T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE İŞ SAHİBİ VE ALT MÜTEAHHİT ARASINDAKİ İLİŞKİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Övünç AYDIN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mehmet ERDEM

EKİM 2016

ÖNSÖZ

Bu çalışmamda ve dahi hayatımın her anında bana her türlü desteği sağlayan aileme ve bilgi, zekâ ve manevi desteğiyle her zaman yanımda olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi sevgili dostum Barış Demirsatan'a en içten teşekkürlerimi sunmak isterim.

Söz konusu tez konusunu bana öneren ve desteğini esirgemeyen Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi sayın Doç. Dr. Mehmet Erdem'e saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

Birinci Bölüm

ESER VE ALT MÜTEAHHİTLİK SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK…….1

II. ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR……....1

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları…….1

1. Tanımı ……1

2. Eser Unsuru……...2

3. Meydana Getirme Unsuru……2

4. Ücret Unsuru……..2

5. Tarafların Anlaşması Unsuru……...3

B. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayrılması……...3

1. Hizmet Sözleşmesinden Ayrılması……4

2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayrılması……...4

3. Satım Sözleşmesinden Ayrılması…….…….……5

4. Yayın Sözleşmesinden Ayrılması……...6

C. Sürekli – Ani Edimli Borç İlişkisi Bakımından Eser Sözleşmesi……..6

III. MÜTEAHHİDİN İŞİ ŞAHSEN İFA BORCU VE ALT MÜTEAHHİTLİK SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR……...8

A. Müteahhidin İşi Şahsen İfa Borcu ve Bağımlı Yardımcı Kişi Kullanımına Bağlı Sorumluluk……..……8

1. Şahsen İfa Borcu…….8

2. Bağımlı Yardımcı Kişi Kullanımına Bağlı Sorumluluk……..9

B. İşin Alt Müteahhitlere Yaptırılabilmesi ve İş Sahibinin Sorumluluğu…...10

1. Çeşitli İhtimaller……10

a. Alt Müteahhit Kullanılmasının Sözleşme Dışı Olarak Zorunlu Olma İhtimali……10

b. Alt Müteahhit Kullanılmasının Müteahhidin Sözleşme Dışı Olarak Tek Taraflı İradesiyle Gerçekleşme İhtimali……11

c. Alt Müteahhit Kullanılmasının İş Sahibi ve Müteahhidin Anlaşmasıyla Gerçekleşme İhtimali……...…12

2. İşin Alt Müteahhitlere Yaptırılmasına Bağlı Olarak Müteahhidin Sorumluluğu…….…..…13

C. Alt Müteahhitlik Sözleşmesi…….…....15

1. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Nitelendirilmesi…….....16

a. Doğrudan Temsil……..…16
b. Dolaylı Temsil……..17
c. Sözleşmenin Devri……...17
d. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Alt Sözleşme Niteliği……18

2. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayrılması…...18

a. Yan Müteahhitlik……18

b. Konsorsiyum……19

c. Joint Venture……...…20

d. Ödünç İşçi Temini……...……20

3. Alt Müteahhitlik ve Eser Sözleşmelerinin Uyumu……...21

İkinci Bölüm

İŞ SAHİBİ VE ALT MÜTEAHHİT ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. GENEL OLARAK……...23

II. SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ PRENSİBİ……23

III. İŞ SAHİBİNİN ALT MÜTEAHHİDE DOĞRUDAN BAŞVURU İMKÂNI……..…24

A) Alt Müteahhidin İş Sahibine Taahhüdü……..25

B) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme……...26

1. Genel Olarak Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kapsamında İş Sahibinin Alt Müteahhide Karşı İleri Sürebileceği Haklar……..27

2. Alt Sözleşmeden Doğan Yenilik Doğuran Haklar……..27

a. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar……..27

b. Alt Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Doğan Haklar…….29

c. Alt Müteahhidin İtiraz ve Defileri……29

3. İş Sahibinin Zararlarıyla İlgili Tazminat Alacakları…….30

C) Müteahhidin Alt Müteahhide Karşı Talep Edebileceği Hakları İş Sahibine Temliki…….....31

D) TBK m. 507/3 Hükmünün Kıyasen Uygulanabilmesi……31

1. Konu Hakkındaki Görüşler……..31

2. Görüşümüz…….....35

E) Üçüncü Şahsın Zararının Tasfiyesi Teorisi……35

F) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi……...37

1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkisi Olan Sözleşmenin Varlığının Tespitinde Kullanılan Kriterler……38

2. Alt Müteahhidin İtiraz ve Defileri…….40

IV. ALT MÜTEAHHİDİN İŞ SAHİBİNE DOĞRUDAN BAŞVURU İMKÂNI……41

A) İş Sahibinin Taahhüdü……...42

B) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme……42
C) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi……43
D) Yapı Alacaklısı İpoteği (İnşaatçı İpoteği)…….45
1. Yapı Alacaklısı Kavramı……45
2. Yapı Alacağının Tutarı……..……46
3. İnşaatçı İpoteğinin Tescili……..46
a. Genel Olarak……..……46
b. İnşatçı İpoteğinin Tescilinde Sıra…….47

Üçüncü Bölüm

ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ, SONA ERMENİN SONUÇLARI VE SONA ERME SIRASINDA ALT MÜTEAHHİT İLE İŞ SAHİBİNİN KARŞILIKLI TALEPLERİ

I. GENEL OLARAK……49
II. İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE SONA ERME VE SONUÇLARI …...…49

A) Kusursuz İfa İmkânsızlığı ……...49

1. Hasar ve Sözleşme Konusu Eser Üzerinde İmkânsızlık…….49

a. Sona Erme……..49
b. Sona Ermenin Sonuçları……...50
c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi…….52

2. İş Sahibinin Faaliyet Alanında Doğan İfa İmkânsızlığı…….53

a. Sona Erme……..53
b. Sona Ermenin Sonuçları……...……54
c. Sona ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……..55

3. Müteahhidin Eseri Tamamlama Yeteneğinin Kaybı Dolayısıyla İmkânsızlık……..……56

a. Sona Erme……..56
b. Sona Ermenin Sonuçları……58

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi…….59
4. Müteahhidin Ölümü ve Sona Ermenin Sonuçları……..60
a. Kural ve Sonuçları……..60
b. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……..61
5. Müteahhidin ve İş Sahibinin İflası ve Sona Ermenin Sonuçları…….62
a. Kural ve Sonuçları……..62
b. Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Açısından İflasın Sonuçları……...63
B) Kusurlu İmkânsızlık …….64
a. Kural……...……64
b. Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Açısından Kusurlu İmkânsızlığın Sonuçları……...……...66
III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA SONA ERDİRİLMESİ……..67
A) Temerrüt ve İfa Etmeme Dolayısıyla Dönme……67
1. İş Sahibinin Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Dönme Hakkı ……67
a. Genel Olarak ……67
b. Sona Ermenin Sonuçları……..69
c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……..…….72
2. İş Sahibinin Müteahhidin İşe Başlamasında veya İşin İcrasında Gecikmesi Nedeniyle Dönmesi…….75
a. Kural ve Sonuçları…….75
b. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……..77
3. İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Dönme Hakkı…….79
a. Genel Olarak ……..79
b. Sona ermenin Sonuçları……...…….81
c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi…….81
4. Müteahhidin, İş Sahibinin Malzemeyi Sağlamakta veya Müteahhidin Ücretini Ödemekte Temerrüdü Nedeniyle Fesih Hakkı……..83
a. Genel Olarak……..83
b. Sonuçları……...……84
c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……85

B) İş Sahibinin Müteahhidin Zararını Tazminle Keyfi Feshi……86

1. Genel Olarak…….86

2. Sona Ermenin Sonuçları……..…….87

3. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……...90

C) Haklı Sebepler Dolayısıyla Fesih ve Sonuçları……90

1. Kural……...90

2. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi…….91

D) Ücret Miktarı İle İlgili Fesih Halleri……92

1. Götürü Bedelli Sözleşmelerde Bedelin Değiştirilmesi Yahut Sözleşmenin Feshi……..92

a. Genel Olarak……..92

b. Sona Ermenin Sonuçları……93

c. Sona ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi…….95

2. Yaklaşık Bedelin Çok Aşılması Durumda İş Sahibinin Sözleşmeden Dönebilmesi……..96

a. Genel Olarak……96

b. Sona Ermenin Sonuçları……..97

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi……98

E) İkale ile Sona Erme……..100

1. Kural……..…….100

2. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi…….……100

IV. SONA ERME SIRASINDA ALT MÜTEAHHİT VE İŞ SAHİBİNİN KARŞILIKLI TALEPLERİ……..101

A) Genel Olarak……..101

B) İş Sahibinin Alt Müteahhitten Doğrudan Talep İmkânı……102

1. Alt Müteahhidin İş Sahibine Akdi Taahhüdü…….102

2. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme……103
3. Alacağın Temliki ……103
4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi……104
C) Alt Müteahhidin İş Sahibinden Doğrudan Talepleri……...104
1. İş Sahibinin Akdi Taahhüdü……...……..104
2. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme……..105
3. Yapı Alacaklısı İpoteği……..105
4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi……..105
D) Diğer Talepler Bakımında Değerlendirme……..……106
1. Sebepsiz Zenginleşme……106
2. Haksız Fiil……...……107
3. Haksız İnşaat…….107
4. Gerçek Vekâletsiz İş Görme…….108

SONUÇ……..…….108

KISALTMALAR

ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
m.	: Madde
Nr.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

RESUME

LA RELATION ENTRE LE MAITRE ET LE SOUS – TRAITANT A LA FIN DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Övünç AYDIN

Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer. Le contrat de sous – traitance est un contrat ayant le but d'exécution par le sous – traitant, une partie de l'ouvrage qui va être exécuté au maitre ; et dont les parties sont l'entrepreneur et le sous-traitant.

En règle générale, pendant que le contrat d'entreprise est effectif, selon le principe de la relativité des contrats, le sous – traitant et le maitre ne peuvent pas faire une demande à l'autre. Cependant, le fait qu'ils ne peuvent pas récupérer ses pertes, conduit aux résultats inéquitables. A cause de cela, dans la doctrine, on fait la discussion sur l'applicabilité de quelques facilités juridiques. Comme résultat, la doctrine a constaté que; la relation contractuel entre le sous – traitant et le maitre, la stipulation pour l'autrui, la théorie ayant l'effet de protection d'un tiers, la cession de créance, et l'hypothèque légale de sous – traitant selon TMK Art. 893 peuvent être applicables.

A la fin de contrat d'entreprise, le maitre et l'entrepreneur sont dans la relation de liquidation. Dans cette circonstance, le maitre peut faire une demande seulement à l'entrepreneur. Le sous-traitant, si le contrat de sous – traitance n'est pas effectif après la fin du contrat d'entreprise, peut faire une demande au maitre dans le cadre de la relation de liquidation. Si le contrat de sous – traitance est effectif, la demande va se baser sur une relation contractuelle.

Dans ce cas, la possibilité de demande directe de sous – traitant au l'entrepreneur (ou contraire), change selon l'effectivité du contrat et selon les facilités qui va être appliquée, en même temps.

Hors des facilités qu'on a signées ; enrichissement illégitime, les actes délictuels, TMK m. 722 – 724 et ''negotiorum gestio'' peuvent être aussi appliquées selon ces variables.

Les mots clés : Le maitre, le sous - traitant, la relativité des contrats, la demande directe

ABSTRACT

THE RELATON BETWEEN CUSTOMER AND SUBCONTRACTOR AT THE END OF THE CONTRACT FOR WORK AND SERVICES

Övünç AYDIN

A contract for work and services is a contract whereby the contractor undertakes to carry out work and the customer undertakes to pay him for that work. A subcontractor agreement is an agreement aiming the execution by the subcontractor, a part of the work that will be performed to customer and which the parties are contractor and subcontractor.

In general, while the contract for work and services is valid, according to the principle of relativity of contracts, the subcontractor and the customer may not apply to another. However, the fact that they cannot recover their losses, leads us to unfair results. Because of this, in the doctrine, there are some discussions on the applicability of some legal facilities. As a result, the doctrine found that; the contractual relationship between the sub - contractor and the customer, contract for the benefit of third person, the theory having the effect of protecting the third party and the legal hypothec of sub - contractor by TMK Art. 893 may apply.

At the end of the contract of work and services, the customer and the contractor are in a relationship of liquidation. In this circumstance, the customer can apply only to the contractor. The subcontractor, if the sub - contract is not valid after the end of the work contract, may apply to the customer through the liquidation of relationship. If the sub - contract is valid, demand will be based on a contractual relationship.

In this case, the direct request possibility of sub - contractor to the contractor (or otherwise) depends on the validity of the contract and the facilities that would be applied, at the same time.

Excluding the facilities we have signed; unjust enrichment, tortious, TMK m. 722-724 and acting without authority may also be applied according to these variables.

Keywords: The customer, the subcontractor, the principle of relativity of contracts, the direct request.

ÖZET

ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE İŞ SAHİBİ VE ALT MÜTEAHHİT ARASINDAKİ İLİŞKİ

Övünç AYDIN

Eser sözleşmesi; iş sahibine bedel ödeme borcu, müteahhide de bir eser meydana getirme borcu yükleyen bir sözleşmedir. Alt müteahhitlik sözleşmesi ise iş sahibine teslim edilecek söz konusu eserin bir kısmının alt müteahhit tarafından meydana getirilmesini amaçlayan ve tarafların alt müteahhit ve asıl müteahhit olduğu sözleşmedir.

Kural olarak, eser sözleşmesi hüküm ifade ederken, sözleşmenin nisbiliği prensibi gereği alt müteahhit ve iş sahibi birbirlerinden herhangi bir talepte bulunamayacaklardır. Bununla beraber, özellikle bu kişilerin asıl müteahhitten zararlarını tazmin edememesi adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Bu sebeple doktrinde, çeşitli hukuki imkânların uygulanılabilirliği tartışılmıştır. Bunlardan, bu kişiler arasında doğrudan sözleşme ilişkisi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi, alacağın temliki ve alt müteahhit için yapı alacaklısı ipoteğinin uygulanabilir olduğu sonucuna varılmıştır.

Eser sözleşmesi sona erdiğinde ise iş sahibi ve asıl müteahhit tasfiye ilişkisi içindedirler. Söz konusu durumda yine iş sahibi taleplerini kural olarak asıl müteahhide ileri sürebilecektir. Alt müteahhitlik sözleşmesi, eser sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle sona ermişse alt müteahhit, tasfiye ilişkisi içerisinde asıl müteahhitten talepte bulunabilecek, sona ermemişse sözleşme hükümlerine göre alacağını talep edebilecektir.

Söz konusu durumda alt müteahhidin ve iş sahibinin birbirlerine doğrudan talepte bulunabilmesi ise, çoğunlukla alt müteahhitlik sözleşmesinin de hüküm ifade edip etmemesine ve aynı zamanda uygulanması öngörülen imkâna göre değişecektir.

Yukarıda belirttiğimiz imkanlar dışında; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, TMK m. 722 – 724 ve vekaletsiz iş görme hükümleri de yine aynı değişkenler uyarınca uygulanabilme imkanına sahiptirler.

Anahtar kelimeler: İş Sahibi, Alt Müteahhit, Sözleşmelerin Nisbiliği, Doğrudan Talep

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, eser sözleşmesinin sona ermesinde alt müteahhit ve iş sahibinin doğrudan talep ilişkisidir. Türk Hukukunda, sözleşmelerin nisbiliği prensibi gereği alt müteahhit ve iş sahibi birbirlerinden talepte bulunamayacak olup bu kişilerin zararları, kural olarak sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu kişilerce tazmin edilecektir. Bu, alt müteahhit için alt müteahhitlik sözleşmesi gereği asıl müteahhit, iş sahibi için de eser sözleşmesi gereği yine asıl mütehhitttir. Çalışmamız, söz konusu zararların tazmin edilemediği durumlarda alt müteahhidin iş sahibine yahut iş sahibinin alt müteahhide başvurabilme imkânlarını, özellikle eser sözleşmesi sona erdiği durumlarda incelemektedir.

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, eser sözleşmesi ve yine bir eser sözleşmesi sayılabilecek alt müteahhitlik sözleşmesi kısaca incelenmiştir. Burada özellikle eser sözleşmesinin ve alt müteahhitlik sözleşmesinin diğer hukuki ilişkilerden ayırt edilebilmesi ve birbirleriyle olan ilişkilerine odaklanılmaya çalışılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde eser sözleşmesi hüküm ifade ederken alt müteahhit ve iş sahibi arasında doğrudan talep imkanı oluşturabilecek çeşitli hukuki imkanlar incelenmiş, bu imkanların uygulanabilir olanları tespit edilerek, hangi tür zararı tazmin ettikleri ortaya konulmuştur.

Tezimizin son bölümünde ise eser sözleşmesinin imkânsızlık yahut eser sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmeyi sona erdirmesi üzerine sözleşmenin tasfiye ilişkisi ortaya konularak, iş sahibinin ve asıl müteahhidin talepleri tespit edilmiştir. Aynı şekilde eser sözleşmesinin sona ermesinin etkisiyle, alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade edip etmeyeceği ihtimaller değerlendirilmiş ve hüküm ifade etmediği durumlarda asıl müteahhidin ve alt müteahhidin birbirlerine ileri sürebilecekleri talepler ortaya konmuştur.

Söz konusu taleplerin karşılanamadığı ihtimallerde ise, alt müteahhit ve iş sahibinin, ikinci bölümdeki imkanların eser sözleşmesi sona erdikten sonra uygulanıp uygulanamayacağı incelenerek, uygulanabildiği ihtimalde taleplerin hangi kapsamda olduğu ortaya konulmuştur.

Birinci Bölüm

ESER VE ALT MÜTEAHHİTLİK SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK

Tezimizin ilk bölümünde sırasıyla; eser sözleşmesi kavramı, bu sözleşmenin benzer sözleşmelerden farkları, niteliği itibarıyla ani mi yoksa sürekli mi borç ilişkisi olduğu incelenecek; akabinde müteahhidin işi şahsen yapma borcu ve bu borca aykırılıklar ile buna bağlı olarak alt müteahhitlik sözleşmesinin bir alt sözleşme olduğunu saptayacak ve bunun asıl müteahhitlik sözleşmesiyle ilişkisi üzerinde duracağız.

Belirtmemiz gerekir ki, çalışmamızın asıl inceleme alanına uygun olarak özel bir yoğunlaşma gerektiren eser sözleşmesinin sona ermesi ve tasfiyesi, işbu bölümde değil ve fakat ileriki aşamalarda daha detaylı şekilde değerlendirilecektir.

II. ESER SÖZLEŞMESİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanımı

TBK m. 470'e göre, *''eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir''*. Kanuni tanıma göre eser sözleşmesinin unsurları eser, meydana getirme, eser meydana getirmenin karşılığı olarak ücret ödenmesi ve son olarak da eser sözleşmesinin tarafları arasında anlaşma olarak kabul edilmektedir[1].

[1] Tandoğan, s. 3-22 Yavuz, s. 538 vd. Burada yazar, eser sözleşmesinin ''eser'' ve ''meydana getirme'' unsurlarını ''eser meydana getirme'' olarak tek başlık altında incelemiştir. Kanımızca, müteahhit zaten hazır olan bir eserin sağlanmasını borçlanmadığından, meydana getirme unsuru ayrı bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Aynı yönde Öz, s. 8

2. Eser Unsuru

Eser unsurunu oluşturan ‘’eser’’ kavramının kapsamına nelerin girdiği 818 sayılı BK döneminde çokça tartışılmış ve eser kavramını maddi varlığı olan şeylere hasreden ve maddi olmayan varlıkları da eser olarak kabul eden fikirler savunulmuştur[2]. Kanımızca, bir eserin varlığını belirleyen unsur onun maddi bir varlığa sahip olması değil, maddi varlığa sahip olmasa da önceden objektif olarak tespiti mümkün olan bir sonucu oluşturup oluşturmadığıdır[3]. Buna ek olarak, eser maddi bir varlığa sahip olmasa da, en azından belirli bir şekilde ortaya çıkma veya başka bir ifadeyle belirli ölçüde maddi bir biçimlenme sağlanmalıdır[4].

3. Meydana Getirme Unsuru

‘’Meydana getirme’’ unsurundan anlaşılması gereken ise, eserin oluşturulması (sonucun gerçekleştirilmesi) için müteahhidin içinde bulunduğu her türlü hazırlık faaliyeti olmalıdır[5]. Aynı şekilde, yalnızca yeni bir eser oluşturmak değil, var olan bir eserin değiştirilmesi de meydana getirme kapsamında değerlendirilmelidir[6].

[2] Aral; Ayrancı, s. 335 vd; Detaylar için bkz. Tandoğan, s. 3-22

[3] Tandoğan, s. 21; Öz, s. 7; Yavuz, s. 538; Yavuz burada, bir sanatçının gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt etmesi, ücret karşılığı havai fişek gösterisi seyredilmesi vb. örnekleri de eser sözleşmesi konusu olarak değerlendirmektedir. Öz ise (s.7), sanat etkinliklerinin kesin ve saptanabilir biçimlerinin olmadığı ve aynı zamanda eserin varlığının kabul edildiği ihtimalde de eserin hangi şartlarda ayıplı olarak değerlendirileceğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Yazara göre, burada sanatçı bir sonucu değil fakat sanat yeteneklerini özenli bir şekilde icra etmeyi taahhüt etmektedir. Biz de bu son görüşü savunmaktayız.

[4] Yavuz, s. 538; Tandoğan, s. 22. Yazar, sanat etkinliklerini maddi bir biçimlenmeye sahip olmadığı gerekçesiyle eser sözleşmesi konusu kabul etmemektedir.

[5] Öz, s. 9.

[6] Dayınlarlı, s. 9; Yavuz, s. 539. Yazar buna dayanarak, tıkanmış lavabonun açılması, odun kırılması vb. örnekleri de eserin değiştirilmesi kapsamında eser sözleşmesinin konusu olarak kabul etmektedir. Konumuzun kapsamından uzaklaşmamak adına detaya inmemekle beraber bunların vekâlet sözleşmesi konusu olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

4. Ücret Unsuru

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmesinin ‘’ücret vaadi’’ unsuru hakkında belirtilmesi gerekenler ise, ücretin belirlenmesi konusunda tarafların açıkça veya zımnen anlaşmış olabileceği ve ücretin hesaplanış tarzının sözleşmenin bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde etkisinin olmadığıdır[7]. Hatta eserin ücretinin önceden belirlenmediği veya yaklaşık olarak belirlendiği ihtimallerde TBK m. 481 uyarınca *‘’bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak*’’ belirlenecektir. Buna ek olarak, eserin karşı ediminin ücret olmamasının eser sözleşmesinin niteliğini değiştirmediği doktrinde[8] belirtilmektedir.

5. Tarafların Anlaşması Unsuru

Eser sözleşmesinin son unsuru ise, tarafların anlaşmasıdır. Kural olarak, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşması gerekir. Eser sözleşmesinde de esaslı unsurlar ücret ödenmesi ve eserin yapımıdır. Eseri teslim borcu ve ücret ödeme borcu bu anlaşma sonucu olarak doğar[9]. Bu anlaşma ise TBK m. 470 ve devamı hükümlerinden anlaşılacağı üzere bir geçerlilik şekline tabi değildir. Buna rağmen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi örneğinde olduğu gibi taşınmaz mülkiyetinin devri eser sözleşmesinin konusu ise, sözleşmenin resmi geçerlilik şekline tabi olduğunu TMK m. 706/1 uyarınca söylemek gerekir. Bununla beraber, şekil noksanlığı nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmek, Yargıtay[10] tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.

[7] Erzurumluoğlu, s. 169; Tandoğan, s. 27
[8] Tandoğan s. 28. Yazara göre, eserin karşı edimi yine eser ise trampa değil eser sözleşmesi hükümleri uygulanır. Karşı edim, başka bir iş görme ise, çift tipli karma sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Aksi görüşte, Gümüş, s. 6
[9] Tandoğan, s. 28
[10] Yargıtay 15. HD, 12.11.1981, E. 2098, K. 2240 (www.kazanci.com)

B. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayrılması

Bu bölümün amacı, özellikle tezimizin konusu olan iş sahibi ve alt müteahhidin ilişkisine kıyasen uygulanabilecek hükümlerin konusu olduğu sözleşmelerin, eser sözleşmesiyle benzerlik ve farklılıklarını kısaca görebilmektir.

1. Hizmet Sözleşmesinden Ayrılması

Eser sözleşmesinin benzediği ve fakat kendisinden ayırt edilmesi gereken sözleşmelerden biri hizmet sözleşmesidir. Eser sözleşmesi, bir sonuca yönelmesi ve müteahhidin bağımsızlığı açısından hizmet sözleşmesinden ayrılır[11]. Hizmet sözleşmesinde iş görenin her zaman gerçek kişi olacağını da eklemek gerekir.

Eser sözleşmesi, bir sonucun ortaya çıkmasını konu edinir. Hâlbuki hizmet sözleşmesinde işçinin belirli bir hizmet ediminde bulunması gerekir, bu hizmet ediminin neticesinde ortaya çıkan sonucun ve hatta herhangi bir sonuç çıkmamasının hizmet borcunun ifa edilip edilmediğinin belirlenmesi yönünden herhangi bir rolü yoktur[12].

Eser sözleşmesinde müteahhit, hizmet sözleşmesindeki işçiye nazaran bağımsızdır[13]. Hizmet sözleşmesinde ise işçi, işverenin emir ve talimatı altındadır[14]. Yine de emir ve talimat altında olma, her zaman hizmet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırt etmeye yetmeyeceğinden, bağımlılık unsurunun kapsamına zamansal bağımlılık da eklenmektedir[15].

---

[11] Öz, s. 9; Tandoğan, s. 35

[12] Gümüş, S. 425; Tandoğan, s. 36. Yazar burada, bir bahçıvanın yaz mevsimi boyunca bahçeye bakma borcu altında olmasını hizmet, bahçeyi belirli bir düzene sokma ve bir daha uğraşmama borcu altında olmasını da eser sözleşmesi konusu olarak kabul etmiştir.

[13] Detaylı bilgi için bkz. Süzek s. 360 vd. Yavuz, s. 541

[14] Öz, s. 9; Tandoğan, s. 37, Tercier/Favre/Carron s. Nr. 4250

[15] Yargıtay 10. HD, 27.12.1984, E. 1132, K. 1166. Kararda zamansal bağımlılık ‘’…her an ve her durumda çalışanı denetleme ve buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını tanıyan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte…’’ bir bağımlılık olarak ifade edilmektedir. (www.kazanci.com)

2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayrılması

Vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesinden; ücret, sonuca yönelme, iş görme ediminin şahsen yerine getirilme zorunluluğunun bulunup bulunmaması, taraflara sözleşmeden sebepsiz dönme hakkı[16] bahşedip bahşetmemesi açılarından incelenerek ayrılabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK m. 502/3 uyarınca *''sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazanılır''*. Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığından[17] eser sözleşmesinden ayrılır[18].

Aynı şekilde, vekil belirli bir sonucu elde etmek için değil, bu sonuca ulaşmak için özen ve sadakatle çalışma taahhüdü altına girdiğinden, yine eser sözleşmesinden ayrılacaktır[19]. Zira eser sözleşmesi her zaman sonuç taahhüdü içerir.

Ayrıca, TBK m. 512'nin *''vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir''* hükmü uyarınca sözleşmeyi her zaman sona erdirme hakkının varlığı, sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğuna yönelik bir emare olarak kabul edilmektedir[20].

Son olarak, iş görme ediminin şahsen yerine getirilmesinin önem taşıması da Tandoğan'a göre[21], sözleşmenin eser sözleşmesinden daha çok vekâlete yakın olduğu konusunda bir emaredir.

---

[16] Tandoğan, s. 39 vd. Yazar, burada her iki sözleşmede gerekçe gösterilmeksizin sözleşmeyi sona erdirme hakkının olmasına rağmen söz konusu ayrımı yapmıştır. Biz, bu ölçütün ayrım yapmak için yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

[17] Yavuz, s. 637

[18] Vekâlet sözleşmesinde ücretin zorunlu olmaması ile eser sözleşmesinde ücretin belirlenmesinin zorunlu olmaması ve ücret dışında başka bir karşı edimin belirlenebileceği hususu birbirine karıştırılmamalıdır. Burada bahsedilen, karşı edim olmadan vekil olunabileceği, teknik ifadesiyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığıdır.

[19] Akipek, S. 36 – 37. Tandoğan, s. 39

[20] Yavuz, s. 642. Aslında bu ölçüt şu şekilde eleştirilebilir: Ancak sözleşme nitelendirildikten sonra uygulanacak hükümler anlaşılabilir. Dolayısıyla, TBK m. 512 ile TBK m. 484 maddelerinin uygulanabilirliği, nitelendirme ölçütü değil nitelendirme sonucudur.

[21] Tandoğan, s. 40; Tercier/Favre/Carron s. 5013

3. Satım Sözleşmesinden Ayrılması

Bir sözleşmenin eser sözleşmesi veya satım sözleşmesi olduğuna yönelik ölçütler şu şekilde belirlenebilir:

Öncelikle zamansal açıdan bakıldığında, teslim edilen şey sözleşmenin akdedildiği sırada zaten mevcut ise, bir satım sözleşmesinin varlığından şüphe edilmemelidir[22]. Sözleşme konusu henüz imal edilmeden akdin kurulması ihtimalinde, söz konusu sözleşmenin eser mi yoksa satım sözleşmesi mi olduğu seri üretim yapılıp yapılmadığına göre değişecektir[23]. Seri bir üretimden söz edildiğinde, eser sözleşmesine ziyaden bir satım sözleşmesi konusunun var olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir.[24]

Emeğin ağır bastığı ve kullanılan şeyin sadece malzeme niteliği taşıdığı durumlarda ise eser sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir[25]. Aynı şekilde, meydana getirme unsuru dava edilebilir ise, yine eser sözleşmesinin varlığından söz edilir[26].

İş sahibinin talimat hakkına sahip olması da eser sözleşmesinin varlığının kabulüne emaredir[27].

4. Yayın Sözleşmesinden Ayrılması

TBK m. 487/1 uyarınca *''yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir''*. Burada, tarafların borçları incelendiğinde, yayımcının çoğaltarak yayma yükümlülüğü bulunduğu görülmektedir. Oysa müteahhidin borcu yalnızca çoğaltmak ise burada bir eser sözleşmesinin varlığından söz edilecektir[28]. Aynı zamanda çoğunlukla, yayım sözleşmesinde

[22] Tandoğan, s. 42.
[23] Yine de, kanımızca, seri üretim konusunun tamamen iş sahibi tarafından belirlendiği seri üretimlerde, örneğin çizimi iş sahibi tarafından kâğıt üzerine yapılmış on adet masanın seri üretiminde eser sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi mümkün olabilir.
[24] Yargıtay HGK, 12.11.1958, E. 46, K. 46 (www.kazanci.com)
[25] Gauch, Nr. 115. Yazar burada, kendi malzemesiyle asansör kurmayı örnek göstermektedir.
[26] Gauch, Nr. 115
[27] Tandoğan, s. 45, Tercier/Favre/Carron Nr. 4243
[28] Tunçomağ, s. 588; Yavuz, s. 607.

yayımcı eser sahibine bir ücret öder fakat eser sözleşmesinde ücret ödeyen taraf müteahhit değildir[29].

C. Sürekli – Ani Edimli Borç İlişkisi Bakımından Eser Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ani edimli sözleşmeler temel alınarak düzenlenmekte[30], bu sebeple de ani edimli olmayan sözleşmeler için özellikle tasfiyeye yönelik hükümlerin uygulanması yerine benzer sürekli sözleşme ilişkilerinin kıyasen uygulanması yahut TMK m. 2 uyarınca çözüm bulunması yöntemlerine başvurulmaktadır[31]. Bu sebeple eser sözleşmesinin sürekli mi ani edimli mi borç ilişkisi olduğu, inceleyeceğimiz sona erme ve tasfiye süreci açısından önemlidir.

Bir sözleşmenin ani edimli olup olmadığını ifanın süresi belirler[32]. İfanın zamana yayılmış olduğunu (sürekli olduğunu) kabul edebilmek için ölçüt ise borçlunun faaliyetlerinin değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin zamana yayılmış olmasıdır[33]. Aksi takdirde ani edimli bir sözleşmeden bahsedilecektir.

Eser sözleşmesi açısından bakıldığında genel olarak üç görüş[34] üzerinde yoğunlaşmak gerekir:

Birinci görüş[35], eser sözleşmesinin unsurlarından olan meydana getirme unsurunun iş görme edimi olması ve iş görmenin zamana yayılması nedeniyle bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Aynı zamanda bu görüşün taraftarları, TBK m. 475 ve TBK m. 484 hükümlerinin varlığının da eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olduğuna dayanak olduğunu kabul etmektedirler[36].

---

[29] Tandoğan, s. 47
[30] Seliçi, s. 2
[31] Öz, s. 13 Şu kadar ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yürürlükten kalkan kanuna nazaran sürekli borç ilişkileri dikkate alan hükümler de içermektedir. Örnek olarak: TBK m. 126
[32] Seliçi, s. 4 vd
[33] Doktrindeki hâkim görüşün incelenmesi için bkz. Öz, s. 14 vd; Seliçi, s. 7
[34] Detaylı inceleme için bkz. Öz, s. 16 vd.
[35] Erman, s. 109.
[36] TBK m. 475 hükmü aşırı zarar nedeniyle sözleşmeden dönmeyi yasaklamakta, TBK m. 484 hükmü ise müteahhidin zararlarının ödenerek iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkı vermektedir. Bu hükümlerin sürekli borç ilişkisinin yapısına uygun olduğu yönündeki görüşler için bkz. Öz, s. 17

İkinci görüş[37] ise, eser sözleşmesinde bir sonuç taahhüt edildiğinden ve aynı zamanda iş sahibinin ifaya olan menfaati eserin iş sahibinin hâkimiyet alanına bırakılmasıyla bir anda gerçekleştiğinden[38] ani edimli bir borç ilişkisinin var olduğunu ileri sürmektedir[39].

Üçüncü ve son görüş[40] ise belirttiğimiz diğer ikisinin karması olup, eser sözleşmesinin hem ani hem sürekli borç ilişkisi yaratan kendine özgü bir sözleşme türü olduğunu ve hâkimin önüne gelen somut olayın şartlarına göre ani edimli sözleşmelere veya sürekli edimli sözleşmelere uygun çözüm bulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Kanımızca, eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de, meydana getirme faaliyeti, ayrı bir borç olmaktan ziyade[41] eser sonucunu gerçekleştirmek için bir hazırlık faaliyetidir. Buna ek olarak birinci görüşün dayanak olarak ileri sürdüğü TBK'nın ilgili maddelerinin de müteahhidi koruma amaçlı olduğu savunulabilir[42].

Ayrıca, üçüncü görüşün kabulüyle de her somut olayda farklı çözüm bulunmasının, taraflar için öngörülebilirliği ortadan kaldırması sebebiyle hukuk güvenliğini zedeleyebileceği kanaatindeyiz.

III. MÜTEAHHİDİN İŞİ ŞAHSEN İFA BORCU VE ALT MÜTEAHHİTLİK SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

A) Müteahhidin İşi Şahsen İfa Borcu ve Bağımlı Yardımcı Kişi Kullanımına Bağlı Sorumluluk

1. Şahsen İfa Borcu

[37] Seliçi, s. 26; Tandoğan, s. 59.
[38] Örnek olarak, günümüzde sıkça akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin ifaya olan menfaati taşınmazdaki bağımsız bölümü elde edebilmektir. Müteahhit tarafından bir apartmanın yarısı inşa edildiğinde, eser sözleşmesinden doğan borcun yarısının ifa edildiği kanımızca söylenememelidir. İfa, ancak bağımsız bölümün iş sahibinin hâkimiyet alanına bırakılmasıyla gerçekleşecektir.
[39] Ayan, Yüklenicinin Temerrüdü, s.46; Öz, s. 18.
[40] Serozan, s. 184; Konu hakkındaki Y. BGK. T. 1984, E. 1983-3, K. 1984-1 sayılı kararın incelenmesi için bkz. s. 72
[41] Öz, s. 20. Yazar burada, ''meydana getirme'' ve ''eser'' unsurlarının iki ayrı borç olmadığını müteahhidin duvarı boyamakla yükümlü olduğu bir eser sözleşmesi örneğiyle açıklamaktadır.
[42] Aynı yönde Öz, s. 18.

TBK m. 471/3'e göre *''yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.''*

Eser sözleşmelerinde, borcun bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadığı durumlarda borçlunun şahsen ifaya zorunlu olmadığını belirten TBK m. 83'ün getirdiği ana kuralın aksi[43] söz konusu olduğundan, müteahhidin eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorunda olduğu ve işin bağımsız yardımcı kişilerce[44] yapılabildiği ihtimalleri[45] incelemek[46] gerekmektedir.

Özellikle sanat eserlerinde, müteahhidin kişisel yetenekleri (özellikleri) oldukça önem kazanabilecek ve eseri kendi yönetimi altında yaptırsa bile ortaya çıkacak sonuç, eseri kendisinin yaptığı ihtimaline göre farklı olabilecektir. Böyle bir durumda işi başkasına yaptırmak bir yana, kendi yönetimi altında bile yaptırması caiz değildir[47]. Belirtmek gerekir ki bu tür durumlar istisnai olarak gündeme gelecektir[48].

Müteahhidin eseri bizzat yapmasının zorunlu olduğu bu ihtimal[49] dışında, işi kendi yönetimi altında yaptırması mümkündür. Keza, bina yapımı üstlenen müteahhidin tek başına tüm inşayı gerçekleştirmesi gibi bir ihtimalde aksinin gerçekleşmesi fiilen mümkün değildir. Kendi yönetimi altında yaptırma zorunluluğu kapsamına bir gerçek kişinin yanında çalışanlar vasıtasıyla ifa girebileceği gibi, bu kapsamda bir tüzel kişi söz konusu olduğunda organlar vasıtasıyla ifadan bahsedilebilecektir[50].

---

[43] Kılıçoğlu, s. 188. TBK m. 83'teki ana kural tersine çevrildiğinden müteahhidin, borcu kendisi veya yönetimi altında yapılmasının zorunlu olmadığı iddiasında ise bunu kanıtlamakla yükümlü olduğuna yönelik bkz. Tandoğan, s. 72

[44] Yardımcı kişinin, bir hizmet sözleşmesi söz konusuysa (ifa müteahhidin kendi yönetimi altında gerçekleştiriliyorsa) bağımlı olduğundan söz edilmelidir.

[45] Ayrım için bkz. Akkanat, s. 45. Ayrımın sonuncu unsuru, ileriki paragraflarda incelenecektir.

[46] Akkanat s. 45. Yazar burada, TBK m. 471/3 hükmünde geçen *''veya''* ifadesi nedeniyle müteahhidin işi kendisi yapma ve yönetimindekilere yaptırma arasında seçim hakkına sahip olduğu yönündeki bir yorumun özellikle sanat eserleri bakımından doğru olmayacağı görüşündedir.

[47] Dayınlarlı, s. 40; Tandoğan, s. 71.

[48] Gauch, Nr. 609

[49] Bir şarkıcının, şarkıyı kendi solistlerinden birine icra ettirmeme zorunluluğu buna örnek gösterilebilir.

[50] Tandoğan, s. 71

2. Bağımlı Yardımcı Kişi Kullanımına Bağlı Sorumluluk

Müteahhidin bağımlı yardımcı kişi kullanımına bağlı olarak iki tür sorumluluğu meydana gelebilir[51]:

Bunlardan birincisi, müteahhidin işi bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcunu yerine getirmemesi sebebiyle kendi davranışından dolayı doğrudan doğruya sorumluluğudur. Burada müteahhit, kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe zarardan TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır[52].

Diğeri ise bağımlı yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi gereği gibi ifa etmemeleri nedeniyle müteahhidin onların davranışından dolayı sorumluluğudur. Söz konusu durumda müteahhit TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır[53]. Bu sorumluluktan kurtulması ise, kurtuluş kanıtı gereği, ancak yardımcı kişinin davranışında kendisi bulunsaydı kusurlu sayılmayacak olmasıyla mümkündür[54].

B) İşin Alt Müteahhitlere Yaptırılabilmesi ve İş Sahibinin Sorumluluğu

1. Çeşitli İhtimaller

Müteahhidin borcunu şahsen ifası, yukarıda belirttiğimiz hallerin dışında zorunlu değildir. Eser meydana getirme borcu, müteahhidin iş sahibiyle herhangi bir anlaşma içinde olmadığı durumda dahi kimi zaman bir zorunluluk olarak veya onun tek taraflı iradesiyle, kimi zamansa müteahhit ve iş sahibinin anlaşmasıyla bağımsız yardımcı kişilere ifa ettirilebilir. Biz bu durumları ayrı ayrı inceleyeceğiz. Belirtmek gerekir ki eseri meydana getirme borcunun bağımsız yardımcı kişilerce ifa ettirilebilmesini kapsayan bu üç ihtimalde, genel olarak alt müteahhitlik sözleşmesinin

[51] Yavuz, s. 549 – 550; Tandoğan, s. 74 – 76.
[52] Tandoğan, s. 76
[53] Yavuz, s. 550. Burada sorumluluk, şahsen ifa borcunun ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın TBK m. 116 uyarınca doğacaktır. Eseri meydana getirme borcunun bağımsız yardımcı kişilerce (alt müteahhitçe) ifa edilebildiği durumlarda da TBK m. 116 uyarınca sorumluluk mümkün olup bu konu ileriki paragraflarda detaylandırılacaktır.
[54] Oğuzman s. 498 vd; Tandoğan, s. 76

varlığı görülecektir[55]. Bu sebeple bağımsız yardımcı kişi terimi dışında alt müteahhitlik terimi de tarafımızca kullanılacaktır.

a. Alt Müteahhit Kullanılmasının Sözleşme Dışı Olarak Zorunlu Olma İhtimali

Özellikle büyük çaplı inşaat[56] sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde alt müteahhit kullanımıyla alakalı bir hüküm bulunmaması durumunda, müteahhidin iş sahibine borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için, bu inşaatın bazı kısımlarının inşasında uzman olan kişilerin görevlendirilmesi gerekebilir. Söz konusu durumda, üçüncü bir kişi (alt müteahhit) görevlendirilmesi, inşaat sözleşmesi kapsamında artık müteahhidin bir borcu olarak kabul edilmekte[57] ve bu sebeple, kanımızca alt müteahhit görevlendirilmediği takdirde borca aykırı davranıldığı söylenebilmelidir.

Aynı şekilde sonradan ortaya çıkan ve eseri meydana getirme borcunun ifa edilmesini engelleyecek ihtimaller[58] söz konusu olduğunda da, alt müteahhit kullanılması zorunludur. Burada, iş sahibi ve müteahhidin, alt müteahhit kullanılması konusunda farazi iradelerinin olduğu da kabul edilmektedir[59].

b. Alt Müteahhit Kullanılmasının Müteahhidin Sözleşme Dışı Olarak Tek Taraflı İradesiyle Gerçekleşme İhtimali

Öncelikle belirtmek gerekir ki iş sahibi ile müteahhit arasında işin alt müteahhide yaptırılmasına ilişkin bir sözleşme hükmü bulunması, TBK m. 471/3 gereği alt müteahhit kullanımı için zorunlu değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, müteahhidin işi alt müteahhitlere yaptırabilmesinin tek şartı müteahhidin kişisel

[55] Alt müteahhitlik ve alt müteahhitlik sözleşmesi kavramları, ileriki paragraflarda incelenecektir. Bununla beraber, alt müteahhidin her ihtimalde bağımsız olmadığını da hatırlamak gerekir.
[56] Bir metro tüneli yapımı buna örnek gösterilebilir. Böyle bir durumda ray döşeme, hattın kazılması ve benzeri işlemlerde aynı müteahhidin uzman olması kanımızca az bir ihtimal olup bunun kendisinden beklenmesi mümkün olamamalıdır.
[57] Akkanat, s, 49
[58] İhtimalleri canlandırmak açısından, üzerinde inşaat başlamadan önce kayalık olduğu tespit edilemeyen bir arazi vb. örnekler için bkz. Akkanat, s. 40.
[59] Farazi iradenin sebebinin, böyle bir ihtimali öngörmüş olsalardı her halükarda alt müteahhit kullanımını öngörecek olmaları olarak bkz. Akkanat, s. 81

özelliklerinin önem taşımamasıdır. Kişisel özelliklerin önem taşıyıp taşımaması ise müteahhidin edimine göre belirlenir[60].

Buna rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yapı işlerinde müteahhidin etkili çalışma, sözüne güvenilme, parasal güç, edimlerin kaliteli olması gibi kişisel niteliklerinin önemli olduğu ve işin kişisel yönetim altında yapılması gerektiği yönünde vermiş olduğu karar[61], Gauch tarafından söz konusu kriterlerin kişisel yetenek olarak değerlendirilemeyeceği ve kaldı ki alt müteahhit kullanılmasının alt müteahhidin asıl müteahhitten her zaman bağımsız olduğu sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir[62].

Buna ek olarak doktrinde[63], bir genel eser sözleşmesi[64] söz konusu değil ise alt müteahhit kullanılmasının caiz olmadığı savunulmaktadır[65].

c. Alt Müteahhit Kullanılmasının İş Sahibi ve Müteahhidin Anlaşmasıyla Gerçekleşme İhtimali

TBK m. 471/3, bir yedek hukuk kuralı olduğundan[66], iş sahibi ve müteahhit alt müteahhit görevlendirilmesi konusunda açıkça veya zımnen anlaşabilirler[67]. Burada, alt müteahhidi görevlendirme konusunda yetki, müteahhit ve iş sahibi açısından ikiye gruplandırılarak incelenebilir:

Birinci grup, müteahhidin tek başına seçim yetkisi[68], müteahhidin iş sahibinin önerdiği alt müteahhitlerden birini seçim yetkisi ve son olarak, uygulamada sık

---

[60] Akkanat, s. 48. Yazar, burada bina yapımında elektrik tesisatını kimin yaptığının iş sahibi için bir önemi olamayacağını ve alt müteahhide devir olanağının mümkün olduğu örneğini vermektedir.
[61] JdT, 1977, s. 544 vd.
[62] Gauch, Nr. 442
[63] Gauch, s. 445; Tandoğan s, 79.
[64] Eser sözleşmesinden kaynaklanan borç tamamen üstlenilmiş olmasına rağmen, eserin bir kısmının şahsen müteahhit tarafından, diğer kısımların ise müteahhidin denetimi altında alt müteahhitlere imal ettirilmesi borçlanılmış ise, burada müteahhit, genel müteahhit olarak adlandırılır. Akkanat, s. 3
[65] Elbette ki büyük inşaat işlerinde alt müteahhit kullanımının zorunlu olduğu haller bundan müstesnadır.
[66] Akkanat, s. 34
[67] Eren, Mütteahhidin Borçları, s. 65. Tandoğan, s 80
[68] Belirtmeliyiz ki, müteahhidin sözleşme uyarınca alt müteahhidi yalnızca kendi iradesiyle belirleyebilir olması, bir üst paragrafta açıkladığımızdan farklı olarak, müteahhidin kişisel yeteneklerinin önem teşkil etmediğinin kabulü anlamını taşır.

rastlanan şekliyle[69], müteahhidin alt müteahhidi belirlemesinin iş sahibinin iznine tabi olmasıdır[70]. Son ihtimalde Federal Mahkeme[71], iş sahibinin ancak yeterli ve inandırıcı gerekçeler olduğu durumda izin vermeyebileceğini belirtmektedir.

Bir diğeri grup, iş sahibine bu konuda seçim yetkisi verilmesi olabilir. Buradaki seçim yetkisi, müteahhidin iş sahibine sunduğu seçenekler arasından iş sahibinin alt müteahhidi seçebilmesi olabileceği gibi, iş sahibinin tamamen kendi iradesiyle alt müteahhidi seçebilmesini de kapsayabilir[72].

Burada, kanımızca önemli olan husus, sözleşmeye alt müteahhit görevlendirilmemesi konusunda bir hüküm konulmuş olması halidir. Böyle bir durumda biz ikili bir ayrım yapıyoruz:

Eğer alt müteahhit kullanımı, yukarıda belirttiğimiz zorlayıcı sebepler söz konusu ise artık alt müteahhit görevlendirilmemesine ilişkin hükmün ileri sürülmesi, kanımızca iş sahibinin edime yönelik menfaatine aykırı düşeceğinden, özellikle eserin niteliğinin de değişmeyeceği dikkate alındığında, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilir. Şayet böyle bir zorlayıcı sebep söz konusu değil ise, artık sözleşme hükmüne aykırı olarak alt müteahhit görevlendirilememelidir[73].

2. İşin Alt Müteahhitlere Yaptırılmasına Bağlı Olarak Müteahhidin Sorumluluğu

Belirtmek gerekir ki, konumuzun kapsamı açısından söz konusu sorumluluk hali sadece gerektiği ölçüde, yalnızca iş sahibi ve alt müteahhidin birbirlerine doğrudan taleplerinin mümkün olmadığı zamanlarda, iş sahibinin zararlarının tazmin edilebilmesine ilerideki paragraflarda dayanak olması yönünden açıklanacaktır.

Müteahhit, yukarıda belirttiğimiz gibi, sözleşmede hüküm bulunmadığı durumda şahsen ifa borcuna aykırı hareket ederse[74], eser sözleşmesinden kaynaklı borcuna aykırılıktan dolayı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır. Aynı şekilde,

[69] Tandoğan, s. 80
[70] Kılıçoğlu, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İradesi Altında Yaptırma Borcu, AÜHF, C. 32, S. 1, 1975, s. 196
[71] Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Akkanat, s. 36
[72] Akkanat, s. 39
[73] Tandoğan, s. 80
[74] Şahsen ifa borcuna aykırılık teşkil edilmesi için müteahhidin alt müteahhitle sözleşme akdetmesinin yeterli olmadığı ve fakat alt müteahhidin fiilen çalışması yönünde bkz. Gauch, Nr. 455.

sözleşmede hüküm bulunduğu durumda, bu hükme aykırı hareket eder şekilde alt müteahhit kullanımı söz konusu olursa, yine aynı madde uyarınca sorumlu olunacağından şüphe duyulmamalıdır[75].

Yine yukarıda belirttiğimize paralel olarak, alt müteahhit kullanımı söz konusu olduğunda, alt müteahhidin verdiği zararlardan müteahhidin TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulması gerekir.

Burada, alt müteahhit kullanımının caiz olup olmamasına göre TBK m. 116 uyarınca sorumluluk kapsamında ayrım yapan görüşe[76] de dikkat çekmemiz gerekir. Buna göre, alt müteahhit kullanımı caiz ise hüküm uygulanmalı, değilse uygulanmamalıdır. Bize göre[77], TBK m. 116 hükmü uyarınca ‘’yardımcı kişi’’ statüsünü kazanma, tamamen alt müteahhit ve müteahhit arasındaki ilişkiye, başka bir ifadeyle müteahhidin ‘’borcun ifasını’’ alt müteahhide bırakmasına bağlı olup bu konuda iş sahibi ile müteahhidin arasındaki eser sözleşmesi hükmünün etkisi bulunmamaktadır. Keza, madde metninde geçen *‘’kanuna uygun surette bırakmış olsalar bile’’* sorumlu olunacağına yönelik ifade kanuna aykırı durumlarda da sorumlu olunacağını gösterirken, eser sözleşmesine aykırılık ihtimalinde sorumlu olunmayacağını iddia etmek kanımızca evleviyetle uygun gözükmemektedir

Caiz olarak alt müteahhit kullanımında da TBK m. 116 hükmünün getirdiği kurtuluş kanıtının yerine TBK m. 507/2’de işin üçüncü kişiye gördürülmesi yetkisine sahip vekilin alt vekili *‘’sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlü’’* olduğunu belirten kurtuluş kanıtından (asıl) müteahhidin yararlanıp yararlanamayacağına yönelik tartışma bulunmaktadır[78]. Burada, TBK m. 502/2 uyarınca vekâlete ilişkin hükümlerin, *‘’niteliklerine uygun düştükleri ölçüde’’*, diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanabilmesine dayanılarak TBK m. 507/2’nin kıyasen uygulanması savunulsa[79] da, bizim de katıldığımız görüşe göre[80], eser sözleşmesi bir sonucun gerçekleşmesine yöneldiğinden, vekâlet sözleşmesi de sonuca ulaşmak için özen ve sadakatle çalışma borcu yüklediğinden, tabi oldukları sorumluluk rejimi netice

[75] Bu ihtimalde bir öncekinden farklı olarak taraflar için hüküm ifade eden yedek hukuk kuralına aykırılık dolayısıyla değil, doğrudan doğruya var olan sözleşme maddesine aykırılıktan dolayı sözleşmeye aykırılık söz konusudur.
[76] Bu görüşün detaylı incelenmesi için bkz. Akkanat, s. 125
[77] Aynı yönde Akkanat, s. 125 – 126. Yazar özellikle, alt müteahhit kullanımının caiz olduğu durumda müteahhidi, caiz olmadığı duruma göre daha kötü bir pozisyona bırakacağını haklı olarak ifade etmektedir. Aynı gerekçelerle Gauch, Nr. 145, Tandoğan, s.92-93
[78] Tandoğan, s. 93 – 94.
[79] Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 92
[80] Akkanat, 123 – 124.

ve özen sorumluluğu olarak farklılaşmaktadır ve bu sebeple özen sorumluluğuna dayanan TBK m. 502/2 hükmü eser sözleşmelerine kıyasen uygulanamamalıdır. Kaldı ki TBK m. 502/2 lafzen açıkça isimsiz iş görme sözleşmelerini hedeflemektedir. Böyle bir kıyas yasanın amacını aşacaktır.

Caiz olmayan şekilde alt müteahhit kullanıldığında, iş sahibinin buna dayalı olarak sözleşmeden dönüp dönemeyeceği tartışmalıdır[81]. Federal Mahkeme'ye göre müteahhide mehil verilerek alt müteahhidin işi bırakmasının sağlanması istenmeli, işin bırakılmaması ihtimalinde TBK m. 123 – 125 hükümleri uyarınca iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir[82]. Bu karar eleştirilmiş[83] ve TBK m. 473/2 hükmü uyarınca müteahhide mehil verilmesi, mehil sonucunda sözleşmeye aykırılığa devam edilmesi durumunda işin masrafı müteahhide ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılması gerekliliği ortaya konmuştur. Bu konu üzerinde sözleşmeden dönme üzerinde ayrıca durulacağından sadece fikrimizin öncelikli olarak ikinci görüşe daha yakın olacak şekilde TBK m. 473/2'nin uygulanması gerektiğini ve dönme imkânının sadece çok sınırlı hallerde kullanılabileceğini belirtmek yönünde olacaktır.

Ayrıca iş sahibi, alt müteahhidin sebep olduğu ayıptan da TBK m. 474 ve devamı hükümlerince sorumludur[84]. Alt müteahhidin sebep olduğu ayıp sonucu bir zarar doğuyorsa, iş sahibi burada da TBK m. 116 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır[85]. TBK m. 477 uyarınca ayıptan doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi teslim tarihinden itibaren taşınırlar için iki, taşınmazlar için beş yıl olup, müteahhidin ağır kusuru varsa eserin taşınır veya taşınmaz olduğuna bakılmaksızın yirmi yıldır. Müteahhit, alt müteahhidin ayıbın meydana gelmesinde ağır kusuru varsa, kendi kusuru olmasa da sorumlu olacaktır[86] [87]. Bundan farklı olarak, TBK m. 476 uyarınca iş sahibi tarafından belirlenen bir alt müteahhit söz konusuysa ve müteahhit, iş sahibini bu alt müteahhitle ilgili olarak uyarmasına rağmen iş sahibi halen bu alt müteahhitte ısrar ederse artık müteahhidin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir[88].

[81] Tartışmalar için bkz. Akkanat, s. 128
[82] Karar için bkz. Akkanat, s. 128, Tandoğan, s. 92
[83] Gauch, Nr. 640.
[84] Gauch, Nr. 145
[85] Gauch, Nr. 146
[86] Özellikle bu durum alt müteahhidin, ayıbı müteahhitten gizlediği ihtimalde gündeme gelebilir.
[87] Detaylı açıklamalar için bkz. Akkanat, s. 136 – 140.
[88] Akkanat, s. 145.

C) Alt Müteahhitlik Sözleşmesi

Müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borcunun şahsen ifa etmesinin zorunlu olmadığı durumlarda işi bağımlı yardımcı kişilere yaptırabileceğini ve bu kişilerin çoğunlukla alt müteahhit olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Şimdi, alt müteahhitlik sözleşmesinin bir alt sözleşme olduğunu saptayacak ve benzer sözleşmelerle farkını inceleyip asıl müteahhitlik sözleşmesiyle ilişkisi üzerinde duracağız.

1. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Nitelendirilmesi

Alt müteahhidin borcu, asıl müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borcunun bir kısmının veya tamamının ifasıdır[89]. Bu ifa, alt müteahhitlik sözleşmesi bünyesinde gerçekleşir. Alt müteahhitlik sözleşmesi ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş değildir fakat niteliği gereği bir eser sözleşmesi olduğundan[90], bu sözleşmeye de eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Eser sözleşmesindeki taraflar olan iş sahibi ve müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesinde sırasıyla müteahhit ve alt müteahhit olarak kendini gösterir[91]. Buna göre bu sözleşmede asıl müteahhit, alt müteahhide göre iş sahibi; alt müteahhit de asıl müteahhide göre müteahhittir. İlişkinin daha netleşmesi için benzer kavramlarla aşağıdaki şekilde ayrılması kanımızca gerekmektedir.

a. Doğrudan Temsil

Temsil olunan adına temsilci tarafından hukuki işlem yapılmasını ve hak ve borçların doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğmasını ifade etmek üzere doktrinde kullanılan kavram olan doğrudan temsil[92] alt müteahhitlikten çeşitli açılardan farklılaşır. Özellikle alt müteahhitlik sözleşmesi, alt müteahhit ve iş sahibi arasında ilişki kurulması açısından doğrudan temsile yakınlaştırılmaya çalışılsa da,

[89] Aral, s. 339; Altaş, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, s. 170; Akkanat, s. 6
[90] Yıldız, Müteahhidin Taşeronun Fiillerinden Sorumluluğu; s. 3 vd.; Yalçınduran, s. 6
[91] Yalçınduran, s. 6
[92] Kılıçoğlu, s. 226 vd; Oğuzman/Öz, s 167 vd.

öncelikle müteahhit iş sahibi adına değil, kendi adına ve hesabına hareket eder[93]. Keza, alt müteahhide devretme amacı maliyetleri düşürmek olduğundan müteahhidin iş sahibinden alacağı ücret ile alt müteahhide vereceği ücret farklı olur ki doğrudan temsilde, bahsettiğimiz bu durum, tek bir sözleşmenin varlığından dolayı söz konusu değildir[94]. Federal Mahkemenin de bu yönde bir kararı da bulunmaktadır[95].

b. Dolaylı Temsil

Dolaylı temsilde de sözleşmenin temsilci adına fakat temsil olunan hesabına yapılması söz konusudur [96]. Burada alt müteahhitlikten fark, dolaylı temsilcinin kendi üzerinde doğan hak ve borçları devretmek amacıyla[97] sözleşmenin karşı tarafıyla ilişki içinde olmasıdır. Buna bağlı olarak, alt müteahhitlik söz konusu olduğunda içeriği birbirinden farklı iki eser sözleşmesinin varlığından bahsedebilecekken, dolaylı temsilde sözleşmelerden birinin hak ve borçların devri olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, TBK m. 509/1 uyarınca temsil olunan tarafından dolaylı temsilciye görülen işlerden dolayı borçların ifa edilmesiyle birlikte, dolaylı temsilci üzerinde üçüncü kişiyle işlem yapmasından doğan hak ve borçlar da kendiliğinden temsil olunana geçecektir[98]. Eser sözleşmesinde iş sahibi ve alt müteahhit arasında bu tür bir ilişki söz konusu değildir.

c. Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşmenin taraf sıfatının ve bu sıfata bağlı olarak tüm hak ve borçların üçüncü kişiye devredilmesi anlamına gelmektedir[99]. Sözleşmenin devrinde devreden, devralan ve sözleşmenin değişmeyen karşı tarafının da onayı gerekmektedir[100]. Burada, alt müteahhitlikten farklılık, müteahhidin sözleşme ilişkisi

[93] Chaix, s. 26
[94] Chaix, s. 26
[95] ATF 97 (1971) II, 66, 71
[96] Oğuzman/Öz s. 163; Kocayusufpaşaoğlu s. 620 vd.
[97] Hatta dolaylı temsilcinin borçlardan doğan riski almak istememesinden de bahsedilmektedir. Bkz. Chaix, s. 34
[98] Akkanat, s. 10.
[99] Hatemi, s. 127 vd. Çayan, Sözleşmenin Devri s. 1 vd.
[100] Hatemi s. 127 vd. Yalçınduran, s. 21

içerisinde var olmaya devam etmesi ve iş sahibi – müteahhit – alt müteahhit ilişkisinin devam etmesidir. Keza, alt müteahhitlik ve müteahhitlik sözleşmeleri birbirleriyle aşağıda inceleyeceğimiz gibi çeşitli açılardan uyum içinde olabilseler de birbirinden kapsam olarak farklı sözleşmeler olup, sözleşmenin devrinde olduğu gibi sözleşmenin kimliğini koruduğu bir durumla karşılaşılmaz[101].

d. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Alt Sözleşme Niteliği

Alt sözleşme ilişkisi söz konusu olduğunda, niteliği gereği bir asıl sözleşme de bulunur ve bu sözleşmeler birbirlerinden bağımsız olarak[102] varlıklarını sürdürürler[103]. Bunun sonucu olarak da iki sözleşmenin tarafı olarak toplam üç şahıs[104], doğrudan olmasa da, ilişki içerisindedirler. Burada önemli olan, alt sözleşmenin, asıl sözleşmenin karakteristik ediminin ifasına yönelmiş[105] olması olup içeriklerinin aynı olması[106] gerekmemektedir[107].

Alt müteahhitlik ilişkisinin eser sözleşmesinin ifasına yönelmiş ve asıl sözleşmeden bağımsız olması gibi alt sözleşme özelliklerine uygun olması bir yana, asıl müteahhitlik sözleşmesi ve alt müteahhitlik sözleşmesinin ortak tarafı olmayan alt müteahhit ve iş sahibinin doğrudan talep ilişkisi, diğer alt sözleşme türlerine nazaran[108] kural olarak bulunmamaktadır[109].

---

[101] Chaix, s. 46

[102] İleride yeri geldikçe sözleşmelerin bağımsızlığına sık sık değinecek olmamızla beraber sözleşmelerin bağımsız olmasının birbirlerine etkili olmadığı anlamına gelmeyeceğine ilişkin, asıl sözleşmenin sona ermesinden sonra alt müteahhidin edimini yerine getirebilmesine ve fakat artık müteahhit için bu ifanın bir anlamı kalmayacağına yönelik örnek için bkz. Yalçınduran s. 18

[103] Chaix, s. 43

[104] Üç kişi olmasının nedeni; asıl sözleşmenin karakteristik edim alacaklısının, alt sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olmasından (alt kira, alt ariyet) yahut asıl sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun, alt sözleşmenin karakteristik edim alacaklısı olmasından (alt müteahhitlik, alt vekâlet) ileri gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, s. 12 vd.

[105] Bu durum, alt kira ve alt vekâlet sözleşmeleri için, bu sözleşmelerin karakteristik edim borçlusunun yine alt sözleşmenin karakteristik edim alacaklısı olması sebebiyle geçerli değildir.

[106] Her iki sözleşmenin birbiriyle uyumu meselesi ileride incelenecektir.

[107] Akkanat, s. 15.

[108] Örnek olarak alt vekalet ilişkisinde müvekkil ve alt vekil arasında bu talep imkanı mevcut olup bu talep imkanının alt müteahhitlik sözleşmesi söz konusu olduğunda iş sahibi ve alt müteahhit arasında kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı detaylı olarak tartışılacaktır.

[109] Chaix, s. 50.

2. Alt Müteahhitlik Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayrılması

a. Yan Müteahhitlik

İş sahibi bazen işi farklı kısımlara ayırarak birden fazla müteahhidi bu farklı kısımları ayrı ayrı yapmak amacıyla görevlendirebilir. İşte bu durumda, buradaki müteahhitler iş sahibine göre birer asıl müteahhit ve fakat birbirlerine karşı yan müteahhit[110] olarak anılırlar. Burada, bu kişilerin birbirlerine göre göre yan müteahhit olmasını belirleyen ise birbirleriyle sözleşmesel ilişki içinde bulunmamaları ve bu sözleşmelerin birbirlerinden tamamen bağımsız olmasıdır[111].

Bu durumda, ya iş sahibinin temsilcisi bu yan müteahhitler arasında bir organizasyon tesis eder ya da organizasyonun tesisi için başka bir müteahhit görevlendirir[112]. Başka bir müteahhidin görevlendirildiği bu durumda, yan müteahhitler organizasyondan sorumlu müteahhidin denetimi altında olsalar dahi aralarında (organizasyondan sorumlu müteahhit ve yan müteahhitler arasında) akdi ilişki söz konusu olmadığından organizasyondan sorumlu müteahhit de yan müteahhit olarak kabul edilecektir[113].

b. Konsorsiyum

Birden fazla müteahhit, genelde büyük çaplı bir yapı işinin meydana getirilmesi amacıyla birleşip bir adi ortaklık kurduklarında, bu ortaklık konsorsiyum olarak adlandırılır[114]. Konsorsiyumların, genel olarak müşterek sermaye, personel ve iş gereçleri bulunmaz[115]. Sadece iş sahibine karşı birlikte hareket edip kendi aralarında yan müteahhit gibi olduklarından iktisadi birliklerin en zayıfı olarak kabul edilmektedir[116]. Konsorsiyumlar, dış konsorsiyum ve gizli konsorsiyum olarak ikiye ayrılmaktadır:

---

[110] Seliçi, s. 18
[111] Sözleşmelerin birbirlerinden bağımsız olması hususu ileride incelenecektir.
[112] Akkanat, s. 17
[113] Akkanat, s. 17
[114] Gauch, Nr. 204 vd. Detaylı bilgi için bkz. Barlas, s. 243 vd.
[115] Barlas s. 243 vd.
[116] Akkanat, s. 19

Konsorsiyum ortakları arasındaki ilişkiler aleni ise dış konsorsiyumdan söz edilir[117]. Burada, konsorsiyumdaki ortaklar hep birlikte iş sahibi ile eser sözleşmesini akdettiklerinden[118], alt müteahhit kabul edilmezler[119] [120]. Ortakların iç ilişkideki sorumlulukları birbirlerine karşı olup bu sorumluluk genel olarak eser sözleşmesi konusunun kendi üstlerine düşen bölümün ifasıdır[121]. Dış ilişkide ise iş sahibine karşı TBK m. 638/3 uyarınca *''ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen[122] sorumlu olurlar''.*

Konsorsiyum ortakları arasındaki ilişki aleni değil ise, gizli konsorsiyumdan söz edilir[123]. Bu durumda, müteahhitlerden biri eser sözleşmesini iş sahibi ile imzalar ve iş sahibine eser sözleşmesinden dolayı (dış ilişkide) o sorumlu olur[124]. İç ilişkide ise her bir müteahhit, eser sözleşmesinin belirli kısmının ifasından birbirlerine karşı sorumlu olduklarından[125] yine bir alt müteahhitlik sözleşmesinden söz edilemez[126].

c. Joint Venture

Burada da müteahhitler arasındaki ilişki dış konsorsiyumdakiyle hemen hemen aynı olup, dış konsorsiyumdan asıl farkı müşterek sermaye, personel ve iş gereçlerinin ortaklık bünyesinde bulunması ve iç ilişkide ortaklarının birbirlerine karşı işin belirli bir kısmından değil fakat tamamından sorumlu olmalarıdır[127]. Bu sebeple alt müteahhitlikten farklılığı yönündeki açıklamaları tekrar etmeyeceğiz[128].

[117] Barlas, s. 243 vd.
[118] Tandoğan, s. 97
[119] Gauch, Nr. 216
[120] Keza, ortada sözleşme akdedilecek bir alt müteahhit de yoktur. Müteahhit taraf, birden çok asıl müteahhitten oluşmaktadır.
[121] Akkanat, s. 19.
[122] Ortaklardan birinin eser sözleşmesine aykırı davranması ihtimalinde, her ortağın diğerinin yardımcı kişisi olması sebebiyle, diğer ortakların da TBK m. 110 uyarınca sorumlu olacaklarına yönelik Bkz. Gauch, Nr. 209; Tandoğan, s. 99
[123] Gauch, Nr. 216.
[124] Tandoğan, s. 100.
[125] Alt müteahhitlikte sorumluluk, kural olarak sadece asıl müteahhide karşı gündeme gelir.
[126] Akkanat, s. 21
[127] Açıklamalar için Bkz. Barlas s. 261 vd.
[128] Bkz. Bölüm 1-III-C-3-b.

d. Ödünç İşçi Temini

Müteahhit, eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa edebilmek için kendi organizasyonunun dışında işçiye de ihtiyaç duyabilir. Böyle bir durumda müteahhit ve işveren arasında kurulacak ödünç işçi temini sözleşmesinin konusu, işverenin kendi çalışma gücünü müteahhide tahsisidir ki bu, eser sözleşmesinin ilgili kısmının asıl müteahhide ifa edildiği alt müteahhitlik sözleşmesinin konusundan farklıdır[129].

Konumuz açısından önemli olan ise, ileride inceleyeceğimiz üzere[130], alt müteahhitlerin yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanabilecek ve fakat işçilerin yararlanamayacak olmasıdır.

3. Alt Müteahhitlik ve Eser Sözleşmelerinin Uyumu

Daha önce de belirttiğimiz gibi, alt müteahhitlik sözleşmesi ve asıl müteahhitlik sözleşmesi birbirinden bağımsız olup sözleşmeler arasındaki uyumsuzluk özellikle asıl müteahhidi zor durumda bırakabilmektedir[131]. Bu sebeple sözleşmeler arasında uyum sağlanmasına yönelik çeşitli sözleşme hükümlerinin kanımızca en önemlilerini kısaca belirteceğiz:

Bunlardan birincisi, her iki sözleşmenin geçerlilik kazanmasını birbirine bağlayan sözleşme hükümleridir[132]. Bu hükümler, genellikle alt müteahhitlik sözleşmesinin asıl sözleşmenin geçerli olduğu takdirde hüküm ifade etmesi şeklinde akdedilmekte olup niteliği itibarıyla TBK m. 170 anlamında geciktirici şart teşkil ederler[133] .

Ücrete ilişkin kayıtlara da rastlanmakta olup bunlar iki türlüdür: Eğer alt müteahhidin ücret alacağı, iş sahibinin asıl müteahhide ödeme yapmasıyla doğuyorsa

[129] Süzek, s. 275 vd. Akkanat, s. 23
[130] Bkz. s. 45
[131] Asıl müteahhidin hem alt müteahhit hem de iş sahibi arasında ‘’*sıkışıp kaldığına’’* ilişkin bkz. Akkanat. s. 64 vd
[132] Gauch, Nr. 146.
[133] Geciktirici şart için bkz. Oğuzman/ Öz s. 880 vd. ; Akkanat, s. 70

buna saf muacceliyet klozu adı verilir[134] ve burada nitelik itibariyle TBK m. 170 anlamında bir geciktirici şarttan söz edilir[135]. Eğer, alt müteahhidin ücret alacağının ne zaman doğacağıyla ilişkin bir kayıt söz konusu ise burada bir muacceliyet kaydından söz edilir[136]

Genellikle asıl müteahhit eseri iş sahibinin hakimiyet alanına bıraktığında, alt müteahhidin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin zamanaşımı süresi başlamış ve sona erme ihtimali olduğundan[137], müteahhidin alt müteahhide başvuru hakkını sağlamak amacıyla alt müteahhit için zamanaşımı süresinin eserin iş sahibinin hakimiyet alanına bırakıldığı anda başlayacağına yönelik hükümlere de rastlanmaktadır[138] .

Asıl inşaat sözleşmesinde herhangi bir değişiklik olduğu zaman, bu değişikliğin alt müteahhitlik sözleşmesine de uygulanacağına yönelik sözleşme hükümleri de bulunmaktadır[139].

Asıl müteahhitlik sözleşmesinin sona ermesi halinde alt müteahhitlik sözleşmesinin de sona ereceğine yönelik kayıtlar konulmakta olup[140] bu kayıtlar özellikle iş sahibinin ifa engeli bulunması halinde, müteahhidin alt müteahhide borcunu ifa etmeye devam etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmak[141] açısından işe yaramaktadır[142].

Alt müteahhitlik sözleşmesi ve asıl müteahhitlik sözleşmesinin aynı hukukun uygulanması yönündeki anlaşmalara da oldukça sık karşılaşılmaktadır[143].

---

[134] Yalçınduran, s. 50
[135] Akkanat, s. 71
[136] Burada, şüphe halinde muacceliyet kaydının varlığının kabul edilmesi gerektiği, diğer ihtimalde alt müteahhidin korunmuyor olması gerekçesiyle savunulmaktadır. Bkz. Akkanat, s.70
[137] Akkanat, s. 73
[138] Yalçınduran, s. 48
[139] Gauch, Nr. 153
[140] Yalçınduran, s. 48
[141] Özellikle tazminatsız fesih hali öngörüldüğü durumlar, müteahhide oldukça avantaj sağlayacaktır.
[142] Akkanat, s. 74
[143] Yalçınduran, s. 49

İkinci Bölüm

İŞ SAHİBİ VE ALT MÜTEAHHİT ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. GENEL OLARAK

Tezimiz açısından bakıldığında; özellikle tasfiye sürecinde iş sahibi ile alt müteahhit arasındaki ilişki kapsamında, tasfiye sırasında bu iki tarafın birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri tazminat talepleri incelenecektir. Buna rağmen, belirtmemiz gerekir ki tasfiye sürecinde tarafların birbirlerine ileri sürebileceği taleplerin hukuki dayanağı, sözleşme ilişkisi devam ederken birbirlerine yönelik taleplerinin hukuki dayanaklarına oldukça benzerlik gösterecektir. Kimi durumda ise aşağıda uygulanabilirliğini inceleyeceğimiz bu imkanların, sözleşme sona erdiğinde de uygulanabileceği görülebilecektir.

İşte bu sebeple biz, iş sahibi ile alt müteahhit arasında sözleşme dahilinde doğrudan ilişki kurulup kurulamayacağını bu bölümde inceleyecek, bizi olumlu sonuca ulaştıran imkanların tasfiye sürecindeki durumunu sonraki bölümde gözden geçirerek tarafların tazminat taleplerinin kapsamını belirleyeceğiz.

Bu bölüm kapsamında, öncelikle sözleşmelerin nisbiliği prensibi hatırlanacak, akabinde iş sahibinin alt müteahhitten doğrudan talep imkanları ve alt müteahhidin iş sahibinden doğrudan talep imkanları gözden geçirilecektir. Bununla beraber, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, haksız fiil ve haksız yapı gibi hukuki sebepler, ancak sözleşme ilişkisinin var olmadığı ya da geçmişe etkili surette ortadan kalktığı ihtimallerde söz konusu olabileceğinden sonraki bölümlerde inceleme konusu yapılacaktır.

II. SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ PRENSİBİ

Kökenini Roma Hukukundan alan ‘’res alios inter acta aliis neque prodest’’, bir başka deyişle sözleşmenin nisbiliği prensibi, borçlar hukukunun en temel prensiplerinden birini oluşturmakta olup bu ilkenin kökeni sözleşme özgürlüğüdür[144].

[144] Chaix, s. 183, Akkanat, s. 178.

Sözleşmelerin nisbiliği, kimi zaman Fransız Medeni Kanunu'nda olduğu gibi[145] açıkça ifadesini bulur ve kimi zaman da Türk ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi nispeten kendini gizleyerek ''borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisi'' bölümünde görülür[146]. En yalın haliyle, sözleşmelerin, sadece bu sözleşmelerin tarafları için hak ve borç doğurması olarak ifade edilebilir[147].

Bunun sonucu olarak da alt müteahhitlik sözleşmesinin ve eser sözleşmesinin alt müteahhit ve iş sahibi taraflarının birbirlerinden talepte bulunamaması ilk bakışta bu prensibe uygundur. Bununla beraber, asıl müteahhidin her iki sözleşmenin ortak tarafı olmasının ve aslında bu sözleşmelerin birbirlerine, özellikle eser sözleşmesinden doğan edimin ifasına yönelmiş olmaları bakımından yakın olmasının, sözleşmelerin nisbiliği prensibinin katı şekilde uygulandığı takdirde adaletsiz sonuçlar yaratabilmesi mümkündür. Özelikle, yukarıda belirttiğimiz gibi haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme temelli taleplerin sözleşme ilişkisi devam ederken uygulanamaması da bu adaletsiz sonuçları önlemek için doktrini sözleşmelerin nisbiliği prensibini yumuşatmaya ve yeni çözüm yolları aramaya itmiştir.

III. İŞ SAHİBİNİN ALT MÜTEAHHİDE DOĞRUDAN BAŞVURU İMKÂNI

İş sahibinin alt müteahhide başvuru imkânları arasında ilk olarak iş sahibi ve alt müteahhidin anlaşmasıyla başvuru imkânının doğduğu, alt müteahhidin doğrudan taahhüdü ve üçüncü kişi yararına sözleşme incelenecektir. Sonrasında müteahhit ve iş sahibi arasındaki anlaşmaya dayanan, müteahhidin alt müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları iş sahibine temliki değerlendirilecektir. Son olarak da tarafların anlaşmadığı durumda doktrin tarafından iş sahibi ve alt müteahhit arasında ilişki kurulma yolları olarak değerlendirilen TBK m. 507/3'ün kıyasen uygulanması, üçüncü kişinin zararını tasfiye teorisi ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi incelenecektir.

[145] Code Civil 1119: ''Kural olarak bir kimse ancak kendisi için borç altına girebilir, söz verebilir.'' Code Civil 1165: ''Sözleşmeler, ancak sözleşenler arasında hükme sahiptirler, hiçbir şekilde üçüncü kişiye zarar veremezler ve sadece 1121. madde ile öngörülen durumda ona yarar sağlarlar''.
[146] Yalçınduran, s. 195 – 196.
[147] Yalçınduran, s. 195.

A) Alt Müteahhidin İş Sahibine Taahhüdü

Alt müteahhitlik sözleşmesinin eser sözleşmesinden bağımsız olduğunu ve taraflar iş sahibi ile alt müteahhit arasında kural olarak doğrudan bir talep ilişkisi olamayacağını belirtmiştik. Buna rağmen, bazen[148] alt müteahhit, iş sahibinin kendisine doğrudan başvuruda bulunması için iş sahibine taahhüt altına girebilir[149] ve bu şekilde eser sözleşmesi ve alt müteahhitlik sözleşmesi dışında, bu üçlü ilişki kapsamında ayrı bir sözleşme de kurulmuş olur[150] [151]. Burada taahhüdün konusu, alt müteahhidin, alt müteahhitlik sözleşmesindeki borçlarını eksiksiz şekilde ifa etmesidir[152]. Bize göre, bu sözleşmenin ifa edilmemesindeki yaptırımın ne olacağı (aynen ifa yahut tazminat) sözleşmenin içeriğine göre yorumlanabilir[153].

Söz konusu taahhüdünün iş sahibi açısından en önemli avantajı, bu sözleşmenin diğer iki sözleşmeden tamamen bağımsız olması sonucu iş sahibinin, alt müteahhidin alt müteahhitlik sözleşmesinden kaynaklı itiraz ve defileriyle karşılaşmayacak olmasıdır[154]. Alt müteahhitlik sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği her halde[155] iş sahibinin talep hakkı bağımsız olarak doğacak ve varlığını sürdürecektir. Aynı şekilde, bu taahhüt kapsamında iş sahibi lehine bir tazminat hakkı doğduğunda, alt müteahhitlik sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle oluşan zararın hesaplanmasına da gerek olmayacaktır[156].

---

[148] Özellikle bu tür bir taahhüdün Alman hukukunda oldukça ender fakat İngiliz hukukunda sıklıkla rastlanıldığına yönelik bilgi için bkz. Akkanat, s. 181, dn. 328. Kanımızca, Türk hukukunda da doğrudan taahhüdün alt müteahhide ciddi bir yükümlülük yüklemesinden dolayı, bu taahhüde çok fazla rastlanılmaması doğal karşılanabilir. Aynı yönde, Yalçınduran, s. 204.

[149] Yalçınduran, s. 204.

[150] Gauch, Nr. 164; Chaix, s. 217; Tandoğan, s. 85; Akkanat, s. 181; Yalçınduran, s. 204.

[151] Belirtmek gerekir ki, alt müteahhit ve iş sahibi arasında karşılıklı mutabakat sağlanmış olması gerekli ve yeterlidir. Asıl sözleşme ve alt müteahhitlik sözleşmesinde belirtilen doğrudan taahhüdüne yönelik bir ibare bulunması, sözleşmeyi elbette ki kurmayacaktır. Bkz. Akkanat, s. 181

[152] Gauch, Nr. 164; Yalçınduran, s. 204

[153] Aynı yönde Aral, s. 341

[154] Akkanat, s. 181

[155] Elbette ki gereği gibi ifa etmeme halinin varlığının tespiti için alt müteahhitlik sözleşmesinin yorumlanması gerekebilecektir. Bu yorumlama faaliyeti doğrudan taahhüdün bağımsızlığını etkilemeyip, taahhüt kaynaklı hakların doğup doğmadığını belirler.

[156] Chaix, s. 218; Yalçınduran, s. 204

B) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

TBK m. 129/1'e göre, *''kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir''.* Buna göre alt müteahhit ve müteahhit, alt müteahhidin borcunu doğrudan doğruya iş sahibine ifa etmesini kararlaştırabilirler. Söz konusu durumda, müteahhit, borcun iş sahibine ifa edilmesi konusunda alt müteahhidi zorlayabilecektir[157]. Bu ihtimalde, doktrinde eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından söz edilir[158].

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da *''üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler''.* Bu durumda, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden farklı olarak iş sahibi doğrudan doğruya alt müteahhitten talepte bulunabilecektir[159] ki bu ihtimal de tam üçüncü şahıs lehine sözleşmenin varlığını ortaya koyar[160].

Burada öncelikle incelenmesi gereken, iş sahibinin doğrudan doğruya alt müteahhitle ilişki içine girebildiği tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin alt müteahhit ve müteahhit arasındaki varlığıdır[161]:

Buna göre, alt müteahhit ve müteahhidin bu yöndeki irade uyuşması gerekli ve yeterli olup bu sözleşmenin hüküm ifade etmesi iş sahibinin onayından bağımsızdır[162] [163]. Aynı şekilde, üçüncü kişi olan iş sahibinin menfaatinin varlığı da sözleşmedeki irade beyanlarının birleşip birleşmediğinin yorumu açısından, etki göstermez[164].

Ayrıca, tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmü alt müteahhitlik sözleşmesinde açıkça yer alabileceği gibi zımnen de iş sahibinin alt müteahhitten talepte bulunabileceği kararlaştırılabilir[165]. Yine, bu sözleşmenin hüküm ifade

---

[157] Akyol, s. 23 vd.
[158] Yalçınduran, s. 205.
[159] Detaylı bilgi için bkz. Gönensay, s. 147 Vd. ; Eren, s. 1133- 1134; Tekinay, s. 183; İnan, s. 377; Tunçomağ, s. 541 vd.; Akkanat, s. 182
[160] Akyol, s. 23 vd.
[161] Tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olduğunda, alt müteahhitlik sözleşmesinin artık ''nitelikli' bir alt sözleşme olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Akkanat, s. 183. Söz konusu nitelik, iş sahibinin doğrudan talepte bulunabiliyor olmasıdır.
[162] Gauch, s. 165 vd.
[163] Aynı şekilde eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığında da iş sahibinin onayına ihtiyaç duyulmayacaktır.
[164]Reisoğlu, S. 338; Birsen, S. 310; S. 232; Özsunay, S. 147; Akkanat, s. 182
Akkanat, s. 183
[165] Gauch, Nr. 165; Akkanat, s. 184

etmesinin şarta bağlanmasında da engel yoktur[166]. Son olarak, alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerliliğinin şekle tabi olduğu ihtimallerde[167], şekil şartına uyulmaması durumunda tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin de kesin hükümsüz olacağı söylenmektedir[168]. Bize göre, üçüncü kişi yararına sözleşme zaten sözleşmenin bir niteliği olup ayrı bir sözleşme değildir.

1. Genel Olarak Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kapsamında İş Sahibinin Alt Müteahhide Karşı İleri Sürebileceği Haklar

Tam üçünü kişi yararına sözleşme sayesinde alt müteahhitlik sözleşmesinden doğan çeşitli haklar, iş sahibi tarafından doğrudan alt müteahhide karşı ileri sürülebilir. Bunlar, alt sözleşmeden doğan yenilik doğuran haklar ve iş sahibinin zararlarıyla ilgili talep hakları olarak ikiye ayrılacak; alt sözleşmeden doğan yenilik doğuran haklar kapsamında ise, ayıba karşı tekeffülden doğan haklar, alt müteahhidin temerrüde düşmesi durumunda doğan haklar ve alt müteahhidin itiraz ve defileri incelenecektir.

2. Alt Sözleşmeden Doğan Yenilik Doğuran Haklar

a. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar

Eserin ayıplı olması sonucu iş sahibi TBK m. 475/1 uyarınca *''sözleşmeden dönme'', ''ayıp oranında bedelden indirim isteme'', ''eserin ücretsiz onarılmasını isteme''* ve *''genel hükümlere göre tazminat isteme''* haklarına sahiptir. İş sahibinin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme sayesinde alt müteahhitlik sözleşmesinin müteahhit tarafının kullanabileceği bu haklardan hangilerini kullanabileceği tartışma[169] konusudur. Burada hâkim düşünce; alt müteahhitlik sözleşmesinin tarafı olmayan iş sahibinin, bu sözleşmenin içeriğini değiştirme yetkisinin olmadığı yönünde; aksi görüş ise alt müteahhitlik sözleşmesinden doğan ifayı talep etme hakkının iş sahibine

[166] Akkanat, s. 183
[167] Sıklıkla karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi buna örnek verilebilir.
[168] Yalçınduran, s. 181 vd.
[169] Detaylı bilgi için bkz. Yalçınduran s. 207 vd; Akkanat s. 185 vd.

tanınmasından sonra, ifayla ilintili olan ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılmasının iş sahibine tanınmamasını sakıncalı bulmakta ve kimi zaman[170] iş sahibinin bu hakları kullanma konusunda daha yetkin olduğunu belirtmektedir[171]. Bu yetkinlik özellikle iş sahibinin ayıbı fark edebilmesi açısından ortaya çıkar.

Öncelikle, eserin onarılmasını isteme hakkının iş sahibi tarafından kullanılıp kullanılamayacağına bakmak gerekir. Gerçekten de, bu hakkın kullanılmasının, eser sözleşmesinin ifasının sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmesine hizmet edeceği açıktır[172]. Ayrıca, bu hakkın kullanılması sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmayacaktır[173].

Alt müteahhitlik sözleşmesindeki bedelin indirilme hakkının kullanımına gelince, öncelikle belirtmek gerekir ki bedel sözleşmenin asli unsurlarından olduğundan iş sahibi tarafından bunun değiştirilememesi gerektiğin yönündeki görüşe katılıyoruz[174]. Aynı şekilde, bedel indirildiğinde, iş sahibinin zaten ödemekle yükümlü olmadığı bedelin inmiş olması, kendisine bir fayda sağlamayacaktır[175].

Sözleşmeden dönme konusunda da benzer görüşler ileri sürülmüştür: Öncelikle, sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin sözleşmenin ifasını talep etme hakkına sahip olmasının, sözleşmeyi sona erdirmek için bir gerekçe oluşturamaması gerektiği söylenebilmelidir[176]. Aynı şekilde, tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmünün alt müteahhitlik sözleşmesine konulmasının amacı, iş sahibinin edime daha rahat şekilde (özellikle asıl müteahhidi ifayı talep etmek için aracı olarak kullanmak zorunda kalmadan[177]) ulaşmasını sağlamaktır. Sözleşmeden dönüldüğü takdirde, bu ihtimal ortadan kalkacağından[178], kanımızca tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmünün, alt müteahhitlik sözleşmesinde yer alma amacına da aykırı hareket edilmiş olunacaktır.

---

[170] Chaix, bu duruma örnek olarak alt müteahhidin, iş sahibinin hâkimiyet alanında çalıştığı ihtimali vermektedir. Bkz. s. 224

[171] Görüşler için bkz. Chaix, s. 223 vd.

[172] Chaix, s. 226

[173] Yalçınduran s. 209

[174] Gauch, Nr. 1783.

[175] Chaix, s. 224; Chaix ile aynı yönde Akkanat, s. 186

[176] Üçüncü şahsın sözleşmeden dönemeyeceği ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Buz, Dönme, s. 289 vd. Aynı yönde Akkanat, s. 186

[177] Her ne kadar iş sahibi için asıl müteahhit borçlu sıfatına sahip olsa ve ifa kural olarak ondan talep edilecekse de, özellikle iş sahibinin kendi hakimiyet alanında meydana getirilen bir eser söz konusu olduğu ihtimalde iş sahibinin ifayı alt müteahhitten talep etme hakkının zamansal açıdan kendisine bir avantaj oluşturduğu söylenebilir.

[178] Sözleşmeden ayıp nedeniyle dönülmesi ancak ifa sonrası gerçekleşeceğinden ayrıca vakit kaybı ve maddi kayıp olacağına ilişkin bkz. Akkanat, s. 187.

b. Alt Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Doğan Haklar

Eser sözleşmesinde eseri teslim borcuna ilişkin olarak özel bir temerrüt düzenlemesi bulunmadığından genel hüküm sıfatıyla uygulanacak TBK m. 117'ye göre muaccel bir borcun borçlusu*, ''alacaklının ihtarıyla''* temerrüde düşecek olduğundan, alt müteahhidin borcun ifasında gecikmesi halinde iş sahibinin söz konusu ihtarda bulunup bulunmadığı da inceleme konusu yapılmalıdır. Söz konusu durumda, biraz önceki açıklamalara paralel yaklaşım sergilediğimizde, ihtarın yapılmasının sözleşmenin içeriğinde bir değişiklik yapmadığını ve bu sebeple bu ihtarın iş sahibi tarafından yapılmasının sakıncası bulunmadığını belirtmek kanımızca uygundur[179].

Aynı şekilde TBK m. 125 kapsamında alacaklı *''borcun ifası ve gecikme tazminatı''*, *''borcun ifasından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi''* yahut ''*sözleşmeden dönme''* seçimlik haklarına sahiptir. Burada da birinci ve ikinci seçimlik hakların kullanımı sözleşmeyi ayakta tutmakta ve sözleşmenin içeriği değişmemektedir[180]. Bununla beraber sözleşmeden dönme, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirme yetkisi olmaması gerektiğinden[181], sadece asıl müteahhidin yetkisinde olmalıdır.

c. Alt Müteahhidin İtiraz ve Defileri

Tam üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusu olduğunda iş sahibi, alt müteahhitlik sözleşmesinden doğan çeşitli yenilik doğuran hakları alt müteahhide karşı ileri sürebileceği gibi, alt müteahhidin de bu sözleşme çerçevesindeki itiraz ve defileri iş sahibine ileri sürmesi gerektiği belirtilmektedir[182]. Bunun temel sebebi ise doktrinde[183], alt müteahhidin borcunu ifa edeceği kişinin değişmesiyle daha kötü bir pozisyona düşmemesi gerekliliği olarak açıklanmaktadır.

---

[179] Aynı yönde, Akkanat s. 188; Yalçınduran, s. 209; Chaix, s. 226.
[180] Yalçınduran, s. 209.
[181] Akkanat, s. 189
[182] Akkanat, s. 189; Yalçınduran, s. 210. Reisoğlu s. 316; Birsen, S. 202 vd. Bu konu tartışmalı olup tartışmalar için bkz. Oğuzman s. 835 vd.
[183] Akyol, s. 185 – 212; Yalçınduran, s. 210; Akkanat s. 189 – 190.

Bu noktada alt müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesi kapsamındaki bütün defileri ileri sürebilir[184]: Örnek olarak; ayıplı ifa söz konusu ise TBK m. 474'te belirtilen muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemiş olduğunu[185], TBK m. 478'de belirtilen ve eserin ayıplı olması durumunda ileri sürülebilen zamanaşımı defini[186], asıl müteahhidin alt müteahhitlik sözleşmesi kapsamında borcunu ifa etmemesi nedeniyle TBK m. 98 uyarınca ödemezlik defini[187], asıl müteahhide karşı şahsi defilerini[188] ileri sürebilecektir[189].

3. İş Sahibinin Zararlarıyla İlgili Tazminat Alacakları

İş sahibi, alt müteahhidin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde oluşacak tazminat taleplerini dava yolu ile veya dava dışı olarak alt müteahhide karşı kullanabilir[190]. Bu talepler çeşitli şekillerde kendini gösterebilir: Bunlar; ayıplı ifadan kaynaklı TBK m. 475 uyarınca talepler, akdin müspet ihlalinden kaynaklı TBK m. 112 uyarınca talepler ve temerrütten kaynaklı TBK m. 123 – 125 uyarınca taleplerdir[191]. İş sahibinin zararı hesaplanırken, elbette ki kendi malvarlığındaki azalma esas alınır[192].

[184] Yalçınduran, s. 210.
[185] Akkanat, s. 189.
[186] Burada bir konuya dikkat çekmek isteriz. Yalçınduran (s. 211) zamanaşımının, eserin asıl müteahhide teslim ile başlayacağını ve bu nedenle zamanaşımının eserin iş sahibine teslim edildiği andan itibaren hesaplanmayacağını belirtmektedir. Akkanat ise (s. 189) teslimin iş sahibine yapılmasından dolayı iş sahibine teslim anının başlangıç olması gerektiğini kabul etmektedir. Bize göre ise, zamanaşımı defi ileri sürülen her kim ise (asıl müteahhit yahut iş sahibi) eserin bu kişinin hakimiyet alanına bırakıldığı tarih zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak esas alınmalıdır. Keza, ayıplı eser ve ayıplı eser nedeniyle zarar doğması halinde bu zarara duçar olan taraf, eser kendi hâkimiyet alanına bırakılmadığı sürece ayıptan haberdar olamaz.
[187] Akkanat, s. 189; Yalçınduran, s. 210.
[188] Chaix, s. 227.
[189] Yalçınduran burada, (s. 210) alt müteahhitlik sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeniyle kesin hükümsüz olması durumunda tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin de kesin hükümsüz olacağını ve bunun ileri sürülebileceğini; aynı şekilde tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmünün kesin hükümsüz olması durumunda, alt müteahhitlik sözleşmesinin akdedilmeyeceği TBK m. 27/2 uyarınca açıkça anlaşılabiliyorsa bu sözleşmenin de kesin hükümsüz sayılacağını ve iş sahibine karşı ileri sürülebileceğini; eğer tam üçüncü kişi yararına sözleşme hüküm ifade etmese ve fakat alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade etse bile iş sahibine karşı yine hükümsüzlüğün ileri sürülebileceğini açıklamaktadır. Kanımızca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması, o sözleşmenin niteliğidir. Burada, farklı bir sözleşme bulunmamaktadır.
[190] Yalçınduran, s. 212.
[191] Akkanat, s. 190.
[192] Yalçınduran, s. 212, Akkanat, s. 190

C) Müteahhidin Alt Müteahhide Karşı Talep Edebileceği Hakları İş Sahibine Temliki

TBK m. 183/1 uyarınca, *''Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir''*. Bu sebeple asıl müteahhit; eğer sözleşmede aksi öngörülmemişse, ayıba karşı tekeffülden doğan alacak haklarının kullanılması ile doğmuş olan haklarını, ayıp sebebiyle uğramış olduğu zararların tamamını talep hakkını ve diğer tazminat taleplerini; alt müteahhidin onayı olmaksızın iş sahibine devredebilir[193]. TBK m. 184/1 uyarınca da bu devrin yazılı şekilde yapılmış olması hüküm ifade etmesi için yeterlidir.

Aynı şekilde, temlik nedeniyle alt müteahhidin daha kötü bir pozisyona düşmemesi gerektiği belirtilmektedir[194]. Bu prensibe uygun olarak da TBK m. 188/1 uyarınca alt müteahhit devri öğrendiği sırada asıl müteahhide karşı sahip olduğu savunmaları, iş sahibine karşı da ileri sürebilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş sahibinin tazminat taleplerinin hesaplanmasında, üçüncü kişi yararına sözleşmede belirtilen prensibin aksine iş sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilme değil, asıl müteahhidin malvarlığındaki azalma dikkate alınacaktır[195].

D) TBK m. 507/3 Hükmünün Kıyasen Uygulanabilmesi[196]

1. Konu Hakkındaki Görüşler:

TBK m. 507 hükmü şu şekildedir:

''Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.

Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

[193] Akkanat, s. 191
[194] Akkanat, s. 191
[195] Gauch, Nr. 1911
[196] TBK m. 502/2'nin kıyasen uygulanmayacağını belirttiğimiz için burada tekrardan kaçınıyoruz.

Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.''

Özellikle eser sözleşmesinin yapısı itibariyle vekâlet sözleşmesine, her iki sözleşmede de iş görme edimi yüklenen borçlu bulunması açısından benzerlik göstermesi[197], yukarıda belirttiğimiz hükmün son fıkrasının kıyasen eser sözleşmesine uygulanması ve iş sahibinin doğrudan alt müteahhitten talepte bulunabilmesi yönünde doktrinde çeşitli görüşlerin oluşmasına sebep olmuştur[198]. Bu görüşleri aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:

Yavuz'a göre[199], ilgili hüküm eser sözleşmesine uygulanabilir ve iş sahibinin alt müteahhitten bu hüküm uyarınca doğrudan talepte bulunmasına bir engel yoktur.

Von Tuhr'a göre[200], asıl müteahhit, alt müteahhitten iş sahibinin zararını tazmin etmesini isteyebilir. Asıl müteahhit ise tazminat isteminde bulunmaktan kaçındığında veya asıl müteahhidi takip etmenin aşırı güçlükler içerdiği durumda TBK m. 507/3'ün uygulanarak iş sahibinin alt müteahhitten zararını tazmin edebileceği yazar tarafından belirtmektedir[201].

Gauch'a göre[202], tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü için TBK m. 129/2 uyarınca iki şart vardır: Bunların birincisi borcun doğruya alt müteahhit tarafından iş sahibine ifası[203], ikincisi ise alt müteahhit ve asıl müteahhidin, iş sahibinin doğrudan doğruya alt müteahhitten talepte bulunabileceği konusunda anlaşması veya bu yönde bir teamülün bulunmasıdır[204]. Yazar, eğer ki ikinci şart mevcut değilse[205], TBK m. 507/3 kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini belirtmektedir[206].

Tandoğan'a göre[207], vekâlet dışı sözleşmelerde[208] TBK m. 507/3'ün kıyasen uygulanabilmesi akla gelebilse de eğer eser sözleşmesine göre caiz olmayan şekilde

---

[197] Yalçınduran, s. 213
[198] Vekâlet sözleşmesinde bu kuralın uygulanması ile ilgili bilgi için bkz. ARAL, s. 422 vd.
[199] Yavuz, s. 475
[200] Tandoğan'dan naklen, s. 86.
[201] Tandoğan s. 86
[202] Gauch, Nr. 166.
[203] Burada özellikle iş sahibinin hâkimiyet alanında eserin alt müteahhitçe meydana getirilmesinden söz edilmektedir.
[204] Gauch, Nr. 166
[205] Akkanat'ın haklı olarak ifade ettiği gibi burada edimin doğrudan doğruya iş sahibinin hâkimiyet alanında ifa edilmesi sonucunda bir eksik üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsetmek mümkündür. Bkz. s. 194.
[206] Gauch, Nr. 166.
[207] Tandoğan, s. 86
[208] Burada elbette ki eser sözleşmesi de kastedilmektedir. Bu sebeple konumuz bakımından, paragrafta müteahhit ve alt müteahhitlik kavramları kullanılmaktadır.

alt müteahhit kullanımı söz konusu ise asıl müteahhidin TBK m. 112 uyarınca, caiz ise de TBK m. 116 uyarınca zaten sorumlu tutulması mümkün olmalıdır. Bu sebeple ilgili maddenin kıyasen uygulanması yazara göre zorunluluk teşkil etmez[209]. Bununla beraber, TBK m. 507/2'de belirtilen kurtuluş kanıtı uyarınca, alt vekâlette yerine başkasını ikame eden vekilin sorumluluğu eser sözleşmesi hükümlerindeki kurtuluş kanıtı nazara alındığında daha hafif kabul edilebileceğinden, TBK m. 507/2'nin kıyasen eser sözleşmesinde uygulandığı ihtimalde, iş sahibine de TBK m. 507/3 uyarınca doğrudan başvuru imkânı getirilmesi gerekliliği yazar tarafından belirtilmektedir[210].

Chaix'ye[211] ve Yalçınduran'a[212] göre ise TBK m. 507/3'ün uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamakta olup bu konudaki gerekçeleri aşağıdaki şekilde ifade edilebilir:

Yazarlara göre, Türk ve İsviçre Hukukunda iş sahibi ve alt müteahhit ilişkisini düzenleyen bir hüküm doğrudan talebe cevaz verir şekilde veya doğrudan talebi yasaklayıcı anlamda bulunmamaktadır ki bu da kanun koyucunun konu hakkında olumlu veya olumsuz herhangi bir iradesinin bulunmadığını göstermektedir[213]. Yazarlara göre bu sebeple, kanunun ruhuna inildiğinde, özellikle TBK m. 322 (alt kiracının kiraya verene doğrudan sorumluluğu) ve TBK m. 507/3 hükümlerinin varlığı, alt müteahhit ve iş sahibi arasında doğrudan ilişki kurulması yönünden dayanak teşkil etmelidir[214].

Bunun sonucu olarak da bu kapsamda iş sahibi, ayıbın giderilmesi talebini ileri sürebilecek, ifada gecikme nedeniyle temerrüt ihtarını yaparak aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebilecek veya aynen ifayı reddederek müspet zararın tazminini talep edebilecektir fakat bundan farklı olarak ayıp nedeniyle bedelde indirim isteyemeyecek, ayıp nedeniyle sözleşmeyi sona erdiremeyecek ve temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönemeyecektir[215] [216]. Buna ek olarak asıl müteahhidin, bağımlı yardımcı

[209] Tandoğan, s. 86
[210] Tandoğan, s. 86
[211] S. 233 vd.
[212] S. 215 vd.
[213] Yalçınduran, s. 220
[214] Yalçınduran, s. 220
[215] Bu kapsamda yazarların düşüncesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında iş sahibinin sözleşmenin asli unsurlarını değiştirememesi ve sözleşmeyi sona erdirememesi gerekçeleriyle paralellik göstermektedir.
[216] Yalçınduran, s. 220

kişisi alt müteahhidin fiillerinden sorumlu tutulamayacağı ihtimallerde[217] de TBK m. 507/3 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı aynı yazarlarca belirtilmektedir[218]. Bunun sebebi ise madde ifadesinden anlaşıldığı üzere; iş sahibinin alt müteahhide, ancak müteahhidin alt müteahhide karşı sahip olduğu hakları ileri sürebilmesi ve fakat müteahhidin de belirtilen ihtimallerde iş sahibine sorumlu olmamasından alt müteahhide karşı bir hak dermeyan edememesi ve bu sebeple de iş sahibinin de alt müteahhide başvuramaması olarak gösterilmektedir[219].

Akkanat'a göre[220] ise, TBK m. 507/3 vekâlet sözleşmesine ilişkin bir kural olup diğer akdi ilişkilere uygulanamaz. Yazara göre, kanun koyucu iş sahibinin doğrudan doğruya alt müteahhide başvurmasını arzu etseydi, meseleyi alt kira ve alt vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi çözüme kavuşturabilirdi[221]. Buna ek olarak yazar, asıl müteahhidin alt müteahhidin fiillerinden sorumlu tutulamadığı ihtimallerde iş sahibinin alt müteahhide başvuramamasının iş sahibini zor durumda bırakması sebebiyle, TBK m. 507/3 hükmünün kıyasen uygulanmasının tam aksine kabul edilebilmesinin daha mantıklı olacağı yönünde görüş bildirmektedir[222] [223]. Ayrıca zaten, bu hüküm kıyasen uygulansa bile sadece ayıbın giderilmesi yönündeki talep alt müteahhide karşı ileri sürülebileceğinden[224] yine yazara göre kıyasen uygulamanın kabulü çok büyük bir ehemmiyet arz etmemektedir çünkü ayıbın giderilmesi yönündeki talep hâlihazırda asıl müteahhide de ileri sürebilmektedir[225]. Son olarak yazar, doğrudan başvuru imkânının vekâlet sözleşmesine has bir sorumluluk düzeninin sonucu olduğunu ifade etmektedir[226].

[217] Kurtuluş kanıtı getirilebildiği, eser sözleşmesinde asıl müteahhidin yardımcı kişiden dolayı sorumluluğunun sınırlandırıldığı, iş sahibinin belirli bir alt müteahhidin işin yapımında kullanılmasında ısrar ettiği ihtimallerin ifadesi için bkz. Chaix, s. 243.
[218] Chaix, s. 243.
[219] Yalçınduran, s. 220.
[220] Akkanat, s. 198 vd.
[221] Akkanat, s. 199
[222] Yazar, burada ileri sürülen fikrin tam tersinin daha mantıklı bir gerekçe kabul edilebileceğini belirtmesine rağmen bu ihtimallerde dahi (bkz. dn. 248) üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisi ve üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisinin incelenmesi gerektiğini belirterek, ilgili maddenin uygulanmaması yönüne daha yakın gözükmektedir.
[223] Akkanat, s. 200.
[224] Yazar, alt müteahhitlik sözleşmesinin asli unsurlarının değiştirilemeyeceği konusunda Chaix ve Yalçınduran ile hemfikirdir.
[225] Akkanat, s. 201.
[226] Akkanat, s. 201

2. Görüşümüz

Bize göre, her şeyden önce, alt vekâlet ve alt kira sözleşmeleri söz konusu olduğunda doğrudan talep hakkı tanıyan kanun koyucunun, alt müteahhitlik sözleşmesi söz konusu olunca hüküm getirmemesi, bu konuda olumlu veya olumsuz hiçbir iradesinin olmadığını değil, kanunen bu hakkı tanıma anlamında olumsuz bir iradesinin (bilinçli bir susmanın) olduğunu gösterir. Kanun koyucunun suskun kaldığı her durumda kıyas yoluyla benzer hükümlerin uygulanmasına yönelik bir çaba, bir süre sonra pozitif hukuktan ayrılma tehlikesini getirecektir ki bu da hukuk güvenliğini sarsacaktır. Bu nedenle Chaix ve Yalçınduran'ın yukarıda belirttiğimiz görüşlerine katılamıyoruz.

Ek olarak Tandoğan'ın asıl müteahhidin sorumlu tutulabildiği ihtimallerde zaten alt müteahhide başvurmanın gerekli olmadığı yönündeki fikrini kabul etmekteyiz. Elbette ki, iş sahibinin asıl müteahhide başvuramadığı durumlarda, zararının tazmin edilmesi hakkaniyet gereğidir. Yine de, burada da, bir üst paragrafta belirttiğimiz sebep dikkate alındığında TBK m. 507/3'ün uygulanmasını kabul etmemize bir gerekçe teşkil etmemelidir ve bunun yerine başka hukuki imkânların incelenmesi, tarafımızca savunulmaya daha müsaittir. Bu açıdan Akkanat'ın görüşlerini benimsemekteyiz.

Sonuç olarak TBK m. 507/3'ün kıyasen uygulanarak alt müteahhit ve iş sahibi arasında doğrudan ilişki kurulmasının doğru olmadığını kabul etmekteyiz[227].

E) Üçüncü Şahsın Zararının Tasfiyesi Teorisi

Alman hukuku kökenli bu teori[228] uyarınca amaçlanan, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarara uğrayan kişi ile sözleşmenin tarafı olup da bu zararın tazminini talep edebilecek kişinin farklı olduğu durumlarda bu üçüncü şahıslara dava hakkının temlik edilebilmesidir[229]. Belirtelim ki, bizce dava hakkı değil ancak alacak hakkı temlik edilebilmektedir. Buna rağmen, doktrinde incelenmiş bu teoriyi değerlendireceğiz.

[227] Nitekim bu düşüncemiz, caiz olmayan alt müteahhit kullanımında TBK m. 116'da belirtilen kurtuluş kanıtının TBK m. 507/2'de belirtilen kurtuluş kanıtı yerine uygulanması yönündeki düşüncelerimize paralellik göstermektedir. Bunun sebebi, eser sözleşmesinin netice, vekâlet sözleşmesinin ise özen sorumluluğu öngörmesidir.
[228] Detaylı bilgi için bkz. Chaix, s. 244 vd.
[229] Akkanat, s. 202

Belirtmek gerekir ki bu teori; dolaylı temsilde temsil olunan şahsın zararını[230], satım sözleşmesinde satım konusu şeyin alıcıya ulaşmadan önce zarar görmesi durumunda alıcının zararını[231] ve alacaklının malik olmadığı şeyin zarar görmesi durumunda malikin zararını tazmin etmekle sınırlandırılmıştır[232].

Buna rağmen Türk ve İsviçre Hukukunda, dolaylı temsil söz konusu olduğunda bu teorinin uygulanması mümkün değildir[233]: Dolaylı temsil olunan iş sahibi, bir eser meydana getirmesi için müteahhitle anlaşması amacıyla bir dolaylı temsilciyle ilişki içine girse ve eserde bir ayıp söz konusu olsa TBK m. 509/1'deki *''vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer''* hükmü uyarınca iş sahibi ayıp nedeniyle doğan haklarını doğrudan müteahhide ileri sürebilecektir[234].

Satım sözleşmesinde hasar söz konusu olduğunda ise TBK m. 208 uyarınca *''satılanın yarar ve hasarı taşınır satışlarında zilyetliğin devri''* ile alıcıya geçeceğinden yine bu teorinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır[235].

Alacaklının malik olmadığı şeyin zarar görmesi ihtimali ile ilgili olarak da Akkanat, kullanım ödüncü sözleşmesi gereği arabayı ödünç verenden alan kişinin feribotla arabayı götürürken feribottaki görevlilerin arabaya zarar vermesi örneğini vermektedir[236]. Bu durumunda, görevliyi zilyet yardımcısı olarak kabul etmek ve borçlunun da TBK m. 116 uyarınca zilyet yardımcısının bu fiilinden dolayı sorumluluğunu kabul etmek yoluna gidilebilir[237] ve bu sebeple yine üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

Bu teori, her ne kadar belirtilen sınırlamalar dâhilinde Türk ve İsviçre Hukuklarında uygulama alanı bulamasa da eser sözleşmesinde iş sahibinin, alt

---

[230] Chaix s. 246

[231] Burada elbette ki uzaktan satım sözleşmesi olduğu (bir taşıyıcı aracılığıyla satım konusunun gönderildiği) ve bu sırada hasarın gerçekleştiği ihtimalden söz edilmektedir.

[232] Chaix, s. 246

[233] Akkanat, s. 204

[234] Chaix, s. 244, dn. 890.

[235] Chaix (s. 247) ve Akkanat (s. 204) tarafından ileri sürülen ve vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanarak çözüme ulaşılmasına yönelik düşüncelerin eBK'nın ilgili kuralları uyarınca hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçtiği şartlarda anlam ifade etmesi nedeniyle, bu düşüncelere burada yer vermeyeceğiz.

[236] Akkanat, s. 203, dn. 450.

[237] Chaix, s. 247 – 248.

müteahhitten kaynaklı bir zararla karşılaştığında uygulanabilip uygulanamayacağını tartışmakta sakınca yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisi, alacaklıya dava hakkının temlik edilebiliyor olmasını amaçlamakta olup temlik edilme zorunluluğu getirmemektedir[238] ve bu sebeple kanımızca asıl müteahhit de bu durumdan herhangi bir menfaat elde etmediği sürece dava hakkını kullanmayacağı gibi iş sahibine temlik de etmeyecektir. Keza, başta da belirttiğimiz gibi, aslında dava hakkı temlik edilemeyeceğinden bizce bu teori zaten uygulanamamalıdır.

F) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi

Sözleşmelerin doğan yükümlülüklerin ilki ve en önemlisi asli edim yükümlülüğü olup bunlar sözleşmenin türünü ve içeriğini belirlerler ve aynı zamanda doğrudan doğruya da dava edilebilirler[239]. Aynı şekilde, asli edim yükümlülükleri dışında yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır ve bunlar da kanun tarafından veya taraflarca serbestçe belirlenebilirler ayrıca dürüstlük kuralından da doğmaları mümkündür[240].

Bunların dışında günümüz hukukunda, asli edim dışı yükümlülüklerin de varlığı savunulmaktadır[241]. Genel olarak, bir kimsenin borcunu ifa ederken sözleşmenin karşı tarafının kişilik haklarına ve malvarlığına zarar vermeme yükümlülüğü olarak ifade edilen bu yükümlülüğün[242], edimden bağımsız bir borç ilişkisi doğurduğu ifade edilmektedir[243]. Edimden bağımsız borç ilişkisi ise sadece ifa sırasında değil, aynı zamanda sözleşmenin kuruluş aşamasındaki görüşmelerde de[244]

[238] Akkanat, s. 205.
[239] Eren, Özel Hükümler, s. 37, Yalçınduran, s. 225
[240] Yalçınduran, s. 225.
[241] Şenocak, İfa Yardımcıları, s. 288.
[242] Bu yükümlülük Akyol, (Üçüncü Şahıs, s. 58 vd), Yalçınduran (s. 226) ve Akkanat (s. 206) tarafından ‘’koruma yükümlülüğü’’ olarak da ifade edilmektedir.
[243] Detaylı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 46 vd.
[244] Culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu s. 85 vd. ve s. 735. Sözleşmenin kuruluş aşamasındaki görüşmelerde edimden bağımsız borç ilişkisi oluşmadığına dair görüşler için bkz. Oğuzman s. 36

[245] kendini gösterir. Aynı zamanda bu ilişki, Alman hukuku kökenli üçüncü kişiyi koruyucu etkisi olan sözleşme teorisinin de kaynağını oluşturmaktadır[246] [247].

Üçüncü kişiyi koruyucu etkisi olan sözleşme teorisi[248] hakkında, bir sözleşme bünyesinde üçüncü kişinin doğrudan doğruya borçludan talepte bulunabilmesini ortaya koymakta olduğu[249]; ve bu durumun sadece, sözleşmenin koruyucu etkisinin üçüncü kişiyi de kapsaması ihtimalinde mümkün olabileceği belirtilmektedir[250] [251]. Koruyucu etkinin bu denli genişlemesi, sözleşmesel sorumluluğun sınırlarının kontrolsüz şekilde aşılması tehlikesi taşıdığından[252], bu teorinin uygulanmasında çeşitli sınırlamalara gerek olduğu ve buna bağlı olarak sınırlayıcı kriterlerin ortaya çıktığı[253] [254] söylenebilir.

1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkisi Olan Sözleşmenin Varlığının Tespitinde Kullanılan Kriterler

Bu kriterlerden birincisi, üçüncü şahsın edime yakınlığı olarak belirtilmektedir[255] ki burada kastedilenin üçüncü şahsın borcun kötü ifası nedeniyle

[245] Edimden bağımsız borç ilişkisinin asli nitelikte borç ilişkisinin varlığından bağımsız olduğuna ilişkin Eren, S. 41; Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 53 vd. Biz de asli borç ilişkisi henüz doğmasa da yahut bu ilişki sona erse bile koruma yükümlülüğünün varlığını kabul ediyoruz.

[246] Eren, Özel Hükümler, s. 49, Yalçınduran, s. 226

[247] Özellikle Alman doktrin ve içtihadında üçüncü kişinin sorumluluğunun haksız fiille tazmin edilmesi yerine sözleşmesel sorumluluğun uygulama alanının genişletilmesine yönelik eğilim olduğuna ilişkin bkz. Yalçınduran, s. 228

[248] Üçüncü şahsın zararının tasfiyesinin bu teoriden farkı, dava hakkının temlik edilmesinin zorunlu olmamasıdır. Bkz. Akkanat, s. 205

[249] Burada ayrıca belirtilmesi gereken, tam üçüncü şahıs yararına sözleşmenin iş sahibine talep hakkı vermesi olup üçüncü şahsı koruyucu sözleşme teorisinin doğrudan alt sözleşmeden kaynaklı edim dışı yükümlülüklerin ihlali durumunda üçüncü kişi nezdinde dava hakkı doğmasıdır. Akkanat, burada, tali edim yükümlülüğüne aykırılık sonucu dava hakkının doğduğu yönünde açıklamada bulunmakta olup (s. 207) bizce tali edim yükümlülüğünün, edim dışı yükümlülüklerden farklı bir statüde kabul edilmesi gerekmektedir.

[250] Yalçınduran, s. 228.

[251] Aksi görüş için bkz. Gauch, Nr. 140.

[252] Chaix, s. 253.

[253] Özellikle Fransız Mahkemelerinin söz konusu teorinin uygulanmasında Alman Mahkemelerine göre teorik gerekçelendirme yapmadığına ilişkin eleştiri için bkz. Chaix, s. 251

[254] Söz konusu kriterler Alman mahkemeleri tarafından belirlenmiştir. Bkz: Yalçınduran, s. 226, Akkanat, s. 207.

[255] Tandoğan da, üçüncü şahsın edime yakın olduğu durumda iş sahibinin alt müteahhitten, alt müteahhidin özen yükümlülüğüne aykırı davranması gerekçesiyle isteyebilmesi taraftarı olup başka bir kriterin gerekli olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır. (s. 87)

oluşacak tehlikeye en az alacaklı kadar açık olmasıdır[256]. Bu ise, edimin alacaklısının üçüncü kişi olduğu durumlarda[257] göze çarpmaktadır.

Özellikle; alt müteahhidin iş sahibi ile ilişkisi düşünüldüğünde, edimin alacaklısı iş sahibi olduğundan, iş sahibi ile edimin oldukça yakın bir ilişki içinde oldukları söylenebilir. Hele ki, alt müteahhidin, iş sahibinin hâkimiyet alanında yapı eseri meydana getirdiği ve meydana getirdiği kısmın eserin bütünleyici parçası olarak iş sahibinin mülkiyetine geçtiği ihtimalde, iş sahibi ile edim arasında daha büyük bir yakınlığın olması mümkün değildir[258]. Böyle bir durumda hatta asıl müteahhitlik sözleşmesinin fonksiyonu da Chaix'nin ifadesiyle[259], sadece ifanın alt müteahhide yapılmasını kolaylaştırmak olacaktır.

İkinci koşul ise, borçlunun, üçüncü kişiye karşı koruma yükümlülüğü bulunması olarak ifade edilmektedir[260]. Önceleri, borçlunun korumakla yükümlü olduğu üçüncü kişiler kapsamına alacaklının ailesi ve yanında çalışanlar kabul edilmişse[261] de bu görüş Alman Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmemiş[262] ve alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, herhangi bir kişiye sorumluluğundan daha fazla ise, borçlunun koruma yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir[263].

Özellikle eser sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde, asıl müteahhidin iş sahibine karşı sorumluluğu bulunduğunu oldukça açıktır ve bu sebeple alt müteahhidin koruma yükümlülüğü altında bulunduğunu söyleyebilmek gerekmektedir[264].

Üçüncü koşul ise, koruma yükümlülüğünün borçlu tarafından öngörülebilir (bilinebilir)[265] olması olarak kabul edilmektedir ki bu kriterin özellikle konuluş amacının söz konusu yükümlülüğün sınırsız derecede genişlemesini engellemek olduğu ifade edilmektedir[266].

Alt müteahhitlik sözleşmesinin niteliği gereği zaten yardımcı kişi konumunda bulunan alt müteahhit, asıl müteahhidin iş sahibine olan borcunun bir kısmını ifa ettiğini bileceğinden, iş sahibini koruma yükümlülüğü altında olmadığını iddia etmesi

[256] Chaix, s. 253
[257] Akkanat, s. 208
[258] Akkanat, s. 212
[259] Chaix, s. 260
[260] Yalçınduran, s. 229
[261] Alman doktrinindeki görüşler için bkz. Akkanat, s. 208
[262] Karar için bkz. Chaix s. 254.
[263] Chaix, s. 254
[264] Aynı görüşte Yalçınduran, s. 233
[265] Burada öngörülebirliğin sübjektif olarak değerlendirilmesine ilişkin görüşler için bkz. Chaix, s. 261
[266] Akkanat, s. 209.

kanımızca oldukça zordur[267]. Yine de belirttiğimiz gibi, alt müteahhidin ‘’alt müteahhit olduğundan haberdar olduğunu’’ her olayın şartlarına göre incelemek daha adil çözümlere ulaşılmasını sağlayacaktır.

Son kriter ise, eğer zararın başka bir şekilde tazmin edilmesi olanağı varsa üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme teorisinin uygulanmamasıdır[268].

Eser sözleşmesinde iş sahibinin yukarıda[269] belirttiğimiz ihtimallerde olduğu gibi alt müteahhidin taahhüdünden faydalanamadığı yahut ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden dolayı bir başvuru hakkı elde edemediği durumlarda, doğrudan alt müteahhide başvurabilmesi ancak zararını asıl müteahhitten tazmin edemediği ihtimallerde gerçekleşecektir. Bunlar TBK m. 116 uyarınca asıl müteahhidin kurtuluş kanıtı getirebilmesi, iş sahibinin asıl müteahhidin onaylamadığı bir alt müteahhitte ısrarı veya eser sözleşmesinde asıl müteahhidin alt müteahhitten sorumluluğunu kaldırmaya yönelik hüküm bulunmasıdır[270] [271].

2. Alt Müteahhidin İtiraz ve Defileri

Burada, daha önce de tam üçüncü kişi lehine sözleşmeyi açıklarken belirttiğimiz gibi[272] alt müteahhidin hangi itiraz ve defilerini ileri sürebileceğine yönelik olarak, alt müteahhidin alt müteahhitlik sözleşmesi bünyesinde bulunduğu durumdan daha olumsuz şartlara tabi olmaması gerektiği prensibine[273] paralel olarak çözüm bulmak gerekir. Buna göre, alt müteahhidin iş sahibine karşı, müteahhide karşı olan tüm defileri ileri sürebilecek olduğunu belirtiyor ve açıklamalarımızı tekrarlamıyoruz.

[267] Aynı yönde Akkanat, s. 214.
[268] Akkanat, s. 209
[269] Bkz. s. 22 - 23
[270] Chaix, s. 243; Akkanat, s. 215
[271] Bkz. dn. 248.
[272] Bkz. s. 27
[273] Akkanat, s. 215

IV. ALT MÜTEAHHİDİN İŞ SAHİBİNE DOĞRUDAN BAŞVURU İMKÂNI

Alt müteahhidin iş sahibine doğrudan talebi, ücretini asıl müteahhitten tahsil edememesi durumunda gündeme gelebilmekte olup[274], kural olarak hukuk sistemimiz dâhilinde böyle bir imkân sadece iki şekilde ortaya çıkabilir: Bunlardan birincisi, alt müteahhidin lehtar olduğu üçüncü kişi yararına sözleşme yahut iş sahibinin alt müteahhide ücret alacağı konusunda doğrudan taahhüdü şeklinde iş sahibinin iradesinin bulunduğu halleri kapsar[275]. İkincisi ise üzerinde daha geniş şekilde duracağımız, taşınmaz bir eserin iş sahibinin hâkimiyet alanında (taşınmazı üzerinde) yapılmasıyla bir değer artışı meydana gelmesi sonucu TMK m. 895 – 896 – 897 dâhilinde alt müteahhide tanınan kanuni ipotek hakkıdır.

Bununla beraber, kanuni ipotek hakkının kullanıldığı ihtimali inceler isek, iş sahibi yan edim yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğinde alt müteahhidin nezdinde oluşacak zarar, inşaat alacağının tazmini amacıyla alt müteahhide tanınan kanuni ipotek hakkının kullanılmasıyla tazmin edilemeyeceğinden[276], bu zararın tazmini için de alt müteahhitle iş sahibi arasında doğrudan ilişki kurmanın çeşitli yollarını aramak gerekecektir.

Aynı zamanda, iş sahibinin asıl müteahhidin yardımcı kişisi olmaması ve bu sebeple alt müteahhidin iş sahibini sorumlu tutamayacak olması[277] sebebiyle TBK m. 116 yoluyla veya iş sahibinin yan edim borcuna aykırılık nedeniyle oluşacak zararın haksız fiil kapsamında tazmin edilemeyeceğinin kabulü[278] ile TBK m. 49 vd. yoluyla da yan edim yükümlülüğünden doğan zararların tazmin edilemeyecek olması, Chaix'nin belirttiği şekilde[279] başka bir *''hukuki konstrüksiyonu''* gerekli kılar.

[274] Chaix, s. 267; Yalçınduran, s. 237; Akkanat, s. 216.
[275] Yalçınduran, s. 237; Akkanat, s. 216.
[276] Chaix, s. 267
[277] Chaix, s. 268; Akkanat, s. 217
[278] Burada ''saf ekonomik zarar'' oluştuğu ve haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin edilemeyeceği yönündeki kabul için bkz. Akkanat, s. 217.
[279] Chaix, s. 270 vd.

Aynı şekilde TBK m. 507/3 hükmünün kıyasen uygulanmayacağını da iş sahibinin alt müteahhide doğrudan başvuru imkânını kabul eden görüş bile, alt müteahhidin iş sahibine başvurması açısından kabul etmektedir[280].

Bu sebeple, sözleşmesel talepler ve yapı alacaklısı ipoteği dışında, üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca da, tarafımızca alt müteahhidin iş sahibinden doğrudan talepte bulunup bulunamayacağı incelenecektir.

A) İş Sahibinin Taahhüdü

Alt müteahhidin iş sahibine taahhüdünde belirttiğimizin[281] tersi olarak, iş sahibi de alt müteahhide taahhütte bulunabilir ve bu şekilde alt müteahhitle iş sahibi arasında diğer iki sözleşmeden bağımsız bir sözleşme kurulmuş olur[282]. Bu taahhütle iş sahibi, alt müteahhidin ücret alacağını doğrudan alt müteahhide ödeyebileceği gibi[283], aynı zamanda kendi yan borçlarını ifa etmemesinden veya gereği gibi ifa etmemesinden oluşacak zararı da tazmin etmeyi taahhüt edebilir[284]. Bunun dışında, teoride mümkün olan iş sahibinin alt müteahhide taahhüdünün, pratikte alt müteahhidin iş sahibine taahhüdünden de daha az ihtimalde gerçekleşeceği; uygulamada genellikle iş sahibinin alt müteahhidi seçebilmesi ve başka şekilde ifade etmek gerekirse, alt müteahhide iş sahibinin, asıl müteahhit tarafından empoze edilmesi nedeniyle haklı olarak belirtilmektedir[285].

B) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

İş sahibinin alt müteahhide taahhütte bulunmasıyla alt müteahhidin ücret alacağını ifa etmesi ve yan borçlara aykırılığından doğan zararı tazmin etmesi mümkün

[280] Bunun sebebi, ilgili hükmün sadece alacaklı lehine talep hakkı vermesidir. Bkz. Yalçınduran, s. 238
[281] Teknik açıdan ve özellikle kuruluş şartları ve hükümleri açısından iş sahibinin alt müteahhide taahhüdünün, alt müteahhidin iş sahibine taahhüdünden ciddi anlamda bir farkı bulunmadığından, yukarıda yaptığımız açıklamaları tekrar etmeyeceğiz.
[282] Yalçınduran, s. 251.
[283] Akkanat, s. 217
[284] Tarafların, genel olarak yan borçları öngörememeleri nedeniyle ücrete ilişkin bir doğrudan taahhütte bulunulmuş olsa bile yan borçlarla ilgili bulunulmuş olmasının az bir ihtimal olduğu yönünde bkz. Chaix, s. 269.
[285] Chaix, s. 269. Elbette ki bu değerlendirme, üçüncü kişi yararına sözleşme açısından da söz konusu olacaktır.

olabileceği gibi, yukarıda belirttiğimiz gibi[286], tarafların iradelerinin birleşmesi sonucu, alt müteahhidin lehtar olduğu üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyan bir eser sözleşmesiyle de bu kalemler tazmin edilebilir. Burada da belirtilmesi gerekir ki alt müteahhit, içinde bulunduğu şartlarda, özellikle ekonomik gücünün daha zayıf olduğu ihtimalde, tarafı olmadığı sözleşmenin kendi yararına bu tazmini sağlayacak bir hüküm içermesini büyük olasılıkla sağlayamayacaktır[287].

C) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi

İş sahibinin doğrudan taahhüdü ve üçüncü kişi yararına sözleşme dışında, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin de alt müteahhidin zararlarının tazmin edilmesinde uygulanabilip uygulanamayacağını incelemek gerekmektedir. Koruyucu etkinin üçüncü kişiye sirayetini belirleyen kriterler ise, yukarıda belirttiğimiz şekilde, üçüncü şahsın edime yakınlığı, borçlunun üçüncü şahsa karşı koruma yükümlülüğü, koruma yükümlülüğünün borçlu tarafından öngörülebilir olması ve eğer zararların başka bir yolla tazmin edilme olanağının bulunmamasıdır[288].

Üçüncü şahsın edime yakınlığı incelendiğinde, her ne kadar iş sahibinin ücret borcu tamamen asıl müteahhide ifa edilmek zorunda olsa ve bu borç açısından alt müteahhidin edime yakınlığından söz edilemiyor olsa da özellikle alt müteahhit tarafından borcun ifası sırasında iş sahibinin yan borçlarını ifa edip etmediği alt müteahhit açısından oldukça önem taşıyacağından[289] bu açıdan edime yakınlıktan söz edilmesinde kanımızca da sakınca yoktur[290].

Borçlunun üçüncü şahsa koruma yükümlülüğü incelendiğinde, burada kriterin alacaklının *'herhangi bir üçüncü kişiye olan sorumluluğundan'*'[291] fazlasını üçüncü kişiye taşıyor olması gerektiğini belirtmiş idik. Bu sebeple, asıl müteahhidin alt

[286] Teknik açıdan ve özellikle kuruluş şartları ve hükümleri açısından iş sahibinin lehtar olduğu üçüncü kişi yararına sözleşmenin alt müteahhidin lehtar olduğu üçüncü kişi yararına sözleşmeden ciddi anlamda bir farkı bulunmadığından, burada yaptığımız açıklamaları tekrar etmeyeceğiz.
[287] Chaix, s. 270.
[288] Akkanat'ın, yalnızca borçlunun üçüncü şahsa karşı koruma yükümlülüğü ve koruma yükümlülüğünün borçlu tarafından öngörülebilir olması kriterlerini incelediği açıklamalar için bkz. s. 220 vd.
[289] İş sahibinin yan borçlarını ifa etmemesi, çeşitli ihtimallerde alt müteahhidin asıl müteahhide borcunu ifa edememesi sonucunu doğurabilir.
[290] Aynı yönde Chaix, s. 273
[291] Bu kriteri belirleyen Alman yargı kararı için bkz. Akkanat s. 220

müteahhide aralarındaki alt müteahhitlik sözleşmesi sorumlu olduğunu ve bunun sonucu olarak da iş sahibinin alt müteahhidi koruma yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerekecektir[292].

Koruma yükümlülüğünün borçlu tarafından öngörülebilir (bilinebilir) olması konusunda şu ayrıma yer verilebilir: Öncelikle, eğer alt müteahhit iş sahibinin iradesiyle belirlenmişse, iş sahibi artık koruma yükümlülüğünün kendisi için öngörülemez olduğunu iddia edemeyecektir[293]. Keza, sözleşmeye aykırı olarak alt müteahhit çalıştırılması da tam tersine alt müteahhidi koruma yükümlülüğünün öngörülemeyeceğini gösterir[294] [295]. Bunun dışında, alt müteahhit kullanılmasının eser sözleşmesi uyarınca belirlenmediği durumda alt müteahhit kullanılmaya başlanmışsa ve iş sahibi bunu fark etmesine rağmen aksi yönde herhangi bir davranışta bulunmamışsa, kanımızca zımnen bu duruma onay verdiği ve bu sebeple koruma yükümlülüğünün öngörülebilir olduğunun kabulü gerekecektir.

Son şart olan zararın başka yolla tazmin edilmesi açısından inceleme yapmak gerekirse, bu konuda iş sahibinin taahhüdü veya üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusu ise zaten bu yola başvurmanın gerek olmayacağını, inşaatçı ipoteğinin söz konusu olduğu durumda da bu imkânın sadece asli borç olan ücret borcunun tazmini için kullanılmasının mümkün olduğu yönündeki açıklamamızı tekrarlıyoruz [296].

Bu sebeple, söz konusu teorinin alt müteahhit lehine uygulanabileceği kanaatindeyiz[297]. Bu konuda Akkanat'ın, üçüncü kişiyi koruma etkisinden yararlanması için ''*asıl sözleşmenin taraflarının bu yünde bir iradeye sahip olmalarını''* arayan görüşüne[298] katılamıyoruz. Zira zikredilen teori, bugün kabul edilen koruma yükümlülüğünün üçüncü kişiyi kapsamasını tarafların iradesine nazaran objektif bazı şartların gerçekleşmesine bağlamıştır. İş sahibi ve asıl müteahhidin kendi aralarında yan edimlerin spesifik olarak alt müteahhide ifasını kararlaştırdığı durumda kanımızca üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsetmek mümkün olabilecektir.

---

[292] Aynı yönde Chaix, s. 274
[293] Chaix, s. 274.
[294] Yalçınduran, s. 254.
[295] Kanımızca, her ne kadar yetkisiz şekilde alt müteahhit çalıştırılsa da iş sahibinin bu durumu fark ettiği anda koruma yükümlülüğünü öngörebilir durumda olduğunu ve bu duruma karşı aksi bir davranışta bulunmamışsa TMK m. 2 uyarınca ilgili şartın gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir.
[296] Aynı yönde Chaix, s. 274.
[297] Elbette ki her olay bazında söz konusu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekir.
[298] Akkanat, s. 221

Son olarak, bu teorinin yukarıda belirttiğimiz şartlar gerçekleştiğinde uygulanabileceği görüşünün sonucu olarak; iş sahibinin asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği itiraz ve defileri alt müteahhide de ileri sürebileceğini belirtmek gerekmektedir[299].

D) Yapı Alacaklısı İpoteği (İnşaatçı İpoteği)

TMK m. 893/1'in üçüncü bendine göre, ''*bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar''* kanuni ipotek haklarının tescilini isteyebilirler.

Özellikle, alt müteahhit, yapı işlerinde çalışmasıyla iş sahibinin gayrimenkulünde değer artışı meydana getirmiş olacağından ve bu değer artışının karşılığını alamaması ihtimaline karşı kanun koyucu, ona gayrimenkul üzerinde ipotek tescil hakkı bahşetmiştir[300]. Bu hakkın tescili, madde metninden de anlaşılacağı üzere sadece emek veya hem emek hem malzeme sarf edilmesini şart koşar[301]. Ayrıca bu ipotek, aşağıda detayıyla belirteceğimiz şekilde TMK m. 897 uyarınca sıra bakımından önceliklidir[302]. Bunun yanında alt müteahhidin ipotek hakkı, asıl müteahhidin ipotek hakkına bağımlı olmadığından, iş sahibinin asıl müteahhide ücreti ödediği ve fakat alt müteahhidin asıl müteahhitten ücretini alamadığı ihtimalde dahi varlığını sürdürmekte ve bu durum iş sahibi açısından bu çifte ödeme yapma gibi olumsuz durumlarla karşılaşmasına sebep olmaktadır[303].

1. Yapı Alacaklısı Kavramı

Yukarıda madde metninde belirttiğimiz gibi, zanaatkar ve müteahhit, eser sözleşmesi konusu taşınmaz üzerinde emek yahut hem emek hem malzeme sarf

[299] Yalçınduran, s. 255; Akkanat, s. 221
[300] Detaylı bilgi için bkz. Bıçakçı, Levent, "Yapı Alacaklısı İpoteği", İÜHFM, 1979-81, C. 45-47 Yalçınduran, s. 239; Akkanat, s. 222
[301] Akkanat, s. 222
[302] Yalçınduran, s. 239; Oğuzman, Eşya, s. 971 vd.
[303] Yalçınduran, s. 240.

etmişse, yapı alacaklısı olabilir. Bu sebeple, sadece malzeme veren kişi[304], yapı alacaklısı olamaz[305]. İşçilerin yapı alacaklısı olmadığı da, TMK m. 722 – 724 uyarınca mümkün değildir[306]. Mimar ve mühendisler de yapı alacaklısı sayılamaz[307]. Doktrinde[308] *''dolayısıyla yapı alacaklısı''* olarak belirtilen alt müteahhidin ise ister sözleşme uyarınca borcunu ifa ediyor olsun, ister iş sahibinin alt müteahhit kullanımından haberi olmasın, isterse de sözleşmenin tam aksine olarak eseri meydana getirmeye katkısı olsun, ipoteğin tescili istemeye hakkı doğacaktır[309].

2. Yapı Alacağının Tutarı

Kural olarak, alt müteahhidin tescil için talep edebileceği ipotek bedelinin, alt müteahhidin çalışması sebebiyle müteahhidin iş sahibinden olan alacağıyla sınırlı olduğu[310] ve bu sebeple alt müteahhidin, alt müteahhitlik sözleşmesinden doğan alacağının tamamının ipotek konusu yapılabileceği belirtilmektedir[311]. İpotek tesisinde, yapılan harcamaların (emek ve malzeme toplamının) alt müteahhitlik sözleşmesinde belirtilen bedeli aştığı durumlarda dahi, kanımızca harcamaların esas alınması, özellikle hükmün alt müteahhidi koruyucu fonksiyonu dikkate alındığında, gerekmektedir.

3. İnşaatçı İpoteğinin Tescili

a. Genel Olarak

Öncelikle tescilin süresi açısından inceleme yapmak gerekir. Buna göre, TMK m. 895/2 uyarınca, *''tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay*

[304] Eğer malzeme, sadece o inşaat için özel olarak üretilmiş ise, malzeme sahibinin de yapı alacaklısı olabildiği belirtilmektedir. Bkz. Yalçınduran, s. 241; Reisoğlu, Türk Ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, s. 26 vd.
[305] Yalçınduran, s. 241
[306] Sirmen, s. 598 vd.;Akkanat, s. 223
[307] Yalçınduran, s. 241
[308] Sirmen, s. 598 vd.; Akkanat, s. 223
[309] Akkanat, s. 223
[310] Yapı alacağının belirlenmesinde, eser üzerinde değer artışının etkisi olmadığına ilişkin bkz. Kaşak, İnşaatçı İpoteği, s. 136.
[311] Detaylı bilgi için bkz. Yalçınduran, s. 241.

içinde yapılmış olması gerekir''. Burada işin tamamlanmasından neyin kastedildiği önemlidir. Doktrine göre[312], bu süre sözleşmeye göre sona ermesi gereken tarihi olmadığı gibi işin eksiksiz şekilde tamamlanmış olduğu tarihi de işaret etmez. Buna göre, işin tamamlanma tarihinden anlaşılması gereken, işin yapımının fiilen sona ermiş olmasıdır[313]. Fiilen sona ermeden anlaşılması gereken ise *''işin amaca göre faydalanılabilir''* olmasıdır[314]. Bazı işler, eğer amaca göre faydalanmayı engellemiyorsa, bunların yapılmamış olması işin tamamlanmadığı anlamına gelememelidir[315]. Buna ek olarak, birden fazla müteahhidin olduğu (ve konumuz kapsamında alt müteahhidin olduğu) durumlarda, tescil süresinin her biri için kendi işlerini bitirdikleri tarihte başlaması gerektiği yine doktrinde haklı olarak belirtilmektedir[316] [317].

Alacak miktarı ile ilgili olarak da TMK m. 895/3 uyarınca, *''tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şart''* olduğu söylenebilir. Mahkemece yapılacak tespitte de kriter, biraz önce belirttiğimiz gibi, kanımızca alt müteahhidin gerçek harcamaları olmalıdır.

Tescille alakalı olarak belirtilmesi gereken bir husus da şudur: Alt müteahhidin ipoteğinin tescilini engellemek isteyen iş sahibi, TMK m. 895/4 uyarınca, *''yeterli güvence''* göstermek zorundadır. Bu konuda, verilecek güvencenin türünün tamamen iş sahibinin inisiyatifinde olduğu[318] ve ipoteğin tescilinden sonra dahi teminat gösterilse, terkinin istenebileceği belirtilmektedir[319].

b. İnşatçı İpoteğinin Tescilinde Sıra

Yapı alacaklısı ipoteğinin sırası açısından iki aşamalı bir inceleme gerektiğinden, öncelikle yapı alacaklılarının kendi aralarındaki sıralama, sonra da yapı

[312] Akkanat, s. 226; Yalçınduran, s. 244
[313] Oğuzman, Eşya, s. 971 vd.; Yalçınduran, s. 244
[314] Yalçınduran, s. 244
[315] Sirmen, s. 610 vd; Akkanat, s. 226.
[316] Akkanat, s. 226, Yalçınduran, s. 244.
[317] Aynı şekilde, her müteahhit için farklı zamanlarda üç aylık sürenin başlamasını, Akkanat haklı olarak hukuk güvenliği ilkesinin ihlali olarak görmektedir. Bkz. s. 226
[318] Burada teminatın, elbette ki alacakların alınmasına imkân vermesi gerektiği yönünde bkz. Yalçınduran, s. 246.
[319] Akkanat, s. 227

alacaklılarının diğer rehinli alacaklılar karşısındaki önceliğine kısaca değinmek gerekecektir:

TMK m. 896 uyarınca, *''hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkârlar ve yükleniciler, kanunî ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar''.* Buna göre, ipoteğin paraya çevrilmesi durumda yapı alacaklılarının alacakları oranında tazmin edileceği söylenebilir[320]. Bu sayede, yapıyı meydana getirebilmek için zorunlu olarak farklı sırada ifada bulunan alt müteahhitlerin de haklarının eşit derecede korunacağı haklı olarak söylenmektedir[321].

TMK m. 897, *''Satış bedeli zanaatkârlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır. Ancak bu, taşınmaz üzerindeki yüklerin zanaatkârlar ve yüklenicilerin zararına olacağının alacaklılar tarafından bilinebilir olmasına bağlıdır''* hükmü gereğince yapı alacaklısının diğer rehinli alacaklılar[322] karşısında ön sırada olma imkanının sağlanması için objektif ve sübjektif olmak üzere iki kriter koyulduğu belirtilmektedir[323]:

Buna göre objektif kriter, yapı alacaklısının kendisinden önceki sırada bulunan rehinli alacaklıların ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu alacağını elde etmesi sebebiyle kendi alacağının tamamını elde edememiş olması olarak gösterilmektedir[324] [325].

Sübjektif kriter ise, ön sıradaki rehinli alacaklıların arsa üzerinde inşaat yapılabileceğini bilebilecek olmaları olarak kabul edilmiştir[326] [327]. Buna göre, bunu bilebilecek olan ön sıradaki rehinli alacaklıların, alt müteahhitlere yapılacak ödemeyi dikkate alarak davranması gerektiği belirtilmektedir[328].

---

[320] Sirmen, s. 611; Yalçınduran, s. 249

[321] Akkanat, s. 227. Yazar burada, boya işlerinin kaba inşaatın tamamlanmasından sonra gerçekleşeceği örneğini vermektedir.

[322] Akkanat, burada, diğer rehinli alacaklıların, inşaatın yapımının sağlanması için kredi veren kişi veya kuruluşlar olduğu ihtimali üzerinde durmuştur. Bkz. s.227

[323] Yalçınduran, s. 249; Akkanat, s. 228

[324] Yalçınduran, s. 249; Akkanat, s. 228

[325] Elbette bu kriterin, taşınmazın paraya çevrildiği durumda elde edilen değerin arsa bedeli üzerinde olmadığı ihtimalde gerçekleşmediği kabul edilecektir. Bkz. Akkanat, s. 228

[326] Yalçınduran, s. 249; Akkanat, s. 228

[327] Kanımızca, eğer ön sıradaki rehinli alacaklı bir kredi kuruluşuysa, kredi veren kuruluşun, bu krediyi inşa edilecek bir yapı nedeniyle verdiğini bilmediği de söylenememelidir.

[328] Bıçakçı, s. 537; Akkanat, s. 228

Üçüncü Bölüm

ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ, SONA ERMENİN SONUÇLARI VE SONA ERME SONRASINDA ALT MÜTEAHHİT İLE İŞ SAHİBİNİN KARŞILIKLI TALEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Bu bölümde; öncelikle eser sözleşmesinin sona ermesi sebepleri dönme ve imkansızlık başlıkları altında alt başlıklar halinde kısaca incelenecek, her alt başlık altında sona ermenin sonuçları ve tasfiyenin nasıl gerçekleşeceği açıklanacaktır. Sonrasında da tezin ikinci bölümünde sözleşme hüküm ifade ederken uygulanabilirliğini tespit ettiğimiz imkanların sözleşme sona erdiğinde uygulanıp uygulanmayacağı da dönme ve imkansızlık başlıklarının devamında değerlendirilerek alt müteahhit ve iş sahibi arasındaki doğrudan talepler incelenecektir.

Sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, TBK m. 722 – 723 – 724 ve haksız fiil yollarının uygulanabilirliği de tezimizin ikinci bölümünde belirttiğimiz imkanlar ile beraber değerlendirilecektir.

II. İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE SONA ERME VE SONUÇLARI

A) Kusursuz İfa İmkânsızlığı

1. Hasar ve Sözleşme Konusu Eser Üzerinde İmkânsızlık

a. Sona Erme

TBK m. 483/1'e göre, *''Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur''.*

TBK m. 483/2'ye göre ise ''*Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.''*

Söz konusu hüküm, TBK m. 482 ve devamında düzenlenen eser sözleşmesinin sona ermesi kısmında yer alsa da hasarın geçmesiyle alakalı olup[329] sözleşme konusunun yok olması her zaman sözleşmeyi sona erdirmeyecektir[330]. Bununla beraber, sözleşmenin ne zaman sona ereceğini ve sona erdiğinde iş sahibi ve müteahhidin birbirlerine doğrudan taleplerini incelememiz gerekmektedir.

b. Sona Ermenin Sonuçları

TBK m. 483'ün ilk fıkrasında belirtilen şartların[331] gerçekleşmesi durumunda, müteahhit herhangi bir talepte bulunamayacak olup malzeme sahibi[332] de malzemenin bedelini talep edemeyecektir. Söz konusu durumda, işin baştan yapılarak iş sahibine teslimi gerekmektedir.

Bununla beraber doktrinde[333], müteahhidin artık eseri meydana getirmesinin mümkün olmadığı durumda kusursuz ifa imkânsızlığının varlığından söz edilmektedir[334]. Böyle bir durumda, TBK m. 136/1 uyarınca iş sahibi ve müteahhidin borçları sona erecek ve TBK m. 136/2 ile TBK m. 483/1 uyarınca da müteahhit eseri yaptığı kısımla alakalı orantılı ücret alacağını[335] ve malzeme masrafını talep

[329] Gümüş, s. 91; Öz, İnşaat, s. 187
[330] Tandoğan, s. 318; Gümüş, s. 91
[331] Bu şartlar, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere; eserin yok olmasının teslimden önce olması, bu yok olmanın beklenmedik bir olay nedeniyle gerçekleşmesi ve iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmemiş olmasıdır.
[332] Malzeme sahibinin iş sahibi veya müteahhit olması, malzemedeki hasarın talep edilemeyeceği konusunda herhangi bir fark yaratmayacaktır.
[333] Yavuz, s. 542; Tandoğan, s. 318; Öz, İnşaat, s. 187
[334] Yavuz, ferden belirlenmiş bir eserin yok olması durumunda kusursuz ifa imkânsızlığının söz konusu olacağını ve fakat tamamlanması durumunda çeşidi ile belli olacak eser sözleşmelerinde kusursuz imkânsızlıktan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. s. 542. Bize göre, eBK m. 368 ifadesi uyarınca yapılan bu ayrımın TBK m. 483 hükmü döneminde kabulü mümkün değildir. Burada, eserin ferden yahut çeşidi ile belli olacak olup olmaması değil, müteahhidin eseri tekrar meydana getirebilmesinin mümkün olup olmadığı, imkansızlığın tespitindeki kriter olarak kabul edilmelidir.
[335] Öz, İnşaat. S. 188

edemeyecektir[336]. Aynı şekilde, ifa edilmiş ücret alacağı da müteahhit tarafından iş sahibine iade edilecektir[337].

Müteahhidin eseri tekrar meydana getirmesinin mümkün olduğu durumda sözleşmenin kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermediği kabul edilse de işin baştan yapımı müteahhit için dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde bir yük oluşturuyorsa müteahhidin TBK m. 480/2 uyarınca bedel artırımı isteyebileceği[338] yahut TBK m. 482 uyarınca işe devamdan kaçınabileceği[339] belirtilmektedir. Kanımızca, TBK m. 482, sadece iş sahibine sözleşmeden dönme (TBK m. 482/1) ve sözleşmeyi feshetme (TBK m. 482/2) imkânı verdiği için müteahhidin işe devamdan kaçınması, bu maddeye dayanarak mümkün olmamalıdır. Buna rağmen, genel hüküm olması dolayısıyla burada TBK m. 138'in uygulanması kanımızca, mümkün olabilmelidir. Bununla beraber, TBK m. 482'nin uygulanabilirliği kabul edilirse de müteahhit, kendisine ifa edilmiş bulunan ücreti iade edeceği gibi, ifa edilmemiş ücret alacağını da kaybeder[340].

Yukarıda belirttiğimiz TBK m. 483/2 uyarınca, iş sahibinden kaynaklı sebepler olarak ifade edebileceğimiz sebepler[341] eserin yok olmasına yol açmış ise, müteahhit yaptığı işin değerini[342] ve bu değere girmeyen diğer giderlerini[343] isteyebilecektir. Bununla beraber, müteahhidin doğacak olumsuz sonuçları bildirmemesi[344] söz konusu ise artık beklenmedik bir hal sebebiyle değil ve fakat sözleşmeye aykırılıktan dolayı yok olmadan bahsedilmekte ve bu sebeple eser sözleşmesinden doğan bedelin istenemeyeceği gibi malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, bunun da

[336] Tandoğan, s. 317 – 318; Yavuz, s. 542.
[337] Gauch, Nr. 1184 vd; Tandoğan, s. 318
[338] Öz, İnşaat, s. 188
[339] Yavuz, s. 542. Kanımızca, TBK m. 482, sadece iş sahibine sözleşmeden dönme (TBK m. 482/1) ve sözleşmeyi feshetme (TBK m. 482/2) imkânı verdiği için müteahhidin işe devamdan kaçınması, bu maddeye dayanarak mümkün olmamalıdır.
[340] Tandoğan, s. 319
[341] Bu sebepler, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere; iş sahibi tarafından temin edilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olması yahut eserin yok olmasına neden olan iş sahibi talimatlarıdır.
[342] İnşaat sözleşmesi söz konusuysa bedelin yıkılan kısma göre oranının istenebileceği hakkında bkz. Öz, İnşaat, s. 189
[343] Burada da Öz (s. 189), inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda yıkılan kısım için yapılan masrafların ve yıkılan kısmı yeniden yapılması nedeniyle oluşacak maliyet artışının diğer giderler kapsamına girdiğini belirtmektedir.
[344] Kanımızca, bu bir külfet olarak kabul edilmelidir çünkü iş sahibi bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde tazminat borcu altına girmemekte olup kendi ileri sürebileceği tazminat talebinden mahrum kalmaktadır.

tazmininin gerektiği belirtilmektedir[345]. Buna ek olarak, iş sahibinin kusuru[346] söz konusu ise müteahhidin bütün olumlu zararını tazmin edilecektir[347]. Bütün zararlardan kasıt eserin yok olan kısmının[348] tüm bedele oranı (yaptığı işin değeri) ve yok olan kısmın yeniden yapılması için gerekli maliyet artışı (diğer giderler) dışında, müteahhidin itibarının sarsılmasından, gecikmeden ve bu sebeple yeni bir iş alınamamasından dolayı oluşan zararlar ve varsa başkaca zararlardır[349].

TBK m. 483/2 uyarınca iş sahibine isnat edilebilen sebeplerle eserin yok olması ihtimalinde imkânsızlık nedeniyle eser sözleşmesinin sona erip ermediği de tartışılabilir olmasına rağmen kanımızca müteahhidin (özellikle iş sahibi kusurlu olduğunda) her türlü zararının karşılanacak olması, onu eseri meydana getiremeyecek pozisyondan çıkaracağından, biz burada imkânsızlığın bulunmadığını kabul ediyoruz[350].

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Hasarın gerçekleşmesi sonucunda eğer ki eserin tekrar yapılabilme ihtimali müteahhidin bunu gerçekleştirebilecek gücü olmaması nedeniyle ortadan kalkıyorsa bir sübjektif kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusudur. Sübjektif imkânsızlık söz konusu olduğunda ise alt müteahhidin borcunu ifa edip edemeyeceğine bakılarak alt müteahhitlik sözleşmesinin akıbeti belirlenir:

Eğer ki alt müteahhit bir resme çerçeve hazırlanması (resme çerçeveyi kendi atölyesinde resim olmadan ölçülerle de hazırlaması mümkün olduğundan) gibi kendi faaliyet alanında eseri meydana getirip asıl müteahhide teslim edecekse artık eseri meydana getirememekten ve dolayısıyla alt müteahhitlik sözleşmesinin sona ermesinden söz edilemez. Söz konusu durumda asıl müteahhit ifayı kabulle

[345] Tandoğan, s. 324.
[346] İş sahibinin ayıplı malzeme vermesi, gösterdiği arazinin ayıplı olması veya verdiği talimatın eserin yok olmasına sebep olması, onun kusurlu olduğu anlamına gelmez. Özellikle, müteahhidin doğacak sonuçlar hakkında iş sahibini uyarması ve iş sahibinin buna rağmen talimatlarında ısrar etmesi yahut malzeme veya arsanın ayıplı olduğundan haberdar olması, onun kusurlu olduğunu göstermektedir. Bkz. Tandoğan, s. 324.
[347] Öz, İnşaat, s. 190
[348] Elbette ki eserim tamamı yok olmuşsa tazmin edilecek zarar, müsbet zarar olacaktır. Bkz. Tandoğan, s. 325
[349] Yavuz, s. 543; Öz, İnşaat, s. 190; Tandoğan, s. 325.
[350] Aynı yönde Gauch, Nr. 830.

yükümlüdür ki aksi halde alacaklı temerrüdüne düşer. Burada asıl müteahhit, TBK m. 484'ü kullanarak işine yaramayacak eserin tamamlanmasını beklemeden sözleşmeyi feshederek alt müteahhide ödeyeceği tazminatı düşürebilir[351].

Eğer ki alt müteahhit, bir yapıya sıva yapılması, bir yapının boyanması, bir binaya asansör takılması gibi bir işle iştigal ederek iş sahibinin faaliyet alanında iş sahibinin eserini meydana getirecekse artık onun için objektif imkansızlık söz konusu olmaktadır ve alt müteahhitlik sözleşmesi sona erer. Söz konusu durumda, iş sahibi ile asıl müteahhidin faaliyet alanı kesişeceğinden ve asıl müteahhit alt müteahhide göre iş sahibi olacağından kanımızca alt müteahhidin yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen diğer giderleri TBK m. 485/1 uyarınca kusursuz olan asıl müteahhit tarafından tazmin edilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi kanımızca, iş sahibi tarafından asıl müteahhide verilen malzeme nedeniyle yahut iş sahibinin talimatlarına uygun olarak eserin yapılması yüzünden yok olma söz konusu olduğunda asıl müteahhidin zararları karşılanacağından sübjektif imkânsızlık sebebiyle sözleşme sona ermeyecektir. Objektif imkânsızlık nedeniyle sözleşme sona ererse de alt müteahhitlik sözleşmesinin akıbeti ve tasfiyesi aşağıda inceleyeceğimiz TBK m. 485 hükmüne paralel olacağından tekrardan kaçınmak amacıyla burada inceleme yapmıyoruz.

2. İş Sahibinin Faaliyet Alanında Doğan İfa İmkânsızlığı

a. Sona Erme

TBK m. 485 uyarınca, ''*Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir''. ''İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır*''.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hükmün uygulama alanını belirleyebilmek ve bunu TBK m. 483'ten ayırt edebilmek için iki kriter ortaya konabilir:

[351] Akkanat, s. 249 vd.

Bunlardan birincisi, TBK m. 483'ün eserin kısmen veya tamamen yok olması ihtimallerinde uygulama imkânı bulabileceğidir[352]. TBK m. 485 ise, eser kısmen veya tamamen yok olduğunda değil fakat eserin tamamlanmasının imkânı bulunamadığında uygulama alanı bulacaktır[353].

Bir diğer kriter ise, TBK m. 483'ün her türlü beklenmedik olay meydana geldiğinde (TBK m. 483/1) yahut iş sahibine isnat edilebilecek sınırlı sayıda sebep[354] meydana geldiğinde (TBK m. 483/2) uygulanabilecek olmasıdır. TBK m. 485 ise yalnızca iş sahibinin faaliyet (riziko) alanında gerçekleşen beklenmedik olaylar meydana geldiğinde uygulanabilecektir[355]. Burada da, iş sahibinin faaliyet alanında beklenmedik bir olay meydana gelirse, her iki hükmün uygulama alanı kesişecektir. Bu durum yalnızca iş sahibinin arazisinde inşaat yapımında mümkün olabilir.

Söz konusu kapsam farklılıklarından anlaşılacağı üzere, TBK m. 483 bünyesinde gerçekleşecek ihtimallerin çoğundan farklı olmak üzere TBK m. 485 hükmü sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği hallerde uygulanma imkânı bulacaktır[356]. Doktrinde[357] bu hallere uygun olarak; iş sahibinin, üzerinde gayrimenkul inşa edilen arazisinin kamulaştırılması, deprem sonucunda üzerinde gayrimenkul inşa edilen arazinin parçalanması, iş sahibinin verdiği talimatlar nedeniyle işin tamamlanmasının imkânsızlaşması ve benzer örnekler verilmektedir.

b. Sona Ermenin Sonuçları

TBK m. 485/1 hükmü uyarınca eserin meydana getirilmesi imkânsız hale geldiğinde, tıpkı TBK m. 483/2 hükmündeki gibi, yapılan işin yapılması gereken işe oranlandığında ortaya çıkan değerin ve bu değere girmeyen giderlerin istenebileceği belirtilmekte olup bu sonuncusunun kapsamının ne olacağı belirsiz olduğu ve bu değere girmeyen giderlerin bedelle toplamının kazanç kaybına ulaşamayacağı kabul

[352] Bkz. bir önceki paragraf
[353] Gauch, Nr. 824; Tandoğan, s. 326.
[354] Belirttiğimiz sebepler için bkz. bir üst başlık
[355] Gauch, Nr. 824; Tandoğan, s. 326.
[356] Sözleşmenin kendiliğinden sona ermediğine yönelik fikirler ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Tandoğan, s. 329 vd.
[357] Başkaca örnekler için bkz. Gauch, Nr. 505; Tandoğan, s. 327; Zevkliler/Gökyayla, s. 563; Buz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, İlhan Öztürk'e Armağan, Ankara, 1994, s. 27

edilmektedir[358] [359]. Elbette ki bu ihtimal, yapılan kısmın iş sahibinin işine yaramasında mümkün olacaktır. Yapılan kısım iş sahibinin işine yaramıyorsa sadece yapılan kısmın maliyeti talep edilebilecektir.

Aynı şekilde iş sahibinin kusuru bulunduğunda ise müteahhit meydana getirdiği kısmın bedeli ile yoksun kaldığı kârı yapılan kısım işe yarasın veya yaramasın talep edebilecektir[360].

c. Sona ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinin ifası iş sahibinin faaliyet alanında doğan beklenmedik bir sebep ile sona eriyor ise eser sözleşmesi doğrudan son bulacaktır. Burada, alt müteahhitlik sözleşmesinin akıbetini belirlemek gerekir:

Tıpkı yukarıda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi alt müteahhit, eser sözleşmesinin gereği olarak asıl müteahhidin faaliyet alanında eseri meydana getirmek zorunda değilse, bağımsız bir varlık halini alacak olan eserin kısmını asıl müteahhide ifa edebilir durumdadır ve sözleşme hüküm ifade etmeye devam eder. Asıl müteahhit ancak keyfi şekilde TBK m. 484'e göre fesih hakkını kullanarak alt müteahhide ödeyeceği tazminat miktarını düşük tutmaya çalışabilir[361]. Ayrıca, asıl müteahhidin uyarlama veya saik hatasına başvurabilme imkanının bulunup bulunmadığı da kanımızca tartışılabilir. Temel hatasına sözleşmenin kurulduğu andaki bir tasavvur hatası bulunmadığından kanımızca bu ihtimal mümkün değildir. Buna karşılık, TBK m. 138'in imkanları oluştuğu ölçüde uyarlama kurumuna başvurulmasında kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Bu hususu aşağıdaki açıklamalarımızda tekrardan kaçınmak amacıyla belirtmeyeceğiz.

[358] Aksi takdirde bu toplam TBK m. 485/2 hükmünde belirtildiği şekilde iş sahibinin kusurlu olduğu durumda ödemesi gereken tazminat değerine eşdeğer olacaktır ki bu da maddenin ilk fıkrasını fonksiyonsuz kılar. Öz, İnşaat, s. 186.
[359] Aynı şekilde Öz (s. 186, dn. 77), yapılan kısmın bedelinin istendiği durumda zaten bunun yapım masraflarını da karşılayacağını ve bu sebeple müteahhidin haksız bir kazanç elde etmiş olacağını haklı olarak savunmaktadır.
[360] Tandoğan, s. 330; Aral/Ayrancı, s. Zevkliler/Gökyayla s. S. 571
[361] Akkanat, s. 257

Alt müteahhit eğer ki asıl müteahhidin faaliyet alanında ifada bulunuyorsa, üçlü ilişki içerisinde taleplerin ne şekilde gerçekleşeceğiyle ilgili Tandoğan'ın şu görüşlerine[362] [363] yer vermek gerekir:

Tandoğan'a göre, iş sahibine isnat edilebilen bir nedenle (iş sahibinin faaliyet alanında) asıl müteahhidin borcu imkânsızlaşırsa, alt müteahhidin borcunun da imkânsızlaştığı kabul edilmelidir. Gerçekten bizce de, örnek olarak arazi üzerinde inşaat yapıldığı ve arazinin deprem nedeniyle inşaat yapılmaya elverişsiz hale geldiği ihtimalde, alt müteahhit de eserin ilgili kısmını iş sahibinin arazisinde ifa etmekteyse artık onun için de borcun imkansızlaştığından söz edilmesi mümkün olacaktır[364]. Böyle bir ihtimalde, asıl müteahhidin TBK m. 136/2 uyarınca borcunun kendisine isnat edilemeyen bir sebeple imkânsızlaşmasına dayanarak alt müteahhidin zararını tazmin etmekten kaçınması yazara göre hakkaniyete uygun olmaması nedeniyle mümkün olmamalı ve iş sahibine karşı alt müteahhidin zararını ileri sürebilmelidir[365].

Bize göre, zaten asıl müteahhidin TBK m. 485 uyarınca iş sahibinden taleplerinin içinde alt müteahhide ödemek zorunda olduğu ücret bulunacağından sorun daha çok alt müteahhidin talebinin hukuki dayanağıdır.

Burada, asıl müteahhidin iş sahibinin faaliyet alanı içerisinde eseri meydana getirmesi söz konusuysa, asıl müteahhidin alt müteahhide göre iş sahibi olması nedeniyle ve iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapılması ihtimalinde faaliyet alanları kesişeceğinden alt müteahhidin zararının TBK m. 485 uyarınca asıl müteahhitçe tazmin edilmesi gerektiği kanısındayız.

3. Müteahhidin Eseri Tamamlama Yeteneğinin Kaybı Dolayısıyla İmkânsızlık

a. Sona Erme

TBK m. 486 uyarınca*, ''yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama*

[362] Tandoğan, s. 332.
[363] Akkanat da s. 258'de Tandoğan ile tamamen aynı yöndedir.
[364] Burada, kanımızca alt müteahhit borcunun ifasını iş sahibinin arazisinde ifa etmiyor ise alt müteahhitlik sözleşmesi sona ermeyecek ve asıl müteahhit ifayı kabul etmek zorunda kalacaktır.
[365] Aynı yönde Gauch, Nr. 744.

yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür''.

Bu hükümde TBK m. 136'dan farklı olarak borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple ifanın imkânsızlaşması değil, eser sözleşmesinde ifanın gerçekleştirilebilmesi için müteahhidin sahip olduğu ''eseri tamamlama yeteneğinin'' kusuru olmaksızın kaybolması nedeniyle ifanın imkânsızlaşması düzenlenmektedir.

Söz konusu hükmün uygulanabilirliği için gerekli olan şartlar şu şekilde ifade edilebilir:

Öncelikle, müteahhidin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak eser sözleşmesinin akdedilmiş olması gerekmektedir[366]. Burada önemli olan sözleşmede müteahhidin kişisel özelliklerinin önemsendiğinin açıkça zikredilmesi değil ve fakat bunun objektif olarak anlaşılabiliyor olmasıdır[367]. Konumuzla alakalı olarak belirtmeliyiz ki, kanımızca, alt müteahhit kullanımı söz konusu ise ve alt müteahhit borcu ifa edebilecek kişisel yeteneğini kaybettiğinde onun yerini alabilecek başka bir alt müteahhit bulunamıyorsa, burada da bahsettiğimiz şartın gerçekleştiği kabul edilmeli ve ifa imkansızlığı nedeniyle sözleşme sona ermelidir[368].

TBK m. 486'nın uygulanabilmesi için diğer şart, biraz önce de belirttiğimiz gibi müteahhidin eseri meydana getirme yeteneğinin kendi kusuru olmadan ortadan kalkmasıdır. Bu durumun, işi şahsen yapma borcu altında bulunan müteahhidin akıl hastalığı nedeniyle artık borcu ifa edemeyecek olmasında olduğu[369] veya arazide tarihi eser çıkması nedeniyle inşaatın yasaklanması gibi objektif sebeplere dayanabileceği gibi müteahhidin ekonomik sebeplerle[370] eseri meydana getirememesi gibi sübjektif sebeplere de dayanabildiği belirtilmektedir[371]. Biz, müteahhide isnat edilemeyecek bir objektif imkânsızlık sebebinin (arsada inşaatın tarihi eser nedeniyle kesinlikle

[366] Aral/Ayrancı s. 386; Yavuz, s. 544
[367] Tandoğan, s. 333.
[368] Özellikle bu görüşümüz, şirket ortaklarından birinin eseri meydana getirecek yeteneğini kaybetmesi dolayısıyla TBK m. 486'nın uygulanması gerektiği yönündeki Tandoğan'ın (s. 333) görüşüyle de paralellik göstermektedir. Gauch (Nr. 532) ve Öz de (İnşaat, s. 226) şirket ortağının şahsı göz önünde bulundurularak eser sözleşmesinin akdedildiği durumda imkânsızlığın söz konusu olduğunu belirtmektedirler.
[369] Tandoğan, s. 334
[370] Elbette ki burada müteahhidin iflası örnek verilebilmesine rağmen iflas masasının sözleşmeye devam etmesine yönelik kararı, imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesine engel olacaktır. Bkz. Öz, İnşaat, s. 229
[371] Öz, İnşaat, s. 226. Yazar burada, işin yapımını engelleyen sübjektif sebeplerin çoğunda imkânsızlığın kusursuz olarak gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

yasaklanmasında olduğu gibi), TBK m. 486 kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Burada özellikle, iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay söz konusu olduğundan sözleşmenin TBK m. 485 uyarınca sonlandığını kabul etmek daha uygundur.

b. Sona Ermenin Sonuçları

Söz konusu hükmün uygulanması sonucu tarafların birbirlerinden talepleri[372], TBK m. 136 uyarınca tarafların birbirlerine taleplerinden şu açılardan farklı olacaktır:

Öncelikle, TBK m. 136/2 geçmişe yönelik bir sona erme hali düzenlemekte olup taraflar sözleşmenin ifası kapsamında aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca birbirlerine iade edeceklerdir[373]. TBK m. 486 uyarınca eser sözleşmesi sona erdiğinde ise, müteahhit tarafından o zamana kadar yapılmış bulunan eserin kısmı eğer iş sahibi tarafından yararlanılmaya müsait[374] ise burada geçmişe yönelik tasfiye gerçekleşmeyecektir[375]. Söz konusu durumda iş sahibi bu kısmı kabulle yükümlü olacak[376] ve yararlanılmaya müsait kısmın bedeli, eserin tamamının bedeline oranlanarak iş sahibi tarafından müteahhide ödenecektir[377] [378]. Bununla beraber, söz konusu oran hesabının yapılması mümkün değilse, iş sahibi tarafından ödenecek bedelin yapılan işin değer ve masrafına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir[379].

Burada ayrıca eklemek gerekir ki, eğer müteahhit tarafından yapılan kısım iş sahibi tarafından yararlanılmaya müsait değil ise kanımızca artık TBK m. 486 kapsamından çıkıldığından, genel hüküm olan TBK m. 136/2 uyarınca tasfiye gerçekleştirilmelidir. Buna göre, iş sahibi müteahhide bir ödeme yapmışsa bu bedel sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iş sahibine geri verilecektir. Aynı şekilde, yararlanılmaya müsait olmayan ve iş sahibinin hâkimiyet alanında bulunan eserin

[372] Elbette ki burada ileriye yönelik bir tasfiye söz konusudur. Eren, Özel Hükümler, s. 692
[373] Öz, İnşaat, s. 227.
[374] Eserin yararlanılmaya müsait olmasından anlaşılması gerekenin yalnızca amacına uygun şekilde kullanılabilir olması değil, aynı zamanda ifa edilmeyen kısmın tamamlanmasının da mümkün olması olduğu yönünde: Tandoğan, s. 336.
[375] Buz, s. 36 vd; Gauch, 754; Tercier/Favre/Carron Nr. 4850
[376] Tandoğan, s. 336
[377] Gauch, Nr.
[378] Öz (İnşaat, s. 228) buna örnek olarak on katlı bir apartmanın inşaatı söz konusuysa ve müteahhit altı katını tamamlamışsa 6/10 oranında ödeme yapılmasını vermektedir.
[379] Tandoğan, s. 336

yapılmış kısmı ise, eğer bunun malzemesi müteahhit tarafından sağlanmışsa, müteahhide geri verilecektir. Elbette ki, malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa bu tür bir geri verme yükümlülüğü doğmayacaktır.

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Söz konusu durumda, eser sözleşmesi sübjektif kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona erdiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesinin eğer ki alt müteahhidin faaliyetleri asıl müteahhidin ve dolayısıyla iş sahibinin faaliyet alanında gerçekleşecekse objektif imkânsızlık nedeniyle sona erdiğini ve TBK m. 136 hükmüne göre tasfiyenin gerçekleşeceğini tekrardan belirtiyoruz. Eğer ki iş sahibi, eserin yapılan kısmından faydalanabilecekse artık alt müteahhitlik sözleşmesi için de sona ermenin ileriye yönelik olması ve asıl müteahhidin alt müteahhide yaptığı kısmın bedelini ödemesi gerektiği kanısındayız.

Alt müteahhidin kendi faaliyet alanında eseri meydana getirmesi söz konusu ise alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade edecek ve asıl müteahhit alt müteahhidin ifasını (TBK m. 484 ile sözleşmeyi sona erdirmemişse) kabulle yükümlü olacaktır.

Müteahhidin eseri meydana getirme yeteneğinin kaybolması, alt müteahhitten de kaynaklı olabilir. Öyle ki, alt müteahhit piyasada yalnızca kendisinin meydana getirebileceği bir eser sayesinde asıl müteahhidin iş sahibine ifada bulunmasını sağlıyor ise artık eser sözleşmesinin de imkansızlaşmasından söz edilebilir. Söz konusu durumda, alt müteahhitlik sözleşmesi zaten TBK m. 486 uyarınca tasfiye olunacaktır.

Alt müteahhidin ölümü sonrasında eserin yapılma ihtimali söz konusu değilse (alt müteahhidin yerine başka bir alt müteahhit bulunarak eser sözleşmesinin ifası söz konusu olmayacaksa) TBK m. 486 hükmü ile alt müteahhit yerine mirasçıları (tasfiye amacıyla) geçecek ve tasfiye yine TBK m. 486'ya göre gerçekleşecektir[380]. Bu durumda da elbette ki eser sözleşmesi TBK m. 486 hükümlerince tasfiye olunacaktır.

Alt müteahhidin iflası sebebiyle eser sözleşmesinin ifasının imkânsızlaşması söz konusuysa (alt müteahhit dışında eserin başka bir alt müteahhit yardımıyla

[380] Müteahhidin ölümü nedeniyle eser sözleşmesinin tasfiyesi için bkz. bir sonraki başlık

meydana getirilmesi imkanı yoksa) da burada TBK m. 486 uyarınca alt müteahhitlik ve eser sözleşmeleri tasfiye olunacaktır.

Aslında alt müteahhidin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi sonucu asıl müteahhidin eseri meydana getirme yeteneğinin kaybetmesi ihtimallerinde; asıl müteahhitlik sözleşmesinin alt müteahhitlik sözleşmesine etkisi değil, alt müteahhitlik sözleşmesinin sona ermesinin asıl müteahhitlik sözleşmesine etkisinden bahsedilmesi mümkün olduğundan konu hakkında daha fazla açıklama yapmayacağız. Zira şu ana kadar yaptığımız açıklamalar da tasfiyenin alt müteahhit açısından nasıl yapılacağını ortaya koymak içindi.

4. Müteahhidin Ölümü ve Sona Ermenin Sonuçları

a. Kural ve Sonuçları

Müteahhidin ölümü sözleşmenin sona ermesine bu başlık altında kısaca[381] değinilecektir.

Öncelikle, ölüm sadece gerçek kişiler için mümkün olabileceğinden[382] [383] (ve dolayısıyla tüzel kişiler için mümkün olamayacağından), sadece tek bir müteahhit tarafından ifa edilen eser sözleşmesinde yahut müteahhit sıfatını taşıyan adi ortaklık bünyesindeki ortaklardan birinin ölümü üzerine sözleşme sona erecektir.

Buna rağmen, tek bir kişi tarafından ifa edilen eser sözleşmesinde eğer müteahhidin kişisel nitelikleri önemli kabul edilmeyecekse (örnek olarak yardımcı kişilere yahut alt müteahhitlere yaptırılabilmesinin mümkün olduğu durumda[384]) mirasçıların sözleşme ilişkisine devam edebileceğinin ve sözleşmenin sona ermeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[385].

[381] Burada ana kural ve tasfiye ilişkisi beraberce incelenecektir.
[382] Öz, İnşaat, s. 231
[383] Tüzel kişiler açısından da iflasın sözleşmeyi sona erdirmeyebileceği ile ilgili bkz. bir sonraki başlık.
[384] Böyle bir durumda mirasçılar, hem eser sözleşmesinin hem de alt müteahhitlik sözleşmesinin tarafı olacaklardır.
[385] Tandoğan, s. 333

Aynı şekilde, adi ortaklıktaki ölmüş olan ortağın kişisel nitelikleri göz önüne alınmamışsa burada ifanın imkânsızlaşmadığını kabul etmek mümkün olmalıdır[386].

Burada, müteahhidin işi yapamayacak derecede sakatlanması yahut ölümünün de kusurdan kaynaklanmaması gerektiğine yönelik fikirlerin[387] varlığını belirtmek gerekmesine rağmen, biz bu görüşe, Gauch'un haklı olarak belirttiği gibi[388] ifayı gerçekleştirmemek adına müteahhidin kendini öldürmesi veya sakatlaması dışında kusurlu sayılamayacağı gerekçesiyle katılmıyoruz.

Son olarak, ölüm sebebiyle imkânsızlık söz konusu olduğunda tasfiye ilişkisi açısından müteahhit yerine mirasçılarının külli halef sıfatıyla TBK m. 486 kapsamında tasfiyenin gerçekleştirileceği söylenebilmelidir[389].

b. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinin müteahhidin ölümüyle sona ermesini düzenleyen ilgili hükme rağmen iş sahibinin ölümünün sonuçlarının ne olacağı özel olarak düzenlenmemiştir. Özellikle, asıl müteahhidin alt müteahhide göre iş sahibi olduğu dikkate alındığında burada ölümün alt müteahhitlik sözleşmesini sona erdirmediği ve iş sahibinin (burada asıl müteahhidin) mirasçılarının sözleşme ilişkisine devam edeceği ve asıl müteahhidin hak ve borçlarına halef olacağının kabulü gerekir[390]. Elbette ki, yine alt müteahhidin iş sahibinin faaliyet alanında borcunu ifa etme zorunluluğu söz konusuysa objektif imkânsızlığın varlığı kabul edilmelidir ki burada da TBK m. 136 hükmüyle alt müteahhit edimlerini geri alabilecektir. Zira, asıl müteahhidin (alt müteahhit için iş sahibinin) ölümü nedeniyle sözleşme sona ermişse, artık iş sahibinin faaliyet alanında alt müteahhidin borcunu ifa etmesi mümkün olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki burada TBK m. 485 uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesinin tasfiyesi de akla gelebilmesine rağmen ölümün iş sahibinin ''faaliyet

[386] Barlas, s. ;Öz, İnşaat, s. 232
[387] Söz konusu fikirlerin incelenmesi için bkz. Tandoğan, s 334
[388] Gauch, Nr. 537.
[389] Öz, İnşaat, s. 232 – 233.
[390] İş sahibinin ölümü üzerine mirasçıların halef olacağına ilişkin bkz. Öz, İnşaat, s. 231.

alanında'' bir imkânsızlık olarak kabul edilmesinin zor olması, kanımızca bu ihtimali ortadan kaldırmaktadır.

Eser sözleşmesinin sona ermesine rağmen alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade etmesi sonucunda (alt müteahhit kendi faaliyet alanında eseri meydana getirip asıl müteahhide teslim edecekse) artık ifanın asıl müteahhidin mirasçıları için bir anlamı kalmamasından dolayı ancak TBK m. 484 uyarınca zararın artmaması amacıyla keyfi fesih hakkı kullanılarak sözleşme sona erdirilebilir[391]. Edimin kullanım amacına ilişkin risklerin alacaklıya ait olması nedeniyle[392] kanımızca başka bir sebebe dayanılması da mümkün değildir.

5. Müteahhidin ve İş Sahibinin İflası ve Sona Ermenin Sonuçları

a. Kural ve Sonuçları

Bu başlık altında iflasa yönelik detaylı açıklamalara girilmeyecek olup yalnızca hangi durumda sözleşmenin sona erdiğinin kabul edildiği ve buna göre tasfiyenin nasıl olacağı kısaca açıklanacaktır.

Müteahhidin iflas etmesi ve iflas masasının eser sözleşmesiyle bağlı kalmak istemesi halinde sözleşmenin sona ermeyeceği, aksi takdirde ise sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ereceğini belirtmiştik. İflas masasının eser sözleşmesine bağlı kalmak istememesi halinde burada da eseri tamamlama yeteneğinin kaybına benzer bir halin söz konusu olduğu gerekçesiyle TBK m. 486 uyarınca[393] tasfiyenin gerçekleşmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, müteahhit kusurlu şekilde iflas etmişse bile, iş sahibi, müteahhit tarafından yapılan eserin değerini ve müteahhidin giderlerini iflas masasına ödeyecektir[394].

İflas masasının sözleşmeyle bağlı kalmak istemesi durumunda ise (ki bu durum sadece müteahhidin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği durumda mümkün olabilir[395]) TBK m. 98 hükmü devreye girecektir ve iş sahibi *''karşı edimin ifası*

[391] Benzer sona erme durumlar için aynı yönde Akkanat, s. 246 vd.
[392] Akkanat, s. 246 vd.
[393] Aynı yönde bkz. Tandoğan, s. 341
[394] Tandoğan, s. 341
[395] Aksi takdirde, yine imkânsızlık olduğunun kabulü ve TBK m. 486 uyarınca tasfiyenin gerçekleştirilmesi, kanımızca, gerekir.

güvence altına alınıncaya kadar'' kendi ediminin ifasından kaçınabilecek ve kendisine *''uygun bir sürede istediği güvence verilmezse''* sözleşmeden dönebilecektir[396]. İş sahibine bu tür bir güvence verilmemesi durumunda sözleşmeden dönüldüğünde tasfiye TBK m. 125 uyarınca gerçekleşecek ve bu durumda da iş sahibi iflas masasına eserin tamamlanmış kısmı için eğer eserden faydalanabilirse eserin objektif bedeli miktarınca[397] ödemede bulunacaktır.

İş sahibinin iflası hakkında ise; iflas masasının sözleşmeyle bağlı kalmak istemesi yönünde irade beyanı yoksa kural olarak sözleşmeden dönüldüğü ifade edilmektedir[398]. Söz konusu durumda TBK m. 485 uyarınca müteahhit, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini iflas masasına yazdırabilecektir[399]. İflasın meydana gelmesinde iş sahibi kusurlu ise müteahhit ayrıca tazminat talep edebilecektir.

Müteahhidin iflasındaki duruma paralel olarak iflas masası eser sözleşmesiyle bağlı kalmak ister ise müteahhit TBK m. 98 uyarınca alacağının garanti altına alınmaması durumunda[400] sözleşmeden dönebilir ve o zamana kadar kendisine ödenmiş bedel alacağı indirilerek geri kalan kısmı iflas masasına yazdırabilir[401]. Elbette ki müteahhit kanuni ipotek hakkını tescil ettirilmiş ise bu yolla elde edeceği değer de müteahhidin alacağından düşülecektir[402].

b. Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Açısından İflasın Sonuçları

Gerek iş sahibinin iflasında, gerekse asıl müteahhidin iflasında sözleşmenin sona ermesi için iflas masasının eser sözleşmesiyle bağlı kalmayı istememesi gerekmektedir. İflas masasının sözleşmeye devam etmek istemesi durumunda ise tarafların sözleşme ilişkisine devam etmemeye yönelik şartlar oluştuğunda sözleşmeden dönebilmeleri alt müteahhitlik sözleşmesi üzerinde yine TBK m. 125'e

[396] Gauch, Nr. 521; Tandoğan, s. 342
[397] Kurt, s. 309.
[398] Bkz. Tandoğan, s. 339. Yazar, eser sözleşmesinden dönüldüğü İİK m. 198'den çıkarılmakta olduğunu belirtmektedir.
[399] Tandoğan, s. 340
[400] Müteahhit, kanuni ipotek hakkını tescil ettirmişse bile alacağını yeterli görmüyorsa ayrıca teminat isteyebilir. Bkz. Tandoğan, s. 340.
[401] Tandoğan, s. 339.
[402] Tandoğan, s. 340.

göre dönme hükmü ile aynı sonucu ortaya çıkaracağından tekrardan kaçınmak amacıyla aşağıda inceleyeceğimizi belirtiyoruz.

İş sahibinin iflas etmesi ve iflas masasının eser sözleşmesine devam etmemesi durumunda, yine, daha yukarıda da belirttiğimiz gibi, alt müteahhitlik sözleşmesi, alt müteahhidin kendi faaliyet alanında eseri meydana getirmesi ve teslimi söz konusuysa hüküm ifade etmeye devam edecek ve asıl müteahhit (iş sahibi pozisyonunda olarak) ancak TBK m. 484 uyarınca sözleşmeyi sonlandırabilecektir.

Ancak, eser sözleşmesinin konusu iş sahibinin arsasındaki bir inşaat ise ve alt müteahhit faaliyetlerini iş sahibinin arazisinde sürdürmek zorunda ise artık iflas masasının kararı uyarınca bunu gerçekleştiremeyeceğinden objektif imkansızlık olduğunun kabulü yine TBK m. 136'nın uygulanması ve tasfiyenin gerçekleşmesi kanımızca uygundur.

İş sahibinin kusurlu yahut kusursuz iflas etmesi de alt müteahhidin elde edebileceği tazminat açısından herhangi bir fark yaratmayacaktır.

Asıl müteahhidin iflası ve iflas masasının eser sözleşmesine devam etmek istememesi halinde mantıken alt müteahhitlik sözleşmesine de devam etme kararı vermesi mümkün değildir. Aksi durum, eser sözleşmesinin sona erdirilme amacına uygun olmazdı. Bu sebeple, asıl müteahhit alt müteahhide göre iş sahibi pozisyonunda olduğundan iş sahibinin iflası hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Buna göre, bir üst başlıkta belirttiğimize uygun olarak, alt müteahhit ister iş sahibinin isterse alt müteahhidin faaliyet alanında ifada bulunmak zorunda olsun, alt müteahhitlik sözleşmesi sona erecek ve alt müteahhit zararını TBK m. 485 hükmüne göre yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen değerlerini iflas masasına yazdırarak tazmin etmeye çalışacaktır. Asıl müteahhit iflas etmekte kusurlu ise, ayrıca tazminat da talep edebilecektir.

B) Kusurlu İmkânsızlık

a. Kural

Her ne kadar bir sona erme sebebi olmasa da kusurlu imkânsızlık konusuna burada kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

TBK m. 112 uyarınca *''borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür''.*

Buna göre eser meydana getirme borcu, müteahhidin kusurlu davranışı nedeniyle sübjektif veya objektif imkânsız hale gelirse, iş sahibinin müsbet zararının karşılanması gerekir. Bu zarar kapsamına; işi başkasına yaptırma masrafları, işin geç tamamlanması yüzünden ortaya çıkan masraf artışları ve iş sahibinin kaybettiği kazançların girdiği ifade edilmekte olup müsbet zarardan ise iş sahibinin müteahhide vermekten kurtulduğu bedel düşülecektir[403].

İş sahibi tarafından ise müteahhide yaptığı kısımla alakalı bir bedel ödenmeyecek olup yapılan kısım bir işe yarıyorsa bu bedel de iş sahibinin talep edebileceği müsbet zarardan (müsbet zararın işi başkasına yaptırma masrafı kaleminden) indirilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, doktrinde müteahhidin eseri meydana getirmeyeceğini zımnen veya açıkça beyan etmesi durumunda da kusurlu ifa imkânsızlığının var olabileceği ileri sürülmekte olup böyle bir durumda vade tarihinin beklenmeden müsbet zararın talep edilebileceği belirtilmektedir[404]. Biz de borcun ifa edilmeyeceğine yönelik bir beyanda bulunulduğunda vade tarihi beklense bile yapma borcunda aynen ifaya zorlamanın mümkün olmamasından ve dolayısıyla vadenin beklenmesinin iş sahibi açısından anlamsız olmasından dolayı eseri meydana getirme borcunun imkânsızlaştığı kanaatindeyiz[405]. Bu sebeple müsbet zarar bizce de müteahhidin ifa etmeyeceğine yönelik beyanının akabinde talep edilebilmelidir.

Kusurlu ifa imkânsızlığının varlığında müsbet zararı tazmin borcunun asıl borcun şekil değiştirmiş hali[406] mi olduğu yoksa asıl borcun sona ermesiyle ayrı bir borç olarak mı doğduğu[407] konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Birinci fikrin kabulü halinde müsbet zararı talep etmek için vade tarihine kadar beklemek gerekecek; ikincisinin kabulü halinde ise müsbet zararı tazmin borcunun muaccel olması nedeniyle derhal talep etmek mümkün olacaktır. Kanımızca, bir üst paragraftaki gerekçelere paralel olarak pratik çözüm benimsenmeli ve alacaklının her

[403] Öz, İnşaat, s. 230.
[404] Oğuzman, s. 306
[405] Aksi yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 907; Feyzioğlu, C. 2 s. 175.
[406] Detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, s. 311 vd.
[407] Borcun şekil değiştirmiş hali fikrinin kabulünün TBK sistematiğiyle uyumlu olmayacağına yönelik görüş için bkz. Feyzioğlu, C. 2 s. 189 vd.

halükarda tazmin talebinde bulunabileceği müsbet zararı geç talep etmesinde bir yararı olmadığı dikkate alınarak burada yeni bir borcun doğduğu kabul edilmelidir.

b. Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Açısından Kusurlu İmkânsızlığın Sonuçları

Kusurlu imkânsızlık, belirttiğimiz gibi sözleşmeyi sona erdirmez ve fakat bu halde artık asıl müteahhit tarafından iş sahibinin (kusurun iş sahibine ait olması durumunda iş sahibi tarafından asıl müteahhidin) müsbet zararının tazmini borcu doğmaktadır. Söz konusu durumda, asıl müteahhitlik sözleşmesinin geçerliliği ise, yine aynı sistematik çerçevesinde düşünülebilir:

Eğer asıl müteahhidin kusuruyla imkânsızlık söz konusu ise;

Asıl müteahhitlik sözleşmesindeki eseri meydana getirme borcu sona erdiğinden artık alt müteahhidin iş sahibinin faaliyet alanında (alt müteahhidin katılımıyla) bu borcu ifa etmesi de mümkün olamaz. Söz konusu durumda, artık alt müteahhide göre iş sahibi olan asıl müteahhidin TBK 112 uyarınca kusuru nedeniyle alt müteahhidin müsbet zararını tazmin etmekle yükümlü olduğunun kabulü gerekmektedir. Bunun sebebi, alt müteahhidin borcunun imkânsızlaşmasının, asıl müteahhidin iş sahibine olan borcunun imkânsızlaşmasıyla aynı kusura dayanmasıdır.

Elbette ki alt müteahhidin ifası, asıl müteahhidin katılımını gerektirmiyorsa, artık alt müteahhitlik sözleşmesinin hükümsüzlüğünden söz edilemeyecek olup asıl müteahhit ifayı kabul etmek zorunda olacaktır.

Alt müteahhidin kusuru nedeniyle eser sözleşmesinde eseri teslim borcunun imkânsız hale gelmesi de söz konusu olabilir. Söz konusu durumda, asıl müteahhit TBK m. 116 uyarınca ancak alt müteahhidin yerinde kendisi olsaydı göstereceği özeni alt müteahhidin de gösterdiğini ispatlarsa sorumlu olmaktan kurtulacaktır[408].

Alt müteahhidin kusuru nedeniyle eser sözleşmesindeki eseri meydana getirme borcunun sona ermesi, hem eseri kendi faaliyet alanı içinde (örnek olarak, resmi

[408] Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, S. 392.

çerçevelemekle yükümlüyse) hem de iş sahibinin faaliyet alanı içinde (örnek olarak, çerçeveleri takarken yangın çıkarmış ve bina yok olmuşsa) meydana getirdiği hallerde mümkün olabilir. Böyle bir durumda, alt müteahhitlik sözleşmesindeki eseri teslim borcu da kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle sona erecek ve TBK m. 112 uyarınca asıl müteahhide tazmin borcu doğacaktır.

Eğer iş sahibinin kusuruyla eser sözleşmesi imkânsızlaşıyor ise ve alt müteahhidin ifası için asıl müteahhidin katılımı gerekmiyorsa elbette sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Aksi ihtimalde ise, TBK m. 136 hükümlerinin uygulanması gerekir.

III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA SONA ERDİRİLMESİ

A) Temerrüt ve İfa Etmeme Dolayısıyla Dönme

1. İş Sahibinin Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Dönme Hakkı

a. Genel Olarak

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, konumuz kapsamında müteahhidin temerrüde düşmesi ve temerrüt sonucunda iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar oldukça sınırlı şekilde işlenecek ve özel olarak dönme sonucu tasfiyeye ağırlık verilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde müteahhidin temerrüdünü düzenleyen özel bir hüküm bulunmamakta olduğundan genel hükümler uyarınca temerrüde ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir[409].

Müteahhidin temerrüde düşmesinin şartları; müteahhidin borcunun muaccel olması[410], ifanın mümkün olması (imkânsızlaşmamış olması)[411], ifanın

[409] Gümüş, s. 35; Öz, İnşaat, s. 142
[410] Barlas, Temel Kavramlar, s. 21
[411] Reisoğlu, s. 358; Dayınlarlı, s. 62

gerçekleşmemiş olması[412], temerrüde engel olan sebeplerden birinin bulunmaması[413], iş sahibinin ihtarda bulunmasıdır[414].

Söz konusu şartların gerçekleşmiş olduğu ihtimalde müteahhit temerrüde düşmüş sayılacak ve iş sahibi kural olarak aynen ifayı ve aynen ifayla beraber bu başlık altında inceleyeceğimiz çeşitli talepleri ileri sürebilecektir.

Aynen ifayla ilgili olarak kısaca şu noktaya değinmek istiyoruz:

Aynen ifayı talep etmek, eser sözleşmesinin yapma borcu doğurmasından ve yapma borçlarında ifaya zorlamanın mümkün olmamasından mütevellit müteahhidi aslında yalnızca uyarıcı bir etkiye sahiptir[415]. Bu yüzden, *''yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde''* alacaklının*, ''masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından''* ifa edilmesini isteyebileceğini düzenleyen TBK m. 113/1 hükmüne başvurup başvuramayacağı düşünülebilir. Doktrinde, söz konusu hükmün aynen ifayı sağlayan bir hüküm[416] mü yoksa bir olumlu zararın tazmin edilmesine yarayan bir hüküm[417] mü olduğu konusunda tartışma bulunmaktadır. Burada; birinci görüş kabul edilirse temerrütte ve sübjektif imkânsızlıkta kusursuzluk olsa bile iş başkasına yaptırılabilecek, ikinci görüş kabul edilirse müteahhidin kusurlu olması aranacaktır[418]. Bize göre yapma borcunun ''para'' olarak ifa edildiği durumlarda artık aynen ifadan söz edilemeyeceği için TBK m. 113/1 bir tazminat hükmüdür. Keza TBK m. 112 ve TBK m. 113 ortak başlıklarının da *''giderim borcu''* olması, savunduğumuz görüşün lafzi yoruma da uygun olduğunu gösterir.

Aynen ifayla birlikte TBK m. 118 uyarınca *''temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe[419], borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü''* olacaktır. Bu tazminat, gecikme tazminatı olarak ifade edilmektedir[420]. Konumuzla alakalı olarak belirtmemiz gerekir

---

[412] Tekinay, s. 1223; Oğuzman, s. 296

[413] Bu sebepler; müteahhidin ifadan kaçınma hakkının bulunmaması ve ifanın iş sahibi yüzünden gecikmiş olması olarak kabul edilmektedir. Bkz. Öz, İnşaat, s. 149.

[414] İnan, s. 485. Elbette ki TBK m. 117/2 uyarınca ihtara gerek olmayan haller söz konusu ise bu şartın lüzumu yoktur. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle temerrüde düşülür.

[415] Öz, İnşaat, s. 152

[416] Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 921; Eren s. 196

[417] Bu yönde Öz, s. 153 vd; Kılıçoğlu, s. 617; Oğuzman s. 374 vd.

[418] Öz, s. 153.

[419] Aynı şekilde, alt müteahhit kaynaklı temerrütte de kusursuzluğunu, TBK m. 116 uyarınca iddia edemez meğer ki gecikme bir dış olay sebebiyle meydana gelsin.

[420] Gecikme tazminatı hakkında detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 622 vd.

ki, sözleşmeden dönüldüğünde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından gecikme tazminatı istenemez[421].

Aynı şekilde, TBK m. 179/2'ye göre iş sahibi, sözleşmede temerrüt halinde hüküm ifade edecek bir cezai şart kararlaştırılmışsa, *''hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir''*. Müteahhit ancak kusursuz ise bu cezayı ödemekten kurtulabilir ve cezai şartı aşan bir zarar söz konusu ise bu zararın müteahhidin kusuru kanıtlanarak talep edilmesi mümkündür[422].

TBK m. 125 uyarınca iş sahibi, aynen ifayı ve beraberce yukarıda belirttiğimiz TBK m. 118 ve TBK m. 179/2 uyarınca tazminatları talep edebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine müsbet zararını isteyebilir yahut sözleşmeden dönüp menfi zararını talep edebilir[423]. Elbette ki diğer seçimlik hakların kullanımı, TBK m. 123 uyarınca müteahhide ek süre verilmesine bağlıdır[424] [425].

b. Sona Ermenin Sonuçları

Yukarıda belirttiğimiz gibi müteahhide mehil verilmesi sonucunda aynen ifa gerçekleşmemişse iş sahibi sözleşmeden dönebilir ve menfi zararını talep edebilir[426] [427].

Dönme üzerine, TBK m. 125/3 uyarınca, iş sahibi bedel ödeme borcundan, müteahhit ise eseri meydana getirme borcundan kurtulacaktır[428]. Bu dönmenin geleceğe yönelik sonucudur[429]. Eğer ki dönme beyanına kadar iş sahibi müteahhide ödemede bulunmuş ise bunu geri isteyebilecek, müteahhit de iş sahibinden o zamana

[421] Öz, İnşaat, s. 155, Eren, Özel Hükümler, s. 676 vd.
[422] Oğuzman, s. 897 vd. Tandoğan, s. 135
[423] Tandoğan, s. 138 vd.
[424] Öz, İnşaat, s. 159 vd.
[425] TBK m. 124 uyarınca ek süre verilmesine gerek olmayan haller söz konusu ise bu sürenin verilmesinin lüzumu yoktur. Bunlar, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıldığı, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kaldığı ve borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıldığı hallerdir.
[426] Tandoğan, s. 141
[427] Biz, menfi zararı biraz aşağıda inceleyeceğiz.
[428] Tandoğan, s. 141
[429] Kurt, s. 291

kadar yapmış olduğu eserin kısmının kendisine iade edilmesini isteyebilecektir[430]. Bu da dönmenin geçmişe yönelik sonucudur[431].

Dönmeyle, tarafların sözleşme öncesi durumuna kavuşması amaçlanmakta olup[432] tarafların birbirlerine ifa ettikleri borçların iadesinde iki önemli teoriden bahsetmek gerekir:

Birincisi, dönmenin sonucunda borç ilişkisinin tamamen ortadan kalktığına yönelik klasik dönme teorisi ve ikincisi sözleşme ilişkisinin sona ermediği ve fakat sözleşmeden kaynaklanan borçların geri verme borcuna dönüştüğü yeni dönme teorisidir[433]. Klasik dönme teorisi kabul edildiği takdirde sözleşme ilişkisi ortadan kalktığı için taraflarca daha önceden geri verilmiş olan şeylerin verilme sebepleri ortadan kalkar ve bu sebeple sebepsiz zenginleşmeye dayalı ve şahsi bir dava hakkının ileri sürülebilmesi mümkün olur[434]. Yine aynı nedenden, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bu davanın zamanaşımı süresi TBK m. 82 uyarınca iki yıldır. Yeni dönme teorisi kabul edildiğinde ise tarafların iade borcu sebepsiz zenginleşmeye değil, sözleşmesel ilişkiye dayanacaktır[435] ve bu sebeple de zamanaşımı süreleri TBK m. 146 uyarınca on yıl olarak[436] kabul edilecektir[437].

Her iki görüş de doktrinde taraftar bulmuş olmasına rağmen[438] Yargıtay'ın benimsediği görüş ise klasik dönme teorisidir[439]. Buna rağmen bazı kararlarında sözleşmesel zamanaşımı süresini uygulamaktadır[440]. Kanımızca hangi görüş benimsenirse benimsensin, o görüşle tutarlı olan sonucun benimsenmesi daha isabetli olduğundan Yargıtay'ın klasik dönme teorisini benimsemesine rağmen sözleşmesel zamanaşımı süresini kabul eden kararlarını doğru bulmuyoruz. Bunun dışında Öz'ün, yeni dönme teorisinin dönmenin sözleşmeyi hükümsüz kılan TBK m. 125/3 ifadesine

[430] Gauch, Nr. ;Öz, İnşaat, s. 171
[431] Kurt, s. 291
[432] Tandoğan, s. 141, Gauch, Nr. 487
[433] Yeni dönme teorisi ile ilgili oldukça detaylı bilgiler için bkz. Kurt s. S. 290 vd.
[434] Tandoğan, s. 142
[435] Kurt, s. 294 – 295.
[436] TBK m. 147'ye göre, müteahhidin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar için süre 5 yıl olacaktır.
[437] Tandoğan, s. 142
[438] Klasik dönme teorisi yönünde bkz. Tunçomağ s. 951, Feyzioğlu s. 263, yeni dönme teorisi yönünde bkz. Eren s. 1077, Serozan, s. 78 vd. , Seliçi s. 77
[439] Y. 13. HD, T. 1981, E. 7134, K. 692 (www.kazanci.com)
[440] Y. HGK, T. 1955, E.15, K. 14 (www.kazanci.com)

aykırı olması sebebiyle klasik dönme teorisinin savunduğu görüşü[441] lafzi yoruma bağlı kalmak adına biz de savunmaktayız.

Yukarıdaki açıklamalar ve kabul ettiğimiz teori uyarınca dönme sonucunda iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır. Buna göre, kural olarak iade aynen yapılmak zorundadır fakat malzemenin geri alınması hasarlı olması nedeniyle müteahhide fayda sağlamayacaksa ve iş sahibi yapılan kısmı kullanabilecekse iadenin (malzeme masrafı ve işçilik bedelinin)[442] parasal olarak yapılması gerekir[443] [444].

Belirtmeliyiz ki kural olarak, sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iade gerçekleşeceğinden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı ihtimalinde sözleşmeden dönüldüğü takdirde TMK m. 716 hükmü gereği tescile zorlama davası yoluna başvurulmalıdır[445]. Buna rağmen, taşınmazlarda tescilin sebebe bağlı olması nedeniyle sebep ortadan kalkınca tescilin yolsuz hale gelmiş olacağı ve TMK m. 1025/1 uyarınca iş sahibi tarafından yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılabileceği ileri sürülmektedir[446] [447]. Kanımızca ikinci görüş pratik nedenlerle savunulabilse dahi[448] bu görüşün kabulü sebebin ortadan kalkmasının ayni hakları etkilememesi ve ayni hakkın hala müteahhitte olduğu gerekçesiyle benimsenememelidir[449].

İş sahibinin arsası üzerine yapılan bir inşaat söz konusu ise ve müteahhit bu inşaatı kendi malzemesi ile yapıyorsa burada TMK m. 722 – 723 – 724 hükümlerinin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre özel hüküm olmaları[450] dolayısıyla uygulanacağını belirtmekle yetiniyoruz. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir.

Eser sözleşmesi sona erdiğinde TBK m. 125/3 uyarınca menfi zarar da talep edilebilir. Sözleşme hiç yapılmayacak idiyse uğranılacak zarar olarak kabul edilen

---

[441] Öz, İnşaat, s. 172.
[442] Bu değeri edimin objektif değeri olarak ifade edilmektedir. Bkz. Kurt, s. 309
[443] Müteahhidin kârı ise sebepsiz zenginleşme kapsamına girmediğinden talep edilemez. Bkz. Öz, İnşaat, s. 173
[444] Söz konusu ihtimal sıklıkla inşaat sözleşmelerinde gerçekleşecektir.
[445] Kurt, s. 316
[446] Gerekçelendirme için bkz. Öz, İnşaat, s. 173. Yazar, klasik dönme teorisini savunmasına rağmen yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılabileceğini savunmaktadır.
[447] Yargıtay'ın da iadede sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanılmasına rağmen yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabileceğine yönelik kararları da bulunmaktadır. Örnek kararlar için bkz. Kurt, s. 317
[448] Söz konusu görüşün gerekçelendirilmesi için bkz. Öz, İnşaat, s. 173
[449] Aynı yönde, Kurt, s. 316.
[450] Öz, İnşaat, s. 175

menfi zarara; sözleşme yapma masrafları, sözleşme uğruna feda edilen değerler, sözleşmeye güven yüzünden kaçırılan fırsatlar ve aynı nedenden üçüncü kişilere karşı borç altına girme dâhil edilebilir[451].

Son olarak, dönme beyanı üzerine Yargıtay'ın kimi zaman fesih sonucunun doğmasını kabul ettiği ve buna uygun şekilde tasfiyeye hükmettiği İçtihadı Birleştirme Kararı'na[452] değinmek, tasfiye ilişkisinin incelenmesi açısından gereklidir:

TBK m. 125/3 hükmü uyarınca sözleşmenin sona ermesi açıkça geriye yönelik sonuç doğurmasına rağmen bu sonuç özellikle inşaat sözleşmelerinin büyük bir kısmı[453] müteahhit tarafından tamamlandığında adil değildir. Yargıtay'a göre burada bir örtülü kanun boşluğu bulunmaktadır ve TMK m. 2 uyarınca sona ermenin ileriye yönelik sonuç doğurması gerekir. Buna göre, sözleşme ileriye etkili sona erdiğinde eser sözleşmesinde belirlenen bedel, inşaatın yapılan kısmının oranınca tazmin edilecektir[454]. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu ise iş sahibinin elde etmesi gereken bağımsız bölüm sayısı yine inşaatın yapıldığı oran nisbetince belirlenecektir[455].

Müteahhit kusuruyla temerrüde düşmesi nedeniyle fesih söz konusuysa iş sahibi gecikmenin sebep olduğu tüm zararların[456] tazminini de talep edebilir[457]. Söz konusu zarar bir tür müsbet zarar olarak kabul edilmektedir[458].

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinden dönülmesi sonucunda kural olarak imkânsızlık konusunda belirttiğimiz üzere asıl müteahhidin alt müteahhidin ifasına katılması gerekmediği yahut öncesinde alt müteahhidin ifasını gerçekleştirebilmek için

[451] Öz, İnşaat, s. 177 – 178.
[452] Y. BGK. T. 1984, E. 1983-3, K. 1984-1 (www.kazanci.com)
[453] Büyük bir kısmın tamamlanmasından hangi oransal değerin kastedildiği açık olmasa da Yargıtay'ın %90 oranında tamamlanmayı aradığı görülmektedir. Kararlar için bkz. Kurt, s. 375. Bununla beraber, inşaatın %95'inin tamamlandığı ihtimalde ise Yargıtay, artık ifanın reddedilemeyeceğine hükmetmektedir. Bkz. Kurt, s. 375
[454] Öz, İnşaat, s. 180.
[455] Kurt, s. 389.
[456] Bu zararlar yapıyı geç kullanmaktan kaynaklı ve gecikme yüzünden uğrayacağı masraflardan kaynaklı zararlardır. Öz, İnşaat, s. 181
[457] Kurt, s. 391.
[458] Serozan, Dönme, s. 121.

kendisinin iş sahibine olan ifasının bir kısmını yerine getirmesi zorunluluğu olmadığı durumda (bu durum genellikle asıl müteahhidin iş sahibinin faaliyet alanında iş görmediği ihtimalde gerçekleşir), eğer ifayı kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşeceği açıktır. Bu durumda asıl müteahhidin keyfi fesih hakkı, TBK m. 484 bakidir.

Bununla beraber, Akkanat'ın görüşüne göre[459], iş sahibi sözleşmeden döndüğünde, alt müteahhit asıl müteahhitle hareket etmek zorunda olsa dahi, asıl müteahhit alacaklı temerrüdüne düşecektir. Yazara göre alt müteahhit, borcunu ifa etmek için tüm hazırlıklarını tamamlamış ve fakat iş sahibinden (kendi faaliyet alanının iş sahibinin faaliyet alanıyla kesişmesinden dolayı da kendisinden) kaynaklanan bir sebeple borcunu ifa edemeyeceğinden (asıl müteahhit tarafından alt müteahhidin borcunu ifa edebilmesi için gerekli hazırlıklar yapılmamış olacağından) söz konusu durumda alt müteahhidin alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurması gerekmektedir.

Kanımızca, burada iş sahibi sözleşmeden döndüğünde artık onun faaliyet alanında herhangi bir çalışma yapılamayacak olması, artık alt müteahhit için bir objektif imkansızlık olduğunu göstermektedir. Zira iş sahibinin artık alt müteahhidin faaliyet alanında (özellikle kendi arazisi üzerinde) çalışmasına müsaade etmeyecek olduğu bir durum, borcun ifasının hiçbir şekilde gerçekleşmeyeceğini ortaya koymaktadır. Buna göre de, alt müteahhit TBK m. 136 hükmüne dayanarak ifa ettiği edimi talep edebilecektir. Eğer ki asıl müteahhit, temerrüdün gerçekleşmesinde kusurluysa TBK m. 112'ye göre alt müteahhit ayrıca tazminat talep edebilmelidir.

Elbette ki iş sahibinin arazisinde bir inşaat söz konusu değilse (bu durumda asıl müteahhit ile iş sahibinin faaliyet alanı çoğunlukla kesişmeyecektir) yine alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır.

Söz konusu ihtimalde alacaklı temerrüdü yahut objektif imkânsızlık fikirlerinden herhangi birinin kabulü ise tazminat bakımından şu farklılıkları taşıyacaktır:

Objektif imkânsızlığın varlığının kabulü durumunda TBK m. 136/2 hükmüne göre *''Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını*

[459] Akkanat, s. 249

kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır''. TBK m. 136/3 hükmüne göreyse *''Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür''*.

Eğer ki alacaklı temerrüdünün kabulü söz konusuysa alt müteahhidin alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönmesi üzerine sebepsiz zenginleşmeye göre asıl müteahhidin söz konusu yapılan kısımdan faydalanma imkânı var ise (ki bu durum iş sahibinin yararlanmasıyla paraleldir) alt müteahhit ancak malzeme masrafı ve işçilik bedeli (objektif değer) talep edebilir. Yararlanma imkânı söz konusu değilse bu durumda malzeme geri verilecektir. Kanımızca iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapılıyorsa haksız inşaat hükümleri uygulanması gerektiğinden malzeme sahibine (eserin ilgili kısmı sökülüp alınamıyorsa) iş sahibi tarafından uygun bir tazminat ödenecektir ki bu da malzeme masrafına denk gelecektir. Aynı zamanda, alt müteahhidin eserin yaptığı kısmının arazinin değerinden fazla olması ise çok küçük bir olasılıktır.

Görüldüğü üzere, TBK m. 136'nın uygulanması ile alacaklı temerrüdünün uygulanması arasında kayda değer bir fark bulunmamaktadır. Bununla beraber, eğer ki asıl müteahhit kusurlu ise TBK m. 112 uygulanacağını belirtmek gerekir. Bu sebeple, TBK m. 112'nin alt müteahhidin zararlarının karşılanabilmesi açısından alacaklı temerrüdüne göre onun ayrıca avantajına da olduğu ortadayken alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanmaması kanımızca yerindedir.

Şu ana kadar yapmış olduğumuz açıklamalar müteahhidin temerrüdünün kendisine isnat edilebilen bir sebeple sözleşmeden dönülmesiyle alt müteahhidin talepleriyle ilgili olmakla beraber, müteahhidin temerrüdünün sebebinin alt müteahhidin temerrüdü olduğu durumda elbette ki alt müteahhidin talepleri değişecektir:

Söz konusu durumda eser sözleşmesi sona erdirildiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesi objektif imkansızlık nedeniyle sona erecek ve alt müteahhit kusursuz ise bu sözleşmenin tasfiyesi TBK m. 136 uyarınca gerçekleşecektir. Kusurluysa asıl müteahhidin zararları TBK m. 112 uyarınca tazmin edilecektir.

2. İş Sahibinin Müteahhidin İşe Başlamasında veya İşin İcrasında Gecikmesi Nedeniyle Dönmesi

a. Kural ve Sonuçları

TBK m. 473/1 uyarınca, *''Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir''.*

İlgili hükmün niteliğini belirlemek, ilgili madde uyarınca dönme hakkının kullanımı açısından önem arz etmektedir:

Bir görüşe göre[460], söz konusu hüküm işin ifasında temerrüt halini düzenlemektedir ve TBK m. 123 – 125'in eser teslim edilmeden önce de uygulanabilmesi fonksiyonuna sahiptir. Bir görüşe göre[461] ise de söz konusu hüküm temerrüt halini düzenlemez ve iş sahibine, müteahhit temerrüde düşmeden önce özel olarak sözleşmeden kurtulma imkanı verir. Burada savunulacak görüş, eser sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli borç ilişkisi mi kabul edilmesine göre belirlenebilir. Biz yukarıda, söz konusu sözleşmeyi ani edimli kabul etmiş olduğumuzdan bu hükmün, temerrüde ilişkin genel kuralın bir görünümü olmadığı kanaatindeyiz[462].

Madde hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkı; işe zamanında başlanmama, sözleşme hükümlerine aykırı olarak iş görme faaliyetinin gecikmesi ve eserin kararlaştırılan tarihte yetişmeyeceğinin anlaşılması ihtimallerinde doğmaktadır[463]. Biz bu ihtimalleri eseri teslimin vadesinin belirli olup olmamasına göre ayırarak değerlendireceğiz.

---

[460] Gauch, Nr. 478 – 479; Tandoğan, s. 113; Seliçi, s. 79, Dayınlarlı, s. 108 vd. Şenocak, s. 25, Erman, s. 75; Ayan, s. 324

[461] Öz, İnşaat, s. 127 vd. Gümüş, s. 20 vd.

[462] Nitekim ani edimli borç ilişkisinde henüz ifa gerçekleşmediği zaman temerrüde ilişkin haklar da kullanılamayacaktır. Aynı yönde Öz, İnşaat, s. 127 vd.

[463] Öz, İnşaat, s. 131.

Teslim zamanı belirli olmayan sözleşmeler: Teslim zamanı belirli olmayan sözleşmelerde işe zamanında başlamama yahut iş görme faaliyetinin gecikmesi sebebiyle sözleşme sonlandırılabilir.

Teslim zamanı belirlenmediği ve işe başlama tarihinin de belirlenmediği durumlarda TBK m. 90 uyarınca sözleşme akdedildikten sonra derhal işe başlanması gerekir[464]. Derhal işe başlanmadığı takdirde sözleşmeden temerrüt ihtarında bulunulmadan[465] ve fakat kıyasen TBK m. 123 uyarınca süre verilerek[466] dönülebilecektir. Elbette ki TBK m. 124 uyarınca süre verilmesine gerek olmayan haller mevcut ise bun sürenin verilmesine de gerek yoktur. İşe başlama tarihi ayrıca belirlenmişse, derhal sözleşmeden dönülmesinde sakınca yoktur[467]. Son olarak, işe başlanmayacağı kesin olarak açıklanmışsa artık imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir[468].

İş görme faaliyetinin gecikmesinden kastın ise, işin benzer işlerdeki tempoda yürütülmemesi olduğu belirtilmektedir[469]. Elbette ki arazinin yapısı gereği çalışmaların daha uzun sürebilmesi ya da müteahhidin kullanımına sunulan teknik vasıtaların işi hızlandırma kapasitesi ve benzeri durumlar da çalışma hızının tespitinde değerlendirilmelidir[470]. İşe başlamada gecikmede olduğu gibi burada da verilecek süre, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması dolayısıyla aynen ifa amaçlı değil ve fakat çalışmaların normal hızına çıkarılması amaçlı olmalıdır.

Teslim zamanı belirli olan sözleşmeler: İşe zamanında başlamama yalnızca eseri teslimin vadesinin belirli olmadığı zamanlarda bir dönme sebebi olabileceğinden burada bu ihtimali incelemiyoruz. Bu durum, iş görme faaliyetinin gecikmesi için de geçerli olacaktır. Teslim tarihinin belirlendiği sözleşmelerde ancak işin bu tarihe yetişmeyeceği kesin olarak anlaşıldığı zaman sözleşmeden dönme hakkı doğacaktır[471]. Bununla beraber Öz[472], vadeyle beraber işe başlama ve işin belirli aşamalarının yapılması için de ayrıca süre belirlenmişse ve eğer ilgili vadelere uyulmadığı takdirde

[464] Tandoğan, s. 123.
[465] Öz, s. 56. Yazar, bizim de savunduğumuz görüşe göre TBK m. 473/1'i bir temerrüt hükmü kabul etmediğinden herhangi bir ihtarın gerekmediğini haklı olarak belirtmektedir.
[466] Bu süre, Seliçi'ye göre (Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82) hazırlama faaliyetlerine girişilmesi için verilecektir.
[467] Öz, İnşaat, s. 131.
[468] Temerrüt hükümlerinin uygulanması yönündeki aksi görüş için bkz. Tandoğan, s. 115, Dayınlarlı, s. 108 vd. Şenocak, s. 25 vd.
[469] Tandoğan, s. 124
[470] Tercier/Favre/Carron N. 4428;Öz, s. 58
[471] Eren, Özel Hükümler, s. 623 vd. Öz, s. 55 vd.
[472] Öz, İnşaat, s. 135

sözleşmeden dönme hakkı açıkça belirtilmişse sözleşmeden dönülebileceğini, açıkça belirtilmediği takdirde ise kural olarak dönülemeyeceğini belirtmektedir. Dönme hakkının açıkça belirtilmediği bu durumda ise eğer ki işin başlamasındaki veya belirli aşamalarının tamamlanmasındaki süreye uyulmaması kendisi nezdinde zarara yol açıyorsa yine sözleşmeden dönülebileceği de belirtilmektedir.

İşin vadeye yetişmemesinde öncelikli olarak iş sahibine isnat edilen bir sebebin bulunmaması, başka bir ifadeyle bu sebebin onun riziko alanından doğmaması gerekir[473] [474]. Aynı zamanda, temerrüde düşmüş olmak için kusur şartı aranmayacağından[475] müteahhit kusursuz olsa da temerrüde düşeceği kesinse sözleşmeyi sona erdirme hakkı kullanılabilir. Burada belirtmek gerekir ki, işin çok küçük bir kısmının yetişmeyeceği açık ise, artık bu dönme hakkını kullanmak, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir[476]. Ek olarak TBK m. 123 uyarınca mehil verilmesine, sözleşmenin zaten vadeye yetişmeyeceği kesin olduğundan gerek olmamalıdır[477]. Son olarak, TBK m. 473/1'deki dönme haklarının kullanılmamasının, müteahhit temerrüde düştüğünde temerrütten doğan haklarını kullanmasına etkisinin olmaması gerekir.

Sonuçlar itibarıyla, daha önceden açıkladığımız gibi TBK m. 125 hükmü ve sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca tasfiye yapılacağından ve eğer iş sahibinin arsası üzerinde inşaat söz konusuysa haksız inşaat hükümleri uygulanacağından burada tekrara girmekten kaçınıyoruz.

b. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Söz konusu durumda asıl müteahhidin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesinde belirtilenden farklı olarak asıl müteahhidin (alt

[473] Tandoğan, s. 115 – 116.
[474] Gauch, (Nr. 485) burada sürenin kendiliğinden uzayacağını belirtmektedir.
[475] Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 405.
[476] Aynı yönde, Öz, İnşaat, s. 136.
[477] Aynı yönde, Öz, İnşaat, s. 136. Gümüş (s. 24) ise söz konusu hükmü bir temerrüt hükmü olarak kabul etmemesine rağmen mehil verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

müteahhide göre iş sahibinin) işe zamanında başlamaması yahut işin icrasında gecikmesi dolayısıyla dönme gerçekleşmektedir.

Söz konusu durumda dönme gerçekleştiğinde, asıl müteahhidin hâkimiyet alanında ifa imkânsızlığı söz konusu ise TBK m. 136 uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesinin tasfiyesi gerekir. Asıl müteahhit, işe başlamakta veya ifasında gecikmekte kusurluysa TBK m. 112 uyarınca alt müteahhidin zararının tazmini gerekmektedir. Her ne kadar objektif imkansızlığın sebebi iş sahibinin dönmesi olsa da asıl müteahhit kusurlu olmasaydı böyle bir dönme hakkı dahi doğmayacağı için TBK m. 112 uyarınca tazmin hakkaniyete uygundur. Buna ek olarak, alacaklı temerrüdünün uygulanmaması yönündeki gerekçelerimizi tekrarlamayacağız.

Aynı şekilde, alt müteahhidin ediminin ifası asıl müteahhit ile beraber hareket etmeyi gerektirmiyorsa asıl müteahhit, alt müteahhit için iş sahibi pozisyonunda olarak ya edimin ifasını kabul edecek ve aksi ihtimalde alacaklı temerrüdüne düşecek, ya da TBK m. 484 uyarınca keyfi fesih hakkını kullanacaktır.

Bununla beraber, asıl müteahhidin işe başlamakta yahut işin icrasında gecikmesi, alt müteahhitten de kaynaklı olabilir. Özellikle alt müteahhitle asıl müteahhidin beraber çalıştığı yahut alt müteahhidin ifasının zamanında tamamlanmasının asıl müteahhidin ifasına başlayabilmesi için gerekli olduğu ihtimallerde, iş sahibi işe başlama veya işin icrasında gecikme nedeniyle eser sözleşmesinden dönmüşse, alt müteahhidin borcu yine objektif imkansız hale gelecek fakat bu sefer alt müteahhit kusurluysa TBK m. 112'ye göre asıl müteahhidin zararı tazmin edilecek, kusursuz olduğu durumda ise TBK m. 136 uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesinin tasfiyesi gerçekleşecektir.

3. İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Dönme Hakkı

a. Genel Olarak

Müteahhidin ayıba[478] karşı tekeffül borcu TBK m. 473/2 ve TBK m. 474 – 478 hükümlerinde düzenlenmiş olup iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı çeşitli şartların gerçekleşmesine bağlıdır[479]. Bunlara kısaca değineceğiz.

Öncelikle eserin teslim edilmiş olması gerekir[480] ki aksi ihtimalde[481] borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır[482]. İkinci şart, TBK m. 476 uyarınca ayıbın iş sahibinin verdiği talimattan doğmamış olması ve başka bir sebepten ayıbın iş sahibine yüklenememesidir[483]. Ayrıca, muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmiş olmalıdır[484]. Son olarak ise ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan önceden vazgeçilmemesi gerekmektedir[485].

Eğer söz konusu şartlar gerçekleşmişse de müteahhidin seçimlik haklarından söz etmek gerekecektir. Bunlar, TBK m. 475'e göre, bedelde indirim talep edebilme, ayıbın onarılmasını isteme ve sözleşmeden dönebilmedir[486]. Aynı şekilde, iş sahibi seçimlik haklarından birini kullansın veya kullanmasın, genel hükümlere göre olumlu zararının giderilmesini de isteyebilecektir[487].

TBK m. 475/1'in ilk bendi uyarınca iş sahibi, *''eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da*

---

[478] Ayıp kavramını burada uzunca anlatmamakla beraber, ayıbın sözleşme hükümlerinde belirlenmiş vasıfların eksikliği yahut lüzumlu vasıfların eksikliği ile ortaya çıkabileceğini belirtiyoruz. Tandoğan, s. 160 vd.

[479] Yavuz, s. 558 vd. Gümüş, s. 25 vd.

[480] Eserin ayıplı olacağı kesin ise ifa beklenmeden TBK m. 473/2 hükümleri uygulanır ve buna göre iş sahibi eserdeki ayıpların giderilmesi için ek süre verir. Bu sürede ayıplar giderilmezse TBK m. 113 uyarınca masraflar ve zararlar müteahhide ait olmak üzere iş başkasına tamamlattırılır. Öz, İnşaat, s. 194 – 195.

[481] Bu ihtimal, eserde eksiklik anlamına gelir ki eserin ayıplı mı olduğu yoksa eksik ifanın mı söz konusu olduğu konusunda; teslimi 100 metrekare olarak taahhüt edilen dairenin 90 metrekare olarak teslim edilmesini Yargıtay eksik ifa olarak kabul etmiştir. YHGK, 27.9.2000, 15-1134/1191 (karar için bkz. Gümüş). Söz konusu durumda ayıp olduğuna ilişkin bkz. Gümüş, s. 28. Biz, Yargıtay'ın kararını isabetli bulmaktayız.

[482] Tandoğan, s. 161

[483] Ayıbın başka bir sebepten iş sahibine yüklenebildiği durumlar, iş sahibinin sağladığı malzeme ve iş sahibinin arsasının ayıbı olarak ifade edilmektedir. Tandoğan, s. 214 vd.

[484] Tandoğan, s. 167.

[485] Öz, İnşaat, s. 203.

[486] Detaylı bilgi için bkz. Gauch Nr. 2195 vd.

[487] Seçimlik haklarından birini kullandığı zaman, bu hakların kullanılmasına rağmen karşılanamayan zarar talep edilebilir. Seçimlik haklar kullanıldığı takdirde ise tüm zararlar tazminat yoluyla talep edilebilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, İnşaat, s. 218.

sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme'' hakkını kullanabilir. Bununla beraber, TBK m. 475/3 uyarınca, *''eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz''*. Buna göre, iş sahibi tarafından dönme hakkının seçilmesi de keyfi olmayıp bazı olumlu ve olumsuz şartların ayrıca gerçekleşmesi de gerekmektedir. Bunlar, eserin kabule zorlanılamayacak derecede ayıplı olması ve eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılması ihtimalinde sökülüp kaldırılmanın aşırı zarar[488] doğurmamasıdır[489] [490].

Sona ermenin sonuçlarını incelemeden önce, madde hükmünden kaynaklı iki sorunun çözüme kavuşturulması gerektiği yönündeki Öz'ün fikirlerini[491] incelemek gerekmektedir:

Bunlardan birincisi, ayıbın iş sahibinden eserin kabulü beklenemeyecek şekilde büyük olmadığı durumlarda eseri teslim almadan borçlu temerrüdü hükümlerine gidilebilip gidilemeyeceğidir. İkincisi ise, eser, kabulü kendisinden beklenemeyecek şekilde ayıplı ise dönme hakkı kullanılmadan önce ifanın reddedilip[492] borçlu temerrüdü hükümlerinin kullanılabilip kullanılamayacağıdır. Yazara göre, ayıp, eserin kabulü iş sahibinden beklenemeyecek düzeyde değilse eser teslim alınmalı ve dönme dışındaki seçimlik haklar kullanılmalı; ayıp, eserin kabulü kendisinden beklenemeyecek düzeydeyse eser teslim alınmayıp TBK m. 125 ve devamı hükümlerine gidilebileceği gibi teslim alınıp sözleşmeden ayıp hükümleri uyarınca dönülebilmelidir[493]. Kanımızca da, zaten eserinin kabulü iş sahibinden beklenmeyecek düzeyde değilse ayıp nedeniyle dönme hakkı dahi kullanılamayacağından borçlu temerrüdü hükümlerine gidilmesi uygun değildir. İkinci durumda ise eğer ki ayıp, eseri ''kabulü beklenemez'' hale getiriyorsa iş sahibini kabule zorlamak doğru olmayacağından borçlu temerrüdü hükümleri uygulanabilir.

---

[488] Aşırı zarar olup olmadığının tespitinde eserin arsaya bağlıyken değeri ve arsadan kaldırıldığındaki değeri arasındaki fark dikkate alınmaktadır. Tandoğan, s. 183.
[489] Tandoğan, s. 181 vd.
[490] Kullanılamazlık, Gauch'a göre (Nr. 1075) bir şart değil fakat kabulün beklenilememesinin bir görünümüdür.
[491] Özellikle eBK m. 360/1 hükümleriyle kıyasen yapılan karşılaştırma için bkz. (Öz, İnşaat, s. 210 vd)
[492] Elbette ki, inşaat sözleşmelerinde alacaklı ifaya katılmadığından borçlu temerrüdü hükümleri devreye giremeyecektir. Öz, s. 219 – 220.
[493] Burada, genel hükümler uyarınca dönmede olduğu gibi mehil vermeye gerek yoktur. Bkz. Öz. S. 211

b. Sona ermenin Sonuçları

Kural olarak[494] herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan dönme beyanı üzerine, karşılıklı borçlar sona erer ve ifa edilen borçların da iade yükümlülüğü doğar[495]. Buna göre müteahhit aldığı bedeli yasal anapara faiziyle[496] iade edecek ve iş sahibi de eseri müteahhide geri verecektir[497]. Eğer ki müteahhidin malzemesiyle taşınmaz inşaatı söz konusu ise ve yapının yıkılması gerekmiyorsa işçilik ve malzeme değerinin toplam bedeli müteahhide geri verilmesi gerektiği belirtilmekte[498] ise de kanımızca burada haksız inşaata ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Son olarak, sözleşmeden dönüldüğü için kusurlu iş sahibinin menfi zararı da tazmin edilecektir.

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinden ayıp nedeniyle dönme gerçekleştiği zaman alt müteahhitlik sözleşmesi bundan şu şekilde etkilenebilir:

Öncelikle, eser üzerindeki ayıptan dolayı sözleşmeden dönebilmek için eserin teslim edilmiş olması (kural olarak) şart olduğundan artık alt müteahhidin borcunun ifasıyla alt müteahhitlik sözleşmesinin daha önceden sona erdiği kabul edilmelidir. Bu durumda eğer ki ayıp alt müteahhidin ifa ettiği eserin kısmından kaynaklanmıyorsa iş sahibinin eser sözleşmesinden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca dönmesi, asıl müteahhidin alt müteahhitlik sözleşmesinden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca dönmesi için bir gerekçe oluşturmaz.

Eğer ki ayıp, alt müteahhidin ifa ettiği eserin ilgili bölümünden kaynaklanıyorsa iş sahibi (eser teslim edildikten sonra) ayıba karşı tekeffül hükümlerince dönebilir. Söz konusu durumda asıl müteahhit (alt müteahhide göre iş

[494] Her iki tarafın tacir olduğu ihtimalde TTK m. 18/3 hükmü şekil şartı getirmektedir. Böylece, noter ihtarnamesi, taahhütlü mektup, telgraf yahut güvenli elektronik imza kullanılarak beyanda bulunulması gerekir.
[495] Daha önce de belirttiğimiz gibi bu yükümlülük sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabidir. Aksi yönde Tandoğan, s. 178; Eren, Özel Hükümler, s. 643.
[496] Tandoğan, s. 178, Öz, s. 217.
[497] Tandoğan, s. 178.
[498] Yapı yıkılacaksa hurda iade edilecektir. Öz, s. 217.

sahibi pozisyonunda olarak) eser sözleşmesinden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca dönebilecektir ki artık TBK m. 125 uyarınca tasfiye gerçekleşecektir. Bunun sebebi, asıl müteahhidin de önceden alt müteahhitten eseri teslim almış olmasıdır.

Ayıp nedeniyle dönme hakkının kullanılması için eserin iş sahibi tarafından *''kabulü beklenemez''* şekilde olması gerekmektedir. Bu sebeple, yukarıda belirttiğimiz üzere, iş sahibi eseri teslim almadan da sözleşmeden borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca dönebilir. Eser teslim alınmadan sözleşmeden dönüldüğünde ise asıl müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesinden eğer ki ayıp alt müteahhitten kaynaklanmıyorsa dönemeyecektir.

Eğer ki ayıp alt müteahhitten kaynaklanıyorsa iş sahibi sözleşmeden (eseri teslim almayı reddederek) borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca dönebilir. Söz konusu durumda halen alt müteahhitlik sözleşmesi geçerli olacaktır fakat asıl müteahhit alt müteahhitten eseri teslim almış olduğu için yalnızca ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca dönebilecektir.

Yukarıdaki incelememizle, asıl müteahhidin alt müteahhitten eserin ilgili kısmını teslim almadığı ihtimallerde iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi mümkün olmadığından, alt müteahhide isnat edilebilen bir ayıp varsa yalnızca ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca asıl müteahhit tarafından dönülebileceği ve borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanamayacağı, alt müteahhide isnat edilebilen bir ayıp yoksa sözleşmeden ayıba karşı tekeffül hükümleriyle dahi dönülemeyeceği sonucunu çıkarmaktayız.

4. Müteahhidin, İş Sahibinin Malzemeyi Sağlamakta veya Müteahhidin Ücretini Ödemekte Temerrüdü Nedeniyle Fesih Hakkı

a. Genel Olarak

TBK m. 479/1 uyarınca *''iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur''*. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *''eserin parça parça*

teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur''.

Bunun[499] dışında ise, parça parça teslim etme söz konusu olmamasına rağmen müteahhidin eseri yaptığı kısımla orantılı olarak iş sahibinin ücret ödemesi kararlaştırılabilir ki uygulamada buna ''hakediş usulü'', her bir ödemeye de ''ara hakediş'' adı verilmektedir[500]. Genellikle inşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda uygulanan bu usulde, ara hakedişlerin kesin olmadığı[501] ve eserin teslimi gerçekleştiğinde baştan bir hesaplama yapılarak denkleştirmenin yapılacağına yönelik hükümlere sözleşmede yer verilmekte olup bu denkleştirme sırasındaki talepler sözleşmesel bir alacak doğurur ve zamanaşımı da bu sebepten teslim tarihinden itibaren 5 yıldır[502].

Bedel borcu kural olarak para borcudur. Bazense, iş sahibi bedel ödemek yerine arsa payı veya bağımsız bölüm devreder. Bu durumda, sözleşmede bir bedel söz konusu ise ve eğer bu bedelin karşılanması için söz konusu payın üçüncü kişiye satımı amacıyla müteahhide devir yapılıyorsa ifa uğruna edimin olduğu ve müteahhidin satım sonucunda elde ettiği bedel eser sözleşmesindeki bedelden fazla ise iş sahibine bu farkı iade etmekle yükümlü olduğu söylenebilir[503]. Sözleşmede bir bedel kararlaştırılmışsa ve devredilen payların bedelin yerine geçeceğine karar verilmiş ise bu sefer ifa yerine edim söz konusu olur ve taraflar birbirlerinden eser sözleşmesinde belirlenen bedel ile satım sözleşmesindeki bedel farkından kaynaklanan bir talepte bulunamayacaklardır[504]. Kanımızca, sözleşmede herhangi bir bedel kararlaştırılmamışsa artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığı kabul edildiğinden bu devir zaten ifadır.

---

[499] Kesin bedelin türleri olan götürü, global, birim, karma bedeller hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gauch, Nr. 900 vd; Gümüş, s. 76.
[500] Öz, İnşaat, s. 81.
[501] Tandoğan, s. 308.
[502] Öz, İnşaat, s. 81 – 82. Yazara göre, ara hakedişlerin kabulünde ihtirazi kayıt konulması da gerekmektedir. Ayrıca bu hususta: Barış Demirsatan," Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14. 3. 2012 Tarih ve E. 2011/13-748 K. 2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", İÜHFM, C. 71, S. 2, 2013, s. 570 vd.
[503] Satım bedeli, eser sözleşmesindeki bedelden az ise elbette bu durumda da müteahhidin talep hakkı doğacaktır.
[504] İfa yerine edim ve ifa uğruna edim kavramları için bkz. Oğuzman s. 216- 217

b. Sonuçları

Bedel borcu ifa edilmediğinde para borcunda imkânsızlık olamayacağı için[505] ancak temerrüt hükümlerine gidilebilir ve bu durumda vade gelmeden herhangi bir talepte bulunulamaz[506]. Buna rağmen, iflas, iflas olmasa bile ödemekten aciz içinde olma ve borcun ifa etmeyeceğini bildirme istisnalarını incelemek gerekir:

Yukarıda da açıkladığımız gibi, iş sahibinin iflası halinde eğer iflas masası sözleşmeye devam etmezse TBK m. 485 uyarınca tasfiye gerçekleştirilecektir. İflas masası sözleşmeye devam ederse müteahhit TBK m. 98 uyarınca alacağı garanti altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınacak ve alacağı garanti altına alınmazsa sözleşmeden dönecektir. İş sahibi iflas etmediğinde ve fakat acze düştüğünde de TBK m. 98 hükmünün uygulanması gerekir[507]. İş sahibi, bedeli herhangi bir şekilde ödemeyeceğini bildiriyorsa, bu durumda TBK m. 484 hükmü uygulanmalıdır[508].

Bu ihtimaller gerçekleşmediğinde (kural olarak eserin yapımı müteahhit tarafından tamamlandığında), müteahhit eseri teslimi teklif edecek ve bedel ödenmediği takdirde TBK m. 117/1 uyarınca ihtar ile iş sahibi temerrüde düşürülecektir. Elbette ki TBK m. 117/2'deki sebepler söz konusuysa iş sahibi kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılacaktır.

Temerrüde düşüldüğünde müteahhit para borcunu, temerrüt faizini ve munzam zararını isteyebileceği gibi TBK m. 123 uyarınca ifa için ek bir süre[509] vererek diğer seçimlik haklarını kullanabilir ki ifadan vazgeçip müsbet zararını[510] tazmin etmek zaten ifa ve temerrüt faizi ile aynı sonucu doğuracağından[511] burada asıl önemli olan sözleşmeden dönme ve menfi zararın talebidir. Belirtmek gerekir ki bu seçimlik hakları kullanmadan önce süre vermek TBK m. 124'teki ihtimallerde gerekmese de borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalması mümkün

[505] Kılıçoğlu, s. 667 vd.
[506] Tandoğan, s. 315
[507] Öz, İnşaat, s. 85 – 86
[508] Öz, İnşaat, s. 85 – 86
[509] Söz konusu borcun para borcu olması nedeniyle ifa için bir hazırlık süresi gerektirmemesinden dolayı bu sürenin kısa olması gerektiğine ilişkin Öz, İnşaat, s. 94
[510] Müsbet zarar için bkz. Havutçu, s. 67; Karahasan (genel hükümler) s. 1125
[511] Her iki halde de anapara, temerrüt faizi ve munzam zarar talep edilebilir. Kaplan, s. 169; Duman, s. 739.

olmadığından ancak borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıldığı yahut kesin vade belirlendiği durumlarda bu süre verilemeyebilir[512].

Sözleşmeden dönüldüğünde talepler, eğer taşınır eser sözleşmesi söz konusuysa sebepsiz zenginleşme hükümlerine, iş sahibinin arsasında yapılan bir eser söz konusuysa TMK m. 722 – 724 hükümlerine göre yapılacaktır. Aynı zamanda iş sahibi kusurlu ise menfi zarar talebi[513] de mümkündür. Burada müteahhit için önemli bir nokta ise sözleşmeden dönüldüğünde artık temerrüt faizini isteyemeyecek olmasıdır[514]. Elbette ki, inşaatın büyük kısmının tamamlandığı ihtimalde Yargıtay'ın fesih sonucu öngören içtihadının[515] burada da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir[516].

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda ise artık burada bir bedel borcu olmadığından iade TMK m. 722 – 724 hükümlerine göre yapılmalıdır.

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

İş sahibinin iflasının alt müteahhitlik sözleşmesine etkisini yukarıda açıkladığımız için burada tekrar etmeyeceğiz. Keza, borcunu ifa etmeyeceğini açıkladığı durum da TBK m. 484 kapsamına girdiğinden bu konu da aşağıda incelenecektir. İş sahibinin aczi dolayısıyla da TBK m. 98 hükmü uygulandıktan sonra da yine TBK m. 125 hükmü uyarınca dönme gerçekleşecektir ki burada da temerrüt nedeniyle dönme aynı hukuki sonuçlar doğmuş olacaktır.

Eser sözleşmesi müteahhit tarafından sona erdirildiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesinin alt müteahhit borcunu iş sahibinin arazisinde ve asıl müteahhidin katılımıyla gerçekleştirme zorunluluğu olduğunda objektif imkansızlığın söz konusu olduğunu belirtiyoruz. Burada, iş sahibinin temerrüdünden kaynaklansa da imkânsızlığın sebebi eser sözleşmesinden müteahhidin dönmesi olduğu için TBK m.

[512] Eren, s. 1095 vd.
[513] Menfi zarar talebiyle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Ergüne, s. 27-38.
[514] Öz, İnşaat, s. 96.
[515] Bkz. dn. 452.
[516] Öz, İnşaat, s. 97

112 uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesinin tasfiyesinin gerçekleştirilmesi gerektiği kanısındayız.

Alt müteahhit, eseri kendi hakimiyet alanında meydana getirip sonrasında teslim edecaekse de asıl müteahhit ifayı kabul etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşecektir. Alt müteahhit bu durumda alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurma imkanı elde eder. Öte yandan eser tamamlanmadan önce TBK m. 484 uyarınca sözleşmeyi asıl müteahhit feshedebilir.

B) İş Sahibinin Müteahhidin Zararını Tazminle Keyfi Feshi

1. Genel Olarak

TBK m. 484'e göre, ''*iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir''*.

Söz konusu hüküm ileriye etkili bir sona erme hali düzenlemekte olup ratio legisi müteahhidin eseri meydana getirme faaliyetinin kendisi için bir hak değil ve yalnızca bir borç olması ve bu sebeple iş sahibinin arzu ettiği takdirde bu haktan vazgeçebilmesinin mümkün olması olarak gösterilmektedir[517]. Buna rağmen, Öz[518] tarafından bu fikre getirilen eleştiri kanımızca yerindedir. Yazara göre, eser sözleşmesi de tıpkı vekâlet sözleşmesi gibi[519] bir güven ilişkisine dayanır ve artık iş sahibinin güven duymadığı bir müteahhitle çalışması kendisinden beklenmemelidir.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki madde hükmünün emredici mi yoksa yedek hukuk kuralı mı olduğu yönünde tartışmalar bulunmakta ise de[520] Gauch'a göre[521] eseri meydana getirmenin müteahhit için bir hak olmaması, hükmün emredici olduğu konusunda bir gerekçe oluşturmamalıdır ki biz de bu görüşe katılmaktayız.

[517] Öz, s. 139
[518] Öz, s. 139
[519] TBK m. 484'ün, TBK m. 512 ile ahde vefa kuralının bir istisnası olması yönünden paralellik göstermektedir. Buz, s. Eser Sözleşmesinin Feshi s. 215
[520] Tartışmalar için bkz. Tandoğan, s. 343 vd.
[521] Gauch, Nr. 412 – 413; Aynı yönde, Tercier/Favre/Carron Nr. 4800

TBK m. 484'ün uygulanma şartları[522] madde hükmünden anlaşılacağı üzere işin tamamlanmamış olması ve fesih beyanında bulunulmuş olmasıdır.

İşin tamamlanmamış olmasından kasıt henüz eserin yapımına başlanmamış yahut yapımının bitmemiş olması olmakla birlikte eserin mülkiyetinin geçirilmesinin gerekli olduğu durumda eser tamamlanmış ve fakat mülkiyet iş sahibine geçirilmemişse de eserin tamamlandığı kabul edilmelidir[523]. Ayrıca eserin ayıplı şekilde tamamlanmış olması da TBK m. 484'e göre feshetme hakkını ortadan kaldıracaktır[524]. Bu konuda son olarak, eserin tamamlanmasını iş sahibinin kendisinin engellemesi durumunda da bu hükmün uygulanabileceği ve fakat artık bir imkânsızlık söz konusu olmuşsa imkânsızlık ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekliliği belirtilmektedir[525].

İş sahibinin fesih beyanında bulunma aşamasında müteahhidin zararlarını gidermek zorunda olup olmadığı ve fesih beyanında sebebin belirtilmesi ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır[526]:

Buna göre bir görüş[527], fesih beyanında bulunulurken tazminatın teklif edilmesini gerekli görmekte ve bu teklif fesih beyanında yoksa müteahhidin fesih beyanını kabul etmeyebileceği yahut tazminata yönelik ihtirazi kayıtsız kabulü halinde tazminat hakkından vazgeçmiş sayılacağını ileri sürmektedir. Bize göreyse[528]; fesih beyanı bir yenilik doğuran hak olduğu için kabule bağlı değildir ve TBK m. 484 uyarınca kanunen müteahhide verilmiş bulunan tazminat hakkının ihtirazi kayıt konulmaması sebebiyle sona ermesi mümkün değildir.

Başka bir görüş[529], fesih beyanında hangi sebebe dayanıldığının belirtilmesi gerektiğini ve bu belirtilmediği takdirde müteahhidin hangi sebebe dayanılarak iş sahibine sözleşmeyi feshettiğini sorması gerektiğini ve buna cevap verilmediği takdirde fesih bildiriminin geçersiz sayılacağını belirtilmektedir. Burada, fesih

[522] Bize göre, iş sahibinin müteahhidin zararını tazmin etmesi bir şart değil, feshetmenin sonucudur. Bu sebeple müteahhidin zararının tazmin edilmesini aşağıda inceleyeceğiz.
[523] Gauch Nr. 524; Buz, Eser Sözleşmesinin feshi, s. 226 vd.
[524] Gauch, Nr. 588, Tandoğan, s. 344.
[525] Gauch, Nr. 588, Tandoğan, s. 344
[526] Söz konusu görüşlerin detaylı incelenmesi için Bkz. Tandoğan, s 345 vd; Öz, s. 140 vd.
[527] Gümüş, s. 97.
[528] Öz, s. 142
[529] Detaylar için bkz. Tandoğan, s. 345

sebebinin belirtilmediği takdirde, bunun TBK m. 484 uyarınca fesih olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul eden görüşe katılmaktayız[530].

Son görüş[531] ise, fesih beyanında ne sebebi ne de tazminat teklifini gerek görmektedir. Belirttiğimiz üzere, tazminat talebi olmasa da fesih beyanının geçerli olacağı ve fesih sebebi belirtilmese de TBK m. 484'e göre sözleşmenin feshedildiği kabul edilebilirse de iş sahibinin başka bir iradeyle sözleşmeyi sona erdirdiği müteahhit tarafından anlaşılabiliyorsa[532] ilgili sebebe dayanan hüküm gereğince dönmenin gerçekleştiği ve buna göre tasfiyenin yapılacağı kabul edilmelidir[533].

2. Sona Ermenin Sonuçları

TBK m. 484'e göre ileriye etkili bir sona erme düzenlendiğinden[534] iş sahibi, inşaatın o zamana kadar yapılmış olan kısmın bedelini müteahhide ödemek zorundadır[535]. Yapılmış olan kısmın bedelinden kasıt, yapılan işin müteahhide maliyeti değil ve fakat sözleşme uyarınca alacağı bedelin yapılan kısma oranlanmasıdır[536].

Bedel borcu dışında ise, müteahhidin zararının tamamının tazmini, başka bir deyişle iş tamamen bitirilebilseydi müteahhidin elde edeceği karın tazmini gerekmektedir[537] [538].

Bedel borcu ve müteahhidin zararının tamamının tazmininin hesabı için uygulamada kesinti yöntemi ve toplama yöntemi adı verilen iki yöntem

---

[530] Öz, s. 142

[531] Gauch, Nr. 411; Eren, İnşaat, s. 93; Buz, Eser Sözleşmesinin Feshi, s. 230; Gökyayla, Ek İş, s. 141 vd.

[532] Bu durum, iş sahibinin başka bir sebeple sözleşmeyi açıkça feshettiğini bildirmesiyle gerçekleşebileceği gibi, objektif olarak başka bir sebebe dayanıldığının anlaşılabilmesiyle de kanımızca gerçekleşebilir.

[533] Bu durumda, eğer TBK m. 484 dışındaki diğer sebebin koşulları gerçekleşmemişse de TBK m. 484'e göre fesih beyanı yapıldığının kabulü, iş sahibini iradesi dışında yüklü bir tazminat altına sokması açısından adaletsiz olabileceğinden; iş sahibinin bu diğer sebebin koşullarının oluşmadığı fikrinde haklı görülebilmesi durumunda feshin geçersizliğinin, aksi ihtimalde TBK m. 484'e göre feshin gerçekleştiğinin kabulü gerektiğine ilişkin bkz. Öz, s. 142.

[534] Gauch, Nr. 391; Buz, Eser Sözleşmesinin Feshi s. 220.

[535] Tandoğan, s. 346

[536] Öz, İnşaat, s. 235. Yazar burada örnek olarak, eser bedelinin sözleşmede 1.500.000 TL olarak belirlendiği durumda bu eserin yarısı yapıldığında sözleşmeden dönülürse iş sahibinin ödemesi gereken bedel borcunun 750.000 TL olduğunu belirtmektedir, yoksa eserin yapımı için toplam masraf 1.000.000 TL olacaksa bunun yarısı olan 500.000 TL değil.

[537] Bkz. dn. X. Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak 750.000 TL bedel borcu dışında eserin yapılmamış olan yarısından elde edeceği kar olan 250.000 TL de talep edilebilecek ve toplamda iş sahibi 1.000.000 TL ödemekle yükümlü olacaktır.

[538] Gauch, Nr. 520.

bulunmaktadır[539]: Kesinti yöntemi, müteahhidin işin yapılmayan kısmı için harcamadığı giderlerinin eser bedelinden çıkarılması[540], toplama yöntemi ise müteahhidin yaptığı harcamaların borcun tamamen ifa edilmiş olması ihtimalinde elde edeceği kar ile toplanmasıdır[541]. Bizce, tazminatın hangi kalemlerden oluştuğu (yapılmış olan kısmın karşılığı ve müteahhidin toplam zararı) madde metninde zaten belirtildiğinden bu tür hesaplama yöntemlerinin uygulanmasının hiçbir pratik faydası yoktur[542].

İş sahibinin tazminat yükümlülüğü hakkında da; iş sahibinin ve müteahhidin kusurlarının tazminat miktarına etki etmeyeceği çünkü birinci ihtimalde TBK m. 484'ün uygulanmasının iş sahibinin kusurundan bağımsız olduğu[543], ikinci ihtimalde ise TBK m. 484'e göre değil fakat biraz sonra inceleyeceğimiz gibi haklı sebeple sözleşmenin sona erdirildiği kabul edilebilecektir[544].

Son olarak, yapılan kısmın bedeli ve müteahhidin zararı tazmin edildiğinden, eserin yapılmış olan kısmının iş sahibinde kalacağını ve ne müteahhidin bunu geri isteyebileceğini ne de iş sahibinin bu kısmı alması için müteahhidi zorlayabileceğini belirtiyoruz[545].

3. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinin TBK m. 484 uyarınca keyfi feshi söz konusu olduğunda, daha önce açıkladıklarımıza uygun olarak, alt müteahhitlik sözleşmesi eğer alt müteahhit borcunu iş sahibinin katılımı olmadan ifa edecekse hüküm ifade eder ve asıl müteahhit ifayı kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşer. Elbette, asıl müteahhit de TBK m. 484 uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesini, alt müteahhidin ifa teklifi olmadan önce feshedebilir. Alt müteahhit borcunu önceden ifa etmiş ise de sözleşme zaten ifa ile sona ermiş olacaktır.

---

[539] Detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 348.
[540] Gauch, Nr. 400. Yargıtay'ın kesinti yöntemini esas aldığı karar: Y. 15. HD. 26.2.2004 T, 299/1039
[541] Tandoğan, s. 348. Yargıtay'ın toplama yöntemini esas aldığı karar: Y. 15. HD. 2.4.1998, 833/1348 (www.kazanci.com)
[542] Aynı yönde Öz, İnşaat, s. 235 – 236.
[543] Tandoğan, s. 349 – 350
[544] Gümüş, s. 98; Buz, Eser Sözleşmesinin Feshi; s. 226 vd. Bu yazarlar, TBK m. 484'ün haklı sebeple feshi sınırlandırmadığı görüşündedirler.
[545] Öz, s. 145.

Eğer ki alt müteahhit iş sahibinin hakimiyet alanında asıl müteahhidin katılımıyla iş sahibinin hakimiyet alanında borcunu ifa etmek zorundaysa bu son durumda, iş sahibi eser sözleşmesini feshettiğinde objektif imkânsızlığın varlığının kabulü ve TBK m. 136'ya göre tasfiyenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Alt müteahhidin, az bir ihtimal olsa da borcunu önceden ifa ettiği durumda ise yine TBK m. 484 hükmü, sözleşme sona ermiş olduğu için uygulanamaz.

C) Haklı Sebepler Dolayısıyla Fesih ve Sonuçları

1. Kural

Doktrinde, eser sözleşmesinin haklı sebeple[546] feshedilip edilemeyeceği de tartışma konusu olduğundan[547] bu ihtimali de kısaca değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz.

Öncelikle, müteahhidin TBK m. 484'e kıyas yoluyla dayanmasının mümkün olmadığı ve TBK m. 125 ve TBK m. 480 gibi hükümlere dayanılarak sözleşmenin sona erdirilebileceği ifade edilmektedir[548]. Buna rağmen, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler için haklı sebeple fesih prensibinin burada da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir[549].

İş sahibi açısından ise TBK m. 484'ün haklı sebepli feshi de kapsadığı ve feshin haklı olması durumunda tazminat miktarının indirilebileceği yahut tazminatın tamamen ortadan kaldırılabileceği Gauch tarafından belirtilmektedir[550]. Yazar, tazminatın ortadan kaldırılması yahut miktarının indirilmesinin gerekçesini TBK m. 484'te boşluk bulunmasına bağlamaktadır. Buna göre, haklı sebep söz konusu ise müteahhidin zararlarının tamamını istemesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir[551]. Bununla beraber, haklı sebebi oluşturan davranış başka bir hükmün

[546] Müteahhidin feshetmesi açısından haklı sebep olarak yapının sanat kurallarına aykırı şekilde yapılması; iş sahibinin feshi açısından ise haklı sebep olarak rüşvet verme, hakarette bulunma, sözleşmeyi ağır tehlikeye düşürme ve benzeri örnekler verilmektedir. Bkz. Tandoğan, s. 352 – 353.
[547] Tartışmalar için bkz. Tandoğan, s. 352 – 353.
[548] Tandoğan, s. 353.
[549] Gauch, Nr. 419
[550] Gauch, Nr. 408 – 410.
[551] Aynı yönde Buz, Eser Sözleşmesinin Feshi, s. 226; Gümüş, s. 97 – 98.

uygulama alanında ise, TBK m. 484'e dayanıldığında artık tazminatın tamamının ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir[552].

2. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

İş sahibinin haklı sebeple feshi TBK m. 484'e tabi olacağından ve müteahhidin kıyas yoluyla haklı sebeple feshi için TBK m. 484'e dayanamayıp diğer sebeplere başvurması gerektiğinden, alt müteahhitlik sözleşmesine etki, belirttiğimiz hükümlerin etkisiyle aynı olacak ve bu yüzden burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

D) Ücret Miktarı İle İlgili Fesih Halleri

1. Götürü Bedelli Sözleşmelerde Bedelin Değiştirilmesi Yahut Sözleşmenin Feshi

a. Genel Olarak

TBK m. 480/2 uyarınca *''başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir''.*

Öncelikle belirtelim ki, söz konusu hüküm, TBK m. 138'in müteahhit için özel olarak düzenlenmiş hali olup eğer ki iş sahibi uyarlama[553] yahut dönme talep edecekse

[552] Tandoğan, s. 352 – 353. Yazar burada, TB**K** m. 473 ve TBK m. 482 hükümlerini örnek göstermektedir.

[553] Uyarlama için işlem temelinin çökmüş olması gerektiği ve işlem temelinin çökmesi için aranan gerekler hakkında için bkz. Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 143 vd

doğrudan TBK m. 138 hükmüne başvurması gerekir[554]. TBK m. 480/2'nin uygulanma şartları şu şekilde ifade edilebilir:

Öncelikle, taraflarca tahmin edilmemiş veya tahmin edilse bile gerçekleşmeyeceği düşünülmüş olağanüstü hallerin[555] ortaya çıkmış olması gerekir[556]. İkinci şart, ortaya çıkan olağanüstü halin işin yapılmasını engellemesi yahut aşırı derecede güçleştirmesidir[557]. Bir diğer şart, olağanüstü halin, müteahhidin kusuru sonucunda meydana gelmemiş olmasıdır[558]. Son olarak ise, müteahhidin, olağanüstü olay sebebiyle işin tamamlanamayacağını iş sahibine bildirmesi gerektiği belirtilmektedir[559] [560].

Söz konusu şartlar gerçekleştiği takdirde, madde metninden anlaşıldığı üzere müteahhit söz konusu haklarını dava açarak kullanabilecektir. Bir görüşe göre, davada hâkim, müteahhidin talebiyle bağlıdır[561] ve buna göre sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması[562] talebi ve sözleşmenin sona erdirilmesi taleplerinden hangisinde bulunulmuşsa, eğer şartları gerçekleşmişse, o yönde karar verecek olup diğer imkâna hükmedemez. Hâkim, ancak bu talepler terditliyse ve uyarlama mümkün değilse sözleşmenin sona ermesine karar verecektir[563].

Bir diğer görüşe göre ise hakim herhangi bir taleple bağlı değildir ve müteahhit sözleşmenin uyarlanması için dava açsa bile sözleşmenin sona erdirilmesine;

---

[554] Gauch, Nr. 1160.

[555] Olağanüstü haller kapsamına yalnızca mücbir sebeplerin girmediği, tarafların öngörebilecekleri fakat gerçekleşmesini tahmin etmedikleri olayların da girdiği kabul edilmektedir. Bkz. Tandoğan, s. 239 – 240; Gauch, Nr. 1162; Kocayusufpaşaoğlu, s. 504 vd.

[556] Söz konusu olaylar olağan ise fakat tarafların bilgisizlikleri nedeniyle öngörülememişse burada hata hükümlerinin (TBK m. 30 vd.) uygulanması gerektiği yönünde bkz. Öz, İnşaat, s. 65. Hata ile ilgili olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu s. 393 vd.

[557] Tercier/Favre/Carron Nr. 4699. Aşırı derecede güçleşmenin tespitinde, sözleşmeyi uygulamanın müteahhide yol açacağı zarar ile sözleşmeyi sona erdirmenin iş sahibine yol açacağı zarar arasındaki aşırı zararın varlığının kriter olarak alınması için bkz. Tandoğan, s. 245

[558] Gauch, Nr. 1113.

[559] Gümüş, s. 88. Bu bildirim yükümlülüğünün, ifayı tehlikeye sokan hallerde müteahhidin bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 472/3 hükmüne dayandırıldığına ilişkin bkz. Öz, İnşaat, s. 70

[560] Ergezen, s. 110.

[561] Gümüş, s. 89 vd.; Öz, İnşaat, s. 72. Yazara göre, eski BK m. 365/2 hükmü uyarınca müteahhidin bedel arttırma talebi yahut sözleşmeden sona erdirme yetkisinden herhangi birini seçmeye yetkisi olup olmadığı ve bunlardan biri seçildiğinde de hâkimin bu seçimin dışında karar verip veremeyeceği ile ilgili tartışmalar sona ermiş olmaktadır. Tartışmalar için bkz. Tandoğan s. 251 vd. Ayrıca TBK m. 138 çerçevesinde bu hususta bkz. Barış Demirsatan, Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 82-83

[562] Eski BK m. 365/2 uyarınca yalnızca müteahhide ödenecek bedelin arttırılması mümkün iken TBK m. 480/2 uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması mümkündür. Bkz. Yavuz, s. 572.

[563] Uyarlamanın mümkün olmasında dikkate alınacak husus, sadece müteahhidin durumu değil, aynı zamanda iş sahibinin de durumudur. Öz, İnşaat, s. 72

sözleşmenin sona erdirilmesi için dava açsa bu sefer de sözleşmenin uyarlanmasına karar verebilir[564].

Biz, uyarlama talebiyle mahkemeye başvurulduğunda sözleşmeden dönme kararı verilememesi ve fakat sözleşmeden dönme talebiyle başvurulduğunda, ancak dönme şartları gerçekleşmemişse sözleşmenin uyarlanmasına karar verilebilmesini uygun bulan ağırlıklı görüşe[565] katılıyoruz.

b. Sona Ermenin Sonuçları

TBK m. 480/2 hükmü uyarınca hakim sözleşmeden dönülmesine karar verirse bunun sonuçları TBK m. 125 hükmü dolayısıyla geçmişe etkili olacağından[566] müteahhit, iş sahibinden aldığı bedeli iade etmekle yükümlü olacak ve iş sahibi de müteahhit tarafından kullanılan malzemeyi iade edecektir[567]. Eğer üzerine devam edilebilir bir iş yapılmış ise işçilik ve malzeme giderlerinin toplam değerlerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca müteahhide iadesi zorunludur[568].

Bunun yanında, TBK m. 480/3'e göre hâkimin feshe hükmetme olanağı da bulunmaktadır[569]. Buna göre hâkim, dürüstlük kuralı gerektirirse sözleşme bedelinin o zamana kadar yapılmış olan kısma oranlanan miktarından fazla olmamak üzere[570] müteahhit lehine tazminata hükmedebilecektir[571]. Elbette ki bu durumda eserin yapılmış olan kısmı iş sahibinde kalacaktır.

Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da TBK m. 480/2'nin uygulanılması konusunun üzerinde de durmak gerekir. Bu sözleşmede eser sözleşmesinin aksine bedel yerine arsa payının devri söz konusudur[572]. Burada, TBK m. 480/2 uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması mümkün olduğundan, iş sahibine sözleşmeyle kararlaştırılmış olan bağımsız bölüm sayısından fazlasının

[564] Yavuz, 571.
[565] Baysal, s. 265 vd.
[566] Eren, s. 664
[567] Öz, İnşaat, s. 73.
[568] Öz, İnşaat, s. 73
[569] Eski BK m. 365/2 hükmünde sözleşmenin sona erdirildiği ihtimalde bunun ileriye mi yoksa geriye mi etkili olacağı konusunda açıklık bulunmamaktaydı.
[570] Gauch, Nr. 771 – 772.
[571] Tandoğan, s. 257.
[572] Öz, İnşaat, s. 73.

verilmesi yahut bağımsız bölüme ek olarak bir miktar para ödenmesi de kabul edilmektedir[573].

Son olarak, müteahhidin ifa etmesinin son derece güçleştiği bu halde TBK m. 480/2'ye dayanarak sözleşmeyi feshetmesinden önce iş sahibi TBK m. 484'e dayanarak sözleşmeyi feshetmek isteyebilir[574]. Böyle bir durumda ise, TBK m. 480/2'nin şartları iş sahibinin TBK m. 484'e göre fesih beyanından önce oluşmuşsa müteahhit bunu mahkemede ileri sürebilmeli ve TBK m. 484'e göre feshi engelleyebilmelidir[575].

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

Sözleşmeden dönme üzerine alt müteahhitlik sözleşmesi şu şekilde etkilenebilir:

Eğer ki alt müteahhidin, asıl müteahhidin katılımıyla borcunu ifa etmesi gerekmiyorsa, eser sözleşmesinden dönüldükten sonra asıl müteahhit, alt müteahhidin borcunun ifasını kabul etmek zorundadır ki aksi takdirde alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Eğer ki bu ihtimalde, alt müteahhit borcunu önceden ifa etmiş ise alacaklı temerrüdü hükümleri dahi uygulanamaz.

Eğer ki, alt müteahhit borcunu iş sahibinin hakimiyet alanında ve asıl müteahhidin katılımıyla ifa etmek zorunda ise sözleşmeden dönülmüş olunması sebebiyle objektif imkansızlık söz konusu olacaktır. Burada, öncelikle her ne kadar (alt müteahhide göre) iş sahibinin faaliyet alanında beklenmedik bir olay gerçekleşse de imkânsızlığa neden olan sözleşmenin hâkim tarafından sona erdirilmesi olduğu için TBK m. 485'in uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Buna ek olarak, eser sözleşmesinin bu sebebe dayanarak sona erdirilmesi ihtimalinde dahi alt müteahhitlik sözleşmesi açısından asıl müteahhidin kusurluluğu (sözleşmeyi sona erdirmek için mahkemeye

[573] Öz, İnşaat, s. 74

[574] Bunun sebebi, TBK m. 484 uyarınca feshin malzeme ve işçilik masrafıyla karın karşılanmasını kapsaması ve fakat borcun ifasının aşırı derecede güçleşmesi durumunda müteahhidin belki de hiç kar edemeyecek olması nedeniyle aslında iş sahibinin malzeme ve işçilik masrafı dışında ödeme yapmayacak olmasıdır. Öz, İnşaat, s. 74.

[575] Evleviyetle, TBK m. 480/2'ye göre sözleşmenin feshi için dava açılmışsa, TBK m. 484'e göre feshetme hakkı da kullanılamamalıdır. Öz, İnşaat, s. 74 – 75.

başvurması nedeniyle) ortadan kalkmayacağından kanımızca alt müteahhit TBK m. 112 uyarınca müsbet zararını tazmin edebilmelidir.

Elbette ki, eserin iş sahibine tesliminden önce alt müteahhit eserin ilgili kısmını iş sahibine teslim etmişse (asıl müteahhidin katılımıyla iş sahibinin hakimiyet alanında ifa edilecek eser kısımlarında bu ihtimal çok düşüktür) artık yine TBK m. 480/2 uyarınca ifadan sonra dönme mümkün olmadığından alacaklı temerrüdü hükümleri veya TBK m. 484 hükmüne başvurulamaz.

Elbette, götürü bedelin aşılacak olması alt müteahhitten kaynaklanıyorsa müteahhit kusurlu olacağından TBK m. 480/2 uyarınca eser sözleşmesinden dönmek mümkün olmadığından alt müteahhitlik sözleşmesinin bu durumdan etkilenme ihtimali yoktur[576].

2. Yaklaşık Bedelin Çok Aşılması Durumda İş Sahibinin Sözleşmeden Dönebilmesi

a. Genel Olarak

TBK n. 482/1 uyarınca, ‘’*başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.*

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir’’.

İlgili maddenin uygulanma şartları şunlardır: Öncelikle, bedelin yaklaşık olarak belirlenmiş olması gerekir[577]. İkinci olarak, söz konusu bedelin aşırı derecede[578]

[576] Öz, İnşaat, s 70

[577] Bedelin yaklaşık olarak belirlenmesi sözleşmede açıkça belirlenmiş olabileceği gibi işin mahiyetinden de anlaşılabilir. Tandoğan, s. 282.

[578] Burada, bedelin hangi oranda üzerine çıkılmış kabul edileceğini belirlerken kullanılacak ölçüt, iş sahibinin bedelin bu denli artacağını bilseydi sözleşmeyi akdetmeyecek olmasıdır. Öz, İnşaat, s. 75

üzerine çıkılmış olması[579] gerekmektedir. Son olarak da yaklaşık bedelin aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması, şart olarak gösterilmektedir[580].

Söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir[581]. Belirtmek gerekir ki, eğer müteahhit yaklaşık bedelin çok aşılmasına rağmen hoş görülebilen bedel artışı dışında talepte bulunmayacağını (aşırı artan bedel alacağından feragat ettiğini) belirtiyorsa iş sahibi sözleşmeden dönemez[582].

Son olarak belirtmek gerekir ki iş sahibi, TBK m. 482/1 kaynaklı sözleşmeden dönme hakkını kısa süre içinde kullanmak zorunda olup[583] özellikle yaklaşık bedelin çok aşılmasından haberdar ise bu hakkını kullanmaması onun güven teorisi uyarınca bu bedele onay verdiğini göstermektedir[584].

b. Sona Ermenin Sonuçları

Sözleşmeden dönülmesi sonucunda, müteahhit yapılan kısmın işçilik ve malzeme masraflarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecek, iş sahibi ise eğer sözleşmeden kaynaklı bir bedel ödemiş ise bunu müteahhitten talep edebilecektir[585].

Bununla beraber, eğer ki yaklaşık bedelin çok aşılacağını müteahhit iş sahibine zamanında bildirmemişse kusurlu sayılacağından, iş sahibi menfi zararını talep edebilir. İş sahibinin menfi zararın kapsamını oluşturan malzeme yahut işçilik masrafının gecikmeden dolayı artması kaynaklı bu tazminat, müteahhidin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak işçilik ve malzeme masrafını talep ettiği tazminat talebinden düşülecektir[586].

[579] Aynı şekilde, bedelin aşırı şekilde aşılacağının belli olması da bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Öz, İnşaat, s. 75
[580] Burada Tandoğan (s. 286) ve Gauch (Nr. 682) iş sahibinin yaklaşık bedelin aşılmasına sebebiyet verirken kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın dönme hakkının ortadan kalkacağını belirtmektedir.
[581] Yavuz, s. 573.
[582] Gauch, Nr. 688.
[583] Tandoğan, s. 287 – 288.
[584] Öz, İnşaat, s. 77
[585] Tandoğan, s. 289
[586] Öz, İnşaat, s. 77

Yaklaşık bedelin çok aşılmasında müteahhidin kusuru, borca aykırılık da teşkil ediyorsa[587] artık sözleşmeden dönülmeden TBK m. 112 hükümleri uygulanabilmesi mümkündür[588]. Önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 112 uyarınca tazminat borca aykırılık sonucu talep edilebileceğinden, bu hükmün uygulanması için yaklaşık bedelin aşırı artması şartı gerekli değildir[589].

Son olarak TBK m. 482/2'ye de kısaca değinmek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz madde hükmüne uygun olarak; iş sahibinin arazisinde inşaatın yapılması devam ederken yaklaşık bedelin çok aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi yapılan kısım için hakkaniyete uygun bedel ödeyerek sözleşmeyi feshetme ve bedelin indirilmesini talep etme seçimlik haklarına sahiptir[590].

Yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshetme hakkı, yalnızca inşaatın yapımına devam edildiği ihtimalde mümkün olup ödenecek bedelin hakkaniyete uygun olmasından, yapılan kısma orantılı bir bedelin değil fakat sebepsiz zenginleşme tutarını aşan bir miktarın anlaşılabileceği ifade edilmektedir[591].

Bedelden uygun bir miktar indirmeye yönelik seçimlik hak ise yapı tamamlanmadan kullanılabileceği gibi yapı tamamlandıktan sonra da kullanılabilir[592]. Elbette ki bu hakkın kullanılması, güven teorisi uyarınca iş sahibinin bu bedeli kabul ettiği yönünde bir davranışta bulunmamış olmasına bağlıdır[593].

c. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinin yaklaşık bedelin aşırı artacak olması nedeniyle sona ermesi söz konusu olduğunda yaklaşık bedelin aşırı artacak olması tamamen asıl müteahhitten kaynaklanıyorsa ve alt müteahhit iş sahibinin hakimiyet alanında işini yapmak zorunda değilse alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade edecek ve ifa asıl müteahhitçe kabul edilmezse alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Eğer ki eser tamamlandıktan

[587] Özellikle, özen yükümlülüğüne aykırı davranışların borca aykırılık teşkil ettiği ifade edilebilir. Bkz. Tandoğan, s. 292.
[588] Öz, İnşaat, s. 76 – 77.
[589] Öz, İnşaat, s. 78
[590] Tandoğan, s. 295.
[591] Öz, İnşaat, s. 79.
[592] Tandoğan, s. 294.
[593] Öz, İnşaat, s. 78

sonra sözleşmeden dönülmüşse, alt müteahhitlik sözleşmesi de ifa edilmiş olacağından alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanmayacaktır.

Eser sözleşmesinin iş sahibinin arazisinde ifa edildiği ve bedelin artacak olmasının asıl müteahhitten kaynaklandığı ihtimalde ise TBK m. 482/2 uyarınca eser sözleşmesi feshedildiğinde müteahhit işe devamdan alıkonacak ve bu sebeple alt müteahhit için (alt müteahhidin eserinin önceden teslim edildiği bir ihtimal söz konusu değilse) objektif imkânsızlık meydana gelecektir. Burada, bedelin artacak olmasında asıl müteahhit kusursuz ise TBK m. 136 uyarınca tasfiyenin gerçekleşeceği, kusurlu ise TBK m. 112 hükümleri uyarınca alt müteahhidin zararının tazmin edileceğini belirtiyoruz. Bunun sebebi ise her ne kadar iş sahibi tarafından asıl müteahhitlik sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle objektif imkânsızlığın iş sahibinden kaynaklandığı ve alt müteahhitlik sözleşmesinin TBK m. 136'ya göre tasfiyesinin gerçekleşmesi gerektiği düşünülse de aslında asıl müteahhit kusursuz olmasaydı iş sahibinin sözleşmeden dönmesine neden olacak sebebin ortaya çıkmayacak olmasıdır. Bu açıdan ileri sürdüğümüz çözüm, hakkaniyete daha uygun görünmektedir.

Eğer ki yaklaşık bedelin aşırı artması alt müteahhitten kaynaklanıyorsa ve alt müteahhit iş sahibinin faaliyet alanında ifayı gerçekleştirmeyecekse iş sahibi eser sözleşmesinden döndüğünde asıl müteahhit TBK m. 482/1 hükümleri uyarınca alt müteahhitlik sözleşmesinden dönebilecek ve tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir. Burada, eser tamamlandıktan sonra da sözleşmeden dönülmesi ihtimalinde alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması ve TBK m. 484'e başvurulması da mümkün değildir. Yine, TBK m. 482/1 uyarınca tasfiye gerçekleşecektir.

Eğer ki yaklaşık bedelin aşırı artması alt müteahhitten kaynaklanıyorsa ve eser sözleşmesi iş sahibinin arazisinde ifa ediliyorsa iş sahibi tarafından sözleşmeden dönüldüğünde alt müteahhit için (alt müteahhidin eserinin önceden teslim edildiği bir ihtimal söz konusu değilse) objektif imkansızlık söz konusu olacaktır. Söz konusu durumda ise, objektif imkansızlığa sebebiyet veren alt müteahhit olduğu için asıl müteahhidin zararları eğer alt müteahhit kusurluysa TBK m. 112 hükümlerine göre tazmin edilir, kusursuz ise, TBK m. 136 hükümlerine göre tasfiye gerçekleşir. Eğer ki, alt müteahhit eserin ilgili kısmını önceden teslim etmişse, TBK m. 482/2 uyarınca asıl müteahhidin sözleşmeyi feshetmesiyle tasfiyenin gerçekleşmesi mümkündür.

E) İkale ile Sona Erme

1. Kural

Eser sözleşmesinin tarafları olan iş sahibi ve müteahhit, tıpkı sözleşmeyi kurma yönünde iradelerini birleştirebilecekleri gibi sözleşmeyi sona erdirme yönünde de iradelerini birleştirebilirler[594] ve bu irade birleşimi ikale olarak adlandırılır[595] [596].

Sözleşmenin ortadan kaldırılmasıyla tarafların birbirlerinden ne tür taleplerde bulunabilecekleri ikalede (kaldırma sözleşmesinde) belirlenmiş olabileceği gibi, belirlenmediği takdirde iyi niyet kuralına göre tarafların asıl iradeleri yorumlanarak sözleşmedeki boşluklar doldurulur[597]. Birinci ihtimalde kural olarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği ve o zamana kadar yapılan işin bedelinin ödenmesi gerektiği ve fakat ayrıca bir tazminat talebinde bulunmamaya yönelik iradeye sahip oldukları kabul edilmektedir[598] [599].

Son olarak, ikalenin, asıl sözleşmenin geçerlilik şekline, eğer asıl sözleşme yasal geçerlilik şartına tabi değilse, tabi olmadığını belirtmek gerekmektedir[600].

2. Sona Ermenin Alt Müteahhitlik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesi tarafların iradesiyle sona erdiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesinin kural olarak bundan etkilenmeyecek ve asıl müteahhit ifayı kabulle yükümlü olacaktır. Elbette bu durumda, asıl müteahhit ifayı kabul etmez ise (ifa

---

[594] İş sahibinin fesih beyanını müteahhidin açıkça veya örtülü kabulünün ikale olarak adlandırılamayacağı ve bu durumda müteahhidin TBK m. 484'ten doğan haklarından feragat etmeyeceği yönünde bkz. Tandoğan, s. 351. Bize göre ise, zaten fesih beyanı kabule bağlı olmadığından ve muhataba ulaştığı anda hüküm ifade edeceğinden sözleşmenin sona erdiği ve sözleşmeyi sona erdirici bir sözleşme ihtimalinin ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Burada, iş sahibinin beyanının güven teorisi uyarınca bir icap olarak kabul edilebileceği ihtimalde ikaleden söz edilebilirse de fesih beyanının, yine kanımızca, icap olarak addedilebilmesi, özellikle fesih sebebi bildirildiğinde, çok zordur. Fesih sebebi bildirilmediğinde ise kural olarak sözleşmenin TBK m. 484'e göre sona erdirilmiş sayılması gerektiğini belirtmiştik.

[595] Tandoğan, s. 351.

[596] Kavramın ''fesih anlaşması'' yahut ''ibra'' olarak adlandırılamayacağına yönelik açıklamalar için bkz. Öz, İnşaat, s. 238 vd.

[597] Gauch, Nr. 405, Tandoğan, s. 351.

[598] Gauch, Nr. 405

[599] Bu iradenin, yapılan kısmın kullanılmasının veya yapılan kısma devam edilmesinin mümkün olduğu durumda var olduğuna ilişkin bkz. Öz, İnşaat, s. 238 – 239.

[600] Öz, İnşaat, s. 238.

önceden gerçekleşmemişse) alacaklı temerrüdüne düşecektir. Burada asıl müteahhit tarafından ancak, TBK m. 484 hükümleri uygulanabilir. Bununla beraber, eser teslim edildikten sonra eser sözleşmesi sona erdirilmişse (bu durum alt müteahhidin eserin ilgili kısmını da ifa ettiğini gösterir) artık alt müteahhitlik sözleşmesi sona erdiğinden alacaklı temerrüdü hükümleri dahi uygulanamayacaktır. Aynı şekilde, teslim gerçekleştiği için TBK m. 484 hükümlerine dayanılması da mümkün değildir.

Bununla beraber, eğer ki alt müteahhidin borcunu iş sahibinin katılımıyla ifa etmesi gerekiyorsa (ki bu ihtimal çoğunlukla iş sahibinin faaliyet alanında ifa söz konusuysa mümkün olacaktır ve alt müteahhidin eserin ilgili kısmını önceden teslim ettiği ihtimaller oldukça sınırlıdır) artık eser sözleşmesinin taraflarının iradesi nedeniyle sona ermesiyle alt müteahhit için objektif imkansızlık doğmuş olacaktır.

Burada kanımızca, objektif imkânsızlığın meydana gelmesinde müteahhidin kusuru bulunduğu açıktır. Zira müteahhit, tarafı olduğu alt müteahhitlik sözleşmesinden haberdar olduğu açıkken eser sözleşmesini sonlandırmıştır. Bu sebeple de TBK m. 112 uyarınca alt müteahhidin müsbet zararı tazmin edilmelidir.

IV. SONA ERME SIRASINDA ALT MÜTEAHHİT VE İŞ SAHİBİNİN KARŞILIKLI TALEPLERİ

A) Genel Olarak

İkinci bölüm dâhilinde sözleşme ilişkisi içerisinde alt müteahhit ve iş sahibinin doğrudan talep imkanlarını incelemiştik. Burada ise, eser sözleşmesinin sona ermesi üzerine alt müteahhit ve iş sahibinin birbirlerinden doğrudan taleplerinde bu imkanları kullanıp kullanamayacağını inceleyeceğiz. Aynı şekilde, eser sözleşmesinin sona ermesinde incelediğimiz iş sahibinin tazminat talebi ile bu sözleşmenin sona ermesinin alt müteahhitlik sözleşmesi üzerindeki etkisinde incelediğimiz alt müteahhidin tazminat talebi üzerinde tekrar durmayacağız. Zira çoğunlukla, bu talepler bu iki tarafça birbirlerine karşı ileri sürülebilir durumdadır.

Önceden belirtelim ki, hem eser sözleşmesi hem de alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerli olduğu durumda alt müteahhit ve iş sahibinin birbirinden doğrudan talepte bulunmasına imkan vermeyen teorilerin ve imkanların, eser sözleşmesinin ve alt müteahhitlik sözleşmesinin geçersiz yahut eser sözleşmesinin geçersiz ve alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerli olduğu ihtimalde de uygulanabilmesi için bir sebep, kanımızca bulunmamaktadır. Bu sebeple biz, TBK m. 507/3'ün ve üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisinin uygulanabilirliğini incelemeyeceğiz.

Burada inceleyeceğimiz teoriler; iş sahibinin doğrudan talepleri açısından doğrudan taahhüt, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, alacağın temliki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi; alt müteahhidin doğrudan talepleri açısından doğrudan taahhüt, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, yapı alacaklısı ipoteği, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi ve alacağın temliki olacaktır.

Bunlara ek olarak sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, TBK m. 722 – 723 – 724 ve haksız fiil imkânları da değerlendirilecektir.

B) İş Sahibinin Alt Müteahhitten Doğrudan Talep İmkânı

1. Alt Müteahhidin İş Sahibine Doğrudan Akdi Taahhüdü

Eser sözleşmesi sona erdiğinde, alt müteahhidin iş sahibine akdi taahhüdünün geçerliliği herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir. Bunun sebebi, bu taahhüdün alt müteahhit ve iş sahibi arasında eser sözleşmesi ve alt müteahhitlik sözleşmesinden tamamen bağımsız olmasıdır. Bu durumda, söz konusu akdi taahhüdün içeriğine göre; iş sahibi, eser sözleşmesinin tasfiyesinden doğan taleplerden bağımsız olarak, alt müteahhitten talepte bulunabilecektir.

Burada belirtmek gerekir ki, akdi taahhütte alt müteahhit iş sahibine karşı asıl müteahhidin iş sahibine verdiği zararı gidermeyi taahhüt etmişse, iş sahibi asıl

müteahhitten zararlarını tazmin edebildiği ölçüde akdi taahhüde dayanarak alt yükleniciye karşı bir istem ileri süremeyecektir.

2. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Eğer ki, iş sahibinin lehtar olduğu bir üçüncü kişi yararına sözleşme var ise (alt müteahhitlik sözleşmesi tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebiliyor ise) iş sahibinin alt müteahhitten talepte bulunma imkânı, alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade edip etmemesine bağlıdır.

Alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade ettiği takdirde, üçüncü kişi lehine kararlaştırılan edimler de ayakta kaldığından iş sahibi bu edimleri talep edebilecektir. Bu durumda, taleplerin kapsamı, üçüncü kişi lehine sözleşme vasfı taşıyan alt müteahhitlik sözleşmesine göre belirlenecektir.

Alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade etmediği takdirde, üçüncü kişi yararına edimlerin de ortadan kalktığı hesaba katılırsa, artık iş sahibinin alt müteahhitten doğrudan talepte bulunma imkanı kaybolacaktır.

Üçüncü kişi yararına edim olarak, alt müteahhit iş sahibine karşı asıl müteahhidin iş sahibine verdiği zararı gidermeyi taahhüt etmişse, iş sahibi asıl müteahhitten zararlarını tazmin edebildiği ölçüde üçüncü kişi yararına edim uyarınca alt yükleniciye karşı bir istem ileri süremeyecektir.

3. Alacağın Temliki

Burada da, alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerli olup olmadığına göre, iş sahibinin alt müteahhitten talepte bulunup bulunamayacağı değişecektir.

Eser sözleşmesi sona erdikten sonra, eğer ki alt müteahhitlik sözleşmesi geçerli ise, asıl müteahhit tarafından iş sahibine temlik edilen alacaklar hukuki sebeplerini koruduğu için, iş sahibi alt yükleniciye karşı, devraldığı bütün talepleri ileri sürebilir.

Aksi ihtimalde, temlik işlemleri de hükümsüz kalacağı için iş sahibi alt müteahhide karşı bir talepte bulunamayacaktır. Bu durumda, iş sahibi yükleniciye karşı, alacağın temlikinde garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlere koşulları gerçekleştiği ölçüde başvurabilir.

4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi

Eser sözleşmesi sona erdiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesi sona ermiş olsun yahut olmasın iş sahibine karşı alt müteahhidin koruma yükümlülüğü kanımızca devam eder. Bunun sebebi, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin edimden bağımsız bir borç ilişkisine dayanmasıdır.

Üçüncü kişi koruyucu etki kapsamında, alt müteahhidin iş sahibinin bütünlük menfaatine verdiği zararların sözleşmesel sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi mümkün olacaktır, meğerki, iş sahibi yine sözleşme hukuku esaslarına dayalı olarak bu talepleri müteahhide karşı ileri sürebilsin.

C) Alt Müteahhidin İş Sahibinden Doğrudan Talepleri

1. İş Sahibinin Alt Müteahhide Doğrudan Akdi Taahhüdü

İş sahibi, alt müteahhide doğrudan akdi taahhüt içindeyse, eser sözleşmesinin ve hatta alt müteahhitlik sözleşmesinin sona ermesi bu taahhüdün geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu durumda, alt müteahhit taahhüt kapsamına bulunan edimleri iş sahibinden talep edebilir.

Akdi taahhütte iş sahibi alt müteahhide karşı asıl müteahhidin alt müteahhide verdiği zararı gidermeyi taahhüt etmişse, alt müteahhit asıl müteahhitten zararlarını tazmin edebildiği ölçüde akdi taahhüde dayanarak iş sahibine karşı bir istem ileri süremeyecektir.

2. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Söz konusu durumda, eser sözleşmesi aynı zamanda alt müteahhidin lehtar olduğu bir tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu sebeple, eser sözleşmesi sona erdiğinde alt müteahhit, üçüncü kişi yararına sözleşmedeki kendi lehine kararlaştırılmış edimi talep edemeyecektir. Bununla beraber eser sözleşmesi geçerli olduğunda, elbette ki söz konusu edim talep edilebilecektir[601].

3. Yapı Alacaklısı İpoteği

Burada eser sözleşmesi sona erdikten sonra, alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade etmemesine göre ikili bir ayrım yapılabilir:

Birinci ihtimalde; alt yüklenicinin, yükleniciyle arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan ücret alacağı, yapı alacaklısı ipoteği ile teminat altına alınabilir. Bu durumda, yapı alacaklısı ipoteği, usulüne uygun şekilde, alt yüklenici lehine tescil edilirse, alt yüklenici, yükleniciden ücret alacağını tahsil edemediği takdirde, ipoteğin paraya çevrilmesini sağlayabilir[602]. Taşınmaz bu şekilde paraya çevrildiği durumda, malik alt yüklenicinin ücret alacağına halef olur. Böylece, yükleniciye karşı bu alacağı talep edebilir. Bu şekilde, malik-iş sahibi yapmış olduğu çifte ödemeden kurtulmuş olacaktır.

Alt müteahhitlik sözleşmesi, eser sözleşmesinin sona ermesi sonucu sona erer ise, ipoteğin kaynağı olan alacak da ortadan kalkmış olacağı için, alt müteahhit lehine tescil edilmiş yapı alacaklısı ipoteği de ortadan kalkacağından, alt müteahhit asıl müteahhitten, koşulları varsa menfi zararının tazminini isteyebilir.

[601] Y. 15. HD. E. 2015/5619 K. 2016/2683 T. 10.5.2016;
[602] Y. 15. HD. E. 2014/4356 K. 2014/6677 T. 19.11.2014; Y. 15. HD. E. 2015/5673 K. 2016/2437 T. 21.4.2016.

4. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi

Eser sözleşmesi sona erdiğinde, alt müteahhitlik sözleşmesi sona ermiş olsun yahut olmasın, bu teoriye göre yukarıda belirttiğimiz sebepler uyarınca alt müteahhit kişilik haklarına yahut malvarlığına verilen zararları doğrudan iş sahibinden talep edebilir. Bunun dışındaki zararlar, alt müteahhitlik sözleşmesi ayakta ise ona dayanılarak, hüküm ifade etmiyorsa tasfiye çerçevesinde değerlendirilecektir[603].

D) Diğer Talepler Bakımında Değerlendirme

1. Sebepsiz Zenginleşme

Sebepsiz zenginleşme hükümleri, kanımızca iş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapıldığı ihtimalde uygulanamayacağından sadece diğer eser sözleşmeleri açısından dikkate alınabilecek bir ihtimaldir.

Buna göre, eser sözleşmesi tasfiye edildiğinde, iş sahibi ve alt müteahhit arasında sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması ancak alt müteahhitlik sözleşmesinin de hüküm ifade etmemesi durumunda gündeme gelebilir. Bunun sebebi, alt müteahhit açısından bakıldığında, edimi yerine getirme sebebi olan alt müteahhitlik sözleşmesinin halen hüküm ifade etmesidir[604]. İş sahibi açısından bakıldığında ise, alt

[603] Bu konuda haksız fiil hükümlerine paralel olarak bu teoriye göre sözleşmesel sorumluluğa gidilebileceği yönündeki fikirlerimiz için bkz. dn. 608.

[604] Keza, Yargıtay'ın **1**5. HD E. 2013/1139 K. 2014/2696 T. 17.4.2014 kararı da bu yöndedir: ''Davacı ile kararı temyiz eden davalı T.. S.. Genel Başkanlığı arasındaki çekişme, davalı iş sahibi T.. S.. Genel Başkanlığı'nın, aralarında akdi ilişki bulunmayan davacıya karşı, inşaatın maliki olması nedeniyle sebepsiz **zenginleşme** hükümlerine göre sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. **Sebepsiz** iktisap doğrudan yasaya dayanır. **Sebepsiz** iktisaptan söz edilebilmesi için, iktisabın, yasadan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir hakka dayalı olmaksızın zarar görenin mamelekine haksız tecavüz edilmesi suretiyle meydana gelmesi gerekir. Somut olayda, davalı T.. S.. Başkanlığının iktisabı, diğer davalı O....AŞ ile yaptığı sözleşmeye dayalı olduğundan haksız ve **sebepsiz** sayılamaz. Nispilik ilkesi gereği sözleşmeler ancak akitleri arasında hak ve borç doğuracağından davacının akidi olmayan davalı T.. S.. Genel Başkanlığı'na yönelik davasının

müteahhidin zenginleşme ihtimali kural olarak bulunmadığından zaten sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Alt müteahhidin iş sahibine karşı yönelteceği sebepsiz zenginleşme istemi asıl müteahhitten talep edemediği tutarla sınırlı olacaktır. Bunun sebebi, sebepsiz zenginleşmenin temel koşulu olan fakirleşme[605], ancak tahsil edilemeyen tutardan ibaret olacaktır.

2. Haksız Fiil

Eser sözleşmesinin yahut alt müteahhitlik sözleşmesinin geçerli olup olmamasından veya tasfiye sürecinde olup olmamasından tamamen bağımsız olarak, haksız fiilin unsurları[606] gerçekleştiği takdirde iş sahibi ve alt yüklenici birbirlerine karşı haksız fiil sorumluluğu gereğince taleplerini ileri sürebilirler. Bunun sebebi, haksız fiil sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluktan tamamen bağımsız olup, sözleşmesel sorumluluk ile her zaman yarışabilir olmasıdır. Keza Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[607] [608].

husumetten reddi gerekirken, yasal olmayan nedenlerle davalı T.. S.. Genel Başkanlığı hakkındaki davanın da kabulü doğru olmamış, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.''

[605] Sebepsiz zenginleşmenin şartları, başkası aleyhine zenginleşme, zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaması, fakirleşme ve illiyet bağıdır. Detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Hükümler, C. I, Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri**

[606] Haksız fiilin unsurları, hukuka aykırı fiil, bu hukuka aykırı fiille zarar doğması, kusur ve illiyet bağıdır. Detaylı bilgi için bkz Kılıçoğlu, s. 274 vd.

[607] Y. 15. HD E. 2014/2042 K. 2015/404 T. 26.1.2015. Olayda iş sahibi doğrudan alt müteahhide haksız fiile dayalı tazminat isteminde bulunmaktadır: ''Sözleşme ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 98/II. maddesi yollaması ile sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanması gereken **haksız** fiillere dair hükümlerden BK'nın 42. maddesine göre zararı ispat etme külfeti davacıya aittir''.

[608] Bununla beraber Y. 15. HD E. 2013/1490 K. 2014/1401 T. 3.3.2014 sayılı kararında alt müteahhidin ifası sırasında geçici iş göremez hale gelmesi ve bu tazminatı talep etmesi durumunda ''Dava **haksız** fiil nedeniyle tazminat istemine ilişkin olmayıp, davanın hukuki dayanağı sözleşmedir. Hâl böyle olunca, uyuşmazlık tarihi itibariyle olaya uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 101/I. maddesi uyarınca faize hükmedilebilmesi için davalının usulüne uygun bir ihtarnameyle temerrüde düşürülmesi gerekir.'' şeklinde bir karara da hükmetmiştir. Bize göre ise, burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı kabul edilerek sözleşmesel sorumluluğa ve aynı şekilde haksız fiil sorumluluğuna gidilmesinde sakınca yoktur.

3. Haksız İnşaat

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda kanımızca sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, haksız inşaata ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu hükümlerin (TMK m. 722 – 724) uygulanması için eser sözleşmesinin sona ermiş olması yeterlidir. Bunun sebebi, inşaatın haklı veya haksız olmasının iş sahibi tarafından değerlendirilecek olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, alt müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesi geçerli ise bu sözleşmeye dayanarak ileri sürebileceği talepleri, fakirleşmediğinden dolayı iş sahibine ileri süremeyecektir. Alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade etmez ise de tasfiye sonucunda elde ettiği edimler, elbet iş sahibine karşı ileri sürülemeyecektir.

Söz konusu hükümler, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden gerek uygulanma şartları açısından gerekse, zararın tazmini açısından aşağıdaki açılardan farklıdır:

Öncelikle alt müteahhit, iş sahibinin arazisinde kendi malzemesiyle inşaat yapmalıdır. Buna göre, kendi malzemesiyle inşaat yapmadığı takdirde, alt müteahhit eğer şartları varsa sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak zorundadır.

Eğer ki alt müteahhit kendi malzemesiyle iş sahibinin arazisinde inşaat yapar iken iyi niyetli sayılırsa (iyi niyetli malzeme maliki ise), TMK m. 723/1 uyarınca iş sahibinden uygun bir tazminat talep edebilecektir. Uygun tazminatın özelliği, sebepsiz zenginleşmeye dayanan talepten farklı olarak malzeme ve işçilik maliyetinin üzerinde bir değer olabilmesidir[609]. TMK m. 724 uyarınca ise, alt müteahhit, *''yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa''*, *''uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin''* kendisine verilmesini isteyebilir.

[609] Serozan, Rona: "Başkasına Ait Arsaya İnşaat Yapan ve "Asla Bağlılık" Kuralı Uyarınca Bu İnşaatın Mülkiyetini Arsa Sahibine Kaptıran İnşaat Sahibi, Bu Sayede Arsa Sahibinin Sağladığı Değerin Karşılanmasını İsterken, Bu İstemin Tutarı Yönünden Herhangi Bir Sınırlamaya Tabi Midir? (Yargıtay'ın 22.02.1991 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler", İBD. C. 65 Yıl: 1991/ 10- 12, s. 797 vd.

Eğer ki alt müteahhit, kötü niyetli ise, bu sefer de TMK m. 723/3 uyarınca yalnızca malzeme bedelini isteyebilecektir. Bunun sebepsiz zenginleşmeye dayanan talepten farkı ise, işçilik masraflarını isteyemiyor oluşudur[610].

Alt müteahhit, hükümsüzlüğü yahut sona ermeyi öğrenmesi gerektiği andan itibaren kötü niyetli sayılmak gerekir[611]. Haksız inşaat için özel bir zamanaşımı öngörülmediğinden, sebepsiz zenginleşmeye dayanan zamanaşımına tabi olması gerektiği belirtilmektedir[612].

4. Gerçek Vekâletsiz İş Görme

İş sahibinin gördüğü bir iş bulunmadığı için gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri yalnızca alt müteahhitlik sözleşmesi açısından gündeme gelebilir. Alt müteahhit açısından değerlendirildiğinde ise, alt müteahhit, kendi işini görme iradesi taşıdığından kanımızca gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanma koşulları[613] gerçekleşmemektedir. Zira eser sözleşmesinin yahut alt müteahhitlik sözleşmesinin tasfiye aşamasında olması, söz konusu iradenin var olmaması üzerinde herhangi bir etkiye sahip olamaz. Bununla beraber, asıl müteahhit iş sahibinin talimatı olmaksızın yahut sözleşme hükümleri dışında iş sahibinin yararına olan işler yapmış ise, vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurulabilecektir[614].

[610] Öz, İnşaat, s. 176.
[611] Sevin, Rauf: "Kendi Malzemesiyle Başkasının Arsasına Bina Yapan Levazım Sahibinin Hüsniniyeti" ABD. Y. 1953, S. 5, s. 414 vd.
[612] Oğuzman, Eşya s. 483
[613] Başkasına ait iş görme iradesi bulunmasa bile vekâletsiz iş görme kurallarının uygulanabileceği, başka bir deyişe sadece iş görme iradesinin bulunmasının vekâletsiz iş görme kurallarının uygulanması için yeterli olduğu konusunda bkz. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 173 – 174. Aksi ve bizim katıldığımız görüş için bkz. Gümüş s. 223.
[614] Y. 15. HD E. 2015/6078 K. 2016/2837 T. 17.5.2016; Y. 15. HD. E. 2016/745 K. 2016/2506 T. 2.5.2016; Y. 15. HD. E. 2015/2703 K. 2015/6061 T. 30.11.2015

SONUÇ:

1. İş Sahibinin Alt Müteahhide Doğrudan Başvurusu

Alt müteahhit iş sahibine doğrudan taahhüdünde bulunduğunda; artık içinde iş sahibi, asıl müteahhit ve alt müteahhidin bulunduğu üçlü ilişki kapsamında, eser sözleşmesi ve alt müteahhitlik sözleşmesi dışında üçüncü bir ilişki kurulmuş olur ve bu taahhüt kapsamında iş sahibinin talepleri karşılanacaktır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu taahhüde uygulamada çok sık rastlanılmamaktadır. Eser sözleşmesi sona erdiğinde ise alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade edip etmemesinden bağımsız olarak iş sahibi taahhüt kapsamında talepte bulunabilir

Asıl müteahhit ve alt müteahhit anlaşarak, iş sahibinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında alt müteahhide doğrudan talepte bulunma imkanına kavuşmasını sağlayabilirler. İş sahibi söz konusu durumda, ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kapsamında yalnızca eserin onarılmasını talep edebilir ki ayıp nedeniyle bedelde indirim imkanı veya alt müteahhitlik sözleşmesinin ayıp nedeniyle sona erdirilmesi imkanı iş sahibinin tarafı olmadığı sözleşmenin esaslı unsurlarını değiştirememesi ve bu sözleşmeyi sona erdirememesi gerekliliği nedeniyle mümkün değildir. Alt müteahhidin temerrüdü söz konusuysa, temerrüt nedeniyle ihtarda bulunulmasında bir sakınca bulunmayıp aynı sebeple sözleşmeden dönme mümkün olmayacaktır. Alt müteahhit ise borcunu ifa ettiği kişinin değişmesinin kendisini daha olumsuz bir pozisyona sokmaması gereğince asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği bütün itiraz ve defileri iş sahibine ileri sürebilmelidir. Burada da, eser sözleşmesi sona erdiğinde alt müteahhitlik sözleşmesi ayakta ise doğrudan talep mümkün olup, aksi takdirde olmayacaktır.

Müteahhit, alt müteahhide ileri sürebileceği hakları iş sahibine temlik ettiğinde iş sahibi alt müteahhide doğrudan başvuru imkânı bulmuş olacaktır. Burada da, alt müteahhidin durumunun olumsuz anlamda değişmemesi gerekeceğinden alt müteahhidin asıl müteahhide olan itiraz ve defilerini iş sahibine karşı ileri sürebileceği belirtilmektedir. Eser sözleşmesi sona erdiğinde, ancak alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade ediyorsa iş sahibi alt müteahhitten doğrudan talepte bulunabilir.

Doktrinde en çok tartışılan konulardan biri olan TBK m. 507/3'ün kıyasen uygulanarak iş sahibinin alt müteahhitten doğrudan talepte bulunabilmesi ise mümkün değildir. Kanımızca bunun sebebi, söz konusu hükmün vekâlet sözleşmesine özgün olması nedeniyle kıyas yolunun uygulanamayacağı ve aynı zamanda alt müteahhidin verdiği zararlardan ötürü TBK m. 116 hükmü uyarınca asıl müteahhidin sorumlu tutulabilmesidir. Elbette ki, eser sözleşmesi hüküm ifade etmediğinde de bu imkanın uygulanabilmesi için sebep yoktur.

Üçüncü şahsın zararının tasfiyesi teorisi ise asıl müteahhidin alt müteahhide olan dava haklarını temlik edebilmesini amaçlamakta olup zaten bu haklar temlik edilebiliyor olsa bile asıl müteahhidin bu konuda zorlanamaması nedeniyle kanımızca herhangi bir fonksiyona sahip değildir. Ayrıca, kanımızca zaten dava hakkı asıl haktan bağımsız olarak temlik edilemez. Bu imkan, eser sözleşmesi sona erdiğinde de uygulanamaz.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulanarak iş sahibinin korunması ise beş şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Alacaklının edime yakınlığı, alacaklının borçlunun koruma yükümlülüğü kapsamında olması, koruma yükümlülüğünün borçlu tarafından öngörülebilir olması ve başka bir şekilde zararın tazmininin mümkün olmaması. Kanımızca bu şartlar her olay bazında ayrı ayrı incelenerek iş sahibinin doğrudan alt müteahhitten talepte bulunabileceği sonucuna ulaşılabilir. Alt müteahhidin itiraz ve defileri, yine bu paragrafta belirttiğimiz prensibe uygun olarak iş sahibine ileri sürülebilir. Eğer şartlar gerçekleşmişse, söz konusu teori edimden bağımsız borç ilişkisine dayandığından alt müteahhide karşı uygulanabilir.

2. Alt Müteahhidin İş Sahibine Doğrudan Başvurusu

İş sahibinin alt müteahhide taahhüt altına girmesi, alt müteahhidin doğrudan talep imkanına kavuşmasını sağlar. Yine de bu ihtimalin, alt müteahhidin iş sahibine taahhütte bulunmasından bile daha az bir ihtimalde gerçekleşeceği, özellikle ekonomik gerekçeler dikkate alındığında kolayca söylenebilir. Eser sözleşmesinin sona ermesi, elbette ki iş sahibine doğrudan talepte bulunmayı engellemeyecektir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme de iş sahibi ve asıl müteahhidin anlaşması sonucu, alt müteahhide doğrudan başvuru imkanı verecektir. Burada da, alt

müteahhidin güçsüz durumda olmasından dolayı böyle bir düzenlemeyi iş sahibine kabul ettirmesinin çok zor olduğu söylenebilir. Keza, eser sözleşmesi sona erdiğinde, alt müteahhidin herhangi bir talep hakkı olmayacaktır.

Bu bölümde, yapı alacaklısı ipoteği imkanından özel olarak bahsedilmiştir. Özellikle alt müteahhidin verdiği emek ve yaptığı masrafların asıl müteahhitçe karşılanamadığı durumda sağlanan bu ipotek imkanı, kendisinden önce tescil edilmiş olsa bile diğer rehinli alacaklara göre önceliklidir. Buna rağmen burada, iş sahibinin asıl müteahhide ödeme yapmış ve fakat asıl müteahhidin alt müteahhide ödeme yapmamış olması ihtimalinde, ipoteğin bağımsız olması nedeniyle iş sahibinin çifte ödeme yapma riski, ciddi bir dezavantajdır. Eser sözleşmesi sona erdiğinde ise alt müteahhitlik sözleşmesi hüküm ifade etmiyorsa, ipotekten faydalanılması mümkün değildir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca alt müteahhidin doğrudan talep kapasitesi, yine yukarıda belirttiğimiz beş şartın birden gerçekleşmesini gerekli kılacaktır. Burada da, iş sahibinin asıl müteahhide karşı ileri sürebileceği itiraz ve defileri alt müteahhide ileri sürebileceği söylenmektedir. Üstteki ihtimallerden farklı olarak bu ihtimal yan borçların gereği gibi ifa edilmemesi halinde koruma sağlayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, eser sözleşmesinin sona ermesinde alt müteahhitlik sözleşmesinin hüküm ifade edip etmemesinden bağımsız olarak, bu yönteme başvurulabilir.

TBK m. 507/3 ise tarafımızca, sadece iş sahibinin alt müteahhitten talepte bulunup bulunamayacağı açısından incelenebileceğinden bu bölümde kısaca incelenmiştir. Bunun sebebi elbette ki, hükmün *''alt sözleşenden''* talepte bulunulmasına cevaz vermesidir. Elbette ki, eser sözleşmesi sona erdiğinde de bu yola başvurulması mümkün değildir.

Müteahhidin, iş sahibine ileri sürebileceği hakları temliki, tekrardan kaçınmak amacıyla incelenmemiş olup hakların temlik edilmesi durumunda elbette alt müteahhit başvuruda bulunabilecektir. Kanımızca asıl müteahhidin haklarını temliki yine çok düşük ihtimalle gerçekleşebilir. Eser sözleşmesinin sona ermesinde ise, artık alt müteahhidin doğrudan başvuru imkanı olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri**, 2012, İstanbul.

Akipek, G. Jale/ Akıntürk, Turgut: **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009.

Akkanat, Halil: **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul 2000

Akkanat, Halil: **''Taşeronun İş Sahibine Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu'',** MHB, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan)

Altaş, Hüseyin: **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara 2002.

Altaş, Hüseyin: **"İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı"**, (Prof Dr. Fikret Eren' e Armağan, s. 97-111,Ankara 2006)

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2015

Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara 2011

Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008.

Barlas, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul 2012

Başpınar, Veysel : **"Sınırlı Ayni Hakların Sırası"**, (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 79, s. 50-60) Ağustos 1993

Baysal, Başak: **"Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar"**, (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, s. 149-179, Ankara 2006)

Baysal, Başak: **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul 2009

Bıçakçı, Levent: **"Yapı Alacaklısı İpoteği (MK 807/3)"**, (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 45-47, Sayı 1-4, s. 537-568) 1979-1981

Birsen, Kemaleddin: **Borçlar Hukuku Dersleri,** İstanbul 1954.

Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998.

Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar** Ankara, 2005

Buz Vedat: **İş sahibinin BK m. 369' a göre eser sözleşmesinin feshi**, (BATİDER, 21 (2) s. 219-265) 2001

Buz, Vedat: **"Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması",** AÜSBFD İlhan Öztrak'a Armağan, 1994, C. 49, Sa.1-2, s. 23-39.

Chaix, François; **Le Contrat de Sous-Traitance En Droit Suisse,** Geneve 1995.

Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara 2008.

Dayınlarlı Kemal: **"Tam Eser Sözleşmesi-Hukuki Niteliği-Fesih"**, Yargıtay Dergisi, 1989, C.15, Sa. 1-4, s. 836-839.

Demirbaş, Harun: **Yenilik Doğuran Haklar**, İstanbul 2007.

Demirsatan, Barış: **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016

Duman, İlker Hasan: **Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku**, Ankara 2008.,

Duman, İlker Hasan: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2005.,

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul 2015.

Eren, Fikret; **"Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri"**, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 2001

Eren, Fikret; **"İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi"**, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Bası, Ankara, 2001

Ergezen, Muaz: **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara 2007.

Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008.

Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2007.

Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2)** İstanbul 1979

Gauch, Peter: **Le contrat d'entreprise**, 1999

Gökyayla, Emre **:"Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu**", Galatasaray Üniversitesi Dergisi (Kemal Oğuzman'a Armağan),İstanbul 2002, Sa. 1, s. 785-805.

Gönensay, A. Samim; **"Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tâdil veya Feshi"**, (Cemil Bilsel'e Armağan) İstanbul 1939.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, İstanbul 2014.

Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992.

Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2015

Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995.

Kaplan, İbrahim : "**İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları",** (İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Baskı, s. 105-171) Ankara 2001

Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,** İstanbul 2003.

Kılıç, Halil: **Gayrimenkul Davaları,** Ankara 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015

Kılıçoğlu, Ahmet: **"Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu"**, (AÜHFD, C.XXXII, S.1-4, s. 185 vd.) 1976

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I,** İstanbul 2014

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, İstanbul 2014

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **"İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?"**, (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul) 2000.

Kurt, Ekrem: **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul 2004.

Nomer, Haluk N: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, İstanbul 2015.

Nomer, Haluk N /Ergüne, Serkan**: Eşya Hukuku C. II. Rehin Hukuku**, İstanbul 2014

Oğuz, Cemal : **"Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu"**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,** Haziran-Aralık 2009, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 61-75.

Oğuzman, M. Kemal /Öz, m. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,** İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal /Öz, m. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,** İstanbul 2016.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir Saibe: **Eşya Hukuku**, İstanbul 2015.

Oğuzman, Kemal M.: **"Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar"**, (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31, Sayı 1-4, , s. 209-219) 1965

Ozanoğlu, Hasan Seçkin ; **"İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezaî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları"**, GÜHFD, Haziran-Aralık 1999, Cilt 3, Sayı 1- 2.

Öz, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2012

Öz, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989

Öz, Turgut: **"İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Aynî Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine"**, (MHAD, No: 20) 1996

Öz, Turgut: **Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin bu sözleşme gereğince kazanılmış ayni haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi,** (*İ. Ü. MHAD*, **13** (16), ss. 131-150) 1989

Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, İstanbul 2014.

Reisoğlu, Safa: **"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar"**, (BATİDER Y. 2007, C. XXIV, S. 2., s. 5-17) Ankara 2007

Reisoğlu, Safa: **Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı,** Ankara 1961.

Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977.,

Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978

Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme,** İstanbul 2007

Serozan, Rona: **"Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü"**, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 195-208) Ankara 2004

Serozan, Rona: **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul 2007

Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul 2006

Sirmen, Lale: **Eşya Hukuku,** İstanbul, 2015.

Şenocak, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara 1995

Şenocak, Zarife: **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı,** Ankara 2002

Tandoğan, Haluk: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. I/1.**, Ankara 1984

Tandoğan, Haluk: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. II.**, Ankara 1974

Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini,** Ankara 1963

Tandoğan Haluk, 1970, ''**İstisna akdi kavramı, unsurları ve benzeri akitlerden ayırdedilmesi''** İmran Öktem'e armağan, Ankara 1970

Tandoğan Haluk, **Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bırakan müteahhidin yapılan kısımla orantılı ücret alması sorunu üzerinde görüşler** (BATİDER, **11** (1), s. 1-48.) Ankara, 1981

Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme,** İstanbul 1957.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası**, İstanbul 1993.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Tekinay Eşya Hukuku, Zilyetlik – Tapu Sicili –Mülkiyet,** İstanbul 1989.

Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016

Tercier/Favre/Carron: **Les Contrats Speciaux,** Geneve/Zurich/Bale 2009

Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Hükümler, C. I,** İstanbul 1965.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri,** İstanbul 1977.

Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II**, (Çeviren: Cevat Edge), İstanbul 1983.

Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler,** İstanbul 2014

Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 7. Bası**, İstanbul 2015

Zevkliler A./ Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2015

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Övünç Aydın
Tez Başlığı	Eser Sözleşmesinin Sona Ermesinde İş Sahibi ve Alt Müteahhit Arasındaki İlişki
Savunma Tarihi	26 Ekim 2016
Danışmanı	Doç. Dr. Mehmet Erdem

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Doç. Dr. Mehmet Erdem	
Doç. Dr. Murat Develioğlu	
Yar. Doç. Dr. Ali Hulki Cihan	

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Yaman ÖZTEK