

**İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN SATIŞ VE ESER
SÖZLEŞMELERİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA
YÖNELİK ZAMANAŞIMI HÜKÜMLERİNİ (ART.
210 VE 371 OR) REVİZE EDEN 16 MART 2012
TARİHLİ İSVİÇRE FEDERAL KANUNU'NUN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**EVALUATION OF THE SWISS FEDERAL LAW DATED 16 MARCH
2010 WHICH AMENDS PROVISIONS OF THE SWISS CODE OF
OBLIGATIONS RELATING TO THE PERIOD OF LIMITATIONS
FOR DEFECTS LIABILITY IN CONTRACTS OF SALE AND
CONTRACTS OF WORK**

Murat AYDOĞDU*

Serdar NART**

Özet: İsviçre'de 1 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren 16 Mart 2012 tarihli Kanun ile OR 210 ve 371 hükümleri değiştirilmiş, ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresi eşyanın tesliminden itibaren bir yıldan iki yıla çıkartılmış (Art.210/I OR); kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli “Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun”un (Kulturgütertransfersgesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada sürenin, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığına yönelik eşyanın satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yıl olduğu kabul edilmiştir. Keza taşınmaz bir eserle bütünleştirilen taşınırın, taşınmaz eseri ayıplı hale getirmesi halinde zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu; kullanılmış eşyada bir yıldan az olmamak kaydıyla sürenin azaltılabileceği, ancak satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmiş olması ve alıcının kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş olması halinde (yani tüketici işlemlerinde) sürelerin kısaltılamayacağı (Art.210/IV OR) öngörülmüştür. Satım sözleşme ile uyum sağlamak amacıyla benzer şekilde, eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıp sorumluluğu ile ilgili hükümdede, eserin tesliminden itibaren zamanaşımı süresi bir yıldan iki yıla çıkartılmış, ancak eşyanın taşınmaz esere bütünleştirilmesi ile taşınmaz eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa beş yıllık bir zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (Art.371/I OR). Çalışmamızda bu değişikliklere değinilecektir.

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Anahtar Kelimeler: Borçlar Hukuku, İsviçre Satış ve Eser Sözleşmesinde Ayıp Sorumluluğu, Zamanaşımı Süresi Değişikliği, Kültürel Varlık

Abstract: Article 210 and 371 of OR is amended as well by law dated 16 March 2012 which is entered into force on the date of 1 January 2013 in Switzerland and period of limitation for defects liability is increased from one year to two years that begins to run since the delivery of goods (Art.210/I OR). With regard to cultural properties, it is admitted that period of limitation for properties subject to Article 2/I of Law on Transfer of Cultural Properties (Kulturgütertransfergesetz) dated 20 July 2003, is one year that begins to run since the occurrence of defect and is thirty years in all cases that begins to run since the execution of contracts concerning sale of cultural properties, Likewise, it is admitted that, period of limitation is five years for defective goods correlated with an immovable construction and arising from an immovable work, it is reducible for jumble sales provided that no fewer than one year but it is irreducible if the seller is acted in the framework of commercial or occupational activity or for personal or familial needs (for consumer transactions) (Art.210/IV OR). Similarly, it is extended from one year to two years since the delivery of work in the provision relating to the contracts of work and five year limitation period is admitted for defective goods correlated with an immovable construction and arising from an immovable work, (Art.371/I OR). In our study, these amendments will be mentioned.

Keywords: Law of Obligations, Amendment of Period of Limitation for Defect Liability in Swiss Contracts of Sale and Contracts of Work, Cultural Property

I. GENEL DEĞERLENDİRME

İsviçre'de 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren 16 Mart 2012 tarihli Federal Kanun¹ (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche

¹ Änderungen vom 16 März 2012 zum Obligationenrecht (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag, Verlängerung und Koordination -Satım ve Eser Sözleşmelerinde Sorumluluk Taleplerine İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Sürelerin Uzatılması ve Koordinasyonuna İlişkin 16 Mart 2012 Tarihli Borçlar Hukuku Değişiklikleri). Almanca metin için bkz. AS 2012 5415; BBl 2011 2889, 3903 (<https://www.admin.ch/ch/d/as/2012/5415.pdf>), e.t.16.01.2017; Hüküm değişikliği esas olarak ilkin 20 Aralık 2006 tarihinde parlamentoya sunulan ve özellikle tüketicilerin korunması amaçlı olarak zamanaşımı süresinin iki yıla uzatılması önerisine dayanmaktadır. Daha sonra 20 Aralık 2007 tarihinde getirilen öneri kapsamında OR 210 hükmünün, satın alınan taşınırın bir taşınmaz eserle bütünleştirilmesi halinde OR 371/II'de düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması istenmiştir. Her iki öneri birleştirilerek iki öntasarı haline getirilmiş ve 2010 yılında görüşmelere başlanmıştır. Hukuk komisyonu yapılan görüşmeler neticesinde 21 Ocak 2011 tarihinde "Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin

im Kauf- und Werkvertrag, Verlängerung und Koordination: Satım ve eser sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğa ilişkin davalarda zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve koordinasyonu) ile satış ve eser sözleşmelerindeki ayıp zamanaşımı sürelerini düzenleyen OR 210 ve 371 hükümleri değiştirilmiştir. Düzenlemelerde kısmen Alman hukukunun etkisi, kısmen de OR 2020 Taslağının etkisi görülmektedir. Yasa için seçimlik referandum süreci söz konusu olduğundan Federal Meclis, yetkisini kullanarak, Yasa için referandum sürecine gerek olmadığını 5 Temmuz 2012 tarihinde kararlaştırmış² ve Yasa, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³

Anılan hükümlerle, uygulamada yaşanan ve müteahhidin rücu veya zamanaşımı sürelerini kaçırmasına neden olan duruma bir çözüm bulunmak istenmiştir. Eski hükümde, bir eser sözleşmesi (asıl müteahhit ve asıl sözleşme) kapsamında taşınmaz inşa eden müteahhit, iş sahibine karşı eski OR 371/2 gereğince 5 yıllık bir süre için sorumlu tutulmaktaydı, buna karşın müteahhide mal sağlayan kişiler (sağlayıcı) satış veya eser sözleşmesi (sağlama sözleşmesi) kapsamında eski OR 210/I ve 371/I gereğince sadece bir yıllık zamanaşımı süresi için sorumlu tutulmaktaydı. Bu durum müteahhidin (eserinde kullandığı eşyayı çok daha önce teslim almış olduğundan ve kendisi de ancak eseri tamamladıktan ve teslim ettikten sonra iş sahibine karşı sorumlu

tasarıyı (Satım ve Eser Sözleşmelerinde Sorumluluk Taleplerine İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Sürelerin Uzatılması ve Koordinasyonu) kabul edilmiştir. Federal Konsey, 20 Nisan 2011 tarihinde tasarıyı kabul ederek görüşmeye sunmuş ve bazı içerik ve şekli düzeltmeler yaparak 16 Mart 2012'de nihai halini almıştır. bkz. Frédéric Krauskopf, "Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln, Schweizerische Baurechtstagung", Schweizerische Baurechtstagung 2013 ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2013, s.87-88; Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand / Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel 2015, s.1221; özellikle Art.210/I hükmünün tacirler bakımından da uygulama bulduğu dikkate alındığında, kanunun tüketiciyi koruma amacının ötesine de geçilmiştir. bkz. Peter Reetz/Tabea Lorenz: "Die Revidierten Verjährungsbestimmungen Im Gewährleistungsrecht", Anwaltsrevue, 2013, s.17.

² BBl 2012 3447.

³ Meclis 20 Eylül 2012 tarihinde basit sürecin yürütülmesine karar vermiştir. Yasanın yürürlüğe girme süreci hakkında bkz. Peter Gauch, "Die revidierten Art. 210 und 371 OR", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2012, s.124; Peter Gauch, "Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2011, s.145, Nr.I.; Claire Huguenin, Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2014 (AT und BT), Rn.2631a.

olacağı için), rücu hakkını kaçırma olasılığını kuvvetlendirmekteydi. İşte yapılan yeni düzenlemelerle ile müteahhidin kendisine mal sağlayan kişilere karşı durumu iyileştirilmeye çalışılmıştır.⁴

Yasa, kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"a (Kulturgütertransfergesetz)⁵ tabi kültür ve sanat eserleri hakkındaki zamanaşımı süresini düzenleme altına almıştır. İsviçre'de "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"a (Kulturgütertransfergesetz) göre (Art.2/I), kültür varlıkları⁶, "dini veya dünyevi sebeplerle yapılan arkeolojik, tarihi, edebi, sanatsal ve bilimsel anlamı olan, 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin UNESCO Konvansiyonununun 1. maddesine uygun eserlerdir."

Türkiye de "Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'na (Convention on the Means

⁴ Zira, eserde kullanılan malzemenin ayıplı olduğu ancak eserin tesliminden sonra ve bazen de yıllar sonra ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, müteahhidin iş sahibine karşı ayıptan 5 yıl boyunca sorumlu tutulması, ancak kendisine ayıplı mal sağlayan kişilere (satıcı, alt müteahhit vs.) bir yıllık gibi kısa zamanaşımı süresine tabi tutulması, müteahhidin rücu olasılığı da ortadan kaldırmaktaydı; Krauskopf, s.92; Gauch, Revisionsentwurf, s.146; Alfred Koller, "Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.307 vd.; Reetz/Lorenz, s.18; Angelo Schwizer/Marc Wolfer: "Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s. s.1759; Marcus Vischer, "Die fünfjährige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen im Kaufrecht", *Jusletter* 11.März, 2013, Rz.5; Simon Roth: "Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.774.

⁵ Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KG TG) vom 20. Juni 2003; AS 2005 1869; BBl 2022 535; SR 444.1. Bu yasanın Almanca metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20001408/index.html>, e.t.16.01.2017.

⁶ Örneğin, 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. bkz. Heinrich Honsell: *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3; Örneğin, 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. Bkz. Heinrich Honsell: *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Basel 2010, s.71; Herbert Schönle/Peter Higi: *Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung*, Art. 192-204 OR, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Zürich 2005, Art.196a, Nr.2 vd.; Jolanta Kren-Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf, *OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage*, Zürich 2009, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7.

of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property-1970) 1981 yılından beri taraftır.⁷ Keza bu Konvansiyona uygun 2862 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁸ çıkartılmıştır. Ne var ki Ülkemizde, İsviçre'ye benzer şekilde, kültür varlıkları hakkında zamanaşımı sürelerinin 30 yıl gibi yüksek bir süreye çıkartılmadığı görülmektedir. İsviçre'de ise 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonuna bağlı kültür varlıkları hakkında zamanaşımı üst süresi, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan çeşitli değişikliklerle (örneğin, Art.196a, 210, 371) 30 yıla çıkartılmıştır.⁹ Ancak belirtmek gerekir ki 30 yıllık süreler, satış sözleşmesi ile ilgili süreler olup, 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesine göre satış sözleşmesine tabi olmayan, çalınmış kültür varlıklarının iadesi 50 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.¹⁰ Anayasamız gereği 50 yıllık süre, iç hukukumuzda da uygulanacaktır.¹¹ Ne var ki satış sözleşmesine bağlı olarak 50 yıllık

⁷ Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. RG. 26.1.1981, S:17232. Anlaşma hakkında bkz. Neslihan Kürüm, Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yayınlanmamış YL Tezi, Edirne Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2005, s.3 vd. Kültür varlıklarının cezai boyutta korunması hakkında bkz. Durmuş Tezcan: "Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1996, s.425 vd.

⁸ RG.23.07.1983, S:18113.

⁹ Bu konularda bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.268; KUKO OR-Honsell, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3, Art.371; Honsell, BT, s.71; Schönle/Higi, Art.196a, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7; Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124 vd.; Reetz/Lorenz, s.17 vd.; Krauskopf, s.85 vd.

¹⁰ Bu sözleşmeye göre eser sahibi, eserlerin yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıl içinde ve her halükârda hırsızlıktan itibaren 50 yıl içinde iade talebinde bulunmalıdır (Çalınmış veya Yasa Dışı Yollardan İhraç Edilmiş Kültür Varlıklarının Uluslararası İadesine İlişkin 24 Haziran 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesi m.3). İade talebi, âkit devletin kamu koleksiyonuna ait bir eser veya belirlenmiş bir anıt ya da arkeolojik bir sit alanının bütünleyici parçasını oluşturan bir kültür varlığı için yapılmakta ise, zamanaşımı süresi, davacının kültür varlığının yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan üç yıllık zamanaşımı süresinden başka bir süreye tabi tutulmamıştır. Bununla birlikte her akit devlet kendi kanunlarında tesis edilmiş olmak kaydıyla, 1995 tarihli Unidroit Sözleşmesi 3/IV hükmüne tabi bir talebin 75 yıl veya daha uzun bir süreye tabi olduğunu beyan edebilir. Bu beyanı yapan bir akit devletteki bir anıttan, arkeolojik sit alanından ya da kamu koleksiyonundan alınan bir kültür varlığının iade talebi de aynı süreye tabi tutulur. Bu konuda bkz. Kürüm, s.81; Tezcan, s.433-434.

¹¹ 1982 Anayasamızın 90. Maddesinin son fıkrasında "usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamacağı" hükme bağlanmıştır. Bu konuda bkz. Kürüm, s.5.

süre uygulanamayacağından, özel bir zamanaşımı süresi hâlâ eksikliğini hissettirmektedir. Bu durumda kültür ve sanat eserleri bakımından özel bir süre olmadığından, ayıp ile ilgili satış sözleşmesindeki genel iki yıllık zamanaşımı süresi (TBK 231/I) uygulanacaktır.¹²

II. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ HAKKINDAKİ REVİZYONA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİMİZ (Art.210 OR)

A. Genel Olarak

İsviçre, satış sözleşmesi bakımından ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresini revize eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun, Art.210 OR hükmünde değişiklik yaparak, şu şekilde bir kural öngörmüştür:

“9.Zamanaşımı

Ayıplı bir eşyadan kaynaklanan sorumluluk davaları, satıcı daha uzun bir sorumluluk süresi üstlenmedikçe eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Bu durum, alıcının ayıbı, bu süreden sonra öğrenmiş olması halinde dahi değişmez.

2 Süre, taşınmaz bir yapıyla bütünleştirilen ve taşınmaz eserden kaynaklanan ayıplı eşya bakımından beş yıldır.

Eşyadaki ayıp, taşınmaz esere anlaşmaya uygun bir şekilde bütünleştirilmesi ile eseri de ayıplı hale getirmişse, bu süre 5 yıldır.

3 Kültür varlıkları ilişkin dava süresi, 20 Haziran 2003 tarihli “Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun” un (Kulturgütertrans-

¹² 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla TBK 231 hükmüyle öngörülen genel ayıp zamanaşımı süresi, eskiden bir yıl idi (818 sayılı mülga BK.m.207/I). Satış sözleşmesinde ayıplı mallar bakımından iki (eski bir) yıllık genel zamanaşımı süresi hakkında bkz. Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, National Commentary, Commentary on the Consumer Protection Law No. 6502, İstanbul, 2016, m.12 Şerhi, s.330 vd.; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017, s.217 vd.; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2013, s.11-115; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri Cilt : I/1, 5.Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s.188 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.170-171; Aydoğdu/ Kahveci, m.12 Şerhi, s.330 vd.; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.330.

fergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada, ayıbın alıcı tarafından öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

4.Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir:

a. Zamanaşımı süresi iki yıldan daha az, kullanılmış eşyalarda ise bir yıldan daha az kısaltılırsa;

b. eşya alıcının kişisel veya ailevi kullanımı için öngörülmüşse, ve

c. satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse.

5. Alıcının ayıptan kaynaklı savunmalarını (defilerin) kullanabilmesi için, zamanaşımı süresi içinde satıcıya öngörülen ihbarda bulunmuş olması yeterlidir.

6. Alıcı tarafından kendisine hile yapıldığını ispatlanması durumunda, satıcı, zamanaşımı iddiasında bulunamaz. Bu durum üçüncü fıkrada düzenlenen 30 yıllık zamanaşımı süresi için geçerli değildir.”

Görüldüğü gibi yeni düzenleme taşınır bir eşyanın satışından dolayı zamanaşımı süresini, eşyanın tesliminden itibaren bir yıldan¹³ iki yıla çıkartmış (Art.210/I OR), eşyanın bir taşınmaz eserle bütünleştirilmiş olması halinde ise zamanaşımı süresini 5 yıla çıkarmıştır; kültür varlıkları bakımından, 20 Temmuz 2003 tarihli “Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun” un (Kulturgütertransfersgesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada¹⁴ sürenin, ayıbın ortaya çıkmasından itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığı eşyasının satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yıl olduğu kabul edilmiştir. Diğer yandan 4. fıkra ile zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmesine ilişkin sınırlamalar da getirilmiştir.¹⁵

¹³ Bir yıllık eski süre hakkında bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.218 vd.; KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3 vd.; Schönle/Higi, Art.210, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.210, Nr.1 vd.; Honsell, BT, s.90 vd.

¹⁴ Örneğin 100 yıldan fazla yaştaki tablo ve eski eserler böyledir. bkz. KUKO OR-Honsell, Art.196a, Nr.1 ve Art.210, Nr.3; Honsell, BT, s.71; Schönle/Higi, Art.196a, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.196a, Nr.1-2 ve Art.210, Nr.7.

¹⁵ Aslında kültür varlıkları hakkında getirilen bir ve otuz yıllık süreler, 2003 yılında, “Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun” un (Kulturgütertransfersgesetz) 32. Maddesinin 2. Bendiyle Art.210 OR hükmüne 1. fıkradan sonra gelmek üzere getirilen “1bis” hükmüyle yapılmıştır. Bu konuda bkz. Koller, OR BT, §4, Nr.68; KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3; Schönle/Higi, Art.210, Nr.2 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art.210, Nr.7; Krauskopf, s.89.

Gauch, genel olarak ayıp zamanaşımı süresinin iki yıla çıkartılmasını olumlu bulmakla birlikte yetersiz olduğunu, özellikle ayıptan dolayı tazminat hakkının daha uzun bir süreye tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁶

Art.210 OR, taşınır eşyadaki ayıp zamanaşımı ile ilgili olan bir düzenlemedir.¹⁷ Gerçekten de Art.201, taşınır eşyaya ilişkin hükümleri içeren 2. Bölümün 2. Kısmı (Art.187-215) arasında yer alır ve bu bölümün başlığı "taşınır eşya satışı" (Der Fahrniskauf) şeklindedir.

B. Satım Sözleşmesinde Taşınır Eşyadan Kaynaklı Ayıptan Sorumluluğa İlişkin Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Değerlendirmeler (Art.210/I OR)

Art.210/I OR değişikliğinde ilk göze çarpan husus, zamanaşımı süresinin bir yıldan iki yıla çıkarılmasıdır. Bunun dışında, "alıcının ayıptan doğan hakları" kelimeleri yerine, "ayıplı bir eşyadan kaynaklanan sorumluluk davaları", (Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache) kelimelerinin kullanılması (Art.210/I OR) da önemli bir değişiklik olarak belirtilebilir. Buna sebep olarak, zamanaşımı ile birlikte alıcının ayıptan doğan yenilik doğurucu haklarının sona ermediği, talep haklarını yine de ileri sürebileceği, satıcının ise buna karşılık zamanında zamanaşımı savunmasında bulunması gerekliliği gösterilmektedir.¹⁸

¹⁶ Özellikle ayıptan kaynaklı ek zararlar (devam eden veya refakat eden zararlar), ancak ayıbın ortaya çıkmasından sonra meydana geldiğinden iki yıllık süre yeterli değildir ve bu talepler genellikle zamanaşımına uğrayacaklardır. Gauch, Revisionsentwurf, s.145-146, Nr.II.2; Honsell (s.1221), özellikle kısa süreli tüketim malları gibi cep telefonu gibi teknik ürünlerin çok çabuk eskidiğini ve iki yıllık sürenin fazla olduğunu; kullanılmış eşya satışında da uzun bir süreye ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir. Honsell ayrıca, nispi-mutlak süre ayrımının ancak haksız fiil hukukuna uygun olduğunu, burada uygulamasının olmadığını belirtmektedir.

¹⁷ Yeni düzenlemelerin gerekçesinde, tüketicilerin daha fazla korunması amacıyla bu düzenlemelerin yapılmasından söz edilmiş, ancak "tüketici satışlarına" yönelik ayrı bir başlık açılmamış, onun yerine taşınır satışındaki düzenlemelerin içinde değişiklik yapılmıştır. bkz. Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.II.2. (yeni düzenleme, tüketici satışı olarak nitelendirilemeyen taşınır satışlarını da kapsamaktadır. Bu hali bu süreler, tüketici işlemlerinde uygulanmayacaktır. Halbuki kanun komisyonu tarafından düzenlenen raporda, bu sürelerin tüketicilerin daha etkin korunmasına yönelik olduğu belirtilmişti. (komisyon raporu için ayr. bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/2889.pdf>, erişim tarihi 05.03.2017.

¹⁸ Gauch, Revisionsentwurf, s.145, Nr.II.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124, dn.5 ve s.126; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

Art.210/I hükmünde, zamanaşımı süresi için yasal süreden daha fazla bir sürenin sözleşmeyle kararlaştırılabileceği, yani sürenin uzatılabileceği (“daha uzun bir süre kararlaştırılmamışsa” şeklinde) açıkça kabul edilmiştir.¹⁹ Görüldüğü gibi süre, alıcı lehine nisbi emredici biçimde düzenlenmiştir.²⁰ Ancak Federal Mahkeme, uzatılan sürenin 10 yılı geçemeyeceği görüşündedir.²¹ Öğretideki baskın görüş de bu yödedir.²² Gauch, kültür varlıkları için geçerli olan 30 yıllık üst sürenin diğer durumlarda geçerli olan 10 yıllık üst süre gibi uzatılmayacağı görüşündedir.²³ Nitekim OR 2020 Taslağında (Art.159/II-III) 10 yıllık sürenin daha fazla arttırılamayacağı, 30 yıllık sürenin de azaltılıp arttırılamayacağı açıkça yer almaktadır.²⁴

C. Taşınmazla Bütünleştirilen Eşyanın Ayıplı Olması Halinde Düzenlenen Zamanaşımı Süreleri Hakkındaki Değerlendirmeler (Art. 2010/II OR)

1. Genel Olarak

Tamamen yeni olan Art.210/II OR hükmüne göre, taşınmaz bir yapıyla bütünleştirilen²⁵ ve taşınmaz eserden kaynaklanan ayıplı eşyada zamanaşımı süresi beş yıl olarak kabul edilmiştir. “Taşınmaz bir yapıyla bütünleştirme ve ayıbın taşınmaz eserden kaynaklanması” kıstası, Alman hukukundan (§ 438/I, Ziff.2 BGB) alınmıştır.²⁶

¹⁹ Bu nedenle yasal zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören genel kural (Art.129) satış ve eser sözleşmeleri bakımından uygulama olanağı bulamaz. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.5, dn.24.

²⁰ Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124-125; Reetz/Lorenz, s.16 vd.; Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

²¹ BGE 132 III 240 ff; 99 II 189.

²² BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; Koller, OR BT, 4, Nr.234; Gauch, Revisionsentwurf, s.145 vd.; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4-5; Krauskopf, s.99; Huguenin, Rn.2636

²³ Gauch, Federal Mahkemenin ayıpta zamanaşımı süresinin 10 yılla sınırlamaya çalışan kararının kültür varlıkları bakımından 30 yıllık üst süre öngören yasal hükümle aşıldığını da haklı olarak belirtmektedir. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.5.

²⁴ Bu madde metni için bkz. Ayan, s.274.

²⁵ Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Reetz/Lorenz, s.17-18, Krauskopf, s.92, özellikle dn.26.

²⁶ Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. Dietrich Reinicke / Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009, Nr.669 ff.; HK-BGB/Saenger, §438, Nr.6; Roth, s.774

Anılan hükümlerle taşınmaz bir eser için geçerli olan 5 yıllık süre ile taşınmazla bütünleşen eşyaya yönelik satış sözleşmesi arasında bir bağlantı sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece taşınmaz satışı ve taşınmazla bütünleştirilen veya bağlantılı eşya ya da eser bakımından 5 yıllık süre geçerli olmaktadır.²⁷ Bu şekilde yasanın tarafları koruyucu amacı da vardır. Özellikle taşınmaz eseri inşa eden taraf (eser yüklenicisi-girişimcisi, Werkunternehmer) 5 yıllık süre ile alıcıya karşı sorumlu olmaktadır (Art.210 ve 371 OR); eğer taşınmazla bütünleştirilen eşya bakımından iki yıllık süre kabul edilseydi, taşınmaz eserden dolayı asıl yüklenici 5 yıllık süre ile sorumlu olacak, ancak kendisine taşınır eşyayı satan kişi iki yıllık süre ile sorumlu olacağından, taşınır eşya satıcısına karşı iki yıldan sonra ayıptan dolayı bir dava açamayacaktır. Yasa, bunun önüne geçmeyi amaçlamaktadır.²⁸ Ayrıca Komisyon raporlarında vurgulandığı üzere, taşınmazla bütünleştirilmeyen eşya bakımından, satıcıların 5 yıllık zamanaşımı yerine 2 yıldan sorumlu olması, onların rizikoyu üstlenmelerinin de önüne geçilmek istenmiştir.²⁹ Yasanın bu düzenlemesi karşısında, asıl taşınmaz eser yüklenicisi yanında alt yüklenici (taşeron, Subunternehmer) de 5 yıllık süre ile alıcıya karşı sorumlu olduğundan alıcı da korunmaktadır. Örneğin elektrik kablosu satışında ayıp zamanaşımı süresi iki yıldır; ancak elektrik kablosu taşınmaza döşenmişse (bu tesisat, taşınmazla bütünleşmiş olduğundan Art.210/II'deki bütünleşme koşulu gerçekleşmektedir) ve bu elektrik kablosunu satan satıcının aynı zamanda elektrik tesisatını döşeyen alt yüklenici olduğu düşünülürse, alıcının da 5 yıllık süre nedeniyle korunduğu görülmektedir³⁰. Asıl yüklenicinin taşınmaz eseri kendisinin veya anlaştığı alt yüklenicinin yapması veya ifa yardımcısının yapması arasında fark yoktur.³¹

²⁷ Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3.1, s.147-148, Nr.3.a-3.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5.Aufl., Zürich 2011, Nr.2214 vd.; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

²⁸ Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3.1-3.2, s.147, Nr.3.4, s.147-148, Nr.3.5.a-b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

²⁹ Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.3.5.b.

³⁰ Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.a; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.93, dn.35. Roth, s.776

³¹ Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.3.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.93.

2. Art.210 OR Hükümünün Uygulanma Şartları

a. Taşınır Eşyanın Satın Alınmış Olması Gerekir

Hükümün uygulanabilmesi için, ilk şart, satış sözleşmesi kapsamında taşınır bir eşyanın müteahhit tarafından satın alınmasıdır. Bu itibarla taşınmaz eserin, satış sözleşmesi veya eser sözleşmesine konu olması da önemli değildir; önemli olan taşınır eşyanın satışa konu olmasıdır.³² Bu taşınır eşya³³ taşınmazın inşaatında kullanılan çimento, tuğla, demir vb. malzeme olabileceği gibi, taşınmaz yapının bitmesinden sonra taşınmazdan faydalanmaya yönelik asansör, kalorifer tesisatı, pencere ve cam gibi eşyaya ilişkin de olabilir.³⁴ Ancak taşınmazın inşa aşamasında kullanılan iskele, çekiç, testere vb. malzeme bu madde kapsamında değildir.³⁵

Montaj kaydıyla satışlarda³⁶ durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Eğer, montaj kaydıyla satış sözleşmesi yapan kişi bizzat alıcının kendisi ise bu durumda yapılan iş satış sözleşmesi ve onunu yapan edimi³⁷ olan montaj kapsamında olduğu için taşınmazla bütünleşme olsa bile 5 yıllık değil iki yıllık süre uygulanır. Örneğin alıcının ken-

³² Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3-3.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Reetz/Lorenz, s.18; Krauskopf, s.92.

³³ Burada eşya kavramı, eşya hukukundaki tanımı ile özdeştir. Yani, kişilerin hâkimiyet kurabildiği ve sınırlandırılması mümkün olan maddi varlığa sahip maddelerdir. Bu hali ile gayri maddi mallar örneğin elektrik ve yazılım gibi malların tesliminde 5 yıllık zamanaşımı hükmüne tabi bir eşya olarak düzenlenmemiştir. "Taşınır eser" kavramı bu hali ile revize ile birlikte getirilmiş yeni bir kavram olup, bir eser sözleşmesi kapsamında imal edilen taşınır eserleri ifade etmektedir. Yine eserde yapılan basit biçimsel değişikliklerle birlikte, yeniden düzenlenmesi, yenileme veya tamir edilmesi durumlarında bir taşınırın kullanılmış olması da yeterlidir. Roth, s.774-775; Gauch, Revisionsentwurf, s.144; Koller, s.307; Krauskopf, s.95.

³⁴ Ancak taşınır eşya kavramı bunlarla sınırlı değildir. Bunun gibi, geniş anlamda inşaat malzemesi olarak ocaklar, fırınlar, buzdolapları, lambalar gibi binanın içine monte edilmiş klimanın vidalı kompresörleri, yer döşemeleri için kullanılan parkeler, halılar, fayans veya kalebodur gibi eşyalar da bu kavrama dahildir. Roth, s.775; Huguenin, Rn.2631b; Gauch, Werkvertrag, Nr.2223.

³⁵ Gauch, Revisionsentwurf, s.147, Nr.3.5.a; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.126-127; Gauch, Werkvertrag, Nr.2236 vd.; Reetz/Lorenz, s.17-18, özellikle dn.6; Krauskopf, s.92, özellikle dn.26; Roth, s.775; Huguenin, Rn.2631b.

³⁶ Bu tür satışlar için bkz. Gauch, Werkvertrag, Nr.130 vd.; BASK OR I-Zindel, Gaudenz/Pulver,Urs, Art. 363, Nr.22.

³⁷ Aslında montaj edimi, burada yan edim değil de eser sözleşmesi ile satış sözleşmesinin karmasından oluşan bir edim olarak nitelendirilse bile sonuç değişmez. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127, dn.19.

disinin satın aldığı bir şofben bakımından montaj da üstlenilmişse, şofben hakkında iki yıllık ayıp zamanasını süresi uygulanır.³⁸ Keza gömme olmayan, banyoya basitçe sabitlenen dolaptaki ayıp hakkında da iki yıllık süre uygulanır.³⁹ Ancak montaj kaydıyla satış yapan satıcı, aynı zamanda eseri inşa eden asıl yüklenici veya onunla anlaşmalı alt yüklenici ise bu durumda montaj kaydıyla satış için 5 yıllık süre geçerli olacaktır.⁴⁰

b. Taşınırın Anlaşmaya Uygun Bir Şekilde Taşınmaz Esere Bütünleştirilmiş Olması Gereklidir

Hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, taşınır eşyanın anlaşmaya uygun (bestimmungsgemäß) olarak taşınmaz eserle (unbewegliches Bauwerk) bütünleştirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla aşağıda “taşınmaz eser”, “bütünleştirme” ile “anlaşmaya uygun bütünleştirme” kavramlarının açıklanması gerekir.⁴¹

aa. Taşınmaz Eser Kavramı

eOR371/II'den farklı olarak ve OR 210/II'ye paralel olarak OR 371'de “taşınmaz yapı eseri” (unbewegliches Bauwerk) kavramı yerine “taşınmaz eseri” (unbewegliches Werk) kavramı kullanılmıştır. Ancak, bu kavramın ne anlama geldiği konusunda bir tanım yapılmamıştır.⁴²

eOR371/II döneminde taşınmaz yapı eseri, işgücü ile maddeler kullanılarak arz ile bağlantı sağlanarak imal edilen eşya olarak ifa-

³⁸ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertag, Nr.133; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92, özellikle dn.25.

³⁹ Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.5.b.

⁴⁰ Gauch, Revisionsentwurf, s.148, Nr.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertag, Nr.133; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

⁴¹ Kanun metninde kullanılan “integriert” kavramının Türkçe karşılığı olarak “entegre” kelimesinin kullanılması mümkün olmakla birlikte, bu kavramın da Fransızcadan dilimize girdiği, ancak TDK sözlüğünde kelimenin “bütünleştirme” olarak tanımlandığı görülmektedir. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58f93278744ec3.48546843) erişim tarihi: 21.04.2017.

⁴² Bu noktada, mehzaz olarak alınan alman hukukundan (BGB § 438) da farklı bir düzenleme getirilmiştir. Schwizer/Wolfer, s.1759; Isabelle Frey/ Thomas Siegenthaler, “Was heißt «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?”, Baurecht, 2014, s.177.

de edilmektedir.⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi de bir “taşınmaz yapı eseri”nin oluşması için, değişik kriterlerden hareket etmiş ve öncelikle eserin devamlı olarak arza bağlanmış olmasını şart koşmuştur.⁴⁴ Bunun dışında kanunun amacı doğrultusunda eserdeki ayıbın veya eserin yer ve hava koşullarına karşı dayanıklılığının ancak yıllar sonra ortaya çıkacak şekilde yapılmış olan eşya, taşınmaz eser olarak kabul edilmiştir.⁴⁵ Ayrıca, bir edim ancak niteliği gereği bir inşa eseri olarak adlandırılabilmesi gerekir.⁴⁶ Buna ek olarak doktrinde oluşturan ek bir kriter olarak taşınmaz yapı eseri'nin işgücü ile birlikte malzemenin kullanılması şart koşulmuştur. Bu şekilde, demonte edilebilen ve herhangi bir malzeme sarf etmeden tek başına bir çukurun kazılması, bahçelere şekil verilmesini taşınmaz yapı eseri olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁴⁷

Yeni hüküm ile birlikte, artık bir yapı kavramı aranmadığından, İsviçre hukukuna göre, taşınmaz ile dolaylı veya doğrudan bağlantısı olan her türlü eser bu kavrama dahil edilebilecektir. Bu durum, hükmün uygulama alanını da oldukça genişletmiştir.⁴⁸ Gauch bu durumu eleştirmektedir. Hükümde yapılan değişiklik ile birlikte, artık bir ağacın kesilmesi, bahçenin ekilmesi, çimlerin biçilmesi, dairenin halı ile döşenmesi, sulama nedeniyle zeminde yer alan kireçlerin temizlenmesi, bir çukurun doldurulması veya başka bir yerde düzenlenen bir eserin taşınmazda kurulması durumlarında müteahhit her zaman bir taşınmaz eserin teslimini üstlendiğini, ancak bunların hiçbirinin aslında bir inşa eseri sayılmayacağını belirtmektedir. Hatta taşınır yapıların dahi, taşınmazla bütünleştirilmesi ile “taşınmaz eser” kavramı içinde kalacağını ifade etmektedir. Gauch, bu şekildeki revizyonun, komisyonda aslında hiç tartışılmadığını da belirterek, yapılan bu değişikliğin akla uygun olmadığını ileri sürmektedir.⁴⁹

⁴³ Frey/Siegenthaler, s.176, ayr.bkz.dn.1.

⁴⁴ BGE 96 II 181; BGE 92 II 227

⁴⁵ BGE 117 II 425, BGE 93 II 242

⁴⁶ BGE 113 II 264

⁴⁷ Alman hukukunda inşa eseri kavramı, sadece yeni yapı binalarını veya binanın dizaynında veya varlığının korunması yahut kullanılabilirliğinin artırılması için esaslı (temel) nitelikteki sayılacak yenileme veya değişiklik çalışmalarını kapsamaktadır. Roth, s.775; Frey/Siegenthaler, s.177; Huguenin, Rn.3180b; Roth, s.775

⁴⁸ (Kommissionsbericht, BBl 2011 2897); Gauch, s.132; Roth, s.775;

⁴⁹ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133; Ayr.bkz.Krauskopf, s.96; Frey/Siegenthaler, s.175

Koller ise, taşınmaz eser kavramının taşınır eser kavramından yola çıkara bir çözüme kavuşturulması fikrindedir. Taşınır bir eşya olarak görülebilen veya edim sonucu olarak bir taşınırın öngörüldüğü eser, taşınabilir niteliktedir. Örneğin bir kimse, bir otomobil üzerinde bir tamir yaparak edimini ifa ediyorsa, ortada bir taşınır bir eser vardır. Buna karşılık bir taşınmaz üzerinde bulunan inşaata katkıda bulunan herkes, taşınmaz eser üzerinde edimini gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, taşınır bir eşya üzerinde gerçekleştirilen eserler taşınır niteliğindedir. Taşınır bir eşyanın olup olmadığı da eşya hukuku açısından değerlendirilecektir. En önemli ayırım, yapımı gerçekleştirilen eserin taşınmazın bütünleyici parçası olup olmadığıdır.⁵⁰ Frey/Siegenthaler ise, bu düşüncelyi eleştirmektedir. Yazarlara göre, taşınmaz eser kavramının taşınır olmayan eserler şeklinde basitçe tanımlamak mümkün değildir. Kanunun sistematığıne bakıldığında, OR 371/I ile “taşınır eser” kavramından bahsedilmediği, dolayısıyla 2 yıllık zamanaşımı süresinin bütün (taşınır ve taşınmaz) eserler hakkında uygulama bulunduğu, ikinci fıkranın ise istisnai bir hüküm olduğu, 5 yıllık zamanaşımı süresinin ancak taşınırın, taşınmaza esere entegre edilmesi ile birlikte uygulama bulacağını düzenlemiştir. Yazarlar, taşınmaz eser kavramının belirlenmesi bakımından Federal Mahkemenin⁵¹ belirtmiş olduğu kriterlerin dikkate alınmasının daha doğru olduğu, zira kanunun 5 yıllık süreyi düzenleme amacıyla herhangi bir değişiklik bulunmadığını, kanunkoyucunun daha uzun bir süreyi, yapılardaki ayıbın daha geç ortaya çıkma riskini dikkate alarak belirlediğini, dolayısıyla eserin, taşınmaz eser olarak nitelendirilebilmesi için tipik olarak “jeolojik açıdan ve hava koşullarına dayanaklılığın, dolayısıyla ayıbın ortaya çıkmasının ancak uzun süreler sonra tespit edilebildiğini, belirterek bu nitelikte olmayan eserlerin taşınmaz olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu şekilde, bir taşınmaz yer ve zemin temizliğinin ayıplı olup olmadığı hemen hemen anlaşılabilir nitelikte olduğundan taşınmaz eser olarak nitelendirilemeyecektir.⁵²

Kanımızca taşınmaz kavramı için Gauch'un görüşü daha makul gelmektedir. Ancak, Türk hukuku açısından yapılacak olan benzer bir yasa değişikliğinde bu hususun dikkate alınarak en azından alman hu-

⁵⁰ Koller, s.307-308 (Verjährung).

⁵¹ BGE 107 II 425.

⁵² Frey/Siegenthaler, s.178-179.

kukundaki “taşınmaz yapı eseri” kavramının kullanılması sorumluluğun sınırlanması açısından daha isabetlidir.

bb. Bütünleştirme Kavramı Ve Zamanı

Bir taşınır eşyanın, taşınmaz eserin yapımında inşa malzemesi olarak kullanılarak, taşınmaz eserin tamamlanmasından sonra da fiziksel olarak eserde kalmasına bütünleştirme denir.⁵³ Taşınmaz eserin yapımında kullanılıp da eserde kalmayan maddeler ise bu anlamda bütünleştirilmiş sayılmazlar. Bu nedenle çimento, tuğla, briket gibi malzemeler bütünleştirilebilirken inşaatın yapımında kullanılan elektrik, iskele vb. maddeler bu kavrama girmez.⁵⁴

Taşınır eşyanın taşınmaza bütünleştirilmesi için, kalıcı olması yeterli olup, taşınırın taşınmaz eşyaya bütünleyici parça olması kadar eklenti niteliğinde de olması fark etmeyecektir.⁵⁵

Zamanaşımı süresi eşyanın tesliminden itibaren başlayacağı konusunda tereddüt bulunmazken, 5 yıllık zamanaşımına tabi olmak için bütünleştirmenin ne zaman yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sorun özellikle taşınır eşyanın teslim alınmasından iki yıl sonra taşınmazla bütünleştirilmiş olması halinde önem taşımaktadır. Gauch'un da belirttiği gibi bu konuda ikili bir görüşe varılabilir. Buna göre, 2 yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra, taşınırın taşınmaza bütünleştirilmiş olması halinde, zamanaşımı süresi tekrar canlanmayacaktır, yani 5 yıllık süre uygulanmayacaktır. Buna karşılık diğer görüş kapsamında, 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla iki yıl sonra dahi, taşınırın bir taşınmaz ile bütünleştirilmesi ile 5 yıllık süre uygulanacaktır.⁵⁶ Bu şekilde, örneğin dördüncü yılda taşınır taşınmaza eserle bütünleştirilmiş ise, kalan bir yıllık süreden yararlanması mümkündür.⁵⁷

Gauch bu ikinci görüşün daha isabetli olduğu, zira birinci görüşün OR 210/II hükmünün, özellikle stoklanan eşyalar bakımından, uygula-

⁵³ Gauch, Die Revidierten, s.127; Schwizer/Wolfer, s.1761.

⁵⁴ bkz.yuk.2.a

⁵⁵ bkz.Roth, s.773.

⁵⁶ Bu durumda alman hukukundaki gibi, sürelerin kötüye kullanılması akla gelebilir, ancak

⁵⁷ Gauch, Die revidierten Art.210, s.129; Roth, s.777-778.

ma alanını oldukça sınırlayacağını; ayrıca, meslekten bir satıcı açısından 5 yıllık zamanaşımı süresinin de mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁸ Kanımızca da bu görüş daha isabetlidir.

cc. Anlaşmaya Uygun Bütünleştirme

Eşyanın, taşınmaz esere, sözleşmede kararlaştırılan şekilde, yani tarafların anlaşmasına uygun (bestimmungsgemäß) bir şekilde bütünleştirilmesi gereklidir.⁵⁹ Kavram, İsviçre hukuku bakımından yenidir ve tanımı da kanunda yapılmamıştır. Gauch'a göre satın alınan eşyanın, tarafların anlaşmasına uygun bir şekilde bütünleştirilmesi gerekir. Taraflar bu yönde bir anlaşma yapmamışlarsa, eşyanın olağan kullanım şekline bakmak gerekecektir.⁶⁰

Bu doğrultuda öncelikle tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları kullanım (bütünleştirme) şekline bakmak gerekecektir. Taraflar, eşyanın olağan kullanım şeklinde veya bu olağan kullanımı dışında bir bütünleştirme öngörmüşlerse, 5 yıllık süre uygulama bulacaktır. Ancak, bu yönde herhangi bir belirleme yapmamışlarsa, satın alınan taşınmazın olağan kullanım şekline bakılması gerekir. Örneğin, mal satın alınırken, astar boyasının ne şekilde bütünleştirileceği konusunda taraflarca anlaşma yapılmamışsa, astar boyanın olağan kullanım alanları belirlenecektir. Boyanın olağan kullanımı içinde esere bütünleştirilmiş olması halinde 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulama bulacaktır.

Eşya, alıcı tarafından anlaşmaya veya olağan kullanım şekli dışında taşınmaz eserle bütünleştirilmiş ise ancak 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulama bulacaktır.⁶¹ Örneğin, satın alınan boya, dış cephe için alınmış olmakla birlikte iç cephede kullanılmışsa; satın alınan yapııştırıcı madde plastik maddeler için alınmış, ancak bununla ahşap malzemeler de yapıştırılmışsa, 5 yıllık zamanaşımı uygulanmayacaktır.⁶² Ancak, ta-

⁵⁸ Gauch, Die revidierten Art.210, s.129; aynı görüşte, Frédéric Krauskopf/ Emanuel Bittel: "Die Baustofflieferung - Haftung und Verjährung", Schweizerische Bau-rechtstagung 2015 ...für alle die bauen, Hrg.Hubert Stöckli, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s.115.

⁵⁹ Bütünleştirmenin fiilen yapılmış olması gerekir, bütünleştirme olasılığının varlığı yeterli değildir. Krauskopf/ Bittel s.114.

⁶⁰ Krauskopf, s.92-93; Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.a-b ve dn.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Reetz/Lorenz, s.17-18; Huguenin, Rn.2631b; Koller, s.308

⁶¹ Krauskopf, s. 93.

⁶² Gauch, s.127; Huguenin, Rn.2631b

sınırın tarafların sözleşmedeki anlaşma dışında, ancak yine de olağan kullanım alanı içinde bütünleştirilmiş ise 5 yıllık sürenin uygulanabilmesi gerekir.⁶³ Örneğin, anlaşmaya göre dış cephe için alınmış yapıştırıcı madde, iç cephede de kullanmaya uygun ise durum böyledir.

d. Bütünleştirilen Taşınır, Taşınmaz Eseri Ayıplı Hale Getirmiş Olmalıdır

Bir diğer unsur, ayıbın bütünleştirilen taşınır eşyadan kaynaklanmış olması ve bunun da taşınmaz eseri ayıplı hale getirmiş olmasıdır.⁶⁴ Bu ayıbın, eserin ayıplı hale gelmesinde tek başına etki etmiş olmasına da gerek yoktur, yani, eserde başka sebeplerden dolayı birden fazla ayıbın (ortak ayıbın) bulunması da mümkündür.⁶⁵ Ayıbın tek başına satın alınan ve taşınmaz esere bütünleştirilen eşyadan kaynaklanabileceği gibi, bu ayıp nedeniyle eserde başka ayıplar da oluşabilir. Örneğin, su geçiren pencereler tek başına ayıp için yeterli olmakla birlikte, bu pencereler nedeniyle nem tutan duvarın yıkılması halinde de aynı sonuç geçerlidir.⁶⁶

Taşınır eşyanın müteahhit tarafından hatalı bir şekilde taşınmaz esere bütünleştirilmesi halinde bu hüküm elbette uygulanmayacaktır.

Kişinin bir taşınır alıp kendi taşınmazı ile bütünleştirmesi halinde de 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmayacaktır. Alman hukukunda ise, bir eşyayı alıp da kendi taşınmazı ile bütünleştiren kişinin, en az müteahhit kadar korunmaya değer olduğunu ve taşınırdaki ayıbın da daha uzun bir sürede ortaya çıkacağından 5 yıllık sürenin uygulanması gerektiği görüşü hakimdir.⁶⁷

3. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

OR Art.210/II hükmü kapsamında taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eşyadaki ayıbın taşınmaz eseri ayıplı kılması halinde zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. 5 yıllık sürenin başlangıcı ise, kanundaki açık düzenleme kapsamında taşınır eşyanın taşınmaz eserle bütünleştiril-

⁶³ Krauskopf/Bittel, s.114.

⁶⁴ Gauch, Revisionsentwurf, s.147-148, Nr.3.5.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.127; Gauch, Werkvertrag, Nr.2250.; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.95.

⁶⁵ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Schwizer/ Wolfer, s.1761

⁶⁶ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Huguenin, Rn.2631b

⁶⁷ Roth, s.779;

mesinden (örneğin montajından) değil, tesliminden itibaren olacaktır.⁶⁸ Bu nedenle Gauch'un da haklı olarak belirttiği gibi, taşınmaz eser inşa eden eser yüklenicisinin, eserde kullanacağı ve daha önce satın ve teslim almış olduğu eşyadan dolayı zamanaşımı süresinin erken (teslimden) başladığını bilmek durumundadır. Başka bir ifadeyle mal stoklayarak iş yapan müteahhitlerin zamanaşımı sürelerini kaçırmaması olasıdır. Zira eşya henüz taşınmaz esere monte edilmediği için çalışması ve ayıbın ortaya çıkması da güç olacaktır.⁶⁹

Daha önce de açıklandığı üzere, taşınırın taşınmaza iki yıl sonra ancak teslimden itibaren 5 yıllık süre içinde bütünleştirilmesi halinde, uzun süreli zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Zamanaşımı, alt sağlayıcılar veya satıcılar bakımından da ayrı ayrı, yani her birinin kendi sözleşmelerindeki teslim tarihinde işleyecektir. Dolayısıyla, satıcılar arasındaki zincirde hiçbir zaman zamanaşımı süreleri aynı anda işlemeyecektir.⁷⁰ Yalnız taşınır nihai alıcı tarafından taşınmaz ile bütünleştirildiğinde, her biri için 5 yıllık zamanaşımı süresi işleyecektir.

D. Kültür Varlığı Olan Eşyanın Satışında Ayıptan Kaynaklanan Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Değerlendirmeler (Art. 2010/III OR)

Art.210/III hükmüne göre, kültür varlıkları ilişkin dava, 20 Haziran 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada, ayıbın öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her durumda kültür varlığı olan eşyanın satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yılda zamanaşımına uğrar.⁷¹

⁶⁸ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.128; Gauch, Revisionsentwurf, s.146, Nr.3-3.1, s.148, Nr.3.5.b.; Krauskopf, s.93; Huguenin, Rn.2632; Honsell, s.1222

⁶⁹ Ülkemizde de rastladığımız üzere yükleniciler, mala zam gelmesin diye erkenden birçok ürünü almakta, ancak çeşitli sorunlar çıktığı için taşınmaz eser bitirilememekte veya geç bitirilmekte, bu durumda taşınır eşyanın taşınmaza monte edilmesi de uzamaktadır. Ülkemizde gelecekte bu yönde bir düzenleme yapılacaksa, bu ihtimal düşünülerek bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Örneğin, taşınmaz eserle bütünleşecek taşınır eşya ayıbı için 5 yıllık zamanaşımı süresi konmalı, ancak en az montaj ve çalıştırmadan itibaren 2 yıllık ayıp zamanaşımı süresi de öngörülmelidir.

⁷⁰ Roth, s.781

⁷¹ Honsell (s.1222), 30 yıllık zamanaşımı süresi sanat eserleri bakımından çok uzun bir süre olmadığını, ancak sistematik olarak öğrenme tarihinden itibaren bir nispi

Kanunun 2/I hükmü gereğince, kültür varlığı, 1970 tarihli UNESCO konvansiyonun 1. Maddesinde düzenlenen kategoriler içinde yer alan, dinsel veya dünyevi açıdan arkeoloji, tarih öncesi ve tarihsel devirlerde, sanat veya bilimsel açıdan önem taşıyan eserlerdir.⁷²

Alman hukukunda da 30 yıllık süre kabul edilmiştir (§438/I, Nr.1a-b BGB); ancak bu süre, eşyanın üstün hak sahibi olan 3. kişi tarafından zapt tehlikesine karşı kabul edilmiş tüm satılan eşya bakımından geçerli olan bir süredir. Buna göre, taşınır eşyanın satışından ve tesliminden ya da taşınmazın satışı ve tescilden itibaren 30 yıl içinde herhangi bir kişi hak iddia edip satılanı zapt ederse, alıcının satıcıya rücu hakkı doğar. Alman hukukunda bu şekilde 30 yılı konmasının sebebi, §197/I BGB gereği, 3. kişinin mülkiyet veya sınırlı ayni hakkının zaten en geç 30 yıl içinde zamanaşımına uğramasıdır.⁷³

Bunun dışında, anılan hüküm sahte eser satışları bakımından uygulama bulmayacaktır. Zira, gerçek diye satılan sanat eserleri, kültür varlıkları içinde değerlendirilemeyeceğinden 30 yıllık zamanaşımına tabi tutulmayacaktır.⁷⁴

E. Satım Sözleşmesinde Zamanaşımı Sürelerinin Kısaltılmasına İlişkin Değerlendirmemiz (Art.210/IV OR)

Art.210/IV hükmüne göre, “zamanaşımının yasal sürelerinden daha aşağıda olacak şekildeki kısaltılması” geçersizdir. Bu düzenleme, aslında Art.199 hükmünde de değişiklik öngören 16 Mart 2012 tarihli Kanun Taslağındaki düzenlemenin Art.199 hükmü değişikliği kısmın-

sürenin belirlenmesinin eleştirmek gerektiği, zira diğer bütün eşyalarda öğrenme tarihinin hiçbir önemin olmadığını, dolayısıyla bu şekilde bir düzenlemenin kanunun bütünlüğüne aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Honsell, bunun yerine değişik eşyalar bakımından farklı sürelerin belirlenmiş olmasını önermektedir.

⁷² 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin birinci bendinde Kültür varlıkları”; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.” Şeklinde tanımlanmıştır.

⁷³ Reinicke/Tiedtke, Nr.665-666; HK-BGB/Saenger, §438, Nr.3; HK-BGB/Dörner, §197, Nr.1-2.

⁷⁴ Beat Schönenberger, “Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60.Geburtstag (Band I und II), 2011, s.1546.

dan (Art.199/litt.b)⁷⁵ yer değiştirme suretiyle Art.201/IV hükmüne aktarma şeklinde yapılmış, sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili Art.199 OR hükmünde değişiklik yapılmasından vazgeçilmiştir.⁷⁶

Art.201/IV hükmüne göre: "Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir:

a. Zamanaşımı süresi iki yıldan daha az, kullanılmış eşyada bir yıldan az kısaltılırsa;

b. alıcı kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş ve

c. satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse."

Kısaltılması yasak olan süreler, Art.210/I-II-III hükmünde öngörülen sürelerdir. Bu durumda kısaltılması yasak süreler yeni eşya bakımından iki yıl, kullanılmış eşya bakımından bir yıl ve taşınmaz eserle bütünleştirilen eşya bakımından 5 yıldır. Keza kültür varlıklarında 1 ve 30 yıllık süreler de kısaltılamayacaktır.⁷⁷ Açık düzenleme gereği, bu sürelerden daha aşağı bir süre öngörülemez. Taraflar bu şekilde

⁷⁵ 16 Mart 2012 tarihli Federal Kanun değişikliği taslağında Art.199 OR hükmündeki değişiklik önerisi şu şekildeydi:

"Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig,

a. wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährmängel arglistig verschwiegen hat; oder

b. wenn:

1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;

2. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und

3. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

Art.199/litt.a hükmü, mevcut düzenlemede de var olan bir hüküm olup, yerinde bırakılmış, sadece Art.199/litt.b hükmü, Art.210/IV hükmü olacak biçimde, Art.210 hükmüne aktarılmıştır. Ancak Art.199 ilk cümlesinde geçen "Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig" ifadesi yerine Art.2010/IV hükmüne "Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig" ifadesi alınmıştır. Böylece Art.201/IV hükmünde, sadece zamanaşımı süresinin kısaltılmasından söz edilmiş, sorumsuzluk anlaşmasının (sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması olgusunun) akibeti Art.199 OR hükmüne bırakılmıştır. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4.

⁷⁶ Gauch, Revisionsentwurf, s.153, Nr.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4.; Reetz/Lorenz, s.18; Krauskopf, s.99; Schwizer/ Wolfer, s.1763

⁷⁷ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4; bu sürenin kanun amacı dikkate alındığında kısaltılması mümkün olmaz. Krauskopf, s.99; Huguenin, Rn.2635a

zamanaşımının başlangıcını daha erkene de alamayacaktır. Örneğin, zamanaşımının teslimden değil de sözleşmenin yapılmasından itibaren başlatılması da teslim daha sonra olacaksa geçerli olmayıp, yasal olan teslimden itibaren süre işlemeye başlayacaktır.⁷⁸ Ayrıca kullanılmış eşya bakımından, aslında taraflar aksini kararlaştırmamışsa, zamanaşımı süresi iki yıldır. Yani taraflar açıkça kararlaştırmışlarsa, iki yıllık süre bir yıla indirilebilir, ancak süre hiçbir şekilde bir yılın altına indirilemez.⁷⁹ Bu nedenle Gauch'a göre, aslında yeni eşyada iki yıllık süre hiçbir zaman değiştirilemeyecek olduğuna göre iki yıllık sürenin kısaltılmasından söz etmeye gerek olmamalıydı. Zaten Art.210/I hükmünde, "daha uzun bir süre kararlaştırılmamışsa" şeklinde bir ifade kullanıldığına göre, Art.210/IV hükmünde iki yıllık sürenin kısaltılmayacağına bir defa daha tekrarına gerek yoktu; bu düzenlemenin sadece bir anlamı olabilir ki o da tarafların başlangıçta iki yıldan daha fazla bir süre öngörmeleri ve daha sonra bu süreyi iki yıla çekmeleridir.⁸⁰ Ancak Gauch, taşınmaz eserlerle bütünleşen taşınır eşya bakımından 5 yıllık sürenin kısaltılıp kısaltılmayacağı sorununa değinmiştir. Kanımızca sürenin iki yıldan az bir şekilde kısaltılmayacağını öngören Art.210/IV, a bendi, taşınmaz eser ile bütünleştirilen taşınır eşya bakımından 5 yıllık sürenin iki yıla kadar düşürülebileceğini öngördüğü için böyle bir düzenleme yapmış olabilir. Üstelik Art.210/II OR hükmü, "daha uzun bir süre için kararlaştırılmadıkça" ifadesine yer vermediği için sürenin (iki yıla kadar) kısaltılabileceği yorumunu yapmak daha elverişlidir. Ayrıca tüketici işlemleri bakımından 1, 2 ve 5 yıllık sürelerin Yasanın tüketiciyi koruma amacı nedeniyle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği kabul edilmelidir.

Zamanaşımı süresi, kullanılmış eşya bakımından bir yıla kadar düşürülebilir; ancak bir yıldan aşağı kararlaştırılmaz (Art.210/IV, lit.a OR). Ayrıca, alıcı kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmiş ve satıcı, ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse (Art.210/IV, lit.a-b OR), yani ortada tüketici satışı varsa, zamanaşımı süresi kullanılmış eşya bakımından da iki yıldan aşağı düşürülemez. Böylece tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin daha fazla korunması

⁷⁸ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.2.

⁷⁹ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.2

⁸⁰ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129, Nr.4; Krauskopf, s.99.

amaçlanmıştır.⁸¹ Keza satıcının hilesi halinde zamanaşımı süresini kullanılmış eşyada bir yıla düşüren kısaltma anlaşması yine geçersizdir.⁸²

210/IV hükmüne aykırı olacak şekilde zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin yapılan sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik ancak yasal hadlere kadar olan bir yaptırımı öngörmektedir. Bu şekilde 2 yıl olarak öngörülen bir zamanaşımı süresi bir yıllığa kadar geçerli sayılabilecektir.⁸³

F. İhbar Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (Art. 2010/V-VI OR)

Art.210/V hükmüne göre "alıcının, zamanaşımı süresi içinde satıcıya "öngörüldüğü gibi ihbar" (vorgeschriebene Anzeige)⁸⁴ etmiş olmak kaydıyla ayıptan doğan hakları saklıdır." Eskiden de var olan (aArt.210/III) bu hüküm, daha doğru biçimde kaleme alınmış ve Art.210/I-II ve III hükümlerinde söz konusu olan zamanaşımı süresi içinde bildirimde bulunmak kaydıyla alıcının ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi geçtikten sonra da kullanabileceği vurgulanmıştır.⁸⁵ Sürekli defa hakkı olarak nitelendirilen bu hak, hukukumuzda da mevcuttur (TBK 231/I, c.2; BK.207/II).

Art.210/VI OR düzenlemesine göre: "Satıcı, alıcıya karşı hile yapmışsa, zamanaşımı savunmasında bulunamaz. Ancak üçüncü fıkradaki 30 yıllık süre için bu durum geçerli değildir." Buna göre, OR Art.210 fıkra 1 ve 2 hükümlerinde söz konusu olan bir iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri, satıcının hilesi halinde uygulanmaz. Bunun yerine 10 yıllık sürenin uygulanması söz konusu olmaktadır. Federal Mahke-

⁸¹ Gauch, Revisionsentwurf, s.145, Nr.I; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.124; Retz/Lorenz, s.17; Kanunkoyucu burada, özellikle profesyonel satıcıların genel işlem koşullarına zamanaşımını kısaltan hükümleri koymasını engellemek ve bu şekilde tüketicileri korumak bu istisnaları getirmiştir. Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

⁸² Gauch, Die revidierten Art. 210, s.129-130, Nr.4.1-4.2.

⁸³ Krauskopf, s.99.

⁸⁴ Burada kastedilen öngörülme (vorgeschrieben), bildirimle ilgili olan genel hükümdeki (Art.201 OR) gibi bildirimde bulunmak anlamına gelir. Önceki düzenlemede de var olan hükmün "yazılı bildirim" anlamına gelmediği, burada yazılı şekil kuralı öngörülmediği, bunun genel bildirim anlamına geldiği hakkında bkz. BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.5.

⁸⁵ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.6; Krauskopf, s.98; Huguenin, Rn.2633; Koller, s.308.

menin⁸⁶ ve öğretideki görüşün⁸⁷ kabulü bu yoldadır. Ayrıca açık düzenlemeden (Art.210/VI, c.2 OR) anlaşıldığı üzere, hile halinde kültür varlıkları geçerli olan 30 yıllık üst süre yine uygulanır. 30 yıllık süre, 10 yılın zaten çok üzerinde olduğu için 30 yıllık süre bakımından hile durumunda değişen bir şeyin olmadığı kabul edilmiştir.⁸⁸

Taşınmaz satışı bakımından OR Art.210/IV-V-VI fıkraları, taşınmaz satışı bakımından da uygulanır. Çünkü OR Art.221 hükmüne göre, taşınmaz satışı hakkında özel bir kural olmadığı takdirde (diğer durumlarda), taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. OR Art. 219/III hükmünde, taşınmazlar bakımından mülkiyetin elde edildiği tarihten itibaren 5 yıllık (özel) süre öngörüldüğünden, özel hüküm varlığı nedeniyle OR Art.210/I-II-III hükümleri uygulama alanı bulmaz.⁸⁹

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ HAKKINDAKİ REVİZYONA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Genel Olarak

Satış sözleşmesindeki değişikliğe benzer şekilde, 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun, eser sözleşmesinde ayıptan doğan haklara yönelik zamanaşımını düzenleyen Art.371 OR hükmünde de değişiklik yapmıştır. Bu değişikliğe göre,

“İş sahibi ayıplı eserden doğan hakları eserin teslim alınmasından itibaren iki yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, taşınmaz eserden kaynaklanan ve bu taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eserdeki ayıp bakımından, zamanaşımı süresi beş yıldır.

İş sahibi ayıplı eserden doğan hakları eserin teslim alınmasından itibaren iki yılda zamanaşımına uğrar. Ancak ayıplı bir taşınır eser, esere sözleşmedeki anlaşmaya uygun bir şekilde bütünleştirilmiş olması ile taşınmaz eser ayıplı duruma gelirse, bu süre 5 yıldır.

⁸⁶ BGE 107 II 232; 100 II 33 ff.; BGr 4A_301/201 vom 7.9.201, E.3.2

⁸⁷ BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; Koller, OR BT, 4, Nr.29; Gauch, Revisionsentwurf, s.149, Nr.4; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.125-126; Krauskopf, s.98.

⁸⁸ Gauch, Revisionsentwurf, s.149, Nr.4; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.125-126; Krauskopf, s.99-100.

⁸⁹ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.130, Nr.6; Krauskopf, s.99.

İş sahibi, yükleniciye, mimara ve mühendise karşı tüm ayıplı taşınmaz eserden ve ayıplı iş görme edimlerinden doğan hakları, eserin teslim alınmasından veya beş yılda zamanaşımına uğrar.

İş sahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacıyla hizmetler sunmuş müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Burada hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır.”

B. Eser Sözleşmesinde 2 ve 5 Yıllık Zamanaşımına İlişkin Değerlendirmeler (Art. 371/I OR)

Art.371/I OR hükmündeki yeni düzenlemeyle, eser sözleşmesinde kural olarak taşınır eserin teslim alınmasından (seit der Abnahme⁹⁰) itibaren başlayan bir yıllık ayıp zamanaşımı süresi⁹¹ iki yıla çıkartılmış (Art.371/I, c.1 OR). Bu düzenleme OR Art.210/I yer alan hükümle uyum sağlamayı amaçlamaktadır.

Atım sözleşmesinde olduğu gibi taşınmaz eserden kaynaklanan ve bu taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eser üzerindeki ayıp bakımından, beş yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (Art.371/I, c.2 OR). Bu noktada daha önce de satım sözleşmesine (OR Art.210) paralel olarak, hükümde “taşınmaz yapı eseri” kavramı yerine “taşınmaz eseri” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Taşınmaz eser kavramı burada da tanımlanmamış olup, bu yönde satım sözleşmesinde yapılan yorumlar geçerli olacaktır.

⁹⁰ Eser sözleşmesinde bazen teslim alma (Abnahme) bazen teslim etmeden (Ablieferung) söz edilmektedir. Bu durum sözleşmenin tarafına göre değişir. Yüklenici, eseri teslim ederken (Art.367/I, 370/I, 372/I OR) İş sahibi, eseri teslim alır (Art.370/I, 371/II OR). Art.371/II OR hükmünde, iş sahibi tarafın hakları söz konusu olduğundan, haklı olarak teslim almadan söz edilmektedir. Bu ayrıma birçok yerde dikkat edilmiş olup, değişiklikler açısından da aynı dikkat göze çarpmaktadır. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1, dn.28.

⁹¹ Eski düzenleme (aArt.371/I OR), eser sözleşmesinde taşınır eserler bakımından alıcının haklarına gönderme yaptığı ve satışla ilgili eski düzenlemede genel ayıp zamanaşımı süresi bir yıl olduğu için (aArt.210/I OR) taşınır eserlerdeki ayıp bakımından da bir yıllık zamanaşımı süresi geçerliydi. Bu konuda bkz. KUKO OR-Honsell, Art.210, Nr.3 ve Art.371, Nr.6; BASK OR I-Honsell, Art.210, Nr.3; BASK OR I-Zindel/Pulver, Art.371, Nr.11-12; Koller, OR BT, 4, Nr.29; Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2-2.1; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.2; Reetz/Lorenz, s.16; Krauskopf, s.93.

Taşınmaz eserle bütünleştirilen taşınır eser ise, taşınmaz eserde kullanılan metal çerçeveler, kapılar, pencereler olabileceği gibi, taşınmaz yapının bitmesinden sonra taşınmazdan faydalanmaya yönelik asansör, kalorifer tesisatı, pencere ve cam gibi eşyaya ilişkin de olabilir⁹². Buna karşılık, taşınmazın inşa aşamasında kullanılan iskele, çekiç, testere vb. malzeme bu madde kapsamında değildir.⁹³

Taşınır eserde bulunan ayıbın, taşınmaz eseri de ayıplı hale getirmesiyle zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. Bu şekilde satış sözleşmesinde düzenlenen beş yıllık süre ile bir uyum (koordinasyon) sağlanmak istenmiştir.⁹⁴ Bu sürenin getirilmesindeki koruyucu amaç ise, taşınmaz eser yüklenicisinin hem iş sahibinin hem de alt yüklenicilere karşı korunmasıdır. Gerçekten de taşınmaz imal eden asıl yüklenici tarafından ısmarlanan taşınır eser, taşınmaz ile bağlantılı eşya haline getirildiğinde, böylesine beş yıllık süre olmasaydı iki yıllık korumadan yararlanacak, oysa Art.371/II gereği taşınmaz eserden dolayı iş sahibine karşı 5 yıl boyunca sorumlu olacağından arada uyumsuzluk olacaktır. Bu nedenle taşınmaz eserle bağlantılı kılınan taşınır eşya için de 5 yıllık zamanaşımı süresi getirilmiştir.⁹⁵ Alt yükleniciye karşı korunma ise, alt yüklenici tarafından imal edilen ve taşınmazla bütünleştirilen her taşınır eser bakımından, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı 5 yıllık zamanaşımından yararlanması söz konusu olmaktadır.⁹⁶

Zincirleme satışlarda ve buna bağlı eser sözleşmelerinde, ısmarlayan tarafından bir taşınır eşya satılmış ve bu eşyayı alan kişi veya onu tekrar alan diğer alıcılar, bir taşınmaz eserle bağlantılı taşınır eser haline getirmişse, yine 5 yıllık süre uygulanır.⁹⁷ Taşınır veya taşınmaz eser, baştan inşa edilebileceği gibi sonradan bir tamirat, tadilat veya yenileme ya da ilave inşaat kapsamındaki bir faaliyete ilişkin olarak da

⁹² Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3-3.1; Gauch, Werkvertrag, Nr.2230; Reetz/Lorenz, s.17-18; kum, çimento, tuğla veya çelik gibi temel inşaa malzemesi kadar, değişik inşaa malzemeleri birleştirilerek üretilmiş maddeler örneğın, üçüncü kişiler tarafından daha önce üretilmiş pencere, makine veya kalorifer gibi inşaa eserleri de bu kavrama dahildir. Krauskopf, s.92, dn.26.

⁹³ Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

⁹⁴ Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.b; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.2; Krauskopf, s.93.

⁹⁵ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.2; Krauskopf, s.96.

⁹⁶ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.2.

⁹⁷ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.3.

sözleşmeye konu olabilir. Yeter ki taşınır eser, taşınmaz eserle bütünleştirilmiş olsun; aynı sonuç yani 5 yıllık süre geçerli olur.⁹⁸ Örneğin özel olarak üretilen parke veya laminant malzeme taşınır eser olup, taşınmaz inşaatı sırasında bağımsız bölümlerin her birine döşenmesi halinde taşınmazla bağlantılı eser söz konusu olduğundan taşınır eser için 5 yıllık süre geçerli olur; taşınmaz eser, bina, bağımsız bölüm, kat ilavesi, taşınmaz inşaatı veya taşınmaz yapı olarak anlaşılır.⁹⁹

Taşınmaz eseri inşa eden ve taşınır eşyayı taşınmazla bütünleştiren kişi, asıl yüklenici, alt yüklenici veya alt yüklenicinin alt yüklenicisi (Subsubunternehmer) vd. olabilir; her durumda 5 yıllık süre uygulanır.¹⁰⁰

Taşınır eserin taşınmaz eserle bütünleştirilmesi işlemi sağlam bir şekilde gerçekleşmelidir. Kolayca sökülmeye elverişli bağlantı, 5 yıllık sürenin uygulanması için yeterli değildir. Bu anlamda taşınmaz eserle tam olarak bütünleşmeyen, sağlam bir biçimde taşınmaza bağlı olmayan taşınır yapı için 5 yıllık süre değil 2 yıllık süre uygulanır. Taşınır yapı, Art.677 ZGB hükmüne göre belirlenir. Bu hükme göre taşınır yapı¹⁰¹, geçici amaçlarla yapılan ve yere sağlam bir biçimde bağlı olmayan yapıdır.

Satışta olduğu gibi, eser sözleşmesinde de “iş sahibinin (ismarlayan) ayıba ilişkin hakları”ndan değil, “ismarlayanın (Besteller)¹⁰² eserin ayıbuna ilişkin *talep hakları*”ndan söz edilmiştir. Buna sebep olarak, zamanaşımı ile birlikte ismarlayanın ayıptan doğan yenilik doğurucu haklarının (dönme, bedelden indirim, onarım hakları) sona ermediği, talep haklarını yine de ileri sürebileceği, eser imal edenin (yüklenicinin) ise buna karşılık zamanaşımı savunmasında bulunması gerekliliği gösterilmektedir.¹⁰³

⁹⁸ Gauch, Revisionsentwurf, s.150, Nr.2.1.c; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132, Nr.3.3; Gauch, Werkvertrag, Nr.2234; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.92.

⁹⁹ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.132-133, Nr.4.1.

¹⁰⁰ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133, Nr.4.1.a.; Krauskopf, s.96.

¹⁰¹ Taşınır yapı kavramı için bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.133, Nr.4.1.b; Gauch, Werkvertrag, Nr.2243, dn.13; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, Nr.541 ff.

¹⁰² İsviçre hukukunda yasada “Besteller, yani eseri ismarlayan terimi kullanılmışken (Art.363 ff. OR) bizde bu kavramın karşılığı olarak “iş sahibi” terimi kullanılmıştır (TBK 470 vd.). Biz, çalışmamızda iş sahibi kavramını tercih etmiş bulunmaktayız.

¹⁰³ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, dn.27; Reetz/Lorenz, s.16 vd; Krauskopf, s.99; BBl 2011 2892 (Komisyon Raporu).

Eser sözleşmesi uyarınca asıl yüklenicinin alt yüklenicilerle sözleşme yaparak, farklı farklı yerleri imal etmesi ve daha sonradan iş sahibine teslimi sonucu değiştirmez. Asıl yüklenici, iş sahibine karşı doğrudan sorumludur; o, eseri alt yüklenicinin imal ettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.¹⁰⁴

C. Taşınmaz Eserin Yapımında İş görme Ediminde Bulunmuş Müteahhit, Mimar Veya Mühendis Karşı Olan Beş Yıllık Zamanaşımına İlişkin Değerlendirmeler (Art. 371/II-III OR)

Art.371/II OR hükmüne göre, iş sahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacına yönelik olarak iş görme edimi sunmuş müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Anılan hüküm ile Düzenleme, eski düzenleme (aArt.371/II OR) ile hemen hemen aynıdır; ancak eski düzenlemede yer alan “bir taşınmaz yapı eseri” (eines unbeweglichen Bauwerkes) terimi yerine “bir taşınmaz eseri” (eines unbeweglichen Werkes) terimini kullanarak, hükmün uygulama alanı genişletilmiştir.¹⁰⁵

Bu doğrultuda mühendisin, yüklenicinin veya mimarın sorumlu tutulabilmesi için taşınmaz eserin meydana getirilmesinde hizmetler sunmuş olması gerekir. Bu kimselerin somut olaydaki sözleşmenin niteliği de önem arz etmez. Mimar veya mühendis tarafından sunulan hizmetlerin iş görme niteliğinde (auftragsrechtlicher Natur) olması da gerekmez. Bu şekilde mimarın veya mühendisin eser sözleşmesinin ifasına yönelik olarak bir planın veya bir raporun hazırlanması şeklinde katkıda bulunmuş olabilir. Bu durumda mimar veya mühendis müteahhit sıfatıyla, eseri kullanan asıl müteahhit de işveren sıfatıyla yer almaktadır. Asıl müteahhit de bu plan ve raporları eserinde kullanarak asıl iş sahibine teslim etmiş olması halinde zamanaşımı süresi teslimden itibaren 5 yıl olacaktır.¹⁰⁶ Görüleceği üzere burada artık mü-

¹⁰⁴ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.131, Nr.3.1, özellikle dn.30; Gauch, Werkvertrag, Nr.140, dn.13; Reetz/Lorenz, s.17-18; Krauskopf, s.96.

¹⁰⁵ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.a.; bkz.yuk.

¹⁰⁶ Esasen bir eser sözleşmesi kapsamında, mühendisin veya mimarın bir plandan veya rapordan dolayı ayıptan sorumluluğu eserin tesliminden itibaren 2 yıl olmaktadır. Zira bu plan veya rapor bir taşınmaz olarak nitelendirilemeyeceği için taşınmaza entegre (bütünleştirilmemiş) sayılmaz. Ancak bu plandaki veya rapordaki ayıp, asıl müteahhit tarafından taşınmaz eserin yapımında kullanılış olması ve

hendis veya mimar kendi eserlerini çok önce teslim etmiş olmalarına rağmen, asıl işverene karşı asıl müteahhidin eserin tesliminden itibaren 5 yıl süreyle daha sorumlu olacaktır.

Ayıbın nereden, mühendisin veya yüklenicinin ya da mimarın¹⁰⁷ ediminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir. Her durumda bu kişiler, taşınmaz eserden dolayı sorumludur.¹⁰⁸ Mimar veya mühendisin iş görme edimi sadece bir raporun yazılmasına veya projenin çizilmesine yönelik de olabilir. Ancak bu plan veya çizimlerin konusu taşınmaz esere yönelik olmalıdır ki 5 yıllık süre uygulanabilsin. Eğer plan veya çizimlerin konusu taşınır esere yönelikse ve bu taşınır eser taşınmazla bütünleşmemişse, onların sorumluluğu iki yıldan ibarettir.¹⁰⁹ Mimar, mühendis ve yüklenicinin sorumluluğu müteselsildir.¹¹⁰

Art.371/II OR hükmüne göre, burada (1 ve 2. fıkrada) hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır. Yeni düzenleme, eski düzenlemenin (aArt.371/I) tekrarından ibarettir. Buna göre, kıyasen uygulama nedeniyle;

- Eser sözleşmesinde ayıp zamanaşımı süreleri 10 yılı geçmemek kaydıyla uzatılabilir (Art.210/I OR hükmüne kıyasen).¹¹¹
- Yüklenici, kural olarak sorumsuzluk anlaşması yapabilir; ancak hilesi halinde sorumsuzluk anlaşması geçersizdir (Art.199 ve 210/VI OR hükümlerine kıyasen); ayrıca hile halinde zamanaşımı süresi 10 yıl olarak uygulanır.¹¹²
- Satışta olduğu gibi, eser sözleşmesinde yeni taşınır eserler¹¹³ bakı-

bu şekilde taşınmaz eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa artık zamanaşımı süresi 5 yıl olacaktır. (Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b.

¹⁰⁷ Mühendis veya mimar kavramları için bkz. Gauch, Werkvertrag, Nr.2296 ff., dn.13 ve özellikle Nr.2299.

¹⁰⁸ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b

¹⁰⁹ Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.3.2; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.4.2.b.

¹¹⁰ BGE 133 III 6 ff.; Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.3.2.

¹¹¹ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.5-5.a, 5.a.1 ve s.135, Nr.6; Gauch, Werkvertrag, Nr.2490, dn.13, 2492.

¹¹² Gauch, Revisionsentwurf, s.152, Nr.4 ve dn.22, s.149, dn6; Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134, Nr.5.a.2; BGE 107 II 232; 100 II 33 ff.

¹¹³ Kanımızca taşınır eser, taşınmaz eserle bütünleştirilmişse, 5 yıllık yasal süre iki yıla kadar düşürülebilir, hatta kullanılmış taşınır eserlerde süre bir yıla kadar dü-

mından ikiden, kullanılmış eserde bir yıldan az olmamak kaydıyla bir süre kararlaştırılabileceği, ancak yüklenici ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmiş ve ısmarlayan kişisel ya da ailevi ihtiyaçları için hareket etmişse (tüketici işlemlerinde) sürenin iki yıldan az olamayacağı kabul edilmelidir (Art.210/IV OR hükmüne kıyasen).¹¹⁴

- İşsahibi yasal veya sözleşmesel süreleri içinde ayıbı bildirmişse, ayıp zamanaşımı süreleri geçmiş olsa bile yüklenicinin süresinde (eserin tesliminden iki yıl sonra, ancak on yıl içinde) açtığı alacak davasında, ayıp savunmasında bulunabilir (sürekli defa hakkı, Art.210/V OR hükmüne kıyasen)¹¹⁵.
- Yüklenici, hilesinin varlığı halinde zamanaşımı savunmasında bulunamaz ve zamanaşımı süresi 10 yıla çıkar. Hile halinde zamanaşımını kısaltan anlaşmalar da geçersizdir. Kültür varlıkları yüklenici sadece 1 yıllık sürenin dolduğunu ileri süremez, ancak 30 yıllık süre yine üst süre olarak uygulanır (Art.199 ve 210/VI OR hükmüne kıyasen).¹¹⁶ Yüklenici için geçerli olan bu kıyas kuralları mimar ve mühendis için de geçerli olacaktır; yeter ki mimar veya mühendisin projesi veya raporu taşınmaz eserle bağlantılı olsun.¹¹⁷

Gauch, satış ve eser sözleşmesinde ayıp zamanaşımı ile ilgili Art.210 ve 371 hükümlerinde yapılmış olan değişikliklerin yerinde olduğunu, özellikle bir yıllık ayıp zamanaşımı sürenin iki yıla çıkarılmasının olumlu olduğunu, ancak bir taşınır eşyanın ya da eserin taşınmaz eserle veya taşınmazla ilişkilendirilmesi halinde sürenin 5 yıla çıkartılması açısından ispat güçlüklerinin olabileceğini, ayıbın hangi eser veya eşyadan kaynakladığının ispatı yanında taşınmazla birleştirme veya bütünleşme kavramlarının ispatının güç olduğunu, Mecliste "Tüketicilerin Daha Fazla Korunması İnsiyatifinin" zaferi olan¹¹⁸ bu

şürülebilir. Tüketici işlemlerinde ise süre (1, 2 ve 5 yıllık süreler) hiçbir şekilde değiştirilememelidir.

¹¹⁴ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.134-135, Nr.5.a.3.

¹¹⁵ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.a.4.

¹¹⁶ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.a.5.

¹¹⁷ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.5.b.

¹¹⁸ Hatta bu insiyatif grubunda yer alan bir parlamenterin "son yılların en büyük tüketici politikası adımı" olduğunu söylemesi, çok doğru değildir. Çünkü yeni düzenlemeler sadece tüketicileri değil, tüm alıcıları veya işsahibini korumaya yönelik düzenlemelerdir. bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.1 ve dn.50.

değişikliklerin aslında çok fazla tüketiciler açısından spesifik düzenlemeler içermediğini, sadece Art.210/IV hükmünün (kullanılmış eşyada ve tüketici satışlarında sürenin iki yıldan az olamayacağı düzenlemesinin) spesifik bir düzenleme olduğunu, düzenlemelerin sadece tüketicilere yönelik olmadığını belirterek, aslında yeni düzenlemelerin, OR 2020 Taslağında¹¹⁹ öngörülen ancak Meclis tarafından kabul edilmeyen geniş zamanaşımı revizyonu ile birlikte ele alınması halinde daha iyi olacağını, ancak “eldeki serçe, çatıdaki güvercinden iyidir” (Besser ein Spatz in der Hand als eine Taube auf dem Dach” özdeyişinin anımsattığı üzere, bu değişikliklerin en azından şimdilik işe yarayacağını vurgulamaktadır.¹²⁰

SONUÇ

İsviçre Medeni Kanun 210 ve 331. maddelerinde yapılan değişikliklerle, satın alınan eşyanın veya sipariş edilen taşınır eserin, taşınmaza bütünleştirilmesi ile satıcıya veya iş sahibine karşı başvurma imkânı tanımak ve eser sözleşmesi ile satım sözleşmesindeki ayıp zamanaşımı sürelerinin koordinasyonu sağlanmak istenmiştir. Bununla birlikte elde edilen sonuç, birçok belirsizlik beraberinde getirmiştir. Özellikle kanundaki “taşınmaz yapı eseri” kavramının yerine “taşınmaz eser” kavramının kullanılması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira bu şekilde hükmün uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Yapılan değişiklik, taşınmaz üzerinde bir çukur kazılması, bir ağacın budanması gibi işleri dahi taşınmaz eser kavramına dâhil edebilecektir.

Eşyanın bütünleştirme zamanının, hangi anda gerçekleşeceği bu kapsamda, 5 yıllık zamanaşımı süresinin eşyanın veya taşınır eserin taşınmaz esere 2 yıl sonra bütünleştirilmesi halinde 5 yıllık zamanaşımı süresinin işleyip işlemeyeceği belirsizdir. Kanımızca da taşınır eşya 2 yıl sonra da olsa ancak teslimden itibaren 5 yıllık süre içinde taşınmaza dâhil edilmesi halinde, ayıba ilişkin hükümlere başvurma imkânı verilmelidir.

¹¹⁹ İsviçre Borçlar Hukuku Genel Hükümlerini baştan sona yenileyen ve oldukça tartılmalara yol açan 2020 OR Taslağı Meclis tarafından 31 Ağustos 2011 yılında reddedilmiştir. Bu konuda bkz. Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.2 ve dn.51; Gauch, Revisionsentwurf, s.154 vd.; OR 2020 metninin TBK ve OR mevcut metni ile karşılaştırmalı Almanca metinleri için bkz. Ayan, s.1 vd., özellikle zamanaşımı ile ilgili hükümler için bkz. Ayan, s.269 vd.

¹²⁰ Gauch, Die revidierten Art. 210, s.135, Nr.IV.1-2 ve dn.52.

Zamanaşımı süresinin taşınır eşyanın (satın alınan taşınır veya ismarlanan taşınır eserin) teslim alınması ile işleyecek olması, mal stoklayarak iş yapan müteahhitleri korumasız bırakacağı haklı olarak eleştirilmektedir. Kanımızca zamanaşımı süresinin taşınmaza bütünlüştürme anı ile başlaması daha uygun olur.

Zamanaşımı sürelerinin kısaltılması ile kültür varlığı sayılan eşyaların satışı ile ilgili hükümler de dikkate alındığında, revizyonun genel olarak istenilen amaca ulaşmadığı, ancak doktrindeki eleştirilerin dikkate alınarak yapılacak bazı değişikliklerle belirsizliklerin giderilmesi mümkün olacağı ve ülkemiz açısından da dikkate alınabileceği söylenebilir.

EK 1: İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış Ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini Değiştiren 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun'un Almanca metni şu şekildedir:

Änderung vom 16. März 2012 zum Obligationenrecht (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

nach Einsicht in den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Januar 2011¹²¹ und in die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011¹²²,

beschliesst:

I

Das Obligationenrecht¹²³ wird wie folgt geändert:

*Art. 210*¹²⁴

¹²¹ BBl 2011 2889.

¹²² BBl 2011 3903.

¹²³ SR 220.

¹²⁴ Eski düzenleme şu şekildeydi : "aArt. 210/9. Verjährung

1 Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

1bis Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003⁴¹ verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

9. Verjährung

1 Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

2 Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

3 Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003¹²⁵ verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

4 Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:

- a. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;
- b. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und
- c. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

5 Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

6 Der Verkäufer kann die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird. Dies gilt nicht für die 30-jährige Frist gemäss Absatz 3.

*Art. 371*¹²⁶

² Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

³ Die mit Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

¹²⁵ SR 444.1

¹²⁶ Eski düzenleme şu şekildeydi: "aArt. 371/e. Verjährung

1 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers.

2 Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger

e. Verjährung

1 Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes. Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.

2 Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes.

3 Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.

II

1 Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

2 Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Ablauf der Referendumsfrist und Inkraftsetzung

1 Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 5. Juli 2012 unbenutzt abgelaufen¹²⁷.

2 Es wird auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt¹²⁸.

EK 2: Satış ve eser sözleşmelerinde ayıp sorumluluğuna yönelik taleplerin zamanaşımı sürelerinin uzatılması ve uyumu hakkında 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun Değişikliği Türkçe metni şu şekildedir:

İsviçre Federal Meclisi, 21 Ocak 2011 tarihli Ulusal Meclis Hukuki Danışma Komisyonu Raporu görüşünü ve 20 Nisan 2011 tarihli Federal Meclis Taslağını dikkate alarak, aşağıdaki gibi karar vermiştir.

Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme.“

¹²⁷ BBl 2012 3447.

¹²⁸ Der Beschluss über das Inkrafttreten wurde am 20. Sept. 2012 im vereinfachten Verfahren gefällt.

Borçlar Kanunu, aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

Madde 210

9.Zamanaşımı

1 Ayıplı bir eşyadan kaynaklı sorumluluk davaları eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren, alıcının ayıbı sonradan öğrenmiş olması halinde, 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Satıcının daha uzun bir sorumluluk süresi üstlenmiş olması halinde bu süre uygulanır.

2 Ayıp, bir taşınmaza kullanım amacına uygun olarak (entegre edilmiş) bütünleştirilen bir eşyadan kaynaklanarak oluşturulan eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa bu süre 5 yıldır.

3 Kültür varlıkları ilişkin dava, 20 Haziran 2003 tarihli "Kültür Varlıklarının Transferi Hakkındaki Kanun"un (Kulturgütertransfergesetz) 2/I hükmüne tabi eşyada bu süre, ayıbın alıcı tarafından öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 yıl içinde zamanaşımına uğrar.

4.Zamanaşımının kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar, aşağıdaki kapsamda olmak kaydıyla geçersizdir :

a. Zamanaşımı süresini iki yıldan daha az, kullanılmış eşyalar ise bir yıldan daha az kısaltılırsa;

b. eşya alıcının kişisel veya ailevi kullanımı için öngörülmüşse, ve

c.satıcı ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmişse.

5.Alıcının ayıptan kaynaklı savunmalarını (defilerin) kullanabilmesi için, zamanaşımı süresi içinde satıcıya öngörülen ihbarda bulunmuş olması yeterlidir.

6. Alıcı tarafından kendisine hile yapıldığını ispatlanması durumunda, satıcı, zamanaşımı iddiasında bulunamaz. Bu durum üçüncü fıkrada düzenlenen 30 yıllık zamanaşımı süresi için geçerli değildir.

Madde 371

e.Zamanaşımı

İş sahibinin eserdeki ayıp sebebiyle oluşan hakları eserin tesliminden itibaren iki yıl içinde zamanaşımına uğrar. Ancak, ayıp taşınır bir eserin anlaşmaya uygun bir şekilde taşınmaz bir eserle bütünleştirilmiş olması ile eseri ayıplı hale getirmişse, zamanaşımı süresi 5 yıldır.

İş sahibinin taşınmaz eserin ayıplı olması nedeniyle doğan hakları, eserin meydana getirilmesi amacıyla yönelik olarak hizmetler sunmuş

müteahhide veya mimar veya mühendise karşı, taşınmaz eserin tesliminden itibaren 5 yıl içinde zamanaşımına uğrar

Burada hüküm olmayan hallerde, alıcının ayıptan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi hükümleri kıyasen uygulanır.

II

1 Bu Yasa seçimlik referandum hükümlerine tabidir.

2 Federal Meclis tarafından yürürlüğe konur.

Referandum Süresi ve Yürürlük Süreci

1 Bu Yasa için referandum süresi 5 Temmuz 2012 tarihinde gerekli görülmemiştir¹²⁹.

2 Bu yasa 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³⁰.

Kaynakça

- Ayan Serkan, Türk Medeni Hukuk Mevzuatı, Cilt I, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, Madde Gerekçeleri, İstanbul 2015.
- Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, National Commentary, Commentary on the Consumer Protection Law No. 6502, İstanbul, 2016, (m.12 Şerhi).
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Frey Isabelle/ Siegenthaler Thomas: "Was heisst «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?", Baurecht, 2014, s.176-179.
- Gauch Peter, "Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2011, (Revisionsentwurf) s.145-155.
- Gauch Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (Der Werkvertrag).
- Gauch Peter, "Die revidierten Art. 210 und 371 OR", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2012, s.124-136 (Die revidierten Art. 210).
- Gauch Peter, Der Werkvertrag, 5.Aufl., Zürich 2011.
- Gümüş Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2013
- Handkommentar zum BGB: Nomos Kommentar, (Schulze, Reiner : Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 6. Auflage, Nomos 2009 (HK-BGB/Bearbeiter, Saenger, Dörner)
- Honsel Heinrich, Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (KUKO Honsell).

¹²⁹ BBl 2012 3447.

¹³⁰ Meclis 20 Eylül 2012 tarihinde basit sürecin yürütülmesine karar vermiştir.

- Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang/Vogt Nedim Peter, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5.Auflage, Basel 2015 (BASK-bölüm -Yazar).
- Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Basel 2010.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2014 (AT und BT).
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Bern 2012 (BT).
- Koller Alfred, "Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014 (Verjährung) s.303-308.
- Kostkiewicz-Kren Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan, OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009 (OFK-Yazar)
- Krauskopf Frédéric/Bittel Emanuel, "Die Baustofflieferung - Haftung und Verjährung", Schweizerische Baurechtstagung 2015 ...für alle die bauen, Hrg. Hubert Stöckli, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s.107-120.
- Krauskopf Frédéric, "Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen - neue Regeln mit Mängeln", Schweizerische Baurechtstagung 2013 ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2012, s. 85-102.
- Kürüm Neslihan, Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2005 (<http://dspace.trakya.edu.tr/jspui/bitstream/1/612/1/0042549.pdf>), e.t.01.02.2017.
- Reetz Peter/Lorenz Tabea: "Die Revidierten Verjährungsbestimmungen Im Gewährleistungsrecht", *Anwaltsrevue*, 2013, s.16-20.
- Reinicke Dietrich /Tiedtke Klaus, Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009.
- Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007.
- Roth Simon, "Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s.773-781.
- Schönenberger Beat, "Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz", *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60.Geburtstag (Band I und II)*, 2011, s.1541-1554.
- Schönle Herbert/Higi Peter, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/ Nr. V/2a, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Zürich 2005.
- Schwizer Angelo /Wolfer Marc, "Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s.1759-1765.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, 5.Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008.
- Tezcan, Durmuş, "Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1996, s.425 vd. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5540.pdf>), e.t.01.02.2017.
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/ Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.