

# ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU VE BUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ

*Gross Fault Of Contractor In Contract Of Work And Period Of Limitation Related To This*

**Arş. Gör. Semih YÜNLÜ\***

## ÖZET

Bilindiği gibi, eser sözleşmelerinde en önemli meselelerden birisi “ayıp” hususudur. Çalışmamızda öncelikle, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ağır kusuru kavramı incelenecektir. İkinci olarak, ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri yüklenicinin ağır kusurlu olması haline göre değerlendirilecektir. Sonuç olarak esas mesele ise ağır kusur kavramının tanımlanması ve genel hükümlere göre tazminatın özellikle ağır kusur halinde uygulanacak zamanaşımı süreleridir.

**Anahtar Kelimeler:** Eser Sözleşmesi, Ayıp, Ağır Kusur, Zamanaşımı

## ABSTRACT

As is known, one of the most important matters in contracts of work is “defect” subject. In this study firstly, gross fault term in contracts of work will be considered. Secondly, period of limitation related to defect in gross fault of contractor will be evaluated. Finally, main matter is description of gross fault and periods of limitation will be applied especially in gross fault for compensation according to general provisions.

**Key Words:** Contract of Work, Defect, Gross Fault, Period of Limitation.

## I. GİRİŞ

“Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi” isimli bu çalışmada eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıplı ifası hususunda önem arz eden durumlardan ve 6098 sayılı TBK düzenlemesinde de yer alan “ağır kusur” ve buna ilişkin olarak “zamanaşımı” hususunda getirilmiş olan yeni düzenleme üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda ağır kusurluk kavramı değerlendirilecek ve özellikle de yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde iş sahibinin yükleniciden genel hükümlere göre isteyebileceği tazminatın tabi olacağı zamanaşımı incelenecektir.

## II. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Giriş yapmak gerekirse; eser sözleşmeleri bir tarafı yüklenici(müteahhit) diğer tarafı ise iş sahibi olarak nitelendirilen kişilerden oluşan bir sözleşme türüdür<sup>1</sup>. Bu sözleşmede yüklenici nitelik ve nicelikleri belirlenmiş olan bir eseri imal/inşa etmeyi ve ardından da iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır<sup>2</sup>. İş sahibi ise yüklenicinin bu borcuna karşılık kararlaştırılmış olan bedeli yükleniciye ödemeyi borçlanmaktadır<sup>3</sup>. Bu husus TBK md. 470’de “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre iş sahibi bedel ödemekle yükümlü iken, yüklenici hem eseri imal/inşa etmekle hem de eseri teslim etmekle yükümlüdür<sup>4</sup>. Eser teslimi borcu, kanunda açıkça sayılmamış olmakla birlikte<sup>5</sup> sözleşmeye ilişkin diğer hükümlerden ve borcun niteliğinden anlaşılmaktadır. Ayrıca yukarıda belirtilen asli edim borçlarının yanında yükleniciye yan borç olarak ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü öngörülmüştür (ayıpsız eser teslim etme yükümlülüğü). Bu borçların dışında ayrıca yüklenicinin sadakat ve özen borçları da bulunmaktadır<sup>6</sup>.

- 1 Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 11. bs., İstanbul, Beta, 2012, s. 435.; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 7.; Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2013, s. 27.; Emre Gökayla, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 12.
- 2 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 48.
- 3 Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5.; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel İlişkileri, 9. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 313.; Turan Şahin, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, SDÜ Hukuk Fakültesi, C. I, S. 2, 2011, s. 135.; İzzet Karadağ, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 35.; Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFH, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145.; Özge Yücel, “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Sürdürme Borcu”, AÜEHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 781.; Seda Öktem, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıntı Doğan Hakları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, 2006, s. 1947.
- 4 Yarg. 14. HD., 23.01.2007 T., 2006/9031 E., 2007/415 K.: “...Yüklenicinin temel borcu ise, eseri (bina-yı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından amaç, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir...”(K.İ.B.).
- 5 Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. bs., İstanbul, Der, 2010, s. 33.; Tandoğan, Özel II, s. 124.; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, AÜEHFD, C. V.; S. 1-4, 2001., s. 513.; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, İleri Kitabevi, 2013., s. 665.
- 6 Yaşar Engin Selimoğlu, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, Adalet, 2010, s. 84.; Yarg. 14. HD.,

Diğer taraftan, eser sözleşmesinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır<sup>7</sup>. Bu nedenle eser sözleşmeleri sözlü olarak (açık ya da örtülü irade beyanıyla) da yapılabilir. Ancak eser sözleşmesinin bazı özel türleri için buradaki şekil serbestisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, çift tipli karma yapıya sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilen sözleşmelerden olsalar da içerdikleri taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümlerden dolayı resmi şekle tabidirler<sup>8</sup>. Bunun gibi İnşaat sözleşmeleri de kural olarak şekle tabi olmadan yapılabilecekleri halde, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'nda şekle ilişkin uyulması gereken özel hükümler bulunmaktadır<sup>9</sup>. Öte yandan eser sözleşmesiyle bir taşınmazın inşa edilmesi ve mülkiyetinin geçirilmesi borçlanılmışsa bu eser

11.10.2011 T., 2011/9418 E., 2011/11817 K.: "...Gerçekten, yüklenicinin yapımını üstlendiği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve o hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, yüklenicinin hem sadakat ve hem de özen borcunu kapsar. Çünkü, iş görme niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir. Dolayısıyla, yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri sözleşmesine, amacına ve fenne uygun şekilde meydana getirmek zorundadır. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu eserdeki eksik ve ayıplı işler bedeli 2.650,00 TL olarak saptandığından, davalının bu miktarla sorumlu tutulması doğrudur..." (K.İ.B.).

- 7 Gümüş, a.g.e., s. 7.; Tandoğan, Özel II, s. 28.; M. Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3.; Erman, İnşaat, s. 17.; Leyla Müjde Kurt, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 43.; Yarg. 15. HD., 18.12.1997 T., 1997/4721 E., 1997/5462 K.: "...Ortada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmamaktadır. Yasaca eser sözleşmesi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Burada sözü edilen şekil bir sıhhat şartı olmayıp, ispat şartıdır. O halde eser sözleşmesinin adı biçimde yapılmış olması geçerli olduğundan mahkemece işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanılıp hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile sözleşmenin geçersiz olduğundan ve bu nedenle de cezai şart istenemeyeceğinden bahisle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir..." (K.İ.B.).
- 8 Tandoğan, Özel II, s. 29.; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin, 2008, s. 25.; Ettem Saba Özmen/Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, 2013, s. 53.; Nurettin Filinte/Duygu Pişkinçaya, "Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 84., S. 3., 2010, s. 1480.; Erman, İnşaat, s. 17.; Yaşar, a.g.e., s. 296.; Yarg. 16.12.2011 T., 2011/14301 E., 2011/14964 K.: "...Eser sözleşmesine dair sözleşme bir şekle bağlı olmasa da arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti eser bedeli olarak yükleniciye geçirmek zorunda olduğundan sözleşmenin Türk Medeni Kanununun 706, B.K.nun 213 ve Tapu Kanununun 26 ile Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca tapu sicil müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanun sözleşmenin geçerliliği ( sıhhati) için resmi şekil aradığından emredici kural gereği istisnalar dışında olsa dahi adi yazılı sözleşme geçersizdir, davalılar arasında yapılan böyle bir sözleşmenin varlığı yönümlenince kanıtlanmadan davacı yüklenicinin temlik işlemine dayanarak davalı arsa sahibini mülkiyet aktarımına zorlayamaz. Zira B.K.nun 167. maddesi gereğince borçlu ( arsa sahibi) temlik işlemine vakıf olup kendisinden edim talebinde bulunulunca temlik edene ( yükleniciye) haiz olduğu bütün deflery temellik eden ( davacı üçüncü kişiye karşı) da ileri sürer hale gelir..." (K.İ.B.).
- 9 İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 53.; Öz, a.g.e., s. 5.; Bkz.: DİK md. 57: "Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığını bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır. Satışlara ilişkin ihalelerde müşterinin aynı süre içinde ihale bedelini ve müşteriye ait bulunan vergi, resim ve harçları yatırmaması, diğer giderleri ödemesi gerekir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir."; Bkz.: KİK md. 46: "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir. İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez."

sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Örneğin, yüklenicinin kendi arsası üzerinde bir bina inşa edip mülkiyeti geçirmeyi borçlandığı eser sözleşmeleri de resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

Ayrıca uygulamada eser sözleşmelerinin değişik türleri ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan ve yüklenicinin borcunun binanın inşası ve teslimi, arsa sahibi sayılan kişinin bedel borcunun ise belirli arsa paylarının devri olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri<sup>10</sup>, bedelin para olarak ödendiği klasik anlamda taşınmaz inşaat sözleşmeleri<sup>11</sup>, yüklenicinin bina inşa etme borcuna karşılık arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlandığı ve inşa edilecek binanın üçüncü kişilere satılması sonucunda elde edilecek gelirin paylaşılmasının öngörüldüğü gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi<sup>12</sup> gibi türler ve bu sayılan sözleşmelerin de kendine özgü alt türleri bulunmaktadır.

### III. ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIP KAVRAMI

Yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin açıklama yapmadan önce ayıp kavramına değinmek gerekir. Öncelikle, burada eser sözleşmesine ilişkin ayıp kavramı üzerinde durulmakla birlikte, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerdeki ayıba ilişkin düzenlemelerin (seçimlik haklar, uyulması gereken külfetler vs. göz önüne alındığında) de eser sözleşmesindeki ayıba ilişkin hükümlere paralellik arzettiğini belirtmek gerekir<sup>13</sup>.

Ayıp kavramının birçok benzer tanımı yapılabilmektedir. Kanaatimize göre bir tanım yapmak gerekirse, eser sözleşmesi bağlamında ayıp, sözleşmede kararlaştırılan veya sözleşmede kararlaştırılmamış bile olsa objektif olarak eserde bulunması gereken nitelik ve niceliklerin bulunmaması, bulunmaması gerekenlerin ise bulunması olarak tanımlanabilir<sup>14</sup>.

Tanımlama yapılırken nitelik ifadesi yanında nicelik ifadesini de kullanmamızın nedenlerinden birisi ise, bina yapımını konu edinen inşaat sözleşmelerinde teslim edilen binanın bağımsız bölümlerinin metrekaresinin sözleşmede kararlaştırılardan daha düşük çıkmasının nitelendirilmesine ilişkindir. Bilindiği üzere ayıplı ifa ve eksik

10 Köksal Kocağa, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu", TBB Dergisi, S. 85, 2009, s. 86.; Özmen/Karaman, a.g.e., s. 47.; Erman, İnşaat, s. 1.; Yaşar, a.g.e., s. 291.; Yarg. 14. HD., 04.07.2007 T., 2007/7962 E., 2007/8738 K.: "...Burada yüklenicinin borcu, arsa sahibine ait arazi üzerine sözleşmesine, amaca ve fenne uygun bir bina imal ederek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin temel borcu ise, kendisine teslim edilen binadan sözleşmeyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümler tapu kaydını ona aktarmaktır..." (K.İ.B.).

11 Öz, a.g.e., s. 53-97.

12 Emrehan İnal, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 141 vd.

13 Krş.: TBK md. 223, 227, 474, 475, 477...

14 Yarg. 14. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: "...Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır..." (K.İ.B.).

ifanın birbirinden farklı kavramlar olduğu kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Eksik ifa, sözleşmede belirtilen işlerin bazılarının veya tümünün kısmen veya tamamen yapılmamasını ifade etmektedir<sup>16</sup>. Yargıtay, inşaat sözleşmelerinde sözleşmeye aykırı şekilde metrekare olarak küçük yapılmış bağımsız bölümleri eksik ifa olarak kabul etmekte iken, bizim de katıldığımız görüşe göre bağımsız bölümlerdeki metrekareselel eksiklikler ayıp kavramına dahil sayılmalıdır<sup>17</sup>. Bu nedenle tanımlamada nitelik ifadesinin yanında nicelik ifadesinin de kullanılmasını uygun görüyoruz.

Diğer taraftan ayıplar, normal bir muayene ile ortaya çıkarılabilecek “açık ayıp”<sup>18</sup>, normal bir muayene ile ortaya çıkmayacak olan ve ancak kullanma ile beliren “gizli ayıp”<sup>19</sup>, yapının fiziki özelliklerine ile alakalı olan “maddi ayıp”, genellikle kamu hukuku kurallarına aykırılığı ifade eden “hukuki ayıp”, eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunu ifade eden “tam önemli ayıp”<sup>20</sup>, seçimlik hak olarak yalnızca bedel indirimi veya ücretsiz onarımın kullanılabileceği “az önemli ayıp”, teslim sırasında var olan ayıpları teşkil eden “asli ayıp”<sup>21</sup>, asli ayıplara bağlı ve sonradan ortaya çıkan ayıpları ifade eden “tali ayıp”<sup>22</sup>, ekonomik getirilere ilişkin ayıpları ifade eden “ekonomik ayıp”<sup>23</sup> gibi türlere ayrılmaktadır.

- 15 Erman, İnşaat, s. 199.; Yarg. 14. HD., 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.: “...Taraflar arasında 22.7.2009 tarihli iki ayrı “sipariş sözleşmesi” başlıklı sözleşme ile bir eser ilişkisinin kurulduğu tartışmalı değildir. Çekişme, eserde eksik veya ayıplı işler olup olmadığı ve bunların bedellerinin ne olacağı noktasındadır. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfların meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Ayıbın bir ayrımı da, açık-gizli ayıp olarak yapılmaktadır. Eserdeki açık ayıpların B.K.nun 359. maddesi gereğince imar olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutata cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde ortaya çıkacağından Borçlar kanununun 562 nci maddesi uyarınca öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici gerek açık gerekse gizli ayıplı işlerin mesuliyetinden kurtulur. Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez. Dolayısıyla eserde eksik iş saptanırsa bundan B.K.nun m. 360 hükmüne göre yüklenici daima sorumludur...” (K.İ.B.).
- 16 Büyüyükay, a.g.e., s. 102.; Mustafa Cahit Günel, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 412.; Erman, İnşaat, s. 199.; Yarg. 15. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: “...Fakat eksik iş, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından eğer orta yerde eksiklik varsa ayıp ihbarı gerekmez. Çünkü ayıp ihbarı, teslimi yapılan imalatlarla ilgilidir...” (K.İ.B.).
- 17 Bkz.: Yarg. 15. HD., 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K.: “...Eser sözleşmesine göre yüklenici sözleşme hükümlerine ve projesine uygun olarak davacıya ait daireleri yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bağımsız bölümlerdeki mesaha küçüklüğü eksik iş niteliğinde olup, davacının bu nedenle uğradığı zararın tahsiline hükmedilmesi gerekir...”
- 18 Bkz.: Büyüyükay, a.g.e., s. 98.; Selimoğlu, a.g.e., s. 121.; Şahin, a.g.e., s. 140.; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin, 2003, s. 130.
- 19 Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 41, S. 1-4, 1889-1890, s. 161., Uçar, Ayıp, s. 130; Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.: “...Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür...” (K.İ.B.).
- 20 Bkz.: Tandoğan, Özel II, s. 167.; İlker Hasan Duman, 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş: Staj Eğitim Merkezi Ders Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2011, s. 149.
- 21 Bkz.: Erman, İnşaat, s. 126.; Büyüyükay, a.g.e., s. 100; Uçar, Ayıp, s. 134.
- 22 Bkz.: Uçar, Ayıp, s. 134.; Erman, İnşaat, s. 126.; Büyüyükay, a.g.e., s. 100.; Duman, a.g.e., s. 148.
- 23 YHGK, 02.11.2011 T., 2011/1713-468 E., 2011/666 K.: “...Hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır ( Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi ). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi

## IV. YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU

Yüklenicini ağır kusurundan bahsetmeden önce, eser sözleşmelerinde kusur kavramına ilişkin bir kaç hususu belirtmek gerekir. Bunlardan ilki ayıplara ilişkin kavramsal ifade olarak 818 sayılı kanunumuzla 6098 sayılı kanunumuz arasındaki farktır. Eski kanunumuzda 360. maddede “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir...*” ifadesinde görüldüğü üzere ayıba ilişkin olarak kusur kavramı kullanılmıştı. Kusurun insanlara özgü durumları ifade etmesinden dolayı bu kelimenin yeni kanunda ayıp şeklinde değiştirilmesi yerinde olduğu belirtilmektedir<sup>24</sup>.

Kural olarak yüklenicinin ayıplardan dolayı sorumluluğu bakımından kusurlu olup olmaması iş sahibinin seçimlik hakları bakımından bir önem arz etmemektedir. Dolayısıyla iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır. Ancak, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat istenebilmesi için yüklenicinin kusurunun varlığı aranmaktadır<sup>25</sup>.

Son olarak yüklenicinin kusurunun arandığı bir başka husus ise iş sahibinin sözleşmeye teslimden önce müdahale ederek sözleşmenin devamını bir üçüncü kişiye başvurarak devam ettirmesine ilişkindir. Buna göre, eğer iş sahibi tüm durum ve koşullara göre eserin yüklenicinin kusuruyla ayıplı olacağını kesin bir şekilde öngörebiliyor ise<sup>26</sup>, yükleniciye durumu bildirmek, uygun bir süre vererek ayıbın veya aykırılığın giderilmesini istemek kaydıyla, yüklenici buna uymadığı takdirde eserin onarımını veya sözleşmenin ifasını masrafları yükleniciye ait olmak üzere bir üçüncü kişiye verebilecektir. Bahsi geçen durum 473. maddede “*...Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’umuzda eser sözleşmesinde ayıptan kaynaklanan hakların

---

vasıflarında eksiklik olmasıdır...” (K.İ.B.)

24 Öz, a.g.e., s. 209, dn. 90.

25 Turanboy, a.g.e., s. 177.; Erman, İnşaat, s. 157; Uçar, Ayıp, s. 210.; Büyükyay, a.g.e., s. 132.; Yarg. 15. HD., 21.12.1993 T., 1993/1 E., 1993/5450 K.: “*...Niksar Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1990/119 Değ. İşi. sayılı tesbit dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancası ve blok numuneler üzerinde yapılan laboratuvar incelemesine göre mevcut yapının inşaatına devam edilmesinin mümkün olmadığı ve böylece yıkılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu uzman bilirkişilerden oluşan kurula hesaplattırılarak bulunacak miktardan da 4.500.000 TL. tenzil edilmek suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirdi...*” (K.İ.B.).

26 Bkz.: Öz, a.g.e., s. 195.; Duman, a.g.e., s. 58.

kullanılması için belirlenmiş olan zamanaşımı süreleri “alıcının tabi olduğu zamanaşımı süresi”ne tabi kabul edilmiş iken, gayrimenkuller için ise teslim tarihinden itibaren 5 yıllık bir süreye bağlanmıştır. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunumuz ise hem eski atfından vazgeçmiş ve taşınırlarda zamanaşımını 2 yıllık süreye bağlamış, hem de bu sürelerle yüklenicinin ağır kusuru kavramını eklemiştir.

Bilindiği üzere eski kanun döneminde eserdeki ayıplardan kaynaklanan bu zamanaşımı süre 5 yıl ile sınırlı idi. Ancak yaşanan gelişmeler ışığında kanun koyucu düzenlemeler yoluna gittiği hükümlerden biri de bu noktada oldu. “99 depremi” olarak bilinen doğal afetle yaşanan can kayıpları, taşınmazlarda ortaya çıkan ayıpların somut olaylarda yaratabileceği maddi ve manevi yıkımları göz önüne getirmiştir. Bunun gibi, bazı eserlerde ayıpların çok sonradan ortaya çıkabilmesi ve sonuçlarının ağır sonuçlara yol açıyor olması nedeniyle ve hakkaniyet gereği yeni TBK hükmünde yüklenicinin eseri ayıplı olarak inşa etmesi kavramına ağır kusur ihtimali de ismen sayılarak eklenmiş ve buna ilişkin zamanaşımı süresi diğer sürelerden dikkat çekici şekilde ayrılarak 20 yıl gibi uzun bir süreye yayılmıştır. Bunda şüphesiz, yukarıda da belirtildiği üzere, 1999 depreminin ve eser sözleşmesinin özel bir türü olan inşaat işlerinin kendine özgü yapısının da etkisi vardır<sup>27</sup>.

Öncelikle değinilmesi gereken ilk mesele ağır kusur kavramına ilişkindir. Hangi durumlarda yükleniciyi ağır kusurlu saymalıyız? İlk olarak belirtmek gerekir ki yüklenicinin kasten, bilerek, isteyerek meydana getirdiği ayıplar bakımından duraksama olmayacaktır<sup>28</sup>. Zira kast kavramı sözleşmeye ilişkin en ağır ihmali ifade edecektir. Yüklenici, sıfatı gereği de eser sözleşmelerinin uzman tarafını teşkil etmektedir. Ortaya çıkarılmak istenen eserin sahip olması gereken nitelikleri, nicelikleri, imal ve inşa işinde kullanılması gereken teknikleri bilen ve bilmesi gereken taraf da yüklenicidir. Bu nedenlerle yüklenici üzerine aldığı eseri imal/inşa borcu bakımından uzman sıfatına sahip olmaktadır. Dolayısıyla yüklenici ortaya koyulmak istenen eserin ayıpsız bir şekilde ortaya çıkarılması için tüm bilgi, beceri ve imkanlarını kullanmalıdır. Örneğin yüklenici yapının ayıplı olacağını gördüğü halde uygun olmayan malzemeler kullanmak suretiyle inşa işine başlar veya devam ederse burada yüklenicinin kastından bahsedilebilecektir. Sonuç olarak yüklenicinin kasti davranışlarının yüklenicinin ağır kusurlu sayılmasının en açık örneği olacağı aşıkardır. Bu nedenle yüklenici, kasti davranışlarıyla eserin ayıplı olmasına sebebiyet vermesi halinde bunda ağır kusurlu sayılacak sayılacak ve buna ilişkin zamanaşımı süresi de 20 yıl olarak uygulanacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi yüklenici, eser sözleşmelerinin uzman tarafını teşkil etmektedir. Bu nedenle (ve çoğu zaman) iş sahibi taraf imal/inşa edilecek şey konusunda teknik bilgiye sahip olmayacaktır. El yapımı ud siparişi veren kişi, terziye elbise dikti-recek olan taraf, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi çoğu zaman sipariş ettiği eserin yapımına ilişkin bilgilere sahip olmayacaktır. Bu kişilerin bu konularda

27 Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2013, s. 524.

28 Bkz.: Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı Ve Akdi Mes’uliyet, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 54.

teknik bilgilere sahip olması da gerekmemektedir. Buna karşılık, üzerine bir eser oluşturma işi alan yüklenici ortaya çıkaracağı esere ilişkin gerekli tüm bilgilere sahip olmalıdır. Bu bilgilere sahip olmasa dahi yüklenici sıfatına sahip kişinin bu hususlara hakim olması beklenir.

Somut sözleşmede iş sahibinin eserin sahip olması gereken niteliklere, kullanılmasi gereken malzemeye, işçiliğe ilişkin bilgi sahibi olması da gerekmeyecektir. Kural olarak iş sahibinin ortaya çıkarılması istenen esere ilişkin belirlemeler yaptığı durumlarda, bu talimatlara ve isteklere uyulmamış olması eserin ayıplı olması sonucunu doğuracaktır. Zira eser, sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklere aykırı yapılmış olacaktır.

Ancak, iş sahibi her zaman, istediği eserin sahip olması gereken tüm özellikleri yükleniciye bildirmiş olmakla yükümlü değildir. Örneğin, somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye 300'er metrekareden, her katta üç daire bulunmak üzere 18 katlı bir binanın inşa edilmesini istemiş olabilir. Görüldüğü üzere bu örnekte arsa sahibi bazı belirlemeler yapmış olmakla birlikte, binanın sahip olacağı çok sayıda nitelik hususunda ise bir kısıtlama veya istek ileri sürmemiştir. Ancak yüklenici yine de geri kalan hususlar bakımından sınırsız bir özgürlüğe sahip olmayacaktır.

Bu noktada ihmale ilişkin açıklama yapmak gerekecektir. Kast halinde ağır kusura ilişkin hükümlerin devreye gireceğini belirtmiştik. İkinci olarak yüklenicinin ağır bir ihmali de söz konusu olabilecektir. Ağır ihmal ise, ortalama bir insanın normal şartlar altında aynı veya benzer bir durumda göstermesi gereken dikkat ve özen olarak tanımlanabilecektir<sup>29</sup>. Buna göre yüklenici içinde bulunduğu durumun özelliklerine göre ortalama bir kişinin gösterdiği özeni göstermediği takdirde ağır kusurlu sayılabilecektir.

Yukarıda yüklenicinin niteliği gereği sözleşmenin uzman tarafı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, eser sözleşmeleri bakımından yüklenici ortalama bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özen ölçüsünden yararlanamaması gerekir. Bu nedenle yüklenicinin ihmale ilişkin sorumluluğunun normal bir insana göre değil, aynı veya benzer işleri yapan yükleniciler arasında karşılaştırma yapılarak belirlenmesi daha sağlıklı ve doğru sonucu ortaya koyacaktır. Dolayısıyla yüklenicinin eserin ayıplı olmasında kusurunun derecelendirilmesi için aynı veya benzer bir işi yapan yüklenicinin göstermesi gereken dikkat, özen, sadakat borçlarıyla birlikte değerlendirilmesi lazım gelecektir.

Yukarıdaki örneğimize geri dönecek olursak; görüldüğü üzere somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde birçok husus kararlaştırılmadan geçilmiştir. Bu noktada yüklenici en azından orta kalitede bir inşaatı ortaya koymak zorunda olmakla birlikte, somut olaydaki şartlara göre kullanılmasi gereken malzemelerin ve eserin nitelikleri değişiklik gösterebilir. Buna göre yapılacak inşaatta kat maliklerine düşecek arsa paylarının değerinin 4 milyon TL olacağı bir binanın taşınması beklenen nitelikler ile yine çplak arsa paylarının değeri 50 bin TL olan bir binanın taşınması beklenebilecek nitelikler şüphesiz farklı olacaktır. Sözleşmede herhangi bir belirleme yapılmamış olsa dahi bu bahsi geçen yerlerden birinde kullanılacak malzemelerin (ışıklandırma sistemleri,

29 Tandoğan, Mes'uliyet, s. 55.

döşemeler, kaplamalar vs.) diğeri için aşırı lüks ve gereksiz olacak olması, yine aynı şekilde birinde kullanılan malzemelerin diğeri için aşırı değersiz ve basit kalacak olması nedeniyle, yüklenici tüm bu durumları değerlendirerek ona göre uygun hareket etmelidir. Paralel şekilde yukarıda verilen 18 katlık bina örneğinde, her ne kadar bir belirleme yapılmamış olmasına rağmen yüklenicinin binayı asansör de bulunacak şekilde inşa etmesinin beklenmesi gerekir. Uzmanlığı gereği yüklenicinin bu gibi durumları öngörerek buna göre hareket etmesi gerekecektir. Ancak yüklenicinin yine de arsa sahibine durum bildirilerek ondan onay alınması faydalı olacaktır.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse; öncelikle yüklenicinin kasti davranışları onun ağır kusurlu addedilmesine neden olacaktır. Bunun gibi, yüklenicinin normal şartlar altında, aynı veya benzer işi yapan bir yüklenicinin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi ve buna bağlı olarak mesleki uzmanlığını somut olay şartlarına uygun şekilde kullanmaması hallerinde de ağır kusurlu sayılır. Dolayısıyla bahsi geçen durumlarda eser sözleşmesinde yüklenici ağır kusurlu sayılacak ve buna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

## V. YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU HALİNDE UYGULANACAK ZAMANAŞIMI

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin ağır kusurlu olmasının en büyük sonucu ise ayıba ait hakların kullanılmasına uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkindir. Yukarıda bahsedildiği üzere 818 sayılı kanunumuzda zamanaşımına ilişkin madde; *“Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.*

Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin *mütaahhide ve inşaata iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.*” şeklinde düzenlenmişti<sup>30</sup>.

Zamanaşımı hususu yeni kanunumuzda ise *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* şeklinde kaleme alınmıştır<sup>31</sup>.

Buna göre yeni kanunumuz döneminde yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmesi halinde açılacak olan davalar, taşınır, taşınmaz ve yüklenicinin ağır kusurlu olduğu haller olarak üç farklı zamanaşımı tabi olacaktır. Öncelikle eser sözleşmesinin konusunu oluşturan ayıplı taşınırlara ilişkin süre kanunda açıkça belirtildiği üzere iki yıldır<sup>32</sup>. Bu süre eserin iş sahibine teslimi ile başlayacaktır<sup>33</sup>.

30 BK md. 363.

31 TBK md. 478.

32 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

33 Gümüş, Özel II, s. 70; Zevkçiler/Gökyayla, a.g.e., s. 525; Kurt, a.g.e., s. 43.; Uçar, Teslim, s. 548.;

İkinci süre ise konusunu taşınmazların oluşturduğu eser sözleşmelerine ilişkindir. Buna göre konusunu taşınmazların oluşturduğu eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı eserden sorumluluğuna ilişkin açılacak davalar teslim tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır<sup>34</sup>.

Son olarak 6098 sayılı kanunumuzda yeni olarak yer alan “ağır kusur kavramı çerçevesinde” yüklenicinin ağır kusurlu olduğu eser sözleşmelerinde ise zamanaşımı süresi teslimden itibaren 20 yıl olarak uygulanacaktır<sup>35</sup>. Her ne kadar çıkış noktası 1999 depremi ve inşaat sözleşmeleri olduğu belirtilmiş olsa da bahsi geçen 20 yıllık süre maddenin lafzi ışığında hem taşınmaz hem de taşınırlara uygulanacaktır.

Zamanaşımına ilişkin hususiyet arzeden durumlardan bir tanesi ise yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına ilişkindir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin genel hükümlere tazminat hakkına ilişkin zamanaşımı içi genel hükümlere ve öncelikle 146. ve 147. maddelere bakmamız gerekecektir. 146. maddeye göre kanunda aksi belirtilmedikçe her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. 147. maddedeki düzenlemeye göre ise yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusurla hiç ya da olması gerektiği gibi yerine getirmemiş olması halinde eser sözleşmesinden doğan alacakların 5 yıllık zamanaşımına tabi olacakları kaleme alınmıştır.

Belirtilen maddeler incelenecek olursa; öncelikle 147. madde hükmünden anlaşıldığı kadarıyla eser sözleşmesinde ayıplı eser karşısında haklarını kullanmak isteyen iş sahibinin riayet etmesi gerekli olan zamanaşımı 5 yıl olacaktır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde 475. maddede sayılan seçimlik haklarını (Sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarımı) kullanmak isteyen iş sahibi taşınırlarda 2 yıl ve taşınmazlarda 5 yıllık süreye uymak zorunda olacaktır. Diğer taraftan genel hükümlere göre istenecek tazminatın tabi olacağı zamanaşımı süresinin ise 5 yıl olacağı sonucuna varmak gerekecektir. Bu nedenle eser sözleşmesinde iş sahibi seçimlik haklarıyla karşılanamayan zararını genel hükümlere başvurmak suretiyle 5 yıl içerisinde talep ve dava edebilecektir.

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir mesele ise yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresine ilişkindir. Ağır kusur harici durumlarda 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını yukarıda belirtmiştik. Yüklenicinin ağır kusurunun varlığında ise kanımızca 2 farklı zamanaşımı süresinin karşılaştırılması gerekecektir. Buradaki ilk süre 146. maddedeki 10 yıllık süre ve 478. maddedeki 20 yıllık süredir.

Burada uygulanması gereken zamanaşımı süresine ilişkin iki ihtimal ortaya çıkabilir. İlk ihtimale göre, iş sahibi, yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını kullanmak istediği taktirde 475. maddede yapılan

Aydoğdu/Kahveci, a.g.e., s. 679.

34 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

35 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

atf dolayısıyla doğrudan ve sadece genel hükümlere gitmeliyiz. Bahsi geçen hüküm 475. maddede yer alan hüküm "...iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır..." şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin lafzına ve atf yaptığı hükümler değerlendirildiği takdirde yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında tazminat isteme hakkını kullanmak isteyen iş sahibinin yalnızca genel hükümlerin çizdiği sınırlar içerisinde kalması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Çünkü 475. madde özel olarak düzenleme yaparak genel hükümlere gidilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu yoruma göre taşınır veya taşınmaz eserlerde iş sahibin tazminat isteme hakkı kural olarak 147. madde hükmüne göre 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Diğer taraftan yüklenicinin ağır kusurunun var olduğu eser sözleşmelerine ise yine aynı madde ve genel zamanaşımı süresini düzenleyen 146. madde hükümleri göz önüne alındığında 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı sonucu ortaya çıkarılabilir. Dolayısıyla lafzi yorum bizi 146. ve 147. maddelerdeki 5 ve 10 yıllık süreleri kullanma sonucuna götürecektir. 20 yıllık sürenin düzenlenmemiş olduğu eski kanun döneminde de Yargıtay'ın, ağır kusur halinde 10 yıllık zamanaşımı süresine itibar ettiği görülmektedir<sup>36</sup>.

Bu duruma ilişkin ikinci bir yorum daha yapılabilecektir. Şöyle ki, her ne kadar kanunun lafzı bizi genel hükümler çerçevesinde hareket etmeye zorluyor olsa da, diğer taraftan kanunun ve ağır kusura ilişkin düzenlemenin getiriliş mantığını da ele almak gerekir. Bu nedenle 475. madde yalnızca genel hükümlerden bahsetmiş olsa bile, 478. maddede ağır kusur halinde hem taşınmaz hem de taşınır eserler için uygulanacak 20 yıllık sürenin bulunması karşısında farklı bir yorum yapmanın da mümkün olacağı söylenebilir.

Kanımızca yukarıda belirtilen maddelere göre lafzi yorumla 5 yıl ve 10 yıllık sürelerin uygulanması kabul edilebilecek olsa da, kanunun ve eser sözleşmesi için getirilen yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin düzenlemenin ruhuna ve mantığına da uygun olarak, yüklenicinin ağır kusurunun var olduğu eser sözleşmelerinde iş sahibini tazminat hakkına ilişkin zamanaşımı süresini 20 yıl olarak ele almak yerinde olacaktır. Sonuç olarak bize göre taşınır veya taşınmaz olduğuna bakılmaksızın eser sözleşmelerinde genel hükümlere göre tazminat istenebileceğine ilişkin düzenlemeden faydalanacak olan iş sahibi bu hakkını 5 yıl ve ağır kusurun söz konusu olduğu hallerde ise 20 yıl içinde kullanmalıdır. Bunun dışında ayıplı eser karşısında kullanılmak istenen seçimlik haklar ise yine kanunda belirtildiği şekilde taşınır için 2, taşınmazlar için 5 ve yüklenicinin ağır kusuru halinde tüm eserler için 20 yıl olarak uygulanmaya devam edecektir.

36 Yarg. 15. HD., 23.11.2006 T., 2006/6624 E., 2006/6807 K.: "...Yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki teslim tarihinde son bulmuştur. Bu tarih, kesin kabulün onay tarihidir. 2886 sayılı Yasa'nın göndermede bulunduğu BK'nın 363. maddesi, aynı Yasa'nın 6763 sayılı Yasa'yla değişik 126 /son maddesi hükmü karşısında uygulanamaz hale gelmiştir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda, satım aktinde uygulanan BK'nın 215. maddesinin tatbiki mümkün değildir. BK'nın 126 /son maddesi hükmünce de yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç 5 yıllık zamanaşımı tabi olacaktır. Buna göre yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmedeği ve ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı iş meydana getirmiş olduğu haller madde kapsamı dışında bırakıldığından bu gibi durumlarda BK'nın 125. maddesinde yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir..." (K.İ.B.)-(Nihat Yavuz, Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Adalet Yayinevi, Ankara, 2011, s. 158.).

Değınilmesi gereken bir diğler husus ise yeni kanunumuzda düzenlenen bu zamaşımı sürelerinin uygulanmasına ilişkindir. Bunun için yeni kanunumuzun yürürlüğüne ilişkin Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bakmamız gerekecektir. 6101 sayılı bu kanuna baktığımızda; md. 5/1'e göre yeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden önce başlamış olan süreler devam edeceklerdir. Dolayısıyla bu sürelerin, eski kanun döneminde başlamış sürelerle bir etkisi olmayacak ve bu süreler işlemeye devam edecek, bitmiş süreler canlanmayacaktır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre eski kanunda bulunmayan ve yeni kabul edilmiş bir süre bulunması ve bu süre de eski kanuna göre dolmuş ise iş sahibi açık hüküm gereği yürürlük tarihinden 1 yıllık ek bir süreden faydalanabilecek idi. Diğler durumlarda ise yeni düzenlemede getirilen 20 yıllık süre baştan itibaren uygulanacaktır.

## VI. SONUÇ

İlk olarak yüklenicinin ağır kusuruna bakılacak olursa; eser sözleşmesinde yüklenici ayıplı bir eser ortaya çıkarılması halinde buradaki kusurunu ilk olarak normal şekilde ikinci olarak ise ağır kusur başlığı altında değerlendiriyoruz. Bu noktada tanımlanması gereken ise şüphesiz ağır kusur kavramıdır.

Öncelikle ağır kusur kavramının içerisine yüklenicinin kastının gireceğinde tereddüt bulunmamak gerekir. Zira ayıplı eserin ortaya çıkarılmasında yüklenicinin göstereceği en ağır davranış türü kast olacaktır. Kast ise bilerek ve isteyerek hareket etmektir. Dolayısıyla yüklenicinin ayıplı malzeme, üretim tarzı, kullanılan teknikleri bilerek ve isteyerek kullanmış olması açık ve bariz bir şekilde ağır kusurlu olmasına neden olacaktır. Bu nedenle ayıplı eserin imal/inşa edilmesine kasti davranışlarıyla sebebiyet veren yüklenicinin ortaya çıkardığı eser, ağır kusura ilişkin hükümlere tabi tutulacaktır.

Yüklenicinin ağır kusurlu sayılmasına neden olacak ikinci ihtimal ise üzerine aldığı işin imal/inşasına ilişkin ağır ihmaldir. Buna göre ortalama bir insanın normal şartlar altında aynı veya benzer bir işin görülmesi aşamasında göstermesi beklenen ortalama dikkat ve özenin gösterilmemiş olması kişiyi ağır kusurlu yapacaktır. Eser sözleşmesi açısından bakıldığında yüklenicinin durumu biraz daha ağır olacaktır. Zira yüklenici sözleşmenin uzman tarafını teşkil etmektedir. Bu nedenle ağır kusur bakımından ölçüt aldığımız, gösterilmesi gereken dikkat ve özen hususu, normal bir insana göre değil, aynı veya benzer bir işi yapan yükleniciye göre esas alınmalıdır. Dolayısıyla, yukarıda verdiğimiz çeşitli örneklerde de görüleceği üzere her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

Değindiğimiz ikinci mesele ise ağır kusura ilişkin uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkindir. Buna göre ister bir taşınmaza isterse bir taşınıra ilişkin olsun, eser sözleşmesinde genel hükümlere göre tazminat isteyecek olan iş sahibi kural olarak bu alacağını 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürmelidir. Ancak yüklenicinin ağır kusurlu olduğu eser sözleşmelerinde ayıptan doğan tazminat hakkını kullanacak olan iş sahibinin tabi olacağı zamanaşımı süresi bakımından iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, eğer kanunun lafzı dikkate alındığı taktirde genel hükümlerin çizdiği sınırlar içinden çıkılmayarak, 5 yıl ve ağır kusur halinde ise genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresini uygulamak gerekecektir.

Bizce de uygun olan diğer yoruma göre ise kanunun ve ağır kusura ilişkin düzenlemenin ruhuna göre hareket etmek gerekecektir. Diğer taraftan, genel hükümlere göre istenebilecek olan tazminatın, seçimlik haklarla karşılanamayan zarara ilişkin olarak kullanıldığı da düşünüldüğünde, seçimlik hakların 20 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmasına karşılık, tazminat isteme hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin 10 yıl olarak kabul edilmesi bu hususta sıkıntılar ortaya çıkarabilecektir. Dolayısıyla, yüklenicinin ağır kusuruyla ayıplı bir eser imal veya inşa ettiği eser sözleşmelerinde, iş sahibi ayıba ilişkin haklarıyla birlikte veya tek başına tazminat hakkını kullanmak istediği durumda, artık kanunun amacına ve ruhuna göre hareket edilerek 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması daha uygun düşecektir.

