ürünü olan eser inşa eseri olarak değerlendirilemez²⁴.

Bina kavramı ile inşa eseri kavramları, geçmişte eş anlamlı olarak kullanılmaktaydı. Ancak, inşa eseri kavramı bina kavramına göre daha kapsamlı ve geniş olduğundan, günümüzde bu eğilimden vazgeçilmiştir²⁵. Doktrin ve uygulamada hakim görüşe göre, bina “*insanların veya hayvanların barınmasına, girip çıkmasına ya da diğer ekonomik ihtiyaçlarına hizmet eden ve yapay, çevreleri, duvar ve benzeri şeylerle ortaya çıkarılan, üstü az çok örtülü olan yerlerdir*”²⁶. Bu tanımda da görüldüğü gibi bina, inşa eserinin bir alt türüdür. Zira bina olmayan pek çok inşa eseri vardır. Bunlara köprüler, oto yollar vs. misal olarak gösterilebilir. Binanın hangi maddelerden yapıldığı, toprakla bağlantılarının nasıl ve ne şekilde sağlandığı önemli değildir²⁷. Bina ile inşa eseri arasındaki en önemli ortak nokta, her ikisinin de insan tarafından yapılmasıdır. Yukarıda verilen tanıma göre, bina toprağın üstünde inşa edilmiş olabileceği gibi, altında da inşa edilmiş olabilir. Buradan taşınır inşaatın bina kavramı içine sokulamayacağı sonucu çıkarılabilir²⁸.

Türk hukukunda bina ve inşa eseri malikinin sorumluluğu TBK. m. 58 ve TMK. m. 730²⁹’da düzenlemiştir³⁰. TBK .m. 58’deki bina kavramı, Türk Medenî Hukuku’ndaki inşa eseri kavramının temelini teşkil etmektedir. Bu yüzden inşa

²³ Aral, Borçlar, 328; Bilge, 245.

²⁴ Eren, İnşaat, 53.

²⁵ Erten, İnşa Eseri, 90.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, İnşa Eseri, 92; Tandoğan, Sorumluluk, 169; Oğuzman/Öz, 594; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; 518; Edis, Taşınmaz, 294-295; Koç, 59 vd.

²⁷ Erten, İnşa Eseri, 92. Otel, ev ahır, apartman, ambar, depo, ambar vs. binalara misal olarak gösterilebilir. Tandoğan, Sorumluluk, 170.

²⁸ Erten, İnşa Eseri, 93; Oğuzman/Öz, 594.

²⁹ TMK. m. 730’da taşınmaz malikinin sorumluluğu başlığı altında, bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını yasal sınırlamalara aykırı kullanması halinde sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sebeple söz konusu hükmün çalışma konumuzla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Taşınmaz malikinin sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, Jale; Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri, İstanbul 1955; Çörtoğlu, Sahir; Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988, 1 vd.

³⁰ TBK. m. 58’e göre “*Bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasında yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mes’uldür.*

Bu cihetten dolayı kendisine karşı mesul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı mahfuzdur”.

eserinin kavramının tanımını bina kavramına dayanarak yapılmaktadır³¹. Doktrinde hakim görüş ise, “inşa eserleri sabit, toprakla doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlılığı olan ve insan eliyle getirilmiş veya düzenlenmiş olan şeylerdir” tanımını tercih etmektedir³². Bu tanımda da görüldüğü gibi, inşa eseri iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi sabitlik ve toprağa bağlılık, ikincisi ise, inşa eserinin insan tarafından yapılmış veya düzenlenmiş olmasıdır.

Irak hukukunda, bina ve inşa eseri malikinin sorumluluğu IMK. m. 229 düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “bir bina yıkılsa ve başkasına zarar verse, bina yıkılmak üzere yan yatmışsa veya ayıptan dolayı bina yıkıldıysa ve sahibi de yan yatmaya veya ayıba karşı uyarılmış ise veya kendisi binanın bu durumda olduğunu biliyor veya bilmesi gerekli ise, bu yüzden doğan zararı tazmin etmek zorundadır”³³.

Mısır Medenî Kanunu ise, bina ve inşa eseri malikinin sorumluluğu konusunda, CC. Art. 1386’yı esas almıştır. CC. m. 1386’ye göre “bakım eksikliği veya binadaki bozukluktan dolayı bina yıkılırsa, bina maliki bu binanın yıkılmasından doğan zararlardan sorumlu tutulur.”³⁴. MMK. m. 177/I’e göre “binanın muhafızı (haris el binai), maliki olmasa dahi, binanın yıkılmasından doğan zararlardan, binanın yıkılması cüz’i bile olsa, bu olayın bakımdaki ihmal veya binanın eksikliğinden ya da bozukluğundan kaynaklanmadığını ispatlamadıkça sorumlu tutulur”. Görülüyor ki, Mısır Medenî Kanunu, Fransız, Irak ve Türk Medenî Kanunlarının aksine, bina ve inşa eseri sorumluluğunda malik terimi yerine muhafız terimini kullanmıştır³⁵.

³¹ Erten, İnşa Eseri, 94-95.

³² Bkz. Erten, İnşa Eseri, 105; ayrıca bkz. Akman, 25 vd. İnşa eserini TBK. m. 58’ göre tanımlaması gerek doktrin gerekse uygulamada fikir ayrılığına sebep olmuştur.

³³ Irak Medenî Kanunu’nun bu hükmü İslâm fihından alınmıştır. Bkz. el-Hekim, Masadır, 598; Taha, 431 el-Zenun ise, bu maddedeki sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olduğun ileri sürmektedir. el-Zenun, el-Mesuliye, 30.

³⁴ CC. Art. 1386 “Le propriétaire d’un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu’elle est arrivée par une suite du défaut d’entretien ou par l’evence de sa construction=Der Eigentümer eines Gebäudes ist für den Schaden verantwortlich, der durch diesen Einsturz verursacht wird, wenn dieser infolge eines Mangels der Unterhaltung oder eines Fehlers der Bauart eingetreten ist”. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Heinsheimer/Wolff/Kaden/Merk, 457 vd.

³⁵ Mısır kanunkoyucusu CC. m. 1386’daki “gadre” deyimini binanın malik olarak değil, binanın muhafızı (MMK. m. 177/I’deki deyimle hâris el binai) olarak ele almıştır. Bunun sebebi ise, Mısır kanunkoyucusu binanın maliki veya maliki olmayan vasıtasız zilyedi sorumlu tutmak istemesidir. Mısır Kongresindeki Medenî Kanun Komisyonu muhafız kavramı yerine malik kavramının kullanılmasını önermiştir. Ancak gözden geçirme komisyonu bu öneriyi kabul etmemiştir. Mısır Medenî Kanunun da muhafız kavramının malik kavramından daha geniş olduğu için benimsemiştir. Ayrıca bu kavramın kabul edilmesinin başka bir sebebi de bunun Fransızca’daki koruma, gözetme, bakım, muhafaza, anlamına gelen “Garde” teriminin karşılığını teşkil etmesidir. el-Senhurî, el-İltizam, 1209; Taha, 377 vd.

Muhafız teriminden binayı fiilen kullanan ve ondan bir şekilde yararlananları anlamak gerekir.

Irak ve Mısır hukukunda “*inşa eseri, inşaat malzemeleri kullanılarak, insan eliyle sabit ve toprağa bağlı bir şekilde bir eser meydana getirmek*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁶. Bu inşa eseri yer üstünde (meselâ ev, ahır, depo köprü) olabileceği gibi, yer altında da (meselâ kanalizasyon, sığınak, yeraltı şehri, tüneller, yiyeceklerin uzun süre saklandığı buzhaneler vs.) olabilir³⁷.

İnşaat veya inşa eseri kavramı³⁸ TBK. m. 58’de düzenlenen “*bina ve diğer inşa eseri*” kavramlarında çok daha geniştir. Böylece “*bina ve diğer inşa eseri*” kavramları “*inşaat*” veya “*inşa eseri*” kavramı içinde yer almaktadır. Zaten TBK. m. 58’de bina ve bina dışında kalan diğer inşa eserlerini malikin sorumluluğu açısından ele almaktadır³⁹. Aynı şey Irak hukukunda bina ve inşa malikinin sorumluluğunu düzenleyen İMK. m. 229 için de geçerlidir.

Doktrinde bir görüşe göre, inşa eserini “*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi cansızların saklanmasına yarayan, etraf üstü çok kapalı, insan emeğiyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁰. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu tanım, Irak hukukunda verilen tanımla birlikte göz önünde bulundurulduğunda, inşa eserinin iki unsurdan oluştuğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi sabitlik ve toprağa bağlılık, ikincisi ise insan eliyle yapılmasıdır.

a) Sabitlik ve toprağa bağlılık

Sabitlik ve toprağa bağlılık, bir şeyin inşa eseri sayılmasında en önemli unsurdur. Sabitlik, toprağa doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bağlı olmayı ifade eder. Bu unsur, otomobil gibi taşınır eserleri inşa eseri dışında bırakır. Sabitlik demek, eserin sürekli toprağa bağlı olması değildir. Toprağa bağlılık geçici de

³⁶ el-Hekim, Masadır, 594 –595; el-Senhurî, el-İltizam, 1213.

³⁷ el-Hekim, Masadır, 594 –595; el-Senhurî, el-İltizam, 1213.

³⁸ Eren’e göre inşaat sözleşmesinin konusu inşaattır. İnşaattan amaç, her türlü “*inşa eseri*”, “*yapı eseri*”, “*inşaat*”, “*yapı*”, gibi kavram ve sözcükler, eş anlamlı olup, biri diğeri yerine kullanılabilen sözcüklerdir. Eren, İnşaat, 53.

³⁹ Eren, İnşaat, 55; Akman, İnşaat, 28 vd.

⁴⁰ Eren, İnşaat, 55; Tandoğan, 186.

olabilir⁴¹. Nitekim taşınır inşaatta toprağa bağıllık geçicidir. Öte yandan otomobil, gemi⁴² uçak gibi hareketli şeyler sabit ve toprağa bağılı olmadıklarından inşa eseri değildir.

b) İnsan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olması

İnşa eserinin ikinci unsuru insan eliyle yapılmış olmasıdır. İnsan ya yeni bir eser meydana getirir veya mevcut bir eser üzerinde değişiklik yaparak onu başka şekle sokar.

İnşa eseri insan tarafından meydana getirildiği için, hayvanlar tarafından yapılmış yuva, in vs. yerler inşa eseri kavramı içine girmez. Keza oyuklar, dehlizler, su yatakları, kayalar, buzullar⁴³, dağlar gibi, tabii şeyler insan tarafından yapılmadığı için, inşa eseri kavramı dışında kalır. Buna göre, inşa eseri insan tarafından yapılan, dikilen, belli bir şekil verilen şeylerdir. Ancak, insan tabii şeylere belli bir şekil verdiği yahut bunları düzelttiği takdirde bir inşa eserinden söz etmek mümkündür. Meselâ deniz kenarlarında düzenlemeler yaparak oraları plaj haline sokmak, ormanın belli yerlerinde bulunan ağaçları keserek bir turistik tesis yapmak bir inşa eseri meydana getirmektir⁴⁴.

İnşaat sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz inşa eseri oluşturur. Ancak taşınır inşa eseri de mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak şartıyla inşaat sözleşmesinin konusu olabilir. Bu durumda, inşa eseri kavramı içine mütemmim cüzler (bütünleyici parça) ile teferruat (eklentiler) da girmektedir. Buna göre koridor, ışık tesisatı, merdivenler, gömülmüş borular veya tesis edilmiş makineler inşa eseri kavramı içinde yer almaktadır. Mütemmim cüzler ve teferruatın inşa eseri kavramı içine dahil olabilmesi veya bunların tek başlarına inşa eseri sayılabilmeleri, asıl şeyle (asıl inşa

⁴¹ Sabitlik unsuru yönünden bazı nesnelerin inşa eseri kavramına girmesi şüphelidir. Ancak bunların inşa eseriyle birlikte maddî veya işlevsel yönden bir bütünlük arz edecek bir şekilde bir araya gelmesi söz konusu şüpheleri ortadan kaldırmaktadır. Meselâ asansör kabinin hareketli olmasıyla birlikte asansör tesisatı işlevsel açıdan binanın bir parçası olduğundan, sabit olmasında durum böyledir. Böylece toprağa bağıllık unsuru yönünden asansör binanın bir parçası olarak ve bütün makine ve diğer aksamlarıyla bir bütün oluşturarak, inşa eseri olarak sayılması gerekir. Burada hareket eden asansör kabini tek başına hakim unsur değildir. Keza bir binaya bağlanmış olmakla birlikte, bina yüzünde özellikle duvarlarında hareket eden merdivenler de inşa eseri olarak kabul edilir. Eren, Borçlar, 614; Kılıçoğlu, 224. Aksi görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 518-519.

⁴² Gemi, niteliği itibarıyla taşınır olduğu halde, Türk İcra ve İflâs Kanunu açısından (m. 23/son) ve Türk Ticaret Kanunu'nda bazı açılardan taşınmaz hükümlerine tâbi tutulmuştur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kalpsüz, 12 vd.; Oğuzman/Seliçi, 271.

⁴³ Kanımızca, her ne kadar, bazı ülkelerde kış aylarında yapılan buzdan ev, heykel, otel, mağara vs. şeyler, insan emeği harcanarak meydana getirilmiş olsa da, bunlar süreklilik arz edemediği için inşa eseri sayılmazlar.

eseriyle) maddî yahut işlevsel yönden bir bütünlük içinde bulunmalarına bağlıdır⁴⁵. Bu sebeple, inşa eserinin neleri kapsadığı eşya hukuku kurallarına göre değil, inşa eserinin tahsis amacı ve düzeni göz önüne alınarak belirlenir⁴⁶.

Mütemmim cüzün tek başına inşa eseri sayılıp sayılmayacağı önem taşımaktadır. Merdiven, parmaklıklar, koridorlar vs. gibi mütemmim cüzüler bir inşa eseri olarak kabul edilmektedir. Böylece mütemmim cüz ayıp açısından bir inşa eseri olarak kabul edileceği gibi, mütemmim cüzdeki ayıp asıl şeydeki ayıp olarak nitelendirilebilir⁴⁷.

Teferruat ise, mütemmim cüz gibi tek başına inşa eseri sayılabilir. Teferruattaki ayıp da, asıl şeydeki ayıp olarak kabul edilir. Ancak, teferruatın inşa eseri sayılabilmesi için, asıl şeyle maddî açıdan bağlı olması ve işlevsel yönden de onun bir kısmını teşkil etmesi gerekir⁴⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, teferruatlardan oluşmuş birleşik şeylerin bir bütün olarak inşa eseri kabul etmek isabetli olur. Dolayısıyla, mütemmim cüz veya teferruattaki ayıpların, bizatihi inşa eserindeki ayıp olarak kabul edilmesi hukukî açıdan daha uygundur⁴⁹.

IMK m. 537'ye göre mütemmim cüz "I. Satılmış eşyanın bir parçası hükmünde olan ve satış maksadı bakımından ondan ayrılmayan şeyler... II. Satılmış eşyaya tâbi ve bağlı olan şeyler... III. Örf'e göre eşyaya bağlı olanlar" olarak ayrıntılı şekilde sayılmıştır. Teferruat ise, IMK m. 63'de "taşınmaz mal sahibinin bu taşınmazların kullanılması için, onun hizmetine tahsis ettiği taşınırlar" şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple, Türk hukukunda inşa eseri kavramı açısından mütemmim cüz (*partie intégrante=der Bestandteil*) hususundaki açıklamaların, Irak hukuku için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, aynı şeyi teferruat (*accessoires=destination=Zubehör, Zugehör*) açısından söylemek mümkün değildir. Irak

⁴⁴ Erten, İnşa Eseri, 107; Oğuzman/Öz, 596; Kılıçoğlu, Borçlar, 224.

⁴⁵ Tandoğan, Sorumluluk, 173; Erten, İnşa Eseri, 108; mütemmim cüz ve teferruat hususunda geniş bilgi için bkz. Ünal, Şekli Eşya, 90.

⁴⁶ Mütemmim cüz kavramı, eşya hukuku anlamında bir ilişkinin söz konusu olduğunu gerektirmektedir. Ancak inşa eseri kavramının belirlenmesinde eşya hukukundaki mütemmim cüz esas alınmamaktadır. Zira eşya hukukundaki mütemmim cüz kavramı, mülkiyet ilişkisini düzenlemek için kabul edilmiştir. Buna karşılık, inşa eserinin belirlenmesinde mütemmim cüzün tahsis amacı ve fiili ilişkilere göre belirlenir Erten, İnşa Eseri, 109. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, 595.

⁴⁷ Tandoğan, Sorumluluk, 174.

⁴⁸ Tandoğan, Sorumluluk, 174; Tandoğan Mesuliyet, 190.

⁴⁹ Erten, İnşa Eseri, 111; ayrıca bkz. Tandoğan, Mesuliyet, 190.

hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi hakim görüşe göre teferruat, taşınır niteliğindedir. Bu sebeple, inşaatın teferruatı her zaman bir taşınır eser sayılır⁵⁰

2) Meydana getirme kavramı

İnşaat sözleşmesinde müteahhit bir inşa eserini meydana getirir. Müteahhidin bu borcu aslî borçlarından ilkidir. Meydana getirme, müteahhit tarafından harcanan emek sonucunda bir inşa eserini ortaya çıkarmaktır⁵¹. TBK. m. 355 göre “*müteahhit bir şey imalini borçlanır*”. Bu maddedeki “*şeyin imali*”, inşa eseri meydana getirme anlamına gelmektedir. Bir görüş, Borçlar Kanunu’nda kullanılan “*şeyin imali*” kavramını pek isabetli bulmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre imal, olumlu eylemleri içerir. İnşa eserinin yapılması veya mevcut bir inşa eserinde herhangi bir şekilde değişiklik yapılması ve düzeltilmesi buna misal göstertilebilir. Meydana getirme kavramı ise, yalnız olumlu eylemleri kapsamaz; olumsuz nitelikteki faaliyetleri de içerir. Böylece, bir inşa eserinin ortadan kaldırılması veya tahrip edilmesi de meydana getirme kavramına dahil olup, böyle bir eylem inşaat sözleşmesine konu olabilir. Görüldüğü gibi, meydana getirme unsuruna inşa eserini oluşturacak herhangi bir eylem veya edim girebilir⁵². Irak hukukundaki eğilim de bu yöndedir. Kanımızca bu görüş sağlam gerekçelere dayanmaktadır.

IMK. m. 864’de “*.....tarafından biri (müteahhit) bir şeyin imalinitaahhüt eder.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, inşaat sözleşmesinde müteahhit, tarafların anlaştıkları şekliyle inşa eserini meydana getirmelidir. Müteahhit, bu eseri tarafların kararlaştırdıkları şekil ve nitelikte meydana getirip, teslim etmediği sürece, borcunu ifa etmiş sayılamaz⁵³.

1984 tarihli ve 30 sayılı Irak Ticaret Kanunu, inşaat sözleşmesini, ticarî işler arasında saymıştır. Gerçekten de, ITK.m. 5’te “*aşağıda sayılan işler kâr amacıyla yapıldığında ticarî iştir. Bu işlerde aksi ispat edilmedikçe kâr varsayılır. Söz konusu işler: İnşaat yapımı, onarımı, yıkımı ve bakımudur*”. Söz konusu hükümden de anlaşıldığı gibi, inşaat sözleşmesine, bir yapının yeniden inşa edilmesi konu

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Recep, 100-101.

⁵¹ Altaş, 43; Göktürk, 497; Akyazan, Akitler, 877; Berki, Borçlar Özel, 143-144; Feyzioğlu, 26; Kılıçoğlu, Ayıplı Eser, 12; Uygur, İnşaat, 257.

⁵² Öz, Eser Sözleşmesi, 8-9; Çiğirim, 4-5. Tandoğan ise, imal kavramı yanında ortaya çıkarma kavramını da kullanmıştır. Ancak, burada şunu belirtmek gerekir ki “ortaya çıkarma” kavramıyla meydana getirme kavramları arasında hiçbir fark yoktur.

olabileceği gibi, her türlü inşaatın (otoyol, köprü, barajlar, havaalanları, limanları vs.) genişletilmesi, onarılması, yıkılması da dahil olabilir⁵⁴.

İnşa eserinin meydana getirilmiş sayılabilmesi için, kendine özgü bir şekil alması veya inşa eserini oluşturan asıl maddenin değer taşıyıp taşıyamaması hiçbir önem arz etmez. Burada önemli olan tarafların iradelerine göre, ticarî hayat açısından eskisine göre farklı bir şeyin ortaya çıkmasıdır⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalara göre Türk ve Irak hukukunda inşa eseri meydana getirme değişik şekillerde olabilir. Bunları şöylece sıralamak mümkündür:

a) Yeni bir inşa eseri yapma

İnşaat sözleşmesinde inşa eserinin meydana getirmenin ilk şekli, müteahhidin mevcut olmayan yeni bir inşaatı ilk defa meydana getirmesidir. Bu bakımdan yeni binanın inşası, bir otoyolun yapımı, havaalanı, baraj yapma gibi durumlarda, yeni bir inşa eserinin meydana getirilmesinden söz edilir⁵⁶. Hafriyat ve çukur açma da, yeni inşa eseri meydana getirme kavramına dahildir⁵⁷.

b) Mevcut bir inşa eserinde değişiklik yapma

İnşa eserini meydana getirme kavramına mevcut, yani varolan bir inşaatta değişiklik yapma halleri de dahildir. Mevcut inşattaki değişiklik, daraltma ve küçültme şeklinde olabilir⁵⁸. Evdeki odalardan birini ikiye bölme veya iki oda arasındaki duvarın kaldırılarak birleştirilmesi, tek yönlü yolu iki yönlüye çevirme, veya trafiği rahatlatmak amacıyla iki yönlü yolu tek yöne çevirme, inşaatta değişiklik yapmaya misal olarak gösterilebilir. Keza inşa eserini meydana getirme kavramının kapsamına, bir yapının dış cephesinin yenilenmesi de girer⁵⁹.

c) Mevcut bir inşa eserine ilâve yapma

Mevcut bir inşaata ekleme yapma işi de, inşa eserini meydana getirme kavramı kapsamında yer alır. Mevcut inşaata ilave yapma, inşaatın genişletilmesi veya büyütülmesi şeklinde ortaya çıkar. Bir binayı genişletmek, yandaki arsayı kullanarak

⁵³ Şeneb, 22; Mursî, 482-483.

⁵⁴ Geniş bilgi için bkz. Salih, B, 69; el-Barudî / el-Arinî, 114-115; el-Kaştinî, 27; Akravî, Ukud, 205; Yunus, 22.

⁵⁵ Tandoğan, Borçlar, 23; Altaş, 46, Baygın, 13.

⁵⁶ Eren, İnşaat, 56; Aral, Borçlar, 331, Baygın, 13; Erdoğan, 136.

⁵⁷ Eren, İnşaat, 56.

⁵⁸ Eren, İnşaat, 56; Erdoğan, 136.

⁵⁹ Aral, Borçlar, 332; Bilge, 246.

ek odalar yapma, otoyolu genişletme veya barajın kapasitesini artırma amacıyla yeni set ilave etme ya da gövde yüksekliğinin artırılması şeklinde olabilir⁶⁰.

d) Mevcut bir inşa eserini onarma

Mevcut bir inşaatı onarma, binanın her hangi bir kısmının tamiri, apartmanın boyanması, yeniden sıva yapılması, telefe uğrayan kısımlarının yeniden yapılması, çatıdaki eskimiş kiremitlerin değiştirilmesi, binadaki bozulan asansörün veya merdivenlerin tamiri şeklinde ortaya çıkabilir⁶¹.

e) Mevcut bir inşa eserini yıkma

Mevcut olan bir inşa eserini yıkma, yani ortadan kaldırma da inşa eseri meydan getirme kavramı içinde yer almaktadır. Bu sebeple eski bir apartmanın veya herhangi bir binanın yıktırılması da inşaat sözleşmesine konu olabilir⁶². Meselâ, 1999 Marmara Depreminde ağır hasar gören binaların yıkılması için yerli veya yabancı firmalarla yapılan sözleşmelerin konusu, bu şekilde hasar görmüş binaların yıkılmasıdır.

B. Ücret unsuru

İnşaat sözleşmesi, istisna sözleşmesi niteliğinde olduğu için inşaat sahibi, müteahhide inşa eseri meydana getirmesi karşılığında, bir ücret ödemeyi taahhüt eder. Ücret ödeme vaadi, inşaat sözleşmesini oluşturan asli yükümlülüklerden biridir⁶³. Çünkü, inşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Buna göre, harcanan emek ve meydana getirilen inşa eseri sonucunun karşılığında, bir ivaz taahhüt edilmelidir. İnşaat sözleşmesinde bir ivaz söz konusu olmadığı hallerde, hakim görüşe göre, vekâlet sözleşmesi söz konusu olur⁶⁴. Buna karşılık İsviçre hukukunda bir görüşe göre⁶⁵, inşa eserinin ücretsiz olarak meydana getirilmesinin borçlanıldığı

⁶⁰ Eren, İnşaat, 56.

⁶¹ Aral, Borçlar, 332; Bilge, 246; Yavuz. Borçlar, 450.

⁶² Eren, İnşaat, 56.

⁶³ Aral, Borçlar, 332; Zevkliler, 327; Erdoğan, 136; Uygur, İnşaat 43; Kılıçoğlu, Ayrıplı Eser, 12.

⁶⁴ Tandoğan, İstisna Akdi, 321; Erdoğan, 136; Erman, Beklenilmeyen Haller, 18-19.

⁶⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 24. Baygın da bu görüşü savunmaktadır. Yazara göre, eseri ücretsiz olarak meydana getirme halinde bir vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Ücretsiz olarak eseri meydana getirmeyi taahhüt eden sözleşmenin doktrindeki hakim görüş göre, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin en büyük sebebi, iş görme sözleşmelerinin sınırlı sayıda olması ve bu sınırlı sayı içine giremeyen sözleşmelerin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca taraflar istedikleri ve diledikleri biçimde isimsiz sözleşme meydana getiremezler. TBK. m. 386/II 'ye göre "diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi vekâlet hükümleri cari olur". Yazara göre bu maddedeki hüküm iş görme sözleşmelerinde "sınırlı sayı (numerus clausus)" zorunlu olarak uygulanmasını gerektirmemektedir.

sözleşmelerinde, istisna sözleşmesi benzeri, kendisine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir.

İnşaat sözleşmesinde taraflar, ücret konusunda açıkça veya örtülü olarak anlaşmış olabilirler. Kural olarak alışlagelmiş eserlerin meydana getirilmesine ilişkin inşaat sözleşmelerinde, ücret örtülü olarak kararlaştırılır. Başka bir deyişle, burada ücretin örtülü olarak kararlaştırıldığı fiilî bir karine olarak kabul edilebilir⁶⁶. Ücretin örtülü olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının belirlenmesi için, tarafların amacı ve meydana getirilen eserin çeşidi de dikkate alınmalıdır⁶⁷.

İnşaat sözleşmesinde tarafların ücreti açıkça tayin etmelerine gerek olmayıp, örtülü olarak da belirleyebilecekleri gibi, ücret miktarının önceden de belirlenmesi veya belirlenebilir olması da gerekli olmayıp, inşaat sahibinin ücreti ödeme taahhüdünde bulunması yeterlidir. Çünkü, ücret, inşaat sözleşmesinin kurulması için gerekli olan objektif esaslı unsurlarından değildir⁶⁸. Ancak taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında, meblağ üzerinde anlaşmalarını ve bu noktayı ileride tayin etmeleri hususunda da uyuşmamış olabilirler. Böyle bir halde değişen bir durum ortaya çıkar. Çünkü bu durumda sözleşme kurulmuş olmaz. Bu sebeple burada bir boşluktan söz edilmediğinden, TBK. m. 366 uygulanmaz⁶⁹.

Kanunkoyucu TBK. m. 366'da düzenleyici bir hukuk kuralı getirmiştir. Bu maddeye göre, “*Evvelce kararlaştırılmamış veya takribî bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidinin masraflarına göre tâyin edilir*”. Bu madde hükmü uyarınca, tarafların açıkça kararlaştırmadığı hallerde ücret, yapılan şeyin değeri ve müteahhidin masrafları göz önünde tutularak belirlenir. Keza bu maddenin getirdiği kıstas yaklaşık ücretin belirlenmesinde de uygulanır. Doktrinde, TBK. m. 366'da geçen “*yapılan şeyin kıymeti*” ifadesinin kaynak İBK. m. 374'deki

Başka bir deyişle, TBK. m. 386/II'ni şu şekilde anlamak gerekir “*somut olayda yorum yoluyla, isimsiz bir iş görme sözleşmesinden doğan bir ihtilâfın hangi sözleşme türüne ait kural olarak çözüleceği tespit edilmiyorsa vekâlete ilişkin kurallardan yararlanabilir*”. Bu sebeple, ücretsiz olarak eseri meydana getirme ve bu sözleşmenin ivazsız olduğu için istisna sözleşmesi olarak sayılmadığı için, bunu doğrudan doğruya bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Yukarıda açıklanan sebeplerle, ücretsiz olarak eseri meydana getirme taahhüdünü, istisna sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşme olarak kabul etmek gerekir. Bu görüş sözleşmenin yapısına en uygun hükümleri veya kural yaratma yoluyla uygulama imkânı da vermektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Baygın, 14-15. Biz de haklı gerekçelere dayandığımıza inandığımız bu görüşe katılmaktayız.

⁶⁶ Tandoğan, Borçlar, 24; Baygın, 14; Aral, Borçlar, 332; Yavuz, Borçlar, 450.

⁶⁷ Baygın, 14, Altaş, 44; Tandoğan, Borçlar, 24.

⁶⁸ Baygın, 15; Aral, Borçlar, 333.

⁶⁹ Baygın, 15.

"*çalışmanın (işin) değeri (Wertes der Arbeit=valeur du travail)*" şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürülmektedir⁷⁰. Yapılan iş türü için meslekî birlik veya toplulukların belirledikleri bir ücret tarifesi varsa, ücretin tayininde TBK. m. 366'ya göre bu ücret tarifesi dikkate alınır⁷¹. Söz konusu tarifelere, Türk hukukunda Türk Mühendis ve Mimar Birliği tarafında hazırlanmış olan İnşaat Müteahhitliği ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği Tabloları ve Bayındırlık Bakanlığı tarafından yayınlanan birim maliyet listeleri misal olarak gösterilebilir⁷².

İnşaat sahibinin aslî edim borcu olan ücretin para olarak belirlenmesi şarttır⁷³. TBK. m. 83 uyarınca ücret, Türk parası olabileceği gibi, yabancı para da olabilir. Ancak doktrinde, ücret borcu yerine inşaat sahibinin bir inşa eseri meydana getirmeyi taahhüt etmesi durumunda da, trampa sözleşmesinin değil, istisna sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Buna karşılık, inşaat sahibinin ücret borcu yerine başka bir iş görme sözleşmesine konu olan bir edimi taahhüt etmesi halinde, çift tipli bir karma sözleşmenin söz konusu olur⁷⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi buna misal olarak gösterilebilir. Çünkü, adı geçen sözleşmede, inşaat sahibi müteahhide inşa eseri karşılığında, belli arsa payının mülkiyetini devretmektedir⁷⁶.

İnşaat sözleşmesinin, istisna sözleşmesi niteliğinde olması, ücretin hesaplanmış tarzının belirlenmesinde önem arz etmez. Gerçekten de inşaat sözleşmesinde ücret, götürü olarak belirlenebileceği gibi, çeşitli işler ve masraflar çalışma günlerine veya saatlerine, ölçü ya da ağırlığına göre veyahut parça başına birim fiyatlar üzerinden de belirlenebilir⁷⁷.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin inşa eserini meydana getirme borcunu ifa etmek için hazırladığı plân ve projelere yaptığı masrafların, aralarında

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, Borçlar, 388; Kaplan, Ücret, 142; Zevkliler, 327; Yavuz, Borçlar, 450.

⁷¹ Tandoğan, Borçlar, 27; Baygın, 15.

⁷² Bkz. Tandoğan, Borçlar, 27.

⁷³ Öz, Eser Sözleşmesi, 2; Altaş, 44; Baygın, 16. Aksi görüş için bkz. Yavuz, 458; Aral, Borçlar, 333.

⁷⁴ Tandoğan, Borçlar, 28; Tandoğan, İstisna Akdi, 324.

⁷⁵ Tandoğan, Borçlar, 28; Öz, Esere Sözleşmesi, 2; Altaş, 44; Baygın, 14; Seliçi, İnşaat, 8.

⁷⁶ Öz, Eser Sözleşmesi, 2; Kartal, İnşaat, 25; İnşaat sahibinin karşı ediminin bir para borcu olmakla beraber, taraflar ücret tutarını sonradan belirlenmesi yahut daha sonra "ifa uğruna edim" veya "ifa yerine edim" verilmesinin kararlaştırılması, başlangıçtaki borç ilişkisini istisna sözleşmesi niteliğinden çıkarmaz. İnşaat sahibinin ücret ödeme borcunu yerine getirmek için çek veya bono vermesi buna örnek olarak gösterilebilir. Baygın, 16; Uygur, İnşaat, 31.

⁷⁷ Tandoğan, Borçlar, 27; Baygın, 15; ayrıca bkz. Akyazan, Fesih, 11; Torun, Götürü Ücret, 411 vd., Torun, İstisna Akdi, 567 vd.

kararlaştırdıkları ücrete girip girmeyeceğini taraflar belirlerler. Aksi kararlaştırılmamışsa, müteahhit tarafından hazırlanan ve inşaatta kullanılacak plân ve projelere ilişkin masraflar, kural olarak ücrete dahil sayılır⁷⁸. İnşa eserinin yapımını üstlenmeyen mimar ve mühendislerin hazırladıkları plân ve projelerin inşaatın yapımında kullanılması halinde, bir ücretin gerektiği kabul edilmektedir⁷⁹. Müteahhidin plân ve projeyi hazırlaması durumunda inşaatın yapımının müteahhide verilmemesi veya verilip de cayılması halinin, somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Müteahhit, kendisinden plân ve projenin hazırlanmasının istenmemesine rağmen, kendiliğinden hazırlamış ve icapta bunları teklifine eklemişse, bu icabın kabul edilmemesi durumunda ayrıca ücret talep edemez. Aynı durum eksiltmeye giren müteahhidin, eksiltmeyi kazanamaması halinde de geçerlidir.⁸⁰ Ancak, inşaat işinin müteahhide verilmesinde, henüz kesin bir anlaşmaya varılmadığı yahut inşaat işinin müteahhide verilmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, inşaat sahibi, müteahhitten plân, proje ve masraf hesaplarını istiyorsa, müteahhide bir ücret ödemelidir. Çünkü, bu durumda, inşaat sahibi plân ve proje hazırlıkları kendi menfaati için istemektedir⁸¹. Proje, plân ve masraf hesaplarının sunulmasının, müteahhidin icabının bir parçasını mı olduğu, yoksa yeni bir istisna sözleşmesine yönelik icap mı olduğunun belirlenmesinde, bunların hatırı sayılır bir çalışmayı gerektirip gerektirmediği göz önüne alınmalıdır⁸².

Irak hukukunda da ücret, inşaat sözleşmesinin aslî edim borçlarındanadır. Böylece ücret, inşaat sözleşmesinin önemli unsurlardan birini teşkil eder. Ücret, inşaat sahibinin müteahhide inşa eserinin meydana getirmesi karşılığında ödenmesini taahhüt ettiği bedeldir. Bir ücretin ödenmesinin söz konusu olmadığı ivazsız inşaat sözleşmesi, doktrinde kabul edilen görüşe göre istisna (inşaat) sözleşmesi değil, işimsiz bir sözleşmedir⁸³. İnşaat sözleşmesinde ücret para olabileceği gibi, para

⁷⁸ Tandoğan, Borçlar, 25.

⁷⁹ Tandoğan, Borçlar, 25.

⁸⁰ Tandoğan, Borçlar, 25-26; Baygın, 17. Çünkü burada müteahhit, işi alabilmek ümidiyle emek sarfetmiş, masraf etmiştir. Ayrıca bir yarışmaya katılanlar da yarışmanın öngördüğü şartnamenin dışında hiçbir ücret talibinde bulunamazlar. Tandoğan, 26.

⁸¹ Tandoğan, Borçlar, 26; Baygın, 17.

⁸² Tandoğan, Borçlar, 26; Baygın, 17.

⁸³ el-Senhurî, el-Ukud, 155; Şeneb, 64- 65; el-Fazlî, 394.

dışında bir edim de olabilir. Ancak çoğu zaman ücret para olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴.

Irak hukukunda da, inşaat sözleşmesinde ücretin önceden açık bir şekilde belirlenmesi gerekmez. İnşaat sahibinin müteahhide bir ücret ödemeyi taahhüt etmesi yeterlidir. IMK. m. 880/I'de "ücret önceden belirlenmediyse veya takribi (yaklaşık) olarak belirlendiyse, somut ücretin belirlenmesinde, işin değeri ve müteahhidin masraflarına bakmak gerekir" hükmü yer almaktadır. IMK. m. 880/II'ye göre "Eğer durumdan, tavsiye edilen (verilen) eşya veya işin mutlaka bir ücret karşılığında yapılması anlaşılıyorsa, burada ücretin ödenmesinin gerektiği hususunda zımnî bir anlaşmanın varlığını kabul etmek gerekir". Bu maddeden anlaşılıyor ki, taraflar ücreti önceden belirleyebilirler. Buna göre, müteahhit ile inşaat sahibi önceden götürü bir ücret üzerinde anlaşabileceği gibi, yaklaşık takribi bir ücret de kararlaştırabilirler⁸⁵. Söz konusu madde, tarafların herhangi bir ücret üzerinde anlaşmadıkları durumlarda ücretin belirlenmesine ilişkin kıstaslar getirmiştir. Gerçekten de, IMK. m. 880 ücretin miktarının belirlenmesinde iki unsura dayanmaktadır. Bunlardan birincisi müteahhidin yaptığı işin değeri, ikincisi ise, işin gerçekleştirilmesi için müteahhidin yaptığı masraflardır. Bu durumda işin değerinin belirlenmesi için cari örf'e başvurulur. Yapılan iş çok zor ve büyük teknik beceriyi gerektirebilir. Bununla birlikte, işin miktarı ve iş için harcanan zaman da, işin değerinin belirlenmesinde hesaba katılır⁸⁶. Müteahhidin masraflarının belirlenmesinde, inşaat işinde kullanılan malzemelerin fiyatları, işçilerin ücretleri ve buna benzer diğer masraflar dikkate alınır⁸⁷.

Bazen taraflar ücreti belirlemezler. Ancak, sözleşmeden zımnî bir ücret üzerinde anlaştıkları sonucuna varılabilir. Özellikle yapılan işin önemli olmasından veya işi yapanın mesleğinden (meselâ bir inşaat müteahhidi olması) böyle bir anlaşmanın varlığı çıkartılabilir. İnşaat sahibinin yeni bir evin yapılması veya mevcut bir evin onarımı hususunda bir müteahhitle anlaşması, işin önemli olduğunu gösterir ve ücret

⁸⁴ Servet, c.1, 41. Ücret bir iş de olabilir. Buna göre, müteahhidin inşa eserini meydana getirmesi karşılığında inşaat sahibi bir iş taahhüdünde bulunabilir. Böylece hisse senetleri veya bir miktar eşya vs. bunlar gibi taşınmaz veya taşınır mallar inşaat sözleşmesine ücret olabilirler. el-Senhurî, el-Ukud, 60.

⁸⁵ Servet, c.1, 44-45; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 456

⁸⁶ el-Senhurî, el-Ukud, 158; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 466.

⁸⁷ el-Senhurî, el-Ukud, 158; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 466.

gerektirir. Dolayısıyla bu ve benzer durumlarda bir ücretten söz edilmese bile, taraflar arasında zımnî bir ücretin varlığını kabul etmek gerekir⁸⁸.

Sonuç olarak, inşaat sözleşmesi ivazlı değilse, Türk doktrininde hakim olan görüşe göre sözleşme, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Ancak, doktrindeki bazı yazarlara göre bu sözleşme isimsiz bir sözleşmedir. Irak ve Mısır doktrininde hakim olan görüş ise ivazsız inşaat sözleşmesini isimsiz bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Gerek Türk, gerek hukukundaki hakim görüşe göre inşaat sözleşmesinde (özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde) ücretin para şeklinde olması şart değildir. Ancak, büyük inşaat işlerini göz önüne alındığında inşaat sözleşmesinde ücretin para şeklinde olması gerektiği görülecektir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesinde ücretin para şeklinde olması gerektiği kanaatindeyiz. Yaklaşık ücretin belirlenmesinde TBK. m. 366 yapılan iş değeri ve müteahhidin yaptığı masraflarını esas almıştır. Bu hususta IMK. m. 880 de işin değeri ve müteahhidin masrafları kıstas olarak kabul etmiştir. Böylece Türk Borçlar Kanunu "*yapılan şeyin değerini*" Irak Medenî Kanunu ise "*işin değerini*" yaklaşık ücretin belirlenmesinde esas almıştır. Ancak Türk doktrininde "*yapılan şeyin değeri*" deyiminin, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki "*işin değeri*" olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁸⁹. Böylece bir sonuç kabul edildiği takdirde, söz konusu hususta Türk ve Irak hukuku arasındaki fark da ortadan kalkmaktadır.

C. Tarafların anlaşması

İnşaat sözleşmesi rızâî bir sözleşmedir. Tarafların (müteahhitle inşaat sahibinin) karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla meydana gelir. Bu irade beyanları tarafların icap ve kabulünü oluşturur. Sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Başka bir deyişle, sözleşmenin kurulması için tarafların, esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaları gerekir. Tarafların meydana getirilecek inşa eseri ve somut olarak iş görme sonucu üzerinde

⁸⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 156; el-Fazlî, 394. İnşaat sözleşmesinde ücret unsuru, diğer iki unsurdan (bir inşa eserini meydana getirme unsuru ve anlaşma unsuru) farklıdır. Kanunkoyucu bu iki unsurun belirlenmesi için uğraşmamıştır. Dolayısıyla söz konusu unsurların sözleşmede bulunmaması halinde kurulmuş sayılmaz. Ancak ücretten söz edilmediği halde, bunu Kanunun getirdiği madde (IMK. m. 880) hükmüne dayanarak belirlenebilir. Bununla birlikte, burada tarafların ücrete değinip de anlaşmamaları halini bunun dışında tutmak gerekir. Zira burada sözleşme kurulmuş olmaz. Bu durumun aksine taraflar, ücret unsuruna değinmemişlerse, sözleşme geçerli olup, ücret Kanunun getirdiği kurallara uyarınca belirlenir. el-Senhurî, el-Ukud, 60.

anlaşmaları, inşaat sözleşmesinin kurulması için yeterlidir⁹⁰. Buna göre taraflar, ücret karşılığında bir inşa eseri meydana getirme konusunda anlaşmışlardır takdirde sözleşme kurulmuş olur. Böylece müteahhit inşa eseri meydana getirme borcu altına girer. İnşaat sahibi ise inşa eseri karşılığında bir ücret ödeme taahhüdünde bulunur. Müteahhidin inşa eserinin teslim borcu ile inşaat sahibinin ücret ödeme borcu sözleşmenin kendiliğinden doğan sonuçlardandır⁹¹. Ancak yukarıda da açıklandığı gibi, burada ücretin miktarının belirlenmesine veya bunun belirlenmesine yardımcı olan kıstasların zikredilmesine gerek yoktur⁹². İnşaat sahibinin bir ücret taahhüdünde bulunması yeterlidir.

İnşaat sözleşmesinin kurulması ilke olarak herhangi bir geçerlik şekline bağlı değildir. Bu sözleşme tarafların açık irade beyanıyla kurulabileceği gibi, zımnî irade beyanlarıyla da kurulabilir. Zımnî irade beyanına, bina sahibin binanın boyanması için boyacıya boya bırakması ve onun da bu binayı boyaması misal olarak gösterilebilir⁹³. Müteahhide mesleğine ilişkin bir işin yapılması hususunda bir icapta bulunulduğu durumlarda, sözleşmeye kıyas yoluyla TBK. m. 387 uygulanır. Buna göre müteahhit bu icabı derhal reddetmediği takdirde zımnî olarak kabul etmiş sayılır⁹⁴. Zımnî irade beyanıyla kurulan inşaat sözleşmelerinde de tarafların irade beyanları birbirine uygun olmalı ve inşa eseri ile ücret hususunda anlaşma sağlanmalıdır. Zımnî irade beyanıyla kurulan inşaat sözleşmesinde ücretin belirlenmesinde yukarıda açıklandığı gibi, tarife veya yapılan işin değeri ve müteahhidin masrafları dikkate alınır⁹⁵.

Irak hukukunda da bir inşaat sözleşmesinden söz edebilmek için, tarafların bir inşaatın vücuda getirilmesi hususunda anlaşmaları gerekir. Bu anlaşmada tarafların irade beyanının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekir⁹⁶. Burada icap veya kabulün hangi taraftan geldiği önem arz etmez. IMK. m. 73' göre "*sözleşme âkitlerden birinin icabının diğerinin kabulüne bağlanmasıdır.....*". Tarafların

⁸⁹ Tandoğan, Borçlar, 26-27; Baygın, 15.

⁹⁰ Tandoğan, Borçlar, 28; Altaş, 46; Cığırım, 13-14; Artukmaç, 17; Uygur, Eser, 44 vd.; Kılıçoğlu, Ayıplı Eser, 13.

⁹¹ Tandoğan, 28; Altaş, 46; Karahasan, Borçlar Özel, 71.

⁹² Aral, Borçlar, 333; Erdoğan, 137.

⁹³ Eren, İnşaat, 57; Karahasan, Borçlar Özel, 73 vd.

⁹⁴ Tandoğan, Borçlar, 29. TBK.m. 387 "*vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmî sıfatı varsa veya işi icrası mesleğinin icabından ise bu gibi işlerin kabul edeceğini ilân etmiş ise vekâlet, tarafından derhal reddedilmedikçe kabul etmiş sayılır*".

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar, 28-29; Baygın, 17.

anlaşmaları açık olabileceği gibi zımnî de olabilir⁹⁷. Tarafların anlaşması sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde olmalıdır⁹⁸.

Sonuç olarak Türk ve Irak hukukunda inşaat sözleşmesinin tarafları bir ücret karşılığında bir inşa eseri meydana getirme hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu konuda tarafların irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Sözleşmenin kurulması aşamasında Türk ve Irak hukuku arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

§ 4. ŞEKİL

İnşaat sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁹⁹. Yukarıda açıklandığı gibi, bu sözleşme, zımnî irade beyanıyla da meydana getirilebilir. Ancak inşaat sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının hem pratik hem de hukukî faydaları vardır. Zaten THUMK. m. 288 uyarınca, belli meblağı aşan sözleşmelerden doğan alacağın yazılı şekilde ispatlanması gerekmektedir¹⁰⁰. Bu sebeple uygulamada, büyük inşaat işlerinde taraflar, meydana getirdikleri inşaat sözleşmelerini yazılı veya resmî şekle tâbi tutmaktadırlar¹⁰¹. Keza taşınmaz mal satımı inşaat sözleşmesiyle birlikte tek bir belge içinde yapılmışsa, bunun resmî senetle düzenlenmesi gerekir. Bilhassa, inşaat sözleşmesinde müteahhidin aslî borcu meydana getirdiği inşa eserinin mülkiyetinin devrinden ibaret ise, taşınmaz için gerekli geçerlilik şartı, inşa eserinin

⁹⁶ Servet, c.1, 28; Mursî, 473; el-Hüseyinî, 9.

⁹⁷ el-Fazlî, 389-390; el-Senhurî, el-Ukud, 37.

⁹⁸ Şeneb, 58-59; Servet, c.1, 28-29.

⁹⁹ Bu da TBK. m. 11'deki genel kuralın uygulanmalıdır. Anılan maddeye göre "*akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir.*

Kanunun emrettiği şeklin derecesi şümül ve tesisi hakkında başkaca hüküm tayin edilmemiş ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.

Ancak TBK. m. 16/II'ye göre "*iki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmeyerek tahriri şekilde bahsetmiş oldukları takdirde kanun bu şekle riayet olunmasını emrediyorsa iki tarafın ona riayet etmesi lâzımdır.*" Bu madde hükmüne dayanarak taraflar inşaat sözleşmesini yazılı şekil şartına tâbi tutabilirler. Böylece bu durumda iradi geçerlilik sözleşmesi söz konusu olur.

¹⁰⁰ Altaş, 47; Tandoğan, Borçlar, 33-34. TBK. m. 16/I'e göre "*iki taraf kanunen şekle tâbi olmayan bir akdin şekilde kararlaştırmışlar ise, akit tekerrür eden şekilde yapılmadıkça, iki taraf bununla ilzam olunmaz.*" Buna göre taraflar kanunen yazılı şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin, özel bir şekil ile yapılması hususunda anlaşılırsa, sözleşme kararlaştırılan bu şekle uygun olarak yapılmadıkça onları bağlamaz. İnşaat sözleşmelerinde TBK. m. 16 uyarınca zımnen yazılı şekil şartı saklı tutulmuş sayılmasının karine olarak gerektirdiği savunulmaktadır. Büyük meblağları aşan işlerde taraflarca TBK. m. 366 gereğince ücreti hakim veya bilirkişi aracılığıyla tespitinin mantıklı olduğu düşünülmemektedir. Baygın, 18.

¹⁰¹ Eren, İnşaat, 57; bkz. Karataş, 27.

tamamını kapsar¹⁰². Müteahhidin kendisine ait arsada bir bina inşa edip, inşaat sahıbe teslim borcu altına girmiş olması bunun misalidir¹⁰³.

İnşaat sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi olmamakla birlikte, bu sözleşmenin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde durum farklıdır. Çünkü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satım sözleşmesinin ve istisna sözleşmesinin unsurlarını içermektedir. Taşınmaz satım sözleşmesi resmî şekil şartına bağlı bir sözleşmedir (TMK. m. 706, TBK. m. 213; IMK m. 508, m. 1126/II). İstisna sözleşmesi ise, herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir. Bu sebeple, somut olayda çift tipli karma bir sözleşme söz konusu olur. Bu sözleşmede, arsa sahibinin edimi belirli arsa payının mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi olduğu için, resmî şekilde yapılması gerekir. Müteahhit ise, arsa üzerine sözleşmede belirlenen inşaatı yapıp arsa sahibine isabet eden bölümleri teslim etmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri resmî şekle tâbi olduğu için, bu sözleşmenin de resmî şekilde yapılması gerekmektedir¹⁰⁴. Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetini başkasına geçiren sözleşmeler tapu sicil müdürlüğü, taşınmaz satım vaadi ise noter tarafından re'sen düzenleme yoluyla yapılır¹⁰⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, resmî şekle uyulmadığı takdirde, ilke olarak geçersiz sayılır¹⁰⁶. Yerel mahkeme ve Yargıtay bu durumu re'sen dikkate almak mecburiyetindedir¹⁰⁷. Bu sözleşmenin geçersiz olması halinde taraflar kural olarak verdiklerini, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilirler¹⁰⁸.

¹⁰² Eren, İnşaat, 57.

¹⁰³ Baygın, 18. Bu yazara göre yukarıda verilen misalde “taşınmaz satış vaadi” de vardır. Geniş bilgi için bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı; Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992, 354.

¹⁰⁴ Erman, Arsa Payı, 13; Eren, İnşaat, 57; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 73; Uygur, Eser, 77-78; Kartal, İnşaat, 37 vd. Y. 15. HD. 7.2.1995, E. 3473, K. 587 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 355).

¹⁰⁵ TMK. m. 1009'da arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini tapu kütüğüne şerhedilebileceği öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde, “Arsa Payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.

Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir”. İfadelere yer vermiştir.

¹⁰⁶ Eren, İnşaat, 57-58; Erman, Arsa Payı, 13-14.

¹⁰⁷ Eren, İnşaat, 58. Y. 15. HD. 14.5.1990 E. 4811, K. 2181. Karar için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 73-74.

¹⁰⁸ Erman, Arsa Payı, 4. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar edimlerinin tamamını ettikten sonra özellikle müteahhit şekil eksikliğini ileri sürme hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Eren, İnşaat, 58; YHGK. 17.2.1984, E. 359, K. 121 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 355). Şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğün, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan TMK. m. 2/II ile sınırlaması hususunda genel bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (Hatemi/Serozan/Arpacı), 250 vd.

Türk hukukunda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre, genel bütçeye dahil idarelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin inşaat işleri yazılı bir sözleşmeyle yürütülür¹⁰⁹. Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idare tarafından hazırlanır ve ihale yetkilisi ile müteahhit tarafından imzalanır (TKİK. m. 46)¹¹⁰. TKİSK. m. 5’de, idare kapsamına dahil kurum ve kuruluşlar arasında uygulama birliği sağlamak amacıyla, idare tarafından yapılan inşaat sözleşmelerinde, hazırlanan Tip Sözleşmelerin esas alınacağı hükmü yer almaktadır¹¹¹.

Türk Devlet İhale Kanunu’na göre sözleşmenin yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri, onaylanan ihale kararını veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noter tarafından tescil edilmiş idareye vermek zorundadır (TDİK. m. 57). Görülüyor ki, bu sözleşmenin noter tarafından tescil edilmesi bir ispat aracı değil bir geçerlilik şartıdır¹¹². Ancak bu hüküm idarenin yaptığı inşaat işlerinde uygulanmaz. Zira idarenin yaptığı inşaat işleri Türk Kamu İhale Kanunu ve Türk Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbidir. Gerçekten de, TKİK m. 68’de “Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz” ifadesi yer almaktadır. TKİK. m. 41/II gereğince ihaleye katılan ancak isteklilerden teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin isteklerin tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı talepte bulunmaları halinde, idarenin talep tarihini izleyen beş gün içinde gerekçelerini yazılı olarak bildirme zorunluluğu vardır. Anılan sürenin bitiminden veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken durumlarda bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek şartıyla sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir

¹⁰⁹ Bu Kanunun 4. maddesine göre sözleşme, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eder.

¹¹⁰ TKİK. m. 46 uyarınca müteahhidin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır.

¹¹¹ Abacıoğlu, 261; Turguter/Tokmalı, 441. TKİSK. m. 5 gereğince “Bu kanun uygulamasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır.

İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir”.

veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini izleyen yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir (TKİK. m. 42). Görülüyor ki bu kanun, idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde yazılı şartı kabul etmiştir. Ancak söz konusu kanun sözleşmeyi noterce tescil edilmesini bir geçerlilik şartı olarak öngörmemiştir. Zira TKİK. m. 46'da "... İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir" ifadesi yer almaktadır.

Irak hukukunda da inşaat sözleşmesi şekle tâbi olmayan bir sözleşmedir. Buna göre inşaat sözleşmesinin kurulması için, tarafların anlaşmaları yeterlidir¹¹³. Bu sebeple, inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması, ancak ispat açısından önem arz etmektedir¹¹⁴. İMİİGŞ. 9. maddesine göre müteahhit, kendisine yazılı olarak ihaleyi aldığını bildirildikten sonra, bu şartnameye ek olarak hazırlanmış sözleşme metnini (Tip Sözleşme) imzalar. Böylece söz konusu şartnameye tâbi inşaat sözleşmeleri şekil şartına tâbi tutulmuştur. Zira anılan şartnameye ek olarak bir sözleşme metni mevcuttur ve bu şartnameye tâbi inşaat sözleşmeleri bu şekilde düzenlenir. Söz konusu sözleşme metnine göre, inşaat sahibi Irak hükümeti (İdare), müteahhit ise ihaleyi alan taraftır. Ancak, adı geçen şartnamenin 9. maddesine göre, taraflar anlaşarak hazırlanan sözleşme metninde gerekli değişiklikleri yapabilirler.

Sonuç olarak, Türk ve Irak hukukunda kural olarak inşaat sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmamıştır. Ancak özel kanunlarda, özellikle Devletin (İdarenin) taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, her iki hukuk sisteminde de şekil şart aranmaktadır. Keza her iki hukuk açısından da inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması, ispat açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple büyük inşaat sözleşmelerinin çoğu yazılı şekilde yapılmaktadır.

¹¹² Eren, İnşaat, 58, Baygın, 18; Şimşek, 197; Gönen/Işık, 332 vd.

¹¹³ el-Senhurî, el-Ukud, 6; Şeneb, 12.

¹¹⁴ el-Senhurî, el-Ukud, 6.

§ 5. TARAFLARI

İnşaat sözleşmesinin tarafları inşaat sahibi (iş sahibi) ile müteahhitten oluşur. Bunlar aşağıda ayrı ayrı ele alınarak incelenmektedir.

I. İnşaat (İş) Sahibi

İnşaat sahibi, inşaat sözleşmesine konu olan inşa eserini bir ücret karşılığında meydana getirten ve bunu teslim almakta menfaati olan gerçek veya tüzel kişileri, iş ortaklıklarını ya da guruplaşmış müesseseleri kapsar¹¹⁵. Başka bir deyişle inşaat sahibi, meydana getirilecek inşa eserinin sahibidir. Genel olarak inşaat sahibi inşaatın yapıldığı arzın sahibidir. Çünkü inşaat tamamlandıktan sonra kendisine teslim edilecektir¹¹⁶. Doktrinde bazı yazarlar istisna sözleşmesindeki iş sahibi kavramıyla hizmet sözleşmesindeki iş sahibi kavramını karıştırmamak amacıyla iş sahibine Almanca "*Besteller*" kavramının karşılığı olan "*ismarlayan*" veya Fransızca "*maitre*" kavramının karşılığı olan "*amir*" kelimesinin kullanılmasını tercih etmektedirler¹¹⁷. Ancak, doktrinde hakim görüş, hukukî terminolojiye uygunluğu, deyimmin yayılmış ve yerleşmiş olması sebepleriyle "*iş sahibi*" kavramının kullanılmasını daha isabetli görmektedirler¹¹⁸. Biz de bu yazarların gerekçelerini haklı bulduğumuzdan iş sahibi kavramını kullanıyoruz. Ancak bu, istisna sözleşmesinin bir uygulama şekli olan inşaat sözleşmesini fazla etkilememektedir. Zira bu sözleşmede iş sahibine "*inşaat sahibi*" adı verilmektedir. Bu açıklamaları göz önünde bulunduracak olursak, taşınmazında bir apartman veya bir fabrika yaptırmak için arsayı müteahhide bırakan kişi, iş sahibi sayılır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da durum aynıdır.

Genel olarak, inşaat sözleşmesinde müteahhit, üstlendiği işi kısımlara ayırır ve her kısım üzerinde uzmanlığı olan kişileri çalıştırır. Böyle bir halde, işi alt müteahhide bırakan asıl müteahhit inşaat sahibi konumundadır¹¹⁹.

Yukarıda açıklandığı üzere, inşaat sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişinin ise, kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olması

¹¹⁵ Dayınlarlı, Temerrüt, 28; Uçar, 28.

¹¹⁶ Kaplan, Ücret, 121.

¹¹⁷ Tunçomağ, Borçlar, 949; Önen, T, 314; Sungurbey, Ücret Ödeme, 173 vd.; Sungurbey, Notlar, 749 vd.; Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri, 781 vd.; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 13 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir, 576; Karahasan, Borçlar Özel, 314.

¹¹⁸ Geniş bilgi için bkz. Baygın, 6; Uçar, 28.

mümkündür¹²⁰. Ayrıca özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden ve kâr amaçlayan kamu kuruluşları veya kamu kurumlarının ortak olduğu kuruluşları da inşaat sahibi olarak görmek mümkündür¹²¹. Örneğin, Eti Holding, Türkiye Şeker Fabrikaları Genel Müdürlüğü ve kâr amacı gütmeyen, tümüyle kamu hizmetini gören kamu kuruluşları da inşaat sahibi olabilirler. Meselâ sulama kanalları, baraj ve içme sularını temin etmek için Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün, müteahhitlere iş yaptırması durumunda, bu kurum inşaat sahibi olmaktadır. Keza T.C. Karayolları Genel Müdürlüğü de, müteahhitlere köprüler, tüneller, otoyolları inşa ettirdiğinde, bir inşaat sahibi olarak karşımıza çıkmaktadır¹²².

Irak hukukunda da inşaat sözleşmesinin taraflarından biri inşaat sahibidir. Zaten inşaat sözleşmesi müteahhitle inşaat sahibi arasında kurulur.

İİMİİĞŞ birinci bölümünün birinci maddesinde inşaat sahibini şu şekilde tanımlamaktadır "*o cihettir ki tekliflerin verilmesine davet eder ve müteahhit veya kanunla onun yerine geçenle sözleşme yapar.....*" Bu maddeye göre, devlet dairelerinden herhangi biri de inşaat sahibi olabilir.

Sonuç olarak Türk ve Irak hukukunda inşaat sözleşmesinin taraflarından biri inşaat sahibidir. İnşaat sahibi inşaat işini bir ücret karşılığında müteahhide yaptıran taraftır. Her iki hukukta da inşaat sahibi gerçek kişi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi de olabilir.

II. Müteahhit

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, bir bedel karşılığında bir inşa eseri meydana getirmeyi ve meydana getirdiği inşa eserini sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Bu sebeple müteahhit, inşaat sözleşmesi gereğince rizikosu kendisine ait olmak üzere, inşaat sahibi tarafından ödenecek bir bedel karşılığında, inşaatın tamamını veya bir kısmını meydana getirip teslim etmeyi taahhüt eden taraftır¹²³. Çünkü, inşaat sözleşmesinde müteahhit olarak adlandırılan taraf, bağımsız hareket

¹¹⁹ Uçar, 29; Akkanat, 3.

¹²⁰ Dayınlarlı, Temerrüt, 28-30; Uçar, 29; Baygı, 6.

¹²¹ Dayınlarlı, Temerrüt, 28-30; Uçar, 29; Baygı, 6.

¹²² TKİK. m. 2, TKİSK. m. 2'ye göre genel bütçeye dahil idareler katma bütçeli idareler özel idare-belediyeler inşaat sözleşmesine taraf olabilirler. Bu sebeple adı geçen kurumların bir kamu tüzel kişisi olarak inşaat sahibi olmaları mümkündür.

¹²³ Uygur, Borçlar Özel, 651; Önen, T., 312; Tunçomağ, Borçlar, 987.

imkânına sahip kimsedir. Gerçekten de, müteahhit, inşa eserini meydana getirme sonuç rizikosunu üzerine alır¹²⁴.

Müteahhit kavramı yerine hem doktrinde hem de uygulamada Almanca "Unternehmer" kavramının karşılığı olarak "yüklenen, yüklenici, ısmarlanan, üstenci" deyimleri de kullanılmaktadır¹²⁵.

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Büyük çaplı inşaat işlerinde çoğu zaman müteahhitler, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen şirketler olarak karşımıza çıkarlar. Bu sebeple, müteahhitler hem sermaye hem de şahıs şirketi şekline bürünmüş olabilirler. Keza müteahhidi adı şirket şeklinde görmek de mümkündür. Özellikle konsorsiyum veya müşterek iş ortaklıklarında (*joint venture*), inşaat sözleşmesinin müteahhit tarafı birden çok şirketin bir araya gelmesiyle oluşan bir gruptur. Meselâ, İstanbul Boğazı üzerinde yapılan köprülerin yapımı bu şekilde gerçekleştirilmiştir.

İnşaat sahibi kendisi veya inşaat işini yönetmek için görevlendirdiği mimar veyahut mühendis inşaatla ilgili kısmî edimleri bağımsız olarak ayrı ayrı müteahhitlere verebilir¹²⁶. Gerçekten de, inşaat sahibi bir binanın yapılmasında kaba inşaatı bir müteahhide, sıvayı başka bir müteahhide, beton işini bir diğerine, su ve elektrik tesisatı vs. işlerini başkasına vermesi mümkündür. Bu bağlamda inşaat sahibi veya mimar ya da mühendis inşaat sahibini temsilen her bir kısmî edimi yaptırmak için müteahhitlerle ayrı ayrı inşaat sözleşmesi yaparlar. Her müteahhit söz konusu sözleşme uyarınca, diğerinden bağımsız olarak kısmî edimini yerine getirmek için inşaat sahibine karşı borçlanır. Bu tür inşaat sözleşmeleri müteahhitlerle inşaat sahibi arasında yapıldığından, müteahhitler arasında herhangi bir akdî ilişki yoktur. Kendileriyle ayrı ayrı inşaat sözleşmesi yapılan birbirinden bağımsız çalışan müteahhitlere Almanca'dan mülhem olarak "*yan müteahhitler (Nebenunternehmer)*" denilmektedir¹²⁷. Yan müteahhitler aynı inşa eserini meydana getirmek için aynı

¹²⁴ Bağımsızlık unsuru istisna sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran en önemli unsurlardan biridir. Ayrıca istisna sözleşmesinde müteahhit belli ve başarılı bir sonuç elde edebilmek için rizikoyu da bizzat üstlenmektedir. Oysa hizmet sözleşmesinde işçinin öyle bir yükümlülüğü yoktur. Y. 9. HD. 9.2.1999, E. 18888, K. 1810 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 355).

¹²⁵ Tunçomağ, Borçlar, 949 vd.; Sungurbey, Ücret Ödeme, 173 vd.; Sungurbey, Notlar, 749; Sungurbey, İnşaat sözleşmeleri, 781; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 13 vd.; Velidedeoğlu/Özdemir, 568; Önen, T., 312; Karahasan, Borçlar Özel, 193.

¹²⁶ Seliçi, İnşaat, 18. Geniş bilgi için bkz. Akyol, Mühendislik, 486.

¹²⁷ Seliçi, İnşaat, 18; Akkanat, 22; Ayrıntılı bilgi için bkz. Scherrer, Erwin; Nebenunternehmer Beim Bauen, Freiburg/Schweiz 1994, 16 vd.

yerde birbirinden bağımsız olarak faaliyet gösterirler¹²⁸. Bu tür müteahhitlik sözleşmelerinde akdî ilişki müteahhitler arasında değil, bilakis müteahhitlerle inşaat sahibi veya iş sahibini temsilen hareket eden mimar veya mühendis arasında yapılmaktadır¹²⁹.

Müteahhit, “*genel müteahhit*” (*Generalunternehmer*) olabileceği gibi, alt müteahhit (*ikame müteahhit = taşeron*¹³⁰) de olabilir. Müteahhidin inşaatın tamamını meydana getirmeyi ve bunu inşaat sahibine teslim etmeyi üstlendiği takdirde, “*genel müteahhit*”ten söz edilir¹³¹. Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde genel müteahhit vardır¹³². İnşaat işinin çok büyük olmadığı hallerde, genel müteahhit, inşaat işlerini kendi yönetimi altında bulunan yardımcı kişilere özellikle kendisine bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olan işçilere yaptırır¹³³. İnşa eseri her ne kadar büyük olmasa da, bunun hepsinin tek başına yapılması hem uzmanlık hem de işi zamanında bitirme açısından mümkün değildir¹³⁴. Ancak bir görüşe göre, genel müteahhit, en azından inşaat sözleşmesi gereğince üstlendiği işlerin bir kısmını kendi yönetimi altında yaptırması gerekir. Buna göre, inşaat işlerini oluşturan kısmî edimlerin alt müteahhitlik sözleşmesiyle bir alt müteahhide bırakılması halinde inşaat sözleşmesi söz konusu olmaz. Bu durumda bir “inançlı vekâlet” vardır¹³⁵. Ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre, bu durumda sözleşmenin nitelendirilebilmesi için üstlenilen edimlere bakmak gerektiğini ileri sürmektedir. Bu sebeple, üstlenilen edim aslında inşaat sözleşmesine ilişkin olmakla beraber, kısmî edim tarzında alt müteahhitlere bırakılması, sözleşmenin inşaat sözleşmesi olma niteliğine hâlel getirmez. Dolayısıyla

¹²⁸ Akkanat, 22; Kaplan, Eser, 7.

¹²⁹ Seliçi, 18; Akkanat, 22.

¹³⁰ Uygulamada bazen alt müteahhitlik yerine Fransızca olan “tâcheron” sözcüğünden alınan taşeron deyimini kullanılmaktadır. Tandoğan, Borçlar, 77.

¹³¹ Seliçi, İnşaat, 16; Eren, İnşaat, 58.

¹³² Seliçi, İnşaat, 16. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, Eser Sözleşmesi, 837; Çakalır, 21 vd.

¹³³ Seliçi, İnşaat, 16.

¹³⁴ Alacaklı olan inşaat sahibi, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte borçlu olan müteahhit tarafından zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde, sadece edim yükümlülüklerini değil, borç ilişkisinden doğan yan yükümlülüklerin ve hatta külfetlerin gereği gibi yerine getirilmesi bekler. Bu sebeple, borçlunun (müteahhidin) sözleşmesinin ifası gerektirdiği bilgi ve imkânlarla sahip olmadığı durumlarda bir yardımcı kişinin kullanılması alacaklı (inşaat sahibi) yarındadır. Yardımcı kişinin davranışlarında sözleşmemin ihlâlini teşkil etmesi sonucunda bir zararı ortaya çıkması durumunda, alacaklının (inşaat sahibinin) söz konusu bu sorumluluğa ilişkin taleplerini borçluya (müteahhide) ileri sürmesi kendisi için bir avantaj teşkil etmektedir. Geniş bilgi için bkz. Şenocak, İfa, 5-6; ayrıca bkz. Reisoğlu, Seza; Hizmet Akdi, Ankara 1968; Oğuzman, Kemal; Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.1, 4. Bası, İstanbul 1986.

¹³⁵ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 17; Kaplan, Mimarlık, 16.

genel müteahhit, üstlendiği inşaat işinin tamamını alt müteahhide bıraktığı takdirde bu sözleşme inşaat (istisna) sözleşmesi niteliğini kaybetmez¹³⁶.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde genel müteahhit inşaat işlerinin tamamını yüklenmektedir. Başka bir deyişle, anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda, genel müteahhidin borcu, sadece inşa eserini meydana getirip bunu inşaat sahibine teslim etmekle sınırlı olmaz. Özellikle meydana getirilecek inşa eserinin bir iş merkezi, havalimanı, büyük bir hastane, baraj, otomobil fabrikası, demir çelik fabrikası vb. ise, genel müteahhit götürü bir ücret karşılığında, eseri inşa etmesi yanı sıra, burada çalışacak olan personellere eğitim verilmesi, inşaatın her aşamasında kalite kontrolünün yapılması, meydana gelen inşaatın da deneme testlerinin yapılması ve inşaatın her yönüyle üzerinde anlaşılan şartlara uygun olarak yapıldığından emin olarak üstlendiği bir sözleşmedir¹³⁷. Bu sebeple, doktrinde anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin, inşaat sözleşmelerinin bir türü olmakla beraber, niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesi değil, bir tip sözleşme (*sui generis*) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Zira anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ağırlıklı olarak istisna sözleşmesinin unsurlarını içermesine rağmen, müteahhit inşaat için gerekli olan arsayı da temin etmesi, inşa eserinin sözleşmeye uygun olarak meydana getirileceği hususunda garanti vermesi, tesisi devralacak personelin eğitime tâbi tutması, teknoloji transferini sağlaması vs. yükümlülükleri de üstlenmektedir¹³⁸.

Yukarıdaki genel açıklamalar, hem Türk hem de Irak hukuku açısından geçerlidir. Her iki hukukta da inşa eserini bir ücret karşılığında meydana getiren tarafa müteahhit denir. Irak hukukunda müteahhidi bir ticaret şirketi olarak görmek mümkündür. Irak Şirketler Kanunu adî şirket düzenlememesine rağmen, adı geçen hukuk sisteminde de müteahhit bir adî şirket şeklinde karşımıza çıkabilir¹³⁹.

¹³⁶ Seliçi, İnşaat, 17. Aynı görüşte Tandoğan, Borçlar, 46.

¹³⁷ Ergin, 3; TKİSK. m. 6/a'ya göre: “Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, düzenlenir”.

¹³⁸ Ergin, 18; Kaplan, Mimarlık, 17. Uluslararası büyük inşaat sözleşmelerinde genel müteahhit normal inşaattaki genel müteahhidin üstlendiği borçlar yanında bir arsa temini veya finans kaynağı bulması ve ilave hizmetleri de yerine getirmeyi de taahhüt edebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, 5.

¹³⁹ Bu konu daha detaylı bir şekilde ileride joint venture ve konsorsiyumdan söz ederken ele alınacaktır.

A. İnşaa eserinin, müteahhidin bizzat veya başkası tarafından meydana getirilmesi

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, aslı edimi olan inşa eserini inşa edip ayıpsız olarak inşaata sahibine teslim etme borcu altındadır¹⁴⁰. Başka bir deyişle, inşaata sözleşmesinde müteahhit bir sonuç borcu olan inşa eserini ayıpsız olarak yapmak zorundadır¹⁴¹.

TBK. m. 356/II, cü. 1'e göre "*müteahhit imâl olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur*". Bu madde metninden anlaşılıyor ki müteahhit, borçlanmış olduğu inşa eserini, kendisi veya yönetimi altında başkalarına yaptırmak zorundadır. Böylece kanunkoyucu bu maddede TBK. m. 67'deki genel kuralın aksine bir hüküm getirmiştir¹⁴². Görülüyor ki, inşa eserinin meydana getirilmesinde kural, müteahhidin inşa eserini kendisi veya kendi yönetim altındaki kişilere yaptırmasıdır. Bu durum, inşaata sözleşmesinde inşa eserini meydana getirme borcu altında olan müteahhidin kişiliği özellikle kişisel yetenek, becerilik ve uzmanlığının önem arz etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁴³. Zira, inşaata sahibi müteahhidin tüm bu özelliklerini göz önünde tutarak ve ona güvenerek bu sözleşmeyi yapmaktadır. Müteahhidin bu edimine "kişiyeye bağılı edim" denir¹⁴⁴.

TBK. m. 356/II cü. 2'de yer alan hükme göre "*fakat işin mahiyetine nazaran şahsî maharetin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir*". Buna göre, müteahhidin bedeni yetenekleri ve becerilerinin fazla önem arz etmediği ve tek bir kişinin bu inşaata işinin üstesinden gelemediği hallerde, müteahhit söz konusu işleri kendi yönetim ve denetimi altında yerine getirebilir.

¹⁴⁰ Seliçi, İnşaat, 19; Tandoğan, Borçlar, 67.

¹⁴¹ Seliçi, İnşaat, 23.

¹⁴² Uygur, Borçlar Özel, 7612; Kılıçoğlu, Eseri Yapma, 188; Akipek, Ş, 98. TBK. m. 67 "*borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*". Bu genel kurala göre borçlu, borcunu bizzat ifa etmek zorunda değildir. Ediminin ifasında alacaklının rızası olup olmamasına bakılmaksızın, üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir. Böylece bu madde borcun ifasında "*ifanın gayri şahsiliği*" ilkesini kabul etmektedir. Üçüncü kişiler yerine getirebilecekleri ve borçlunun şahsen ifa zorunluluğu bulunmadığı edimler "*misli edimlerdir (vertretbare Leistungen)*" Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 884-887; Eren, Sona Erme, 100-101.

¹⁴³ Eren, Müteahhit, 64; ayrıca bkz. Berki, Hizmet Akdi, 1014-1015.

¹⁴⁴ Eren, Müteahhit, 64. Federal Mahkemenin de bu yönde bir kararı bulunmaktadır. Karara göre inşa eserinin meydana getirilmesi açısından müteahhidin kişisel yetenekleri özellikle etkili çalışması, sözüne güvenilmesi, edimlerinin kaliteli olması, parasal gücü gibi etkenler önem arz etmektedir. Bu tür inşaatta müteahhit inşa eserini yardımcı kişilere kendi yönetimi altında yaptırmayı. Ancak bunu alt müteahhide devretmemelidir. BGE 103 11 55. Karar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 71.

Başka bir deyişle müteahhit, inşaat işini icra etmek için yardımcı kişi kullanabilir¹⁴⁵. Özellikle, büyük inşaat işlerinde, inşaat işinin tek bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi düşünülemez. Keza anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde de genel müteahhit tüm inşaat işlerini tek başına yerine getiremez¹⁴⁶. Ayrıca büyük inşaatlarda görüldüğü gibi, müteahhidi, joint venture veya konsorsiyum ya da sermaye ortaklığı olan anonim veya limited şirketler şeklinde de görmek mümkündür. Bu durumda inşaat işini üstlenen inşaat şirketi, ekibi arasında iş bölümü yapar, bunların işini nasıl yerine getirdiğini denetler ve bu ekip arasında organizasyon sağlayacak mekanizmayı kurar. İnşaat işlerinde işin müteahhide verilmesi işin daha ucuza mal edilmesinden ziyade, daha kaliteli inşa eserinin yapılması içindir. Bu sebeple, müteahhit inşaat işinde ehil kişileri çalıştırmak zorundadır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen durumlarda, müteahhidin inşa eserini şahsen meydana getirmesi söz konusu olmaz¹⁴⁷. Doktrinde *Seliçi*'nin de haklı olarak belirttiği gibi, inşaat işlerinde müteahhidin şahsen ifa borcu kendi denetim ve yönetimi altında yürütme borcu haline dönüşmüştür¹⁴⁸.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi müteahhidin işin başında bulunması zorunluluğunu öngörmüştür. Gerçekten de, YİĞŞ m. 19'e göre, inşaat işinin belli kısımlarının başkasına devredilebilmesi için idareden izin alınması gerekir. Aynı Şartname m. 49'e göre ise, kural olarak inşaat işlerinin önemli kısmını müteahhit kendi yönetimi altında yaptırmalıdır¹⁴⁹.

Müteahhidin inşa eserini şahsen veya kendi yönetimi altında yaptırması hükmü emredici bir hüküm olmadığından, taraflar bunun aksini her zaman

¹⁴⁵ Seliçi, İnşaat, 24. Bu açıdan müteahhit inşa eserini meydana getirmek üzere kendi yönetimi altında çalışan işçileri kullanabilir. 4857 sayılı Türk İş Kanununu m. 2 uyarınca: "*Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*".

¹⁴⁶ Seliçi, İnşaat, 24.

¹⁴⁷ Seliçi, İnşaat, 24.

¹⁴⁸ Seliçi, İnşaat, 25.

¹⁴⁹ YİĞŞ m. 19'de şu hüküm yer almaktadır: "*Yüklenicinin üslenmiş olduğu işin devamı süresince, iş yerinde bulunması esastır. Bununla birlikte, yüklenici, işlerin gecikmesine ve durmasına yol açmamak şartı ile noterce düzenlenmiş bir vekaletnameyle tam yetki almış ve idarece kabul edilmiş bir vekil birakarak iş başından ayrılabilir.*

Yüklenici veya vekili iş yerinden ayrılmalarını gerektiren hallerde, yapı denetim görevlisinden izin almak zorundadır".

kararlařtırabilirler¹⁵⁰. Meselâ taraflar, inşa eserinin bir kısmını veya tamamını alt müteahhide verilmesi konusunda anlayabilecekleri gibi, inşaatın bir kısmını veya tamamını alt müteahhide verilmemesini de kararlařtırabilirler¹⁵¹.

Müteahhit, inşa eserini bizzat meydana getirme veya kendi yönetiminde başkasına yaptırma borcuna aykırı davranması halinde, sözleşmeyi ihlâl edeceğinden, bu yüzden doğan zararlardan sorumlu tutulabilir¹⁵². Bu durumda inşaat sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkı TBK. m. 106'ye göre saklıdır.

Irak hukukunda da, asıl olan müteahhidin inşa eserini bizzat meydana getirmesidir. Ancak, uygulamada genel müteahhidin özellikle büyük inşaat işlerinde tüm işleri bizzat yapması mümkün değildir. Dolayısıyla müteahhit, inşa eserinin yerine getirilmesinde kendi yönetimi altındaki işçileri çalıştırabileceği gibi, alt müteahhitlik sözleşmesi yaparak, inşaat işinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhitlere yaptırabilir de. Gerçekten de, IMK. m. 882/1'de "*müteahhit işin tamamını veya bir kısmını, sözleşmede bunu yasaklayan bir şart olmadıkça veya işin niteliği müteahhidin kişisel özelliği üzerinde durmayı gerektirmedikçe, başka bir müteahhide bırakabilir.*" hükmü yer almaktadır. Anılan hükme göre, müteahhit, inşaat işinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide bırakabilir. Zira burada müteahhit inşaat sahibine karşı üstlendiği borcu ifa etmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple, Irak hukukunda da müteahhidin şahsî nitelikleri söz konusu olmadığı hallerde, inşaat işi, müteahhidin idaresi altında çalışan işçiler veya bağımsız olarak çalışan alt müteahhitlere bırakılabilir.

Irak hukukunda da, işçiler, alt müteahhitten farklı olarak, asıl müteahhidin yönetim ve idaresi altında işlerini yürütürler. Alt müteahhit ise, işini asıl müteahhitten bağımsız olarak yerine getirir. Bunun içindir ki, alt müteahhit üstlendiği işin nasıl gerçekleştirileceğini, inşaatın plân ve projesinin nasıl uygulanacağını, kullanılan malzeme ve işçilerinin seçimini kendisi yapar¹⁵³. Alt müteahhit, bağımsız yardımcı kişi, asıl müteahhidin yönetim ve idaresi altında çalışan işçiler ise, bağımlı yardımcı kişilerdir. Asıl müteahhitte alt müteahhit arasındaki hukukî ilişki inşaat sözleşmesiyle düzenlenirken, asıl müteahhitte işçiler

¹⁵⁰ Eren, Müteahhit, 64; Tandoğan, Borçlar, 73.

¹⁵¹ Eren, Müteahhit, 64; Kılıçoğlu, Eseri Yapma, 195 vd.

¹⁵² Tandoğan, Borçlar, 73; Eren, Müteahhit, 64.

¹⁵³ Şeneb, 26-27; el-Senhurî, el-Ukud, 10-11; Musa, 263-264.

arasındaki hukukî ilişki hizmet sözleşmesiyle düzenlenir. İMK. m. 900/I'e göre "hizmet akdi bir akittir ki onunla taraflardan biri işini karşı tarafın hizmetine tahsis eder ve bu işin yerine getirilmesinde onun idaresi ve yönetimi altında olur. Bunun karşılığında karşı taraf bir ücret taahhüdünde bulunur. İşçi özel olarak kiralanmış olur". Söz konusu madde hükmüne göre, hizmet sözleşmesinin en önemli özelliği, işçinin sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin idaresi ve yönetimi altında çalışmasıdır. İMK. m. 900/II'ye göre "hizmet akdini istisna akdinden ayırt eden, birincisinde iş sahibinin işçiyi işi yaptığı zaman idare veya yönlendirme hakkı ya da en azından yönetim hakkı olduğudur". Anılan hükmü göz önünde bulundurduğumuz zaman, asıl müteahhidin alt müteahhitler değil, işçileri üzerinde olan idare ve yönetim hakkı ortaya çıkar.

Sonuç olarak, Türk ve Irak hukukunda kural, müteahhidin inşaat sözleşmesi gereğince üstlendiği inşa eserini kendisi tarafından meydana getirilmesidir. Ancak özellikle büyük inşaat işlerinde müteahhidin, bütün işleri tek başına meydana getirmesi imkânsızdır. Bu sebeple, müteahhit, söz konusu hallerde borcunun ifasında bağımlı yardımcı kişi niteliğinde olan işçileri kullanabilir. Çünkü, TBK. m. 356 ve İMK. m. 882 hükümlerinde müteahhide, şahsî niteliklerinin söz konusu olmadığı hallerde, inşa eserinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhitlere bırakmayı müsaade edilmektedir.

B. Müteahhidin inşa eserini başkasına (alt müteahhide) yaptırma yetkisi

1) Genel olarak alt müteahhitlik ilişkisi

Çok büyük inşaat işlerinde genel müteahhidin, her biri bir uzmanlık alanını oluşturan tüm kısmî edimleri tek başına veya kendi yönetimi altında gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Yukarıda da açıklandığı gibi, inşaat işlerinde bir kısım edimler uzmanlık, bilgi, teknoloji, yeni makine vs. gerektirmektedir¹⁵⁴. Müteahhit bunların tümünü tek başına yerine getiremez. Bu sebeple genel müteahhit, bir kısım edimleri alt müteahhitlere vermek zorundadır¹⁵⁵. Meselâ, bir genel müteahhidin kendisi veya yönetimi altında bulunanların, sıva, elektrik, fayans döşeme vs. işlerini kendilerinin

¹⁵⁴ 5, II.

¹⁵⁵ Tandoğan, Borçlar, 77-78; Şenocak, İfa, 104.

görmeleri fevkalâde zordur¹⁵⁶. Bu durumda genel müteahhidin yaptığı alt müteahhitlik sözleşmesi, inşaat sahibi ile müteahhit arasında daha önce akdedilen asıl inşaat sözleşmesinden doğan borcun ifasını amaçlamaktadır. Durum böyle olunca, alt müteahhitlik sözleşmesi müteahhitler arasında meydana gelmektedir¹⁵⁷. Başka bir deyişle, böyle bir halde söz konusu sözleşmenin her iki tarafı da müteahhitlerdir.

İnşa eserinin tamamını veya bir kısmını gerçekleştirmek için, asıl müteahhidin alt müteahhitle yaptığı “*alt müteahhitlik sözleşmesi*” niteliği itibariyle bir inşaat sözleşmesidir¹⁵⁸. Alt müteahhit inşaa eserinin tamamını veya bir kısmını hiçbir kimsenin denetimi ve gözetimi altında olmadan gerçekleştirir. Alt müteahhit kendisine devredilen iş itibariyle asıl müteahhitten daha uzmandır¹⁵⁹. Buna karşılık bazı yazarlar¹⁶⁰ alt müteahhitlik sözleşmesinin inşaat sözleşmesi niteliğinde olduğunu, ayrıca alt müteahhidin kural olarak bağımsız yardımcı kişi olduklarını kabul etmelerine rağmen, alt müteahhidin asıl müteahhitten tam bağımsız olmasının şart olmadığını ileri sürmektedirler. Sözleşmede kararlaştırıldığında veya işin niteliği gerektirdiğinde, alt müteahhidin asıl müteahhidin şahsî yönetimi veya denetimi altında çalışabileceklerini savunmaktadırlar.

Alt müteahhitlik sözleşmesinin taraflarından biri olan asıl müteahhit, inşaa eserini meydana getirme borcunu inşaat sözleşmesiyle inşaat sahibine karşı üstlenen kişidir. Alt müteahhit ise, asıl müteahhidin kendi borçlarının tamamının veya bir kısmını ifa etmek için bıraktığı kişidir. İnşaat sahibi, bu alt müteahhitlik sözleşmesine taraf değildir. Ancak bu anlamda söz konusu sözleşmenin temelini teşkil eden asıl inşaat sözleşmesinin en önemli taraflarından biridir. Buna rağmen, alt müteahhitlik sözleşmesi ne olursa olsun, inşaat sahibini etkilemektedir¹⁶¹.

¹⁵⁶ Alt müteahhitlik sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için mutlaka inşaat sözleşmesine taraf olan müteahhidin genel müteahhit olması gerekli değildir. İnşaat projesinde yer alan edimlerinin bir kısmı için inşaat sahibiyle sözleşen müteahhit de alt müteahhitlik sözleşmesi akdedebilir. Keza alt müteahhit de yeni bir (alt müteahhitlik sözleşmesi) yapabilir. Burada önemli olan, alt müteahhitlik sözleşmesi açısından, inşaat sahibi konumunda olan müteahhit ise, inşaat sahibi ile doğrudan akdî ilişkisi değil, önemli olan inşaa eserinin meydana getirmek ve sonuçta kendi borcunu ifa etmek amacıyla başka bir müteahhitle bu işi gerçekleştirmek için anlaşmış olup olmamasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, 2.

¹⁵⁷ Akkanat, 3; Yalçınduran, 24.

¹⁵⁸ Eren, Müteahhit, 65.

¹⁵⁹ Tandoğan, Borçlar, 77-78; Eren, Müteahhit, 65.

¹⁶⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 77-78; Eren, Müteahhit, 65.

¹⁶¹ Akkanat, 3; Yalçınduran, 24.

Alt müteahhitlik sözleşmesinin müteahhidi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Asıl inşaat sözleşmesindeki müteahhitliğin tarzı, burada önemli değildir. Dolayısıyla ister “tek (yalnız) müteahhitlik (Alleinunternehmer)” ister müteahhitliğin konsorsiyum tarzında olsun, müteahhit borçlandığı edimlerin tamamını veya bir kısmını alt müteahhitlik sözleşmesi yaparak, yerine getirilmesini bir alt müteahhide bırakabilir¹⁶².

İnşaat işinin tamamının veya bir kısmının yapılmasının alt müteahhide bırakılabilmesi ya asıl inşaat sözleşmesinde kararlaştırılır veya inşaat sahibinin rızasıyla olur. Bunun haricinde, TBK. m. 356/II de belirtilen hal var ise, yine inşaa eserinin yapılması başka bir alt müteahhide devredilebilir. Anılan hükme göre, inşaat işinde asıl müteahhidin şahsî nitelikleri önemli değilse, müteahhit taahhüt ettiği inşaat işini başkasına yaptırabilir. İnşaat sahibi, inşaat sözleşmesinde asıl müteahhide, inşaat işinin tamamının veya belli kısımlarının alt müteahhide devir yetkisini verebilir. Asıl müteahhit, inşaat işinin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide devredebilme yetkisini, inşaat sözleşmesinin yapıldığı sırada alabileceği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra ayrı bir sözleşme ile de alabilir¹⁶³. İnşaat sahibi, belli işler için devir yetkisi verdiğiğinde, bunun dışında kalan işler devredilemez¹⁶⁴. İnşaat sahibinin, bazı işlerin alt müteahhide verilmesi hususunda yasak koyması durumunda, bu yasağın dışında kalan işler, asıl müteahhit tarafından alt müteahhide verilebilir¹⁶⁵.

Türk hukukunda, “Sözleşmenin devri” kenar başlığı taşıyan YİĞŞ m. 47’de “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.

¹⁶² Akkanat, 4. İnşaat sözleşmesinde inşa eserini meydana getirmekle yükümlü olan müteahhit şirket şubeleri bir alt müteahhit olamaz. Ancak bu durum holdinglerde farklıdır. Çünkü holding ana ortaklık veya yavru ortaklıktan her biri diğerinin alt müteahhidi olması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 78.

¹⁶³ Eren, Müteahhit, 65; Tandoğan, Borçlar, 80.

¹⁶⁴ Tandoğan, Borçlar, 80; Eren, Müteahhit, 65. Asıl müteahhit kısmî edimleri yerine getirilmesi için alt müteahhide verebileceği gibi, inşaat sözleşmesini bir bütün olarak üçüncü bir kişiye devredebilir. Türk hukukunda hakim görüşe göre müteahhit, inşaat sahibinin ad ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Müteahhit bu durumda inşaat sahibinin vekili veya müteahhidi olarak hareket etmektedir. Irak hukukunda kabul edilen görüşe göre, inşaat sözleşmenin devri alacağın temliki ve borcun nakli kurallarına göre yapılır. Buna göre asıl müteahhidin haklarının geçirilmesine alacağın temliki borçlarının geçirilmesine ise, borcun nakli kuralları uygulanır. İnşaat sözleşmesinin devrine inşaat işlerinde pek rastlanılmadığı için, ayrıntılı olarak ele alınmamaktadır. Geniş bilgi için bkz. Yavuz, Borçlar, 468; el-Fazlı, 453; Mübarek, el-Mukavil, 38-43.

¹⁶⁵ Tandoğan, Borçlar, 80; Eren, Müteahhit, 65.

Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur..." ifadesi yer almaktadır.

TKİSK. m. 16'da sözleşmenin devrini ihale yetkilisinin yazılı iznine bağlamıştır¹⁶⁶. Böyle bir devir halinde ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz olarak devredilen sözleşmeler feshedilir, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26'ncı madde hükümleri uygulanır. TKİK. m. 15 uyarınca müteahhitlik sözleşmesi imzalanmadan önce, idare onaylamak üzere, müteahhitten hangi işlerin alt müteahhide yaptırmak istediğini ve alt müteahhitlerin listesinin kendisine sunulmasını isteyebilir¹⁶⁷.

Irak hukukunda (IMK. m. 882/I) müteahhit, inşa eserinin meydana getirilmesinde, asıl inşaat sözleşmesinde alt müteahhitliği kabul etmeyen bir şart olmadıkça veya müteahhidin şahsî nitelikleri söz konusu olmadığı hallerde, alt müteahhitlik sözleşmesi yaparak, inşa eserini tamamını veya bir kısmını alt müteahhide yaptırabilir. Asıl müteahhit, inşaat sahibine karşı alt müteahhidin yerine getireceği işlerden sorumludur¹⁶⁸. Gerçekten de, IMK. m. 882/II'de şu hüküm yer almaktadır: *"lâkin asıl müteahhit iş sahibine karşı ikinci müteahhitten (alt müteahhitten) sorumlu kalır"*. Ancak aynı maddenin 1. fıkrasında asıl müteahhidin inşaatın tamamını veya bir kısmını alt müteahhide vermesine iki istisna getirmiştir. Bunlardan birincisi, asıl inşaat sözleşmesinde inşaat işinin alt müteahhide verilmemesi hususunda yasaklayıcı bir şartın olmasıdır. Bu durumda müteahhit, inşaat işinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide veremez. Burada müteahhit inşa eserini kendisi veya kendi yönetim altında çalışan işçilere yaptırmakla mükelleftir¹⁶⁹. Bazen asıl inşaat sözleşmesi, inşaat işinin alt müteahhide verilmesini inşaat sahibinin iznine bağlar. Böyle bir izin olmadan asıl müteahhit inşaat işini alt

¹⁶⁶ TKİSK. m. 16 uyarınca *" sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devir edildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26'ncı madde hükümleri uygulanır"*.

¹⁶⁷ Abacıoğlu, 139; Turguter/Tokmaklı, 512; Hamurcu, 87. TKİK. m. 15 gereğince *"İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz"*.

¹⁶⁸ Şeneb, 86; el-Fazlı, 445.

¹⁶⁹ Şeneb, 87; Mübarek, el-Mukavil, 44.

müteahhide yaptırılmaz¹⁷⁰. Ancak inşaat sahibi bu yasaklayıcı şartın kullanılmasından feragat ederse, artık bu şartı ileri süremez. Ayrıca söz konusu şartı inşaat sahibinden başkası kullanamaz. Başka bir deyişle, böyle bir yasaklayıcı şartın bulunmasına rağmen, asıl müteahhit sözleşmeye aykırı davranarak inşaat işini bir alt müteahhide verirse bu aykırılığı ancak inşaat sahibi ileri sürebilir¹⁷¹. İkinci istisna ise, işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Buna göre inşaat işi, müteahhide kendisinde bulunan bazı özel sebeplerle verilmişse, meselâ, çok güvenilir bir müteahhit olması veya üstün bir teknolojiye sahip ya da piyasada bir isim yapmış bir müteahhit olması halinde, yine müteahhit inşaat işini alt müteahhitlere veremez. İMK. m. 888/II'de göre "*eğer sözleşme sanatçı veya mühendis ya da mimar veya diğer serbest mesleklerle uğraşanlarla yapılırsa, daima müteahhidin şahsiyeti sözleşmede (istisna sözleşmesinde) itibar konusu olduğu kabul edilir. İşçiler ve imalâtçılarla yapılan sözleşmelerde bu niteliklerin var olduğu farz edilir. Ancak bunun aksini gerektiren bir delil veya örfün bulunmaması gerekir. Sair durumlarda özellikle büyük inşaat işlerinde müteahhidin şahsî nitelikleri değil, müteahhidin isminin piyasada ulaştığı yer sözleşmenin birinci itibar konusu olduğu farz edilir*"¹⁷². Bu madde hükmünden anlaşılıyor ki, büyük inşaat işlerinde müteahhidin özel şahsî nitelikleri itibar konusu olmaz. Ancak, burada piyasada yaptığı isim, malî durumu, sahip olduğu teknoloji, alet, teknik imkânlar ve yanında çalıştığı teknisyenler sözleşmede itibar konusu olur¹⁷³. Böylelikle, müteahhit inşaat sözleşmesinde kişisel niteliklerinin söz konusu olmadığı hallerde, inşaatın tamamını veya bir kısmını alt müteahhitlere verebilir. Ancak, büyük inşaat işlerinde müteahhidin piyasadaki ismi vs. itibar konusu olduğu için, inşaat sahibinden izin almadan alt müteahhitlik sözleşmesini yapamazlar¹⁷⁴. Bununla birlikte, şunu belirtmek gerekir ki, alt müteahhitliğe en çok büyük inşaat işlerinde başvurulur¹⁷⁵. İnşaatın büyük olup olmadığının belirlenmesi hâkimin

¹⁷⁰ Şeneb, 87. Bu yasaklayıcı şart asıl inşaat sözleşmesinde yer alabileceği gibi, daha sonra müteahhitte inşaat sahibi yeni bir sözleşme yaparak böyle bir şart üzerinde anlaşabilirler. Mübarek, el-Mukavil, 45.

¹⁷¹ Mübarek, el-Mukavil, 45.

¹⁷² Bu maddenin birinci fıkrasına göre "*müteahhidin şahsî yetenekleri sözleşmede itibar konusu ise, istisna sözleşmesi müteahhidin ölümüyle sona erer. Ancak itibar konusu değilse, sözleşme kendiliğinden sona ermez...*" Bu hükümden anlaşılıyor ki, müteahhidin şahsiyetinin söz konusu olup olmaması, sözleşmenin sona ermesinde büyük önem arz etmektedir.

¹⁷³ Mübarek, el-Mukavil, 48.

¹⁷⁴ Mübarek, el-Mukavil, 48. Büyük olmayan inşaat sözleşmelerinde malî itibar veya piyasadaki isim itibar konusu olmaz. Burada olsa olsa müteahhidin kişisel nitelikleri söz konusu olur.

¹⁷⁵ el-Fazlî, 445; Akrafi, el-Şerikat, 255.

takdirindedir. Burada hâkim inşaatın hacmi, inşaatın konusu ve diğer durumları göz önünde tutarak karar verir¹⁷⁶.

İİMİİĞŞ 4. maddesine göre “müteahhit işlerin tamamında alt müteahhitlik sözleşmesi yapma hakkı yoktur. Sözleşmede üzerinde anlaşılan durumlar haricinde işlerin herhangi bir kısmı üzerinde, mühendisin (yapı denetim görevlisinin) önceden alınmış yazılı izin olmadan (ki bu izin makûl bir sebep olmadan mahrum kılınmamalı) alt müteahhitlik sözleşmesi yapma hakkı yoktur. Ancak, böyle bir iznin verilmesi müteahhidin sorumluluklarından veya sözleşmedeki borçlarından herhangi birini ortadan kaldırmaz. Asıl müteahhit, alt müteahhidin kendisinden veya vekillerinden veya müstahdemlerinden ya da işçilerinden kaynaklanan herhangi bir yapma veya yapmama ya da kusurlarından sorumlu olur. Bu yapma veya yapmama ya da kusur sanki asıl müteahhidin kendisinden veya vekillerinden veya müstahdemlerinden ya da işçilerinden kaynaklanmıştır” ifadesi yer almaktadır. Bu madde hükmü inşaat işinin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide verilmesinde bir ayırım yapmaktadır. Buna göre müteahhit, inşaat işinin tamamını alt müteahhide bırakamaz. Kural olarak, inşaat işlerinde kısmî edimlerin de asıl müteahhit tarafından yapılması gerekir. Ancak inşaat sözleşmesinde kısmî edimlerin alt müteahhide verileceği hususu düzenlenmişse veya böyle bir alt müteahhitlik sözleşmesi yapılmadan önce inşaat sahibi (idarenin) ya da mühendis (yapı denetim görevlisi) yazılı olarak izin veriyorsa, müteahhit inşaatın bir kısmını alt müteahhide yaptırabilir¹⁷⁷. Fakat, inşaat sahibi veya mühendis haklı veya makûl bir sebep olmadan, inşaatın bir kısmını alt müteahhide yaptırması konusunda izin vermekten kaçınmamalıdır. Böyle bir durumda izin vermemek, İMK. m. 7’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması olur¹⁷⁸. Meselâ, inşaat sözleşmesinin konusu olan inşaat çok büyük olur ve müteahhit de bu işleri tek başına veya işçileriyle yapamayacak

¹⁷⁶ Mübarek, el-Mukavil, 49.

¹⁷⁷ Mübarek, el-Mukavil, 51-52; MUSA, 263-264; Gayis, 51. Burada inşaat sahibinin veya müteahhidin izninin isteme sebebi inşaat işini sağlam bir şekilde meydana getirmektir. Geniş bilgi için bkz. Akrafi, el-Şerikat, 256.

¹⁷⁸ Irak Medenî Kanunu’nda hakkın kötüye kullanılması m. 6 ve m. 7’de düzenlenmiştir. İMK m. 6’ya göre “... Bir kimse hakkını doğru bir şekilde kullandığı takdirde, bu kullanma sonucunda doğan zararlardan sorumlu değildir.” İMK m. 7’ye göre “Bir kimse hakkını doğru bir şekilde kullanmaması halinde sorumlu tutulur”. İMK 7/II ise, hakkın kullanılmasının ne zaman ve hangi hallerde hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiğini belirtmiştir. Anılan maddeye göre; şu haller hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder: Hakkın kullanılmasından amaç sadece başkalarına zarar vermek (uğratmak); hakkın kullanılmasından amaçlanan yararın önemi, başkalarının uğradığı zarara göre çok daha az veya hakkın kullanılmasından amaçlanan yarar haksız ise, hak kötüye kullanılmış demektir.

durumdaysa veya inşa eserinin daha iyi bir şekilde meydana gelebilmesi için, bu işi bir alt müteahhide verilmesi gerekiyorsa; hele alt müteahhitlik sözleşmesinin yapılacağı alt müteahhit çok yetenekli ve becerikliyse, alt müteahhitlik sözleşmesinin yapılması için gerekli olan iznin verilmemesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder¹⁷⁹. Görülüyor ki, Irak Medenî Kanunu'nda genel kural, inşaat işinin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide verilebilmesidir. Ancak, sözleşmede yasaklayıcı bir şartın bulunması veya sözleşmenin niteliği alt müteahhit tarafından yapılmaya elverişli değilse, bu durumda işin asıl müteahhit tarafından yapılması gerekir. Irak İnşaat Mühendisliği İnşaat İşlerinin Genel Şartnamesinde genel kural ise, inşaatın tamamının veya bir kısmının alt müteahhitlere verilmemesidir. Fakat inşaatın bir kısmının sözleşmede alt müteahhide verilmesine izin verilmesi veya inşaat sahibinin yazılı izin vermesi hallerinde alt müteahhitlik sözleşmesi yapmak mümkündür¹⁸⁰. Müteahhit bu kurallara aykırı davrandığı takdirde, inşaat sahibi Medenî Kanundaki genel kurallar gereğince, sözleşmeyi feshedebilir veya inşa eserini müteahhide yaptırır (aynen ifa) ve her iki durumda da tazminat talep edebilir. Ayrıca İİMİİĞŞ. m. 65 gereğince inşaat sahibi, işin kalitesine zarar verecek bir şekilde veya mühendisin talimatına aykırı bir tarzda asıl müteahhidin inşaat işinin bir kısmının alt müteahhide verdiğini tespit ederse söz konusu inşaat işini asıl müteahhitten geri alabilir¹⁸¹.

Irak Eski Devrim Komuta Konseyi'nin 05.06.1974 tarih 3393.45.km sayılı kitabı (yazısı) gereğince, müteahhitlerin resmî mercilerden izin almadan işi alt müteahhide bırakmalarını yasaktır¹⁸².

Sonuç olarak Türk Borçlar Kanunu ve Irak Medenî Kanunu hükümlerine göre inşaat sözleşmesinde aksine bir şart olmadıkça veya müteahhidin şahsî nitelikleri inşa eserinin meydana getirilmesinde söz konusu olmadığı durumlarda, inşa eserinin tamamı veya bir kısmı alt müteahhide yaptırılabilir. Ancak, her iki hukuk sistemi açısından da, idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin inşaat işini alt müteahhide verebilmesi kural olarak resmî mercilerin iznine tâbi tutulmuştur.

¹⁷⁹ Mübarek, el-Mukavil, 52.

¹⁸⁰ Mübarek, el-Mukavil, 53; Musa, 263-264.

¹⁸¹ Mübarek, el-Mukavil, 53-54; Şeneb, 87.

¹⁸² 792 sayılı ve 1970 tarihli Irak Eski Geçici Anayasası m. 42/I göre, Devrim Komuta Konseyi tarafından verilen kararlar Kanun hükmündedir.

2) Asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki

Asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişki, bunların arasında kurulan sözleşmeye dayanır. Çünkü, böyle bir halde müteahhit kendi ad ve hesabına alt müteahhitle yeni bir inşaat sözleşmesi yapmıştır¹⁸³. Söz konusu sözleşme gereğince alt müteahhit, bir ücret karşılığında asıl müteahhide karşı, bir inşa eserini meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi taahhüt eder¹⁸⁴. Bu sebeple alt müteahhit, eserin ayıplarından dolayı asıl müteahhide karşı sorumlu olur. Keza alt müteahhit inşa eserini meydana getirirken gerekli özeni göstermelidir¹⁸⁵. Alt müteahhitlik sözleşmesinde asıl müteahhit inşaat sahibi konumunda, alt müteahhit de asıl müteahhit konumunda olur¹⁸⁶.

Kural olarak alt müteahhitlik, sözleşmesi asıl inşaat sözleşmesinden bağımsız olan bir inşaat sözleşmesidir. Ancak bu sözleşmeyle bağlantılı olması da mümkündür¹⁸⁷. Ayrıca asıl inşaat sözleşmesi alt müteahhitlik sözleşmesinden bazı hususlarda farklılık arz edebilir¹⁸⁸. Ücretin her iki sözleşmede biri birinden farklı olması buna misal gösterilebilir.

Alt müteahhitlik sözleşmesi genel olarak asıl inşaat sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olduğu için, alt müteahhit inşaat sahibine karşı değil, asıl müteahhide karşı inşa eserini ayıpsız olarak meydana getirme ve teslim etme borcunu taahhüt etmektedir¹⁸⁹. Alt müteahhit, sözleşmeye aykırı davranarak, asıl müteahhidin, inşaat sahibine karşı olan borcunu gereği gibi yerine getirememesine sebep olursa, asıl müteahhit uğradığı zararın tazminini alt müteahhitten isteyebilir¹⁹⁰. Bu sonuç, hem Türk hem de Irak hukuku açısından geçerlidir. Ancak burada Irak hukuku açısından önemli bir konuya değinmek gerekir. İMK. m. 870/I'de müteahhit, inşa eserinin yıkılması ve inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı inşaat sahibine karşı on yıllık bir süre ile sorumludur. Müteahhidin böyle uzun bir süre ile sorumlu tutulması inşaat sahibinin inşaat konusunda gerekli tecrübe ve bilgiye sahip

¹⁸³ Tandoğan, Borçlar, 82; Eren, Müteahhit, 66; Aral, Borçlar, 340.

¹⁸⁴ Aral, Borçlar, 340; Tandoğan, Borçlar, 82.

¹⁸⁵ Eren, Müteahhit, 66.

¹⁸⁶ el-Senhurî, el-Ukud, 212.

¹⁸⁷ Aral, Borçlar, 340; Tandoğan, Borçlar, 83. Buna misal olarak, alt müteahhidin ediminin kapsamını veya yapılacak inşa eserinin niteliklerini, asıl inşaat sözleşmesinin içeriğine göre belirlenmesi, alt müteahhitlik sözleşmesinde bunu zımnen veya açıkça kararlaştırılması gösterilebilir. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 83.

¹⁸⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 213.

¹⁸⁹ Eren, Müteahhit, 66.

olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁹¹. Buna karşılık, IMK. m. 870/II'ye göre alt müteahhit, asıl müteahhide karşı inşa eserindeki ayıplardan dolayı on yıllık süre ile sorumlu değildir. Böyle bir durumda alt müteahhit, inşaat sektöründeki örfün gerektirdiği süre ile sorumlu olur. Burada sorumluluk süresinin on yıl olmaması, tarafların inşaat konusunda tecrübe ve bilgiye sahip olmasından kaynaklanmaktadır¹⁹². Ancak böyle bir halde, inşaat işi alt müteahhide verilmiş olmasına rağmen, asıl müteahhit, inşaat sahibine karşı inşa eserindeki yıkılma veya bunun sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı on yıllık süre ile sorumludur¹⁹³.

Alt müteahhidin ayıptan sorumluluğu açısından, ayıbın açık veya gizli olması arasında bir ayırım yapmak gerekir. İnşa eserindeki ayıp açık olmasına rağmen, asıl müteahhit buna itiraz etmeden, inşa eserini teslim alıp kabul ederse örfün belirlediği sürede alt müteahhide rücu etmekten feragat etmiş sayılır¹⁹⁴. Ayıbın gizli olduğu hallerde ise, inşaat sektöründeki örfün belirlediği süreye kadar asıl müteahhit alt müteahhide rücu edebilir¹⁹⁵. Açıklanan hususlarda Irak hukukunda Türk hukukundan farklı sonuçlar yer almaktadır.

Sonuç olarak, Türk ve Irak hukukunda alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki ilişki yeni bir inşaat sözleşmesi niteliğini taşır. Bu sözleşmede alt müteahhit asıl müteahhide karşı bir inşa eserinin meydana getirilmesini üstlenir ve bundan sorumludur.

3) Alt müteahhit ile asıl inşaat sahibi arasındaki ilişki

İnşaat sözleşmesinde inşaat sahibi ile alt müteahhit arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu iki taraf arasında herhangi bir borç ilişkisi de mevcut değildir. Bu sebeple kural olarak, alt müteahhitten inşa eserini meydana getirme ve bunu kendisine teslim etmeyi ancak asıl müteahhit isteyebilir¹⁹⁶. Ancak inşaat sahibi, şartları gerçekleştiği takdirde, haksız fiil hükümlerine (TBK .m. 41) dayanarak hakkını talep edebilir¹⁹⁷. Kural böyle olmakla birlikte, iki durumda inşaat

¹⁹⁰ Tandoğan, Borçlar, 84.

¹⁹¹ el-Senhurî, el-Ukud, 219-220; el-Fazlî, 449-450.

¹⁹² el-Senhurî, el-Ukud, 219-220; el-Fazlî, 449-450.

¹⁹³ el-Fazlî, 450; el-Senhurî, el-Ukud, 220.

¹⁹⁴ el-Senhurî, el-Ukud, 219; el-Fazlî, 450.

¹⁹⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 219; el-Fazlî, 450.

¹⁹⁶ Tandoğan, Borçlar, 84; Eren, Müteahhit, 66; Aral, Borçlar, 340; Akipek, Ş, 102 vd.

¹⁹⁷ Eren, Müteahhit, 66; Aral, Borçlar, 340; Tandoğan, Borçlar, 85.

sahibi doğrudan doğruya sözleşmeye dayanarak alt müteahhide karşı haklarını ileri sürebilir. Bu hallerden biricisi, alt müteahhidin asıl müteahhit tarafından kendisine verilen işlerin ayıpsız ve zamanında yerine getireceği hususunda, inşaat sahibine karşı doğrudan doğruya sözleşmeyle taahhüt altına girmesidir¹⁹⁸. Bu durumda alt müteahhit taahhüdünü yerine getirmemezse, inşaat sahibi doğrudan doğruya alt müteahhide karşı sözleşmeye dayanarak sorumluluk davası açabilir¹⁹⁹. İkinci halde ise, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki inşaat sözleşmesinin inşaat sahibinin yararına olmasıdır. Ancak bu sözleşmenin TBK. m. 111/II anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini taşıması gerekir²⁰⁰. Bu durumda inşaat sahibi alt müteahhide karşı tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurallarına göre bazı talepler ileri sürebilir²⁰¹.

İnşaat sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir akdî ilişki bulunmadığı için, inşaat sahibinin alt müteahhide bir ücret ödeme borcu da yoktur. Alt müteahhit ücreti yalnız kendisiyle sözleşme yapan asıl müteahhitten isteyebilir²⁰². Alt müteahhidin ücreti çok düşük veya asıl müteahhidin ödeme gücü zayıf olsa dahi durum değişmez²⁰³. Ancak inşaat sahibi, asıl müteahhidin alt müteahhide ödemeyi taahhüt ettiği ücretten dolayı müteselsil sorumlu olmayı kabul etmişse (TBK. m. 141) alt müteahhit ücret alacağını doğrudan doğruya ya da ücretin asıl müteahhit tarafından ödenmemesi halinde inşaat sahibinden isteyebilir. Keza inşaat sahibi kefil olarak alt müteahhide ücretin ödeneceğini taahhüt etmiş veya ona bu hususta garanti vermiş olduğu durumlarda da alt müteahhit ücreti inşaat sahibinden talep edebilir²⁰⁴.

Irak hukukunda da kural olarak inşaat sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir hukukî ilişki yoktur. Bu açıdan inşaat sahibi inşa eserinin meydana getirilmesini alt müteahhitten değil, asıl müteahhitten talep edebilir. Ancak, Irak hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, iki halde iş sahibi doğrudan alt müteahhide başvurabilir. Bunlardan birincisi, alt müteahhidin bir sözleşmeyle, inşaat sahibine, inşa eserinin meydana getirilmesini taahhüt etmesi halidir. İkincisi ise alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki alt müteahhitlik sözleşmesinin, IMK. m. 152 anlamında

¹⁹⁸ Tandoğan, Borçlar, 85; Aral, Borçlar, 340; Eren, Müteahhit, 66.

¹⁹⁹ Tandoğan, Borçlar, 85; Yavuz, Borçlar, 467.

²⁰⁰ Tandoğan, Borçlar, 85; Aral, Borçlar, 341.

²⁰¹ Eren, Müteahhit, 66; Tandoğan, Borçlar, 85.

²⁰² Tandoğan, Borçlar, 88; Eren, Müteahhit, 66; Aral, Borçlar, 341.

²⁰³ Tandoğan, Borçlar, 88; Yavuz, Borçlar, 468.

üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğini taşıması halidir. Söz konusu hallerde, inşaat sahibi bu iki durumda inşaatın eksiksiz ve ayıpsız olarak teslim edilmesini doğrudan doğruya alt müteahhitten talep edebilir.

Alt müteahhit kural olarak ücreti doğrudan doğruya inşaat sahibinden isteyemez. Ancak, Irak Medenî Kanunu bunun aksine bir hüküm getirmiştir. Gerçekten de, İMK. m. 883/I'de "*alt müteahhidin veya işin icrasında asıl müteahhidin hesabına çalışan işçiler müteahhidin zimmetinde olan alacaklarını doğrudan doğruya iş sahibinden isteme hakkı vardır. Bununla birlikte, söz konusu alacağın dava açıldığı zaman asıl müteahhidin borçlu olduğu miktarı aşmaması şarttır. Alt müteahhidin işçilerinin de asıl müteahhit ve iş sahibine karşı bu gibi hakları vardır*" hükmü yer almaktadır. Buna göre, alt müteahhit, asıl müteahhitteki ücretin alacağını asıl müteahhidin ödeme gücü olsa bile, doğrudan doğruya inşaat sahibinden talep edebilir. Böylece alt müteahhit ve işçiler inşaat sahibinden ücret ve inşaatta kullanılan malzemenin parasını, asıl müteahhitteki alacağın miktarını aşmaması şartıyla isteyebilirler²⁰⁵. İMİİĞŞ. m. 60/II uyarınca alt müteahhit, mühendisin yazısı doğrultusunda, kesintiler hariç, asıl müteahhitte olan ve vermediği tüm meblağları doğrudan doğruya inşaat sahibinden isteyebilir. Burada inşaat sahibi alt müteahhide ödediği meblağları alt müteahhide karşı kendi zimmetinde bulunan veya bulunacak meblağlardan düşürür. Ancak asıl müteahhit bu meblağların hapsinin veya ödemesinin kabul etmemesinin makûl sebeplere dayandırılarak, yazılı şekilde inşaat sahibine bildirmişse alt müteahhit, asıl müteahhitte olan ücret alacağını inşaat sahibinden talep edemez.

Sonuç olarak Türk ve Irak hukukunda alt müteahhitlik ilişkisi alt müteahhit ile asıl müteahhit arasında meydana geldiği için alt müteahhitte inşaat sahibi arasında herhangi bir hukukî ilişki doğurmaz. Ücret açısından Türk hukukunda alt müteahhidin inşaat sahibine müracaat etmesi genel kurallara dayanır. Başka bir deyişle, müteselsil borçluluk ve kefalet hallerinde alt müteahhit inşaat sahibine başvurabilir. Irak Medenî Kanunu bu hallere ek olarak İMK. m. 883/I hükmü ile, alt müteahhidin asıl müteahhitten olan alacaklarını asıl müteahhidin inşaat sahibinden

²⁰⁴ Tandoğan, Borçlar, 88; Eren, Müteahhit, 66; Aral, Borçlar, 341.

²⁰⁵ el-Fazlî, 453; Servet, c. 2, 256; Irak Temyiz Mahkemesi, 9.4.1991, K. 561/Medeniye Ule/90; vd.); 15.3.1992, K. 297/Medeniye Ule/92 (Kararlar için bkz. el-Meşhadanî, 204-205; 216-217 vd.)

olan alacak miktarını aşmamak kaydıyla, doğrudan doğruya inşaat sahibinden isteyebileceği kabul edilmiştir.

C. Birden fazla müteahhidin birlikte inşa eserinin meydana getirilmesini üstlenmesi

Birden fazla müteahhit, özellikle büyük inşaat işlerini gerçekleştirmek üzere, bir araya gelebilirler. Böyle hallerde, müteahhitler aralarında konsorsiyum veya joint venture şeklinde bir ortaklık kurarlar. Burada amaç müteahhitlerin birbirlerinin imkânlarından yararlanarak, genellikle büyük inşa eseri meydana getirmektir. Müteahhitler arasında kurulan birliklerin çeşitleri aşağıda ilk önce Türk hukuku, daha sonra da Irak hukuku açısından sırasıyla ele alınmıştır.

1) Türk hukukunda konsorsiyum ve joint venture

a) Konsorsiyum

İnşaat işlerinde bazen inşa eserinin meydana getirilmesi birden fazla müteahhit tarafından üstlenilir. Böyle hallerde müteahhitler, aralarında bir konsorsiyum²⁰⁶ kurarak, hep birlikte inşa eserini meydana getirirler. Burada müteahhitlerin inşaat işini birlikte gerçekleştirmek için bir araya gelmeleri söz konusu olmakla birlikte, her biri diğerinden bağımsız olarak inşaat işinin bir bölümünün yerine getirilmesinden sorumludur²⁰⁷. Bu sebeple konsorsiyumun, müşterek sermaye, makine, personel ve araç gereci bulunmamaktadır²⁰⁸. Meselâ büyük inşaatı gerçekleştirmek isteyen şirketlerden birincisi izolasyon, ikincisi asfalt döşeme, üçüncüsü otoyolda kurulacak köprülerin yapılması, dördüncüsü otoyoldaki tünellerin yapılmasında uzman şirketler olabilir. Büyük otoyol ihalesine katılan şirketlerin her biri sözleşme yapıldıktan sonra, inşaat sahibine karşı kendi uzmanlık alanına giren bölümün inşasında sorumluluğu üstlenirler. Ancak bu müteahhitlik şirketleri tek başlarına bir varlık gösteremedikleri için, bir araya gelip, aralarında bir grup kurarak ihaleye girerler. İşte bu grubu oluşturan şirketler arasında meydana gelen ilişkiye konsorsiyum adı verilir. Bu durumdaki müteahhitlerin birlikte hareket etmeleri, sadece üçüncü kişilere

²⁰⁶ Konsorsiyum kavramının kelime kökü Latincedeki "*concordium*" veya "*consortio*" kelimelerinden gelmektedir. Bu kavram, birlik, katılım, ortak mülkiyet gibi anlamlara gelir. Geniş bilgi için bkz. Acar, 17; Tekinalp, G./ Tekinalp, Ü., 162 vd.

²⁰⁷ Barlas, 174.

²⁰⁸ Akkanat, 24.

karşıdır. Bu müteahhitlik firmaları kendi aralarında bir yan müteahhit gibidirler. Bu sebeple denilebilir ki, konsorsiyum, iktisadî birliklerin en zayıf halkasını oluşturur²⁰⁹.

Genel olarak konsorsiyum müteahhitlik türü, belli bir amacı gerçekleştirmek için kurulur. Özellikle büyük inşaat sözleşmelerindeki projelerin yapılmasında bu yönteme başvurulur²¹⁰. Burada söz edilmesi gereken bir mesele de, konsorsiyumla joint venture kavramlarının aynı olmadığıdır. Joint venturenin aksine, konsorsiyumda teşebbüslerin birleşmesi veya bir araya gelmeleri şart değildir. Ayrıca konsorsiyumda çoğu zaman işi yürütmek için belirli bir organizasyonun, özellikle, bir tüzel kişinin kurulmasına ihtiyaç yoktur. Bu sebeple, konsorsiyum ortaklardan her biri inşaaata başlamadan önce projeyi ve ihale alındıktan sonra kendisinin gerçekleştireceği inşaat işi için maddî finansman, iş gücü araç gereci kendisi bulmak zorundadır²¹¹. Buna karşılık, joint venture'de, ortak bir amaca ulaşmak için müşterek bir organizasyona ihtiyaç vardır²¹². Keza, konsorsiyuma katılanlar genel olarak sadece işin belirli bir bölümünün sorumluluğunu üstlenirler²¹³. Konsorsiyum joint venture'den geçici ortaklık özelliği taşıması açısından da farklılık arz etmektedir²¹⁴. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, konsorsiyumun amaçladığı bazı işlerin gerçekleştirmesi uzun zaman alabilir²¹⁵. Kural olarak konsorsiyum amacını gerçekleştirdikten, yani inşaat işini bitirdikten sonra ortadan kalkar²¹⁶. Ancak burada konsorsiyumun sona ermesi için projedeki işin tamamen tamamlanması gerekir²¹⁷. Bir otoyolun yapımını üstlenen konsorsiyum, ancak, otoyol projesinin tamamının meydana getirilmesi ve işin kabulü ile son bulur.

Konsorsiyum kâr ve zararın paylaşılması açısından da joint venture'den farklıdır. Joint venture'de kâr ve zarar ortaklar arasında paylaşılırken, konsorsiyuma katılanlar (üyeler) yaptıkları işlerden elde ettikleri kâra ve uğradıkları zarara kendileri

²⁰⁹ Akkanat, 25; Dayınlarlı, Müşavir, 90-91.

²¹⁰ Akkanat, 24. Bazı yazarlar konsorsiyumun geçici ortaklıkla eş anlamlı olduğu kanısındalar, ancak *Barlas*'a göre konsorsiyumun çoğu zaman geçici ortak vasfını taşımakla birlikte bunu sadece bir uyulama şeklini teşkil etmektedir. Dolayısıyla adı geçen kavramla geçici ortaklık kavramının eş anlamlı olduğunu söylemek pek doğru değildir. Zira bu tür ilişkilerin bazılarında özellikle bazı oy konsorsiyumları hiçbir şekilde geçici ortaklığa benzemez. Keza her geçici ortaklık ilişkisine de konsorsiyum adı verilmez. Geniş bilgi için bkz. *Barlas*, 174.

²¹¹ Acar, 28.

²¹² Kaplan, Ortaklık, 20; *Barlas* 175.

²¹³ *Barlas*, 175.

²¹⁴ *Barlas*, 175.

²¹⁵ *Barlas*, 176-177.

²¹⁶ *Barlas*, 179; Acar, 9.

²¹⁷ Acar, 9.

katlanmalıdırlar²¹⁸. Ancak her iki kurum arasında bulunan farklılıklara rağmen, bazı yazarlar konsorsiyum ile joint venrur'a kavramlarını eş anlamlı olarak ele alıp incelemektedirler²¹⁹.

Konsorsiyum ilişkisi sözleşmeye dayalı bir ilişkidir. Söz konusu sözleşmenin tarafları gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Ayrıca bu sözleşmenin teşebbüsler arasında gerçekleşmesi gerekmez. Böylece konsorsiyum sözleşmesi, sadece gerçek kişiler veya yalnız tüzel kişiler arasında kurulabileceği gibi, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında da kurulabilir. Başka bir deyişle, inşaat konsorsiyumlarında iki veya daha fazla girişimci, bir tüzel kişi meydana getirmeksizin kendi kaynak ve becerilerini birleştirerek diğerlerinden bağımsız olarak inşaat sahibine karşı inşa eserini meydana getirmeyi taahhüt eder. Böylece her müteahhit kendi payına düşen işi yapmayı üstlenir²²⁰.

Konsorsiyumun hukukî temelini adî şirket (TBK. m. 520-541) oluşturur. Ancak ortaklar arasındaki hukukî ilişkiye, adî şirkete ilişkin hükümlerin yerine, daha çok ortakların kurdukları konsorsiyum sözleşmesindeki hükümler uygulanır²²¹.

Konsorsiyumda, ortaklar arasındaki ilişki adî şirket ilişkisi olduğundan, her bir ortağın inşaat sahibine karşı sorumluluğu müşterek ve müteselsil sorumluluktur²²². Konsorsiyum ortaklarının inşaat sahibine karşı olan müşterek ve müteselsil sorumlulukları konsorsiyum sözleşmesinde bir şart olarak yer almakla birlikte, esas olarak inşaat sahibiyle yaptıkları inşaat sözleşmesinde yer alır²²³. Ortaklarından birinin işe devam edememesi halinde diğer ortaklar işi bitirmek zorundadırlar. Bu sonuç konsorsiyum ortaklarının inşaat sahibine karşı müşterek ve müteselsil sorumlu olmasından kaynaklanmaktadır²²⁴.

Konsorsiyumun temeli her ne kadar adî şirkete dayalı ise de, konsorsiyuma katılan ortakların, olağan sorumluluk rejimi farklılık göstermektedir. Konsorsiyuma katılan ortakların üçüncü şahısla yaptıkları sözleşmede konsorsiyumun yapısı

²¹⁸ Acar, 25.

²¹⁹ Y. 13. HD. 2.10.1995, E. 7761, K. 8331 (YKD, 1996/1, 55 vd.) kararlarında da bu iki kavramı karıştırarak joint venture ve konsorsiyum kavramları eş anlamlı tutmuştur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Barlas, 175. Ayrıca bkz. 26.5.1997, E. 1680, K. 2741 (KBİB, 818/m. 356).

²²⁰ Acar, 8.

²²¹ Akkanat, 25; Uygur, Borçlar Özel, 7616.

²²² Acar, 10.

²²³ Acar, 10.

²²⁴ Acar, 10-11.

gerektirdiği durumlarda müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir²²⁵. Buna göre, her ortak diğer âkide karşı sadece kendi üstlendiği iş için, münhasıran sorumlu olur. Buna karşılık, konsorsiyum ortakları aralarında iş paylaşımı yapmadan, her biri, işin tümünün ifasından sorumlu olmayı taahhüt etmişlerse, yukarıda da açıklandığı üzere, gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyumdan söz etmek mümkün değildir. Bu durumda ya "*salt sözleşmeye dayalı joint venture*" (*contractual joint venture*) veya adı şirketin müteselsil sorumluluk hükümlerinin geçerli olduğu diğer bir modeli ortaya çıkmaktadır²²⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, Türk hukukunda *Barlas* haklı olarak, birden fazla müteahhidin bir araya gelerek inşaat sahibine karşı büyük bir inşaatın tamamının ifasından müteselsilen sorumlu olmalarını konsorsiyum olarak nitelendirmelerinin kavram karışıklığına yol açtığını belirtmektedir. Zira burada konsorsiyum değil, salt sözleşmeye dayalı joint venture söz konusudur. Buna rağmen, bazı yazarlar bu durum için müteahhitler konsorsiyum kavramını kullanmıştır²²⁷.

Kanaatimizce konsorsiyum konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için, konsorsiyuma katılan ortaklarla (müteahhitlerle) inşaat sahibi arasındaki ilişkiyi ayrıntılı olarak incelemekte yarar vardır. Konsorsiyum, inşaat sahibi ile konsorsiyuma katılan ortaklar (müteahhit) arasındaki ilişki açısından dış konsorsiyum ve iç konsorsiyum olarak ikiye ayrılır²²⁸.

aa) Dış konsorsiyum

Konsorsiyuma katılan ortaklar inşaat işi için açılan ihaleye teklif verip işi aldıktan sonra da, konsorsiyuma dahil ortaklar, hep birlikte inşaat sahibiyle bir inşaat sözleşmesi yapmalarına dış konsorsiyum adı verilir. Dış konsorsiyum söz konusu olduğu durumlarda konsorsiyuma katılan ortakların hepsi inşaat sahibiyle inşa eserinin meydana getirilmesine ilişkin sözleşmeyi imzalarlar veya ortaklar kendi aralarında seçtikleri bir ortağa yani pilot firmaya (*lead party*) imza yetkisi verirler, sözleşmeyi de bu yetkili firma imzalar²²⁹. Dolayısıyla burada konsorsiyum ortaklığı ile inşaat sahibi arasında doğrudan bir ilişki gerçekleşmiş olur²³⁰. Yukarıda da

²²⁵ Barlas, 178.

²²⁶ Barlas, 178-179.

²²⁷ Seliçi, İnşaat, 18; diğer yazarlar için bkz. Barlas, 179.

²²⁸ Bu ayırım bazı yazarlar tarafından yapılmıştır. Geniş bilgi için bkz. Akkanat, 25-27. Ayrıca bkz. Barlas, 178.

²²⁹ Acar, 30.

²³⁰ Acar, 30. Akkanat, 25. YİĞŞ m. 51/I gereğince bir inşaat işinin yapılması için bir konsorsiyum oluşturulmuşsa bu konsorsiyum ortaklarından biri pilot firma veya koordinatör ise, bunu idareye

açıklandığı üzere, konsorsiyumun adı şirket niteliğinde olduğundan, TBK. m. 534/cü. 3 gereğince, konsorsiyuma katılan ortakların hepsi üstlendikleri iş dolayısıyla inşaat sahibine karşı müteselsilen sorumlu olurlar²³¹. Ancak projede yer alan işlerin müştereken yerine getirilmesi gerekmez. Başka bir deyişle, iç ilişkide konsorsiyum ortaklarının her biri kendisine düşen kısmın yerine getirilmesini, diğer ortaklara karşı üstlenir²³². Buna göre, konsorsiyum ortaklarından her biri kendi hissesine düşen işin gerçekleştirilebilmesi için, gerekli olan araç, gereç ve işçileri vs. temin etmek zorundadır. Dış ilişki ise, konsorsiyum ortaklarının inşaat sahibine karşı üstlendikleri inşaat işini birlikte yapıp teslim etmelerinden ibarettir²³³.

İnşaat sözleşmesinde konsorsiyumun amacı bir inşa eserinin meydana getirilmesidir. Bu sebeple, konsorsiyumun inşaat sözleşmesine bağımlı bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun sonucu olarak inşaat sözleşmesinin, her hangi bir sebeple ortadan kalkması halinde, konsorsiyum sözleşmesi de sona ermiş olur²³⁴.

Konsorsiyum işlerinin sevk ve idare yetkisi konsorsiyuma katılan ortaklardan birine verilir²³⁵. Bu yetkiye sahip olan konsorsiyum ortağı, meydana getirilecek inşa eseri bölümlerinin bir bütünlük içerisinde icra edilmesini ve ortaklar arasında koordinasyonu sağlar²³⁶. Ancak kendisine sevk ve idare yetkisi verilen ortağın durumu, inşaat sözleşmesindeki genel müteahhide benzemekle birlikte, inşaat sahibine karşı inşa eserini meydana getirme hususunda tek başına sorumlu değildir. Çünkü burada müşterek ve müteselsil sorumluluk söz konusudur.

bb) İç konsorsiyum

Konsorsiyum ortaklarından en az biri inşa eserini meydana getirmek için gerekli olan projenin hazırlanmasına katılmakla birlikte, dışa karşı inşaat sözleşmesini kendi adına, iç ilişkide ise, bu işlemi konsorsiyuma katılan tüm ortakların hesabına

bildirmek zorundadır. Ancak bu konsorsiyumun inşaat işinin yapılmasını pilot firmayla veya koordinatör ile yapılması konsorsiyum ortaklarının müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

²³¹ Akkanat, 25.

²³² Acar, 20; Akkanat, 25.

²³³ Akkanat, 25; Acar, 9.

²³⁴ Acar, 14.

²³⁵ Yönetim yetkisi konsorsiyuma katılan birden fazla ortağa da verilebilir. Bu konuda bkz. Barlas, 177.

²³⁶ Akkanat, 25; Barlas, 177. Yetkiye sahip olan konsorsiyum ortağı konsorsiyuma katılan tüm ortakları adına ve hesabına hareket eder. Böylece bu durum, konsorsiyum varlığı ve inşaat sözleşmesini bir konsorsiyumla yapıldığını karşı taraf olan inşaat sahibi tarafından bilinmiş olacaktır. Ayırtılı bilgi için bkz. Barlas, 178.

yapmasına iç konsorsiyum adı verilir²³⁷. Bu durumda inşaat sahibiyle, işlemi gerçekleştiren ortak dışarıya karşı ortak olarak gözükmek²³⁸. Görülüyor ki iç konsorsiyum yalnız ortaklar arasında söz konusu olmaktadır.

İç konsorsiyumda inşaat sözleşmesini inşaat sahibiyle gerçekleştiren ortak işlemi kendi adına yaptığı için dışa karşı bütün sorumluluğu kendisi üstlenir²³⁹. Başka bir deyişle, iç konsorsiyumda, bu işlemde doğan tüm hak ve borçlar, ilk etapta doğrudan doğruya işlemi gerçekleştiren konsorsiyum ortağı nezdinde doğar²⁴⁰. Söz konusu ortak, dış ilişkide inşa eserinin meydana getirilmesi borcu bakımından, inşaat sahibine karşı, yalnız başına sorumlu olur²⁴¹. Buna karşılık, iç ilişkide inşaata ilişkin projenin konsorsiyumu oluşturan ortaklar arasında kısımlara bölerek bunları yerine getirilmesini kendi aralarında üstlenirler.

b) Joint Venture

aa) Kavram

İnşaat sektöründe özellikle uluslararası büyük ihaleler, maddî açıdan çok yüksek rakamlara ulaşmaktadır. Söz konusu inşaat işleri, teknolojik açıdan özel uzmanlık ve bilgi birikimini gerektirmektedir. Büyük müteahhitlik ihalelerini almak ve bu inşaat işlerini icra etmek amacıyla, aralarında ya adî şirket niteliğinde olan “sözleşmeye dayalı joint venture (*contractual joint ventures*)” veya tüzel kişilik şeklinde kurulan “sermayeye katılımlı (*equity joint ventures*)” limited şirket veya anonim şirket şeklinde joint venture kurulur²⁴². İnşaat sektöründe meydana getirilen joint venture’de önemli olan birden fazla müteahhidin bir inşa eserini meydana getirmek

²³⁷ Barlas, 178.

²³⁸ Akkanat, 26.

²³⁹ Akkanat, 26.

²⁴⁰ Barlas, 178.

²⁴¹ Akkanat, 26.

²⁴² Joint venture terimi Amerikan ve İngiliz hukuku kökenlidir. Bu tür müşterek iş ortaklığı, Alman hukukunda "*Gemeinschaftsunternehmen*" veya "*Arbeitsgemeinschaft*" deyimleri ile ifade edilmektedir. Fransız hukukunda ise, joint venturenin her değişik türü için değişik tesmiyeler mevcuttur. Dolayısıyla adı geçen hukuk sisteminde "*association d'entreprises*" veya "*groupement d'entreprises*" "*entre-prise*" veya "*entreprise commune*" gibi terimler kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, Ortaklık, 1 vd. Joint venture kavramı olarak, müşterek maceraya atılmak, riski birlikte üstlenmek veya riskli bir işe birlikte atılmak anlamlarına gelmektedir. (Barlas, 187-188). Türk hukukunda joint venturenin karşılığı olarak Kaplan tarafından "müşterek iş ortaklığı"; bazı yazarlar ise, "ortak girişim" deyimlerini kullanmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Sözleşmeler, 57 vd.; Ulaş, 151 vd. Barlas haklı olarak "müşterek iş ortaklığının", joint venturenin özel bir tipi olan iş ortaklığı ile karışıklığa sebebiyet verebileceği kanısındadır. Bu yüzden söz konusu kavramın kullanılmasına karşı çıkmaktadır. Buna rağmen Barlas'a göre "ortak girişim" deyimini, Türk dilinde en uygun olmakla birlikte, bu deyimden oturmaması için kullanılması uygun değildir. Biz de yazarın

üzere, bir ihaleyi almaları veya aldıkları ihaleyi sonuçlandırmak amacıyla bir araya gelmeleridir²⁴³.

Amerikan mahkemelerinin içtihatlarında yapılan bir tanıma göre "*joint venture, bir partnership veya tüzel kişiliği haiz her hangi bir şirketi kurmaksızın, belli bir ticarî işletmeden kâr elde etmek isteyen iki veya daha ziyade kişinin özel işbirliğidir*"²⁴⁴. Görülüyor ki, Amerikan hukukunda joint venture tanımı yapılırken, bu müesseseyi özellikle partnershipten²⁴⁵ ayıran doktrin ve içtihatlarda hakim olan tanıma göre joint venture "*iki veya daha fazla kişinin sadece bir işin gerçekleştirilmesi (icrası) için kâr elde etmek ve elde edilen kârı paylaşmak amacıyla oluşturulan bir ortaklıktır*"²⁴⁶.

Bir tanıma göre "*joint venture, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmek ve faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmektedir*"²⁴⁷.

İkinci bir tanıma göre joint venture, "*iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır*"²⁴⁸.

Joint venture'nin müşterek hususlarını dikkate alarak inşaat sektöründe joint venture'nin değişik tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre "*farklı iş sahalarındaki kişilerin belli bir süre için, emeklerini, kaynaklarını, belli bir inşaat işini tamamlamak için bir araya getirerek oluşturdukları birlikteliktir*"²⁴⁹.

İnşaat sektöründe joint ventureyi esas alan tanıma göre, "*inşaat sektöründe faaliyet gösteren iki veya daha fazla müteahhidin veya müteahhitlik firmasının veya*

gerekçelerini haklı bulduğumuz için, aynı sonuca katılmayı uygun bulmaktayız. Geniş bilgi için bkz. Barlas, 191; Dayınlarlı, Joint Venture, 1-2.

²⁴³ Akkanat, 28; Ciğerim, 3; Dayınlarlı, Joint Venture, 61 vd; ayrıca bkz. Dayınlarlı, Firmalar, 226 vd.

²⁴⁴ Bkz. Dayınlarlı, Joint Venture, 50.

²⁴⁵ Partnership kara Avrupa ve Türk hukuk sistemindeki kolektif şirketlere benzemesiyle birlikte tüzel kişiliğe sahip değildir Bkz. Kaplan, Ortaklık, 5.

²⁴⁶ Bkz. Kaplan, Ortaklık, 5, bkz. Tekinalp, G/Tekinalp. Ü, 149 vd.

²⁴⁷ Barlas, 188.

²⁴⁸ Kaplan, Ortaklık, 6.

²⁴⁹ Bkz. Acar, 22.

*gerçek kişi ya da tüzel kişiliğe haiz kurum, kuruluş veya şirketlerin müşterek bir inşaat işini gerçekleştirmek ve kâr elde etmek amacıyla sözleşmeye dayanarak kurdukları tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır*²⁵⁰.

Yukarda verilen değişik tanımlardan anlaşılıyor ki; joint venture ilişkisi, hukuken ve iktisaden bağımsız iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişiler arasında meydana gelir. Ancak ortaklar arasında meydana getirilen bu ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmasına gerek yoktur. Joint venture sözleşmesinin tarafları bu ortaklığı, belli bir amacı veya süreklilik arz eden bir faaliyeti, kâr ve kazanç elde etmek amacıyla kurarlar²⁵¹.

Uygulamada joint venture ilişkisi tek bir işin gerçekleştirilmesi için kurulur. Ancak bunun süreklilik arz eden bir işin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulmasında herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır.

Bazen müteahhitler veya inşaat şirketleri, coğrafi bölgeler itibariyle belirli inşaat işlerinin gerçekleştirilmesi için aralarında joint venture kurarlar. Bu durumda işi alan ortak firma ana müteahhit konumunda olduğu için inşaat işini ortaklardan birine bırakabilir.

Joint venture ortaklarının aynı ülkeden olmaları şartı yoktur. Bu sebeple joint venture'un ortakları aynı ülkenin milliyetinden "*ulusal joint venture*" olabilecekleri gibi, değişik ülkelerin milliyetinden "*uluslararası joint venture*" de olabilirler²⁵². Meselâ Irak'ta bir inşaat ihalesini alabilmek için birkaç Türk inşaat şirketi bir veya birkaç Irak inşaat şirketiyle, joint venture ortaklığı kurabilirler. İşte böyle bir halde uluslararası joint venture söz konusu olur. Bu tür uygulama her iki ülkeye mensup şirketlerin menfaatinedir. Zira Türk şirketleri Irak şirketleriyle ortak olmakla, Irak kanunkoyucusunun Irak şirketlerine tanıdığı ayrıcalıklardan yararlanmış olur. Keza ortakların bir kısmının Iraklı olması ucuz işçi bulma ve bazı fazla masraflardan kaçınılma açısından da büyük önem arz eder. Buna karşılık, Irak şirketleri de Türk inşaat şirketlerinin uzmanlığı, tecrübesi, inşaat sektöründeki üstün teknolojilerinden yararlanırlar.

²⁵⁰ Kaplan, Ortaklık, 7. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, Joint Venture, 61-62.

²⁵¹ Kaplan, Ortaklık, 7; Barlas, 8.

²⁵² Barlas, 192; Dayınlarlı, Joint Venture, 61 vd.

bb) Türleri

Joint venture ortaklığının en çok benzerliği bulunan konsorsiyumla farkını konsorsiyum ortaklığından söz ederken açıklandığından burada yeniden bu konu üzerinde durulmamıştır.

Yukarda da²⁵³ açıklandığı üzere, joint venture iki ana türden oluşmaktadır. Bunlar “sözleşmeye dayalı joint venture (*contractual joint venture*)” ve “sermayeye dayalı joint venture (*equity joint venture*)” sermaye şirketi şeklinde kurulan ortaklıktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki joint venture’un her iki türü de temeli itibariyle sözleşmeye dayanmaktadır. Başka bir deyişle, her iki türde de joint venture ilişkisi taraflar arasında sözleşme ile meydana gelmesine rağmen, ikisinin arasındaki fark ortakların joint venture'deki paylarının sermayeye dayanıp dayanamayacağından ibarettir²⁵⁴. Aşağıda joint venture’nin türleri kısaca ele alınmıştır.

aaa) Sözleşmeye dayalı joint venture (Contractual joint venture)

Sözleşmeye dayalı joint venture (*contractual, non-equity joint venture*) iki veya daha fazla hukuken ve iktisaden bağımsız gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından, bir sermaye şirketi şeklini almadan, tüzel kişiliğe sahip olmayan, tüzel kişiliği olmadığı gibi, kendine özgü paylara bölünmüş sermayesi bulunmayan²⁵⁵ kurulması herhangi bir resmî şekle tâbi olmayan, işin sonunda da kâr ve zararı paylaşıldığı ortaklıktır²⁵⁶. Bu tür joint venture genel olarak tek iş veya kısa süreli işlerde söz konusu olmasıyla birlikte, teknik yardımın veya yönetim gibi hususların uzun zamana yayılmasına engel teşkil etmez²⁵⁷.

Sözleşmeye dayalı joint venture tipik bir adî şirket oluşturur²⁵⁸. Bu şekilde bir araya gelen müteahhitler, kendi aralarında bir adî şirket kurmaktadırlar. Söz konusu adî şirket ortağı müteahhitler, inşaat sözleşmesini yaptıkları zaman, inşaat sahibine karşı müteahhit olarak inşa eserini yapmayı ve bunu ayıpsız olarak teslim etmeyi üstlenirler. Bu adî şirket ortağı müteahhitlerin her biri inşaat sahibine karşı işin

²⁵³ 5, II, C, 1, b, aa.

²⁵⁴ Kaplan, Ortaklık, 3; Barlas, 193.

²⁵⁵ Kaplan, Ortaklık, 3; Acar, 28; Barlas, 193; Dayınlarlı, Joint Venture, 227; Akyol, Sözleşmeler, 79. İnşaat sektöründe bu tür ortaklık tarafından son yıllarda Manş denizini delerek İngiltere ile Fransa'yı birleştiren “Manş Tüneli” inşa edilmiştir. Gerçekten de, söz konusu tüneli inşa etmek için beş İngiliz ve beş Fransız şirketi aralarında joint venture ortaklığı tesis etmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, 25-26.

²⁵⁶ Tanım için bkz. Martinek, 219; Acar, 28; Tekinalp, G/ Tekinalp, Ü, 157.

²⁵⁷ Barlas, 194; Acar, 28.

²⁵⁸ Barlas, 194; Akkanat, 28.

tamamının ifa edilmesinden sorumludur²⁵⁹. Ortaklar iç ilişkide birbirlerine karşı hak ve borçları ortaklığa katılma şartlarını göz önünde tutarak tespit edilir²⁶⁰. Kural olarak joint venture'de ortak maliyet, kâr ve zarar paylaşımı her ortağın hisse oranına göre yapılır. Bunun tabii bir sonucu olarak inşaat sahibi tarafından yapılan ödemeler hisse oranına göre ortaklara bölünür²⁶¹.

bbb) Sermayeye katımlı joint venture (Equity joint venture)

Sermayeye katımlı joint venture (*equity, corporate joint venture*) hukuken veya iktisaden birbirinden bağımsız iki veya daha fazla şirket ya da kişinin bağımsız mülkiyeti belli oranlarda kendilerine ait ve tüzel kişiliğe sahip kurmuş oldukları ortaklıktır²⁶². Böylece bu tür joint venturedede ortaklar tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirket çatısı altında birleşmektedirler²⁶³. Bu ortaklık kural olarak kurulduğu ülkenin şirketler hukukunun hükümlerine tâbi olurlar²⁶⁴.

Sermayeye katımlı joint venture uzun süreli inşaat işlerinde söz konusu olup, genellikle yabancı bir ülkede, o ülkenin tâbiyetindeki bir şirket ile kurulur²⁶⁵. Dolayısıyla tüzel kişiliğe sahip şirket şeklinde kurulan joint venture ortaklığı genel olarak uluslararası joint venture şeklini alır²⁶⁶.

2) Irak hukukunda konsorsiyum ve joint venture

Genel olarak tüzel kişiliği haiz olmayan, konsorsiyum ve joint venture adî şirket olarak kabul edilmektedir. Ancak Irak hukukunda adî şirket düzenlenmemiştir. Böylece Irak hukukunda, tüzel kişiliğe sahip olmayan şirket yoktur²⁶⁷. Buna rağmen

²⁵⁹ Akkanat, 28; Dayınlarlı, Joint Venture, 227 vd.

²⁶⁰ Akkanat, 28; Acar, 28.

²⁶¹ Akkanat, 28; Acar, 29. Sözleşmeye dayalı joint ventureyi, konsorsiyumdan ayıran en esas unsur ise bu ortaklığa ait sermaye, iş gücü katılımı ve araç gereç bulunmasına karşın konsorsiyumda her hangi bir sermaye veya işgücü katılımı söz konusu olmamasıdır. Zira konsorsiyumda sermaye katılımı borcu olmayıp yalnız her ortağın kendisine düşen iş yapmakla sorumlu tutulmaktadır. Bkz. Acar, 29.

²⁶² Tanım için bkz. Martinek, 219; Acar, 27; Kaplan, Ortaklık, 3; Akyol, Sözleşmeler, 79-80.

²⁶³ Kaplan, Ortaklık, 3. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, G/ Tekinalp, Ü, 166 vd; Dayınlarlı, Firmalar, 229 vd.

²⁶⁴ Acar, 28. Bu tip joint venture, sermaye şirketi şeklinde kurulması ve tüzel kişiliğe sahip olması açısından konsorsiyuma göre farklılık arz etmektedir. Keza bu ortaklığın belli süreli olmayan tam tersine uzun süreli işlerde söz konusu olması açısından da konsorsiyuma nazaran önemli bir fark ortaya koymaktadır. Ayrıca bir fark da, sorumluluk açısından dır. Buna göre bu tür ortaklıkta, ortaklar tüm mal varlıklarıyla değil, sadece şirkete kurdukları sermaye ile sınırlıdır. Bkz. Acar, 28; Kaplan, Ortaklık, 3.

²⁶⁵ Acar, 28.

²⁶⁶ Acar, 28. ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, Joint Venture, 244 vd.

²⁶⁷ Irak'ta ilk olarak şirketler Mecelle ile düzenlenmiş. Sonradan 1807 sayılı Fransız Ticaret Kanunundan hükümlerini alan 1850 sayılı Osmanlı Ticaret Kanunu ve 1882 yılında tadil edilen bu

Irak hukukunda da, akit serbestisi ilkesi çerçevesinde, adî şirket şeklinde bir ortaklık kurmak mümkündür. Zira bu şirketi kurmak için ticaret şirketlerin gerektirdiği prosedürlere ihtiyacı yoktur. Böylece Irak hukukunda da, birden fazla gerçek veya tüzel kişi bir inşaatı meydana getirmek için aralarında bir tüzel kişiliğe sahip olmayan konsorsiyum veya joint venture şeklinde bir ortaklık kurumaları mümkündür²⁶⁸. Ancak 1997 tarih ve 21 sayılı Irak Şirketler Kanunu m. 10/I gereğince, her iktisadî girişimin sanayi, ziraî ve inşaat sektörlerinde sermayesi 10.000.000 Dinara (yaklaşık 7000 US Doları) ulaştığı takdirde bu girişim 90 gün içinde bu kanunda yer alan anonim veya limited yahut kolektif ya da ferdî girişim (tek kişi şirketi)²⁶⁹ şirketlerinin birinin şeklini almak zorundadır. Kanaatimizce bu hükmün sevkiyle birlikte, Irak hukukunda, konsorsiyum ve joint venture’u adî şirket olarak şeklinde kurma imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Irak'ta inşaat işini veya herhangi bir işi gerçekleştirmek için, birden fazla yabancı gerçek veya tüzel kişi, adî şirket niteliğinde bir ortaklık (ister konsorsiyum ister joint venture) kuramaz²⁷⁰. Keza, yabancı şirketlerin, Irak'ta bir inşaat işini gerçekleştirmek üzere aralarında kurdukları konsorsiyum ve joint venture adî şirket niteliğinde olmaz. Zira bu ortaklığı oluşturan kişiler, 1989 tarih ve 5 sayılı Yabancı Şirketlerin ve İktisadî Müesseselerin Şubeleri ve Büroları Tüzüğü'nün 3. maddesine göre Irak'ta faaliyet gösteren yabancı şirketler ticaret sicilinde tescil edilmesi ve bu amacı gerçekleştirmek için Irak'ta bir şube açmaları gerekir. Bu şubenin açılmasıyla yabancı şirketlerce kurulan ortaklık (konsorsiyum ve joint venture) tüzel kişilik kazanır. Başka bir deyişle, söz konusu şartlara uygun olarak kurulan şirket Irak hukukuna göre tüzel kişiliğe sahip olur; böylelikle adî şirketin en belirgin özelliği de ortadan kalkar. Meselâ, bir Türk şirketi ile bir Amerikan şirketi aralarında bir joint

Kanun Irak'taki Şirketleri düzenlemişti²⁶⁷. Sonradan İngiliz işgali döneminde Hindistan Şirketler Kanunu uygulanmaya başlanmıştı. 1921'de Irak Devleti kurulduktan sonra, çıkarılan 1943 tarih ve 60 sayılı Ticaret Kanunu şirketleri detaylı bir şekilde düzenlememişti. Şirketler, 1951 tarih ve 40 sayılı Irak Medenî Kanunu düzenlenmişti. Bu Kanunda adî şirket de yer almıştı. Daha sonra kabul edilen 1957 tarih ve 31 sayılı Ticarî Şirketler Kanunu da adî şirketi düzenlemişti. el-Beldavî, 14. Ancak 1983 tarih ve 36 sayılı Irak Şirketler Kanunu adî şirketi düzenlememişti. Son olarak kabul edilen 1997 tarih ve 21 sayılı Irak Şirketler Kanunu da adî şirketi düzenlememiştir.

²⁶⁸ Akravî, el-Şerikat, 253. Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Durî, el-Tealuf, 15 vd.

²⁶⁹ Irak hukukuna göre (IŞK. m. 6/IV) tek kişi şirketi kurmak mümkündür. Gerçekten de IŞK. m. 6/IV'te aynen şu hüküm yer almaktadır : “Ferdî girişim (tek kişi şirketi) bir gerçek kişiden oluşup bu şirketteki bir hissenin maliki olur ve şirketin tüm borçlarından sınırsız olarak şahsen sorumlu olur”. Bu hükme göre bir gerçek kişi, tek kişi şirketi kurabilir. Anılan gerçek kişi, kurduğu şirketin tüm haklarına sahip olduğu gibi, tüm borçlarından şahsî olarak sorumlu olur.

²⁷⁰ Akravî, el-Şerikat, 253; el-Zehavî, 274-275; el-Durî, el-Tealuf, 37.

venture ortaklığı kurup, Irak'ta bir barajın veya bir elektrik santralının yapması ihalesini aldıklarında, bu ortaklığın Irak hukukuna göre, adı geçen işlere başlaması için, Irak ticaret sicilinde tescil edilerek şube açmalıdır. Bu durumda da bu ortaklık tüzel kişiliği haiz olur.

§ 6. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

İnşaat sözleşmelerinin tanımlarına bakıldığında, bu sözleşme niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, sürekli sözleşme benzeri görünümlü olmasına rağmen anî edimli bir sözleşmedir. Aşağıda inşaat sözleşmelerinin diğer karakteristik özellikleri kısaca incelenmiştir.

I. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri de inşaat sözleşmesidir. Bu sözleşmenin her iki tarafa da, yani inşaat sahibi ile müteahhit birbirlerine karşı bir edim üstlenmektedirler. İnşaat sözleşmesinde tarafların birbirlerine karşı yüklendikleri aslî edimler ise, müteahhidin inşa eserini meydana getirme ve inşa eserini inşaat sahibine teslim etme buna karşılık, inşaat sahibi ücret ödemeyi taahhüt etmesinden ibarettir²⁷¹. Böylece taraflardan birinin edimi diğer tarafın ediminin doğumu, fonksiyonu ve sona ermesi bakımından sebep ve karşılığını teşkil eder. Başka bir deyişle, bu edimler birbiriyle değiş-tokuş ilişkisi içerisindedirler²⁷². Doktrinde edimlerin bu şekilde değişim ilişkisine "*synallagma*" adı verilmektedir²⁷³.

İnşaat sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması hem Türk hem de Irak hukuku açısından geçerlidir.

II. İvazlı Bir Sözleşme Olması

İnşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Çünkü, bu sözleşmede müteahhide bir inşa eseri meydana getirip teslim etmesi karşılığında inşaat sahibi, müteahhide bir ücreti ödemeyi taahhüt eder. Bu sonuç, inşaat sözleşmesinin vazgeçilmez bir unsuru

²⁷¹ Eren, İnşaat, 51; Aral, Borçlar, 326.

²⁷² Eren, Borçlar, 200.

²⁷³ Eren, Borçlar, 200; Oğuzman/Öz, 45-46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 53; İnan, 80; ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, 8 vd.

olup, bunu da sonuçta inşaat sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olduğunu gerekli kılmaktadır²⁷⁴. İnşaat sözleşmesinin ivazlı olduğu hem Türk hem de Irak hukuku açısından kabul görmektedir.

III. Anî Edimli Bir Sözleşme Olması

Türk hukukunda, inşaat sözleşmesinin, sürekli bir borç ilişkisi veya anî edimli bir borç ilişkisi doğurduğu tartışmalıdır. Ancak her şeyden önce, şunu söylemek gerekir ki, inşaat sözleşmesinin anî edimli veya sürekli bir sözleşme olduğunun belirlenmesi zaman açısından, işin uzun veya kısa olarak devam etmesine bağlı değildir²⁷⁵. Bu konuda esas alınacak kıstas, sözleşmeye karakteristiğini veren, aslî edimi ifa edilmesinin zaman unsuru açısından taşıdığı özelliğidir²⁷⁶. İnşaat sözleşmesinde edimin ifası çift anlama gelmektedir. İlk olarak borçlu edimi yerine getirmek için bazı davranışlarda bulunması gerekmektedir. Buna göre borçlu, borcuna uygun davranmak zorundadır. Böylece müteahhit edim sonucunu meydana getirmek için, sözleşmeye uygun davranışlarda bulunup, buna aykırı olan, engelleyici davranışlardan kaçınmalıdır. Bunlara "edim fiilî" adı verilmektedir. İkinci olarak edimin yerine getirilmesi alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesine bağlıdır. Buna da "edim sonucu" adı verilmektedir. Böylece anî edimli borç ilişkileri ile, sürekli borç ilişkileri arasındaki kıstas edim sonucuna yönelik olmalıdır²⁷⁷.

Sözleşmenin anî edimli borç ilişkisi mi, yoksa sürekli borç ilişkisi mi yukarıdaki kıstas göz önünde tutarak belirlenir. Daha önce de belirtildiği gibi, doktrin ve uygulamada inşaat sözleşmesinin anî edimli veya sürekli bir sözleşme olduğu konusu tartışmalıdır. Bu konuda birkaç görüş bulunmaktadır:

Bir görüşe göre, inşaat sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Bu görüşü ileri sürenler, inşa eserini meydana getirme (hazırlama) unsurunu esas almaktadırlar. İnşaat sözleşmesi ile müteahhit bir sonucun gerçekleştirilmesi olan bir inşa eserinin meydana getirmesi yanında bunun için gerekli olan faaliyetler gösterme yani bir "iş görme edimi"ni de üstlenir. Genellikle bu iş görme ediminin uzun sürmesi ve zamana yayılması ücretin de yalnız inşa eserini değil, bu eserin

²⁷⁴ Eren, İnşaat, 51; Aral, Borçlar, 326; Baygın, 1; İnan, 79; Feyzioğlu, 26.

²⁷⁵ Seliçi, Borç İlişkisi, 4-5. Çünkü, bunu kabul etmek, tüm sözleşmeler sürekli sözleşme niteliğinde olduğunu benimsemektedir. Öz, Eser Sözleşmesi, 13; Baygın, 19; Kamber, 37.

²⁷⁶ Seliçi, Borç İlişkisi, 5-6; Baygın, 19; Öz, Eser Sözleşmesi, 13.

²⁷⁷ Seliçi, Borç İlişkisi, 7; Baygın, 20.

sonuçlanmasına yol açan çalışmaların da karşılığını kapsamaması sebebiyle, bu görüşü savunanlar, inşaat sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedirler²⁷⁸.

İkinci bir görüşe göre, inşaat sözleşmesi anî edimli bir sözleşmedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre inşaat sözleşmesi, sürekli bir sözleşme niteliğini taşımayıp, bilâkis mutlak bir anî edimli sözleşme niteliğindedir. İnşaat sözleşmesinde edim sonucu inşa eserinin tamamlanması veya bazen bunu takip eden inşa eserini inşaat sahibine teslimi ile meydana gelir. Çünkü, inşaat sahibinin ifaya olan menfaati bakımından bir zaman dilimi boyunca süren edim fiilleri sürekli bir borç ilişkisi oluşturmaz. Bunların, sadece müteahhidin ifa için yaptığı hazırlık çalışmaları veya hazırlık faaliyetleri olarak nitelendirilmesi gerekir. Böylece söz konusu hazırlık faaliyetleri, bir yandan sürerken, diğer yandan ifanın gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Çünkü, sözleşmede belirtilen sonuç tam olarak yerine getirilmeden, ifadan söz etme imkânı yoktur. Böylece hazırlık faaliyetleri uzun sürse bile inşaat sözleşmesine sürekli sözleşme niteliğini kazandırmaz²⁷⁹.

Üçüncü görüş ise, inşaat sözleşmesinin hem anî edimli hem de sürekli borç ilişkisinden oluştuğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşte olan yazarlar, bu sözleşmenin her iki tipin bir birleşiminin sonucu olduğunu savunmaktadırlar. Bu sebeple, söz konusu görüşe karma görüş demek de mümkündür. Bunun sonucu olarak inşaat sözleşmesi, mutlak olarak ne anî edimli bir sözleşme ne de sürekli bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle ilgili Yargıtay'ın 25.1.1984 tarih ve 3/1 İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı bu görüşü kabul etmiştir²⁸⁰.

Hâkim önüne gelen olaylarda menfaatler dengesini göz önünde tutarak anî edimli veya sürekli borç ilişkilerine özgü olan kurallar uygulanır²⁸¹. Yukarıda belirtilen kıstas göz önünde tutularak, inşaat sözleşmesinin anî edimli veya sürekli bir borç ilişkisini doğuran bir sözleşme olduğu ortaya çıkar. Gerçekten de, inşaat sözleşmesi kural olarak anî edimli bir sözleşmedir. Zira, edim sonucu inşa eserinin tamamlanması ile bunun teslimle gerçekleşmiş olur²⁸². Bu kuralın yanında istisnai

²⁷⁸ Erman, Beklenilmeyen Haller, 10-11; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 173-174; Erman, Düşünce, 212; Saraç, 226; Özyörük, 50 vd.

²⁷⁹ Seliçi, Borç İlişkisi, 26; Aral, Borçlar, 326 – 327; Yavuz, Borçlar, 452.

²⁸⁰ (YHD. Şubat 1984 s. 222 vd. YKD. Nisan 1984 s. 501 vd.)

²⁸¹ Serozan, Sözleşmeden Dönme, 184; Sungurbey, Sorunlar 4, 466, 471-473.

²⁸² Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 20.

hallerde inşaat sözleşmesi sürekli borç ilişkisi de doğurabilir. Çünkü bu durumlarda inşaat sahibinin ifa menfaati yaygın olması ve sürenin geçmesiyle artmasıdır. Dolayısıyla doğacak menfaatlerin zamana yaygın olması sebebiyle sürekli borç ilişkisi söz konusu olur²⁸³. Meselâ, tek bir inşa eserin varlığının zaman süreci içinde genişlediği durumu böyledir. Bu durumda inşa eseri ortaya çıktığı zaman bitmeyip, müteahhidin çalışmalarına devam etmesiyle kapsamı genişletmektedir. Müteahhidin metre başına bir bedel tespit edilerek arazinin belli bir doğrultusunda duvar örmesi borcunu üstlenmesi buna misal olarak gösterilebilir²⁸⁴. Görülüyor ki, istisnai durumlar hariç olmak üzere, inşaat sözleşmesinin anî edimli sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce bu görüş haklı ve inanılır gerekçelere dayanmaktadır.

Irak hukukunda inşaat sözleşmesinin anî edimli veya sürekli bir borç doğuran sözleşme tartışması ortaya atılmamıştır. Bu ise, inşaat sözleşmesinin anî edimli bir sözleşme olduğunun kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak Türk hukukundaki inşaat sözleşmesinin kural olarak bir anî edimli, istisnai hallerde sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunun Irak hukuku açısından da kabul edilmesinde herhangi bir mahzur olmadığı kanaatindeyiz.

²⁸³ Öz, Eser Sözleşmesi, 20-21, Baygın, 21.

²⁸⁴ Öz, Eser Sözleşmesi, 22.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASINDAN SORUMLULUĞU, BU SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 7. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASINDAN SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak Müteahhidin İnşa Eserdeki Ayıptan Sorumluluğu

İnşaat sözleşmelerinde müteahhit, üzerinde anlaşılan nitelik ve vasıfları taşıyan bir inşa eseri meydana getirip, bu şekilde de inşaat sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi, belli şartların da varlığı halinde, sorumluluğuna yol açar. Müteahhidin ayıptan sorumluluğunda Türk ve Irak hukuk sistemlerinde istisna sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır.

Müteahhit sözleşmede öngörülen nitelikte olmayan veya taşınması gereken niteliklere sahip olmayan bir inşa eserini meydana getirip inşaat sahibine teslim ettiğinde ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Anılan sorumluluğa Türk hukukunda BK. m. 359 vd.; Irak hukukunda ise IMK. m. 870 vd. hükümleri uygulanır. Burada müteahhit aslında borcunu gereği gibi ifa etmesi gerekirken, bu borcuna uygun davranmamıştır. Başka bir deyişle, müteahhit ayıpsız bir inşa eserini meydana getirip bu şekilde de inşaat sahibine teslim etmesi gerektiği halde, buna uygun davranmadığından ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Müteahhidin bu konudaki sorumluluğu, aslî edim borcunu gereği gibi ifa etmemesinden doğan bir sorumluluktur¹. Çünkü müteahhidin, inşa eserini, inşaat sahibinin ifa menfaatini karşılayacak bir tarzda meydana getirmesi gerekir. Bunun da tabii bir sonucu olarak müteahhit, inşaat sahibinin menfaatini karşılaması için ayıpsız olarak bir inşa eseri meydana getirip kendisine teslim edilmelidir. İnşaat sahibinin ifa talebi, ifa menfaatine uygun olarak sözleşmede vaad edilen niteliklere sahip, eksiklik ve ayıp taşımayan bir inşaatın yapılıp kendisine teslim edilmesini isteyebilir. Bu sebeple,

¹ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 32; sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği def'i hususunda geniş bilgi için bkz. Kaniti, 110 vd.

müteahhidin, eksik veya taraflarca öngörülen nitelikleri taşımayan bir inşaatı teslim etmesi durumunda, inşaat sahibinin menfaati gerçekleşmiş olmaz². Böylece inşaat sözleşmesinde müteahhidin inşa eserinin tesliminden sonraki ayıplardan sorumluluğu, üstlendiği ayıpsız bir inşa eserinin ve taahhüt edilen nitelikte olmayan, aksine inşa eserinin ayıplı ve inşaat sahibinin menfaatine uygun olmayan dolayısıyla inşa eserinin, sözleşmeye uygun olmayan bir şekilde meydana getirilmesinden doğan sorumluluğudur.

II. Müteahhidin İnşa Eserinin Tesliminden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, inşa eserinin tesliminden sonraki ayıplardan sorumlu olduğu gibi tesliminden önceki ayıplardan da sorumludur. Bu konuda hem Türk Borçlar Kanunu hem de Irak Medenî Kanunu'nda açık hüküm yer almaktadır. Teslimden önce inşa eserinin icrası safhasında müteahhidin kusurlu davranışlarının ayıplı bir inşa eserini meydana getireceğinin kesin ve kaçınılmaz olduğu hallerde, inşaat sahibine, teslimi beklemesine gerek kalmadan, borca aykırılık (akdin ihlaline) sorumluluğunda belirtilen önlemleri alması imkânı tanınmıştır (TBK. m. 358/II)³. Buna göre, inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıpları fark edince, müteahhitten belli bir süre içinde ayıbı gidermesini talep edebilir. İnşaat sahibi, ayrıca, müteahhit söz konusu süre içinde ayıbı gidermezse, ayıbın giderilmesini veya inşa eserinin icrasının devamını başka bir müteahhide bırakabileceğini ihtar eder. İnşaat sahibi, belirlediği süre sonunda, talebi sonuçsuz kalırsa, ayıbın giderilmesi veya inşaat işlerinin devamını, masrafı müteahhide ait olmak üzere bir başka müteahhide bırakılabileceği gibi, TBK. m. 106/II'deki haklarını da kullanabilir⁴.

Irak hukukunda müteahhidin teslimden önceki ayıpları, IMK. m. 869/I'de düzenlenmiştir. Anılan maddede; “*İş sahibi, işin yapılması sırasında müteahhidin*

² Uçar, 35-36; Seliçi, İnşaat, 128. Eksik iş ayıplı işten farklıdır. Bu sebeple eksik ifaya borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler (TBK. m. 96) uygulanırken, ayıplı ifa ise, TBK. m. 359-363 hükümlerine tâbi olur. YHGK. 27.9.2000, E. 15-1134, K. 1191 (KBİB, 818/m. 357); Y. 15. HD. 5.5.1987, E. 1258, K. 2010; Y. 15. HD. 5.10.1987, E. 775, K. 3419 (Kararlar için bkz KBİB, 818/m. 359).

³ TBK. m. 358/II gereğince: “*İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katıyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek, bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde, hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir*”.

bunları ayıplı ve sözleşmeye aykırı bir şekilde gerçekleştirdiğini fark ederse, müteahhide, belirlediği uygun bir sürede, yaptığı işleri düzeltmesi hususunda bir ihtar çeker. Bu süre içinde müteahhit söz konusu işlerini düzeltmez ise, iş sahibi, sözleşmenin feshini veya işin niteliği cevaz verdiği takdirde, işi, müteahhidin hesabına, başka bir müteahhide yaptırabilir. Ayıbın giderilmesi imkânsızsa sözleşme derhal feshedilebilir” ifadesi yer almaktadır. Bu madde hükmü uyarınca, müteahhit inşa eserini meydana getirirken sözleşmede üzerinde anlaşılan şartlara veya niteliklere aykırı olarak hareket ettiğinde, inşaat sahibi, müteahhidi inşa eserini sözleşme şartlarına aykırı veya ayıplı olarak meydana getirmemesi hususunda bir ihtar çekebilir⁵. Söz konusu ihtarda, inşaat sahibi müteahhitten uygun bir sürede ayıbı gidermesini ve ayıplı ifadan vazgeçmesini talep eder. Ancak müteahhit, ihtarda belirtilen sürede ayıbı gidermezse veya ayıplı ifadan vazgeçmezse, inşaat sahibi sözleşmenin feshini veya masrafları asıl müteahhide ait olmak üzere inşa eserinin başka bir müteahhide yaptırılmasını talep edebilir⁶. Meselâ müteahhit inşaatın temelini yanlış atmışsa, inşaat sahibi temeldeki ayıbın giderilmesi için müteahhide bir ihtar çekebilir. Ancak müteahhit temeldeki ayıbı belirtilen sürede giderip, ayıplı ifadan geri dönmezse, inşaat sahibi inşa eserinin tamamlanmasını beklemeden sözleşmenin feshini talep edebilir⁷. Ancak müteahhidin inşa eserinin meydana getirirken kullandığı yöntemdeki ayıbın, inşa eserinin değerini veya kullanımını etkilemediği hallerde, inşaat sahibi sözleşmenin feshi değil, ancak aynen ifa veya tazminat talebinde bulunabilir⁸. Bu itibarla; her iki hukuk sistemindeki düzenleme paraleldir.

Çalışmamızın konusu inşa eserinin tesliminden sonraki ayıplarla sınırlandırılmıştır. İnşa eserinin tesliminden sonraki ayıplar, müteahhidin inşa eserini tamamlayıp inşaat sahibine teslim ettikten sonra ortaya çıkan ayıplardır. Söz konusu ayıplar açık olabileceği gibi, kapalı da olabilir. Bu açıdan anılan ayıpları taşıyan bir inşa eseri meydana getirdiğinde, müteahhidin sorumluluğu söz konusu olur. Müteahhidin eserin tesliminden sonraki ayıplardan sorumluluğu, TBK. m. 359 vd. ile

⁴ Seliçi, İnşaat, 119; Kocaağa, İş Sahibi, 187 vd.

⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 81; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 426-427.

⁶ Irak Temyiz Mahkemesi, 8.10.1989, K.203/Medeniye Ule/89 (Karar için bkz. el-Meşhadanî, 195-196.).

⁷ el-Senhurî, el-Ukud, 83 vd.

⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 84.

İMK. m. 870 vd.'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda müteahhit sağlam ve ayıpsız bir inşa eseri meydana getirmesine rağmen, teslimden sonra anılan eserde bir ayıp meydana gelirse, müteahhit artık bu ayıplardan dolayı sorumlu tutulamaz. Bu sebeple 8 Richter ölçeğinde bir deprem sonucunda inşa eseri çökerse, müteahhidin teslimden sonraki ayıptan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Zira bu durumda binanın çökmesi, müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesinden kaynaklanmamaktadır.

§ 8. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN TESLİMİNDEN SONRAKİ AYIPLARDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. Maddî Şartları

A. Müteahhidin inşa eserini tamamlayarak inşaat sahibine teslim etmesi

1) Genel olarak

Müteahhidin inşaat sözleşmesine göre inşa eserindeki ayıplardan sorumlu olabilmesi için inşa eserini hazırlayıp tamamladıktan sonra ayıpsız olarak zamanında inşaat sahibine teslim etmesi gerekir⁹. İnşaat sözleşmesi kurulurken inşa eseri tasarı halinde olur. Bu sözleşmenin kurulmasından amaç tasarımı müteahhit tarafından gerçekleştirerek vücuda getirilen inşa eserini inşaat sahibine teslim etmektir. Zira gerçekleştirilen inşa eserini inşaat sahibine teslim etmek bunun ifadaki menfaatini karşılamaktadır¹⁰. Müteahhidin ifa süresince menfaati tamamladığı eseri inşaat sahibine teslim etmektir. İnşaat sahibinin ifa menfaati ise, ayıpsız bir inşa eserini teslim almaktır (tesellümdür). Böylece ifa süreci müteahhidin inşa eserini tamamlayarak teslimi, inşaat sahibinin teslim alması ve aldığı bu eseri muayene edip kabulü ile tamamlanır¹¹.

⁹ Türk Borçlar Kanunu, istisna sözleşmesinde açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, teslimden birçok maddede söz etmektedir. Böylece, kanunkoyucunun bu borcu zımnen kabul ettiği söylenebilir. Meselâ, TBK. m. 358/I “teslim için tayin edilen zaman ..”, TBK. m. 359/I “..şeyin tesliminden sonra ..”, TBK. m. 360/I “...iş sahibi o şeyi kabulünden imtina edebilir”. TBK. m. 363/II “tesellüm zamanında ..” TBK. m. 364/I “işin parası, teslim zamanında ödenir”. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 124.

¹⁰ Seliçi, İnşaat, 35; Yavuz, Borçlar, 474; Kılıçoğlu, Teslimde Gecikme, 892 vd.

¹¹ Seliçi, İnşaat, 35; Y. 15. HD, 13. 11. 1984, E. 1074, K. 3475 sayılı kararında, müteahhidin ayıptan sorumlu tutulması için, eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. Karahasan, Borçlar Özel, 267.

2) İnşa eserinin tamamlanması

Teslimin gerçekleşmesi için, her şeyden önce, inşa eserinin tamamlanmış olması gerekir. İnşa eserin tamamlanması kararlaştırılan işlerin tümünün yapılmasıyla gerçekleşir¹². Dolayısıyla, tamamlanmayan inşa eseri inşaat sahibi tarafından kullanılmaya başlanması halinde de, teslim ve teslim alınması gerçekleşmiş sayılmaz¹³. Bu sebeple, bir ev inşaatının tümünün tamamlanmamasına rağmen, inşaat sahibi evde oturmaya başlamış olsa dahi, bu durum teslimin yapılmış olduğunu gösteren bir kıstas sayılmaz¹⁴. Ancak, inşa eserinde tamamlanmayan kısım, tamamlanan kısma göre çok az ve önemsiz ise, yani ikincil işlerin kaldığı durumlarda, doğruluk ve güven kurallarına göre, söz konusu inşa esrinin teslimi mümkündür¹⁵. Bu sebeple, inşaatta elektrik anahtarının takılmaması ve bu yüzden de inşaat sahibinin inşaatın tamamlanmamış olmasını ileri sürdüğü hakkını kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa inşa eserinin tamamlanmış olarak kabul etmek gerekir¹⁶.

İnşa eserinin tamamlanmamış olması, aslında eserin ayıplı olmasından farklı bir şeydir. Zira bir eser, ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış olabilir. Bu sebeple, eserin ayıplı olması, onun teslimine engel teşkil etmez¹⁷. Çünkü, edimlerin nitelikleri, teslim ve teslim almanın şartları açısından önem taşımamaktadır¹⁸. Zira müteahhit sözleşme uyarınca, bütün edimleri yerine getirmek mecburiyetindedir. Başka bir deyişle, inşaat sözleşmesi gereğince müteahhit, inşa eserinin meydana getirilmesi (tamamlaması) için gerekli olan her türlü işlemleri icra etmelidir. Meselâ, müteahhit, bir evin onarımını üstlenmişse, bu evin onarımı için gerekli olan her türlü inşaat işlerini zamanında gerçekleştirmek zorundadır. Ancak müteahhit, inşaat

¹² Aral, Borçlar, 357; Yavuz, Borçlar, 474. Bazı hallerde, müteahhit inşa eserinin meydana getirme faaliyetlerine başlar. Ancak ortaya çıkan engeller sebebiyle bunu tamamlaması imkânsızlaşabilir. Geniş bilgi için bkz. Buz, Eser, 23 vd.

¹³ Turanboy, 154; Uçar, 102. Öz'e göre, henüz tamamlanmamış bir inşaatın, inşaat sahibi tarafından kullanılmaya başlanması, karine olarak ifa (teslim) kabul anlamına gelir. Ancak, eğer inşaat sahibi içinde bulunduğu sebepler sonucu, söz konusu inşaatı kullanmaya başlamışsa, onun ayıplı işi ifa olarak benimsediği kabul edilemez. Meselâ, vadenin geçmesi üzerine, kiracılıktan bir an evvel kurtulmak isteyen inşaat sahibinin, tamamlanmamış inşaata taşınmasında durum böyledir. Aynı sonuç, 1999 Marmara Depremi'nde evi yıkılan inşaat sahibinin, Ankara'da inşa halindeki evine mecburi olarak taşınması halinde de geçerlidir. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 169. Aynı sonuç için ayrıca bkz. Altaş, 87.

¹⁴ Tandoğan, Borçlar, 126, Uçar, 103.

¹⁵ Turanboy, 155; Öz, Eser Sözleşmesi, 105.

¹⁶ Tandoğan, Borçlar, 126,

¹⁷ Tandoğan, Borçlar, 126; Öz, Eser Sözleşmesi, 104.

işlerini zamanında veya zamanından önce tamamlayıp, teslim edilmesini hedeflemektedir. Bu sebeple, söz konusu işler ayıplı olarak yerine getirtebilir. Onarımın ayıplı olarak tamamlanmış olmasına rağmen, inşa eserinin teslim edilmesi mümkündür. Böylece inşa eserinin ayıpsız olması onun teslim edilmesinin veya alınmasının bir şartını oluşturmamaktadır¹⁹. Kanunkoyucunun getirdiği bu düzenleme, müteahhidin menfaatindedir. Zira müteahhidin inşa eserini teslim edebilme menfaati inşaat sahibinin ayıpsız bir inşa eserini teslim almaktan daha üstün tutulmuştur²⁰. Bu bağlamda, inşa eseri müteahhit tarafından tamamlanmamışsa (ister inşaat sahibine teslim etmiş olsun veya etmiş olmasın) ve inşa eserini ayıplı bir şekilde tamamlayıp inşaat sahibine teslim edildiği durumlar birbirinden ayrı olduğundan, farklı hükümler uygulanır. Ayıplı olarak meydana getirilen inşa eserine Türk Borçlar Kanunundaki temerrüt hükümleri değil (BK. m. 96 vd.), bu konudaki özel hüküm niteliğinde olan TBK. m. 359 vd. uygulanır. Buna karşılık, teslim zamanı gelmiş olmasına rağmen, inşa eserinin tamamlanmaması, müteahhidi borçlu temerrüdü durumuna düşürdüğünden, olaya TBK. m. 101 – 105'deki temerrüdün genel hükümleri uygulanır²¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, ayıplı bir inşa eserinde, ayıplı bir çalışma sonucu karşısında bulunulur. Buna karşılık eserin tamamlanmamasında ise, sözleşmeye göre borçlu olunan bütün inşaat işleri veya çalışmaları bitmemiştir veya tamamlanmamıştır. Ancak böyle bir halde eser ayıplı sayılmaz ve istisna sözleşmesine ilişkin TBK. m. 359 vd. ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulamaz²². Eserin inşa (imal) çalışmalarının kaldığı yerden veya aşamadan daha önce yapılmış işler bozulmadan (değiştirilmeden) işe devam mümkün ise eser tamamlanmış sayılır. Bunun aksi hallerde eser ayıplı kabul edilmektedir. Meselâ, astar sürülmeden boya yapılmasının mümkün olmadığı hallerde, aksine davranılmış, yani astar atılmadan boya yapılmış ise, inşa eseri tamamlanmamış değil, bilâkis ayıplı kabul edilmektedir²³.

¹⁸ Uçar, 104; Öz, Eser Sözleşmesi, 104.

¹⁹ Aral, Borçlar, 357; Şenocak, Aybım Giderilmesi, 78.

²⁰ Uçar, 104

²¹ Tandoğan, Borçlar, 131.

²² Tandoğan, Borçlar, 160.

²³ Tandoğan, Borçlar, 160-161.

İnşa eserinin tamamlanmamış olması bazı sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre, inşa eseri tamamlanmadan teslim edilemez. Aynı şekilde inşa eserin tamamlanmaması halinde, müteahhidin ücret alacağı muaccellik kazanmaz. Böyle bir halde inşaat sahibi de bunun ödemesini reddedebilir. Yine inşaat sahibi, TBK. m. 97/I'e dayanarak hâkimden, masrafı müteahhide ait olmak üzere eserin kendisi tarafından tamamlanmasına izin verilmesini talep edebilir veya borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir²⁴.

İmar Kanunu'nun 18. maddesi bu Kanun'a tâbi inşaat işlerinde, inşa eserinin tamamlandığı günün belirlenmesinde belediyeden alınacak iskan izninin verildiği tarih esas almıştır. Belediye tarafından iskan izninin verilmesi, inşaatın belediye hizmetlerinden yararlanabileceğini ve mevzuata uygun olarak meydana geldiğini belirtmektedir²⁵. Belediye tarafından iskan izninin verilmesi tarihinin, teslim tarihi olarak da kabul edilmesi Yargıtay kararlarında farklı içtihatlarla yol açmıştır. Yüksek Mahkeme, eski içtihatlarında iskan izninin alınmasını, teslim tarihi olarak kabul etmiştir²⁶. Ancak Yargıtay daha yeni kararlarında bu görüşlerinden vazgeçerek, iskan izninin alınmasından önce müteahhit inşa eserini tamamlayarak teslim edebileceği düşüncesini kabul etmiştir²⁷.

Irak hukukunda da müteahhit, inşaatı tamamlayarak inşaat sahibine teslim etmeyi borçlanır²⁸. Bunun için her şeyden önce müteahhit, inşaatı sözleşmeye uygun bir tarzda tamamlamalıdır. İnşaatı kullanılan malzemenin müteahhit veya inşaat sahibi tarafından sağlanmış olması sonucu değiştirmez. Aynı sonuç inşaatın, müteahhidin veya inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılmasında da geçerlidir. Bu sebeple müteahhit, inşaatı sözleşmeye, örf, sanat kuralları ve dürüstlük kurallarına uygun olarak tamamlamalıdır²⁹. Zira inşaatın tamamlanmadan teslimi düşünülemez³⁰.

²⁴ Tandoğan, Borçlar, 161. Eserin tamamlanması yerine eksik kısım için ücret indirimi isteme hakkı farklı görüşlere sebep olmuştur. *Gauch*'a göre, çözüm ne Kanunda öngörülmüş ne de iyi niyet kurallarında çıkarılabilir. *Tandoğan*, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında yer alan görüşe katılarak, söz konusu çözüme iyi niyet kurallarına dayanarak varılabileceğini savunmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 161.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, 155.

²⁶ Bkz. Turanboy, 155; Y. 15. HD. 26.6.1980, E. 1175, K. 1683 (YKD, 1981, S. 2, 216-218).

²⁷ Bkz. Turanboy, 155, Y. 15.HD, 9.1.1981, E. 236, K. 252 (YKD., 1981, S. 8, 1031-1033).

²⁸ el-Senhurî, el-Ukûd, 77. Müteahhit inşa eserini zamanında meydana getirmediğinde ancak mücbir sebep veya inşaat sahibinin kusuru veya üçüncü kişinin kusurunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulur.

²⁹ el-Fazlî, 399; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 419.

³⁰ el-Fazlî, 405; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 428.

İİMİĞŞ. m. 44 de “*üzerinde anlaşılan sürede müteahhit inşaat işlerinin tamamını tamamlamalıdır....*” hükmünü amirdir. Ancak müteahhit, aynı Şartname m. 45’e göre, işi tamamlama süresini uzatma hakkına sahiptir. Gerçekten de, söz konusu maddeye göre, müteahhit işlerin tamamlanması için üzerinde anlaşılan sürenin uzatılmasını bazı hallerde isteyebilir. Bunlardan birincisinde, inşaat işlerinin büyüklüğü veya türü açısından artması veya değişmesi ve bunun sonucunda inşaat işlerinin üzerinde anlaşılan sürede yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır. İkincisi, inşaat işlerinin tamamlanması inşaat sahibine veya hukuken yetkili olan merciye veya inşaat sahibinin uhdesinde çalışan başka müteahhitlerden doğan sebeplerden kaynaklanmasıdır. üçüncüsü, sözleşme yapıldıktan sonra, müteahhidin kusuru olmadan, tahmin edilemeyen olağanüstü durumların ortaya çıkması yüzünden inşaat işlerinin kararlaştırılan sürede bitirilememesidir.

Müteahhit inşa eserini tamamladığında, bunu inşaat sahibine teslim etmelidir. Ayrıca müteahhit malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, artan malzemeleri de geri vermelidir. Gerçekten de, İMK. m. 867/1’de “*iş sahibi kendisi malzemeyi verdiyse müteahhit ona dikkat etmeli ve kullanmasında teknik kurallara uygun davranmalı ve kullanılması hususunda iş sahibine hesap vermeli artanı da ona iade etmelidir. Bu malzeme müteahhidin ihmali veya teknik yeteneksizliğinden dolayı kullanılamaz hale geldiğinde bunun değerini iş sahibine geri vermelidir*” hükmü yer almaktadır. Buna göre müteahhit inşaatı tamamladıktan sonra inşaatla birlikte inşaat sahibinden aldığı plân proje haritalar inşaat ruhsatlarını inşaat sahibine teslim etmek zorundadır³¹.

3) İnşa eserinin teslim edilmesi

Teslim, inşaat sahibinin inşa eserine doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlamasıdır. Teslim özellikle taşınır inşa eserlerinde söz konusu olur. Ancak bunun yanında bazen teslim, zilyetliğin, rahatsız edici durumların ortadan kaldırılması ve inşa eserinin inşaat sahibinin kullanılmasına âmade olduğunu bildirmek suretiyle de gerçekleştirilebilir³².

³¹ el-Senhurî, el-Ukud, 88-89; Servet, c.1, 94; Şeneb, 100.

³² Tandoğan, Borçlar, 125; Uygur, Borçlar Özel, 7719-7720. İş sahibinin doğrudan doğruya zilyetliği yeniden imal veya inşa edilen eserin teslimi veya onun tamiri işlenmek için müteahhide bıraktığı şeyin geri verilmesi şeklinde olabilir. Sağlamak zilyetliğin her zaman aslı zilyet olmasına gerek

İnşa eserinin teslimi, inşa eserinin fiilî veya hukukî anlamda inşaat sözleşmesine uygun bir şekilde tamamlandığı ve bu sözleşmede kararlaştırılan bütün inşaat işlerinin icra edildiğini ve bittiğini ifade eder³³. Böylece teslim, müteahhidin inşa eserini sözleşmeye göre tamamlayarak, ifa amacıyla inşaat sahibinin iktidarına bırakması ve onun inşa eseri üzerinde zilyetliğinin sağlanmasıyla gerçekleşir³⁴.

Irak hukukunda da müteahhidin inşa eserini tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Teslim, meydana getirilen eser üzerinde iş sahibine engel olunmayacak bir şekilde yararlanmasını sağlamak üzere tasarrufuna bırakılmasıdır³⁵.

Müteahhidin, eserin tamamını gereken yer ve zamanda teslim etmediği durumlar ortaya çıkabilir. Böyle bir halde ister, teslim etmeme, ister eserin bir kısmının belirlenen süre içerisinde teslim edip, diğer kısımlarının teslim edilmemesi şeklinde vuku bulsun, müteahhidin teslim borcuna aykırı davranışı söz konusu olur³⁶. Müteahhit teslim borcuna ihlâl etmesi halinde, inşaat sahibinin hangi haklara sahip olacağı hususunda Irak hukukunda bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, bu hakların tespiti için Irak Medenî Kanunu'nun genel kurallarına başvurmak gerekir. Buna göre inşaat sahibi, her şeyden önce müteahhide ihtar çekerek, belirli bir sürede inşaatın teslim edilmesini istemelidir. Bunun yapılmaması halinde, teslim borcuna aykırı davranmış olur. Müteahhit belirlenen süre içerisinde inşaat sahibinin talebine olumlu cevap vermediği takdirde, inşaat sahibi, mahkemeye müracaat ederek, aynen ifa veya sözleşmeden dönme hakkı ile, her iki halde de tazminat talebinde bulunabilir³⁷. Bu konu mahkemenin takdir

yoktur. Bir şeyin kiracısı onu tamir için bir ustaya vermişse, şeyin geri aldığı vakit fer'i zilyet olacaktır. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 125.

³³ Olgaç, 1079; Uçar, 107.

³⁴ Uçar, 89-90; Yavuz, Borçlar, 474; Seliçi, İnşaat, 35; Eren, Müteahhit, 72. Türk hukukunda eserin teslimi kavramı, hem taşınır eser hem de taşınmaz eser için de kullanılmaktadır. Oysa İsviçre hukukunda teslim kavramı taşınır eserler için "livraison=Ablieferung", taşınmaz eserler için ise "r'éception=Abnahme" kavramları karşılamaktadır. Uçar, 89-90.

³⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 89.

³⁶ Müteahhidin teslim borcunun ihlâli, inşaat sahibinin kusurundan kaynaklanabilir. İnşaat sahibinin ücret taksitlerini ödemediği veya geciktirdiği için, müteahhidin inşaatı teslim borcunu zamanında yerine getirmemiş olması buna misal olarak teşkil edebilir. Müteahhidin teslim borcunu zamanında yerine getirmemesi, üçüncü kişinin kusurundan da kaynaklanabilir. Keza, teslim edememe, mücbir sebepten de kaynaklanabilir. Böyle hallerde müteahhit, yukarıdaki sebepleri ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Burada sorumsuzluğun ispatlanması inşaat sahibine değil, müteahhide düşen bir külfettir. Zira, teslim etmeme hususunda, inşaat sahibinin, teslim borcunda herhangi bir ihlâli yoktur. Servet, c. 1, 105-106.

³⁷ Servet, c. 1, 105-106; el-Senhurî, el-Ukud, 91.

yetkisine bağı olup, hâkim borcun büyük bir kısmının yerine getirilmiş olduğuna kanaat getirirse, müteahhidin sadece tazminat ödemesine karar verebilir³⁸.

4) İnşa eserinin teslim alınması

İnşa eserinin teslim alınması eserin müteahhit tarafından devredilmesiyle inşaat sahibinin teslim almasından oluşmaktadır. Bu sebeple, teslim ile teslim alma farklı kavramlar değil, aynı olayı biri müteahhit diğeri inşaat sahibi tarafından değerlendirilmesidir³⁹. Buna göre, teslim ile teslim alma (tesellüm), müteahhit ve inşaat sahibi tarafından karşılıklı olarak yerine getirilmektedir. Teslim alma borcu, teslim borcunun ifasından sonraki bir aşama değil, ikisi de aynı zamanda doğmaktadır⁴⁰. İnşaat sahibinin teslim almada, teslimin hukukî sonuçlarına yönelik özel bir işlemde bulunmasına gerek yoktur⁴¹. Görülüyor ki, teslim alma, bir fiilî iktidarı elde etme sonucudur. Ancak bazı yazarlar⁴², teslim almanın kabul anlamına geldiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlar, teslim almayı, TBK. m. 362'deki teslim alma kavramıyla eş anlamlı tutmaktadır⁴³. Bununla birlikte hakim görüş, iki kavramın eş anlamlı olduğunu kabul etmemektedir. Çünkü, böyle bir sonuç istisna sözleşmesinin ifası sistemiyle uyuşmamaktadır. İfanın gereği gibi yapıp yapılmadığı ancak TBK. m. 359'e göre inşaat sahibinin inşa eserinin muayene etmesiyle olur. İnşaat sahibinin bu muayeneyi gerçekleştirebilmesi için inşa eserinin kendi iktidarında bulunması gerekir⁴⁴. Böylece denilebilir ki, muayene ve kabul, zaman açısından ilk önce teslim alma, muayene etme ve son olarak kabulü bildirme birbirini izleyen işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵.

³⁸ Servet, c. 1, 107; el-Fazlî, 406-407.

³⁹ Tandoğan, Borçlar, 127. Bu durumu Seliçi haklı olarak "madalyonun iki yüzüne" benzetmektedir.

⁴⁰ Uçar, 91; Tandoğan, Borçlar, 127.

⁴¹ Tandoğan, Borçlar, 127; Burcuoğlu, 288.

⁴² Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 35.

⁴³ Seliçi, İnşaat, 36; Uçar, 91.

⁴⁴ Seliçi, İnşaat, 36; Uçar, 91. Teslim alma kabulden farklı olduğu Yargıtay kararlarında da benimsenmektedir. Y. 15. HD. 29.4.1998, E. 1217, K. 1716; Y. 15. HD. 15.6.1992, E. 3006, K. 3087 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 359).

⁴⁵ Seliçi, İnşaat, 36. Bu konu TBK. m. 362'de (İBK. Art. 370) "... teslim alınan eser iş sahibi tarafından açıkça veya zimnen muvafakat edilirse ..." şeklinde ifade edilerek açıkça belirtmektedir. Bkz. Seliçi, İnşaat, 36.

TBK. m. 362'ye göre "muvafakat" inşaat sahibinin inşa eserinin müteahhit tarafından sözleşmeye uygun olarak ve gereği gibi yerine getirildiğini kabul ettiğini belirten bir irade beyanıdır⁴⁶.

Alman hukukunun aksine, Türk ve İsviçre hukukunda, inşaat sahibinin eseri teslim alması bir hukukî mükellefiyet değil, bir borç olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Gerçekten de, BGB § 640'a göre, Alman hukukunda müteahhidin sözleşmeye uygun bir biçimde ayıplı olmayan bir eseri tamamladığında inşaat sahibi bunu zamanında teslim almakla yükümlüdür⁴⁸.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi 42. ve 45. maddelerinde "geçici kabul" ve "kesin kabul" başlığı altında teslim ve teslim alma (tesellüm) ile ilgili hükümleri düzenlemektedir. Gerçekten de, YİGŞ'in 42. maddesinde düzenlenen geçici kabul, inşa eserinin idare tarafından teslim alınmasını ifade etmektedir. Bu durumda inşa eseri artık tamamlanmıştır ve idare tarafından teslim alınması gerekir. İnşa eseri müteahhit tarafından tamamlandıktan sonra, bunun teslim alınması için dilekçe veya telgraf veya teleks ile idareyi bildirilmesi gerekir. Bunun üzerine inşaat, yapılan işleri kontrol etmek için en çok otuz gün içinde bir ön incelemeye tâbi tutulur. Kabul komisyonu, inşaatın gerekli niteliklere sahipse, geçici kabul zabıtnamesi hazırlanması, inşaatı eksiklik veya ayıp varsa, bunun da bir listeye eklenmesini ister. Bununla birlikte, inşaatı eksiklik bulunması halinde müteahhide, bu eksiklikleri gidermek için bir süre tanınır. Ancak burada geçici kabul tarihi, müteahhide tanınan sürenin bitim tarihidir. YİGŞ m. 42/VI'ya göre, kabul komisyonunca tespit edilen eksiklikler belirtilen sürede müteahhit tarafından giderilmezse, sözleşmede gecikme cezası olarak belirlenen miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve geçici kabul inşaatıdaki eksikliklerin giderilmesine kadar ertelenir⁴⁹.

⁴⁶ Teslim almayla kabulün ayrı kavramlar değil, farklı kavramlar olduklarını Federal Mahkeme ve Yargıtay da kabul etmektedir. Geniş bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 36; Uçar, 91.

⁴⁷ Uçar, 93.

⁴⁸ BGB § 640'a göre, müteahhit eseri, sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemişse, inşaat sahibi onu teslim almaktan ve BGB § 320'ye uygun olarak uygun olarak ücret alacağını ödemekten kaçınmak ve sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürmek hakkına da sahiptir. Müteahhidin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmeyen eseri, inşaat sahibinin teslim almaması, onu mütemerrid durumuna düşürmez. Buna karşılık, sözleşmeye uygun bir tarzda meydana getirilen eserin inşaat sahibi tarafından, haber vermeden teslim almaması onu mütemerrid durumuna düşürür. Bkz. Uçar, 93-94.

⁴⁹ BİGŞ. m. 41/VI aynı hükmü içermekteydi. Bkz. Turanboy, 156; Uçar, 96-97; Seliçi, İnşaat, 37.

YİĞŞ m. 45'te düzenlenen kesin kabul, ifanın kabulü anlamına gelmektedir. Bu kesin kabulde müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğu sona erer. YİĞŞ m. 26'ye göre, müteahhidin sorumluluğu, idarenin kesin kabul işlemini onayladığı tarihe kadar sürer. YİĞŞ m. gereğince kesin kabul, ancak müteahhidin edimi teminat süresi içinde ayıpsız olduğu anlaşıldığı zaman söz konusu olur. Anılan teminat süresi geçici kabulde kesin kabul arasındaki süredir. YİĞŞ m. 43 uyarınca, yapım ve hizmet işlerinde teminat süresi kural olarak 12 aydır. Bu süre bazı işlerin özelliğine göre kısaltılıp uzatılabilir⁵⁰.

Irak Kanunkoyucusu, müteahhidin inşa eserinin teslim borcu karşılığında, inşaat sahibine teslim alma borcunu yüklemiştir. Müteahhit inşa eserini inşaat sahibinin tasarrufuna bırakıp ve ona engel olmadan eserden yararlanmasını sağlaması halinde, teslim borcunu ifa etmiş sayılır. Burada müteahhidin inşaat sahibine inşa eserinin tamamlandığını bildirmesi yeterli olup, teslim borcunu ifa etmiş sayılması için, onun (inşaat sahibinin) maddî bir şekilde esere sahip olmasına (fiilî zilyetliğine) gerek yoktur. Ancak bu durumda kanunî teslim (hükmî teslim) müteahhit açısından fiilî teslimin tüm özelliklerine sahip olmaz⁵¹. İnşa eserinin teslim alınması, İnşaat sahibinin eseri fiilen kendi hakimiyeti altına almasıyla gerçekleşir⁵². İnşaat sahibi eseri teslim almayı kabul etmezse müteahhit, Irak Medenî Kanunu'ndaki genel kurallar gereğince, aynen ifa veya sözleşmeden dönme ve her iki halde de iş sahibinin eseri teslim almamadan dolayı uğradığı zararlarının tazminini de mahkemeden isteyebilir⁵³. Müteahhidin, bu haklardan hangisini kullanacağı mahkemenin takdirindedir⁵⁴.

⁵⁰ BİĞŞ. m. 42 aynı hükmü ihtiva etmekteydi. Bkz. Turanboy, 156; Öz, Eser Sözleşmesi, 185.

⁵¹ Şeneb, 150. Teslim, müteahhidin eserdeki ayıplardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak teslimin kabul anlamına geldiği hallerde, müteahhidin sorumluluğu son bulabilir. Bkz. Şeneb, 151.

⁵² Şeneb, 151; Mursî, 515.

⁵³ Şeneb, 152; el-Senhurî, el-Ukud, 148. İstisna sözleşmesinde eserin tamamlandıktan sonra iş sahibi tarafından teslim alınması, satım sözleşmesinde alıcının, satılanı teslim almasından farklıdır. Gerçekten de, her iki sözleşmede de, teslim alma, söz konusu eserin veya satılanın hakimiyet altına alınmasıyla gerçekleşir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde kabul gerekli olduğu halde, satış sözleşmesinde satın alınan şeyin kabulü gerekli olmayıp, teslim alınması yeterlidir. Bkz. el-Senhurî, el-Ukud, 147-148. Söz konusu eser taşınır olduğu takdirde elden teslim gerçekleşir. Buna karşılık, eser taşınmaz olduğu takdirde teslim, genel olarak müteahhit onu boşaltıp, iş sahibinin yararlanılmasına bırakmasıyla gerçekleştirilir. Geniş bilgi için bkz. el-Fazlî, 428.

⁵⁴ Servet, c. 2, 247-248; el-Senhurî, el-Ukud, 153-154; Şeneb, 151. Irak Temyiz Mahkemesi'ne göre, inşaat tamamlandıktan sonra, inşaat sözleşmesinin feshi (Bu anlamda fesih Türk hukukundaki dönme olarak anlaşılmaktadır) mümkün değildir. Yüksek Mahkeme bu kararında, müteahhidin inşa eserin tamamlanmasından sonra feshi talep edemeyeceği sonucuna varmıştır. Bunu sebebi de inşaat sahibinin, inşaatın meydana getirilmesi süresince, işteki ayıpları konusunda müteahhidi uyarma

İMK. m. 873'de şu hüküm yer almaktadır: “II. müteahhit sözleşmenin şartlarına veya bu tür işlerin teknik kurallarına aykırı davrandığında, iş sahibi bunu (iş) kullanamaz veya adalet kurallarının bunu kabul etmesini mecbur kılmadığı halde iş sahibi, teslim almaktan imtina edebilir. Ancak, aykırılık bu derecede olmadığı takdirde, iş sahibi, ancak aykırılığın önemi ile orantılı olarak ücret indiriminde bulunabilir”. Buna göre, inşaat sahibinin teslim alma borcunun söz konusu olmaması için, medyana getirilen eser üzerinde anlaşılacak şartlara veya sanat kurallarına büyük oranda aykırı olması gerekir. Bu durumda inşaat sahibini, bu eserin teslim alınmasına zorlamak, adalet düşüncesine aykırılık teşkil eder. Böyle bir halde inşaat sahibi, inşa eserini teslim almaya zorlanmaz. Eserin kararlaştırılan şartlara veya sanat kurallarına aykırılığı oranda değil, daha az ise, iş sahibi eseri teslim almakla yükümlüdür⁵⁵.

İnşaat sahibi, sözleşmenin şartlarına veya sanat ve teknik kurallarına uygun bir biçimde müteahhitçe meydana getirilen inşa eserini, teslim almaktan kaçınırsa, müteahhit iş sahibine noter aracılığıyla bir ihtar çekerek, inşa eserinin tamamlandığını ve belli bir süre zarfında teslim alınmasını ister. Bu süre içinde inşa eserini teslim almayan inşaat sahibi, inşa eserini teslim almış olduğu kabul edilir. Böyle bir sonuç İMK. m. 873/1'de şu şekilde ifade edilmiştir: “I. müteahhit işi tamamlayıp iş sahibinin tasarrufuna bıraktığında iş sahibi işi mümkün olan en yakın zamanda muayene etmeli ve durumun gerektirdiğinde bunu kısa bir sürede teslim almalıdır. Meşru bir sebep olmadan ve yapılan resmî bir ihtara rağmen, iş sahibi işin muayenesi veya teslim alınmasını kabul etmediği takdirde, iş inşaat sahibine teslim edilmiş sayılır”. Söz konusu hüküm gereğince müteahhit, inşaatı eksiksiz olarak tamamlamış olmasına rağmen, haklı bir sebep olmadan, inşaat sahibi bunun teslim alınmasından imtina ederse, müteahhit resmî ihtar çekerek, inşaatın tamamlandığını bildirmesiyle, iş sahibi inşaatı teslim almış olduğu kabul edilir⁵⁶.

borcunun bulunmasıdır. Böyle bir borcu yerine getirmeyen iş sahibinin, ayıp sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi (Türk hukukuna göre sözleşmeden dönmesi) mümkün değildir. Böyle bir halde inşaat sahibi ancak ayıbın giderilmesini talep edebilir. Irak Temyiz Mahkemesi 23/4/1967, K. 500/ Hukukiye/ 1967, Kaza Mahkemet el-Temiyiz el-Mücellled el-Rabi el-Kararat el-Sadire Senet 1966 ve 1967, 425.

⁵⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 150; Recep, 83-84.

5) Teslimin şekli (usûlü)

Yukarıda da açıklandığı üzere, teslim, sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlanan ve meydana getirilen inşa eserinin, müteahhit tarafından inşaat sahibine verilmesidir. Böylece, meydana getirilen inşa eseri müteahhidin hakimiyet alanından, inşaat sahibinin hakimiyet alanına geçirilmiş olmaktadır⁵⁷. Başka bir deyişle teslim, zilyetliğin müteahhitten inşaat sahibine geçmesidir⁵⁸.

Teslim, inşaatın taşınır inşaat veya taşınmaz inşaat olmasına göre, farklılık arz edip değişik şekillerde gerçekleşir. Bazen inşa eseri bağımsız maddî varlığa sahip olmaz. Aşağıda özellik arzeden teslim şekilleri tek tek ele alınmak suretiyle incelenmiştir.

a) Taşınır inşa eserinin teslimi

Teslim, müteahhidin, taşınır inşa eseri tamamlandıktan sonra, bunu fiilen fizikî varlığı ile inşaat sahibinin doğrudan doğruya zilyetliğine, başka bir deyişle, onun hakimiyet alanına geçirmesiyle tahakkuk eder⁵⁹. Taşınır inşa eserinin teslimi genel olarak, “mülkiyeti nakil borcu” şeklinde, başlı başına bir borç olduğundan, müteahhit, bu tür inşa eserini tamamladıktan sonra, teslimi mülkiyetin inşaat sahibine geçirilmesi şeklinde olur⁶⁰. Böylece taşınır inşa eserinde teslim, bütün işler ve çalışmaların tamamlanmasını müteakip, inşa eserinin müteahhit tarafından, inşaat sahibine nakledilmesiyle gerçekleşir⁶¹. Ancak, inşa eserinin mülkiyetinin nakil borcu, yalnız malzemesini müteahhidin tedarik ettiği taşınır inşa eserinin meydana getirilmesinde söz konusu olur. Böyle bir halde müteahhidin, teslim borcu yanında, - satış sözleşmesine kıyasen- mülkiyeti sağlama borcu da vardır⁶². Buna karşılık, meydana getirilen taşınır inşa eseri, inşaat sahibinin temin ettiği malzemelerle gerçekleşmişse, inşa eseri müteahhidin değil, inşaat sahibinin mülkiyetinde olduğu için, müteahhit teslimle birlikte mülkiyetin nakil borcunu üstlenmez. Yalnız burada inşa eserin teslimi, müteahhidin bunun zilyetliğini inşaat sahibine devri suretiyle gerçekleşmiş olur⁶³.

⁵⁶ el-Fazlî, 428; Recep, 84.

⁵⁷ Eren, Müteahhit, 72; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 80-81.

⁵⁸ Eren, Müteahhit, 72; Tandoğan, Borçlar, 125.

⁵⁹ Aral, Borçlar, 357; Altaş, 80; Tandoğan, Borçlar, 125; Yavuz, Borçlar, 471-473.

⁶⁰ Altaş, 80; Öz, Eser Sözleşmesi, 166.

⁶¹ Uçar, 107; Öz, Eser Sözleşmesi, 166.

⁶² Tandoğan, Borçlar, 127; Uçar, 107. Bkz. Altaş, 81.

⁶³ Uçar, 108; Öz, Eser Sözleşmesi, 166.

Meydana getirilen taşınır inşa eserinin fiilî teslimi yanında, müteahhidin, sözleşmenin ifası suretiyle, kendisi borçlu bulunduğu edim yükümünden kurtarma iradesi de gereklidir. Başka bir deyişle, inşa eserinin mülkiyetinin nakli, tarafların mülkiyetin nakletme fonksiyonu üzerinde anlaşarak, zilyetliğin inşaat sahibine devri yoluyla gerçekleşir⁶⁴. Ancak, söz konusu inşa eserinin zilyetliğinin devrine rağmen, mülkiyet inşaat sahibine nakledilmedikçe müteahhidin borcunun ifa etmiş olduğu kabul edilmez. Genel olarak taşınır inşa eserinin mülkiyeti zilyetliğin nakli, elden teslim veya inşaat sahibinin temsilcisine teslim etme yoluyla gerçekleşir. Bununla birlikte, zilyetliğin hükmen teslim veya havale yoluyla geçirilmesi şeklinde de, mülkiyetin nakli mümkündür. Ancak, bu durumda inşaat sahibi, bu tür zilyetlik (mülkiyetin) geçirilmesine razı olmak zorunda değildir⁶⁵. Böylece inşaat sahibi, meydana getirilen inşa eserine vasıtasız zilyet kılınması dışında, bir devir türünü kabul etmemesi durumunda, alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz. Ancak, elden teslim veya inşaat sahibinin temsilcisine teslim yerine, hükmen teslim veya havale öneren müteahhit borçlu temerrüdüne düşebilir⁶⁶. Buna karşılık, sözleşmede hükmen teslim veya havale yoluyla teslim kabul edilmiş veya işin niteliğinden dürüstlük kuralı gereği, bu teslim yolları kabul ediliyorsa, müteahhit değil, inşaat sahibi inşa eserini teslim almadığı için, alacaklı temerrüdüne düşebilir⁶⁷.

b) Taşınmaz inşa eserinin teslimi

Taşınmaz inşa eseri tesliminde, eserin inşaat sahibinin arsası üzerinde veya müteahhidin arsası üzerinde yapılması arasında bir ayrım yapmak gerekir.

aa) İnşaat eserinin inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılması

Taşınmaz inşa eseri, inşaat sahibinin arsası üzerinde meydana getirilmişse, kural olarak müteahhit tarafından inşaat işlerinin tamamlandığını açık veya zımnî bir şekilde inşaat sahibine bildirmesi maddî bir şeyin verilmesinin (tesliminin) yerini alır⁶⁸. Böylece inşaat işlerinde teslim, müteahhidin inşa eserinin bittiğini inşaat sahibine bildirdiği ve inşaat sahibinin de müteahhide ait bu yükümlülüğünün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanıyla tamamlanmış olur⁶⁹.

⁶⁴ Altaş, 81; Uçar, 108.

⁶⁵ Altaş, 81; Uçar, 108; geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi, 64 vd.

⁶⁶ Altaş, 81; Öz, Eser Sözleşmesi, 166; Uçar, 166.

⁶⁷ Altaş, 81; Uçar, 108; Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

⁶⁸ Tandoğan, Borçlar, 125; Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

⁶⁹ Turanboy, 154; Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

Burada inşa eserinin mülkiyeti inşaat sahibindedir. Çünkü TMK. m. 718/II hükmüne göre, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına kanunî sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla yapılar, bitkiler ve kaynaklar da dahildir. Aynı şekilde TMK. m. 992'de taşınmazlarda zilyetlik karinesinden, adına tapuda tescil bulunan kimse yararlanabilir. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılan inşa eserinin zilyetliği yine ona aittir⁷⁰. Başka bir deyişle, inşaat sahibinin arsasında inşa eseri meydana getirildiğinde, inşa eserinin mülkiyetinin inşaat sahibine nakledilmesi söz konusu olmaz. Zira inşa eseri, bir mütemmim cüz olarak arsanın mülkiyetine tâbi olduğundan, zaten inşaat sahibinin mülkiyetindedir. Keza, bu durumda zilyetliğin devri de söz konusu olmaz. Çünkü, Türk Medenî Kanunu gereğince, inşaat sahibi, inşa eserinin zilyedir⁷¹. Bu sebeple müteahhit, inşaat sahibinin arsası üzerinde inşaat işlerini tamamlayarak, ayıpsız inşa eserini meydana getirdiğinde, taşınmaz inşa eserinden el çekmesi ve inşaat sahibinin her türlü yararlanmasına hazır bir biçimde inşa eserini terk etmesi, inşa eserinin zımni surette bir ihbarla tesliminin gerçekleştiği anlamını taşır⁷². Ancak, kural olarak bu biçimde taşınmaz inşa eserinin teslimi inşaat sahibince, müteahhit tarafından inşa eserinin tamamlandığının anlaşılacağı veya anlaşılması gereken durumlarda söz konusu olur. Dolayısıyla inşaat sahibince, inşa eserinin tamamlandığının kolayca anlaşılacağı veya olağan şartlar altında taşınmaz inşa eserinin tamamlandığının anlaşılmasının beklenilmediği durumlarda, müteahhit inşa eserinin tamamlandığını inşaat sahibine açıkça bildirmek mecburiyetindedir. Aynı zamanda inşaat sözleşmesinde, inşaat tamamlandığında müteahhidin bunu açıkça bildirmesinin kararlaştırıldığı durumda da, inşa eserinin tamamlandığını açık bir şekilde inşaat sahibine bildirmesi gerekir.⁷³ Bu zorunlulukların söz konusu olduğu durumlarda, müteahhit inşa eserini bitirdiğini veya tamamladığını açıkça inşaat sahibine bildirmediği, teslim borcunu ifa etmiş sayılmaz. Ancak müteahhit tamamladığı inşa

⁷⁰ Altaş, 86. TMK. m. 992/I “tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır”.

⁷¹ Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

⁷² Tandoğan, Borçlar, 127; Seliçi, İnşaat, 37; Altaş, 86. Kanunun burada teslim dediği şey müteahhidin tamamlandığına ilişkin olarak iş sahibine yapacağı bir haber verme ve iş sahibinin de müteahhide ait mükellefiyetin ifa edilmiş olduğuna dair kabul beyanından ibaret olacaktır. Uçar, 105.

⁷³ Uçar, 109; Altaş, 86; Tandoğan, Borçlar, 125; Seliçi, İnşaat, 35.

eserini inşaat sahibinin tasarrufuna onun anlayacağı şekilde bırakmışsa, bir ihbarın bulunmasına gerek yoktur⁷⁴.

İnşaat sahibinin oturduğu konutun onarımında ise, onarımın tamamlanmasından sonra zilyetliğin geçirilmesi, başka bir deyişle, teslimin fiilen elden ele geçirilmesi mümkün değildir. Burada müteahhidin inşaat sahibine inşaat çalışmalarının ve işlerinin tamamlandığını bildirmesi ve inşaat sahibinin de inşaat işlerinin tamamlandığını kabul etmesiyle birlikte teslimin yerine getirilmiş olduğu kabul edilir⁷⁵. Ancak müteahhidin inşa eserini tamamladıktan sonra bunu inşaat sahibine terk etmesi ve tamamladığını ona bildirmesi, inşa eserinin kesin olarak ve uygun bir şekilde teslim edildiği anlamını taşımaz. Taşınmaz inşa eserini onarımında onarımın tamamlanabilmesi için müteahhide zilyetliğin geçirilmesi zorunlu değildir⁷⁶. Ancak inşaat sahibinin onarım tamamlandıktan sonra inşa eserini tekrar rahatsız olmadan kullanılabilmesi için, o eser üzerinde hakimiyetinin sağlanması gerekir. Dolayısıyla müteahhidin açtığı çukurları kapattığı, inşaat artıklarını topladığı veya getirdiği aletleri topladığı anda teslim gerçekleşmiş olur⁷⁷. Başka bir deyişle, inşaat sahibinin inşaatta fiilî hakimiyetini gereği gibi kullanmasına engel olan her tür engel ortadan kalktığı takdirde, müteahhidin inşaat sahibine olan teslim borcu yerine getirilmiş olur⁷⁸.

İnşaatın müteahhitçe tamamlanmış olmasına rağmen, inşaat sahibinin kendi arsası üzerinde yapılan bu inşaatı teslim almaması durumuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu durumdaki inşaat sahibi alacaklının temerrüdüne düşer⁷⁹. Buna karşılık, Öz tarafından savunulan başka bir görüşe göre, inşaatın sözleşmeye uygun bir şekilde müteahhitçe tamamlanması ve müteahhidin inşaat sahibine durumu bildirerek el çekmesi halinde, inşaat sahibinin alacaklının temerrüdüne düştüğünü değil, ifanın (teslimin) gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda inşaat sahibinin inşaatı tasarrufu altına alıp almaması

⁷⁴ Altaş, 86; Uçar, 109. Bu hususların değerlendirilmesinde kural olarak TMK. m. 2'deki doğruluk ve güven kuralları göz önünde tutulmalıdır. Uçar, 109. Müteahhit inşaatın tamamlanmış olduğunu inşaat sahibine açıkça bildirebilir. Müteahhit inşaatın tamamlandığını anlayacak biçimde inşaat sahibinin tasarrufuna bırakmışsa, bu halde inşaatın tamamlandığı zımnen bildirilmiş olur. İnşaat sahibi müteahhidi beklemeden bitmiş inşaatı kullanmaya başlarsa, inşaatı teslim aldığını kabul etmiş olur. Seliçi, İnşaat, 37.

⁷⁵ Turanboy, 154; Uçar, 109; Tandoğan, Borçlar, 125.

⁷⁶ Turanboy, 154.

⁷⁷ Tunçomağ, Borçlar, 1012-1013.

⁷⁸ Uçar, 110.

veya kullanıp kullanmaması önem arz etmez. Bu şekilde gerçekleşen teslimde mülkiyet ve zilyetlik devri söz konusu olmadığı gibi, inşaat sahibinin de teslim katılması gerekli değildir⁸⁰.

bb) İnşa eserinin müteahhidin arsası üzerinde yapılması

İnşa eserinin müteahhidin arsası üzerinde yapıldığı durumlarda taşınmaz inşa eserinin teslim borcunun ifası, inşa eserinin tamamlanmasının ardından bunu inşaat sahibi adına tescil edilmesiyle gerçekleşir⁸¹. Ancak bu durumda teslimin gerçekleşmesi için inşa eserinin tamamlanmış olması gerekir. Bu sebeple, inşa eseri tamamlanmadan söz konusu taşınmazın mülkiyeti müteahhitten inşaat sahibine geçirilmiş olsa dahi, teslim borcu gerçekleşmiş olmaz⁸².

c) Bağımsız maddî varlığı olmayan eserin teslimi

Bağımsız maddî varlığı olmayan inşa eserleri; bir evin duvarlarının boyanması, elektrik tesisatının yapılması, bir binanın döşenmesi ve bunun gibi bağımsız bir inşa eserinin mülkiyetinin devrinin söz konusu olmadığı hallerde ortaya çıkar⁸³. Dolayısıyla bu tür bağımsız varlığı olmayan eser borçlarında, teslimden bahsetmek güçtür. Ancak burada bir teslimden söz edilse bile, bu durumdaki teslim, maddî anlamda teslim şeklinde değil, inşaat sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumların müteahhit tarafından ortadan kaldırılması yoluyla gerçekleşir⁸⁴. Başka bir deyişle, burada teslimsiz ifa edilen bir eser borcu söz konusudur⁸⁵. Anılan durumlarda ifa, inşa eserinin müteahhit tarafından tamamlandığı anda gerçekleşir⁸⁶. Buna göre, inşaat sahibinin evini boyayan veya camlarını takan müteahhidin, bu işleri bitirdikten sonra orayı terk etmesi, inşa eserinin teslimi anlamına gelmektedir⁸⁷.

⁷⁹ Eren, Müteahhit, 72; Seliçi, İnşaat, 37.

⁸⁰ Öz, Eser Sözleşmesi, 169.

⁸¹ Altaş, 86; Seliçi, İnşaat, 8 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, 168; Eren, Müteahhit, 72. Taşınmazlarda teslimden önce tapu tescil işlemi yapılır. Eren, Müteahhit, 72.

⁸² Altaş, 86.

⁸³ Altaş, 83; Uçar, 110; Tunçomağ, Borçlar, 1013; Öz, Eser Sözleşmesi, 167-168.

⁸⁴ Altaş, 83; Uçar, 110; Tunçomağ, Borçlar, 1013; Öz, Eser Sözleşmesi, 167-168 Dayımlırlı, Temerrüt, 46-47; Aral, Borçlar, 358.

⁸⁵ Altaş 83; Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

⁸⁶ Aral, Borçlar, 358; Altaş, 83.

⁸⁷ Altaş, 83. Buna karşılık, maddî varlığı olmayan bazı eser sözleşmelerinde teslim için zilyetliğin nakli gerekebilir. Özellikle onarım için müteahhide verilen taşınır eserlerde, eserin sonradan iş sahibine iade edilmesinde durum böyledir. Böyle hallerde mülkiyet zaten iş sahibinde bulunduğu için, teslim, sadece işin eksiksiz olarak tamamlanmasının ardından, iş sahibinin yeniden vasıtasız zilyet kılınması ile gerçekleşmiş olur. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 167.

Irak hukukunda ise, taşınır eserlerde teslim, genellikle zilyetliğin müteahhitten inşaat sahibine nakledilmesiyle gerçekleşir⁸⁸. Taşınmaz inşa eserlerinde teslim, inşa eseri tamamlandıktan sonra anahtarların müteahhit tarafından inşaat sahibine verilmesiyle veya inşa eserinden yararlanılmasını engellenmeyecek tarzda inşaat sahibinin tasarrufuna bırakılması ile yerine getirilmiş olur⁸⁹. İnşa eserinin onarımı söz konusu olduğu takdirde ise, inşa eserinin zilyetliğinin inşaat sahibine geçirilmesi veya onarım işleri tamamlandıktan sonra, inşa eseri boşaltılıp inşaat sahibinin yararlanılmasına bırakılması ile teslim gerçekleşir⁹⁰. Bu durumda zilyetliğin nakledilmesine gerek kalmadan teslim edilmiş olur. Onarım işlerinde müteahhidin inşa eserini inşaat sahibine bırakması, buna misal olarak gösterilir⁹¹. Burada müteahhidin teslim borcunu yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için, inşaat sahibinin eseri teslim almış olmasının önemi bulunmamaktadır⁹².

6) Teslimin sonuçları

Kanunkoyucu, inşa eserinin teslim edilmesine önemli birkaç hukukî sonuç bağlamıştır. Bunların ilki TBK. m. 359/I hükmüne göre, muayene ve ihbar sürelerinin işlemeye başlamasıdır. Anılan hükme göre; inşaat sahibi inşa eserini müteahhitten teslim aldıktan sonra muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları bildirmekle yükümlüdür. İnşaat sahibinin inşa eserini teslim aldıktan sonra muayene etmesi ve ayıbı müteahhitlere ihbar etmesi bir borç olmayıp, bir külfettir⁹³.

İnşa eserinin teslim edilmesine başka bir önemli sonuç ise; teslimle ayıptan doğan hakların tâbi olduğu zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasıdır. TBK m. 363'ye göre, istisna sözleşmesinde zamanaşımı süresi; taşınırlarda bir yıl, taşınmaz inşaat işlerinde ise müteahhidin inşaat sahibine inşa eserini teslim etmesinden itibaren beş yıldır⁹⁴.

Teslimin diğer bir sonucu ise TBK. m. 364'e göre müteahhidin ücret alacağıının muaccel olmasıdır. Zira inşaat sözleşmesinde, satım sözleşmesinde olduğu gibi, inşa

⁸⁸ el-Fazlî, 405; Mursî, 484.

⁸⁹ Servet, c.1, 94; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 428.

⁹⁰ Servet, c.1, 94; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 428.

⁹¹ Şeneb, c.1, 99.

⁹² Mübarek, el-Mukavil, 70; Servet, c.1, 94-95.

⁹³ Aral, Borçlar, 358; Turanboy, 157; Uçar, 120.

⁹⁴ Aral, Borçlar, 358; Uçar, 120.

eserinin inşaat sahibine teslimi ile birlikte karşılıklı olarak ücret borcunun aynı zamanda ifası kuralı geçerlidir⁹⁵.

Teslim ile ayrıca inşa eserinin yarar ve hasarı da müteahhitten inşaat sahibine geçmektedir. TBK. m. 368/I'e göre; *"yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez"*. TBK. m. 368/II'de aynen şu ifade yer almaktadır; *"bu takdirde, telef olan malzeme kime ait idiye hasarı da ona aittir"*⁹⁶.

İnşa eserinin teslimine bağlanan diğer bir önemli mesele ise, fer'i hak niteliğinde olan cezaî şartı talep imkânının da ortadan kalkmasıdır. Zira cezaî şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı taahhüt etmesidir⁹⁷. Bu itibarla inşaat sahibi, inşa eserini teslim alırken cezaî şartı talep hakkını saklı tutmamışsa, teslimle cezaî şartı talep hakkı da ortadan kalkar⁹⁸.

Teslimin diğer bir önemli sonucu ise; inşa eserinin ayıplardan doğan hakların ortaya çıkmasıdır. Zira TBK. m. 360'ta belirtilen haklar, ayıplı eserin teslimiyle doğmaktadır.

Irak hukukunda da eserin teslimine birkaç hukukî sonuç bağlanmaktadır. Bunlardan ilk sırada, müteahhidin inşaatın arsasını veya eserin malzemesini sağlaması halinde, teslim ile, eserin mülkiyetinin de müteahhitten inşaat sahibine geçmesidir. İkinci olarak, anlaşma veya örf hukukunda aksi düzenlenmedikçe, ücret, teslimle birlikte muacelliyet kazanır (IMK. m. 876). Yine teslimle, hasar ve yarar da müteahhitten inşaat sahibine geçer (IMK. m. 887). Teslim tarihinden itibaren müteahhidin açık ayıplardan sorumluluğu ortadan kalkar. Zira iş sahibi bu ayıpları kabul etmiş sayılır (IMK. m. 875). Nihayet, teslim tarihinden itibaren müteahhidin ayıptan sorumluluğu hususundaki süreler işlemeye başlar (IMK. m. 870)⁹⁹.

⁹⁵ Aral, Borçlar, 358; Uçar, 114; Y. 15. HD. 16.11.1994, E. 3635, K. 6789 (Karar için bkz KBİB, 818/m. 364). İnşa eserinin teslimi, aksi kararlaştırılmadıkça ücretin teslim edildiği karine teşkil eder. Y. 15. HD. 24.4.2002, E. 1758, K. 1989; Y. 15. HD. 18.6.2003, E. 2551, K. 3302 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 364).

⁹⁶ Seliçi, İnşaat, 43; Aral, Borçlar, 358; Uçar, 117-118.

⁹⁷ Turanboy, 157; YHGK. 9.10.1991, E. 15-340, K. 467 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 356).

⁹⁸ Turanboy, 157; Öz, Eser Sözleşmesi, 295; Uçar, 121. Cezaî şart konusunda genel bilgi için bkz. Tunçomağ, Cezaî Şart, 3 vd.; Kocağa, Cezaî Şart, 33; Uçar, S, 11 vd.; Günay, 3 vd.

⁹⁹ el-Senhurî, el-Ukud, 153; Irak Temyiz Mahkemesi, 25.3.1992, K. 218/Medeniye Ule/92 (Karar için bkz. el-Meşhadanî, 217-218 vd.).

7) İnşa eserinin teslim yeri

İnşa eserinin teslimine, kural olarak ifa yerine ilişkin hükümler uygulanır. İnşa eserinin belirli bir şeye ilişkin olmasından dolayı, burada bir “aranacak borç” söz konusu olur¹⁰⁰. Böylece ifa yeri belirlenirken TBK. m. 73 hükmünden yararlanılır. Taşınmaz inşa eserinin teslim yeri açısından hiçbir problem bulunmamaktadır. Çünkü taşınmaza ilişkin iş görme sonucu (inşa ve onarım), şeylerin bulunduğu yerde meydana gelir¹⁰¹. Genel olarak taşınır inşa eseri niteliğinde olan (meselâ inşa edilen fabrikaya makinelerin takılması), taşınmaz inşa eserinin mütemmim cüzün veya teferruatın, tesliminin, şeylerin bulunduğu yerde gerçekleştirilmesi gerekir¹⁰².

Irak hukukunda ise, taşınmazlarda teslimin yeri, taşınmazın bulunduğu yerdir. Teslimin konusu bir taşınır olup, iş sahibinin zilyetliğinde kalmışsa, teslim taşınırın bulunduğu yerde yapılır. Ancak taşınırın zilyetliğinin iş sahibinden müteahhide geçtiği ve teslim hususunda herhangi bir anlaşma ve örf kuralı bulunduğu durumlarda, Irak Medenî Kanunu’nun genel kuralları gereğince, teslim, müteahhidin (borçlunun) ikâmetgahı veya iş merkezlerinin bulunduğu yerde yapılır (IMK. m. 396)¹⁰³.

8) İnşa eserinin teslim zamanı

Genel olarak taraflar inşa eserinin teslim zamanını sözleşmede belirtirler. Taraflar bu tarihi ya belli bir takvim günü göstererek tespit ederler veya bir süre tayin edip, bu sürenin dolduğu tarihte inşa eserinin teslim edileceğini öngörürler. Meselâ sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde inşa eserinin meydana getirileceği kararlaştırılabilir¹⁰⁴.

Teslim tarihi, taraflar arasında yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde, takvim günü belirtilerek veya başlangıç ve sonu belli süre gösterilerek ya da objektif ölçülere göre kesinlikle hesaplanacak tarzda tespit edilmiş ise, TBK. m. 101/II anlamında borcun ifa edileceği gün “müttefikten tayin edilmiş” olur¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Eren, Müteahhit, 73.

¹⁰¹ Tandoğan, Borçlar, 128; Yavuz, Borçlar, 472.

¹⁰² Tandoğan, Borçlar, 128; Yavuz, Borçlar, 472; Uygur, Borçlar Özel, 7721.

¹⁰³ el-Senhurî, el-Ukud, 90-91; Servet, c.1, 102-103.

¹⁰⁴ Tandoğan, Borçlar, 128; Aral, Borçlar, 358; Eren, Müteahhit, 73.

¹⁰⁵ Tandoğan, Borçlar, 128; Aral, Borçlar, 358; Yavuz, Borçlar, 472.

Teslim tarihi anlaşmayla belirlenmemişse, sözleşmedeki bu boşluğun işin niteliğine göre (TBK. m. 74) ve tarafların farazî iradelerine dayanarak doldurulması gerekir. Bunu yaparken, somut olaydaki inşa eserini meydana getirmek için, deneyimli bir uzmanın olağan şartlarda işe vaktinde başlayıp ve devamlı bir çalışmayla mütad çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak, ne kadar zaman harcaması gerektiği hususunun göz önünde bulundurulması gerekir¹⁰⁶. Müteahhit bir inşa eserini meydana getirirken, kendisine bunu teslim etmesi için yeterli bir zaman dilimi bırakılmalıdır. Özellikle büyük inşaat işlerinde teslim günü önceden tespit edilir. Bununla birlikte, işe başlama ve bitirme tarihleri ayrıca sözleşmede gösterilmemişse, bu hususun düzenlenmesi müteahhide bırakılmış da olabilir. Ancak anılan durumda müteahhidin işe başlamada gecikmesi halinde, teslim tarihinde işi bitiremeyeceği açıkça tahmin edilebiliyorsa iş sahibi TBK. m. 358/T'e dayanarak teslim tarihini beklemeden sözleşmeyi feshedebilir¹⁰⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi uygulamada taraflar teslim zamanıyla ilgili olmak üzere cezaî şart ve prim anlaşmaları da yapabilirler. Buna göre, müteahhit inşa eserini zamanında teslim edemediği takdirde, cezaî şartı ödemek zorundadır. Buna karşılık, müteahhit inşa eserini zamanından önceki bir tarihte teslim ederse, inşaat sahibi, ona kararlaştırılan primi ödemek zorunda kalır¹⁰⁸.

Irak hukukunda ise, inşaatın teslimi tarafların üzerinde anlaşmış oldukları zamanda yapılmalıdır. Ancak taraflar teslim için belli bir süre belirtmemişlerse, müteahhit sanat kurallarının, örfün veya işin niteliğinin gerektirdiği makûl bir sürede inşaatı tamamlayıp inşaat sahibine teslim etmelidir¹⁰⁹. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, teslim müteahhidin inşaatı tamamlamasından hemen sonra gerçekleşmelidir¹¹⁰.

Irak hukukunda da müteahhit inşa eserinin meydana getirilmesi için işe başlamasında gecikebilir. Bu durumda inşa eserinin kararlaştırılan tarihte teslim edilemeyeceği kesinleşirse, inşaat sahibi, teslim tarihini beklemeden sözleşmeyi

¹⁰⁶ Tandoğan, Borçlar, 129; Yavuz, Borçlar, 472; Aral, Borçlar, 358.

¹⁰⁷ Tandoğan, Borçlar, 129; Yavuz, Borçlar, 471.

¹⁰⁸ Eren, Müteahhit, 73.

¹⁰⁹ el-Senhurî, el-Ukud, 89; Servet, c.1, 103.

¹¹⁰ Müteahhidin inşaatı tamamlamasına rağmen, inşaat sahibi muaccel olan ücretini ödemediği için, eseri hapis hakkına dayanarak inşaat sahibine teslim etmekten kaçınabilir. Bkz. el-Senhurî, el-Ukud, 89-90.

feshedebilir (IMK. m. 868)¹¹¹. Bu konuda IMK. m. 868’de aynen şu hüküm yer almaktadır: “Müteahhit işe başlamakta veya tamamlamakta gecikirse, bununla işin gereği gibi zamanında bitirilmesi mümkün olmazsa, iş sahibi teslim zamanını beklemeden sözleşmeyi feshedebilir”¹¹².

B. İnşa eserinin ayıplı olması

1) Genel olarak ayıp kavramı

a) Türk hukukunda

Müteahhidin inşa eserini ayıpsız bir şekilde tamamlaması gerekir. İnşa eserinde, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin veya normal olarak bulunması gerekli olan niteliklerin mevcut olmaması halinde, ayıplı eserden söz edilir¹¹³. Buna göre; ayıplı inşa eseri, sözleşme uyarınca bulunması gerekli olan bir niteliğin olmamasını ifade eder. Bu sebeple, anılan durum sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Başka bir deyişle, ayıplı bir inşa eserinin meydana getirilmesi ve bunun ayıplı şekilde teslim edilmesi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir¹¹⁴. TBK. m. 360’de, ayıplı eserin ne anlama geldiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, inşa eserinin ayıplı olması veya sözleşmenin şartlarına uygun olmaması sebebiyle eserin “*kullanılmayacak*” veya “*nısfet kaidesine göre (billigerweise) kabul edilmeyecek*” durumda olması halinde, inşaat sahibinin kabulden kaçınma yetkisi vardır. Buna karşılık inşa eserindeki ayıp, daha az önemli olduğu takdirde, inşaat sahibi değer düşüklüğü

¹¹¹ el-Fazlî, 404. Irak Temyiz Mahkemesi’ne göre, meşru bir sebep olmadan müteahhit işi tamamlamakta gecikirse, iş sahibinin bu yüzden doğan zararlarını tazmin etmelidir. Böyle bir halde sözleşmenin karşı tarafı hükümet (idare) ise, zararın olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Zira bu gibi sözleşmeler, kamu yararı için yapılmaktadır. 25/2/1974, K. 697/Medenîye Saniye/1973. Karar için bkz. el-Neşre el-Kazayı el-Adad el-Evvel el-Sene el-Hamise 165.

¹¹² Lübnan Borçlar ve Sözleşmeler Kanunu için tamamlanması için iş sahibine müteahhide yardım etmesi konusunda bir yükümlülük getirmiştir. Bu Kanunun 660. maddesine göre “*işin tamamlanması için iş sahibinin bir şey yapması gerekiyorsa müteahhit sarahaten ondan bu işin yapılmasını talep edebilir. İş sahibi yeterli sürede bu işlere kalkmazsa müteahhit sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşmeyi devam ettirebilir. Her iki halde de uğradığı zararların tazminini de isteyebilir*”. Irak Medenî Kanununda böyle bir madde bulunmamasına rağmen *Servet*’e göre Lübnan Borçlar ve Sözleşmeler Kanunundaki hükmünün içeriğini Irak hukukunda da alınmasına her hangi bir engel yoktur. Zira bu hükmün içeriği tarafların iyi niyet kurallarına göre sözleşmeden doğan borçlarının ifa etmesinin bir gereğidir. Böylece müteahhit eseri meydana getirirken iş sahibi üzerine düşen işlerin tamamını sağlaması ve her türlü yardımda bulunmalıdır. Keza, iş sahibi, inşa eseri yapılırken, müteahhidin önüne herhangi bir engel koymamalıdır. Buna göre, inşaatın yapılması suya ihtiyacı olduğu takdirde, iş sahibi yetkili mercilere başvurup, kendi ismine suyun bağlamasını istemelidir. Keza inşaat sahibi gerektiğinde, inşaat iznini de almalıdır. Geniş bilgi için bkz. *Servet*, c.1, 149-150.

¹¹³ Tandoğan, Borçlar, 162; Seliçi, İnşaat, 135; Kocaağa, İş Sahibi, 181; Kılıçoğlu, Ayıplı Eser, 17. Ayıp kavramı için bkz. Akıncı, Ş, 26.

¹¹⁴ Yavuz, Borçlar, 474; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 93; Karahasan, İnşaat, 259 vd.

nispetinde ücret indirimi veya inşa eserindeki ayıbın müteahhit tarafından giderilmesi haklardan birini kullanabilir¹¹⁵. Anılan haklar, ancak müteahhidin inşa eserini tamamladığı, buna karşılık eserin sözleşmede üzerinde anlaşılacak nitelikleri veya gerekli nitelikleri taşımadığı durumda kullanabilir¹¹⁶.

Kanunkoyucunun TBK. m. 360 vd.'nda kullandığı "kusur" kelimesinin İBK. m. 369'a uygun olarak "ayıp" şeklinde anlaşılması gerekir¹¹⁷. Gerçekten de, TBK. m. 360'da istisna sözleşmesine ilişkin düzenlenen ayıp kavramı, satım sözleşmesindeki ayıp kavramından büyük ölçüde etkilenmiş olmakla birlikte, istisna sözleşmesindeki ayıp kavramının belirlenmesinde bu sözleşmenin özellikleri göz önünde tutulmalıdır¹¹⁸. Bu sebeple, TBK. m. 360'da dar anlamda ayıp, yani eserdeki ayıp ile eserin sözleşmeye uygun olmayan diğer hallerin ayrımını, satım sözleşmesinde düzenlenen maddî ayıp hükümlerine yaklaştırmak mümkündür. Bununla birlikte, eserdeki ayıbı, satım sözleşmesinde satılan şeydeki ayıp, sözleşmeye uygun olmayan diğer halleri (nitelikleri) ise, satıcının zikir ve vaaddettiği (garanti ettiği) nitelikler şeklinde yorumlamak, kanaatimizce uygun değildir¹¹⁹. Çünkü, müteahhidin sözleşmede belli nitelikleri vaad etmesi ile birlikte, bunlar edim borcunun içeriğine dahil olur. Böylece istisna sözleşmesi parça satımından farklı olarak, garanti edilen nitelikler, meydana getirilecek eserde bulunması garanti edilen bir niteliklerdir¹²⁰. Başka bir deyişle, müteahhit, meydana getireceği eserde gerekli olan bütün niteliklerin bulunmasını üstlenmektedir. Meselâ müteahhidin yapacağı binanın çatısının su geçirmezliğini garanti etmesi, buna misal olarak gösterilebilir¹²¹.

İstisna sözleşmesinde eserin ayıplı olması; meydana getirilen eserde fiilen mevcut olan niteliklerin, olması gereken niteliklerden farklılığını veya eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması halini ifade eder¹²². İnşa eserinin ayıplı olması kavramı, somut istisna sözleşmesinin muhtevasına tâbi olduğundan, nisbî bir kavram olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ayıbın tespiti için, sözleşmede

¹¹⁵ Seliçi, İnşaat, 135; Kocağa, İş Sahibi, 181. Aynı husus, OR. Art. 368'in Almanca metninde "eserin önemli ayıplar taşıması veya başka bir şekilde sözleşmeye uygun bulunmaması" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeden açıkça anlaşılabilir gibi ayıp, yapılan eserin sözleşmeye uymaması halidir. Seliçi, İnşaat, 135.

¹¹⁶ Seliçi, İnşaat, 135; Burcuoğlu, 285; Öz, Eser Sözleşmesi, 92.

¹¹⁷ Aral, Borçlar, 365.

¹¹⁸ Tandoğan, Borçlar, 161.

¹¹⁹ Seliçi, İnşaat, 135-137.

¹²⁰ Seliçi, İnşaat, 136; Yavuz, Borçlar, 475.

¹²¹ Yavuz, Borçlar, 475; Burcuoğlu, 285.

üzerinde anlaşılan ve aranılan nitelikler, fiilen inşa eserinin taşıdığı niteliklerle karşılaştırılmalıdır¹²³. Bu karşılaştırmada inşaat sahibinin, müteahhitten nasıl bir inşa eserinin beklediğinin belirlenmesinde, sözleşmenin muhtevası ve iyi niyet kurallarının (dürüstlük kurallarının) esas alınması gerekir¹²⁴. İnşaat sahibi, müteahhitten, sözleşmede kararlaştırılan, yani üzerinde anlaşılan ve değer kalitesi veya kullanılabilirlik açısından gerekli olan nitelikleri taşıyan bir inşa eserinin meydana getirilmesini haklı olarak bekler¹²⁵.

aa) Sözleşmede üzerinde anlaşılan niteliklerin eksikliği

Müteahhit inşa eserini, inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan nitelikleri taşıyacak şekilde meydana getirmelidir. İnşaat işlerinde müteahhidin inşaat sahibine karşı edim borcu; plân, proje, teknik şartnameler ve diğer belgelere göre belirlenir¹²⁶. Başka bir deyişle, yapılacak inşaatın genel nitelikleri bu belgelere göre tespit edilir. Bu sebeple, sayılan belgelere uygun olarak meydana getirilmeyen inşa eseri ayıplıdır. Taraflarca inşaatta birinci sınıf işçilik ve malzemenin kullanılması kararlaştırılmasına rağmen, bu kalitede olmayan malzeme ve işçiliğin kullanılması, pencerelerin çerçevelerini kaliteli ahşap yerine adî ahşaptan yapılması veya su tesisatının *ECA* markası olarak kararlaştırılmasına rağmen, değişik marka tesisat yapılması, inşa eserinin ayıplı olduğuna misal teşkil eder¹²⁷. İnşaat eserinin üzerinde anlaşılan nitelikleri taşıyamaması, meydana getirilen bu inşa eseri yapı tekniğine uygun olsa veya söz konusu farklıklar inşa eserinin maddî değerinde bir düşüşe sebep olmasa bile, eser ayıplı olarak kabul edilir¹²⁸. Zira üzerinde anlaşılan bu nitelikler inşaat sözleşmesinin içeriğini ve bir parçasını oluşturup, akdî bir nitelik taşımaktadır¹²⁹. Meselâ, taraflar binanın açık sarı

¹²² Seliçi, İnşaat, , 136; Öz, Eser Sözleşmesi, 92-94.

¹²³ Tandoğan, Borçlar, 162; Yavuz, Borçlar, 474.

¹²⁴ Tandoğan, Borçlar, 162; Seliçi, İnşaat, 135; Turanboy, 158.

¹²⁵ Tandoğan, Borçlar, 162; Seliçi, İnşaat, 136; Turanboy, 158.

¹²⁶ Seliçi, İnşaat, 136; Turanboy, 156; Yavuz, Borçlar, 475; Uygur, Borçlar Özel, 7829; Uygur, İnşaat, 258.

¹²⁷ Y. 15. HD. 8.4.1992, E. 4925, K. 1820 (Karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7834-7835).

¹²⁸ Turanboy, 158; Seliçi, İnşaat, 138; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 92-94. Yargıtay inşaat kullanılan mermerin numuneye uygun olmadığını açık ayıp olarak kabul etmiştir. Y. 15. HD. 6.2.1992, E. 3378, K. 457. (Karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7879). YHGK. 30.10.1991, E. 15-373, K. 533 (KBİB, 818/m. 356).

¹²⁹ Turanboy, 162. Eserin meydana getirilmesindeki uygunsuzluk, bu eserin tamamlanarak ortaya çıkmasına izin vermiyorsa veya taahhüt edilenden başka bir şeyin yapılmış olması sonucunu doğurmuşsa, ayıplı eserden veya gereği gibi ifa edilmemeden değil, hiç ifa etmemekten söz edilir. Müteahhidin meydana getirmeyi üstlendiği altı katlı inşaat yerine beş katlı bir inşaat meydana getirmesi, buna misal teşkil edebilir. Söz hallerde borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanır. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 94.

renge boyanmasını kararlaştırmalarına rağmen, binanın koyu sarı renge boyanması halinde, inşa eserinin değerinde düşüklük söz konusu olmamakla birlikte, inşa eserinde bir ayıp söz konusu olur.

Müteahhidin eserde bir niteliği vaat ve zikir etmesi, TBK. m. 194'deki satım sözleşmesindeki satıcının satılan şeye ilişkin bir tasavvur açıklaması gibi olmayıp, müteahhidin edim borcuna dahil olduğu için, bağlayıcı bir irade beyanıdır¹³⁰. Buna göre müteahhidin inşa eserindeki vaadinin sözleşmede üzerinde anlaşılan bir nitelik olarak kabul gördüğü durumlarda, aynı zamanda inşaatın böyle bir niteliği taşımamasından da müteahhit, ayıp hükümleri uyarınca sorumlu olur¹³¹. Ayrıca bazı hallerde inşaat sözleşmesinde meydana getirilecek inşa eserinde istenilen niteliklerin asgarî sınırları belirtilir yahut bu nitelikler için belli ölçüde tolerans sınırları tanınır. Bu asgarî sınırların üstünde olan veya tolerans sınırı içinde kalan niteliklere sahip inşa eseri ayıplı olarak sayılmaz¹³². Meselâ, sözleşmede eserde kullanılacak belli bir malzemenin veya boyanın D kalitesinden daha düşük olmaması kararlaştırılmışsa, müteahhit A veya B ya da C kalitede bir malzeme kullandığı takdirde, inşa eserinin ayıplı olmasından söz edilemez. Buna karşılık F veya E kalitede bir malzeme kullanılmışsa, inşaat ayıplı olarak nitelendirilir¹³³. Keza taraflar sözleşmede inşa eserinde yapı tekniğine uygun bir nitelik kararlaştırmışlarsa, inşa eserini kullanma elverişliliğini ortadan kaldırma düşüncesi söz konusu olmaz. Ancak müteahhit, inşaat sahibinin yararı gereği inşa eserinin kullanılmaya elverişli bir biçimde yapımı için kararlaştırılan niteliğin inşasından sonradan vazgeçmişse, meydana getirilen inşa eserinin ayıplı olduğundan söz etmek güçtür¹³⁴.

¹³⁰ Seliçi, İnşaat, 138; Tandoğan, Borçlar, 162-163; Yavuz, Borçlar, 475; Şenocak, Aybın Giderilmesi, 94.

¹³¹ Müteahhidin hukukî bağlayıcılığı olmayan sözleri, meselâ, inşaatın ve kendisinin yaptığı işlerin çok iyi olduğunu belirtmesi veya inşaat sahibinden müteahhidin kendi işlerine güvenmesinin istemesi veya inşaat sahibine inşaatın memnun kalacağından emin olduğunu belirtmesi vb. hallerde, müteahhidin iradesini bağlamamaktadır. Keza bu sözler inşaatın niteliğini tespit etmeye faydası olmayan vaadlerdir. Seliçi, İnşaat, 138.

¹³² Tandoğan, Borçlar, 164; Yavuz, Borçlar, 475; Seliçi, İnşaat, 139; Turanboy, 159.

¹³³ İnşaat sözleşmesinde malzeme veya işçiliğin kalitesi veya niteliği konusunda hiçbir şey zikredilmemişse, müteahhidin orta nitelik ve kalitede malzeme ve işçilik kullanması yeterlidir. Bu sebeple, böyle hallerde inşaat sahibi, müteahhidin birinci sınıf işçilik ve malzeme kullanmadığı için inşaatın ayıplı olduğu iddiasında bulunamaz. Ancak, inşa eseri meydana getirilirken sözleşmenin amacının gerektirdiği veya dürüstlük kuralı gereği aranan nitelikleri de göz önünde tutmak gerekir. Seliçi, İnşaat, 137.

¹³⁴ Seliçi, İnşaat, 139-140.

bb) Gerekli niteliklerin eksikliği

İnşa eserinin inşaat sahibinin menfaatlerine uygun olması, onda taşınması gerekli olan niteliklerin bulunması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, inşa eserinin kullanılmaya elverişli ve normal olarak taşınması gereken özellikleri ihtiva etmesi gerekir. Taraflar, inşaatın olağan olarak taşınması gereken nitelikleri kararlaştırmamışlarsa, müteahhit inşaatı bu nitelikleri haiz bir şekilde meydana getirilmelidir¹³⁵.

TBK. m. 360'da belirtilen niteliklerin ne olduğu hususu, açıkça yer almış değildir. Bu sebeple, inşaat sözleşmesindeki ayıp kavramı, satım sözleşmesindeki (TBK. m. 194) ayıp hükümlerine başvurularak tespit edilebilir¹³⁶. Buna göre inşa eserindeki nitelikler, inşaat sahibinin menfaatini karşılmasına ve onun tarafından kullanılmaya elverişli olmalıdır¹³⁷. Bu durumda inşa eserinin inşaat sahibi tarafından kullanılma amacı, önem kazanmaktadır. İnşaat sahibinin inşaatı müteahhide yaptırmasındaki zımnî ve açık amacı, satım sözleşmesindeki hükümlerden yararlanılarak ve TMK. m. 2'de yer alan "dürüstlük" kuralları gereğince sözleşme yorumlanarak tespit edilir¹³⁸. Bu itibarla, açıkça veya zımnî olarak sözleşmede özel bir kullanım amacı öngörülmüşse, inşa eserinin bu amaca elverişli olması gerekir. Başka bir deyişle, müteahhit, herhangi bir şekilde kullanılmaya elverişli olan değil, sözleşmedeki kullanma amacına elverişli bir inşa eseri teslim etmekle yükümlüdür¹³⁹. İnşa eserinin normal kullanma amacına elverişli olup olmadığı, objektif ölçülere göre tespit edilir¹⁴⁰. Burada genel hayat tecrübeleri, değer yargıları ve dürüstlük kuralı esas alınır. Buna göre; aynı amaca yönelik aynı cins bir eserde, dürüstlük kuralları ve iş çerçevelerinin değerine göre, bulunması gerekli görülen niteliklerden yoksun bir inşa eserinin, ayıplı olduğu kabul edilir¹⁴¹. İnşaat sözleşmelerinde inşa eserinin kullanma amacını tespit etmek pek zor değildir. Zira inşaat teknik bir iş olduğundan, bu amaç inşaatın plân ve projelerinden anlaşılır¹⁴². Bu açıdan meselâ, inşa eserinin konusu büyük bir otel veya hastane ise, anılan inşa

¹³⁵ Turanboy, 159; Seliçi, İnşaat, 140; Uygur, İnşaat, 258.

¹³⁶ Seliçi, İnşaat, 140; Turanboy, 159.

¹³⁷ Seliçi, İnşaat, 140; Turanboy, 159.

¹³⁸ Turanboy, 159; Uçar, 128; Tunçomağ, Borçlar, 1016. Y. 15. HD. 17.3.1976, E. 5464, K. 1210 (Karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7832).

¹³⁹ Tandoğan, Borçlar, 164; Uçar, 128.

¹⁴⁰ Seliçi, İnşaat, 140; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 99.

¹⁴¹ Seliçi, İnşaat, 141 Yavuz, Borçlar, 475.

eserinde sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden başka, müteahhit, inşa eserini, yapı teknik kuralları ve otelin veya hastanenin niteliğini de dikkate alarak yapmalıdır. Yapı teknik kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilmeyen inşa eseri ayıplıdır. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken, tâbi olduğu bu şartnameleri göz önünde bulundurmalıdır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi buna misal olarak gösterilir¹⁴³. Gerçekten de, YİĞŞ m. 26/VI inşaatı fennî icaplara uygun yapmayan müteahhidi sorumlu tutmuştur. Başka bir deyişle, YİĞŞ'e göre de yapı teknik kurallarına uygun yapılmayan inşaat, ayıplı olarak kabul etmektedir¹⁴⁴.

Müteahhit tarafından yapılan inşa eseri, bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kullanımı kısmen veya tamamen elverişsiz kılıyorsa ve inşaat sahibi de inşa eserinde böyle bir kamu hukuku kuralına uyulmasını beklemekte haklı ise, bu durumda da inşa eseri ayıplı sayılır. Meselâ, İmar Kanunu'na tâbi inşaatlarda müteahhit, elverişli bir bina yapmak için, oturma izni almak zorundadır¹⁴⁵. Bu

¹⁴² Turanboy, 160; Seliçi, İnşaat, 141.

¹⁴³ Turanboy, 160. İnşaat sözleşmesinin taraflarından biri idare olması (TKİK. m. 2 kapsamına kurum ve kuruluşlar) halinde, inşaat işleri bazı Şartnameler gereğince gerçekleştirilir (TKİK. m. 12). TKİSK. m. 34 uyarınca; "Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçilmesi, verilmesi veya kullanılması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır". Böylece bu Şartname'ye göre inşaat yapı tekniğine aykırı ise, inşa eseri ayıplı sayılır. Keza mimarlar ve mühendislerin birlikte çıkarmış oldukları protokol ve mimarlar odası tarafından çıkarılmış olan asgarî ücret tarifesi, yapı teknik kuralları içermektedir. Bu teknik kuralların taraflarca sözleşmede kararlaştırılması durumunda da, bunlar, inşaat işlerinin kurallarını teşkil ettiğinden, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır. Bkz. Turanboy, 160. Keza inşaat sözleşmelerinde FIDIC ve ICE genel şartları de büyük öneme sahiptir. Zira bunlar, inşaat sözleşmesinde inşaat tekniği içermektedir. Genel olarak uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar FIDIC kurallarının kullanılmasını kararlaştırırlar. Ancak ulusal inşaat sözleşmelerinin de FIDIC esaslı olması kararlaştırılabilir. Özellikle yabancı sermayedarlar, Dünya Bankası, Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankası ve benzeri uluslararası kredi müesseselerinden veya yabancı bankaların kurduğu kredi konsorsiyumları aracılığıyla alınmış kredilerle yapılan inşaat işleri ilgili inşaat sözleşmelerinin, FIDIC esaslı olması, yabancı işveren ve kredi kurumları tarafından talep edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Türegün, 255; Karayalçın, FIDIC, 294; Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, 32 vd.; Akıncı, Standart Sözleşmeler, 969 vd. Bazı Avrupa ülkelerinde mühendis ve mimarlar odaları, teknik kuruluşlarla birlikte "inşaat işlerinin ifasında uyulması gerekli esaslar" geliştirmişlerdir. Böylece adı geçen kuruluşlar, inşaat işlerinde normal olarak hangi niteliklerin bulunması gerektiğini belirlemişler ve bunun sonucu olarak müteahhidin sebep sorumluluğu ile sorumlu olacağını kabul etmişlerdir. Ancak bu kurallar, taraflarca kararlaştırılmış olmak ve sözleşmenin diğer hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, uygulama imkânına sahiptir. Turanboy, 160; Uçar, 126.

¹⁴⁴ Seliçi, İnşaat, 141.

¹⁴⁵ TİMİK. 30 gereğince; "Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (veya yeminli serbest mimarlık veya mühendislik bürolarından), 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin

Kanuna uygun bir izin almayan müteahhidin inşa ettiği binada, hukukî açıdan bir ayıp söz konusu olur¹⁴⁶.

İnşa eserinde normal olarak bulunması gerekli olan niteliklerin bulunmamasının eserin değerini düşürdüğü hallerde de, inşa eserinde ayıp söz konusu olur. Ancak çoğu zaman normal niteliğin eksikliği, inşa eserinde hem değer eksikliği hem de kullanım elverişsizliğine sebep olur. Bu durumda inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıbı iddia ederken ister değer eksikliği ister kullanım elverişsizliğine dayanabilir¹⁴⁷.

İnşaat işlerinde müteahhit, söz konusu işleri bu alanın teknik kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilmelidir. Türkiye’de söz konusu alan ile ilgili bazı teknik şartnameler mevcuttur.

b) Irak hukukunda

Irak hukukunda da, müteahhit, inşaat sözleşmesini gereği gibi ifa etmelidir. İMK. m. 150/T’e göre; “Sözleşmeyi içeriğine uygun şekilde ve iyi niyet kuralları gereğince ifa edilmesi gerekir”¹⁴⁸. Buna göre, inşaat sözleşmesinde müteahhit borçlarını yerine getirirken, her şeyden önce sözleşmenin içeriği, yani tarafların üzerinde anlaştıkları hususları göz önünde bulundurmalıdır. Müteahhit borçlarını icra ederken dikkat etmesi ve göz ardı etmemesi başka bir husus ise, borçlarını iyi niyet kuralları gereği ifa etmektir.

Yukarıda da açıklandığı gibi, Irak Medenî Kanunu müteahhidin inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumluluğu konusunda, genel hükümlerle (istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri) birlikte, özel hüküm niteliğinde olan inşaat

alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.

Belediyeler, valilikler (veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları) mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır. (Ancak müracaat yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürosuna yapılmış ise bu hüküm uygulanmaz. Yeminli büro, müracaatı bu süre içerisinde müsbet veya menfi mutlaka sonuçlandırmak zorundadır.)

Bu maddeye göre verilen izin yapı sahibini kanuna, ruhsat ve eklerine riayetsizlikten doğacak mesuliyetten kurtaramayacağı gibi her türlü vergi, resim ve harç ödeme mükellefiyetinden de kurtarmaz”.

Anılan maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında içine alınan kısım Anayasa Mahkemesinin 11 Aralık 1986 tarih ve E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmekle hükmü kalmamıştır.

¹⁴⁶ Tandoğan, Borçlar, 165; Seliçi, İnşaat, 43; Turanboy, 160. TİM.K. m. 31’e uyarınca; “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınuncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir”.

¹⁴⁷ Seliçi, İnşaat, 142; Turanboy, 160.

¹⁴⁸ İMK. m. 150/II; “Âkitler, sadece sözleşme metniyle değil, aynı zamanda kanun, örf, adalete ve borcun tabiatı gereği kendilerine yüklenen yükümlülükler ile de bağlıdır”.

sözleşmelerinde bina ve inşa eserinin (inşaatın) yıkılması (çökmesi) hali ile binanın sağlamlığını tehdit eden ayıpları düzenlemiştir¹⁴⁹.

Irak hukukunda ayıp konusuna ilişkin aşağıda ilk olarak, özel hükümlerde düzenlenen inşaatın yıkılması veya yıkılmaya sebep olan ayıplar konusu, ardından da inşa eserindeki diğer ayıplara ilişkin genel hükümler sırasıyla incelenecektir.

aa) Özel hükümler

Irak Kanunkoyucusu inşaat sözleşmelerine büyük önem vermiştir. Bu sebeple, inşa eserini gerçekleştiren müteahhit ve mimarlar hakkında özel bir sorumluluk hükümleri öngörmüştür. Buna göre, IMK. m. 870 müteahhit ve mimar, inşaattaki (bina ve diğer inşa eserlerindeki) yıkılma veya yıkılmaya sebep olan ayıplardan sorumlu tutulmuştur. Böyle bir özel hükmün sebebi, genelde tecrübesiz olan tarafı, yani inşaat sahibini, tecrübe ve teknik bilgiye sahip olan sözleşmenin diğer tarafı olan müteahhide karşı korumaktır. Keza inşa eserinin yıkılması, insanların hayatını tehlikeye maruz bırakmaktadır. Ayrıca inşaat için büyük sermayeye ihtiyaç duyulmaktadır. Kanunkoyucu söz konusu hususları dikkate alarak müteahhidin sorumluluğunu artırmıştır. Müteahhidin inşaata özen göstermesi ve onu iyi bir şekilde gerçekleştirmesi için, bu madde hükmü emredici nitelikte sayılmıştır. Bu itibarla taraflar, anılan hükmün aksini kararlaştıramazlar¹⁵⁰. IMK. m. 870'e göre; " I. Müteahhit ve mimar meydana getirdikleri bina ve diğer sabit inşa eserlerinin küllî ve cüzî olarak yıkılmasından itibaren on yıl içinde, ayıp üzerinde yapılan arsadan kaynaklansa veya inşaat sahibi ayıplı bir inşaatın meydana getirilmesine izin vermişlerse bile, sorumlu olur. Meğer ki, taraflar inşaatın on seneden daha az bir süre için kalmasını istemiş olsunlar. on yıllık sorumluluk süresi işin tamamlanıp teslim edilmesinden sonra işlemeye başlar. (Böyle bir halde), sorumluluğu kaldıran veya azaltan şartlar geçersizdir.

II. Yukarıdaki fıkra müteahhidin kendisinden işleri kabul eden ve onlara rüçû hakkı olan diğer müteahhitlerle olan ilişkilere uygulanmaz.

III. Bu maddenin I. fıkrasındaki hüküm inşaatın sağlamlığını tehdit eden ayıpları da kapsar.

¹⁴⁹ Anglo-Sakson hukuku da Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, inşa eserinin tamamen veya kısmen yıkılmasını, diğer ayıplarla birlikte meselâ duvarın su çekerek rutubet alması gibi durumlarla birlikte ele almış; bu konuda ayırım yapmamıştır.

¹⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Servet, c.1, 109-111; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 145.

IV. *Bu maddede yer alan sorumluluk davası göçmenin gerçekleşmesi veya ayıbın inkişaf etmesinden bir yıl sonra düşer*¹⁵¹.

Yukarıda tam metni verilen madde hükümlerinin uygulanması için, her şeyden önce taşınmaz bir inşa eserini söz konusu olmalıdır¹⁵². Ayrıca inşa eserinde tam veya kısmî bir yıkılmanın meydana gelmesi gerekir. Ancak yıkılmanın kendisi de, bizatihi bir ayıptır. Zira müteahhit inşaat sahibine karşı sağlam bir inşa eserini meydana getirmeyi üstlenmektedir. Yıkılmanın bir ayıp olduğu sonucu, inşaat sahibinin söz konusu inşa eserinden istifade edememesinden ve kullanamamasından da ortaya çıkmaktadır.

IMK. m. 870/III gereğince müteahhidin sorumlu olduğu bir diğer husus, inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıplardır. Bu durumlarda inşaat sahibi ayıplı inşa eserinin meydana getirilmesi hususunda müteahhide açık veya zımnî bir izin vermiş olsa bile, müteahhidin sorumluluğu devam eder. Müteahhide ayıp konusunda yüklenen bu özel sorumluluğu incelemek üzere, aşağıda ilk olarak inşa eserinin tam veya kısmen yıkılması, ardından da inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplar ele alınacaktır.

aaa) İnşa eserinin kısmen veya tamamen yıkılması

IMK. m. 870/I'e göre müteahhidin sorumluluğunun doğması için, yaptığı inşa eserinde bir yıkılma (çökme veya göçme) meydana gelmelidir. Burada göçme, yapılan inşa eserinin yıkılması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, yıkılma, bir bütünlük arz eden inşa esrinin tamamının veya bir parçasının ayrılarak çökmesidir. Yıkılmada inşa eserinin cüzlerinde (parçalarında) bir ayrılma söz konusu olup; bu ayırım inşa eserinin tamamının yıkılmasına sebep olabileceği gibi, kısmî ayrılma durumunda cüzî yıkılma da söz konusu olabilir¹⁵³. Dolayısıyla bir evin göçmesi, merdivenin düşmesi duvarın veya tavanın çökmesi, köprünün düşmesi, veya müteahhitçe yapılan barajlarda çatlaklık oluşması, inşa eserinin yıkılmasına birer misal teşkil edebilir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Bu madde hükmünün benzerini, MMK. m. 651, SMK. m. 617, LMK.m 650, LBSK. m. 668. Anılan madde hükümlerinde yer alan yıkılma kavramı, aynı zamanda göçme ve çökme anlamına da gelmektedir.

¹⁵² Bu maddeye göre, inşaatta kullanılan malzeme, ister inşaat sahibi ister müteahhit tarafından sağlanmış olsun, müteahhidin sorumluluğu söz konusu olur.

¹⁵³ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 145.

¹⁵⁴ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 146. Yazara göre, yıkılma henüz gerçekleşmemiş olsa bile, ileride gerçekleşmesi kuşkusuz ise, inşa eserinin yıkılmış hükmünde olduğunu kabul etmek gerekir. inşa

Müteahhit inşa eserinin yıkılmasından sorumluluğunun sebebi, işçilikte ayıp, plânda ayıp ve arsada ayıptan kaynaklanabilir. İşçilikte ayıp iki şekilde gerçekleşir. İlki inşaat işinin sanat usulüne uygun olmayan bir şekilde meydana getirilmesidir. Sanat usulüne uygunsuzluk, müteahhidin bilgisi dairesinde ortaya çıkabileceği gibi, onun kusuru sebebiyle de meydana gelebilir. İnşa eserinde kötü malzeme kullanımı veya böyle bir iş için elverişli olmayan malzemenin kullanılmasında durum böyledir. Meselâ, müteahhit, fayansların döşemesinde kalitesiz alçı, inşa eserinde düşük kalitede beton kullanması, yani betonda az çimento, buna karşılık fazla kum kullanması bunlardandır. Bu gibi durumlarda müteahhidin inşa eserini bitirip teslim etmesinden sonra, inşa eserinin göçüp çökmesi, ayıplara sebep olduğundan, müteahhit sorumlu kılınır¹⁵⁵. İşçilikte ayıbın ikinci çeşidi, üzerinde anlaşılan niteliklerin usulüne aykırı olarak değil, sanatın (işçiliğin) kendisinde bulunan ayıptır. İnşa eserinin temelini veya yapılan yerin sağlam olmamasında durum böyledir. Aynı şeyi meydana getirilen temel üzerinde inşa eserinin yapılmasının uygun olmaması halinde de söylemek mümkündür. Yine tavan yapmak için demirin sağlam duvar üzerine yerleştirilmemesinde sonuç aynıdır. Nihayet, yapılan inşa eserinin plânı ve inşaat hususunda gerekli inceleme, denetleme ve muayenenin yapılmaması neticesinde ayıplı bir inşaat meydana getirildiğinde, yine müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁵⁶.

İnşa eserindeki ayıbın bir diğer sebebi ise plânda ayıptır. İnşa eserinin plânı teknik kurallara uygun bir şekilde yapılmalıdır. Dolayısıyla müteahhit inşa eserinin plânını yaparken arsanın mevkiini titizlikle incelemelidir. Bu sebeple müteahhidin inşa eserinin plânını teknik kurallara uygun yapmaması ve buna göre meydana

eserinin açıkça kanun ve inşa eserinde ilişkin özel tüzüklere -resmî merciler bunlara dayanarak inşaat ruhsatını verirler-aykırı olması, buna misal teşkil eder. Böylece müteahhit, meydana getirdiği inşa eserinde yetkili resmî mercilerin kabul etmeyeceği bir şekilde ruhsat ve plâna aykırı davrandığı takdirde, söz konusu merciler yapılan inşa eserinin ortadan kaldırılmasını isteyebilirler. Buna karşılık, inşaat ruhsatı gereğince, müteahhitten inşa eserinin yeniden yapılması istendiği takdirde, ileride gerçekleşecek olmasına rağmen yıkılma söz konusudur.

¹⁵⁵ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 148. Müteahhidin inşa eserinde yeni malzeme yerine eski malzeme kullanması, sanat usulüne aykırılık olarak kabul edilmektedir. Zira böyle bir halde, yenisine göre eski malzemenin dayanıklılığı daha az olduğu için, kısa zamanda inşa eserinde yıkılmasına sebep olabilir. Böyle bir halde ise, müteahhidin ayıptan sorumluluğu söz konusu olur.

¹⁵⁶ el-Senhurî, el-Ukud el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 100; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 149; Gays, 99.

getirilen inşa eserinin göçmesi durumunda, müteahhidin IMK. m. 870/T'e göre ayıptan sorumluluğu söz konusu olur¹⁵⁷.

İnşa eserindeki ayıp yerden (arsadan) de kaynaklanabilir. İnşa eserinin çorak arsada yapmak veya inşa eserinin yapıldığı yer tabakalarının yer altı sularına yakın olması, buna misal olarak gösterilebilir. Dolayısıyla anılan durumlarda inşa eseri, sağlam bir zemin üzerinde yapılmadığı için ayıplı sayılır¹⁵⁸.

İnşa eserinin yıkılması bilinmeyen bir sebepten kaynaklansa dahi, müteahhit sorumlu tutulur¹⁵⁹. Zira kanunkoyucu yukarıda açıklandığı gibi, inşa eserinin yıkılmasının bizatihi bir ayıp olduğunu kabul etmektedir. Keza müteahhit inşaat sözleşmesi gereğince, bir edim sonucu olan ayıpsız bir inşa eseri meydana getirmekle yükümlüdür. Bu durumda müteahhit, ayıpsız bir inşa eserinin meydana getirilmesi için gerekli olan çaba ve özeni gösterdiğini belirterek, ayıptan doğan sorumluluktan kurtulmaz.

bbb) İnşa eserinin sağlamlığını tehdit eden veya etkileyen ayıplardan sorumluluğun şartları

Müteahhidin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, inşaatta bir ayıp ortaya çıkmasına ve bunun inşa eserinin sağlamlığını ve selametini tehdit edecek bir nitelikte olması gerekir¹⁶⁰.

İnşa eserindeki ayıpların inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıp sayılabilmeleri için, öncelikle, belli bir derecede tehlike arz etmeleri gerekir. Bunun için de, ayıptan dolayı inşa eserinin her an yıkılabilir bir izlenim vermesi şarttır. İnşa eserinde bulunan ayıplar, bu derecede büyük bir tehlike arz etmiyorsa, IMK. m. 875'de düzenlenen genel hüküm yani istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükmü uygulanır. Bu itibarla çini, dekorasyon, sıva ve boya gibi inşaat işlerindeki ayıplarda, IMK. m. 870'deki hüküm değil, IMK. m. 875'deki hüküm uygulanır¹⁶¹.

İnşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıptan bahsedilebilmek için, ayıbın gizli bir ayıp olması gerekir. Buna göre; inşa eserindeki açık bir ayıp, yani normal, makûl ve orta zekada bir kişinin yapacağı bir inceleme sonucunda vâkıf olabileceği bir

¹⁵⁷ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 150; el-Fazlî, 418-419.

¹⁵⁸ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 150; el-Fazlî, 420.

¹⁵⁹ Şeneb, 135; Servet, c.1, 126-127.

¹⁶⁰ MMK. m. 651/II "yukarıdaki fıkradaki sorumluluk inşaatta bulunan ve sağlamlığı ile selametini tehdit eden ayıpları da kapsar".

¹⁶¹ el-Senhurî, el-Ukud, 114-115; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 440-442; Recep, 104-105.

ayıptır. Böyle bir ayıbın bulunması halinde, inşaat sahibi bir ihtirazî kayıt koymadan inşa eserini teslim almışsa, müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar. Zira inşa eserinin ayıplarını bilerek teslim alma, inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı haliyle kabul ettiği anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, açık ayıplarda teslim anında inşaat sahibinin, ihtirazî kayıt koymadan eseri bu haliyle teslim alması, onu kabul etmesinin, kendisine ayıptan dolayı tanınan haklardan feragat ettiği anlamına gelmektedir (875/I)¹⁶². Ancak bazen inşa eserindeki ayıp teslim zamanında mevcut olmasına rağmen, bunun ortaya çıkması uzun bir zaman alabilir. Bu sebeple, kanunkoyucu müteahhidi teslim tarihinden itibaren on yıllık bir süre ile sorumlu tutmuştur¹⁶³.

Bazı yazarlar¹⁶⁴ müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, ayıbın inşa eserinin sağlamlığını tehdit etmesinin yeterli olduğunu, ayıbın gizli olma şartının aranmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, inşaat sahibinin eseri teslim alması müteahhidin inşa eserindeki açık ayıplardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, teslim alma tüm açık ayıpları kapsamaz. Çünkü, İMK. m. 870'deki hüküm emredici nitelikte bir hüküm olup; inşaat sahibi, anılan durumda kendisine tanınan haklardan vazgeçmez.

Kanaatimizce böyle bir görüşe katılmak mümkün değildir. Zira İMK. m. 870'deki hüküm emredici nitelikli olmasına rağmen, inşaat sahibi kendisine tanınan haklardan, ancak sorumluluğunun sebebi olan ayıbın ortaya çıkmasından sonra vazgeçebilir. Bu itibarla, inşaat sahibi, sorumluluk sebebi olan, ayıbın ortaya çıkmasından önce hakkından feragat edemez¹⁶⁵. Gerçekten de, böyle bir halde, hukukun genel ilkelerinden “*doğmamış haktan önceden feragat mümkün değildir*” ilkesi karşımıza çıkar. Ayrıca söz konusu sonucu, İMK. m. 875/II hükmü de desteklemektedir. Zira bu madde hükmü gereği, inşaat sahibinin vâkıf olduğu her

¹⁶² Irak Temyiz Mahkemesi bir kararında, müteahhidin yaptığı evdeki ayıp açık bir ayıp olmasına, inşaat sahibinin bu evi alırken ayıp sebebiyle itirazda bulunmamış olmasına dayanarak, söz konusu evin ayıbyla kabul edildiği sonucuna varmıştır. Irak Temyiz Mahkemesi 15/12/1956, K. 2123/Hukukiye/ 956. Karar için bkz. Selman el-Beyat Cüz. 3 393. Keza Yüksek Mahkeme başka bir kararında, inşaat sahibinin uzun bir süre binada oturmasını onun inşaattaki açık ayıpları öğrenmesi için yeterli bulmuş; inşaat sahibinin, buna itiraz etmemesinden dolayı müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun ortadan kalktığını kabul etmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi 19/9/1965, K. 162/Hukukiye/ 965. Karar için bkz. Mecellet el-Kaza Eslene 21 el-Adad el-Evvel Azar 1966. Şeneb, 117-118.

¹⁶³ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 166; Şeneb, 127.

¹⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 166.

¹⁶⁵ Şeneb, 127; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 166.

ayıp, artık gizliliğini yitirip, açık bir ayıp haline gelmektedir. İnşaat sahibi söz konusu ayıpları öğrendiği takdirde, hemen müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi bunu yapmadığı takdirde, inşa eserini ayıbıyla kabul etmiş sayılır. Bu sebeple, İMK. m. 870/II'de düzenlenen inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplar ile ilgili hükmünün uygulanması için, her iki şartın, yani inşa eserindeki ayıbın sağlamlığı açısından belli bir derecede tehlike arz etmesi ve bu ayıbın gizli olması şartların aranması gerektiği kanaatindeyiz.

bb) Genel hükümler

İnşa eserinde ortaya çıkan ayıp, inşa eserinin sağlamlığını etkilemiyorsa veya ayıp sabit olmayan (taşınır) bir inşa eserinde söz konusu ise, genel hükümler uyarınca, müteahhit istisna sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümlerine göre mesul olur. Dolayısıyla müteahhit inşaat sözleşmesiyle üstlendiği inşa eserini de sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin ve bulunması gerekli olan niteliklerin mevcut olmaması halinde, İMK. m. 875'e göre sorumlu olur. Bu sebeple, müteahhidin kararlaştırılan nitelikte bir inşa eseri veya sanat ve teknik kurallarına aykırı bir inşa eseri, yani ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi halinde, inşaat sahibi, bu ayıpları öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmelidir¹⁶⁶.

Müteahhidin inşa eserindeki ayıpları kasden (hileyle) gizlemiş olduğu durumlarda da sorumlu olup, inşaat sahibi bunu öğrendiği zaman yine müteahhide bildirmelidir. Ancak buradaki sorumluk, sözleşmeden doğan bir sorumluk hali olmayıp, haksız fiilden doğan kusur sorumluluğudur¹⁶⁷.

Müteahhit, meydana getireceği eserde malzemeyi de kendisi sağlıyorsa, bu malzemelerin ayıplı olması halinde, istisna sözleşmesindeki müteahhidin ayıptan sorumluluğuna ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu durumda müteahhit İMK. m. 866'ya göre, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince inşaat sahibine karşı sorumlu olur¹⁶⁸. Anılan maddeye göre; *"Müteahhit işin malzemelerinin tamamının veya birazının sağlanmasını taahhüt etmişse, bunların kalitesinden sorumlu olup,*

¹⁶⁶ Şeneb, 115; Irak Temyiz Mahkemesi, 8.10.1978, K. 942/Mdeniye Ule/1977 (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye S.4, 1978).

¹⁶⁷ el-Senhurî, el-Ukud, 100-101; Servet, c.1, 170-171.

¹⁶⁸ Servet, c.1, 174-175.

bunu iş sahibine tekeffül eder"¹⁶⁹. Böylece iş sahibi, eseri fiilen teslim almasından itibaren 6 ay içinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine müteahhide dayanarak başvurabilir¹⁷⁰.

Müteahhidin inşa eserindeki gizli ayıplardan sorumlu olabilmesi için, bu ayıpların eski olması şarttır. Başka bir deyişle, bu ayıpların kaynağı veya sebebi, en geç inşa eserinin teslimi sırasına mevcut olmalıdır. İnşa eserinin tesliminden sonra ortaya çıkan ayıpların sebebi veya kaynağı teslimden önceki ayıplara dayanıyorsa, bu durumda ikincil ayıp söz konusu olup, müteahhit bundan da sorumlu olur. Ancak eserin teslimi sırasında mevcut olmayan veya sebebi de o sırada bulunmayan, dolayısıyla teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan müteahhit sorumlu değildir¹⁷¹.

Sonuç olarak Irak kanunkoyucusu eserde bulunan ayıpları düzenleme konusunda ikili bir ayırım yapmıştır. Bu ayırma göre Irak Medenî Kanununda, ilk olarak inşaat sözleşmesine uygulanan hükümleri (özel hükümler), ardından da diğer istisna sözleşmelerine uygulanan ayıba karşı tekeffül hükümlerini (genel hükümleri) düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler gereğince, inşa eserinde ortaya çıkan ayıplar, inşa eserinin yıkılmasına sebep olmuyorsa veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit etmiyorsa, özel hükümler değil, ayıba karşı tekeffülle ilişkin genel hükümler uygulanır.

Kanaatimizce kanunkoyucunun, istisna sözleşmesinin bir uygulama türü olan inşaat sözleşmesine ilişkin ayıp konusunu ayrı olarak düzenlerken, inşa eserindeki tüm ayıpları kapsayacak şekilde hükümler kabul etmesi gerekirdi. Çünkü, yıkılma ve inşa eserinin sağlamlığını etkileyen ayıplar dışında kalan ayıplara da inşa eserinin ayıbı konusundaki özel hükümlerin uygulanması gerekir. Böyle bir uygulama söz konusu olduğunda, inşa eserinde bulunan tüm ayıplar, aynı çatı altında düzenlenmiş olur. Böylece on yıllık süre inşa eserindeki tüm ayıplara uygulanır.

¹⁶⁹ KMK. m. 663/II' de "*Müteahhit, işin tesellümünde keşfedilmeyen (öğrenilmeyen) malzemelerdeki ayıplardan dolayı satımdaki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur*" hükmü yer almaktadır.

¹⁷⁰ Satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffülünü düzenleyen IMK. m. 570/I'e göre; "*Satılan şeyin tesliminden 6 ay geçtikten sonra ayıba, karşı tekeffül davası açılmaz. Hatta satın alanın bu ayıbı bu süreden sonra (teslimden sonra) öğrenmesi halinde de durum aynıdır. Meğer ki satıcı tekeffül için daha uzun bir süre kabul etmiş olsun*". IMK.m. 570/II'e uyarınca; "*Satıcı ayıbı hıleyle gizlerse, bu zamanaşımı süresini ileri süremez*". Buna göre, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince, müteahhit hıleyle malzemedeki ayıpları sakladığı takdirde, haksız fiil hükümleri gereğince 6 ay değil 15 yıllık zamanaşımı süresince sorumlu olur. Bkz. Servet, c.1, 174-176.

¹⁷¹ Şeneb, 127; Servet, c.1, 119; Sürür, 264; Sultan, 254-255; Farac, 182-184; el-Cemal, 219; Atallah, 136; Zeki, 262; el-Vendavî, 223.

2) İnşaat sözleşmelerinde ayıbın türleri

İnşaat sözleşmesinde ayıp birkaç şekilde ortaya çıkabilir. Ayıptan sorumluluk hükümlerini düzenleyen TBK. m. 360 ve 362 hükümleri eserdeki ayıpları açık-gizli, önemli-önemsiz ayıplar olarak ele almıştır. Doktrinde ise, bunların yanında, diğer ayrımlar da kabul edilmiş bulunmaktadır. Meselâ, maddî (filî)-hukukî, aslî-ikincil (tali) ayıp ayrımları bunlar arasındadır. Aşağıda bazı ayıp türleri sırasıyla ele alınacaktır.

a) Açık ve gizli ayıplar

Açık ayıplar; etraflı bir muayeneye gerek duymayan, ilk başta görülebilen ayıplardır. Bu tür ayıp kapsamına dikkatli (özenli) bir inceleme sonucunda bütün kapsam ve önemi ile anlaşılabilen ve görülebilen ayıplar dahildir¹⁷². Buna karşılık, gizli ayıplar, dikkatli (özenli) bir incelemeyle ortaya çıkamayan ve sonraki bir tarihte, eseri kullanırken ortaya çıkan ayıplardır¹⁷³. Bu itibarla inşa eserinin teslim alınması sırasında usulüne uygun bir şekilde yapılan muayene sonucu görülebilen ayıplar (TBK. m. 362/I) açık, görülemeyenler ayıplar ise gizli ayıplardır¹⁷⁴. Böylece açık ayıpla gizli ayıp arasında ayırım yapılırken, bu ayıbın gözle müşahade edilerek fark edilip edilemeyeceği ve inşa eserinin kullanılmakta iken ortaya çıkıp çıkmayacağı kıstasları esas alınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu ayırım müteahhidin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. Açık ayıplar sebebiyle müteahhidi sorumlu tutabilmek için, inşaat sahibinin bu ayıpları zamanında müteahhide bildirmesi gerekir. Başka bir deyişle, inşaat sahibi işlerin mutad cereyanına göre imkân bulur bulmaz, bu ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır¹⁷⁵. Buna karşılık, gizli ayıplar ortaya çıktığında inşaat sahibinin bunu gecikmeden müteahhide bildirmesi gerekir. İnşaat sahibi bu durumlarda ayıbı müteahhide bildirmediği takdirde, ayıplı eseri zımnî olarak kabul etmiş sayılır. Bu halde müteahhit ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulmuş sayılır¹⁷⁶.

¹⁷² Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, 81-82; Edis, Ayıba Karşı Tekeffül , 60; Turanboy, 161. Y. 15. HD. 20.3.1989, E. 2996, K. 1360 (Karar için bkz. Uygur, 7834); Y. 15. HD. 22.11.1990, E. 3773, K. 5000 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 362).

¹⁷³ Seliçi, İnşaat, 143; Turanboy, 161; Uygur, 7829; Y. 15. HD. 7.5.1979, E. 925, K. 1056; Y. 15.HD. 29.12.1989, E. 1741, K. 5508 (KBİB, 818/m. 362).

¹⁷⁴ Tandoğan, Borçlar, 167; Burcuoğlu, 285-286.

¹⁷⁵ Seliçi, İnşaat, 143; Turanboy, 161; Uçar, 130.

¹⁷⁶ Uçar, 130; Seliçi, İnşaat, 143.

Dolayısıyla gizli ayıpların teslim anında ortaya çıkmayıp, kullanılmakla ortaya çıktığına göre, meselâ inşa eserinde kullanılan sun'î mermer yer karolarının bir aylık veya daha fazla bir sürede kalitesiz olduğu veya ayıplı olduğu ortaya çıkması halinde, gizli ayıbın varlığı kabul edilmektedir. Zira inşa eserindeki gizli ayıp ancak kullanılmakla ortaya çıkar¹⁷⁷.

Irak hukukunda da kanunkoyucu IMK. m. 875/I ve II'de açık ve gizli ayıpları düzenlemiştir. Bu madde hükmü gereğince açık ayıplar, inşaat sahibinin özenli bir muayenesi sonucu öğrenilen ayıplardır (IMK. m. 875/I)¹⁷⁸. Gizli ayıplar ise, özenli bir muayene sonucu değil, kullanılmakla öğrenilen ayıplardır (875/2)¹⁷⁹. Böylece denilebilir ki, Irak hukukunda bu konu Türk hukukundan farklı değildir.

b) Önemli ayıp ve daha az önemli ayıp

Türk Borçlar Kanun'unda (TBK. m. 360) yapılan bir diğer ayırım da, önemli ayıplar ile daha az önemli ayıplar ayırımıdır. Bu madde hükmü uyarınca önemli ayıplar, inşa eserinin inşaat sahibi tarafından kullanılmasına imkân tanımayan veya adalet anlayışı (*billigerweise*), dürüstlük kuralı gereğince kendisinden inşa eserini kabul beklenemeyeceği düzeydeki ayıplardır¹⁸⁰. Başka bir deyişle, önemli ayıp, inşa eserini inşaat sahibi için kullanılamaz kılan veya inşa eserini kabule zorlanamayacağı ayıplardır¹⁸¹. Daha az önemli ayıplar ise, önemli ayıplar derecesinde ağır olmayan, inşa eserini kullanılamaz hale getirmeyen, inşaat sahibinin inşa eserinin kabulünü reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla ortadan kaldırılabilecek olan ayıplardır¹⁸². Bu durumda inşa eserinin ayıplı olmasında, eserin inşaat sahibi tarafından kullanım amacı açısından elverişli olup olmadığı esas alınır. Başka bir

¹⁷⁷ Turanboy, 161-162; Uygur, Borçlar Özel, 7841.

¹⁷⁸ Açık ayıp, normal bir kişinin gösterdiği özen sonucunda vâkif olunabilen ayıptır. Irak Temyiz Mahkemesi teslim aldıktan sonra inşaat sahibinin binada oturmasını, müteahhidin açık ayıptan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıracağına karar vermiştir. Irak Temyiz Mahkemesi, 19/9/1965, K. 162/Hukukiye/65 (Karar için bkz. Kazai Mahkemet el-Temyiz 1965); Irak Temyiz Mahkemesi, 6.11.1979, K. 765/Medeniye Ule/1978, (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye, S. 4, 1979).

¹⁷⁹ Servet, c.1, 166-177; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 434; Irak Temyiz Mahkemesi, 6.11.1979, K. 765/Medeniye Ule/1978 (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye S. 4 1979).

¹⁸⁰ Seliçi, İnşaat, 143; Turanboy, 162; Uçar, 131.

¹⁸¹ Tandoğan, Borçlar, 167; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 104-105.

¹⁸² Uçar, 131. Türk Borçlar Kanunu'nda istisna sözleşmesinde sadece önemli ve daha az önemli ayıplar ayırımı yapılmış olup, önemsiz ayıplardan söz edilmemiştir. Önemsiz ayıplarda inşaat sahibinin TBK. m. 360'daki haklarını kullanma sınırını dürüstlük kuralı teşkil etmektedir. İnşa eserindeki ayıbın sadece göz zevkini bozduğu ve değer düşüşüne sebep olmadığı durumlarda, bu haklar dürüstlük kuralı gereğince kullanılamaz. Kural olarak, inşaat işlerinde önemsiz ayıplar rizikosunu inşaat sahibi üstlenmektedir. Zira yapı tekniğine uygun olarak meydana getirilen eserde önemsiz ayıp kabul edilebilirlik sınırı içine girmektedir. Seliçi, İnşaat, 144.

deyişle, ayıp durum inşaat sahibinin ihtiyaçları açısından değerlendirilir. Sözleşmede kullanılma amacına hizmet edecek niteliklerin bulunması müteahhit tarafından garanti edilmişse, kural olarak bu niteliklerin bulunmaması inşa eserinin inşaat sahibinin ihtiyaçları açısından kullanılamaz olduğunu gösterir¹⁸³. Buna karşılık, kısa bir sürede ortadan kaldırılabilir ayıp önemli ayıp olduğu kabul edilmez¹⁸⁴.

TBK. m. 360'da yapılan önemli, daha az önemli ayıp ayrımı, inşaat sahibinin faydalanabileceği hakların türünü belirlemek açısından önem arz etmektedir. Çünkü, inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı olmasında sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi için, ayıbın önemli olması gerekir. Başka bir deyişle, inşa eserindeki ayıbın önemli olması, sözleşmeden dönmenin (TBK. 360/f. I) bir şartıdır. Buna karşılık, daha az önemli ayıplar söz konusu olduğu durumda inşaat sahibine, sözleşmeden dönme yetkisi tanınmamıştır. Ancak bu durumda TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla, ayıbın büyüklüğüne göre, inşaat sahibi ücretten indirim veya büyük masrafı gerektirmemek kaydıyla, ayıbın giderilmesini ve müteahhidin kusurunun bulunması durumunda uğradığı zararın tazminini isteyebilir¹⁸⁵.

Irak hukukunda, önemli daha az önemli ayıp ayrımı IMK. m. 873/II ve III'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, dönme hakkı, ancak ayıbın önemli olduğu halde söz konusu olur. Buna karşılık, ayıp daha az önemli olduğu takdirde, inşaat sahibi ücretten indirim talebinde bulunabilir. Ayrıca ayıp, aşırı masraflara sebep olunmuyorsa inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi talebinde de bulunabilir¹⁸⁶. Bu açıdan Irak ve Türk hukuku arasında göze çarpan bir farklılık bulunmamaktadır.

c) Fiilî ve hukukî ayıplar

Fiilî veya maddî ayıp, inşaat sahibinin ifa menfaatine yönelik, taraflarca kararlaştırılmış veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gerekli olan fizikî niteliklerin eserde bulunmamasıdır¹⁸⁷. Buna göre taraflar, sözleşmede inşa eserinin fizikî açıdan belli nitelikleri taşımasını kararlaştırdıkları veya fizikî niteliklerin inşa

¹⁸³ Seliçi, İnşaat, 143; Uçar, 131.

¹⁸⁴ Seliçi, İnşaat, 143; Uçar, 131.

¹⁸⁵ Seliçi, İnşaat, 144; Uçar, 131. İnşaat sahibinin arsası üzerinde yapılmış olan inşaat ayıplı ise ve inşaatı kaldırmak büyük zararlara yol açtığı takdirde, inşaat sahibi sözleşmeden dönecek ancak ücretin indirimini ve tazminat talep edilebilir. Seliçi, İnşaat, 144; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 104-105; Velidedeoğlu/Özdemir, 575.

¹⁸⁶ el-Fazlî, 430.

¹⁸⁷ Uçar, 133; Edis, Ayıba Karşı Tekeffül, 13; Dayınlarlı, Temerrüt, 48; Akıncı, Ş, 27.

eserinde bulunması gerekli olduğu durumlarda, eserin bu nitelikleri taşımaması halinde maddî veya fiilî ayıptan söz edilir. Meselâ taraflar, binanın duvarlarının plastik badana yapılmasını kararlaştırmış olmalarına rağmen, müteahhit bunun yerine kireç badana yapılmışsa, burada bir maddî ayıp söz konusu olur.

Hukukî ayıp ise, eserin kullanımında objektif hukukun yasaklama ve sınırlamalarından doğan ayıplardır¹⁸⁸. Hukukî ayıplar çoğu zaman, binaların ve diğer inşaa eserlerinin kullanılması veya işletilmesi için aranan, güvenlik kurallarına veya diğer açıdan öngörülen kurallara uyulmamasından doğar¹⁸⁹. Böylece hukukun getirdiği kurallar, eserin kullanma imkânını kısmen veya tamamen ortadan kaldırdığı durumlarda eserde hukukî ayıp söz konusu olur. Bu durumda müteahhit, inşaat sahibine karşı ayıptan dolayı sorumlu olur.

Irak hukukunda da, inşaatteki ayıba ilişkin fiilî (maddî) ve hukukî ayıp ayrımı Irak Medenî Kanunu'nda yapılmamakta, buna karşılık doktrinde kabul edilmektedir. Teknik kurallara aykırı yapılan inşaatte maddi veya fiilî ayıp söz konusu olurken, kanun ve tüzüklere aykırı meydana getirilen ayıplar, hukukî ayıpları teşkil eder¹⁹⁰.

d) Aslî ve ikincil ayıplar

Aslî ayıplar, inşaa eserinin teslimi sırasında mevcut olan ayıplardır. Buna karşılık, ikincil ayıplar, teslim sırasında bulunan bir ayıbın tesliminden sonra sebep olduğu ayıplardır. Meselâ, ayıplı beton sebebiyle binanın çökmesi halinde ikincil ayıp söz konusu olur¹⁹¹. İkincil ayıptan söz edebilmek için, teslimden sonraki ayıbın teslim sırasında bulunan ayıpla bağlantılı olması gerekir. Bu sebeple, teslimden önceki ayıpların sebep olduğu ve teslimden sonra inşaa eserinde çıkan ayıplar veya nitelik kaybı söz konusu ise, müteahhit, TBK. m. 360'a göre ayıptan dolayı sorumlu tutulur¹⁹².

Irak Medenî Kanunu'nda aslî-ikincil ayıp ayrımı yapılmamakla birlikte, böyle bir ayırım, doktrinde kabul edilmektedir¹⁹³.

¹⁸⁸ Uçar, 133; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 104; Dayınlarlı, Temerrüt, 49; Akıncı, Ş, 28.

¹⁸⁹ Tandoğan, Borçlar, 167; Burcuoğlu, 286; Y. 15. HD. 4.10.1989, E. 2731, K. 4015; Y. 15. HD. 4.3.1996, E. 424, K. 1062 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 355).

¹⁹⁰ Sürür, 222.

¹⁹¹ Tandoğan, Borçlar, 167; Burcuoğlu, 286.

¹⁹² Tandoğan, Borçlar, 166; Uçar, 134.

¹⁹³ Şeneb, 127; Servet, c.1, 119; Sürür, 264.

C. İnşa eserindeki ayıbın teslimden sonra ortaya çıkması

Müteahhidin inşa eserindeki ayıplardan sorumlu olabilmesi için, söz konusu ayıpların inşa eserinin tesliminden sonra ortaya çıkması gerekir¹⁹⁴. Ayıbın sonradan ortaya çıkmasından kasıt, inşaat sahibince teslimden sonra özenli bir muayenede bulunarak vâkıf olduğu açık ayıplarla özenli bir muayene ile ortaya çıkmayan ve ancak inşa eserini kullanarak ortaya çıkan ayıplardır. Görüldüğü gibi, inşa eserindeki ayıbın teslimden sonra ortaya çıkması kavramı, inşaat sahibi açısından değerlendirilmektedir.

Müteahhit inşaat sahibine karşı teslim sırasında mevcut olan ve teslimden sonra inşaat sahibinin öğrendiği ayıplardan sorumlu olur. Bir başka deyişle, bu durum da teslimden sonra ortaya çıkma kavramı içine girer. Keza inşa eserinin teslimden sonra ortaya çıkan ayıp kavramı, teslim sırasında bulunan ayıpların teslimden sonra sebep oldukları (ikincil) ayıpları da kapsar. Başka bir deyişle müteahhit teslimden önce çekirdeği bulunan ve teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardan dolayı da sorumlu olur¹⁹⁵.

II. Şekli Şartlar: İnşaat Sahibinin Külfetlere Uyma Yükümlülüğü

İnşaat sahibinin külfetlere uyma yükümlülüğü “teslim alınan inşa eserinin muayenesi ve inşa eserinde belirlenen ayıpların müteahhide ihbar edilmesidir”

A. Genel olarak

İnşaat sahibinin teslim aldığı inşa eserini muayene ve ihbar külfetleri, TBK. m. 359 ve 362’de düzenlenmiştir. TBK. m. 359/I’de aynen şu ifadeye yer verilmiştir; “İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur”. Buna göre, inşaat sahibi müteahhitçe meydana getirilen ve kendisine teslim edilen inşa eserini muayene etmekle ve söz konusu inşa eserinde bulunan ayıpları müteahhide bildirmekle yükümlüdür¹⁹⁶. TBK. m. 362/II’de “Eğer iş

¹⁹⁴ Geniş bilgi için bkz. § 7, II.

¹⁹⁵ § 8, I, B, 2, d.

¹⁹⁶ Muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi için eserin teslim edilmiş olması gerekir. Bu sebeple Yargıtay, dava konusu kaloriferlerin tümü henüz teslim edilmediği için bu aşamada iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti bulunmadığını hükme bağlamıştır. Y. 15. HD. 13.5.2002, E. 1685, K. 2483 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 359).

sahibi, kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zimnen kabul etmiş sayılır” hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca inşaat sahibi, eseri zamanında muayene etmeli ve eserde mevcut olan açık ayıpları müteahhide bildirmelidir. Müteahhit ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde, inşa eserini bu şekilde kabul etmiş sayılır. Bu durumda müteahhit söz konusu ayıplara ilişkin olarak TBK. m. 360’daki haklarını kaybeder¹⁹⁷.

İnşaat sahibinin inşaat eserini muayene etme ve ayıpları müteahhide ihbar etmesi, gerçek anlamda bir borç değildir¹⁹⁸. Başka bir deyişle, inşaat sahibinden söz konusu külfetin yerine getirilmesi talep edilemez. Bununla birlikte, adı geçen külfet, inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanabilmesi için Kanun’un aradığı bir şart; kanunen yüklenmiş olan hukukî görevdir¹⁹⁹.

Yukarıdaki hükümlerden de görüldüğü gibi, inşaat sahibinin, TBK. m. 360’daki haklarını kullanabilmesi için, TBK. m. 359’daki muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması şarttır. Ancak inşaat sahibinin, inşa eserini muayene ederek ayıpları inceleme vasıtasıyla öğrenmiş olması gerekmez. Başka bir deyişle, inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıpları incelemeye değil, başka şekilde öğrenmiş, hatta bu ayıpları tahmin etmiş olabilir. Böyle bir öğrenme sonucunda ayıpları müteahhide bildirmişse, yine TBK. m. 360’daki hakları kullanabilir²⁰⁰. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, TBK. m. 359’da düzenlenen hüküm emredici nitelikte bir hüküm olmayıp, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple taraflar bunun aksini her zaman kararlaştırabilirler. Böylece taraflar muayene tarzı veya ihbar süreleri hususunda anlaşma yapabilirler. Hatta inşaat sahibini muayene ve ihbar külfetlerinden muaf bile tutabilirler²⁰¹. Böyle bir anlaşma açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir. Ancak müteahhidin inşa eseri için garanti vermiş olması, mutlaka inşa eserindeki ayıpların ihbar süresinin uzatılması anlamına gelmemektedir. Gerçekten de, taraflar, belli bir olayda garanti verme ile uzatma istemiş olabilirler. İnşa eserinde bulunması gereken

¹⁹⁷ Seliçi, İnşaat, 145; Tandoğan, Borçlar, 168; Yavuz, Borçlar, 476; Karahasan, İnşaat, 261 vd.; Y. 15. HD. 18.12. 1990, E. 4583, K. 5569 (KBİB, 818/m. 357); Y. 15. HD. 29.1.1992, E. 3607, K. 256; Y. 11. HD. 24.10.2003, E. 10837, K. 9832 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 359).

¹⁹⁸ Yavuz, Borçlar, 476; Kaplan, Mimarlık, 139; Bilge, 259; Erdoğan, 149-150.

¹⁹⁹ Uçar, 137; Tandoğan, Borçlar, 168; Yavuz, Borçlar, 476; Karahasan, Borçlar Özel, 269.

²⁰⁰ Seliçi, İnşaat, 145; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 109.

²⁰¹ Tunçomağ, Borçlar, 1019; Uçar, 138.

niteliklerin ayıplı olup olmamasının, ancak sürekli incelemeler sonucu ortaya çıktığı durumlar, buna misal olarak gösterilebilir²⁰².

B. İnşaat sahibinin eseri muayene külfeti

1) Muayenenin amacı ve hukukî niteliği

İnşa eserinin muayenesi teslim edilen inşa eserinin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Başka bir deyişle muayenenin amacı; inşaat sözleşmesinin konusu olan inşa eserinde sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak bulunması gerekli olan niteliklerin mevcut olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır²⁰³. Bu muayeneyle inşaat sahibi inşa eserinde bulunan ayıpları tespit eder. Böylece inşaat sahibi muayene vasıtasıyla ayıplara vâkıf olur ve bunu müteahhide bildirir. Bu itibarla muayene külfeti, ihbar külfetinin yerine getirilmesi için bir ön araçtır²⁰⁴.

Yukarıda da açıklandığı üzere, inşa eserinin muayene külfeti bir edim borcu değil, TBK. m. 360'daki hakların kullanılmasının bir ön şartı niteliğindedir²⁰⁵. İnşaat sahibinin muayene külfetini hiç veya zamanında yerine getirmemesi, inşa eserini zımnen kabul ettiği anlamına gelmektedir. Bu durumda inşaat sahibi, açık ayıba ilişkin haklarını kaybeder²⁰⁶ ve müteahhit açık ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulur.

Irak Medenî Kanununun m. 873/I ve m. 874/I ve II'de düzenlenmiş olan muayene de, bir borç değil, bir külfet niteliğindedir.

2) Muayenenin şekli

İnşaat sahibinin teslim edilen inşa eserini özenli bir biçimde muayene etmesi gerekir. Bu muayene sonucunda inşaat sahibi inşa eserinde bulduğu ayıpları (açık ayıpları), TBK. m. 360'daki haklarını kayıp etmemek için müteahhide bildirmelidir. Ancak inşaat sahibinin inşaatı muayene etmesinde göstereceği özenin derecesi ne olacağı hususunda, doktrinde ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, inşaat sahibinin eseri ortalama bir kişinin göstereceği özenle mutad

²⁰² Tunçomağ, Borçlar, 1019-1020; Yavuz, Borçlar, 476.

²⁰³ Kaplan, Mimarlık, 139; Seliçi, İnşaat, 145-146

²⁰⁴ Uçar, 138; Becker, Art 367, Nr. 6.

²⁰⁵ Seliçi, İnşaat, 145; Tandoğan, Borçlar, 168; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 109.

²⁰⁶ Seliçi, İnşaat, 145; Uçar, 138; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 109.

biçimde muayene etmelidir. Bu durumda inşaat sahibinin, inşa eserinin sözleşmeye uygunluğu açısından ve inşa eserinde ayıp bulunup bulunmadığına ilişkin olarak makûl bir değerlendirme yaparak incelemesi gerekir. Başka bir deyişle, muayenede o işten anlayan orta vasıfta bir kişinin ayıpları anlayabilmesi için göstereceği özen esas alınmalıdır. Buna göre, inşaat işlerinde de orta vasıflı bir uzmanın göstereceği özen esas alınmalıdır. Sonuçta inşaat sahibinin, böyle bir uzmanın anlayabileceği ayıpları anlayamamasının sonuçlarına kendisinin katlanması gerekir²⁰⁷.

İkinci bir görüş, inşaat sahibinin olayın şartlarına göre, kendisinden beklenebilecek özenle muayeneyi yapmasını yeterli bulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, uzman olmayan inşaat sahibince muayene sonucunda belirlenemeyecek ayıplar, gizli ayıplardır²⁰⁸. Doktrinde hakim olan ve uygulamada (İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında) da benimsenen görüş, inşaat sahibinin uzman olmayan bir kişinin göstereceği özeni göstermesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁰⁹. Çünkü inşaat sözleşmesinde genellikle müteahhit, uzman taraftır. İnşaat sahibinde ise, böyle bir uzmanlık bulunmamaktadır. Bu sebeple, uzman olmayan inşaat sahibinin muayenesinde uzman bir kişinin göstereceği özeni göstermesini beklemek, kanaatimizce doğruluk ve güven kuralları çerçevesinde adil sonuçlara yol açmaz. Nitekim Yargıtay bir kararında kalorifer borularının izole edilmediğinin anlaşılmasının, ancak ilk kış mevsiminde mümkün olabileceğini kabul etmiştir²¹⁰. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da, davacının inşaat sözleşmesinin konusunu teşkil eden daire ve dükkanları teslim aldıktan iki yıl sonra davayı açtığını, müteahhit tarafından yapılan şeyler açık ayıp niteliğinde olduğundan, inşaat sahibinin bu süre içinde çok daha önceden basit bir muayene ile söz konusu ayıpların tespit edebileceğini gerekçe göstererek, inşaat sahibinin haklarının düştüğüne karar vermiştir²¹¹. Burada söz konusu olan muayenenin inşa eserindeki gizli ayıplara yönelik bir muayene olmaması gerekir. Zira bu ayıplar kullanılmakla ortaya çıkan ayıplar olup, çıktığında da bunlar derhal müteahhide bildirilmelidir.

²⁰⁷ Bu görüşü savunanlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 146; Tandoğan, Borçlar, 170.

²⁰⁸ Seliçi, İnşaat, 146-147; Kaplan, Mimarlık, 140.

²⁰⁹ BGE 46 II 37; 64 II 258. Karar için Bkz. Seliçi, İnşaat, 146.

²¹⁰ Y. 15. HD. 21.2.1979, E. 104, K. 330. Karar için bkz. Turanboy, 164.

²¹¹ Y. 15. HD. 13.5.1981, E. 699, K. 1121 (YKD., Mart 1982, C. 8, S. 3, 384-385).

Muayeneye ilişkin hükümler emredici hükümler olmadığı için, taraflar bu borcun istedikleri tarzda gerçekleştirilmesini kararlaştırabilir. Meselâ taraflar, inşa eserinin bir uzmana veya bir bilirkişiye muayene ettirilmesini konusunda anlaşabilirler.

İnşaat işlerinde inşaat sahibi, bizzat inşa eserini muayene edebileceği gibi, muayeneyi bir bilirkişiye de yaptırabilir²¹². Ancak sözleşme veya teamülün gerektirmediği hallerde inşaat sahibinin muayeneyi uzman veya bilirkişiye yaptırmasına gerek yoktur²¹³. TBK. m. 359/II'de "*İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafı kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirmesini ve muayene neticesinin bir raporla tesbitini istemeye hakkı vardır*" ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca Kanun, iki tarafa uzman veya bilirkişiye muayene ettirme bir yükümlülüğü değil, hakkı tanımıştır²¹⁴. Ancak hükümde sözü geçen bilirkişinin, - Kanun'da açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen - resmen tayin edilmiş bir bilirkişi olması gerekir²¹⁵. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; bu hüküm hem inşaat sahibinin hem de müteahhidin yararına değildir. Çünkü, inşaat sahibi, bilirkişinin raporu ile, inşa eserinde ayıbın varlığı halinde bunu ispat eden bir belgeye sahip olur. Müteahhit ise teslim etmiş olduğu inşa eserinde ayıbın bulunmadığını bilirkişinin raporuyla tespit ederek, sorumluluktan kurtulur²¹⁶. Bu itibarla; TBK. m. 359 sözü geçen bilirkişi raporundan amaç, ayıpların fiilen tespit edilmesi ve gerektiğinde bilirkişi raporunun delil olarak kullanılmasıdır. Türk hukukunda söz konusu imkânı, delil tesbiti için bilirkişi tayin ettirmek üzere, mahkemeye başvurulması suretiyle kullanılmaktadır²¹⁷. Uygulamada genellikle inşaat sahibi, müteahhide karşı dava açmadan önce, inşaatta ayıbın bulunup bulunmadığını veya inşattaki eksikliklerinin neler olduğunu tespit etmek üzere, mahkemeden bilirkişi tayini ve delil tesbiti istemekte; esas dava da bu delil tespitine dayanmaktadır. Mahkemece tayin edilen bilirkişinin raporu geç hazırlanması, muayene külfetinin vaktinde yerine getirilmediği anlamına gelmez. Bu itibarla, bilirkişinin raporunu mahkeme geç göndermesi, inşaat

²¹² YHGK. 16.4.2003, E. 15-298, K. 305 (KBİB, 818/m. 360); Y. 15. HD. 21.2.1994, E. 713, K. 934 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 362).

²¹³ Tandoğan, Borçlar, 170; Uçar, 139; Becker, Art 367, Nr. 8.

²¹⁴ Tandoğan, Borçlar, 170; Uçar, 139; Becker, Art 367, Nr. 8.

²¹⁵ Tandoğan, Borçlar, 171; Becker, Art 367, Nr. 9.

²¹⁶ Seliçi, İnşaat, 148; Becker, Art 367, Nr. 9.

²¹⁷ Tandoğan, Borçlar, 171; Aral, Borçlar, 369; Turanboy, 164.

sahibinin haklarının düşmesine sebep olmaz. Başka bir deyişle, böyle bir gecikmenin rizikosunu inşaat sahibine yükletilemez²¹⁸.

İnşaat sözleşmesinde TBK. m. 359/II gereğince inşa eserinin muayenesini yapan bilirkişi masraflarını, kural olarak bunu talep eden taraf, öder. Zira söz konusu muayeneyi kendi menfaatlerinin korunması için yapmaktadır. Ancak bunun tespitini isteyen taraf, haklı çıktığı takdirde, esasa ilişkin davada bu masraflar için ödediği miktarı da karşı taraftan talep edebilir²¹⁹.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbi inşaat işlerinin muayene ve kabul işlemleri TKİSK. m. 11'de düzenlenmiştir. Anılan madde hükmün gereğince muayene ve kabul işlemleri, idarelerce oluşturulacak en az üç kişilik komisyon tarafından yapılır. Komisyonun muayene ve kabul işlemlerine başlaması için, yapılan iş veya inşa eseri müteahhitçe idareye teslim edilmiş olması gerekir²²⁰.

Irak kanunkoyucusu inşaat sahibine, inşa eserini teslim aldığı anda bunu muayene etmesi yükümlülüğü yüklemiştir. Kanun anılan muayenenin işlerin mutad akışına göre kısa bir zamanda yapılmasını öngörmüştür (İMK. m. 873 ve 874)²²¹.

İnşaat sahibi, teslim zamanında mutad bir kişinin göstereceği özenli bir muayene sonucunda bulduğu ayıpları (açık ayıpları), müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi muayenede, mutad (orta vasıfta) kişinin göstermesi gerekli olan özeni göstermemesi halinde, ayıptan doğan haklarından mahrum kalır. Bu sebeple inşaat sahibi, teslim aldığı inşaatın muayenesinde makûl, orta zekalı bir kişinin göstereceği özeni göstermezse, bu kişinin göstereceği özenin altında bir özenle hareket ederse, bunun sonucunda vâkıf olamadığı ayıplara ilişkin olarak, kendisine tanınan haklardan yararlanmaz²²². Bu durumda inşaat sahibinin, orta vasıflı bir uzmanın anlayabileceği ayıpları anlayamamasının sonuçlarına katlanması gerekir²²³. Böylece inşaatteki açık ayıpları makûl bir kişinin özenli muayenesi sonucu bulamayıp, inşa eserini ihtirazî kayıt koymadan (çekincesiz) teslim alan inşaat sahibi eseri bu şekilde kabul etmiş

²¹⁸ Uçar, 140; Tandoğan, Borçlar, 171.

²¹⁹ Tandoğan, Borçlar, 171; Uçar, 141.

²²⁰ Geniş bilgi için bkz. Abacıoğlu, 267; Turguter/Tokmaklı, 494; Hamurcu, 86.

²²¹ el-Fazlî, 429.

²²² Şeneb, 118-119; el-Senhurî, el-Ukud, 100; Servet, c.2, 176.

²²³ İnşaat sahibi özenli bir muayene sonucu bulunamayan, gizli ayıpları kabul etmiş sayılmaz. Zira gizli ayıplar muayene sonucunda değil, eserin kullanılmasıyla ortaya çıkar.

sayılır²²⁴. Zira söz konusu inşa eserini ihtirazî kayıtla teslim almak, ayıplı inşa eserinin kabulü anlamına değil, inşa eserinde bulunan açık ayıplardan inşaat sahibinin şimdilik vâkıf olamayıp, belli bir süre içinde özenli bir muayenede bulunarak tespit edebileceklerini sonradan müteahhide bildirme hakkını saklı tuttuğu anlamına gelir²²⁵. Sonuç olarak, Irak hukukunda inşaat sahibi sadece inşa eserinin üzerinden anlaşılan vasıfları ve inşa eserinin teknik kurallara uyup uymadığını muayene etmelidir²²⁶.

Kanaatimizce Irak hukukunda da Türk hukukunda kabul edilen görüş, yani inşaat sahibinin olayın şartlarına göre kendisinden beklenebilecek özenle muayene yapmasının yeterli olduğu şeklindeki görüşün benimsenmende bir sakınca yoktur. Zira, söz konusu görüş kabul edilince, uzman olmayan inşaat sahibi muayene sonunda vâkıf olamadığı ayıplar gizli ayıp olarak kabul edilebilir. Ayrıca, bahsedilen görüş, doğruluk ve güven kurallarına da uygun düşmektedir. Üstelik böylelikle uzman olmayan taraf olan inşaat sahibinin menfaatleri de korunmaktadır.

Irak hukukunda da inşaat sahibinin inşa eserindeki gizli ayıpları muayene etme külfeti yoktur. Özellikle müteahhidin inşa eserindeki ayıpları kasden sakladığı durumlarda, inşaat sahibi inşa eserini teslim aldığı anda, söz konusu ayıplara vâkıf olmaz. İnşaat sahibi muayene sırasında bu ayıpları öğrenmese dahi, müteahhit, bunlardan sorumlu olmaya devam etmekte; inşaat sahibi, ayıp sebebiyle kendisine tanınan haklardan mahrum kalmamaktadır. Irak ve Mısır doktrininde hakim görüşe göre; bu durumda, yani müteahhidin inşa eserindeki ayıpları kasden sakladığı durumda inşaat sahibi haklarını sözleşme sorumluluğu kurallarına göre değil, haksız fiilden doğan kusur sorumluluğu kurallarına göre talep edebilir²²⁷.

Irak hukukunda da tarafların arasında inşa eserinin sözleşmeye uygun olarak meydana gelip gelmediği hususunda bir ihtilâf çıkabilir Böyle bir halde her iki taraf da, masrafı kendisine ait olmak üzere bir bilirkişinin tayin edilmesini talep edebilir. Keza taraflar, inşa eserindeki ayıpların tespit edilmesi için bilirkişi tayin edilmesini

²²⁴ el-Senhurî, el-Ukud, 115; Irak Temyiz Mahkemesi, 8.1.1975, K. 314,315/Medeniye Ule/74 (Karar için bkz. Mecmuat el-Ahkam el-Adliye, S. 1, 1975).

²²⁵ Geniş bilgi için bkz. Şeneb, 127-128; el-Senhurî, el-Ukud, 115.

²²⁶ Şeneb, 153; el-Senhurî, el-Ukud, 100.

²²⁷ el-Senhurî, el-Ukud, 100-101; Servet, c. 1, 170.

de isteyebilirler. Dava açıldığında bilirkişinin raporuna hâkim itibar eder; ancak karşı taraf da bilirkişi tayin ettirmişse, hâkim bu raporu da değerlendirmelidir²²⁸.

İnşa eseri, kısımlar halinde veya birim fiyatına göre meydana getiriliyorsa, iş sahibi her kısmın veya büyük bir oranın tamamlanmasıyla eserinin muayenesini yapabilir. İMK. m. 874/I'de “iş farklı kısımlardan oluşuyorsa veya ücret birim fiyatına göre belirlenmişse, taraflardan her biri işin her kısmının yapılmasından sonra veya işin tamamına oranla daha önemli kısmının (büyük kısmının) yapılmasından sonra muayenenin yapılmasını isteyebilir” hükmü yer almaktadır²²⁹.

İMK. m. 874/II aynen şu hükmü içermektedir; “ücret avans olarak ödenmediği halde, ücretin ödenmesi halinde muayenenin yapıldığı farz edilir”²³⁰. Anılan hüküm, muayenenin ücretin ödenmesini bir karine olarak getirmiştir. Buna göre; inşaat sahibinin ücreti müteahhide ödemiş olduğu durumlarda, inşa eserinin muayenesinin yapıldığı bir karine olarak kabul edilmektedir²³¹.

3) Muayene süresi

İnşaat sahibinin teslim aldığı inşa eserini usulüne uygun olarak, zamanında muayene edip, ayıpları müteahhide ihbar etmesi gerekir. Başka bir deyişle, inşaat sahibi eseri olağan akışına göre, imkân bulur bulmaz muayene edip, ayıpları müteahhide ihbar etmelidir²³². Böylece inşaat sahibi teslim aldığı inşa eserini gecikmeden muayeneye başlamalıdır. Söz konusu muayene süresinin, açık ayıpları ortaya çıkarmaya yeterli olması gerekir²³³.

İnşaat sahibinin teslim aldığı inşa eserini imkân bulur bulmaz muayene etmesi kural olmakla birlikte, somut olayın şartları gerektiriyorsa muayene süresinin uzatılması da mümkündür²³⁴. Ancak bunun için; muayenenin teknik olması veya inşaat sahibinin kişiliğinden bağımsız başka sebeplerin, muayene süresinin uzamasını

²²⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 149. Irak Temyiz Mahkemesi kararlarından birinde, sözleşmenin konusu olan vantilatörün sözleşmede kararlaştırılardan farklı olması açık ayıp olarak kabul edilmiştir. Böyle bir olayda müteahhit sözleşmenin şartlarına aykırı davranmış olur. İnşaat sahibi bu açık ayıbı zamanında müteahhide bildirmelidir. Karar için bkz. Rakam el-Karar 935/Hukukiye/ 1968 Heya Amma Taril el-Karar 18/10/1969 Kazai Mahkemet Temyiz el-Irak el-Mucelled el-Sads el-Kararat el-Sadira Senet 1969 367. Karar için bkz. Servet, c.1, 169.

²²⁹ Servet, c.1, 190; el-Fazlî, 429.

²³⁰ SMK. m. 621, LMK. m. 654, MMK. m. 655. Ayrıca bkz. el-Senhurî, el-Ukud, 151-152.

²³¹ Servet, c.1, 190-191; el-Fazlî, , 429.

²³² Seliçi, İnşaat, 149; Tandoğan, Borçlar, 169; Tunçomağ, Borçlar, 1019; Aral, Borçlar, 368-369.

²³³ Seliçi, İnşaat, 149; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 109-110; Aral, Borçlar, 368-369.

²³⁴ Tandoğan, Borçlar, 169; Uçar, , 142.

zorunlu kılması gerekir. Muayene ancak objektif olarak mümkün ve makûl olarak beklenebilecek zamanda yapılabilir²³⁵. İnşaat sahibinin şahsına ait sebepler, meselâ teslimin yapıldığını hesaba katmasına rağmen, başka bir yere gitmesi, sürenin uzatılmasına sebep olmaz. Bu itibarla muayene süresi tespit edilirken, normal bir inşaat sahibinin olayın şartlarına göre inşa eserini muayeneye başlaması ve bu işi özenle yapması için ne kadar zaman gerektiğine bakılmalıdır²³⁶.

Taraflar muayene süresi hususunda özel bir düzenleme yapabilirler. Meselâ, muayene için belirli bir süre kararlaştırabilirler. Bu durumda inşaat sahibinin bu süreye uyması gerekir²³⁷. Keza sözleşmede taraflar, inşaat sahibini muayeneden muaf tutabilirler. Bu durumda muayene süresi de söz konusu olmaz. Ancak inşaat sahibi, inşa eserinde sonradan ortaya çıkacak ayıpları öğrenir öğrenmez, bunları müteahhide bildirmek zorundadır²³⁸.

Irak hukukunda muayene süresi İMK. m. 873/I'de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Müteahhit işi tamamlayıp iş sahibinin tasarrufuna bıraktığında iş sahibi işi mümkün olan (mutad olan) en yakın zamanda muayene etmeli ve şartların elverdiği en kısa zamanda teslim almalıdır...”*. Bu hüküm uyarınca, inşaat sahibi, inşa eseri müteahhitçe kendisine teslim edilerek, tasarrufuna bırakıldığı andan itibaren, somut olayın şartlarına göre en kısa zamanda inşa eserini muayene etmelidir. Eseri muayene etmeyen inşaat sahibi, inşa eserini ayıbıyla kabul etmiş olur²³⁹.

C. İhbar külfeti

İnşaat sahibinin, TBK. m. 360'da kararlaştırılan haklardan yararlanabilmek için, teslim sırasında açıkça görülen ve muayeneye tespit ettiği açık ayıpları veya inşa eserini kullanarak ortaya çıkan gizli ayıpları müteahhide bildirmesi şarttır. İnşaat sahibi söz konusu ihbarla müteahhide, inşaat sözleşmesini gereği gibi yerine getiremediğini açıklar. Ancak inşaat sahibinin, bu durumda TBK. m. 360'daki haklarını saklı tutup söz konusu haklardan herhangi birisini kullanacağını

²³⁵ Tandoğan, Borçlar, 142. Geniş bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 149-150.

²³⁶ Tandoğan, Borçlar, 170; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 111.

²³⁷ Uçar, 144; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 113.

²³⁸ Tandoğan, Borçlar, 170; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 113.

²³⁹ el-Fazlî, 430; Mübarek/el-Mulla Huveş/el-Fetlavî, 462-463.

bildirmesine gerek yoktur²⁴⁰. İnşaat sahibi özenli muayene ile anlaşılabilir ayıpları hiç bildirmez veya zamanında bildirmezse TBK. m. 362/II'ye göre inşa eserini zimnen kabul etmiş sayılır ve TBK. m. 360'daki kanunî hakları sona erer²⁴¹. Dolayısıyla müteahhit bildirilmeyen ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulur. Ancak müteahhit, açık ayıpları kasten saklamış ise, bu hüküm uygulanmaz²⁴². İnşaat eserindeki ayıpların ihbar külfeti; açık ayıplar için olduğu gibi, gizli ayıplar için de söz konusudur. İnşaat sahibi gizli ayıpları öğrendiği zaman, bunları derhal müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi bu ihbar külfetini hiç yerine getirmezse veya geç yerine getirirse, inşa eserini kabul etmiş sayılır. Dolayısıyla, inşa eserinde gizli ayıpların mevcut olmasına rağmen inşaat sahibi, TBK. m. 360'daki haklarını kaybeder. İnşaat sahibinin gizli ayıpları anlamış olduğunu kabul edebilmek için, onun ayıbın bütün önem, kapsam ve etkilerini öğrenmiş olması gerekir²⁴³. İnşaat sahibi bunların farkına varınca, önemleri ve kapsamaları hakkında mutlak bir kanaat sahibi oluncaya kadar beklemeksizin hemen ihbarını yapmalıdır. Müteahhit ayıbı kasten saklamış ise, inşaat sahibi herhangi bir sebepten, hatta ihmali yüzünden ayıbı bildirmekte gecikmiş olsa bile, ayıptan doğan hakları düşmez. Zira kanunkoyucunun amacı kötü niyetli müteahhitleri de korumak değildir²⁴⁴.

Irak hukukunda da inşaat sahibi, ayıplı ifadan doğan haklardan yararlanabilmesi için muayene sonucunda bulduğu açık ayıpları ve inşa eserini kullanmakla vâkıf olduğu gizli ayıpları müteahhide bildirmekle mükelleftir²⁴⁵.

1) İhbarın hukukî niteliği

İnşaat sahibi inşa eserinde taraflarca üzerinde anlaşılan niteliklerin veya eserin taşınması gereken niteliklerin bulunmadığını, başka bir deyişle, vâkıf olduğu ayıpları müteahhide bildirir. Ayıbın ihbarı, niteliği itibariyle bir borç değil, bir külfettir. Bu sebeple müteahhit, inşaat sahibinden ihbar külfetini yerine getirmesini talep edemez.

²⁴⁰ Seliçi, İnşaat, 151; Tandoğan, Borçlar, 177; Aral, Borçlar, 369-370; Y. 15. HD. 16.5.2001, E. 793, K. 2629 (KBİB, 818/m. 360).

²⁴¹ Y. 15. HD. 7.2.1989, E. 423, K. 448; Y. 15. HD. 29.1.1992, E. 3607, 256; Y. 15. HD. 5. 10. 1985, E. 5098, K. 5283 (Kararlar için bkz. Uygur, 7887-7888).

²⁴² Seliçi, İnşaat, 155; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 121.

²⁴³ Kanunkoyucu inşaat sahibine gizli ayıpları araştırma gibi bir yükümlülük getirmemiştir. Bu sebeple, müteahhidin anlaması gerekli olan ayıbı, somut olayda inşaat sahibinin anlamamış olması, onun aleyhine bir sonuç doğurmaz. Seliçi, İnşaat, 155.

²⁴⁴ Tandoğan, Borçlar, 174; Aral, Borçlar, 370.

²⁴⁵ el-Fazlî, 411; Servet, c.1, 68; el-Fetlavî, 167 vd.; Behide, 53; el-Amirî, el-Ukud, 150-152.

Söz konusu ihbar külfetini ifade etmek üzere, kanunkoyucu “bildirme” deyimini kullanmıştır. Ancak bu ifade eksiktir; zira bu durumda inşa eserinin durumu hakkında bir “tasavvur açıklaması (*Vorstellungsausserung*)” değil, inşaat sahibinin kendisine teslim edilen inşa eserinin sözleşmeye uygun olarak kabul etmediğini ve müteahhidi sorumlu tutmak istediğini gösteren bir “irade açıklaması (*Willenskundgabe*)” söz konusudur. İnşaat sahibinin bu yöndeki irade açıklaması açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir. Aksine belirtiler olmadıkça, ayıpların ihbarının sözü geçen irade açıklamasını da içerdiği, karine olarak kabul olunmalıdır²⁴⁶.

İnşa eserindeki ayıbın ihbarı, bir irade açıklaması, beyan edilen iradeye uygun hukukî sonuçlar doğuran bir hukukî işlem değil²⁴⁷; bir hukukî işlem benzeri fiildir²⁴⁸. Anılan irade beyanının müteahhide yöneltilmesi gereklidir.

Ayıbın ihbar külfetini düzenleyen Kanun hükmü, emredici değil, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir. Bu sebeple taraflar, ihbar külfetine arzu ettikleri muhtevayı verebilirler. Keza taraflar, ihbar süresini açık veya zımnî olarak kararlaştırabilirler. Ancak ihbar süresi özenle yapılacak muayeneyi imkânsız kılacak derecede kısaltılamaz²⁴⁹. Bu şekilde yapılan kısaltmanın yerini, işlerin olağan cereyanına göre gerekli olan süre alır²⁵⁰.

İnşaat sahibi TBK. m. 360’daki haklardan yararlanabilmek için, ihbar ve muayene külfetlerini usulüne uygun olarak yerine getirmelidir. İnşaat sahibi söz konusu külfetleri zamanında yerine getirmezse, bundan doğan haklarını kaybeder. İnşa eserindeki ayıpların zamanında bildirmediğini ileri sürmek müteahhide düşer. Müteahhit böyle bir iddiada bulunmazsa, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz. Ayrıca bu durumda hâkim, ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır²⁵¹. Ancak ayıbın zamanında bildirilmediği sabit olursa, inşaat

²⁴⁶ Tandoğan, Borçlar, 172; Uçar, 145.

²⁴⁷ Müteahhidin sorumluluğunun doğması, inşaat sahibinin irade beyanına değil, doğrudan doğruya inşa eserindeki ayıba bağlıdır. Eğer ayıp gerçekten yoksa, bu beyana rağmen ve müteahhit itirazsız susmuş olsa bile, sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu da, ayıbı ihbar beyanının hukukî işlem niteliğinde olmadığını ortaya koymaktadır. Tandoğan, Borçlar, 172.

²⁴⁸ Seliçi, İnşaat, 152; Öz, Eser Sözleşmesi, 116.

²⁴⁹ Uçar, 146; Seliçi, İnşaat, 156

²⁵⁰ Tandoğan, Borçlar, 175-176; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 124.

²⁵¹ Tandoğan, Borçlar, 176; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 124.

sahibinin ayıptan doğan hakları düşer. Burada müteahhit bunları ileri sürmese dahi, hâkim resen hükme bağlar²⁵².

Türk hukukunda olduğu gibi, Irak hukukunda da inşaat sahibinin inşa eserinde bulunduğu ayıpları müteahhide bildirmesi, borç değil, bir külfettir. Bu sebeple, müteahhit bu külfeti yerine getirmese, borca (sözleşmeye) aykırı davranmış olmaz. Ancak bu külfeti yerine getirmese, ayıptan doğan hakları ileri süremez²⁵³.

2) İhbarın içeriği ve şekli

İnşaat sözleşmesinde teslim edilen inşa eserinin ayıplı olduğu durumlarda yapılan ihbarın amacı inşaat sahibinin, inşa eserinin hangi açılardan ayıplı olduğu ve sözleşmeye aykırılığının bulunduğu hususlarında müteahhidi bilgilendirmesidir. Bu amacın gerçekleştiğinden söz edebilmek için, ayıp ihbarından inşaat sahibinin, sözleşmeyi gereği gibi ifa edilmemiş olarak gördüğü sonucunun açıkça çıkarılabilmesi gerekir. Bunun için de, ihbarın esaslı nitelikte olmalıdır. Başka bir deyişle, ihbarla ileri sürülen iddialar gerçeğe uygun olmalıdır²⁵⁴. Ayrıca ihbar ayıbın cins ve önemi, müteahhidin anlayabileceği içerikte olmalıdır. Buna göre; müteahhit yapılan itirazın haklı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapabilmeli ve söz konusu değerlendirmeye göre de, davranışını ayarlama imkânına sahip olmalıdır. Bu sebeple, inşaat sahibi inşa eserinin hangi kısımlarının ayıplı olduğunu ve ayıpların neler olduğunu müteahhide bildirmelidir. Dolayısıyla genel nitelikteki açıklamalar, meselâ “inşaat iyi olmamış”, “inşaatı hiç beğenmedim, vs.” şeklindeki ifadeler ihbar olarak kabul edilemez²⁵⁵.

İnşaat sahibi ihbar külfetini yerine getirirken, inşa eserinde bulunan her ayıbı ayrı ayrı göstermeli ve müteahhidin anlayacağı şekilde tanımlamalıdır. Ancak ayıbın uzmanlık açısından doğru biçimde ve bütün ayrıntılarıyla gösterilmesi ve bunun sebebinin bildirilmesi şart değildir²⁵⁶. Özellikle, uzman olmayan bir inşaat sahibinden, ayıpların teknik sebeplerinin ne olduğunu araştırarak anlayabilmesini ve

²⁵² Tandoğan, Borçlar, 176; Uçar, 147. Tandoğan'a göre, burada ayıbın geç ihbar edildiğini değil, sabit olan geç ihbara bağlanan hakların düşmesi sonucunun hâkim tarafından re'sen göz önüne alınması söz konusudur. Tandoğan, Borçlar, 176.

²⁵³ el-Fazlî, 411; Servet, c.1, 68.

²⁵⁴ Uçar, 147; Öz, Eser Sözleşmesi, 117.

²⁵⁵ Seliçi, İnşaat, 151-152; Uçar, 147; Tandoğan, Borçlar, 172.

²⁵⁶ Tandoğan, Borçlar, 172; Uçar, 147.

bunları müteahhide ihbar etmesini beklemek adil olmaz²⁵⁷. Bu itibarla inşaat sahibinin ayıbı bildirmesi, bunların sebeplerini de bildirmesini gerekmez²⁵⁸. Gerçekten de, inşaat sahibi ayıbın sebebini de belirtmişse ancak, niteliği konusunda yanlışmışsa, bunun bir önemi yoktur²⁵⁹.

İnşaat sahibi, inşa eserinin ayıp ihbarını müteahhide yöneltmelidir. İnşaat sahibi, anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde veya genel müteahhitlik sözleşmelerinde alt müteahhitlerin edimlerindeki ayıpları bunlara değil, genel müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibinin, her alt müteahhit kısmî edimini yerine getirdiğinde, bu edimleri tek tek inceleme ve ayıpları bildirme yükümü yoktur. Zira böyle bir yükümü kabul etmek, genel müteahhitlik sözleşmesinin niteliğine aykırı düşmektedir. Şöyle ki; burada inşaat sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir sözleşme söz konusu değildir. Bu sebeple, inşaat sahibi, tüm hak ve taleplerini genel müteahhide yöneltmelidir²⁶⁰.

İnşa eserinin ayıplarının inşaat sahibince müteahhide ihbarı durumunda, inşaat sahibi ayıptan doğan haklardan birini seçmek zorunda değildir. Ancak inşaat sahibi, ayıbı ihbar etmekle birlikte, hiç zaman kaybetmeden TBK.m. 360'daki seçimlik haklarından birini de kullanabilir. Böyle bir durumda da iki işlem birleşmiş olur. Meselâ inşaat sahibinin “*inşa eserinde tespit ettiğim şu ayıplardan dolayı sözleşmeden dönüyorum*” ifadesinde durum böyledir²⁶¹.

İnşa eserindeki ayıpların ihbarı, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu irade açıklaması açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir. Keza ihbar sözlü olarak veya telefonla yapılabilir. Benzer şekilde, ihbarın telgraf, taahhütlü mektup veya noter vasıtasıyla yazılı bir biçimde yapılması da mümkündür²⁶². İhbarın yazılı şekilde yapılması, ispat kolaylığı sağlaması açısından tercih edilmektedir²⁶³. İnşaat sahibi delil tespiti istemişse, mahkemenin tayin ettiği bilirkişinin raporunun müteahhide

²⁵⁷ Uçar, 148; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 126.

²⁵⁸ Seliçi, İnşaat, 152. Özellikle ayıpların sebeplerinin tespiti için, özel meslekî bir bilgiye gerek bulunduğu ve inşaat sahibi bunlara sahip olmadığı takdirde, durum böyledir. Çünkü inşaat sahibi muayene için özellikle bir meslek erbabını yanına almaya mecbur değildir. Bkz. Uçar, 148.

²⁵⁹ Tandoğan, Borçlar, 172; Uçar, 148.

²⁶⁰ Seliçi, İnşaat, 153-154.

²⁶¹ Uçar, 149; Öz, Eser Sözleşmesi, 118.

²⁶² İhbarın telefonla da yapılması mümkündür. Y. 15. HD. 28.3.1991, E. 1490, K. 1583 (KBİB, 818/m. 364).

²⁶³ Seliçi, İnşaat, 151; Tandoğan, Borçlar, 173; Aral, Borçlar, 370; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 126. Y. 15. HD. 24.11.1989, E. 3847, K. 4937; Y. 15. HD. 13.2.1992, E. 4118, K. 614 (Kararlar için bkz. Uygur, 7839-7840 ve 7884-7885); Y. 15. HD. 18.3.1994, E. 4461, K. 1610 (KBİB, 818/m. 360).

tebliğ edilmesi, ayıp ihbarı niteliğindedir. İnşa eserindeki ayıplar sebebiyle inşaat sahibinin doğrudan doğruya açtığı dava, resmî bir ihbar niteliğindedir²⁶⁴. Başka bir deyişle, TBK. m. 359/II uyarınca muayene için resmî bilirkişi tayin ettirilen hallerde, mahkemenin tayin ettiği bilirkişinin raporunun müteahhide tebliğ edilmesi veya inşaat sahibinin müteahhit aleyhine dava açması üzerine gönderilen tebligat, ayıp ihbarı olarak addedilmektedir²⁶⁵. Taraflar ayıpların yazılı olarak ihbar edilmesini kararlaştırmış olsalar dahi, bunun geçerlik şartı olduğu, TBK. m. 16'hükmü karşısında kabul edilmez²⁶⁶.

Ayıp ihbarının zamanında yapılmadığını ancak müteahhit ileri sürebilir. Müteahhit böyle bir iddiayı ileri sürmeden, hâkim bunu re'sen göz önüne alamaz. Böyle bir iddia yoksa, hâkim, ayıp ihbarı zamanında yapılmış gibi karar vermek zorundadır²⁶⁷. Müteahhit ayıp ihbarının geç yapıldığını ileri sürerse, ihbar külfetinin zamanında yerine getirildiğini ispat külfeti, genel olarak inşaat sahibine aittir²⁶⁸.

İhbarın hukukî sonucu, varması ile değil, gönderilmesi ile meydana gelir. Çünkü, ihbarın ulaşma rizikosunu inşaat sahibine yüklemek adil olmaz. Zira, böyle bir ayıbın ihbar mecburiyeti, zaten müteahhidin ayıplı bir eseri meydana getirmesinden doğmaktadır. Dolayısıyla ihbarın ulaşmasının rizikosunu müteahhide yüklemek gerekir²⁶⁹. Bir görüşe göre; ihbarın müteahhide ulaşmamasında müteahhidin bir kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve rizikonun kime ait olduğu belirlenmelidir. İnşaat sahibi tarafından yapılan ihbarın müteahhide veya yetkili temsilcisine ulaşmamasında müteahhidin veya onun yetkili temsilcisinin bir kusurunun bulunmadığı hallerde, ulaşmamanın rizikosuna müteahhit değil, inşaat sahibinin katlanması gerekir. Ayıp ihbarının müteahhide ulaştığı anda değil, gönderildiği andan itibaren sonuç doğuracağını benimseyen görüş, inşaat sahibinin

²⁶⁴ Seliçi, İnşaat, 151; Öz, Eser Sözleşmesi, 118.

²⁶⁵ Uçar, 153; Seliçi, İnşaat, 151.

²⁶⁶ Tandoğan, Borçlar, 173; Uçar, 153.

²⁶⁷ Tandoğan, Borçlar, 176; Uçar, 153-154.

²⁶⁸ Tandoğan, Borçlar, 176; Uçar, 154. İş sahibi, ayıp ihbarını ne zaman yaptığını ispat etmek zorundadır. Ayıbın gizli olup olmadığı tartışmalı ise, ayıbın gizli değil, açık olduğunu iddia eden müteahhit bunu ispat etmek zorundadır. Buna karşılık iş sahibi müteahhidin ayıbı kasten gizlediğini veya ihbarın geciktiği itirazından feragat ettiğini ileri sürüyorsa, bunların ispatı külfeti de ona aittir. Tandoğan, Borçlar, 176. İnşaat sahibi ihbar külfetini yerine getirdiğini her türlü delille ispat edebilir. Y. 15. HD. 24. 11. 1989, E. 3847, K. 4937 (KBİB, 818/m. 362); Y. 15. HD. 25.4.2002, E. 5537, K. 2034 (KBİB, 818/m. 357).

²⁶⁹ Seliçi, İnşaat, 152; Öz, Eser Sözleşmesi, 116. Ayıp ihbarının postayla yapılmasında, ihbarın usulüne uygun olarak postaya verilmesi yeterlidir. Bu ihbarın müteahhide veya yetkili temsilcisine ulaşmamasının rizikosunu müteahhide aittir. Tandoğan, Borçlar, 173.

menfaatlerini korumaktadır; müteahhidin ihbarın müteahhide ulaşmasındaki menfaatini göz ardı etmektedir. Ancak inşaat sahibinin ihbarda ne kadar menfaati varsa, müteahhidin de o kadar menfaati vardır. Meselâ, müteahhit ihbarın kendisine ulaşmasından sonra eserdeki ayıp ve dolayısıyla ayıba ilişkin borçlar hakkında kapsamlı bir fikir sahibi olabilecek ve ayıbın eserde daha büyük bir hasara sebep vermemesi için gerekli tedbirleri bir an önce alabilecektir²⁷⁰.

Irak hukuku da ihbar külfetini herhangi bir şekilde bağlamamıştır. Bu bağlamda, ihbar açık olarak yapılabileceği gibi, zımnî olarak da yapılabilir.

3) İhbarın süresi

Türk Borçlar Kanunu ayıpların ne zaman ihbar edilmesi gerektiğini açıkça düzenlememiştir. Gerçekten de, TBK. m. 359/1'de; "*İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyin muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur*" hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmü uyarınca, inşaat sahibi, vakit geçirmeden inşa eserindeki ayıpları müteahhide bildirmelidir²⁷¹. Kanunkoyucu, her ne kadar madde metninde, "mecburdur" ifadesi kullanmışsa da, bu ifadenin ayıp dolayısıyla tekeffülden doğan haklarını kullanmak isteyen bir inşaat sahibi bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu itibarla, Kanun metnindeki "mecburdur" ifadesinin, "bildirmelidir veya ihbar etmelidir" şeklinde anlaşılması gerekir. Zira inşaat sahibinin ayıplı eseri kesin olarak kabul etme hakkı da bulunmaktadır. Bu hakkını kullanmak isteyen bir inşaat sahibinin de ayıpları ihbar mecburiyetinin bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla, teslim alınan inşa eseri ayıplı olsa da, inşa eserinin inşaat sahibince kabul edilmesiyle birlikte, gizli ve kasten saklanan ayıplar dışında müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğu sona ermektedir²⁷². Bu itibarla inşaat sahibi teslim aldığı inşa eserinde gözle görülen ayıpları veya muayene ile tespit edilen ayıpları (açık ayıpları), müteahhide derhal bildirmelidir. Kanunkoyucu, inşaat sahibine, teslim aldığı inşa eserini muayene ederek, gizli ayıpları ortaya çıkarma,

²⁷⁰ Uçar, 154; Aral, Borçlar, 370.

²⁷¹ Y. 15. HD. 4.6.1990, E. 4765, K. 2613. (Karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7869).

²⁷² Uçar, 149; Öz, Eser Sözleşmesi, 116-119; Yargıtay 15. HD. 18.10.1995, E. 3119, K. 5630 söz kararında, iş sahibinin ayıbı hemen müteahhide bildirmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Kararlar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7883.

yani gizli ayıpları muayene etme külfeti yüklememiştir. Bu sebeple, TBK. m. 359/I'de muayene ve ihbarı istenen ayıplar, açık ayıplardır²⁷³.

TBK. m. 362/III'de; “*Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi vâkaf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm, teslimden sonra kullanılmakla ortaya çıkan ayıplarla, yani gizli ayıplarla ilgilidir. Anılan hüküm uyarınca, gizli ayıplar ortaya çıkar çıkmaz, inşaat sahibi, bunu derhal müteahhide bildirmelidir. Açık ayıpların ihbarı düzenleyen TBK. m. 359/I hükmü, ihbar zamanına açıkça değinmemiştir. Burada sadece teslim edilen inşa eserinin “*işlerin mutad gidişine göre mümkün olur olmaz*” muayene edilmesi ve muayene sonucunda belirlenen ayıpları müteahhide bildirmesinden söz edilmiştir. Ancak TBK. m. 362/II'de yer alan gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz (derhal) bildirilmesi ilişkin hükmün, açık ayıplar hakkında da kabul edilmesi gerekir. Buna göre, muayene sırasında bulunan açık ayıpları, inşaat sahibi derhal müteahhide bildirilmedi²⁷⁴. Bu sonucu kabul etmek, müteahhidin durumunu ayarlayabilmesi için gerekli olup, onun menfaatlerine de uygun düşmektedir.

İnşaat sözleşmesinde teslim alınan inşa eserini incelemeye başlayan inşaat sahibinin, belirli bir muayene süresine ihtiyacı vardır. İnşaat sahibi, muayene sırasında anlaşılan ayıpların muayene süresi sonunda vakit geçirmeden bunları müteahhide bildirmesi gerekir²⁷⁵. Genellikle inşaatta anlaşılan ayıpların hepsi, birlikte müteahhide bildirilir. Ancak, hangi ayıpların bildirilmesi gerektiğine karar vermek ve bunları formüle etmek için, inşaat sahibine muayeneden sonra ek olarak kısa bir sürenin bırakılması gerekir²⁷⁶.

İnşaat sahibi inşa eserinin muayenesi sırasında ortaya çıkan ayıpları muayene süresi sonunu beklemeden müteahhide bildirebilir. Keza inşaat sahibi inşaatın teslimi sırasında açıkça görülen ayıpları muayene sonunu beklemeden müteahhide bildirmelidir²⁷⁷.

²⁷³ Uçar, 149; Tandoğan, Borçlar, 173-174.

²⁷⁴ Seliçi, İnşaat, 152-153; Tandoğan, Borçlar, 172-173; Uçar, 149-150.

²⁷⁵ Seliçi, İnşaat, 153; Uçar, 150. Y. 15. HD. 21.12.1995, E. 6826, K. 7616. (Karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7850).

²⁷⁶ Seliçi, İnşaat, 153; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 121.

²⁷⁷ Seliçi, İnşaat, 158; Uçar, 151.

İkincil ayıplar, teslim sırasında mevcut olan ayıpların (aslı ayıpların) yol açtığı ayıplardır. Bu ayıpların da TBK. m. 362 kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, sonradan ortaya çıkan bu ikincil ayıplar ortaya çıkar çıkmaz, inşaat sahibi, bunları derhal müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi inşaatta bulunan aslı ayıpları muayene ve ihbar külfetini yerine getirmezse müteahhit sadece bu aslı ayıplar dolayısıyla sorumluluktan kurtulur, ikincil ayıplardan ise sorumlu kalmaya devam eder²⁷⁸.

İnşa eserindeki ayıbın müteahhit tarafından kasten saklandığı durumlarda, ihbar külfetinin söz konusu olup olmayacağı hususunda, farklı görüşlere yol açmıştır. Bir görüşe göre, inşa eserindeki gizli ayıplarla birlikte inşa eserindeki ayıbın müteahhit tarafından hileli bir şekilde gizlendiği durumlarda da, ihbar külfeti mevcuttur²⁷⁹. Başka bir görüşe göre ise, inşa eserindeki ayıp müteahhit tarafından kasten saklanmış ise, iş sahibinin herhangi bir sebeple, hatta ihmali yüzünden ayıbı bildirmede gecikmesi, onun ayıptan doğan haklarını düşürmez. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, bu konuda bir düzenleme yapan kanunkoyucunun amacı; kötü niyetli müteahhitleri korumak değildir²⁸⁰.

Irak Medenî Kanunu açık ayıpların ne zaman ihbar edilmesi hususunu belirtmemiştir. Ancak, gizli ayıplara ilişkin m. 875/II hükmü, bu tür ayıpların ne zaman bildirileceği meselesin düzenlemiştir. Buna göre “*ayıplar gizliyse ... iş sahibi bunu ... bunu keşfeder etmez müteahhide bildirmelidir... (İhbarı) yapmadığı takdirde işi bu şekilde kabul etmiş sayılır*”. Böylece inşaat sahibi gizli ayıpları bulur bulmaz (keşfeder etmez), bunları müteahhide bildirmelidir²⁸¹.

Kanımızca Kanundaki bu çözümü açık ayıplar için de kabul etmek gerekir. Bu bağlamda iş sahibi eseri muayene ederken vâkıf olduğu açık ayıpları da, bulur bulmaz müteahhide bildirmelidir.

²⁷⁸ Seliçi, İnşaat, 154; Uçar, , 152.

²⁷⁹ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Uçar 152.

²⁸⁰ Tandoğan, Borçlar, 174; Öz, Eser Sözleşmesi, 118; Uçar, 152.

²⁸¹ Servet, c.1, 68; el-Fazlı, 411; Irak Temyiz Mahkemesi, 13.12.1989, K. 295/Medeniye Ule/89 (Karar için bkz. el-Meşhadanî, 196-197 vd.).

§ 9. MÜTEAHHİDİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. Türk Hukukunda

Müteahhit üstlendiği inşa eserini ayıplı olarak meydana getirebilir. Kanunkoyucu böyle bir halde, TBK. m. 359 vd.'nda inşaat sahibine bazı haklar tanımaktadır. Buna göre inşaat sahibi, zamanında muayene ve ihbar yükümünü yerine getirdiği takdirde, inşa eserindeki ayıbın giderilmesini veya ücretin indirilmesini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir. Söz konusu hakların yanında müteahhidin kusurlu bulunduğu hallerde, inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıptan doğan zararların tazminini de isteyebilir. Böyle bir halde *Seliçi*'nin de veciz bir şekilde ifade ettiği gibi, inşaat sözleşmesinde inşa eserindeki ayıplardan sorumluluk açısından kanunkoyucu “*özel hüküm genelden önce gelir (lex special derogat legi generali)*” ilkesini kabul etmiştir. Bu sebeple, inşa eserindeki ayıplardan sorumluluk hükümleri özel hüküm niteliğinde olduğundan, bu konuda genel hükümlerin uygulanamayacağı söylenebilir²⁸². Ancak bu kuralın daha iyi bir şekilde uygulanması için, taleplerin yarışması, Başka bir deyişle,, birçok talebin bulunması söz konusu olması gerekir. Böyle bir halde ise, taraf menfaatlerini adil bir biçimde tartıp değerlendirmek gerekir²⁸³. Bu sebeple, Türk hukukunda tarafların menfaati göz önünde tutularak, ayıplı inşa eserinin meydana getirilip tesliminde genel hüküm olan TBK. m. 96 değil, özel hüküm niteliğini taşıyan TBK. m. 359 vd. uygulanmasını gerekir²⁸⁴. Borçlar Kanunu genel hükümlerinde kötü ifa hükümleri ve bunun kapsamında yer alan ayıplı ifaya ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık aynı yerde borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ve genel olarak borca aykırılık hükmü olan TBK. m. 96'da yer almaktadır²⁸⁵.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirip, inşaat sahibine teslim etmesi durumunda, ayıplı ifa söz konusu olur. Ayıplı ifa, müteahhidin, aslî edim borcu olan inşa eserini meydana getirme borcunu gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Kanunkoyucunun müteahhidin aslî edim borcunu gereği gibi yerine getirmesini istemesinden amacı; inşaat

²⁸² Seliçi, İnşaat, 130; Erdoğan, 149; Zevkliler, 338.

²⁸³ Seliçi, İnşaat, 130-131.

²⁸⁴ Seliçi, İnşaat, 131. İnşaat sahibi TBK. m. 359'daki muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmişse, müteahhidi genel hükümlere özellikle TBK. m. 96 göre sorumlu tutmak pek adil değildir.

²⁸⁵ Uçar, 38; Turanboy, 152.

sözleşmesinde ve diğer istisna sözleşmelerinde, müteahhidin işini iyi ve güvenilir bir şekilde yapmasını sağlamaktır²⁸⁶.

II. Irak Hukukunda

Müteahhit inşa eserini sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifa etmelidir. Müteahhit bu borcunu ifa ederken, sözleşmenin şartlarını ve iyi niyet kurallarını göz önünde bulundurmalıdır. Irak Medenî Kanunun sözleşme teorisinde yer alan genel hükümlerinden IMK. m. 145'de "*sözleşmenin konusu ne olursa taraflar borçlarını ifa etmek mecburiyetindedirler*" ifadesi yer almaktadır. IMK. m. 146/I'e göre "*sözleşme geçerliyse bağlayıcıdır. Âkitlerden herhangi biri kanun hükmü veya anlaşma olmadıkça sözleşmeden geri dönemez ve düzeltmez*". Bu genel hükümlere dayanarak denilebilir ki taraflar (müteahhit ve inşaat sahibi) inşaat sözleşmeyle yükledikleri edimleri gereği gibi yerine getirmelidirler. IMK. m. 150/I'de aynen şu hüküm yer almaktadır; "*sözleşmeyi içeriği gereğince ve iyi niyetin gereklerine göre icra etmek gerekir*". Buna göre müteahhit ,inşa eserini meydana getirirken hem sözleşmede üzerinde taraflarca anlaşılan şartlar ve hem de iyi niyet kurallarına göre icra etmek zorundadır²⁸⁷. IMK. m. 150/II'ye göre "*sözleşmenin içeriği sadece tarafları kararlaştırdıklarından ibaret değildir; borcun niteliğine göre, kanun, örf ve adalet gereksinimlerini de kapsar*". Böylece müteahhit inşa eserini meydana getirirken, sadece sözleşmede üzerinde anlaşılan şartları göz önünde bulundurmamalıdır. Müteahhit bunun yanında, inşaatın yapılmasında müteahhitlik mesleğinin gerektirdiği özen, dikkat ve sanat kurallarına da uymalıdır. Keza müteahhit inşaatı gerçekleştirirken, Medenî Kanun'un ve diğer kanunların hükümlerine de uygun biçimde hareket etmelidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, müteahhit, inşa eserin meydana getirirken, söz konusu hükümlerin yanında, iyi niyet kurallarına da uygun davranmak zorundadır²⁸⁸.

Irak kanunkoyucusu, istisna sözleşmesinde genel hüküm niteliğindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerini emredici nitelikte kabul etmemiştir. Buna karşılık, özel hüküm niteliğinde olan müteahhit ve mimarın inşa eserinin (taşınmaz inşa eserinin)

²⁸⁶ Uçar, 37; Turanboy, 151 vd.

²⁸⁷ el-Hekim, Masadır, 389-391.

²⁸⁸ Irak Temyiz Mahkemesi, 29.4.1986, K. 90/Muvasaa Ule/85-86; 15.11.1992, K. 286/Muvasaa Ule/92 (Kararlar için bkz. el-Meşhadanî, 182 vd.; 220-221).

yıkılması veya bunun sağlamlığını zedeleyen hükümlere emredici nitelik tanınmıştır. Bu sebeple, söz konusu hükümlerin aksine anlaşma yapmak, özellikle bu konudaki sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir²⁸⁹.

IMK. m. 870'deki özel hükmün emredici nitelikte olması müteahhidin ve mimarın inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı sorumluluğun hukukî niteliği konusunda Irak ve Mısır hukuklarında farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre, bu sorumluluk bir haksız fiilden doğan kusur sorumluluğudur. Zira burada inşa eserinin tamamının veya bir kısmının yıkılmasında veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplarda müteahhidin kusuru ve inşaat sahibinin uğradığı zarar ve kusurla zarar arasında uygun illiyet bağı vardır. Keza müteahhidin buradaki sorumluluğu on yıllık bir süreye sınırlı olup, müteahhidin teslimden sonra uzun bir süre sorumlu kalması da bu görüşü teyit etmektedir. Ayrıca müteahhidin bu sorumluluğu sözleşmeden doğan bir sorumluluk değildir. Zira müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluğu eseri teslim etmesiyle ortadan kalkar. Böylece müteahhidin ve mimarın buradaki sorumluluğu teslimden sonrasını da kapsadığından, haksız fiilden doğan bir kusur sorumluluğudur²⁹⁰.

İkinci bir görüşe göre, müteahhit ve mimarın sorumluluğu kanunî bir sorumluluktur. Çünkü, müteahhit ve mimarın gerçekleştirdikleri inşaat işleri tehlike arz edip, insanların hayatları açısından hayafî önemi haizdir. Bu sebeple kanunkoyucu, inşaat sahibinin korunması ve menfaatlerine riayet edilmesi düşüncesiyle, inşa eserinin belli bir deneme süresine tâbi tutmuştur. İnşaat sözleşmesi müteahhidin inşa eserinin teslimle sona erdiği için, müteahhidi ve mimarı bundan sonra sözleşmenin son ermesine rağmen sorumlu tutmak, kanunun gerektirdiği bir sorumluluktur. Başka bir deyişle, müteahhitle inşaat sahibi arasındaki sözleşme inşa eserinin teslimiyle sona erdiğine ve bu teslimle açık ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğu son bulduğuna göre, teslimden sonra, inşa eserinde ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğun kaynağını sona eren sözleşme değil, kanun teşkil etmektedir. Böyle bir sorumluluk sistemi kanunkoyucunun inşaat sahibinin, inşa

²⁸⁹ Geniş bilgi için bkz. Servet, c.1, 161; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 431 vd.; Mursî, 490 vd.

²⁹⁰ Bu görüş için bkz. Servet, c.1, 144-145; Sürür , 272- 274, el-Durî, Mesuliyet el-Mukavil, 50-51; el-Senhurî, el-Ukud, 133. Mısır Nakız Mahkemesi bu görüşü kararlarından birinde kabul etmiştir. Mısır Nakız Mahkemesi, 5.1.1939, S. 154 Karar İçin bkz. Sürür, 274- 275.

eserinin yıkılma tehlikesinden korunması, inşa eserinin belli bir süre için sağlam kalması ve inşaat sahibinin menfaatlerine riayet etmek amacıyla getirdiği kanunî bir sorumluluktur²⁹¹.

Üçüncü bir görüşe göre, inşa eserinin tamamının yıkılmasında veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğu, Medenî Kanun'daki sözleşmeden doğan sorumluluğunun genel hükümlerinin özel bir uygulaması olup, kanunkoyucu bunu IMK. m. 870 vd. özel bir şekilde düzenlemiştir. Kanunkoyucu inşaat sözleşmelerindeki bazı pratik sorunları ortadan kaldırmak, sözleşmenin tarafları arasında adil ve makul bir denge kurmak ve inşa eserinin yıkılma tehlikesinden insanların hayatlarını ve mallarını korumak amacıyla müteahhidin bu sorumluluğuna özel bir düzen vermiştir. Ancak bu görüşe yakından bakıldığında, diğer görüşlerden farklı olarak müteahhidin sorumluluğunun kaynağını tarafların arasındaki sözleşme oluşturduğu görülür²⁹².

Dördüncü bir görüşe göre, müteahhidin ve mimarın sorumluluğu sözleşmeden doğan bir sorumluluktur. Buna göre, inşaat sözleşmesinin konusu inşa eseri teşkil ettiğinden, müteahhidin sorumluluğunun kaynağı söz konusu inşaat sözleşmesidir. Buradaki durum satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffilden sorumluluğuna benzemektedir. Gerçekten de, satım sözleşmesinde satıcı satılan şeyi alıcıya teslim ettikten sonra da bunda bulunan ayıplardan dolayı sorumludur. Satıcının ayıptan dolayı sorumluluğu kuşkusuz sözleşmeden doğan sorumluluktur. Oysa istisna sözleşmesinin bir uygulama çeşidi olan inşaat sözleşmesinde müteahhidin, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıplardan dolayı sorumluluğunun da bir sözleşmeden doğan sorumluluk olarak kabul etmemek için hiçbir sebep yoktur²⁹³. Ayrıca istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince müteahhit eserin kalitesine veya sanat kurallarına aykırı ya da eseri istisna sözleşmesine veyahut iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde meydana getirmesi halinde, sözleşmeden doğan bir sorumluluk teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, buradaki sorumluluğun kaynağını taraflar arasındaki istisna sözleşmesi oluşturmaktadır. Durum böyle olunca, bu çözümü inşaat sözleşmelerinde

²⁹¹ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 51-59; Söz konusu görüş için ayrıca bkz. el-Senhurî, el-Ukud, 133; Servet, c.1, 144; Recep, .91.

²⁹² Sürür, 283.

²⁹³ Servet, c.1, 145; el-Senhurî, el-Ukud, 132; Recep, 9.

de kabul etmek gerekir. Buna göre, inşa eseri yıkıldığı halde veya bunun sağlamlığını tehdit eden bir ayıp ortaya çıktığında, müteahhidin sorumluluğunun kaynağını taraflar arasındaki inşaat sözleşmesi teşkil etmektedir²⁹⁴. Mısır Nakız Mahkemesi²⁹⁵ bir kararına göre, müteahhidin inşa eserinin tesliminden sonraki ayıpları bir kusur sorumluluğu olarak kabul etmemek gerekir. Keza bu sorumluluk müteahhitle inşaat sahibi arasında kurulan inşaat sözleşmesinden ayrı ve kendisine özgü bir kanunî sorumluluk da değildir. Ancak buradaki sorumluluk, satım sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşmeden doğan bir sorumluluk olup, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu taraflarca kurulan inşaat sözleşmesine dayanmaktadır.

Kanunkoyucu, inşa eserinin tamamlanıp teslim edildikten sonra müteahhidin on yıllık bir süre ile sorumlu tutması inşa eserinin sağlamlığını ölçmek için yeterli görmüştür. Buradaki hükümler emredici nitelikte olup, bazı yazarlar, -tarafların aksine anlaşma yapamamalarını da dikkate alarak- bu sorumluluğu kuvvetlendirilmiş sorumluluk olarak adlandırmaktadırlar²⁹⁶. Biz de, gerekçelerini haklı bulduğumuz son görüşü, yani inşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun sözleşmeden doğan sorumluluk temeline dayandırmayı benimsemekteyiz.

Irak İnşaat Mühendisliği İşleri Genel Şartnamesi müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Ancak, Şartname'nin 71. maddesine göre, bu işler Irak'ın kanun, tüzük ve yönetmeliklerine tâbidir²⁹⁷. Bu sebeple, söz konusu Şartnameye tâbi inşaat işlerinde de, inşaatta ayıp meydana gelirse Irak Medenî Kanununun hükümleri geçerli olur.

Yabancı şirketlerin Irak'ta meydana getirdikleri inşaatlar hukukî açıdan Irak hukukuna tâbidir. Bu durumda inşa eserinin tamamının veya bir kısmının yıkıldığı veya inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıpların çıktığı zaman, IMK. m. 870 vd. hükümleri burada da uygulama alanı bulur²⁹⁸. Yabancılar tarafından meydana getirilen inşa eseri yukarıdaki ayıpların dışında kalan ayıplar, ister açık ister gizli olsun, IMK. m. 875 hükmüne tâbi tutulur. Buna göre, inşaat sahibi yabancı

²⁹⁴ el-Senhurî, el-Ukud, 132.

²⁹⁵ Mısır Nakız Mahkemesi, 5. 1.1939 Mecmüat Amru S. 154, karar için bkz. Servet, c.1, 145-146.

²⁹⁶ Servet, c.1, 146.

²⁹⁷ Akravî, el-Şerikat, 224.

²⁹⁸ Akravî, el-Şerikat, 224.

müteahhidin inşa eserini teslim eder etmez bu eserdeki ayıplar muayene ederek varsa ayıpları ona bildirmelidir²⁹⁹.



²⁹⁹ İnşaatın ayıplı olması halinde, inşaat sahibi, yabancı müteahhide karşı, ayıptan doğan hakları, yani aynen ifa, fesih ve tazminat talebinde bulunabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akraî, el-Şerikat, 234.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VE İRAK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNE İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASINDAN DOLAYI TANINAN HAKLAR

Müteahhidin inşa eserinin ayıplı olmasından dolayı sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, inşaat sahibine bazı haklar tanınır. İlk önce Türk hukukunda, daha sonra da Irak hukukunda inşaat sahibine ayıptan dolayı tanınan hakları ayrı ayrı ele almak gerekir. İnşaat sahibine inşa eserindeki ayıplardan dolayı tanınan hakların esasını Türk hukukunda istisna sözleşmesi çerçevesinde TBK. m. 360 hükmü oluştururken; Irak hukukunda Irak Medenî Kanunu'ndaki borçlunun borcunu ifa etmemesine ilişkin genel hükümler (IMK. m. 168-180)¹ teşkil etmektedir. Aşağıda bu konular sırasıyla ele alınarak incelenmiştir.

§ 10. TÜRK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNİN HAKLARI

I. Genel Olarak

Müteahhit, inşaat sözleşmesi gereğince, öncelikle, kararlaştırılan nitelikleri haiz ve ayıpsız bir inşa eseri meydana getirmekle yükümlüdür. Müteahhit, bunun yanı sıra, meydana getirdiği inşa eserini, inşaat sahibine teslim etmekle de yükümlüdür. Müteahhidin söz konusu yükümlülüklerine uymaması ve ayıplı bir inşaat meydana getirerek inşaat sahibine teslim etmesi halinde ise, TBK. m.360 hükmü, inşaat sahibine ayıp sebebiyle, bazı haklar tanımaktadır. Anılan durumda, inşaat sahibinin ayıplı malı teslim alması üzerine doğan hakları, ayıpsız bir eserin teslimini talep hakkının yerini almaktadır².

TBK. m 360 uyarınca, müteahhidin ayıplı bir inşa eseri teslim ettiği durumlarda, inşaat sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirdiği takdirde, sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesi ya da ayıbın giderilmesini talep yetkilerini kazanmaktadır. Anılan durumda, inşaat sahibi, Kanun'da öngörülen bu seçimlik haklardan ancak birini kullanabilir. Bu haklar, inşaat sahibine inşa eserinin

¹ Borç ilişkisinin ifa edilmemesinin sonuçları ise IMK. m. 246-284'te düzenlenmiştir.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcuoğlu, 289; Uçar, 165; Öz, Eser Sözleşmesi, 94; Kural/Kılıçbay/İzmir, 504.

ayıplı olması dolayısıyla tanınmış olduğundan; müteahhit bu haklardan yararlanamaz. Buna göre müteahhit, teslim ettiği ayıplı inşa eserinin ayıplarının giderilmesini beyan ederek, TBK. m. 360'da inşaat sahibine tanınan hakların kullanılmasına engel olamaz³.

TBK. m. 360'da inşaat sahibine tanınan hakların doğması için, teslim edilen inşa eserinin ayıplı olmasında müteahhidin kusurunun bulunması şart değildir. Ancak müteahhidin kusurlu olması halinde, inşaat sahibine tanınan seçimlik haklar yanında, müteahhidin sebep olduğu zararların tazminini de talep edebilir. Anılan durumda zararın tazmini, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre (TBK.m. 96 vd.) değil, müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğu çerçevesinde (TBK. m. 360) ele alınmıştır⁴. Dolayısıyla inşaat sahibi, TBK. m. 96'ya göre kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemeden, yahut sözleşmenin müsbet ihlâlinden doğan bir tazminat talebinde bulunamaz⁵.

TBK. m. 360'da yer alan seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağını belirleme yetkisi, kural olarak inşaat sahibinin tasarrufuna bırakılmıştır. Müteahhit ayıplı bir inşa eserini teslim ettiğinde, inşaat sahibi, bu haklardan sadece birini kullanabilir. Ancak inşaat sahibi söz konusu haklar arasında tercih yaparken, TBK. m. 360'daki hükümlerle birlikte, TMK. m. 2'de düzenlenen, hakkın kötüye kullanılması yasağı kurallarını da göz önünde tutmalıdır⁶.

İnşa eserindeki ayıplardan dolayı TBK. m. 360'da inşaat sahibine tanınan seçimlik haklar, yenilik doğuran haklardandır. Bu itibarla, anılan haklar inşaat sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılır. Söz konusu irade beyanının sonuçları da, beyanın karşı taraf olan müteahhide varmasıyla kendiliğinden doğar⁷. Ayrıca seçimlik hak, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu için, bir kere kullanılmakla sona erer. Böylece inşaat sahibi kullandığı seçim hakkıyla bağlı kalır⁸. Buna göre inşaat sahibi, teslim aldığı ayıplı inşa eseri sebebiyle ücretten indirim hakkını kullanmak üzere beyanda bulunduktan sonra, bu beyandan rücu edemez. Aynı sonuç inşaat sahibinin dönme hakkının veya ayıbın giderilmesi talebini kullanılması halinde

³ Seliçi, İnşaat, 157; Öz, Eser Sözleşmesi, 99; Burcuoğlu, 289.

⁴ Seliçi, İnşaat, 157; Uçar, 165.

⁵ Tandoğan, Borçlar, 177; Öz, Eser Sözleşmesi, 95.

⁶ Uçar, 165; Öz, Eser Sözleşmesi, 95; Kural/Kılıçbay/İzmir, 505.

⁷ Eren, Borçlar, 925; Oğuzman/Öz, 217-218.

⁸ Yenilik doğuran haklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 925; Oğuzman/Öz, 217-218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, 814; Von Tuhr, 23 vd.; Önen, E, 3 vd.

de geçerlidir. Yenilik doğuran haklardan rüçünün kabul edilmesi istikrar ve güven ilkesine aykırı düşer. Zira yenilik doğuran haklarda rücu kabul edilirse, hak sahibinin (inşaat sahibinin) keyif ve ihtirasına üstünlük tanınmış olur; kesin hukukî durumun ne olduğu bilinemez⁹. Ancak buna rağmen, seçimlik haklar bir inşai irade beyanıyla kullanılırlar. Seçimlik haklar, nitelikleri itibariyle varması gerekli beyanıdır. Bu sebeple doktrinde, TBK. m. 9 icap ve kabul beyanlarının geri alınması hususundaki hükmünün bu durumda da uygulanacağı kabul edilmektedir. İnşaat sahibi anılan madde hükmüne dayanarak inşai irade beyanını geri alabilir¹⁰. Ayrıca seçimlik haklardan birisinin kullanılması ve hukukî sonucu doğmasından sonra, müteahhit muvafakat ettiği takdirde, inşaat sahibi seçim hakkını geri alarak, TBK. m. 360'da yer alan diğer seçimlik haklardan birini kullanabilir¹¹.

İnşaat sahibi aynı ayıptan dolayı seçimlik haklardan sadece birini kullanabilir. Bu sebeple inşaat sahibi, inşa eserinde bulunan aynı ayıptan dolayı, ayıbın giderilmesi hakkıyla birlikte sözleşmeden dönme hakkını da kullanamaz¹². Çünkü, inşaat sahibinin kendisine TBK. m. 360'da tanınan seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla birlikte, diğer seçimlik hakları ortadan kalkmaktadır. Gerçekten de, söz konusu seçimlik haklar yenilik doğuran hak niteliğinde oldukları için, bu haklar bir defa kullanılmakla sona erer, tükenir¹³.

İnşaat sahibinin seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla birlikte, tüm hakları seçtiği hakta toplanmakta; buna karşın diğer seçimlik hakları düşmektedir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bunlardan biri; inşaat sahibinin zarara uğraması durumuna ilişkindir. Anılan durumda inşaat sahibi, seçimlik haklarla birlikte, zararının tazminini de talep edebilmektedir.

İnşaat sahibine seçimlik haklar tanıyan TBK. m. 360 hükmü, emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğindedir. Bu sebeple, taraflar anlaşarak bu hakları sınırlandırabilecekleri gibi, ortadan da kaldırabilirler. Bu itibarla tarafların inşa eserinde ayıp bulunduğu takdirde, inşaat sahibinin sadece ayıbın giderilmesi veya ücretin indirilmesini isteme hakkını kullanabileceği de kararlaştırılabilir¹⁴. Genel

⁹ Eren, Müteahhit, 66.

¹⁰ Eren, Müteahhit, 66; Seliçi, İnşaat, 159.

¹¹ Seliçi, İnşaat, 159; Eren, Müteahhit, 65.

¹² Uçar, 166; Seliçi, İnşaat, 159.

¹³ Eren, Müteahhit, 66; Yavuz, Borçlar, 481.

¹⁴ Tunçomağ, Borçlar, 1029.

olarak inşaat işlerinde inşaat sahibi, müteahhide ayıbı bildirdikten sonra, bu ayıbın giderilmesi için müteahhide uygun bir süre tanımaktadır. Bu da inşaat sahibinin ayıbın giderilmesini talep hakkını kullandığı, buna karşın ücretin indirilmesi ile sözleşmeden dönme haklarından vazgeçtiği anlamına gelmektedir¹⁵.

Kanunkoyucu, inşaat sahibine tanınan seçimlik hakların kullanılmasında, bazı sınırlamalar getirmiştir. İnşa eserindeki ayıplar dolayısıyla inşaat sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için, bu ayıbın önemli derecede olması gerekir (TBK. m. 360/I). Buna göre; inşa eserindeki ayıbın önemli derecede olmadığı durumlarda, inşaat sahibi dönme hakkını kullanamamakta; bunun yerine ücretin indirilmesini veya ayıbın giderilmesini talep edebilmektedir. Keza inşaat sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebilmesi, düzeltmenin aşırı masrafa yol açmaması şartına bağlamıştır (TBK. m. 360/II). Bir başka sınırlama ise, inşa eserinin inşaat sahibinin arsası üzerinde yapıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Gerçekten de, TBK m. 360/III hükmüne göre, anılan durumda inşaat sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamamakta; ancak ayıbın giderilmesini veya ücretin indirilmesini talep edebilmektedir¹⁶.

İnşaat sahibi, kendisine TBK m. 360 gereğince tanınan seçimlik hakları, inşaî işlemlerle kullandığı için, burada bir inşaî dava söz konusu olmaz. Çünkü, bu haklardan birini seçme yetkisi, hâkime değil, inşaat sahibine tanınmıştır¹⁷. TBK m. 360'da öngörülen haklardan dönme hakkı ve ücretten indirim talep hakkı, inşaat sahibi ile müteahhit arasındaki hukukî ilişkiden doğduğu için, inşaat sahibi bu hakları üçüncü kişiye devredemez. Buna karşılık, inşa eserindeki ayıpların giderilmesini talep hakkının üçüncü kişiye devri mümkündür¹⁸.

II. İnşaat Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK. m. 360/I'e göre *“yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir, bu hususta*

¹⁵ Tunçomağ, Borçlar, 1029; Seliçi, İnşaat, 160.

¹⁶ Tunçomağ, Borçlar, 1029; Seliçi, İnşaat, 160.

¹⁷ Eren, Müteahhit, 84.

¹⁸ Eren, Müteahhit, 84.

müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir”¹⁹. Anılan madde metninde yer alan “kabulden imtina (kabulden kaçınma)” ifadesi, dönme anlamına gelir. Aşağıda TBK.m. 360/I hükmü çerçevesinde inşaat sahibinin sözleşmeden dönme (kabulden kaçınma) yetkisi ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

A. Sözleşmeden dönme kavramı, hukukî niteliği, şartları ve kullanma şekli

Aşağıda ilk önce sözleşmeden dönme kavramı ve bu kavramın hukukî niteliği ele alınacak; ardından da dönme hakkının uygulama konusu olabilmesi için varlığı aranan şartlar incelenecektir.

1) Sözleşmeden dönme kavramı ve hukukî niteliği

Sözleşmeden dönme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, önce ifa edilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır²⁰.

Sözleşmenin dönmenin yenilik doğuran bir hak olduğu hususunda doktrinde fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak dönmenin, anılan yenilik doğuran hakkın konusunu teşkil eden sözleşmeyi nasıl etkileyeceği, bir başka deyişle, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin ne olacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde birkaç görüş ileri sürülmektedir.

Sözleşmeden dönme beyanının hukukî niteliği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre sözleşmeden dönme beyanı, hukukî işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. Zira böyle bir beyanda bulunulması ile, doğacak hukukî sonuçlar doğrudan doğruya, kanun tarafından belirlenmiştir²¹. Doktrinde hakim görüşe göre, sözleşmeden dönme

¹⁹ Âni edimleri içeren sözleşmeler “dönme” (*Rücktritt*), sürekli sözleşmelerde borç ilişkisi “fesih” (*Kündigung*) ile sona erdirilebilir. Ancak kanunkoyucu mehz Kanun’daki “dönme” deyimini özellikle TBK. m. 369’da “fesih” olarak çevirmiştir. Geniş bilgi için bkz. Buz, İş Sahibi, 218 vd.

²⁰ Tanım için bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 65; Başpınar, Özen Borcu, 253.

²¹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 71.

beyanı yenilik doğuran bir haktır²². Zira burada hak sahibi sadece bir talep hakkına sahiptir²³.

Sözleşmeden dönme, yenilik doğuran bir hak olarak kabul gördüğü için, karşı tarafın muvafakatı aranmaksızın, varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılır. Hak sahibinin bu hakkı kullandığını muhataba bildirmesiyle arzu edilen hukukî sonuç kendiliğinden gerçekleşir²⁴.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının ardından dönmenin bu sözleşmeye nasıl etki edeceği hususu da tartışmalıdır. Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda birkaç görüş ileri sürülmektedir. Aşağıda sadece klâsik dönme görüşü ile yeni dönme görüşü kısaca ele alınmıştır²⁵.

a) Klâsik dönme görüşü

Klâsik görüşe göre, dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Bu görüşe göre, dönme hakkının kullanılması ile, sözleşmede daha önce yerine getirilmemiş (ifa edilmemiş) edim yükümlülükleri sona erer, daha önce ifa edilmiş edimler ise, sebepten yoksun hale gelir²⁶. Görülüyor ki, bu görüşe göre dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak, sanki hiç kurulmamış gibi sonuç doğurur. Başka bir deyişle, klâsik görüşe göre dönme ile sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar doğmamış gibi olur. Burada daha henüz ifa edilmemiş edimler konusunda hiçbir sorun yoktur. Zira bu edimler henüz ifa edilmedikleri için, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte kendiliğinden

²² Buz, Sözleşmeden Dönme, 65; Eren, Borçlar, 1213; Tandoğan, Borçlar, 177; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 61; Aral, Borçlar, 172.

²³ Bu tür haklar açısından taraflar arasında bir “ast-üst ilişkisi” mevcut olmayıp, taraflar eşit konumdadır. Borçlu, hak sahibi alacaklı karşısında sadece bir “yükümlü” durumundadır. Başka bir deyişle, borçlu, bu tür haklara riayet etmemekte serbesttir. Borçlunun söz konusu hakkı yerine getirmemesi halinde, alacaklının yapabileceği tek şey, mahkeme veya icraya başvurarak, devlet organlarını devreye sokmak olabilir. Bu hususta bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 72.

²⁴ Türk-İsviçre hukuk sistemlerindeki hâkim görüş, sözleşmeden dönmeyi bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirmektedir. Bkz. Eren, Borçlar, 1248. Dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak kaldırmayıp, sadece onun içeriğini değiştirdiğini ileri süren dönüşüm teorisi (yeni dönme teorisi) taraftarlarının bir bölümü de aynı görüştedir. Bu görüşün Almanya’daki taraftarları, sözleşmeden dönmenin değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu kanaatindedir. Başka bir görüş ise, sözleşmeden dönme hakkı, çift karakterli yenilik doğuran bir hak olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme bir yandan henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirirken (bozucu yenilik doğuran karakter), bir yandan da sözleşme ilişkisini bir tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir. Bu da değiştirici yenilik doğuran hakkın karakteridir. Bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 74.

²⁵ Ayrıntılar için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, 61; Buz, Sözleşmeden Dönme, 74.

²⁶ Öz, Eser Sözleşmesi, 39-42; Tandoğan, Borçlar, 177vd.; Oğuzman/Öz, 368 vd.; Geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 1213; Öz, Borçlu Temerrüdü, 138-141; Tandoğan, Ücret, 494-495; Başpınar, Özen Borcu, 253.

(*ipso iure*) sona ereceklerdir. Yerine getirilmiş edimler ise, dönme hakkının kullanılmasyla hukukî sebeplerini kaybettikleri için, bunlar ancak sebepsiz zenginleşme talebi ile geri istenebilir²⁷.

Klâsik görüşün, tarihsel olarak en eski görüş olmasına rağmen, doktrinde hâl'a baskın görüş olmasının sebebi, bu görüşün hukukî düzenleme ve menfaatler dengesi açısından da uygun olmasıdır²⁸.

b) Yeni dönme görüşü

Bu görüşe göre dönme hakkının kullanılmasyla birlikte, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermez. Dönme ile sözleşmenin içeriği değişir ve bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Böylece henüz ifa edilmeyen edimler sona erer. Söz konusu edimlerin sona ermesi, geçmişe değil, geleceğe etkilidir²⁹. Daha önce ifa edilen edimlerin yerine ise, geri verme (iade) borcu geçer. Geri verme, taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurar. Bu durumda borç sözleşmesinin içeriğinin değiştirilmesi ile sebepsiz zenginleşmeden doğan borç değil, akdî nitelikte borçların geri verilmesi söz konusu olur. Böylece sözleşmenin amacı karşılıklı edimlerin ifası iken, dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin amacı değişir ve bir tasfiye ilişkisine dönüşür³⁰.

Yeni dönme teorisi iki sonuç doğurmaktadır. Birinci sonuç, ifa edilmemiş edimlerin geleceğe etkili sona erdirilmesi, diğer bir deyişle, hak sahibinin borçtan kurtarma etkisi doğurmasıdır. İkinci sonuç ise, ifa edilmiş edimlerde, teslim alınan edim konusunu geri verme etkisidir. Başka bir deyişle, taraflar arasında daha önce gerçekleşen malvarlığı hareketlerinin ters yüz ederek "*status quo ante*"nin yeniden sağlanmasıdır³¹.

Yeni dönme teorisine göre, dönme, özellikle tarafların iade borçları açısından, değiştirici yenilik doğuran bir hak niteliğindedir³². İsviçre ve Türk hukuku

²⁷ Serozan, Sözleşmeden Dönme, 63; Buz, Sözleşmeden Dönme, 119.

²⁸ Uçar, 175.

²⁹ Eren, Borçlar, 1213; Buz, Sözleşmeden Dönme, 123; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 72; Seliçi, İnşaat, 209.

³⁰ Buz, Sözleşmeden Dönme, 123; Eren, Borçlar, 1249; Seliçi, İnşaat, 209; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 72.

³¹ Eren, Borçlar, 1213-1214; Buz, Sözleşmeden Dönme, 123; geniş bilgi için bkz. Öz, Borçlu Temerrüdü, 136-137; Başpınar, Özen Borcu, 253-254.

³² Türk hukuku için dönmenin yerine getirilen edimlerin verilmesi talebi doğurduğunu ve yerine getirilmemiş edim borçlarını ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sona erdiğini; organizma olarak borç ilişkisinin ise sona ermeden devam ettiğini, yalnız muhtevasının değiştiğini kabul etmek gerekir. Seliçi, Borç İlişkisi, 210; Aynı görüşte Serozan, Sözleşmeden Dönme, 78.

sistemlerinde, sözleşmeden dönme işleminin sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp, sadece onun konusunu değiştirmekle yetinen bir yenilik doğurucu işlem niteliği taşıdığı kabul edilmekte ve yeni dönme teorisi benimsenmektedir³³.

2) İnşaat sözleşmesinde dönmenin özel şartları

Tamamlanmış bir inşaatta ayıp söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmeden dönme, müteahhit açısından ağır sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple, TBK. m. 360'da yer alan seçimlik haklardan dönme hakkının kullanılabilmesi, bazı özel şartlara bağlanmıştır. İnşaat sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, inşa eserinin kullanamayacağı veya nısfet (*adalet*) kuralları (*billigerweise*) gereğince kabule icbar edilemeyeceği gerekir. Buna göre, söz konusu durumun ortaya çıkması için, inşa eserinin inşaat sahibi için kullanılamaz olması gerekir³⁴. Sözleşmenin amacına ulaşmasının büyük ölçüde güçleştiği hallerde, dürüstlük kuralı gereği inşaat sahibinin inşa eserini kabul etmesi beklenemez. Böyle bir halde inşaat sözleşmesinden dönmenin özel şartı da gerçekleşmiş olur³⁵. Görülüyor ki TBK. m. 360'a göre, inşaat sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, ilk olarak, ayıp sebebiyle, inşa eserinin inşaat sahibi tarafından kullanılamaz hale gelmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, meydana getirilen inşa eserinin inşaat sahibi tarafından kullanılmaya elverişsiz olması gerekir. Anılan durumda inşaat sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için, ayıbın giderilmesi imkânsız olmalıdır³⁶. Bu sebeple, inşa eserindeki ayıplar kolaylıkla giderilebilecek nitelikte ise, meselâ kapı, pencere gibi, inşa eserinin sadece bir parçası ayıplı ise veya inşa eserinin bütününe oranla önemsiz bir kısmı ayıplıysa, eserin elverişsiz veya kullanılamaz durumda olduğu kabul edilmez ve böyle bir halde dönme hakkı kullanılamaz³⁷.

³³ Serozan, Sözleşmeden Dönme, 78; Uçar, 175.

³⁴ Tandoğan, Borçlar; 182; Tunçomağ, Borçlar, 169; Burcuoğlu, 290; Öz, Eser Sözleşmesi, 106; Uygur, Eser, 286-287; Günel, 415; Y. 15. HD. 8.12.1981, E. 1754, K. 2485; Y. 15. HD. 19.6.2002, E. 2048, K. 3326; Y. 15. HD. 2.4.2001, E. 759, K. 1654; Y. 15. HD. 11.2.2004, E. 3270, K. 641 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 360).

³⁵ Turanboy, 169; Uçar, 178; Burcuoğlu, 290; Tandoğan, Ücret, 9.

³⁶ Binanın çürük yapılması veya yıkılmasının gerekmesi inşa eseri kullanılamaz ve bundan müteahhit sorumludur. YHGK. 15.5.1991, E. 15-151, K. 270; Y. 15. HD. 20.5.1992, E. 1883, K. 2671; Y. 15. HD. 20.1.1992, E. 3135, K. 56; Y. 15. HD. 27.11.1990, E. 2125, K. 5087 (kararlar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7901-7903). Sözleşmede özel bir kullanma şekli öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, belirlenen nitelikleri taşımaması durumu, inşa eserinin inşaat sahibi için elverişsiz olduğuna dair bir karinedir. Bkz. Seliçi, İnşaat, 163.

³⁷ Turanboy, 170; Tunçomağ, Borçlar, 1310; Burcuoğlu, 290; Tandoğan, İnşaat, 9.

İkinci olarak dönme hakkının kullanabilmesi için inşa eserinin dürüstlük ve nısfet kurallarına göre (*billigerweise*) kabulünün beklenememesidir. Bir başka deyişle, TBK. m. 360'a inşaat sahibinin dönme hakkının kullanılabilmesi için bu ayıbın önemli olması gerekir. Bu durum ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önünde tutularak saptanır. Buna göre; eserde, kolaylıkla giderilebilen ayıpların bulunması halinde, inşaat sahibi dönme hakkını kullanamaz³⁸. İnşa eserinde bulunan ayıbın yukarıda belirtilen derecede önemli olmadığı durumda ise, inşaat sahibi sözleşmeden dönemez. Bu durumda inşaat sahibi, ancak ayıbın giderilmesi veya ücretin indirilmesi talebinde bulunabilir³⁹.

Kanunkoyucu, inşaat sahibinin sözleşmeden dönebilmesi hakkını, ayıbın önemli olması şartıyla sınırlamasının yanında, eserin inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılması halinde de dönme hakkının kullanılmasına kısıtlama getirmiştir. Gerçekten de, TBK. m. 360/III'de göre *“yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar”* hükmü yer almaktadır. Buna karşılık, TBK. m. 360/II'de *“işin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıdaki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiati tenzil ve eser işin islahı, büyük bir masraftı mucip değil ise, müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir”* ifadesine yer verilmiştir. Anılan hükmün amacı, inşa eserinin müteahhit için aşırı zarara yol açacağı hallerde, inşaat sahibini inşa eserinin kabule zorlamaktır⁴⁰. Söz konusu hükme göre, inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılan inşa eserinin ayıplı olması halinde, inşaat sahibi sözleşmeden dönme yoluna gidemeyeceğinden, ya ayıbın giderilmesini ya da ücretin indirilmesini talep edebilir⁴¹. Ancak inşaat sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen ayıplı inşa eserinin ortadan kaldırılması müteahhidi aşırı derecede zarara uğramasına sebep olmuyorsa, bu durumda inşaat

³⁸ Seliçi, İnşaat, 163; Tandoğan, Borçlar; 181; Uçar, 176; Karahasan, İnşaat, 284; YHGK. 24.5.1989, E. 15-265, K. 386; Y. 15. HD. 29.2.1988, E. 2138, K. 827; Y. 15. HD. 18.,6.1990, E. 5195, K. 2919; Y. 15. HD. 13.5.1987, E. 4065, K. 2157 (kararlar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7907-7909); Y. 14. HD. 27.9.1988, E. 4163, K. 5986 (KBİB, 818/m. 355); Y. 15. HD. 21.10.1999, E. 2473, K. 3735 (KBİB, 818/m. 360).

³⁹ Eren, Müteahhit, 84; Turanboy, 168-169.

⁴⁰ Tandoğan, Borçlar; 183; Seliçi, İnşaat, 163; Burcuoğlu, 290; Öz, Eser Sözleşmesi, 125; Sungurbey, Sorunlar 5, 241-242.

⁴¹ Burcuoğlu, 291. TBK. m. 360/III hükmü alt müteahhidin asıl inşaat sahibinin arsası üzerinde yaptığı eserler için de uygulanmalıdır. Tandoğan, Borçlar; 183

sahibi sözleşmeden dönebilir⁴². İnşa eserinin kaldırılmasının aşırı zarara yol açıp açmadığı, TMK. m. 4 uyarınca hâkimin takdir yetkisindedir. Hâkimin bu konuda takdir hakkını kullanırken; somut olayların şartlarını, özellikle de inşa eserinin arsaya bağlı olarak arz ettiği objektif değerle, arsadan kaldırıldığında uğrayacağı değer düşüklüğü arasındaki farkı dikkate alması gerekir⁴³.

B. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ve sonuçları

1) Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması

TBK. m. 360/I hükmü, inşaat sahibine inşa eserini kabulden kaçınma, inşa eserini reddetme hakkı vermektedir. Başka bir deyişle, inşaat sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Dönme, inşa eserinin kabulünden kaçınma, başka bir deyişle, inşaat sahibinin teslim teklifini kabul etmeyerek, kabulden kaçınma şeklinde olabileceği gibi, inşaat sahibi, teslimden sonra da dönme hakkını kullanabilir⁴⁴.

İnşaat sahibinin sözleşmeden dönmesi, tek taraflı irade beyanının müteahhide varması ile gerçekleşir. Anılan hak yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu için, bunun kullanılması herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Bu sebeple, dönme hakkı yazılı olarak kullanılabilir gibi, sözlü de kullanılabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından bu hakkın yazılı olması veya noter aracılığı ile kullanılmasında fayda vardır⁴⁵. Keza dönme beyanı açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir. İnşaat sahibinin “sözleşmeyi sona erdirdiğini”, “sözleşmeyi feshettiğini” veya “sözleşmeden döndüğünü” müteahhide bildirmesi, açık dönme beyanına emsal teşkil eder. Zımnî dönme beyanına ise, ödenmiş ücretin müteahhitten geri istenmesi, misal olarak verilebilir⁴⁶.

Dönme hakkı, bir yenilik doğuran hak olduğundan, inşaat sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılması yeterli olup, ayrıca bir dava açmaya gerek yoktur⁴⁷.

⁴² Tunçomağ, Borçlar, 1032-1033; Uçar, 180.

⁴³ Tandoğan, Borçlar, 182; Uçar, 180.

⁴⁴ Eren, Müteahhit, 84; Tandoğan, Borçlar, 178.

⁴⁵ Seliçi, İnşaat, 161; Uçar, 180.

⁴⁶ Tandoğan, Borçlar, 178 ;Seliçi, İnşaat, 161; Uçar, 180..

⁴⁷ Eren, Borçlar, 62; Tandoğan, Borçlar, 178. Bu hususu aydınlatmak için bir tespit davası açılabilir. Dava üzerine hâkimin vereceği karar, muhatabı bir edime mahkum edici nitelikte olmayıp, sadece yenilik doğuran hakkın Usûlüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını tespit eder. Eğer hâkim kararında hakkın Usûlüne göre kullanılmış olduğunu tespit ederse, istenilen sonuç, kararın verildiği anda değil, fakat hakkın kullanıldığı anda meydana gelmiş olur. Başka bir deyişle, bu kararla istenilen, hukukî sonucun doğmuş olduğunun tespitidir. Eren, Borçlar, 64.

2) İnşaat sahibinin dönme hakkını kullanmasının sonuçları

İnşaat sözleşmesinden dönmenin doğurduğu sonuçlar konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunun sebebi ise, genel olarak dönme hakkı hususunda farklı görüşlerin benimsenmiş olmasıdır.

Hakim görüşe göre, inşaat sözleşmesinden dönme, geriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır⁴⁸. Buna göre inşaat sözleşmesinden dönme borç ilişkisini başlangıçtan beri ortadan kaldırmakta; başka bir deyişle, sözleşme başlangıçtan itibaren kurulmamış sayılmaktadır. Tarafların yerine getirmedikleri borçların, temelindeki sebep ortadan kalktığı için, sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geri verilmektedir⁴⁹. Bu itibarla inşaat sahibi dönme hakkını kullandığı takdirde, müteahhit aldığı avans istihkakları (ücretleri) faiziyle geri vermek zorundadır. İnşaat sahibi ise, inşa eseriyle birlikte elde ettiği yararları geri verir. Bu durumda müteahhidin inşaat sahibinden inşa eseri geri isteme hakkı, aynı bir hak olmayıp, sözleşmeden doğan bir alacak hakkıdır. Bunun yanı sıra, inşa eseri inşaat sahibinin arsası üzerinde yapılmışsa, müteahhit bunu yıkmak ve kaldırmak, enkazlarını da arsadan uzaklaştırmak zorundadır. Aksi halde inşaat sahibinin, söz konusu yıkmak ve kaldırma işlerin masraflarını müteahhide ait olmak üzere başkasına yaptırması mümkündür. Bununla birlikte, müteahhit, kusurunun bulunduğu durumlarda tazminat ödeme mecburiyetindedir⁵⁰.

Yeni dönme teorisini kabul eden yazarlar tarafından ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, sözleşme ileriye etkili şekilde sona erer. Ayrıca inşaat sözleşmesinden dönme hakkı, taraflar için sözleşmeden doğan edim borçlarını ortadan kaldırır ve önceki halin iadesi borcunu doğurur⁵¹. Buna göre, tarafların ifa ettikleri edimleri karşılıklı olarak geri verme borcu doğar. Böylece inşaat sahibi, inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde taraflar arasındaki borç ilişkisi geri vermeye (tasfiye) yönelik bir borç ilişkisine dönüşür. Başka bir deyişle, böyle bir halde borç ilişkisi tersine döner. Buna göre inşaat sözleşmesinden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, inşaat sahibinin inşa eserini, müteahhidin ise aldığı ücreti geri verme borçları doğar⁵². Biz de, gerekçelerini haklı bulduğumuz bu görüşe

⁴⁸ Tandoğan, Borçlar, 177; Turanboy, 169; Eren, Müteahhit, 85; Uçar, 181-182; Seliçi, İnşaat, 162.

⁴⁹ Eren, Müteahhit, 85; Turanboy, 169.

⁵⁰ Eren, Müteahhit, 85.

⁵¹ Bu görüşü savunanlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 162.

⁵² Seliçi, İnşaat, 162.

katılmaktayız. Gerçekten de, bu görüşün kabul edilmesi halinde, inşaat sözleşmesinden dönme, isabetli sonuçlar doğurmaktadır. Zira dönme sonucunda herkes verdiğini ve hak ettiğini geri almaktadır.

Uygulamada inşaat işlerinin çoğunda inşaat sahibi, aynı zamanda üzerinde yapılan arsanın da sahibidir. Anılan durumlarda inşa eserindeki ayıp, inşaat sahibinin inşa eserini kullanamayacağı derecede ise ve dönmenin de müteahhide bir zararı olmuyorsa, inşaat sahibi dönme hakkını kullanabilir. Burada müteahhit ücreti, inşaat sahibi ise inşa eserini geri vermeyi borçlanırlar. İnşa eseri mütemmim cüzü olarak arazinin mülkiyetine tâbidir. (TMK.m. 718/I). Böylece mütemmim cüzü halini almasıyla arsaya malik olan inşaat sahibi inşa eserinin da mülkiyetini elde etmektedir. İnşaat sahibinin sözleşmeden dönmesi mülkiyet ilişkisinde herhangi bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Bunun sonucu olarak, mütemmim cüzü haline gelen inşa eserinin geri verilmesinin hiçbir anlamı yoktur. Ancak geri verme borcuna tekabül eden ayıplı inşa eserini kaldırma ve kalan hurdayı alma hakkı söz konusu olabilir⁵³. Bu çözüm ancak, kısmî bir inşaat işine ilişkin sözleşmeden dönme halinde, yapılan iş değiştirilmeye müsait ise düşünülebilir. Meselâ müteahhit inşaat sahibine karşı bir asansör takılmasını üstlenmişse, inşaat sahibi sözleşmeden dönmüşse, ayıplı asansör tesisatını müteahhit kaldırmak hakkına sahiptir. Bununla beraber, ayıplı eseri inşaattan sökme, müteahhide ancak hak olarak tanınabilir. Yoksa onun bir borcunu oluşturmaz. Bu sebeple inşaat sahibi, ayıplı eserin sökülüp alınmasını isteme hakkına sahip değildir. Müteahhit hakkını kullanarak ayıplı eseri inşaattan kaldırmıyorsa, inşaat sahibi, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkilere dayanarak, ayıplı eseri inşaattan uzaklaştırabilir. Bu durumda ayıplı eserin inşaat sahibi tarafından uzaklaştırılmasının masraflarına müteahhit katlanır⁵⁴.

Uygulamada inşa eseri tamamlanıp teslim edildikten sonra, inşaat sahibinin ayıplar dolayısıyla sözleşmeden dönme yoluna gitmesine pek sık rastlanılmamaktadır. İnşaat sahibi inşa eserinin ayıplı olduğu durumlarda ayıbın giderilmesi veya ücretin indirilmesi taleplerinde bulunmaktadır. Bu da inşaat sözleşmesinin özelliğinin bir gereğidir⁵⁵.

⁵³ Seliçi, İnşaat, 165; Turanboy, 174.

⁵⁴ Seliçi, İnşaat, 165; Uçar, 183.

⁵⁵ Turanboy, 170.

C. Dönme hakkının kendisine özgü ortadan kalkma sebepleri

İnşa eserinin ayıplı olması, inşaat sahibinin verdiği emirlerden ve talimatlardan kaynaklanması veya kendisine isnat edilen bir sebepten doğmuş olması ya da muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi hallerinde, inşa eserindeki ayıplardan dolayı müteahhide tanınan hakların hepsi, -dönme hakkı da dahil olmak üzere- ortadan kalkar. Bununla beraber, dönme hakkına özgü bazı sebepler de, inşaat sahibinin bu konudaki hakkının kullanılmasını engellemektedir. Bu açıdan kanımızca, dönme hakkına özgü bu sebeplere aşağıda kısaca değinilmekte yarar vardır.

İlk olarak inşa eserinin inşaat sahibinin sorumlu olduğu bir sebepten dolayı yok olması halinde, TBK. m. 204/II hükmü uygulanarak, dönme hakkı kullanılamaz⁵⁶. Bu durumda inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi talebinde de bulunamaz. İnşaat sahibi ancak ücretin indirilmesi ve şartları gerçekleştiği takdirde tazminat talebinde bulunabilir⁵⁷.

Dönme hakkını ortadan kaldıran başka bir sebep ise, inşaat sahibinin bilerek veya bilmeyerek inşa eserinin mülkiyetini başkasına temlik etmesi veya onun üzerinde bir aynî hak tesis etmesi ya da şeklini değiştirmesi, yani onu tadil etmesi, işlemesi, birleştirmesi karıştırmasıdır. Anılan durumlar gerçekleştiği takdirde de, TBK. m. 204/II hükmünün uygulanarak iş sahibinin dönme hakkını kullanmasına imkân yoktur⁵⁸.

Son olarak inşaat sahibinin inşa eserindeki ayıbı bilerek bunu kullanması halinde de, dönme hakkı ortadan kalkar. Zira böyle bir durumda inşaat sahibi dönme hakkını kullanırsa, kendisinin fiilî davranışıyla çelişkili duruma düşer ve iyi niyet kurallarına aykırı hareket etmiş olur⁵⁹.

⁵⁶ TBK. m. 204/II'ye göre “satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir”.

⁵⁷ Tandoğan, Borçlar, 184-185; Uçar, 184.

⁵⁸ Tandoğan, Borçlar, 184; Uçar, 184.

⁵⁹ Tandoğan, Borçlar, 185; Uçar, 185; Olgaç, 1086; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 332; Öz, Eser Sözleşmesi, 120.

III. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

A. Genel olarak

TBK. m. 360/II'de aynen şu hüküm yer almaktadır: “*işin kusurlu olması veya mukaveleye aykırı bulunması yukarıdaki derecede ehemmiyet haiz değilse, iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatı tenzil....edebilir*”. Anılan hüküm uyarınca, inşaat sahibinin ücretin indirilmesi talebinde bulunabilmesi için, inşa eserinin halihazırdaki değerinin, sözleşmeye göre ayıplı olmaması gereken inşa eserinin teslim zamanındaki değerinden daha düşük olması şarttır. Madde hükmü, bu farkın var olmasını zorunlu ve yeterli görmektedir⁶⁰. Bu sebeple, inşa eserindeki ayıp, bir değer düşüklüğüne sebep olmuyor, sadece inşa eserinin amacına uygun kullanılmasını etkiliyorsa, inşaat sahibi ücretten indirim talep hakkını değil, şartları gerçekleşmiş ise, bu hakkın dışında kalan diğer hakları kullanabilir⁶¹. Başka bir deyişle, inşaat sahibi bu gibi durumlarda sözleşmeden dönme veya ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilir.

B. Ücretin indirilmesini isteme hakkının hukukî niteliği

Ücretin indirilmesini isteme hakkı, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu irade beyanının müteahhide varmasıyla, müteahhidin ücret alacağı daha düşük bir miktara iner. Böylece hukukî sonuç müteahhidin kabulüne bağlı olmayıp, bu beyanın müteahhide varmasıyla kendiliğinden doğar. İnşaat sahibi ücret indirimi hakkını kullandıktan sonra, tarafların aralarında anlaşarak, inşa eserinin ücretinde indirilecek tutarı tespit etmeleri mümkündür. Fakat bu konuda anlaşma olmaması halinde, indirilecek tutarı mahkeme tespit etmektedir. İndirilecek tutarın belirlenmesine ilişkin mahkeme kararı, bir tespit hükmü niteliğindedir⁶².

⁶⁰ Kaplan, Mimarlık, 141; Seliçi, İnşaat, 166; Karahasan, İnşaat, 287 vd.; YHGK. 26.9.2001, E. 15-585, K. 633; Y. 15. HD. 10.5.2000, E. 342, K. 2291; Y. 15. HD. 16.5.2001, E. 793, K. 2629 (KBİB, 818/m. 360).

⁶¹ Kaplan, Mimarlık, 141; Eren, Müteahhit, 85. İnşaat sahibine teslim edilen inşa eserinin ayıplı olması halinde, inşa eserindeki ayıpların bir kısmı için ayıbın giderilmesi; kalan kısım için de indirim hakkı kullanabilir. Ayrıca daha önce ayıp yüzünden indirilmiş bulunan eser ücreti, bir diğer ayıp sebebiyle inşaat sahibi tarafından tekrar indirilebilir. Uçar, 185.

⁶² Baygın, 232. Ücret indirimi beyanı sözleşmeden dönme gibi şekle bağlı değildir. Bu beyan açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. İnşaat sözleşmesinin her iki tarafının tacir olması halinde de, bu beyan TTK. m. 20/III'deki şekillere tâbi olmaz. Zira bu beyan TTK. m. 20/III'de şekle tâbi tutulan beyanlar arasında yer almamaktadır. Ücretin indirilmesi hakkı dava yoluyla kullanılabilmesi gibi,

İnşaat sahibinin, TBK. m. 360'da kendisine tanınan seçimlik haklardan biri olan ücret indirimi hakkını seçtiğini bildirmesi üzerine, sözleşmedeki ücret borcu, inşa eserindeki ayıp oranında azalmış olur. Bu durumda inşaat sahibi daha önce ödemedede bulunmamışsa, müteahhidin indirilmiş miktardan fazlaya ilişkin talebini borçlu olmadığı gerekçesiyle reddedebilir⁶³. Müteahhide inşa eserinin ücreti tamamen ödenmişse, indirilmiş ücret tutarının faiziyle birlikte geri verilmesi istenebilir. Buradaki iade talebi, sebepsiz zenginleşme niteliğinde olmayıp, istisna sözleşmesinden kaynaklanan bir iade borcuna yani sözleşmeden doğan bir borca dayanır⁶⁴.

İnşa eserinin ücretinin indirilmesi bir tazminat niteliğinde değildir. Bu sebeple, zararın tazminine ilişkin kurallar, özellikle TBK. m. 42 vd. hükümleri, eserin ücretinin indirilmesinde uygulanmaz⁶⁵. Keza bu hak takas edilecek bir para alacağı da doğurmaz. İndirilen tutardan fazla paranın önceden ödenmiş olması halinde, fazlanın geri alınmasına ilişkin alacağın ücret alacağıyla takası söz konusu olamaz. Zira ücret alacağı fazla ödemeye zaten ortadan kaldırılmıştır⁶⁶.

TBK.'nın 202'nci maddesinin son fıkrasına göre, satılan malın değer noksanı semene eşitse, alıcı ancak sözleşmeden dönme hakkına sahip olur. Bir görüşe göre, anılan hüküm inşaat sözleşmesinde de uygulanmalıdır⁶⁷. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, ücret indiriminin amacı, ayıp taşıyan edimle ücret arasındaki değer eşitliğini tekrar kurmaktır. Zira ayıbın sebep olduğu değer düşüşü oranında inşaat sahibinin ödeyeceği ücretin düşürülmesi, ayıp inşa eserini hiç değer taşımayacak hale getirmişse ücretin indirim hakkı talep edilmez. Ayrıca istisna sözleşmesinde, ne kadar ayıplı olursa olsun inşa eserinin mutlaka bir değeri bulunacağından, TBK. m. 202'deki hüküm uygulanmaz. İnşaat sözleşmesinde değer düşüşünün ücrete eşit olduğu ancak istisnaî hallerde söz konusu olur. Meselâ inşaatın temeli çürük ise ya da mutlaka yıkılması gereken bir inşaatın varlığı halinde, bu durum ortaya çıkabilmektedir⁶⁸.

dava dışında da kullanılabilir. Bu hak bir yenilik doğuran hak olduğundan, hukukî sonucun doğması için müteahhidin rızasına veya mahkemenin yenilik doğurucu bir kararına gerek yoktur. Uçar, 186.

⁶³ Baygın, 233; Öz, Eser Sözleşmesi, 95-96.

⁶⁴ Baygın, 233; Öz, Eser Sözleşmesi, 95-96.

⁶⁵ Tandoğan, Borçlar, 187; Baygın, 233; Aksi görüş için bkz. Seliçi, İnşaat, 173.

⁶⁶ Uçar, 186; Tandoğan, Borçlar, 187; Seliçi, İnşaat, 172.

⁶⁷ Tandoğan, Borçlar, 189; Tunçomağ, Borçlar, 1034.

⁶⁸ Seliçi, İnşaat, 167; Öz, Eser Sözleşmesi, 123; Turanboy, 171; Erman, Arsa Payı, 111-112.

Uygulamada inşaat sözleşmesinde inşa eserindeki ayıp, genel olarak eser teslim edilip kullanıldıktan sonra ortaya çıkar. Bu arada da inşaat sahibi ücreti müteahhide ödemiş olur. Bu sebeple, inşa eserindeki ayıp daha sonra ortaya çıktığında, mahkemeden “ayıp bedeli” ya da “nesafet farkı” gibi ifadelerle, ayıbın giderilmesi için gerekli bir bedel istenilebilir⁶⁹. İnşaat sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücretten indirim ne şekilde yapılacağı konusu tereddütlere yol açmaktadır. Bir görüşe göre TBK. m. 360 para ile tayin edilen ücreti esas almıştır. Buna göre inşaat sahibinin “arsa payından indirim” yapması söz konusu olmaz. Bu takdirde inşaat sahibinin, ayıp sebebiyle meydana gelmiş olan değer düşüklüğünü para olarak talep edebilmesi olanağının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Ancak Erman’a göre böyle bir sonuç kabul edilemez. Yazara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin eser borcunun karşılığını arsa payı teşkil etmektedir. Bu sebeple, ücret indiriminin kullanılması halinde, müteahhide devredilecek arsa paylarının, değer düşüklüğü oranında indirilmesinin de söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Meselâ müteahhide devredilecek arsa payı % 50 oranında ise ve ayıp sebebiyle değer düşüklüğü % 20 oranına ulaşmışsa, indirim hakkının kullanılması sonucu müteahhide devredilmesi gereken arsa payı % 40 olacaktır. Arsa payının müteahhide önceden devredildiği durumlarda ise, arsa paylarının ayıp oranında iptali gerekecektir⁷¹. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetli sonuçlar doğurmakta olup; bu görüşe katılmak gerekir.

C. Ücret indirimi hakkının özel şartları

Müteahhit, ayıplı bir inşa eseri teslim ettiği takdirde, inşaat sahibinin ücretten indirim hakkını kullanabilmesi için, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun genel şartlarının yanında, ücretten indirim hakkının kullanılmasına ilişkin özel şartların da gerçekleşmesi gerekir. Özel şartların ilki, ayıp sebebiyle inşa eserinin değerinde, bir eksiklik meydana gelmiş olmasıdır. İnşa eserindeki değer eksikliği, ayıplı olarak teslim edilen inşa eseri ile ayıpsız olarak düşünülen inşa eseri arasındaki

⁶⁹ Uçar, 187; Turanboy, 171; Y. 15. HD. 23.2.1992, E. 3767, K. 843; Y. 15. HD. 9.4.2002, E. 5915, K. 1689 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 360).

⁷⁰ Seliçi, İnşaat, 170.

⁷¹ Erman, Arsa Payı, 113; Öz, Eser Sözleşmesi, 96.

farkı ifade etmektedir. Başka bir deyişle, anılan durumda, ayıpsız olarak düşünölen inşaa eserinin ayıplı inşaa eserinden -malvarlığı açısından- daha değeri olması söz konusudur⁷². İnşaa eserindeki değeri eksikliği tespit edilirken, bunun inşaaat sahibi için taşıdığı sübjektif değeri değil, piyasa değeri yahut satış değeri kısaca objektif değeri göz önünde bulundurulmalıdır. Anılan hususa ilişkin olarak, tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları ücret de belirleyici değildir. İnşaaat sahibi, inşaa eserinin ayıplı değeri kararlaştırılan ücrete eşit veya ondan fazla olsa dahi, ücretin indirilmesini talep edebilir⁷³.

İNşaaat sahibi, kendi becerilerine dayanarak ayıplı inşaa eserini ayıpsız inşaa eserinin haiz olduğu değeri yahut o değeri aşacak bir şekilde getirirse dahi, yine de ücret indirimi talebinde bulunabilir. Bu hakkın kullanılması için, inşaa eserinin teslim anındaki değeri farkının varlığı yeterlidir. Böylece teslimden sonra ekonomik şartlara bağılı olarak inşaa eserinde meydana gelen değeri artışları sebebiyle müteahhidin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayıp; bu artışlara rağmen inşaaat sahibinin ücret indirimi hakkını kullanabilmesi mümkündür. Burada inşaaat sahibine bu hak, onu sözleşmeyi elverişli bir ücretle yapmış olmasının yararından da yoksun bırakılmaması amacıyla tanınmıştır⁷⁴.

İNşaa eserinin ayıplı olması, onun değeriinde hiçbir şekilde azalmaya sebep olmuyorsa, başka bir deyişle, ayıp, sadece inşaa eserinin amaca uygun kullanılmasını etkiliyorsa, bu durumda, şartları gerçekleştiği takdirde, inşaaat sahibi kendisine inşaa eserinin ayıplı olmasından dolayı tanınan diğeri hakları kullanabilir⁷⁵.

İNşaaat sahibinin ücret indirimi talebinde bulunmasının özel şartlarının ikincisi ise, ayıplı eserin tamamen değersiz olmayıp, az çok bir değeri taşımasıdır. Ayıplı inşaa eserinin hiçbir objektif değeri taşıması halinde, bir başka deyişle, inşaa eserinin değeriinin bulunmaması ya da sıfır olması halinde, TBK. m. 202/II hükmü kıyasen uygulanarak, inşaaat sahibi ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁷⁶. Aynı şekilde inşaa eseri ücretinden indirilecek miktarın ücrete eşit olduğu durumlarda da, TBK. m. 202 /III hükmünün kıyas yoluyla uygulanarak, inşaaat sahibinin sadece

⁷² Aral, Borçlar, 372; Burcuoğlu, 294.

⁷³ Aral, Borçlar, 372-373; Burcuoğlu, 294.

⁷⁴ Tandoğan, Borçlar, 188; Baygın, 233; Öz, Eser Sözleşmesi, 123.

⁷⁵ Tandoğan, Borçlar, 188; Erman, Arsa Payı, 113-114; Baygın, 232; Kaplan, Mimarlık, 141; Burcuoğlu, 294; Öz, Eser Sözleşmesi, 96-97.

⁷⁶ Aral, Borçlar, 373; Baygın, 233; Turanboy, 171; Tandoğan, Borçlar, 189; Seliçi, İnşaaat, 167.

sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir⁷⁷. Zira böyle bir durumda, ücret sıfıra indirilerek, ayıplı inşa eseri müteahhide verilirse, dönme ile aynı sonuca ulaşılmış olur⁷⁸.

D. İndirim tutarının hesaplanması

İnşaat sahibi, meydana getirdiği inşa eserindeki ayıptan dolayı ücretten indirim hakkını kullanırken, ayıp yüzünden inşa eserinin değerindeki azalma sebebiyle, eser ücretinden indirim yapılır. Bu indirim inşa eserinin sözleşmeye göre, tayin edilen tam bedeli (ücreti) üzerinden yapılır. Söz konusu indirim yapılırken satım sözleşmesinde satış bedelinin indirilmesine ilişkin esaslar uygulanır⁷⁹.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında ücret indirimi hesaplama tarzı düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, BGB’de düzenlenen § 472 “*nisbî metot*”, Türk doktrininde de kabul edilmektedir⁸⁰. Bu metoda göre, ücretten yapılacak indirim, inşa eserindeki değer eksikliği oranında yapılır. Başka bir deyişle, inşa eserinin objektif ayıplı değeri ile objektif ayıpsız değer arasındaki oran ücretin indirilmesinde esas alınması gereken değerdir gerekir. Adı geçen metoda göre indirim formülü şu şekilde ifade edilebilir.

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret} = \frac{\text{karalaştırılan ücret} \times \text{ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

Uygulamada ve Yargıtay kararlarının çoğunda nisbî metot benimsenmiştir⁸¹. Yüksek Mahkeme genel olarak bu görüşü kabul etmesine rağmen, ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu hallerde, inşaat işlerindeki değer düşüklüğünün, ayıbın giderilmesi için yapılacak masrafların ölçü alınarak hesaplanması esasına dayanan bazı kararlar da vermiştir⁸². Ancak kanaatimizce, nisbî metot, sözleşmede karşılıklı edimler arasında dengeyi ve işin taraflara sağladığı kârlılık derecesini koruması bakımından hakkaniyete daha uygundur⁸³.

⁷⁷ Aral, Borçlar, 373; Burcuoğlu, 294.

⁷⁸ Aral, Borçlar, 373; Tandoğan, Borçlar, 189.

⁷⁹ Tandoğan, Borçlar, 189; Aral, Borçlar, 373; Tunçomağ, Borçlar, 1034.

⁸⁰ Eren, Müteahhit, 85; Aral, Borçlar, 373; Tandoğan, Borçlar, 189; Seliçi, İnşaat, 169-170; Baygın, 236; Turanboy, 172.

⁸¹ Y. 15. HD. 23.10.1976, E. 1644, K. 3316 Karahasan, Borçlar Özel, 297.

⁸² Y. 15. HD. 21.9.1973, E. 83, K. 63 (Karar için bkz. Karahasan, Borçlar Özel, 299).

⁸³ Tandoğan, Borçlar, 190.

İnşa eserdeki ayıp teslimden sonra çıkmış olsa veya ikincil bir ayıp olarak kendini sonradan gösterse dahi, ayıpların değerlendirilmesi teslim günündeki rayiçlere göre yapılmalıdır. Zira istisna sözleşmesinde hasarın intikali sözleşmenin kurulmasıyla değil, teslimle gerçekleşir. Buna göre müteahhit, teslim anında inşaat sahibine ayıpsız bir inşaa eseri teslim etmek zorundadır⁸⁴. Yargıtay'ın kararlarında ise, ayıp değerlendirilmesinin dâva tarihindeki piyasa rayiçlerine göre yapıldığı görülmektedir⁸⁵.

IV. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

A. Ayıbın giderilmesi kavramı

Müteahhidin ayıplı bir inşaa eseri meydana getirerek, teslim etmesi sebebiyle, inşaat sahibine TBK. m. 360 gereği tanınan bir diğer seçimlik hak ise, ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. Anılan hak, eserde sözleşmeden dönmeyi haklı göstermeyecek, daha az önemli ayıpların bulunması halinde kullanılabilir. Bu durumda, inşaat sahibi, ücretten indirim hakkını kullanabileceği gibi, bu hakkın yerine, müteahhitten ayıbı ücretsiz olarak gidermesini talep hakkını da kullanabilmektedir⁸⁶.

İnşaat sözleşmesinde ayıbın giderilmesi, ayıplı olarak meydana getirilen inşaa esrinin onarımı (tamiri) ve düzeltilmesi (ıslahı) anlamına gelmektedir⁸⁷. Böylece ayıbın giderilmesini, “eserin ayıplı olması sebebiyle kısmen başarısızlığa uğrayan ifa girişiminden sonra, eseri sözleşmeye uygun (ayıpsız) hale getirmek için gerekenin yapılması” biçiminde tanımlamak mümkündür⁸⁸.

⁸⁴ Tandoğan, Borçlar, 189-190.

⁸⁵ Turanboy, 172.

⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 36 vd.; Seliçi, İnşaat, 173; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 330. Eserde bulunan ayıpların giderilmesini isteme hakkı, istisna sözleşmesine özgüdür. Bu hak satım sözleşmesinde tanınmamıştır. Zira satıcı aynı zamanda üretici değildir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde eseri müteahhit kendisi yapmaktadır. İnşaat sözleşmesiyle müteahhit, sözleşmeye uygun ve ayıpsız bir inşaa eseri meydana getirmeyi borçlanır. Kendisine ayıplı bir inşaa eseri teslim edilen inşaat sahibi, ayıbın giderilmesini talep edebilir. Ayıbın giderilmesi, teslimle sona ermiş bulunan ayıpsız ifa talebinin, ayıptan dolayı sorumluluk düzeni içinde, değişik bir muhtevadaki görünümünden ibarettir. Bkz. Seliçi, İnşaat, 173. Y. 15. HD. 31.10.2001, E. 2732, K. 4881 (KBİB, 818/m. 360).

⁸⁷ Eren, Müteahhit, 85; Tandoğan, Borçlar, 192; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 36.

⁸⁸ Tanım için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 36.

B. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının özel şartları

İnşaat sahibinin ayıbın giderilmesini talep hakkını kullanabilmesi için, öncelikle inşa eserindeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması zorunludur. Ayrıca, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun doğması için varlığı aranan genel şartların yanı sıra, bazı özel şartların gerçekleşmesi de gerekir. Bu özel şartların ilki ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır. İkinci şart ise, ayıbın giderilmesinin aşırı masraflar gerektirmemesidir. Aşağıda bu iki şart kısaca ele alınacaktır.

1) Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır

Öncelikle ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Borçlar Kanunu'nda açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, ayıbın giderilmesi imkânsız olduğu takdirde, inşaat sahibi bu hakkını kullanamaz⁸⁹. Böylece inşa eserindeki ayıbın kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı veya kaldırılmasının imkânsız olduğu hallerde, artık ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması mümkün değildir. Burada söz konusu olan imkânsızlık ise, objektif imkânsızlık ile buna eş değerde olan hukukî imkânsızlıktır. Buna karşılık imkânsızlık, müteahhidin işçilerini dağıtmış olması, ayıbı giderme masraflarını karşılayacak malî imkânının bulunmaması gibi, müteahhide isnat olunabilecek sebeplerden doğmuşsa, inşaat sahibi ayıbın giderilmesi isteminde bulunabilir⁹⁰. Ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olduğu hallerde, inşaat sahibi bu kısım bakımından ayıbın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir⁹¹.

2) Ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektirmemelidir

Müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirdiğinde inşaat sahibinin, ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilmesi için, bunun, yani ayıbın giderilmesinin, aşırı masrafa yol açmaması gerekir. Bu şart açıkça TBK. m. 360/II'de belirtilmiştir. Ayıbın giderilmesi için öngörülen masraflar, bu gidermenin inşaat sahibi için taşıdığı yararlarla orantısız iseler, aşırı sayılır. Başka bir deyişle, inşaat sahibinin elde edeceği yarar karşısında müteahhidin uğrayacağı zararın fazla olduğu durumlarda,

⁸⁹ Aral, Borçlar, 374; Erman, Arsa Payı, 116.

⁹⁰ Erman, Arsa Payı, 116; Seliçi, İnşaat, 176; Uçar, 198.

⁹¹ Erman, Arsa Payı, 116; Burcuoğlu, 297; Uçar, 199.

müteahhidin buna katlanmasını beklemek, doğruluk ve güven kurallarına aykırı olacaksa, masrafların aşırı olduğunu kabul etmek gerekir⁹². Ayıbın giderilmesinin gerektiği masraflarda, söz konusu ayıbın giderilmesinin, inşaat sahibi için taşıdığı yararın orantısızlığı büyük olması halinde, ayıbın giderilmesi talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması şart değildir. İnşaat sahibinin yararının ayıbın giderilmesini makûl olarak haklı göstermeyecek derecede olması yeterlidir⁹³. İnşaa eserindeki ayıbın giderilmesinin masraflarının aşırı ölçüde olup olmayacağını hâkim takdir eder. Hâkim bu konuda; müteahhit açısından işçilik ve malzeme giderlerini, ayrıca ayıplı kısmın düzeltilmesi sırasında ayıplı olmayan kısımlarda oluşabilecek hasar ve zararların giderilmesi için gerekli olan masrafları dikkate almalıdır. Aynı şekilde hâkim, inşaat sahibi açısından ayıbın giderilmesinin ona sağlayacağı yararı göz önüne alır⁹⁴. Hâkim burada yaptığı karşılaştırmada inşaat sahibinin yalnız maddî yararlarını değil, maddî olmayan yararlarını da dikkate alır. Meselâ evin cephesinin belli bir renk tonunda olması gibi, güzel görünmeye ilişkin ayıplarda, masrafların aşırılığı, kullanılmaya ilişkin ayıplara oranla daha kolaylıkla kabul edilebilir⁹⁵.

Ayıbın giderilmesi aşırı ölçüde masraf gerektiriyorsa, inşaat sahibi ayıplı inşa eserinin onarım ve düzeltilmesini talep edemez⁹⁶. Ancak, ayıbın giderilmesi aşırı masrafa yol açmasına rağmen, müteahhit açık veya zımnî (meselâ ayıbın giderilmesi çalışmalarına başlaması) bir şekilde ayıbın giderilmesini kabul etmişse, artık masrafların aşırı olduğu iddiasında bulunamaz⁹⁷. Ayrıca müteahhidin masrafların aşırı ölçüde olduğunu, iyi niyet kurallarına aykırı şekilde ileri süremez⁹⁸.

İnşaat sözleşmesinde taraflar inşa eserinde ortaya çıkan tüm ayıpların ve her halükârda müteahhit tarafından giderilmesini kararlaştırmışlarsa, bu durumda müteahhit, ayıbın aşırı masraflara sebep olacağını iddia ederek ayıbı gidermeyi

⁹² Turanboy, 173; Erman, Arsa Payı, 116.

⁹³ Turanboy, 197. Eserdeki ayıbın sebep olduğu değer azalmasını aşamayan giderme masrafları aşırı sayılmamalıdır. Hatta bu masrafların söz konusu tutarı da aşması da olayın şartlarına göre haklı görülebilir. Tandoğan, Borçlar, 197.

⁹⁴ Erman, Arsa Payı, 116; Tunçomağ, Borçlar, 1034; Öz, Eser Sözleşmesi, 97.

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar, 197.

⁹⁶ İnşaatteki ayıbın sözleşmeye uygun olarak giderilmesi aşırı masraflara yol açıyorsa, inşaat sahibi, ayıptan doğan diğer seçimlik haklarını kullanmalıdır.

⁹⁷ Erman, Arsa Payı, 117; Tandoğan, Borçlar, 198.

⁹⁸ Tandoğan, Borçlar, 198; Erman, Arsa Payı, 117. Aşırı masraf oluşmasına, ayıpların giderilmesi için uygun olan süreyi geçirerek veya ayıbı giderirken kasden düşük değerli malzeme kullanarak ya da başka bir ağır kusuruyla sebep olan müteahhidin aşırı masrafi ileri sürmesi, iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Tandoğan, Borçlar, 198.

reddedemez. Ancak böyle bir anlaşmanın varlığında dahi, inşa eserindeki ayıbın giderilmesi müteahhit açısından aşırı masraflara yol açıyorsa ve inşaat sahibinin ayıbın giderilmesinde ısrar etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyor ise, müteahhide inşaat sahibinin ayıbın giderilmesi istemini reddetme imkânı tanınmalıdır⁹⁹.

C. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliği

İnşaat sahibinin inşa eserindeki ayıbın giderilmesini isteme hakkının hukukî niteliği, kendisine tanınan diğer seçimlik haklardan (sözleşmeden dönme hakkı ve ücretin indirilmesi talep hakkından) farklı olarak doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, ayıpların giderilmesini isteme hakkı, gereği gibi ifaya ilişkin özel bir alacak hakkıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ayıbın giderilmesi isteme hakkı, kendisine tanınan diğer seçimlik haklardan farklı olarak, yenilik doğuran bir hak olmayıp, bu talep ile müteahhit için yeni bir borç doğmamakta; bu beyan sadece, eserin ayıpsız ifa borcunun ayıbın giderilmesi şeklinde devam ettiğini göstermektedir¹⁰⁰. Buna karşılık, diğer yazarlar ve Federal Mahkeme, ayıbın giderilmesini isteme hakkının, yenilik doğuran bir hak olduğunu kabul etmektedirler. Buna göre, inşaat sahibinin bu yenilik doğuran hakkı kullanması sonucunda kural olarak, müteahhit, masrafı kendisine ait olmak üzere, ayıbı giderme borcu altına girmektedir. İnşaat sahibi de, söz konusu borcun karşılığı olarak, ayıbın giderilmesi hususunda dâva edilebilir bir alacak hakkına sahip olmaktadır¹⁰¹. Gerekçesini inandırıcı bulduğumuz son görüşe katılmaktayız.

Ayıbın giderilmesi hakkı, inşaat sahibine tanınan ve ayıp sebebiyle doğan diğer haklar gibi, bozucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan, tek taraflı, müteahhide varması gerekli olan irade beyanı ile kullanılır. Bu sebeple, inşaat sahibinin ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilmesi için, müteahhidin rızasına gerek yoktur. Keza bu hakkın mutlaka dâva yoluyla ileri sürülmesine de gerek bulunmamaktadır. Ancak anlaşmazlık halinde, inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi hususunda mahkemeye başvurabilir. Mahkeme iş sahibinin ayıbın giderilmesini

⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 173 vd.; Seliçi, İnşaat, 176.

¹⁰⁰ Seliçi, İnşaat, 173; Öz, Eser Sözleşmesi, 97; Diğer yazalar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 197.

¹⁰¹ Tandoğan, Borçlar, 192; Yavuz, Borçlar, 483; Dayınlarlı, Ademi İfa, 39-40; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 38; Diğer yazarlar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 192.

isteme hakkına sahip olup olmadığını tespit eder ve gerektiğinde müteahhidin ayıbı giderme ediminde bulunmasına ilişkin bir hüküm verir.

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına ilişkin irade beyanı açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir¹⁰². Anılan hakkın kullanılması, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir; bu sebeple inşaat sahibi söz konusu hakkını kullandığını her türlü delille ispat edebilir¹⁰³. Keza bu hak yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan, inşaat sahibi ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasından sonra, bunu tek taraflı irade beyanıyla geri alamaz. Müteahhidin inşaat sahibinin beyanına güveni korunarak, ayıbı giderme borcunu yerine getirmesine imkân verilebilir¹⁰⁴.

Ayıbın giderilmesini talep hakkı, inşaat sahibine tanınan bir hak olup; müteahhidin bu seçimlik hakkı tercih etmesine imkân yoktur¹⁰⁵. Ancak taraflar aralarındaki sözleşmede, müteahhidin de böyle bir hakkının bulunduğunu karar verebilirler. Bu durumda inşaat sahibi, müteahhide inşa eserindeki ayıbı giderme imkânı tanımadan, ücretin indirilmesini talep veya şartları gerçekleştiğinde sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz¹⁰⁶.

İnşaat sahibinin ayıbın giderilmesi talebinde bulunması, ayıp sebebiyle kendisine tanınmış olan diğer seçimlik haklarının düşmesine sebep olmaz. Kural olarak ücret indirim veya sözleşmeden dönme hakkı, ayıbın giderilmesi borcunun müteahhitçe fiilen ifa edildiği anda düşer¹⁰⁷. Bununla birlikte inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi hakkını talep etmiş olmasına rağmen, sonradan karşılıklı olarak müteahhitle anlaşarak, bundan dönebilmesi ve diğer hakları kullanması da mümkündür¹⁰⁸.

İnşaat sahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullanmasına rağmen, müteahhit ayıbı giderme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşer veya borcun yerine getirilmesi objektif bakımdan imkânsızlaşır ya da müteahhidin tüm çabalarına rağmen, inşa eserindeki ayıplar kısmen veya tamamen giderilmezse, başka bir

¹⁰² Tandoğan, Borçlar, 192; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 39; Uçar, 195.

¹⁰³ Uçar, 195. Anlaşmazlık halinde hâkimin vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşımaz.

¹⁰⁴ Seliçi, İnşaat, 175; Erman, Arsa Payı, 118; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 39.

¹⁰⁵ Zira müteahhit ayıbı gidermekle borçludur.

¹⁰⁶ Erman, Arsa Payı, 118; Seliçi, İnşaat, 174.

¹⁰⁷ Seliçi, İnşaat, 174; Erman, Arsa Payı, 118.

¹⁰⁸ Tandoğan, Borçlar, 193; Uçar, 195.

deyişle, müteahhit inşa eserini yine ayıplı bir şekilde tamir ederse, bu durumda inşaat sahibi, diğer seçimlik haklarını kullanabilir¹⁰⁹.

D. Ayıbın giderilmesi borcunun içeriği ve ifası usûlü

Ayıbın giderilmesi borcu, inşa eserinde onarım ve düzeltme yaparak, söz konusu inşa eserini sözleşmeye uygun (ayıpsız) bir hale getirmek için, masrafları kendisine ait olmak üzere müteahhit tarafından yerine getirilmesi gereken tüm yükümlülükleri içerir. Bu durumda inşaat sahibinin, ayıpsız bir inşa eseri meydana getirilmesini talep hakkı, inşa eserindeki ayıbın giderilmesi hakkına dönüşmüş olur. Böylece burada müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, meydana getirdiği inşa eserindeki ayıpları ortadan kaldırarak, inşaat sahibinin ayıpsız bir inşa eserinden elde edeceği menfaati sağlaması gerekmektedir¹¹⁰.

İnşaat sahibi ayıbın giderilmesi talebinde bulunduktan sonra, anılan ayıpların nasıl giderileceği hususu, müteahhide ait bir meseledir¹¹¹. Ayıbın giderilmesinin ancak inşa eserinin yıkılarak yeniden yapılması ile mümkün olması halinde, inşaat sahibinin yenileme talebinde bulunup bulunamayacağı konusu tartışmalıdır¹¹². Bir görüşe göre, TBK. m. 360 metninde her ne kadar eserin “*tamirinden*” söz edilmekte ise de, kanunkoyucunun amacının, inşaat sahibinin hakkını sadece düzeltmeyi talep hakkı ile sınırlamak olduğu sonucuna varılmaz. Müteahhidin ayıplı bir inşa eserini meydana getirmesi ve bunu teslimi üzerine, inşaat sahibinin ayıpsız inşa eseri ifasını talep hakkı sona ermez. İnşa eserindeki ayıbın giderilmesi, onarım ve düzeltme ile mümkün olmuyorsa ve ayıbın giderilmesi için mutlaka yenileme gerekiyorsa, inşaat sahibinin yenileme talebi kabul edilmelidir. Bununla birlikte, ayıbın onarım veya düzeltme ile giderilmesinin mümkün olduğu hallerde, inşaat sahibinin yenilemeyi talep hakkı sınırlanmıştır. Zira bu durumda yenilemenin talep edilmesi, dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir. Ayrıca, müteahhit aşırı masraf dolayısıyla yeteri kadar korunmaktadır. Bu sebeple, yenilemenin aşırı masraf gerektirmesi halinde, müteahhidin bu talebi reddetme hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte inşaat sahibinin, inşa eserini ifa olarak kabul ettiği veya etmesinin zorunlu olduğu hallerde,

¹⁰⁹ Öz, Eser Sözleşmesi, 97; Erman, Arsa Payı, 118; Uçar, 195; Tandoğan, Borçlar, 193.

¹¹⁰ Tandoğan, Borçlar, 193-194; Uçar, 196.

¹¹¹ Bu durumda aksine bir anlaşma bulunmadıkça, inşaat sahibi talimat veremez.

¹¹² Geniş bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 155 vd.

yenilemeyi talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılır. Bu sebeple, kabul edilen veya kabul edilmesi gereken bir inşa eserinin varlığı durumunda, inşaat sahibi inşa eserinin yenilenmesini isteyemez. Anılan durumda inşaat sahibi sadece ücretin indirilmesi yoluna gidebilir¹¹³.

Buna karşılık diğer yazarlar¹¹⁴ ve İsviçre Federal Mahkemesi¹¹⁵, teslimden sonra inşaat sahibinin inşa eserinin yeniden yapımına ilişkin bir talepte bulunamayacağını, böyle bir talebin sözleşmeden dönme olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedirler¹¹⁶.

Borçlar Kanunu, ayıbın giderilmesi talebiyle birlikte, müteahhidin borcunu yerine getirmesi için bir süre tayin edilmesi gerektiğinden söz etmemiştir. Ancak müteahhit ayıbın giderilmesi talebi üzerine, kural olarak derhal işe başlar ve uygun bir süre içinde bu çalışmayı tamamlamalıdır. Bu süre inşaat sahibi tarafından belirlenmiş olabilir. İnşaat sahibinin belirlediği süre, işin niteliğine göre uygun değilse, bu durumda sürenin işin niteliğine elverecek ölçüde uzadığı kabul edilir. Ancak bu durumda sürenin yetersizliğini gören veya görmesi gereken müteahhidin sürenin yeterli olmadığını inşaat sahibine bildirmesi gerekir. Aksi halde, bu süre içinde ayıbı gidermeyi kabul ettiği ve sürenin yetersizliğini ileri sürmekten vazgeçtiği sonucuna varılır¹¹⁷. Müteahhidin ayıbı giderme borcunu yerine getirebilmesi için, uygun ölçüde bir sürenin yanı sıra, inşaat sahibi müteahhide uygun imkânlar da tanınmalıdır. İnşaat sahibi, inşaatı teslim aldığı için, bunda onarım,

¹¹³ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 159-160; Seliçi, İnşaat, 177. İnşaat sahibinin menfaati göz önünde tutulduğunda, yenilemenin aşırı masrafa sebep olmadığı, aksine böyle bir yenileme talebinin dürüstlük kuralı gereği uygun kabul edildiği hallerde, inşaat sahibinin yenileme talebi caizdir. Meselâ inşaat sahibi, otomobilinin giremeyeceği kadar dar yapılmış garajın yıkılarak yeniden yapılmasını talep ederse, haklıdır. Seliçi, İnşaat, 176-177.

¹¹⁴Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 176; Tandoğan, Borçlar, 194.

¹¹⁵ Karar için bkz. Seliçi, İnşaat, 176; Tandoğan, Borçlar, 194.

¹¹⁶ Ayıbın giderilmesi için inşaatın tümünün değil de, bir kısmının, meselâ bir duvarın yıkılarak yeniden yapılması söz konusu ise, ortada bir yenileme olmayıp, onarım ve düzeltme bulunmaktadır. Erman, Arsa Payı, 118.

¹¹⁷ Erman, Arsa Payı, 119; Öz, Eser Sözleşmesi, 124; Seliçi, İnşaat, 178-179. İnşaat sahibi, süreyi tayin ederken, tayin olunan sürede ayıp giderilmediği takdirde, ayıbın giderilmesi hakkından vazgeçeceğini, hatta bu durumda ücret indirimi hakkını veya şartları gerçekleşmişse sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını da bildirebilir. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, kural olarak ayıbın giderilmesi imkânı bulunduğu hallerde, dönme hakkını haklı gösterecek kadar önemli bir ayıptan söz edilmeyeceğinden, inşaat sahibi böyle durumlarda ücretten indirim yoluna gidebilir. Geniş bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 179.

düzeltilme işlerinin yapılabilmesi, inşaat sahibinin müteahhidin inşaata girerek çalışmasına müsaade etmesine bağlıdır¹¹⁸.

Müteahhit inşa eserindeki ayıpları giderirken, masrafları kural olarak kendisi karşılamalıdır. Bu masraflar, iş görmedeki emeğe veya malzemeye ilişkin olabilir. Ancak müteahhidin inşa eserindeki ayıpları giderirken, masrafları kendisinin karşılamayacağı kuralı kesin olmayıp, bu kuralın hakkaniyet prensiplerinden doğan bazı istisnaları vardır. İnşa eseri ayıpsız olarak meydana gelseydi dahi inşaat sahibinin katlanacağı masraflar, ayıbın giderilmesinde de ona ait olur. Ayrıca ayıbı giderme masrafları TBK. m. 360/II anlamında aşırı olacak ise, müteahhidin ayıbı gidermesi için yapacağı masrafların bir kısmını inşaat sahibi üstlenir. Bunun yanı sıra, inşaat sahibinin ayıbın doğmasında sınırlı bir ortak kusuru var ise, onun da kusuru oranında ayıbın giderilmesi masraflarına katlanması gerekir. İnşaat sahibi, ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanılmakta, haklı bir sebep olmaksızın gecikmiş ve ayıbın büyümesine veya fiyatların pahallaşmasına yol açmış ise, bu yüzden doğan fazla masrafları da ödemek zorundadır. Tüm bu hallerde inşaat sahibi kendisine düşen masraf payını müteahhide avans olarak vermeli veya bunun için teminat göstermelidir¹¹⁹.

İnşaat sahibi ayıbın giderilmesi talebinde bulunduğu halde, müteahhit, ayıplı inşa eserini pahalı bir masrafla sözleşmeye uygun olarak düzeltmek yerine, aynı amaca ulaşmayı sağlayacak daha ucuz bir çözüm de önerebilir. Ancak inşaat sahibi, müteahhidin sunduğu çözüm önerisini, TMK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla reddedebilir¹²⁰. Müteahhidin ayıplı sıvayı söküüp yerine yenisini yapmak yerine, üstünden bir kat daha gitmeyi önermesi, buna misâl olarak gösterilebilir.

¹¹⁸ Ancak, müteahhit istediği her zaman inşaata girerek ayıbı gidermeyi talep edemez. Bu sebeple, inşaat sahibi, ancak ayıbı gidermek isteyen müteahhidin uygun bir zamanda inşaata girerek çalışmasına müsaade etmediğinde alacaklının temerrüdüne düşer. Buna karşılık, inşaat sahibinin müteahhidin uygun olmayan bir zamanda çalışma isteğini reddetmesi, kendisini alacaklının temerrüdüne düşürmez. Meselâ İsviçre Federal Mahkemesi yüzme havuzundaki ayıpların giderilmesi çalışmalarının yüzme mevsimi haricindeki bir zamanda yapılması gerektiğini, yüzme sezonu ortasında müteahhidin düzeltme çalışmalarına başlayamayacağını belirtmiştir. Seliçi, İnşaat, 179.

¹¹⁹ Malzemeyi inşaat sahibi sağlıyorsa ve ayıbın giderilmesi için de yeniden malzeme gerekiyorsa, inşaat sahibi bunu vermelidir. Ancak, ayıp müteahhidin veya yardımcılarının kusurundan doğmuşsa, inşaat sahibinin bu fazla malzeme için tazminat isteyebilmesi gerekmektedir. Burada ayıp sonucu doğan zararın tazmini söz konusudur. Tandoğan, Borçlar, 196; Uçar, 197; Burcuoğlu, 298.

¹²⁰ Tandoğan, Borçlar, 198; Uçar, 198; Burcuoğlu, 297.

E. Müteahhidin ayıbın giderilmesinde temerrüdü

Borçlar Kanunu, inşaat sahibinin ayıbın giderilmesi talebi ile birlikte müteahhidin borcunu yerine getirmesi için, bir süre tayin etmesi gerektiğinden söz etmemiştir. Ancak, inşaat görme edimlerinin belli bir süre gerektirdiğ kuşkusuzdur. Bu yüzden onarım ve düzeltme ilerinin yapabildiği için müteahhide uygun bir süre verilmesi gerekir¹²¹.

İnşaat sahibinin ayıbın giderilmesi isteminde bulunmasıyla birlikte, kural olarak müteahhit, TBK. m. 74 hükmü uyarınca, derhal ilere balayıp, bunları objektif olarak uygun görülen bir süre zarfında tamamlamalıdır. Müteahhidin bu uygun süre içinde ayıbı gidermediğ durumlarda, inşaat sahibinin ihtar ile, ayıbın giderilmesi için bir süre tayin edilmişse, kıyasen uygulanan TBK. m. 101/II hükmü uyarınca, müteahhit bu sürenin sonunda ayrıca bir ihtar gerek kalmaksızın temerrüde der¹²². Bununla birlikte müteahhit, ayıbı giderme çalışmalarına zamanında balamı, ancak inşaat sahibince tayin edilen süre içerisinde bitiremeyeceği anlaılmısa, TBK. m. 358/I hükmü kıyasen uygulanarak, inşaat sahibinin ihtar çekerek, müteahhidi sürenin dolmasından önce mütemerrit kılması mmkndr¹²³. Bu durumda inşaat sahibi dilerse TBK. m. 360'deki diğer seçimlik haklarını da kullanabilir.

Müteahhidin temerrüde dmesi, sadece süreyle bağlantılı bir mesele değildir. Müteahhidin temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, inşaat sahibince ayıbın giderilmesi amacıyla hem makul bir süre tâyin edilmiş olması, ayrıca ayıbın giderilmesi faaliyetlerinin rahat bir şekilde yürütülebilmesi için inşaat sahibi tarafından müteahhide uygun bir ortam sağlanmış olması da gerekir. İnşaat sahibi onarım ve düzeltme için, müteahhide uygun bir ortam sağlamazsa, meselâ inşaat sahibi müteahhidin inşaat sahasına girerek çalışmasına müsaade etmezse, kendisi alacaklıının temerrüdüne der. Ancak, bunun aksine inşaat sahibinin müteahhidin uygun olmayan tarzdaki veya zamandaki bir çalışma isteğini reddetmesi, kendisini alacaklıının temerrüdüne drmez¹²⁴.

Kanaatimizce inşaat sahibinin bir spor kulübünün olması halinde stadın veya spor salonundaki ayıpların müteahhidin lig sezonlarında onarmak ve düzeltmek

¹²¹ Seliçi, İnşaat, 178.

¹²² Tandoğan, Borçlar, 198; Erman, Arsa Payı, 119; Aral, Borçlar, 374; ihtar konusunda geniş bilgi için bkz. Havutçu, 25 vd.

¹²³ Aral, Borçlar, 375; Tandoğan, Borçlar, 199.

¹²⁴ Uçar, 204; enocak, Ayıbın Giderilmesi, 175-176.

istememesini kabul etmemesi, onu alacaklının temerrüdüne düşürmez. Zira, bu sezonda ayıbın giderilmesi inşaat sahibi için uygun bir zaman değildir. Keza aynı şey tatil köyünde bulunan ayıpların turizm sezonunda giderilmesi için de söz konusu olabilir.

Müteahhidin temerrüde düşmesi, onun kusurlu olması şartına bağlı olmamakla birlikte, objektif olarak borcuna aykırı bir davranışının varlığını gerektirir. Bu yüzden inşaat sahibinin, onarım veya düzeltmeye imkân tanımamak suretiyle, alacaklının temerrüdüne düşmüş olması veya kendi üstlendiği masraf payını ödememesi sebebiyle, inşa eserindeki ayıbın giderilmemesi sonucunda, müteahhit temerrüde düşmüş olmaz¹²⁵.

İnşaat sahibinin ayıbın giderilmesi talebinde bulunduğu durumlarda, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafa sebep olmamasına rağmen müteahhit, bu talebi reddederse, inşaat sahibinin sözleşmeden doğan ve ayıptan kaynaklanan hakları tekrar ortaya çıkar. İnşaat sahibi bu durumda TBK. m. 101'e göre müteahhidi ayıbı gidermek için uyarmak suretiyle temerrüde düşürebilir ve TBK. m. 106'ya göre hareket edebilir. Ayıbın giderilmesi için verilen bu ikinci sürenin de sonuçsuz kalmasından sonra, inşaat sahibi, ediminin ifasında ısrar edebileceği gibi, edimin ifasından da vazgeçebilir¹²⁶.

İnşaat sahibi temerrüde düşen müteahhide TBK. m. 106/I'e uygun mehil verir ve bu sürenin sonunda TBK. m. 106/I'deki seçimlik hakları istisna sözleşmesine (inşaat sözleşmesine) ait özellikleri göz önünde tutmak kaydıyla kullanabilir. İnşaat sahibinin mehil tayinine gerek olmaksızın, aynen ifayı talep etmesi de her zaman mümkündür. Başka bir deyişle, inşaat sahibi ayıbın giderilmesinde ısrar edebilir¹²⁷. Bununla birlikte, inşaat sahibi aynen ifadan vazgeçip, müsbet zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ayrıca müteahhit kusuru bulunmadığını kanıtlayarak müsbet zararın tazmininden kurtulabileceği için, inşaat sahibi tekrar ücretin indirilmesini isteme hakkını elde eder¹²⁸.

İnşaat sahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullandıktan sonra, müteahhit, inşa eserinde onarım ve düzeltme yaparak, yine ayıplı bir inşa eseri teslim ederse, inşaat sahibi TBK. m. 360'ta öngörülen seçimlik haklarını tekrar kullanabilir. Ancak bu

¹²⁵ Seliçi, İnşaat, 179; Tandoğan, Borçlar, 199; Uçar, 204; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 178-179.

¹²⁶ Uçar, 204; Burcuoğlu, 298.

¹²⁷ Geniş bilgi için bkz. Nazikoğlu, 659; Schwarz, 759 vd.; Tandoğan, Arsa Payı, 113; Yonsel, 394 vd.; Aral, Borçlar, 375; Tandoğan, Borçlar, 199; Burcuoğlu, 298.

¹²⁸ Aral, Borçlar, 375; Tandoğan, Borçlar, 199; Uçar, 204-205.

durumda inşaat sahibi, onarılan veya düzeltilen inşa eserine ait muayene ve ihbar külfetini yerine getirmelidir¹²⁹.

F. Ayıbın giderilmesine ilişkin ifa davası ve ayıpların masrafları müteahhide ait olmak üzere başkasına yaptırılması

Müteahhidin ayıbı giderme borcu, bir yapma borcu olduğu için, inşaat sahibi bu borcun ifasını sağlamak üzere dava açabilir. Müteahhit ayıbın giderilmesini reddettiği veya borcunu gereği gibi yerine getirmediği takdirde, inşaat sahibi TBK. m. 97 uyarınca hâkimden, masrafı müteahhide ait olmak üzere, ayıbın kendisi tarafından giderilmesini veya üçüncü bir kişiye gidertilmesine izin vermesini talep edebilir¹³⁰. Keza inşaat sahibinin, müteahhidin işi yapmasında yeterli olduğuna veya ayıbın giderilmesi işlerini gereği gibi yapabileceğine dair haklı şüpheleri varsa, inşaat sahibi doğrudan hâkime başvurarak ayıbın kendisi tarafından ya da üçüncü bir kişi marifetiyle giderilmesine izin verilmesini talep edebilir. Ancak inşaat sahibi, mahkemeye doğrudan doğruya böyle bir başvuruda bulunabilmek için, müteahhide olan güvensizliğini haklı bir sebebe dayandırmalıdır. Hâkim, böyle bir taleple karşılaştığı takdirde, bunun TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı hususunu re'sen göz önünde bulundurulmalıdır¹³¹. Hâkim bu izni verdiği takdirde, inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi için gerekli masrafların tazminini müteahhitten talep edebilir. İnşaat sahibi onarım ve düzeltme masraflarını kendisi önceden karşılamak istemediği takdirde, bu masrafları müteahhitten avans olarak talep edebilir. Ancak bu durumda inşaat sahibinin, hâkime, inşa eserindeki ayıbın fiilen giderilmesi konusunda ciddi olduğuna dair kanıtlar göstermesi gerekir¹³². İnşaat sahibi ayıbın giderilmesi masraflarına karşılık olarak önceden bir teminat almışsa, avans talep edemez. Müteahhitten avans alınmışsa, inşaat sahibi ayıbı giderdikten sonra yaptığı masraflara ilişkin müteahhide hesap vermelidir¹³³.

İNŞAAT SAHİBİNİN, HÂKİMDEN TBK. M. 97'YE GÖRE İZİN ALMADAN, AYIBI ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİ ARACILIĞIYLA GİDERMESİ VE ARDINDAN DA MASRAFLARI MÜTEAHHİTTEN TALEP ETMESİ,

¹²⁹ Aral, Borçlar, 375.

¹³⁰ Seliçi, İnşaat, 180; Tandoğan, Borçlar, 200; Uçar, 205; Burcuoğlu, 298; Uçar, 205.

¹³¹ Seliçi, İnşaat, 180; Uçar, 206.

¹³² Turanboy, 174.

¹³³ Seliçi, İnşaat, 182; Turanboy, 174. Taraflar sözleşmede, inşaatta çıkan ayıpların daha önce mahkemeye başvurulması gerekmeden üçüncü bir kişiye düzeltirebileceğini kararlaştırabilir. Turanboy, 174.

Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde öngörülmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi¹³⁴, müteahhidin eserdeki ayıpların giderilmesini reddetmesi veya ayıbın giderilmesi için yeterli yetenekte olmaması halinde, inşaat sahibinin eserdeki ayıbı hâkim kararı olmaksızın, üçüncü bir kişi aracılığıyla giderebileceği ve bu yüzden uğradığı zararı asıl müteahhitten talep edebileceğine karar vermiştir. Böylece inşaat sahibi, ayıbın giderilmesi masraflarını, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden uğranılan olumlu zararların tazmini yolu ile talep edilebilir. Ancak bu görüşün kabul edilmesi için, inşaat sahibinin özel hüküm niteliğinde olan TBK. m. 360'daki haklar yerine genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 96'ya göre, ifa etmeme tazminatı talep edebilmesine cevaz verilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha sonraki kararlarında¹³⁵ ise, müteahhidin TBK. m. 360'deki haklar yerine TBK. m. 96'ya başvurma yolu kapatılmıştır. Bir başka deyişle, bundan sonra ayıbı giderme masrafları ifa etmeme tazminatı olarak talep edilemez¹³⁶.

TİİK. m. 30/I-II gereğince inşaat sahibi, ayıbın giderilmesine ilişkin ilâmı icra dairesine verdiği takdirde, icra memuru bir icra emri tebliğ ederek, müteahhide, ilâmda gösterilen süre içinde, eğer süre tayin edilmemişse, işin niteliğine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek, işi yapmasını emreder. Müteahhit belirtilen sürede işe başlamaz veya başlamasına rağmen bitirmez ya da iş üçüncü bir kişi tarafından yapılabilecek işlerden olup da, inşaat sahibi bunu talep ederse, işin yapılması için gereken masraf icra memuru tarafından bilirkişiye takdir ettirilir. Masraflar, ileride hükme gerek kalmadan müteahhitten tahsil olunup inşaat sahibine verilir.¹³⁷

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, inşaat sahibinin ayıbın giderilmesi masraflarına ilişkin alacağı, müteahhidin ücret alacağıyla takas edilebilir. Ayıbın giderilmesinin masraflarına ilişkin alacak bir tazminat alacağı değildir. Ayıbın giderilmesinin yalnız masrafları değil, hasarı da müteahhide aittir. Ayıbın giderilmesi

¹³⁴ BGE 96 II 353. Karar için bkz. Seliçi, İnşaat, 181; Uçar, 207; BGE 107 II 55. Bkz. Burcuoğlu, 298.

¹³⁵ BGE 100 II 32. Karar için bkz. Seliçi, İnşaat, 181; Uçar, 207.

¹³⁶ Seliçi, İnşaat, 181; Uçar, 207.

¹³⁷ Tandoğan, Borçlar, 200-201. Tandoğan'a göre elinde ayıpların giderilmesine ilişkin bir ilâmı bulunan inşaat sahibinin, işi, masrafı müteahhide ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırmak için TİİK. m. 30/II'ye göre icra memuruna başvurması, TBK. m. 97/I'e göre hâkimden izin alınmasından daha pratik bir yoldur. Ancak TİİK. m. 30/II hükmü, işin bizzat inşaat sahibi tarafından yapılması ihtimalini öngörmektedir. Tandoğan, Borçlar, 202.

sonucunda, inşaat sahibinin kusuru olmadan istenilen netice elde edilmezse dahi, müteahhit masrafları ödemekle yükümlü kalır. Ancak ayıbın üçüncü bir kişi eliyle giderildiği durumlarda, müteahhidin sorumluluğuna değil ayıbı gidermeyi üstlenen üçüncü kişinin sorumluluğuna gidilmesi gerekir¹³⁸.

V. Zararın Tazminini Talep Hakkı

A. Genel olarak

Müteahhidin ayıplı inşaat teslim etmesi halinde, inşaat sahibi, TBK. m. 360'daki seçimlik hakları yanında, müteahhidin kusurlu olması şartıyla, uğradığı zararların tazminini de isteyebilir. Bu maddede öngörülen tazminat talep hakkı, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini veya ayıbın giderilmesi talep hakları yerine kullanılacak bir hak olmayıp; bu üç seçimlik hakka ek olarak ve onlarla birlikte kullanılabilen bir hukukî imkândır¹³⁹. Zararın tazmini talebinde önemli olan husus, zararın inşa eserindeki ayıptan dolayı ortaya çıkmış olmasıdır¹⁴⁰.

B. Ayıptan doğan zararın tazminini talep hakkının şartları

Ayıba bağlı zarardan dolayı inşaat sahibinin tazminat isteyebilmesi belli şartlara bağlıdır. Ayrıca, ayıptan doğan haklarının kullanma şartlarının, özellikle de muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması gerekir. Yine bu konudaki talebin kabul edilmesi için, inşaat sahibine inşa eserindeki ayıp sebebiyle tanınan haklarını ortadan kaldıran haller bulunmamalıdır. Çünkü bu haklar özel zamanaşımı esaslarına tâbidir. Başka bir deyişle, genel olarak sözleşmeye aykırılık kapsamına giren ayıp sonucu meydana gelen zararın tazmini, diğer sözleşmeye aykırılık sebebiyle doğan tazminat sorumluluğundan farklı olarak, TBK. m. 360 öngörülen şartların gerçekleşmesine tâbidir. Doktrinde hakim görüşe göre, ayıp sonucu doğan zararın tazmini için, doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yapılmaksızın, daima kusur şartı aranmaktadır¹⁴¹.

¹³⁸ Tandoğan, Borçlar, 202.

¹³⁹ Aral, Borçlar, 375; Burcuoğlu, 298. İnşaat sahibi TBK. m. 360'a göre, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini diğer talepleriyle birlikte kümülatif olarak isteyebileceği gibi, tek başına da bir tazminat talebi ileri sürebilir. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 204. Y. 15. HD. 9.12.1985, E. 2027, K. 4133; Y. 15. HD, 15.12.1988, E. 1660, K. 4358 (Kararlar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7958).

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 182.

¹⁴¹ Tandoğan, Borçlar, 207; Burcuoğlu, 299-300.

İnşaat sahibinin uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için, TBK. m. 360 gereğince aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir.

1) İnşa eserinin ayıplı olması

İnşaat sahibinin TBK. m. 360 gereğince uğradığı zararların tazmininin talep edilebilmesi için aranan şartların başında, inşa eserinin ayıplı olması gelmektedir¹⁴². Dolayısıyla inşa eserinde ayıbın bulunmaması durumunda, inşaat sahibi, zarar uğramış olsa bile, TBK. m. 360'ya göre müteahhitten tazminat talebinde bulunamaz.

2) İnşaat sahibinin zararının bulunması

İnşaat sahibinin TBK m. 360'a göre tazminat talebinde bulunabilmesi için, inşa eserinin ayıplı olması yeterli değildir. İnşaat sahibinin böyle bir istekte bulunabilmesi için, ayrıca, ayıp sonucu bir zarara uğramış olması da gerekmektedir.

İnşaat sahibinin inşa eserindeki ayıptan dolayı uğradığı zarar ile kastedilen, ayıbın meydana getirdiği değer düşüklüğü dışında kalan bütün zararlardır. Başka bir deyişle, ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, inşaat sahibinin dönme, ücret indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanmasına rağmen karşılanmayan zararlardır¹⁴³. Bu zararın sebebi eserdeki ayıptır; zira ayıplı inşaat yapılmasaydı, inşaat sahibi de herhangi bir zarara uğramayacaktı.

İnşaat sahibinin uğradığı zarar inşa eserinde ortaya çıkan ayıplardan kaynaklanmalıdır. Dolayısıyla zarar sözleşmeye aykırılık teşkil eden diğer sebeplerden kaynaklanıyorsa, ayıba bağlı zarar söz konusu olmaz. Bu sebeple ayıba bağlı zarar ile ayıba bağlı olmayan diğer sözleşmeye aykırılık hallerinden kaynaklanan zararları birbirinden ayırmak gerekir¹⁴⁴. Bu itibarla, müteahhidin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından, özellikle inşa eserinin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymamadan doğan zararlar, ayıba bağlı zararlar dışında kalır. Meselâ müteahhidin inşaat işini icra ederken bizzat inşa eserine değil, inşaat sahibinin başka mal varlığına zarar vermesi,

¹⁴² İnşa eserinin ayıplı olması hususunda geniş bilgi için bkz. § 4, I.

¹⁴³ Burcuoğlu, 299; Seliçi, İnşaat, 182. Ayıp sonucu zararın giderimi ikincil ayıba bağlı olarak da söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, ayıp ile uygun illiyet bağı içinde olan tüm zararlar, ayıp sonucu zarar kapsamındadırlar. Burcuoğlu, 299.

¹⁴⁴ Ayıp dışındaki diğer sözleşmeye aykırılık hallerinden kaynaklanan ayıba bağlı olmayan zarar halinde, TBK. m. 96 vd. genel hükümleri çerçevesinde ele alınır. Seliçi, İnşaat, 182.

sıva işini üstlenen müteahhidin kendisinin veya yardımcı kişilerinin sıva yaparken, binada takılmış camları kirletip, bunu temizlerken çizilmesine yol açmaları halinde, inşaat sahibi TBK. m. 356 ve buna bağlı olmak TBK. m. 96 vd. gereğince tazminat talep edebilir. Bu misâlde camlar müteahhidin üstlendiği kısmî edimin, yani sıva işinin dışında kaldığından, camlardaki çizikler sıva işini yüklenen müteahhit açısından yaptığı eserde ayıp olarak nitelendirilemez. Buna bağlı olarak da, anılan durumda inşaat sahibinin uğradığı zarar, ayıba bağlı bir zarar olmayıp, müteahhidin özen borcuna aykırı davranışının sebep olduğu zararlardandır¹⁴⁵. Ayıplı olarak inşa edilen evin iyi bir kira ücreti getirmemesi, inşa eserindeki ayıp sebebiyle inşaat sahibinin kazaya uğraması, ayıbı takip eden zarara (*Mangelfolgeschaden*) misal teşkil etmektedir¹⁴⁶.

Müteahhidin, ayıbı bilmesine rağmen, bunu inşaat sahibine kasden bildirmemesi, müteahhidin özen ve ihbar borcunu ihlâl edici nitelikte olup; müteahhidin, sözleşmenin ifasındaki kusurlu bir davranışını oluşturur. Çünkü özen borcu, sözleşmenin kurulması aşamasında başlamakta ve eserin ayıpsız bir şekilde imal edilerek, teslim edilmesi safhasına kadar devam etmektedir. Bu sözleşmenin uzman tarafı olan müteahhidin borcunu tam anlamıyla ifa etmiş sayılabilmesi için, bu süre içinde, inşa eserinin ayıpsız olarak imalini engelleyen durumlarla birlikte, zarar verici nitelikteki her türlü durumu inşaat sahibine bildirmesi ve bu hususta onu aydınlatması gerekir. Bu yükümlülük, TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralının da bir gereğidir¹⁴⁷.

Ayıp sonucu zarar, bir kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*) biçiminde ortaya çıkabilir. Meselâ binadaki ayıbın giderilmesi sebebiyle inşaat sahibinin kiradan mahrum kalması (aktifin azalması, pasifin çoğalması) (*dmum emergens*) şeklinde de görülebilir. Bir bacanın teknik kurallara uygun olarak yapılmaması neticesinde çıkan

¹⁴⁵ Seliçi, İnşaat, 183; Burcuoğlu, 299. Buna karşılık, sözleşmeden dönme halinde, inşaat sahibinin menfi zararının ayıp sonucu zarar kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Ancak dönten sözleşmeden beklenen yoksun kalınan kârın (müsbet zararın) tazmini istenemez. .Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 205; Burcuoğlu, 299.

¹⁴⁶ Erman, Arsa Payı, 121; Tandoğan, Borçlar, 205. Eserin ayıplı olmasının sebep olduğu manevî zarar da, ayıba bağlı zarar kavramına girmemektedir. Böyle bir manevî zararın tazmini, TBK. m. 98/III'ün yollamasıyla, şartları tahakkuk ederse talep edilebilir. Ancak sözleşmeye aykırılığa dayanan bu manevî tazminat talebi de, inşaat sahibinin inşa eserindeki ayıp sebebiyle doğan haklarını ortadan kaldıran sebeplere ve TBK. m. 363'teki zamanaşımına tâbidir. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 205.

¹⁴⁷ Uçar, 216.

yangın sebebiyle inşaat sahibinin ayıba uğraması, aktifin azalması ve pasifin çoğalması şeklinde ortaya çıkan zarara bir misâl olarak gösterilebilir¹⁴⁸.

3) Ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması

TBK. m. 360 gereğince, inşaat sahibinin tazminat talebinde bulunabilmesi için, inşa eserindeki ayıp ile uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. Başka bir deyişle, zararın sebebi inşa eserindeki ayıp olup; zarar, inşa eserindeki ayıp sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Buna göre, ayıplı inşaat yapılmasaydı, inşaat sahibi de zarara uğramayacak olmalıdır. Dolayısıyla TBK. m. 360'a göre, ancak inşa eserindeki ayıp ile uygun illiyet bağı içinde ortaya çıkan zararın tazmini mümkündür¹⁴⁹.

4) Müteahhidin kusurlu olması

Müteahhidin ayıba bağlı zararlara ilişkin sorumluluğu, kural olarak kusura dayanan bir sorumluluktur. Bu itibarla inşaat sahibinin ayıba bağlı zarardan dolayı tazminat talep edebilmesi için, TBK. m. 360'da yer alan diğer seçimlik hakların aksine, müteahhidin kusurlu olması şartı aranır¹⁵⁰.

İnşa eserindeki ayıp, aynı zamanda yapı tekniği kurallarına da aykırılık şeklindeyse, bu bir meslekî kusur teşkil eder. Müteahhidin bu yapı tekniği kurallarını bilmediğini ileri sürmesi, kendisini aşan bir iş üstlenmesi anlamına geleceğinden, bizatihî kusurun göstergesidir. Bu itibarla müteahhit bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Anılan durumda müteahhit, ancak kendisine verilen plân ve projelerin inşaat sahibinin tayin ettiği uzman kişilerce yapılmış ve onların talimatları çerçevesinde hareket edilmiş olması sebebiyle inşa eserinde ayıp ortaya çıkmış olması şartıyla sorumluluktan kurtulabilir¹⁵¹.

¹⁴⁸ Seliçi, İnşaat, 184. İnşa eserindeki ayıpların giderilmesine rağmen, inşa eserinde hâlâ bir değer düşüklüğü varsa, inşaat sahibi müteahhitten bu değer düşüklüğünün tazminini talep edebilir. Seliçi, İnşaat, 184. Y. 15. HD. 15.12.1997, E. 4630, K. 5375 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 356).

¹⁴⁹ Seliçi, İnşaat, 182. İliyet bağı; sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülür. Zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, illiyet bağı denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 487 vd.; Sirmen, 146 Vd.; Ünal, Sorumluluk, 100.

¹⁵⁰ Erman, Arsa Payı, 121; Turanboy, 177.

¹⁵¹ Turanboy, 178; Seliçi, İnşaat, 185. Müteahhidin kendinden daha uzman tarafla çalışacağını düşünerek, onların talimatına uymakta haklıdır. Müteahhit bunu ispat ederek, tazminat sorumluluğundan kurtulabilir. Seliçi, İnşaat, 185-186.

Ayıba bağlı zararda, müteahhidin kusuru meselesi farklı görüşlere sebep olmuştur. Bir görüşe göre, TBK. m. 205/II hükmü, kıyas yoluyla istisna sözleşmesine de uygulanabilmekte; bu yüzden istisna sözleşmesinden dönme halinde müteahhit, kusuru olmasa dahi, doğrudan doğruya zarardan sorumlu tutulabilmelidir¹⁵². Ancak doktrinde hakim görüşe göre, doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar ayrımı yapılmaksızın, müteahhidin sorumluluğunun kusura bağlı olduğu savunulmaktadır¹⁵³. Gerçekten de, TBK. m. 360'daki hüküm, müteahhidin ayıptan sorumluluğu halinde inşaat sahibine tanıdığı hakları bir bütün olarak ele almış, bu taleplerle karşılanmayan zararların müteahhidin kusuru halinde tazminini öngörmüştür¹⁵⁴. Bu sebeple de, doğrudan doğruya-dolaylı zarar ayrımı yapmaksızın, TMK. m. 360'a giren tüm hallerde, müteahhidin tazminat sorumluluğu kusur şartına bağlı tutulmaktadır. Biz de gerekçelerini haklı bulduğumuz bu görüşe biz de katılmaktayız.

TBK. m. 360'daki yer alan tazminat sorumluluğunun ispatı konusunda kanunkoyucu herhangi bir özel düzenleme getirmemiştir. Kusurun taraflardan hangisi tarafından ispatlanması gerektiği meselesi, doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, kanunkoyucu, TBK. m. 360/I ve II'de “*bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa*” ibaresine yer verdiği göre, kusur inşaat sahibi tarafından ispat edilmelidir¹⁵⁵. Buna karşılık doktrinde, hakim görüş¹⁵⁶, bu konuda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 96 vd. maddelerindeki genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir sebep olmadığını ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, müteahhidin ayıba bağlı zarardan doğan sorumluluğu kural olarak kusura dayanır ve TBK. m. 96'daki genel esas uyarınca, müteahhidin kusuru olmadığını ispat edip sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür¹⁵⁷.

¹⁵² Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Burcuoğlu, 299. TBK. m. 205/II'ye göre alıcının ayıp dolayısıyla satım sözleşmesinden dönmesi halinde, ayıp taşıyan malın alıcıya tesliminin sebep olduğu “*doğrudan doğruya*” zararlardan satıcı ister kusurlu ister kusursuz olsun sorumlu tutulmuştur. Seliçi, İnşaat, 186.

¹⁵³ Burcuoğlu, 299-300; Tandoğan, Borçlar, 206-207; Seliçi, İnşaat, 187-188; Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Burcuoğlu, 300.

¹⁵⁴ Erman, Arsa Payı, 121; Burcuoğlu, 300; Seliçi, İnşaat, 187-188.

¹⁵⁵ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Burcuoğlu, , 300; Bkz Tandoğan, Borçlar, 206.

¹⁵⁶ Burcuoğlu, 300; Seliçi, İnşaat, 185; Tandoğan, Borçlar, 205; Erman, Arsa Payı, 121.

¹⁵⁷ Tandoğan, Borçlar, 205-206. Bu konuda tartışmalı olan bir diğer husus, doğrudan doğruya-dolaylı zarar ayrımının nasıl yapılacağıdır. İsviçre mahkeme içtihatları (BGE 79II 38), doğrudan doğruya zarardan fiili zararın (*damnum emergens*), dolaylı zarardan ise kâr yoksunluğunun (*lucrum cessans*) anlaşılması gerektiği kanaatindedir. Bir diğer görüşe göre ise, her somut olayda hâkimin ayıpla zarar

C. Müteahhidin ayıp sonucu zarardan kusurlu olmadan sorumlu tutulduğu haller

İnşa eserindeki ayıplar ve bundan doğan zararın müteahhidin yardımcılarının eylemlerinden meydana geldiği durumlarda, müteahhidin sorumluluğu, TBK. m. 360/I-II ve TBK. m. 100'e göre kusursuz sorumluluktur. Başka bir deyişle, böyle bir durumda, müteahhidi inşa eserindeki ayıptan doğan zararlardan sorumlu tutabilmek için, kusur şartı aranmaz. Bu itibarla, anılan durumlarda müteahhit kusurlu olmasa bile sorumlu tutulabilir. Müteahhit, ancak yardımcısı gibi davransaydı, bu davranışın kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹⁵⁸. Böylece müteahhit yardımcı kişinin davranışından, ancak yardımcı kişinin ifa ettiği edimi bizzat yerine getirseydi yine kusurlu sayılacak idi ise sorumlu tutulur.

İnşaat sahibinin inşaat işlerini kontrol ve projelerin uygulanması için görevli kıldığı mimar-mühendisin, inşaat sahibinin ifa yardımcısı olarak davrandığı hallerde, özensiz davranışı, müteahhidin özensiz davranışı ile birlikte ayba sebebiyet verdiği durumlarda, inşaat sahibi tazminat talep ettiğinde müteahhit, mimarın müterafik kusurunu inşaat sahibine izafe olunarak tazminat miktarının indirilmesini talep edebilir. Meselâ mimar, müteahhide, inşaatın meydana getirilmesinde talimat verir. İnşaat sahibinin ifa yardımcısı olan mimarın yanlış talimatı ile birlikte müteahhidin de özensiz davranışı ayba sebep olmuşsa, inşaat sahibi zararın tazmini talep ettiği takdirde, müteahhit, TBK. m. 44'e göre mimarın müterafik kusurunun inşaat sahibine izafe olunarak tazminat miktarının indirilmesini talep edebilir¹⁵⁹. Buna karşılık, mimarın mimarlık sözleşmesine aykırı davranışı ile müteahhidin özensiz davranışının zarara birlikte sebebiyet vermeleri halinde, mimarın özensiz davranışı inşaat sahibine izafe edilip müterafik kusurdan dolayı müteahhit tazminat talep edemez¹⁶⁰.

arasındaki illiyet bağının objektif sorumluluğa yol açıp açmadığına hakkaniyete göre karar vermesi gerekir. Bununla birlikte kâr yoksunluğunun, müteahhidin kusursuz sorumluluğunu haklı göstermediği genellikle kabul görmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 207.

¹⁵⁸ Tandoğan, Borçlar, 206; Kaplan, Mimarlık, 167. Yardımcı kişinin göstereceği özenin ölçüsü, borçlunun (müteahhidin) göstermesi gerekli olan özendir. Yardımcı kişinin bu ölçüde özeni göstermemesi, müteahhidin sorumluluğuna yol açar. Bkz. Kaplan, Mimarlık, 167-168.

¹⁵⁹ Seliçi, İnşaat, 188.

¹⁶⁰ Seliçi, İnşaat, 188; Kaplan, Mimarlık, 152.

§ 11. IRAK HUKUKUNDA İNŞAAT SAHİBİNİN HAKLARI

I. Genel Olarak

Irak ve birçok Arap ülkeleri hukuk sistemlerinde hakim olan görüşe göre, istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıplı eser meydana getirdiğinde, iş sahibi için doğan hakları düzenleyen bir kanun hükmü mevcut değildir. Bu sebeple anılan hususa, Medenî Kanun'daki sözleşmeye aykırılığın genel hükümleri uygulanır. Bu genel hükümler, müteahhit ayıplı bir inşaat meydana getirdiğinde iş sahibine üç imkân tanımaktadır. Bu imkânlar; sözleşmeden dönme, aynen ifa talebinde bulunma ve tazminat davası açmaktır¹⁶¹.

Ayıbın inşa eserinin kısmen ve tamamen yıkılması şeklinde çıktığı durumlarda, inşaat sahibinin hangi haklara sahip olduğu hususu fikir ayrılıklarına sebep olmuştur. Bazı yazarlar, bu durumda inşaat sahibinin, imkânı varsa aynen ifayı veya borçlu (müteahhit) borcunu gereği gibi yerine getirmediğinden dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebileceklerini ileri sürmektedir. Ancak, aynen ifa talebi sonuçsuz kalıyorsa, inşaat sahibi ancak tazminat talebinde bulunabilir¹⁶². Bu itibarla, söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, burada inşaat sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir. Zira müteahhidin inşa eserinin kısmen veya tamamen yıkılmasından sorumluluğu, sözleşmeden doğan bir sorumluluğa dayanmamaktadır. Ancak Irak doktrinindeki hâkim görüş, inşaat sahibinin sahip olduğu haklar açısından, inşa eserindeki ayıbın inşaatın tamamen veya kısmen yıkılması şeklinde ortaya çıkmasıyla diğer ayıp halleri arasında bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla bu görüşteki yazarlara göre, inşa eserindeki ayıp ne tarzda ortaya çıkarsa çıksın, inşaat sahibi sözleşmeden dönme veya aynen ifa ya da inşaat işinin gereği gibi yerine getirilmediğinden dolayı uğradığı zararların tazmini talebinde bulunabilir. Yukarıdaki bölümlerde inşa eserinin kısmen veya tamamen yıkılmasından dolayı müteahhidin sorumluluğunu sözleşmeden doğan bir sorumluluk hali olarak kabul ettiğimizden, biz de ikinci görüşteki yazarlara katılmaktayız.

¹⁶¹ el-Fazlî, 420; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 200; Servet, c.1, 171; Salih, S, 46; Şeneb, 146- 147; Akravî, el-Şerikat, 229-230; el-Senhurî, el-Ukud, 125-126; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 459-460.

¹⁶² Salih, S, 46; el-Durî, Mesuliyet el-Mukavil, 200; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 459-460.

Kanunkoyucu müteahhidin meydana getirdiği inşa eserinin sağlam kalmasını ve inşaat sahibinin inşa eserinden yararlanabilmesini amaçlamaktadır. Bu yüzden inşa eserinden böyle bir menfaat elde edememesi, yani ayıplı bir inşa eserinin meydana getirilmesi halinde, inşaat sahibine bazı haklar tanınır. Bu haklar aşağıda sırasıyla ele alınacaktır.

II. Aynen İfa

Müteahhit inşa eserini ayıplı olarak meydana getirdiği takdirde inşaat sahibi, müteahhitten, “aynen ifa (*execution forcee en nature*)” talebinde bulunarak tamamen veya kısmen yıkılan inşa eserinin yeniden yapılmasını ya da inşa eserinde ortaya çıkan ayıpların giderilmesinin talep edebilir. Aynen ifanın imkânsız olduğu durumlarda ise, bunun yerine inşa eserinin yıkılmasından veya ayıplardan dolayı uğradığı zararların tazminini isteyebilir.

İnşaat sahibi inşa eserindeki ayıpları ispatlamak amacıyla, IMUMK. m. 144'e göre mahkemeden bilirkişi atanmasını isteyebilir. Atanan bilirkişi, inşa eserindeki ayıpları ve eksiklikleri raporunda gösterir. Ayrıtan doğan haklarını talep eden inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıpları bu rapora dayanarak kanıtlayabilir¹⁶³.

Kanunkoyucunun inşa eserinin uzun süre sağlam kalması ve inşaat sahibinin bunlardan yararlanmasını amaçlamıştır. Bu sebeple, inşaat sahibine inşa eserindeki ayıplardan dolayı aynen ifa talebinde bulunarak ayıpların giderilmesi hakkını tanımıştır. İnşa eserinde ayıbın bulunduğu, inşaat sahibinin talep ettiği aynen ifa ile kastedilen, müteahhidin inşa eserindeki ayıbın gidermesi, başka bir deyişle, inşaatı onarıp düzeltmesidir. Anılan durumda müteahhit, söz konusu ayıpların giderilmesi mümkün ise, bunları gidermeye mecburdur. Irak Temyiz Mahkemesi, bir kararında, inşaat sahibinin, inşaatın çatısındaki çatlaklıkları müteahhide bildirerek, aynen ifa talebinde bulunabileceğini ve bu ayıpların giderilmesini talep edebileceğini belirtmiştir. Söz konusu ayıpların müteahhit tarafından giderilmesi mümkün ise, müteahhit bunları gidermek zorundadır¹⁶⁴. Buna karşılık, aynen ifa imkânsız ise veya

¹⁶³ Irak Temyiz Mahkemesi bir kararında, davalı inşa eserinin tamamının veya bir kısmının yıkıldığını kanıtlanabilmesi ve IMK. m. 870'in uygulanabilmesi için, önceden bir bilirkişi atanmasının talep edilebileceğini belirtmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi, 16/3/1972 K. 156/Medenîye Saniye/1971. Mecellet el-Kaza el-slene el-sabia ve'l Uşrun- el-aded el-Sani, 202.

¹⁶⁴ Irak Temyiz Mahkemesi, 18/6/1970, K. 579/Hukukîye Salise/1970. el-Neşre el-Kazaiye el-Aded el-evvel, 159; Irak Temyiz Mahkemesi, 7.4.1979, K. 146/Heye Amme/1979 (Mecmuat el-Ahkam el-

müteahhidin maddî durumunu güçleştiriyorsa (zorlaştırıyorsa), inşaat sahibi aynen ifa talebinde bulunamaz. Meselâ yıkılan inşa eserinin yeniden yapılması veya inşa eserinde bulunan ayıpların giderilmesi, inşa eserindeki ayıplarla orantılı olmayacak kadar büyük masraflara sebep oluyorsa, inşaat sahibi aynen ifa değil, ancak tazminat talebinde bulunabilir. Keza anılan durumda, inşaat sahibi, şartları gerçekleşmişse, sözleşmeden dönme talebinde de bulunabilir. Bu durumda olayda aynen ifaya veya sözleşmeden dönmeye ya da tazminata hükmetme yetkisi, hâkimin takdirindedir¹⁶⁵.

İnşaat sahibi, inşa eserindeki ayıpları, mahkemece tayin edilen bilirkişi raporu doğrultusunda mahkemeden izin alarak, masrafları müteahhide ait olmak üzere, kendisi giderebileceği gibi, üçüncü bir kişiye de gidertebilir. Böylece inşaat sahibi hâkimden gerekli izni aldıktan sonra yıkılan inşa eserini yeniden yapabilir ve diğer ayıpları da giderebilir. Ancak burada inşaat sahibi, gerçekleştirdiği onarım ve düzeltme işlerinin gerektirdiği masrafları, geçerli ve kabul edilebilir makbuzlarla kanıtlamalıdır¹⁶⁶.

İnşa eserinin tesliminden sonra inşa eserinin yıkıldığı veya diğer bir ayıbın meydana geldiği durumlarda, müteahhidin inşa eserini yeniden yapıp veya bundaki ayıbı gidermesi ile birlikte, inşa eserinde bir değer artışı meydana gelebilir¹⁶⁷. Müteahhidin artan değerini geri alması hususunda inşaat sahibine rücu edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır. *El Duriy'*e göre burada müteahhidin işle birlikte malzemeyi sağlayıp sağlamaması arsında bir ayırım yapmak gerekir. Müteahhidin iş ile malzemeyi sağladığı hallerde de, iki hususu birbirinden farklı olarak ele almak gerekir. Birincisi, inşaat sahibi müteahhitten inşa eserindeki ayıbın giderilmesinde kullanılabilecek malzemelerden daha değerli malzeme kullanmasını istemesidir. Bu durumda müteahhit inşaat sahibine sebepsiz zenginleşme davası açarak rücu edebilir. İkinci husus ise, müteahhidin inşa eserindeki ayıbın giderilmesinde kullanılabilecek malzemedan daha değerlisini inşaat sahibi veya başkası istemeden, kendi iradesiyle kullanması ve bunun sonucunda da inşa eserinin daha fazla değer kazanması halidir. Bu durumda, müteahhit söz konusu artıştan dolayı, inşaat sahibine rücu edemez. Zira

Adliye, S. 2, 1979). Birçok Arap hukuk sisteminde, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffülden dolayı satın alanın aynen ifa talebinin, satılan maldaki ayıbın giderilmesi anlamına geldiği kabul edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Diyab, 210 vd.; el-Zenun, el-Bey, 244-245.

¹⁶⁵ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 206; el-Fazlî, 420.

¹⁶⁶ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 206; el-Fazlî, 420.

¹⁶⁷ Mursî, 498; el-Senhurî, el-Ukud, 126.

inşaat sahibi pahalı malzemenin kullanılmasına katılmamıştır. Müteahhidin sadece işi, inşaat sahibinin de sadece malzemeyi sağladığı durumlarda, inşa eserinde meydana gelen artıştan dolayı müteahhit hiçbir zaman inşaat sahibine rücu edemez¹⁶⁸.

A. Aynen ifanın şartları

Alacaklı (inşaat sahibi), aynen ifa talebini, bir ifa davası açarak kullanır ve bu dava sonucunda borçluyu borçlanılan edimi ifaya mahkûm ettirir. Borçlu, ifa hükmüne rağmen borcunu kendi arzusuyla yerine getirmediği takdirde, alacaklı ifa hükmünün yerine getirilmesi için, yetkili mercilere başvurarak, kararı icraya koyabilir. Başka bir deyişle, inşaat sahibi bu kararı resmî mercilere başvurarak, cebren icra ettirir. İMK. m. 246, aynen ifanın şartlarını düzenlemiştir. Buna göre; “I- *borçlu imkânı varsa (mümkünse), borçlarını aynen ifa etmekle icbar edilir (zorlanır)* II- *Ancak aynen ifa borçlunun durumunu güçleştiriyorsa (zorlaştırıyorsa), yani alacaklıyı ağır bir zarar uğratiyorsa nakdî bir tazminat ödemekle yetinebilir*”. Anılan madde hükmüne göre; inşaat sahibinin (alacaklının) aynen ifayı talep edebilmesi birkaç şarta bağlıdır. Bunlardan ilki; aynen ifanın mümkün olmasıdır; bir başka deyişle, aynen ifa imkânsız olmamalıdır. İkinci şart, aynen ifa borçlunun maddî ve malî durumunu güçleştirmemelidir. Ancak, aynen ifayı kabul etmemek alacaklıyı (inşaat sahibini) ağır zarara uğratiyorsa, anılan halde müteahhidin durumunun güçleştirilmemesi şartı söz konusu olmaz. Üçüncü şart ise, İMK. m. 258/a'nın mefhum-u muhalifinden çıkmaktadır; buna göre, inşaat sahibi müteahhidi borcunu aynen ifa etmesi hususunda ihtar çekmelidir. Aşağıda bu şartlar tek tek ele alınmıştır.

1) Aynen ifanın mümkün olması

İnşaat sahibi müteahhitten inşa eserindeki ayıpların giderilmesini, ancak aynen ifanın mümkün olduğu hallerde talep edebilir. Aynen ifanın veya ayıbın giderilmesinin imkânsız olduğu durumlarda ise, inşaat sahibi aynen ifa talebinden vazgeçip tazminat talebinde bulunabilir ya da sözleşmeden dönebilir. İmkânsızlık borçlunun (müteahhidin) kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme aynen ifa yerine, inşaat sahibi için tazminata hükmedebilir. Ancak söz konusu imkânsızlık mücbir

¹⁶⁸ el-Durî, Mesuliyet'î-Mukavil, 232-233.

sebepten veya inşaat sahibinin ya da üçüncü bir kişinin kusurundan doğuyorsa, müteahhit imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Zira bu sebeplerle imkânsız hale gelen borç, borçlunun borcunu ortadan kaldırır¹⁶⁹.

Aynen ifa gereğince, müteahhit, yıkılan inşa eserini yeniden yapma ve inşa eserindeki ayıpları gidermekle yükümlüdür. İnşaat işlerinin müteahhidin şahsına bağlı olduğu, başka bir deyişle, bu işlerin icrasında müteahhidin şahsî niteliklerinin belirleyici olduğu durumlarda, müteahhit bunları kendi arzusuyla yerine getirmemezse ve cebri icradan da sonuç alınamazsa, aynen ifa yerine tazminata hüküm edilir. Bu husus IMK. m. 249 şöyle ifade edilmiştir: “*edim (yapma) borçlarında anlaşma metni veya borcun niteliği borçlunun borcunu şahsen ifa edilmesini gerektirdiğinde alacaklı, üçüncü kişinin ifasını reddedebilir*”¹⁷⁰. Buna karşılık, aynen ifada müteahhidin şahsiyeti etkili değilse, aynen ifa her zaman mümkündür. Bu durumda müteahhit aynen ifayı yerine getirmemezse, inşaat sahibi, bu işleri masrafları müteahhide ait olmak üzere icra ettirebilir. IMK. m. 250/I’e göre: “*Edim (yapma) borçlarında borçlu, borcunu icra etmezse ve bunu şahsen icra etmesi gerekli değilse, alacaklı mahkemeden izin alarak, bu icra mümkünse borçlunun hesabına bu borcu icra ettirebilir*”. IMK. m. 250/II’de ise şu hüküm “*istical (acele) hallerde alacaklı borcu mahkemeden izin almaksızın, borçlunun hesabına icra ettirebilir*” yer almaktadır¹⁷¹. Bu madde hükmü gereğince, müteahhidin inşa eserini ayıplı olarak meydana getirmesi halinde, meselâ yapılan inşaatın kısmen yıkılması veya köprüünün çökmesi ve benzeri hallerde, müteahhidin şahsen bu ayıpları gidermesinin gerekli değilse, inşaat sahibi bunların masrafı müteahhide ait olmak üzere yaptırabilir¹⁷². Ancak burada inşaat sahibinin mahkemeden bu hususta izin alması gerekir. Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca olan durumlarda, izne gerek yoktur. Meselâ inşa eserindeki aybın hemen giderilmediği takdirde, daha büyük ayıplara veya daha

¹⁶⁹ el-Hekim, Ahkam, 9; Salih, S, 56-57; el-Durî, Mesuliyet’el-Mukavil, 216. Irak Temyiz Mahkemesi’ne göre, borçlunun borcu imkânsızlıktan dolayı yerine getirmemesi, onu sorumluluktan kurtarmaz. Ancak imkânsızlık kendi kusurundan kaynaklanmıyorsa, borçlu sorumluluktan kurtulur. Irak Temyiz Mahkemesi, 7/5/1975, K. 44/Medenîye Bir/ 75. Mecellet el-Ahkam el-Adliye el-Adad 2 el-Sene 6, 61.

¹⁷⁰ el-Hekim, Ahkam, 12-13. Irak Temyiz Mahkemesi, 18/6/1970, K. 579/Hukukîye Salise/1970. el-Neşre el-Kazaiye el-slene el-Ule el-Adad el-Evvel, 159.

¹⁷¹ Irak Temyiz Mahkemesinin bu konuda kararları mevcuttur. 22/3/1966, K. 1154/2/65. Mecellet el-Tedvin el-Kanunî Adad 2 Kanun Evvel 1966 Senet 5, 230

¹⁷² el-Hekim, Ahkam, 12-13; Şeneb, 147; el-Durî, Mesuliyet’l-Mukavil, 217; Salih, S, 58-59; el-Hüseynî, 24-25.

büyük zararlara sebep olacağı tahmin edilmekte ise, inşaat sahibi mahkemeden izin almadan bu ayıpları giderebilir.

Aynen ifada müteahhidin şahsî müdahalesine gerek duyulmadan aynen ifanın mümkün olup olmadığı hususu, inşaat sahibinin takdirine bağlıdır. Zira inşaat sözleşmesini yaparken karşı tarafı olan müteahhidin yetenek ve becerilerinin göz önünde tutulup tutulmadığını en iyisi inşaat sahibi bilir. Bu sebeple, inşaat sahibi aynen ifanın müteahhidin hesabına ve başkası tarafından yaptırılmasını yeterli bulabilir. Bu durumda mahkemeden aynen ifa masraflarının müteahhit tarafından karşılanmasını talep edebilir. Mahkemenin kanaati de, bu işlerin başkası tarafından yerine getirebileceği yönünde ise, buna izin verilebilir. EMK. m. 250/II'ye dayanarak inşaat sahibi, dava açtığı takdirde, mahkemenin karar verme sürecinin uzun olacağını, kendisinin bundan ağır zarara uğrayabileceğini düşünerek, işi başka bir müteahhide de verebilir. Ancak bu durumda inşaat sahibi, masrafları ilk müteahhitten almak için mahkemede dava açar. Hâkim böyle bir halde inşaat sahibinin davranışının acele olup olmadığını ve bunun sebeplerini inceleyebilir. Hâkim, inşaat sahibinin davranışını ve acelecilik iddialarını yeterli bulmadığı takdirde, inşaat sahibinin talebini reddedebilir veya inşaat sahibinin istediğinden daha az tazminata hükmedebilir¹⁷³.

2) Aynen ifa müteahhidin durumunu zorlaştırmaması

İnşa eserini yeniden yapmak veya ayıbı gidermek müteahhidin maddî durumunu güçleştirmemiş olması gerekir. Ancak ayıbın giderilmemesi inşaat sahibi için ağır zarara sebep oluyorsa, aynen ifanın müteahhidin durumunu güçleştirip güçleştirmemesi önem arz etmez¹⁷⁴.

Irak ve Mısır Medenî Kanunlarında, borçlunun (müteahhidin) durumunun güçleştirme kavramı tanımlanmamıştır. Söz konusu güçleştirme inşaat sahibinin menfaatleri ile müteahhidin menfaatleri arasında oluşan dengesizliği ifade etmektedir. Bunun da bulunup bulunmadığını, hâkim tespit eder¹⁷⁵. Bu bağlamda hâkim, talep edilen aynen ifanın müteahhidin ağır ve büyük zararlara uğramasına

¹⁷³ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 218; el-Fazlî, 420. Mısır Medenî Kanunu m. 209'de EMK. m. 250 hüküm aynısını düzenlemiştir. Bu konuda Mısır nakız mahkemesinin kararı da vardır. Mısır Nakız Mahkemesi, 25/4/1963, Rakam el-Kaide 85 611. Bkz. el-Durî 218

¹⁷⁴ Salih, S, 159; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 219.

¹⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. Naci, G, 99; el-Hekim, Ahkam, 16; ayrıca bkz. Naci, A, 61.

sebepe olacağı, buna karşın bunun yerine getirilmemesinin inşaat sahibinin basit zararlara uğramasına sebep olacağı kanaatindeyse, söz konusu talebin yerine getirilmesine icbar etmeyip, inşaat sahibine uygun bir tazminat ödenmesine de hükmedebilir. Meselâ inşa eserindeki ayıbın giderilmesinin inşa eserinin büyük bir bölümünün yıkılmasını gerektirdiği durumlarda, inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı kalmasından uğradığı zararlar inşaatın yıkılmasının müteahhit için arz ettiği büyük masraflar orantısız ise, hâkim müteahhidi aynen ifaya zorlamaz. Böylece hâkim aynen ifada müteahhidin durumunun güçleştiğini araştırıp, bunu bulduktan sonra inşaat sahibinin tespit ettiği ayıplarla ve bu ayıplar sebebiyle inşaat sahibinin uğradığı zararları mukayese eder¹⁷⁶.

IMK. m. 146/II'ye göre; *“Tahmin edilemeyen genel olağanüstü olayların ortaya çıkması sebebiyle, sözleşmeden doğan borçların icra edilmesinin, borçlu için imkânsız olmasa bile, borçlunun durumunu güçleştirip, onu ağır bir zararlarla tehdit ediyorsa, adalet gerektirirse, mahkeme iki tarafın menfaatleri arasında denge kurarak güçleştirilen borcu makul dereceye kadar azaltır (indirir). Bunun aksine olan her anlaşma geçersizdir”*. Böylece hâkim aynen ifada müteahhidin maddî durumu güçleşmişse bununla inşaat sahibinin uğrayacağı zarar arasında bir denge kurar¹⁷⁷.

Aynen ifadan dolayı müteahhidin durumunun güçleştiği bazı durumlarda, aynen ifadan vazgeçmek inşaat sahibinin ağır zararlara uğramasına sebep olabilir. Bu durumda her ne kadar müteahhidin durumu güçleşmişse de, aynen ifanın yerine getirilmesi gerekir. Bu da IMK. m. 246/II'den açıkça anlaşılmaktadır. Burada müteahhitin inşaat sahibinin çakışan menfaatleri arasında bir denge kurmak gerekir. Böylece müteahhidin durumunun aynen ifadan dolayı güçleşmiş olması, inşaat sahibinin zararına eşit ise, bu durumda inşaat sahibinin hakkına üstünlük tanımak gerekir. Başka bir deyişle anılan durumda inşaat sahibi, hak sahibi olduğu için, onun menfaatlerini korumak gerekir. Zira böyle bir olayda inşaat sahibi kendi hakkından başka bir şey talep etmemektedir¹⁷⁸. Ancak söz konusu hakkın kullanılmasında IMK. m. 7'deki hakkın kötüye kullanılması kuralını göz önünde bulundurmak gerekir. Bu

¹⁷⁶ Irak Temyiz Mahkemesi'ne göre, müteahhidin maddî durumunun güçleşmesi, sözleşmenin yapılmasıyla sözleşmenin icrası arasındaki zaman diliminde gerçekleşmesi gerekir. Irak Temyiz Mahkemesi, 21/6/1965, K. 117/ Hukukîye//65. Bkz. Salih, S, 60.

¹⁷⁷ Salih, S, 62; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 432-433.

¹⁷⁸ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 221 Salih, S, 64

mesele hâkimin takdir yetkisine bağlıdır. Bu itibarla hâkim müteahhidin güçleşen durumu ile inşaat sahibinin zararını mukayese eder ve tarafların menfaatlerini göz önünde bulundurarak kararını verir¹⁷⁹.

3) Müteahhidin inşaat sahibi tarafından ihtar edilmesi

İhtar, alacaklının borçlusunu borcunu ifa etmeye davet etmesi ve onu kanunen bu borçlarını yerine getirmede gecikmiş hale düşürmesi ve bu yüzden de uğradığı zararlardan sorumlu tutabilmesini ifade etmektedir¹⁸⁰. İMK. m. 257'ye göre borçluyu uyarmak, yazılı talep veya tarafların üzerinde anlaştığı herhangi bir şekilde olabilir¹⁸¹. Böylece inşaat sahibi, ihtarla müteahhide borcunu ihlâl ettiğini ve gereği gibi yerine getirmediğini bildirir. Keza inşaat sahibi ihtarda müteahhide inşa eserindeki ayıpları gidermek zorunda olduğunu belirtir¹⁸².

4) İnşaat sahibinin aynen ifayı talep etmesi

İnşaat sahibinin aynen ifayı talep etmesi gerektiği, İMK. m. 246'den anlaşılmaktadır. Mahkeme aynen ifaya talep olmadan re'sen hükmedemez. Bu sebeple, inşaat sahibinin mahkemedен böyle bir talepte bulunması gerekir¹⁸³.

¹⁷⁹ el-Hekim, Ahkam, 16; Naci, G, 112-113.

¹⁸⁰ Salih, S, 67.

¹⁸¹ İMK. m. 207'ye göre: "Borçlunun ihtarının onun uyarmasıyla olur. İhtar başka herhangi bir yazılı taleple de olabilir. Keza anlaşma gereği uyarmaya gerek olmadan belli bir ecelin (sürenin) gelmesiyle ihtarın gerçekleştiği kabul edilebilir".

¹⁸² el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 222; Salih, S, 67. Borçlu borcunu yerine getirmeyip, alacaklı aynen ifa talebinde bulunduğu anda ihtarın gerekli olup olmadığı hukuk sistemlerinde farklı uygulamalara yol açmıştır. Alman hukuk sistemi burada, böyle bir ihtarla gerek olmadığını kabul etmektedir. Buna karşılık Fransız, İtalyan ve Mısır Medenî Kanunları, aynen ifada böyle bir ihtarın gerekli olduğunu kabul etmektedir. Irak Medenî Kanunu ise, bu hukuk sistemlerinden farklı bir uygulama benimsemiştir. Irak Medenî Kanunu, ihtar konusunda bu iki yaklaşım arasında orta bir yer almıştır. Buna göre, cebrî icrada ihtarla ihtiyaç duyulmazken, tazminat ile icrada böyle bir ihtarın yapılması gerektiği kabul edilmiştir. İMK. m. 256'ye göre: "Kanunda aksine bir hüküm olmadıkça ihtar edilmeden tazminat istihkak etmez (hak edilmez)". Ancak İMK. m. 258'a göre: "a- Borcun aynen ifayla icrası borçlunun fiilî (kusuru) ile imkânsızlaşmışsa, özellikle borcun konusu bir aynî hakkın geçirilmesi veya yapma borcu olup söz konusu borçları belli bir sürede yerine getirilmesi gerekirken bunları yerine getirmeden süre kaçırılmışsa, ya da borç yapmama borcu ise borçlu da buna ihlâl etmişse, borçluyu ihtar etmeye gerek yoktur". el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 224.

¹⁸³ el-Hekim, Ahkam, 16.

III. Tazminat Davası

İnşaat sahibi aynen ifa talebinde bulunarak şartları bulunduğu mahkeme buna karar verebilir¹⁸⁴. Ancak aynen ifanın şartları bulunmadığında, inşaat sahibine aynen ifa yükümlülüğünün yerine tazminat (*exécution par équivalent, dommages-intérêts*) ödeme borcu geçer¹⁸⁵. İnşaat sahibi aynen ifa talebinde bulunmasına rağmen, inşaattaki ayıpların giderilmesi talebi müteahhidin kendi arzusuyla veya cebri icraya rağmen sonuçsuz kalmışsa, inşaat sahibi tazminat davasını açar.

Tazminat yoluyla icraya şu hallerde gidilir: İlk olarak aynen ifa mümkün olmasına rağmen müteahhidin maddî veya malî durumunu güçleştiriyorsa aynen ifa yerine tazminat talep edilebilir. Tazminat yoluyla icraya başvurmanın ikinci hali; aynen ifanın mümkün olmasına rağmen bunu, ne inşaat sahibi talep etmiş ne de müteahhit bunun yerine getirilmesini arz etmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, inşaat sözleşmesinin tarafları borcun aynen ifa ile yerine getirilmesini istememektedirler. Üçüncü olarak aynen ifa müteahhidin kusurundan dolayı imkânsızlaştığı halde de yine tazminat yoluyla icraya gidilir. Son olarak aynen ifa müteahhidin işleri şahsen icra etmesini gerektiriyorsa ancak müteahhit de bunların yerine getirilmesini kabul etmemesi halinde mahkeme, aynen ifa yerine tazminata hüküm eder (IMK. m. 254)¹⁸⁶.

İnşaat sahibi, kural olarak aynen ifanın müteahhidin kusuruyla sonuçsuz kalması veya aynen ifa mümkün olmasına rağmen müteahhidin bunu reddetmesi üzerine, tazminat davasını açar. Bir başka deyişle, inşaat sahibi müteahhide karşı borcun aynen ifa edilmemesinden doğan zarar için tazminat davası açmaktadır. İnşaat sahibinin zararının tazmin edilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekir. Ayrıca inşaat sahibinin uğradığı zararlar müteahhidin kusuru arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bunun yanı sıra, yukarıda da açıklandığı gibi, inşaat sahibi, tazminat talebinde bulunabilmek için, müteahhide ihtar çekmelidir¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Irak Temyiz Mahkemesi, 7/4/1979, K. 146/Heye Amma/ 79. Mecellet el-Ahkam el-Adliye Al Adad 2 el-Sene Al Aşira, 51; Irak Temyiz Mahkemesi, 5.6.1982, K. 45/Medeniye Ule/82 (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye S. 2 1982); Irak Temyiz Mahkemesi, 3.1.1985, K. 6409/İdariye/982/983, (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye S.1, 1985).

¹⁸⁵ "Davalının sözleşme konusu olan tuğlaların teslimi geciktiği için, tazminat talep edilebilir". Irak Temyiz Mahkemesi, 15/2/1975 K. 694/Medeniye Saniye/74. Mecnuat el-Ahkam el-Adliye el-Adad el-Evvel, 22.

¹⁸⁶ Salih, S, 72-73; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 227.

¹⁸⁷ Irak Temyiz Mahkemesi'ne göre sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı tazminata hükmedilebilmesi için; borçlunun kusurlu olması, alacaklının zarara uğramış olması ve

Sözleşmeden dönme ve aynen ifa yanında, şartları oluşmuşsa, inşaat sahibinin uğradığı zarar sebebiyle tazminat talebinde bulunabilir. Meselâ, inşa eserinin müteahhit tarafından yeniden yapılması veya inşa eserinde bulunan ayıbın giderilmesi uzun bir zaman gerektirdiğinde, inşaat sahibi aynen ifa (ayıbın giderilmesi) yanında, ayıp sebebiyle inşa eserinden uzun bir süre yararlanamadığı için, tazminat talebinde de bulunabilir¹⁸⁸. Keza inşa eserinin yeniden yapılması veya ayıbın giderilmesi inşa eserini eski hale, yani ayıpsız ve istenilen hale getirmeyebilir. Bu da, inşa eserinin getirisinin azalmasına, meselâ kirasının düşmesine sebep olabilir. Irak Medenî Kanunu'nun genel kuralları uyarınca, tazminat inşaat sahibinin tüm zararlarını karşılamalıdır. Bu itibarla, inşaat sahibinin hasarı ile inşa eserindeki ayıp sebebiyle yoksun kalınan kâra ilişkin olarak da tazminat istenebilir. Söz konusu tazminat inşaat sahibinin uğradığı zararları gidermelidir¹⁸⁹. Bu konuda İMK. m. 872'de "*İnşaatteki ayıpların ortaya çıkış durumlarından, bunların inşaatın yapıldığı zaman tahmin edilmeyen sebeplerden kaynaklandığı anlaşılırsa, yukarıdaki iki maddede kararlaştırılan mimar veya müteahhidin tekeffül hükümleri ortadan kalkar*" hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, müteahhit ve mimar, inşaat sahibine karşı ancak inşa eserinin yapıldığı sırada tahmin edilen ayıplardan dolayı sorumlu olur. Bu sırada tahmin edilemeyen ayıplardan ise, müteahhit ve mimar sorumlu tutulamaz¹⁹⁰.

IV. Sözleşmeden Dönme

İnşa eserinin ayıplı olarak meydana getirildiğinde inşaat sahibi, Irak Medenî Kanunu'ndaki genel hükümlere dayanarak, sözleşmeden de dönebilir. İnşaat sahibinin sözleşmeden dönme isteği mahkemenin takdir yetkisine tâbidir. Sözleşmeden dönmeye taraflar arasındaki ilişki geriye etkili olarak sonuç doğurur. Buna göre inşaat sözleşmesinden dönme, borç ilişkisini başlangıçtan beri ortadan kaldırır ve sözleşme hiç kurulmamış olarak addedilir. Böylece sözleşmeden

kusurla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Irak Temyiz Mahkemesi, 5/11/1964, K. 1243/Hukukîye/63. Bkz. Salih, S, 70. geniş bilgi için bkz. el-Amirî, el-Zarar, 14; Murkus, el-Mesuliye, 42; Murkus, el-Medeniye, 434; Akkuş, 25-27.

¹⁸⁸ Mısır Nakız Mahkemesi, 28/3/1963, Rakam 106. Bkz. el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 229

¹⁸⁹ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 229-230; Şeneb, 147.

¹⁹⁰ Irak Temyiz Mahkemesi'nin bir kararına göre, inşa eserindeki ayıbın gerçekleşmiş, yani ortaya çıkmış bir ayıp olması gerekir. Buna karşılık ayıbın ortaya çıkması, sadece bir ihtimal ise, bu durumda ayıptan söz edilemez. Irak Temyiz Mahkemesi, 27/2/1965, K. 1464/Hukukîye/64. Bkz. Salih, S, 71. Ayrıca sözleşmeden dönme için bkz. Suvar, 209 vd. el-Fazıl, 275.

dönmeyle meydana getirilen iş ortadan kaldırılır. Başka bir deyişle, müteahhidin meydana getirdiği eser ortadan kaldırılır. Meselâ sözleşmeden dönüldüğü zaman inşaat sahibinin ödediği ücret geri alınır; buna karşılık olarak da, müteahhidin yaptığı inşaat ortadan kaldırılır. Ancak, mahkeme sözleşmeden dönme için uygun bir sebep bulmazsa ve inşaat sahibinin uğradığı zararların tazminatla giderilebileceğine kanaat getirirse, müteahhidi tazminat ödemeye hükmeder¹⁹¹. İnşaat sahibinin sözleşmeden dönmeyi talep etmesi, uğradığı zararlardan dolayı tazminat talep etmesine engel teşkil etmez. Meselâ inşaatın yıkılması sebebiyle evdeki malzemelerinin telef olması veya kendisinin yaralanması sonucu uğradığı zararlar ya da inşa eserinden uzun bir süre yararlanamamasından doğan zararlar sebebiyle, sözleşmeden dönmenin yanında uğradığı zararların tazmininin talebinde de bulunabilir¹⁹².

İMK. m. 177/I'de “iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri sözleşmedeki borçlarını ifa etmezse, diğer taraf ihtardan sonra sözleşmeden dönme ve gerektiğinde tazminat da talep edebilir. Ancak mahkeme borçluya bir mehil verebilir. Ayrıca mahkeme, borçlunun ifa etmediği borçların tamamına göre az ise dönme talebini reddedebilir” hükmü yer almaktadır. Görülüyor ki, sözleşmeden dönme konusu mahkemenin takdir yetkisine bağlıdır¹⁹³.

A. Genel olarak Irak hukukunda sözleşmeden dönme

İki tarafa borç yükleyen sözleşme, her iki tarafa karşılıklı borçlar yükler. Bu açıdan her iki taraf da, aynı zamanda hem borçlu hem de alacaklı olur. Dolayısıyla taraflardan biri sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediği takdirde, karşı taraf aynen ifayı istemezse, sözleşmeden dönerek borç ilişkisini çözer ve taraflar borçlarından kurtulurlar.

Irak ve Mısır¹⁹⁴ Medenî Kanunları, sözleşmeden dönme hükümlerinde, Fransız Medenî Kanunu'ndan, özellikle de CC. m. 1184 maddesinden büyük oranda etkilenmiştir. Ancak buna rağmen, Fransız Medenî Kanunu, sözleşmeden dönmeye CC. m. 1184'deki zımnî şart teorisini kabul etmemiştir. Zımnî şart teorisine göre, iki

¹⁹¹ Servet, c.1, 143; Akra vî, el-Şerikat, 230; el-Fazlî, 420; Şişer/Fifot/ Firmiston, 9 vd.

¹⁹² Servet, c.1, 143; Akra vî, el-Şerikat, 230.

¹⁹³ Irak Temyiz Mahkemesi, 18.9.1991, K. 106/Mdeniye Ule/90; 18.12.1991, K. 197/Muvasaa Ule/91 (Kararlar için bkz. el-Meşhadanî, 209 vd.; 213-215).

¹⁹⁴ Bir çok Arap ülkeleri kanunlarında da durum aynıdır. Meselâ Kuveyt (KMK. m. 209-216), Ürdün (ÜMK. 245-249) ve Cezayir (CMK. m.119-122) Medenî Kanunlarında durum böyledir. Geniş bilgi için bkz. el-Fazıl, 275-276.

tarafa borç yükleyen sözleşmeler zımnî bozucu şart “*résolutoire sous entndue, lex comissoria condition*” içermektedir. Böylece söz konusu şart sözleşmeden dönme için bir sebep olarak gösterilmektedir. Klâsik teoriyi savunanlar bu şartın sözleşmeden dönme için esas teşkil ettiği kanısındadırlar; zira taraflardan biri borcunu yerine getirmemesi karşı tarafın sözleşmeden amaçladığı menfaatleri ortadan kaldırmaktadır¹⁹⁵. Ancak söz konusu teori eleştirilere maruz kalmıştır; zira zımnî şartla sözleşmeden dönmeyi kabul etmek, hukukî açıdan doğru olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Şöyle ki; taraflardan birinin sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesinden dolayı karşı tarafın sözleşmeden dönmesini, gerçekleşen bozucu şarta bağlamak, iki sonuç doğurmaktadır. Birincisi, borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde sözleşme kendiliğinden sona erer; bu açıdan alacaklının sözleşmeden dönme talebini ileri sürmesine ve mahkemeden sözleşmeden dönmeye ilişkin bir talepte bulunmasına gerek duyulmaz. İkincisi; eğer gerçekten sözleşmeden dönme, zımnî şartın gerçekleşmesine dayanıyorsa, taraflar anlaşarak bu şarttan feragat edebilirler. Bu durumda taraflar bu zımnî şarttan feragat ettikten sonra, taraflardan biri borcunu yerine getirmediği takdirde, karşı taraf zımnî bozucu şart bulunmadığı için sözleşmeden dönemez.

Kanaatimizce, yukarıda kısaca açıklanan görüşü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, söz konusu sonuçlar İMK. m. 7’de düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılmasına da aykırı düşmektedir. Dolayısıyla Irak ve Mısır Medenî kanunlarında sözleşmeden dönme, zımnî bozucu şarta değil, sözleşmedeki tarafların karşılıklı borçlarının bağıllık (irtibat) “*interderdépendance*” esasına dayanmaktadır¹⁹⁶. Zira iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin niteliği gereği, tarafların her birinin borcu karşısındakinin borcuna bağılıdır. Bu bağlamda taraflardan birinin borcunu yerine getirmemesi halinde, karşı taraf söz konusu bağıllıktan kurtulabilir veya adı geçen bağı çözebilir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Hekim, Masadır, 423; el-Senhurî, el-Akid, 678-679.

¹⁹⁶ el-Senhurî, el-Akid, 679; el-Hekim, Masadır, 423.

¹⁹⁷ el-Senhurî, el-Akid, 680; el-Hekim, Masadır, 423.

B. Sözleşmeden dönmenin şartları

İMK. m 177/T'i göz önünde tutularak sözleşmeden dönmenin şartları tespit edilebilir. Bu şartlar: 1- iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmalı, 2- taraflardan biri borcunu yerine getirmemeli, 3- sözleşmeden dönmeyi talep eden taraf, borcunu yerine getirmeye hazır olmalı ve sözleşmeden önceki duruma dönmeye kudretli olmalıdır. Her ne kadar Kanun'da sözleşmeden dönmeyi talep eden tarafın, sözleşmenin kurulmasından önceki durumu iade etmeye kudretli olması şartı yer almamışsa da, bu sonuç sözleşmeden dönme niteliğinin bir gereğidir. Söz konusu şartları açıklığa kavuşturmadan önce şunu belirtmek gerekir ki; Irak hukukunda sözleşmeden dönme Fransız hukukunda olduğu gibi yenilik doğuran bir hak değil, yenilik doğuran bir dava hakkı niteliğindedir. Alacaklı sözleşmenin sona erdirilmesi için başvurmuş olmasına rağmen, hâkimin karar vermesine kadar bundan vazgeçip, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir. Borcun ifa edilmemesi halinde, sözleşmenin ancak hâkim kararı ile sona erdirilebilmesi, kilise hukukuna dayanır ve bu sonuç "hiç kimse adaleti kendi başına gerçekleştiremez (*nul ne peut se faire justice soi-même*)" şeklindeki ilkenin özel bir uygulama alanını oluşturur¹⁹⁸.

1) İki tarafa borç yükleyen sözleşme olması

Sözleşmeden dönme, ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabilir. Zira sadece bu tür sözleşmelerde tarafların borçları karşılıklıdır. Ancak bu gibi sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde, karşı taraf sözleşmeden dönebilir. Dolayısıyla, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, meselâ kefalet sözleşmesinde, kefil sözleşmeden dönemez. Zira karşı taraf olan kefalet veren, kefile karşı borçlanmamaktadır¹⁹⁹.

2) Taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi

Taraflardan birinin sözleşmeden dönme hakkını talep edebilmesi için, karşı tarafın borcunu yerine getirmemiş olması gerekir. Zira sözleşmeden dönmenin kabul edilmesi esas, taraflardan birinin borcunu yerine getirmesi, buna karşın karşı tarafın

¹⁹⁸ Buz, Sözleşmeden Dönme, 54.

¹⁹⁹ el-Hekim, Masadır, 424; el-Senhurî, el-Akid, 681; el-Zenun /el-Rahu, 222-223; Mansur, M, 204-208; el-Far, 162; el-Fazıl, 276; Irak Temyiz Mahkemesi, 12.10.1983, K. 396/M2/83/984 (Karar için bkz. Mecmuat el-Ahkam el-Adliye, S.1-4, 1983).

borcunu yerine getirmemiş olması esasına dayanmaktadır. Doktrinde, *El Senhuri*'ye göre; borçlunun sözleşmedeki borçlarını ifa etmemesi, kendi kusurundan veya mücbir sebepten kaynaklansa dahi, alacaklı sözleşmeden dönme talebinde bulunabilir. Yazara göre, borçlunun borçlarını ifa edememesi, mücbir sebepten doğsa bile, sözleşmeden dönülebilir. Zira bu durumda taraflardan birinin borcunu yerine getirirken, karşı tarafın borcunu yerine getirmemesi, adalet kurallarına uygun düşmez. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da borcunu sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmelidir. Taraflardan birinin borcu mücbir sebepten dolayı imkânsızlaşmışsa, buna borcu imkânsızlaşan borçlu katlanmalıdır. Ancak başka yazarlara²⁰⁰ göre, sözleşmeden dönme, ancak borçlunun sözleşmedeki borçlarının ifa etmemesi kendi kusurundan kaynaklandığı durumlarda söz konusu olur. Borçlunun borcunu mücbir sebepten dolayı ifa edememesi durumunda, alacaklının sözleşmeden dönme talebinde bulunmasına gerek yoktur. Zira böyle bir durumda sözleşme kanun hükmü gereğince infisah eder²⁰¹. Haklı gerekçelere dayandığından, biz de bu görüşe katılmaktayız.

Taraflardan birinin borcunu kısmen veya ayıplı olarak ifa ettiği durumlarda da, karşı taraf sözleşmeden dönebilir. Anılan durumda hâkim takdir yetkisine dayanarak alacaklının sözleşmeden dönme talebini kabul edebileceği gibi söz konusu talebi de reddedebilir veya alacaklıya borcunu gereği gibi yerine getirmesi için uygun bir mehil tanıyabilir²⁰².

²⁰⁰ el-Hekim, Masadır, 425; el-Zenun/el-Rehu, 223; Mansur, M, 206; el-Far, 162.

²⁰¹ İnfisah konusunda İMK. m. 179/I'e göre: "İvazlı sözleşmelerde sözleşme konusu, sahibi elinde helâk (telef) olursa, helâk kendi kusuru veya mücbir sebeple olsa bile, aldığı ivazı sahibine geri vermeye mecburdur. Satılan şey, satın alan teslim almadan önce satıcının elinde iken helâk olmuşsa, satın alan sorumlu olmaz helâk satıcının malından olur". Borç, alacaklının kusuru veya üçüncü kişinin kusuru ya da mücbir sebeple imkânsızlaştığı takdirde, sözleşme kanun hükmünce kendiliğinden infisah eder (sona erer). Bu durumda borçlu kendisi mücbir sebebi veya üçüncü kişinin kusurunu ya da alacaklının kusurunu ispatlar. el-Fazlî, 282.

²⁰² el-Hekim, Masadır, 425; Mansur, M, 207; el-Zenun/el-Rehu, 223; Irak temyiz Mahkemesi bir kararında inşaat sahibinin inşaat işlerinin tamamlaması için mahkemeden talebini sözleşmeden dönme olarak kabul etmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi, 18.7.1977, K: 520/Medeniye Ule/77 (Mecmuat el-Ahkam el-Adliye S. 3-4 1977).

3) Sözleşmeden dönme talep eden alacaklı kendi borçlarını yerine getirmeye hazır olmalı ve sözleşmeden önceki durumu iade etmeye kudretli olmalı

Sözleşmeden dönme için borçlunun borcunu ifa etmemesi yeterli olmayıp, ayrıca sözleşmeden dönme talep eden alacaklının sözleşmedeki borçlarını ifa etmeye hazır olması da gerekir²⁰³. Keza sözleşmeden dönme talep eden alacaklı, sözleşmeden önceki durumu geri getirmeye kudretli olmalıdır. Anılan durum, sözleşmeden dönmenin bir sonucudur. Bu açıdan, sözleşmeden dönme talep eden alacaklı, sözleşme gereği aldığı şeyleri geri verebilmelidir. Sözü geçen şeyleri geri veremiyorsa sözleşmeden dönme talebi kabul görmez²⁰⁴.

Sözleşmeden dönme dava yoluyla kullanmak isteyen alacaklı, karşı tarafa ihtar çeker. Alacaklı ihtarında, borçluyu yerine getirmediği borçlarını ifa etmeye davet eder ve aksi takdirde sözleşmeden dönme talebinde bulunacağını belirtir.

Irak Medenî Kanunu'nda, Fransız hukukunda olduğu gibi sözleşmenin ancak hâkim eliyle sona erdirileceği şeklindeki kural IMK. m. 178 gereğince yumuşatılmıştır. IMK .m. 178'e göre: *"Taraflar, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmedikleri takdirde, herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmadan sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini kararlaştırabilirler. Bu anlaşma, ihtar ortadan kaldırmaz; meğer ki taraflar bunun gerekli olmadığını sarahaten kararlaştırmış olsunlar."* Buna göre taraflar, içlerinden biri borcunu yerine getirmediği takdirde, mahkemeye başvurulmasına gerek olmaksızın, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini kararlaştırabilirler.

Irak hukukunda sözleşmeden dönmenin etkisi, sözleşmenin geçmiş etkili olarak sona erdirilmesidir. Buna göre sözleşme, kurulduğu ana kadar, geçmişe etkili şekilde sona erer. Böylece sözleşme hiç meydana gelmemiş olarak kabul edilir. IMK. m. 180'e göre ivazlı sözleşmelerden dönüldüğünde, alacaklı sözleşmede kararlaştırılan bedeli karşı tarafa ödemeye zorlanamaz. Bedeli ödediği durumlarda ise, bunu geri alabilir. Irak Medenî Kanunu'nda sözleşmenin sona ermesinin doğuracağı sonuçlar açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde ise, söz konusu sona ermenin geçmişe etkili olduğu görüşü kabul görmektedir. Dönme ile birlikte sözleşmenin sona ermeyip, sadece içerik değiştireceği şeklindeki görüş; her ne kadar

²⁰³ el-Senhurî, el-Akid, 678; Mansur, M, 207; el-Zenun/el-Rehu, 223.

²⁰⁴ el-Hekim, Masadır, 425; Mansur, M, 207.

Alman hukukunda hâkim durumda ve Türk /İsviçre hukukunda da gittikçe daha fazla taraftar toplamakta ise de, Fransız hukukunda²⁰⁵ olduğu gibi Irak ve Mısır hukuklarında da benimsenmemiştir.

IMK. m. 180 uyarınca; sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi aynı etkilidir ve daha önce devredilen aynı haklar devreden şahsa döner²⁰⁶. Daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi istihkak davası ile talep edilir²⁰⁷. Bunun sebebi de, Fransız hukukunda olduğu gibi, Irak hukukunda da, aynı hakların devri bakımından taahhüt işlemi-tasarruf işlemi ayrımının yapılmaması ve sözleşmenin kurulmasıyla birlikte mülkiyetin karşı tarafa geçmesidir²⁰⁸. Sözleşme geçmişe etkili olarak kalkınca, mülkiyet de kendiliğinden devreden tarafa geri gelmektedir²⁰⁹.

Mahkeme alacaklının isteği üzerine sözleşmeden dönülmesine karar verdiğinde, IMK. m. 177/I gereğince alacaklı, sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı zarara ve davada harcadığı masraflara ilişkin olarak tazminata da hükmedebilir. IMK. m. 180 gereğince alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde verdiği şeylerin geri alması imkânsızlaşmışsa, hâkim tazminata karar verilir. Ancak buradaki imkânsızlık, borçlunun kusurundan doğmuş olan imkânsızlık haline münhasırdır²¹⁰.

Irak hukukunda inşaat sahibi inşa eserindeki ayıplardan dolayı yukarıdaki genel kurallar çerçevesinde inşaat sözleşmesinden dönebilir. İnşaat sahibi inşa eserindeki ayıplardan bir zarara uğramışsa, sözleşmeden dönmenin yanı sıra, tazminat talebinde de bulunabilir.

²⁰⁵ Buz, Sözleşmeden Dönme, 54.

²⁰⁶ el-Hekim, Masadır, 437.

²⁰⁷ “İstihkak davası, vasıtasız zilyed durumunda bulunmayan malik, malik olmayan haksız vasıtasız zilyede karşı açılan davadır”. Oğuzman/Seliçi, 222.

²⁰⁸ Irak hukukunda tapu sicili sistemi benimsendiğinden ve Irak hukuku taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrımını tanımadığından, Irak Medenî Kanunu hükümleri gereğince taşınmaza ilişkin mülkiyeti devir işlemleri tapu sicilinde yapılmadığı sürece geçersizdir. IMK m. 508’de aynen şu hükme yer verilmiştir; “taşınmaz satım sözleşmesi, tapu sicilinde tescil edilmez ve kanunun talep ettiği şekli şartlara riayet edilmezse, inikat etmez (sözleşme kurulmaz)”. Benzer bir hüküm, taşınmazlarla ilgili olarak, IMK m. 1126/II’de yer almaktadır. Bu hükme göre: “Taşınmaz mülkiyetini geçiren sözleşmede, kanunun koyduğu yollara riayet edilmezse, sözleşme inikat etmez (sözleşme kurulmaz).” Görüldüğü gibi, Irak Medenî Kanunu’nda taşınmaz satım sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların iradeleri yeterli olmayıp, resmî şeklin yerine getirilmesi gerekir. Söz konusu resmî şekil ise, sözleşmeye dayanarak tapu sicilinde gerekli tescil işleminin yapılmasından ibarettir. el-Zenun, el-Bey, 128; el-Fazlî, 84; Mübarek, el-Hukuku'l-Aynîye, 148. Irak Medenî Kanunu’nda taşınmaz devrine ilişkin sözleşmeler tapu sicilinde tescil edildiğinden, bu tür sözleşmelerden dönme halinde de, söz konusu hususa ilişkin olarak tapu sicilinde bir düzeltme yapmak gerekir.

²⁰⁹ Buz, Sözleşmeden Dönme, 55.

²¹⁰ el-Hekim, Masadır, 438.

Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği gibi; Irak hukukunda inşa eserinde ayıp bulunduğu inşaat sahibi borcun ifa edilmemesinin genel hükümlerine başvurmuştur. Bunun için inşaat sahibi inşa eserindeki ayıpların giderilmesini istiyorsa, aynen ifa talebinde bulunur. İnşaat sahibi, inşa eserindeki ayıplardan dolayı ücretten indirim yapılmasını arzu ediyorsa, söz konusu indirimi ancak müteahhidin borçlarını gereği gibi ifa etmemeden doğan tazminat davasıyla elde edebilir. İnşaat sahibinin inşa eserindeki ayıplardan dolayı sözleşmeden dönmesi de genel hükümler çerçevesinde gerçekleşir. Ayrıca ayıptan dolayı inşaat sahibi zarara uğramışsa, müteahhidin kusurunun varlığı halinde, genel hükümlere göre müteahhitten tazminat talep edilebilir.

Kanımızca Irak hukukunda da, Türk hukukunda olduğu gibi, inşa eserinde ayıbın ortaya çıktığı durumlarda, inşaat sahibinin sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini ya da ayıbın giderilmesini talep hakları bulunduğu sonucuna, Medenî Kanun'un genel kurallarına başvurmadan, istisna sözleşmesine özgü olan madde hükümlerine dayanılarak ulaşılabilir. Zira istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerden IMK. m. 873/II ve III, TBK. m. 360'deki düzenlemeye benzer bir hüküm içermektedir. IMK. m. 873'de "II. Müteahhit sözleşmenin şartlarına veya bu tür işlerin teknik kurallarına aykırı davrandığında, iş sahibi, işi (eseri) kullanamaz veya adalet kuralları için kabul edilmesini mecbur kılmadığı halde, işi teslim almaktan (tesellümden) imtina edebilir. Ancak aykırılık bu derecede olmadığı takdirde, iş sahibi ancak aykırılığın önemi ile orantılı olarak ücret indiriminde bulunabilir. III. İşin düzeltilmesi aşırı masraflara yol açmıyorsa, iş sahibi işi belli bir sürede müteahhide düzeltirebilir. Müteahhit işi, iş sahibine zarar vermiyorsa veya aşırı masraflara sebep olmuyorsa, uygun bir sürede düzeltebilir" hükmü yer almaktadır. Kânaatimizce Irak hukukunda kabulden kaçınma dar biçimde yorumlanmakta olup; kabulden kaçınmayı sözleşmeden dönme olarak değil, eserin üzerinde anlaşılan şekil ve şartlar veya adalet kurallarının gerektirdiği şekilde teslim alınması olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bunun bir diğer sebebi, Irak ve Türk hukukunda sözleşmeden dönme kavramı ve kurallarının farklı olmasıdır. Başka bir sebep ise, Irak ve Mısır hukukunda, Fransız hukukundan etkilenecek sözleşmenin sona ermesine ilişkin genel

kuralları (sözleşmeden dönmenin genel kuralları) tüm iki taraf borç yükleyen sözleşmelerde tarafların biri sözleşmedeki borcuna ihlâl etmesine uygulamasıdır. Irak hukukunda doktrin ve uygulamada sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak genel hükmün uygulanmasının en önemli sebeplerden bir diğeri ise, sözleşmeden dönmenin yenilik doğurucu bir hak değil, yenilik doğurucu dava olmasıdır. Bu sebeple sözleşmeden dönmek için mahkeme ve yargıya başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla anılan durumda özel hükmü kabul etmek, mahkemenin müdahalesinin gerektirmediği için, Irak hukukundaki sözleşmeden dönme niteliğine ters düşmektedir. Zira Irak hukukunda sözleşmeden dönme bir yenilik doğuran hak değil, yenilik doğuran bir davadır. Ancak şunu belirtmek gerekir; özel hüküm genel hükmü bağlar. Bu açıdan IMK. m.873'teki kabulden kaçınmayı, sözleşmeden dönme olarak kabul etmek gerekir. Kânaatimizce inşa eserinin ayıplı olması durumunda IMK. m. 873'teki özel hükmü sözleşmeden dönme için esas alınması gerekir. Ayrıca Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi Irak hukukunda da sözleşmeden dönme hakkının dava yoluyla kullanılmasına gerek olmadan bir yenilik doğuran hak olarak inşaat sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasına imkân tanımak gerekir. Başka bir deyişle, sözleşmeden dönmenin bir yenilik doğuran dava niteliğinde değil, bir yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla her şeyi mahkeme ve yargıya bırakılmayıp sözleşmenin taraflarının iradelerine daha fazla imkân tanınmalıdır. Ayrıca inşaat sahibi ayıptan dolayı ücretten indirim ve ayıbın giderilmesini de genel hükümlere göre değil, IMK. m. 873'deki özel hüküm gereğince talep etmelidir. Irak hukukunda inşaat sahibi aynen ifa veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmasına rağmen, ayıptan dolayı uğradığı bir zarar varsa, Medenî Kanunu'nun genel hükümleri gereğince söz konusu zararların tazmini talebinde de bulunabilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIPTAN DOLAYI SORUMLU OLMADIĞI HALLER VE SORUMLULUK SÜRELERİNE İLİŞKİN TARAF ANLAŞMALARI

§ 12. MÜTEAHHİDİN AYIPTAN DOLAYI SORUMLU OLMADIĞI HALLER

I. Genel Olarak

İnşa eserinin ayıplı olmasından dolayı sorumluluğunun maddî ve şeklî şartları gerçekleştiğinde, müteahhidin söz konusu ayıplardan dolayı sorumluluğu doğmaktadır. Ancak bazı hallerde anılan şartların gerçekleşmiş olmasına rağmen, müteahhidin inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumluluğu söz konusu değildir. Şöyle ki; inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine yüklenebilecek bir sebepten dolayı meydana gelmesi veya inşaat sahibinin inşa eserini ayıplı olarak kabul etmesi hallerinde, müteahhit, inşa eserindeki ayıplardan sorumlu tutulmaz. Ayrıca inşaat sahibinin zamanaşımı sürelerini geçirmiş ve müteahhit de zamanaşımı def'inde bulunmuşsa, inşaat sahibi ayıptan doğan haklardan yararlanamaz. Böylece müteahhit bu halde de ayıptan dolayı sorumlu tutulmaz.

II. Ayıbın İnşaat Sahibine Yüklenebilecek Bir Sebepten Doğmuş Olması Hali

A. Türk hukukunda

1) Genel olarak

İnşa eserindeki ayıp, inşaat sahibine isnat olunabilecek bir durumdan kaynaklanabilir. Böyle bir halde, inşaat sahibi kural olarak, müteahhidi ayıptan dolayı sorumlu tutamaz. Başka bir deyişle, inşaat sahibinin müteahhidi ayıptan sorumlu tutabilmesi için, inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine yükletilmemesi gerekir. Bu husus; TBK. m. 361'de "*yapılan şeyin kusurlu (ayıplı) olması müteahhidin sarahaten eylediği mütalâaya muragyir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabul olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellid hakları dermeyeran edemez*" ifadesiyle, hükme bağlanmıştır. Buna göre, inşa eserindeki ayıp, herhangi bir

sebeple, inşaat sahibine isnat ediliyorsa, sorumluluğun müteahhide değil, inşaat sahibine yüklenmesi gerekmektedir¹. Ayrıca anılan hükmün (TBK. m. 361) inşaat sahibine yüklenebilecek sebeplerden biri olan, inşa eserindeki ayıbın, müteahhidin açıkça uyarmasına rağmen, inşaat sahibi tarafından verilen talimat sebebiyle çıkması halini de düzenlemiştir. Ancak, bunun yanında, inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine isnat edilebileceği başka sebepler de vardır. Meselâ, inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibi tarafından sağlanan malzemeden veya verilen arsadan ya da müteahhidin tavsiye ettiği ayıplı malzeme yahut tavsiye ettiği alt müteahhidin işinden veyahut daha önceki müteahhidin işinin etkisiyle doğduğu haller böyledir².

TBK m. 361'in karşılığı olan İBK m. 369'un Almanca metninde "... ya da (iş sahibi) ayıplarda diğer bir şekilde bizzat kusurlu ise (*wenn er... auf andere Weise die Mängel selbst verursacht hat*)" ibaresi yer almış olmasına rağmen, burada teknik anlamda bir kusurdan söz edilmemektedir. TBK. m. 361'e göre, müteahhidin ayıptan sorumlu tutulmaması için inşaat sahibinin bu ayıba sebebiyet vermesi gerekli ve yeterlidir. Ayrıca inşa eserindeki ayıp, inşaat sahibinin yardımcı kişilerinin kusuru veya önceki müteahhitlerin ayıplı ifalarından kaynaklandığı haller de müteahhidin sorumluluğu söz konusu olmaz. Keza inşaat sahibinin riziko alanına giren umulmayan hallerin inşa eserinin ayıplı olmasına sebebiyet vermesi durumunda da ayıptan doğan haklar ortadan kalkabilir³. Bu açıdan Fransızca metnindeki "yapılan şeyin kusurlu (ayıplı) olması ...herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa" (*=lorsque l'exécution défectueuse lui est personellement imputable*)" ifadesi kanunkoyucunun amacını daha iyi bir şekilde ifade etmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun İtalyanca metninde açıkça inşaat sahibinin ayıba sebebiyet vermesinden söz etmektedir⁴.

Müteahhidin sorumluluktan kurtulup, inşa eserindeki ayıbı, inşaat sahibine isnat edebilmesi mümkündür. Bunun için, inşaat sahibinin, sorumlu olduğu ayıbın doğumuna katkıda bulunması gerekir. Ayrıca söz konusu katkının, ayıbın

¹ Eren, Müteahhit, 79; Seliçi, İnşaat, 189; Öz, Eser Sözleşmesi, 111; Yavuz, Borçlar, 477; Burcuoğlu, 301; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 130; Turanboy, 179; geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Tekeffül, 1vd.

² TBK. m. 361, müteahhidin ayıptan sorumlu olmadığı iki hali düzenlemiştir. Bunlardan birincisi genel nitelikli olup; "herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa" ifade edilmiştir. İkincisi ise, özel niteliktedir ve hükümde "müteahhidin sarahatan beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerdir" sözleriyle anlatmıştır. Geniş bilgi için bkz. Burcuoğlu, 302.

³ Tandoğan, Borçlar, 208; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 131.

⁴ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 131; Tandoğan, Borçlar, 208- 209.

doğumunda yalnız başına etkili olabilecek derecede ağır basmalıdır. İnşaat sahibinin katkıda bulunduğu eylemin, bir kusur teşkil etmesi gerekli değildir. Gerçekten de, inşaat sahibi kusursuz olsa bile, bu durum kendi faaliyeti alanına (sorumluluk alanına) ilişkin bir sebeple ortaya çıktığında, TBK. m. 360'da kendisine ayıptan dolayı tanınan hakları kullanamaz⁵. Böylece denilebilir ki; inşa eserdeki ayıbın inşaat sahibinin kusurlu bir davranışına dayanması zorunlu değildir. İnşaat sahibinin ayıba bizzat sebebiyet vermiş olması kâfidir. Başka bir deyişle, TBK. m. 361'e göre inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı olmasından sorumlu olduğu hal ve şartların gerçekleşmesine sebebiyet vermiş olması gerekir. Bu şartın gerçekleşmesi için, inşaat sahibinin sorumlu olduğu hal ve şartın, eserdeki ayıbın uygun sebebinin oluşturması mecburidir⁶. Keza inşa eserindeki ayıp ile inşaat sahibinin sorumlu olduğu hal ve şart arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁷. İnşaat sahibinin sorumlu olduğu uygun sebep, ayıbın önlenmesi için gerekli olan özeni göstermemesi veya kasden ayıba yol açan davranışta bulunması ya da rizikosunu taşıdığı bir hal olabilir⁸.

TBK. m. 361 uyarınca müteahhidin inşa eserindeki ayıptan sorumlu tutulmayıp söz konusu ayıbı inşaat sahibine isnat edebilmesi için, iki şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak inşa eserindeki ayıbın sebebi inşaat sahibinin sorumlu tutulacağı bir olgu olmalıdır. İkinci olarak, müteahhit, muayene ve ihbar, gereğinde de ikaz yükümünü yerine getirmiş olmalıdır⁹.

2) İnşa eserindeki ayıpların inşaat sahibine yüklenmesi mümkün olan durumlar

Yukarda da açıklandığı gibi, inşa eserindeki ayıp inşaat sahibinin veya yardımcı kişinin davranışlarından kaynaklandığı gibi, bu kişilerin kusursuz davranışlarından da doğabilir. TBK. m. 361'de özel bir durum olarak müteahhidin açık bir şekilde uyarmasına rağmen, ayıbın inşaat sahibinin verdiği talimat yüzünden ortaya çıkması hali belirtilmiştir. Bununla birlikte, aynı hükmün, inşa eserindeki ayıbın herhangi bir sebeple, inşaat sahibine isnat edilebileceği durumlarda, inşaat sahibinin TBK. m. 360'daki haklarını ileri süremeyeceğini genel olarak düzenlemiştir. Ayıbın herhangi

⁵ Öz, Eser Sözleşmesi, 111; Eren, Müteahhit, 81; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 133.

⁶ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 133; Eren, Müteahhit, 81.

⁷ Eren, Müteahhit, 81; Burcuoğlu, 301.

⁸ Tandoğan, Borçlar, 209; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 134.

⁹ Selici, İnşaat, 189.

bir sebeple, inşaat sahibine isnadına sayısız şekilde rastlanabilir. Bu yüzden aşağıda inşaat sahibine isnat edilen sebeplerin uygulamada en çok görünenleri ele alınacaktır.

a) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin kusurlu davranışından doğması

Ayıbın inşaat sahibine yükletilebileceği hallerin başında, inşaat sahibinin kendi kusuru ile ayıbın ortaya çıkmasına sebep olması hali gelir. Buradaki kusur kavramı, TBK m. 44'teki "zarar görenin kusuru" anlamında kullanılmaktadır¹⁰. "Aynı şartlar altındaki makûl bir insanın kendi menfaati icabı zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması için gereken bir davranış tarzının niteliğine zarar görenin kusuru denir"¹¹. Başka bir deyişle, zarar görenin, faile böyle bir zarar vermiş olsaydı, davranışı kusurlu sayılacak idi ise, zarar görenin kusuru gerçekleşmiş sayılır¹². Zarar görenin kusurunun, teknik anlamdaki kusur gibi iki şekli vardır. Bunlar doktrinde, "kast" ve "ihmal" olarak adlandırılmaktadır. Keza zarar görenin kusurunda da teknik kusurda olduğu gibi, objektifleştirilmiş kusur kavramı gerekir. Buna göre, zarar görenin kusuru değerlendirilirken, objektif ölçüye başvurulur¹³. Burada benzer durum ve şartlar altında zarar görenin mensup olduğu çevredeki normal, makûl bir kimsenin zararlı sonucun doğmasını önlemek için, sarf edeceği çaba ve göstereceği dikkat esas alınır. Teknik anlamdaki kusurda olduğu gibi, zarar görenin kusurunda istenilen dikkat ve özen derecesi somut olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla anılan durumda yer ve zaman gibi objektif şartlar dikkate alınıp, dalgınlık ve üzüntü gibi sübjektif unsurlar göz önünde tutulmaz¹⁴.

İnşaat sahibinin, yardımcı kişinin davranışı da, inşa eserindeki ayıbın uygun sebebinin oluşturabilir. Böylece, inşaat sahibinin yardımcı kişinin zararın doğması ve artmasında rol oynayan davranışına, TBK. m. 100 hükmü kıyasen uygulanması suretiyle, müteahhit inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumlu olmaz¹⁵. İnşaat işlerinde mimar-mühendisler, işlerin koordinasyonu, plânlaması ve talimat verilmesi hususunda, iş sahibinin yardımcısı olarak karşımıza çıkarlar. Meselâ, bir inşa eserinin

¹⁰ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 135; Tandoğan, Borçlar, 208-209.

¹¹ Geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 542.

¹² Eren, Borçlar, 542.

¹³ Eren, Borçlar, 542.

¹⁴ Eren, Borçlar, 542. Zarar görenin davranışının kusurlu sayılabilmesi için, onun temyiz kudretine sahip olması gerekir.

¹⁵ Şenocak, İfa, 229. Buradaki yardımcı kişi inşaat sahibinin (alacaklının) borç ilişkisinden doğan edim yükümünün veya yan yükümün ifasını kendisine bıraktığı yardımcı kişidir. Bkz. Şenocak, İfa, 229.

yapımında inşaat sahibi, plânın tedarik edilmesini yüklenmiş olabilir. Bu durumda, mimarın hazırladığı plân hatalı olduğu takdirde müteahhit de bu hatalı plâna göre, ayıplı bir inşa eseri meydana getirebilir. Söz konusu mimar, inşa eserinin plânını hazırlama açısından inşaat sahibinin bir yardımcı kişisidir. Dolayısıyla inşaat sahibinin yardımcı kişisinin kusuru yüzünden ayıplı bir inşa eseri meydana getirilirse, müteahhit söz konusu ayıptan dolayı sorumlu tutulamaz. İnşaat sahibi, uzman bir yardımcı kişiye başvurduğundan, somut olayda yardımcı kişinin davranışının inşaat sahibi açısından bir kusur teşkil edip etmediği farazî olarak değerlendirilir. Söz konusu değerlendirmede, inşaat sahibi yardımcı kişinin uzmanlık bilgisine sahip olsaydı, onun inşaat sahibi açısından kusur oluşturup oluşturmayacağı hususu gözönünde bulundurulmalıdır¹⁶. Böylece denilebilir ki, yardımcı kişinin bir uzman olması, sadece onun eylemini inşaat sahibi yapsaydı, kusurlu sayılıp sayılmayacağının takdirinde rol oynayabilir¹⁷.

İnşaat sahibinin ortak kusuru ile birlikte, müteahhidin bir kusuru veya yardımcı kişisinin eylemi de, inşa eserindeki ayıbın doğumunda etkili olmuşsa, inşaat sahibinin TBK. m. 360'daki ayıptan doğan hakları ortadan kalkmaz ve böyle bir olaya TBK. m. 361 hükmü uygulanmaz¹⁸. Buna karşılık söz konusu olaya TBK. m. 44/I hükmü kıyas yoluyla uygulanır. Buna göre ortak kusur, ayıp sonucu doğan zarara ilişkin tazminattan indirim yapmak için dikkate alınır. Bu itibarla, anılan durumda meydana gelen zarara, inşaat sahibinin kendi kusuru ile müteahhidin kusuru birlikte sebep olduğundan, müteahhidin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmayıp, sadece bu sorumluluk kısmen azalır¹⁹.

b) İnşa eserinin ayıplı olmasının inşaat sahibinin verdiği talimattan doğmuş olması

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden biri de, inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin veya yetkili mimar – mühendisinin verdikleri talimattan doğmuş olabilir²⁰. Talimattan maksat, inşaat

¹⁶ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 136.

¹⁷ Tandoğan, Borçlar, 210.

¹⁸ Tandoğan, Borçlar, 209; Uçar, 237.

¹⁹ Uçar, 237; Tandoğan, Borçlar, 209.

²⁰ TBK. m. 100 anlamında yardımcı kişinin davranışları ve talimatları yüzünden eserin ayıplı olması halinde, inşaat sahibi bu ayıplara dayanarak herhangi bir hak ileri süremez. Özellikle inşaat sözleşmesinde inşaat sahibi adına işi takip eden mimar ve mühendislerin tutumu böyle bir sonuç doğurur. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 112.

sahibinin vermiş olduğu bağlayıcı nitelikteki talimattır. Bağlayıcı nitelikte olan bu talimatlar inşa eserini meydana getirme tarzına, malzemeye veya inşa eserinin tamamını veya bir kısmının belli bir alt müteahhide verilmesine ilişkin olabilir. Söz konusu talimatlar, sözleşme kurulduktan sonra verilmekle birlikte, sözleşme metni ve hatta daha önce hazırlanan ihale şartnamesinde de yer almış olabilir²¹. İnşaat sahibi bu talimatı yazılı olarak verebileceği gibi, sözlü olarak veya bir plân vermek suretiyle kendisi veya yetkili temsilcisi vasıtasıyla müteahhide bildirmiş de olabilir²². Ancak talimatın yazılı olması, ispat kolaylığı açısından önem arz eder. İnşaat sahibinin bağlayıcı nitelik taşımayan teklif, tavsiye ve istekleri, ayıpla uygun illiyet bağı içerisinde bulunan bir sebep teşkil etmez. Bu itibarla müteahhit, inşaat sahibinin teklif, tavsiye ve isteklerine dayanarak ayıplı inşaat meydana getirirse, sorumluluktan kurtulmaz. Zira bu durumda inşaat sahibinin teklif, tavsiye ve istekleri ayıbın uygun sebebinin oluşturmadığından, müteahhit bunları kendi iradesiyle yerine getirdiği için müteahhidin kendi davranışını teşkil eder²³.

İnşa eserindeki ayıp ile inşaat sahibinin veya yetkili temsilcisinin talimatı arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır²⁴. Başka bir deyişle, inşa eserindeki ayıp, inşaat sahibinin veya temsilcisinin müteahhide verdiği talimat sonucunda meydana gelmelidir.

Müteahhidin, inşaat sahibinin veya temsilcisinin verdiği yanlış talimat sonucunda meydana getireceği ayıplı inşa eserinden sorumlu tutulmaması için, sözleşmenin karşı tarafını (inşaat sahibi veya temsilcisine) bu talimatların yanlış olduğuna dair uyarma ve aydınlatma yükümünü yerine getirmiş olması, ancak inşaat sahibinin buna rağmen talimatında ısrar etmiş olması gerekir. Müteahhide TBK. m. 361 ile yükletilen uyarma ve aydınlatma yükümü, TBK. m. 356'daki özen yükümlüğünün bir uzantısıdır²⁵. TBK. m. 361'de düzenlenmiş bulunan uyarma, niteliği itibariyle bir tasarruf açıklaması olup, irade açıklaması olarak değerlendirilemez²⁶. Müteahhidin bu yükümlülüğü yerine getirmiş sayılabilmesi için, inşaat sahibini, verdiği talimatın yanlışlığı hakkında, muhteva ve şekil açısından

²¹ Tandoğan, Borçlar, 210; Seliçi, İnşaat, 192; Burcuoğlu, 301; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 136-137.

²² Tandoğan, Borçlar, 210; Uçar, 235. İnşaat sahibinin bağlayıcı nitelikte olmayan öneri, dilek veya tavsiyeleri, TBK. m. 361 anlamında talimat sayılmaz.

²³ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 137.

²⁴ Eren, Müteahhit, 81; Aral, Borçlar, 366-367.

²⁵ Eren, Müteahhit, 80; Aral, Borçlar, 366.

²⁶ Eren, Müteahhit, 80; Tandoğan, Borçlar, 209.

yeteri derecede aydınlatması ve uyarması gerekir. Böylece müteahhit inşaat sahibini verdiği talimatın yanlışlığı veya tutarsızlığı konusunda uyarır. Ayrıca, müteahhit bu uyarıyla, inşaat sahibini yanlış talimatı geri almaya veya gerçeğe ve doğruya uygun hale getirmeye, düzeltmeye yönlendirir²⁷. Müteahhit talimatın yanlış olduğunu, inşaat sahibine bildirmesine rağmen, inşaat sahibi onun üzerinde ısrar ederse, müteahhit bu talimata dayanarak, meydana getirdiği ayıplı inşa eserinden dolayı sorumlu kılınmaz. Bununla birlikte, müteahhit, inşaat sahibine talimatların yanlış olduğu hususunda uyarıda bulunmuş olmamasına rağmen, belli durumlarda inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulabilir. Bunun için, müteahhidin, gerekli uyarıların yapılması halinde dahi, inşaat sahibinin yanlışta ısrar edeceğini ve bunun sonunda ayıbın gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir²⁸. İnşaat sahibinin kendisinin veya danışmanının ya da temsilcisinin verilen talimatlar bakımından uzman olmaları halinde durum böyledir. Keza uzman kişi tarafından verilen talimatlarda, müteahhit talimatın hatalı olduğunu bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, bu durumda sorumluluktan kurtulur²⁹. Buna karşılık, müteahhit talimatın yanlış olduğunu biliyor veya bilecek durumda ise, inşaat sahibinin talimatı artık ayıbın tek sebebinin oluşturmadığı için, müteahhidin TBK. m. 361 uyarınca sorumluluktan tamamen kurtulması söz konusu olmaz³⁰.

Müteahhidin inşaat sahibi uyarısı açık olmalıdır. Müteahhidin uyarı beyanı ile inşaat sahibine talimata uyulduğu takdirde, inşa eserinde bir ayıp meydana geleceğini açık olarak bildirmesi gerekir³¹. Bu açıdan, uyarının, zımnî şekilde yapılması yeterli değildir. Söz konusu uyarı, yükümlülüğü yazılı bir şekilde yapılabileceği gibi, sözlü bir biçimde de gerçekleşebilir³². Uyarı, bizzat müteahhit veya yetkili yardımcısı

²⁷Eren, Müteahhit, 80; Aral, Borçlar, 366.

²⁸ Eren, Müteahhit, 81; Aral, Borçlar, 366.

²⁹ Eren, Müteahhit, 81; Aral, Borçlar, , 366.

³⁰ Eren, Müteahhit, 81; Aral, Borçlar, 367. Ancak burada dikkat edilmesi husus; mimar - mühendisin inşa eserindeki çeşitli işçiliklerin gerektirdiği özel bilgilerinin hepsini bilmesinin mümkün olmadığıdır. Kısmî edimlerin yerine getirilmesinde mimar - mühendisin bilmesi gerekli olmayan, fakat müteahhidin mesleği gereği vâkif olması gerekli özel bilgiye ihtiyacı olan bir iş söz konusu ise, mimar - mühendisin verdiği talimatlara müteahhidin kural olarak güvenmemesi gerekir. Meselâ, döşeme işlerini üstlenen müteahhidin, zeminin izolasyonunun ne şekilde yapıldığını, meslekî bilgisine dayanarak kendisinin tayin etmesi gerekir. Mimardan plaka zeminin izolasyonu hakkında uzmanlık beklenmez. Bu yüzden mimarın izolasyon ilişkin talimatları müteahhit tarafından incelenmelidir. Seliçi, İnşaat, 193.

³¹ Eren, Müteahhit, 81; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 140-141; Erman, Arsa Payı, 123-124.

³² Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 141.

tarafından, inşaat sahibine veya yetkili yardımcılara (temsilcilerine) yapılabilir³³. Müteahhit, yanlış talimata ilişkin uyarıyı inşaat sahibinin yetkili temsilcisine yapmış, ancak temsilci bu uyarıyı göz önüne almamışsa, müteahhidin, özen ve sadakat borcunun uzantısı olan genel ihbar borcu (TBK. m. 357/III) ile dürüstlük kuralının gereği olarak, bir kez de inşaat sahibini uyarması gerekir³⁴. İnşaat sahibinin yetkili olmayan yardımcı kişisine yapılan uyarılar kâfi değildir³⁵.

YİĞŞ m. 13/VI'de, *“işlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun fen ve sanat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 15'inci madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır”*. Keza, YİĞŞ m. 15/IV'de; *“Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen iş yerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak onbeş gün içinde (özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırabilir) hem yapı denetim görevlisine, hem de idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz”*. YİĞŞ m. 15/V'de *“yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur”* hükümleri yer almaktadır. Anılan madde hükümleri gereğince müteahhit, kendisine verilen talimatın yanlışlığını, talimatı aldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde idareye bildirmek zorundadır. Söz konusu bildirimde rağmen, idare verdiği talimat doğrultusunda inşa eserinin yapılmasına ısrar ederse, bu yüzden doğan ayıplardan dolayı müteahhit sorumlu olmaz.

³³ Eren, Müteahhit, 81; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, 141; Uçar, 241.

³⁴ Uçar, 238; Tandoğan, Borçlar, 211.

³⁵ Tandoğan, Borçlar, 211.

c) İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin sağladığı malzeme veya arsadan doğması

Malzeme; inşa eserinin meydana getirilmesi için gerekli olan ve inşa eserinin bünyesine dahil olup, daimi olarak onun içinde kalan maddedir. Böylece inşa eserini meydana getiren maddeye (şeye), malzeme adı verilir. Malzeme, hammadde olabileceği gibi, yarı mamül madde de olabilir. Meselâ taş ve kum hammaddedir. İnşaat elemanları, demir, çimento, hazır beton, kireç ise, yarı mamul malzemeye misal olarak gösterilebilir. Buna karşılık, inşa eserinin üzerinde yapılacağı arsa ve plânlar bu anlamda malzeme sayılmazlar. Bunlar hakkında, TBK. m. 357/II hükmü kıyas yoluyla uygulanabilir³⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda, istisna sözleşmesinde malzemelerin kimin tarafından temin edileceği hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple, konu doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüşe göre; malzeme genel olarak müteahhit tarafından sağlanmaktadır. Bununla birlikte, aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde, TBK. m. 357/I ve II ifadesinde ve 356/III'ün mefhum-u muhalifinden, malzeme sağlama yükümünün, kural olarak inşaat sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple, şüphe halinde müteahhidin malzeme sağlama borcunun bulunduğunu kabul etmek gerekir³⁷. Buna karşılık, diğer görüşe göre³⁸ sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, malzeme kural olarak müteahhit tarafından sağlanmalıdır. Zira inşaat sözleşmesinde müteahhidin aslı borcu, ayıpsız bir inşa eseri meydana getirerek, inşaat sahibine teslim etmektir. Dolayısıyla, müteahhit borcunu gereği gibi yerine getirebilmek için, sözleşmenin amacına uygun olarak malzemeyi kendisi özenle seçerek temin etmelidir. Keza inşaat sözleşmesinde uzman taraf müteahhit olduğu için, onun malzemeyi sağlama hakkaniyet kurallarına uygun düşer³⁹. Tandoğan'a göre; TBK. m. 357/I'de yer alan "*müteahhit, imal ettiği şeyde, kullandığı malzemeyi iyi cinsten olmamasından dolayı inşaat sahibine karşı mes'ul*

³⁶ Eren, Müteahhit, 69; Aral, Borçlar, 344.

³⁷ Eren, Müteahhit, 69; Aral, Borçlar, 344; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24; Seliçi, İnşaat, 97; Gökyayla, 795. Uygulamada malzemeyi kimin sağlayacağı hususu, müteahhidin ücretinin belirlenmesi tarzı ve tutumundan anlaşılabilir. Bundan bir sonuca varılmıyorsa, sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların davranışlarına göre karar verilmelidir. Buna göre, inşaat sahibi malzemeyi sağlamış müteahhit de bunu kullanmışsa, malzemeyi sağlama, borcu iş sahibine ait olur. Bunun aksine, müteahhit sağladığı malzemeyi kullanmış ise, iş sahibi de bu duruma ses çıkarmadığı takdirde, bu borcun müteahhide ait olduğu anlaşılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 97.

³⁸ Tandoğan, Borçlar, 105; Uçar, 244.

³⁹ Uçar, 224 .

ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir” hükmü ve bu fıkranın, malzemenin iş sahibi verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer alması, kural olarak malzemeyi müteahhidin sağlamasına ilişkin yoruma daha elverişlidir. YİĞŞ'nin malzeme ocaklarına ilişkin 8. ve 31. maddeleriyle, “Yükleniciye Ait Giderler” kenar başlığını taşıyan 28. maddesinden, malzemenin kural olarak müteahhit tarafından sağlanacağı, dolaylı olarak olsa da anlaşılmaktadır. Aral'a⁴⁰ göre, TBK. m. 357/I'in metni İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metnine (m. 365/I) uygun ise de, Almanca metnindeki ifade farklıdır. Gerçekten de söz konusu maddenin Almanca metni şöyledir: “Müteahhit malzemeyi sağlamayı üstlendiği takdirde onun iyi vasıfta olmasından iş sahibine karşı sorumlu ve bir satıcı gibi mütekeffildir”. Aynı maddenin İtalyanca metni de Almanca metni gibidir. Bu durumda, kural olarak, malzemenin inşaat sahibi tarafından temin edileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, bu görüş haklı ve sağlam gerekçelere dayandığından, katılmak gerekir.

İnşa eserindeki ayıp inşaat sahibinin sağladığı malzeme ve arsadan doğmuşsa, müteahhit kural olarak ayıptan dolayı sorumlu tutulmaz. Bu durumlarda inşaat sahibi, müteahhide karşı ayıptan doğan haklarını ileri süremez. Malzeme ve arsa, kararlaştırılan inşaa eserinin ayıpsız bir tarzda yapılması için, elverişli olmadığı takdirde, bunların ayıplı olduğundan söz edilir. Malzemenin inşaa eserinin yapımına elverişsizliği, iki durumda ortaya çıkar. Bunların ilki, malzemenin çeşit itibariyle ayıpsız bir inşaa eseri meydana getirme elverişsizliğidir. İkinci durum ise, malzemenin çeşit itibariyle elverişli olmasına rağmen, kalitesi açısından elverişsiz olmasıdır⁴¹.

Malzemenin sağlanması açısından, inşaat sözleşmesi “olağan inşaat sözleşmesi” ve “inşaa eseri teslim sözleşmesi” olmak üzere ikiye ayrılır. İnşaat sahibinin malzemeyi sağladığı, müteahhidin de inşaa eserini meydana getirdiği inşaat sözleşmesine olağan inşaat sözleşmesi adı verilir. Buna karşılık, müteahhidin hem malzemeyi sağladığı ve hem de inşaa eserini meydana getirdiği inşaat sözleşmesine “inşaa eseri teslim sözleşmesi” denir⁴².

İnşaat sahibinin ayıplı malzeme veya arsa sağlaması durumunda, müteahhidin bu yüzden ortaya çıkabilecek ayıplardan dolayı sorumlu olmaması için, inşaat

⁴⁰ Aral, Borçlar, 345.

⁴¹ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142; Tandoğan, Borçlar, 214; Öz, Eser Sözleşmesi, 111.

⁴² Eren; Müteahhit, 69; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24-41.

sahibinin sağladığı malzemenin veya arsanın muayenesini yaparak, bunların ayıpsız bir imal için elverişli olmadığını öğrenir öğrenmez, bu durumu inşaat sahibine bildirmesi zorunludur⁴³. Bu bildirim temelini, TBK. m. 357/III hükmü teşkil etmektedir. Bu madde hükmüne göre; “iş devam ettiği sırada iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu (ayıplı) olduğu anlaşılır yahut imalatı noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hâdis olursa müteahhit, iş sahibin bundan derhal haberdar etmeğe mecbur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelliftir”. Anılan hüküm, malzeme ve arsadaki başlangıçta anlaşılan ayıplarda uygulanır. Böylece, müteahhit, malzeme ve arsadaki ayıpları inşaat sahibine bildirmediği takdirde, ayıbın doğumuna katkıda bulunmuş ve iş sahibine isnadı kabil olan ayıbın doğumunda, inşaat sahibini yalnız başına etkili olmaktan çıkmış olur. Bu durum da inşaat sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanmasını haklı kılar⁴⁴.

Müteahhidin inşaat sahibinin sağladığı malzeme ve arsayı muayene etme yükümlülüğü onun TBK. m. 356/I'den doğan genel özen borcunun bir sonucudur. Müteahhit, malzeme ve arsadaki göze çarpıcı ayıplarda veya kendisinin inceleme ve muayene yükümlülüğü bulunduğu hallerde, söz konusu malzeme ve arsadaki elverişsizliği bilmesi gerekir⁴⁵. Bununla beraber, uzmanlık gerektiren muayenenin inşaat sahibi tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı kararlaştırılmış ya da muayenenin önceden bir uzmana yaptırılmış olduğu anlaşılıyorsa, müteahhidin arsa veya malzemeyi muayene yükümlülüğü söz konusu olmaz⁴⁶. Müteahhit, inşaat sahibinin sağladığı malzeme ve arsayı incelemesi yükümlülüğü bulunduğu halde, bunu hiç veya özenle ifa etmemiş ise, inşaat sahibinin tedarik ettiği malzeme ve arsadaki elverişsizlikten dolayı inşa eserinde doğan ayıptan sorumlu tutulur⁴⁷.

⁴³ Uçar, 245; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142; Y. 15. HD. 16.5.2001, E. 793, K. 2629 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 360).

⁴⁴ Tandoğan, Borçlar, 215; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142. Bildirime rağmen, inşaat sahibi elverişsiz malzemenin kullanılmasında ısrar eder ve bu yüzden de inşa eserinde ayıp çıkarsa, inşaat sahibi bu sonuca katlanır ve ayıptan dolayı haklardan yararlanamaz. Geniş bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 191.

⁴⁵ Tandoğan, Borçlar, 215; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142; Gökyayala, 795.

⁴⁶ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142; Tandoğan, Borçlar, 215. Keza inşaat sahibinin sağladığı malzeme ve arsanın işlenmesine ilişkin olarak, uzun yıllara dayanan ve müteahhidinkini aşan bir deneyimi bulunduğu durumlarda, inceleme müteahhitten beklenmeyecek derecede zaman kaybını ve masrafa sebep olduğu takdirde, müteahhidin incelemede bulunulması gerekemeyebilir. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 217.

⁴⁷ Tandoğan, Borçlar, 216; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 143.

Müteahhidin, arsanın inşaat elverişsiz olduğunu bildirmesi yeterli olmayabilir. Uzman olmayan inşaat sahibinden, bildirilen elverişsizliğin inşaa eseri üzerindeki etki ve önemi kavramasının dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyeceği hallerde, müteahhit sadece elverişsizliği bildirmekle yetinemez. Müteahhit, ayrıca inşaat sahibini, belirlemiş olduğu elverişsizliğin etkisi hususunda da açıkça ikaz etmelidir. Aksi takdirde inşaa eserindeki ayıptan dolayı sorumlu olur⁴⁸.

d) İnşaa eserindeki ayıbın inşaat sahibine yüklenmesinin mümkün olduğu diğer bazı durumlar

İnşaa eserindeki ayıbın inşaat sahibine isnadı mümkün olduğu hallerin tamamının incelenmesi, çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden ve başka çalışmaların konusu olduğundan, burada sadece, uygulamada çok sık ortaya çıkan bazı durumlar ele alınacaktır. Bunları; inşaat sahibinin müteahhide, malzemenin sağlanması hususunda bağlayıcı talimat vermesi, inşaa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin tavsiye ettiği alt müteahhitten kaynaklanması, inşaa eserindeki ayıbın, inşaat sahibinin hazırladığı veya mimar- mühendisler hazırlattığı inşaat proje ve plânlarındaki yanlışlıklardan doğması ve nihayet, inşaa eserindeki ayıbın önceki müteahhidin ediminden kaynaklanması şeklinde sıralamak mümkündür. Aşağıda söz konusu haller sırasıyla ele alınmıştır.

aa) İnşaat sahibinin müteahhide, malzemenin sağlanması hususunda bağlayıcı talimat vermesi

Bazı hallerde inşaat malzemesinin temin edilmesi müteahhide yüklenmiş olabilir. Böyle bir halde inşaat sahibinin, malzemenin türü veya kimden alınacağı hususunda müteahhide bağlayıcı talimat vermesi mümkündür. İşte söz konusu talimatın varlığı halinde, müteahhidin, malzemenin elverişsizliği veya tavsiye edilen satıcı ya da imalatçının mallarının kalitesinin ayıplı olduğu konusunda inşaat sahibini uyarmalıdır. Ancak bu uyarıya rağmen inşaat sahibi talimatında ısrar ettiği takdirde, müteahhit, söz konusu malzeme yüzünden meydana gelen ayıplardan dolayı sorumlu olmaz⁴⁹. Bu konuda inşaat sahibi daha deneyimli ve bilgili ise, müteahhit, inşaat sahibini uyarmasına gerek olmadan, malzemedeki normal inceleme ile ortaya çıkmış ayıplardan dahi sorumlu tutulamaz⁵⁰.

⁴⁸ Seliçi, İnşaat, 191.

⁴⁹ Tandoğan, Borçlar, 215-216; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 143.

⁵⁰ Tandoğan, Borçlar, 216; Uçar, 250.

bb) İnşaa eserindeki ayıbın inşaat sahibinin tavsiye ettiği alt müteahhitten kaynaklanması

İnşaat sahibi bazen müteahhide belirli bir alt müteahhidin istihdam edilmesi konusunda bağlayıcı talimat verir inşa eserindeki ayıp da söz konusu alt müteahhidin iş yapmasından kaynaklanabilir. Anılan durumda, asıl müteahhit alt müteahhidin yetenekleri ve uygunluğu hakkındaki kuşularını inşaat sahibine bildirmiş ve onu uyarılmış olmasına rağmen, inşaat sahibi bu alt müteahhidin çalıştırılmasında ısrar etmişse, asıl müteahhit söz konusu ayıptan dolayı sorumlu kılınmaz⁵¹. Ancak asıl müteahhit, alt müteahhide usulünce talimat vermediği ve onu gereği gibi gözetimi altında bulundurmadığı takdirde, inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumlu olur⁵².

cc) İnşaa eserindeki ayıbın, inşaat sahibinin hazırladığı veya mimar-mühendisler e hazırlattığı inşaat proje ve plânlarındaki yanlışlıklardan doğması

İnşaa eserindeki ayıp inşaat sahibinin hazırladığı veya mimar-mühendisler e hazırlattığı inşaat projelerindeki ve inşa eserinin diğer teknik belgelerindeki yanlışlıklar sonucunda ortaya çıkmışsa, müteahhit bu ayıplardan dolayı sorumlu olmaz⁵³. Müteahhit açısından plân ve proje, inşaat sahibinin sorumluluğu çerçevesinde meydana gelmektedir. Bu durumda inşaat sahibi, plân ve projedeki yanlışlıklardan doğan ayıplardan dolayı, bunları hazırlayan mimar-mühendisi sorumlu tutabilir⁵⁴. Ancak müteahhit özen borcu ve dürüstlük kuralı gereğince, plân ve projede rastladığı yanlışlıkları inşaat sahibine bildirmekle yükümlüdür. Kural olarak inşaat sahibi tarafından müteahhide verilen plân ve proje, resmî makamlarca onaylanır. Diğer taraftan mimar ve mühendisler inşa eserinin tümünün plânını yapı tekniği kurallarına göre yaparlar. Bu olgular karşısında müteahhit, prensip itibariyle onaylanmış bir projede yanlışlık olmadığını kabul etmekte haklıdır. Plân ve projeleri mimar ve mühendislik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve kurallar açısından üst düzeyde bir denetime tâbi tutması da müteahhitten beklenemez. Ancak plân ve projede göze batacak açık yapı tekniği kurallarına aykırılık varsa veya plân ve projedeki, özellikle detay projelerindeki yanlışlığı müteahhidin özel bilgisi dolayısıyla anlaması

⁵¹ Tandoğan, Borçlar, 216; Uçar, 250; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 143.

⁵² Tandoğan, Borçlar, 216; Uçar, 250.

⁵³ Seliçi, İnşaat, 191; Öz, Eser Sözleşmesi, 111.

⁵⁴ Seliçi, İnşaat, 191; Uçar, 249.

bekleniyor ise, bildirim yükümlünün varlığının kabul edilmesi gerekir. Bu istisnaî durum dışında, müteahhidin plân ve projedeki yanlışlıkları inşaat sahibine bildirme yükümü yoktur⁵⁵.

dd) İnşa eserindeki ayıbın önceki müteahhidin ediminden kaynaklanması

Bazen inşa eseri birbirinin peşi sıra çalışan çeşitli bağımsız müteahhitler tarafından meydana getirilir. Bu durumda önceki müteahhidin işini ayıplı yapması, sonraki müteahhidin yaptığı kısmın da ayıplı olmasına sebep olabilir. Anılan durumda sonraki müteahhit inşa eserindeki önceki müteahhidin ayıplarına vâkif olduğu takdirde, genel özen borcu gereği bunu inşaat sahibine bildirmelidir. İnşaat sahibi gereken önlemleri aldıktan sonra, artık sonraki müteahhidi sorumlu tutmaz⁵⁶. Keza, önceki müteahhidin yaptığı işlerin ayıplı olduğuna vâkif olması, sonraki müteahhitten beklenemez ise, bu durumda da, sonraki müteahhit yaptığı işin ayıplı olmasından sorumlu olmaz⁵⁷. Sonraki müteahhidin, önceki müteahhidin yaptığı işi kendi yapacağı işe elverişliliği açısından incelemesi yeterlidir⁵⁸. Yargıtay, bir kararında kalitesiz beton kullanımı sonucunda inşa eserinin kolonlarındaki çatlaklık ve eleman taşıyıcılarının dayanıksızlığından dolayı sonraki müteahhidi sorumlu tutmuştur. Söz konusu olayda ayıbın önceki müteahhitten kaynaklanmış olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme sonraki müteahhidi sorumlu tutmasının sebebi, bunun basiretli bir tacir gibi davranmaması ve anılan ayıpları inşaat sahibine bildirmemesidir⁵⁹.

Önceki müteahhidin, sonraki müteahhide karşı sorumlu tutulması için, kural olarak inşa eserinde ortaya çıkan ayıbın, teslim sırasında bulunması gerekir. Ancak önceki ayıbın etkisini teslimden sonra göstermesi mümkündür. Bu durumda, teslim sırasında sonraki ayıp henüz doğmamış olmakla birlikte, başka bir deyişle, çekirdeği mevcut olduğundan, sonraki müteahhit sorumluluktan kurtulur ve sorumluluk önceki müteahhide ait olur⁶⁰.

⁵⁵ Seliçi, İnşaat, 191-192; Uçar, 249.

⁵⁶ Tandoğan, Borçlar, 216; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 143-144.

⁵⁷ Tandoğan, Borçlar, 216; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 144.

⁵⁸ Seliçi, İnşaat, 193.

⁵⁹ Y. 15. HD. 4.10.1999, E. 3127, K. 3442 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 357).

⁶⁰ Tandoğan, Borçlar, 216; Uçar, 251.

B. Irak hukukunda

Irak hukukunda da, inşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine isnat edilmesine yol açan sebepler, Türk hukukundaki sebeplerle birçok noktada benzemekle birlikte, aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Aşağıda Irak hukukunda inşa eserindeki ayıpların inşaat sahibine isnat sebeplerinden önem arz edenleri ele alınacaktır.

İnşa eserindeki ayıp, inşaat sahibinin kusurlu davranışından kaynaklandığında, inşa eserinde ortaya çıkan ayıp ile müteahhidin kusurlu davranışı arasındaki illiyet bağı ortadan kalkar⁶¹. Bu açıdan müteahhit inşa eserinde meydana gelen ayıbın, inşaat sahibinin kusurlu davranışından kaynaklandığını ispat ettiği takdirde, sorumluluktan kurtulmuş olur⁶². Müteahhidin kusurunun bulunması ve bu kusurun inşaat sahibinin kusuru ile birlikte, inşa eserindeki ayıbın meydana gelmesine sebep olması halinde, ortak kusurdan söz edilir. Böyle bir halde taraflardan her biri, kusurları oranında, ayıptan dolayı sorumlu olurlar. Anılan durumda inşaat sahibi müteahhitten tazminat talebinde bulunursa, tazminat miktarı hesaplanırken kusuru oranı dikkate alınır⁶³.

Müteahhit, inşa eserinde meydana gelen ayıbın, inşaat sahibinin hazırladığı veya hazırlattığı plândan kaynaklandığını ispatlayarak, sorumluluktan kurtulur. Ancak bu durumda müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, inşaat sahibinin hazırlattığı plânı teslim alırken, incelemede bulunmasına rağmen, ayıbın tespit edilememiş olması gerekir. Bir başka deyişle, müteahhit kendisine verilen plândaki ayıbı haklı olarak tespit edemediğini ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilir⁶⁴. Ancak müteahhit inşaat plânındaki ayıplara vâkıfsa veya vâkif olabiliyorsa ve buna rağmen inşa eserini bu plâna göre meydana getirmişse, müteahhit inşa eserinde ortaya çıkan söz konusu ayıbın tek başına sorumlu olur. Bununla birlikte bazı

⁶¹ Irak Temyiz Mahkemesi'ne göre; inşa eserinin doğru şekilde kullanılmaması sebebiyle yıkılması halinde, müteahhit bu ayıplardan dolayı sorumlu tutulamaz. Zira inşa eserinde ortaya çıkan ayıp, müteahhidin rolü olmadan meydana gelmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi, 6.5. 1971, K. 8/İstinafiye/971 (bkz. Servet, c.1, 150). Ayrıntılı bilgi için bkz. Recep, 123-126.

⁶² Servet, c.1, 151; Recep, 124.

⁶³ Şeneb, 137; el-Senhurî, el-Ukud, 137.

⁶⁴ Aksi görüş için bkz. Servet, c.1, 151. Müteahhidin inşaat plânını uygulaması söz konusu ayıba yola açıp açmayacağı yukarıdaki sonucu değiştirmez.

yazarlar⁶⁵, söz konusu halde ortak kusurdan söz edileceğini ileri sürmektedirler. Zira bunlara göre, zikredilen halde, her iki taraf da kusurludur. Şöyle ki; inşaat sahibinin kusuru ayıplı bir plân hazırlatmasıdır. Müteahhidin kusuru ise, bu plândaki ayıbı bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen, inşa eserini ayıplı plâna göre meydana getirmesidir.

Kanaatimizce, müteahhit plândaki ayıbı bilerek inşa eserini yapmışsa, kendisinin tek başına sorumlu tutulması gerekir. Zira genelde müteahhit, teknik bir konu olan inşaat konusunda, inşaat sahibinden daha bilgili ve tecrübelidir. Onun için, burada sözleşmenin zayıf tarafı olan inşaat sahibini korumak gerekir⁶⁶. Bununla beraber, inşaat sahibinin müteahhitten daha fazla teknik bilgi ve tecrübeye sahip olduğu durumlarda, müteahhit haklı olarak, inşaat sahibine güvenmiş ve plânu muayene etmemiş ise, bu durumda da, müteahhidin sorumlu olmaz.

İnşa eserindeki ayıp inşaat sahibinin sağladığı ayıplı malzemeden kaynaklanıyorsa, müteahhidin sorumluluğunun söz konusu olmaz. Ancak bu durumda müteahhidin sorumluluğu doğmaması için, malzemedeki ayıbı bilmiyor veya gereken muayeneyi yapmasına rağmen bulamamış olması gerekir. İnşaat sahibi birinci sınıf çimentoyla, kalitesiz bir çimento karışımını veya kaliteli alçı ile kalitesiz alçı karıştırarak teslim etmesi buna misal olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda, müteahhit bu malzemeleri teslim aldığı anda muayene etmesine rağmen, malzemelerin ayıplı olduğuna vâkıf olamayabilir. Dolayısıyla inşa eserinde kullanılan bu malzeme yüzünden inşa eserinde ayıp meydana gelirse, müteahhit sorumluluktan kurtulmuş olur. Özellikle, inşaat sahibinin teknik açıdan müteahhitten daha üstün olması halinde, bu durum gündeme gelmektedir⁶⁷. Müteahhidin inşa eserinde kullanılacak olan malzemedeki ayıplara vâkıf olması hainde, inşaat sahibinin inşa eserinde kullanılmak üzere sağladığı malzeme konusunda, onu uyarması yeterli olmayıp, bu malzemelerin kullanılmasını reddetmesi de şarttır⁶⁸.

IMK. m. 870/I'de; "*Müteahhit ve mimar meydana getirdikleri bina ve diğer sabit inşa eserlerinin küllî ve cüzî göçmesinden, ... ayıp, üzerinde yapılan arsadan*

⁶⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 138; geniş bilgi için bkz el-Senceklî, 71-72.

⁶⁶ Aynı Görüşte el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 264.

⁶⁷ Irak Temyiz Mahkemesi, 15. 1. 1970, K. 18./İstinafiye/1971 (Karar için bkz. el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 263).

⁶⁸ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 265. Bunun aksine, bazı yazarlar, anılan durumda müteahhidin tek başına değil, inşaat sahibi ile birlikte sorumlu olacağını savunmaktadırlar. Bkz. Şeneb, 138; el-Senhurî, el-Ukud, 137.

kaynaklansa veya inşaat sahibi ayıplı bir inşaatın meydana getirilmesine izin vermiş olsa bile sorumludur” hükmü yer almaktadır. Madde hükmüne dayanarak, müteahhit, inşa eserindeki ayıp, arsanın ayıplı olmasından kaynaklansa dahi, müteahhit sorumlu tutulur. Böyle bir halde, arsanın müteahhit veya inşaat sahibi tarafından sağlanmış olması sonucu değiştirmez. Bu itibarla, müteahhit inşa eserini meydana getirmesinden önce, arsanın inşaatta elverişli olup olmadığını incelemelidir. Kanunkoyucu bu hükmü kabul ederken, müteahhidin inşaat sahibine nispeten üstün bir tecrübeye ve inşaat konusunda teknik bilgiye sahip olup, inşaat sahibinde bu vasıfların genel olarak bulunmadığını göz önünde tutmuştur⁶⁹. İMK. m. 870 hükmü gereğince, ayıplı inşa eserinin yapılması için inşa eserinin izin vermesi halinde de, müteahhit bu ayıpları tek başına tekeffül eder. Dolayısıyla, anılan durumda izin vermiş olması, inşaat sahibine bir kusur olarak yükletilmez⁷⁰.

Yukarıda anılan hüküm gereğince; inşaat sahibinin inşa eserinin ayıplı bir şekilde gerçekleştirilmesine yol açacak şekilde veya ayıplı malzeme ya da ayıplı plân kullanması hususunda, talimat verdiği durumda, müteahhit, inşaat sahibinin bu konudaki ısrarlı tutumuna uyararak ayıplı bir inşaat meydana getirirse, müteahhit ayıptan sorumlu olur⁷¹. Ancak, söz konusu halde, inşaat sahibi, müteahhitten daha üstün bir teknik bilgi seviyesine sahip ise, -meselâ inşaat sahibinin mimar olması halinde- inşaat sahibi tek başına sorumlu olur. Zira bu durumda, müteahhidin kusurlu olduğu kabul edilemez⁷². Dolayısıyla, inşaat sahibinin müteahhitten daha üstün bir bilgisi olması durumu hariç olmak üzere, müteahhit ayıplı inşa eseri inşaat sahibinin talimat doğrultusunda meydana getirdiğini isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz⁷³. Bu açıdan anılan durumlarda, müteahhit inşaat sahibinin inşaat usûlüne aykırı olan

⁶⁹ Servet; c.1, 152; el-Senhurî, el-Ukud, 138-139.

⁷⁰ Servet; c.1, 152; el-Senhurî, el-Ukud, 138-139.

⁷¹ Aksi görüş için bkz. Şeneb, 137-138; Servet; c.1, 152-153; el-Senhurî, el-Ukud, 138-139. Bu yazarlara göre, anılan durumda ortak kusur söz konusu olur.

⁷² Mısır Nakız Mahkemesi, bir kararında, inşaat konusunda daha üstün bir seviyeye (teknik, bilgi ve tecrübeye) sahip olup, hatalı plânı kullandırması sebebiyle, inşa eserinde meydan gelen ayıptan dolayı, inşaat sahibi olan belediyeyi sorumlu tutmuştur. Mısır Nakız Mahkemesi, 8.11.1966, Rakam 440 (Karar için bkz. el-Durî, Mesuliyet’i-Mukavil, 265-266).

⁷³ Bu durum idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde farklıdır. Zira idare genel olarak inşaat konusunda teknik bilgiye sahip olan mimar veya mühendisleri istihdam etmektedir. Dolayısıyla idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde müteahhit inşaat sahibi idarenin talimatına uyararak meydana getirdiği ayıplı inşa eserinden dolayı sorumlu olmaz. Geniş bilgi için bkz. Servet, c.1, 152-153 ; el-Durî, Mesuliyet’i-Mukavil, 267-268.

talimatlarına itirazda bulunmalı veya gerektiğinde bu talimatların yerine getirilmesinden imtina etmelidir⁷⁴.

III. İnşaat Sahibinin İnşa Eserini Ayıplı Olarak Kabul Etmesi Hali

A. Türk hukukunda

TBK. m. 362/I, c.1'd ; “*Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, inşaat sahibinin inşa eserini kabulü; müteahhidin inşa eserini sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirdiği ve kendisinin inşa eserinin ayıplı olduğu iddiasını ileri süremeyeceği anlamına gelen bir irade açıklaması niteliğindedir. Bu itibarla, denilebilir ki, kabul eksik bir hukukî işlemi veya hukukî olguyu sıhhate kavuşturucu niteliğe sahiptir. Buna göre, inşaat sahibinin inşa eserini kabul etmesiyle birlikte, sözleşmenin inşa eserinde bulunan ayıp yüzünden kötü ifa edilmiş olduğu olgusu düzeltilmiş sayılır. Böylece inşa eserindeki ayıba rağmen, müteahhit edimini hukuken tam olarak ifa edilmiş sayılır⁷⁵. Bu sebeple, inşaat sahibi inşa eserini kabulden tek taraflı olarak geri dönemez. Ancak kabulün ihtirazî kayıtla beyan edilmesi de mümkündür. Böyle bir halde inşaat sahibi inşa eserinde belirttiği düzeltmelerin yapılması kaydıyla, inşa eserini kabul ettiğini beyan eder. Söz konusu düzeltmeler yapılmadığı takdirde, şart yerine getirilmediği için, inşaat sahibi inşa eserini kabul etmiş sayılmaz⁷⁶. Doktrinde özellikle Öz'e göre, artma tehlikesi taşıyan bir ayıbın belli bir niteliğe ulaşmaması şartıyla, eserin kabulü, şartlı kabule misal teşkil eder.

Kanaatimize göre, inşaat sahibinin “*ayıbın giderilmesi şartıyla*” inşa eserini kabul etmesi, gerçek anlamda bir kabul değildir. Burada inşa eseri kabul edilmeyip, doğrudan doğruya TBK. m. 360'daki seçimlik haklardan ayıbın giderilmesi hakkını kullanmış sayılmalıdır. Zira bu hak kullanıldıktan sonra ayıp giderilmezse, inşaat sahibi, zaten diğer seçimlik haklarını, yani sözleşmeden dönme veya ücretten indirilmesini talep etmeyi kullanabilmektedir. İnşaat sahibinin inşa eserini kabul

⁷⁴ Servet, c.1, 153.

⁷⁵ Seliçi, İnşaat, 199; Öz, Eser Sözleşmesi, 119; Kural/Kılıçbay/İzmir, 564.

⁷⁶ Seliçi, İnşaat, 199; Turanboy, 183. Kabul beyanı müteahhit tarafından öğrenildikten sonra artık geri alınmaz ve bu surette ayıptan doğan haklar canlandırılmaz. Fakat kabul beyanının iradeyi sakatlayan sebeplerden biriyle sakat olduğunun ispat edilmesi ile, söz konusu sonuçların ortadan kaldırılması mümkündür. Bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 120. YHGK. 16.4.1997, E. 15-36, K. 336 (KBİB, 818/m. 362).

etmesi, müteahhidi ayıptan dolayı sorumluluktan kurtarır ve inşaat sahibine TBK. m. 360'da tanınan haklar, ortadan kalkar⁷⁷.

Doktrinde, meydana getirilen inşa eserinin, fiilen teslim alınmış olması ve zilyetliğin inşaat sahibine geçmiş olmasının, mutlaka, onun kabulü (*Genehmigung*) anlamına gelmediği kabul edilmektedir⁷⁸. Kanunkoyucu, inşa eserine kabulün etkisi açısından, açık ayıp ile gizli ayıp ayrımı yapmıştır. İnşaat sahibinin inşa eserini kabul etmesiyle birlikte, müteahhit, açık ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, inşaat sahibinin inşa eserini kabulü, müteahhidin gizli ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

1) Açık ayıplarda inşa eserinin kabulü

Açık ayıplar, daha önce de belirtildiği gibi, inşa eserinin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan veya zamanında usûlüne uygun bir muayene sonucu bütün kapsam ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır. Bu itibarla, inşaat sahibi TBK. m. 360 göre, ayıptan doğan haklarını kullanabilmek için, inşa eserini teslim aldığı sırada özenli bir şekilde muayene etmek ve bunun sonucunda tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır. Zira inşaat sahibi, inşa esersini kabul ettikten sonra, açık ayıplardan dolayı, TBK. m. 360'da kendisine tanınan hakları kullanamaz⁷⁹.

Kabul bir irade beyanı olduğu için, inşaat sahibi, bunu açıkça veya zımnen belirtebilir. İnşaat sahibi, inşa eserinden memnun kaldığını müteahhide mektupla bildirmesi, açık kabule misal teşkil eder. Zımni kabul ise, hal ve şartlara göre tespit edilir. İnşaat sahibinin inşa eserindeki ayıbı bildirmesine rağmen, buna ses çıkarmaması, söz konusu duruma misal teşkil edebilir⁸⁰. TBK. m. 362/II'ye göre; inşaat sahibinin inşa eserindeki ayıplardan doğan haklardan yararlanabilmesi için,

⁷⁷ Seliçi, İnşaat , 198; Tandoğan, Borçlar, 216; Turanboy, 183; Aral, Borçlar, 368; Öz, Eser Sözleşmesi, 119. Burada müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için gerekli tüm şartlar mevcuttur. Bu itibarla müteahhidin sorumluluğu doğmuş olup, kabul, doğmuş olan sorumluluğu kaldırır. Bu sebeple, İsviçre hukukunda, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yitirilmesini ifade etmek için, "*kaybetme, mahrûm kalma (=Verwirkung)*" terimi kullanılmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Burcuoğlu, 303. Y. 15. HD. 19.10.1989, E. 1002, K. 3312; Y. 15. HD. 3.10.1990, E. 374, K. 3790 (kararlar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7971-7972).

⁷⁸ Tandoğan, Borçlar, 217.

⁷⁹ Turanboy, 183. İnşaatın kabulü her aşamada mümkündür. İnşaat sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi daha sonra, hatta muayene ve ayıp ihbarını takiben ayıplı eseri kabul edebilir. Bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 120.

⁸⁰ Turanboy, 183; Burcuoğlu, 303.

muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması gerekir. Bunları yerine getirmemiş inşaat sahibi, inşa eserini zımnen kabul etmiş sayılır⁸¹.

İnşaat sahibinin, inşa eserini kabulü ile müteahhidin sorumluluktan kurtulmasının sonucunun kapsamı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kabul ile inşaat sahibi, TBK. m. 360'daki seçimlik haklarını ve ayıba bağlı zararın tazminini talep edemez. Bunun dışında, inşaat sahibinin lehine doğabilecek ayıba bağlı zarar dışındaki hakları, meselâ, teslimin gecikmesi dolayısıyla tazminat isteme veya inşa eserinin bir kısmının teslimi dolayısıyla, ücretin bir kısmını geri isteme hakkı ortadan kalkmaz⁸². Buna karşılık, uygulamada ihtirazî kayıt ileri sürmeden kabul edilen inşa eseri hakkında, gecikme tazminatı ve gecikmeden dolayı cezaî şart talep hakkının da düştüğü kabul edilmektedir⁸³. Böyle bir sonucun dayanağının TBK. m. 362'den ziyade, TBK. m. 415'deki genel kural olduğunu söylemek mümkündür⁸⁴. İnşaat sahibinin inşa eserini ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi halinde, müteahhit sözleşmeyi gereği gibi ifa etmiş sayılır⁸⁵. Böyle bir halde sözleşme ifa ile sona erer. Gereği gibi ifa edilen ve sona ermiş bir sözleşmeye dayanılarak taleplerde bulunmak mümkün değildir. Diğer taraftan, cezaî şart, TBK. m. 160/II'e göre, asıl alacağa bağlıdır. Bunun sonucu olarak, asıl borcun sona ermesi halinde, saklı tutulmayan cezaî şart da düşer⁸⁶.

Kanaatimizce, sağlam gerekçelere dayandığı ve daha doğru sonuçlar doğurduğundan, birinci görüşe katılmakta fayda vardır. Zira TBK. m. 362 hükmüne göre, inşa eserini kabul eden inşaat sahibi sadece ayıptan doğan haklardan vazgeçmektedir. Halbuki, ayrıca açık bir irade beyanıyla vazgeçtiğini belirtmediği takdirde, iş sahibinin kabul ile ayıba bağlı olmayan haklardan vazgeçtiği ileri sürülmez. Böylece bu durumda ayıba bağlı olmayan diğer haklar düşmez.

İnşaat sahibinin inşa eserini muayene ederek bunu kabul etmesi, müteahhidin inşa eserindeki açık ayıplardan dolayı sorumluluğu ortadan kaldırır. Ancak, inşaat sahibinin inşa eserini usûlüne uygun bir şekilde muayene ederek kabul etmesine

⁸¹ Burcuoğlu, 304; Turanboy, 183. TBK. m. 362/II'de "eğer iş sahibi, kanunen tayin olunan muayene ve ihbarî ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır" hükmü yer almaktadır. Y. 15. HD. 29.1.1992, E. 3607, K. 256 (KBİB, 818/m. 362); Y. 15. HD. 6.6.1989, E. 1355, K. 2675 (KBİB, 818/m. 364).

⁸² Burcuoğlu, 304; Seliçi, İnşaat, 200; Uçar, 256.

⁸³ Y. 15. HD. 6.10.1986, E., 861, K. 3147 (YKD Şubat 1987, C. 13, S. 2, 272-273); Y. 15 HD. 22.2.1977, E. 3167, K. 391(bkz. Uçar, 256); Tandoğan, Borçlar, 218-219.

⁸⁴ Seliçi, İnşaat, 200; Uçar, 256.

⁸⁵ Y. 15. HD. 22.11.1990, E. 3773, K. 5000 (KBİB, 818/m. 362).

⁸⁶ Seliçi, İnşaat, 200-201; Uçar, 256.

rağmen, vâkıf olamadığı, müteahhitçe bilindiği ve kasden saklanan ayıplardan dolayı, müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁸⁷. Burada, müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, inşa eserinin teslimi sırasında ayıbı biliniyor olması ve bu hususta inşaat sahibine bilgi vermeyerek, kasden susmuş olması gerekir⁸⁸. Bu gibi durumlarda kastın varlığını, inşaat sahibi ispat etmek zorundadır. Müteahhidin, inşaat sahibinin kabulüne rağmen bildiği, ancak kasden bildirmediği açık ayıplardan dolayı sorumlu tutulmasının hukukî sebebi, müteahhidin bu tür ayıpların bildiriminin dürüstlük kuralından doğan bir yan borç olması ve kendisinin bu borcu yerine getirmemesidir⁸⁹. Müteahhidin, kontrol mühendisiyle ayıbı saklı tutmak için anlaşmış olması veya müteahhidin inşa eserindeki ayıpları örtecek usûllere başvurmuş olması, kasden saklanan ayıplara misal teşkil edebilir⁹⁰.

2) Gizli ayıplarda inşa eserinin kabulü

Yukarıda da açıklandığı gibi; gizli ayıplar teslim sırasında göze çarpmayan, usûlüne uygun biçimde muayene edilmesine rağmen farkedilemeyen, ancak kullanılmakla ortaya çıkan ayıplardır. Gizli ayıplar; teslim sırasında inşa eserinde bulunmasına rağmen, özenli bir muayene ile öğrenilemeyen ayıplar (basit gizli ayıplar) veya teslim sırasında çekirdeği bulunan ve daha sonra (teslimden sonra) fark edilen ayıplar veyahut teslim sırasında bulunan ayıpların etkisiyle doğan ayıplar yani ikincil ayıplardır⁹¹.

İnşaat sahibi, inşa eserini kullanması sonucunda, gizli ayıpların ortaya çıkması halinde, bunları öğrenmesinin ardından derhal müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi, öğrendiği bu gizli ayıpları müteahhide derhal bildirmediği takdirde,

⁸⁷ Burcuoğlu, 304; Seliçi, İnşaat, 202. Y. 15. HD. 22.2.1977, E. 3167, K. 391(karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 7972-7973). TBK. m. 362/1'e göre "...ancak müteahhidin kasden sakladığı usulü inşaat sahibini kabulüne rağmen veçihle muayenesinde müşahede edilemeyecek olan kusurları hakkında, mes'uliyeti bakidir".

⁸⁸ Seliçi, İnşaat, 201-202; Burcuoğlu, 304. Böylece burada müteahhidin bu ayıpları inşaat sahibine bildirmede ihmali değil, bunların (ayıpların) bilinçli olarak açıklanmaması söz konusudur Tandoğan, Borçlar, 219.

⁸⁹ Seliçi, İnşaat, 202; Burcuoğlu, 304; Tandoğan, Borçlar, 219. Teslimde kendisini temsil eden veya teslimde kendisiyle birlikte katılan yardımcıların ayıbı kötü niyetle saklanması halinde, müteahhidin bunu bilmese bile, ayıpları kendisi kasten gizlemiş gibi sorumlu tutması gerekir. Zira müteahhidin yetersiz haber almasından doğan tehlikenin iş sahibine yükletilmesi haklı görülemez. Tandoğan, Borçlar, 219.

⁹⁰ Tandoğan, Borçlar, 219. Yargıtay kasden saklanan açık ayıpları gizli ayıplarla eşit tutmaktadır. Y. 15. HD. 24.10.1974, E. 1480, K. 1316. Karar için bkz. Seliçi, İnşaat, 202.

⁹¹ Tandoğan, Borçlar, 220.

inşaatı bu ayıplarla birlikte kabul etmiş sayılır. Çünkü, inşaat sahibinin gizli ayıpları öğrenmesiyle, bunları müteahhide bildirmemesi, bir zımnî kabul sayılmaktadır.

İnşaat sahibinin, inşa eserindeki gizli ayıpları öğrendikten sonra, bunları açıkça da kabul etmesi de mümkündür⁹². Gerçekten de, TBK. m. 362/III'ye göre; inşaat sahibi, inşa eserindeki gizli ayıpları öğrendikten sonra kabul ederse, ayıptan doğan seçimlik haklarını ve ayıptan doğan zararların tazmini talebinde bulunamaz⁹³. Ancak müteahhit ikincil ayıplar ve kasden gizlediği ayıplar için sorumluluktan kurtulamaz⁹⁴.

Gizli ayıplara ilişkin ihbar külfetinin müteahhidin kasden sakladığı ayıplarda da inşaat sahibi öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmesi gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müteahhitçe, kasden saklanan ayıplar ortaya çıkınca, inşaat sahibi tıpkı gizli ayıplarda olduğu gibi bunları öğrenir öğrenmez, müteahhide bildirmek zorundadır. Bu durumda müteahhit ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde, kendisine TBK. m. 360'da tanınan hakları kaybeder⁹⁵. Diğer bir görüşe göre, TBK. m. 362/III ve I hükümleri birlikte yorumlanmalıdır. Buna göre, kötü niyetli saklama halinde, ihbar yerine getirilmezse, ayıptan doğan hakların kaybedilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁶. Böyle bir halde, inşa eserinde kasden saklanan ayıpların müteahhide bildirilmesine gerek duyulmamasının sebebi, müteahhidin önceden kendi sakladığı ayıbı bilmesidir. Bu sebeple, bu tür ayıpların yeniden bildirilmesine gerek yoktur. Aksi halde müteahhidin kötü niyetine prim verilmiş, hileli davranışları korunmuş olur. Halbuki, kanunkoyucunun söz konusu hallerdeki amacı bu değildir⁹⁷.

Kanaatimizce, yukarıdaki görüş sağlam gerekçelere dayanmaktadır. Gerçekten de, müteahhidin kasden sakladığı ayıplara ilişkin olarak, inşaat sahibine ayıptan dolayı tanınan hakları kullanabilmesi için, bu ayıpları öğrenir öğrenmez, kötü niyetli müteahhide bildirmezse dahi, söz konusu hakları kullanabilmesi gerekir. Aksine sonuçlar, hileli davranışların korunması anlamına gelir.

⁹² Öz, Eser Sözleşmesi, 120; Tandoğan, Borçlar, 221.

⁹³ Tandoğan, Borçlar, 220.

⁹⁴ Tandoğan, Borçlar, 220; Burcuoğlu, 305; Uçar, 257-258. İhbar külfetinin zamanında yerine getirilmediğini ileri sürmek müteahhide aittir. Buna karşılık, inşaat sahibinin bu yükümlülüğü vaktinde yerine getirdiğini ispatlaması gerekir. Müteahhit ayıbın gizli değil, açık olduğunu iddia ederse, bunun isbatı da kendi üzerindedir. Tandoğan, Borçlar, 222.

⁹⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 202, Kurak /Kılıç/İzmir, 564.

⁹⁶ Seliçi, İnşaat, 202-203; Tandoğan, Borçlar, 221; Uçar, 260.

⁹⁷ Seliçi, İnşaat, 203; Uçar, 260.

Burcuoğlu'na göre, kasden saklanan ayıplardan dolayı müteahhidi sorumlu tutmak için, inşa eserindeki ayıbın müteahhitçe kötü niyetle saklanmış olması şartı gereksiz ve yersizdir. Zira Kanun metninde böyle bir şart bulunmamaktadır. Ayrıca müteahhidin susmasının, kötü niyetle gerçekleşmiş olması şartının aranması, kanunî düzenleme ile çelişir. Çünkü, kanunî düzenleme inşaat sahibine, istisna sözleşmesinde müteahhide kendisinden kaynaklanan ayıplar bir yana, inşaat sahibine yükletilebilecek ayıpları dahi, müteahhide bildirme yükümünü öngörmüştür. Bu sebeple, müteahhit, inşa eserindeki ayıp kendisinden kaynaklandığı halde bilinçli olarak ayıbı inşaat sahibine bildirmemesinde müteahhidi sorumlu tutmak için, bir de kötü niyetli olması şartını aramak kabul edilmez⁹⁸. Biz de müteahhidin inşa eserinde kasden saklanan ayıplar açısından kötü niyetli veya iyi niyetli olup olmadığının araştırmaması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁹.

B. Irak hukukunda

Irak hukukunda da, Türk hukukunda olduğu gibi, inşa eserinin kabulü, müteahhitçe inşa edilen inşa eserini muayene ederek, bunun, üzerinde anlaşılan, doğru biçimde ve teknik usüllere uygun bir şekilde gerçekleşmiş olduğunu inşaat sahibinin ikrarıdır. Irak hukukunda da, inşaat sahibi, inşa eserindeki açık ayıpları kabul etmesiyle birlikte, müteahhit açık ayıplardan dolayı sorumlu olmaz. Bu hüküm kanunda (IMK. m. 875/I) yer almakla birlikte, Medenî Kanun'un genel kurallarına da uymaktadır. Bu sebeple, inşaat sahibi, inşa eserindeki ayıbı bilerek, ihtirazî kayıt koymadan kabul etmesi, ayıpların inşa eserini etkilemediğini veya değerini düşürmediğini, sonuçta da ayıptan dolayı kendisine tanınan haklardan feragat ettiği anlamına gelmektedir¹⁰⁰.

Gizli ayıpların kabulü açısından da, Irak hukuku Türk hukukundan pek farklılık arz etmemektedir. Gerçekten de, IMK. m. 875/II'ye göre, inşaat sahibi, gizli ayıpları teslim zamanında vâkıf olmayıp, inşa eserini kullanarak söz konusu ayıpları öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmelidir. İnşaat sahibi, inşaatı kullanarak

⁹⁸ Burcuoğlu, 304-305.

⁹⁹ Uçar, 259; Karşı görüş için bkz. Tandoğan, Borçlar, 219.

¹⁰⁰ Mübarek/el-Mulla Huveys/ el-Fetlavî, 434; Şeneb, 118.

öğrendiği ayıpları müteahhide bildirmezse, inşaatı ayıplı şekliyle kabul etmiş sayılır¹⁰¹.

Irak hukukunda da, müteahhit inşa eserindeki ayıpları kasden sakladığında, inşaat sahibi inşa eserini teslim almış olmasına rağmen, kendisine ayıptan dolayı tanınan hakları müteahhide karşı ileri sürebilir¹⁰².

Yukarıdaki hükümler düzenleyici kural niteliğinde olup, taraflar bunun aksini her zaman kararlaştırabilirler. Bu sebeple, tarafların, kabul açısından müteahhidin sorumluluğunu hafifletebilmeleri mümkün olduğu gibi, ortadan kaldırmaları da mümkündür. Ancak bunun iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birinci istisna, müteahhidin inşa eserindeki ayıbı kasden saklamış olması veya ayıp müteahhidin ağır kusurundan doğmuş bulunmasıdır. Böyle bir halde, müteahhidin sorumluluğu taraflarca anlaşılabilir olarak azaltılamaz veya tamamen kaldırılamaz. İkinci istisna ise, İMK. m. 870'de öngörülen, müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıpların bulunması halidir. Bu hüküm emredici nitelikte olup, taraflar bunun aksini kararlaştıramaz (İMK. m. 870)¹⁰³.

IV. Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması Hali

A. Türk hukukunda

1) Genel olarak

Özel hukukta iki ayrı zamanaşımı vardır. Bunlardan biri kazandırıcı zamanaşımı (iktisabî müruruzaman), diğeri ise hak düşürücü yani zamanaşımıdır (ıskatî müruruzaman)¹⁰⁴. Kazandırıcı zamanaşımı, eşya hukukuna has bir kavramdır. Buna göre, sürenin geçmesiyle birlikte, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, bir aynı hak kazanılır¹⁰⁵. Buna karşılık, hak düşürücü (ıskatî) zamanaşımı ise, borçlar hukukuna has bir deyim olup, alacaklının hakkını, belli bir süre içinde kullanmaması halinde, bu hakkı dava edememesidir. Böylece zamanaşımı süresinin geçmesi sonucu alacak hakkının varlığı değil, dava edilebilirliği ortadan kalkar¹⁰⁶.

¹⁰¹ Mübarek/el-Mulla Huveys/ el-Fetlavî, 434; Şeneb, 118.

¹⁰² Mübarek/el-Mulla Huveys/ el-Fetlavî, 434.

¹⁰³ el-Durî, Mesuliyet'el-Mukavil, 275; Sahih, S, 117 vd.

¹⁰⁴ Düşürücü zamanaşımı TBK. m. 125-140'da düzenlenmiştir.

¹⁰⁵ Uçar, 261; Oğuzman/Öz, 448; Başpınar, Zamanaşımı, 90. Eşya hukukunda kazandırıcı zamanaşımı TMK. m. 712, 713, 714 ve 777'de düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ Eren, Borçlar, 1233-1234; Oğuzman/Öz, 448; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1030; Von Tuhr, 687; Uçar, 261; Başpınar, Zamanaşımı, 90. Zamanın haklar üzerinde iki türlü etkisi vardır. Bunlardan

İnşaat sözleşmelerinde inşaat sahibinin, müteahhidin ayıplı inşaat meydana getirmesinden doğan haklarını kullanabilmesi için, zamanaşımı sürelerinin geçmemiş olması gerekir. İstisna sözleşmesine ilişkin zamanaşımı hükümleri TBK. m. 363'de düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; *“yapılan şeyin kusurlu (ayıplı) olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin (alıcının) haklarının tâbi olduğu müruruzaman hükmüne tâbidir. Fakat gayrimenkul inşaat müteallik kusurlardan (ayıplardan) dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tâbidir”*. Bu maddenin birinci fıkrası ile, meydana getirilen inşaa eserinin ayıplı olması halinde, inşaat sahibinin sahip olduğu haklar, satım sözleşmesinde alıcının haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine bağlı kılınmıştır. TBK. m. 363/I'de alıcının haklarının zamanaşımına yapılan atıf, yalnız TBK. m. 207'ye değil, aynı zamanda taraflar tacir ise, TTK. m. 25 b. 4'e ilişkin olduğu için, ticarî istisna sözleşmelerinde, ayıptan doğan hakların zamanaşımı teslimden itibaren altı ay olarak kabul görülmektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, taşınmaz inşaat sahibinin ayıplar sebebiyle haiz olduğu hakların, müteahhide ve inşaatı katılan mimar-mühendise karşı ileri sürülmesini taşınmaz inşaa eserini teslim aldığı tarihten (tesellümden) itibaren beş yıllık bir zamanaşımı süresine tâbi kılınması kabul edilmiştir. TBK. m. 363'de düzenlenen zamanaşımı süreleri eserin ayıplı olmasından dolayı, inşaat sahibi lehine doğan haklara ilişkindir. Bu sebeple, müteahhidin inşaat sahibine olan haklarına ilişkin olarak TBK. m. 363 hükümleri uygulanmaz¹⁰⁷.

Kanunkoyucu istisna sözleşmesinde zamanaşımı açısından özel bir hüküm (TBK. m. 363) getirmiştir. Ancak, bu özel hükümle birlikte, bazı durumlarda genel hüküm niteliğinde olan TBK. m. 125 vd.'da düzenlenen zamanaşımı süreleri de inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Müteahhidin inşaa eserindeki ayıpları kasden saklaması halinde, genel hükümdeki (TBK. m. 125) on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır¹⁰⁸.

birincisi, zamanın hakkı düşüren etkisidir. İkinci etki ise, hakkı engelleyen etkidir. Birincisinde belli bir zamanın geçmesiyle hak kesin olarak ortadan kalkar. İkincisinde ise, hak ortadan kalkmaz; ancak hak sahibinin bunu ileri sürmesi halinde hakkı engellenir. Zamanaşımı, yukarıda sayılanlardan ikinci anlamda süre aşımı olup, hukukî niteliği itibarıyla bir def'i ifade eder. Eren, Borçlar, 1233.

¹⁰⁷ Seliçi, İnşaat, 203; Tutumlu, 21; Dayınlarlı, Temerrüt, 188 vd.; Bekri, Hizmet Akdi, 1016.

¹⁰⁸ İnşaa eserini teslim sözleşmesinde, inşaa eserindeki ayıp malzemededen kaynaklanıyorsa, müteahhidin sorumluluğu TBK. m. 359 vd. hükümlerine tâbi olacağından, burada da TBK. m. 363'deki zamanaşımı süreleri uygulanır.

2) Zamanaşımının konusu olan haklar

Zamanaşımı, kural olarak sadece alacak haklarında söz konusu olur. Bunun dışındaki haklar özellikle aynî haklar, kişilik hakları, fikrî haklar, üyelik hakları ve yenilik doğuran (inşai) haklar, zamanaşımına tâbi değildir. Bu haklardan olan aynî hakta, düşürücü zamanaşımı değil, kazandırıcı zamanaşımı söz konusu olur (TMK. m. 712, 713, 714 ve 777)¹⁰⁹. Böylece bir sürenin geçmesiyle ve kanunda öngörülen diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, mülkiyet hakkı kazanılmaktadır¹¹⁰. Yenilik doğuran (inşai) haklar ise, kural olarak zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tâbidir¹¹¹. Yenilik doğuran hakların zamanaşımı sürelerine bağlı olmaması, bu hakların, karşı tarafa varması gerekli olan irade beyanıyla kullanılmasından, başka bir deyişle, arzu edilen hukukî sonucun, hak sahibinin irade beyanıyla meydana getirilmesinden doğmaktadır. Böylece, karşı tarafın hukukî durumundaki değişiklik, bu hakkın kullanılmasıyla kendiliğinden meydana gelir. Beyanın muhatabı, yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucu hukukî durumunda meydana gelen değişikliğe katlanmak zorundadır. Bu sonuçların doğması için muhatabın (borçlunun) bu beyanı kabul etmesi şart değildir¹¹².

Kanun, bir yenilik doğuran hakkı zamanaşımına tâbi tutmuşsa, yenilik doğuran hak değil, fakat bu hakkın kullanılmasından doğan alacak hakkı, zamanaşımına tâbi tutulmaktadır. Bu sebeple, yenilik doğuran hak değil, fakat bu hakkın kullanılmasından doğan alacak hakkı zamanaşımına uğrar¹¹³. TBK. m. 360'da inşa eserindeki ayıptan dolayı inşaat sahibine tanınan seçimlik haklar, nitelikleri itibariyle yenilik doğuran haklardır. Gerçekten de, söz konusu haklar, nitelikleri icabı zamanaşımına uğramaz¹¹⁴. Bu sebeple, TBK. m. 363'e göre zamanaşımına tâbi olan;

¹⁰⁹ Aynî haklarda süre, alacak haklarında olduğunun aksine, hak düşürücü veya hak zayıflatıcı etkiye sahip olmayıp, kazandırıcı bir etkiye sahiptir. Eren, Borçlar, 1234-1235.

¹¹⁰ Eren, Borçlar, 1235; Oğuzman/Öz, 447; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1030.

¹¹¹ Hak düşürücü süre niteliği itibariyle bir itirazdır. Bununla talep edilen hakkın ortadan kalktığı ileri sürüldüğü için, bu bir olgudur ve taraflar ileri sürmezlerse dahi hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulur. Eren, Borçlar, 1270.

¹¹² Eren, Borçlar, 63; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, 226.

¹¹³ Eren, Borçlar, 1234; Tandoğan, Borçlar, 227; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, 227; Öz ve Burcuoğlu,, bu görüşü, pek gerçekçi olmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Adı geçen yazarlara göre; zamanaşımına uğrayan alacak hakkı ortadan kalkmayıp, salt borçluya bir def'i imkânı vereceğine göre, buna bağlı yenilik doğuran haklar da ortadan kalkmayıp, sadece def'i ile karşılaşılabilecektir. Geniş bilgi için bkz. Öz; Eser Sözleşmesi, 128-129; Burcuoğlu, 329-330.

¹¹⁴ Zira yenilik doğuran haklar hak düşürücü süreye bağlıdır.

bu haklar değil, söz konusu seçimlik hakların kullanılmasıyla ortaya çıkan alacak hakkıdır.

Yukarıda sözü edilen seçimlik hakların kullanılmasıyla doğan alacak haklarının yanında, inşaat sahibinin, bir alacak hakkı niteliğinde olan ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminin talep hakkına da TBK. m. 363'deki zamanaşımı hükümleri uygulanır¹¹⁵. TBK. m. 363'deki sürelerin geçmesiyle bu alacak hakkının içinde bulunduğu yenilik doğuran haklar da dava edilebilir. Ancak, bu durumda karşı taraf (müteahhit) zamanaşımı def'i'ni ileri sürebilir¹¹⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmamasına rağmen, doktrinde zamanaşımı süresinin, inşa eserinin inşaat sahibince sözleşmeye uygun olduğunun kabulünden (*Genehmigung*) değil, eserin teslim alınmasından (*Abnahme*) itibaren işlemeye başladığı kabul edilmektedir¹¹⁷ (TBK. m. 128). Teslim olgusunun iskân (oturma) iznine bağlandığı durumlarda ise, zamanaşımı süresi iskân izninin alındığı tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilmektedir¹¹⁸. Federal Mahkeme'ye¹¹⁹ göre; bir inşa eserinde müteahhidin, işin bittiğini inşaat sahibine bildirmesi ve onun da bu işi bitmiş sayması, zamanaşımının işlemeye başlaması için gerekli ve yeterlidir¹²⁰.

TBK. m. 363'de düzenlenen zamanaşımı süreleri, teslimden itibaren başlamaktadır. Bu sebeple, söz konusu sürelerin başlaması, inşaat sahibinin ayıpların tespit edilmesine veya ayıplardan haberdar olmasına tâbi değildir. Dolayısıyla, ayıptan doğan haklar, inşaat sahibince ayıbın tespit edilmesinden veya öğrenilmesinden önce zamanaşımına uğrayabilir. Zira, ayıptan doğan seçimlik haklar, yenilik doğuran haklardan oldukları için, zamanaşımının sonuçları, ayıptan doğan hakların ifasından oluşan taleplerin tam olarak kabul edilmesine ilişkindir¹²¹. Başka bir deyişle, zamanaşımı bu hakların kullanılması sonucunda ortaya çıkan alacak hakkına bağlıdır.

¹¹⁵ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 227; Seliçi, İnşaat, 206.

¹¹⁶ Seliçi, İnşaat, 206.

¹¹⁷ Tandoğan, Borçlar, 226; Seliçi, İnşaat, 203; Uçar, 276; Öz, Eser Sözleşmesi, 129.

¹¹⁸ Uçar, 276; Y. 15. HD. 24.6.1997, E. 2943, K. 3246 (Karar için bkz. KBİB, 818/m. 363).

¹¹⁹ BGE 89 II 405. Karar için BKz. Tandoğan, Borçlar, 226.

¹²⁰ Tandoğan, Borçlar, 226. İnşaat sahibine teslim edilen eserin taşınır veya taşınmaz olması, yalnız inşaat sahibinin haklarına uygulanacak olan zamanaşımı süresinin tespiti bakımından önem arz eder. Bunun haricinde, zamanaşımının başlangıç anı bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Uçar, 276.

¹²¹ Uçar, 276; Öz, Eser Sözleşmesi, 129.

İnşa eserindeki ayıplara ilişkin ihbar süresinin geçirilmiş olmasından dolayı, inşaat sahibine tanınan seçimlik hakların düştüğü hallerde, zamanaşımı süresinin işlenmesi söz konusu olmaz¹²². Bu sebeple, inşaat sahibi, ayıptan doğan haklarının düşmemesi ve bu hakların kullanılması sonucunda elde edeceği alacak hakkından yararlanabilmek için, her şeyden önce, TBK. m. 359/I'de düzenlenen açık ayıplar bakımından eseri muayene etmeli ve ihbar külfetlerini zamanında başka bir deyişle, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz, yerine getirmelidir. İnşaat sahibi, gizli ayıpları ise, TBK. m. 362 gereği ortaya çıkar çıkmaz müteahhide bildirmelidir¹²³. İnşaat sahibi ayıpları, en geç TBK. m. 362'de belirtilen zamanaşımı süresi içinde ihbar etmek mecburiyetindedir¹²⁴. İnşaat sahibi seçimlik hakları zamanaşımı süresi dolmadan kullanmış olsa bile, bu süre dolduktan sonra sözü geçen haklardan doğan alacak haklarını dava edemez; dava ederse zamanaşımı def'iyle karşılaşır¹²⁵.

TBK. m. 363'de düzenlenen zamanaşımı süresi, genel hüküm niteliğinde olan TBK. m. 132 ve 133 hükümleri uyarınca durabilir veya kesilebilir. Başka bir deyişle, zamanaşımın durması ve kesilmesi bakımından TBK. m. 363 hükmü, aynı Kanun m. 132 ve 133 hükümlerine tâbidir¹²⁶.

3) Zamanaşımı süresi

İnşaat sahibine, inşa eserindeki ayıptan dolayı tanınan haklar, TBK. m. 363 gereğince, taşınır ve taşınmaz eserler açısından farklı zamanaşımı sürelerine tâbi kılınmıştır. Yukarıda da açıklandığı gibi, TBK. m. 363/I taşınır inşa eserlerini, ayıplı olduğu takdirde, TBK. m. 207'de düzenlenmiş olan alıcının halklarının tâbi olduğu teslimden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine bağlı tutmuştur. Taşınmaz inşa eserine TBK. m. 363/II uyarınca, beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Taşınır veya taşınmaz inşa eserlerinde kasden gizlenmiş ayıplara ise, satım sözleşmesine

¹²² Seliçi, İnşaat, 203; Uçar, 276.

¹²³ Doktrinde inşaat sahibinin TBK. m. 359/I ve TBK. m. 362/III gereği müteahhide ihbar etmesi gereken süreye "nispi ihbar süresi" adı verilmektedir. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 228.

¹²⁴ Doktrinde inşaat sahibinin ayıpları ihbar edebileceği bu nihaî süreye, "mutlak ihbar süresi" adı verilmektedir. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 229.

¹²⁵ Tandoğan, Borçlar, 227; Karahasan, İnşaat, 300 vd.

¹²⁶ Tutumlu, 61vd.; Bkz. Von Tuhr, 702 vd. 4077 sayılı Kanun'un 4. maddesinde öngörülen süreler de zamanaşımı süresi niteliğinde olduğundan, zamanaşımını kesen ve durduran sebepler, bu süreler bakımından da geçerlidir. Satıcı ya da hizmet verenin (müteahhidin) ayıpları giderme taahhüdünde bulunduğu durumlarda hatta zımnen bir taahhüdün bulunduğu hallerde dahi, zamanaşımı süresi kesilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uçar, 278-279.

(TBK. m. 207/III) yapılan atıf sebebiyle, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır¹²⁷. TBK. m. 126'ya eklenen 4. bend, istisna sözleşmesinden doğan bazı istisnalar dışında beş yıllık zamanaşımı uygulanır. Bu düzenleme ile, TBK. m. 363'ün zımnen ilga edilip edilmeyeceği, doktrin ve uygulamada tartışmalara yol açmıştır. Aşağıda bu konular zamanaşımı süresi açısından, taşınır eser ve taşınmaz eser ayrımı yapılarak incelenecektir.

a) Taşınır inşa eserlerinde zamanaşımı

TBK. m. 363/I'de: *“yapılan şeyin kusurlu (ayıplı) olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tâbi olduğu müruruzaman hükmüne tâbidir”* hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmü TBK. m. 207'ye atıf yapmakta; inşaat sahibinin taşınır inşa eserindeki ayıplardan doğan haklarının, malın tesliminden itibaren bir yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu düzenlemektedir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun Meriyet ve Tatbikat Şekli Hakkındaki 6763 Sayılı Kanun'un 41'nci maddesiyle TBK. m. 126'ya eklenen 4. bende yer alan hükme göre; *“...müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar”* hakkında, beş yıllık zamanaşımın süresi uygulanır.

Bazı yazarlar¹²⁸ TBK. m. 126/b. 4 hükmünde istisna sözleşmesinden doğan bütün davalar hakkında, zamanaşımı süresinin tayin edilmiş olduğunu kabul etmektedirler. Bu sebeple, söz konusu görüşü savunan yazarlar, TBK. m. 363/I'de iş sahibinin ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi açısından, satım sözleşmesine (TBK. m. 207) yapılan atıfın, zımnen yürürlükten kaldırılmış olduğunu ve bundan böyle, inşaat sahibi lehine eserdeki ayıplardan dolayı tanınan haklara TBK. m. 126/b. 4'deki zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, Kanun'da, *“istisna akdinden doğan bütün davalar”* ifadesine yer verilmesi sebebiyle, taşınmaz inşa eserinde ilişkin olsun veya olmasın, kural olarak, istisna sözleşmesindeki bütün ayıplardan doğan davalar beş yıllık zamanaşımına tâbidir. Bu sebeple, artık taşınmaz inşa eseri niteliğinde olmayan

¹²⁷ Burcuoğlu, 328; Öz, Eser Sözleşmesi, 130.

¹²⁸ Akyazan, Akitler, 884-885; Karahasan, Borçlar Özel, 935. Y. 15. HD. 16.5.1974, E. 444, K. 455. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 228; YHGK. 31.10.1995, E. 12066, K. 1247 (Karar için bkz. Aral, Borçlar, 377 vd.).

eserlerdeki ayıplar için, bir yıllık zamanaşımına gitme imkânı kalmamıştır. Buna rağmen anılan görüşü savunanlar TBK. m. 363/II hükmünün hâlen yürürlükte olduğunu ileri sürmektedirler¹²⁹. TBK. m. 126/b. 4'ün uygulama alanının dışında tutulan “müteahhidin kast veya ağır kusuru ile akdî hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalara”, bu durumda TBK. m. 363/I'deki bir yıllık zamanaşımı süresi değil, TBK. m. 125'deki genel zamanaşımı süresi uygulanır. Bu görüş kabul edildiği takdirde önemli bazı sonuçlar doğmaktadır. İlk olarak, taşınmaz inşa eseri dışındaki eserlerdeki ayıplara ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresi imkânı ortadan kaldırılmaktadır. İkinci olarak, eskiden sadece ayıbın kasden saklanması halinde, TBK. m. 207/III'e göre uygulanan on yıllık zamanaşımı süresi, ağır kusurdan doğan ayıp hallerine de yayılmaktadır. Bu görüşün diğer bir sonucu, TBK. m. 363/I'in yaptığı atıfa dayanan, bir yıllık veya altı aylık zamanaşımı süreleri ile TBK. m. 363/II'deki beş yıllık süreyi, Borçlar Kanunu'nun Üçüncü Babında yer almadıklarından, anlaşma ile kısaltılıp uzatma imkânının bulunmasına karşılık, TBK. m. 126/b. 4 beş yıllık süre için aynı imkânın tanınmaması gerekir¹³⁰.

Doktrinde hakim görüşe göre, TBK. m. 126'ya 6763 sayılı Kanun'la eklenen b. 4, TBK. m. 363/I'de TBK. m. 207'ye yapılan atıfı yürürlükten kaldırmamıştır¹³¹. TBK. m. 126/b. 4 müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile, akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması durumlarını, kendi uygulama alanı dışında bırakarak, böylece şimdiye kadar zamanaşımı konusunda uygulanan hükümleri saklı tutmaktadır¹³². Başka bir deyişle, TBK. m. 126/b. 4'ün kendi uygulama alanı dışında bıraktığı söz konusu durumlar için özel bir hüküm varsa, ona gidilmesi; aksi takdirde TBK. m. 125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. TBK. m.

¹²⁹ Tutumlu, 22-23; Karahasan, Borçlar Özel, 1190.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, 229.

¹³¹ Seliçi, İnşaat, 205; Tandoğan, Borçlar, 229-230; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 232; Aral, Borçlar, 377; Tunçomağ, Borçlar, 1037-1038.

¹³² Kanaatimizce, TBK. m. 363 hükmünü zımnen kaldırıldığından söz etmek yerinde değildir. TBK. m. 126/b. 4'deki istisna hükmünün TBK. m. 363 hükmünü teyit ettiğini söylemek mümkündür. Müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle, eserde ayıp ortaya çıkmışsa, inşaat sahibinin hakları TBK. m. 363 hükmüne göre, bir veya beş yıllık zamanaşımına tâbi olur. Bununla birlikte, müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışı, inşa eserinde ayıp biçiminde somutlaşmıyorsa, inşaat sahibinin müteahhide karşı talepleri on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur. Bu itibarla, müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışının eserde ayıp olarak çıkıp çıkmadığı şeklinde bir ayırım yapılarak bu iki duruma farklı zamanaşımı süreleri uygulanır. Geniş bilgi için bkz. Seliçi, İnşaat, 206.

363/I'de TBK. m. 207'ye atıf yapan özel bir hüküm bulunmaktadır. Böylece, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı bir iş meydana getirme, ağır kusura dayansa bile, bu konuda özel hüküm olan TBK. m. 363 delaletiyle TBK. m. 207/I'deki bir yıllık zamanaşımının uygulanması gerekir. Müteahhidin kasden sakladığı ayıplara, zamanaşımının TBK. m. 125 değil, TBK. m. 207/III gereğince uygulanması gerekir. Bu doğrultuda TBK. m. 126/b. 4'teki beş yıllık zamanaşımı, müteahhidin inşaat sahibine karşı olan alacakları, özellikle, ücret alacağı ve eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlarından dolayı, inşaat sahibinin ona karşı ileri sürebileceği tazminat alacaklarına uygulanır¹³³. Müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışı, eserde ayıp şeklinde tezahür etmiyorsa, sözleşmeye aykırılığın müteahhidin kasıt veya ağır kusuruna dayanması halinde, inşaat sahibinin müteahhide karşı talepleri TBK. m. 125'deki on yıllık zamanaşımına tâbi tutulmalıdır¹³⁴.

Türk Ticaret Kanun'un Meriyet ve Tatbikat Şekli Hakkında Kanuna Dair Adliye Encümeni Mazbatası'nda TBK. m. 126'ya b. 4'ün eklenmesinin gerekçesi, yukarda yapılan yorumu teyit eder şekilde, şöyle açıklanmaktadır: “*Ortaklık ve bazı iş görme sözleşmelerinden doğan davalar hakkında on yıllık zamanaşımı çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden bunlarda beş senelik zamanaşımına tâbi tutulmaması uygun bulunmuş ve bu bakımdan Borçlar Kanun'un 126nc maddesine 4üncü bent hükmü eklenmiştir*”.

Sonuç olarak, inşaat sahibinin TBK. m. 360 gereği haiz olduğu hakları, TBK. m. 363'e göre taşınır inşa eserlerinde bir yıl, taşınmaz eser niteliğinde olan eserlerde ise, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur¹³⁵.

¹³³ Tandoğan, Borçlar, 230; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 233.

¹³⁴ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 233; Seliçi, İnşaat, 206; Tandoğan, Borçlar, 231; YHGK. 22.3.1995, E. 15-31, K. 196; Y. 15. HD. 17.10.2002, E. 3702, K. 4720; Y. 15. HD. 13.5.2003, E. 919, K. 6258 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 363).

¹³⁵ TBK. m. 363/I' delaletiyle TBK. m. 207/I yerine, TBK. m. 126/b.4 uygulandığı takdirde, bu sonuncu hükümdeki beş yıllık zamanaşımı süresi, eserin tesliminden değil, ayıptan doğan alacağın muaccel olduğu zamandan başlar. Ancak bu muaccellik tarihinin tespiti, teslim tarihi kadar kolay olmaz. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 232.

b)Taşınmaz inşa eserlerinde zamanaşımı

TBK. m. 363/II hükmü, taşınmaz inşa eserine ilişkin ayıplar sebebiyle, inşaat sahibinin müteahhide ve inşaat katılan mimar ve mühendislerle karşı olan talep haklarını, işin teslim alınmasında itibaren beş yıllık zamanaşımına tâbi kılmıştır¹³⁶. Bu bağlamda Kanunkoyucu, taşınmaz inşa eserinin taşınır inşa eserine göre, daha uzun bir süreye bağlamıştır. Bunun temelinde, taşınmaz inşa eserinin gerekli dayanaklığı taşıyıp taşımadığının veya jeolojik şartlarına ya da hava şartlarına uygun olup olmadığının anlaşılması için bir yıllık zamanaşımı sürelerinin yeterli olmayacağı düşüncesi yatmaktadır. Taşınır inşa eserlerinden farklı olarak, taşınmaz türünden şeylerin ayıplarının, ancak kullanımdan uzunca bir süre geçtikten sonra ortaya çıkmasına, uygulamada da rastlanılmaktadır¹³⁷.

TBK. m. 363/II hükmü, taşınmaz inşa eserinin meydana getirilmesinde müteahhit veya mimar veya mühendise farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını da engellemiştir. Böylece TBK. m. 363/II gereğince, hem müteahhit hem de inşa eserinin icra edilmesine katılan mimar ve mühendis, inşaat sahibine karşı taşınmaz inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumlulukları, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Ancak, çoğu zaman mimar veya mühendis müteahhit olarak değil, kural olarak inşaat sahibi ile mimar veya mühendisler arasındaki hukukî ilişki, vekâlet veya hizmet sözleşmesi çerçevesinde kurulur¹³⁸. TBK. m. 126'ya eklenen 4. bent, vekâletten doğan davalar hakkında da, beş yıllık zamanaşımı süresi kabul etmiştir. Bu açıdan mimar veya mühendislerin, bir inşa eserinin idaresini veya kontrolünü üzerlerine aldıkları hallerde, onlar hakkında da beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır¹³⁹. Bu bağlamda TBK. m. 363/II ve TBK. m. 126/b. 4 hükümleri bulunmasaydı, inşaat sahibinin müteahhide karşı ayıptan doğan hakları beş yılda zamanaşımına uğramasına rağmen, inşaat sahibinin mimar veya mühendis karşısındaki hakları on yılda zamanaşımına uğradığından, inşaat sahibi müteahhidi

¹³⁶ Çakalır, 46-47; Dayınlarlı, Temerrüt, 190 vd.; Y. 15. HD. 10.3.2003, E. 4497, K. 1147 (KBİB, 818/m. 364); Y. 15. HD. 6.2.2002, E. 4689, K. 546; Y. 15. HD. 21.2.1994, E. 2798, K. 929 (Kararlar için bkz. KBİB, 818/m. 362).

¹³⁷ Uçar, 267, Seliçi, İnşaat, 208; Tandoğan, Borçlar, 223; Burcuoğlu, 327; Dayınlarlı, Müşavir, 192-194.

¹³⁸ Burcuoğlu, 327; Ayrıntılı bilgi için bkz. Çakalır, 3 vd.; Aktinal, 701 vd.; Gümüş, 216 vd.; Seliçi, Mimarlık, 261vd.

¹³⁹ Burcuoğlu, 328; Uçar, 269; SIA Tüzüğü 102/1969 m. 8.1.'e göre: "a- *Mimar tarafından yapılan işin niteliği ne olursa olsun, "taşınmaz yapımındaki ayıp sebebiyle (İBK. m. 371/II-TBK m. 363/II) iş sahibinin mimar aleyhine açacağı dava, 5 yılda zamanaşımına uğrar". Heim/Baudraz, 205.*

dava edememesine rağmen, mühendis ve mimarı dava edebilirdi. Bu da hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracaktı.

Doktrinde taşınmaz inşa eseri kavramının ne olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar¹⁴⁰, taşınmaz inşa eseri ile inşaatçı ipoteği arasında bir bağlantı kurarak, inşaatçı ipoteğinin kullanılmasını talep etmeye yetkili olan müteahhitlerin, edimlerindeki ayıplardan dolayı beş yıl sorumlu olacaklarını savunmaktadır. Ancak TBK. m. 363/II'de yer alan taşınmaz inşaat kavramı ile, TMK. m. 893/I b. 3'de düzenlenen müteahhidin yasal ipotek hakları eş değildir. Gerçekten de, her iki madde hükmünün uygulama alanlarının farklı olmakla birlikte söz konusu iki madde hükmü, amaçları açısından da, farklılık arz etmektedir. Çünkü, TBK. m. 363/II hükmü, inşaat sahibinin TBK. m. 360 gereğince ayıplı ifadan doğan haklarının kaybına engel olmayı amaçlamaktadır. Buna karşılık, TMK. m. 893/I b. 3'ün amacı ise, müteahhidin alacağını güvence altına almaktır. Bu itibarla, denilebilir ki, bu iki hüküm arasında hiçbir bağlantı yoktur¹⁴¹.

Doktrinde TBK. m. 363/II anlamında taşınmaz inşa eserinin tanımı şöyle yapılmaktadır: *“malzeme ve emek sarfiyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak arza bağlı olarak meydana getirilen taşınmaz şeylerdir”*¹⁴². Dolayısıyla taşınmaz inşa eseri kavramının, yalnızca binaları değil, arz ile bağlılık gösteren, belli bir ekonomik değeri olan ve insan emeği ile yapılmış bağımsız şeyleri de kapsadığı görülmektedir. Köprüler, parmaklıklar, su hazneleri ve ona bağlı borular, taşınmaz inşa eserine misal teşkil etmektedir¹⁴³. Böylece taşınmaz inşa eserinden söz edebilmek için, bir şeyin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak arzla bağlantılı olması, süreklilik arz etmesi ve bu eserin malzeme ile emek harcanarak meydana getirilmiş olması gerekir.

Müteahhidin taşınmaza ilişkin olarak, malzeme harcamadan, sadece emek harcayarak yaptığı işler, meselâ hafriyat işleri, çukur kazılması gibi işler, taşınmaz inşa eseri sayılmayıp, bunlardaki ayıplar için bir yıllık zamanaşımı söz konusu olur¹⁴⁴. Bununla beraber, müteahhidin, yalnızca emeğini koyup, inşaat sahibine ait malzemeyi kullanması, yapılan işin taşınmaz inşa eseri sayılmasına engel teşkil

¹⁴⁰ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Seliçi, İnşaat, 208.

¹⁴¹ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 236; Seliçi, İnşaat, 208.

¹⁴² Seliçi, İnşaat, 208; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 236.

¹⁴³ Burcuoğlu, 326; Tandoğan, Borçlar, 222.

¹⁴⁴ Tandoğan, Borçlar, 225; Seliçi, İnşaat, 210; Uçar, 265.

etmez. Zira anılan durumda malzemenin kimin tarafından kullanıldığıının önemi yoktur¹⁴⁵.

Yeni bir eseri meydana getirmek kadar, kapsam ve şekil açısından mevcut (eski) bir inşa eserinin varlığı ve dayanıklılığının muhafazası bakımından önem arz eden esaslı onarım, tadilat veya yenileme çalışmalarının sonuçlarının da, taşınmaz inşa eserine ilişkin zamanaşımı süresine tâbi tutulması gerekir. Ancak esaslı olmayan işlerde, taşınmaz inşa eserlerine ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanmaması gerekir¹⁴⁶. Esaslı bir onarım ve tadilatın söz konusu olup olmayacağı, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilir. Bu sebeple, bir apartmanın iş hanına, hayvan ahırının garaja çevrilmesi, yanmış bir çatının yerine yenisinin yapılması, taşınmaz inşa eseri niteliğinde olup, zamanaşımı süresi açısından bunlara TBK. m. 363 uygulanır¹⁴⁷. Keza mevcut bir binanın restore edilmesi, bir evin temellerinin yenilenmesi, depreme dayanaksız inşa edilmiş binanın depreme dayanıklı hale getirilmesine ilişkin çalışmalar vb., esaslı onarım ve tadilat niteliğinde olduğu için, TBK. m. 363/II'e tâbidir. Buna karşılık, odaların duvar kâğıdının değiştirilmesi, duvarın boyanması, döşemelerin değiştirilmesi, esaslı bir onarım veya tadilat niteliğinde olmadığından, taşınmaz inşa eserine ilişkin TBK. m. 363/II'deki zamanaşımı hükmü değil, taşınır eserlere ilişkin bir yıllık zamanaşımı hükmü uygulanır¹⁴⁸.

Bir binanın dış cephesinin boyanması veya sıvanması konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴⁹, bir binanın yeniden dış cephesinin boyanması veya sıvanması gibi işler, hafif onarım işleri sayılıp, bu gibi işlerin kontrolü kolaylıkla yapılacağından ve eserdeki ayıplar kolaylıkla ortaya çıktığından, bu tür işler taşınmaz inşa eseri kavramı içine girmez. Bu sebeple, bir binanın dış cephesinin yeniden boyanması veya sıvanması gibi işler, TBK. m. 363/II hükmüne değil, TBK. m. 363/I'e tâbidir. İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kararında¹⁵⁰, mevcut bir binanın dış duvarlarının boyanması veya sıvanmasında, bunun dayanıklılığı, jeolojik şartlara ve hava şartlarına uygunluğunun anlaşılması uzun süreye ihtiyacı olmadığından, bunun

¹⁴⁵ Uçar, 265; Tandoğan, Borçlar, 225. Aksi görüş için bkz. Seliçi, İnşaat, 210: “*sadece emek sarf edilip malzeme sağlanması söz konusu değilse ...*”

¹⁴⁶ Tandoğan, Borçlar, 222-223; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 237-238; Uçar, 265.

¹⁴⁷ Becker Art, 371, Nr. 7; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 238; Uçar, 266.

¹⁴⁸ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 238.

¹⁴⁹ Becker Art. 371, Nr. 6; Tunçomağ, Borçlar, 1039.

¹⁵⁰ BGE 93 II 242. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 223.

TBK. m. 363/II'e tâbi olmayacağını belirterek, söz konusu görüşü kabul etmiştir. *Gauch*'a¹⁵¹ göre, Federal Mahkeme, yersiz olarak Alman hukuku etkisi altında kalmıştır. Gerçekten de, BGB § 638'de, mevcut taşınmaz eşya üzerinde iş ile taşınmaz inşaat ayrımı yapılmakta, ilkinde bir yıllık, ikincisinde ise beş yıllık zamanaşımı süreleri kabul edilmektedir. Buna dayanarak, doktrin, mevcut bir binada cephenin boyanması ve sıvanması taşınmaz eşya üzerinde iş saymakta, yeni yapılmakta olan binanın sıvanmasını ve boyanmasını ise, taşınmaz eşya olarak benimsemektedir. Ancak, TBK. m. 363'de böyle bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple de, bina eski veya yeni yapılmakta olsun, cephe boyası, ayıp bir yıldan sonra ortaya çıkacaksa, taşınmaz inşa eseridir¹⁵². Diğer bir görüşe göre¹⁵³, bina ister eski ister yeni olsun, binanın dış cephe sıvasında veya boyasındaki ayıplar, bir yılı aşkın bir sürede de ortaya çıkabilir. Bu sebeple, söz konusu işler, taşınmaz inşa eseri sayılmakta, bulan TBK. m. 363/II hükmü uygulanmaktadır. Böylece, dış cephenin sıvası veya boyası, ister eski bina veya ister yeni bina söz konusu olsun, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur. Zira bu tür çalışmalar, ayıbın geç tespit edilmesi rizikosunu taşıyan işlerdir¹⁵⁴.

Taşınmaz inşa eseri, bütünlük arz eden bağımsız inşa eseri olarak ortaya çıkabileceği gibi, bir taşınmazla bütünleşerek eseri meydana getirecek kısmî inşaat işleri olarak da ortaya çıkabilir. Bağımsız bütünlük arz eden taşınmaz inşa eserine, bir otoparkın, fabrikanın, havaalanının, otoyolun veya tünelin inşası misal teşkil eder. Buna karşılık, binanın çatısının inşası, kalorifer tesisatı, su tesisatı gibi kısmî edimler de, taşınmaz inşa eseri niteliğindedir¹⁵⁵. Bir taşınmazın mütemmim cüz'ündeki (meselâ çatı, su tesisatı) ayıplara, dayanıklılık ve jeolojik şartlarına uygunluğu bir yıldan daha uzun bir sürede ortaya çıkacaksa ve bu sebeple bina tamamen veya kısmen etkileyecek nitelikte ise, TBK. m. 363/II'nin uygulanması gerekir¹⁵⁶. Buna karşılık, temelli kalmak amacı olmadan meydana getirilen, hafif inşaat (baraka, kulübe gibi), teferruat niteliğindeki taşınır şeyler, TBK. m. 363/II hükmüne tâbi

¹⁵¹ Bu yazarlar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 224; Uçar, 266.

¹⁵² Seliçi, İnşaat, 209; Uçar, 267.

¹⁵³ Seliçi, İnşaat, 209; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 238.

¹⁵⁴ Şenocak'a göre, muttat boyama işleri inşa eserinin meydana getirilmesine ilişkin çalışmalar kapsamında gerçekleştiriliyorsa (binanın çatısı, temeli, elektrik tesisatına ilişkin olarak yapılan çalışmalar gibi), TBK. m. 363/II'nin kapsamına girer. Geniş bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 239.

¹⁵⁵ Seliçi, İnşaat 210; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 237.

¹⁵⁶ Tandoğan, Borçlar, 224.

olmaz. Bu teferruattaki ayıplardan doğan haklar, TBK. m. 363/I kapsamına giren bir yıllık zamanaşımı süresine tâbidir¹⁵⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbi inşaat işlerinde, inşa eserindeki ayıplardan dolayı idarenin hakları onbeş yıllık zamanaşımına tâbidir. Gerçekten de “Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu” başlığı taşıyan TKİSK. m. 30'de ayıplı ifadan doğan hakların tâbi olduğu zamanaşımı süresini ve bu sürenin başlangıç anını şu şekilde düzenlenmiştir: *“Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır”*. *“Yüklenicinin Bakım ve Düzeltme Sorumlulukları”*, başlığını taşıyan YİĞŞ. m. 26/VI aynı hükmü içermektedir.

Yukarıdaki madde hükümleri gereğince, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne tâbi inşaatlarda, müteahhit ayıptan dolayı genel hükümlere göre sorumlu tutulur. Başka bir deyişle idare inşaat sahibi olarak TBK. m. 360 tanınan haklara sahip olur. Ancak söz konusu hükümler müteahhidi 15 yıllık bir süre ile sorumlu tutmaktadır. Ayrıca kanunkoyucu anılan hükümlerde müteahhidin inşa eserindeki ayıbı kasden saklayıp saklamadığı ayrımı yapmamıştır. Her iki durumda da 15 yıllık sürenin uygulanmasını öngörmüştür. Oysa eskiden idarenin yaptığı inşaat işlerine uygulanan TDİK. m. 87 ve BİĞŞ. m. 23'de Borçlar Kanunu sistemine atıf yapılarak, TBK. m. 363'deki taşınmaz inşaata ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmaktaydı. Bu sebeple müteahhidin hileli olarak (kasden) sakladığı ayıplara TBK. m. 363/II'deki beş yıllık zamanaşımı süresi değil, TBK. m. 125'e dayanarak on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmaktaydı¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Tandoğan, Borçlar, 225; Uçar, 265.

¹⁵⁸ Tandoğan, Borçlar, 233; Seliçi, İnşaat, 210; Uçar, 273.

TKİSK. 30 ve YİĞŞ. m. 26/VI'de, inşaatın ayıplı olduğu hallerde, zamanaşımın başlangıcı, Borçlar Kanun'un sisteminden farklı olarak, eserin teslimiyle değil, kesin kabulüyle başlamaktadır¹⁵⁹.

4) Zamanaşımının hüküm ve sonuçları

Ayıptan doğan hakların zamanaşımının iki önemli hukukî sonucu vardır. İlk olarak, inşaat sahibi ayıptan doğan haklarını TBK. m. 363'da öngörülen sürelerde, zamanaşımı süresi dolmadan önce kullanabilir. Buna göre, inşaat sahibi, söz konusu hakları teslim tarihinden itibaren bir yıl veya beş yıl ya da müteahhit ayıpları kasden sakladığı durumlarda on yılda kullanabilir. İkinci sonuç ise, inşaat sahibinin zamanaşımı süresi içinde, ayıpları ihbar etmediği (ihbar külfetlerini yerine getirmediği) takdirde, TBK. m. 360'da kendisine tanınan seçimlik hakların ve ayıptan dolayı uğradığı zararın tazminini isteme hakkının ortadan kalkmasıdır¹⁶⁰. İnşaat sahibinin, ayıptan doğan seçimlik hakkını kullanmasıyla ortaya çıkan, alacak hakkının zamanaşımına uğramış olması, bu hakkın varlığını ortadan kaldırmayıp, bir eksik borç haline getirmektedir. Böylece, alacak hakkının zamanaşımına uğramış olması, ancak bu hakkın dava edilebilirliğini etkilemektedir. Başka bir deyişle, söz konusu süre geçtikten sonra dava açıldığı takdirde, o zaman müteahhidin zamanaşımı def'i ile karşılaşılır. Dolayısıyla, zamanaşımına uğramış borcu ifa eden borçlu bir bağışlamada bulunmadığı gibi, ası geçen olayda sebepsiz zenginleşme de söz konusu olmaz. Bu sebeple, böyle bir borcu ifa eden borçlu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, iade talebinde bulunamaz¹⁶¹.

İnşaat sahibi, kendi alacağı zamanaşımına uğramış olsa bile, TBK. m. 81'deki zamanaşımı def'ini ileri sürebilir¹⁶². İnşaat sahibinin ayıptan doğan hakları zamanaşımına uğramış olmasına rağmen, TBK. m. 207/I hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle, ayıpları zamanında ihbar etmek şartıyla, eserin ayıplı olmasından doğan

¹⁵⁹ Tandoğan, Borçlar, 233; Seliçi, İnşaat, 210. TDİK. m. 87. de, TBK m. 360 ve 363'e atıf yaptığından, eserin ayıplı olması durumunda idare, onarım hakkı başta olmak üzere TBK. m. 360'da tanınan diğer seçimlik haklarını 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir. Uçar, 274.

¹⁶⁰ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 240.

¹⁶¹ Eren, Borçlar, 1248; Oğuzman/Öz, 463.

¹⁶² Eren, Borçlar, 1248; Oğuzman/Öz, 463.

haklarını def'i yoluyla kullanabilir¹⁶³. Ayrıca zamanaşımına uğramış bir alacak, başka bir alacakla takas edilebilir (TBK. m. 118/III)¹⁶⁴.

B. Irak hukukunda

1) Genel olarak

Irak hukukunda da, zamanaşımı kazandırıcı (iktisabî) ve hak düşürücü (iskatî) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kazandırıcı zamanaşımı (*prescription acquisitive*), mülkiyet ve diğer sınırlı aynî hakların kazanılması sebeplerindedir. Kanunkoyucu, kazandırıcı zamanaşımını mülkiyet ve buna bağlı haklarla düzenlemiştir. Buna karşılık hak düşürücü zamanaşımı (*La prescription extinctive*) şahsî hakların ve istisnaî olarak bazı aynî hakların ortadan kalkmasına sebep olur¹⁶⁵. Şahsî hakların düşmesi, karşılıklı borçların düşmesi anlamına gelmektedir. Kanunkoyucu, şahsî haklara ilişkin zamanaşımı hükümleri, borcun sona ermesini ele alırken, “*davanın dinlenmesini engelleyen müruruzaman*” başlığı taşıyan IMK m. 429-443 arasında düzenlenmiştir¹⁶⁶.

Irak kanunkoyucusu, zamanaşımı konusunda İslâm fihından etkilenmiştir. Dolayısıyla, Irak Medenî Kanunu, zamanaşımını davayı def etme veya davanın açılmasına mâni olacak bir def'i olarak kabul etmiştir. Gerçekten de, IMK. m. 429'da: “*özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, borcun sebebi ne olursa olsun, meşru bir sebep olmadan onbeş yıl terk edilmesinden sonra, inkâr edene karşı dava edilmez*”. hükmü yer almaktadır. Buna göre Irak hukukunda düşürücü zamanaşımının süresi, özel bir hüküm olmadığı takdirde, kural olarak onbeş yıldır¹⁶⁷. Başka bir deyişle, kanun özel bir zamanaşımı süresi öngörmedikçe, alacaklı hakkını talep etmediği takdirde onbeş yılda zamanaşımına uğrar¹⁶⁸. Irak hukukunda buna uzun zamanaşımı

¹⁶³ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 240.

¹⁶⁴ Eren, Borçlar, 1248; Oğuzman/Öz, 463; takas konusunda geniş bilgi için bkz. Aral, Takas, 1 vd.

¹⁶⁵ Kanunkoyucu hak düşürücü zamanaşımına uğrayan aynî haklar, söz konusu hakların ortadan kalkmasında ele almıştır.

¹⁶⁶ İslâm Fikihçileri, başlangıçta zamanaşımını her iki çeşidiyle kabul etmemektedirler. Bunların da dayanakları şu hadistir: “*Bir Müslüman kişinin hakkı eskise dahi düşmez*”. Fikihçilere göre; bu hâdis uyarınca, asıl olarak bir hakkın müruruzamanla (zamanın geçmesiyle) düşmesi veya kazanılması mümkün değildir. Ancak daha sonra gelen İslâm fikihçileri kişilerin menfaatleri ve alışveriş hayatının istikrarını düşünerek müruruzamanı kabul etmişler. Bununla birlikte fikihçiler müruruzamanı hak düşürücü veya kazandırıcı olarak değil, dava edilmemesi için bir def'i olarak kabul etmektedirler. Mecelle de bu görüşü kabul etmiştir. Ayrıntılar için bkz. el-Beşir/Taha, 220-221; Mansur, E, 508-509.

¹⁶⁷ IMK. m. 1158/I gereğince kazandırıcı zamanaşımı süresi de onbeş yıldır.

¹⁶⁸ Irak Medenî Kanunu, bu hükmü, Mecellenin 1660. maddesinden almıştır.

denir. Buna karşılık, IMK. m. 430 gereğince, kısa zamanaşımı süresi ise beş yıldır. Ancak bu zamanaşımı süresi yenilenen periyodik (dönemlik) haklar için söz konusu olur. Periyodiktan (*périodicité*) maksat; bu hakların düzenli olarak belli sürelerde veya dönemlerde muaccel olmasıdır. Yenilenmeden (*renouvellement*) kast; anılan hakkın ancak belli bir süre geçtikten sonra söz konusu olmasıdır. Bu ise sadece sürekli sözleşmelerde söz konusu olur. Bu açıdan bir hakta anılan iki şart bulunmazsa, hak beş yılda değil, onbeş yılda zamanaşımına tâbi olur¹⁶⁹. Bunun yanında, kanunkoyucu IMK. m. 431’de, bazı haller için, bir yıllık daha kısa bir zamanaşımı süresini de kabul etmiştir¹⁷⁰.

IMK. m. 434 gereğince zamanaşımı süresi, ancak borcun muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

2) Zamanaşımının kullanılması

Zamanaşımına uğramış bir borçta, mahkeme, re’sen bu durumu dikkate alamaz. Bu sebeple, borçlu veya menfaati olan üçüncü bir kişi, -meselâ kefil veya müteselsil borçlu- hakkın zamanaşımına uğradığını bir def’i olarak ileri sürebilir. Keza, zamanaşımına uğrayan hak, Türk hukukunda olduğu gibi, ortadan kalkmayıp sadece dava edilmez. Gerçekten de, IMK. m. 442/I’de; “*Mahkeme kendiliğinden zamanaşımından dolayı davayı reddedemez. Ancak, bu (zamanaşımını ileri sürmek) borçlunun talebi veya bunu borçlu ileri sürmezse borçlunun alacaklıları ya da bu def’i ileri sürmekte yararı olan diğer kişiler de bunu ileri sürebilirler*” hükmü yer almaktadır.

3) Zamanaşımını ileri sürmenin sonuçları

Kanaatimizce, zamanaşımının sonuçlarını, zamanaşımın def’ini ileri sürmekten önceki ve sonraki sonuçlar olarak ele almak gerekir. Zamanaşımına uğrayan borç, zamanaşımı def’i ileri sürülmeden önce eksik (tâbiî) bir borç niteliğinde olup, bu borç, öngörülen sürenin geçmesiyle sona ermez. Bunun için

¹⁶⁹ el-Hekim, Ahkam, 527-528; Mansur, E, 508-509.

¹⁷⁰ Bu kısa zamanaşımı süresi IMK. m. 431 gereğince birkaç gruba tanınmıştır. Bunlar serbest meslek sahipleri, satıcılar ile işçi ve hizmetçilerdir.

borçlu zamanaşımına uğrayan borcunu ifa etse bile, bunu sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri isteyemez¹⁷¹.

Zamanaşımının, def'i olarak ileri sürüldükten sonraki sonuçları ise, Irak hukukundaki, durumla diğer hukuk sistemlerinde, -özellikle Mısır ve Fransız hukuk sistemlerinde- farklılık arz etmektedir. Zira birçok hukuk sisteminde zamanaşımı, borcun sona erme sebeplerinden biridir. Irak hukukunda ise bu, hakkı sona erdiren bir sebep olmayıp, sadece davanın reddi sebebini teşkil eder. Bu sebeple, diğer hukuk sistemlerinde, zamanaşımını kullanmakla, asıl borç ve buna bağlı fer'i borçlar ve teminatları da düşer. Halbuki, Irak Medenî Kanunun'da, borç zamanaşımı ile düşmez; sadece asıl borç ve bu borca bağlı fer'i borçlar ve teminatlara ilişkin davalar da dinlenmez (IMK. m. 440)¹⁷².

4) IMK. m. 870'de düzenlenen on yıllık sürenin hukukî niteliği

Daha önce de ifade edildiği gibi, Irak kanunkoyucusunun, müteahhidi ve mimar mühendisi inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan on yıllık bir süre ile sorumlu tutmasındaki amacı; müteahhitlerin meydana getirdikleri inşa eserlerini özenle, titiz bir şekilde ve mimarî ve teknik kurallara uygun olarak meydana getirmelerini sağlamaktır. Bunun sonucunda da, sağlam inşa eserleri yapılmaktadır. Böylelikle inşaat sözleşmesinin zayıf taraf konumunda olan inşaat sahibi de korunmuş olur.

IMK. m. 870'e göre, inşa eserinin teslimi tarihinden itibaren on yıl içerisinde herhangi bir sebeple, tamamen veya kısmen yıkılırsa ya da on yıl içerisinde inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden bir ayıp çıkarsa, bunlardan müteahhit sorumlu olur¹⁷³. Bu on yılın hukukî niteliğinin bir zamanaşımı süresi olup olmadığı hususunda, ne Irak ne de Mısır hukukunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹⁷⁴. Buna karşılık, Irak ve Mısır hukuku doktrininde, on yıllık sürenin, bir zamanaşımı süresi olmadığı hususunda fikir birliği bulunmaktadır. Bunlara göre, söz konusu süre, inşa eserinin sağlamlığını ve güçlülüğünü tecrübe etmek için kanunen tanınan bir

¹⁷¹ el-Hekim, Ahkam, 559; Mansur, E, 526-527.

¹⁷² el-Hekim, Ahkam, 560; Mansur, E, 528-530.

¹⁷³ Irak Temyiz Mahkemesi, 30.10.1976, K. 163/Heye Amme Ule/1976 (Karar içi bkz Mecmuat el-Ahkam el-Adliye, S. 4, 1976).

¹⁷⁴ Bu konu Fransız hukukunda şiddetli tartışmalara sebep olmuştur. Daha fazla bilgi için bkz. el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 193

süredir¹⁷⁵. Bu sebeple, söz konusu süre zamanaşımından farklı olarak kesilmez ve durdurulmaz. Dolayısıyla on yıllık süre niteliği itibariyle zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süredir¹⁷⁶. Anılan görüşteki yazarların dayanağı da, kanunkoyucunun aynı maddede (IMK m. 870'de) inşa eserinin yıkılması ve sağlamlığını tehdit eden ayıplardan müteahhidin sorumluluğu konusunda bir yıllık zamanaşımı süresi getirmesidir. Bu görüşü savunan yazarlar, kanunkoyucunun aynı husus için iki ayrı zamanaşımı süresi getirmesinin düşünülemeyeceğini savunmaktadırlar. Diğer taraftan kanunkoyucunun IMK. m. 870/I'de; *“müteahhit ve mimar meydana getirdikleri bina ve diğer sabit inşa eserlerinin külli ve cüzî göçmesinden on yıl içinde... sorumlu olur”* demesiyle, inşa eserini denemek için belli inşaat sahibine bir süre tahsis edilmiştir¹⁷⁷.

IMK. m. 870, müteahhidi iki ayrı süre ile sorumlu tutmaktadır. Birincisi IMK. m. 870/I uyarınca, inşa eserinin teslim tarihinden itibaren, on yıl içerisinde yıkılması veya sağlamlığını tehdit eden ayıpların çıkmasından sorumluluktur; ki bu süre de inşa eserinin sağlamlığının deneme (hak düşürücü süre) süresidir. İkincisi ise, IMK. m. 870/IV uyarınca, inşa eserinin yıkılması veya ayıbın çıkmasından dolayı sorumluluğun dava edilmesinin zamanaşımı süresidir. Bu zamanaşımı süresi de bir yıldır. Gerçekten de, IMK m. 870/IV'de aynen şu hüküm yer almaktadır: *“Bu maddede yer alan sorumluluk davası yıkılmanın gerçekleşmesi veya ayıbın inkişaf etmesinden bir yıl sonra düşer”*. Bu konuda inşaat sahibinin ayıptan doğan haklarını dava edebilmesi için, inşa eserinin yıkılmasını veya ayıbın ortaya çıkmasını bilmesi veya bilmemesi gerekli değildir¹⁷⁸. Bu itibarla, bir yıllık zamanaşımı süresi, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinde ayıbın çıkması tarihinden işlemeye başlar.

Yukarıdaki hükümden de anlaşıldığı gibi, IMK. m. 870 çerçevesindeki ayıplar hususunda, dava, en geç inşa eserini teslim aldıktan sonraki onbir yıl içerisinde açılmalıdır Zira müteahhidin sorumlu olduğu on yıllık deneme süresinin sonunda inşa eserinin yıkılmasını veya ayıbın ortaya çıktığını düşünürsek, bu süreden

¹⁷⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 123; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 193; Servet, c.1, 120; Şeneb, 129.

¹⁷⁶ Servet, c.1, 120.

¹⁷⁷ Servet, c.1, 120-121; el-Senhurî, el-Ukud, 123. Burada müteahhidin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, ayıbın bu süre içinde çıkmış olması yeterli olup, inşaat sahibi bu süre geçtikten sonra, ancak söz konusu yıkılmanın ve inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpların bu süre içinde gerçekleştiğini isbat ederek müteahhidi sorumlu tutabilir. Şeneb, 129.

¹⁷⁸ el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 207; Şeneb, 146; el-Senhurî, el-Ukud, 129. İnşa eserinin yıkılma ve inşa eserinde çıkan ayıbın ortaya çıkma zamanı, bilirkişiler tarafından tespit edilebilir. Bilirkişi de, tespit ettiği yıkılma veya ayıbın ortaya çıkma zamanı, raporunda mahkemeye bildirir.

itibaren (inşa eserinin yıkılması ya da ayıbın ortaya çıkmasından itibaren) bir yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açılabilir. Ancak, on yıllık deneme süresi geçtikten sonra, doğal olarak müteahhit inşa eserinin yıkılmasından veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan sorumlu olmadığı için, bir yıllık zamanaşımı süresi de söz konusu olmaz. Durum böyle olunca, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıp deneme süresinin 6. yılında ortaya çıkarsa, dava bir yıla kadar, başka bir deyişle 7. yıla kadar açılmalıdır. İnşaat sahibi inşa eserinin yıkılması veya ayıbın çıkmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde davayı açmazsa, ayıptan dolayı kendisine tanınan hakları bu süreden sonra haklarını kaybeder. Mahkeme zamanaşımı süresinin geçmesiyle, inşaat sahibinin açtığı davayı dinlemekten kendiliğinden imtina edemez. Zamanaşımı def'ini, ancak müteahhit veya alacaklıları ya da menfaati olan herkes ileri sürebilir (IMK. m. 442/I). Bir yıllık zamanaşımı süresinin geçmesiyle, inşaat sahibine ayıptan dolayı tanınan haklar düşmez; ancak bu haklar artık dava edilmez (IMK. m. 440)¹⁷⁹.

On yıllık süreden farklı olarak, bir yıllık zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi mümkündür¹⁸⁰. Söz konusu süre kesildiği zaman, yeni bir süre başlar. Ancak IMK. m. 439/II'ye göre, yeni başlayan süre, bir yıl değil, onbeş yıldır¹⁸¹.

İnşa eserindeki ayıp, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden bir ayıp şeklinde ortaya çıkmıyorsa, başka bir deyişle, inşa eserinin yıkılması ve sağlamlığını tehdit eden ayıplar dışındaki ayıplar söz konusu ise, zamanaşımı konusunun bu ayıpların müteahhit tarafından kasden saklanıp saklanmadığına göre incelenmesi gerekir. Müteahhidin inşa eserindeki ayıpları kasden saklaması halinde, bir akdî sorumluluğu değil, haksız fiilden doğan bir kusur sorumluluğu söz konusu olur. Bu dava işin tamamlandığı tarihten itibaren onbeş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olup, inşaat sahibi inşa eserindeki kasden saklanan ayıbı öğrendiği tarihten itibaren üç yıl içinde dava açmalıdır¹⁸².

¹⁷⁹ Servet, c.1, 149.

¹⁸⁰ Mısır Medenî Kanunu, zamanaşımı süresini üç yıl olarak kabul etmiştir (MMK. m. 651). Ancak Mısır hukukunda bu zamanaşımı süresinin durması mümkün değildir. Çünkü, MMK. m. 382/II'ye göre beş yıldan daha az olan zamanaşımı sürelerinin durması söz konusu olmaz.

¹⁸¹ Servet, c.1, 148. IMK. m. 439/II'de "*Borca hükmedilip, bu hüküm kesinleşirse veya zamanaşımı süresi bir yıl olup, borçlunun ikrarıyla kesilirse, yeni zamanaşımı süresi onbeş yıldır*" hükmü yer almaktadır.

¹⁸² Servet, c.1, 170-171; el-Senhurî, el-Ukud, 101. IMK. m. 232'e göre; "*Haksız fiilden doğan tazminat davası, zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten*

Kanunkoyucu, müteahhidin inşa eserindeki ayıbın kasden saklanmamış¹⁸³ olduğu durumlar için, özel bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Ancak doktrinde kabul edilen görüşe göre, bu ayıplardan doğan sorumluluğa, örfün öngördüğü en kısa zamanaşımı süresi uygulanır. Zira Irak hukukunda istisna sözleşmesinde örf, kanun hükmünün tamamlayıcısıdır. Bu sebeple, örfe dayanarak zamanaşımı süresi belirlenebilir¹⁸⁴.

Irak kanunkoyucusu IMK. m. 870'deki deneme ve zamanaşımı süresini sadece taşınmaz inşa eseri için kabul etmiştir. Taşınır inşa eseriyle ilgili ne bir deneme süresi ne de bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bu bağlamda, taşınır inşa eserinde de örfün öngördüğü en kısa zamanaşımı süresi uygulanır.

Alt müteahhitlik sözleşmesinde ise, alt müteahhitle asıl müteahhit arasındaki ilişki IMK. m. 870/I'de düzenlenen müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı, on yıllık sorumluluk süresi uygulanmaz (IMK. m. 870/II). Bu itibarla, anılan durumda da, zamanaşımı süresi hususunda örfün belirlediği süre uygulanır¹⁸⁵.

5) IMK. m. 870'deki inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpların mücbir sebepten kaynaklanması

Müteahhit, IMK. m. 870'deki inşa eserinin yıkılması ve inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıpların sorumluluğundan, ayıbın inşaat sahibine yükletilebilecek bir sebepten doğmuş olması, inşa eserinde ayıbın çıkmasından sonra bu ayıpları kabul etmesi veya zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle kurtulabilir. Söz konusu sebepler yanında, müteahhidin çalışmaları ile inşaat sahibinin uğradığı zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesen diğer sebepler de, müteahhidi sorumluluktan kurtarabilir. Bu açıdan müteahhit inşa eserinin yıkılması halinde veya inşa eserindeki ayıbın kendisinin sebep olmadığı bir husustan, meselâ, mücbir sebep veya inşaat

sonra dinlenmez. Dava herhalükarda haksız fiilin doğduğu günden itibaren onbeş yıl sonra dinlenmez”.

¹⁸³ Müteahhidin sağladığı malzemelerden çıkan ayıplarda müteahhit satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur. Bu durumda, IMK. m. 570/II gereğince zamanaşımı süresi, malzemelerin fiilen teslim alındığı tarihten itibaren altı aydır.

¹⁸⁴ el-Senhurî, el-Ukud, 101.

¹⁸⁵ el-Senhurî, el-Ukud, 219-220; el-Fazlî, 450.

sahibinin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan meydana geldiğini ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilir¹⁸⁶.

Irak hukukunda mücbir sebep, olayların inşa eserinin yıkılmasına veya ayıplanmasına ve müteahhidin herhangi bir iradesi olmadan (iradesi dışında) sebep olan, düşünülmeyen ve kaçınılması mümkün olmayan olaylardır¹⁸⁷. Mücbir sebep, müteahhidin kusurunu değil, sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Zira söz konusu durumda müteahhidin kusuruyla inşaat sahibinin uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı kesilmektedir. Buna göre meselâ, müteahhit yaptığı otoyolunun bir kısmının çökmesinin yer altı tabakaların hareketliliğinden kaynaklandığını ispatlarsa, mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulur¹⁸⁸. Ancak *Servei*'e göre, mücbir sebep, müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya sağlamlığını tehdit eden ayıplardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira bu konuda kanunî bir hüküm yoktur. Ayrıca bu sorumluluk düzeni, kanunun belirlediği şartlar çerçevesinde gerçekleştiği gibi, kanunun belirlediği hallerde de ortadan kalkmalıdır. Kanun mücbir sebebe işaret etmediği için, bu sebebe dayanılarak müteahhidin sorumluluğu bertaraf edilmez.

IMK. m. 872 gereğince müteahhit, inşa eserinin yıkılması veya ayıbın ortaya çıkmasının, inşa eserinin yapıldığı zaman tahmin edilemeyen sebeplerden kaynaklandığını ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilir. Gerçekten de, IMK. m. 872'de: "*Geçen iki maddedeki mimar mühendis ve müteahhidin tekeffül hükümleri, inşaattaki ayıpların ortaya çıktığı durumlarda bu ayıpların inşaatı yaparken tahmin edilmeyen sebeplerden doğdu anlaşılırsa, düşer*" hükmü yer almaktadır. Meselâ, binanın, üzerine yıldırım düşmesi sonucu kısmî olarak yıkılması durumunda, tahmin edilemeyen bir sebep söz konusudur. Keza deniz ve ırmaklardan uzak bir yerde inşa edilen binanın su baskını sonucu ayıplı hale gelmesinde de durum aynıdır.

Kanaatimizce, müteahhidin inşa eserinin yıkılmasından veya inşa eserindeki ayıplardan sorumluluğunun mücbir sebeple ortadan kalkmadığını ileri süren görüşün gerekçeleri sağlam olmaktan uzaktır. Zira mücbir sebep, müteahhidin çalışmaları ile

¹⁸⁶ IMK. m. 211 gereğince, bir kişi, zararın mücbir sebeple veya üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusurundan doğduğunu ispatlarsa, sorumluluktan kurtulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Hatib, 192 vd.; Recep, 122-123; Irak Temyiz Mahkemesi, 28.5.1986, K. 140/Muvasaa Ule/85-86; 27.11.1991, K. 52/Medeniye Ule/91 (Kararlar için bkz. el-Meşhadanî, 185 vd., 210-212).

¹⁸⁷ Şeneb, 135; el-Durî, Mesuliyet'l-Mukavil, 257.

¹⁸⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 136-137.

inşaat sahibinin ayıptan dolayı uğradığı zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesmektedir.

§ 13. SORUMLULUK SÜRELERİNE İLİŞKİN TARAF ANLAŞMALARI

I. Türk Hukukunda

TBK. m. 363’de düzenlenen zamanaşımı süreleri, emredici nitelikte bir düzenleme olmayıp, tamamlayıcı nitelikte bir hükümdür. Bu sebeple taraflar, TBK. m. 363’de yer alan bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, tarafların anlaşmasıyla uzatılabileceği gibi, bunların kısaltılması da mümkündür. Keza, taraflar, sürenin başlangıç anını kanunun öngördüğünden farklı bir biçimde de tespit edebilirler. Bu imkân TBK. m. 207 hükmünün kıyasen uygulanmasından çıkarılabilir¹⁸⁹.

TBK. m. 127’de Borçlar Kanun’un 3. babında belirtilen zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, Borçlar Kanun’un 3. babının (m. 113-140) dışında düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerinin değiştirilebileceği anlaşılmaktadır¹⁹⁰.

Taraflara, TBK. m. 363’de düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerini değiştirebilmeleri hususunda tanınan yetki, sınırsız değildir. Bu açıdan taraflar genel zamanaşımı süresi olan on yılın ötesinde bir uzatmaya gidemezler. Diğer taraftan zamanaşımı süresinin, inşaat sahibinin haklarını kullanmasını güçleştirecek veya engel olacak şekilde kısaltılması dürüstlük kuralına aykırıdır, bu yüzden kabul edilemez¹⁹¹. Ayrıca müteahhidin inşa eserinde kasden sakladığı ayıplar hakkındaki on yıllık zamanaşımı süresine ilişkin olarak, taraflarca kararlaştırılan kısaltmalar geçerli olmaz¹⁹². Bundan başka, inşa eserindeki ayıplar müteahhidin ağır kusurundan meydana geldiği takdirde de, zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin şartlar geçerli sayılmaz. Bu durumda, TBK. m. 99/I hükmünün, zamanaşımı süresinin kısaltılması şeklindeki sorumluluktan kurtulma şartlarının uygulanması gerekir¹⁹³.

¹⁸⁹ Seliçi, İnşaat, 211; Uçar, 281; sorumsuzluk anlaşması hususunda geniş bilgi için bkz. Akman, Anlaşma, 1 vd., Erten, Sorumsuzluk, 33 vd.

¹⁹⁰ Seliçi, İnşaat, 211; Tandoğan, Borçlar, 227; Uçar, 280; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 241.

¹⁹¹ Seliçi, İnşaat, 211; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 241.

¹⁹² Seliçi, İnşaat, 211.

¹⁹³ Tandoğan, Borçlar, 227; Uçar, 280.

II. Irak Hukukunda

Müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan on yıllık sorumluluk süresini taraflar anlaşarak uzatabilirler. Meselâ, taraflar, bu süreyi onbeş yıl olarak belirleyebilirler. Zira inşa eserinin hacmi ve büyüklüğü ve ömrü, bazı durumlarda, on yıllık deneme sürenin uzatılmasını gerektirebilir. Irak hukukunda bu sürenin uzatılması hakkında herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak taraflar anlaşarak, IMK. m. 870'de düzenlenen on yıllık süreyi kısaltamaz veya ortadan kaldıramazlar¹⁹⁴. Böyle bir anlaşma IMK. m. 870/I'e göre geçersiz sayılır. Gerçekten de, anılan maddede "...*Sorumsuzluk veya sorumluluğu azaltan şartlar geçersizdir*". hükmü yer almaktadır. Ancak Kanunkoyucu, aynı maddede bu hükme bir istisna getirmiştir. IMK. m. 870/I'e göre; "...*meğerki taraflar inşaatın on seneden daha az bir süre için kalmasını istemiş olsunlar...*". Bu hüküm uyarınca, tarafların iradesi inşa eserinin on yıldan daha az bir süre kalmasına yönelmiş olabilir. Meselâ, binanın 3 veya beş yıllığına geçici olarak yapılmasını istemelerinde durum böyledir. Bu durumda taraflar on yıllık süreyi üç veya beş yıla kadar kısaltabilirler¹⁹⁵.

Irak kanunkoyucusu, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden hükümleri emredici hükümler olarak kabul etmiştir. Bu sebeple, bu konudaki sorumsuzluk anlaşması veya sorumluluğu azaltan anlaşmalar geçersizdir (IMK. m. 870/I). Bunun sonucu olarak on yıllık süreyi kısaltan veya ortadan kaldıran anlaşmalar geçersiz sayılmaktadır. Keza bu hükme göre, taraflar arasında müteahhidin sadece yıkılmaldan sorumlu tutulup, ayıplardan sorumlu olmayacağı veya tam tersi, yani müteahhidin ayıplardan sorumlu tutulup inşa eserindeki yıkılmaldan sorumlu tutulmayacağı hususundaki anlaşmalar da geçersiz sayılır. Bu tür anlaşmaların mevcudiyeti halinde dahi, müteahhit, on yıllık süre ile inşa eserindeki yıkılma ve ayıplardan dolayı sorumlu olur. Kanunkoyucunun bu düzenlemeden amacı, inşaat sahibini korumaktır¹⁹⁶. Bu sebeple de Kanunkoyucu, taraflarca, bu hükümlerde öngörülen sürelerin artırılmasına veya müteahhidin sorumluluğunun ağırlaştırılmasına cevaz vermektedir. Buna dayanarak taraflar on

¹⁹⁴ el-Senceklî, 93; Servet, c.1, 121; el-Senhurî, el-Ukud, 124; el-Durî, Mesuliyet'el-Mukavil, 199; el-Berzinci, Şurut'l-İfa, 57. Ayrıca Irak Medenî Kanunu'nun sorumsuzluk anlaşmasını kabul ettiği haller için bkz el-Berzinci, el-Mesuliyet el-Akdiye, 91 vd.

¹⁹⁵ Servet, c.1, 122; el-Senhurî, el-Ukud, 124-125.

¹⁹⁶ el-Senhurî, el-Ukud, 164; Servet, c.1, 141.

yıllık sorumluluk süresini uzatılması konusunda anlaşma yapabilirler. Keza taraflar bu on yıllık süre içinde müteahhidin diğer gizli ayıp ve açık ayıplardan da sorumlu olacağını kararlaştırabilirler¹⁹⁷.

IMK. m. 870’de öngörülen olay gerçekleştiikten sonra, inşa eseri sahibi kendine tanınan haklardan vazgeçebilir. Başka bir deyişle, inşaat yıkıldıktan veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplar ortaya çıktıktan sonra, inşaat sahibi haklarını ileri sürmeyererek, müteahhidi sorumlu tutmayabilir. İnşaat sahibinin ayıptan doğan haklarından feragati, açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir. Bu açıdan inşaat sahibinin uzun bir süre kendisine tanınan hakları ileri sürmemesi, bunlardan zımnî olarak feragat ettiği anlamına gelir¹⁹⁸.

Kanunkoyucu, IMK. m. 870’deki hükümlerin, müteahhidin yanı sıra, mimar mühendisler açısından da uygulanmasını öngörmüştür. Bu sebeple, mimar ve mühendisin yaptıkları inşaat işleri, de IMK. m. 870’de yer alan on yıllık deneme süresi ve bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur¹⁹⁹.

Irak Medenî Kanunu’nda düzenlenen istisna sözleşmesine ilişkin hükümler ise, emredici değil, tamamlayıcı hükümlerdir. Bu sebeple taraflar, bu konuda, söz konusu hükümlerin aksine de anlaşma yapabilirler. Başka bir deyişle, taraflar bu hususta sorumsuzluk anlaşması veya bu sorumluluğun süresini kısaltıp arttırabilirler²⁰⁰.

¹⁹⁷ Şeneb, 144.

¹⁹⁸ el-Senhurî, el-Ukud, 143.

¹⁹⁹ IMK. m. 870 müteahhitte mimar mühendisi müteselsil sorumlu tutmuştur. Bu sebeple inşaat yıkıldığında, inşaat sahibinin bunlardan birisine dava açması yeterlidir. Özellikle, inşaat işini yöneten ve kontrol eden mimar mühendisin durumu böyledir. Ancak, mimar mühendis sadece plânı yapmış ise, inşaat işlerinin icrasından değil, sadece bu plân sonucunda meydana gelen ayıplardan sorumlu olur. Gerçekten de, IMK. m. 871/I’de “*Mimar mühendisin işin icrasını kontrol olmayıp, sadece plânı kurmakla sınırlıysa, mimar mühendis, icra yönteminden değil, plândan gelen ayıplardan sorumlu olur. Müteahhit, mimar-mühendis veya kendisini bir mimar mühendis yerine koyan (olarak kabul eden) iş sahibi yönetiminde çalışsa plân kurmaktaki yanlışlık ve dikkatsizlikten değil, sadece işin icrasından doğan ayıplardan sorumlu olur*” hükmü yer almaktadır. Ancak, konumuz müteahhidin ayıptan sorumluluğu olduğu için, çalışmamızda mimarın IMK. m. 870’deki sorumluluğu incelenmektedir. Müteselsil sorumluluk hususunda geniş bilgi için bkz. Abdulrahman, 8 vd.

²⁰⁰ Geniş bilgi için bkz. el-Durî, Mesuliyet’1-Mukavil, 269; Mübarek/el-Mulla Huveys/el-Fetlavî, 456; Mursî, 504.

Değerlendirme

Türk hukuku ve Irak hukukunda, müteahhidin inşaattaki ayıplardan doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, inşaattaki ayıpların inşaat sahibine yüklenebilecek bir durumdan kaynaklanması veya inşaatta ortaya çıkan ayıpların kabul edilmesi ya da zamanaşımı süresinin geçmesi gerekir. Bununla birlikte, Irak hukukunda müteahhidin IMK. m. 870'e göre sorumlu olduğu hallerde, illiyet bağımlı kesen her sebep (iş sahibinin ağır kusuru, mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru) müteahhidi sorumluluktan kurtarır.

Türk ve Irak hukukunda inşaat sahibine yüklenebilecek sebepleri düzenleyen hükümler ve inşa eserindeki ayıpların kabulünü düzenleyen hükümler birbirine benzemekle birlikte, aralarında az da olsa, bazı farklılıklar bulunmaktadır. Ancak bu iki hukuk sisteminin, inşaat sözleşmesindeki zamanaşımı hükümleri açısından hiç benzemedikleri de aşikârdır. Gerçekten de, Türk hukukunda taşınmaz ve taşınır inşa eserini şeklinde bir ayırım yapılarak, her biri için ayrı ayrı zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Halbuki, Irak hukukunda böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte, sadece taşınmaz inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit edici ayıplar için iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu sürelerden biri, on yıllık deneme süresi (hak düşürücü süre), diğeri bir yıllık zamanaşımı süresidir. Böylece, Irak Medenî Kanunu, taşınmaz inşa eserindeki yıkılma ve bunun sağlamlığını tehdit eden ayıpların dışındaki ayıpları ve taşınır inşa eserlerindeki ayıplar için bir zamanaşımı süresini hükme bağlamamıştır. Keza alt müteahhitlik sözleşmesinde de, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişkide inşa eserindeki ayıplardan doğan haklar için bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Irak Medenî Kanunu'nun böyle hükümlere yer vermesi, Mısır ve Fransız Medenî Kanunlarından etkilenmesinden kaynaklanmaktadır. Durum böyle olunca, Irak ve Mısır doktrinlerinde, istisna sözleşmesinde, zamanaşımı süresi düzenlenmediği hallerde örfün öngördüğü en kısa zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, bir çözüm olarak kabul edilmiştir. Bu durumlarda genel zamanaşımı süresinin kabul edilmeyişin sebebi, bu sürenin onbeş yıl olmasıdır. Bu süre, IMK. m. 870'deki sürelerden daha uzun olduğu için, anılan durumda uygulanması doktrinde kabul görmemektedir. Ayrıca genel hükümlerde düzenlenmiş olan beş yıllık kısa zamanaşımı süresinin de burada uygulanması söz

konusu olmaz. Zira bu süre ancak periyodik ve yenilenen haklarda uygulama alanı bulur.

Kanaatimizce, zamanaşımı ile ilgili Türk hukukundaki düzenleme daha isabetlidir. Bu açıdan Irak hukukunda da, inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplar dışındaki ayıplar, taşınır inşa eserindeki ayıplar ve alt müteahhitlik ilişkisinde doğan ayıplar için bir zamanaşımı süresi öngörülmesi veya en azından genel hükümlerdeki zamanaşımı süreleri burada da uygulanmalıdır.



SONUÇ

Türk ve Irak hukuk sisteminde inşaat sözleşmesinin temelini istisna sözleşmesinin hükümleri oluşturmaktadır. Söz konusu hukuk sistemlerinin inşaat sözleşmesine ilişkin hükümleri, büyük oranda benzerlik arz etmesine rağmen, birçok nokta da farklılık göstermektedir. Bunun sebebi ise, adı geçen hukuk sistemlerinin farklı kaynaklara dayanmış olmasıdır. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu oluştururken, Irak Medenî Kanunu'nun kaynağını Fransız ve Mısır Medenî Kanunları ile İslam Fıkhının genel kuralları teşkil etmektedir.

Gerek Türk hukukunda ve gerekse Irak hukukunda, müteahhit, inşaat sözleşmesiyle, inşaat sahibinin ödeyeceği bedel karşılığında ayıpsız ve eksiksiz bir inşa eseri meydana getirmeyi taahhüt eder. Anılan hukuk sistemlerinde inşaat sözleşmesi üç unsurdan oluşmaktadır. Söz konusu unsurlar; bir inşa eserinin meydana getirilmesi, ücret ve tarafların anlaşmasıdır. Bu açıdan inşaat sözleşmesi ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ayrıca her iki hukuk sisteminde de inşaat sözleşmesinin kural olarak anî edimli, istisnâî hallerde de sürekli borç doğran bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir.

Türk ve Irak hukukunda, inşaat sözleşmeleri kural olarak, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak bu sözleşmenin bir uygulama şekli olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve özel kanunlarda, özellikle devletin (idarenin) taraf olduğu inşaat sözleşmeleri, belirli şekil şartının yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, ispat kolaylığı sağladığı için, inşaat sözleşmeleri yazılı özellikle de resmî yazılı şekilde akdedilmektedir.

Türk ve Irak hukukunda kural, müteahhidin inşaat sözleşmesi gereğince üstlendiği inşa eserini kendisinin meydana getireceğidir. Ancak özellikle büyük çaplı inşaat işlerinde müteahhidin, bütün işleri tek başına meydana getirmesi mümkün olmadığından, kendisine bağlı yardımcı kişilere ve alt müteahhitlere başvurması mümkündür.

Müteahhit bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Dolayısıyla müteahhit, tüzel kişiliği haiz limited veya anonim şirket olabileceği gibi, tüzel kişiliği bulunmayan adî şirket şekline de bürünebilir. Bu açıdan uygulamada, adî şirket

niteliğinde olan “konsorsiyum” veya “joint venture” şeklindeki müteahhitlere de rastlanmaktadır. Yalnız, söz konusu durum, Irak hukuku açısından farklılık arz etmektedir. Zira Türk hukukunda konsorsiyum ve joint venture, kural olarak tüzel kişiliği haiz olmadığı için, adî şirket niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak Irak hukukunda adî şirket düzenlenmemiştir. Bu sebeple, Irak hukukuna göre, konsorsiyum ve joint ventureler tüzel kişiliğe sahip bir şirket olarak karşımıza çıkar.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin, üzerinde anlaşılan nitelik ve vasıfları taşıyan bir inşa eseri meydana getirmesi gerekir. Bu şekilde meydana getirilmeyen inşa eseri ayıplı sayılır ve müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Bir başka deyişle, müteahhit sözleşmede öngörülen nitelikte olmayan bir inşa eserini meydana getirip inşaat sahibine teslim ettiği takdirde ayıptan sorumluluğu mevzu bahis olur. Zira müteahhit tarafından ayıplı şekilde meydana getirilen ve inşaat sahibine teslim edilen inşa eseri inşaat sahibinin inşaat sözleşmesini yapmadaki menfaatlerine aykırı düşmektedir. Anılan sorumluluğa Türk hukukunda BK. m. 359 vd.; Irak hukukunda ise IMK. m. 870 vd. hükümleri uygulanır.

Irak hukukunda (IMK. m. 870 vd.), müteahhidin inşa eserinin yıkılmasından veya inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıplardan sorumluluğunun hukukî niteliğine ilişkin olarak doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ancak, bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, müteahhidin söz konusu sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk niteliğindedir.

Türk ve Irak hukuk sistemlerinde müteahhidin ayıptan sorumluluğu bazı maddî ve şekli şartlara bağlanmıştır. Maddî şartların başında müteahhidin eseri tamamlayarak inşaat sahibine teslim etmesi gelir. İnşa eserinin tesliminin gerçekleşmesi için, her şeyden önce, inşa eserinin tamamlanmış olması gerekir. İnşa eserin tamamlanması, kararlaştırılan işlerin tümünün yapılmasıyla gerçekleşir. İnşa eserinin teslimi, inşa eserinin fiilî veya hukukî anlamda inşaat sözleşmesine uygun bir şekilde tamamlandığı ve bu sözleşmede kararlaştırılan bütün inşaat işlerinin icra edildiği ve sona erdiği anlamına gelir. Maddî şartların ikincisi ise, inşa eserinin ayıplı olmasıdır. Zira müteahhidin inşa eserini ayıpsız bir şekilde tamamlaması gerekir. İnşa eserinde, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin veya normal olarak bulunması gerekli olan niteliklerin mevcut olmaması halinde, ayıplı inşa eseri söz konusu olur.

Irak Kanunkoyucusu, Irak Medenî Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, eserde bulunan ayıpları düzenlerken, ikili bir ayırım yapmıştır. Söz konusu ayırma göre, Irak Medenî Kanunu'nda, ilk olarak inşaat sözleşmesine uygulanan hükümler (özel hükümler), ardından da diğer istisna sözleşmelerine uygulanan ayıba karşı tekeffül hükümleri (genel hükümler) düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca, inşa eserindeki ayıp, inşa eserinin yıkılması veya sağlamlığını tehdit ediyorsa, özel hükümler uygulanır. Bunun dışındaki ayıplara ise, ayıba karşı tekeffülle ilişkin genel hükümler uygulanır. Dolayısıyla özel hükümlerin uygulanması için, inşa eserinin yıkılması veya sağlamlığını zedeleyen bir ayıbın ortaya çıkması gerekir. Sabit olmayan (taşınır) bir inşa eserinde ayıp meydana geldiği hallerde müteahhit, genel hükümler uyarınca, istisna sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümlerine göre mesul olur.

Müteahhidin inşa eserindeki ayıptan dolayı sorumluluğunun şekli şartları ise, iş sahibinin külfetlere uyma yükümlülüğü, teslim alınan inşa eserinin muayenesi ve inşa eserinde belirlenen ayıpların müteahhide bildirilmesidir. Her iki hukuk sisteminde de, müteahhidin ayıptan sorumlu tutulması için, inşaat sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması gerekir. İnşa eserinin muayenesi teslim edilen inşaatın sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Anılan muayeneye inşaat sahibi inşa eserinde bulunan ayıpları tespit eder. Böylece inşaat sahibi muayeneye öğrenmiş olduğu ayıpları müteahhide bildirir. Bu itibarla muayene külfeti, ihbar külfetinin yerine getirilmesi için bir ön araçtır.

İnşa eseri ayıplı olduğu takdirde, inşaat sahibine bazı haklar tanınmıştır. Türk ve Irak hukukunda inşaat sahibine tanınan haklar, özellikle de bu hakların Türk Borçlar Kanunu ve Irak Medenî Kanunu'ndaki düzenleniş biçimi, birbirine nazaran farklılık arz etmektedir. Türk hukukunda, müteahhidin ayıplı bir inşa eseri meydana getirerek, inşaat sahibine teslim etmesi halinde ise, TBK. m. 360 hükmü inşaat sahibine bazı haklar tanımaktadır. İnşaat sahibine inşa eserindeki ayıplardan dolayı tanınan hakların ilki, sözleşmeden dönmedir (inşa eserinin kabulünden kaçınma). İnşaat sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, eserin kullanamayacak veya nısfet (*adalet*) kuralları gereğince (*billigerweise*) kabule icbar edilemeyecek durumda olması gerekir. İnşaat sahibine tanınan bir diğer hak ise, ücretten indirim yapılmasını isteme hakkıdır. İnşaat sahibinin ücretin indirilmesi talebinde bulunabilmesi için,

inşa eserinin hâlihazırdaki değerinin, sözleşmeye göre ayıplı olmaması gereken eserin teslim zamanındaki değerinden daha düşük olması gerekir. İnşaat sahibine tanınan bir diğer hak da, ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. Bu hak, inşa eserinde sözleşmeden dönme hakkını göstermeyecek, daha az önemli ayıpların bulunması halinde kullanılabilir. Anılan durumda, inşaat sahibi, ücretten indirim hakkını kullanabileceği gibi, bu hakkın yerine, müteahhitten ayıbı ücretsiz olarak gidermesini de talep edebilir. Son olarak, inşaat sahibine zararın tazminini talep hakkı tanınmıştır. Müteahhidin ayıplı inşaat teslim etmesi halinde, inşaat sahibi, müteahhidin kusurlu olması şartıyla, uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Söz konusu tazminatı talep hakkı, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini veya ayıbın giderilmesi talep hakları yerine kullanılacak bir hak olmayıp; bu üç seçimlik hakka ek olarak ve onlarla birlikte kullanılabilen bir hukukî imkândır.

Irak hukukunda ise durum, Türk hukukundan daha farklıdır. Müteahhidin ayıplı inşa eseri meydana getirdiğinde, inşaat sahibine ayıptan dolayı tanınan hakları düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Doktrinde hakim görüşüne göre, anılan hususa, Medenî Kanundaki sözleşmeye aykırılığın genel hükümleri uygulanır. Bu genel hükümler, müteahhit ayıplı bir inşaat meydana getirdiğinde iş sahibine üç imkân tanımaktadır. Bunlar; sözleşmeden dönme, aynen ifa talebinde bulunma ve tazminat davası açmaktır. Ancak kanaatimizce, Irak hukukunda da, Türk hukukunda olduğu gibi, inşa eserinin ayıplı olduğu hallerde, inşaat sahibinin sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini ya da ayıbın giderilmesini talep hakları bulunduğu sonucuna, Medenî Kanun'un genel kurallarına başvurmadan, istisna sözleşmesine özgü olan madde hükümlerine dayanılarak varılabilir. Zira istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerden, IMK. m. 873/II ve III, TBK. m. 360'daki düzenlemeye benzer bir hüküm ihtiva etmektedir.

İnşa eserinin ayıplı olması, her zaman müteahhidin sorumluluğuna yol açmaz. İnşa eserindeki ayıbın inşaat sahibine yüklenebilecek bir sebepten doğmuş olması halinde, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu itibarla, inşa eserinde böyle bir ayıbın bulunmasında müteahhit sorumluluktan kurtulur. Ayrıca müteahhit inşaat sahibinin inşa eserini kabul etmesiyle de ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulur. İnşa eserindeki ayıpların kabulü, açık ayıplar için geçerli olabileceği gibi, gizli ayıplar için de geçerli olur. Müteahhidin ayıptan dolayı

sorumluluktan kurtulduğu bir diğer durum ise, zamanaşımı sürelerinin geçmesidir. İnşaat sahibine ayıptan dolayı kendisine tanınan hakların kullanılmasına uygulanan süreler Türk ve Irak hukukunda birbirinden farklıdır. TBK. m. 363 taşınır eserler için bir yıllık, taşınmaz eserler için beş yıllık zamanaşımı süresi öngörmüştür. Irak hukukunda ise, böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte, sadece taşınmaz inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit edici ayıplar için iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu sürelerden biri, hak düşürücü süre niteliğinde olan on yıllık deneme süresi, diğeri bir yıllık zamanaşımı süresidir. Böylece Irak Medenî Kanunu, taşınmaz inşaattaki yıkılma ve bunun sağlamlığını tehdit eden ayıpların dışındaki ayıpları ve taşınır inşa eserlerindeki ayıplar için bir zamanaşımı süresini hükme bağlamamıştır. Ayrıca, Irak Medenî Kanunu, alt müteahhitlik sözleşmesinde de, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişkide inşa eserindeki ayıplardan dolayı doğan haklar için bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Irak doktrinde, istisna sözleşmesinde zamanaşımı süresinin düzenlenmediği hallerde, örfün öngördüğü en kısa zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce, Irak hukukunda da, inşa eserinin yıkılmasına yol veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplar haricindeki ayıplar, taşınır inşa eserindeki ayıplar ve alt müteahhitlik ilişkisinden doğan ayıplar için bir zamanaşımı süresi öngörülmeli veya en azından genel hükümlerdeki zamanaşımı süreleri bunlara da uygulanmalıdır.

Zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK. m. 363 hükmü emredici nitelikte bir düzenleme olmayıp, tamamlayıcı niteliktedir. Bu sebeple taraflar TBK. m. 363'de yer alan bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, tarafların anlaşmasıyla uzatılabileceği gibi, bunların kısaltılabilmesi de mümkündür. IMK. m. 870'de düzenlenen müteahhidin inşa eserinin yıkılmasına yol açan veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplarından sorumlu tutulacağı on yıllık süre, tarafların anlaşması ile uzatılabilir. Ancak, taraflar anlaşarak, IMK. m. 870'deki süreyi kısaltamaz veya ortadan kaldıramazlar. Böyle bir anlaşma akdedildiği takdirde, IMK. m. 870/T'e göre geçersiz addedilir. Böylece Irak kanunkoyucusu, inşaatın yıkılmasına yol açan veya inşaatın sağlamlığını tehdit eden hükümleri, emredici nitelikli hükümler olarak kabul etmiştir.

ÖZET

Türk ve Irak hukuk sistemleri açısından, mukayeseli olarak inşaat sözleşmesinde, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun konusunu incelendiği tezimiz; giriş dışında dört bölümden oluşmaktadır.

Girişte, Türk ve Irak hukukunda inşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu konusunun takdimi yapılmıştır. Ardından konunun önemi, her iki hukuk sistemi açısından mukayeseli olarak ele alınmıştır. Tezde, inşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu konusu, esas olarak Türk ve Irak hukukları açısından incelenmiştir. Bununla birlikte, konunun diğer hukuk sistemlerindeki düzenler içine de kısaca işaret edilmiştir.

Tezin kapsamı, inşaat sözleşmesinde müteahhidin teslimden sonraki ayıpları ile sınırlanmıştır. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu ve Irak Medenî Kanunu'nun konuya ilişkin hükümlerine işaret edilmiştir. Özellikle de, müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını tehdit eden ayıplardan dolayı sorumluluğunu düzenleyen İMK. m. 870'de 1973 ve 1974 yıllarında yapılan değişikliklere değinilmiştir. Keza her iki hukuk açısından idarenin taraf olduğu kanun hükümlerine de yer verilmiştir. Bu çerçevede Türk hukukuna ilişkin olarak, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin ilgili hükümleri incelenmiştir. Irak hukukuna ilişkin olarak idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmeleri konusunda Irak İnşaat Mühendislik İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine işaret edilmiştir. Türkiye bir deprem bölgesi olduğundan ve genellikle deprem inşa eserindeki ayıpları ortaya çıkardığından kısaca Yapı Denetimi Kanunu'na da değinilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde konu ile ilgili temel kavram ve konular ele alınmıştır. Burada öncelikle inşaat sözleşmesinin tanımına yer verilmiş; ardından da inşaat sözleşmesinin unsurları incelenmiştir. Daha sonra ise, inşaat sözleşmesinin düzenleme şekli incelenmiştir. İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu sebeple, tezde sözleşmenin tarafları, inşaat sahibi ve müteahhit olarak ele alınmıştır. Birinci bölümde son olarak inşaat sözleşmesine has özellikler incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, önce müteahhidin inşa eserindeki ayıplarından sorumluluğunun tanımı, hukukî niteliği ve özelliklerine yer verilmiştir. Daha sonra inşa eserindeki ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğunun şartlarına değinilmiştir. Söz konusu şartlar maddî ve şeklî olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Maddî şartların ilki, müteahhidin inşa eserini tamamlayarak inşaat sahibine teslim etmiş olmasıdır. Anılan şartların ikincisi ise, inşa eserinin ayıplı olmasıdır. Söz konusu ayıplar, TBK. m. 359 vd. ile IMK. m. 870 vd.'nda düzenlenmiştir. İnşa eserindeki ayıpların türlerine bakıldığında, bunların açık olabileceği gibi, zımnî de olması mümkündür. Ayrıca çalışmamızda önemli ve daha az önemli ayıp, hukukî ile fillî ayıp ve aslî ve talî ayıp ayrımlarına da yer verilmiştir. Müteahhidin inşa eserindeki ayıplardan dolayı sorumluluğunun şeklî şartları ise, inşaat sahibinin inşa eserini muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesidir. Bu açıdan tezde muayene ve ihbarın hukukî niteliği, şekli ve süreleri tek tek ve ayrıntılı bir şekilde ele alınıp incelenmiştir.

İnşa eserindeki ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, inşaat sahibine hem Türk hukukunda hem de Irak hukukunda bazı haklar tanınır. Bu cihetle tezin üçüncü bölümünde inşaat sahibine ayıptan dolayı tanınan haklar irdelenmiştir. Türk hukukunda inşaat sahibine tanınan haklar; sözleşmeden dönme hakkı, ücretten indirim yapılmasını talep hakkı, ayıbın giderilmesini talep hakkı ve müteahhidin kusurlu olduğu hallerde tazminat talep etme haklarıdır. Irak hukukunda ise, inşa eserinin ayıplı olduğu hallerde Medenî Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca inşaat sahibine sözleşmeden dönme hakkı, aynen ifa ve tazminat talep etme imkânları tanınmıştır. Çalışmamızda söz konusu haklar ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

Tezin dördüncü yani son bölümünde ise, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulması konusu işlenmiştir. Bu kapsamda inşa eserindeki ayıp müteahhidin değil, inşaat sahibinin kusurundan kaynaklandığı, inşaat sahibi inşa eserindeki ayıpları kabul ettiği ve kanunda ayıptan dolayı hakların kullanılması için belirtilen sürelerin geçirilmesi halleri incelenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen süreler emredici değil, tamamlayıcı süre olduğundan, tarafların söz konusu süreleri uzatabilmeleri gibi kısaltabilmeleri mümkündür. Bu itibarla, çalışmamızın bu bölümünde inşaat sözleşmesinin de tarafların sorumsuzluk

sözleşmesi akdetmeleri de ele alınmıştır. Bu bölümde Irak hukukundaki sürelerle de yer verilmiştir. Bu kapsamda, Irak Medenî Kanunu'ndaki sürelerin, özellikle de, İMK. m. 870'deki müteahhidin inşa eserinin yıkılması veya inşa eserinin sağlamlığını zedeleyen ayıplara ilişkin sürelerin uzatılması mümkün iken, söz konusu sürelerin kısaltılmasına böyle bir imkân tanınmadığı anlatılmıştır. Buna gerekçe olarak da, Irak kanunkoyucusu bu süreleri tamamlayıcı değil, emredici hüküm olarak telâkki etmiş olması gösterilmiştir.

Tezin sonunda incelememiz sırasında vardığımız kanaatlerin topluca yer aldığı "sonuç", ve tezin kısa bir "özet"ine yer verilmiştir. Daha sonra, çalışmada yararlanılan bazı ülkelerin kanunlarındaki konu ile ilgili hükümleri eklenmiştir. Bunlar; sırasıyla, Irak Medenî Kanunu; Kuveyt Medenî Kanununun ve Ürdün Medenî Kanunu ilgili hükümlerinin Türkçe metinleridir.

ABSTRACT

The subject matter of the thesis is the liability of contractor for the defects in construction contract. In construction contracts, the contractor undertakes constructing a building without any defect. Therefore if a contractor constructs a defected building, he will be liable for the defects.

In the thesis, the liability of contractor for the defects is examined from the viewpoint of Turkish and Iraq legal systems comparatively. Because there hasn't been a comparative study of Turkish and Iraq construction laws before and also due to the increase of the number of the foreign, and especially Turkish construction firms working in Iraq, this subject matter is chosen. The thesis includes suggestions in order to remove the lacks of Iraq construction law.

The thesis is basically about the Turkish and Iraq construction law systems. But the arrangements of Germany, Switzerland, France, Egypt, Libya, Lebanon, Kuwait and Jordan on construction contracts are examined as well.

The thesis has four chapters except the introduction part. In the introduction part, the presenting, importance, scope of the subject matter and the arrangements in Turkish and Iraq law systems are available.

In the first chapter, the basic concepts regarding the topic are investigated. In this context, the definition, components, form and parties of the construction contract are examined.

In the second chapter, the definition, legal nature, properties and conditions of the liability of the constructor for the defects are investigated. In this context, the pecuniary and formal conditions are examined detailed.

The third chapter includes the rights of the building owner due to the defect of the construct.

In the fourth chapter, release of the liability of the constructor and the time periods regarding the rights arising from the defect are examined.

At the end of the thesis, the result and summary exist. Also at the end of the thesis, translation of the provisions of Iraq, Kuwait and Jordan Codes of Civil regarding work contract in to Turkish are appended.

EK 1

IRAK MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER*

IMK. m. 864: “ İstisna sözleşmesi bir sözleşmesidir ki onunla taraflardan biri bir ücret karşılığında karşı tarafa bir şeyin imalini veya bir iş görmeyi taahhüt eder”.

IMK. m. 865: “I. Müteahhidin sadece işi taahhüt etmesi, iş sahibinin müteahhidin yapacağı işte kullanılan veya yararlanılan malzemeyi sağlaması mümkündür.

II. Keza müteahhidin malzemeyi ve işi sağlanmayı birlikte taahhüt etmesi de caizdir. Bu durumda kurulan sözleşme istisna sözleşmesidir”.

Müteahhidin Borçları

IMK. m. 866: “İşin malzemelerinin tamamını veya birazını sağlanmayı taahhüt eden müteahhit etmişse, bunların kalitesinden sorumlu olup, bunu iş sahibine tekeffül eder”.

IMK. m. 867: “I. Malzemeyi iş sahibinin sağladığı durumlarda, müteahhit malzemenin kullanılmasında özen göstermeli ve teknik kurallara riayet etmeli ve iş sahibine malzemenin kullanılması hususunda hesap vermeli ve iş tamamlandıktan sonra artan malzeme varsa, bunları da ona iade etmelidir. İş sahibinin sağladığı malzemenin müteahhidin ihmali veya teknik yeteneksizliğinden dolayı kullanılamaz hale gelmesi halinde, müteahhit, bu kısmın değerini iş sahibine ödemelidir.

II. Müteahhit, işin yerine getirilmesinde ihtiyaç duyduğu edevat ve ek malzemeleri temin etmek zorundadır. Aksine anlaşma veya meslekî örf bulunmadıkça, bunları temin etme masrafları müteahhide aittir”.

IMK. m. 868: “Müteahhidin işe başlamakta geciktiği veya işi tamamlamakta geciktiği durumlarda, işin gereği gibi zamanında bitirilmesi mümkün olmadığı anlaşılırsa, iş sahibi teslim zamanını beklemeden sözleşmeyi feshedebilir”.

IMK. m. 869: “I. İş sahibi, işin yapılması sırasında müteahhidin işi ayıplı ve sözleşmeye aykırı bir şekilde gerçekleştirdiğini fark ederse, müteahhide, belirlediği uygun bir sürede gereği gibi ifa etmesi hususunda bir ihtar çeker. Bu süre içinde müteahhit gereği gibi ifayı gerçekleştirmezse, iş sahibi sözleşmenin feshini veya işin niteliği cevaz verdiği takdirde, işin müteahhidin hesabına başka bir müteahhide

* 1951 tarih 40 sayılı Irak Medenî Kanunu

verilmesini talep edebilir. Sözleşmenin icrasının (meydana getirilmesinin) yöntemindeki ayıbın giderilmesi imkânsızsa sözleşme derhal feshedilebilir.

II. Ancak icranın (meydana getirilmenin) yöntemindeki ayıp işin değerini büyük oranda düşürmüyorsa veya kullanım amacının gerçekleştirilmesini engellemiyorsa, sözleşme feshedilemez”.

IMK. m. 870: “I. Müteahhit ve mimar meydana getirdikleri bina ve diğer sabit inşaa eserlerinin küllî ve cüzî yıkılması halinde; ayıp, inşaatın üzerinde yapıldığı arsadan kaynaklansa veya inşaat sahibi ayıplı bir inşaatın meydana getirilmesine izin vermiş olsa dahi, on yıl boyunca sorumlu olurlar. Meğerki taraflar inşaatın on yıldan daha az bir süre için kalmasını istemiş olsunlar. On yıllık sorumluluk süresi, işin tamamlanıp teslim edilmesinden sonra işlemeye başlar. Bu sorumluluğu azaltan veya kaldıran şartlar geçersizdir.

II. Yukarıdaki fıkra müteahhidin kendisinden işleri kabul eden ve onlara rücu hakkı olan diğer müteahhitlerle arasındaki ilişkilere uygulanmaz.

III. Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm, inşaatın sağlamlığını tehdit eden ayıpları da kapsar.

IV. Bu maddede yer alan sorumluluk davası, yıkılmanın gerçekleşmesi veya ayıbın inkişaf etmesinden bir yıl sonra düşer.”

IMK. m. 871: “I. Mimar mühendis, işin icrasını kontrole değil, sadece plânı kurmakla sınırlı olarak görevlendirilmişlerse, icra yönteminden kaynaklanmayıp sadece, plândan gelen ayıplardan sorumlu olur. Müteahhit, bir mimar mühendisin veya kendisini bir mimar mühendis yerine koyan iş sahibinin yönetiminde çalışmakta ise; bu durumda plân kurmadaki yanlışlık ve dikkatsizlikten değil, sadece işin icrasından doğan ayıplardan sorumlu olur.

II. Mimar mühendisle müteahhit, işteki ayıptan sorumlu iseler, bu sorumluluk müteselsilen sorumluluk şeklinedirler”.

IMK. m. 872: “Mimar veya müteahhidin yukarıdaki iki maddede kararlaştırılan tekeffülü, inşaatteki ayıpların ortaya çıkış durumlarından, bu ayıpların inşaatın yapıldığı zaman tahmin edilemeyen sebeplerden doğduğu belli olursa, düşer”.

İş Sahibinin Borçları

IMK. m. 873: "I. Müteahhit işi tamamlayıp iş sahibinin tasarrufuna bıraktığında, iş sahibi işi mümkün olan en yakın zamanda muayene etmeli ve bunu durumun gerektirdiği, kısa bir sürede teslim almalıdır. Meşru bir sebep olmadan ve yapılan resmî bir ihtara rağmen iş sahibi işin muayenesini veya teslim alınmasını kabul etmediği takdirde, iş inşaat sahibine teslim edilmiş sayılır.

II. Müteahhidin sözleşmenin şartlarına veya bu tür işlerin teknik kurallarına aykırı davranması sonucu, iş, iş sahibi tarafından kullanamaz veya adalet kuralları iş sahibini bunu kabul etmeye mecbur kılmayacak hale gelmişse, iş sahibi işi teslim almaktan imtina edebilir. Ancak aykırılık bu derecede değilse, iş sahibi ancak aykırılığın önemi ile orantılı olarak ücret indiriminde bulunabilir.

III. İşin düzeltilmesi aşırı masraflara yol açmıyorsa, iş sahibi, işi belli bir sürede müteahhide düzelttirebilir. Müteahhit, işi, iş sahibine zarar vermiyorsa veya aşırı masraflara neden olmuyorsa, uygun bir sürede düzeltebilir."

IMK. m. 874: "I. İş farklı kısımlardan oluşuyorsa veya ücret birim fiyatına göre belirlenmişse, taraflardan her biri işin her kısmının yapılmasından sonra veya işin tamamına oranla daha önemli kısmının (büyük kısmının) yapılmasından sonra muayenenin yapılmasını isteyebilir. II. Ücretin avans olarak ödenmediği hallerde, ücretin ödenmiş ise, muayenenin yapıldığı farz edilir".

IMK. m. 875: "I. Müteahhidin açık ayıptan veya üzerinde anlaşılana muhalefet (aykırı davranmasından) etmesinden sorumluluğu, işin fiilî veya hükmi olarak teslim edildiği tarihte ortadan kalkar

II. Ancak ayıplar gizliyse veya muhalefet (aykırılık) açık değilse ve iş sahibi bunu teslim ettiği zaman görmeyip ancak, bundan (tesellümden) sonra keşfetmişse, bunu keşfeder etmez müteahhide bildirmelidir. Bunu (bildirimi) yapmadığı takdirde, işi bu şekilde kabul etmiş sayılır".

IMK. m. 876: "874. madde hükmünü göz önünde tutularak anlaşma veya örf aksini gerektirmedikçe ücret ödeme işi teslim almayla muaccel olur".

IMK. m. 877: "Eğer sözleşme (istisna sözleşmesi) toptan götürü ücret üzerinden ve iş sahibiyle anlaşılan plân esasına göre kurulmuşsa, müteahhit, plânda düzeltme veya ekleme yapsa dahi, herhangi bir ücret artışına gidemez. Meğer ki bu durum iş sahibinin yanlılığından kaynaklansın veya iş sahibinin izin verip müteahhitle ücret üzerinde anlaşmış olsun. Asıl sözleşme sözlü olmadıkça söz konusu anlaşma (iş sahibi ile müteahhit arasındaki değişikliğe izin veren anlaşma) yazılı şekilde yapılmalıdır ".

IMK. m. 878: "Temel maddelerin fiyatlarının ve işçi ücretlerinin yükselmesi halinde, bu yükseliş sözleşmenin uygulanmasını güçleştirirse dahi müteahhit, bunlara dayanarak ücretin artırılmasını isteyemez. Ancak iş sahibi ile müteahhidin borçları arasındaki ekonomik denge, sözleşmenin yapıldığında hesapta olmayan nedenlerden dolayı tam olarak çökmesinin ve böylece istisna sözleşmesinin malî takdirinin üzerine kurulduğu esasın yok olması halinde, mahkeme, ücretin artırılmasına veya sözleşmenin feshedilmesine karar verebilir".

IMK. m. 879: "I. Sözleşme sabit birim fiyat üzerine kurulduysa ve işin görülmesi esnasında üzerinde anlaşılan plânın uygulanabilmesi için, ölçme (birim) de takdir edilen masrafları hissedilecek bir derecede geçilmesi gerektiği anlaşılırsa, müteahhidin tahmin ettiği masraf fazlalığının miktarını belirterek, iş sahibini anında haberdar etmesi gerekir. Bunu yapmadığı takdirde, ölçülen değeri aşan masrafları geri alamaz.

II. Plânın uygulamasının gerektirdiği artış, fahiş ise, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmeyi feshetmek isterse, buna beklemeksizin başlaması ve müteahhidin tüm işi bitirmiş olsaydı elde edeceği kâr haricinde harcadığı masrafları ve gerçekleştirdiği işleri dolayı tazmin etmesi gerekir".

IMK. m. 880: "I. Ücret önceden belirlenmediyse veya takribî (yaklaşık) olarak belirlendiyse, ücret belirlenirken işin değeri ve müteahhidin masrafları göz önünde tutulur.

II. Eğer halin icabından, tavsiye edilen işin veya eşyanın illaki bir ücret karşılığında yapılması anlaşılıyorsa, burada ücretin ödeneceğinin kararlaştırıldığı hususunda bir zımnî anlaşmanın varlığını kabul etmek gerekir".

IMK. m. 881: "I. Mimar plân kurma ve ölçümleri yapmaktan başka işi yönetmekten de bağımsız bir ücret hak eder. Sözleşmede bu ücretler belirlenmemişse, bunları carî örf'e göre belirlemek gerekir.

II. Ancak inşaat işi mimarın kurduğu plâna göre yapılmazsa, işin niteliği da göz önünde tutulmakla birlikte, ücret, mimarın plânı kurmak için harcadığı aldığı zamana göre belirlenir".

Alt Müteahhit

IMK. m. 882: "I. Müteahhit işin tamamını, veya bir kısmını, sözleşmede bunu yasaklayan bir şart olmadıkça veya işin niteliği gereği onun (müteahhidin) kişisel özelliği önem taşımadıkça, başka bir müteahhide devredebilir.

II. Ancak bu durumda, işi devreden müteahhit, alt müteahhidin işlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur".

IMK. m. 883: "I. Alt müteahhidin veya işin icrasında asıl müteahhidin hesabına çalışan işçilerin, müteahhidin zimmetinde olan alacaklarını doğrudan doğruya iş sahibinden isteme hakkı vardır. Ancak bunun, dava açıldığı zaman asıl müteahhidin borçlu olduğu miktarı aşmaması şarttır. Alt müteahhidin işçilerinin de, asıl müteahhide ve iş sahibine karşı, bu hakları vardır.

II. Bunlardan birinin iş sahibinin veya alt müteahhidin eli altında bulunanlar üzerine haciz koyması halinde, haciz zamanında asıl müteahhit veya alt müteahhit muaccel olan alacakları oranında öncelik hakkına sahip olurlar. Alacaklara onlara doğrudan da verilebilir.

III. Bu maddede belirtilen alt müteahhit ve işçilerin hakları, müteahhidin iş sahibindeki haklarını devrettiği kişilerin haklarına göre önceliklidir".

İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi

IMK. m. 884: "İstisna sözleşmesi, 873 ve 875 madde hükümlerine göre; üzerinde anlaşılan işin tamamlanıp teslimi ile sona erer".

IMK. m. 885: "I. İş sahibi işin tamamlanmasından önce her zaman icrayı durdurup sözleşmeyi fesih edebilir. Ancak iş sahibi müteahhide, harcadığı tüm masraflar, tamamladığı işler ve işi tamamlamış olsaydı elde edeceği kazanç oranında dolaylı tazminat ödemelidir.

II. Ancak mahkeme tazminattan düşürmeyi (indirimi) haklı kılan durumların varlığı halinde, hak edilen tazmininden müteahhidin kazançtan yoksun kalınanı

düşürülebilir. Mahkeme, özellikle müteahhidin sözleşmenin feshinden dolayı iktisat (tasarruf) ettiği ve zamanını başka bir işte kullanmaktan elde ettiği kazançtan dolayı indirim yapmalıdır”.

IMK. m. 886: “I. Üzerinde anlaşılan işin icrasının imkânsızlaşması ile istisna sözleşmesi sona erer.

II. İcra mücbir sebepten dolayı imkânsızlaşmışsa, müteahhit ancak m. 889’da belirtilen şekilde iş sahibinin yararlandığı oranda tazmin edilir. İmkânsızlık müteahhidin kusurundan kaynaklanmış ise, yukarıdaki şekilde tazmin edilir. Ancak kusurdan dolayı sorumlu olur. imkânsızlığın iş sahibinin kusurundan kaynaklandığı halde de, geçen maddenin hükümleri uygulanır”.

IMK. m. 887: “I. İstisna konusu şeyi, iş sahibine teslimden önce, mücbir sebepten dolayı telef veya kayıp olursa, müteahhit işin ücretini ve masrafların geri verilmesini talep edemez. Meğer ki iş sahibine işin teslim alınması için ihtar çekmiş olsun.

II. Bu durumda telefe işin malzemelerini sağlayan katlanır.

III. Müteahhit, şeyin teslimi için ihtar edilmişse veya teslimden önce şeyin telef olması veya ayıplanması kendi kusuruna dayanıyorsa, iş sahibinin sağladığı malzemelerden doğan zararı tazmin etmelidir.

IV. Şeyin telef olması veya ayıplanması, iş sahibinin kusurundan veya sağladığı malzemeden kaynaklanıyorsa, müteahhidin ücret isteme ve gerektiğinde tazminat talep etme hakkı vardır”.

IMK. m. 888: “I. Müteahhidin kişisel yetenekleri sözleşmenin ifasında belirleyici ise, müteahhidin ölümüyle istisna sözleşmesi sona erer. Böyle bir durumda söz konusu değilse, sözleşme kendiliğinden sona ermez. Anılan durumda iş sahibi 885. maddenin uygulanması hali dışında, sözleşmeyi fesih edemez. Meğer ki müteahhidin mirasçılarında işin gereği gibi icrası hususunda yeterli teminat bulunmasın.

II. Sözleşmenin sanatçı veya mühendis ya da mimar yahut başka serbest mesleklerle uğraşanlarla yapıldığı durumlarda, daima (her zaman) müteahhidin kişiliği sözleşmede belirleyici olduğu varsayılır. İşçiler ve imalatçılarla yapılan sözleşmelerde, aksine bir delil (kanıt) veya örf olmadıkça, müteahhidin kişisel sıfatı belirleyici olduğu farz edilir. Diğer sair hallerde büyük istisna (inşaat) sözleşmelerinde müteahhidin kişisel sıfatlarının değil, isminin piyasadaki itibarının sözleşmenin yapıldığında belirleyici olduğu, varsayılır”.

IMK. m. 889: “ I. Sözleşme müteahhidin ölümüyle sona ererse, iş sahibi terekeye tamamlanan işlerin değeri ve tamamlanmayanın icrası için harcanan masrafları, bu işlerden ve masraflardan elde ettiği menfaatler oranda, ödemelidir. İstisna sözleşmesinin konusu bina yapmak veya başka büyük inşaat işleri ise, işlerin ve masrafların toplamında menfaati olduğu (yararlı) sayılır.

II. Bunun karşılığında iş sahibi adil bir tazmin ödeyerek hazırlanan malzemelerin teslimi ve icrasına başlanan resimlerin (plân çizelgeler), teslimini talep edebilir.

III. Bu hükümler müteahhidin işin icrasına başlayıp, sonra da iradesi dışında bir sebepten dolayı işi tamamlanmada aciz hale gelmesine de uygulanır”.

IMK. m. 890: “İş sahibi iflâsını şehr ederse, müteahhit veya iflâs idaresi feshedebilir. Anılan durumda, bu fesihden dolayı tazminat talep edilemez”.



EK 2

KUVEYT MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER*

Üçüncü Bab

Birinci Fasl (Bölüm)

İş Görme Sözleşmeleri

Birinci Feri (Kısım)

İstisna Sözleşmesinin Genel Kuralları

KMK. m. 661: “İstisna bir akittir ki onunla taraflardan biri karşı tarafa bağlı veya onun temsilcisi olmadan, onun için, bir ivaz karşılığında bir iş yapmayı taahhüt eder”.

(Birinci) İş Malzemelerinin Sağlaması

KMK. m. 662: “I. Müteahhidin taahhüdü üzerinde anlaşılan işin icrası ile sınırlı olup, iş için gerekli olan malzemeleri iş sahibi sağlayabilir.

II. Müteahhit işin yanında malzemelerin tamamı veya bir kısmını sağlamayı taahhüt edebilir”.

KMK. m. 663 “I. Müteahhit malzemenin tamamını veya bir kısmını sağlamayı taahhüt ederse, bu malzemeler üzerinde anlaşılan vasıflara uygun olmalıdır. Bu vasıflar sözleşmede belirtilmemişse, malzemeler kast edilen amaca uygun olmalıdır.

II. İşin tesliminde (tesellümünde) bulunamayan ayıpları, müteahhit, satılan malın ayıba karşı tekeffülü hükümlerine göre tekeffül eder”.

KMK. m. 664: “I. İş malzemeleri iş sahibince sağlandığı takdirde müteahhit bunların muhafazasında normal (orta vasıfta) kişinin göstereceği özeni göstermeli, kullanılmasında teknik kuralları göz önünde tutmalı, bu konuda iş sahibine hesap vermeli ve artanı ona geri vermelidir.

II. Müteahhidin ihmali veya teknik açıdan yetersizliğinden dolayı malzemelerin tamamı veya bir kısmı kullanılmaz hale gelirse, müteahhit bunun değerini iş sahibine ödemeli, gerekiyorsa onun doğan zararını tazmin etmelidir”.

* 1980 tarih 1980/67 sayılı Kuveyt Medenî Kanunu

KMK. m. 665: "I. İş sahibinin sağladığı malzemelerde işin icrası sırasında ayıp çıkarsa veya uygun şartlarda işin icrasını engelleyen başka şartlar ortaya çıkarsa, müteahhit bunları anında iş sahibine bildirmelidir.

II. Müteahhit, bildirimini ihmal ederse bundan doğan tüm sonuçlara katlanır".

(İkinci) Müteahhidin Borçları

KMK. m. 666 "I. Müteahhit işi sözleşmedeki şartlar ve üzerinde anlaşılan sürede tamamlamalıdır. Şart veya üzerinde anlaşılan bir süre olmadığında, müteahhit, işin örfünü göz önünde bulundurarak, bu işleri, bilinen usullere göre ve işin niteliğinin gerektirdiği makûl sürede tamamlamalıdır.

II. Anlaşma veya örf bunun aksini gerektirmedikçe, müteahhit, işin tamamlanması için ihtiyacı olan işçi, alet ve gereçleri, masraflar kendisine ait olmak üzere, temin etmelidir".

KMK. m. 667: "I. İşin icrası sırasında, müteahhidin bunların ayıplı ve sözleşmeye aykırı bir şekilde icra ettiği fark edilirse, iş sahibi makûl bir süre belirterek, icra yöntemini tashih etmesi (düzeltmesi) hususunda uyarıda bulunabilir. Bu süre sonunda, müteahhit doğru yönetime veya üzerinde anlaşılana geri dönmezse, iş sahibi sözleşmeyi fesih edebilir veya işin niteliği müsaade ediyorsa, (mahkemen) izin alarak, işi birinci müteahhidin hesabına başka bir müteahhide yaptırabilir.

II. Ayıbın ve aykırılığın giderilmesi imkânsız ise, süre bitmeden veya ihtar çekmeden sözleşme fesih edilebilir.

III. Her halükarda, hâkim, işin icra yöntemindeki ayıp işin değerini büyük ölçüde veya kullanım amacını (elverişliliğini) azaltmıyorsa, iş sahibinin gereken tazminat hakkını ihlâl etmemekle birlikte sözleşmenin fesih talebini reddedebilir".

KMK. m. 668 "Müteahhidin, işin icrasının veya tamamlamasının başlaması, bunların kesinlikle gereği gibi üzerinde anlaşılan zamanında yerine getirilemeyeceği bir şekilde gecikmesi veya borcunu yerine getirmemesi niyetinde olmadığı anlamında davranması ya da bu borcun yerine getirilmesini imkânsızlaştıran bir eylemde bulunması halinde, iş sahibi teslim zamanını beklemeden sözleşmenin fesih edilmesini talep edebilir".

KMK. m. 669: "Şeyin iş sahibine tesliminden önce mücbir sebeple helâk veya telef olması halinde, müteahhit, masraflarının geri verilmesini ve üzerinde anlaşılan

bedelin ödenmesini isteyemez. Meğer iş sahibi helâk veya telef zamanında işi tesellüm (teslim alma) borcuna aykırı davranmış olsun”.

KMK. m. 670: ”I. Malzemelerin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda, şeyin teslimden önce mücbir sebeple helâk veya telef olması halinde, müteahhit teslim etme borcuna aykırı davranmış olmadıkça ve teslim borcuna aykırı davranmış olmasaydı bile şeyin telef olacağı ispatlanmadıkça, iş sahibi bunların değerini müteahhitten isteyemez.

II. İş sahibi müteahhide malzemeler için değer (para) veya avans vermişse, bu malzemeleri kendisinin (iş sahibinin) sağladığı sayılır”.

(Üçüncü) İş Sahibinin Borçları

KMK. m. 671: ”I. İşin icrası bir ödemede bulunmasını gerektirirken, iş sahibi bunu uygun bir zamanda yapmamışsa, müteahhit makûl bir süre tayin ederek iş sahibini ödemeye teklif eder.

II. Sürenin geçmesine rağmen iş sahibi borcunu yerine getirmese, müteahhidin gerekten tazminat hakkına ihlâl etmemekle birlikte, müteahhit, sözleşmenin feshi talebinde bulunabilir”.

KMK. m. 672: “Müteahhit işi tamamlayıp iş sahibinin tasarrufuna bırakır ve bunu ona bildirirse, örfte alışılmış olana göre işi (eseri) teslim almalıdır. Meşru bir sebep olmadan bundan imtina ederse, işin iş sahibine teslim edildiği sayılır”.

KMK. m. 673: ”I. 691. madde hükmünü göz önünde bulundurarak, işteki ayıp veya üzerinde anlaşılan şartlara aykırılık, amaçlanan maksadın gerçekleştirilmesini engelliyorsa, iş sahibi tesellümden imtina edebilir.

II. Ayıp veya aykırılık bu derecede olmazsa, iş sahibi ancak ayıpla orantılı olarak ücretin indirilmesini talep edebilir veya ayıbın giderilmesi mümkünse ve fazla masraflara sebep olmuyorsa müteahhidi iş sahibinin belirlediği makûl bir sürede buna (ayıbın giderilmesine) ilzam ettirebilir.

III. Her halükarda ayıbın giderilmesi mümkün ise ve iş sahibinin önemli bir zararına sebep olmuyorsa müteahhit ayıbı giderebilir”.

KMK. m. 674: “İş sahibi kendisi ayıba sebebiyet vermişse, ister bu müteahhidin görüşüne aykırı bir emirden veya başka herhangi bir sebepten kaynaklanmış olsa da, geçen maddede belirtilen hakları ileri süremez”.

KMK. m.675: “I. 692. madde hükmünü göz önünde bulundurarak, müteahhidin işin teslim almasıyla, açık ayıp ve sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğu ortadan kalkar.

II. İşteki ayıp veya aykırılık gizli ise ve iş sahibi bunu, teslim aldıktan sonra fark ederse, mesleğin örfünü göz önünde bulundurarak bunları müteahhide bildirmelidir. Aksi takdirde işi kabul etmiş sayılır. Müteahhide bildirim uygun sürede yapılırsa, 673. madde hükmü uygulanır”.

KMK. m. 676: “Anlaşma veya örf aksini gerektirmedikçe, bedel işin teslim alınmasıyla muaccel olur”.

KMK. m. 677: “I. İş birkaç kısımdan oluşuyorsa veya ücret birimi fiyatı esası üzerine belirlenmişse, aksine anlaşma olmadıkça, muayene ve kabulden sonra, gerçekleştirilen iş oranında ücret alabilir. Ancak bunun için gerçekleştirilen iş diğer kısımlardan farklı veya toplam iş oranında yeteri kadar öneme sahip olmalıdır.

II. Yapılan ödemenin avans olduğu ispatlanmadıkça, işin muayene ve kabul edildiği farz edilir”.

KMK. m.678 “ücret sözleşmede belirlenmemişse, müteahhit sözleşmenin kurulduğu andaki ecri misli hak eder.”

KMK. m.679” 198. madde hükümlerini ihlâl etmeden işin masraflarının yükselmesi veya düşmesi, sözleşmenin doğurduğu borçları etkilemez”.

(Dördüncü) İstisna Sözleşmesinin Devri ve Alt İstisna Sözleşmesi

KMK. m. 680: “I. Sözleşmede aksine bir şart olmadıkça, karşı tarafın muvafakati olmadan istisna sözleşmesi devredilemez.

II. Devirle hakları ve borçları açısından devir edilen devir edenin yerine geçer.

III. Devir, karşı taraf resmî bir şekilde ilan etmedikçe veya buna (devre) muvafakati sabit tarihli olmadıkça, üçüncü kişiler hakkında ileri sürülemez”.

KMK. m. 681: “I. Sözleşmede yasaklayıcı bir şart olmadıkça veya işin niteliği gereği müteahhidin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, müteahhit, işin icrasının tamamını veya bir kısmını bir alt müteahhide bırakabilir.

II. Alt istisna, asıl müteahhidin iş sahibi karşısındaki borçlarını etkilemez. Keza asıl müteahhit de ona (iş sahibine) karşı alt müteahhidin işlerinden sorumludur”.

KMK. m. 682: “I. Alt müteahhit ve işin icrasında asıl müteahhidin hesabına çalışan işçiler, asıl müteahhitteki alacaklarını, davanın açtıkları anda asıl müteahhidin iş sahibinde olan alacak oranında doğrudan doğruya iş sahibinden talep edebilir.

II. Alt müteahhidin işçileri, alacakları hususunda asıl müteahhit ve iş sahibinin alt müteahhide olan borçları oranında dava edebilirler”.

KMK. m. 683: “Alt müteahhit veya geçen maddede zikredilen işçiler alacaklarını, asıl müteahhidin veya alt müteahhidin muaccel olan ücretlerinden, öncelikli olarak alırlar. Birden çok alacaklının bulunması halinde, her biri alacağı oranında alır.

(Beşinci) İstisnanın Sona Ermesi

KMK. m. 684: “İstisna sözleşmesi; müteahhidin belli bir süre içinde belli bir şeyin bakımını yapmasını veya başka yenilenen işleri yapmasını gerektiriyorsa, bu sürenin bitmesiyle sona erer”.

KMK. m. 685: “İstisna sözleşmesi, üzerinde anlaşılan işin icrası, taraflardan hiçbirinden kaynaklanmayan sebepten dolayı imkânsızlaşırsa, sona erer. İş sahibinin yararlandığı oranda müteahhit, kendisinden harcadığı masrafları ve hak ettiği ücreti talep edebilir”.

KMK. m. 686: “I. Müteahhidin kişisel yetenek ve becerileri sözleşmede belirleyici ise, onun ölümüyle istisna sözleşmesi sona erer.

II. Müteahhidin yetenek ve becerileri belirleyici değilse, müteahhidin ölümü ile sözleşme kendiliğinde sona ermez. Ancak müteahhidin mirasçılarında sözleşmenin gereği gibi icra etmeleri konusunda yeteri teminat bulunmazsa, iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilir”.

KMK. m. 687 “I. İstisna sözleşmesi müteahhidin ölümüyle sona ererse, mirasçılar iş yerinde müteahhidin ölümü zamanında ve işin tamamlanmasında kullanılabilen malzemelerin değerindeki haklarını ihlâl etmeden, müteahhidin icra ettiği iş oranında ücret hak ederler.

II. İş sahibi hazırlanan diğer malzemelerin ve icrasına başlanan resimlerin (plânların), adil bir ivaz karşılığında teslimini talep edebilir.

III. Bu hükümler, müteahhidin işin icrasına başlaması ve sonradan iradesi dışında bir sebepten dolayı işi tamamlamada aciz duruma düşmesi halinde de uygulanır”.

KMK. m. 688 “I. İş sahibi işin tamamlanmasından önce her zaman işin icrasını durdurup istisna sözleşmesini sona erdirebilir. Bu durumda iş sahibi müteahhidin harcadığı tüm masraflar ile tamamladığı işler oranındaki ücretini ve işi tamamlasaydı elde edeceği kazancı tazmin etmelidir.

II. Mahkeme, haklı sebeplerin varlığı halinde müteahhidin kazançtan yoksun kaldığı tazminat miktarında indirim yapabilir”.

İkinci Kısım

Bina ve İnşaat İstisna Sözleşmelerine İlişkin Özel Hükümler

KMK. m. 689: “I. İstisna sözleşmesi yaklaşık esası üzerine kurulan ve icra sırasında bu ölçütün aşırı bir şekilde geçildiği görülmüşse, müteahhit bunu, geçmenin getirdiği ücretteki artış miktarını da belirterek, iş sahibini uyarmalıdır. Bunu yapmazsa artışı talep hakkı düşer.

II. Bu durumda iş sahibi beklemeden işin icrasını durdurup sözleşmeyi feshedebilir. İş sahibi, müteahhidi işi tamamlamış olsaydı elde edeceği kazancı tazmin etmeden, ona sadece sözleşme şartlarına göre tamamlanan işlerin değerini ifa eder”.

KMK. m. 690: “İstisna sözleşmesi yapılan ve üzerinde anlaşılan bir plân esasına dayanan götürü (toptan) ücret karşılığında kurulduysa, iş sahibinin ediminden kaynaklanmayan veya iş sahibi izin vermeden müteahhidin plânda yaptığı düzeltme veya eklemelerden dolayı herhangi bir artış talep edemez”.

KMK. m. 691 “ Bina veya inşaat, iş sahibinin mülkiyetinde olan bir arsa üzerinde yapılmış ve bunlarda (bina ve inşaat) 673. maddenin birinci fıkrasındaki ağırlıkta bir ayıp bulunmakta ise, ve bunların (ayıpların) giderilmesi iş sahibine büyük zararlara uğramasına sebep oluyorsa, iş sahibi gereken tazminat hakkını ihlâl etmeden adı geçen maddenin ikinci fıkrasına göre ücretin indirilmesini veya ayıbın giderilmesini talep edebilir”.

KMK. m. 692: “I. aşağıdaki maddelerindeki hükümleri göz önünde bulundurarak, müteahhit ve mühendis, meydana getirdikleri bina ve inşaatteki küllî ve cüzî yıkılma ve bozuklukları, bina veya inşaatın tamamlanmasından itibaren on yıl boyunca tekeffül ederler.

II. Tarafların amaçlarından bina veya inşaatların on seneden daha az kalacağı anlaşılırsa, bunların (bina veya inşaatların) kalması amaçlanan sürede tekeffül edilir.

III. Yıkılma arsanın kendisinden kaynaklanırsa veya iş sahibi ayıplı bina veya inşaatın yapılmasına izin verirse, tekeffül kapsamına girer. Keza tekeffül bina veya inşaatın sağlamlığını tehdit eden ayıpları da kapsar”.

KMK. m. 693: “I. Mühendisin işi bina veya inşaattın veya bir kısmının plânını kurmakla sınırlıysa icra yöntemindeki ayıplardan değil, mühendis plândan doğan ayıplardan sorumlu olur.

II. İş sahibi, ona (müteahhide) işlerin veya bir kısmının yönetme yetkisi verirse, kendisine yönetilmesi verilen işin icra yöntemindeki ayıplardan da sorumlu olur”.

KMK. m. 694: “I. Müteahhit, sadece icradan doğan ayıplardan sorumlu olup, plândaki ayıplar açık olmadıkça, plândaki yanlışlıktan doğan ayıplardan sorumlu olmaz.

II. Buna rağmen plân, kuran mühendis, müteahhide bağlı ise, plândan doğan ayıplardan da sorumlu olur”.

KMK. m. 695: “Mühendis ve müteahhit çıkan ayıptan sorumlu iseler, müteselsilen sorumlu olurlar”.

KMK. m. 696: “Mühendis ve müteahhide karşı tekeffül davası, açma halinde yıkılmanın veya ayıbın ortaya çıkmasından itibaren üç yıl sonra düşer”.

KMK. m. 697: “ Mühendis veya müteahhidi sorumsuz kılan veya sorumluluklarını azaltan her şart geçersizdir”.

EK 3

ÜRDÜN MEDENÎ KANUNU'NDAKİ İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER*

ÜMK. m. 780: "İstisna sözleşmesi bir sözleşmedir ki onunla taraflardan biri bir şeyin imalini veya bir işin görülmesini bir bedel karşılığında diğer tarafa karşı taahhüt etmektedir".

ÜMK. m. 781: "I. Sözleşmenin kapsamı, müteahhidin iş yapmayı taahhüt etmesiyle, iş sahibinin de onun (müteahhidin) işte kullandığı veya yararlandığı malzemeleri sağlamasıyla sınırlı olabilir.

II. Müteahhit malzeme ve işin sağlamasını taahhüt edebilir".

ÜMK. m. 782: "İstisna sözleşmesinin konusunu nitelemek, miktarını, çeşidini, icra yöntemini ve tamamlama süresini belirlemek ve bunun karşılığı olan bedeli belirtmek gerekir".

1. Müteahhidin Borçları

ÜMK. m. 783: "I. Müteahhidin işin malzemesinin tamamını veya bir kısmını sağlaması şart koşulmuşsa, bunların sözleşme şartlarına göre sağlanması gerekir.

II. İşin malzemesini iş sahibi sağlamışsa, müteahhit buna dikkat etmeli, işinde teknik usulleri (kuralları) göz önünde tutmalı ve artanı da iş sahibine geri vermelidir. Bunların aksi gerçekleşirse ve malzeme telef olur veya ayıplanır ya da kaybolursa, müteahhit bunları tekeffül eder".

ÜMK. m. 784: "Anlaşma veya örf aksini gerektirmedikçe müteahhit işin tamamlanmasında ihtiyaç duyduğu ek alet ve edevatı kendi masrafiyle getirmelidir (bulundurmalıdır)".

ÜMK. m. 875: "Müteahhit işi sözleşme şartlarına uygun şekilde tamamlamalıdır. Müteahhidin taahhüt edileni ayıplı bir şekilde veya şartlara aykırı yaptığı anlaşılırsa, iş sahibi işin düzeltilmesi mümkün değilse, derhal sözleşmenin feshini talep edebilir. Ancak düzeltme mümkünse, iş sahibi müteahhitten sözleşme şartlarına uymasını ve işi makul bir sürede düzeltmesini talep edebilir. Düzeltme yapılmadan süre geçerse, iş sahibi mahkemeden sözleşmenin feshini veya işin, tamamlanması için, müteahhidin hesabına başka bir müteahhide verilmesi hususunda izin talep edebilir".

* 1976 tarih 43 sayılı Ürdün Medenî Kanunu

ÜMK. m. 786: “Müteahhidin ediminden veya imalâtından doğan zarar ve hasarları, kasıt veya ihmaliyle olsun ya da olmasın, tekeffül eder. Bunlar kurtuluşu olmayan bir hadiseden (olaydan) doğarsa tekeffül ortadan kalkar”.

ÜMK. m. 787: “I. Müteahhit meydana getirdiği eseri, muaccel olan ücreti alana kadar hapis edebilir. Ücret ödenmeden eser müteahhidin elinde telef olursa bunu tekeffül etmez ve ücreti de almaz.

II. Müteahhidin çalışmalarının eserin meydana getirilmesinde etkisi yoksa, ücreti almak için hapsedemez. Bunu yapıp eser telef olursa müteahhit bunu (eseri), gaspçı olarak tekeffül eder”.

ÜMK. m. 788: “I. İstisna sözleşmesinin konusu, binanın plânını mühendis kurup müteahhidin de bunu mühendisin yönetimi altında icra etmesi teşkil ettiğinde, yaptıkları bina veya meydana getirdikleri inşaatların küllî veya cüzî yıkılmasından ve bunun sağlamlığını ve selametini tehdit eden ayıplardan dolayı sözleşmede daha uzun bir süre öngörülmedikçe iş sahibine karşı müteselsilen on yıla kadar tazminle sorumlular.

II. Binadaki ayıp veya yıkılma arsadan kaynaklanırsa veya inşaatın ayıplı olarak meydana getirilmesine iş sahibi izin verirse, müteahhit yine yukarıda belirtilen tazminat ödeme borcundan sorumlu olur.

III. On yıllık süre işin teslim alınma zamanından başlar”.

ÜMK. m. 789: “Mühendisin görevi, işin icrası ile değil, plânı kurmakla sınırlıysa, müteahhit plândaki ayıptan sorumlu olur. Müteahhit mühendisi veya kendisini mühendis yerine koyan iş sahibinin yönetiminde çalışırsa, plândaki ayıplardan değil, ancak icrada çıkan ayıplardan sorumlu olur”.

ÜMK. m. 790: “Müteahhit veya mühendisi sorumsuz kılan veya sorumluluklarını azaltan her şart geçersizdir”.

ÜMK. m. 791: “Tekeffül davası, yıkılmanın gerçekleşmesinden veya ayıbın ortaya çıkmasından bir sene sonra dinlenmez”.

2- İş Sahibinin Borçları

ÜMK. m. 792: “İş sahibi, iş müteahhit tarafından tamamlanıp tasarrufuna bırakıldığında, teslim almakla yükümlüdür. İş sahibi teslim davet edilmesine rağmen, meşru bir sebep olmadan, bundan imtina ederse ve müteahhidin kasıt veya ihmali olmadan iş (eser) telef olursa, tekeffül etmez”.

ÜMK. m. 793: “Anlaşma veya örf aksini gerektirmedikçe, iş sahibi üzerinde anlaşılana teslim alarak ücreti ödemekle yükümlüdür”.

ÜMK. m. 794: “I. İstisna sözleşmesi birim esası ve belli bir plân dahilinde her bir birim için belli ücret üzerine kurulmuşsa ve sonradan plânın icrasının, masraflarda aşırı artış gerektirdiği anlaşılırsa, müteahhit artışı bildirdikten sonra, iş sahibi, tamamlanan işin değerini sözleşmenin şartlarına göre müteahhide ödeyerek, sözleşmeyi fesih edebilir veya sözleşmenin sürdürülmesini kabul ederek, artışı ödemeyi üstlenir.

II. Ancak bu artış aşırı olmayıp, hissedilir derecede ve üzerinde anlaşılan plânu icra etmek için önemli düzeyde olursa, müteahhit icraya devam etmeden önce icrada tahmin ettiği masraf artışını iş sahibine bildirmelidir. Bildirmeden icraya devam ederse, artışı talep etmeye hakkı yoktur”.

ÜMK. m. 795; “I. İstisna sözleşmesinde üzerinde anlaşılan bir plânın götürü (toptan) ücret karşılığında ödenmesi kararlaştırılmışsa, müteahhit plânın icrasının gerektirdiği ücret artışını talep edemez.

II. Plânda iş sahibinin rızasıyla düzeltme (değişiklik) veya ekleme (ilâve) yapılırsa, müteahhitte düzeltme veya ekleme hususunda yapılan anlaşma göz önünde tutulur”.

ÜMK. m. 796: “Sözleşmede işin ücreti belirlenmemişse, müteahhit, ecri misil ve kendisinin iş için gerekli olan malzemelerinin sağladığı değeri hak eder”.

ÜMK. m. 797: “I. Binanın plânını yapan ve icrasını yöneten mühendis, ücret üzerinde anlaşılamazsa, örfün gerektirdiği ecri misli hak eder.

II. Mühendis, iş için hazırladığı plânın icrasının tamamlanmasını engelleyen bir durumla karşılaşarsa, yaptıklarının ecri mislini hak eder”.

3- Alt Müteahhit

ÜMK. m. 798: “I. Müteahhit sözleşmede yasaklayıcı bir şart olmadıkça veya işin niteliği buna kendisinin kalkışmasını gerektirmedikçe (kişisel özellikleri sözleşmede belirleyici değilse), işin icrasının tamamını veya bir kısmını başka bir müteahhide verebilir.

II. Bu durumda asıl müteahhidin iş sahibine karşı sorumluluğu kalmakta devam eder”.

ÜMK. m. 799: “Alt müteahhit iş sahibinden, asıl müteahhidin hak ettiği alacakları talep edemez. Meğer ki asıl müteahhit, alt müteahhidi iş sahibine havale etmiş olsun”.

4- İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi

ÜMK. m. 800: “İstisna sözleşmesi, üzerinde anlaşılan işin tamamlanmasıyla veya rızâî ya da kazaî fesihle sona erer”.

ÜMK. m. 801: “Sözleşmenin icrasını veya icranın tamamlanmasını engelleyen bir sebep ortaya çıkarsa, taraflardan biri sözleşmeyi feshedebilir”.

ÜMK. m. 802: “Müteahhit, işin icrasına başlamış, ancak sonradan iradesi dışında bir sebeple işi tamamlamaktan aciz hale gelmişse, iş sahibinin sağladığı menfaatler kadar tamamladığı işin değeri üzerinden ücret ve icra için harcadığı masrafları hak eder”.

ÜMK. m. 803: “Fesihden zarar gören taraf karşı taraftan örfün gerektirdiği sınırlarda tazminat talebinde bulunabilir”.

ÜMK. m. 804: “I. İstisna sözleşmesinde müteahhidin kendisinin çalışması hususunda anlaşılmışsa veya kişisel yetenekleri sözleşmede itibar konusu ise, sözleşme müteahhidin ölümüyle sona erer.

II. Sözleşmede böyle bir şart olmazsa veya müteahhidin kişisel yetenekleri itibar konusu değilse, işin gereği gibi icra edilmesi hususunda mirasçılarda teminat bulunmazsa, iş sahibi sözleşmeyi fesih edebilir.

III. Her iki halde de mirasçılar işlerin değerini ve masrafları talep etmeyi sözleşmenin şartları uyarınca ve örfün gerektirdiği ölçüde hak eder”.