

# İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU, HUKUKİ MAHİYETİ ve DİĞER BAZI SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Ayhan UÇAR\*

## I - GİRİŞ

İstisna<sup>1</sup> sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olup, esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununun 355 - 371. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 355. maddesinde bu sözleşme "İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imal eder" şeklinde tanımlanmıştır<sup>2</sup>. Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesi, müteahhidin bedeni veya fikri bir emeği sonucunda istenilen şeyin imali ile ortaya çıkarılan eser, eserin karşılığı olarak verilmesi taahhüt edilen ücret, iş sahibi ile müteahhit arasında eserin imali hususunda açık veya zımni iradelerin uyuşmasıyla oluşan anlaşma unsurlarından oluşmaktadır. İstisna sözleşmesinin konusunu ise, BGB 631 / 2. fıkrasından etkilenen İsviçre - Türk mahkeme içtihatları ve doktrininin çoğunluğunca kabul edilen görüş uyarınca, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan ( fikri istisna ) çalışma sonuçları oluşturmaktadır. Maddi ve gayri maddi çalışma sonuçlarının istisna sözleşmesinin konusunu teşkil etmesi hasebiyle günümüzde gerek ulusal gerekse uluslararası alanda istisna sözleşmesi oldukça sık olarak uygulanan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, toplumsal yaşamda oldukça sık olarak uygulama alanına sahip olan istisna sözleşmesinde, tarafların hak ve borçlarını, BK. m. 356 ve devamında ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. İstisna sözleşmesinin gerek ulusal ve uluslararası alanda oldukça yaygın olarak uygulanmasından ötürü önemini gerekse eserin imalini sipariş eden iş sahibinin bir anlamda tüketici sıfatına haiz olmasını göz önünde tutan kanun koyucu, eserin ayıplı olarak imali durumunda, BK. m. 356 - 363. maddeleri arasında yer verdiği düzenleme ile müteahhidi, özen borcunun yanında ayıba karşı tekeffül borcu ile de sorumlu tutmak istemiştir. Belirtilen düzenleme uyarınca, imal faaliyeti neticesinde iş sahibine teslim edilen eserin, zikredilen ve sözleşmede teslimi yönü bakımından kararlaştırılan nitelikleri taşımaması durumunda ayıplı bir eser teslimi söz konusu olmakta ve ayrıca kanunda öngörülen muayene ve ihbar şartlarının gerçekleştirilmesi durumunda da müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. İstisna sözleşmesi ve bu arada müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu esas olarak Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel şartnamesinde de bu hususta önemli hükümlere yer verilmiştir<sup>3</sup>. Biz bu incelememizde öncelikle istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba

---

\* Arş.Gör. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Buradaki 'istisna', sanat kelimesinin kökeninde olan 'sun' dan gelmektedir. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu iktibas edilirken Mecelle'nin kullandığı terimlerin etkisinde kalındığı anlaşılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 347.

2 Bk. OR. § 363 ; BGB. § 631/I.

3 İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri bakımından yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası inşaat sözleşmelerinde standart kurallar uygulanmaktadır. Bu standart kurallar arasında en çok başvurulan da FIDIC ( Federation Interatnionale des Ingenieurs Conceils, International Federation of Consulting Engineers Internationale Vereinigung Baratender Ingenieure = " Müşavir

karşı tekeffül borcunun tanımını yaparak hukuki niteliği ve arz ettiği özellikleri genel olarak inceleyeceğiz. Müteakiben de bu borcun benzer bir şekilde düzenlendiği mülkiyeti devir amacı güden satım sözleşmesi ile kullandırma amacı güden kira ve diğer bazı iş görme amacı güden sözleşmelerde düzenlenip düzenlenmediği hususunu inceleyerek ayıba karşı tekeffül borcu bakımından aralarındaki benzerliklerin ve farklılıkların tespitine çalışacağız.

## II-MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ ve DİĞER SÖZLEŞMELERDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İvazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme görünümdeki istisna sözleşmesinde müteahhit tarafından teslim edilen eser, zikredilen (garanti edilen) nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli olan nitelikleri taşıyamaması durumunda ayıplı bir eserin imali ve teslimi söz konusu olur. Diğer şartların da gerçekleşmesi ile birlikte müteahhit bu ayıplı eser dolayısıyla sorumlu tutulabilecek ve bu sorumlulukta müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğacaktır. İşte, diğer şartların da tahakkuku halinde, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcuna bağlı olarak ortaya çıkan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, gerek kendisine özgü şartları ve gerekse mahiyeti bakımından diğer sözleşmelere nazaran aşağıda belirtilen noktalarda farklı hususiyetler arz eder.

### A) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI

Istisna sözleşmesi ile müteahhit, imal ettiği eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmek borcu altındadır. Teslim edilecek olan eser ise müteahhidin zikrettiği ve akitte öngörülen, iş sahibi tarafından eserden beklenen niteliklere haiz olması gerekir aksi halde eserin ayıplı olması<sup>4</sup> dolayısıyla müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar<sup>5</sup>. Dolayısıyla, müteahhidin meydana getireceği eser iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılan ifa menfaatini karşılamaya elverişli olmalıdır. Bu yüzden müteahhit, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde sözleşmeye uygun olarak<sup>6</sup>, eseri 'bozukluk olmadan imal ve teslim etmekle' yükümlüdür<sup>7</sup>. Tamamlanıp teslim edilen eser bu nitelikleri taşımıyorsa, eserden beklenen amaç tahakkuk etmemiş demektir. Bu durumda ise, doğal olarak müteahhit sorumlu tutulur; böyle bir sorumluluk ise,

---

Mühendisler Milletlerarası Federasyonu" ) kurallarıdır. FIDIC kurallarında müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu hakkında ayrıntılı hükümler mevcuttur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Akıncı, 45 vd.

4 Eserin ayıplı olması müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkmasına neden olur. Bu sorumluluğun doğmasına sebep olan eser ayıbı ise, eserin sözleşmeye aykırı olmasından ortaya çıkar (OR 368. m.). Sözleşmeye aykırılık ta böylece eser ayıbının temel sebebinin teşkil eder. Gauch, Rdnr. 915, 264 ; Böylece eser ayıbı kavramından eserin sözleşmeye her türlü aykırılık durumu anlaşılması gerekir. Dolayısıyla her ayıplı eserde sözleşme gereği olan, garanti edilen veya karşılaştırılan bir özellik eksiktir. Gadient, 102.

5 Dayınları, İstisna, 40 ; Tandoğan, Borçlar, C.II, 160 ; Yavuz, Borçlar, C.II, 77 vd.

6 Eserin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak imal edilip edilmediği sözleşmenin içeriğine göre tespit edilir. Sözleşmenin içeriği, eserin türünü ve özelliklerini, imal süresini ve bitirilme zamanını ve ayrıca bitirilen eserin ifa yerini (inşaat edimleri için bk. BGH NJW 86, 935 ) tespit eder. Sözleşmeyle karşılaştırılan özelliklere aykırılıklar bakımından BGB' nin 633. maddesi özel hükümler içerir. Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 676.

7 Seliçi, İnşaat, 128; Müteahhidin eseri teslim borcu, eserin, sözleşmede öngörülen kullanım amacı için gerekli vasıfları taşıması borcunu da içerir. Başka bir deyişle, eserin imali sonucunda, sözleşmede öngörülen amacın, elde edilmesi beklenecektir. Bu sonuca, iyi niyet kurallarından ve edimin amacından hareketle varılabilecektir. Akıncı, 49.

müteahhidin eserdeki ayıba karşı tekeffül borcundan doğar<sup>8</sup>. Böylece, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak 'sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip, bozukluk taşımayan, bir eserin imal edilerek iş sahibine teslimi', müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamını oluşturur. Bu edim borcuna aykırılığa<sup>9</sup> da müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu denir.

## B) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İstisna sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhidin asli edim borcunun tamamlayıcısı olarak Borçlar Kanununun 359 - 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İstisna sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen bu hükümler, temlik borcu doğuran satım sözleşmesi hükümleri örnek tutularak meydana getirilmişlerdir<sup>10</sup>. Böylece, müteahhidin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan sorumlu olması yerine, şey teslimi borcuna bağlı ayıba karşı tekeffülün kabulü yoluna gidilmiştir; hukuki kuruluş tarzı değişik olmakla beraber pratik sonuç aynıdır<sup>11</sup>.

İstisna sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde eseri bozukluk olmadan imal ederek iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük ise müteahhidin asli edim borcunu oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Müteahhidin meydana getirdiği eser, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere haiz olmayıp bozuk ise, müteahhit edim borcuna aykırı davranış içindedir<sup>13</sup>. Bu durumda ise bir ayıplı ifa<sup>14</sup> söz konusudur ve dolayısıyla sözleşme gereği gibi yerine getirilmemiştir<sup>15</sup>. İstisna sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül borcu müteahhide asli borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda bir garanti yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülük ise bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımaksızın müteahhidin sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. Zira, iş sahibi teslim edilen eserin ayıplı olması üzerine zamanında onarım talebinde bulunduğu takdirde, müteahhit bu ayıbı gidermek ve borçlandığı sonucu ortaya çıkarmak<sup>16</sup>

8 Dayınlarh, İstisna, 40.

9 Eser ve eser sözleşmesindeki özellikler, müteahhidin edim mükellefiyetiyle ilişkili oldukları için, eserdeki her türlü ayıplar bir edim mükellefiyeti ihlali ve işin yerine getirilmemesi anlamını taşırlar. Bucher, 209.

10 Tunçomağ, C. II, 1015 ; Tandoğan, Borçlar, C. II, 160; Yavuz, Borçlar, C. II, 78; Gautschi, Art. 367, N. 2-4 ; Honsell, 119 ; Medicus, Schuldrech, 157 ; Hernekadar istisna sözleşmesi ile ilgili ayıba karşı tekeffül hükümleri satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine benzemekteyse de onunla tam olarak aynı değildir. Gadient, 103.

11 Tandoğan, Borçlar, C.II, 160 ; Turanboy, 151.

12 Brox, Rdnr 260, 163.

13 Seliçi, İnşaat, 128 ; Gautschi, Art. 368, N. 6a.

14 " Borcun ihlali durumlarını ' imkansızlık' ve 'temerrüt' olarak sınıflandıran ikili ayırımın dışında kalan bazı borca aykırılık halleri bulunduğu anlaşılınca, bunlar 'borca olumlu aykırılık' (borcun müspet ihlali) veya 'borcun kötü ifası' adı altında ayrı bir grup olarak toplanmıştır. İşte bu tür borç ihlallerinin bir kısmı, ifa için verilen şeyin veya yapılan işin tamamen bazı gerekli nitelikleri taşınamaması şeklinde belirir. Bu durumda 'ifanın ayıplı olması' (ayıplı ifa) söz konusudur". Öz, 90 ; iş sahibinin ayıpsız ve garanti edilen özellikleri taşıyan bir eserin imal edilmesini beklemeye hakkı vardır. Şayet müteahhit tarafından imal edilen eser bu özelliklere uymuyorsa, eser ayıplıdır ve bu durumda ayıpsız eser imal yükümlülüğü usulüne uygun olarak yerine getirilmemiştir. Larenz, 261.

15 Bu durumda iş sahibi tesellümde temerrüde düşmeksizin, ayıplı eserin kabulünü reddedebilir ve müteahhidin ücret talebine karşılık o, sözleşmenin yerine getirilmediği itirazını öne sürebilir. Brox, Rdnr 260, 163.

16 İstisna sözleşmesinin önemli bir özelliğini de müteahhidin eserin imalindeki başarısı yani sonuç sorumluluğu oluşturur. Bu sonuç sorumluluğu, sözleşme gereğince müteahhidin ancak yaptığı işte başarılı olması durumunda iş sahibine karşı bilahare bir ücret hakkına sahip olacağı anlamına gelir. Müteahhit hernekadar başarılı sonucu ortaya çıkarmak zorunda ise de, çeşitli sebeplerden dolayı müteahhit, eserin imal sonucunda başarılı bir sonuç ortaya çıkmayabilir. Örneğin, üçüncü şahısların kusurundan veya iş sahibinin kendi kusurundan, tesadüfi veya mücbir sebepler dolayısıyla ya da iş

zorundadır. Bu zorunluluk bir bakıma hakkaniyet ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Çünkü müteahhit, eserin imali hususunda kendi yeteneğini ve eseri tanıy ve de tanıması gerekir. Ayrıca, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi doğruluk ve güven bulunması durumunda ortaya çıkan sonuçtan da garanti yükümlülüğün bir sonucu olarak müteahhit sorumlu tutulabilir. Münferit bir durumda tam olarak sonuca ulaşma mükellefiyetinin kararlaştırılan içeriğinin de ne olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Bazen müteahhit sonucun uygun ve iş sahibine faydalı olması rizikosunu üstlenir : uygun ayakkabı onarımı, bir portrenin poz verenin tanınabileceği şekilde yapılması, bir köprüünün kullanılabilirliği gibi. Fakat çoğunlukla müteahhitçe, kendisinin hiç bir ayıba karşı tekeffülden doğan borcunun olmayacağı şekilde, uygun olmayan başarısız bir sonuca ulaşılır. Bir estetik ameliyat, çirkinleşmeye neden olmaz; bir senaryo, filmin başarısızlığıyla bağdaşmaz; yapılan resim, iş sahibinin tasavvurlarına uymaz<sup>17</sup>.

Borcun ihlali durumlarından 'imkansızlık' ve 'temerrüt' dışında kalan borcun ayıplı ifası halinde ayıba karşı tekeffül borcu söz konusu olacaktır. Ayıba karşı tekeffülden bahsedilebilmesi için eserin ayıplı olarak tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Tamamlanmamış eserin ayıplı olduğundan söz edilemez. Federal Mahkemeye göre, bir eserin tamamlanmış sayılması için sözleşme ile taahhüt edilen tüm hususların bu eserde ikmal edilmiş olması esastır<sup>18</sup>. Borçlar Kanununda kötü ifa hallerine ve bu arada ayıplı ifa durumuna ilişkin bir açık düzenleme, genel hükümler arasında yoktur. Bu gibi durumların tümü, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlıkla birlikte, genel bir borca aykırılık hükmü olan BK. m. 96 çerçevesinde ele alınmaktadır<sup>19</sup>. Keza, istisna sözleşmesinde eser henüz teslim edilmeden önce ortaya çıkan bozuklara bağlanan hukuki sonuçlar BK. m. 358/2 ve genel hükümlerle düzenlenmiştir. Buna karşılık, teslim alınan eserde mevcut noksan ve bozukluklar nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmemesine Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki gibi tazminata dönüşme ( BK. m. 96 ) sonucu bağlanmayarak özel bir sorumluluk düzeni getirilmiştir<sup>20</sup>. Böylece, özel borç ilişkilerini düzenleyen kanunun 359 ve devamı madde hükümlerinde istisna sözleşmesinde de satım sözleşmesinde olduğu gibi<sup>21</sup>, ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri genel hükümlerden ayrı ve özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 359 ve devamı madde hükümlerinde, eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin amacı, bozukluk dolayısıyla iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatinin, sağlanan imkanlarla kendisince en uygun tarzda dengelenmesidir<sup>22</sup>. Zira, teslim edilen eserin ayıplı olması<sup>23</sup>, zamanında muayene

---

sahibinin yeterli maddi gelirinin olmaması sebeplerinden dolayı eserin imal başarıyla gerçekleşmeyebilir. Bk. Pedrazzini, 502 .

17 Fikentscher, 551.

18 RO 94 / 1968, II, p.161-164; JdT 1969, I, p.650 (Dayınlarlı, İstisna, 42, dn. 35).

19 Öz, 90.

20 Seliçi, İnşaat, 128, 129.

21 Bk. BK. m. 194-207. Ayrıca bu hususta ayr. bil. için bk. Yavuz, Satıcı, 11-42.

22 Seliçi, İnşaat, 129 ; Gautschi, Art.368, N. 6 b.

23 "...noksan ifa ile ayıplı ifayı birbirinden ayırma zorunluluğu vardır. İş sahibinin ihbar zorunluluğu BK.nun 362. maddesi hükmü uyarınca bitirilmiş, fakat ayıplı ifa edilmiş eserler için söz konusudur. Eksik bırakılan işler için iş sahibi ayrıca müteahhide ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur". Dayınlarlı, İstisna, 42 ; Eğer eser, garanti edilen özelliklere sahip değilse ya da eserin değerini ve elverişliliğini azaltan kusurlar varsa eser ayıplıdır. Bu hususu BGB 631. madde düzenler. Garanti, eserin en iyi özelliklerle tehziz edileceğine dair söz verilmesidir. Eserde garanti edilen özelliklerin mevcut ve kusursuz olması müteahhidin edim mükellefiyetinin içeriğini oluşturur. Eserin değerini ve elverişliliğini azaltan ayıplar için BGB 459' da ifade edilenler burada da geçerli olup, eserdeki ayıplara müteahhidin sebebiyet vermesi zorunludur. Palandt, 693 ; Larenz, 261

ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi<sup>24</sup> ve diğer şartların tahakkuku halinde bu durumda iş sahibi, BK. 359 ve devamı madde hükümlerinin kendisine tanıdığı imkanları yani 'onarım', 'kabulden kaçınma', 'sözleşmeden dönme' ve 'ücretin indirilmesi', müteahhidin kusurunun bulunması halinde ise 'zararı tazmin' haklarını müteahhide karşı kullanabilecektir. İş sahibinin kullanabileceği haklardan biri olan onarım hakkı, iş sahibinin eseri noksansız ifası talebinin değişik bir görünümünden başka bir şey değildir<sup>25</sup>. Dönme hakkı ve ücretin indirilmesini talep etme hakkı ise ifa talebinin yerine geçen haklardır; karşılanmayan zararın tazmini talebinin hukuki temeli de noksansız teslimin ifasının gereği gibi yerine getirilmemesidir<sup>26</sup>. Görüldüğü üzere bu haklar, iş sahibinin ifa talebinden doğan haklardır<sup>27</sup>. Buraya kadarki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, istisna sözleşmesindeki eserin noksan ve bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanununda yer alan hükümleri, büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri ile aynı olup, Borçlar Kanunundaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içerisinde düzenlenmiş hükümlerdir sonucuna varılabilmektedir.

### C) MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN ÖZELLİKLERİ

İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler ( BK. m. 359 -363 ) arasında yer alan Borçlar Kanununun 360. maddesi, teslim edilen eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine değişik haklar tanımıştır<sup>28</sup>. Satımda olduğu gibi, iş sahibi ayıplı dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma (fesih), ücretin indirilmesini ve bundan başka eserin onarılmasını talep hakkına sahiptir. Bu haklar seçimlik haklar<sup>29</sup> olup seçimi iş sahibine aittir<sup>30</sup>. Ne hakim ne de müteahhit onu seçim konusunda sınırlayamaz<sup>31</sup> kaldı ki bu hakların kullanımı da müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı kılınmamıştır. Ancak iş sahibi, bu haklar arasında seçim yaparken,

24 "...sözü edilen BK.nun 359. madde kenar başlığında (işin kusuruna mütedair teminat) tan söz edilmiş 362. madde de, ihbarın (kusurlu) işlerle ilgili olduğu belirtilmiştir. Görülüyor ki, eksik bırakılan işler için, iş sahibinin ayrıca yükleniciye ihbarda bulunmak yükümlülüğü yoktur. Çünkü noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı üzerinde durulamaz. O halde noksan işi ayıplı işler ile bir arada ifade etmek, yukarıda sözü edilen (ayıplı işler) kavramına sığınak olanağı bulunmamaktadır". Y. 15. HD. 27. 9. 1988 T., 1988/92 E., 1988 / 3020 K. ( YKD. Mayıs 1989, C.15. S. 5, 711 ).

25 Seliçi, İnşaat, 129.

26 Seliçi, İnşaat, 129; Gautschi, Art. 367, N. 5.

27 Seliçi, İnşaat, 129.

28 Satım ve kirada olduğu gibi fakat hizmet sözleşmesinden farklı olarak, istisna sözleşmesi (tarihi sebeplerden dolayı) kendine has bir ayıba karşı tekeffülden doğan haklar sistemi tanımıştır (BGE 633-639). Fikentscher, 552.

29 Bu hakların seçimlik olmasından kasıt, eserin ayıplı olarak teslimi halinde, iş sahibi BK.m. 359 da belirtilen muayene ve ihbar koşullarını gerçekleştirmek kaydıyla BK.360 maddede belirtilen haklardan birini seçtiğinde kural olarak diğer hakları kullanamamasıdır.

30 Uygun kanuni şartların oluşması kaydıyla iş sahibi esas itibarıyla kendi tasarrufuna bırakılan haklarını seçimine bağlı olarak serbestçe kullanabilir. Ancak, iş sahibi doğrusu bu haklar arasından tam bir serbestiye dayalı olarak bir seçim yapamaz. Örneğin sözleşmeden dönme ve onarım hakkının kullanımı, şartların oluşumuna bağlı olarak sınırlandırılmıştır. Zira az derecedeki öncimli ayıplardan dolayı sözleşmeden dönme kabul edilmemiştir. ( bk. BGB 634/III, OR. 368 ; BGE 98 II 121 ve 107 II 438). Bk. Pedrazzini, 516, 517, 519 ; Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 686 ; Larenz., 265 ; Gadiant, 100, 101; İş sahibi eserin ayıplı olması durumunda sözleşmeden dönme hakkını seçtiğinde bundan tekrar rücu edemez. Bu aynı şekilde ücret indirimini için de geçerlidir. Aynı ayıptan dolayı sözleşmeden dönme ve onarımın birlikte seçilmesi kabul edilemez. Honsell, 201; Esser / Weyers, 264, 266.

31 Becker, 615 ; Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi Borçlar Kanununun kendisine tanıdığı haklar arasında usulen başlangıçtan itibaren istediği gibi bir seçim yapabilir. Buna karşılık SIA 118 Normu OR' den farklı olarak, açık bir şekilde ayıptan doğan hakların kullanımında daima onarımın hakkının öncelikle kullanılmasını öngörmektedir. Gadiant, 248.

BK / OR' nin hükümleri çerçevesinde özellikle ( BK. 360 / OR 368. maddenin ) ve hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibi ( MK. 2 / ZGB 2 ) hükümlerini göz önünde tutması gerekir. Ayrıca bu seçme hakkının kullanımının iş sahibinin özgür iradesiyle olması gerekir. Seçme hakkı kullanıldığı zaman kural olarak geri alınamaz. Bunun kullanılması ile iş sahibinin hakları seçilen bir hakka konsantre edilmiş olur<sup>32</sup>. Diğer haklar ise istihlak edilmiş olur. Bu konuda zarar ziyan tazminatı hakları ile ilgili bir defalık kullanımlar istisna teşkil ederler<sup>33</sup>. Oysa, iş sahibine BK. m. 360 / I ve II. fıkraları gereğince tanınan tazminat isteme hakkı, müteahhidin ayıplı ifade kusuru olması şartına bağlı olarak, diğer haklarla birlikte kullanılabilir<sup>34</sup>. Diğer bir istisna da, onarımın başarısız olması durumunda yeniden ikinci bir seçim hakkının oluşmasıdır. Böyle bir durumda iş sahibi, seçim hakkını kanuni hükümler çerçevesinde yeniden kullanabilecektir. Yani iş sahibi, ya sözleşmeden dönme ya da ücretten indirim talep edebilecek ve ayrıca kusur durumunda da zarar ziyanın tazminini talep edebilecektir<sup>35</sup>. İş sahibi, BK. m. 360' a dayanarak ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini, diğer talepleriyle birlikte, yani kümülatif olarak isteyebileceği gibi yalnız başına da böyle tazminat talebinde bulunabilecektir<sup>36</sup>. Kusura dayalı olarak talep edilebilecek böyle bir tazminat talebinde, müteahhit ancak kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde bu zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin diğer bir özelliği ise, ayıptan dolayı iş sahibine tanınan haklar sisteminin emredici nitelikte olmamasıdır<sup>37</sup>. Yani müteahhidin istisna sözleşmesindeki ana ve yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeyle sınırlandırılması mümkündür<sup>38</sup>. Eserin ayıplı olarak teslimi halinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK.' nun 360. maddesi tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, müteahhidin eserdeki bozuklar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olup bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de bir tamamlayıcısı olmaktadır<sup>39</sup>. Müteahhidin belirtilen yan borcuna aykırı hareket etmesi durumunda, iş sahibine tanınan bu haklar, BK. m. 99'a aykırı düşmemek kaydıyla bir anlaşma ile, önceden sınırlandırılabilir gibi tamamen kaldırılması da mümkündür<sup>40</sup>. Örneğin, taraflar borçlara uygulanacak zamanaşımının, muayene ve ihbar sürelerinin ne olacağını, sözleşmede daha önceden tespit edebilecekleri gibi BK. 360' da iş sahibine tanınan hakları da önceden açıkça veya

32 Çoğunlukla seçme hakkının kullanımının bir hukuki düzenleme olduğu kabul edilir. İş sahibi bir kere tercih edip icra ettiği seçimiyle bağlıdır. Sözleşmeden dönme beyanından tekrar rücu edilemez. BGE 109 II 41 ; Honsell, 201.

33 Pedrazzini, 519.

34 Bk. Öz, 95 ; Becker, 615 ; Tunçomağ, C. II, 1035 ; Kaplan, 74 ; Pedrazzini, 519.

35 Pedrazzini, 519.

36 Yavuz, Borçlar, C. II, 87.

37 Seliçi, İnşaat, 160.

38 Eser ayıpları için sorumluluk sözleşme ile başka bir şekilde kararlaştırılabilir. Bunun sınırlarını BGB 637, 138. maddeleri ile AGBG tespit eder (RG 203, 83). Palandt, 687, 689 ; BGB 637 ve AGBG 'deki sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Jauernig / Schlechtriem / Stürner / Teichmann / Vollkommer, 691 vd.

39 Kaplan, 72, 130 ; Gautschi, Art. 364 N. 5 b; Art. 366 N. 1 a-b, Art. 368 N. 6a.

40 Tunçomağ, C. II, 1029 ; Uygulamada çoğunlukla tekeffülden doğan haklar ve iş sahibinin zarar ziyan tazminatı haklarının sınırlandırılması yaygındır. «çoğunlukla sözleşmeden dönme, ücret indirim ve zarar ziyan tazminatı hakkı kabul edilmez, iş sahibine sadece onarım hakkı tanınarak hakları tekeffülden doğan haklar sınırlandırılırlar. Sorumluluktan kurtulma ise OR 100' deki sınırlamalara uyulduğunda mümkün olur. Honsell, 205; Buna karşılık, hem onarım hakkının hem de diğer bütün hakların hariç kılınması hukuka aykırıdır, hükümsüzdür. Bütün zarar ziyan tazminatı haklarının ve de ayıplı bütün edimlerden ya da gecikme nedeniyle ortaya çıkan hakların hariç kılınması iyi niyet kurallarına aykırıdır. Larenz, 267.

zımni olarak daraltabilecekler ya da tamamen ortadan kaldıracabileceklerdir<sup>41</sup>. Borçlar Kanunu m.360' da iş sahibine tanınan bu talep hakları tamamlayıcı hukuktur. Bundan dolayı iş sahibi, hile<sup>42</sup> ve ağır ihmal dolayısıyla tazminattan vazgeçme durumu söz konusu değilse, önceden bu hakkından vazgeçebilecektir<sup>43</sup>. Diğer hakların hariç bırakılarak müteahhidin ihtar olunan ayıbı düzeltilmesi yükümüne ilişkin anlaşma, kısmi bir vazgeçmedir<sup>44</sup>. Bu haklardan vazgeçme, zımnen de mümkündür; örneğin, iş sahibinin, müteahhidin emrine hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşır. Hiç kuşkusuz, dönmeden vazgeçmede, ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur<sup>45</sup>. Ayrıca ayıba karşı tekeffülden doğan hakların devir ve temlik edilebilirliği kendi yapılarına bakıldığında eseri ihdas hakları olarak kabul edilmez. Bu yüzden ayıba karşı tekeffülden dolayı ortaya çıkan hakların icra şeklinin seçilmesinden önce pratik bir ihtiyacı karşıladığı göz ardı edilmez. Gelecekteki bir talebin devir ve temlik edilmesi OR 32' ye göre bir yetkiyle bağlantılı olarak ihdas hakkının kullanılması gereksiz görülür<sup>46</sup>.

İş sahibi müteahhitten, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere veya başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, kullanmaya elverişli, normal bir yapıdaki eserin kalitesini taşıyan bir eserin kendisine teslimini beklemeye hakkı vardır. Bu sebeple istisna sözleşmesinde, iş sahibi ile müteahhit arasında somut eseri belirlemeye yarayan genel ve özel nitelikler ( yer, şekil, ölçü, imal tarzı, renk gibi ) üzerinde daha önceden tarafların anlaşması mümkündür. İşte, nitelikler konusundaki bu anlaşma istisna sözleşmesinin muhtevasının bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşır. Bu niteliklerin birinin eksikliği eseri ayıplı kılar<sup>47</sup> ve müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açar. Buna karşılık taraflarca sözleşmede başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça müteahhit, MK. m. 2 gereğince, o şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutarak, kullanılmaya elverişli ve normal yapıdaki bir eserin değerini taşıyan bir eseri iş sahibine teslim etmek zorundadır<sup>48</sup>. Zira müteahhit, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmaksızın eserin sahip olması gerekli nitelikleri taşımamasından da sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olmasa dahi eserin, 'normal' niteliklere haiz olacak şekilde yapılması müteahhidin edim borcuna dahil olmaktadır<sup>49</sup>. Bu borç da müteahhidin sözleşme ile açıkça üstlenmemesine rağmen kanunun bir hükmünden ( BK. m. 360 ) doğduğu için kanuni bir borç teşkil etmektedir. Zira, müteahhit sözleşme ile açıkça üstlenmediği halde niteliklerdeki ayıptan dolayı kanunen sorumlu tutulmaktadır<sup>50</sup>.

- 
- 41 Bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 174, 226 vd.; Yavuz, Borçlar, C. II, 81,83 ; Erdem, C.III, 76 ; Olgaç, C.II, 1081, 1103 ; Tunçomağ, C. II, 1029.
- 42 Müteahhidin hangi yükümlülüğüyle eserin ayıplarından sorumlu olduğu, bir ayıbın ortaya çıktığı ya da ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırıldığına dair anlaşma satım sözleşmesindeki gibi aynı şekilde, müteahhidin ayıbı hileli olarak gizlemesi durumunda hükümsüzdür (BGB 476 ve 637). Schmidt, 121
- 43 Eserin bozuk olması halinde iş sahibinin sadece bozukluğun giderilmesini isteyebileceğine dair bir anlaşma, bölümsel bir vazgeçme anlamını taşıyacaktır. Fakat bu halde bozukluğun giderilmesi mümkün olmaz ve müteahhit kusursuzluğunu ispatlayamazsa, iş sahibi elbetteki tazminat isteyebilecektir. Tunçomağ, C. II, 1029.
- 44 Becker, 615, 616.
- 45 Tunçomağ, C. II, 1029 ; Becker, 616.
- 46 Honsell, 205.
- 47 Yavuz, Borçlar, C. II, 79.
- 48 Tandoğan, Borçlar, C.II, 164; Yavuz, Borçlar, C. II, 80; Tunçomağ, C. II, 1016.
- 49 Seliçi, İnşaat, 140.
- 50 Bk. BK. m. 360 / I, BK. m. 70, MK. m. 2.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kural olarak ancak eserin iş sahibine teslim edilmesiyle birlikte başlar<sup>51</sup>. Dolayısıyla eserin bu zamanda sözleşmeye uygun olup olmadığı, ayıptan sorumluluk bakımından önem taşır. Teslimde gecikme ise, bir ayıba karşı tekeffül durumu değildir. Bilakis genel vazgeçme neticelerini ortadan kaldırmaktadır<sup>52</sup>. Satım sözleşmesinde alıcının tesellüm mükellefiyeti, BGB 433 / II. fıkraya göre tam karşılıklı bir esas mükellefiyet değilken istisna sözleşmesinde esas bir mükellefiyettir, Zira, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tesellümle birlikte başlaması, özellikle müteahhidin ücret alacağına kural gereği tesellüme bağlı olması ve ayrıca bir an önce tesellümde müteahhidin menfaatinin bulunması sebebiyle ( BGB 631, 641 / I ) tesellüm, istisna sözleşmesinde, sözleşmenin her iki tarafına da borç yükleyen bir esas mükellefiyettir<sup>53</sup>.

İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin diğer bir özelliği de, bu hükümlerin şartların gerçekleşmesi halinde yine Borçlar Kanununda yer alan bazı genel hükümlerle<sup>54</sup> yarışabilmesi ve diğer kanunlardaki bu konudaki düzenlemelerle<sup>55</sup> ilişki halinde bulunmasıdır.

### III -MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DİĞER SÖZLEŞMELERDEKİ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar Kanununun 355-371. maddeleri arasında düzenlenen istisna sözleşmesi, amaç ve içeriği yönünden iş görme borcu doğuran sözleşmeler grubunda yer almaktadır. İstisna sözleşmesindeki müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, şartları ve hukuki niteliği bakımından gerek diğer iş görme sözleşmelerinden olan Yayın, Vekalet ve Hizmet , gerekse bir şeyin mülkiyetini devir amacı güden Satım ile kullandırma amacı güden Kira sözleşmelerine göre önemli farklılıklar arz etmektedir. şöyle ki:

#### A) Satım Sözleşmesi Bakımından

Kanun koyucu, Borçlar Kanunumuzun 194. maddesinin 1. fıkrasında "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir

51 Ayıptan doğan haklar kendi açısından eserin bitirilmesini şart koşan eserin tesellümü ile oluşurlar. Tesellümden önce iş sahibi yalnızca ayıpsız bir eserin teslimini talep edebilir. Bu temel hükümden dolayı ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini istisna teşkil eder. Bu hak tesellüm zamanından bağımsız olarak ancak ayıbın ortaya çıkmasıyla oluşur. Gadiant. 102 ; Ayıptan dolayı doğan haklar bitirilen eserin teslimini şart koymaktadır. Ancak, eserin imali safhasında müteahhidin kusurundan dolayı eserin ayıplı olarak imal edildiği önceden görülürse ya da ayıplı imal edildiği kesin olarak tahmin edilirse bu durumda iş sahibi, daha sonradan ayıptan doğan haklarını kullanabilmek için eserin bitirilmesini beklemek zorunda değildir. Çoğu zaman bunun için süre verilmektedir. Bk. Guhl/Merz/Koller, 486 ; OR. 366/II ( BK. 358/II ) fıkrasının kullanımı, eserin iş sahibine teslim edilmiş olmasını, OR 367. (BK.359) maddeye göre iş sahibi tarafından eserin ayıbın giderilmesi talebinin ileri sürülebilmesinin bir ön şartı olarak öngörür. Pedrazzini, 521. Tesellümden önce eserdeki ayıplar dolayısıyla oluşan iş sahibinin hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Palandt, 689 ; Marten, 183 vd.

52 Bk. OR. 97, 102, 20 ; Bucher, 208.

53 Larenz, 274 ; Fikentscher, 554 ; Tesellüm iş sahibi için bir mükellefiyet değil bir sözleşme yükümlülüğüdür. Ve ayrıca alacaklının da bir borcu değildir. Brox, Rdnr 263, 164 ; Honsell, 206 ; İş sahibinin 640. Maddeye göre tesellümle mükellef olması materyalistlere göre, her şeyden önce iş sahibinin, satıcı da olduğu gibi müteahhit tarafından sunulan sözleşmeye uygun nesnelere bedensel olarak mülkiyetine alması anlamına gelir. Bunun daha geniş bir anlamı yoktur. Esser / Weyers, 284.

54 Bk. BK. m. 96, 101-108, 81, 41,

55 Bk. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 4.



suretle tenkis eden ayıplardan salım bulunmasını da mütekeffildir" şeklinde, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu ve unsurlarını belirtmiştir. " Satıcı, bu ayıpların mevcudiyetini bilmeseyse bile onlardan mesuldür" şeklindeki ikinci fıkra hükmü ile de, 'menfaatler muvazenesini göz önünde tutarak, alıcının himaye edilmekteki meşru menfaatini kabul ederek, satıcının ayıpların mevcudiyetini bilmeseyse bile sorumlu olduğu prensibini koymuştur'<sup>56</sup>. Böylece satıcı, daha önceden alıcıya mala ilişkin olarak belirttiği ve söz verdiği niteliklerin (zikir ve vaadettiği vasıfların) malda bulunmamasından veya böyle bir söz vermemiş olsa dahi, şeyin değerini ya da akit dairesince ondan beklenen yararları azaltan, ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasından sorumlu tutulmuştur<sup>57</sup>.

Yukarıda belirtilen madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunundaki satım ve istisna sözleşmesindeki ayıp kavramı ile<sup>58</sup> noksan ve bozukluk<sup>59</sup> lardan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler birbirleriyle paralellik arz etmektedirler<sup>60</sup>. İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler (BK. m. 359-363) satım sözleşmesine benzer bir şekilde düzenlenmiş hükümlerdir. Ancak, ayıba karşı tekeffül borcu, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken, temlik borcu doğuran satım sözleşmesinde mülkiyeti geçirme borcunun<sup>61</sup> bir tamamlayıcısıdır. Çünkü, satımda alıcının amacı, istediği gibi kullanabileceği yararlı bir şeyin mülkiyetini elde etmektir<sup>62</sup>. Eğer satım konusu mal alıcının ondan istifadesini refedecek derecede ayıplı ise, satıcı borcunu ifa etmemiş olur ve bu takdirde satıcının akdi bir kusurundan bahsedilir<sup>63</sup>. Böylece, her şeyden önce istisna sözleşmesinde müteahhit bir eser imal etmek zorunda olmasına rağmen satım sözleşmesinde kural gereği bir nesnenin imali değil önceden hazırlanan nesnenin alıcıya teslim edilmesi ve mülkiyetinin geçirilmesiyle

56 Edis, Tekeffül, 20.

57 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Satıcı, 16 vd. ; Edis, Tekeffül, 7 vd. ; Marten, 25 vd.

58 Satım sözleşmesindeki tekeffül hakları ile istisna sözleşmesindeki ayıbın tekeffülü hakkındaki hükümler arasında büyük benzerlik olması dolayısıyla, istisna sözleşmesinde ayıp kavramı bakımından satım sözleşmesi hükümlerine atıf yapılır (OR 197). Gerçi istisna sözleşmesi ile ilgili ayıbın tekeffülünü hükümlerini satım sözleşmesindeki tekeffül hükümleri kuvvetli bir şekilde etkilemiştir. Bu etkileşim Roma hukukundan alınan bütün hukuk sistemleri gibi Ysviçre hukuk sistemi bakımından da geçerlidir. Halbuki her iki sözleşme tarafının da farklı olması göz ardı edilerek tekeffül bakımından satım sözleşmesine basit bir atıf yapılması yeterli değildir. Çoğunlukla istisna sözleşmesi hükümlerinin özel nitelikte olması, istisna sözleşmesinde hususi kavram belirlenmesini gerektirir. Gauch, Rdnr. 912, 264 ; Aynı doğrultuda görüş için bk. Pedrazzini, 525.

59 OR 368/I, ayıplar ile sözleşmeye diğer aykırılıkları birbirinden ayırır. Farklı şekildeki bu düzenlemeden sarfınazar edildiğinde, OR 197' deki gibi OR 168' de ifade edilen bozukluk kavramı ile ayıp kavramı aynı kavramlardır. Honsell, 200.

60 Geniş anlamda, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları hem şartları bakımından hem de taalluk eden sonuçları bakımından satım sözleşmesinde alıcının haklarına uyar. Bununla birlikte, farklılıklar eser sözleşmesinin mahiyetiyle sınırlıdır. Guhl/Merz/Koller, 484 ; Bucher, 209 ; Ancak istisna sözleşmesinde, eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı sorumluluk düzeni büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleriyle aynıdır. BGE 93 II 316 ; Seliçi, İnşaat, 130 ; Satımda olduğu gibi benzer bir şekilde istisna sözleşmelerinde de eserdeki ayıba karşı kusurla bağımlı olmayan bir tekeffül oluşur. Fakat tekeffülün münferit olarak düzenlenmesinde farklılıklar ortaya çıkar (örneğin, onarımla ilgili ve benzeri). Honsell, 199.

61 BGB 433. Maddenin 1. Bendinin 1. Cümlesine göre satıcı, sattığı malı teslim ve onun mülkiyetini alıcıya geçirmek zorundadır. Buna karşılık istisna sözleşmesinde müteahhidin satıcının aksine böyle bir hakkın geçirilmesi mükellefiyeti yoktur. Böyle bir mükellefiyete de zaten ihtiyaç yoktur. Örnek olarak nakliye sözleşmelerinde bir nesnenin yer değiştirilmesi mükellefiyeti söz konusudur. Yani mülkiyet veya başka bir hak söz konusu değildir. Nakliye ediminin bizzat bir yolcu biletinin satımıyla oluşması durumu da bu sonucu değiştirmez. Maddi bir konusu olan bir malın şeklinin değiştirilmesi veya imali için yapılan istisna sözleşmelerinde de çoğunlukla bir hakkın geçirilmesi söz konusu değildir. Ayakkabıların onarımı gibi durumlar mülkiyeti değerine geçirmez. Yani müteahhit onarılan ayakkabıları sadece iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Onları devir ve temlik etmek zorunda değildir. Medicus, Kaufvertrag, 273.

62 Erdem, C. II, 82 ; Edis, Tekeffül, 64; Kural/Kılıçbay/İzmir, 504.

63 Marten, 25.

sorumlu olunmaktadır<sup>64</sup>. Bununla birlikte yine istisna sözleşmesinde tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerde, satım sözleşmesinde olduğu gibi bir zikir ve vaad olunan nitelik (Zusicherung einer Eigenschaft) kavramına<sup>65</sup> da ayrıca yer verilmiş değildir<sup>66</sup>.

İstisna sözleşmesinde, sorumluluğa esas olan ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken<sup>67</sup>, satımda, satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği andaki mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olmaktadır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, satım sözleşmesinde,

64 Brox, Rdnr 256, 256.

65 BK. m. 194' göre satıcı, alıcıya karşı satım konusunda bulunduğu zikir ve vaadettiği niteliklerin bulunmamasından sorumludur. Burada sözü edilen vaad, normatif anlamda olumlu veya olumsuz olabilecektir. Olumlu nitelik vaadi zikir ve vaad olunan hususların satım konusu malda bulunduğunu, olumsuz nitelik vaadi ise zikir ve vaad olunan niteliklerin malda bulunmadığı iddiasının açık veya zımni bir şekilde beyanını içerir. Vaad olunan nitelik akdinin konusuna (vertragsinhalt) dahil olup, bu kavramdan iş hayatındaki telakkilere veya satıcı tarafından bilinen alıcının şahsi menfaatleri doğrultusunda satım konusunun değeri ya da ihtiva ettiği elverişlilik anlaşılmalıdır. Ayrıca nitelikler hususunda, ticari işlerde yaygın olan telakkilere göre o şeyle ilgili olan ve onun değerini etkilediği kabul olunan her türlü iktisadi ve hukuki ilişkileri de göz önünde tutmak gerekir. Satıcının satım sözleşmesi dolayısıyla zikir ve vaadettiği bu özellikteki niteliklerden sorumlu tutulabilmesi için de yapılan zikir ve vaadin ciddi yani akdinin yapılmasını etkileyici olması gerekir. Bk. Keller / Lörtscher, 62-68 ; Giger, Art. 197, N. 6, 7, 27 ; Edis, Tekeffül, 57 vd.

66 İstisna sözleşmesinde üzerinde anlaşılan niteliklerin eksikliği gibi lüzumlu niteliklerin eksikliği de, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açar. Nitelikler konusundaki anlaşma istisna sözleşmesinin muhtevasının bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşıır; ancak istisna sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu düzenlemesinde, zikir ve vaad olunan nitelik kavramına, satım sözleşmesinde olduğu gibi ayrı bir yer verilmemiştir. Bu sebeple istisna sözleşmesinde müteahhidin niteliklere ilişkin vaadinin hukuki niteliği için satıcının satılanının satılanın niteliklerini zikir ve vaad etmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlere başvurmak isabetli olmayacaktır. Bk. Tandoğan, Borçlar, C. II, 162, 163 ve ayrıca C.I, 165-166 ; Garanti, kanunun satım sözleşmesinde (OR 197) kullandığı fakat istisna sözleşmesinde kullanmadığı bir kavramdır. Bundan dolayı garanti kavramı istisna sözleşmesi bakımından kanuni bir kavram değildir (Buna karşılık bk. BGB 633/I). Gerçi pratikte satım sözleşmesi için uygun olan kavram istisna sözleşmesi için de kullanılır. Ancak satım sözleşmesindeki niteliklerin garantisini, istisna sözleşmesindekinden değişik bir fonksiyonu yerine getir. Bu yüzden satım hukukuyla ilgili garanti kavramı tartışmalıdır. Bu kavram için satım hukukuna yapılan basit bir atf esasen yeterli değildir. İstisna sözleşmesinde garanti ancak, müteahhidin söz verdiği eserin belirli nitelikleri göstereceği şeklindeki sözleşmeyi bağlayıcı bir beyanıyla olur. Bu beyan da ya müteahhidin kendi inisiyatifiyle ya da iş sahibinin talebi üzerine verilir. Gauch, Rdnr 924, 925; Brox' a göre, ayıp ve vaat edilen özellikler kavramları satımdaki aynı kavramlara uygundur. Bk. Brox, Rdnr 269, 168.

67 Ayıp eserin teslimi anında, önceden oluşmuş olmalıdır. Honsell, 200 ; Esas itibarıyla ayaptan doğan hakların kullanımı, tamamlanmış bir eserin teslimini şart kılmaktadır. Ancak, eğer eserin imali esasında müteahhidin kusurundan dolayı ayıplı bir eserin imal edildiği görülürse ya da sözleşmeye aykırı bir surette ayıplı bir eserin imal edildiği katıyetle tahmin etmek mümkün olursa, bu durumda iş sahibi, ayaptan doğan haklarını kullanabilmek için eserin tamamlanıp kendisine teslimini beklemek zorunda değildir. Bu durumda çoğu zaman bunun için ek bir süre verilebilir. Bu süre içinde işin yapılmaması durumunda hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere onarım veya eserin imali işinin üçüncü bir kişiye tevdi olunacağı da ihtar edilir. Burada kanun, ayıplı eserin imalini sözleşmeye aykırı bir imal ile denk tutmaktadır. Guhl/Merz/Koller, 486 ; Pedrazzini, 524.

68 "Fransız hukukunda, satım anında, şeyin ayıplı olması sorumluluk için yeter bir şart sayılmaktadır. Alman Medeni Kanununda § 459, 313, 879, ve 929 birlikte mütalaa edildiği takdirde, ayıpların, hasarın ve mülkiyetin teslim ve tescil anında intikal ettiği görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, daha henüz mevcut olmayan şeyin satımının söz konusu olabildiğini göz önüne alan doktrin ve mahkeme içtihatları ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ratio legis'inden hareket ederek, tekeffül borcunun doğumu için ayıpların 'hasarın intikali anında mevcut olması' lazım geldiğini kabul etmişlerdir. Bizce de bazı istisnalar dışında prensip itibarıyla, ayıpların en geç hasarın intikali anında mevcut olmasının lazım geldiği kanaatindeyiz. Ancak bu kaide mutlak olmamalıdır. Aksi halde, hukukun genel prensipleri, hak nesafet kaideleri feda edilmiş olur". Edis, Tekeffül, 63-64.

69 Eser sözleşmesinde hasar teslim anına kadar müteahhide aitken (BK. m. 368), satım sözleşmesinde hasar, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren müşteriye aittir. Artukmaç, 71. Satım sözleşmesinde tehlikenin alıcıya geçiş anı, BK. 183/I' de söylendiği gibi, sözleşmenin yapıldığı an değil de, sözleşmenin hüküm doğurduğu andır. Şu halde satım sözleşmesinin meydana gelmesi için açık (sarih) bir kabule ihtiyaç varsa, satım sözleşmesi meydana gelmiş olmak koşuluyla, kabul haberinin gönderildiği; açık bir kabule ihtiyaç yoksa, önerinin kabulüne vardığı andan itibaren tehlike alıcıya geçmiş olur.

satılanın (eşyanın) tehlikenin geçişi anında<sup>69</sup> bozukluklar taşınması gerekir<sup>70</sup>. Satılanın en geç hasarın alıcıya geçmesi anında ayıplı olduğunu, ise alıcı ispat edecektir<sup>71</sup>. Alıcının satıcı aleyhine tekeffülden dolayı ikame edeceği zaman davasının şayanı kabul olması için, akdin feshine sebep olan ayıpların, hasarın alıcı uhdesine intikali tarihinden evvel hiç olmazsa başlangıç halinde, mevcut olduğunun alıcı tarafından ispat edilmesi gerekir. Bu ise ispatı en müşkül olan bir noktadır<sup>72</sup>. Eğer satılan ( tehlikenin alıcıya geçişinden sonra ) bozulmuş ve bu bozukluğun tohum halinde daha önceden bulunduğu da sabit değilse, diyelim hayvanın ve bitkinin daha önceden bir hastalığı bulunduğu ispat edilememiş olması veya aynı şekilde bozukluğun doğal olaylardan sonra meydana gelmesi halinde de zarar alıcındır<sup>73</sup>. Ayrıca, satım sözleşmesinin aksine, istisna sözleşmelerinde eseri teslim etmeden önce BK. nun 358. maddesinin 2. fıkrası ( OR 366 / II ), iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, teslim unsuru eserdeki ayıptan dolayı ortaya çıkan bütün tekeffül durumlarının bir şartı değildir. Eserin yapılması esnasında ayıplı veya sözleşmeye başkaca aykırı bir ifanın önceden kesinlikle kestirilebilir olduğu durumlarda, eserin tamamlanmasından önce kanunun, iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, burada teslim tekeffül edimlerinin bir şartı olmamaktadır. Zira, Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrası ( OR 366 / II ), müteahhidin kusurunun olması<sup>74</sup> durumunda uygun bir sürenin geçmesi ile onarımın, eserin rizikosu ve masrafları müteahhide ait olmak üzere<sup>75</sup> üçüncü bir kişiye gidertilebileceğini ifade etmektedir<sup>76</sup>.

Diğer yandan, "eser sözleşmesinde sadece önemli ve daha az önemli bozukluk ayrımı yapılmış olup, önemsiz bozukluklardan söz edilmemiştir. Halbuki satım sözleşmesinde, satıcı önemsiz bozukluklardan sorumlu tutulmamıştır ( BK. m. 194 )" <sup>77</sup>.

Tunçomağ, C. II, 83 ; OR 376 (BK. m. 368) inci madde müteahhit üzerinden hasarın kalkması için teslim zamanını tayin ediyor. Eğer kabul demiş olsaydı hukuk noktasından daha muvafık düşerdi, zira teslim yapılan şeyin muayenesinden evveldir. Eğer muayenede ehemmiyetli kusurlar meydana çıkarsa iş sahibinin işi reddetmeye hakkı vardır (OR § 368 /BK. m. 360). Teslim ile kabul arasında vukua gelen kazanın müteahhide tahmil edilmesi mantığa daha muvafık düşer. Hülasa OR § 376. (BK. m. 368.) maddenin birinci fıkrası bir kaide ve bir de bu kaidenin bir istisnasını bildirmektedir. Kaideye nazaran imal olunan şeyin, iş sahibi tarafından kabulünden evvel telef olması halinde hasarlar müteahhide tahmil olunuyor. İstisnaya göre de eğer iş sahibi tesellümden temerrüt ederse hasarlar kendisine ait oluyor. Satım sözleşmesinde ise ayıplar, hasarlar (risques) alıcıya intikal ettiği zamanda mevcut olmaları lazımdır. Marten, 193, 27. Ayrıca satım ve istisna sözleşmesinde hasarın geçiş anı hk. ayrıntılı bilgi için bk. Marten, 3,4 ve 193 - 195.

70 Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarıyla Fransız Medeni Kanununda satıldaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında olmasını arayan bir hüküm bulunmamaktadır. Halbuki BGB § 459' da satıcının, sadece hasarın alıcıya geçmesini anına kadar satılana mevcut ayıplar sebebiyle alıcıya karşı sorumlu olduğu öngörülmüştür. Yavuz, Satıcı, 91-92.

71 Yavuz, Satıcı, 92 ; Marten, 28 ; Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, önceden mevcut sebeplerden ileri gelmedikçe satıcı sorumlu olmaz. Edis, Tekeffül, 66 ; Giger, Art. 197, N. 42 ; Bununla birlikte alıcı, hasarın intikalinden sonra meydana gelen ayıpların önceden mevcut sebeplerden dolayı meydana geldiğini iddia etmesi durumunda bu iddiası MK. m. 6 hükmü gereği ispat etmesi gerekir.

72 Marten, 27.

73 Tunçomağ, C.II, 123.

74 "Kanunun metni burada bir haşvi ihtiva eder, zira iş fena yapılmış ise şüphesiz bu müteahhidin kusurudur". Marten, 183.

75 Ancak burada, "kanun 'hasar müteahhide ait olmak üzere' kaydını vazetmiştir ki bu pek te hakkaniyete muvafık telakki edilemez. İş sahibi bir üçüncü şahsı irac ve müteahhide bunu istihdam etmesi mecburiyetini tahmil etmiştir. Bu üçüncü şahıs fena çalışır ise bu müteahhidin bir hatası değildir. Niçin müteahhit için fena yapılmasından mütevellit hasara tahammül etsin? Mümkün olduğu takdirde iş sahibi, iş kendisine tevdi edilecek olan üçüncü şahsı selahiyettar makama tayin ettirmekle müteahhide hareket etmiş olur. OR 366 (BK. 358) inci maddenin 2. Fıkrasında gösterilen usul kafi bir sureti hal değildir; zira müteahhit bu tesviye tarzına itirazsız inkıyat edecek değildir, bu hususta bir davadan içtinap edilemez". Marten, 183, 184.

76 Pedrazzini, 524, 525 ; Guhl/Merz/Koller, 486.

77 Seliçi, İnşaat, 144 ; Bilge, 77 ; Erdem, C. II, 85; Borçlar Kanununun 194. Maddesi anlamında ayıbın önemli sayılmadığı hallerde alıcı ancak 'ifanın gereği gibi yerine getirilmediği' iddiasıyla BK. m. 96 vd. hükümlerine başvurabilir. Ayıbın önemli olup olmadığı hususu, o çevrede hakim görüşler,

Satım sözleşmesinde' önlenemeyecek küçük ölçüde kalite eksiklikleri (örneğin, çok miktarda satılan doğal ürünlerde olduğu gibi) yahut kolaylıkla giderilebilen ayıplar (makinenin bazı vidaları eksik ) hakkında durum böyledir. Satıcı bunları tahsisen vadede bulunmadıkça veya hilesi olmadıkça sorumlu olmaz<sup>78</sup>. Böylece, satılan şeyin maksut olan menfaatini gayet cüz'i (önemsiz) surette azaltan ayıplardan dolayı alıcının bir dava açma hakkı yoktur. Çünkü bütünü ayıpsız bir şey mevcut değildir<sup>79</sup>. Buna karşılık istisna sözleşmesinde, teslim konusu eserdeki ayıbın tam önemli ayıp olması gerekli değildir. Tam önemli ayıplar, eseri iş sahibi için kullanılamaz veya kabule zorlayamaz kılan ayıplardır. İstisna sözleşmesinde satımdan farklı olarak işte bu noktada önemsiz ayıplar bile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir<sup>80</sup>; meğer ki bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyın<sup>81</sup>.

"Borçlar Kanununun 360. maddesinde bozukluğa bağlı zararlar bir guruplandırmaya tabi tutulmamış, illiyet bağı içinde kalmak ve müteahhidin kusurlu olması koşulu ile her türlü zararın tazmini kabul edilmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanununun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre alıcının bozukluk dolayısıyla satım sözleşmesinden dönmesi halinde, bozukluk taşıyan malın alıcıya tesliminin neden olduğu 'doğrudan doğruya' zararlardan satıcı kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur<sup>82</sup>. Söz konusu hükmün istisna sözleşmelerinde kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun teşkil eder. BK. m. 205 / f. 2' nin uygulanabileceği kabul edilirse bozukluğa bağlı zararları doğrudan doğruya bozukluğa bağlı zararlar dolayısıyla bozukluğa bağlı zararlar diye ayırmak, doğrudan doğruya bozukluğa bağlı zararlardan kusuruna bakılmaksızın müteahhidi sorumlu tutmak, dolayısıyla bozukluğa bağlı zararlardan sorumluluk için müteahhidin kusurunu aramak gerekecektir<sup>83</sup>. Sorun tartışmalı ve berrak değildir. Zannediyoruz ki satım sözleşmesinde dahi varlık gerekçesi güç açıklanabilen istisnai bir hükmün, kıyasen istisna sözleşmesinde uygulanması kabul edilmemelidir. Zira satım sözleşmesindeki bozukluğu sağlama düzeni ile eser sözleşmesindeki düzen arasında benzerlikler olmakla beraber farklılıkları da vardır. Eser sözleşmesinde bozukluğa bağlı zararlar bozukluk sorumluluğu çerçevesinde, kapalı bir düzen içinde gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucu gerek 360. maddenin 1. fıkrasında dönme yanında, gerekse 2. fıkrada ücret indirimini ve düzeltme yanında aynı ifadelerle, BK. m. 205' den farklı olarak hiç bir ayırım gözetmeksizin müteahhidin kusuru varsa her türlü zararın tazminine olanak vermiştir. Bu sistem içinde arzu edilen, dönme, ücret indirimini ve düzeltme yolu ile iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatini ek bir tazminatla karşılamaktır; bunun da

---

sözleşmenin içeriği ve amacını göz önünde tutularak tespit edilmelidir. Bu husustaki kriterler için bk. Giger, Art. 197, N. 61, 68 ; Edis, Tekeffül, 57 vd. ; Yavuz, Satıcı, 75.

78 Tandoğan, Borçlar, C. I, 173-174.

79 Marten, 26.

80 İmal edilen eserde önemsiz ayıpların mevcudiyeti durumunda iş sahibi iki nevi davadan birini tercih edebilir. Ya işteki kıymetin noksanı nispetinde fiyatın tenzilini dava eder ya da masraflı müteahhide ait olmak üzere yapılan şeyin ıslahını müteahhiden talep eder. Marten, 184.

81 Yavuz, Borçlar, C. II, 79 ; İstisna sözleşmesi hukukunda kural olarak müteahhidin mesul olmak zorunda olduğu her türlü önemsiz derecede sözleşmeye aykırılıklar bir ayıbın mevcudiyetini gösterir. Buna karşılık satım hukukuyla ilgili ayıpların tekeffülü, yalnızca satım konusunun garanti edilen bir özelliğın eksikliği veya ayıbın malın şart koşulan kullanıma uygunluğunu ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde azaltması durumlarını kapsar. Gadiant, 103.

82 BK. m. 194, 202 ve 205'den açıkça anlaşılacağı gibi, alıcı kusursuz olarak, nitelik yönünden kötü (ayıplı) ifade bulunmuş bir satıcıya karşı da sözleşmeden dönebilecek, hatta ondan zarar-giderim isteyebilecektir. Satıcıların 'ayıplı ifa' dan ötürü kusursuz bir sorumluluğa bağlı tutulmaları yerinde gözükmemektedir. BK. 357/I kuralının eser borçlusunu, eseri ısmarlayana karşı, 'satıcı gibi' sorumlu tutması, sosyo-ekonomik gerçekliğe uygun bir çözüm olmuştur. Serozan, Sözleşme, 310-311.

83 Satım sözleşmesinde OR 208/II' ye göre, dolaylı zararlar için kusuru bağlı olmaksızın zarar ziyan tazmini talep edilir. Doğrudan doğruya zararlar için ise eğer OR 97' ye göre kusurdan beraat (kusuru olmadığını ispat) başarısızlığa uğrarsa bunun aksi şekilde uygulanır (OR 208/III). OR 368' de bu farklılıklar yoktur. OR 368 sadece ayıpla ilgili olan zararlara istinat eder. Buna karşın bir gecikmeden ya da işin yerine getirilmemesinden doğan zararlara istinat etmez. Honsell, 203, 204.

menfaatler dengesinde müteahhidin kusuruna bağlanması uygun görülmüştür. Bu açık sisteme gereksiz bir müdahale ile satımdaki istisnai bir hükmü uygulamaya çaba göstermek yersizdir"<sup>84</sup>.

İstisna sözleşmesinde tesellüm edilen<sup>85</sup> eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, BK. m. 359' da düzenlenmiş olan muayene ve ihbar külfetini yerine getirmek kaydıyla BK. m. 360 da belirtilen, 'sözleşmeden dönme'<sup>86</sup>, bedelin indirimi<sup>87</sup>, 'eserin onarımını', 'uğranılan zararın tazminini' isteme şeklindeki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Benzer bir düzenleme getiren satım sözleşmesine ilişkin hükümlerde ise satılan malın ayıplı olması üzerine alıcıya; 'sözleşmeden dönme', 'satış bedelinin (semenin ) indirimini', 'misli eşya satımında satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini (BK. m. 202 - 204 )' isteme hakları tanınmıştır<sup>88</sup>. Görüldüğü üzere ilk göze çarpan fark, satımdaki 'satılan misli eşyayı ayıpsız misli ile değiştirme'<sup>89</sup> hakkının eser sözleşmesi için düzenlenmemiş olması, buna karşılık, istisna sözleşmesinde iş sahibine tanınan 'eserin onarılmasını'<sup>90</sup> (ayıbın giderilmesini) isteme hakkının satım sözleşmesinin alıcısına

84 Selici, İnşaat, 186-188.

85 Hemen ifade etmek gerekir ki, istisna sözleşmesindeki tesellüm kavramı, satım sözleşmesindeki tesellüm kavramından farklıdır. Zira, istisna sözleşmesinde satım sözleşmesindeki aksine tesellüm, eserin yalnızca bedensel olarak alınmasını değil bilakis ayrıca, iş sahibinin kesin ve itirazsız olarak müteahhidin ediminin sözleşmeye uygun olarak esasen kabul etmesi beyanını da içerir. Özellikle inşaat eser sözleşmelerinde müteahhidin iş bittğini açık veya zımni olarak iş sahibine bildirmesi, bedensel teslimin yerine geçer. Schmidt, 122 ; Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 696 ; Fikentscher, 555 ; Honsell, 206 ; Larenz, 276, 277; Brox, RdNr 263, 164 ; Müteahhidin iş sahibine eserin hazır olduğunu bildirmesi suretiyle kural gereği kabul oluşur (SIA Norm 118, m. 158 ). Bu bildirme kanuni düzenlemenin aksine sözlü veya yazılı olabilir fakat zımni olamaz. Bu eserin kullanıma alınmasının yerini alır (SIA Norm m. 158/1). Gadiant, 54.

86 "Eserin müteahhidin sorumluluğunu gerektirecek yolda 'ayıplı' bulunup bulunmadığı, satılanın 'ayıplı' bulunmadığını saptamada geçerli olan ölçülere göre belirlenecektir. İşin mukaveleye muhalif bulunması, 'satılanın vaadedilmiş vasıflarının eksikliği' ne, 'eseri kabuldten imtina', sözleşmeden dönmeye, 'fiyatın tenzili' de 'seminin tenzili' ne tekabül etmektedir. Yalnız şu kayıtlama eser sözleşmesine özgüdür; satım sözleşmesinin ayıplı, kötü ifasında söz konusu değildir: 'sözleşmeden dönme, ancak, eser ismarlayanın kullanamayacağı ya da ismarlayanca bu biçimiyle kabulünün beklenemeyeceği ölçüde bozuk bulunursa olanaklıdır'. Böyle olmayıp da, eserdeki sakatlık önemsizse, alacaklı, sadece 'ücret tenzil' yetkisine (sözleşmenin konusunu değiştirme yetkisine) sahip olabilir". Bk. Serozan, 329, dn. 165 a ; BGB 634. Madde satımdaki hükümlere paralel olarak iş sahibine sözleşmeden dönme veya ücretten indirim şeklinde tekeffülden doğan haklar tanır . Sözleşmeden dönme veya ücret indirimine, BGB 465-467' ye ve 469-475' e kadar olan madde hükümleri uygun olarak tatbik edilebilirler. Bu haklar eserin imali amacına uygun olmakla birlikte, esas itibarıyla ancak ayıbın giderilmesi şeklindeki ifanın daha fazla talep edilemeyeceği durumlarda söz konusu olurlar. Jauernig / Schlechtriem / Stürmer / Teichmann / Vollkommer, 685.

87 İş sahibi sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin eksikliği durumunda eseri kabul etmeyebilir (OR. 368/1) veya teslim edilen eserin ücretinden uygun miktarda kesinti yaparak ücret tenzili hakkını kullanabilir. Zikredilen bu ayıptan doğan haklar, satım sözleşmesindeki değiştirme veya ücret indirimi haklarıyla bağlantılı olarak eşyayla ilgili haklardır. Guhl/Merz/Koller, 485.

88 Bk. Serozan, Sözleşme, 314 vd. ; Akıntürk, 171 ; Taşkent, 704 vd.

89 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Taşkent, 712 vd. ; "Misli eser imali borçlarında ayıplı ifa üzerine, BK. m. 203 hükmüne kıyasen, iş sahibine eseri ayıpsız misliyle değiştirme hakkı tanınması, en azından savunulması mümkün bir görüş olarak kabul edilmelidir". Öz, 99.

90 Özel olarak satım sözleşmesinde düzenlenmeyen sonradan düzeltme (onarım) hakkı istisna sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Guhl/Merz/Koller, 478; Onarım hakkı, ayıba karşı tekeffülden doğan bir hak değil bilakis düzeltilmiş (tadil) edilmiş bir ifa hakkı olup bu hak ayıbın ortadan kaldırılmasına ve müteahhit tarafından imal edilen eserde garanti edilen özelliklerin temin edilmesine istinat eder (BGH 96, 221) ve eğer ayıp yalnızca bu şekilde giderilmesi gerekiyorsa yeniden imale kadar uzayabilir (BGH 96, 111). Palandt, 689, 694 ; "... eser, pek kötü olarak yapılmış değilse ya da 'ref ve kal' i eseri yapan için fazlaca külfete ve zarara yol açacaksa, onun çıkarlarını örselenecekse, bu eseri ismarlayan alacaklı, sözleşmeden dönmeyecek, sadece ücretin indirimini ya da kötü ifanın giderilerek iyi ifanın gerçekleştirilmesini (onarımı) sağlayabilecektir. Serozan, Sözleşme, 330.

tanınmamış olmasıdır<sup>91</sup>. İstisna sözleşmesinin satım sözleşmesinden farklı olarak sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin bir onarım hakkını tekeffül etmesi, her iki sözleşmede de edim mükellefiyetinin farklı içeriğe sahip olmasından kaynaklanır. Gerçi satımda satıcı da - istisna sözleşmesindeki müteahhit gibi - ayıpsız bir nesnenin ifasıyla yükümlüdür. Fakat malı bizzat kendisi üretmediği için satıcı malın ayıpsız imali için mesul olmak zorunda değildir<sup>92</sup>. Fakat buradaki tekeffül istisnai olarak öncelikle ifa ile yükümlü olduğu yani ayıbın giderilmesiyle (onarım) yükümlü olduğu anlamına gelmemektedir. Genellikle tekeffülün içeriği, yalnızca 462, 463 ve 480. maddelere göre belirlenir. Satıcı kaideten sözleşmeden dönme veya ücret indirimi talebine muhatap olur. Tek cins malın satımında ise ayrıca ayıpsız malların teslimi ile yükümlüdür. İstisna sözleşmesinde ise durum tamamen farklıdır. Burada sözleşmeden dönme ve ücret indirimi hakları için kural gereği süre verilmiş bir onarım talebi öngörülmüştür<sup>93</sup>. Yani istisna sözleşmesinde müteahhit öncelikle onarımla yükümlüdür. Bununla birlikte diğer taraftan satım sözleşmesindeki satıcıdan farklı olarak bir onarım için gerekli imkanlara ve uzmanlığa sahip olduğu için de buna yetkilidir de. Bu yüzden kanun koyucu BGB' nin 633. Maddesinin 2. Fıkrasının 1. bendinde<sup>94</sup> müteahhidi usule uygun olarak öncelikle ayıbın giderilmesiyle mükellef kılmıştır<sup>95</sup>. Onarım yükümlülüğü aynı zamanda sözleşmeden dönme ve ücret indirimine engel olabildiği için aynı zamanda müteahhit bakımından da bir avantaj teşkil eder<sup>96</sup>. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin satım sözleşmesinde olmayan ayıbı ortadan kaldırma hakkını seçmesi de ayıbın ihbar edilmesi koşuluna bağlı olmamak zorundadır<sup>97</sup>. Böylece, satım sözleşmesinde aynen ifa istemi salt çeşit satımına inhisar ettirilmiş, parça satımında hiç değilse bir onarım istemine, yer verilmemiştir<sup>98</sup>. Ancak, satım sözleşmesinde alıcının kanundan doğan bir onarım talebinde bulunma hakkının olmadığı düşüncesi kabul edilse bile, sözleşmeler uygulamasında, özellikle tip sözleşmeler ya da genel işlem şartları olarak alıcının böyle

- 91 Bucher, 209; Schmidt, 120 ; Larenz, 262; Öz, 94-95, dn.32 . Ayrıca bu hususta bk. Bilge, 260 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.I, 144 ; Öğreti ve uygulamada yeni eğilimler, ayıplı ifayı alacaklının aynen ifa istemine dayanak oluşturabilecek bir sözleşmeye aykırılık saydıkları için, alıcıya ayıbın giderilmesini (onarımını) isteme hakkını da (kılık değiştirmiş aynen ifa istemini de) tanırlar. Bu arada, eser sözleşmesinde, eser ismarlayanın müteahhide karşı sahip olduğu onarım istemini de örnek alırlar. Hatemi/Serozan/Arpacı, 103; Alman hukukuna göre satımdan değişik olarak, eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, eğer eser kabul edilmemişse veya kabulden sonra onarımda başarılı olunamamışsa ve yeniden imal müteahhide aşırı bir külfet getirmeyecekse eserin yeniden imali talep edilebilir ( BGB § 631, 633/II, 640). Bk. Brox, Rdnr 267, 268, 166, 167 ; Esser / Weyers, 262 ; Palant, 689 ; Eserin ayıbının giderilmesinin mümkün olmadığı bir durumda (örneğin, taahhüt edilen otomobilin oto boyasının düzeltilmeyecek bir şekilde başarısızlıkla yapılması) eğer BGB 633/II-III ve 634/III. Maddelerinin şartları oluşmuyorsa teslimden sonra bile yeniden imal talep edilebilir. Medicus, Schuldrecht, 159.
- 92 Fikentscher, 552. Zira satıcı sattığı malı olduğu gibi alıcıya teslim etmek zorundadır. Teslim ettikten sonra artık o, bir malı onarımla ne yetkilidir ne de onarım bakımından müteahhit gibi bir yeterliliğe sahiptir. Medicus, Schuldrecht, 157. Satım sözleşmesinde de satıcı, satılan malın ayıplı olmaması ve garanti edilen özelliklerin temin edilmesiyle yükümlü olduğuna dair bk . BGB § 459.
- 93 Fikentscher, 552. Ve ayrıca BGB 634. m. 2. Fıkra istisna olarak ; 634. Maddenin 1. Fıkrasına bk. ; Brox, Rdnr 269, 168.
- 94 Bu hususta bk. BK. m. 360, OR § 368.
- 95 Medicus, Schuldrecht, 157 ; Esser / Weyers, 263.
- 96 Şöyle ki : BGB 634/I' e göre 633. Madde de belirtilen şekilde bir ayıbın giderilmesi için iş sahibi müteahhide sürenin sonunda ayıbın giderilmesini reddedeceğini ihtar etmiş ve süre sonunda ayıp giderilmemişse, bu durumda iş sahibi süre sonunda sözleşmeden dönme veya ücretin indirimini talep edebilecektir. Medicus, Schuldrecht, 157, 158, Kaufvertrag, 274 ; Burada ayıbın ağırlığı her şeyden önce onarıma başlanılmasının talep edilmesi bakımından önemsizdir. Yalnızca eğer onarım duruma uygun olmayan aşırı bir masraf yapılmasını gerektiriyorsa, onarım reddedilebilir (BGB 633/II). Fikentscher, 552.
- 97 BGE 98 II 120
- 98 Hatemi/Serozan/Arpacı, 99 ; Ancak satım sözleşmesinde alıcıya ayıplı malın onarılmasını isteme yolunun da açık olduğunu belirtmemiz gerekir. Borcun 'parça borcu' diye nitelendirilmesi, satıcıya, satılan borca uygun duruma getirme yükümünden kurtulma yetkisi vermez. Taşkent, 714.

bir talepte bulunması imkanının düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla satılarda ortaya çıkan bir ayıbın, alıcıya onarım hakkını verebilmesi için, bu ayıbın satıcının garanti taahhüdün kapsamına girmesi gerekir<sup>99</sup>.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin, kural olarak<sup>100</sup> satım sözleşmesinde<sup>101</sup> de satıcının, ayıptan dolayı sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin karşı tarafına, 'muayene'<sup>102</sup> ve 'İhbar' olmak üzere iki şekli şartı yerine getirme külfeti yüklenmiştir<sup>103</sup>. Bununla birlikte satım sözleşmesi örneği gereğince, iş sahibi tarafından muhakkak ayıpların nedenlerinin de belli edilmesi istenemez<sup>104</sup>. Özellikle nedenlerin tespiti için özel mesleki bilgiye ihtiyaç varsa ve ısmarlayan bunlara sahip değilse durum böyledir<sup>105</sup>. Dolayısıyla, 'Satım sözleşmesinde alıcının satıcıyı, istisna sözleşmesinde de iş sahibinin müteahhidi, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmesi için yerine getirmesi gereken külfetler, birbirleriyle paralellik göstermektedir<sup>106</sup>. Ancak, mesafe satımlarında, BK. m. 201 gereğince alıcıya gönderilen satılanı koruma (muhafaza), satılardaki ayıpları tespit ettirme<sup>107</sup>, gerekirse satılanı sattırma gibi istisna

- 99 Yavuz, Borçlar, C.I, 145-146.
- 100 "Satım sözleşmesinde, sözleşmenin nitelik yönünden kötü ifası olgusu, bir yan edim yükümüne aykırılık, bir gereği gibi ifa etmeme oluşturmakta, aynı zamanda BK. m. 96' nın genel kuralına da girer. Bu nedenle, alıcı, dilerse BK. m. 198 ile sonraki kurallarının öngördüğü 'muayene' ve 'ihbar' hukuksal ödevlerini yerine getirerek, kendisi için daha elverişli 'ayıplı ifa sorumluluğu' na dayanabilecek, dilerse, bu hukuksal ödevlerini yerine getirmeksizin, doğrudan doğruya BK. m. 96 sorumluluğuna dayanabilecektir. Alacaklının böylesine bir seçme yetkisi sayesinde, BK. m. 198 ile sonraki kuralların kendisine yüklediği 'muayene' ve 'ihbar' ödevlerinin çerçevesinden dolanmış olacağı (fraudem legis) kaygısına yer yoktur; çünkü bu hukuksal ödevleri yerine getirmeyen alıcının, BK. m. 96 çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesi ve zarar- giderim isteyebilmesi, satıcının kusurlu bulunması gereğine bağlıdır". Serozan, Sözleşme, 312. İstisna sözleşmesinde ise bazı yazarlar ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK. da düzenlenen genel hükümlerin yarışamayacağını dolayısıyla satım ve istisna sözleşmeleri arasında bu yönden bir farklılığın bulunduğu ileri sürmektedirler. Ancak istisna sözleşmesi ile BK. daki genel hükümlerin (hata dışında) yarışamayacağı düşüncesine katılmadığımızdan her iki sözleşmeye ilişkin tekeffül hükümleri bakımından böyle bir farklılık yoktur. Yani her iki sözleşmede ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında satım sözleşmesinde alıcı, istisna sözleşmesinde iş sahibi seçimlik olarak BK. daki genel hükümlere (BK. m. 96, 28, 41) dayanabilir .
- 101 Satım Sözleşmesindeki Muayene ve ihbar külfetinin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C. I, 176 vd. ; Yavuz, Satıcı, 105 vd.
- 102 Satım sözleşmesinde muayenenin malın teslim alınmasından ne kadar süre geçmesiyle yapılacağı konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Sürenin belli edilmesi hakimın takdirine bırakılmıştır. Kanunda belirtilen 'orf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz' deyimi 'işin mutad cereyanına göre' şeklinde anlaşılmalıdır. Erdem, C. II, 95. "İstisna sözleşmesinde, ısmarlayan eseri 'işlerin mutad gidişine göre imkan doğar doğmaz muayene etmeli ve ayıplar bulunduğu bunları derhal müteahhide bildirmelidir. Satımdaki gibi, muhtemel mahalli adetler burada esas olmaz. Aynı şekilde iş sahibinin işletmesinin bireysel durumu da esas olarak alınmaz. Tüccarlardan ve sanayicilerden nispeten küçük bir zümrenin, anlaşmalar veya benzeri şekilde müteahhidi zarara sokmamaları için mahalli adetler dışta tutulmuştur". Becker, 610, 611.
- 103 Bk. BK. m. 198/1, BK. m. 359/1 ( İstisna sözleşmesi bakımından, BK. nun 359. maddesinin 1. fıkrası, satım konusunda 198. madde gibi kusurların bildirim zorunluluğunu öngörmektedir. Vclidedeoğlu / Özdemir, 573.
- 104 Ancak, esas olarak eserde kusur teşkil eden her şeyin kabul edilmediğinin ihbarda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Bu konuda yalnızca eserden memnun olunmadığına dair genel bir memnuniyetsizlik ifadesi yeterli değildir. Çoğu zamanda şartlar, münferit kusurların ihbarda tam olarak belirtilmesini gerekli kılar (OR. M. 367/I, BGE 107 II 175 E. 1a). Guhl/Merz/Koller, 484 ; İş sahibi ayıbı esaslı olarak iddia etmek zorundadır yani iddiası uygun gerçekleri taşımalıdır. Honsell, 201. Yine müteahhitçe, iş sahibinin ihbardan hangi özelliklerin sözleşmeye uygun olarak görülmediğinin anlaşılabilir olması gerekir. Ancak iş sahibi ayıpların nedenlerini hiçbir surette ihbarda belirtmek zorunda değildir. Gadient, 106.
- 105 Becker, 613.
- 106 Bk. Yavuz, Borçlar, C. II, 80, dn. 112
- 107 Uzağa (Mesafeli) satımda alıcı için yüklenen muayene ve ihbar ödevi daha da ağırlaştırılmıştır, hatta aykırılık edilmesi halinde tazminat sorumluluğuna yol açabilecek bir 'yüküm' düzeyine çıkarılmıştır (BK. m. 201). Hatemi/Serozan/Arpacı, 98.

sözleşmesinden farklı ek hukuki ödevler de yükletilmiştir<sup>108</sup>. Keza, hayvan satımında muayenenin bilirkişi aracılığıyla yaptırılması ve muayene ve ihbar süresinin de dokuz günle sınırlı tutulması yönünden daha da ağırlaştırılmıştır<sup>109</sup>. Tacirler arasındaki ticari satımlarda ise, teslim sırasında tanınabilecek ayıplarda iki gün içinde ihbar ödevi, teslim sırasında tanınamayacak ayıplarda da teslimden sonra sekiz gün içinde muayene ve ihbar ödevi öngörülmüştür<sup>110</sup>.

## B) Kira Sözleşmesi Bakımından

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesi farklı mahiyete haiz sözleşmelerdir. Zira istisna sözleşmesi tartışmalı olmakla birlikte<sup>111</sup> kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi<sup>112</sup> doğuran, bir iş görme sözleşmesi olmasına karşılık, kira sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran<sup>113</sup>, kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşmedir. Bununla birlikte, kira sözleşmesinde kiralanan şeyin kullanılmasını ve ondan istifade olunmasını tekeffül, kiralayanın başlıca borcunu teşkil etmekte ve bütün kira müddeti zarfında mevcut olması dolayısıyla bu borç da mütevali bir borç niteliği arz

108 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Satıcı, 121 vd.; Marten, 30 vd.

109 Bk. Marten, 31, 32 ve ayrıca BK. m. 199.

110 Bk. TTK. m. 25/3.

111 İstisna sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğu, öğretide ve yargı kararlarında tartışmalara konu olmuştur. İstisna sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu savunanlar müteahhidin eseri meydana getirme (hazırlama) unsurundan hareket etmektedirler. İstisna sözleşmesinde müteahhit sadece bir sonucu gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme yükümü altına da girmektedir. İşte bu faaliyetler müteahhit açısından bir 'iş görme edimi' oluşturur. İş görme edimlerinin nitelikleri gereği zamana yaygın olmaları nedeniyle, bu tür edimleri içeren sözleşmelerin tümünün sürekli borç ilişkisi olduğu savunulmuştur. Buna karşılık istisna sözleşmesini ani edimli bir borç ilişkisi olarak savunan doktrindeki daha çok kabul görmüş olan görüşe göre, istisna sözleşmesinde müteahhidin bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girmesi bu sözleşmeye mutlak olarak ani edimli bir borç ilişkisi niteliği verir. İstisna sözleşmesinde edim sonucunun gerçekleşmesi eserin tamamlanması ve bazen de bunu takiben iş sahibine teslimi ile birden gerçekleşmektedir. Zira iş sahibinin ifaya olan çıkarı ancak bu anda karşılanmış olur. Müteahhit bakımından bir zaman dilimi boyunca süren edim fiilleri sürekli borç ilişkisi yaratmaz. Bu hususta ileri sürülen diğer bir karma görüşe göre ise, istisna sözleşmesini mutlak şekilde ne sürekli ne de ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirmek mümkündür. Bu görüşe göre özel hüküm bulunmayan bütün durumlarda istisna sözleşmesine ani edimli borç ilişkisi hükümlerinin mutlak olarak uygulanacağı söylenemez. Yargıç karşısına gelen olaya çıkarlar dengesini gözönüne alarak bazan ani edimli bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir. Ani edimli borç ilişkisi ile sürekli borç ilişkisi ayrımı ve bu ayrım bakımından istisna sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Öz, 12 vd.; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 24, bk. dn. 81-85.

112 Bir borç ilişkisini 'sürekli borç ilişkisi' olarak nitelendirmek için edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada aniden mi olduğu yoksa zaman içinde bir süreyi mi kapsadığına bakmak gerekir. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır ve bu anda da alacaklının edimde olan menfaati gerçekleşmektedir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 8, bk. dn. 31, 32; Kanun koyucu istisna sözleşmesini ani edimli bir sözleşme kabul ettiği içindir ki müteahhidi bazı durumlarda korumak için özel hükümler getirme ihtiyacı duymuştur. «oğu istisna sözleşmeleri ani edimli olmakla birlikte, istisnaen bazıları sürekli borç ilişkisi kurabilir. Bunlardan birincisi, ard arda eser teslimi borcunu içeren sözleşmeler diğeri de tek bir eserin varlığının zaman içerisinde genişlediği eser sözleşmeleridir. Bu istisnai durumlar dışında kalan istisna sözleşmeleri ani edimli sayılacaktır. Öz, 21-23; Torun, 580.

113 "... aslı edim kullandırma borcu dolayısıyla 'sürekli borç ilişkisi' doğuran sözleşmelerin başında 'adi kira' (BK. m. 248 - 269) ve ürün kirası (BK. m. 270 - 298) gelir. Adi kirada, kiralayanın kullandırma borcu sözleşme konusu malı 'sözleşme süresince' kullanmaya elverişli durumda bulundurma borcu ile tamamlanmıştır. Bu sağlama borcu, kiralayanın, devamlı olumlu bir davranışını gerektirdiğinden, sürekli nitelikte olup, bütün ifa süresince devam etmektedir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 21. Buna karşılık doktrinde yazarların çoğunluğunca kabul görmüş görüşe göre istisna sözleşmesi 'ani edimli bir borç' ilişkisi doğuran sözleşmedir.



etmektedir<sup>114</sup>. Kira sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanununun 249 ve 250. ( OR § 254, 255 ) maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 249. maddesi hükmü kiralananın tahsis amacına uygun olmayan tarzda teslimi halinde, 250. maddesi hükmü ise, sonradan meydana gelen uygunsuzluk durumlarına uygulanmaktadır<sup>115</sup>. Bu hükümler incelendiğinde, istisna sözleşmesinde olduğu gibi kira sözleşmesinde de bir ayıba karşı tekeffül borcunun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte her iki sözleşmenin de mahiyetlerinin farklı olması ayıba karşı tekeffül borcu bakımından da bazı farklılıklara yol açmaktadır. Şöyle ki :

Yukarıda belirtildiği üzere kira sözleşmesinde, kiralanan şeyde ayıp teşkil eden durumlar, kiralayanın tekeffülü altındadır. Kiralanan ayıp teşkil eden durumlar ise, kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını veya işletilmesini imkansız kılacak, yahut da bu kullanma veya işletmeyi önemli surette azaltacak ayıplardır<sup>116</sup>. Kiralanan ayıplar, satışta olduğu gibi maddi, cismani ayıplar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kiracının haksız bir surette rahatsız edilmesi şeklinde, tabir caizse manevi ayıplar olarak da gözükmeye mümkündür<sup>117</sup>. Kiralananın, sözleşmede öngörülen kullanılmaya elverişli durumda teslim edilmemesi kiralayanın ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğuna yol açmaktadır<sup>118</sup>. Zira, BK. m. 249 fıkra 2' de, " kiralanan, akitten maksut olan kullanmak mümkün olmayacak yahut intifa ehemmiyetli surette azalacak bir halde teslim olunursa kiracı akdi feshe yahut ücretten münasip bir miktarın tenzilini istemeye selahiyettardır" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla böylesi bir ifa biçimi, teslim borcunun ihlaline ve sonucunda da kiralayanın ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna sebep olmaktadır<sup>119</sup>. Çünkü kiralayan BK. m. 249 / I hükmü gereğince, kiralananı sözleşme süresince tahsis amacına uygun olarak bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla, bu borç bütün kira müddetince mevcut olan ve devam eden bir mükellefiyettir. Sadece kiracıya kiralananı teslim sırasında onun kullanıma elverişli tarzda olmasıyla borç ifa edilmiş sayılmaz. Kiralayan kira müddetince bunu temin etmekle de mükelleftir<sup>120</sup>. Böylece, kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu da bu süre boyunca devam etmektedir. Yani kiralayan, hem kiralananın kiracıya teslim

- 
- 114 "...kiralayan bütün kira müddeti içinde kiracının kiralanan şeyden intifasını tekeffül etmekten ibaret olan mütevali bir borç altındadır". Marten, 87, 89.
- 115 Fakat bu durumlarda kiracının dava hakkı, bozulma keyfiyetinden kendisinin mes'ul olmaması şartına muallaktır, mesela intifasını sui istimal etmek suretiyle kiralanan şeye bir zarar vermiş olmaması lazımdır. Marten, 89.
- 116 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 111. "...kiracının mecurdan maksat olan istimali yahut intifa imkanını ehemmiyetli surette azaltacak bir halin varlığı çok vakit (mecurdaki bir ayıptan) neşet etmektedir". Feyzioğlu, C.I, 231.
- 117 "... eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler (BK. m. 359- 360) satım sözleşmesi hükümlerinin (BK. m. 194) aksine, sadece maddi ayıplar göz önüne alınarak düzenlendiğinden; bu gibi hukuki ayıplar karşısında, iş sahibi BK. m.360 hükümlerine değil, genel hükümlere başvurabilmelidir". Öz, 93.
- 118 Yavuz, Borçlar, C. I, 244 ; BK. m. 249 ve 250 ' de kiralananın ayıplı olması durumundaki olgunun bir 'borçlunun temerrüdü' (BK. m. 102. vd.) mü, yoksa 'ayıba karşı tekeffül' mü olduğu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar BK. 249 ve 250. Maddeyi, BK. 106-108. (Borçlunun temerrüdüne ilişkin) maddelerin uygulama halleri olarak görmelerine karşın, bizce bu BK. 249 ve 250. Maddeler kiralayanın borçlu temerrüdü halini düzenlememektedir; Borçlar Kanunumuz kiralananın ayıplı olması veya ayıplı hale gelmesi dolası ile kiralayanın sorumluluğunu düzenleyen bir sistem getirmiştir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 177.
- 119 Bu durumda kiracının hakları ve kiralayanın sorumluluğun mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Tunçomağ, C.II, 500 vd. ; Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 116 vd. ; Yavuz, C.I, 247 vd.
- 120 Feyzioğlu, C.I, 231; Hatemi/Serozan/Arpacı, 162.

edilmesi anında<sup>121</sup> kiralanandaki mevcut olan ayıplardan<sup>122</sup> hem de kiralananın tesliminden sonra meydana gelen ayıplardan kiracıya karşı sorumlu olmaktadır<sup>123</sup>. İstisna sözleşmesinde de hem teslim esnasındaki ayıplar hem de teslimden sonra ortaya çıkacak ayıplardan sorumluluk söz konusu olmakla birlikte, kira sözleşmesinde bu sözleşmenin kendine has bir özelliği olarak kullanım müddetince ortaya çıkan ayıplardan da<sup>124</sup> ihbar edilmesi koşuluyla sorumluluk söz konusu olmaktadır<sup>125</sup>. Zira kiralayan, kira sözleşmesi gereğince kira süresi boyunca kiracının kiralananı sözleşme uyarınca kullanmasına katlanma, engel olmama yanında giderilmesi kiracıya ait olanlar dışındaki kiralananda bulunan bozukluk ve eksikliklerden de kiracıya karşı sorumludur<sup>126</sup>. Ayrıca, BK. m. 258 / II hükmü gereğince de kiralanandaki ortaya çıkan büyük (önemli) tamirat işleri kiralayanın, küçük (önemsiz) tamirat işleri ise kiracının yükümlülüğü altındadır<sup>127</sup>. Yine, Borçlar Kanununda istisna sözleşmesinde iş sahibine olduğu gibi, kira sözleşmesinde de kiracıya ayıp halinde ayıbın giderilmesini yani kiralananın şeyin tamirini talep hakkı tanınmıştır<sup>128</sup>. Ayrıca, şartların tahakkuku halinde<sup>129</sup> kiracı, ayıpları kiralayan hesabına bizzat giderme imkanına da sahiptir<sup>130</sup>. Zira, BK. m. 250 / I' de açıkça ayıbın bertaraf edilmesinden bahsedilmektedir; bu hüküm kıyas yoluyla önceden mevcut ayıplara da ( BK. m. 249'daki halde ) uygulanabilir<sup>131</sup>. Kiracı, ayıbın

- 
- 121 BK. m. 249 ve 272/2, kiralanın şeyin 'kira konusu' kiracıya teslimi anında ayıplı olması halini düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca, teslim anında kiralanın ayıplı ise, kiracı kira bedelinin tanzilini talep edebilecek veya sözleşmeyi feshedebilecektir (BK. m. 249). Kiracı ayrıca kiralanın kusurlu olması durumunda bir tazminatta isteyebilecektir (BK. m. 250).
- 122 BK. m. 249 f. 3' ten anlaşılacağı üzere kiralayan, sözleşmenin yapılması esnasında bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu ayıplar için kiracıya karşı sorumlu değildir. Kiralayan sağlık için tehlikeli ayıplar dışında sadece gizli ayıplar dolayısıyla kiracıya karşı sorumludur. Yavuz, Borçlar, C.I, 246 ; Böylece, kiralanın şeyin teslimi sırasında açıkça görülebilen ve varlığına itiraz edilmeyen ayıplar kiracı tarafından kabul edilmiş sayılır. Kiralananda gizli ayıplar çıktığı takdirde gecikilmeksizin kiralanaya bildirilmesi şarttır. Gizli ayıbın görülmesine rağmen bu ayıp bildirilmemiş ve hiç bir itirazı kayıt da ileri sürülmezsizin kira bedeli ödenmişse, kiracı bu maddenin kendisine tanıdığı hakkı kullanmaktan vazgeçmiş olarak kabul edilir. Olgaç, C.II, 497-498.
- 123 Yavuz, Borçlar, C.I, 245.
- 124 Kira devamlı bir akit olduğundan, kiralayan, akdin devamı süresince kiracının bir kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur. Örneğin, yeraltı suları dolayısıyla evde rutubet çıkarsa veya dolu camları kırarsa veya yangın dolayısıyla taşınmazın tamiri gerekiyorsa durum böyledir. Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 114.
- 125 BK. BK. m. 249/II hükmü (teslim anında var olan), 250. m. hükmü ise (sözleşme süresince ortaya çıkan) ayıplardan doğan sorumluluğu düzenlemektedir.
- 126 Yavuz, Borçlar, C.II, 245.
- 127 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 281 vd. ; istisna sözleşmesinde önemsiz ayıplar dahi müteahhidin ayıba karşı tekeffül hükümleri neticesinde sorumluluğunu gerektirmektedir. Böyle olunca, teslim alınan eserdeki ayıplar önemsiz olsa dahi bu ayıplar eserin tamirini (onarımını) gerektirmesi durumunda iş sahibi, seçimlik bir hak olarak eserin onarımını talep edebilecektir. Bu takdirde, müteahhit eserin tamir ve ıslahını yapmak zorundadır. Ancak bu hakkın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamalıdır. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinde önemsiz tamirat (onarım) işleri olsa dahi bu tamirat iş sahibinin yükümlülüğü altında değildir. Bu hususta bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 167, 192 vd.
- 128 Marten, 89; Kiracının 'ayıbın giderilmesini talep hakkı' ifayı talep hakkının bir şeklidir ve bir asli edimin yerine getirilmesine yönelik bir taleptir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 179.
- 129 Kiracının kiralanandaki ayıpları bizzat kiralayan hesabına gideribilmesi için kiralanandaki ayıpların ufak tefek olması, bu ayıpların giderilmesinin kiracıya ait olmaması ve ayıpların giderilmesi için uygun bir mehil verilmesine rağmen bu mehil içinde ayıpların giderilmemiş olması şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 117 vd.; Feyzioğlu, C.I, 233 vd. ; Marten, 91.
- 130 İstisna sözleşmesinde müteahhidin ayıbın giderilmesiyle ilgili borcunu geciktirmesi durumunda iş sahibi BGB § 633/III' e göre işi bizzat üstlenebilmekte ve bunun için gerekli olan masrafları da müteahhitten talep edilmektedir. Bu düzenleme, BGB § 538/ II ' de yer alan kira sözleşmesi hususundaki düzenlemeye uygun bir düzenleme teşkil etmektedir. Medicus, Schuldrecht, 158.
- 131 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 116; Yavuz, Borçlar, C.I, 247.

giderilmesi için kiralayana uygun bir mehil vermelidir. Bu mehil içerisinde ayıp giderilmediği takdirde BK. m. 251 / II' ye göre ufak tefek ayıpları<sup>132</sup> kiracı başka bir izne ihtiyaç olmaksızın kiralayan hesabına giderebilecek<sup>133</sup> ve bu durumda ortaya çıkan masraflarda kiralayana ait olacaktır<sup>134</sup>. Ancak bu hüküm emredici değildir. Kiracının bu hakkı kira sözleşmesine konacak bir hükümle ortadan kaldırılabilir. Bu takdirde, kiracı artık ufak ayıpların kiralayan hesabına giderilmesi için dahi BK. m. 97 f.1 gereğince hakimnin iznini alması gerekecektir<sup>135</sup>. İstisna sözleşmesinde de iş sahibine BK. m. 360 / II'de eserin ayıplı olması halinde eserin bir karşılık ödenmeksizin tamirini ve ayıbın giderilmesini talep hakkı tanınmıştır. İstisna sözleşmesinde bu hakkın kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel şartlarından<sup>136</sup> ve ayıbın eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması şartından başka, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması, giderimin aşırı masrafa yol açmaması<sup>137</sup> şartlarının da birlikte gerçekleşmesi gerekir. İstisna sözleşmesinde BK. m. 359 / I' e göre, 'imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur'. Yine BK. m. 362 hükmünde de iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbar hukuki ödevini ihmal ederse eseri o haliyle zımnen kabul etmiş sayılacaktır. Böylece istisna sözleşmesinde iş sahibinin esere ilişkin olarak gerekli muayeneyi yapması ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmesi, hukuki anlamda bir borç (yükümlülük) olmayıp külfet (yük) niteliğindedir<sup>138</sup>. Bu külfetlerin yerine getirilmemesi ise eserin o haliyle zımni olarak kabulü<sup>139</sup> neticesini doğuracaktır. Ayrıca, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi şartıyla iş sahibi, BK. m. 360'ın müteahhide karşı kullanılmak üzere kendisine tanıdığı seçimlik hakları kullanabilecektir. Buna karşılık, Borçlar Kanununun

- 132 BK. 251/II hükmündeki 'ufak tefek' ayıplar için bu husustaki uygulamalar, kiralananın nitelik ve konumu, kira bedelinin yüksekliliği gibi faktörlerden yararlanılmalıdır. Bundan başka, MK. 2 hükmü de konuya ilişkin çok önemli bir kriter olarak değerlendirilecektir. Hatemi/Serozan/Arpacı, 165.
- 133 Feyzioğlu, C.I, 234; Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 118 ; Dalamanlı/Kazancı, 497; "Kiracının bu şekilde kiralayan hesabına hareket edebilmesi imkanı, hakime başvurma gibi külfetli ve yapılacak onarımı önemiyle orantılı olmayan masrafları gerektirici bir yoldan kiracıyı kurtarmak için tanınmıştır". Yavuz, Borçlar, C.I, 248 ; Hasılat kirasında ufak tefek ayıpları, adi kiradakinin farklı olarak kiracının kendi hesabına gıdertmesi gerekir (BK. m. 279). Bu farklı hükmün gerekçesi olarak, hasılat kiracısının özelliikle tarımsal taşınmazlarda tamiratın gerektirdiği malzemeyi taşınmazdan sağlayabileceği hususu ileri sürülmektedir. Bk. Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 117. dn.30 a.
- 134 Marten, 91.
- 135 Tandoğan, Borçlar, C.1/2, 119.
- 136 Eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması, teslim edilen eserin ayıplı olması ve iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini vaktinde yerine getirmiş olması şartları istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülün genel şartlarını oluşturur.
- 137 Onarım için düşünlülen bedel, iş sahibi için ayıpların giderilmesi ile faydalanma ilişkisi nispetiz ise masraflar aşırıdır. O halde bu iki unsuru karşılaştırmak gerekir. Bu iki unsurun karşılaştırılmasında, hakim, yalnızca iş sahibinin ekonomik menfaatlerini değil, ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır. Aşırı masraflar nedeni ile onarım davasının reddi, aynen onarım onarımın imkansız olduğu hallerden biridir. Kanun, iyi niyet kurallarının onu zorlamaya izin vermediği iddialara karşı korumaktadır. Demek ki hüküm müteahhidin zorlandığı masrafların gösterdiği fayda iş sahibi için haklı bir kanıt teşkil etmezse hakim onarım davasını reddedecektir. Federal Mahkeme Kararları, (Çev. Dayınları), RO 111 II 173 , JdT 1986, S. 3, 77, 78, YD. C. 12, Ekim 1986, S. 4, 515, 516; İş sahibi, "... pek büyük masraf ihtiyarını istilzam etmemek şartı ile müteahhidi bu tamire mecbur edebilir. İş sahibinin makul menfaatı böyle bir külfetin müteahhide tahmilini muhik göstermezse masraf pek fazla addolunur". Marten, 184.
- 138 Yavuz, Borçlar, C.II, 80; Öz, 112 ; Doktrindeki yazarlardan Dalamanlı/Kazancı ise muayene ve ihbar konusundaki "iş sahibi işlerin mutad cereyanına göre eserin tesliminden itibaren imkan bulur bulmaz eseri muayeneye mecburdur . Satımda olduğu gibi 198. madde hükmüne göre muayene yapılmalıdır. İş sahibi yapılan şeyin tesliminden sonra imkan bulur bulmaz eseri muayene eder. Eğer kusurlu ise derhal müteahhide bildirmek mecburiyetindedir" şeklindeki görüşleriyle bir mecburiyetin, yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğuna savunmaktadırlar. Bk. Dalamanlı/Kazancı, C.III, 926-927.
- 139 Madde metninde sözü geçen 'zımni kabul' sözünün bu kurumun niteliğine uymadığı, bu hükümden olsa olsa bir 'irade varsayımı (faraziyesi)' düzenlendiği hakkındaki eleştiri için bk. Öz, 112.

kira bahsinde, istisna ve satım sözleşmesinden farklı olarak, kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi şartına bağlayan açık bir hükme rastlanmamaktadır<sup>140</sup>. Bu fark, biraz da kiranın devamlı bir akit olmasıyla açıklanmakta, kiracı akdin süresi boyunca ortaya çıkan ayıpları ileri sürebilmelidir denilmektedir<sup>141</sup>. Ancak ayıp meydana çıkınca, kiracı akdin sonuna kadar bekleyip, o zaman bu yüzden bir tazminat isteyememelidir. Bu nedenle kirada satımdaki (ve istisna da ki) gibi kesin bir muayene külfeti bulunmamakla<sup>142</sup> beraber vaktinde ihbarda bulunmamak ayıba karşı tekeffülden feragat anlamına alındığından, ihbar külfetinin varlığını kabul etmek gerekir<sup>143</sup>.

Kira sözleşmesinde kiralananda gerçekleşen ayıbın özelliğine göre kanun koyucu BK. 249 - 251. maddeleri arasında, kiracıya kiralayanı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabileceği seçimlik beş değişik imkan tanımıştır. Buna göre kiracı kiralanandaki ayıbın niteliğine göre, kiralanandaki ayıbın giderilmesini yani kiralananın tamir edilmesini ( BK. m. 250 / I ), kiralanandaki ayıbı bizzat giderme (BK. m. 251/2) veya kira parasının indirilmesini<sup>144</sup>, sözleşmeden dönme<sup>145</sup> veya sözleşmeyi feshetme (BK. m. 249 / II, 250 / I ) ya da ayıp dolayısıyla uğramış olduğu müspet zararın tazminini<sup>146</sup> talep etme hakkına sahiptir. Buna karşılık istisna sözleşmesinde

140 Bu arada, her ne kadar, kiracının BK. m. 249 uyarınca sözleşmeden dönebilmesi için satılanın ayıplı ifasında olduğu gibi, 'muayene' ve 'ihbar' ödevlerine uyma zorunluluğundan söz edilmemişse de, bu ödevlere uymamanın dönme hakkını etkisizleştireceği kabul edilmelidir. Ancak, BK. m. 249/III' de yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda muayene ve ihbar ödevlerine uyulmamış, savsaklanmış olsa dahi kiracı sözleşmeden dönebilmektedir. Bk. Serozan, Sözleşme, 327. İstisna sözleşmesinde ise eserin ayıplı olması dolayısıyla sözleşmeden dönülebilmesi için muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Öz., 112 vd.

141 "...kiracının BK. 198' deki gibi eşyayı muayene ve bozukluğu gecikmeksizin bildirme borcu da yoktur; zira satım tek bir edimle sona erdirilen bir hukuki ilişki meydana getirirken; kira yanlar arasında sürekli bir hukuki ilişki yaratmaktadır". Tunçomağ, C.II, 501.

142 BGE 104 II 274; 107 II 426, con. 3.,a, JdT, 1982.280 ; Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 115, dn.25

143 Tandoğan, Borçlar, C.I/2, 115 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, 164-165.; Ayrıca bk. SJZ 51 (1953), 12 (d) R. (Tunçomağ, C.II. 501. dn. 16).

144 Kira sözleşmesinde kira bedeli kullandırmanın bir karşılığı olduğundan ayıp dolayısı ile kullanma mümkün olmaz veya önemli derecede azalır BK. kiracıya, kira bedelinin kaldırılmasını veya indirilmesini talep etme hakkını vermiştir. Fakat herhalde bu indirim, ayıbın sürdüğü müddetçe, yani ortaya çıkması ile giderilmesi tarihine kadar söz konusu olacaktır. Ayıp kiralananın tesliminde mevcut idi ise, indirim bu tarihten, ayıp kira sürerken ortaya çıkmışsa ortaya çıktığı tarihten itibaren başlayarak, kiralananın sözleşmedeki kullanım amacına elverişli hale gelecek şekilde kaldırılmasına kadar istenebilecektir. Yndirim tespitinde kiracının uğradığı zararlar söz konusu edilemez. BK. m. 255/2, ayıbın kira süresince ortaya çıkması halinde, kiralananın ayıbı dolayısı ile uğradığı zararların tazmini gerektiğini düzenlemektedir. Bu zararlar ise, kiralayanın kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesinden doğan olumlu zararlardır. BK. m. 249/250 de öngörülen kira parasının indirilmesini talep ve tazminat talebi 'ayıbın mevcut olduğu sürece' etki kazanmaktadır. Aksine ayıp ortadan kalktığı an kira parasının indirilmesi sona erecek ve ayıp dolayısı ile artık zarara uğramak söz konusu olmayacaktır. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 178, 179.

145 İstisna sözleşmesinde sözleşmeden dönme veya ücret indirimi satımda olduğu gibi aynı şekilde teşkil edilmesine karşılık bu hakların kullanımı kira sözleşmesinde farklıdır. Bk. Medicus, Schuldrecht, 158 ve § 88/III, 4. A ve b ; Borçlar Kanunu kira konusunun teslimi anında kiralananın ayıplı olması durumunda kiracıya kira bedelinin tanzilini talep veya sözleşmeyi fesh etme hakkı tanımaktadır (BK. m. 249). Böylece, ayıp halinde kira ilişkisinin devam edip etmemesi kiracının iradesine bırakılarak gerek BK. m. 249/ 2-3 ve gerekse 250 / 1 madde hükümleri ile kiracıya kira ilişkisini ilerisi için etkili olabilecek şekilde fesh etme hakkı tanınmıştır. Burada icrasına başlanmış bir sürekli borç ilişkisinde teknik anlamda 'geriye etkili' bir dönme söz konusu değildir. BK. m. 249/250. Maddelerde ayıbın ortaya çıkması ve ayıbın giderilmesi talebine rağmen, uygun sürede giderilmemesi olgusuna bağlanan fesh hakkı, 'ayıp sebebine' dayanan bir olağanüstü fesh hakkıdır. BGE 97,62' de Federal Mahkeme, Ysviçre Borçlar Kanunu m. 254/255 (BK. m. 249/250) nin uygulanması için kiralananın kiracıya teslim edilmiş olmasını aramıştır. Kiralananın teslim edilmemişse, BK. m. 249/250 ' nin uygulanması söz konusu olmaz, kararını vermiştir. Bk. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 177 - 181.

146 Ayıbın sebebi kiralayanın kusuru ise, kiralayan kiralanın şeyi iyi bir halde muhafaza, münasip bir müddet içerisinde ayıbı bertaraf etmediği takdirde zarar ve ziyana mahkum olmaya müstahak olur. Fakat

müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde BK. m. 360 'daki seçimlik haklar arasında müspet zararın tazmini yetkisi öngörülmemiştir. Ancak, istisna sözleşmesinde de iş sahibinin ayıplı eser teslimi sebebiyle kendisine tanınan seçimlik haklardan ayrı olarak müspet zararın tazminini isteme şeklinde bir seçimlik hakka sahip olduğunun da kabul edilmesi gereklidir. Zira, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk halidir; iş sahibi, kötü ifasında temerrüde düşen müteahhide karşı BK. m. 106' da ki seçimlik imkanlardan biri olarak ifadan vazgeçmek suretiyle ifa menfaatini (müspet zararın) tazminini isteyebilme imkanına sahip olmalıdır<sup>147</sup>.

Kira ve istisna sözleşmeleri bakımından ele alınması gereken diğer bir hususta bu sözleşmelerdeki ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hususudur. Daha önceden de deyinildiği üzere, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin önemli bir özelliği de bu hükümlerde iş sahibine tanınan haklar sisteminin emredici nitelikte olmamasıdır<sup>148</sup>. Zira, ayıplı bir eser teslimi durumunda iş sahibine haklar tanıyan BK. m. 360 hükmü tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları BK. m. 99' a aykırı düşmemek kaydıyla önceden bir anlaşma ile sınırlandırabildiği gibi tartışmalı olmakla birlikte birlikte<sup>149</sup> tamamen ortadan kaldırılması da mümkün olmaktadır. Buna karşılık kira sözleşmesinde bu husus sözleşmenin mahiyeti sebebiyle farklılık arz eder. Bu hususta kira sözleşmesinde öncelikle Borçlar Kanununun kiralayanın kiralanan şeyi teslim etmesi ve onu iyi bir halde bulundurması hakkındaki hükümlerinin ( BK. m. 249, 250 ) intizamı amme kaidelerinden olup olmadığı, kiracının bu hükümlerden istifade hakkından sarfı nazar ettiğine dair sözleşmeye hüküm konmasının geçerli olup olmadığına çözüme kavuşturulması gerekir. Fikrimizce böyle bir şart muhik ve ahlak ve adaba muhalif addolunabilir. Kira karşılığını alan kiralayan, yapılmadığı takdirde kiracının kiralanan şeyden irtifasını imkansız kılan tamirleri yapmaktan sarfı nazar edemez. Kiralayanın, mevzuu kira karşılığı olan alacağının muadili kiralanan şeyin teslimi ve muhafazası borcu olmak lazım gelir, böyle olmadığı surette, mukavele murabahalı ve ahlaka mugayir olmaktan kurtulamaz. Meğerki halin icabı bunu muhik ve makul gösterebilir. Bunun müeyyidesi ise şartın butlanı lazım olmak gerekir<sup>150</sup>. Görüldüğü üzere istisna sözleşmesinde ayıp mevzuundaki tekeffül hükümlerinin, gerek tamamlayıcı hukuk kuralı olması ve gerekse amme intizamını önemli ölçüde etkileyecek olmaması dolayısıyla sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması mümkünken, kanaatimizce, kira sözleşmesinde bu hususun günümüzde meskene duyulan ihtiyacın oldukça büyük olması ve böyle bir imkanın tanınmasının hakkın kötüye kullanımına yol açabileceği dolayısıyla da amme intizamını olumsuz yönde etkileyebileceği düşüncesi bu tür bir sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya kural olarak imkan tanımamaktadır.

### C) Yayın Sözleşmesi Bakımından

Borçlar Kanununun 372. maddesinde; " neşir mukavelesi bir akittir ki, onunla edebi ve sınai bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeyi taahhüt ve neşir

---

zarar ve ziyan müspet bir zarar ziyan mıdır ? Yoksa menfi bir zarar ziyan mıdır? Mantık icabına göre, mademki icar feshedilmiştir, mukavelenin hükümsüzlüğünden tevellüt eden zararın tazmini lazım gelir, fakat bu esasa göre hesap edilen tazminat her zaman kafi addedilemez. Kiracının kiraya verilen mahallerin kullanmaya salih bir halde bulundurulmasından ve feshedilen kira akdi mucibince vermeye mecbur olduğu kira karşılığından yüksek bir bedel ile ancak oturacak bir yer bulabilmiş olmasından dolayı uğradığı bütün zararları tazmin ettirmeye hakkı vardır. Marten, 90.

147 Yavuz, Borçlar, C.II, 88. Satıcı, 195-197.

148 Bk. II, C.

149 Bk. II, C ve dn. 40.

150 Marten, 90.

de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere yayın sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olup bu yönü itibariyle de istisna sözleşmesiyle benzer bir sözleşmedir<sup>151</sup>. Ancak, bu benzerliğe rağmen iki sözleşme bakımından tarafların hak ve yükümlülükleri Borçlar Kanununda farklı düzenlenmiştir. Bu fark öncelikle yayın sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı olan yayınlayanın eserin yayınlanmasındaki yükümlülüğünde görülür. Zira yayınlayan (naşir, Verleger), sözleşme ile bir eserin basılmasının yanında o eserin sürümünü sağlamak yükümlülüğünü de üzerine almaktadır. Oysa istisna sözleşmesinde bu ikinci hüküm yani imal edilen eserin sürümünün sağlanması yükümlülüğü söz konusu değildir. Yine yayın sözleşmesinde yayınlatan iş sahibi gibi karşı tarafa ücret ödemeyip sözleşmenin karşı tarafına bir hak devretmektedir. Bu temel noktadaki farklılıklara<sup>152</sup> ilaveten her iki sözleşme 'ayıba karşı tekeffül borcu' bakımından da birbirinden farklı olup bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İstisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu satım sözleşmesine benzer bir şekilde 'işin kusuruna mütedair teminat' başlığı altında, müteahhidin bir borcu olarak BK. m. 359 - 363. maddeleri arasında açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, BK. nun 372 - 385. maddeleri arasında yer alan yayın sözleşmesinde bu borç yayınlayanın borçları<sup>153</sup> arasında açıkça yer almamaktadır. İstisna sözleşmesinde tek yanlı olarak yani eseri imal eden müteahhide böyle bir tekeffül borcu yüklenmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanunundaki yayın sözleşmesinin tüm hükümleri göz önünde tutulduğunda, istisna sözleşmesinde tek yanlı olarak düzenlenen bu borcun, yayın sözleşmesinde her iki taraf için de yani hem yayınlayanın hem de yayınlatan bakımından söz konusu olabileceği düşünülebilir. Yayın sözleşmesinde yayınlatanın, yayınlayana teslim etmesi gereken eserin muayyen niteliklere haiz olması gerekir. Eserin ayıplı olmasından maksat, onun fikri hukuk bakımından himaye edilmemiş olması demektir. Bu mesele ise yayınlatanın tekeffül borcu ile alakalıdır. Yayınlatan tarafından teslim edilmiş olan eserin, maddi bakımdan kendisinde olması gerekli niteliklerin bulunmaması durumunda ayıplı eser teslimi söz konudur. Bu durumda uygulanacak olan hükümler bakımından iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, teslim edilen eser, sözleşmede tespit edilen niteliklere haiz değilse, bu takdirde yayınlatan, satım akdindeki ayıptan tekeffül ile alakalı hükümler dairesinde sorumlu olur<sup>154</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, bir fikir mahsulü olan edebi eserin alelade maddi bir şeye benzetilmesi doğru değildir. Bu itibarla, ayıp konusunda BK. 189 vd. maddelerinin tatbikine imkan yoktur. Bu takdirde, yayın sözleşmesinin istisna akdine olan benzerliği dolayısıyla BK. 360. maddesi hükümlerinin tatbiki gerekir<sup>155</sup>. Kanaatimizce, fikir mahsulünün satım mevzuunu teşkil eden 'şeyler' den ayrı olduğu doğrudur. Ancak, buna rağmen yayın sözleşmesinde, satım sözleşmesindeki ayıba dair hükümlerin tatbikine imkan olmadığı iddia edilemez. Filhakika, burada halledilmesi gerekli mesele, fikri mahsul olan 'eser' deki noksan değildir. Bu eserin cisimlendiği 'şey' deki noksanıdır. Bu itibarla, bir cismin aranılan nitelikte olup olmadığının tespiti bahis konusu olduğuna göre; BK. nun 187 . ve devamı maddelerinin tatbiki mümkündür. Kaldı ki, bu hal tarzını kabul etmeyen fikir tarafından bilahare eğer noksanlar mühim değilse, yine BK. 187 ve müteakip maddelere benzer bir hal tarzı benimsenmiştir<sup>156</sup>. Borçlar Kanunu yayınlata, devrettiği eser üzerindeki yazar hakkını sağlama borcunu yüklemiştir ( BK. m. 373 / II ). Aksi belirtilmedikçe, sadece bir

151 Bk. Erdoğan, 168; Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 2.

152 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Becker, 649 vd.; Erdoğan, 168 ; Tunçomağ, C.II, 1133 vd. ; Erdem, C.III, 12 ; Yavuz, Borçlar, C.II, 131 vd.

153 Yayın sözleşmesinde yayınlayanın borçları, eseri çoğaltma, eseri yayma, kaza ile yok olan çoğaltılmış nüshaları yeniden basma, eserin yeni basısını yapma, eser metnini geri verme ve yayınlata bedava nüsha verme, ücret ödemedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 148 vd. ; Franko, 130 vd.

154 Bk. Dalamanlı, 696.

155 Bk. Franko, 46, dn.86.

156 Franko, 46-47.

basım için 'Telif hakkı' devredilmiş olur ( BK. m. 375 / I ). Ayıba karşı sağlama borcu açısından, yayınlayan yayınlananın 'telif hakkı' nın bulunmadığını bilmiyor ve bilebilecek durumda da değil ise, yayınlanan sorumludur. Bu konuda ispat külfeti; MK. m. 3' de olduğu gibi, yayınlana düşer ( FSEK. 54 )<sup>157</sup>. Gerçekten, BK. 373 / II' ye göre, yayınlanan sözleşmenin yapıldığı sırada yazar hakkına sahip değilse veya onun bu hakkı, yayınlayanın yazar hakkını üçüncü kişilere karşı öne sürülmesine zarar veren bir 'bozukluk' taşıyorsa, satımdaki sağlama hükümlerine göre sorumlu tutulur<sup>158</sup>. Eğer yayınlananın yazar hakkı üzerindeki bozukluk sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkmışsa, yayınlanan, tıpkı satımda olduğu gibi, ancak kusurlu ise sorumlu olacaktır<sup>159</sup>. Böylece, yayın sözleşmesinde yayınlananın (yazarın) tekeffül borcu, hem ayıbı hem de zaptı üstlenmeyi kapsar ( BK. m. 189, 194 ). Zapta karşı tekeffül borcu söz konusu olan hallerde, zaptın neticeleri hakkında BK. 192 ve 193. maddeleri hükümleri kıyasen uygulanır. Ayıba karşı tekeffülün neticeleri bakımından da yine satım hakkındaki hükümler caridir<sup>160</sup>. Ancak, yayın sözleşmesinin istisna sözleşmesine benzerliği dolayısıyla bu sözleşmenin hükümlerinin kıyasen tatbikinin uygun olacağı görüşü ileri sürülmekte ise de; kanunda ayıplı edimle alakalı doğrudan doğruya bir madde mevcut olduğuna göre; o madde hükümlerinin tatbiki daha isabetli olacaktır<sup>161</sup>.

Yayın sözleşmesinde taraflar eserin çoğaltılması ve yayımı konusunda sözleşmede belirli şartlar öngörebilirler. Eserin hangi yöntemle, nasıl ve kaç nüsha halinde basılacağını taraflar kararlaştırmamışlarsa, bunu belirleme hakkı yayınlana ait olmakla birlikte, yayınlayan eserin niteliğine, önemine ve kapsamına göre (mahiyetiyle mütenasip derecede; münasip bir şekilde bir baskı yöntemi)<sup>162</sup> seçmek durumundadır (BK. 375 / II; 376 / I)<sup>163</sup>. Borçlar kanunumuz 376. maddesinde, yayınlayanın eseri çoğaltma borcundan bahsetmekle birlikte, bu çoğaltmanın ne şekilde yapılacağını tespit etmemiştir. Eğer, eserin çoğaltma şekli bakımından, yayın sözleşmesinde bir hüküm mevcut ise; çoğaltmanın buna göre yapılacağı şüphesizdir. Buna mukabil, eğer sözleşmede bu hususta bir hüküm sevk edilmemişse; çoğaltmanın şeklini tespit hakkı yayınlayanındır<sup>164</sup>. Bu durumda yayınlayan eseri 'münasip bir şekilde' çoğaltmakla yükümlüdür<sup>165</sup>. Eğer yayın sözleşmesinde, kağıt, ebat, kapak ve renk gibi çoğaltım şekli hususundaki nitelikler açıkça kararlaştırılmışsa yayınlayan bu niteliklere uymalıdır<sup>166</sup>. Dolayısıyla yayınlayan, eseri aslına uygun, muntazam ve noksanız olarak

157 Hatemi/Serozan/Arpacı, 380.

158 Yayın sözleşmesinde yayınlananın devretmiş olduğu hakkın mevcudiyetini tekeffül borcu olup bu borcun mesnedi olan BK.373. maddesinin 2. fıkrası bu tekeffülü BK. 189 ve müteakip maddeleri gereğince, satıcının satılanın zaptına karşı olan hükümlerine istinad ettirmiştir. Franko, 105. Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Franko, 94 vd. ; Bilge, 273 vd.

159 Tunçomağ, C.II, 1139; Erdem, C.III, 200 ; Becker, 657; Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 4.

160 Bilge, 275 ; Zevkliler, 232 ; "... yayımlananın tekeffülü de, satıcının hakkı tekeffülünden (zapta karşı tekeffül) kopya edilmiştir". Becker, 650 ; "Eğer eser üzerinde yazar hakkı yoksa eser sahibi genel olarak değil de, ancak 189. maddeye göre bu hakkın bulunduğunu açıkça taahhüt etmesi gerekir. Gerçek durumu karşı taraftan gizlemiş ise sorumlu olur". Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 4.

161 Franko, 47.

162 Naşirin ayıplı baskı yaptırmaya hakkı yoktur. Bk. Berki, 154.

163 Zevkliler, 244; Yavuz, Borçlar, C.II, 148-149 ; Tunçomağ, C.II, 1146.

164 "Bununla beraber, kanun koyucu, bu bakımdan yayınlayanı başıboş bırakmamış ve yayınlayanın bu salahiyetini kullanırken 'çoğaltmanın münasip bir şekilde olmasına itina gösterme borcunu yüklemiştir. Bu münasip şeklin, her eser için, umumi ve mücerret bakımdan tespiti mümkün değildir. Bu itibarla eserin çoğaltma şeklinin münasip olup olmadığı hususu, her münferit hadisede ayrı ayrı tespit edilmelidir". Franko, 156-157.

165 FSEK. m. 16/2' ye göre: "... çoğaltma, temsil ve yayma tekniği eser sahibinin hususi izni olmaksızın da yapılabilir".

166 "Uygunluk, eserin önemine ve yayınlanan tarafından izlenen amaca ilişkindir; Basım,kağıt ve dış görünüştü böyle eserlerde mutad olarak şart koşulan isteklere uygun olmalıdır". Becker, 665.

neşretmekle mükelleftir<sup>167</sup>. Aksi takdirde yani kararlaştırılan niteliklere aykırı, eserin niteliğine uygun olmayan bir çoğaltma şeklinin söz konusu olduğu durumlarda yayınlayanın, sorumluluğu söz konusu olabilecek ve bu durum tazminat istenmesini gerektiren bir sebep teşkil edecektir. Zira, Borçlar Kanunu 376 / 1' e göre yayınlayan, eseri belirli bir şekil altında hiçbir kısaltma, ilave ya da değişiklik yapmaksızın çoğaltmakla yükümlüdür. Değişirme yasağı yalnız fikri özde değil biçimde de vardır<sup>168</sup>. Dolayısıyla taraflar çoğaltım şekli hususundaki nitelikleri sözleşmede kararlaştırmışlarsa yayınlayan bu şekle uymalıdır. Sözleşmede böyle bir kararlaştırma olmadığı bir durumda çoğaltım şeklini tayin etmek her ne kadar yayınlayana ait ise de, yayınlatan, muayyen ve belli bir durumda, seçilmiş olan şeklin uygun olmadığını iddia ve ispat etmek hakkına da sahiptir<sup>169</sup>. Kanaatimizce yukarıdaki görüşler yayın sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül bakımından bir kanun boşluğu, bir kural içi boşluk ( intra legem ) olduğu faraziyesinden hareket etmektedir. Dolayısıyla bu boşluğun doldurulması için satım veya istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması hükümlerini tartışmaktadır. Bize göre, kanunda bir boşluk yoktur. Kanun koyucu kasten susmuştur. Kasıtlı susma hallerinde bir boşluğun olmadığı aksine kanun koyucunun olumsuz bir çözüm tarzını benimsediği ifade edilmektedir<sup>170</sup>. Bu bakımdan yayın sözleşmesinde yayıncının ayıba karşı tekeffül borcunun bulunmadığı buna mukabil yalnızca iş görme sözleşmelerinde hakim özen borcunun bulunduğunu savunuyoruz. Özen borcuna aykırılık halinde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir<sup>171</sup>. Görüşümüzü destekleyen bir diğer hususta yayın sözleşmesinde zapta karşı tekeffül düzenlenmesine rağmen ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu çağrıştıracak herhangi bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Kanun koyucunun ayıba karşı tekeffül hükümlerini unuttuğu söylenemez. Kanun koyucu özellikle yayınlayanı özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutmak istemiştir<sup>172</sup>. Sonuç olarak istisna sözleşmesi ile yayın sözleşmesi arasındaki fark istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu bir sonuç sorumluluğu olarak açıkça düzenlendiği halde yayın sözleşmesinde böyle bir borç açıkça düzenlenmemiştir. Bunun yerine istisnada olduğu gibi yayın sözleşmesinde de yayınlayanın bir 'özen borcu' vardır sonucu çıkarılabilir<sup>173</sup>. İstisna sözleşmesindeki eserdeki bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna ilişkin hükümleri ise, büyük ölçüde satımdaki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri ile aynı olup, Borçlar Kanundaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içinde düzenlenmiş hükümlerdir denilebilir.

167 Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 11.

168 Bk. Franko, 148 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 148; Tunçomağ, C. II, 1145; "... yayınlayıcının rızası olmaksızın mevcut eserin karakteri değiştirilemez". Dalamanlı/Kazancı, C.IV, 13.

169 Franko, 157.

170 Edis, Medeni , 120 vd.

171 Yayın sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi birbirlerine çok benzerler. Vekalet sözleşmesi, genel iş görme sözleşmesi olmak itibarıyla, iş görme borcu doğuran çok sayıda sözleşmelere uygulanabilir nitelikte kurallar içermektedir (BK. m. 386/2) . Vekalet sözleşmesinde, BK. 390/2' ye göre, 'vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir' denilmekte ve yine aynı maddenin 1. fıkrasında ise 'vekilin mesuliyeti, umumi surette içinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir' denilerek BK. m. 321. maddeye atıf yapılmaktadır. Bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 190.

172 Ayıba karşı tekeffül hükümleri özellikle sonuç sorumluluğu olan hallerde söz konusudur. İstisna ve satım bunun göstergesidir. Zira, özen borcuna aykırılıkla sonuç sorumluluğu arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Sonuç sorumluluğu olan hallerde Sözleşmede öngörülen sonucun gerçekleşmemesi halinde borç ifa edilmiş sayılmazken özen borcuna aykırılık halinde borç yerine getirilmiş sayılmakla birlikte bir tazminat yükümlülüğü de doğmaktadır.

173 Ayıba karşı tekeffül borcu verme borçlarında, özen borcu ise yapma borçlarında söz konusu olmaktadır. İstisna sözleşmesi temelde bir iş görme (yapma) sözleşmesi olmasına rağmen, eseri teslim borcunun müteahhidin asli borçlarından olması itibarıyla bir verme borcu olarak düşünülmelidir.



## D- Vekalet Sözleşmesi Bakımından

Vekalet, sözlük anlamı ile başkasının işini görmek için yetkili kılınmanın bir ifadesi olup vekalet sözleşmesi, BK. m. 386' da şu şekilde tarif edilmiştir: " vekalet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını<sup>174</sup> iltizam eyler"<sup>175</sup>. Madde metnindeki, 'kendisine tahmil olunan' deyimiiyle vekilin üzerine aldığı işi başkasının menfaatine yapacağı anlatılmaktadır. Ayrıca, işin idaresi' ile ' hizmetin ifası' kavramları ile de 'bir iş görme'<sup>176</sup> faaliyeti olduğu ifade edilmiştir<sup>177</sup>. Binaenaleyh vekalet sözleşmesinde vekil, yalnız bir işi idare etmeyi değil, fakat müvekkile bazı hizmetleri yapmayı da taahhüt edebilir. Zaten bir işi idare etmekle bazı hizmetleri yapmak arasında mahsus bir fark ta yoktur. Bir kimsenin işi idare edilirken hizmetleri yapılmış ve hizmet yapılırken de işi idare edilmiş olmaktadır<sup>178</sup> Gerek bu özelliği gerekse diğer özellikleri itibariyle istisna sözleşmesiyle benzer özellikler göstermesine karşılık aralarında önemli farklılıklarda mevcuttur<sup>179</sup>. Kanun, vekalet sözleşmesi ile mevzuu emek olan diğer münasebetleri birbirinden ayırmak hususunda, sınırları belirsiz gayet umumi bir kıstas koymuştur ki, o da şudur: Diğer akitler hakkında kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde vekalet hükümleri cari olur ( OR § 394 f. 2 / BK. m. 368 f. II )<sup>180</sup>. İfade bakımından pek de açık olmayan bu fıkraya göre, başka nevi hususi bir sözleşmenin mevzuu içerisine girmeyen hizmet ve insan faaliyetleri hakkındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi sayılabilmesi için o faaliyetin hizmet, istisna sözleşmesi gibi sözleşme tiplerinin muhtevasını teşkil etmemesi veya vekaletin hususi vasıflarından birinin vasfını haiz olmaması gerekir<sup>181</sup>. Vekalet ve istisna sözleşmesi, konusu ve yapılan işin niteliği

- 
- 174 Vekaleti tarif eden eski 1881 tarihli Ysviçre Borçlar Kanununun 392. maddesindeki tarife yapılan yeni düzenleme ile OR § 394 (BK. m. 386) 'yahut vadettiği hizmetleri ifa' kelimesi ilave edilerek vekalet mefhumu tevsi edilmiştir. Marten, 198.
- 175 Ancak yeni bazı incelemelerde böyle bir tanımın eksik olduğu ve vekaleti diğer iş görme akitlerinden yeter derecede ayırdetmeye yarayacak nitelik taşımadığı ileri sürülmektedir. Bu eleştiride bulunanlar vekaletin tanımını yaparken BK. m. 386 f. II' den hareket etmemek ve vekaletin sınırlarını diğer iş görme akitlerinin, özellikle istisna ve hizmet akitlerinin tanımlarını da göz önüne alarak tayin etmek gerektiği görüşündedirler. Tüm bu hususlar göz önüne alınarak şöyle bir tanımlamaya ulaşılabılır: vekalet, öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler. Tandoğan, Borçlar, C.II, 355-356. Ayrıca bk. Yavuz, Borçlar, C. II, 158.
- 176 Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkile karşı bir iş ya da 'özel sözleşme tipine girmeyen' bir hizmet edimini borçlanmaktadır. Vekilin gördüğü iş ise maddi fiillere ilişkin bir yapma borcunun ifası olabileceği gibi hukuki muamelelere ilişkin bir borcun ifası da olabilir. Maddi fiillere ilişkin vekalette vekilin iş görme borcunun yapma borcu hukuki niteliğine sahip olduğu hususunda tereddüt yokken hukuki muamelelere (fiillere) ilişkin vekalette vekilin iş görme borcunun hukuki niteliği tartışılabilir olup geniş anlamda hukuki muamele yapma borçlarında bir verme borcunun söz konusu olduğu savunulmaktadır. Böylece, vekil vekalet sözleşmesi gereğince iş görme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi de söz konusu olabilecektir. Bu husustaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 185 vd.
- 177 Erdem, C.III, 241 ; "Kanunun birbirinden ayırmasına rağmen bu iki mefhum arasında pek fazla bir fark yoktur. Bir işin idaresi aynı zamanda bir hizmet ifası mahiyetini haiz olduğu gibi, bir hizmetin ifası da bir işin idaresi şeklinde tecelli edebilir. Bununla beraber, hizmet ifası tabiri, işin idaresi, tabirine nazaran daha geniş bir mana taşımaktadır Gerçekten bir işin idaresi, hizmet ifasının bir çeşidi olarak kabul edilebilir". Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Bilge, 285.
- 178 Marten, 198.
- 179 Bu hususta bk. Becker, 687 ; Erdem, C. III, 11, 250 ; Erdoğan, 170 vd.; Tandoğan, Borçlar, C.II, 377 ; Bilge, 288 vd.
- 180 Vekaletin taalluk edebileceği fiiller saymakla bitirilemeyecek kadar çoktur. Bu fiiller arasında bir şey imali taahhüdüle hizmet iltizamını da dahil görmek istenebilir. Bu takdirde hizmet ve istisna akitleri karışmış olur. Fakat kanun koyucu 394 (BK. 386) hükmü ile aksi fikirde olduğunu göstermiştir. Marten, 198.
- 181 Bilge, 286.

bakımından birbirinden oldukça fahıdır<sup>182</sup>. İstisna sözleşmesinin konusunu sonuç taahhüt edilerek belli bir eserin imalı, ortaya çıkarılması faaliyeti oluşturduğu halde vekalette bir işin sonucu taahhüt edilmeksizin vekilin belli bir yönde ( bir hizmetin görülmesi vaadi yönünde ), iyi niyetli, özenle ve sadakatle çalışması faaliyeti oluşturmaktadır<sup>183</sup>. Böylece istisna sözleşmesinde sonuç, vekalet sözleşmesinde ise sonuçtan ziyade hizmet, emek unsuru önem taşır<sup>184</sup>. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinin konusu daha hususi bir mahiyeti haiz olduğu halde, vekaletin konusu daha umumi bir karaktere haiz olmaktadır<sup>185</sup>. Ayrıca, yapılan işin niteliği de vekalet sözleşmesini istisna sözleşmesinden ayırır. şöyle ki, başkası adına hukuki muamele yapmak, dava takip etmek, hasta tedavi etmek, öğrenim faaliyetinde bulunmak doğrudan doğruya vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur<sup>186</sup>. Ayıba karşı tekeffül borcunun mevcudiyeti bakımından da her iki sözleşme birbirinden farklıdır. Zira, istisna sözleşmesinde müteahhit bir sonuç (eser) yaratmak zorunda olduğu halde, vekalette vekilin ille de bir sonuç yaratması zorunluluğu yoktur, fakat işin niteliği gereği bir sonuç da yaratabilir<sup>187</sup>. Bununla birlikte, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül müteahhidin bir borcu olarak kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen vekalet sözleşmesinde böyle bir borç vekilin borçları arasında düzenlenmiş değildir<sup>188</sup>. Ancak her iki sözleşmede de işin ifası safhasında gerekli özeni gösterme yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>189</sup>. Bu yükümlülük ise ancak işin iyi bir şekilde, BK. 390. maddesinin İsviçre aslındaki gibi 'sadakat ve özen ile ( getreue und sorgfaeltige )' ifa edilirse yerine getirilmiş olacaktır<sup>190</sup>. Fakat her iki sözleşmede öngörülen özen borcunun kapsamı birbirinden farklıdır. Zira müteahhidin, vekilden farklı olarak özen borcunun yanında ve bazı koşullar altında onu da içine alabilen, sonuç sorumluluğu<sup>191</sup> da vardır. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesinde vekil, üstlendiği işi sadece özen ve sadakatle yerine getirmemesinden<sup>192</sup> sorumlu olmasına karşılık istisna sözleşmesinde müteahhit, bu yükümlülüklerin yanında sonuçtan da, yani teslim edilen eserin noksan ve bozuk olmasından da sorumlu olmaktadır<sup>193</sup>. Kanun

182 Bu hususta bk. Marten, 198 vd.

183 Vekalet sözleşmesinde vekil yalnız hizmetin ifasını taahhüt etmekte, işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumlu olmaktadır. Yavuz, Borçlar, C. II, 190 ; Marten, 199, 203 ; Akıntürk, 211.

184 Vekalet sözleşmesinde de istisna sözleşmesinde olduğu gibi mevzu muayyen bir istikamette faaliyette bulunmaktadır. Ancak burada ne hizmet sözleşmesindeki ' zaman unsuru ', ne de istisnadaki ' eser verme ' unsuru mevcut değildir. Bilge, 248. Ayrıca bu hususta bk. Önen, 319 vd.

185 Bk. Bilge, 248, 288.

186 Bk. Erdoğan, 170-171; Bilge, 287 ; Tunçomağ, C.II, 1136 ; Zevkililer, 248; Marten, 201 vd. ; Akıntürk, 212.

187 Zevkililer, 251.

188 Vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat (BK. m. m.390), vekalet verenin idaresine ve özellikle vekalet verenin talimatına uygun işi görme (BK. BK. 389/I), işi bizzat yapma (BK. 390/III), işi görürken aldığı değerleri ve paraları gecikmeden vekalet verene teslim etme ve hesap verme (BK. 392/II) ve işi görürken gerekli özeni gösterme borcu vardır. Vekilin borçları hususunda ayrıntılı bilgi için bk. Tandoğan, Borçlar, C.II, 406 vd. ; Zevkililer, 254 vd.; Bilge, 292 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 185 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, 395 vd. ; Marten, 203 vd.

189 Bk. YHGK. 4. 2. 1987 T., 1986/13-158 E., 1987/57 K. ( Erdem, C.III, 297 ) ; Marten, 203.

190 Erdem, C.III, 290 ; Bilge, 292.

191 Müteahhidin sonuç veya eserdeki noksan ve bozukluklardan dolayı sorumluluğu BK. m. 359 vd. da düzenlenmiştir. Bu kurallara göre, müteahhit üstlendiği eseri, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde noksan ve bozukluk olmadan yapmak ve teslim etmekle yükümlüdür. Meydana getirilen eser, kararlaştırılan niteliklere haiz olmayıp bozuk ise, müteahhit edim borcunu gereği gibi yerine getirmemiş demektir. Kaplan, 73-74.

192 Vekil müvekkile karşı vekaleti iyi ifa etmemek suretiyle işlediği (akdi kusur) dan sorumludur. Marten, 203. Akdi kusur hk. Ayrıntılı bilgi için bk., Funk, 157.

193 Kaplan, 73. 'Borçlar Kanunu eser sözleşmesinde müteahhidi eserin noksansız teslim edilmesi sonucundan mutlak olarak sorumlu tutmuş ve buna ilişkin hükümler getirmiştir'. Seliçi. İnşaat, 87.

koyucu, işçinin sorumluluğundaki özen ölçüsüne ilişkin kurala<sup>194</sup> atıf yapan, Borçlar Kanununun 390. maddesinin I. fıkrasındaki : "vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir" şeklindeki ifadesiyle vekilin özen borcunun ölçüsünü tespit etmiştir<sup>195</sup>. Kanun koyucunun vekalet sözleşmesindeki özen borcu bakımından hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcuna atıf yapması iki anlama gelir. Bir defa vekil, yasa gereği sonuçtan dolayı bir işçi kadar az sorumludur. Hizmet sözleşmesine yönlendirme yapmanın ikinci anlamı ise, özenin derecesi hakkında aynı prensipler uygulanmasıdır. Özen konusunda, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, ilk planda sözleşme esastır. Özen derecesi üzerine bir anlaşma yoksa, hal ve şartlara uygun düşen özenden sorumluluk yüklenilebilecektir<sup>196</sup>. O halde vekil işi gördüğü esnada<sup>197</sup>, özen borcunun bir gereği olarak, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin mutlak cereyanına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmalı, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan ise kaçınması gerekir<sup>198</sup>. Aksi durumda vekil vekaletini usulü dairesinde ifa etmemiş sayılır ve bu davranışları sonucunda kasıt, ihmâl veya dikkatsizlikle müvekkile verdiği her türlü zarardan da sorumlu olur<sup>199</sup>. Yerine göre de, vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğundan daha sert bir şekilde takdir edilebilecektir<sup>200</sup>. Dolayısıyla, istisna sözleşmesinde müteahhit, özen borcunu ihlalin yanında ayıba karşı tekeffülde sonucun elde edilmemesinden dolayı da sorumlu olurken, vekalet sözleşmesinde vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumlu olmaktadır<sup>201</sup>. Bu sebeple de talep edilebilecek haklar yönünden her iki sözleşme birbirinden farklıdır. Zira istisna sözleşmesinde müteahhit tarafından, imâl edilerek teslim edilen eserin kusurlu olması onun sorumluluğuna yol açmaktadır. İşte bu durumda iş sahibi, BK. m. 360'ın kendisine tanıdığı, 'şeyi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönme<sup>202</sup>, ücretin indirilmesi, eserin onarılmasını isteme yanında ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini de' isteyebilmektedir. Ancak tazminat dışında diğer talepler açısından kusur aranmamaktadır. Bu sonuç sorumluluğu dolayısıyla sözleşmenin icrası safhasındaki özen borçlarına aykırılık eserdeki bozuklukta somutlaşmışsa, artık bozukluktan dolayı sorumluluk hükümlerine dayanılabilecek, ayrıca bu borçlara aykırılıktan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecektir<sup>203</sup>. Vekalet sözleşmesinde ise, vekilin özen borcuna ilişkin BK. nun 390. maddesi, hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcunu düzenleyen BK. nun 321. maddesine atıf yapmaktadır. "Anılan bu kanun hükmüne göre de, 'işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.- kasıt, ihmâl ve dikkatsizlik- ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür". Demek ki, vekil, işçi gibi, işi özenle yerine getirme borcu altında olup, tersi

194 Bk. BK. m. 321/I.

195 "Genellikle müteahhidin eser, vekilin de vekalet sözleşmesinde göstereceği özeninin derecesi (BK. m. 356/I, ve BK. m. 390/I) her ikisinin de sözü geçen sözleşmelerin uzman tarafını teşkil etmeleri nedeniyle, işçinin hizmet ilişkisinde göstereceği özenin ölçüsünden farklı olarak (BK. m. 321/III) sadece objektif kıstaslara göre belirlenir". Kaplan, 73.

196 Becker, 702. Ayrıca bu hususta bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 418.

197 Özen yükümlülüğü işin görülmesi ile sona erer buna karşılık sadakat yükümlülüğü devam eder. Tandoğan, Borçlar, C.II, 409.

198 Yavuz, Borçlar, C.II, 190.

199 Vekalet sözleşmesine dair BK. 390. maddesinin atıf yaptığı BK. m. 321' getirdiği düzenleme emredici nitelikte değildir. Taraflar, kanuna, ahlak ve adaba aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmede özen borcunu ve borcun ihlalden doğan tazminat borcunun kapsamını daha ağır ya da daha hafif olarak belirlemeleri mümkündür.

200 Bilge, 292, 293. Ayrıca vekilin sorumluluğu hususunda göz önünde tutulacak objektif ve sübjektif kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Erdem, C.III, 292 vd. ; Yavuz, Borçlar, C.II, 190 vd.

201 Bk. Yavuz, Borçlar, C.II, 190 ; Önen, 319.

202 Sözleşmeden dönme hakkının kullanımı vekalet sözleşmesinde istisna sözleşmesine göre daha kolay olmaktadır. Zira, vekalette her zeman için sözleşmeden dönme olanağı bulunduğu halde istisna sözleşmesinde bu hakkın kullanımı, sıkı bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Zevkililer, 252.

203 Selçü, İnşaat, 22 ; Gautschi, Art. 364, N. 5 e.

durumda ise, özenle yerine getirmemeden ötürü tazminatla sorumlu tutulmuştur ki, burada, BK. 98 /I. maddesinin uygulanması söz konusu olmaktadır<sup>204</sup>. Vekilin hiç özen göstermemesi veya eksik özen<sup>205</sup> göstermesi yani işi görürken kusurlu olması<sup>206</sup> da onu tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır<sup>207</sup>. Bu durum ise müvekkile (hizmet sözleşmesinde ise iş sahibine) sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirmeye yetkini de vermektedir. Sözleşmenin veya durumun haklı kıldığı ve gerektirdiği derecede özen göstermeyen vekil bakımından onun eksik özen gösterdiğinden söz edilir. Bu bakımdan da BK. m. 321, BK. m. 96 vd. hükümlerinin<sup>208</sup> bir uygulama alanını oluşturmaktadır<sup>209</sup>.

### E- Hizmet Sözleşmesi Bakımından

Hizmet sözleşmesi BK. nun 313. maddesinde : " hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesi, iş ( hizmet ) ve ücret unsurlarından oluşan, iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir<sup>210</sup>. Zira sözleşme ile işçi, belirlenmiş veya belirlenmemiş bir zaman süreci boyunca, işverene bizzat bir hizmet<sup>211</sup> görmeyi, hizmet sözleşmesinin belirlediği anlamda ve yönde emek sarf etmeyi taahhüt etmektedir. Böylece, hizmet sözleşmesinde 'emek' unsuru daima ön plana çıkmaktadır. Buna karşılık yine bir emek sarfını bir iş görmeyi öngören istisna sözleşmesinde önemli olan, faaliyetin sonunda emekten ziyade müstakil bir bütün meydana getiren emek mahsulü bir işin, bir eserin meydana getirilmesidir. Bu unsur da istisna sözleşmenin belirleyici bir unsurunu oluşturmaktadır<sup>212</sup>. Böylece, istisna sözleşmesinde müteahhit çalışmanın sonuca

204 Y.13. HD. 24.11.1980 T., E.5538, K. 6178 ( Dalamanlı/Kazancı, C.III, 730 ).

205 "Eksik özen, işverenin (vekalette müvekkilin) sözleşme veya hal ve durum gereğince istemeye hakkı bulunduğu özen gösterilmemişse, vardır". Tunçomağ, C.II, 850.

206 Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda örneğin satın sözleşmesinde satıcı, istisna da müteahhit bakımından bazı hallerde kusursuz sorumluluk öngörülürken, özen yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda sorumluluk kusura dayanmaktadır. Özen yükümlülüğünün objektifleştirilmesi dahi sorumluluğu kusura dayalı sorumluluk olmaktan çıkarmamaktadır.

207 Tazminatın belirlenmesinde ise, kusurun büyüklüğü ve borçlunun ifa gücünde göz önünde tutulması gerekecektir. Tunçomağ, C.II, 851.

208 İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun gereği gibi ödenmemiş olması hallerinin bazılarında, temerrüt hükümleri uygulanabilirse de, bir kısım kötü ödeme hallerini, temerrüt veya imkansızlık olarak vasıflandırmak mümkün değildir. Örneğin imal edilen eğerin çürük deriden yapılması nedeniyle, alacaklının ata binerken eğer basamağın kopması yüzünden düşüp yaralanması gibi durumlar borcun gereği gibi yerine getirilmemiş olması veya ( kötü ifa ) olarak adlandırılırlar. Kötü ifanın, temerrüt, imkansızlık ve ayıplı ifa olarak kabul edilmemesi halinde BK. 96' da ki hükümler uygulanacak ve borçlu borcunu gereği gibi ödemiş olması nedeniyle alacaklının uğradığı zarar ve ziyarı ödemek zorunda kalacaktır. Öcn. 216. Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, Sözleşme, 301 vd.

209 Tunçomağ, C.II, 851; Yavuz, Borçlar, C.II, 21.

210 Hizmet sözleşmesi 'tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme' lerdendir ; zira gercek işverenin gerekse işçinin edimleri karşılıklı olarak değişmektedir (mübadele edilmektedir). Akıntürk, 205.

211 Hizmet sözleşmesinin birinci unsuru, hizmet edimidir. Yani belirli bir hizmet, belirli bir iştir. İş ise ekonomik bir faaliyettir; işverenin maddi veya fikri ihtiyacının giderilmesini amaç edinen bir çalışmadır. Ekonomik bir yarar sağlasın veya sağlamasın - maddi ve fikri her türlü çalışma hizmet kavramının içerisine girer. Artukmaç, 146 ; Hizmet sözleşmesinde edim bizzat işçi tarafından ifa edilmelidir. Oysa istisna sözleşmesinde hizmet sözleşmesinden farklı olarak edimin müteahhit tarafından bizzat ifa edilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Klunzinger, 341; Jauernig / Schlechtriem / Stümer / Teichmann / Volkommer, 676.

212 Bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 305 ; Artukmaç, 69 ; Erdoğan, 164 ; Marten, 141 ; "Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi 'bir işin görülmesi' değil, 'bir iş sonucunun meydana getirilmesi' olduğu için bu sözleşme, iş-hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların göz önünde tutulması gerekir". Bk. YHGK. E. 1982/15- 356, K. 1982/817, T. 6.10.1982 (Kural/Kılıçbay/İzmir, 510)

ulaşabilmesi bakımından muhtemel rizikoyu da üstlenmek zorunda olmasına rağmen, hizmet sözleşmesinde böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir<sup>213</sup>. Ancak, bir sözleşmenin hizmet mi yoksa istisna sözleşmesi mi olduğu yönündeki sınırlamanın oldukça güç olduğu aşıkardır. Bu güçlük, teorik farklılıktan ortaya çıkmamaktadır. Hizmet sözleşmesinde de ifa edilen çalışmalarda da belirli başarılar, sonuçlar elde edildiği için münferit durumda her iki sözleşme tipi arasında karar verilmesi bu yüzden çoğunlukla kolay olmamaktadır. Bununla birlikte şüpheli durumlarda somut olayın bütün durumları göz önünde tutularak bir karar verilmesi gerekir. Bu hususta karar verilirken de tarafların isteklerinin, üzerinde anlaşılan ücretin belirli bir sonuçla bağlantılı olup olmadığı<sup>214</sup> ya da eğer istenilen başarının elde edilememesi durumunda bir ücretin ödenip ödenmeyeceğinin kapsamlı bir şekilde göz önünde tutulması gerekir<sup>215</sup>.

İstisna sözleşmesinde işi gören ( eseri imal eden ) müteahhit, işin kusurlu (ayıplı) görülmesinden 'ayıba karşı tekeffül hükümleri' çerçevesinde sorumlu olmaktadır. "Hizmet sözleşmesinde de her borçlu gibi, işçi de taahhüt ettiği işi 'ihtimamla yapmak' zorundadır; yani vaat olunan işin yapılması için gerekli bütün dikkat ve itinayı göstermeye mecburdur. Bu bakımdan da, ika edeceği her nevi zarardan, mesela malzemenin hasara uğramasından veya fena iş tesliminden sorumlu olmaktadır ( OR § 321 / BK. m. 321 f. I, II )<sup>216</sup>. Dolayısıyla BK. m. 321 hizmet sözleşmesi için de kusur sorumluluğunun geçerliliğini sağlamlaştırmaktadır. Hizmet sözleşmesinde işçi, belirli bir sonuç için sorumlu değildir. Bunun sonucu olarak ta, işçi belirli bir sonuca ulaşamadığı, başka bir deyişle düşük verim meydana geldiği için, ücretten bir indirmeyi hoş görmek zorunda değildir. Ayrıca sonuçtan sorumlu olmamanın diğer bir sonucu da, fazla verim için de özel bir karşılık ödenmesine gerek olmayışıdır<sup>217</sup>. BK. m. 321' de: "işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur" şeklindeki ifadeyle işçinin özen gösterme borcu<sup>218</sup> düzenlenmiştir. İne özen borcunun kapsamı içerisinde olmak üzere BK. nun 322. maddesinde de, parça üzerine veya götürü çalışan ve bu şekilde iş sahibinin nezareti altında bulunmayan işçinin malzeme ve yapılan iş bakımından sorumluluğu hakkında istisna ( eser ) sözleşmesinin bu hususa ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Özen borcunun kapsamı içinde işçi, işverene ait makine, araç, teknik donanım ve tesislerle malzemeyi işin niteliğine uygun bir biçimde kullanmak zorundadır<sup>219</sup>. "Malzemedan sorumluluğun eser sözleşmesindeki benzer olması gerekir. Bundan ötürü m. 365 / BK. 357 uygulanır. Malzemeyi özenle kullanma, hizmet sözleşmesinin bütün hallerinde ödevdir. İşin ifası OR § 364, 365 / III ve 366, BK. 356, 357 / III ve 358' e bağlı kılınır"<sup>220</sup>. Hizmet sözleşmesinde kural olarak malzeme iş

213 Hizmet sözleşmesinden farklı olarak istisna sözleşmesinde yalnızca bir ilave çalışma değil bilakis eserin oluşması için rizikonun üstlenilmesiyle birlikte bir çalışma neticesinden sorumluluk söz konusu olmaktadır. Brox, Rdnr 256, 159.

214 Hizmet akdinden istisnayı tefrik eden şey müteahhidin bir iş imali keyfiyetidir; işçi bizzat hizmetinin bedeli olarak bir ücret aldığı halde müteahhit bitirilmesi lazım olan işinin neticesinde mükafatlandırılmaktadır. Hizmet akdinde işçi faaliyetini iş sahibinin emrine hazır bulundurur. Faaliyetin hasil etmesi lazım netice için değil belki bu faaliyet için ücret alır. Marten, 141, 142.

215 Musielak, Rdnr 568, 308.

216 Bilge, 216 ; Hizmet sözleşmesinde işçi bir edanın, bir yapma mükellefiyetinin borçlusudur. Borçların ifa edilmemesinin neticelerine dair umumi kaidelerin onun hakkında da tatbiki kabildir (OR § 97 vd. ; Bk. m. 96). Bundan kast veya ihmali ile iş sahibine iras ettiği zarardan işçinin mesu'ol olacağı neticesi çıkar (OR § 328/2 , BK. m. 321). Marten, 152.

217 Becker, 444.

218 İstisna sözleşmesinde BK. m. 356/I uyarınca müteahhit, üstlendiği işi özenle yerine getirmek zorundadır; göstereceği özenin derecesi, vekilin özen borcunda olduğu gibi (BK. m. 390/I) genellikle hizmet sözleşmesinde işçinin özen sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Müteahhitten beklenen özen derecesi belirlenirken, kural olarak onun eser sözleşmesinin uzman tarafı olduğunu ve işçiden farklı olarak daha bağımsız iş göreceğini göz önünde bulundurmamak gerekir. Kaplan, 72-73.

219 Zevkliler, 213.

220 Becker, 449-450.

357 / III ve 358' e bağılı kılınır"<sup>220</sup>. Hizmet sözleşmesinde kural olarak malzeme iş sahibi tarafından verildiğine göre, işçinin, bu malzemeyi özenle kullanmak, bu konuda iş sahibine hesap vermek ve artan malzemeyi de iade etmek yükümlülükleri vardır<sup>221</sup>. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinde, özen borcu kapsamındaki bu yükümlülüklerine aykırı hareket eden işçi BK. m. 321 / II hükmü gereğince işverene tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Öte yandan BK. 321 / II, BK. 96 vd. maddelerinin özel bir uygulama hali olduğu içinde tazminatın belirlenmesinde, kusurun büyüklüğü ve borçlunun ifa gücü de göz önünde tutulması gerekecektir<sup>222</sup>. İstisna sözleşmesindeki BK. 359 - 363 gereğince bozuklukları tekeffül hükümlerinin de hizmet sözleşmesinde de örnekseme yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı bir sorundur. 1905 tasarısında söz konusu maddelere yollama yapıyordu. Bunun çıkarılması, besbelli hakimin takdirine belirli bir serbesti tanımak amacı ile olmuştur. Kanımca adaletsiz olarak gösteren olağan üstü hal ve şartlar bulunmuyorsa, bozukluklar için tekeffül uygulama yeri bulmalıdır. Evde yapılmak üzere verilen işde, sadece kusur sorumluluğu işverenin hukuki durumunu insafsız surette güçleştirirdi. Bozukluklardan sorumluluğun önemli amacı, önleyici olmasıdır : müteahhit, fiilen bir ispattan kolayca kaçan çeşitli türde ihmal ve özensizlik için, yalnız bozukluğun (ayıbın) objektif unsurlarına dayanarak sorumlu yapılmak suretiyle her yönden özenli tam bir ifaya özendirilmek istenir. Bu gereksinme eser sözleşmesinde olduğu gibi, evde yapılmak üzere verilen işde de vardır. Madde 368 / BK. 360' da ki kabulden kaçınma da, evde yapılmak üzere verilen iş için yerindedir. Çünkü işveren, devamlı denetimin bulunmamasından dolayı, işin kusurlu olması halinde tam zamanında müdahale etme olanağına sahip değildir. Bu nedenle işi evinde yapan işçinin, sorumluluğu tamamen kendi üzerine almak zorunda olması doğrudur<sup>223</sup>. Kanaatimizce, hizmet sözleşmesinde istisna sözleşmesinden farklı olarak sonuç değil, emek unsuru daha ağır basmaktadır. Bu itibarla da, hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğu BK. m. 321' de yer alan işçinin 'özen borcu' ve genel bir hukuk prensibi olarak Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan 'dürüstlük prensibi' hükmü<sup>224</sup> çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, işçi tarafından yapılan kusur akdi bir kusur olup borcun ademi ifası teşkil eder<sup>225</sup>. Bu sebeple de BK. 96 vd. madde hükümleri de göz önünde tutulmalıdır.

---

220 Becker, 449-450.

221 Yavuz, Borçlar, C.II, 24 ve ayrıca bk. 61 vd.

222 Bk. Olgaç, C.II, 857 ; Tunçomağ, C.II, 851; Becker, 445.

223 Becker, 450.

224 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, 318 vd.

225 Marten, 152.

#### IV- SONUÇ

İstisna sözleşmesi Borçlar Kanununun 355. maddesinde, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında müteahhidin bir şey ( eser ) imal etmeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesi, taraflarını müteahhit ve iş sahibinin oluşturduğu, ücret, imal ve anlaşma unsurlarından oluşan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Kanun koyucu, taahhüt edilen semen mukabilinde bedeni veya fikri bir faaliyette bulunmayı ve bu faaliyet sonucunda da kararlaştırılan nitelikte bir eseri ortaya çıkarma edimini yüklenen müteahhidin borçlarını, Borçlar Kanununun 356 - 363 ( OR 364 - 371 )'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme arasında özen borcu ile birlikte, müteahhidin eseri teslim borcuyla ilgili olarak 'Ayıba Karşı Tekeffül' borcu da ayrıntılı olarak yer almış bulunmaktadır.

İstisna sözleşmesinin taraflarını teşkil eden müteahhit ve iş sahibi, bu sözleşmenin sinellagmatik bir sözleşme olması hasebiyle birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumundadırlar. Müteahhit, imal ettiği eser dolayısıyla ücret alacaklısı iken , teslim edilen eserde ayıplar olması durumunda ise iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde borçlu konumundadır. Zira müteahhidin imal ederek teslim edeceği eser, müteahhitçe zikredilen ( garanti edilen ) ve sözleşmede öngörülen, tahsis yönü bakımından gerekli olan nitelikleri taşımak zorundadır. Bu nitelikte bir eseri yani iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak biçimde ayıpsız olarak imal ederek teslim etme zorunluluğu müteahhidin asli borcunu oluşturmaktadır. Yine bu zorunluluğa uyma yükümlülüğü aynı zamanda Medeni Kanununun 2. Maddesinde genel bir hukuk kaidesi olarak vazedilen , hakların kullanılması ve borçların ifasını düzenleyen 'dürüstlük kuralı' nın da bir gereğini oluşturmaktadır. Kaldı ki, istisna sözleşmesinde müteahhidin amacı belli bir ücret almak, iş sahibinin amacı da kullanım amacına uygun olan bir esere sahip olmaktır. Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşme ile güdülen amaçlarına ulaştıkları takdirde bir sorun yoktur. Ancak iş sahibi istisna sözleşmesi yoluyla elde etmek istediği amacına kendisine izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın ulaşamazsa bu durumda bir ayıplı bir eser imali ve neticesinde ayıplı bir ifa söz konusu olduğu için iş sahibinin sözleşme ile elde etmek istediği amaç, ifa menfaati de gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumun sonucu olarak da kanunda öngörülen muayene ve ihbar şartlarının gerçekleştirilmesi durumunda, müteahhidin eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. İş sahibi bu durumda kanun koyucunun satım sözleşmesi hükümlerine benzer olarak düzenlediği kanuni bir borç hüviyetinde olan ve müteahhidin sorumluluğun kaynağını oluşturan ayıba karşı tekeffül borcu hükümleri dairesinde ( BK. m. 360 vd. ) kanunun kendisine tanımış olduğu hukuki himaye imkanlarını kullanabilecektir. Bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi, eserin tamir ve ıslahını ( onarım ) isteme, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini talep etme şeklinde kanun koyucu tarafından kendisine tanınan hukuki himaye imkanlarını kullanarak amacına ulaşabilecek ya da uğradığı zararı tazmin ettirebilecektir. Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen ve iş sahibine eserin ayıplı olması durumunda tanınan bu haklar sistemi aynı zamanda emredici nitelikte hükümler ihtiva etmemektedir. İş sahibi kanunun kendisine tanıdığı haklarını seçimlik olarak kullanabilecektir. BK. 360. Maddesi hükmü tamamlayıcı bir kuralıdır. Bunun bir sonucu olarak da müteahhidin eserdeki ayıplar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olmakta, bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de asli edim borcunun bir tamamlayıcısı olmaktadır. Diğer önemli bir sonucu da tarafların BK. m. 99' a aykırı düşmemesi kaydıyla aralarında yapacakları anlaşma ile ayıba karşı tekeffülden doğan haklar sistemini sınırlandırabilmeleri fakat tamamen ortadan kaldıramamalarıdır. Zira böylesi tamamen ortadan kaldırmaya yönelik bir anlaşma iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eder. Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerinin diğer bir özelliği de bu hükümlerin şartları gerçekleştiği takdirde, ilişki halinde bulunduğu Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlerle örneğin, Borçlunun temerrüdü ( BK. 101-108 ), Ödemezlik defii ( BK. m. 81 ), Haksız fiil ( BK. m. 41 vd. ) hükümleriyle yarışmasının da söz konusu olabilemesidir.

Yukarıda genel hatlarıyla açıkladığımız istisna sözleşmesinde müteahhidin asli edim borcunun tamamlayıcısı olan ayıba karşı tekeffül borcuna dair hükümler, istisna sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olmasına karşılık büyük ölçüde temlik borcu doğuran satım sözleşmesindeki maddi ayıba karşı tekeffül hükümleri örnek alınarak düzenlenmiş hükümlerdir. Dolayısıyla bu yönü itibariyle ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler birbirleriyle paralellik gösterse dahi, ayıba karşı tekeffül borcu, istisna sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcısı iken, temlik borcu doğuran satım sözleşmesinde mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Bununla birlikte istisna sözleşmesinde satım sözleşmesinde olduğu gibi zikir ve vaad olunan nitelik kavramına ayrıca yer verilmemiştir. Yine istisna sözleşmesinde sorumluluğa esas teşkil eden ayıp, eserin teslimi anında mevcut olan ayıpken, satım sözleşmesinde satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği andaki mevcut olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Ayıbın önemli olup olmaması bakımından da istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu ile satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül borcu birbirinden farklılık arz eder. Zira satım sözleşmesinde satıcı önemsiz ayıplardan sorumlu tutulmamışken, istisna sözleşmesinde satımdan farklı olarak önemsiz ayıplardan dahi sorumluluk söz konusu olabilmektedir. İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri ile satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında en önemli fark ise ayıplı ifa durumunda sözleşmenin karşı tanınan haklarda görülmektedir. Şöyle ki, satım sözleşmesinde satılan malın ayıplı olması durumunda alıcı satılan misli eşyanın ayıpsız ile değiştirilmesini talep etme hakkına sahipken istisna sözleşme iş sahibi böyle bir hakka sahip değildir. Ancak istisna sözleşmesinde de misli eser imali borçlarında ayıplı ifa durumunda, satım sözleşmesindeki BK. m. 203 hükmüne kıyasen iş sahibine eseri ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep hakkının tanınması özellikle iş sahibinin ifa menfaatinin bir an önce karşılanması, gereksiz yere zaman kaybedilmemesi bakımından daha uygun bir düzenleme teşkil edecektir. Buna karşılık, istisna sözleşmesinde ayıplı ifa durumunda iş sahibine onarımı ( ayıbın giderilmesini ) talep hakkı tanınmışken satım sözleşmesinde alıcıya bu hak tanınmamıştır. Böyle bir düzenleme ise günümüzdeki ticari hayatın bir gereğini oluşturmaktadır. Zira istisna sözleşmesinde müteahhit böyle bir taleple karşılaştığı takdirde onarım talebini yerine getirmesi açısından gerek teknolojik gerekse bilgi ve uzmanlık bakımından gerekli donanıma sahip bir kişidir. Oysa, satıcının böyle bir donanıma sahip olması ticari hayatın bir gereği olarak da beklenemez. Ayıba karşı tekeffül borcu bakımından ele alınan noktalardaki farklılıklar her iki sözleşmenin de farklı mahiyette, farklı amaca hizmet eden sözleşme olmalarından kaynaklanmaktadır. Zira, istisna sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmasına karşılık, satım sözleşmesi bir mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir. Bununla birlikte ayıplı ifa durumunda, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte uygulanacak olan hükümler ve ne tür bir borca aykırılık olduğu hususu, yine bir iş görme borcu doğuran Yayın, Vekalet ve Hizmet sözleşmeleri bakımından farklı olarak düzenlenmiştir. Örneğin, istisna sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu müteahhidin bir borcu olarak açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, yayın sözleşmesinde böyle bir borç yayınlayanın borçları arasında düzenlenmemiştir. Ancak, yayınlanan tarafından teslim edilen eserin , maddi bakımdan taşınması gerekli nitelikleri taşınması durumunda bir ayıplı eser tesliminin söz konusu olduğu hallerde, doktrindeki bir görüşe göre bu durumda yayınlanan satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri dairesinde sorumludur. Diğer bir görüşe göre de bu durumda yayın sözleşmesinin istisna sözleşmesine olan benzerliğinden dolayı istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffülü düzenleyen BK. m. 360. Maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Kanaatimizce, yayın sözleşmesinde kanun koyucu özen borcu ile zapta karşı tekeffül borcunu açıkça düzenlemiş olmasına rağmen ayıba karşı tekeffül borcu hususunda açık bir hükme yer vermiş değildir. Keza ayıba karşı tekeffül hükümleri özellikle sonuç sorumluluğu olan hallerde, verme borçlarında, buna karşılık özen borcu ise yapma borçlarında söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, yayın sözleşmesinde yayınlayan için, hizmet sözleşmesindeki hükümler kıyasen uygulanmak suretiyle özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilir.

Vekalet sözleşmesi bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmasına karşılık gerek icrası üstlenilen faaliyetin konusu bakımından gerekse bu faaliyete uygulanacak



olan hükümler bakımından birbirinden farklı sözleşmelerdir. Zira, istisna sözleşmesinde üstlenilen faaliyetin konusunu sonuç taahhüt edilerek belli bir eserin imali, ortaya çıkarılması faaliyetleri oluşturmasına karşılık, vekalet sözleşmesinin konusunu, bir işin sonucu taahhüt edilmeksizin vekilin belli bir yönde ( bir hizmetin görülmesi vaadi yönünde ) iyi niyetle, özenli ve sadakatle çalışması faaliyeti oluşturmaktadır. Vekalet sözleşmesinde de yayin sözleşmesinde olduğu ayıba karşı tekeffül borcu açıkça düzenlenmiş bir borç değildir. Buna karşılık istisna sözleşmesinde olduğu gibi işin icrasında gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Dolayısıyla da, istisna sözleşmesinde müteahhit, özen borcunu ihlalin yanında ayıba karşı tekeffülde soncun elde edilememesinden dolayı da sorumlu tutulurken, vekalet sözleşmesinde vekil ise işin icrasında yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin kusura dayalı olarak yalnızca özenle görülmemesinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda ise hiç özen göstermemesi veya eksik özen göstermesi söz konusu olacağından BK. m. 321, BK. m. 96 vd. madde hükümleri hakkında uygulanabilecektir. Hizmet sözleşmesinde de emek unsuru daima ön planda olmasına karşılık istisna sözleşmesinde emekten ziyade emek mahsulü bir eserin ortaya çıkarılması önem taşımaktadır. Dolayısıyla da hizmet sözleşmesinde belirli sonuç için sorumlu olunmamaktadır. İstisna sözleşmesinde işin kusurlu ( ayıplı ) görülmesinden ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olunmasına karşılık, hizmet sözleşmesinde işin özenle görülmemesinden sorumluluk söz konusu olmaktadır. Doktrinde istisna sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin örneksime yoluyla hizmet sözleşmesinde de uygulama yeri bulması gerektiği savunulmaktaysa da bizce, kanun koyucu tarafından öngörülen özen borcu belirli bir sonuca ulaşamamaktan dolayı sorumlu tutulmamanın sonucu olarak işin ayıplı görülmesi durumunda doğan ihtiyaçları karşılamaktadır. Kanun koyucu da işçiyi , bu durumdan, özen borcunun yanında ayrıca ayıba karşı tekeffülden de sorumlu tutmanın gereksiz bulunduğu kanaatine vararak, yalnızca BK. m. 321 hükmüne göre sorumlu tutmak istemiştir. Ancak işin ayıplı olarak görülmesinin ve özen borcuna layıkıyla riayet edilip edilmediğinin tespitinde MK. m. 2' de yer alan dürüstlük prensibi de göz önünde tutulmalıdır.

İstisna sözleşmesinden farklı olarak sürekli bir borç ilişkisi doğuran, kullanma ve yararlanma hakkı tanıyan kira sözleşmesinde de ayıba karşı tekeffül borcu düzenlenmiş olup, kiralanan şeyde ayıp teşkil eden durumlar kiralayanın tekeffül borcu içerisinde değerlendirilmiştir. Ancak kira sözleşmesinde kiralayan, kiralananı sözleşme süresince tahsis amacına uygun bulundurmakla yükümlü olduğundan, ayıba karşı tekeffül borcu da kira müddetince devam eden bir borç niteliğindedir. Ayrıca, kira sözleşmesinde önemsiz ayıp teşkil durumlarda onarım işi kiracının yükümlülüğü altındadır. İne istisna sözleşmesinden farklı olarak , kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar gibi külfetleri de yoktur. Diğer bir önemli fark da ayıba karşı tekeffülden doğan haklar bakımından görülmektedir. Zira, istisna sözleşmesinde eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine seçimlik haklar arasında müspet zararın tazmini isteme hakkı tanınmamışken, kira sözleşmesinde kiracı uğramış olduğu müspet zararın tazminini talep etme hakkına sahiptir. Ancak istisna sözleşmesinde temerrüde düşen müteahhitten ifadan vazgeçilmek suretiyle müspet zararın tazmininin talep edilebilmesi hakkının günümüzde etkin bir şekilde uygulanan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine ve tüketicinin ( istisna sözleşmesinde iş sahibinin ) menfaatlerinin en üst seviyede korunmasını amaçlayan anlayışa da uygun olacaktır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse, istisna sözleşmesinde eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu düzenleyen hükümler, satım sözleşmesi hükümleri örnek alınarak düzenlenmiş hükümler olmasına rağmen, satım ve kira sözleşmesinde ayıp halinde sorumluluğu düzenleyen hükümlerden tarihi, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere dayalı sebeplerle farklı nitelikte kendine has özelliği ve şartları olan bir sorumluluk düzeni hükümleri olduğu söylenilebilecektir.

## KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).
- AKINTÜRK, Turgut : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1989.
- ARTUKMAÇ, Sadık : İnşaat Hukuku, Ankara 1975.
- AYAN, Mehmet : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996.
- BECKER, Herman : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşmellişkileri, Madde: 184-551, Yargıtay Yayını No. 24, Ankara 1993.
- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUCHER, Eugen : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Erweirerte Aufl., Bern 1988.
- BROX, Hans : Besonderes Schuldrecht, 11. Aufl., München 1984.
- DALAMANLI, Lütfü : Borçlar Kanunu şerhi II, İstanbul 1977.
- DALAMANLI / KAZANCI : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990.
- DALAMANLI / KAZANCI : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. IV, İstanbul 1990.
- DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1993, (Dayınlarlı, İstisna).
- DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, (Dayınlarlı, Ademi ifa ).
- EDİS, Seyfullah : Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, ( Edis, Tekeffül ).
- EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri , Ankara 1989, ( Edis, Medeni ).
- ERDEM, Nafiz : Türk Borçlar Kanunu şerhi ve Davaları, C. II, Ankara 1988, ( Erdem, C. II ).
- ERDEM, Nafiz : Türk Borçlar Kanunu şerhi ve Davaları, C. III, Adana 1990, ( Erdem, C. III ).
- ERDOĞAN, İhsan : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD., C. III , Ocak-Haziran 1990.
- ESSER / WEYERS : Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991.

- FEYZİOĞLU, F. Necmettin : Borçlar Hukuku Hususi Kısım, C. I, İstanbul 1961.
- Federal Mahkeme Kararları,  
(Çev. Dayınlarlı) : RO 111 II 173 , JdT 1986, S. 3, 77, 78, İD. C. 12, Ekim 1986, S. 4.
- FİKENTSCHEER, Wolfgang : Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin - Newyork 1985.
- FUNK, Fırıtız : Borçlar Kanunu şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet / Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938.
- FRANKO, Nisim : Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981.
- GADIENT, A. Lenzlinger : Mangel - und Sicherungsrechte des Bauherrn im werkvertrag, Zürich 1994.
- GUHL / MERZ /  
KOLLER : Das Schieizeriche Obligationenrecht, Aucht Aufl., Zürich 1991.
- GAUCH, Peter : Der werkvertrag, 3. Vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1985.
- GAUTSCHI, Georg : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VI, 2. Abt, 3. Teilband; Derwerkvertrag, Bern 1967.
- GIGER, Hans : Kommentar zum schieizerischen Privatrecht, Band IV, 2. Abt. ; Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1. Teil b. ; Kauf, Tausch, Schenkung, Lieferung 2 : Art. 189 - 210 OR. Bern 1977.
- HATEMİ / SEROZAN /  
ARPACI : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- HONSELL, Heinrich : Schweizerischer Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991.
- JAUERNIG / SCHLECHTRIEM /  
STÜRNER / TEİCHMANN /  
VOLLKOMMER : Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987.
- KAPLAN, İbrahim : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983.
- KELLER / LÖRTSCHER : Kaufrecht, 1. Aufl., Zürich 1980.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- KURAL / KILIÇBAY /  
İZMİR : İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988.
- KLUNZINGER, Eugen : Einführung in das Bürgerlicherecht, 2. Aufl., München 1989.
- LARENZ, Kari : Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977.

- MARTEN, Alfred : Borçlar Kanunu şerhi, Hukuku Medeniye Akitleri , C.II, Adliye Vekaleti, İstanbul 1931.
- MEDİCUS, Dieter : Kaufvertrag und werkvertrag, Juristische Schulung, April 1992, Heft 4, ( Medicus, Kaufvertrag ).
- MEDİCUS, Dieter : Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Aufl., München 1987, (Medicus, Schuldrecht).
- MUSIELAK, H. Joachim : Grundkurs BGB 4. Aufl., München 1994.
- OLGAÇ, Senai : Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1970.
- ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Ankara 1995.
- ÖZ, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- PALANDT : BGB. 49. Aufl. , München 1990.
- PEDRAZZINI, M. Mario : Schweizerisches Privatrecht, VII. Band 1,(werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenvertrag) Basel und Stuttgart 1977.
- SEROZAN, Rana : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, (Serozan, Sözleşme).
- SEROZAN, Rana : Parça Borcu - Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım, S. 5., MHAD 1969, (Serozan, Parça).
- SELIÇİ, Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi, İnşaat).
- SELIÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi ( Doçentlik Tezi ), İstanbul 1972, (Sürekli Borç İlişkileri).-
- SCHMIDT, Rudolf : Bürgerliches Recht, Zweiter Band, Das Schuldrecht, Berlin 1953.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1989.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, İstanbul 1989.
- TAŞKENT, Savaş : Satıcının Ayıplı İfasına Karşı Alıcı Yararına Doğan Haklar, İBD. C. 48, S. 11-12, 1974.
- TORUN, Enis : İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, YD., C. 8, S. 4, Ekim 1982.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- TURANBOY, Asuman : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C. 41, S. 1-4, 1989-1990.

- VELİDEDEOĞLU /  
ÖZDEMİR : Türk Borçlar Kanunu şerhi (Genel-Özel),  
Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II,  
İstanbul 1993, (Yavuz, Borçlar, C. II) .
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I,  
İstanbul 1993, (Yavuz, Borçlar, C. I).
- YAVUZ, Cevdet : Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından  
Sorumluluğu, İstanbul 1989 , (Yavuz, Satıcı).
- ZEVKLİLER, Aydın : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara  
1995 .

