

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ALT YÜKLENİCİNİN EDİMİNİ YERİNE GETİRMEMESİNDEN
DOLAYI ASIL YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU**

HAZIRLAYAN

ŐELELE YIKARBABA KOLBAY

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. FİKRET EREN

ANKARA - 2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORİJİNALLİK RAPORU

Tarih: 10 /09/ 2020

Öğrencinin Adı, Soyadı: Şelale YIKARBABA KOLBAY

Öğrencinin Numarası: 21520213

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Fikret EREN

Tez Başlığı: Alt Yüklenicinin Edimini Yerine Getirmemesinden Dolayı Asıl Yüklenicinin Sorumluluğu

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 116 sayfalık kısmına ilişkin, 11/ 08 / 2020 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 18'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimededen daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....



ONAY

Tarih: 10 / 09 / 2020

Öğrenci Danışmanı

Prof. Dr. Fikret EREN



TEŞEKKÜR

Tez danışmanım olmakla beni onurlandıran ve çalışmam süresince değerli görüş ve katkılarıyla beni yönlendiren çok kıymetli ve saygıdeğer danışman hocam Sayın Prof. Dr. Fikret EREN'e,

Her zaman beni daha iyiye teşvik eden, çalışmalarım süresinde motive edici pozitif yaklaşımını ve içten desteğini bir an olsun esirgemeyen değerli eőim Altan KOLBAY'a, büyük bir sabırla ve sessizce uzun saatler çalışmama izin veren sevgili oğullarım Tuna'ma ve Ardan'ıma ve her zaman en büyük manevi güç olarak arkamda olan çok sevgili ağabeyim Serkan YIKARBABA, annem Sema YIKARBABA, babam Erkan YIKARBABA'ya içten teőekkürlerimi sunarım.

ÖZET

Şelale YIKARBABA KOLBAY, Alt Yüklenicinin Edimini Yerine Getirmemesinden Dolayı Asıl Yüklenicinin Sorumluluğu, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, 2020

Teknolojinin hızla gelişmesi, yeni uzmanlık alanlarının doğması ve kısa zaman dilimi içerisinde birçok işin aynı sürede yapılması gereği, eser sözleşmesi kapsamında bir eser meydana getirmeyi üstlenen (asıl) yükleniciler tarafından, sıklıkla alt yükleniciye başvurulmaktadır. Özellikle artan sayıdaki büyük inşaat işlerinde, tek bir yüklenicinin işin tamamında uzman olması neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, eser sözleşmesi kapsamında alt yüklenicilerin önemi göz ardı edilmeyecek şekilde artmaktadır.

İş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince birbirlerinden tamamen bağımsız iki ayrı sözleşmedir. Her iki sözleşmenin ortak tarafı asıl yüklenici olup, bu sözleşmelerin diğer tarafları iş sahibi ile alt yüklenicidir. İş sahibi ve alt yüklenici, kural olarak birbirlerinden sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir talepte bulunamazlar. Bu nedenle, iş sahibine karşı alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak tüm sorumluluk, asıl yüklenici uhdesindedir. Böyle olmakla birlikte, TBK her üç tarafa da adil bir yaklaşım göstererek, bu duruma çeşitli istisnalar getirmiştir.

Çalışmamızda, asıl yüklenicinin genel olarak eser sözleşmesinden doğan sorumluluğu, asıl yüklenicinin alt yüklenicinin edimlerinden kaynaklanan sorumluluğu ve alt yüklenici ile iş sahibinin birbirlerine doğrudan başvuru imkânları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eser sözleşmesi, alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl yüklenici, alt yüklenici, iş sahibi.

ABSTRACT

Şelale YIKARBABA KOLBAY, Responsibility of The Main Contractor For Failure of The Subcontractor To Fulfill Its Action, Başkent University, Institute of Social Sciences, Master In Civil Law with Thesis, 2020

Due to the rapid development of technology, the emergence of new areas of expertise and the need for many works to be done in the same time within a short period of time, the (main) contractors, who undertake to create a work within the scope of the contract of work, frequently apply to the subcontractor. In the increasing number of large construction jobs in particular, it is almost impossible for a single contractor to be an expert on the whole job. Therefore, the importance of subcontractors within the scope of contracts of work has been substantially increasing.

Contracts of work, which are among the contracts of performance, and subcontracting contracts, are two separate contracts completely independent from each other in accordance with the principle of the proportionality of contracts. The common party of both contracts is the main contractor, and the other parties to these contracts are the employer and the subcontractor. In principle, the employer and the subcontractor cannot make any demands from each other based on the contract. Therefore, all responsibility based on the subcontracting contract against the employer belongs to the main contractor. However, the Turkish Code of Obligations also shows a fair approach to all three parties and brings various exceptions to this situation.

In our study, the responsibility of the main contractor based on the contract of work in general, the responsibility of the main contractor due to the actions of the subcontractor and the direct application of the subcontractor and the employer to each other were examined.

Keywords: Contract of work, subcontracting contract, main contractor, subcontractor, employer.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
ESER SÖZLEŞMESİNİN VE ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNİN TÂNİMİ, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE HER İKİ SÖZLEŞME ARASINDAKİ UYUM.....	4
1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, NİTELİKLERİ VE UNSURLARI ..	4
I. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	4
A. Eser Sözleşmesinin Tanımı	4
B. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	5
1). Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması	5
2) Rızai bir sözleşme olması	7
3). İvazlı bir sözleşme olması.....	7
4) Ani edimli bir sözleşme niteliğinde olması	8
II. Eser Sözleşmesinin Unsurları	10
A. Eser Meydana Getirme Unsuru.....	10
B. Bedel Ödeme Unsuru	12
C. Taraflar Arasında Anlaşma Unsuru	14
2. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE ESER SÖZLEŞMESİ İLE UYUMU	15
I. Alt (Eser) Yüklenicilik Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği	15
II. Alt Yüklenicilik (Eser) Sözleşmesi Kurulması İçin Gerekli Şartlar.....	17
A. Eserin Niteliğine Göre Yüklenicinin Kişisel Nitelik ve Becerilerinin Önem Taşımaması Şartı.....	17
B. Taraflar Arasında Alt Yükleniciliğin Yasaklanmamış Olması Şartı.	19
C. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Devri	20
III. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Tarafları	22

A. Asıl (Üst) Yüklenici	22
B. Alt Yüklenici.....	24
C. İş Sahibi.....	25
IV. Alt Yüklenicilik Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi Arasında Uyum Sağlanması	27
İKİNCİ BÖLÜM	31
ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	31
1. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	31
I. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri.....	31
A. Bedel Ödeme Borcu	31
1). Ücretin Götürü Bedel Olarak Belirlenmiş Olması	34
2). Ücretin Yaklaşık Bedel (Değere Göre Bedel) Olarak Belirlenmiş Olması	36
3). Ücretin Önceden Belirlenmemiş Olması	37
II. Asıl Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri	38
A. Asıl Yüklenicinin İş Sahibine Karşı Hak ve Yükümlülükleri.....	38
1). Eser Meydana Getirme Borcu	38
i. Şahsen İfa Kuralı	38
ii. Bağımlı Yardımcı Kişi	39
iii. Bağımsız Yardımcı Kişi.....	40
2). Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu	41
3). Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu Şartları	42
i. Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır	42
ii. Eser ayıplı olmalıdır	43
iii. Ayıp, iş sahibinin talimatı veya ona yüklenebilen bir sebepten doğmamış olmalıdır.....	46
iv. Eser iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olmalıdır.....	47
v. İş Sahibi Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olmalıdır	48
vi. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olmalıdır	51
4). Ayıp Sebebiyle Sorumluluğun Sonuçları ve İş Sahibinin Seçimlik Hakları	51

i. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	52
ii. Eserin Kabulü ile Birlikte Ayıp Oranında Bedelde İndirim İsteme Hakkı	55
iii. Bütün Masraflar Yükleniciye Ait Olmak Üzere Ayıbın Onarılmasını İsteme Hakkı.....	57
iv. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Tazminini İsteme Hakkı....	58
B. Asıl Yüklenicinin Alt Yükleniciye Karşı Hak ve Borçları	58
1). Asıl Yüklenicinin Alt Yükleniciye Bedel Ödeme Borcu.....	59
2). Bedelin Götürü Bedel Olarak Belirlenmiş Olması	60
3). Bedelin Yaklaşık Bedel (Değere Göre Bedel) Olarak Belirlenmiş Olması	61
4). Bedelin Önceden Belirlenmemiş Olması	62
III. Alt Yüklenicinin Hak ve Borçları	63
A. İş Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu ve İkinci Alt Yüklenici Atanması	63
B. İş Sadakat ve Özenle Yapma	63
C. Araç Gereç ve Malzemelerin Temini	65
D. Eseri Teslim Borcu.....	66
1). Teslim Yeri ve Teslim Şekli	67
2). Teslim Yeri	68
3). Teslim Zamanı	68
4). Alt Yüklenicinin Temerrüdü	69
5). Temerrüdün Şartları.....	69
i. Alt Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu Muaccel Olmalı	69
ii. İfa Mümkün Olmalı.....	70
iii. Temerrüde Engel olan Haklı Sebepler Bulunmamalı	70
iv. Asıl Yüklenici İhtarda Bulunmuş Olmalı	71
6). Temerrüdün Sonuçları ve Asıl Yüklenicinin Seçimlik Hakları	72
7). Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı.....	72
8). İfadan Vazgeçip Olumlu (Müspet) Zararın Tazminini Talep Hakkı	73
9). Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz (Menfi) Zararın Tazminini Talep Hakkı.....	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	76
ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİSİ VE ASIL YÜKLENİCİNİN ALT YÜKLENİCİNİN FİİLLERİNDEN DOLAYI İŞ SAHİBİNE VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SORUMLULUĞU	76
1. ASIL YÜKLENİCİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	76
2. ALT YÜKLENİCİ İLE YAN YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	76
3. İŞ SAHİBİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	78
I. Genel Olarak.....	78
II. İş Sahibi ile Alt Yüklenicinin Birbirine Doğrudan Başvurabileceği Haller	79
A. Alt Yüklenicinin İş Sahibine Karşı Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu.....	79
B. Tarafların Garanti Taahhüdünde Bulunması.....	79
C. İş Sahibi ve Alt Yüklenici Arasında Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bulunması.....	81
D. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Bulunması.....	83
E. İş Sahibine Başvuru İmkânı Tanıyan TBK m. 507/III Hükümünün Kıyasen Alt Yüklenicilik İlişkisinde Uygulanması	83
F. Alt Yüklenicinin Yapı İpoteği Tesis Etmesi.....	84
1). Tescil Üç Ay İçinde Yapılmalıdır	86
2). Alacak Tanınmış Olmalı ya da Mahkeme Tarafından Hüküm Altına Alınmalıdır	87
3). Arsa Maliki Tarafından Alacaklıya Yeterli Teminat Verilmemiş Olmalıdır.....	87
4. ASIL YÜKLENİCİNİN ALT YÜKLENİCİNİN FİİLLERİNDEN DOLAYI İŞ SORUMLULUĞU	88
1. Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Edimlerini Yerine Getirmemesinden Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu.....	88
A. Asıl Yüklenicinin İş Alt Yükleniciye Yaptırma Yetkisinin Bulunduğu Durumda Sorumluluk.....	88
B. Asıl Yüklenicinin İş Alt Yükleniciye Yaptırma Yetkisinin Bulunmadığı Durumda Sorumluluk.....	89
2. Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Edimlerini Yerine Getirmemesinden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu	90
A. Alt Yüklenici Çalıştırmanın Uygun Olmadığı Durum	90

1). İş Sahibinin Alt Yüklenicinin İşten Uzaklaştırılmasını Talep Hakkı	92
2). İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	92
B. Alt Yüklenici Çalıştırmanın Uygun Olduğu Durum	94
SONUÇ	96
KAYNAKÇA.....	98

KISALTMALAR LİSTESİ

b.	: Bent
BK	: 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YİBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu, TBK m. 470 ile m. 486 arasında düzenlenmekte olan eser sözleşmelerinde, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı yüklenmiş olduğu edimini yerine getirirken, işin bir kısmını ya da tamamını başka bir (alt) yükleniciye yaptırması hali ve bu durumda alt yüklenicinin edimlerinden dolayı asıl yüklenicinin sorumluluğunun kapsamı oluşturmaktadır.

Alt yüklenicilik bir diğer ismiyle taşeronluk sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunumuzda ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle alt yüklenicilik sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin ortaya çıkabilecek hukuki problemlere TBK'nun m. 470 vd.da düzenlenmiş olan eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Bir eser sözleşmesinde, eserin meydana getirilmesi aşamasında bir ya da birden fazla alt yüklenicinin çalıştırılması mümkündür. Fakat alt yüklenici ile çalışılması için öncelikle işin ifası iş sahibi ile eser sözleşmesi akdeden asıl yüklenicinin kişiliğine, niteliklerine ya da bilgi ve becerisine sıkı sıkıya bağlı olmamalıdır. Şayet işin ifası bir diğer deyişle asli edim borcu, asıl yüklenicinin şahsı ya da kişisel nitelikleri ile sıkı sıkıya bağlı bir ilişki içinde ise ve edimin sonucu asıl yüklenici yerine bir başka kişi tarafından yapıldığı takdirde olumsuz anlamda değişiklik gösterecekse işin alt yükleniciye yaptırılması uygun değildir.

Bunun yanı sıra sözleşme serbestisi prensibinin bir getirisi olarak iş sahibi ile asıl yüklenici arasında imzalanan eser sözleşmesinde asıl yüklenicinin özellikleri ya da işin niteliğine bakılmaksızın, taraflar alt yüklenici görevlendirilmeyeceği kaydını koyabilir ya da zımnen ya da açıkça sözlü şekilde kararlaştırabilirler. Böyle bir kayıt olduğu takdirde alt yüklenici çalıştırılması yasaklanmış olup, o işte alt yüklenici çalıştırılmaz.

Günümüzde hızla değişen ve değişen teknoloji, yeni uzmanlık alanları meydana getirmiş ve her alanda özel bilgi, beceri ve iş deneyimlerinin doğmasına neden olmuştur. Özellikle inşaat sektöründe uzmanlık gerektiren işlerin varlığı giderek artmış, tek bir yüklenicinin bir başına inşaat projesindeki tüm işleri üstlenmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz şekilde asıl yüklenicinin kişiliği ve nitelikleri o işin yapılmasında kilit rol oynamıyorsa, tüm işin mutlak suretle tek yüklenici tarafından yerine getirilmesinde ısrar etmenin iş sahibi açısından bir faydası olamayacaktır. İş sahibi için önemli olan husus, sipariş ettiği işin hızlı, düşük maliyetle ve asıl yükleniciden beklediği ölçüde kaliteli şekilde yapılmasıdır. Bu nedenle işin meydana getirilmesinde alt yüklenicileri de işe dâhil etmek, hem ifanın seri şekilde yerine getirilmesini, hem de işin gerekli teknoloji ve deneyime sahip uzman kişilerce gerçekleştirilmesi faydasını sağlar. Bunun yanı sıra alt yükleniciye başvurmak, asıl yüklenici ve dolayısıyla iş sahibi açısından ucuz işgücü kaynağı oluşturur.

Alt yüklenicilik kurumunun birçok yönden faydalı olduğu açık olmakla birlikte, beraberinde asıl yüklenicinin sorumluluğunu da getirmektedir. İş sahibi, kural olarak karşısında muhatap olarak sadece eser sözleşmesini akdettiği kişi olan asıl yükleniciyi görür. Asıl yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olan alt yükleniciler ise iş sahibinin muhatabı değildir. Bu nedenle alt yüklenicinin edimleri doğal olarak asıl yüklenicinin sorumluluğunu doğurur. Bununla birlikte bu durumun istisnaları, yani iş sahibi ile alt yüklenicinin, asıl yükleniciyi aradan çıkartarak birbirlerine doğrudan başvurabilecekleri durumlar da söz konusudur.

Türkiye ekonomisinde inşaat sektörünün oynadığı etkin rol göz önüne alındığında, eser sözleşmesinin önemi de her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle pratikte sık sık karşılaşılan eser, alt eser (alt yüklenicilik) ve eser sözleşmesinin bir alt kolu olan inşaat sözleşmelerinde asıl yüklenici ile taşeron ilişkilerinin incelenmesi, bu bağlamda alt yüklenici olan taşeron edimlerinin asıl yükleniciye olan negatif yansımaları, çalışmamızın ana odak noktasını oluşturmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde eser sözleşmesinin ve alt yüklenicilik sözleşmelerinin ayrı ayrı tanımları yapılmış, her iki sözleşmenin hukuki niteliği, unsurları ve bu sözleşmeler arasındaki uyum incelenmiştir.

İkinci bölümde alt yüklenicilik sözleşmesinde eser sözleşmesinin tarafları olan iş sahibi ile asıl yüklenicinin ve alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında alt yüklenicinin hak ve yükümlülükleri ortaya konmuştur.

Son bölümde ise, çalışmamızın da başlığını oluşturan, alt yüklenicilik ilişkisi ve asıl yüklenicinin alt yüklenicinin fiillerinden dolayı iş sahibine ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN VE ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNİN TÂNİMİ, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE HER İKİ SÖZLEŞME ARASINDAKİ UYUM

1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, NİTELİKLERİ VE UNSURLARI

I. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7 inci bölümünde, m. 470 ve m. 486 arasında düzenlenmiş bir isimli sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 470 inci maddesinde eser sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. İlgili madde uyarınca: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”¹. TBK’da yer alan tanım esasen eksiktir zira eseri teslim borcu tanımda yer almamaktadır².

Doktrinde ise eser sözleşmesi “*İş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşme*”³; “*yüklenicinin iş sahibine ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı sözleşme*”⁴, “*iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret*

¹ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 355 inci maddesinde eser sözleşmesi terimi yerine istisna akdi ifadesi kullanılmış olup, kanun koyucu tarafından bir tanım yapılmıştır. Maddede: “*istisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanımlamada kullanılmış olan semen ifadesi, satış bedelini ifade etmektedir. “Bir şeyin imalini taahhüt etmek” deyimini ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yüklenicinin bir eser meydana getirmesi olarak daha doğru bir şekilde revize edilmiştir. İstisna akdi ifadesi yerini güncel bir kullanım ile eser sözleşmesine bırakmış, aynı şekilde müteahhit kavramı yüklenici olarak değiştirilmiştir.

² **SEÇER, Öz:** Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 2. Bası, Ankara 2020, s.27, **CANBOLAT, Ferhat:** İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Birinci Bası, Ankara 2009, s. 5; **ALTAŞ, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Birinci Bası, Ankara 2002, s. 42.

³ **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler (BÖH), Beşinci Bası, Ankara 2017, s. 584-584.

⁴ **GÜMÜŞ,** Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İkinci Bası, İstanbul 2012, s.1.

karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme”⁵ olarak tanımlanmıştır.

Kanun maddesinden yola çıkarak eser sözleşmesini tanımlayacak olursak, eser sözleşmesi, sözleşme taraflarının karşılıklı edimini içeren bir iş görme sözleşmesi olup, iş sahibi tarafın bedel ödeme yükümlülüğü karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirme ve bunu iş sahibine teslim etme edimlerini taahhüt ettiği isimli bir sözleşmedir.

Eser sözleşmesinde iş sahibi, bir eser meydana getirmeyi bir başka kişiye, yükleniciye tevdi etmektedir⁶. Yüklenici burada sadece bir iş görme ediminde bulunmayı değil, bunun yanında bu edimin sonucunu yani eseri meydana getirdikten sonra bunu iş sahibine teslim etmeyi de taahhüt etmektedir⁷.

B. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, şekle bağlı olmayan, rızai ve âni edimli bir sözleşmedir⁸.

1). Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, sözleşme taraflarının edimleri arasında karşılıklılığın ve bağımlılığın olduğu sözleşmelerdir⁹. Bununla birlikte bu tür

⁵ SEÇER, s. 4.

⁶ YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 985; ERİŞEN, Muhammet: Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Birinci Bası, Ankara 2011, s. 21; KIRMIZI, Mustafa: Açıklamalı İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Bası, Ankara 2014, s. 106

⁷ KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 27; ÖZTÜRK, Muammer – GÖZÜTOK, Zeki: Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulanması, İkinci Bası, Ankara 2019, s. 1; CANBOLAT, s. 5.

⁸ EREN, BÖH., s. 584; YAVUZ, C., s. 994; BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2019, s. 44; GÜMÜŞ, s. 2.; ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 479; SELİMOĞLU, Engin Yaşar: Eser Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2016, s.18-19, ARAL, Fahrettin – AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2014, s. 333-334; KARADAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2013, s. 41, CANBOLAT, s. 27; GÜMÜŞ, s. 2.

⁹ Yargıtay 15. HD. 16.01.2020 T., 2019/ 474 E., 2020/26 K. Sayılı kararında: “İstisna akdinin unsurları, herhangi bir eser meydana getirmek ve buna karşılık ücret ödenmesi veya ödenmesinin vaat edilmesidir. Burada tarafların, meydana getirilecek olan eser ile ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Ancak bu anlaşma herhangi bir şekle tabi değildir. İstisna akdi, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte, iki tarafa borç yükleyen, ani edimli bir sözleşmedir. En önemli özellikleri ise müteahhidi bir bütün teşkil eden eser meydana getirme olan sonuç borcu altına sokması ve müteahhidin iş sahibinden

sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı asli bir edim borcu altına girer ve tarafların birinin edimi sözleşmenin karşı tarafının ediminin sebep ve karşılığını oluşturur¹⁰. Eser sözleşmesi ise iş sahibi ve yüklenici arasında akdedilen tam iki taraf borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir¹¹. Çünkü iş sahibinin edimi ile yüklenicinin edimi birbirine bağımlıdır ve edimler birbirinin karşılığını oluşturur. Aynı zamanda tarafların asli edim yükümlülükleri sözleşmenin asli noktalarını meydana getirir¹². Yüklenicinin eser meydana getirme (ve teslim etme) edimi ile bunun karşılığında iş sahibinin bedel ödeme edimi yer almaktadır.

Nitekim Yargıtay 21.01.2019 tarihli bir kararında¹³: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 470. maddesinde de eser sözleşmesi aynı doğrultuda ve fakat daha açık bir ifade ile “yüklenicinin bir eser meydana getirmesi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak nitelendirilmiş, sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibi olarak isimlendirilmiştir.

Bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için sözleşme yapmaya ehil (ehliyet) olanlar arasında, öneri ve kabulün gerçekleşmesi, yani tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları (tarafların anlaşması), sözleşme içeriği ve amacının kanunda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmamış yani yasaklanmamış (meşru içerik) ve sözleşmenin kanunda öngörülen biçimi varsa buna uyularak (şekil) yapılması, sözleşmenin genel unsurlarıdır.

Sözleşmeye ilişkin bu temel unsurlar yanında her sözleşme türünün kendine özgü unsurları bulunmaktadır. Eser sözleşmesinin de kendine özgü olan iki temel unsuru vardır. Bunlar eser ve bedeldir. Bu sözleşme ile bir taraf (yüklenici) istenen özellikle sonucu (eser) meydana getirmeyi, diğer taraf (iş sahibi) ise bu çalışma karşılığında ivaz ödemeyi (bedel) üstlenmektedir. Eser sözleşmesinde tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmakta

bağımsız olarak işini görmesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kural olarak istisna akdinde müteahhidin, eseri meydana getirme ve teslim etme borcu yanında, araç, gereç ve malzeme sağlama borcu da bulunmaktadır.” diyerek eser sözleşmesinin niteliklerini belirtmiştir. www.sinerjimevzuat.com.tr.

¹⁰ **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (BGH.), 24. Bası, Ankara 2019., s. 223; **EREN, BÖH.**, s. 585; **OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, 9. Bası, İstanbul 2012, s.46; **ERİŞEN**, s. 50.

¹¹ **EREN, Fikret**: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996), İkinci Bası, Ankara 2001 (İnşaat), s. 51; **UYGUR, Turgut**: Açıklamalı- İcraatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara, 1997, s. 253; **ERİŞEN**, s. 51; **ALTAŞ**, s. 43; **GÜMÜŞ**, s.2.

¹² **EREN, BÖH.**, s. 585; **EREN**, İnşaat, s. 51; **ARAL / AYRANCI**, s. 333, **GÜMÜŞ**, s. 2.

¹³ Y. 17.HD. 21.01.2019 T.2016/ 8326 E., 2019 / 431 K., sinerjimevzuat.com.tr.

olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.” diyerek eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu belirtmiştir.

2) Rızai bir sözleşme olması

Eser sözleşmesinin kurulması tarafların birbirine uygun irade beyanı ile gerçekleşir, sözleşmenin kurulması için tarafların borçlandıkları edimi yerine getirmesine gerek yoktur¹⁴. Taraflar sözleşmenin tali noktalarını belirlememiş iseler bu durum sözleşmenin geçerliliğini etkilemez¹⁵. Aynı şekilde sözleşmenin kurulması için işe başlanmasına gerek yoktur. Eserin teslimi ise sözleşmenin ifa edilmesine yönelik bir durumdur¹⁶.

3). İvazlı bir sözleşme olması

Tarafların bir karşı alacak elde etmek sebebiyle yaptıkları sözleşmeler, ivazlı (bedelli, karşılıklı) sözleşmelerdir¹⁷. Eser sözleşmesinde yüklenici bir eser meydana getirip bunu teslim etme edimini, iş sahibi ise ücret ödeme edimini üstlenmektedir¹⁸. Yüklenicinin ödeyeceği bedel sözleşmenin başlangıç aşamasında belirlenebileceği gibi, daha sonraki bir dönemde de belirlenebilir¹⁹.

Burada ödenecek bedel para olmak zorunda değildir, iş sahibi tarafından yükleniciye karşı para dışında bir bedel, örneğin iş sahibi tarafından yerine getirilecek bir edim de yapılacak olan ödemenin konusunu oluşturabilir²⁰. Bununla birlikte, yüklenicinin eseri yapması karşılığında iş sahibinden herhangi bir bedel almaması durumunda eser sözleşmesinden söz edilemez. Bu unsur, eser sözleşmesinin zorunlu unsurudur²¹. Bedel ödenmeden diğer bir deyişle ivaz alınmadan yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin, vekâlet sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi benzeri çift tipli

¹⁴ **BÜYÜKAY**, s. 44; **YAVUZ, Nihat**: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, İkinci Bası, Ankara 2015, s.; **EREN, BÖH.** s. 587.

¹⁵ **BÜYÜKAY**, s. 39.

¹⁶ **EREN, BÖH.**, s. 587**ARAL / AYRANCI**, s. 334.

¹⁷ **EREN, BGH.**, s. 256; **YAVUZ, C.**, s. 994; **CANBOLAT**, s. 27; **ALTAŞ**, s. 43; **GÜMÜŞ**, s. 2.

¹⁸ **EREN, BÖH.**, s. 585; **GÜMÜŞ**, s. 2; **ALTAŞ**, s. 43.

¹⁹ **ALTAŞ**, s. 45; **GÜMÜŞ**, s. 75; **EREN, BÖH.**, s. 656.

²⁰ **AYDEMİR, Efrail**: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara 2016, s. 31;

ALTAŞ, s. 43; **GÜMÜŞ**, s. 6; **EREN, BÖH.**, s. 656.

²¹ **EREN, BÖH.**, s. 586; **EREN, İnşaat**, s. 51; **ALTAŞ**, s. 45; **GÜMÜŞ**, s. 73.

karma sözleşme mi olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte²² bu tür bir sözleşme bir nevi eksik sözleşme niteliği taşır²³.

4) Ani edimli bir sözleşme niteliğinde olması

Zaman bakımından edimin tespiti yapılırken “edim fiili”ne ve “edim sonucu”na bakılır. Edim fiili, borçlanılan asli edimin alacaklı tarafından elde edilmesine yönelik olarak borçlu / yüklenicinin yapması gereken bütün fiillerine denilmektedir. Diğer yandan edim fiilinin bir edimin ani edim mi yoksa sürekli edim mi olduğunun tespitinde belirleyici bir rolü yoktur. Eser sözleşmesinde eser, sözleşmeye uygun olarak ifa edilmedikçe, tüm edim fiilleri yerine getirilmiş olsa dahi ifa gerçekleşmiş olmaz²⁴. Önemli ve ayırıcı olan husus, edim sonucudur²⁵.

Edim sonucu ise asli edimin yerine getirilmesi ile ilgilidir. Alacaklı / iş sahibinin borçlu / yüklenici edimindeki menfaatinin gerçekleşmesi, edim sonucuna bağlıdır. Diğer bir deyişle alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleşmesi yani edim sonucu bir an içinde oluyor ise ani edim, zaman içine yayılıyor ve belirli zaman dilimi içinde sürekli bir davranışla ifa ediliyorsa sürekli edim söz konusu olur²⁶.

Eser sözleşmesinin ifa süresi bakımından ani edimli, sürekli edimli ya da her iki durumun karması bir sözleşme olarak tanımlanması hususu doktrinde yoğun tartışmalara neden olmuştur²⁷. Sözleşmelerde tarafların yüklendiği edimlerin ifası zamansal olarak değişkenlik gösterir. Ani edim, borçlunun bir veya birden çok hareketle, zaman içinde tek bir defada yerine getirdiği edimdir²⁸. Eser sözleşmesinde yüklenicinin edim borcu esasen bir eserin teslimini içerir. İş sahibinin ifaya ilişkin menfaatinin eserin kendisine teslimi ile bir anda gerçekleştiği göz önüne alınarak eser sözleşmesinin ani edimli bir nitelik taşıdığı söylenebilir²⁹. Bir heykeltıraşın sipariş aldığı heykeli altı ay sonra iş sahibine teslim etmesi,

²² **KAPLAN, İbrahim**: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri; İkinci Bası, Ankara 2019, s. 51; **EREN, BÖH**, s. 586; **SELİMOĞU**, s. 22; **KURT**, s. 45; **ALTAŞ**, s. 44; **BÜYÜKAY**, s. 38.

²³ **GÜMÜŞ**, s. 2.

²⁴ **ERİŞEN**, s. 53.

²⁵ **ALTAŞ**, s. 46.

²⁶ **EREN, BGH.**, s.111-112; **KILIÇOĞLU, Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 8; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 10-11; **YALÇINDURAN, Türker**: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Birinci Bası, Ankara 2000, s. 42; **ERİŞEN**, s. 53.

²⁷ **GÜMÜŞ**, s. 3; **CANBOLAT**, s. 29; **ALTAŞ**, s. 49.

²⁸ **EREN, BGH.**, s. 112; **KILIÇOĞLU**, s. 6; **CANBOLAT**, s. 28.

²⁹ **SEÇER**, s. 58; **ERİŞEN**, s. 56; **GÜMÜŞ**, s. 3.

diş hekiminin hastasına diş dolgusu yapması, boyacının ayakkabıyı boyaması, avukatın danışmanlık yapması ani edime örnektir.

Sürekli edim ise borçlunun borcunu zaman içinde aralıksız ve devamlı bir davranış ile ifa ettiği durumları ifade eder ve borçluyu belli bir süre içinde devamlı uyma yükümlülüğü altında bırakır. Burada borçlunun edim yükümlülüğü borç ilişkisi süresince devam eder. Sürekli edime ilişkin olarak kira sözleşmesini örnek olarak gösterebiliriz. Eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu savunanlar yüklenicinin eser meydana getirme borcunu iş görme borcu niteliğinde saymakta ve yüklenici borcunun sadece edim sonucunu içermediğini bunun yanında ifa sürecinin de önemli olduğunu ileri sürmektedirler³⁰.

Bir sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu hususu, sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında önem arz eder³¹. Ani edimli sözleşmeler dönme yoluyla sona erdirilebildiği için sözleşme geçmişe etkili olarak sonra erdirilmiş olur ve sözleşme tarafları açısından iade borcu ortaya çıkar³². Sözleşmenin sürekli edimli olması durumunda ise fesih yoluyla sona erdirmeye söz konusu olur³³. Bu durumda sona erdirmeye ileriye etkili sonuç doğuracak ve tarafların geri verme borcu söz konusu olmayacaktır³⁴.

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu yönündeki tartışmalar, eserin bazı zamanlarda uzun bir süreç içinde meydana getirilmesi gerekmesinden kaynaklanır. Fakat borçlanılan bir edimin yüklenici tarafından uzun bir zaman içinde meydana getirilmesi esasen sözleşmenin niteliğini etkilemez. Sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olduğunu belirleyen husus, alacaklının ifa ile amaçladığı çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmeyeceği noktasında toplanır³⁵. Kabul edilen genel görüşe göre eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir³⁶.

³⁰ SEÇER, s. 59.

³¹ CANBOLAT, s. 29.

³² SELİMOĞLU, s. 358.

³³ SELİMOĞLU, s. 364.

³⁴ YALÇINDURAN s. 41; CANBOLAT, s. 29.

³⁵ SEÇER, s. 14.

³⁶ EREN, BÖH., s. 587; GÜMÜŞ, s. 3; ALTAŞ, s. 50.

II. Eser Sözleşmesinin Unsurları

A. Eser Meydana Getirme Unsuru

TBK m. 470’te eser sözleşmesinin oluşması için bir eser meydana getirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir³⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında³⁸ “...*Davalı yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve ekleri, fen ve tekniği ile iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak yapması gerekir.*” diyerek eser sözleşmesinde asli unsurlardan birinin eserin amaca uygun şekilde meydana getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte önemli olan husus iş görme sonucu ortaya çıkan objektif sonuçtur³⁹. Başka bir deyişle eser, yüklenicinin nesnel olarak belirlenmesi mümkün olan gerçekleştirdiği sonuçtur⁴⁰. Yargıtay 30.09.2019 tarihli bir kararında⁴¹: “*Davacı, burun estetiği gayesiyle yani estetik amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır.*”

Somut olayda ise; dosya kapsamına göre davalı tarafından yapılan operasyondan sonra oluşan ve giderilemeyen şekil bozukluğunun başka bir uzman tarafından giderildiği anlaşılmaktadır. Davalı savunmasında davacıyı ikinci operasyon için çağırdıklarını ancak gelmediğini açıklamıştır. Davalının edimi Borçlar Kanunu’nda düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre sonuç taahhüdünü içermekte olup bu taahhüdün ilk operasyonda yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Güveni sarsılmış olan davacının ikinci operasyon için davalıya gitmesi beklenemeyeceğinden davacının burun ile ilgili estetik operasyon için yaptığı masrafın yeni bir bilirkişi heyetinden alınacak rapor ile hesaplattırılıp ayrıca

³⁷ YAVUZ, C., s. 986; EREN, BÖH., s. 588; SELİMOĞLU, s. 85; AYDEMİR, s. 27; KARADAŞ, s. 50; SEÇER, s.27; GÜMÜŞ, s. 4.

³⁸ Y. 15 HD. 18.06.2014 T., 2012/5254 E., 2014/4229 K.

³⁹ UYGUR, s. 256.

⁴⁰ SELİMOĞLU, s. 21; GÜMÜŞ, s. 4.

⁴¹ Y. 15.HD. 30.09.2019 T.,2019/ 2716 E., 2019 / 3692 K., sinerjimevzuat.com.tr.

manevi tazminat talebi yönünden de değerlendirme yapılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamıştır” diyerek eser sözleşmesinde amaçlanan belirli sonucun ortaya çıkmasının önemini vurgulamıştır.

Eser sözleşmesinde her ne kadar yüklenicinin asli edim yükümü eser meydana getirme edimi olsa da eserin meydana getirilmesi tek başına yeterli değildir. Bunun yanında yüklenici ayıba karşı tekeffül hükümlerine uygun olarak sözleşme ile kararlaştırılan eseri iş sahibine teslim etmelidir⁴². Teslim unsuru çalışmamızın ileriki bölümlerinde incelenecektir⁴³.

Eser kavramının konusunu, maddi bir edim meydana getirebileceği gibi insan emeği olan ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini gösteren gayri maddi, fikri iş görme edimleri de olabilir⁴⁴. İnsan emeği olan ya da emekle birlikte araç gereç kullanmak suretiyle meydana getirilen gayri maddi edimler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Önemli olan nokta ortaya çıkan eserin ekonomik bir değerinin bulunması ve niteliği itibarıyla sonucunun kesin olarak taahhüt edilebilir olmasının gerekliliğidir⁴⁵. Bu bağlamda film senaryosu ya da roman yazma, mimarın proje çizimi, tercüme, arazi ölçümü, beste yapma, bilgisayar kodu yazma maddi olmayan eserlere örnek olarak gösterilebilir. Diğer yandan spor karşılaşmaları, konserler⁴⁶, bir malvarlığının yönetimi, öğrenciye özel ders verilmesi⁴⁷, bir davanın takibi, bir hastanın bakım ve tedavisi⁴⁸ eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaya elverişli değildir. Nitekim Yargıtay, doktorun hastasının beynindeki tümörü almasının eser kavramı olarak değerlendirilemeyeceği kararına varmıştır⁴⁹.

⁴² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 464; EREN, BÖH., s. 621; KURT, s. 35; YAVUZ, C., s. 986; YAVUZ, Nihat: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bası, Ankara 2015, s. 2460; AYDEMİR, s. 27; ŞEN, Mustafa Serhat- ŞEN, Mustafa Kamil: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Ankara 2015, s. 9; KAPLAN, s. 53; AKKURT, s. 43; ARAL/AYRANCI, s. 367; SELİMOĞLU, s. 109; BÜYÜKAY, s. 150; SEÇER, s. 3; GÜMÜŞ, s. 39.

⁴³ Bkz. s. 65 vd.

⁴⁴ EREN, BÖH., s. 589; UYGUR, s. 256; GÜMÜŞ, s. 5; SEÇER, s. 30; SELİMOĞLU, s. 21; ALTAŞ, s. 56.

⁴⁵ BÜYÜKAY, s. 34; GÜMÜŞ, s. 5; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 469; SEÇER, s. 28.

⁴⁶ GÜMÜŞ, s. 5.

⁴⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 469; EREN, BÖH., s. 592.

⁴⁸ EREN, BÖH., s. 592.

⁴⁹ Y. 06.07.1965 T., 1964/37 E., 1967/40 K.; ERİŞEN, s. 28.

Yüklenicinin yükümlü olduğu eser meydana getirme edimi, nitelikli bir iş görme yükümlülüğüdür ve yüklenicinin bu borcu bir sonuç borcudur. İş görme edimi sonucunda iş sahibinin talep ettiği sonucun elde edilmiş olması ve bunun teslimi gerekir.

Eser meydana getirmek denildiğinde zihinde öncelikle daha önce var olmayan bir şeyin iş görmeye dayalı olarak ortaya çıkarılması şeklinde olumlu edim belirlemektedir. Oysa eser meydana getirme terimi geniş bir kavram olup sadece olumlu eylemi değil, var olan bir eserin yok edilmesi, değiştirilmesi, yeni ekleme ve çıkarmalar yapılması, onarımı, montajı ve bakımı eylemlerini de içerir. Burada ölçüt, eser meydana getirme edimi sonucunda, eskisinden daha farklı bir eserin ortaya çıkmasıdır⁵⁰. Örneğin bir binanın yıkılması, bir arabanın cilalanması, kilidi bozulan bir kapının kilidinin tamir edilmesi, zararlı atıkların ortadan kaldırılması hallerinde eskisinden farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁵¹.

Meydana getirme unsuru, eser sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki farkı oluşturur. Satış sözleşmesinde satıcı sözleşmenin yapıldığı sırada hazır olan şeyi bir bedel karşılığında alırken, eser sözleşmesinde sözleşmenin kurulduğu sırada hazır olmayan ancak üstlenme üzerine sonradan kendisinin meydana getireceği bir şeyi bedel karşılığı teslim etmektedir⁵².

B. Bedel Ödeme Unsuru

Eser sözleşmesinin iş sahibinin edimi yönünden ivazlı sözleşmelerden kapsamında sayılmasının nedeni bedel ödeme unsurudur. Bir eser sözleşmesinde iş sahibinin asli edim yükümlülüğünü bedel (ücret) ödeme edimi oluşturur⁵³. Kanun koyucu, TBK m. 470'te ücret ifadesi yerine bedel ifadesini tercih etmiş olup, bu yönüyle unsurları bakımından eser sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırmıştır⁵⁴. Doktrinde yüklenicinin bir bedel

⁵⁰ ALTAŞ, s. 45.

⁵¹ SELİMOĞLU, s. 20; SEÇER, s.32.

⁵² SELİMOĞLU, s. 20.

⁵³ ERZURUMLUOĞLU, **Erzan**: Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, Ankara 2012, s. 161; GÜMÜŞ, s. 6; EREN, BÖH., s.; KAPLAN, s. 57.

⁵⁴ ARAL/AYRANCI, s. 340.

almadan eser meydana getirmesi halinde eser sözleşmesi benzeri bir isimli sözleşme ya da vekâlet sözleşmesi olacağı kabul edilmektedir⁵⁵.

Bedel, kural olarak paradır⁵⁶. Doktrinde bedelin para olarak ödenmesinin sözleşmenin zorunlu unsuru olduğu görüşünü savunan yazarlar da vardır⁵⁷. Bedelin para yerine başka yöntemlerle ödeneceği görüşü ise doktrinde baskındır⁵⁸. Bununla birlikte, iş sahibi tarafından bedel ödeme edimi, başka bir sözleşmenin asli edimini yerine getiriyor ise bu durumda eser sözleşmesi değil, karma sözleşme söz konusu olur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İnşaat yapılarak bağımsız bölümlerin teslimi eser sözleşmesinin, arsanın belirli payının mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi ise taşınmaz satım vadinin unsurlarıdır⁵⁹.

Bedelin taraflarca açık ya da zımni olarak kararlaştırılması mümkündür⁶⁰.

Bedel unsuru sözleşmenin kurucu unsurlarından olmakla birlikte, tarafların bedel miktarını sözleşmede belirlemiş olmaları zorunlu değildir⁶¹. TBK m. 481 uyarınca taraflarca eser sözleşmesinde bedel takdir edilmemiş ise, bedel eserin yapıldığı yer ve zamana göre ve yüklenicinin giderlerine bakılarak tespit edilir⁶². Yargıtay da çeşitli kararlarında sözleşmede bedel belirlenmemiş ise ücretin eserin yapım yılındaki piyasa rayiç fiyatlarla karşılaştırma yapılarak belirleneceği görüşünü benimsemektedir⁶³.

Yargıtay 15. HD.'nin 22.05.2017 T., 2016/353 E., 2017/2172 K. Sayılı kararında; *“dosya kapsamına göre taraflar arasında sözlü olarak eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu ihtilafsızdır. Yargılama sırasında davacı temsilcisinin duruşmadaki beyanına göre işin bitiminden sonra eksik veya fazla malzeme kullanılmasına göre kesin bedelin iş bitiminde ortaya çıkacağı belirlenmiştir. Bu durumda kararlaştırılan bedel yaklaşık bedel*

⁵⁵ EREN, BÖH., s. 595; SELİMOĞLU, s. 22, s. 195; GÜMÜŞ, s. 6; AKKURT, Sinan Sami: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.2, Yıl 2008, s. 37; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 495; ARAL/AYRANCI, s. 340; ERİŞEN, s. 35; SEÇER, s. 34.

⁵⁶ EREN, BÖH., s. 595; GÜMÜŞ, s. 6.

⁵⁷ BÜYÜKAY, s. 38; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 47; GÜMÜŞ, s. 6.

⁵⁸ YAVUZ, s. 992; EREN, BÖH., s. 595; GÜMÜŞ, s. 6; SEÇER, s. 33; YAVUZ, N., s. 2461

⁵⁹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 472.

⁶⁰ USTA, Songül, Eser Sözleşmesinin Konusu, Özellikleri ve Tarafları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 84, Sayı: 6, Kasım 2010, s. 3525; SEÇER, s. 34; ALTAŞ, s. 44; ERZURUMLUOĞLU, s. 161; GÜMÜŞ, s. 7.

⁶¹ GÜMÜŞ, s. 77; EREN, BÖH. s. 656.

⁶² SELİMOĞLU, s. 21; KURT, s. 37; SEÇER, s. 35; ALTAŞ, s. 44.

⁶³ Y. 15. HD., 25.06.2013 T., 2013/2643 E., 2013/4143 K., Y. 15. HD. 16.10.2017 T., 2016/4513 E., 2017/3448 K. Sayılı kararları, www.sinerjimevzuat.com.tr.

olup Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre bedelin eserin yapıldığı yıl piyasa rayiç bedellerine göre hesaplanması gerekir...” denilmektedir.

C. Taraflar Arasında Anlaşma Unsuru

TBK m. 470’te iş sahibi ve yüklenicinin bedel karşılığında bir eser meydana getirme hususunda anlaşmış olmaları gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Tarafların anlaşmalarından kasıt, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olarak irade açıklamalarının birbirine uygun olmasıdır⁶⁴. Eser sözleşmesinin kurulması için tarafların açık ya da zımnen⁶⁵ anlaşmış olmaları gerekli ve yeterlidir⁶⁶. Bu haliyle eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir⁶⁷. Ayrıca kural olarak bu anlaşmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁶⁸. Bununla birlikte kanunda özel bir şekil şartı öngörülen durumlarda bu şekil şartına uyulması zorunluluk arz eder. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümünü arsa sahibine vermeyi üstlenmekte, arsa sahibi de üzerine inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda yüklenici adına intikal ettirmeyi taahhüt etmektedir. Bu durumda yüklenicinin edim yükümlülüğü inşaat yapmak, arsa sahibinin yükümlülüğü ise tapuda pay intikal ettirmektir. Yüklenicinin borcu bakımından herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmamakla birlikte, arsa sahibi bakımından, TBK m. 22/II, m. 213 ve TMK m. 706 hükümleri uyarınca, arsa payının intikali taahhüdünün resmi senetle yapılması sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur⁶⁹. Şüphesiz ki taraflar sözleşme serbestisi içinde TBK m. 17 uyarınca sözleşmenin yazılı yahut resmi şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler.

Diğer taraftan, sözleşmenin kurulması için tarafların açık rızası zorunlu değildir, zımni rıza ile de eser sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olur⁷⁰. Yüklenicinin eseri

⁶⁴ SELİMOĞLU, s. 65.

⁶⁵ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 28; EREN, BÖH, s. 595; SEÇER, s. 36; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 6; GÜMÜŞ, s. 7.

⁶⁶ Y. 15. HD. 21.04.2016 T. 2015/3206 E., 2016/2420 K.

⁶⁷ EREN, BÖH., s. 595; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 473; BÜYÜKAY, s. 39; YAVUZ, N., s. 2561; GÜMÜŞ, s. 7; SEÇER, s. 36.

⁶⁸ EREN, BÖH., s. 596; YAVUZ, C., s. 993; SEÇER, s. 34.

⁶⁹ Y. 23 HD. 24.05.209 T., 2016/4766 E., 2019/2317 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

⁷⁰ YAVUZ, N., s. 2561; GÜMÜŞ, s. 7.

oluşturma ve teslim borcu ile iş sahibinin bedel ödeme borcu taraflar arasındaki anlaşma sonucunu doğal olarak ortaya çıkan sonuçlardır⁷¹.

2. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI VE ESER SÖZLEŞMESİ İLE UYUMU

I. Alt (Eser) Yüklenicilik Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

TBK m. 83'teki genel hukuk kuralı uyarınca alacaklının menfaati bulunmadıkça, borcun borçlu tarafından şahsen ifası zorunlu değildir. TBK m. 83 emredici olmayıp, tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralıdır⁷². Dolayısıyla taraflar her zaman borcun bir başka kişi tarafından da yerine getirilebileceğini kararlaştırabilirler.

Alt yüklenicilik sözleşmesi kısaca (asıl) yüklenicinin kendi nam ve hesabına iş sahibi ile imzaladığı eser sözleşmesinde üstlendiği edimin ifasını kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye bıraktığı sözleşme olup iş sahibi ile asıl yüklenici arasında daha önce yapılmış olan eser sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasına dayanır. Bu nedenle alt yüklenicilik sözleşmesi üç hukuk süjesinin de varlığını gerekli kılan bağımsız bir sözleşmedir⁷³.

Esasen kanun koyucu TBK m. 471/III, c.1 ile TBK m. 83'ün aksine, yükleniciye edimini şahsen ifa etme zorunluluğu getirmiştir. Buna göre yüklenici, meydana getirilecek olan eseri bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Böyle olmakla birlikte aynı maddenin bir sonraki cümlesinde, yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamında şahsen ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, meydana getirilecek eserde yüklenicinin kişisel özellikleri, yetenek ve becerisi önem arz etmiyorsa, eserin tamamı ya da bir kısmı bir başka kişi (alt yüklenici) tarafından da yerine getirilebilir⁷⁴. Bununla birlikte, TBK m. 471 hükmü de tıpkı TBK m. 83'te olduğu gibi emredici nitelik

⁷¹ TANDOĞAN, s. 28; YAVUZ, C., s. 993.

⁷² SELİMOĞLU, s. 89; KARADAŞ, s.107; EREN, BÖH. s. 609.

⁷³ AKKANAT, s. 3; KAPLAN, s. 74; GÜMÜŞ, s. 12.

⁷⁴ EREN, BÖH, s. 610; SELİMOĞLU, s. 89; ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006, s. 110.

taşımaz, dolayısıyla taraflar yüklenicinin işi bir başka kişiye devretme yetkisini genişletebilir, kısıtlayabilir ya da iş sahibinin iznine tabi kılabilirler⁷⁵.

Alt yüklenicilik sözleşmesi, iş sahibinin karşısında bulunan yüklenici ile yeni bir alt yüklenici arasında kurulan bağımsız bir alt sözleşmedir⁷⁶. Burada asıl yüklenici, iş sahibine karşı üstlenmiş olduğu bir eser meydana getirme, eserin onarımı, esere ilaveler yapma veyahut eserde değişiklik yapma gibi edimlerini kendi nam ve hesabına, işin ifasında uzmanlığından yararlanmak amacıyla bir başka yükleniciye (alt yüklenici) devretmektedir. Bu devir, alt yüklenicilik sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Burada arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri mevcuttur⁷⁷. Her iki sözleşmenin de ortak tarafı yüklenici olup, iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmamaktadır⁷⁸.

Alt yüklenicilik ilişkisinin amacı, genellikle birçok işin toplamından oluşan eser meydana getirme ediminin asıl yüklenici tarafından bölümlere ayrılarak, her bölümde uzmanlığa sahip kişiler tarafından daha kaliteli ve daha hızlı üretim yapılması ve bunun sonucunda asıl yüklenicinin daha az maliyetle edimini ifa etmesine hizmet etmektir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde iş sahipleri için önemli olan husus, sözleşme konusu eserin kim tarafından yapıldığından ziyade, işin zamanında ve taraflar arasında sözleşme ile belirlenen ölçütlere uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasıdır. İş sahibi, edimin ifasında bir aykırılık ya da eksiklik olduğunu düşünürse sadece yüklenici ile muhatap olacaktır⁷⁹.

Örneğin bir bina yapımında, inşaatın temeli, kaba işleri ve ince işlerinin yanında elektrik, su, doğalgaz tesisatı, soğutma sistemleri, asansör, kamera sistemleri gibi özel olarak uzmanlık gerektiren işlerin sadece tek bir yüklenici tarafından yapılması mümkün değildir. Bu türden işler mutlaka kendi alanında uzman başka kişiler tarafından yapılmalıdır.

Mevzuatımızda alt yüklenicilik sözleşmesi düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, eser sözleşmesine ilişkin hükümler alt yüklenicilik sözleşmesi için de uygulanır⁸⁰. Daha açık bir ifade ile, eğer taraflarca alt yüklenicilik sözleşmesinde hak ve yükümlülüklerle ilişkin özel

⁷⁵ ARAL/AYRANCI, s. 345; EREN, BÖH., s. 609.

⁷⁶ SEÇER, s. 38; ALTAŞ, s. 170-171; GÜMÜŞ, s. 12; EREN, BÖH., s. 610, s. 612.

⁷⁷ ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s. 50.

⁷⁸ YALÇINDURAN, s. 25; GÜMÜŞ, s. 14; AKKANAT, s. 222.

⁷⁹ ERİŞEN, s. 46; EREN, BÖH. s. 612.

⁸⁰ EREN, BÖH., s. 610; YALÇINDURAN, s. 24; UYGUR, s. 352; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 511; BÜYÜKAY, s. 85.

olarak düzenleme yapılmış ise, bu özel düzenlemeler öncelikli olarak geçerli olacak, bununla birlikte taraflar alt yüklenicilik sözleşmesinde hak ve yükümlülüklerle ilişkin hiçbir düzenleme yapmamışlar ya da yapılan düzenlemeler haricinde sözleşmede kararlaştırılmamış olan hususlarla ilgili olarak bir ihtilaf meydana gelmişse, ihtilafın çözümünde TBK'da yer alan eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁸¹.

TBK'da işi asıl yüklenicinin bizzat yapması kural, işin bir başkasına yaptırılması istisna olarak düzenlenmiş olsa da pratikte eser sözleşmelerinin çoğunluğunu oluşturan inşaat, bina yapımı gibi işler, alt yüklenici çalıştırılmasını kural, işin tek bir yüklenici (asıl yüklenici) tarafından bizzat yapılmasını istisna durumuna getirmiştir⁸².

II. Alt Yüklenicilik (Eser) Sözleşmesi Kurulması İçin Gerekli Şartlar

A. Eserin Niteliğine Göre Yüklenicinin Kişisel Nitelik ve Becerilerinin Önem Taşımaması Şartı

Eser sözleşmesinde yüklenicinin edim şekli üç şekilde ortaya çıkar:

Birinci grup edimde, yüklenicinin üstlenmiş olduğu edim, şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. Burada önemli olan husus, eserin belirli bir yüklenicinin elinden çıkmış olması ve yaratıcılığının esere yansımadır⁸³. Yüklenici burada kısmen dahi olsa yardımcı kullanamaz⁸⁴. Örneğin bir heykeltıraşa verilen heykel siparişinde, işin özellikle belli bir yüklenici tarafından yapılacağı güvencesi ile eser sözleşmesi akdedilmiştir. Edimi ifa eden kişinin değişmesi halinde eserin sonucu da değişmektedir. Özellikle sanatsal yönü ağır basan işler bu kapsamda değerlendirilir⁸⁵.

İş sahibi eserin niteliğine göre sadece belirli bir yüklenicinin bilgi birikimine, tecrübe ve uzmanlığına, beceri ve güvenilirliğine dayanarak o yüklenici ile eser sözleşmesi imzalamış ise, bu eser sözleşmesine dayanarak bir alt yüklenicilik sözleşmesi kurulamaz⁸⁶,

⁸¹ BÜYÜKAY, s. 45; YALÇINDURAN, s. 24.

⁸² ARAL/AYRANCI, s. 345.

⁸³ EREN, BÖH., s. 609; SELİMOĞLU, s.102; AYDEMİR, s.199.

⁸⁴ TANDOĞAN, s.71; EREN, BÖH., s. 609; KURT, s.57; GÜMÜŞ, s. 11.

⁸⁵ ÖZ, s. 110; KURT, s.57.

⁸⁶ EREN, BÖH., s. 610; SELİMOĞLU, s. 89; ARAL/AYRANCI, s. 345; YALÇINDURAN, s. 24; AYDEMİR, s. 199.

zira burada mutlak şahsilik ilkesi söz konusudur⁸⁷. Buna rağmen alt yüklenicilik sözleşmesi kurulmuş ise yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle TBK m. 112 veya m. 125 uyarınca iş sahibine karşı sorumlu olur⁸⁸. Yüklenici, eserin yapılmasında maddi ve fikri kişisel yetenek ve özelliklerinin önemli olmadığını iddia ediyorsa bunu kendisi ispatlamalıdır⁸⁹.

Diğer yandan, yüklenici ile iş sahibi arasındaki akrabalık, dostluk gibi kişisel nitelikteki ilişkiler ve yüklenicinin ödeme gücü ise alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tespitinde bir ölçüt değildir⁹⁰.

İkinci grup edimde, yüklenicinin eseri meydana getirirken yönetimi altındaki üçüncü kişilere, bilhassa yardımcılara başvurması söz konusudur. Günümüz ekonomik ve teknik koşulları, işlerin büyük kapsamda olması ve zamanın az olması gibi sebepler yüklenicileri yardımcı kişilere başvurmayı yöneltmektedir⁹¹. Bu grupta üstlenilen edim yükleniciye sıkı sıkıya bağlı olmasa da hala bir ölçüde yüklenicinin yetenek ve özellikleri önem arz etmektedir⁹².

Bu tür edimlere örnek olarak bir kuaförün yanında çalışan kalfalar ya da otomobil tamirhanesinde çalışan elektrik ustaları gösterilebilir. Yüklenici bu gruptaki edimde genellikle yardımcılarını kullanır, kendisi ise yardımcı üçüncü kişileri yönetmektedir. Bu kişilerle yüklenici arasında eser değil hizmet ilişkisi söz konusudur⁹³. Yüklenicinin yardımcı kişi kullanması bizzat ifa kuralına aykırılık oluşturmaz⁹⁴. Yüklenicinin ifa yardımcılarını seçmede, talimat vermede ve işin asıl eser sözleşmesine uygun şekilde yapılıp yapılmadığını denetlemede özenli davranması gerekir⁹⁵.

⁸⁷ EREN, BÖH., s. 609.

⁸⁸ YAVUZ, C., s. 1009; GÜMÜŞ, s. 13; EREN, BÖH., s. 609.

⁸⁹ YAVUZ, C., s. 1009.

⁹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 345; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 511.

⁹¹ YAVUZ, C., s. 1008.

⁹² EREN, BÖH., s., GÜMÜŞ, s. 11.

⁹³ KARADAŞ, s. 108.

⁹⁴ USTA, Songül, Eser Sözleşmesinin Konusu, Özellikleri ve Tarafları, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım 2010, Cilt 84, Sayı 6, s.3547.

⁹⁵ KURT, s. 58; EREN, BÖH., s. 58.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eserin meydana getirilmesinde yardımcı kişilere başvurulması eserde daha düşük nitelikte ve iş sahibinin talebinin dışında bir sonuç doğuracaksa, yardımcı kişiler görevlendirilmemelidir⁹⁶.

Üçüncü grup edimde ise yüklenicinin kişisel yetenek ve özellikleri önem arz etmez ve işin mahiyeti alt yüklenici çalıştırılmasına elverişlidir⁹⁷. Özellikle baraj, havaalanı, büyük boyutlu bina gibi yapılarda yüklenicinin işin tamamının kısa süre içinde tek başına tamamlaması mümkün değildir. Gelişen teknolojik araç gereçler ile uzmanlık alanları ortaya çıkmış, farklı yükleniciler (alt yükleniciler) kendi alanlarında çalışarak asıl yüklenicinin sahip olmadığı uzmanlık ve araç gereçlerle birlikte iş sahibine de fayda sağlamaktadır⁹⁸.

Kanun koyucunun TBK m. 471/III c.2 ile düzenlemiş olduğu edimler bu gruba dahildir. Yüklenici işin bir bölümünü üçüncü kişilere bırakabileceği gibi işin tamamını da üçüncü alt yüklenicilere yaptırabilir⁹⁹.

Eserin niteliğinde yüklenicinin kişisel beceri ve bilgi birikiminin yüksek önem arz ettiği durumlarda, yüklenicinin ölmesi yahut eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda ifa imkânsızlığı ortaya çıkar ve eser sözleşmesi sona erer¹⁰⁰.

Diğer yandan, yüklenicinin kişiliği, yeteneği yahut işe ilişkin yeterliliği ile eser arasında sıkı bir bağın olmadığı durumlarda yüklenici, iş sahibine karşı üstlenmiş olduğu edimi kendi nam ve hesabına bir ya da birden fazla başka yükleniciye devredebilir¹⁰¹.

B. Taraflar Arasında Alt Yükleniciliğin Yasaklanmamış Olması Şartı

TBK m.471/II c.3 hükmü, emredici nitelik taşımadığı için her zaman taraflarca aksi kararlaştırılabilir¹⁰². Dolayısıyla asıl olan eserin asıl yüklenici tarafından yerine getirilmesi iken taraflar, eseri meydana getirirken işin tamamı ya da belirli bir bölümü için asıl

⁹⁶ YAVUZ, C., s. 1008; GÜMÜŞ, s. 11.

⁹⁷ EREN, BÖH., s. 609; YAVUZ, C., s. 1011; ALTAŞ, s. 171; GÜMÜŞ, s. 11.

⁹⁸ AYDEMİR, s. 200.

⁹⁹ KURT, s. 59; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, Ankara 2012, s. 165; GÜMÜŞ, s. 11.

¹⁰⁰ SELİMOĞLU, s. 90; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 641.

¹⁰¹ TUTKUN, Ceyda: İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri, Birinci Bası, Ankara, 2019, s. 35.

¹⁰² ARAL/ AYRANCI, s. 345; USTA, s. 3547.

yüklenicinin bir ya da birden fazla alt yüklenici çalıştırabileceğini kararlaştırabilirler. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye işin tamamını ya da bir kısmını devir yetkisi farklı şekillerde verilebilir; Eser sözleşmesinin düzenlenmesi sırasında sözleşmeye bir şart konulabileceği gibi, sonradan ayrı bir protokol ile de bu yetki asıl işverene verilebilir¹⁰³. Bununla birlikte, mevzuat uyarınca işin alt yükleniciye devri için iş sahibinin izni gerekiyor ise iş sahibinin izninin alınması zorunludur¹⁰⁴.

Örneğin; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66 ıncı maddesi "*Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62nci madde hükümleri uygulanır.*" hükmünü havidir.

Yüklenicinin bir üçüncü kişi kullanıp kullanmaması hem iş sahibi hem de yüklenici açısından önem arz ettiği için genellikle bu husus eser sözleşmesinde hükme bağlanır¹⁰⁵.

Asıl yüklenici sözleşme konusu eserin yapımına ilişkin edim borcunu bir üçüncü kişiye (alt yükleniciye) devretse bile sorumluluğu devam etmektedir. Bu durumda asıl yüklenicinin şahsi denetim ve gözetim yükümlülüğü önem arz eder¹⁰⁶.

C. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Devri

Sözleşmenin devri, alt yüklenicilik sözleşmesinden farklı bir durumdur¹⁰⁷. Alt yüklenicilik sözleşmesinde iki ayrı sözleşme ve bu iki sözleşme kapsamında üç ayrı akit taraf bulunmaktadır. Sözleşmenin devrinde ise tek bir sözleşme mevcut olup, taraf değişikliği söz konusu olmaktadır.

BK'da yer verilmeyen sözleşmelerin devrine ilişkin kanun hükmü, TBK m. 205'te düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca sözleşmenin devri durumunda sözleşme taraflarından biri aynı kalmakla birlikte, diğer taraf sözleşme ilişkisinden ayrılmakta ve yerine bir

¹⁰³ EREN, BÖH, s. 611; YALÇINDURAN, s. 26.

¹⁰⁴ EREN, BÖH, s. 611; ÖZ, s. 111.

¹⁰⁵ AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Birinci Bası, İstanbul 2000

¹⁰⁶ KURT, s.57.

¹⁰⁷ YAVUZ, C., s.1014; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

üçüncü kişi bu sözleşmenin tarafı olmaktadır. Sözleşmeden ayrılan (sözleşmeyi devreden) tarafın tüm hak ve borçları, sözleşmeye kendisi yerine giren tarafa geçmektedir¹⁰⁸.

Nitekim Yargıtay'ın 22.12.2014 tarihli bir kararında da¹⁰⁹: “...Davacı ile dava dışı Kanık İnş. Ltd. Şti. arasında 25.05.2000 tarihli eser sözleşmesi imzalanmıştır. İmzalanan bu sözleşme 28.08.2001 tarihli devir sözleşmesiyle davalı şirkete devredilmiştir. Sözleşmenin devri ile devralan şirket asıl sözleşmenin yüklenicisi konumuna geçer ve asıl sözleşmenin tüm hükümleri kendisini bağlayıcı hale gelir.” denilerek devralan tarafın, sözleşmenin tüm hükümleri ile kendisini bağlayıcı duruma geldiğini belirtmiştir.

Eser sözleşmesi yapısı gereği yükleniciye ilişkin kişisel özelliklerin ve becerilerin önem arz ettiği bir sözleşmedir. Yüklenici, sözleşmeyi bir bütün olarak devretmek istese bile iş sahibinin bu yönde bir taraf değişikliğini arzu edeceği pek muhtemel gözükmemektedir¹¹⁰ zira iş sahibinin iznini almadan eser sözleşmesinin üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir¹¹¹. Buna rağmen yüklenicinin eser sözleşmesini bir üçüncü kişiye devri söz konusu olursa, devreden asıl yüklenici eser sözleşmesine aykırı hareket etmiş ve yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur¹¹². Bu durumda TBK m. 46 – m. 47 hükümleri geçerli olur ve yapılan devir sözleşmesi iş sahibini bağlamayacağı gibi üçüncü kişi de iş sahibinden sözleşmeye dayanan bir istemde bulunamaz. Şunu da belirtmek gerekir ki böyle bir durumda sözleşmenin devredilmek istendiği üçüncü kişi, asıl yükleniciye karşı haksız inşaat (kanuni ipotek hakkı) ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilir¹¹³. Üçüncü kişi yüklenicinin yetkisiz olduğunu bilmiyor ise ve bilmesi de objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde mümkün değil ise bu durumda yükleniciden menfi zararını, yüklenicinin kusuru var ise müspet zararının tazminini talep edebilir¹¹⁴.

Eser sözleşmesinin devri ancak iş sahibinin sözleşmenin devrine icazet vermesi durumunda geçerli olacaktır¹¹⁵.

¹⁰⁸ EREN, BGH., s. 1405; AKKANAT, s. 13; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 639.

¹⁰⁹ Y. 15. HD. 22.12.2014 T., 2014/5266 E., 2014/7471 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

¹¹⁰ AKKANAT, s. 14.

¹¹¹ AKKANAT, s. 14, BÜYÜKAY, s. 90.

¹¹² EREN, BÖH., s. 615; YAVUZ, C., s. 1014; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

¹¹³ TANDOĞAN, s. 95; BÜYÜKAY, s. 90.

¹¹⁴ TANDOĞAN, s. 95.

¹¹⁵ TANDOĞAN, s. 95.

III. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Tarafları

A. Asıl (Üst) Yüklenici

Asıl yüklenici, iş sahibi tarafından eser sözleşmesi kapsamında sipariş edilen eseri meydana getirerek teslim etmeyi üstlenen, aynı zamanda aldığı işin bir bölümünü ya da tümünü üçüncü kişilere yaptırmak için kendi nam ve hesabına alt yüklenicilik sözleşmesi akdeden kişidir¹¹⁶. Asıl yüklenici, her iki sözleşmenin de tarafı olup, iş sahibi ve alt yüklenici arasında bir fiili bağlantı noktası oluşturmaktadır¹¹⁷.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicinin mevcudiyeti için iki koşul gerekir; İlk koşul, yüklenicinin eser yapma borcuna başka yükleniciyi veya yüklenicileri dâhil etmesidir. İkinci koşul ise asıl yüklenicinin bir başka yükleniciyi dâhil ederken kendi nam ve hesabına hareket etmesidir¹¹⁸.

Asıl yüklenici gerçek kişi, kamu hukuku ya da anonim, limited veya kolektif şirket şeklinde bir özel hukuk tüzel kişisi ya da tüzel kişiliği bulunmayan bir adi şirket, konsorsiyum ve ortak girişim olabilir¹¹⁹. Yüklenicinin tacir olması, Türk ya da yabancı uyruklu olması, ticaret siciline kayıtlı olması ya da eseri ticari amaçla meydana getirmesi önemli değildir, fiil ehliyetine sahip olan herkes yüklenici olabilir¹²⁰. Bunun yanında asıl yüklenici tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir¹²¹.

Asıl yüklenicinin eser sözleşmesinde iş sahibine karşı sahip olduğu hak ve borçlar ile alt yükleniciye karşı sahip olduğu hak ve borçlar birbirinden farklıdır¹²². Zira yüklenici, eser sözleşmesi kapsamında iş sahibi ile doğrudan akdi ilişki içine girerek¹²³ bir eser meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi üstlenen ve ondan iş alan konumunda iken, alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yükleniciye karşı iş sahibi konumuna geçmektedir¹²⁴.

¹¹⁶ KURT, s. 38; AKKANAT, s. 4-s.7; ERİŞEN, s. 17; SEÇER, s. 37.

¹¹⁷ AKKANAT, s. 11.

¹¹⁸ AKKANAT, s. 4.

¹¹⁹ EREN, BÖH., s. 605; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 19; AKKANAT, s. 6; AYDEMİR, s. 197; KURT, s. 38; ZEVKLİLER/GÖKYAYLAR, s. 476; ERİŞEN, s. 20; EREN, İnşaat, s. 50; SELİMOĞLU, s. 16.

¹²⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 476; KURT, s. 38.

¹²¹ SEÇER, s. 37.

¹²² ERİŞEN, s. 19.

¹²³ AKKANAT, s. 7.

¹²⁴ ERİŞEN, s. 19.

Bununla birlikte asıl yüklenicinin alt yüklenici ile yaptığı sözleşme, iş sahibi ile yaptığı eser sözleşmesine dayanmaktadır.

Eser sözleşmesinin bir türü olan müşavir (danışman) mühendisler ise eser sözleşmesinin tarafı değildir¹²⁵. Müşavir mühendis ile iş sahibi vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme söz konusudur¹²⁶. Müşavir mühendis sözleşmesi, DAYINLARLI'nın tanımı ile "*iş sahibi ile müşavir mühendis arasında kurulan iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında müşavir mühendis tarafından belli teknik hizmet edimleri ve/veya belgelerin temini taahhüdünü içeren bir sözleşme*"dir¹²⁷. Burada müşavir mühendis niteliği itibariyle yüklenici değil, iş sahibinin vekili konumundadır¹²⁸.

Bunun yanında genel yüklenici kavramına da değinmekte fayda vardır: Bir yapı eserinin tamamını yapmayı ve bunu teslim etmeyi borçlanan kişiye genel yüklenici denir¹²⁹. Genel yüklenici, almış olduğu işin bir bölümünü şahsen yerine getirirken bir bölümünü de kendi gözetim ve denetimi altında başka yüklenicilere yaptırabilir, bununla birlikte genel yüklenici inşaat plan ve projesini kendisi yapmaz¹³⁰.

Bir inşa eserinin plan ve projeleri de dâhil olmak üzere tümünü yapan yükleniciye ise tam yüklenici denir¹³¹. Bununla birlikte özellikle inşaat sözleşmelerinde birçok uzmanlık gerektiren iş söz konusu olduğundan önceden iş sahibi tarafından bölünerek işlerin farklı eser sözleşmeleri ile farklı yüklenicilere verilmesi durumunda kısmi yüklenicilik söz konusu olur. Kısmi yükleniciler sadece iş sahibine karşı sorumludurlar, birbirleri ile bir hukuki ve fiili bağları yoktur.

¹²⁵ SEÇER, s. 38; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 478.

¹²⁶ EREN, BÖH., s. 605; SEÇER, s. 38; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 478.

¹²⁷ DAYINLARLI, Kemal: İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, 1. Bası, Ankara 1998, s.5

¹²⁸ EREN, BÖH., s. 605; USTA, s. 3548.

¹²⁹ EREN, BÖH., s.606; GÜMÜŞ, s. 8.

¹³⁰ SEÇER, s. 45; EREN, BÖH., s. 606.

¹³¹ EREN, BÖH., s. 607.

B. Alt Yüklenici

Bir yüklenicinin özellikle yapım işlerinde eser sözleşmesinden doğan edim yükümünün tamamını ya da bir kısmını kendi ad ve hesabına yerine getirmesi amacıyla sözleşme yaptığı yardımcı kişiye alt yüklenici denir¹³².

Yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan bu sözleşme de niteliği bakımından eser sözleşmesidir¹³³. Bununla birlikte, bu ikinci sözleşme ilk sözleşmeden tamamen bağımsızdır¹³⁴. İlk eser sözleşmesinde asıl yüklenici iş sahibinden aldığı işi, kendi ad ve hesabına alt yükleniciye devretmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmesinde ise edim alacaklısı yüklenici iken asıl eser sözleşmesinde edim alacaklısı iş sahibidir¹³⁵.

Alt yüklenici, asıl yüklenicinin ediminin bir kısmını üstlenebileceği gibi eserin tümünün ifasını da üstlenebilir¹³⁶.

Alt yüklenicilik sözleşmesi asıl eser sözleşmesine bağlıdır¹³⁷. Bu nedenle taraflar isterlerse alt yüklenicilik sözleşmesine asıl eser sözleşmesi sona erdiği takdirde alt sözleşmenin de sona ereceği ve bu durumda asıl yüklenicinin TBK m.484'teki düzenlemenin aksine tam tazminat ödenmeyeceği yönünde bir kayıt koyabilirler¹³⁸.

Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece, yüklenici birden fazla alt yüklenici çalıştırabilir. Ayrıca alt yükleniciler de kendileri alt yüklenici çalıştırabilirler. Dolayısıyla birinci alt yüklenici, ikinci alt yükleniciyi, ikinci alt yüklenici de bir üçüncü alt yükleniciyi çalıştırabilir. Bu silsile içinde her alt yüklenici kendisine işveren bir önceki alt yükleniciye karşı sorumludur¹³⁹. Alt yüklenici ve varsa onun da çalıştırdığı alt yükleniciler, bağımsız ifa yardımcısı konumundadır¹⁴⁰.

¹³² AKKANAT, s. 3-4, s.8; BÜYÜKAY, s. 85; EREN, BÖH., s. 607; SEÇER, s.38; ALTAŞ, s. 170.

¹³³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 511; EREN, BÖH., s. 610; ÖZTÜRK-GÖZÜTOK, s. 640.

¹³⁴ EREN, BÖH., s. 607; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; GÜMÜŞ, s. 14.

¹³⁵ BÜYÜKAY; s.85.

¹³⁶ EREN, BÖH., s. 607; YAVUZ, C., s. 1010; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.511.

¹³⁷ YAVUZ, C., s. 1011; GÜMÜŞ, s. 13.

¹³⁸ SEÇER, s. 40-41.

¹³⁹ AYDEMİR, s. 200.

¹⁴⁰ GÜMÜŞ, s. 12; ERİŞEN, s. 12; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; ALTAŞ, s. 170; EREN, BÖH., s. 610.

Bununla beraber, alt yüklenicilerin sayısı ne olursa olsun, iş sahibine karşı sorumlu olan kişi asıl yüklenicidir¹⁴¹.

Alt yüklenici kural olarak iş sahibinden bedel talep edemez¹⁴². Bu kuralın istisnaları: iş sahibinin alt yüklenicinin ücretini ödeme konusunda asıl yüklenici ile müteselsil sorumlu olduğunu kabul etmiş olması, asıl yükleniciye kefil olması veya asıl yüklenicinin borcundan dolayı alt yükleniciye garanti vermiş olmasıdır.¹⁴³ Bunun dışında alt yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlar için yapı alacaklısı ipoteği tesis ettirme hakkı vardır¹⁴⁴.

Alt yüklenicinin iş sahibinden bedel talep edemeyeceği gibi iş sahibi de kural olarak alt yükleniciye emir ve talimat veremez, işin yerine getirilmesini isteyemez¹⁴⁵. İş sahibi sadece eserin yerine getirilmesini asıl yükleniciden talep edebilir.

İş sahibi ayba karşı tekeffülden kaynaklanan veya yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan zararlarını sadece haksız fiil hükümlerine dayanarak alt yükleniciden talep edebilir¹⁴⁶.

Ayrıca alt yüklenici kendisine verilen işleri ayıpsız şekilde yapacağını iş sahibine karşı taahhüt etmişse, iş sahibi asıl yükleniciye ile muhatap olmadan doğrudan alt yükleniciye başvurabilir. Bir diğer durum ise alt yüklenicilik sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyorsa yine iş sahibi doğrudan alt yükleniciye karşı sözleşmeden doğan haklarını talep edebilir¹⁴⁷.

C. İş Sahibi

İş sahibi, eser sözleşmesi kapsamında yükleniciye meydana getirilecek olan eseri sipariş veren ve eserin tamamlanıp teslim edilmesi halinde yükleniciye bedel ödeyecek

¹⁴¹ AYDEMİR, s. 200.

¹⁴² SEÇER, s. 42; ERİŞEN, s. 13; EREN, BÖH., s. 613.

¹⁴³ SEÇER, s. 42; ARAL/AYRANCI, s. 348; EREN, BÖH., s. 613.

¹⁴⁴ SEÇER, s. 43; EREN, BÖH. s. 613.

¹⁴⁵ SEÇER, s. 41; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; GÜMÜŞ, s. 14; EREN, BÖH., s. 612.

¹⁴⁶ ARAL/AYRANCI, s. 347; SEÇER, s. 41.

¹⁴⁷ SEÇER, s. 41-42.

olan kişi ya da iş ortaklığıdır¹⁴⁸. Eser sözleşmesinde iş sahibi eseri sipariş eder ve sonrasında ifa sürecine katılmaz. Zira yüklenici zaten uzman bir kişidir ve iş sahibi bu özelliği nedeniyle kendisi ile sözleşme akdetmiştir¹⁴⁹.

İş sahibini sözleşme yapma ehliyeti olması gerekir. Dolayısıyla ergin olmayan iş sahibi tek başına eser sözleşmesi akdedemeyecek, ancak yasal temsilcisinin katılımı ile sözleşme tarafı olabilecektir. Aynı şekilde iş sahibi kısıtlı bir kişi ise vesayet makamının vasiye yetki vermesi gerekir¹⁵⁰.

İş sahibi tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Örneğin elbirliği halinde kullanılan bir arsaya yapılacak bina için iş sahibi ortakların tümüdür, zira yönetim ve tasarruf yetkisinin kullanılması ortakların oy birliği ile karar almalarına bağlıdır¹⁵¹.

Bunun yanında iş sahibi, aynı yüklenici gibi gerçek kişi olabileceği gibi kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişisi de olabilir¹⁵².

İş sahibinin gerçek kişi olması ve bu kişinin ölümü halinde sözleşme sona ermez. Zira iş sahibi adına eseri teslim alacak ve yükleniciye bedel ödeyecek olan kişiler iş sahibinin yasal mirasçıları olacaktır¹⁵³. Bunun istisnasını tüm mirasçıların mirası reddetmesi oluşturur¹⁵⁴. Bu durumda eser sözleşmesinin feshi ve yüklenicinin tazminini terekeden talep hakkı doğar¹⁵⁵. Aynı şekilde iş sahibinin iflası halinde de sözleşmenin feshi mümkündür¹⁵⁶.

İş sahibinin muhatabı daima yüklenicidir¹⁵⁷. Bu nedenle iş sahibi alt yükleniciye kural olarak emir ve talimat veremez, eserin kendisine teslimini talep edemez¹⁵⁸. Diğer yandan iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmadığı için iş sahibi

¹⁴⁸ SELİMOĞLU, s. 4; TUTKUN, s. 26; ERİŞEN, s. 20; DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Sekizinci Bası, Ankara 2016, s.160.

¹⁴⁹ ERİŞEN, s. 22.

¹⁵⁰ DUMAN, s. 160.

¹⁵¹ SELİMOĞLU, s. 4, TMK m. 702 f.2; DUMAN, s.160.

¹⁵² SELİMOĞLU, s. 6; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 18; ERİŞEN, s. 23; KIRMIZI, s. 106; DUMAN, s. 160; GÜMÜŞ, s. 7; SEÇER, s. 47.

¹⁵³ AYDEMİR, s. 190.

¹⁵⁴ AYDEMİR, s.190.

¹⁵⁵ AYDEMİR, s. 191.

¹⁵⁶ AYDEMİR, s. 191.

¹⁵⁷ AKKANAT, s. 10.

¹⁵⁸ EREN, İnşaat, s. 66.

alt yükleniciye karşı sadece TBK m. 49'da düzenlenen haksız fiil hükümleri uyarınca başvurulabilir¹⁵⁹.

Aynı şekilde alt yüklenici de iş sahibine karşı yüklenici tarafından ödenmeyen ücretini talep edemez¹⁶⁰. Genel düzenleme böyle olmakla birlikte bu durumun dört istisnası söz konusudur:

Birinci durum iş sahibinin alt yükleniciye kefil olması ve/veya garanti hükümleri uyarınca ücret ödeme borcu altına girmesidir¹⁶¹. İkinci durum iş sahibi ile asıl yüklenicinin eser sözleşmesinde TBK m. 162 uyarınca müteselsil borçlu olmayı kabul etmiş olmasıdır. Üçüncü istisna ise sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca alt yüklenici ile iş sahibinin kendi aralarında bu konuda anlaşma yapmış olmalarıdır¹⁶². Son durumda ise TBK m. 129 uyarınca asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında iş sahibi lehine üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmasıdır¹⁶³. Bu konu çalışmamızın ileri bölümlerinde incelenecektir¹⁶⁴.

IV. Alt Yüklenicilik Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi Arasında Uyum Sağlanması

Çalışmamızın konusunu oluşturan asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin edimini yerine getirmemesinden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu kapsamında, iki sözleşme bulunmaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmeleri birbirinden hukuken bağımsız olan fakat fiilen iç içe bulunan sözleşmelerdir¹⁶⁵.

Asıl yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilen eser sözleşmesi ve asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kurulan alt yüklenicilik sözleşmesi göz önüne alındığında, her iki sözleşmenin de ortak tarafının asıl yüklenici olduğu görülmektedir. Bu bağlamda bu üçlü ilişki içinde en çok etkilenen tarafın asıl yüklenici olduğu söylenebilir¹⁶⁶. Bununla beraber, alt yükleniciler de asıl yüklenicilere göre daha güçsüz durumda olduklarından ve eser

¹⁵⁹ ERİŞEN, s.22; EREN, İnşaat, s. 66.

¹⁶⁰ ERİŞEN, s. 22.

¹⁶¹ EREN, İnşaat, s. 66.

¹⁶² ERİŞEN, s. 23.

¹⁶³ ERİŞEN, s. 23.

¹⁶⁴ Bkz. s. 81 vd.

¹⁶⁵ AKKANAT, s. 84; KAPLAN, s. 74.

¹⁶⁶ AKKANAT, s. 80.

sözleşmesinde yüklenilen edimin bir kısmı ya da tamamını içerdiğinden genellikle alt yüklenicilik sözleşmesi eser sözleşmesine kayıt konularak paralel hale getirilir.

Böyle olmakla birlikte, asıl eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesinin uyumlu olması üç tarafın da menfaatinedir. Alt yüklenicinin kendi edimini ifa etmesinde nihai yararı iş sahibi görecektir, asıl yüklenici iş sahibinden ücretini alamadığında bu durumdan alt yüklenicinin de etkilenme ihtimali yüksektir¹⁶⁷.

Bu nedenle taraflar, eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi arasında uyum sağlamak amacıyla bir takım düzenlemeler yapabilirler¹⁶⁸. Bağlantı kaydı ile yapılacak bu düzenlemelere birkaç örnek vermek isteriz:

Taraflar, öncelikle alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerliliğini eser sözleşmesinin geçerlilik şartına bağlı kılabilirler¹⁶⁹. Bu durum alt yüklenicilik sözleşmesinin bir alt sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır¹⁷⁰.

Bu bağlamda eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından sona erdirilmesi ya da tadil edilmesi halinde, yüklenicinin aynı hükümlerle alt yüklenicilik sözleşmesini tazminatsız olarak sona erdirebileceği ya da aynı değişikliklerin alt yüklenicilik sözleşmesinde de otomatik olarak geçerli olacağı şartı konulabilir¹⁷¹. Bu düzenlemeler şüphesiz yüklenicinin arada kalmasından kaynaklanan zayıf durumunu güçlendirmek amacı taşımaktadır.

Bir diğer düzenleme ise, yüklenicinin alt yükleniciye olan yükümlülüğünü yerine getirmesinin, iş sahibinin de kendisine benzer yükümlülüğünü yerine getirmesi koşuluna bağlanmak suretiyle yapılabilir. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılan teslim tarihinin, eser sözleşmesinde belirtilen teslim tarihinden daha önce bir tarih olması kararlaştırılması gerekir. Bu durumu sağlamak için birbirlerinden hukuki olarak bağımsız olan iki sözleşmeye kayıt koyarak teslim tarihleri birbirlerine bağlı kılınabilir¹⁷².

¹⁶⁷ AKKANAT, s. 82.

¹⁶⁸ YALÇINDURAN, s.58.

¹⁶⁹ KAPLAN, s. 69; YALÇINDURAN, s.58; AKKANAT, s. 88.

¹⁷⁰ AKKANAT, s. 70.

¹⁷¹ YALÇINDURAN, s. 58.

¹⁷² KAPLAN, s. 69; YALÇINDURAN, s. 57.

Önemli ve sık karşılaşılan bir başka düzenleme de, tarafların alt yüklenicilik sözleşmesine ödemeye ilişkin şart koymalarıdır. Bu durumda alt yüklenicilik sözleşmesine, yüklenicinin alt yükleniciye yapacağı ödemelerin, iş sahibi tarafından yükleniciye yapılacak ödemeden sonraki bir tarihte olacağı kaydı konulmaktadır¹⁷³. Burada yüklenici iş sahibinin ödemede acze düşmesi ya da ödeme yapmaması durumunda kendi pozisyonunu sağlama almakta, riski alt yükleniciye devretmektedir¹⁷⁴.

Taraflar zamanaşımı süresi bakımından da bir düzenleme yapabilirler. Alt yüklenicinin ayıptan doğan taleplerine ilişkin zamanaşımı süresi, TBK m. 478 uyarınca kendi ediminin yüklenici tarafından teslim alınmasından itibaren taşınır eserlerde iki yıl, taşınmaz eserlerde beş yıl, yüklenicinin ağır kusuru mevcut ise eserin niteliği gözetilmeksizin yirmi yıldır¹⁷⁵. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu için de aynı hüküm geçerlidir.

Yüklenicinin eser sözleşmesi ile üstlendiği edimin büyük olması ve bunun bir kısmını alt yükleniciye devretmiş olması durumunda, alt yüklenici kendi payına düşen bölümü tamamlamış ve yükleniciye devretmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde, alt yüklenici adına ayba karşı sorumluluğunda zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır. Belki yüklenici bu süreçte üstlendiği işin diğer bölümleri tamamlamayı sürdürecektir ve birkaç sene sonra eserin tamamını iş sahibine teslim edecektir. Bu durumda asıl yüklenici adına dava zamanaşımı kendi teslim tarihinde başlayacaktır. Dolayısıyla aradaki sürede alt yüklenicinin zamanaşımı süresi dolmuş olma, yüklenicinin zamanaşımı süresinin ise devam ediyor olma olasılığı vardır. Bu olasılığın gerçekleşmesi halinde alt yüklenicinin ediminden dolayı iş sahibi tarafından tespit edilen ayba yüklenicinin katlanması gerekecektir. Böyle bir riskin önüne geçmek için taraflar ya yasal zamanaşımı süresini uzatmalı ya da alt yüklenicinin zamanaşımı süresini yüklenicinin eseri iş sahibine teslim tarihinden itibaren başlatmayı kararlaştırmalıdır¹⁷⁶.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar her iki sözleşme arasında paralellik yakalamak amacıyla her türlü düzenlemeyi yapabilirler. Örneğin alt yüklenicilik sözleşmesinin şekli eser sözleşmesi belirli bir şekilde yapılmış ise bu şekle bağlı kılınabilir.

¹⁷³ YALÇINDURAN, s. 59.

¹⁷⁴ AKKANAT, s. 89; YALÇINDURAN, s. 59.

¹⁷⁵ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 560; AKKANAT, s. 81.

¹⁷⁶ AKKANAT, s. 90-91.

Ayrıca eser sözleşmesi için geçerli olan hukukun ve yetkili mahkemelerin alt yüklenicilik sözleşmesi için de geçerli olacağı kararlaştırılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

İş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte, alt yüklenicilik sözleşmesi ile meydana gelen sonuç, iş sahibini doğrudan doğruya etkiler. Bu nedenle iş sahibinin asıl yükleniciye karşı eser sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini açıklamakta fayda olacağını düşünüyoruz.

İş sahibinin asıl borcu, bedel ödeme borcudur¹⁷⁷. Bunun dışında talimat vermek, malzeme ve arsa sağlamak, kendisi tarafından bilinen fakat yüklenicinin gözüne çarpmayacak boyuttaki tehlikeli şeyleri yükleniciye haber vermek, eseri teslim almak, teslimden sonra eseri muayene etmek ve varsa ayıpları yükleniciye bildirme külfeti eser sözleşmesi kapsamında iş sahibinin borç ve hakları arasında kabul edilmektedir¹⁷⁸.

A. Bedel Ödeme Borcu

İş sahibinin asli borcu olan bedel ödeme borcu, iş sahibi bakımından sözleşmenin olmazsa olmaz unsurunu oluşturur. Bu nedenle bedelin ödenmeyeceği yönünde kayıt konan sözleşmeler isimsiz sözleşme grubuna girer¹⁷⁹. Bununla birlikte bedelin kararlaştırılmamış olması sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini kaybettirmez ve

¹⁷⁷ EREN, BÖH., s. 655; YAVUZ, C., s. 1041; BÜYÜKAY, s. 163; GÜMÜŞ, s. 73; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 238.

¹⁷⁸ YAVUZ, C., s. 1041; EREN, BÖH., s. 655; SELİMOĞLU, s. 195; ERGEZEN, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 45; BÜYÜKAY, s. 163; TANDOĞAN, s. 233.

¹⁷⁹ BÜYÜKAY, s. 16; ERİŞEN, s. 36.

sözleşmeyi bedelsiz ya da geçersiz hale getirmez¹⁸⁰. Bedel, kural olarak paradır. Bedelin para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelere yalın eser sözleşmeleri denmektedir¹⁸¹. Bununla birlikte iş sahibi bedel olarak bir mal veya emek de verebilir¹⁸².

Bedel Türk Lirası olarak kararlaştırılabileceği gibi, yabancı para üzerinden de belirlenebilir. Sözleşmede yabancı paranın aynen ödenmesi koşulu varsa iş sahibi, ifa zamanı geldiğinde borcunu kararlaştırılmış olan para cinsi olarak öder¹⁸³. Yargıtay bir kararında¹⁸⁴: *“Taraflar arasında imzalanan 12.05.2008 tarihli eser sözleşmesinin bedeli sözleşmenin ilk kapak sayfasına göre 25.500.000 Cezayir Dinarı olarak kararlaştırılmıştır. Sözleşmede bedelin USD cinsinden ödeneceğine dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Sadece sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde yüklenici ve iş sahibi için cezai şart Amerika Doları üzerinden belirlenmiştir. Davacı, icra takibinde Amerikan Doları cinsinden hakediş alacağı, teminat kesintisi ve işlemiş faizleri için talepte bulunmuştur. Sözleşmede iş bedelinin Cezayir Dinarı üzerinden ödeneceği kararlaştırıldığı ve teminat kesintisi de bu para üzerinden yapıldığı için davacının alacaklarını USD cinsinden talep etmesi mümkün değildir. Ancak sözleşmede kararlaştırılan yabancı para olan Cezayir Dinarı istenebilir.”* Denilerek sözleşmede belirli bir ülke parası cinsinden ödeme yapılacağı kararlaştırıldığı takdirde borçlunun seçim hakkının olmadığı ifade edilmiştir¹⁸⁵.

Aynen ödeme koşulu yoksa iş sahibi seçimlik hakka sahip olup borcunu isterse ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası olarak da ödeyebilir¹⁸⁶.

Bununla birlikte iş sahibinin borcunu vade gününde ödememesi halinde bu kez seçim hakkı yüklenici-alacaklıya geçer¹⁸⁷. Yüklenici bu durumda sözleşme bedelinin aynen (yabancı para olarak) ödenmesini talep edebileceği gibi, fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası olarak ödenmesini isteyebilir¹⁸⁸.

¹⁸⁰ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 237; TANDOĞAN, s. 26; YAVUZ, C., s. 1042; KARADAŞ, s. 275; GÜMÜŞ, s. 73.

¹⁸¹ SELİMOĞLU, s. 195; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 241.

¹⁸² KURT; s. 37; EREN, BÖH., s. 656; SELİMOĞLU, s. 196.

¹⁸³ Buna ilişkin olarak bkz. Yargıtay 15. HD. 06.04.2016 T., 2015/3934 E., 2016/2610 K.

¹⁸⁴ Y. 15. HD. 06.04.2016 T., 2015/6193 E., 2016/2137 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

¹⁸⁵ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 244.

¹⁸⁶ COŞKUN, Mahmut: İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Birinci Bası, Ankara 2017, s. 303-304; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 243.

¹⁸⁷ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 243.

¹⁸⁸ SELİMOĞLU, s. 196.

Burada önemli olan nokta, bedelin emek ya da mal olarak ödenmesi halinde sözleşmenin halen eser sözleşmesi niteliğini koruyor olmasıdır, bu durumda mal değişim sözleşmesinden söz edilemez¹⁸⁹. Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesi bu kapsamdadır. Burada bedel, arsa payına bağlı bağımsız bölümler şeklinde ödenir¹⁹⁰. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu gibi durumlarda çift tipli karma sözleşmeden söz edilir. Bedelin emek olarak ödenmesi halinde yüklenici yönünden eser sözleşmesi hükümleri uygulanırken, iş sahibi yönünden hizmet ya da vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır¹⁹¹.

Bedel, taraflar arasında zımnen ya da açıkça kararlaştırılabilir¹⁹². Bununla birlikte sözleşmenin içinde bedele ilişkin kesin ya da takribi bir miktar belirlenebileceği gibi, taraflar bu hususu daha sonraki bir zamanda da kararlaştırabilirler, önemli olan bedelin belirlenebilir olmasıdır¹⁹³.

Tarafların sözleşme bedelini yaklaşık olarak belirlediği ya da hiç belirlemediği durumda, TBK m. 481 hükmü gereği eserin meydana getirildiği yer ve zamana göre olan değeri ve yüklenicinin eseri meydana getirirken yaptığı gider tutarı üzerinden belirleme yapılır¹⁹⁴. Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında¹⁹⁵ davanın tarafları arasında yazılı olarak akdedilen bir sözleşme bulunmadığından ve tarafların bedel konusunda anlaşmamış olmalarından dolayı yapılan işlere ilişkin bedelin TBK m. 481 uyarınca işlerin yapıldığı tarihteki piyasa rayicine göre belirleneceği belirtilmiştir.

İş sahibinin sözleşmenin bir bedel karşılığında yapılmadığını iddia etmesi halinde sözleşmenin bedel karşılığı yapıldığını ispat edecek olan taraf yüklenicidir¹⁹⁶. Bununla birlikte iş sahibinin bedel ödeme borcuna ilişkin zamanaşımı süresi, TBK m.147/1, c.6 uyarınca beş yıldır¹⁹⁷.

¹⁸⁹ EREN, BÖH., s. 656; COŞKUN, s. 294.

¹⁹⁰ SELİMOĞLU, s. 196.

¹⁹¹ EREN, BÖH., s. 656.

¹⁹² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 536; GÜMÜŞ, s. 73; EREN, BÖH., s. 656.

¹⁹³ EREN, BÖH., s. 656; GÜMÜŞ, s.73; ERGEZEN, s. 46; BÜYÜKAY, s. 164; KIRMIZI, s. 319; TANDOĞAN, s. 234; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 238.

¹⁹⁴ ERZURUMLUOĞLU, s. 161; KURT, s. 36; EREN, BÖH., s. 656; GÜMÜŞ, s. 75; BÜYÜKAY, s. 165; YAVUZ, C., s. 1042.

¹⁹⁵ Y. 15. HD.13.01.2015 T., 2014/1867 E., 2015/57 K., Y. 15 HD. 11.02.2015 T., 2014/ 2230 E., 2015/ 612 K., Y.15 HD. 29.02.2008 T., 2007/1845 E., 2008/1291 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

¹⁹⁶ EREN, BÖH., s. 656; BÜYÜKAY, s. 163.

¹⁹⁷ EREN, BÖH., s. 656; GÜMÜŞ, s. 73.

TBK uyarınca iş sahibi tarafından ödenecek bedel götürü bedel ve yaklaşık değere göre bedel olmak üzere iki şekilde ödenebilir¹⁹⁸:

1). Ücretin Götürü Bedel Olarak Belirlenmiş Olması

Ücretin sözleşme ile belirlenmesi halinde, götürü bedel söz konusu olur.¹⁹⁹ Götürü bedel daha çok iş sahibinin menfaatine hizmet eder, zira götürü bedelde bedel hasarından yüklenici etkilenir²⁰⁰.

Götürü bedel²⁰¹, ücretin eser sözleşmesinde ya da eserin ifasından önceki bir tarihte kesin olarak belirlendiği durumdur²⁰². Götürü bedelde özellikle yüklenici kârını ve giderlerini de içeren ayrıntılı bir hesap yaparak belirli bir tutar belirlemektedir²⁰³.

Götürü bedel toptan tek bir tutar olarak belirlenebileceği gibi, birim (vahit) fiyat üzerinden de kararlaştırılabilir²⁰⁴. Ücretin götürü ücret olarak kabul edilmesi için bedelin para olarak ödenmesi zorunlu değildir, başka bir mal ya da eser de götürü ücret kapsamında belirlenebilir²⁰⁵. Ayrıca taraflar ileriki tarihlerde emek ve malzeme fiyatlarındaki artış olduğu takdirde bu artışın sözleşme bedeline yansıtılacağı kaydını da koyabilirler. Bu duruma global götürü bedel ya da pahalılık koşulunu saklamak suretiyle götürü bedel denilmektedir²⁰⁶.

Kanun koyucu TBK m. 480'de götürü ücreti düzenlemiştir. İlgili madde uyarınca sözleşmede bedel taraflarca götürü olarak tespit edilmişse taraflar artık bu bedelle bağıdırlar. Yüklenici eserin imaline başladıktan sonra hesap ettiğiinden daha fazla emek ve masraf harcasa dahi iş sahibinden kural olarak bedel artırımını talep edemez. Aynı durum iş sahibi için de geçerlidir. Eser daha az masraf ve emekle ortaya çıkmış ise iş sahibi daha az

¹⁹⁸ SELİMOĞLU, s. 197; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 536; GÜMÜŞ, s. 75 vd.

¹⁹⁹ GÜMÜŞ, s. 76; YAVUZ, N., s. 2506; BÜYÜKAY, s.164; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; EREN, BÖH. s. 657.

²⁰⁰ GÜMÜŞ, s.75; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 538; ERGEZEN, s. 108.

²⁰¹ Götürü bedele anahtar teslimi bedel, sabit bedel veya kesin bedel de denilmektedir. (EREN, BÖH, s. 657)

²⁰² EREN, BÖH., s. 657; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; TANDOĞAN, s. 234; YAVUZ, C., s. 1044; KIRMIZI, s. 320, GÜMÜŞ, s. 76.

²⁰³ KIRMIZI, s.320; EREN, BÖH., s. 657.

²⁰⁴ YAVUZ, N., s. 2506; TANDOĞAN, s. 234; YAVUZ, C., s. 1044.

²⁰⁵ TANDOĞAN, s. 235; YAVUZ, N., s. 2506; YAVUZ, C., s. 1044; KIRMIZI, s. 320.

²⁰⁶ ERGEZEN, s. 166-167; GÜMÜŞ, s. 76; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 539; KIRMIZI, s. 320; GÜMÜŞ, s. 76.

bedel ödeme talebinde bulunamaz. Bu durum sözleşmede ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin açık bir uygulamasıdır²⁰⁷.

Bununla birlikte TBK m. 480/2'de önceden öngörülmeleyen durumların ortaya çıkması halinde taraflara hakimden sözleşme bedelinde artış yapılmasını veya yükleniciye sözleşmeden dönme ya da dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda fesih hakkı tanınmıştır²⁰⁸. Uyarılama²⁰⁹ için, TMK m. 2'de bulunan Clausula rebus sic stantibus ilkesinin bir yansıması²¹⁰ olarak, başlangıçta öngörülemeyen ya da öngörülebilir taraflarca göz önüne alınmayan beklenmeyen hallerin ortaya çıkması gerekir.

Beklenmeyen hal yüklenicinin eylemleri dışında ortaya çıkmalı, objektif iş çevresindeki normal kişiler için de öngörülemeyen bir durum oluşturuyor olmalı, eserin ifasını engellemeli ya da son derece güçleştirmeli ve sözleşmeyi uzun süre boyunca etkisi altına almalıdır²¹¹. Öngörülmezlik olup olmadığı iş sahibi tarafından değil, uzman ve özenli bir üçüncü kişi yüklenici tarafından belirlenir²¹².

Bu duruma örnek olarak deprem, bina yapılacak arsanın erozyona uğraması, sel gibi doğa olaylarının yanında savaş, salgın hastalık, ithal ve ihraç konusunda getirilen yasak ve tahditler, aşırı enflasyon gibi beşeri durumlar da gösterilebilir²¹³.

Böyle bir durumda öncelikle yüklenici hakimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilir²¹⁴. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün değil ya da iş sahibinden beklenemeyecek duruma yol açıyor ise yüklenici sözleşmeden dönme veya dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir²¹⁵. Yüklenici uyarılama talebinden önce sözleşmeden dönme ya da fesih yetkisini kullanamaz,

²⁰⁷ ERZURUMLUOĞLU, s. 161; KIRMIZI, s. 321; YAVUZ, C. s. 1043; EREN, BÖH., s. 658; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 537.

²⁰⁸ YALÇINDURAN, s. 145; ERZURUMLUOĞLU, s. 162; YAVUZ, C., s. 1044; EREN, BÖH., s.659-660; GÜMÜŞ, s. 89.

²⁰⁹ Uyarılama ilkesine emprevizyon veya öngörülemezlik ilkesi de denilmektedir. Uyarılama ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, BGH., s. 540 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 200 vd.

²¹⁰ YALÇINDURAN, s. 145; GÜMÜŞ, s. 85; EREN, BGH, s. 541; EREN, BÖH., s. 660, YAVUZ, C., s. 1045.

²¹¹ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 544-545; YAVUZ, C., s. 1045; KIRMIZI, s. 322.

²¹² GÜMÜŞ, s. 85; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 546.

²¹³ EREN, BÖH., s. 661.

²¹⁴ GÜMÜŞ, s. 89.

²¹⁵ ERZURUMLUOĞLU, s. 162; EREN, BÖH., s. 667.

öncelik (birincil hak) uyarlama hakkının kullanılmasındadır²¹⁶. Uyarlamayı talep hakkı sadece yükleniciye tanınmıştır. Bununla birlikte eser sözleşmesinde uyarlama talebi aşırı ifa güçlüğü masrafların yüksek oranda artması dışında başka bir nedenle meydana gelmişse genel hüküm niteliğindeki TBK m.138 kapsamında da uyarlama talep edilebilir²¹⁷.

Taraflar sözleşme serbestisi kapsamında emredici nitelik taşımayan TBK m. 480/II hükmünün uygulanmayacağını kararlaştırabilirler²¹⁸. Bu yöndeki iddiayı iş sahibi ispatlar²¹⁹.

2). Ücretin Yaklaşık Bedel (Değere Göre Bedel) Olarak Belirlenmiş Olması

Taraflar ekonomik koşulların beklenmedik ve hızlı değişimi, iş ve imalat bedelini kesin olarak belirlemenin riskli olması gibi durumlar göz önüne alındığında, götürü bedel yerine yaklaşık bedelle eser sözleşmesi akdetmeyi daha çok tercih etmektedirler²²⁰. Yüklenicinin bu yöntemi tercih etme sebebi ise eseri meydana getirirken ne kadar malzeme ve yardımcı kişi çalıştıracağını sözleşmenin başında net olarak hesaplanmasının düşük bir ihtimal olması ve ileride malzeme fiyatlarında beklenmeyen artış yaşanırsa sözleşmenin uyarlanmasının meşakkatli bir yol olmasıdır²²¹.

Tarafların sözleşme bedelini kesin olarak değil de yaklaşık bir tutarla belirledikleri veya sözleşmenin yorumundan bir alt ve üst sınır aralığı çıkarıldığı durumda yaklaşık bedel söz konusu olmaktadır²²². Burada üç aşağı beş yukarı şekilde belirlenen bedel adeta tarafları sözleşme yapmaya iten bir saik niteliği taşımaktadır²²³.

Ücretin yaklaşık bedel olarak belirlendiği durumda taraflar tahmini bir bedel belirlemektedirler. Bununla birlikte belirlenen bu bedel kesin değildir, tahminen hesaplanan bu bedel ile fiilen yapılan harcamalar arasında fark olursa, bedel fiilen yapılan

²¹⁶ EREN, BÖH., s. 667.

²¹⁷ Y. HGK. 2001/ 15-402 E., 2001/ 459 K.; GÜMÜŞ, s. 89.

²¹⁸ KIRMIZI, s. 322; GÜMÜŞ, s. 90.

²¹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550.

²²⁰ BÜYÜKAY, s. 165; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 238; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552; EREN, BÖH., s. 671.

²²¹ YALÇINDURAN, s.156.

²²² ERİŞEN, s.106; SELİMOĞLU, s. 218; EREN, BÖH., s. 671; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552; GÜMÜŞ, s. 77.

²²³ GÜMÜŞ, s. 77.

harcama esas alınarak kabul edilir²²⁴. Örneğin sözleşmeye “yaklaşık bedel ... TL ‘dir’” ya da “... TL’den az olmamak kaydıyla”, veya “... TL’den fazla olmamak üzere” yazarak yaklaşık bedel kaydı koyabilirler²²⁵.

İş sahibini yükleniciye yapacağı ödemenin kesin olarak belirlenmesi, işin bitiminde yapılacak olan keşif ile gerçekleşecektir²²⁶.

Belirlenen yaklaşık bedel aşırı ölçüde aşılsa TBK m.482/I uyarınca taraflar sözleşmeden dönebilirler. İş sahibi bu derecedeki aşımı en baştan bilse idi sözleşmeyi yapmayacak idi ise burada bedelin aşırı ölçüde aşıldığı kabul edilmektedir²²⁷.

3). Ücretin Önceden Belirlenmemiş Olması

Taraflar, sözleşmede iş sahibinin bedelin götürü bedel olarak mı yoksa yaklaşık bedel şeklinde mi gerçekleşeceği hususunu açıkça belirtmemiş olabilirler. Tarafların bu hususta uyuşmazlığa düşmeleri halinde sözleşmenin özelliğine bakılır²²⁸. Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ücret mutlaka kesin (götürü) bedel olarak belirlenir²²⁹. Bu şekilde belirlemenin imkânsız olduğu durumlarda ise bedelin yaklaşık ücret olduğunun kabulü gerekir²³⁰.

Bununla birlikte taraflar arasında götürü ücret ya da yaklaşık bedel konusunda bir uyuşmazlık olmamakla beraber ücretin miktarı konusu tayin edilmemiş ise bu durumda TBK m. 481 uyarınca eserin yapıldığı yer ve zamandaki kıymetine ve yüklenicinin eser için yaptığı masrafa göre belirlenir²³¹.

²²⁴ BÜYÜKAY, s.165; ERGEZEN, s. 165.

²²⁵ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 239.

²²⁶ YALÇINDURAN, s. 156; BÜYÜKAY, s. 165.

²²⁷ SELİMOĞLU, s. 219.

²²⁸ ERGEZEN, s. 108, EREN, BÖH., s. 671-672.

²²⁹ ERGEZEN, s. 108.

²³⁰ BÜYÜKAY, s. 165.

²³¹ EREN, BÖH., s. 671-672, YALÇINDURAN, s. 161.

II. Asıl Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

A. Asıl Yüklenicinin İş Sahibine Karşı Hak ve Yükümlülükleri

1). Eser Meydana Getirme Borcu

Çalışmamızın önceki bölümlerinde eser sözleşmesinin unsurlarını incelerken yüklenicinin eser meydana getirme borcunun içeriği açıklanmıştı. Eserin teslimi ise eser meydana getirme borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir²³².

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü TBK m. 470’te açıkça belirtilmiştir. Yüklenicinin eser meydana getirme borcu aynı zamanda şahsen ifa veya kendi yönetimi altında yaptırma²³³ borcunu ve araç gereç ve malzeme sağlama²³⁴ borçlarını da kapsamaktadır²³⁵.

i. Şahsen İfa Kuralı

Edimin niteliği şahsen ifa kuralında belirleyici etkindir. Buna göre edim, yüklenicinin şahsına, yetkinlik ve kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ise mutlak şahsilik ilkesi geçerli olacaktır²³⁶.

Bununla birlikte, şahsen ifa borcunu düzenleyen kanun hükmü düzenleyici hukuk kuralı olup emredici nitelik taşımamaktadır²³⁷. Bu nedenle eserin sonucu bakımından yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmesi ile bağımlı ya da bağımsız yardımcı kişilerin ifası arasında fark olmayacaksa yüklenicinin şahsen ifa zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte estetik operasyon ya da fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi eseri kendi

²³² KURT, s. 56; GÜMÜŞ, s. 4.

²³³ TBK m. 471, f. 3, c. 1.

²³⁴ TBK m. 471 f. 4, m. 472.

²³⁵ ARAL/AYRANCI, s. 343.

²³⁶ EREN, BÖH., s. 609; GÜMÜŞ, s. 11; DOĞANOĞLU, Ali Erdem / UZUNKAYA, Mehmet Celal: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Bizzat Meydana Getirme veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Mecmua, Birinci Bası, Ankara 2008, s. 386; GÜMÜŞ, s. 11.

²³⁷ ARAL/AYRANCI, s. 345; EREN, BÖH., s. 609.

yönetimi altında yaptırrsa bile bizzat ifa ile aynı sonucun çıkması mümkün değil ise yüklenicinin şahsen ifası aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece zorunludur²³⁸.

ii. Bağımlı Yardımcı Kişi

Bu noktada ifa yardımcısı terimini açıklamakta fayda olacaktır. İfa yardımcısı, borçlunun bilgisi ve iradesi dâhilinde, borçluya ait bir edim yükümlülüğünü ifa eden ve ya da ifa faaliyetlerine yardımcı olan kişiye denir²³⁹.

İfa yardımcısından söz edebilmek için iki koşul gerekmektedir. Birincisi yüklenici, borcun yardımcı kişi tarafından yerine getirilmesine izin vermiş olmasıdır²⁴⁰. Yüklenicinin izni olmadan çalışan üçüncü kişi ifa yardımcısı sıfatını kazanamaz. İkinci koşul ise ifa yardımcısının eserin meydana getirilmesinde bizzat çalışması zaruretidir. Fiilen katılma yüklenicinin ediminin tümünü ifa etme şeklinde olabileceği gibi bir bölümünde çalışma şeklinde de olabilir²⁴¹.

Bağımlı ifa yardımcıları, yüklenicinin emri ve denetimi altında çalışan ve yüklenici ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunan kişilerdir²⁴². Bağımlı yardımcı kullanan yüklenici, işi kendi yönetimi altında yaptıracak, gerekli araç ve malzemeyi sağlayacak, işin ifasında bu işi en iyi şekilde yapabilecek kişileri görevlendirecek ve işin gerektirdiği güvenlik önlemlerini alacaktır²⁴³. Örneğin lokanta işleten bir kişinin yanında çalışan garsonlar ya da eser sözleşmesinde yüklenicinin yanında çalışan, doğrama yapan ustalar, berberde berberin yanında çalışan kalfalar, toprağı kazan işçiler bağımlı ifa yardımcılarıdır. Bağımlı ifa yardımcısı kişilerin belli bir işte uzman olmaları gerekmez, bununla birlikte bağımsız ifa yardımcıları çoğunlukla çalıştığı alanda iş sahibinden daha uzmandır²⁴⁴.

²³⁸ YAVUZ, N, s. 2469.

²³⁹ EREN, BGH., s. 1201; ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s.5, s. 104; YALÇINDURAN, s. 50.

²⁴⁰ EREN, BGH., s. 1204; ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s. 104 s. 151.

²⁴¹ EREN, BGH., s.1204; ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s.104, s. 161.

²⁴² TANDOĞAN, s. 77; ERİŞEN, s. 14; YALÇINDURAN, s. 50.

²⁴³ ERGEZEN, s. 40; DOĞANOĞLU/UZUNKAYA, s. 392-393.

²⁴⁴ TANDOĞAN, s. 76; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 512.

Son olarak, bağımlı ifa yardımcısının mutlaka gerçek kişi olmasına gerek yoktur, tüzel kişiler de organları kanalıyla olabilirler²⁴⁵.

iii. Bağımsız Yardımcı Kişi

Bağımsız ifa yardımcısı hizmet sözleşmesi ile değil, eser sözleşmesi kapsamında çalışmaktadır ve burada bağımsızlık işin niteliğinden kaynaklanmaktadır²⁴⁶. Alt yükleniciler nitelikleri itibariyle bağımsız ifa yardımcılardır²⁴⁷. Yargıtay da 15.09.1980 T. 1979/8100 E., 1980/9498 K. Sayılı kararında²⁴⁸ alt yüklenicinin bağımsız ve kendi hesabına çalışan yardımcı kişi olduğunu ifade etmiştir.

Yüklenici, bağımlı ifa yardımcısının aksine burada denetim yetkisi ve onlara talimat verme hakkına sahip değildir zira bağımsız ifa yardımcısı konumundaki alt yükleniciler, alt yüklenicilik sözleşmesini kendi nam ve hesabına yapan genellikle kendi uzmanlık alanları olan kişilerdir²⁴⁹. Bununla birlikte taraflar alt yüklenicilik sözleşmesine yüklenicinin denetim ve talimat verme yetkisi olduğuna dair kayıt koyabilirler.

Aynı şekilde alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcut değildir²⁵⁰. Bununla birlikte alt yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olması, ona keyfi davranma yetkisi vermez zira alt yüklenici almış olduğu iş ile ilgili özen ve uzmanlığının gerektirdiği dikkati göstermekle yükümlüdür.

İster bağımlı ister bağımsız olsun ifa yardımcılardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu TBK m. 116 (BK m. 100)' da düzenlenmiştir²⁵¹. Örneğin bir binanın ısıtma tesisatının yapımını üstlenen alt yüklenici, iş sıklığı sebebiyle işini geciktirmiş ise, iş sahibine karşı kendisinin bir sorumluluğu olmayacaktır. Burada yüklenici sanki kendi kusuru ile temerrüde düşmüş gibi sorumlu olacak ve gecikme cezasını ödemekle yükümlü olacaktır. Alt yüklenicinin gecikmede kusurlu davranışı varsa yüklenici kusuru oranında gecikme cezasını alt yükleniciye rücu edebilecektir. Bu durumun istisnası yüklenici alt

²⁴⁵ EREN, BGH., s. 1205; ŞENOCAK, İfa Yardımcısı s. 130-131.

²⁴⁶ ERİŞEN, s. 14.

²⁴⁷ EREN, BÖH., s. 610; BÜYÜKAY, s. 89; YALÇINDURAN, s. 50; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 512

²⁴⁸ Kararı aktaran: ERİŞEN, s. 12.

²⁴⁹ EREN, BÖH., s. 610; YALÇINDURAN, s. 50-51.

²⁵⁰ ERİŞEN, s. 13; YAVUZ, C., s. 1012.

²⁵¹ YAVUZ, C., s. 1009; ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s. 114; ÖZ, s. 51; ERİŞEN, s.75; BÜYÜKAY, s. 88; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; DOĞANOĞLU/UZUNKAYA, s. 394.

yüklenici yerinde olsaydı o da aynı ihlale sebep olacak hem de bundan dolayı sorumlu olmayacak idiye bu durumda alt yüklenici TBK m. 116 uyarınca sorumluluktan kurtulacaktır²⁵².

Yükleniciyi ifa yardımcılarının edim ve ihlallerinden kurtaracak durum ise sözleşmeye ifa yardımcılarının davranışlarından dolayı kusursuz sorumlu olmayacağına ilişkin kayıt konulmasıdır. Dolayısıyla yardımcı kişilerin ağır kusurları ile dahi vermiş oldukları zararlardan dolayı yüklenici bu kişileri seçmekte ve onları çalıştırmakta hiçbir kusuru olmadığını ispat ettiği ölçüde iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulacaktır²⁵³.

Şayet taraflar arasında işin (edimin) alt yükleniciye başvurmaya elverişli olup olmadığı hususunda bir anlaşmazlık çıkarsa, alt yükleniciye başvurmada yetkili olduğunu yüklenici ispat edecektir²⁵⁴. Buna rağmen iş sahibi işin yüklenici tarafından bizzat ifa edilmesi gerektiğini düşünüyorsa bu durumu iş sahibi ispatlamakla yükümlüdür²⁵⁵. Alt yüklenici çalıştırılması sözleşme uyarınca uygun değilse iş sahibi yükleniciden bu durumun sonlandırılmasını talep edebilir²⁵⁶.

2). Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu

Yüklenici, iş sahibine karşı ayıpsız bir eser meydana getirmeli ve eseri bu şekilde teslim etmelidir²⁵⁷.

Yüklenicinin ayıplı eserinden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu TBK m. 474 - m. 478 arasında düzenlenmiştir. Yüklenicinin bu borcu doktrinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu²⁵⁸, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu²⁵⁹, yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu²⁶⁰, ayıbı üstlenme borcu²⁶¹, ayıp nedeniyle sorumluluk²⁶² gibi farklı isimlerle

²⁵² **ÖZ**, s. 51.

²⁵³ **ŞENOCAK**, İfa Yardımcısı, s. 241; **ÖZ**, s. 52.

²⁵⁴ **GÜMÜŞ**, s. 11.

²⁵⁵ **GÜMÜŞ**, s. 11.

²⁵⁶ **AKKANAT**, s. 162; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 513.

²⁵⁷ **EREN**, **BÖH.**, s. 633; **EREN**, İnşaat, s. 78; **KOCAAĞA**, **Köksal**: İnşaat Sözleşmesi, Birinci Bası, Ankara 2014, s.138; **TANDOĞAN**, s. 160, **YAVUZ, C.**, s.1024; **BÜYÜKAY**, s. 99; **KURT**, s. 85.

²⁵⁸ **TANDOĞAN**, s. 160 vd.; **GÜMÜŞ**, s. 47.

²⁵⁹ **EREN**, **BÖH.**, s. 633 vd.

²⁶⁰ **ŞENOCAK**, Ayıp, s. 32.

²⁶¹ **ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA**, s.522.

²⁶² **SELİMOĞLU**, s. 138.

tanımlanmıştır. Bununla birlikte biz çalışmamızda “ayıp sebebiyle sorumluluk” ifadesini kullanacağız.

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu eseri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliği taşır²⁶³. Aynı zamanda ayıplı ifa, borca aykırılık oluşturan edimlerden olup, kötü ifa olarak kabul edilir.

3). Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu Şartları

i. Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır

Eser tamamlanıp iş sahibine teslim edilmeden yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu kural olarak başlamaz²⁶⁴. Bu nedenle ayıp sebebiyle sorumluluk için ilk şart, eserin teslimidir²⁶⁵. Yargıtay’ın bir kararında vurguladığı üzere²⁶⁶ eserin teslimi, hukuki bir eylem olup, bu husus karşı tarafın rızası olsa dahi tanıkla ispatı mümkün olmayan bir durumdur²⁶⁷.

Eserin tamamlanması, yüklenicinin sözleşme konusu eseri taraflar arasındaki sözleşme içeriğine, iyiniyet kurallarına ve iş sahibinin amacına uygun olarak son halinin meydana getirilmesi demektir²⁶⁸. Eserin tamamlanmasından bahsetmek için eserin artık kabule hazır olması gerekir.

²⁶³ TANDOĞAN, s. 160; GÜMÜŞ, s. 48.

²⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 48 (Bu yönde verilmiş Yargıtay kararı için bkz. Y. 15. HD., 09.04.1987 T., 2168/1543 sayılı karar.

²⁶⁵ EREN, BÖH., s. 634; ARAL / AYRANCI, s. 353; EREN, İnşaat, s. 79; TANDOĞAN, s. 160; YAVUZ, C., s. 1025; ŞENYÜZ, s. 391; YAKUPPUR, Sendi: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Birinci Bası, İstanbul 2009, s. 53; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, Ankara 2014, s. 760; ERZURUMLUOĞLU, s. 167; ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı (Ayıp) , Birinci Bası, Ankara 2002, s. 33; ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, (İnşaat Sözleşmesi), İstanbul 2006, s. 195; KARADAŞ, s. 194; SELİMOĞLU, s. 138; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 140; KOCAĞA, s. 139; GÜMÜŞ, s. 48.

²⁶⁶ Y. 23. HD. 14.02.2013 T., 2012/5788 E., 2013/801 K.

²⁶⁷ SELİMOĞLU, s.139.

Eserin tesliminden sonra iş sahibi hayatın olağan akışına göre en kısa sürede eseri gözden geçirmeli ve ayıp olduğu takdirde bu durumu yükleniciye bildirmelidir²⁶⁹ zira eserin iş sahibine teslim edilmesi, kabul edildiği anlamına gelmez.

ii. Eser ayıplı olmalıdır

Yüklenici, asli edim yükümlülüğünden ancak meydana getirdiği eseri iş sahibine teslimi ile kurtulur²⁷⁰. Bir eserin ayıplı olup olmadığını tespit etmek için, tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları nitelikler ile teslim edilen eserin niteliklerini karşılaştırmak gerekir²⁷¹. Eserin ayıplı olması demek, yüklenicinin sözleşmede taahhüt ettiği niteliklerin teslim edilen eserde bulunmaması ya da gereği gibi bulunmaması durumudur. Hatta eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha üstün niteliklere sahip olması bile ayıp oluşturabilir²⁷². Bu nitelikler eserin malzemesi, ölçüleri, rengi, teknik özellikleri, yapım tarzı, tasarımı gibi konularda olabilir. Yargıtay da bir kararında²⁷³: “...Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, 818 sayılı BK'nın 359-363 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı BK'nın 360. Maddesi ayıplı işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp, imal edilen bir eserde veya malda sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır.” diyerek eser sözleşmesi kapsamında ayıplı tanımlamıştır.

Eğer yüklenici tarafından teslim edilen eser, iş sahibinin siparişinden tamamen farklı ise yanlış ifa (aliud) söz konusu olur²⁷⁴. Örneğin etek siparişi veren müşteriye, ceket diken bir terzinin durumu böyledir. Bu durumda ayıplı ifa (ayıba karşı tekeffül) değil, borcun ifa edilmemesinden bahsedilir²⁷⁵.

²⁶⁹ ERZURUMLUOĞLU, s. 167.

²⁷⁰ EREN, BÖH., s. 633, TANDOĞAN, s. 125; BÜYÜKAY, s. 99; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 522; YALÇINDURAN, s. 89; ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s. 137; GÜMÜŞ, s. 48.

²⁷¹ YAVUZ, C., s.1026; YAVUZ, N., s. 2480; TANDOĞAN, s. 161.

²⁷² SELİMOĞLU, s. 2480.

²⁷³ Y. 15 HD. 24.04.2017 T., 2016/1874 E., 2017/1749 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

²⁷⁴ GÜMÜŞ, s. 53.

²⁷⁵ YAVUZ, N., s. 2480; TANDOĞAN, s. 166.

Bununla birlikte ayıbın kimden kaynaklandığı hususu önem taşımaz, ayıp yükleniciden kaynaklanabileceği gibi yüklenicinin bağımlı yardımcı kişilerinden ya da alt yüklenicilerinin edimleri sonucunda da meydana gelebilir²⁷⁶.

Eserin nitelikleri eser sözleşmesinde kararlaştırılmamış olabilir fakat bu durum yükleniciyi ayıptan kaynaklanan sorumluluğundan kurtarmaz. Böyle bir durumda eserin objektif olarak benzer eserlerle aynı kalite ve nitelikleri taşıması gerekir²⁷⁷. Bununla birlikte TBK m. 86, çeşit borçlarında hukuki ilişkiden veya işin özelliğinden aksi anlaşılmadığı sürece borçlunun ediminin ortalama nitelikten daha düşük olamayacağı hükmünü amirdir. Dolayısıyla eserin benzerleri ile karşılaştırıldığında ortalama bir kalitenin altında meydana getirilmiş olması eseri ayıplı hale getirir.

Eserdeki ayıplar farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Açık ayıp, gizli ayıp, tam önemli ayıp, daha az önemli (önemsiz) ayıp, fiili ya da hukuki ayıp, asli ya da ikincil ayıplar söz konusu olabilir²⁷⁸.

Açık ayıp, eserin iş sahibi tarafından teslim alınması ile iş sahibi tarafından makul süre içinde gözden geçirme esnasında fark edilebilen ayıplardır²⁷⁹. Eserde açık ayıp var ve iş sahibi eseri bu haliyle kabul etmiş ise artık yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğundan söz edilemez²⁸⁰. Bununla birlikte iş sahibi eseri “ayıplı ifaya ilişkin haklarını saklı tutarak” teslim almış ise bu durumda yükleniciyi ayıplı ifadan dolayı sorumlu tutabilir²⁸¹.

Gizli ayıp ise teslim anında ya da makul süre içinde basit bir muayene ile fark edilmeyen, ancak kullanım ile ortaya çıkan ayıba denir²⁸². Örneğin inşaatta gerektiğinden az çimento kullanıldığının deprem ile ortaya çıkması hali, otomobilin ateşleme sistemindeki arıza, gizli ayıba örnektir. Yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar ile sonradan ortaya çıkan ayıplarda yüklenici zamanaşımı süresince sorumlu olacaktır²⁸³. Açık ve gizli ayıp ayrımı, iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü açısından önemlidir²⁸⁴. Açık

²⁷⁶ EREN, BÖH., s. 634; KOCAAĞA, s. 142.

²⁷⁷ KARADAŞ, s. 196; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 190.

²⁷⁸ TANDOĞAN, s. 167; YAVUZ, C. s. 1026; BÜYÜKAY, s. 105 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 524; GÜMÜŞ, s. 50 vd.

²⁷⁹ COŞKUN, s.171, YAVUZ, C., s. 1026.

²⁸⁰ YAVUZ, C., s. 1026; TANDOĞAN, s. 167; GÜMÜŞ, s. 51.

²⁸¹ GÜMÜŞ, s. 51.

²⁸² GÜMÜŞ, s. 51; KARADAŞ, s. 188; SELİMOĞLU, s. 146; YAKUPPUR, s. 54.

²⁸³ YAVUZ, C., s. 1027.

²⁸⁴ BÜYÜKAY, s. 107; COŞKUN, s. 171.

ayıplarda iş sahibinin muayene yükümlülüğü ayıp hemen anlaşılabilirdi için işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz doğmaktadır. Bunu da ayıbı ihbar yükümlülüğü takip eder.

Gizli ayıpta ise zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla kullanıma bağlı olarak ilk ortaya çıktığı anda ihbar edilir. TBK m. 478'de belirtilen zamanaşımı süreleri geçtikten sonra ayıp gizli de olsa eser iş sahibi tarafından kabul edilmiş sayılır.

Eserin iş sahibi için kullanılamaz ya da teslimi kabul edilemez olması halinde tam önemli ayıptan söz edilir²⁸⁵. Daha az önemli ayıp ise iş sahibinin eseri kullanımını engellemeyen ve eserin tesliminin iş sahibi tarafından kabul edilmemesi durumunu haklı göstermeyecek nitelikteki ayıplardır²⁸⁶. Daha az önemli ayıp genellikle eserin belirli bir bölümünde ya da parçasında mevcuttur. Önemli ayıp kavramı, TBK m. 475 uyarınca iş sahibinin haklarını kullanırken gündeme gelmektedir. Eser sözleşmesi uyarınca yüklenicinin ayıptan sorumlu olması ayıbın için tam önemli ayıp olması şart değildir²⁸⁷. Tam önemli ayıp söz konusu olduğunda iş sahibi TBK m. 475/III uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Daha az önemli ayıplarda ise iş sahibi ücretten indirim yapılması ve ayıbın giderilmesi haklarından birini seçecektir. Bu durumda daha az önemli ayıplı parça yenisiyle değiştirilecek sorun çözülebilir.

Asli ayıp – tâli (ikincil) ayıp ayrımına değinmek gerekirse, asli ayıp eserin teslimi sırasında eserde mevcut bulunan ayıplara denilmektedir²⁸⁸. Tâli ayıp ise teslim sırasında var olan asli ayıpların sonradan neden olduğu ayıplardır²⁸⁹. Eğer sonradan eserin bozulması söz konusu ise bu arızanın kaynağına bakmak gerekir. Eğer sonraki bozulma önceki ayıptan kaynaklanmıyorsa yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu söz konusu olmaz. Yüklenicinin bina inşaatında eksik beton kullanımını asli ayıp iken, eksik beton kullanımı sonucu duvarın çatlama başlanması tali ayıp olarak kabul edilir.

Maddi (fili) ayıp, eserdeki fiziki niteliklerin eksik olması veya güven ilkesi uyarınca eserde bulunması gereken özelliklerin bulunmaması durumudur²⁹⁰. Örneğin sipariş verilen

²⁸⁵ KOCAAĞA, s. 141; TANDOĞAN, s. 167; GÜMÜŞ, s. 51.

²⁸⁶ BÜYÜKAY, s. 108; GÜMÜŞ, s. 51.

²⁸⁷ TANDOĞAN, s. 167; YAVUZ, C., s. 1027.

²⁸⁸ GÜMÜŞ, s. 52; BÜYÜKAY, s. 108.

²⁸⁹ BÜYÜKAY, s. 108.

²⁹⁰ YAKUPPUR, s. 55; GÜMÜŞ, s. 50.

eserin yırtık olması, inşaatta bulunan merdivenlerin eğri olması, duvarın çatlak olması, parkenin bombeli olması gibi²⁹¹.

Hukuki ayıp durumunda ise eser, sözleşmeye ve iş sahibinin amacına uygun olarak meydana getirilmiştir, burada bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte teslim edilen eserde yüklenicinin sorumluluğunda bulunan ve mevzuat ya da kamu düzeninden kaynaklanan belge ya da koşullar eksiktir ya da hatalıdır²⁹². Bu nedenle, iş sahibinin eserden yararlanmasını ya da eser üzerindeki kullanım ve tasarruf hakkını sınırlandıran veyahut tamamen ortadan kaldıran bir durum söz konusudur. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin iskân ruhsatı almadan eseri teslim etmesi²⁹³, ithalat ve ihracat konusundaki kısıtlamalar, taşkın inşaat bu kapsamdadır. Hukuki ayıplar diğer yandan açık ayıplardır²⁹⁴.

iii. Ayıp, iş sahibinin talimatı veya ona yüklenebilen bir sebepten doğmamış olmalıdır.

TBK m. 476 uyarınca eserdeki ayıp, iş sahibine yüklenemeyecek nitelikte olmalıdır²⁹⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında²⁹⁶ ayıbın iş sahibinden kaynaklanması halinde iş sahibinin eserin ayıplı olduğu gerekçesiyle yükleniciye başvuramayacağı belirtilmiştir.

İş sahibinin ayıptan doğan sorumluluğu farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle iş sahibi, her ne kadar kural olarak tersi belirlenmiş ise de yükleniciye emir ve talimat verebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, talimatın bağlayıcı ve emredici etkide olmasıdır zira öneri niteliği taşıyan beyanlar talimat sayılmaz²⁹⁷. Talimat, iş sahibi tarafından verilebileceği gibi TBK m. 116 uyarınca onun ifa yardımcıları tarafından da verilebilir²⁹⁸.

²⁹¹ GÜMÜŞ, s. 50; KOCAAĞA, s. 141; SELİMOĞLU, s. 147.

²⁹² YAKUPPUR, s.55; GÜMÜŞ, s. 50.

²⁹³ KARADAŞ, s. 189; KOCAAĞA, s. 141; YAVUZ, N., s. 2481.

²⁹⁴ SELİMOĞLU, s. 146.

²⁹⁵ ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 524; YALÇINDURAN, s.114; AYDOĞDU / KAHVECİ, s.761; SELİMOĞLU, s. 148; GÜMÜŞ, s. 58.

²⁹⁶ Y. 15 HD. 26.11.2007 T., 2007/4709 E., 2007/7534 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

²⁹⁷ EREN, BÖH., s. 636; ARAL / AYRANCI, s. 355; YALÇINDURAN, s. 115.

²⁹⁸ EREN, BÖH., s. 636; ARAL / AYRANCI, s. 355; GÜMÜŞ, s. 58.

Talimatın kapsamı, işin yapılış tarzına, kullanılacak malzeme ve araç gerece yönelik olmalıdır. Örneğin iş sahibi malzemenin belirli bir firmadan alınması talimatını verebilir. Hatta iş sahibi sözleşme konusu eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin alt yüklenici kullanmasını isteyebilir²⁹⁹. Bu durumu taraflar aralarında sözleşme ile kararlaştırmış olabilirler ya da sözleşme eki belgeler veyahut ihale şartnamesi ile belirlenmiş olabilir³⁰⁰. Bunun dışında iş sahibi malzeme, araç- gereç, plan ya da proje temin etmiş olabilir³⁰¹.

İş sahibinden kaynaklanan sebeplerle eserde ayıp söz konusu olursa yüklenici, aydınlatma ve uyarma borcu dolayısıyla iş sahibine talimatının yanlış olduğunu, ya da araç-gereç ve malzemenin veya plan, projenin işin niteliğine uygun olmadığını, iş sahibinin bu yöndeki talimatını yerine getirirse eserde ayıp olacağını ve ayıbı kabul etmeyeceğini açıkça bildirmelidir³⁰². İş sahibi bu bildirimle rağmen verdiği talimat ya da malzemede ısrar ediyorsa yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkacaktır³⁰³.

iv. Eser iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olmalıdır

Ayıp çeşidi ne olursa olsun, iş sahibi eseri bu haliyle açıkça ya da zımnen kabul ettiği takdirde yüklenicinin açık ayıptan kaynaklanan sorumluluğu ortadan kalkar³⁰⁴. Gizli ayıp, eserin teslimi anında fark edilemediğinden eser teslim alınmış olabilir. Daha sonraki süreçte eserde gizli ayıp ortaya çıkarsa iş sahibi teslim anından itibaren zamanaşımı süresi içinde olmak koşuluyla gecikmeksizin yükleniciye ayıbı bildirmelidir. Şayet iş sahibi bunun öğrenilmesinden sonra halen bildirimde bulunmuyorsa, gizli ayıp da olsa eseri kabul etmiş sayılır³⁰⁵. Kabul beyanı, bizzat iş sahibi tarafından yapılabileceği gibi ifa yardımcısı ya da yetkili temsilcisi tarafından da yapılabilir³⁰⁶.

Eserin hangi durumda kabul edilmiş sayılacağına belirlenmesi önem taşır. İş sahibi, açıkça eseri ayıplı haliyle benimseyebilir. Bunun yanında ihmal sonucu gözden geçirme ve

²⁹⁹ EREN, BÖH., s. 636.

³⁰⁰ YALÇINDURAN, s. 115; ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s.142.

³⁰¹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 524; ARAL/AYRANCI, s. 354.

³⁰² ARAL/AYRANCI, s. 355; EREN, BÖH., s. 637; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 524; ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s. 142.

³⁰³ SELİMOĞLU, s. 149.

³⁰⁴ ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 524; YALÇINDURAN, s. 117; EREN, İnşaat, s. 82; SELİMOĞLU, s.144.

³⁰⁵ SELİMOĞLU, s.144.

³⁰⁶ GÜMÜŞ, s. 57; YALÇINDURAN, s.117.

bildirim sürelerini kaçırsa yine eser kabul edilmiş sayılmaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki eğer yüklenici eserdeki ayıbı kasten gizlemiş ve iş sahibi bu durumdan habersiz bir şekilde eseri kabul etmiş ise bu durumda ayıptan dolayı yüklenici sorumlu olacaktır.

İş sahibi açıkladığı kabul beyanını geri alamaz³⁰⁷. Bununla birlikte, şarta bağlı kabul geçerlidir³⁰⁸.

v. İş Sahibi Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olmalıdır

Yüklenici tarafından eserin iş sahibine teslim edilmesi, iş sahibi için eseri gözden geçirme ve varsa ayıpları ihbar külfetini doğurur³⁰⁹. Gözden geçirmenin kapsamı, teslim edilen sonuç ile tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları niteliklerin aynı olup olmadığı ve eserin iş sahibinin amacına uygun kullanım sağlayıp sağlamadığıdır³¹⁰. Olması gereken vasıflar teslim edilen eserde yoksa bu halde ayıptan söz edilir³¹¹.

Eserin gözden geçirilmesi ve varsa ayıpların yükleniciye bildirilmesi hususu iş sahibi için teknik anlamda bir hukuki yükümlülük, bir borç değil, bir ödev ya da hukuki bir görevdir³¹². Gözden geçirme ve bildirim külfeti yerine getirilmediği zaman iş sahibi bakımından yükleniciye karşı herhangi bir sorumluluk doğmaz. Dolayısıyla teslim edilen eser muayene edilmediği ve ayıba yönelik bildirim yapılmadığı takdirde, yüklenici iş sahibinden bu edimlerin ifasını ya da başkaca herhangi bir hak talep edemeyecektir³¹³. Bu bakımdan muayene ve bildirimde bulunulmaması, eserin yüklenicinin teslim ettiği haliyle kabul ettiği varsayımına yol açacak ve iş sahibinin ayıplı eser tesliminden kaynaklanan haklarını kullanmasını engelleyecektir³¹⁴.

³⁰⁷ GÜMÜŞ, s. 57.

³⁰⁸ GÜMÜŞ, s. 58.

³⁰⁹ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 526; GÜMÜŞ, s. 54; TANDOĞAN, s. 168; YALÇINDURAN, s. 122; SELİMOĞLU, s. 139.

³¹⁰ YAKUPPUR, s. 56.

³¹¹ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 760; SELİMOĞLU, s. 138; GÜMÜŞ, s. 50.

³¹² EREN, BÖH., s. 641; CANBOLAT, s. 82; YAVUZ, C., s.1029; YAKUPPUR, s. 56.

³¹³ EREN, BÖH., s. 642; CANBOLAT, s. 82.

³¹⁴ SELİMOĞLU, s. 141.

İş sahibi için gözden geçirme ve bildirim külfeti, yükleniciyi korumak adına getirilmiştir³¹⁵. Zira teslim edilen eserin ayıpsız olarak kabul edilmesi yüklenici açısından sorumluluktan kurtulma anlamına gelmektedir³¹⁶.

İş Sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti, eserin yüklenici tarafından kendisine teslimi anından itibaren başlar³¹⁷. Dolayısıyla teslim edilmeden önce binada oturmaya başlayan iş sahibi için gözden geçirme ve bildirim külfeti henüz başlamamıştır.

Gözden geçirme ve bildirim süresi kanunda kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Taraflarca belirli bir süre tespit edilmediği takdirde TBK m.474/I'e göre iş sahibi eseri "işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz" gözden geçirmeli ve varsa ayıpları uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmelidir³¹⁸. İşlerin olağan akışından kast edilen husus, pratik hayatta o esere özgü bir teamül varsa buna uygun süre içinde, yoksa ilk fırsatta eser muayene edilmelidir. Bildirim ise gözden geçirmenin tamamlanmasının ardından en kısa sürede yapılmalıdır³¹⁹. Ayıp bildirimini hukuki nitelik bakımından def'i olduğundan gözden geçirme ve bildirim sürelerinin geçirilip geçirilmediği hususunu hâkim resen incelemeyebilir, böyle bir düşüncesi olan yüklenici iddiasını kendisi ileri sürmelidir³²⁰.

Gözden geçirmenin hangi şekilde yapılacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar, sözleşmede muayene tarzını belirleyebilirler, böyle bir düzenleme yapılmamış ise bu konuda yerel bir adet ya da yaygın uygulama olup olmadığına bakılır. Yerel adet veya yaygın uygulama mevcut değilse, eserden anlayan bir kişi tarafından eserin sözleşme uyarınca gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığına karar verilebilir. İş sahibinin kendisi ya da güvendiği bir kişi tarafından muayene yapılabileceği gibi uzman bir bilirkişi tarafından da eserin gözden geçirilmesi ve rapor hazırlanması sağlanabilir³²¹. Fakat eserin bir uzmana gösterilmesi zorunluluk değildir, tarafların tercihine bırakılmıştır³²².

³¹⁵ CANBOLAT, s. 84; EREN, BÖH., s. 642.

³¹⁶ CANBOLAT, s. 85.

³¹⁷ YAVUZ, C., s. 1029; CANBOLAT, s. 88; GÜMÜŞ, s. 54.

³¹⁸ EREN, BÖH., s. 643; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 526; YAVUZ, C., s. 1030.

³¹⁹ ERZURUMLUOĞLU, s. 167; YAKUPPUR, s. 56.

³²⁰ ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 528; SELİMOĞLU, s. 140.

³²¹ EREN, BÖH., s. 643; CANBOLAT, s. 85; YAKUPPUR, s. 57; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 761; GÜMÜŞ, s. 55.

³²² YAVUZ, N., s. 2482.

Eserin gözden geçirme yeri ile ilgili olarak kanunen bir düzenleme yapılmamıştır. Taraflar sözleşmede kararlaştırmış iseler kararlaştırılan yer geçerli olacaktır. Aksi takdirde eserin teslim yeri, gözden geçirme yeri olarak kabul edilir³²³.

Eserin ayıplı olduğunun yükleniciye bildirilmesi, gözden geçirilmiş olması şartına bağlı değildir, zira eserdeki ayıp gözden geçirmeye gerek olmadan da öğrenilebilir. Muayene edilmeden başka kanallardan öğrenilen ya da iş sahibinin kendi bilgi ve tecrübesi ile fark ettiği ayıplarda, bir bilirkişi ya da uzmana başvurmadan teslim üzerine doğrudan yükleniciye ayıp bildiriminde bulunulabilir.

Ayıp bildiriminde iş sahibi yükleniciye ayıbın ne olduğunu açık bir şekilde belirtmelidir. Sadece eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olduğunun söylenmesi yeterli değildir, eserin hangi noktalarda ayıbının olduğunun bildirilmesi ve yüklenicinin hangi ayıptan sorumlu olduğu anlatılmalıdır³²⁴. İş sahibinin bildirim beyanından ayıptan dolayı eseri kabul etmediği ve bundan dolayı yükleniciyi sorumlu tuttuğu açık ve net olarak anlaşılmalıdır.

İhbar³²⁵, hukuki işlem olmayıp, hukuki işlem benzeridir. Bu nedenle ayıp bildiriminin nasıl yapılacağı konusunda tarafların bir anlaşması mevcut değilse, her türlü şekilde yapılabilir. Bildirimin telefonla, yüz yüze ya da noter kanalıyla yapılmasının geçerlilik bakımından bir farkı yoktur. Bununla birlikte ispat açısından yazılı bildirimde bulunmak iş sahibi bakımından faydalı olmakla birlikte taraflar tacir olsa bile ayıp ihbarının tanık dahil her türlü delille ispat edilebileceği Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında³²⁶ kabul edilmektedir³²⁷.

İş sahibinin gözden geçirme ve ihbar külfeti, sadece açık ayıplar için geçerlidir. Gizli ve hileli ayıplarda ayıp kullanıma bağlı olarak daha sonraki bir zamanda ortaya çıktığından, bu kapsamda değerlendirilemez³²⁸. Gizli ayıplar, teslimden itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla iş sahibi tarafından fark edilir edilmez

³²³ EREN, BÖH., s. 644.

³²⁴ EREN, BÖH., s. 644; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 527.

³²⁵ SELİMOĞLU, s.141.

³²⁶ Y. 15. HD.13.05.2011 T., 2010/7511E., 2011/2896 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

³²⁷ ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s. 144; EREN, BÖH., s. 645; YAKUPPUR, s. 57.

³²⁸ EREN, BÖH., s. 645; AYDOĞDU / KAHVECİ, s.761; SELİMOĞLU, s. 139; YAVUZ, N., s. 2481.

yükleniciye bildirilmelidir³²⁹. Yüklenici ayıby ağır kusur veya aldatma yoluyla gizlemiş ise, ihmali dolayısıyla ayıby geç bildirirse de iş sahibi sorumlu tutulmaz, yüklenicinin ayıby sebebiyle sorumluluğu bildirim ile başlar³³⁰.

vi. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olmalıdır

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun yukarıda açıkladığımız kapsamda doğması taraflar arasında yüklenici lehine sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olmasına bağlıdır³³¹.

4). Ayıby Sebebiyle Sorumluluğun Sonuçları ve İş Sahibinin Seçimlik Hakları

Yüklenicinin eseri ayıpsız bir şekilde meydana getirip iş sahibine teslim etmesi asli edim yükümlülüğu olup, bu edimini yerine getirmemesi sonucunda iş sahibine karşı TBK m. 475 kapsamında sorumlu olur.

İş sahibinin TBK m. 475'te sayılan haklarını kullanması, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlanmamıştır, diğer bir deyişle burada yüklenicinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur³³². Bununla birlikte yüklenicinin eserin ayıplı olmasında kusuru da mevcut ise iş sahibinin bu üç hakka ek olarak ayrıca ayıby nedeniyle uğradığı zararlara ilişkin olarak tazminat isteme hakkı bulunmaktadır³³³.

İş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları; sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve eserin onarılmasını isteme hakkıdır. Kanun tarafından sınırlı olarak sayılan bu hakların genişletilmesi mümkün değildir³³⁴. Bu haklar arasında öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, iş sahibi ilk olarak yükleniciye süre vermek, daha

³²⁹ GÜMÜŞ, s. 57.

³³⁰ EREN, BÖH, s. 646; SELİMOĞLU, s. 143.

³³¹ GÜMÜŞ, s. 59.

³³² ARAL/AYRANCI, s. 359; ŞENOCAK, Ayıby, s. 33; SELİMOĞLU, s. 150.

³³³ TANDOĞAN, s. 177; ARAL/AYRANCI, s. 359; ŞENOCAK, Ayıby, s. 34; SELİMOĞLU, s. 150; KOCAAĞA, s. 160; GÜMÜŞ, s. 66.

³³⁴ EREN, BÖH., s. 646; KOCAAĞA, s. 160; YALÇINDURAN, s. 139.

sonra bedelde indirim talep etmek en sonunda sözleşmeden dönmek zorunda değildir³³⁵. Bununla birlikte az önemli ayıplarda iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

İş sahibinin seçimlik hakları kullanmakla tükenen haklardır dolayısıyla iş sahibi bunlardan birini seçtiğinde artık bu hakkından dönemez, hakkı geri alamaz. Ayrıca hakların kullanımı şarta bağlanamaz³³⁶.

TBK m. 478’de ayıptan doğan hakların kullanılmasına ilişkin zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibi, ayıplı eser meydana getiren yükleniciye karşı, eserin kendisine teslim tarihinden başlayarak taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıl, taşınmaz eserlerde beş yıl, yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde de gerek taşınır gerek taşınmaz eserlerde yirmi yılın geçmesi ile dava ve takip hakkını kaybedecektir.

Bununla birlikte yüklenicinin ağır kusuru ile hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumu hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir³³⁷.

i. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Yüklenicinin ayıbı, iş sahibinin eseri kullanamayacağı derecede ağır ise ya da dürüstlük kuralı gereğince iş sahibinden eseri kabul etmesi beklenemeyecek durumda ise iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir³³⁸. Yargıtay da bir kararında³³⁹: “...Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici işinin ehli ve basiretli bir iş adamı olarak yükümlendiği imalatı, fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye, iş sahibinin amacına uygun tamamlayarak teslim etmek zorundadır. İmalatın ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları 6098 sayılı TBK’nın 475. maddesinde sayılmıştır. Buna göre eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir.” diyerek ayıplı ifa halinde iş sahibinin dönme hakkını vurgulamıştır.

³³⁵ ŞENOCAK, Ayıp, s. 33.

³³⁶ EREN, BÖH, s. 647; TANDOĞAN, s. 180; YAKUPPUR, s. 59; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 528

³³⁷ ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s. 111.

³³⁸ BÜYÜKAY, s. 133; GÜMÜŞ, s. 61; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 762; YAKUPPUR, s. 59; ERZURUMLUOĞLU, s. 167.

³³⁹ Y. 15. HD., 23.05.2016 T., 2016/1771 E., 2016/2928 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, hukuki niteliği itibariyle bozucu³⁴⁰ ve bağımlı yenilik doğuran bir tasarruf işlemidir³⁴¹. Bu nedenle sözleşmeden dönme hakkı sahibine tek taraflı, varması gereken irade beyanı ile kullanılır³⁴², yüklenicinin rızası ya da mahkeme kararı aranmaz. Dönme iradesi yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur. İş sahibi dönme beyanını geri alamaz.

Sözleşmeden dönme hakkı bizzat iş sahibi tarafından kullanılmak zorunda değildir, onun adına yardımcı kişi ya da yasal temsilcisi tarafından da kullanılabilir³⁴³.

Dönme hakkının tüm ayıp türlerinde kullanılması objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğinden, kanun koyucu bu konuya ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, dönme hakkının kullanılabilmesi için iş sahibinin ayıp sonucunda eseri kullanmasının mümkün olmaması ya da hakkaniyet gereği eserin kabul edilmesinin iş sahibinden beklenemeyeceği nitelikte bir ayıbın mevcut olması gerekmektedir. Bu iki şarttan birisinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Eğer eserdeki ayıp bu derece ağır değilse, iş sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır³⁴⁴. Bu durumda eserdeki ayıbın derecesini belirleme sorunu ortaya çıkabilir. Bu durumda hâkim somut olayın hal ve şartlarına göre ayıbın türü ve büyüklüğünü gözeterek sözleşmeden dönme hakkının doğup doğmadığına karar verecektir.

Bunu yaparken iş sahibi, bedelde indirim ya da tamir ile ayıbın giderilip giderilemeyeceğini, yüklenicinin ağır kusuru olup olmadığını göz önünde bulunduracak, sözleşmeden dönmenin yükleniciye vereceği zarar, yüklenicinin ayıbı gidermede istekli olup olmadığı gibi ölçütleri dikkate alacaktır³⁴⁵. Bu sorgulamanın sebebi, dönme yaptırımının yüklenici açısından çok ağır sonuçlar doğuruyor olmasıdır. Burada kanun koyucunun amacı yükleniciyi cezalandırmak değil, tarafların menfaatlerini hakkaniyet ölçüsünde korumaktır. Eserin kullanılıp kullanılmayacağı tespit edilirken eserdeki ayıbın

³⁴⁰ Doktrinde dönme hakkının geleceğe etkili değiştirici yenilik doğuran hak olduğu görüşü de kabul edilmektedir. (Eren, BÖH., s. 649).

³⁴¹ **BUZ; Vedat:** Yenilik Doğuran Haklar, Birinci Bası, Ankara 2005, s. 77, s. 173, s. 195, s. 197; **ERGEZEN**, s. 87; **EREN**, BÖH., s. 647; **EREN**, BGH., s. 1411; **SELİMOĞLU**, s. 150; **ŞENOCAK**, Ayıp, s. 50; **TANDOĞAN**, s. 177; **BÜYÜKAY**, s. 133; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 530.

³⁴² **BUZ**, s. 57; **ŞENOCAK**, Ayıp, s. 48; **BÜYÜKAY**, s. 132; **EREN**, BÖH. s. 647; **SELİMOĞLU**, s. 150; **BÜYÜKAY**, s. 134; **YAKUPPUR**, s. 59; **YAVUZ**, C., s. 1036.

³⁴³ **BUZ**, s. 203.

³⁴⁴ **KOCAAĞA**, s. 161; **EREN**, BÖH., s. 648; **SELİMOĞLU**, s. 151.

³⁴⁵ **ERGEZEN**, s. 89; **ARAL/AYRANCI**, s. 360; **ŞENOCAK**, s. 51.

hiçbir şekilde giderilemiyor veya tamir edilemiyor olması gerekmektedir. Ayıp giderilebiliyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönme değil ayıbın giderilmesini isteme hakkı doğar³⁴⁶.

Yargıtay, bir kararında³⁴⁷ “...Eser sözleşmesinde en önemli unsur eserdir. Başka bir anlatımla bu önemli unsur, sonuçtur. Somut olayda davalı yüklenici sipariş edilen makineyi amaca uygun, ayıpsız ve verim alınacak bir biçimde imal etme yükümlülüğü altında olmasına rağmen, teslim ettiği makinenin verimli çalışmadığı, devamlı arızalandığı ve bu arızaların giderilmeye çalışılmasına rağmen bir sonuç alınamadığı; başka bir deyişle yapılan işin iş sahibinin kullanamayacağı ve nifset kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğu dosya kapsamında anlaşılmıştır.

Bu durumda iş sahibinin kullanılmaz durumdaki makineyi yükleniciye iade koşuluyla ödediği iş bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekirken somut olaya uygun düşmeyen gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” diyerek iş sahibinin hangi durumda sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir.

Aynı şekilde bir başka Yargıtay³⁴⁸ kararında, somut olay ve şartlar göz önüne alındığında sözleşmeden dönme yerine bedelde indirim yapılmasının daha uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

TBK m. 475/III’te özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre ayıplı eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ise ve sözleşmeden dönmenin sonucu olarak inşa edilen eserin yıkımı, sökülüp ortadan kaldırılması aşırı bir zarar doğuracaksa bu durumda sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır³⁴⁹. Örneğin, hatalı yapılan bir kapı ya da radyatör sökülebilecek nitelikte olduğundan iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir; oysa ayıp, binanın çatısında ya da temelinde meydana geldiği takdirde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkün değildir³⁵⁰. Ayıplı eserin iadesi borcu, aranacak borçlardandır. Bunun sonucu olarak eseri götürme giderleri yüklenicinin sorumluluğundadır. Eğer eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ise ya yüklenici kendisi

³⁴⁶ ŞENOCAK, s. 52; KOCAAĞA, s. 162; GÜMÜŞ, s. 61.

³⁴⁷ Y. 15. HD., 19.02.2007 T.2006/64 E., 2007/1015 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

³⁴⁸ Y. 15 HD. 18.02.2015 T., 2014/5389 E., 2015/801 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

³⁴⁹ ŞENOCAK, Ayıp, s. 53; ARAL/AYRANCI, s. 360; ERGEZEN, s. 92; TANDOĞAN, s. 183; BÜYÜKAY, s. 137; KOCAAĞA, s. 162; GÜMÜŞ, s. 62; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 762; YAVUZ, C. s. 1038.

³⁵⁰ EREN, BÖH. s. 649; ERGEZEN, s. 87-88.

yıkımı yapar ve inşaat enkazını arsadan başka yere taşır ya da masrafı yükleniciye ait olmak üzere bunları iş sahibi, yüklenici adına yapar³⁵¹. Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur³⁵².

Bu düzenlemenin amacı, ekonomik açıdan değerli malların korunması ve tahrip edilmemesi ilkesine dayanmaktadır³⁵³.

Dönme hakkı tek taraflı varması gereken irade beyanı ile kullanılır³⁵⁴. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve tasfiye sürecine girer. Bu durumda her iki taraf için de yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi söz konusu olacaktır. Yüklenici almış olduğu bedeli ve bunun faizini, iş sahibi ise eseri ve elde ettiği faydaları iade edecektir. İade konusunda aynı anda ifa kuralı geçerlidir³⁵⁵.

ii. Eserin Kabulü ile Birlikte Ayıp Oranında Bedelde İndirim İsteme Hakkı

Yüklenicinin ayıbı ağır nitelikte değilse ve sözleşmeden dönmeyi gerektirmiyorsa iş sahibi eseri iade etmek yerine ayıbın meydana getirdiği değer kaybı oranında bedelde indirim hakkını kullanabilir³⁵⁶. Yargıtay da bir kararında³⁵⁷ “6098 sayılı TBK'nın 475. maddesi hükmünde iş sahibinin, eser kullanamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, ayıp eserin reddini gerektirecek nitelikte değilse iş bedelinden indirim veya ücretsiz onarımını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ancak bunun için iş sahibi, eserin ayıplı olduğunu kanıtlamak zorundadır. Somut olayda; alınan tespit raporunda makinenin eksik parçaları olduğundan atıl durumda depoda durduğu belirtilmiş, yargılama sırasında alınan raporda ise elektrik bağlantısının olmadığı bir kısım parçaları sökükle ve dağınık vaziyette olduğu tespit edilmiş, çalışır durumda olup

³⁵¹ EREN, BÖH., s. 649; ŞENOCAK, s. 55; TANDOĞAN, s. 179.

³⁵² Y. 15 HD., 18.05.1990 T., 1989/5195 E., 5087 K. (ŞENOCAK, Ayıp, s. 53).

³⁵³ ARAL/AYRANCI, s. 360; ERGEZEN, s. 93; ZEKLİLER / GÖKYAYLA, s. 530.

³⁵⁴ GÜMÜŞ, s. 60.

³⁵⁵ EREN, BÖH., s. 649; ŞENOCAK, s. 55; ERGEZEN, s. 87-88; ARAL/AYRANCI, s. 360; SELİMOĞLU, s. 151; TANDOĞAN, s. 178; KOCAAĞA, s. 162; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 530; YAVUZ, C. s. 1036; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 148.

³⁵⁶ EREN, BÖH. s. 650; YAVUZ, C., s. 1040; TANDOĞAN, s. 186; ÖZTÜRK / GÖZÜTOK, s. 148; BÜYÜKAY, s. 163; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 762; GÜMÜŞ, s. 63.

³⁵⁷ Y. 15. HD., 15.04.2015 T. 2014/4250 E., 2015/1957 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

olmadığının, iş görür durumda olup olmadığının anlaşılma imkânı bulunmadığı belirtilmiştir. Davalı yüklenici tarafça ayıplı imalat yapıldığı kabul edilmemektedir.

Ayıpların niteliği ve davacı iş sahibinin seçimlik haklarından hangisinin kullanıldığının tespiti bakımından masrafları davacı tarafa ait olmak üzere makinenin montajının yaptırılıp teknik bilirkişiden alınacak ek raporla montaj yaptırılan bu makinedeki ayıbın niteliği ve davacı iş sahibinin az yukarıda sayılan seçimlik haklardan hangisini kullanabileceği belirlenmeden hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” diyerek iş sahibinin kanunda sayılan haklarının belirlenmesi için öncelikle ayıbın niteliğine bakılması gerektiği, doğrudan sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı, bedelden indirim veya ücretsiz onarım opsiyonlarının ayıba bakılarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kısacası bedelde indirim isteme hakkının kullanılabilmesi için ayıp, sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar ağır ve büyük olmamalıdır³⁵⁸. Bunun yanında eserin ayıplı değerinin sözleşmede kararlaştırılan hali ile karşılaştırıldığından daha düşük olması gerekir.³⁵⁹ Eğer eser hiçbir değer taşıyor ise bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Zira bedelde indirim yapılmasının amacı ayıplı ifa edilen eser ile bedel arasında yeniden bir denge kurmaktır³⁶⁰.

İndirim yapılacak bedel hesaplanırken nispi metot kullanılır. Bu metoda göre eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilse idi sahip olacağı tahmini değeri ile ayıplı halinin değeri arasındaki oran, sözleşme bedeline uyarlanır ve ortaya çıkan fark iş sahibinin bedel yükümlülüğünden düşülür yahut peşin olarak ödenmişse iş sahibine iade edilir³⁶¹. Eserin değeri belirlenirken teslim yeri ve zamanındaki objektif değeri göz önüne alınır³⁶².

³⁵⁸ EREN, BÖH., s. 650; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 148; YAVUZ, C., s. 1040; YALÇINDURAN, s. 132.

³⁵⁹ EREN, BÖH., s. 650; KARADAŞ, s. 220; YALÇINDURAN, s. 132.

³⁶⁰ CANBOLAT, s. 127; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 531; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763.

³⁶¹ GÜMÜŞ, s. 63; EREN, BÖH. s. 650; CANBOLAT, s. 128; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 149; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.763; TANDOĞAN, s. 191.

³⁶² GÜMÜŞ, s. 64.

İş sahibinin bedel indirimi hakkı, dönme hakkı gibi tek taraflı, varması gereken yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla iş sahibinin bu yöndeki beyanının yükleniciye varması ile birlikte bu hak kullanmakla tükenecek ve geri alınamayacaktır³⁶³.

Sözleşme bedeli yükleniciye peşin olarak ödenmiş ise iş sahibi ayıp oranına karşılık gelen miktarı faiziyle birlikte geri isteyebilir. Yargıtay da bu görüştedir³⁶⁴.

iii. Bütün Masraflar Yükleniciye Ait Olmak Üzere Ayıbın Onarılmasını İsteme Hakkı

Eğer eserdeki ayıp tamir edilebilecek nitelikte ise ve onarım yüklenici için aşırı bir masrafa yol açmıyorsa iş sahibi ayıbın onarılmasını isteyebilir³⁶⁵.

Ayıbın giderilmesi hukuki niteliği itibariyle bir yapma borcudur, dolayısıyla iş sahibi bunun yerine getirilmesi için talep ve dava hakkını haizdir³⁶⁶.

Eserin onarımını talep hakkı, tıpkı dönme hakkı ve bedelden indirim isteme hakkı gibi yenilik doğuran bir haktır³⁶⁷. Dolayısıyla tek taraflı, karşı tarafa varması gereken irade beyanı bu hakkın doğumu için gerekli ve yeterlidir, ayrıca dava açılması gerekmez. İş sahibinin diğer seçimlik haklarında olduğu gibi, onarım isteme hakkından da hak kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri dönülemez ve bu hak şarta bağlı olarak kullanılamaz.

Eserin onarımını bizzat yüklenici tarafından yapılabileceği gibi gideri yüklenici tarafından karşılanmak üzere başka kişiler tarafından yapılabilir³⁶⁸. İş sahibi eserin onarılmasını talep etmekle birlikte, bu talebi yüklenici tarafından karşılanmazsa iş sahibi için eser sözleşmesinden dönme hakkı doğar³⁶⁹.

³⁶³ TANDOĞAN, s. 187; YALÇINDURAN, s. 133; KARADAŞ, s. 216; CANBOLAT, s. 123; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 148; GÜMÜŞ, s. 60.

³⁶⁴ Y. 15 HD., 14.05.2008 T., 2008/67 E, 2008/3227 K www.sinerjimevzuat.com.tr.

³⁶⁵ BÜYÜKAY, s.139; EREN, BÖH., s. 651; GÜMÜŞ, s. 64; SELİMOĞLU, s. 157; TANDOĞAN, s. 192

³⁶⁶ YAVUZ, C., s. 1040; TANDOĞAN, s. 192.

³⁶⁷ EREN, BÖH., s. 651; TANDOĞAN, s. 192; SELİMOĞLU, s. 158; BÜYÜKAY, s. 139.

³⁶⁸

³⁶⁹ EREN, BÖH., s. 652.

iv. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Tazminini İsteme Hakkı

İş sahibi, yukarıda izah etmeye çalıştığımız seçimlik haklarının dışında ayıbı takip eden veya ayıptan kaynaklanan zararının tazminini de isteyebilir³⁷⁰. Yeni inşa edilmiş bir apartman dairesinin kira kaybı, fırın sipariş edilen bir restoranda fırının ayıplı olması dolayısıyla elde edilemeyen kâr kaybı, iş sahibinin ayıbın niteliğini anlayabilmek adına uzman kişilere danışma masrafı, ayıplı su tesisatı sonucu konutu su basmasından doğan zarar bu kapsamda değerlendirilir.

Zararın tazminine yönelik hak hukuki niteliği itibariyle kümülatif (eklenen) bir haktır. Dolayısıyla, seçimlik haklardan hangisi tercih edildiyse, o hakkın yanında şartları olduğu takdirde zararın tazmini ayrıca talep edilebilir³⁷¹. Hatta doktrindeki görüşe göre seçimlik haklar kullanılmadan sadece zararın tazmini talep edilebilir³⁷².

İş sahibinin tazminat isteme hakkı, TBK m. 475/II'de açıkça düzenlenmiştir. Bu maddede TBK m.112'ye yollama yapılmak suretiyle tazminat içeriğinin genel hükümlere göre belirleneceği ifade edilmiştir³⁷³. Dolayısıyla yüklenici kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

Ayıptan doğan zararın talep edilmesi için ilk şart, iş sahibinin zarara uğramış olmasıdır. Bu zarar ilk zarar olabileceği gibi, ayıbı takip eden zarar da olabilir³⁷⁴. İkinci şart, yüklenicinin ayıplı edimi ile iş sahibinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı olmasıdır. Üçüncü olarak iş sahibinin yükleniciden tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaktadır³⁷⁵.

B. Asıl Yüklenicinin Alt Yükleniciye Karşı Hak ve Borçları

Çalışmamızın öndeki bölümlerinde incelediğimiz üzere borçlar hukuk kapsamında eser sözleşmesi, iş sahibi ve yüklenici arasında akdedilen bir sözleşmedir. Alt yüklenicilik

³⁷⁰ GÜMÜŞ, s. 65.

³⁷¹ YAVUZ, C., s. 1040; ŞENOCAK, s. 64; EREN, BÖH., s. 652; TANDOĞAN, s. 204; KOCAAĞA, s. 166.

³⁷² ŞENOCAK, s. 64; TANDOĞAN, s. 203; YAVUZ, C., s. 1040.

³⁷³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763; KOCAAĞA, s. 167.

³⁷⁴ EREN, BÖH., s. 653.

³⁷⁵ GÜMÜŞ, s.67; EREN, BÖH., s. 653.

sözleşmesinde ise yüklenici iş sahibi pozisyonuna geçmekte, yüklenicinin yerini ise alt yüklenici almaktadır. Bu nedenle daha önce iş sahibi için açıklanan hak ve yükümlülükler, alt yüklenicilik sözleşmesinde yüklenici – alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında asıl yüklenici için geçerli olacaktır. Asıl yüklenici, eser sözleşmesi ile kendisine sipariş edilen işin bir kısmını ya da tamamını alt yükleniciye devrederek alt yüklenicilik sözleşmesinde artık borçlu değil, alacaklı tarafına geçmiştir. Artık asıl yüklenicinin alt yükleniciye olan sorumluluğu TBK m. 479 - m. 481 aralığındaki düzenlemeler dâhilinde söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte alt yüklenicilik sözleşmesi için asıl yüklenicinin hak ve yükümlülüklerini önemli bulduğumuz noktalarda alt yüklenicilik sözleşmesine uygun hale getirerek yeniden inceleme gereği duymaktayız.

1). Asıl Yüklenicinin Alt Yükleniciye Bedel Ödeme Borcu

Alt yüklenicilik sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, asıl yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü alt yükleniciye bedel ödeme edimi oluşturur. Bedel, mutlaka para olmak zorunda değildir, başka bir şey ya da eser de bedel olarak saptanabilir. Alt yüklenicinin bedel talebini kural olarak sadece asıl yükleniciye yönlendirmesi gerekir, iş sahibi ödenmeyen bedelden sorumlu değildir³⁷⁶. Bedele ilişkin dava zamanaşımının başlangıcı alt yüklenici tarafından eserin asıl yükleniciye teslimi tarihi olup, TBK m. 147/VI uyarınca zamanaşımı süresi beş yıldır.

Bedelin alt yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılmış olması gerekli değildir³⁷⁷. Bu durumda TBK m. 481 uyarınca bedel, eserin yapıldığı yer ve tarihe göre ve yüklenicinin giderleri oranında tayin edilecektir.

Asıl yüklenicinin alt yükleniciye bedel ödeme borcu, üç şekilde belirlenebilir. Bunlar; sözleşmede ücretin götürü bedel olarak belirlenmesi, sözleşmede bedelin yaklaşık

³⁷⁶ ERİŞEN, s. 100.

³⁷⁷ YALÇINDURAN, s.149; ERİŞEN, s. 101.

bedel olarak belirlenmesi ve taraflarca sözleşmede bedelin belirlenmemiş olması durumudur³⁷⁸.

Taraflar sözleşmede tek bir bedel türü belirlemek zorunda değildir, örneğin bir kısım edim için götürü bedel diğer kısımlar için yaklaşık bedel belirleyebilirler³⁷⁹. Ayrıca taraflar alt yüklenicilik sözleşmesine ileride ekonomik koşulların değişmesi ihtimalini göz önüne alarak belirlemiş oldukları bedelin artışa göre revize edilmesi kaydını koyabilirler³⁸⁰.

2). Bedelin Götürü Bedel Olarak Belirlenmiş Olması

Bedelin götürü bedel olarak kararlaştırılması halinde asıl yüklenicinin alt yükleniciye ödeyeceği miktar önceden ve net olarak belirlidir³⁸¹. Bu belirleme, toptan tüm edimler için geçerli olabileceği gibi, birim fiyat üzerinden de yapılabilir. Asıl yüklenici, iş süresinde ilave ek işler talep edebilir. Bu ilave işler bedelin götürü bedel olma niteliğini değiştirmez. Bedelin götürü olarak kararlaştırılması, asıl yüklenicinin menfaatine, alt yüklenicinin ise aleyhinedir. Asıl yüklenici alt yükleniciye yapacağı ödemenin miktarını baştan bilmek ister³⁸².

Alt yüklenici asıl yüklenicinin sipariş ettiği işlerin dışında kendiliğinden ilave iş yaparsa, bu durumda gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Gerçek vekâletsiz iş görmeye alt yüklenici, yetkisi olmamasına rağmen asıl yüklenicinin yararına ve onun sözleşmedeki amacına uygun bir edimde bulunmaktadır³⁸³. Örneğin alt yüklenicinin asıl yüklenicinin binasında parke döşeme işi yaparken, kendi edimi dışında çıkan yangına müdahale ederek söndürmesi gerçek vekâletsiz iş görmeye örnek teşkil eder. Bu durumda asıl yüklenici, durumun yapılmasını haklı gösterdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafları alt yükleniciye ödeyecek ve alt yüklenicinin tazminini isteyemediği nitelikteki şeyleri söküp almasına izin verecektir. Ayrıca vekâletsiz iş gören alt yüklenicinin gördüğü iş için ücret alması teamülü varsa, alt işveren uygun bir bedel de isteyebilir³⁸⁴.

³⁷⁸ ERİŞEN, s. 101.

³⁷⁹ ERİŞEN, s. 101.

³⁸⁰ ERİŞEN, s. 101.

³⁸¹ YALÇINDURAN, s. 140

³⁸² YALÇINDURAN, s. 156; ERİŞEN, s. 106.

³⁸³ GÜMÜŞ, s. 217; TANDOĞAN, s. 676.

³⁸⁴ YAVUZ, C., s. 1366; YALÇINDURAN, s. 143; GÜMÜŞ, s. 230.

Bununla birlikte gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda alt yüklenici, asıl yüklenicinin yapılmasını yasakladığı veya asıl yüklenicinin menfaatinin gerektirmediği bir edimde bulunmaktadır.³⁸⁵ Burada asıl yüklenicinin yararına olmayan ve iradesine aykırı bir eylem söz konusudur. Alt yüklenicinin, asıl yükleniciye ait araç gereç ile başka bir kişinin işini yapması bu duruma örnektir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sonucunda alt yüklenici, sadece asıl yüklenicinin malvarlığındaki artışı oranında yapmış olduğu masrafların ve ücretin talep edebilir³⁸⁶.

Her iki vekâletsiz iş görme ediminde de söz konusu edime icazet verildiği (onandığı) takdirde, bu eylem temsil olunanı bağlar³⁸⁷.

Tarafların bedeli götürü bedel olarak kararlaştırmaları halinde, alt yüklenicinin edimi başta öngörülenden daha az emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile TBK m. 480/III uyarınca asıl yüklenici alt yükleniciye ödeyeceği bedelden indirim yapamaz³⁸⁸. Bununla beraber, TBK m. 480/II uyarınca alt yüklenicinin kusuru bulunmamak kaydıyla taraflarca kararlaştırılmış olan götürü ücret başlangıçta öngörülemeyen yahut öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan nedenlerle eserin imaline engel olacak ya da son derece güçleştirecek boyutta değişirse, alt yüklenici hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilecektir. Uyarlama mümkün değilse veya asıl iş sahibinden beklenemeyecek ise alt yüklenici sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır³⁸⁹.

3). Bedelin Yaklaşık Bedel (Değere Göre Bedel) Olarak Belirlenmiş Olması

Taraflar ücretin kesin olarak baştan belirlenmesinin getireceği riskleri almaktan kaçınılabirler. Bu durumda alt yüklenicilik sözleşmesinde, tarafların aşağı yukarı, tahmini bir bedel belirlemeleri taraflara bir özgürlük alanı yaratmaktadır.

Dolayısıyla alt yüklenicilik sözleşmesinde bedelin yaklaşık bedel olarak belirlenmesi de mümkündür³⁹⁰. Yaklaşık bedelde taraflar belirli sınırlar içinde yaklaşık veya aşağı yukarı bir bedel belirlerler. Bununla beraber kesin bedel eserin alt yüklenici tarafından

³⁸⁵ TANDOĞAN, s. 676; GÜMÜŞ, s. 234.

³⁸⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 643; YALÇINDURAN, s. 144.

³⁸⁷ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 665; TANDOĞAN, s. 676.

³⁸⁸ TUTKUN, s. 152.

³⁸⁹ EREN, BÖH., s. 668-669.

³⁹⁰ YALÇINDURAN, s. 157; ERİŞEN, s. 106.

tamamlanması ile netlik kazanır. Tarafların sözleşmede belirlediği tahmini bedel ile fiili giderler arasında bir fark olursa, ispatlanabilir nitelikteki fiili giderler bedeli belirler³⁹¹. Şayet taraflar bir alt ve üst limit belirlemiş iseler, alt yükleniciye ödenecek bedel bu limitle bağlıdır³⁹².

Götürü bedelde olduğu gibi yaklaşık bedelde de taraflar yaklaşık bedeli kararlaştırmamış iseler TBK m.481 hükmü uygulanacak, işin tamamlanmasından sonra işin yapıldığı yer ve tarihteki değeri ile alt yüklenicinin giderleri gözetilerek bedel belirlenecektir.

Bedelin götürü bedel mi yoksa yaklaşık bedel mi olacağı hususunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkarsa, Yargıtay içtihatları uyarınca³⁹³ tamamlayıcı hukuk kuralı olan TBK m. 481'e göre karar verilecektir³⁹⁴.

4). Bedelin Önceden Belirlenmemiş Olması

Taraflar sözleşmede kesin ya da yaklaşık bir ücret belirlememişler ise TBK m. 481 uyarınca bedel, eserin meydana getirildiği yer ve tarihteki değerine ve alt yüklenicinin harcamalarına göre belirlenecektir³⁹⁵.

TBK m. 481 uyarınca hesaba katılacak giderler; alt yüklenicinin meydana getirilen eserden dolayı elde ettiği kâr, eseri meydana getirirken yapmış olduğu genel giderler, alt yüklenicinin varsa kendi alt yüklenicilerine ödediği ücretler, araç gereç ve malzeme giderleridir³⁹⁶.

³⁹¹ TUTKUN, s. 156; ERİŞEN, s. 107.

³⁹² ERİŞEN, s. 107.

³⁹³ Y. 15 HD., 30.05.2018 T., 2018/2124 E., 2018/2272 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

³⁹⁴ TUTKUN, s. 157.

³⁹⁵ ERİŞEN, s. 109.

³⁹⁶ ERİŞEN, s. 109.

III. Alt Yüklenicinin Hak ve Borçları

A. İşi Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu ve İkinci Alt Yüklenici Atanması

Alt yüklenicilik sözleşmesine ilişkin olarak mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle eser sözleşmesinde iş sahibine ilişkin hükümler alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenici için geçerli de olacaktır. Aynı şekilde yüklenicinin yükümlülükleri de alt yüklenicinin yükümlülüklerine kıyasen uygulanacaktır.

Buna göre alt yüklenici, kural olarak asıl yükleniciden almış olduğu işi şahsen ifa etmek zorundadır. Fakat alt yüklenicinin aldığı işte kişiliğinin ya da şahsi niteliklerinin bir önem arz etmediği durumlarda alt yüklenici işi başkasına yaptırabilir.

Asıl yüklenici, alt yüklenicilik sözleşmesinde ikinci alt yüklenici kullanılmasını yasaklamamış ise ve iş alt yüklenicinin şahsi nitelikleri veya becerilerine bağlı değil ise alt yüklenici kendisi almış olduğu işin bir bölümünde veya tamamında kendi alt yüklenicisini çalıştırabilir³⁹⁷. Bu durumda asıl yüklenici alt yüklenicisinin çalıştırdığı onun ikinci derecedeki alt yüklenicilerinin sözleşmeye aykırı edimlerinden de iş sahibine karşı sorumludur³⁹⁸.

B. İşi Sadakat ve Özenle Yapma

Farklı içeriklerde iki ayrı borç olan sadakat ve özen borcu, hizmet ettiği menfaat açısından birbirine sıkı sıkıya birbirine bağlıdır³⁹⁹. TBK m. 471/I'de yüklenicinin iş sahibinin menfaatlerini gözetmek zorunda olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Alt yüklenicinin sadakat borcu, asıl yüklenicinin yararını gözeterek ve onun zararına sebebiyet verecek iş ve işlemlerden kaçınarak edimini ifa etmesini ifade etmektedir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ ERİŞEN, s. 74.

³⁹⁸ KURT, s. 61-62.

³⁹⁹ BÜYÜKAY, s.1 45.

⁴⁰⁰ YALÇINDURAN, s. 61.

Sadakat borcunun bir sonucu olarak alt yüklenici, iş dolayısıyla asıl yükleniciden elde ettiği bilgileri, ticari sırları, iş ve üretim planını üçüncü kişilere açıklamayacaktır⁴⁰¹.

Özen borcu ise “ZEVKLİLER - GÖKYAYLA’nın tanımı ile “*sadakat borcunun adeta somutlaşmış hali*”dir⁴⁰². Alt yüklenicinin özen borcu, işçinin göstermesi gereken özenin derecesinden farklıdır. Bunun nedeni, işçiye nazaran alt yüklenicinin, işinde uzman oluşu ve asıl yüklenicinin bağımlı yardımcı kişisi olmamasıdır⁴⁰³. Alt yüklenici işinde uzman değilse ya da sözleşme ile üstlendiği işi yapmak için gereken donanımdan yoksun ise sözleşmeyi imzalamamalıdır.

Alt yüklenicinin özen borcunun ölçüsü, benzer bir eseri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranıp davranmadığıdır⁴⁰⁴. Bu ölçü TBK m. 471/II’de açıkça belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, alt yüklenicinin göstereceği özenin derecesi, yetenekli ve becerikli bir yükleniciden beklenebilecek en yüksek derece olmalıdır⁴⁰⁵.

Alt yüklenicinin işe zamanında başlama ve teslim etme borcu, özen borcunun bir uzantısıdır. Asıl yüklenici tarafından alt yükleniciye verilen iş programı alt yüklenicilik sözleşmesinde belirlenmiş ise alt yüklenici, kararlaştırılan tarih ve programa uygun olarak işe başlamak ve işi bitirmekle yükümlüdür⁴⁰⁶. Taraflar sözleşmede süreye ilişkin bir düzenleme yapmamışlarsa TBK m. 90 uyarınca alt yüklenici sözleşme kurulduktan sonra işe başlamalıdır.

Özellikle büyük ölçekteki inşaat işlerinde farklı projelerin birbirine bağlı olması, birinin başlaması için diğerinin bitmesi gerekmesi gibi durumlar söz konusu olduğundan, alt yüklenicilerin işlerini zamanında teslim etmeleri önem arz eder. Alt yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve işi geç teslim etmesi bir zarara yol açmışsa, asıl yüklenici TBK m. 473/III gereği alt yükleniciden zararın giderilmesini talep edebileceği gibi zarar giderilmediği takdirde işin devamını başka bir alt yükleniciye de verebilir.

⁴⁰¹ EREN, BÖH., s. 628.

⁴⁰² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 499.

⁴⁰³ EREN, BÖH., s. 624; YALÇINDURAN, s. 64.

⁴⁰⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 500.

⁴⁰⁵ EREN, BÖH., s. 624; GÜMÜŞ, s. 43.

⁴⁰⁶ BÜYÜKAY, s. 89; GÜMÜŞ, s. 20.

Bununla birlikte, alt yüklenicinin işe zamanında başlamaması ya da işi geciktirmesi sonucunda işin planlanan tarihte bitirilemeyeceği açıkça anlaşılırsa, TBK m. 473/III uyarınca asıl yüklenici teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁴⁰⁷.

C. Araç Gereç ve Malzemelerin Temini

TBK m. 471/IV uyarınca alt yüklenici aksine adet ya da sözleşme bulunmuyorsa, çalışma araç, gereç ve malzemelerini kendisi temin edecektir⁴⁰⁸. Bu durum, alt yükleniciyi asıl yüklenicinin yardımcı kişilerinden ayırmaktadır⁴⁰⁹.

Araç gereçler, eseri meydana getirirken kullanılan ve eserin tamamlanması ile geri alınabilen şeylerdir. Malzeme ise, eseri meydana getirirken eserin içine karıştırılan veyahut eserin yapımında bizzat kullanılan, ondan sökülüp alınamayan şeylere denir⁴¹⁰.

Alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi meydana getirirken kendi araç gereç ve malzemesini kullanmalıdır, aksine bir teamül ya da taraflar arasında anlaşma yoksa bunlar için ayrıca ücret istenemez⁴¹¹.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında⁴¹², yüklenicinin (alt yüklenicinin) imalatlarda kullandığı malzemenin yüklenicinin kendisi tarafından temin edilmiş sayılacağına karine teşkil ettiği aksi halde iş sahibinin (asıl yüklenicinin) malzemeyi kendisinin verdiği yönünde bir iddia varsa bu iddianın iş sahibi (asıl yüklenici) tarafından ispatlanması gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte tarafların anlaşması ya da bu konuda bir gelenek olması durumunda araç gereç ve malzemeyi asıl yüklenici temin edebilir. Bu durumda alt yüklenici asıl yüklenici tarafından sağlanan malzemeleri işe başlamadan önce gözden geçirmeli, bunlar ayıplı ise ya da işin yapılmasına elverişli değilse bu durumu asıl yükleniciye bildirmelidir.

⁴⁰⁷ EREN, BÖH., s. 629.

⁴⁰⁸ YALÇINDURAN, s. 78; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 754; ERGEZEN, s. 44.

⁴⁰⁹ ERGEZEN, s. 44.

⁴¹⁰ COŞKUN, s. 146; YALÇINDURAN, s. 78; ERGEZEN, s. 44.

⁴¹¹ KAPLAN, s. 60; YALÇINDURAN, s. 78.

⁴¹² Y. 15 HD., 14.11.2916 T., 2015/5686 E., 2015/4688 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

Alt yüklenici böyle bir muayene ve bildirim yapmadığı takdirde, asıl yüklenici tarafından sağlanan malzeme ile doğacak zarardan TBK m. 472/II uyarınca sorumlu olur⁴¹³.

Malzemenin asıl yüklenici tarafından temin edildiği durumda alt yüklenici malzemeyi özenle kullanacak ve artan malzemeyi iade edecektir⁴¹⁴.

D. Eseri Teslim Borcu

Eser teslimi borcu, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TBK m. 473/I, m. 474/I, m.478/I, m. 479/I ve m. 483/I'de yüklenici ve alt yüklenicinin eseri teslim borcuna ilişkin göndermeler söz konusudur.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde eserin teslimi, alt yüklenicinin nesnel kriterle göz önüne alındığında tamamlanmış olduğu kabul edilen asli ediminin (eserin) asıl yüklenicinin hâkimiyet alanına sunulmasıdır⁴¹⁵. Alt yüklenicilik sözleşmesi, sonuç borcu doğuran bir sözleşme olduğundan, meydana getirilen eserin teslimi alt yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁴¹⁶. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁴¹⁷ eser sözleşmelerinde teslim edimini, “*yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hâkimiyetine geçirmesi*” olarak tanımlamıştır. Teslim edilen eserde ufak tefek eksiklikler bulunabilir. Bu durum ayıplı ifa sayılmayacağından, asıl yüklenicinin teslimden kaçınmasını haklı kılmaz⁴¹⁸.

Eserin alt yüklenici tarafından teslim edilme borcunun karşılığı, teslim edilenin asıl yüklenici tarafından teslim alınmasıdır (teslim-tesellüm). Teslim alma, kabul anlamına gelmemektedir zira kabulde eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun halde tamamlandığı yönünde asıl yüklenicinin irade açıklaması mevcuttur⁴¹⁹.

⁴¹³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 755.

⁴¹⁴ KAPLAN, s. 60; ERİŞEN, s. 84.

⁴¹⁵ EREN, BÖH, s. 621; GÜMÜŞ, s. 28; TANDOĞAN/COŞKUN, s. 204; KURT, s. 67; YAVUZ, C., s. 1021, ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 137; SELİMOĞLU, s. 134; ERİŞEN, s. 84; YAKUPPUR, s. 63; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 137; BÜYÜKAY, s. 77; KARADAŞ, s. 162; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 759.

⁴¹⁶ COŞKUN, s. 204; ERİŞEN, s.84; EREN, BÖH., s. 622; KURT, s. 67.

⁴¹⁷ Y. 15. HD. 20.03.2017 T., 2017/526 E., 2017/1199 K. (ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 137).

⁴¹⁸ COŞKUN, s. 216.

⁴¹⁹ ARAL/AYRANCI, s. 367.

Eserin teslimi için tamamlanmış olması gerekir. Bununla beraber ayıp söz konusu ise bu durum teslimi engellemez, yani ayıplı bir eser de tamamlanmış olmak kaydıyla geçerli olarak teslim edilmiş sayılır⁴²⁰. Diğer yandan eser “aliud ifa” teşkil ediyorsa veya ağır ayıplıysa asıl yüklenicinin eseri teslim alma zorunluluğu yoktur⁴²¹.

Eserin teslim zamanı, hasar ve yararın asıl yükleniciye geçme ânını, alt yüklenicinin bedel alacağına doğma zamanını, asıl yüklenicinin eserde ayıp olup olmadığına ilişkin eseri gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini ve ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı ve ihbar süresinin başlangıcını belirleyen önemli bir faktördür⁴²². Eserin teslim alınmasıyla birlikte, hasar sorumluluğu asıl yükleniciye geçer⁴²³.

1). Teslim Yeri ve Teslim Şekli

Eserin teslim yeri konusunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Taraflar alt yüklenicilik sözleşmesinde eserin teslim edileceği yeri belirlemişlerse, kararlaştırılan yer ifa yeri olacaktır. Sözleşmede bu durumun düzenlenmemiş olması halinde ise TBK m. 89 uyarınca ifa yerine ilişkin hükümlere başvurulacaktır⁴²⁴.

Eser sözleşmelerinde teslimin ne şekilde yapılacağı eserin niteliğine göre değişkenlik gösterir. Buna göre taşınır malın teslim şekli, eser üzerindeki zilyetliğin asıl yükleniciye verilmesi dolayısıyla eserin asıl yüklenicinin hâkimiyet alanına girmesi sonucu gerçekleşecektir.

Bağımsız maddi olmayan eserlerde teslim farklılık gösterir. Alt işveren asıl iş sahibine eserin tamamlandığını bildirdiğinde eser teslim edilmiş sayılacaktır⁴²⁵. Örneğin bir müzik eserinde bu eserin üzerine kaydedildiği cisim asıl yükleniciye verildiğinde teslim edilmiş sayılacaktır. Bir binaya elektrik tesisatı döşeme işinde ise teslim, asıl yüklenici tarafından eseri kullanmaya yönelik engellerin alt yüklenici tarafından kaldırılması ile söz konusu olur.

⁴²⁰ KURT, s. 68; COŞKUN, s. 205; YAVUZ, C., s. 1021; ARAL/AYRANCI, s., 367.

⁴²¹ KURT, s. 69.

⁴²² EREN, BÖH, s. 623; ERİŞEN, s. 86; SELİMOĞLU, s. 134; YALÇINDURAN, s. 89; COŞKUN, s. 205; ARAL/AYRANCI, s. 368.

⁴²³ GÜMÜŞ, s. 27; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 138.

⁴²⁴ EREN, BÖH, s. 622; ARAL/AYRANCI, s. 367.

⁴²⁵ KURT, s. 81.

Eser asıl yüklenicinin arsası üzerinde meydana getirilmiş bir yapı ise asıl yükleniciye eserin tamamlandığına ilişkin bildirim yapılması veya alt yüklenicinin yapıyı terk ederek asıl yüklenicinin fiili kullanımına bırakması ile teslim yapılmış sayılır⁴²⁶.

2). Teslim Yeri

Eserin teslim edileceği yer belirlenirken TBK m. 89 hükmü uygulanır. Teslim yeri, tarafların anlaşmasına veya eserin niteliğine göre değişiklik gösterir. Taşınmaz eserlerde teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir. Taşınır eserlerde ise teslim yerinin tespiti bakımından malzemenin kim tarafından sağlandığı hususu önem taşımaktadır.

Malzeme asıl yüklenici tarafından sağlanmış ise eseri teslim almaya asıl yüklenici gitmelidir zira bu borçlar aranacak borçtur. Malzemenin alt yüklenici tarafından sağlanması durumunda ise eserin asıl yükleniciye götürülmesi gerekir⁴²⁷.

3). Teslim Zamanı

Taraflar teslim zamanını genellikle sözleşmede belirlerler. Bu tespit, takvim günü olarak yapılabileceği gibi, sözleşmenin imzalanması, yer teslimi ya da kesin kabul gibi bir durumdan itibaren 24 ay, 36 ay sonrası şeklinde de yapılabilir⁴²⁸. Alt yüklenicilik sözleşmesinde teslim zamanı, asıl yüklenicinin diğer işlerinin aksamaması için büyük önem arz eder. Bununla birlikte taraflarca sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmamış ise sözleşmedeki bu boşluk, tarafların varsayılan iradesi ile yani işin niteliği gereği makul, dürüst, orta zekâda bir yüklenicinin eseri teslim etmesi gereken süre göz önünde tutularak doldurulacaktır⁴²⁹.

Taşınmaz nitelik taşıyan eserlerde eser alt yüklenicinin arsasına yapılmışsa tescille, eser asıl yüklenicinin arsasına yapılmışsa alt yüklenicinin asıl yükleniciye bildirimde

⁴²⁶ BÜYÜKAY, s. 79; KARADAŞ, s. 175; KURT, s. 68; YAVUZ, C., s. 1022.

⁴²⁷ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 759; TANDOĞAN, s. 128; KURT, s. 80; YAVUZ, C. s. 1022; ARAL/AYRANCI, s. 367.

⁴²⁸ TANDOĞAN, s. 129; KAPLAN, s. 83; BÜYÜKAY, s. 80; KARADAŞ, s. 164; YAVUZ, C., s. 1022; ARAL/AYRANCI, s. 368.

⁴²⁹ EREN, BÖH, s. 622; TANDOĞAN, s. 128; YALÇINDURAN, s. 90-91; GÜMÜŞ, s. 35; KAPLAN, s. 84; KARADAŞ, s. 165; COŞKUN, s. 204; YAVUZ, C., s. 1022.

bulunması ve ardından taşınmazı terk etmesi ile eserin teslimi gerçekleşmiş olur. Bağımsız bir maddi varlığı olmayan eserlerde ise eserin tamamlanması ile teslim gerçekleşir⁴³⁰.

4). Alt Yüklenicinin Temerrüdü

Alt yüklenici eseri zamanında teslim etmezse TBK m. 117 ve devamında düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır. Eserin alt yüklenici tarafından sözleşmeye ve asıl yüklenicinin kullanımına uygun şekilde teslim edilmesi sonucunda asıl yüklenici haksız şekilde teslim almaktan kaçınırsa bu sefer asıl yüklenici için alacaklının temerrüdü hükümleri geçerli olur.

5). Temerrüdün Şartları

i. Alt Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu Muaccel Olmalı

Temerrüde düşmenin ilk şartı borcun muaccel olmasıdır. Borcun muaccel olması, alacaklı tarafından ifanın talep edilebileceği hatta borçlunun ifaya zorlanabileceği zamanı belirtir⁴³¹. Vade taraflarca sözleşmede belirlenmiş ise vadenin gelmesi ile borç muaccel hale gelir. Taraflar ifa için belirli bir tarih belirlememiş ise TBK m. 90 uygulanacaktır. İlgili madde uyarınca “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” Alt yüklenicilik sözleşmesinde borcun konusunu oluşturan eser henüz alt yüklenici tarafından meydana getirilmiş olmadığından, borç doğduğu anda yani sözleşmenin akdedildiği tarihte muacceliyet meydana gelmez. Eserin meydana getirilmesi için makul bir süre geçmeli, makul süreyi aşan durumda asıl yüklenici ihtarda bulunmalıdır. Dolayısıyla taraflarca vade kararlaştırılmamış ise bu muacceliyet bildirim (ihtar) üzerine eser sözleşmesinde alt yüklenici için borç muaccel olacaktır⁴³².

Borcun muaccel olmasında alt yüklenicinin kusuru aranmaz.

⁴³⁰ EREN, BÖH, s. 622; ERİŞEN, s. 84; YALÇINDURAN, s. 90.

⁴³¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 142; YALÇINDURAN, s. 91.

⁴³² YALÇINDURAN, s. 92; ÖZ, s.143; KOCAAĞA, s. 124.

ii. İfa Mümkmn Olmalı

Alt yüklenici edimini imkânsızlık nedeniyle yerine getiremiyorsa artık temerrüt söz konusu olmayacaktır. Fakat bunun için alt yüklenicinin imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusurunun bulunmaması gerekir⁴³³. Böyle bir durumda yüklenici ifa borcundan kurtulacak ve asıl yükleniciden almış olduklarını sebepsiz zenginleşme hükümleri dâhilinde iade edecektir. Teslim, alt yüklenicinin kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bile alt yüklenici ifanın imkânsızlaştığını asıl yükleniciye gecikmeksizin bildirmeli ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almalıdır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde alt yüklenici asıl yüklenicinin bu durumdan dolayı ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁴³⁴.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasından sonra alt yüklenicinin kusuru dolayısıyla ortaya çıkan imkânsızlıkta, alt yüklenicinin ifa borcu sona ermez. Fakat imkânsızlaşma nedeniyle ifa edilmeyen borç yerini asıl yüklenicinin zararını tazmin yükümlülüğüne bırakır. Alt yüklenicinin bu zararı tazmin sorumluluğundan kurtulması ancak kusursuzluğunu ispat etmesi halinde mümkündür⁴³⁵. İfa imkânsızlığı asıl yüklenici dolayısıyla ortaya çıkmışsa, alt yüklenici TBK m. 485 uyarınca asıl yükleniciden tazminat isteyebilir⁴³⁶.

iii. Temerrüde Engel olan Haklı Sebepler Bulunmamalı

Alt yüklenici, süresi içinde ileri sürülmüş ve haklı olması kaydıyla bir def'i ile ifadan kaçınabilir. Karşı edimin ifa edilmediği def'i, zamanaşımı def'i bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

İfa, asıl yükleniciden ya da alt yükleniciye atfedilemeyecek sebeplerden doğan sebeplerle imkânsız hale gelmiş olabilir. Örneğin asıl yüklenici yer teslimi yapmamış ya da sözleşmede malzemenin asıl yüklenici tarafından sağlanacağı kararlaştırılmış fakat asıl yüklenici bu edimini yerine getirmemiş olabilir.

⁴³³ KOCAAĞA, s. 124; YALÇINDURAN, s. 92; BÜYÜKAY, s. 81; COŞKUN, s. 219.

⁴³⁴ COŞKUN, s. 219.

⁴³⁵ COŞKUN, s. 219.

⁴³⁶ COŞKUN, s. 221.

Bu gibi durumlar alt yüklenicinin temerrüdünü engelleyen haklı sebepler oluşturur⁴³⁷.

Nitekim Yargıtay 23.01.1992 tarihli bir kararında⁴³⁸, taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı, daha sonra iş sahibinin arsasının bulunduğu mahalde imar uygulaması yapıldığı bu nedenle yeni imar planına uygun olarak imar parselinin yer ve konumunun değiştiği belirtilmiştir. Bu değişiklik sonucu sözleşmede kararlaştırılan dairelerin yapılması imkânsız hale gelmiştir. İmar planının değişmesinde arsa sahibinin bir kusuru bulunmamakta olup, aynen ifanın imkânsızlığı dolayısıyla sözleşmenin hükümsüz hale geldiği kabul edilmiştir.

iv. Asıl Yüklenici İhtarda Bulunmuş Olmalı

Asıl yüklenici, kural olarak eseri teslim borcunu yerine getirmeyen alt yükleniciye ilk önce ihtarda bulunmalıdır⁴³⁹. İhtar bildiriminin içeriğinden, edimin alt yüklenici tarafından ifası talep edilmeli, alt yüklenicinin bu edimini yerine getirmemiş olduğu belirtilerek ihtarda belirtilen süre içinde de ifada bulunmadığı takdirde alt yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarından dolayı sorumlu olacağı anlaşılmalıdır⁴⁴⁰.

Muacceliyet bildirimini de denenen bu ihtar, alt yüklenici tarafından teslimde temerrüdü haklı kılan bir cevap ya da def'i ile karşılık verilmediği takdirde alt yüklenici temerrüde düşmüş sayılır⁴⁴¹. Temerrüde düşmede alt yüklenicinin kusuru aranmaz.

İhtar, karşı tarafa varması gereken, şekle tabi olmayan tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşir. Her ne kadar şekil şartına bağlı olmasa da ispat hukuku açısından en azından yazılı olarak yapılması tercih edilmelidir. Bununla birlikte ihtar her türlü delille ispatlanabilir. Bunun istisnasını TTK. m. 18/III oluşturmaktadır. Buna göre eser sözleşmesi

⁴³⁷ COŞKUN, s. 223; YALÇINDURAN, s. 94.

⁴³⁸ Y. 15 HD., 23.01.1992 T., 3469/149.

⁴³⁹ YAVUZ, C., s. 1023; ARAL/AYRANCI, s. 369; YALÇINDURAN, s. 95; KOCAAĞA, s. 125.

⁴⁴⁰ COŞKUN, s. 218.

⁴⁴¹ TANDOĞAN, s. 131; ERİŞEN, s. 86-87; YALÇINDURAN, s. 94 – 95; GÜMÜŞ, s. 35; KAPLAN, s. 103; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 143.

tacirler arasında akdedilmiş ise ihtar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik posta ile yapılmalıdır⁴⁴².

Alt yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtara gerek olmayan durumlar da vardır. Muaccel olan yani ifa zamanı gelen eserin teslim tarihi taraflarca kesin olarak tespit edilmişse, alt yükleniciye ifa için ek süre tanınmış ve bu ek süre sonunda halen eser teslim edilmemiş ise, alt yüklenici işe başlamayacağını açıkça belirtmiş ya da işe geç başlanması sebebiyle işin bitirilmesi açıkça imkânsızsa, alt yüklenici ihtarın yapılmasını engellemiş ise ihtara gerek yoktur⁴⁴³.

6). Temerrüdün Sonuçları ve Asıl Yüklenicinin Seçimlik Hakları

Alt yüklenici eseri teslimde temerrüde düşmüş, bu durum asıl yüklenicinin davranışlarından kaynaklanmamış ve alt yükleniciye ihtar yapılmış olmak kaydıyla, alt yüklenici eseri teslim etmekten kaçınıyorsa asıl yüklenici, TBK m. 125'te sayılan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Bu haklar, aynen ifaya ek olarak gecikme tazminatının ödenmesini talep hakkı, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın (sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan zarar) karşılanmasını talep hakkı ve sözleşmeden dönerek menfî zararı (sözleşmenin geçerli olarak kurulmamasından kaynaklanan zarar) talep hakkı olarak sıralanabilir⁴⁴⁴.

7). Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Asıl yüklenici, aynen ifayı ve buna ek olarak gecikme tazminatını talep edebilir. Asıl yüklenicinin bu talebini derhal bildirme zorunluluğu yoktur. Teslimde temerrüde düşen alt yüklenicinin, eseri teslim etmesi beklenirse, ayrıca bu hakkın kullanılacağı belirtilmese dahi gecikme tazminatını da kapsayan bu ilk seçimlik hakkın kullanıldığı kabul edilir. Bununla beraber makul sürenin ötesinde uzunca bir süre eserin teslim edilmemesine tepki

⁴⁴² COŞKUN, s. 218; YALÇINDURAN, s. 96.

⁴⁴³ YALÇINDURAN, s. 96-97; TANDOĞAN, s. 132; KAPLAN, s. 103- 104; KOCAĞA, s. 125; YAVUZ, C., s.1023; ARAL/AYRANCI, s. 369.

⁴⁴⁴TANDOĞAN, s. 132; ERİŞEN, s. 88; GÜMÜŞ, s. 37; KARADAŞ, s. 174; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 163; KOCAĞA, s. 125; COŞKUN, s. 226; YAVUZ, C., s. 1023, YALÇINDURAN, s. 99.

vermeyen asıl yüklenicinin bu tutumu, onun eserin teslim edilmesi ile ilgili bir acelesi olmadığına ve alt yükleniciden gecikme tazminatı talep etmeyeceğine işaret eder⁴⁴⁵.

Asıl yüklenicinin aynen ifayı talep etmesi, alt yüklenicinin geç de olsa eseri teslim etme ihtimalinin güçlü olduğu ve bu hakkı kullanmanın asıl yükleniciye daha fazla menfaat sağladığı durumlarda tercih edilir. Yani asıl yüklenici aynı koşullarla çalışacak başka bir alt yüklenici bulmakta zorlanacaksa ve alt yükleniciye gecikmeden kaynaklanan zararını tazmin ettirebilecek ise bu seçeneği değerlendirecektir⁴⁴⁶.

Aynen ifayı talep ile birlikte gecikme tazminatının talep edilmesi durumunda, gecikme tazminatı kapsamına nelerin gireceği önem taşır. Bu durumda asıl yüklenici, kredi faizlerinin yükselmesi, üretim ve kira kaybı nedeniyle yaptığı fazla masrafları, eserin geç teslimi dolayısıyla asıl yüklenicinin ödediği sigorta primlerini ve vergileri ya da iş sahibine ya da üçüncü kişilere ödemiş olduğu tazminatı veya cezai şartı faiziyle birlikte alt yükleniciden talep edebilir⁴⁴⁷.

8). İfadan Vazgeçip Olumlu (Müspet) Zararın Tazminini Talep Hakkı

Asıl yüklenici, alt yüklenicinin teslimde temerrüde düşmesi ile aynen ifadan vazgeçip müspet zararın karşılanmasını da talep edebilir. Asıl yüklenici sözleşmede kararlaştırılan işi alt yüklenicinin yapabileceğine olan inancını kaybetmiş ise bunun yanında kalan işi başka bir alt yükleniciye yaptırma giderleri ve buna ek olarak gecikmeden kaynaklanan zararı alt yükleniciden tahsil edebilecekse ifadan vazgeçerek olumlu zararının karşılanması seçeneğine yönelecektir. Bunun için asıl yüklenici, alt yükleniciye uygun bir süre vererek borcun ifa edilmesini yani teslimini bekleyecektir. Bu süre sonunda ifada bulunulmamışsa asıl yüklenici derhal bildirim yapmak kaydıyla sadece olumlu zararı talep edebilir⁴⁴⁸.

Asıl yüklenici bu durumda artık aynen ifadan dolayı menfaatinin bulunmadığına ya da aynen ifanın gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Bununla birlikte alt yüklenici ile akdi

⁴⁴⁵ TANDOĞAN, s. 133; KOCAAĞA, s. 126; COŞKUN, s., 226; YALÇINDURAN, s. 100; ÖZ, s. 163; KURT, s. 234; KARADAŞ, s. 180-181.

⁴⁴⁶ COŞKUN, s., 227.

⁴⁴⁷ KOCAAĞA, s. 126; ARAL/AYRANCI, s. 371; COŞKUN, s. 227; YALÇINDURAN, s. 101.

⁴⁴⁸ GÜMÜŞ, s., 37; ARAL/AYRANCI, s. 370; TANDOĞAN, s. 139; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 494; KOCAAĞA, s. 127; KARADAŞ, s. 182.

ilişkinin sona erdirmemekte, alt yüklenicinin asli ediminin yerine talep edeceği tazminatı yani müspet zararını geçirmektedir.

Müspet zarar, eser sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle ifa edilmiş olsaydı asıl yüklenicinin malvarlığında meydana gelecek olan artış ile eserin teslim edilmemesi sonucu malvarlığı durumu arasındaki farkı ifade eder⁴⁴⁹. Asıl yüklenicinin bu hakkını kullanması ile alt yüklenici, eğer edimini tam ve zamanında yerine getirmiş olsa idi asıl yüklenicinin malvarlığında meydana gelecek olan artış miktarı kadar tazminatı asıl yükleniciye ödemekle yükümlüdür. Burada sözleşmenin feshedilmesinden kaynaklanan zararın tazmini söz konusu değildir, tazmin edilecek olan zarar, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin neden olduğu, bir nevi ifa etmemeden kaynaklanan kayıplardır. Dolayısıyla yoksun kalınan kâr müspet zarar kapsamında talep edilebilecektir⁴⁵⁰.

9). Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz (Menfi) Zararın Tazminini Talep Hakkı

Asıl yüklenicinin son ve en çok etki doğuran hakkı, sözleşmeden dönme hakkıdır. Alt yüklenicinin temerrüdü ile asıl yüklenici uygun bir süre tanımalıdır. Bu süre içinde de ifa gerçekleşmezse asıl yüklenici alt yükleniciye derhal bildirimde bulunmak kaydıyla ya ifadan vazgeçerek fakat sözleşmeyi ayakta tutarak müspet zararı talep etme yolunu seçecek ya da sözleşmeden dönüp menfi zararlarının tazminini isteyecektir⁴⁵¹.

Menfi zarar, başlangıçta geçerli olarak kurulmuş, fakat daha sonra hükümsüz kalmış olan sözleşmede, sözleşmeye duyulan güvenden kaynaklanan zarar olarak tanımlanabilir. Eğer sözleşme hiç yapılmasa idi, asıl yüklenicinin hiç uğramamış olacağı zarar kalemleri bu kapsamda değerlendirilir⁴⁵².

Örneğin, büyük bir bina yapılması için müstakil evinin yıkılmasına izin veren, finansman bulabilmek için bankadan yüksek faizle kredi çeken, başka cazip bir teklifi reddeden kişilerin uğradıkları zararlar olumsuz zarar örnektir⁴⁵³.

⁴⁴⁹ YALÇINDURAN, s. 102; COŞKUN, s. 243; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 164.

⁴⁵⁰ YALÇINDURAN, s. 102-103; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 164; GÜMÜŞ, s. 37.

⁴⁵¹ TANDOĞAN, s. 141; ARAL/AYRANCI, s. 370; YALÇINDURAN, s. 103; COŞKUN, s. 253; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 494; KARADAŞ, s. 183.

⁴⁵² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi s. 176.

⁴⁵³ ÖZ, inşaat Sözleşmesi, s. 177.

Eseri teslimde temerrüde düşen alt yüklenicinin bir diğer sorumluluğu ise cezai şarttır. Özellikle inşaat sözleşmelerinde sıklıkla sözleşmelere cezai şart kaydı konulur. Cezai şart hükmünün tam tersi ise teşvik primidir. Buna göre eser planlanan tarihten önceki bir sürede bitirilirse asıl yüklenici alt yükleniciye bir miktar bedel ödeyecektir.

Alt yüklenicinin teslimde temerrüde düşmesi ile sözleşmeye cezai şart kaydı konması durumunda asıl yüklenici sözleşmeyi sona erdirmeden, gecikilen süre için ceza bedeli de alabilme hakkına sahiptir. Gecikme cezası talep edebilmesi için asıl yüklenicinin zarara uğramış olmasına gerek yoktur⁴⁵⁴.

Teslim borcu, asli edim yükümlülüğü olduğu için eserin teslim edildiğini ispat yükü, TMK m.6 gereğince alt yükleniciye aittir.⁴⁵⁵ Yargıtay'ın 09.10.2015 tarihli bir kararında⁴⁵⁶ “...Eser sözleşmelerinde işin imal edilip teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yüklenicide, iş bedelinin ödendiğini kanıtlama yükümlülüğü iş sahibindedir. Yüklenici, eseri teslim etmediği sürece iş bedeline hak kazanamaz. Teslim ise, niteliği itibarıyla hukuki bir işlem değil, maddi bir vakiadır. Bu itibarla tanık dâhil her türlü delille teslimin gerçekleştiği ispatlanabilir.” denilmektedir.

Fakat asıl yüklenici eseri eksiklik bulunmasına rağmen ihtirazi kayıt düşmeden fiilen kullanmaya başlamış ise bu durum eserin teslim edildiğine karine oluşturur. Bu durumda eserin eksik olduğunun ispatı bakımından ispat yükü asıl yükleniciye geçecektir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ ERİŞEN, s. 89; KARADAŞ, s. 182; TANDOĞAN, s. 135; KOCAAĞA, s. 128; COŞKUN, s. 204; KURT, s. 235; KARADAŞ, s. 182.

⁴⁵⁵ KURT, s. 69; KARADAŞ, s. 163; COŞKUN, s. 205.

⁴⁵⁶ Y. 15 HD., 09.10.2015 T., 1136- 4921 sayılı karar (SELİMOĞLU, s. 136).

⁴⁵⁷ KURT, s. 69.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİSİ VE ASIL YÜKLENİCİNİN ALT YÜKLENİCİNİN FİİLLERİNDEN DOLAYI İŞ SAHİBİNE VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SORUMLULUĞU

1. ASIL YÜKLENİCİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında bağımsız bir alt sözleşme ile kurulmuş ayrı bir ilişki bulunmaktadır. Asıl yüklenici, iş sahibinden almış olduğu işi kendi ad ve hesabına olarak alt yükleniciye devreder. Dolayısıyla, iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmamaktadır⁴⁵⁸.

Kurulan yeni sözleşme bağımsız nitelikte olmakla birlikte, asıl yüklenici iş sahibinden aldığı eser meydana getirme edimini devredeceği alt yükleniciyi seçerken gerekli özeni göstermelidir.

Diğer yandan alt yüklenici de eseri alt yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılan özelliklerde meydana getirip asıl yükleniciye teslim etmek zorundadır. Alt yüklenici, asıl yüklenici gibi eseri meydana getirirken sadakat ve özen borcuna uygun hareket etmelidir⁴⁵⁹.

2. ALT YÜKLENİCİ İLE YAN YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İş sahibi özellikle büyük ölçekli inşaat projelerinde mimar ve mühendis gibi alanında uzman kişileri kendi yönetim ve organizasyonu altında görevlendirmeyi tercih edebilir. Projeyi edimlere göre belirli bölümlere ayırarak, her bölüm için ayrı yüklenicilerle bağımsız eser sözleşmeleri akdetmesi halinde bu bağımsız yükleniciler proje kapsamında birbirleri için yan yüklenici konumunda olacaklardır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ EREN, BÖH, s. 612; KAPLAN, s. 73; AKKANAT, s. 190-191; KOCAAĞA, s. 76.

⁴⁵⁹ YALÇINDURAN, s. 61; EREN, BÖH, s. 612; KOCAAĞA, s. 76.

⁴⁶⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 43; ALTAŞ, s. 166; AKKANAT, s. 22.

Yan yükleniciler arasında eşgüdümü sağlama görevi kural olarak iş sahibinindir, fakat iş sahibi dilerse kendi nam ve hesabına hareket edecek şekilde tek bir yan yükleniciyi veyahut dışarıdan bir üçüncü kişiyi yönetim ve organizasyon konusunda sorumlu kılabilir⁴⁶¹.

Yan yüklenicilik, birbirinden hukuken tamamen bağımsız olan birden çok yüklenicinin belirli bir eseri meydana getirmek için bir araya gelmeleri durumunda söz konusu olur. İş sahibi, her bir yan yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme akdeder. Yüklenici sayısı kadar sözleşme mevcuttur⁴⁶².

Yan yüklenicilerin her biri, sadece sözleşme ile üstlenmiş oldukları kısımların yönetiminden sorumlu olurlar. Bununla beraber yan yüklenicilik sözleşmesi de hukuki niteliği itibariyle eser sözleşmesidir. Dolayısıyla eser sözleşmesine ilişkin hükümler iş sahibi ve yan yüklenici arasındaki ilişkiye de uygulanacaktır.

Asıl yüklenicinin eser borcunu birden çok alt yükleniciye vermesi ve her biri ile ayrı sözleşme imzalaması durumunda tüm alt yükleniciler birbirleri ile olan ilişkileri bakımından yan yüklenici sayılırlar⁴⁶³.

Alt yüklenici ile yan yüklenici arasında bazı farklılıklar vardır. Bunlara değinmek gerekirse, öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişki ve iş sahibi ile yan yüklenici arasındaki ilişkinin farklılığından söz edilebilir. Alt yüklenicilikte iş sahibi, asıl yüklenici ile akdi ilişki içindedir, alt yüklenici ise iş sahibi için üçüncü kişi konumundadır, tarafların birbirlerine karşı edim yükümlülükleri yoktur. Yan yüklenicilikte ise durum farklılık arz eder. Yan yüklenici, eser sözleşmesini doğrudan iş sahibi ile yapmaktadır.

Bir diğer farklılık sözleşmelerin birbirini etkilemesi hususundadır. Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmesi, hukuken iş sahibi ile asıl yüklenici arasında imzalanan eser sözleşmesinden bağımsız olsa da yine de edimlerin konusu bakımından her iki sözleşme arasında hukuki bir bağdan söz edilebilir. Asıl eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi arasında öncelik-sonralık ilişkisi mevcuttur, zira alt yüklenicilik sözleşmesinin doğumu, asıl eser sözleşmesinin doğumuna bağlıdır.

⁴⁶¹ AKKANAT, s. 22-23.

⁴⁶² ÖZ; İnşaat Sözleşmesi, s. 43; ERİŞEN, s. 59-60; AKKANAT, s. 20.

⁴⁶³ AKKANAT, s. 193; ERİŞEN, s. 60.

Bununla birlikte yan yüklenicilikte birbirinden nedensel ve zamansal açıdan tamamen bağımsız yan yüklenicilik sözleşmeleri söz konusudur. Bu durumun bir sonucu olarak hiçbir yan yüklenici diğer yüklenicinin sözleşmesine dayanarak kendisi için hak iddia edemeyecektir. Aynı şekilde iş sahibi de bir yükleniciye diğer yüklenicinin sözleşmesinden kaynaklanan durumlar dolayısıyla talepte bulunamayacaktır. Örneğin, bir yüklenicinin işini geç teslim etmesi dolayısıyla, bir diğer yükleniciden de işe geç başlaması istenemez. Burada eseri geç teslim eden yüklenicinin bu edimi, diğer yüklenicinin işe başlamasını geciktiriyorsa bu duruma iş sahibi katlanır ve işe başlamak isteyip de başlayamayan yüklenicinin edimi alacaklının temerrüdü sonucunu doğurur. Bu durum sözleşmelerin bağımsız niteliklerinin bir sonucudur⁴⁶⁴.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenici ile alt yüklenicinin birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri söz konusudur. Bununla beraber yan yükleniciler birbirlerinden tamamen bağımsız oldukları için birbirleri bakımından böyle bir yükümlülükleri bulunmaz⁴⁶⁵.

3. İŞ SAHİBİ İLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. Genel Olarak

İş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşmeden doğan bir ilişki bulunmadığı için kural olarak birbirlerine karşı edim yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Bu bağlamda sözleşmedeki hakların sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilmesi kuralı olarak tanımlanan nisbilik ilkesi⁴⁶⁶ gereğince iş sahibi ve alt yüklenici birbirlerinden doğrudan talepte bulunamazlar. Örneğin; iş sahibi alt yükleniciye emir ve talimat veremez, onu denetleyemez, ayıplı ifa söz konusu olduğunda doğrudan alt yükleniciden zararının tazmin edilmesini isteyemez. Alt yüklenici de aynı şekilde, asıl yüklenici tarafından ödenmeyen ücretini iş sahibinden talep edemez. Bununla birlikte nisbilik ilkesinin istisnası mahiyetinde bazı durumlar söz konusudur.

⁴⁶⁴ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 43-44; ERİŞEN, s. 61; AKKANAT, s. 22.

⁴⁶⁵ ERİŞEN, s. 61; AKKANAT, s. 23.

⁴⁶⁶ ERİŞEN, s. 111; AKKANAT, s. 224; TUTKUN, s. 59.

II. İş Sahibi ile Alt Yüklenicinin Birbirine Doğrudan Başvurabileceği Haller

Yukarıda belirttiğimiz genel kuralın istisnaları yani gerek iş sahibinin gerekse alt yüklenicinin birbirlerine doğrudan müracaat haklarının bulunduğu durumlar ortaya çıkabilir. Bunlar, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan sınırlı sayıda istisnalardır. Nitekim alt yüklenici ile iş sahibinin birbirlerine başvurabilecekleri durumlar; alt yüklenicinin edimi dolayısıyla haksız fiil hükümleri uyarınca sorumluluğu⁴⁶⁷, tarafların garanti taahhüdünde bulunması, iş sahibi ve alt yüklenici arasında üçüncü kişi yararına sözleşme bulunması, aynı şekilde taraflar arasında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bulunması, iş sahibine başvuru imkânı tanıyan TBK m. 507/III hükmünün kıyasen alt yüklenicilik ilişkisinde uygulanması ve alt yüklenicinin yapı ipoteği tesis etmesi durumudur.

A. Alt Yüklenicinin İş Sahibine Karşı Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Şartları gerçekleştiği durumda, alt yüklenici TBK m. 49 vd. da düzenlenen haksız fiil hükümleri uyarınca sorumludur. Diğer bir deyişle alt yüklenici haksız fiil oluşturan edimlerinden dolayı iş sahibine zarar vermiş ise iş bu zararın tazminini doğrudan alt yükleniciye başvurarak isteme hakkını haizdir⁴⁶⁸.

B. Tarafların Garanti Taahhüdünde Bulunması

Bazı hallerde iş sahibi ve alt yüklenici, bağımsız, ayrı bir sözleşme ile alt yüklenicinin garanti taahhüdünü içeren bir anlaşma yapabilirler. Bu sözleşmede alt yüklenici, asıl yükleniciden almış olduğu işi, sözleşmeye uygun tarzda ve süresi içinde tamamlayacağına dair garanti taahhüdünde bulunmaktadır⁴⁶⁹. Böylece iş sahibi doğrudan alt işverene başvurma imkânına kavuşur.

⁴⁶⁷ EREN, BÖH, s. 612; GÜMÜŞ, s. 14; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 46; KAPLAN, s. 78; KARADAŞ, s. 113-114; ERİŞEN, s. 111; KOCAAĞA, s. 77; YALÇINDURAN, s. 172; TANDOĞAN, s. 85.

⁴⁶⁸ YAVUZ, C., s. 1013; KAPLAN, s. 78; EREN, BÖH., s. 612; TANDOĞAN, s. 85; KOCAAĞA, s. 77; KARADAŞ, s. 114.

⁴⁶⁹ EREN, BÖH., s. 612-613; KAPLAN, s. 78; YALÇINDURAN, s. 179-180; AKKANAT, s. 230; ERİŞEN, s. 112; BÜYÜKAY, s. 87; KOCAAĞA, s. 77; TUTKUN, s. 60.

Garanti taahhüdünde, alt yüklenici, asıl yükleniciden almış olduğu işi hem asıl eser sözleşmesine hem de alt yüklenicilik sözleşmesine uygun olarak daha doğrusu ayıpsız, zamanında, eksiksiz olarak yapacağını ve bu haliyle teslim edeceğini veya iş sahibine karşı asıl yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını taahhüt eder⁴⁷⁰. Garanti taahhüdünde akdi yükümlülük söz konusu olduğundan alt yüklenicinin edimini yerine getirmemesi akdi sorumluluğunu doğurur⁴⁷¹.

Bu taahhüdün sonucu olarak garanti sözleşmesinde taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmemesi durumunda, iş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinden bağımsız olarak doğrudan alt yükleniciye başvurma hakkına sahip olur. İş sahibinin zararının tazmin edilmesi, bu garanti sözleşmesi hükümleri uyarınca gerçekleşir⁴⁷².

Önemle belirtmek gerekir ki alt yüklenicinin iş sahibine başvuru hakkı, alt yüklenici ile iş sahibinin doğrudan karşılıklı anlaşmalarına bağlıdır. Bir diğer deyişle taraflarından birinin asıl yüklenicinin olduğu asıl eser sözleşmesine ya da alt yüklenicilik sözleşmesine garanti taahhüdü ile ilgili bir kayıt konulması yeterli değildir⁴⁷³.

Alt işverene doğrudan talep hakkı tanıyan bu durum, iş sahibi açısından en avantajlı imkânı sağlamaktadır⁴⁷⁴. Bunun nedeni, iş sahibi doğrudan alt yükleniciye başvurabiliyorken, alt yüklenici alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan def'i ve itirazlarını iş sahibine karşı ileri sürememektedir⁴⁷⁵.

Uygulamada çok fazla karşılaşılmayan bir durum olsa da iş sahibinin de alt yükleniciye garanti taahhüdünde bulunması mümkündür⁴⁷⁶. Bu durumda alt yüklenici asıl yüklenici tarafından ödenmeyen ücretinin kendisine ödenmesi için iş sahibine doğrudan başvurabilir. Bunun gibi asıl yüklenici tarafından üstlenilen fakat yerine getirilmeyen edimlerin ifası alt yüklenici tarafından doğrudan iş sahibinden talep edilebilir⁴⁷⁷. Bu imkân

⁴⁷⁰ ERİŞEN, s. 112; TUTKUN, s. 60; TANDOĞAN, s. 85; KARADAŞ, s. 113; KAPLAN, s. 78; YALÇINDURAN, s. 169; EREN, BÖH., s. 612.

⁴⁷¹ YAVUZ, C., s. 1013; YALÇINDURAN, s. 169.

⁴⁷² YALÇINDURAN, s. 180; AKKANAT, s. 230.

⁴⁷³ TUTKUN, s. 60; AKKANAT, s. 230; KAPLAN, s. 73.

⁴⁷⁴ AKKANAT, s. 230.

⁴⁷⁵ AKKANAT, s. 230; YALÇINDURAN, s. 180; TUTKUN, s. 63.

⁴⁷⁶ YALÇINDURAN, s. 217; EREN, BÖH., s. 613-614.

⁴⁷⁷ EREN, BÖH., s. 613- 614; TANDOĞAN, s. 88.

alt yükleniciye garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi ya da iş sahibinin asıl yüklenicinin borcuna müteselsil sorumlu olduğunu kabul etmesi ile verilebilir⁴⁷⁸.

C. İş Sahibi ve Alt Yüklenici Arasında Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bulunması

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur. Bu ilke sözleşmelerin nisbiliği kuralına dayanır. Bununla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine bir istisna getirerek üçüncü kişi yararına sözleşme yapabilir ve sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin sözleşmeden yararlanmasını sağlayabilirler⁴⁷⁹.

Tarafların üçüncü kişi yararına sözleşme yapmaları, kendi menfaatleri açısından faydalı olabilmektedir. Asıl yüklenici, iş sahibinin marka değerinin ya da piyasadaki itibarının kendisine sağladığı destekle daha fazla alt yüklenici ile pazarlık yapma olanağı elde eder. İş sahibi de aynı şekilde daha iyi, daha kalifiye alt yüklenicilere ulaşarak işinin daha uygun sürede ve daha ehil kişiler tarafınca yapılması fırsatını yakalamış olur⁴⁸⁰.

Eser sözleşmelerinde üçüncü kişi yararına sözleşmeler asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında düzenlenir. Sadece alt yüklenicinin ya da asıl yüklenicinin bu yöndeki irade beyanı yeterli değildir⁴⁸¹. Bununla birlikte, iş sahibinin bu işleme katılması ya da onay vermesi söz konusu değildir⁴⁸².

TBK m. 129'da düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere iki türlü yapılabilir. TBK m. 129/II'de düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmede⁴⁸³ üçüncü kişi edimin kendisine ifa edilmesini doğrudan ister⁴⁸⁴. TBK m. 129/1'de düzenlenen eksik üçüncü kişi

⁴⁷⁸ ERİŞEN, s. 113; EREN, İnşaat, s. 66; ERİŞEN, s. 112-113; TUTKUN, s. 63.

⁴⁷⁹ EREN, **Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (BGH.), 24. Bası, Ankara 2019, s. 1279 vd.; KAPLAN, s. 79; EREN, BGH. s. 226; TANDOĞAN, s. 85; KILIÇOĞLU, s. 737; ÖZ, BGH., s. 428; YAVUZ, C., s. 1013; KOCAAĞA, s. 78; TUTKUN, s. 63-64; YALÇINDURAN, s. 170.

⁴⁸⁰ Y. 15. HD., 10.05.2016 T., 2015/5619 E., 2016/2683 K., www.sinerjimevzuat.com.tr; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 659; COŞKUN, s. 963.

⁴⁸¹ YALÇINDURAN, s. 182.

⁴⁸² AKKANAT, s. 231.

⁴⁸³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme veya üçüncü kişi yararına hak veren sözleşme de denilmektedir. (Bkz. EREN, BGH., s. 1284).

⁴⁸⁴ EREN, BGH., s. 1284; ERİŞEN, s. 113.

yararına sözleşme ise borçluyu ifanın üçüncü kişiye yapılması için zorlama imkânı tanınmaktadır⁴⁸⁵.

Çalışmamız kapsamına giren durum ise TBK m. 129/II'de⁴⁸⁶ düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu durumda üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyan bir alt yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibi, alt yüklenicinin ayıplı ifade bulunması halinde doğrudan alt yükleniciye başvurarak aybın giderilmesini talep edebilir⁴⁸⁷. Yargıtay'ın bir kararında⁴⁸⁸ “...Bir sözleşmede, ifanın taraflarca üçüncü kişiye yaptırılmasının kararlaştırılmasına üçüncü kişi yararına sözleşme denir. Burada sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafı sözleşmede taraf olmayan üçüncü bir kişi yararına bir edim kararlaştırmaktadır.

...Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişinin kendisi adına talepte bulunabilmesi mümkündür. Bir sözleşmenin ne zaman eksik ne zaman tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu TBK'nın 129. maddesinin 2.fikrasında öngörülen hükme göre belirlenir. Bu hükme göre, üçüncü kişinin kendisi adına talepte bulunabileceği ya sözleşmede açıkça yazılı olmalı ya da tarafların sözleşmede açıklanan iradelerinden bu durum tespit edilebilmeli yahut bu konuda bir örf veya adet bulunmalıdır.” denilmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme iki şekilde yapılabilir: Uygulamasa en sık rastlanan haliyle, taraflar alt yüklenicilik sözleşmesine kayıt koyabilirler. Bu durumda alt yüklenicilik sözleşmesi nitelikli bir alt sözleşme özelliği kazanır⁴⁸⁹ ve iş sahibi lehine de haklar doğurur. Bunun dışında ender olarak tercih edilen diğer bir yol, üçüncü kişi yararına sözleşmenin ayrı bir sözleşme yapılmasıdır⁴⁹⁰.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları asıl yüklenici ve alt yüklenicidir. İş sahibi bu sözleşmenin tarafı olmadığı için sözleşmeden dönme, fesih gibi hakları kullanamaz⁴⁹¹. Bununla birlikte, iş sahibi alt yüklenicinin ayıplı ifade bulunması durumunda doğrudan alt

⁴⁸⁵ EREN, BGH., s. 1283; ERİŞEN, s. 113; YALÇINDURAN, s. 180; ÖZ, BGH, s.430.

⁴⁸⁶ TBK m. 129 f.2: “Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da tarafların amacına veya örf veya adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”

⁴⁸⁷ AKKANAT, s. 242.

⁴⁸⁸ Y. 7. HD., 28.01.2016 T. 2015/183 E., 2015/23060 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

⁴⁸⁹ AKKANAT; s. 233.

⁴⁹⁰ AKYOL, Şener: Tam üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s. 89; YALÇINDURAN, s. 170.

⁴⁹¹ AKKANAT, s. 236.

yükleniciden ayıbın giderilmesini talep edebilir. Bunun yanı sıra alt yüklenicilik sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi için alt yükleniciye başvurabilir. Alt yüklenici de buna karşılık asıl yükleniciye karşı ileri sürme hakkı olan itiraz ve def'ileri iş sahibine karşı ileri sürme imkânı bulur⁴⁹².

D. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Bulunması

Taraflar dilerse üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme düzenleyebilirler. Böyle bir durumda sözleşmenin tarafı olmayan kişiler bile sözleşmenin koruyucu etkisinden faydalanabilirler⁴⁹³. Bu durumda iş sahibi ve alt yüklenici birbirlerinden talepte bulunabilirler. Fakat burada tarafların asli borçlarının yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlar talep edilemez, yalnızca yan borçların ihlalinden doğan zararlar istenebilir⁴⁹⁴.

E. İş Sahibine Başvuru İmkânı Tanıyan TBK m. 507/III Hükümünün Kıyasen Alt Yüklenicilik İlişkisinde Uygulanması

Borçlar Kanunumuzda alt sözleşmeler TBK m. 322'de alt kira sözleşmesi ile ve TBK m. 507'de alt vekâlet sözleşmesi kapsamında düzenlenmiştir⁴⁹⁵. Kanunun ilgili düzenlemeleri ile kiraya veren ve vekalet veren kişilere, alt kiracıya ve alt vekile doğrudan başvurabilme hakkı tanınmıştır⁴⁹⁶. Alt yüklenicilik sözleşmesinde ise TBK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. İş görme sözleşmesi olduğu için özellikle alt vekalet sözleşmelerine ilişkin kuralın alt yüklenicilik sözleşmelerine uyarlanıp uyarlanmaması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır.

⁴⁹² AKKANAT, s. 242.

⁴⁹³ ŞENOCAK, İfa Yardımcısı, s. 288.

⁴⁹⁴ YALÇINDURAN, s. 171.

⁴⁹⁵ TBK m. 507 f. 3: Vekâlet veren her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.”

⁴⁹⁶ ERİŞEN, s. 118; TUTKUN, s. 69.

Doktrindeki bir kısım görüşe göre TBK m. 507/III hükmü, vekâlet sözleşmesine özgü bir düzenlemedir. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin bir sonucu olarak bu hüküm, alt yüklenicilik sözleşmelerinde kıyasen uygulanamayacaktır⁴⁹⁷.

TBK m. 507/III hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini savunanlar ise vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesinin ortak yönünün iş görme sözleşmesi olduğunu ve bu nedenle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükmün kıyas yoluyla eser sözleşmesine de uygulanabileceğini belirtmektedirler⁴⁹⁸. Bu durumda üçüncü kişi konumunda bulunan iş sahibi; eser sözleşmesi kapsamında alt yüklenici ediminden dolayı zarara uğrarsa, öncelikle yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116 gereği iş sahibi zararlarının tazmin edilmesi için asıl yükleniciye başvuracaktır. Ancak iş sahibi, asıl yüklenicinin borç ödemediği aciz durumunda olması halinde ya da menfaatlerinin asıl yüklenici tarafından korunmaması hallerinde mağdur olmaktadır. Bu durumun önlenmesi amacıyla iş sahibi alt yükleniciye doğrudan başvurabilmelidir⁴⁹⁹. Böylece iş sahibi, eser sözleşmesini imzaladığı asıl yükleniciye karşı ileri sürebileceği bütün hakları alt yükleniciye karşı da ileri sürebilecektir⁵⁰⁰. Bununla birlikte, alt yüklenici de asıl yükleniciye karşı sahip olduğu def'i ve itirazları iş sahibine karşı ileri sürebilecektir⁵⁰¹.

F. Alt Yüklenicinin Yapı İpoteği Tesis Etmesi

Eser sözleşmelerinde özellikle de inşaat sözleşmelerinde alt yüklenici asıl yükleniciden olan alacağına ancak işin bitiminde kavuşmaktadır. Uzun bir periyod gerektiren büyük yapım işlerinde, işin ifasının yanında bir de alt yüklenicinin malzeme sağlama yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda alt yüklenicinin harcadığı emek, diğer yandan malzeme giderleri ile yanında çalıştırdığı işçilerin ücretleri gibi diğer yan giderler alt yüklenici açısından ağır bir yük oluşturabilmektedir.

Bu itibarla kanun koyucu alt yüklenicinin alacağına kavuşamaması ihtimalini göz önünde tutarak alt yüklenici lehine garanti sağlamak amacıyla kanuni ipotek hakkı

⁴⁹⁷ AYDIN, s. 34; AKKANAT, s. 198; TUTKUN, s. 69; BÜYÜKAY, s. 87-88.

⁴⁹⁸ ERİŞEN, s. 118-119; YAVUZ, C., s. 1013.

⁴⁹⁹ TANDOĞAN, s. 85 vd.; ERİŞEN, s. 119; TUTKUN, s. 69.

⁵⁰⁰ YAVUZ, C. s. 1013.

⁵⁰¹ ERİŞEN, s. 120.

getirmiştir⁵⁰². Alt yüklenici, asıl yükleniciden olan ücret alacağını alamadığı durumda kullanmak üzere, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilecektir.

Kanuni ipotek hakkı, TMK m. 892- m. 897 arasında düzenlenmiştir. Alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı ise TMK m. 893 b.3 kapsamında⁵⁰³ ifade edilmiştir.

Kanuni ipotek hakkı, alt yüklenicinin eser ifa edilirken sadece emeğini katması ya da hem malzeme sağlaması hem de emeğini sarf etmesi durumunda söz konusu olur. Bununla birlikte alt yüklenicinin genel envanteri içinde kayıtlı olan ve başka işlerde kullanılabilen makine ve teçhizat inşaat alacağı kapsamında değildir⁵⁰⁴.

Bununla birlikte kanuni ipotek hakkı iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki sözleşmeye dayanmaz, bu hakkın dayanağı eser için meydana getirilen edime dayanır. Bu nedenle emek ve varsa malzemenin inşaatla bir değer artışı meydana getirmesi gerekir⁵⁰⁵.

Alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında emeğini ya da malzemesi ile birlikte emeğini sunan alt yükleniciler asıl yükleniciden alacağı bedelin tamamı için ipotek isteyebilirler. Şunu belirtmek gerekir ki, kanuni ipotek hakkının sınırını asıl yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilen eser sözleşmesinin bedeli oluşturur. Diğer bir deyişle kanuni ipotek hakkı en fazla, iş sahibinin asıl yükleniciye eser sözleşmesi ile belirlenen borcu kadar olabilir⁵⁰⁶.

İnşaatçı alacağının söz konusu olması için eser sözleşmesine konu olan malın mutlaka tescil edilebilir bir taşınmaz olması gerekir, taşınır mallar üzerinde kanuni yapı ipotegi tesis edilemez. Aynı şekilde kamuya ait taşınmazlar üzerinde de kanuni yapı

⁵⁰² YALÇINDURAN, s. 209, TANDOĞAN, s. 89, TUTKUN, s. 71, ERİŞEN, s. 120, ÖZTÜRK/ GÖZÜTOK, s. 175.

⁵⁰³ TMK m. 893 b.3: “Aşağıdaki alacaklılar, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler:

... 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 zanaatkarlar.

⁵⁰⁴ YALÇINDURAN, s. 209.

⁵⁰⁵ TUTKUN, s. 71.

⁵⁰⁶ ERİŞEN, s. 121; YALÇINDURAN, s.209; TANDOĞAN, s. 89.

ipoteği kurulması mümkün değildir⁵⁰⁷. Bununla birlikte devlete ait özel gayrimenkuller üzerine ipotek kurulabilir.

Kanuni ipotek hakkının (inşaat ipoteğinin) alacaklısı asıl yüklenici, alt yüklenici ya da zanaatkâr olabilir. İpotek yükümlüsü ise her zaman arsa malikidir⁵⁰⁸. İş sahibin, yüklenici ile yapmış olduğu eser sözleşmesi kapsamında ücret borcunu tamamen ya da kısmen asıl yükleniciye ödemiş olsa dahi, alt yüklenici için kanuni ipotek hakkı ortadan kalkmaz. Bunun gibi asıl yüklenicinin kanuni ipotek kurdurmuş olması, aynı inşaat için alt yüklenicinin de ipotek kurdurmasına engel teşkil etmeyecektir⁵⁰⁹.

TMK m. 892 vd. maddelerde tescilin şartları sayılmıştır. Buna göre belirli süre içinde tescilin yapılmış olması, alacağın arsa maliki tarafından tanınması ya da mahkemece hüküm altına alınması ve son olarak alacaklıya arsa maliki tarafından yeterli teminatın verilmemiş olması gerekmektedir.

Arsa maliki ile asıl yüklenici aralarında sözleşme yaparak alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını kısıtlayamaz, kaldıramazlar. Aynı şekilde, alacaklıların kanuni ipotek hakkından önceden feragat etmesi halinde feragat işlemi geçersizdir; zira, kanuni ipotek hakkını düzenleyen hukuk kuralı emredici nitelik taşır⁵¹⁰.

1). Tescil Üç Ay İçinde Yapılmalıdır

Alt yüklenicinin yapı ipoteğinin doğumu için, ipoteğin tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekmektedir. TMK m. 895 uyarınca tescilin, yüklenilen işin alt yüklenici tarafından tamamlanmasından itibaren üç ay içinde yapılmış olması gerekir. Bu hak, tek taraflı irade beyanı ile kurulan ve kurucu yenilik doğuran nitelik taşır⁵¹¹. Üç aylık süre hak düşürücü süre olduğu için hakim tarafından resen gözetilir⁵¹². Sürenin geçmesine rağmen tescil talebinde bulunulmamışsa, tescil hakkı sona erer fakat alacak halen geçerlidir⁵¹³.

⁵⁰⁷ YALÇINDURAN, s. 201; TANDOĞAN, s. 91; ERİŞEN, s. 123.

⁵⁰⁸ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 174.

⁵⁰⁹ TUTKUN, s. 72.

⁵¹⁰ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 174; TUTKUN, s. 72; ERİŞEN, s. 122.

⁵¹¹ Y. 15. HD., 21.11.2012 T., 2012/4558 E., 2012/7308 K., www.sinerjimevzuat.com.tr

⁵¹² YALÇINDURAN, s. 212.

⁵¹³ ERİŞEN, s. 122; TUTKUN, s. 73.

Alt yüklenicinin bu hakkının kullanması için fiilen işe başlaması gerekmez, tek şart asıl yüklenici ile geçerli bir alt yüklenicilik sözleşmesi kurmuş olmasıdır⁵¹⁴. Yüklenici ile alt yüklenici arasında aynı inşaat için birden çok alt yüklenicilik sözleşmesi akdedilmiş ise, her bir sözleşme için o sözleşmenin düzenlediği işler için ayrı ayrı tescil süresi işler. Aynı durum tek bir inşaatın bir de fazla alt yüklenici tarafından yapılması durumu için de geçerlidir.

2). Alacak Tanınmış Olmalı ya da Mahkeme Tarafından Hüküm Altına Alınmalıdır

Tescilin gerçekleşmesi için TMK m. 895/III uyarınca alacak malik tarafından kabul edilmiş ya da alacak mahkeme tarafından karara bağlanmış olmalıdır⁵¹⁵. İlgili maddenin son fıkrası uyarınca malik yeterli güvence sunarsa, tescile karar verilmez⁵¹⁶.

İş sahibi tescilden kaçınırsa alt yüklenici TMK m. 895/III hükmü gereği alacağının mahkeme yoluyla karar altına alınması amacıyla dava açacaktır. Fakat bu durumda tescil için gerekli olan üç aylık sürenin kaçırılması riski söz konusudur. Bu sebeple dava süresince tescil süresinin kaçırılmaması adına alt yüklenici geçici tescil yaptırabilir⁵¹⁷.

3). Arsa Maliki Tarafından Alacaklıya Yeterli Teminat Verilmemiş Olmalıdır

Arsa maliki, yani iş sahibi tarafından inşaat alacaklısının alacağını karşılayacak miktarda teminat yatırılmış ise asıl yüklenici ya da alt yüklenici tarafından ipotek tescili talep edilemez⁵¹⁸. Teminatın şekli kanunda düzenlenmemiştir. Malik, tüm yapı alacaklılarına ayrı ayrı teminat sunmakla yükümlüdür.

Bu üç şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda üzerinde rehin kurulacak taşınmaz sahibinin tescil talebini içeren bir taşınmaz sahibinin bundan kaçınması halinde mahkemece bu tescil talebinin hüküm altına alınması ile tapu kütüğüne inşaat alacaklısı

⁵¹⁴ YALÇINDURAN, s.211.

⁵¹⁵ ERİŞEN, s. 122.

⁵¹⁶ ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 175; YALÇINDURAN, s. 212.

⁵¹⁷ YALÇINDURAN, s. 213.

⁵¹⁸ YALÇINDURAN, s. 213; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 175.

tarafından başvuru yapılır. Burada arsa malikinin rızası aranmaz⁵¹⁹. İnşaatçı ipoteğinin tesis edilmesi durumunda inşaat alacaklılarının, diğer rehinli alacakların sırasında bir önceliği yoktur. Asıl yüklenici ya da alt yüklenici ipoteğin tesis edildiği tarih itibarıyla sıraya alınır⁵²⁰.

4. ASIL YÜKLENİCİNİN ALT YÜKLENİCİNİN FİİLLERİNDEN DOLAYI İŞ SORUMLULUĞU

1. Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Edimlerini Yerine Getirmemesinden Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu

Asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi dolayısıyla sorumluluğunu incelerken konuyu ikili bir ayrıma tabi tutmak gerekir. Buna göre asıl yüklenici ya yetkisi dâhilinde alt yüklenicilik sözleşmesi akdetmiş olabilir ya da uygun olmayan bir şekilde yani yetkisi olmadan alt yükleniciyi işin yapımına dâhil edebilir. İlk durumda alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı sorumluluğu söz konusudur. Bununla beraber ikinci durumda, asıl yüklenicinin iş sahibiyle akdettiği eser sözleşmesine aykırı davranışı gündeme gelecektir.

A. Asıl Yüklenicinin İş Alt Yükleniciye Yaptırma Yetkisinin Bulunduğu Durumda Sorumluluk

Asıl yüklenici şahsen ifa zorunluluğu bulunmayan durumlarda veya eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, üstendiği ediminin bir kısmını ya da tamamını alt yükleniciye devredebilir.

Yetkisi dâhilinde alt yüklenici seçen asıl yüklenici, öncelikle bu seçiminde özenli davranmalı, işi kendisi kadar hatta daha profesyonel bir şekilde yapacağına inandığı kişi belirlenmelidir. Eğer asıl yüklenici alt yüklenici seçmekte ve ona talimat vermede özen borcuna aykırı hareket ederse, iş sahibine karşı yardımcı kişinin fiillerinden dolayı

⁵¹⁹ YALÇINDURAN, s. 214.

⁵²⁰ YALÇINDURAN, s. 215; ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 175; ERİŞEN, s. 123.

sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır⁵²¹. Yargıtay da 15.09 1980 tarihli bir kararında⁵²² alt yüklenicinin asıl yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olduğunu ve asıl yüklenicinin alt yüklenici edimlerinden dolayı iş sahibine karşı TBK m.116 uyarınca sorumlu olduğunu ifade etmiştir⁵²³.

Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken ve ona talimat verirken kusuru olmadığını ispatlarsa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. Dolayısıyla burada TBK m. 507/II'de vekâlet sözleşmesinde uygulanan hüküm uygulanmayacaktır. Alt yüklenici, asıl yüklenicinin ifa yardımcısıdır. Bu nedenle asıl yüklenici ancak alt yüklenicinin eylemini bizzat kendisi gerçekleştirse idi kusurlu sayılmayacağını ispatlarsa alt yüklenicinin ediminden dolayı iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulabilecektir⁵²⁴.

B. Asıl Yüklenicinin İş Alt Yükleniciye Yaptırma Yetkisinin Bulunmadığı Durumda Sorumluluk

Asıl yüklenici, iş sahibinden almış olduğu eser meydana getirme borcunu yetkisi olmamasına rağmen alt yükleniciye devrederse, alt yüklenicinin edimlerinden kaynaklanan bütün zararlardan dolayı borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 hükmü uyarınca iş sahibine karşı sorumlu olur⁵²⁵. Bu durum, TBK m. 507/I ile benzeşmektedir. Yetkisiz bir şekilde alt yüklenicilik sözleşmesi imzalanması halinde iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinin ihlali, alt yüklenicinin fiilen çalışması ile başlar⁵²⁶.

Asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisinin olmadığı durumda, iş sahibi asıl yükleniciden alt yüklenicinin işi bırakmasını isteyebilir. Aynı şekilde iş sahibi, işin başkasına yaptırılmasını talep etme, asıl yükleniciye ödeyeceği bedelde indirim yapabilme hakkına sahiptir. Buna rağmen asıl yüklenici alt yüklenici ile çalışmaya devam ederse, alt yüklenicinin davranışından doğan zararlar ile ayıbı takip eden zararlardan dolayı iş sahibine karşı tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Ayrıca asıl yüklenici, yetkisi olmadan alt yüklenici kullandığı için alt yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarından dolayı iş sahibine karşı kendi kusuruymuş gibi sorumludur.

⁵²¹ TANDOĞAN, s. 93; AKKANAT, s. 154; TUTKUN, s. 178; KOCAAĞA, s. 79.

⁵²² Y. 4. HD., 15.09.1980 T., 8100 E., 9498 K., www.sinerjimevzuat.com.tr.

⁵²³ Aktaran: ERİŞEN, s.126.

⁵²⁴ TANDOĞAN, s. 93; ERİŞEN, s. 127; TUTKUN, s. 180.

⁵²⁵ ŞENOCAK, s. 11; TANDOĞAN, s. 92; KOCAAĞA, s. 80.

⁵²⁶ KOCAAĞA, s. 80.

Son olarak iş sahibi gerekli görürse borçlunun temerrüdüne dayanarak asıl yüklenici ile imzalamış olduğu eser sözleşmesini bu sebepten dolayı feshedebilir⁵²⁷.

2. Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Edimlerini Yerine Getirmemesinden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu

Asıl yüklenici, iş sahibi ile yaptığı eser sözleşmesi kapsamında yüklenmiş olduğu ana edimi yani bir eser meydana getirme edimini TBK m. 417/III uyarınca bizzat yerine getirmelidir. Bununla beraber, TBK m. 417/III hükmü emredici nitelik taşımadığı için asıl yüklenici şahsen ifa etmesi gerekmediği durumlarda eserin meydana getirilmesi borcunu alt yüklenicilik sözleşmesi ile bir alt yükleniciye devredebilir. TBK m. 471/III hükmü emredici özellik taşıdığından, iş sahibi ve asıl yüklenicinin anlaşmaları durumunda asıl yüklenici tarafından şahsen yerine getirilmesi gereken eserlerde bile alt yükleniciye başvurulabilir.

İşin bir bölümünün ya da tamamının alt yükleniciye verilmesi halinde iş sahibine karşı asıl yüklenicinin sorumluluğu doğmaktadır, zira iş sahibinin muhatabı her zaman asıl yüklenicidir.

Asıl yüklenicinin alt yüklenicinin edimlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğunun kapsamını ve uygulanacak Kanun hükümlerini tespit ederken, asıl yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu alt yükleniciye devretmesinin uygun olup olmadığına bakılır. Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir:

A. Alt Yüklenici Çalıştırmanın Uygun Olmadığı Durum

Asıl yüklenici, iş sahibinden almış olduğu işi alt yükleniciye yetkisi olmadığı halde yaptırıyor olabilir. İşin niteliği ya da asıl yüklenicinin kişisel özellikleri, işin yalnızca asıl yüklenici tarafından yapılmasını zorunlu kılıyor olabilir. Bunun yanında iş sahibi asıl yüklenici ile imzalamış olduğu eser sözleşmesinde alt yüklenici çalıştırma yasağı getirmiş olabilir. Böyle bir durumda asıl yüklenici işin yerine getirilmesinde alt yükleniciye kanunen başvuramaz. Buna yasağa rağmen asıl yüklenici alt yüklenici ile bir alt

⁵²⁷ ERİŞEN, s. 127; TANDOĞAN, s. 92.

yüklenicilik sözleşmesi akdederek işin bir kısmını ya da tamamını ona devretmişse, asıl yüklenicinin bu davranışı sözleşmenin müspet ihlalini⁵²⁸ oluşturur⁵²⁹. Böyle bir durumda asıl yüklenicinin hukuki sorumluluğunun dayanağı tartışmalıdır⁵³⁰.

Bu husustaki görüşlerden biri⁵³¹ uygun olmayan şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin edimlerinden dolayı iş sahibine karşı hem TBK m. 112⁵³² hem de TBK m. 116⁵³³ uyarınca sorumlu olduğu yönündedir. Böyle bir durumda taleplerin yarışması söz konusudur⁵³⁴. Dolayısıyla iş sahibi asıl yükleniciden talep edeceği zararı TBK m. 112'ye dayandırabileceği gibi, dilerse TBK m.116 hükmüne de dayandırabilir.

Her iki madde hükmü birbirinden farklıdır. Bununla birlikte TBK m. 112'den kaynaklanan sorumluluğun kapsamı, TBK m. 116'ya göre daha geniştir. TBK m. 116'dan kaynaklanan sorumluluk sadece bağımsız yardımcı kişi kullanmadan doğan zararları kapsarken; TBK m. 112, hem bağımsız yardımcı kişinin verdiği zararları hem de asıl yüklenicinin borca aykırı bu davranışından kaynaklanan tüm zararları da kapsamaktadır⁵³⁵.

Doktrindeki ikinci görüş ise TBK m. 116 hükmünün uygulanamayacağıdır. Uygun olmayan alt yüklenici kullanılması durumunda sadece TBK m. 112 hükmünün uygulama alanı bulabileceği savunulmaktadır⁵³⁶.

⁵²⁸ Sözleşmenin müspet ihlali, borçlunun yapmaması gereken bir olumlu fiil işleyerek sözleşmeyi olumlu olarak çiğnemesi durumudur.

⁵²⁹ DOĞANOĞLU/UZUNKAYA, s. 403; AKKANAT, s. 160.

⁵³⁰ AKKANAT, s. 159.

⁵³¹ GÜMÜŞ, s. 12-13; TANDOĞAN, s. 92; AKKANAT, s. 160; YAVUZ, C., s.2012.

⁵³² TBK m.112: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

⁵³³ TBK m. 116: Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

⁵³⁴ AKKANAT, s. 160; TUTKUN, s. 181; GÜMÜŞ, s. 13.

⁵³⁵ AKKANAT, s.161; TUTKUN, s. 181.

⁵³⁶ EREN, BGH., s. 614; ERİŞEN, s. 127; EREN, İnşaat; s. 68; TANDOĞAN, s. 92; UYGUR, s. 355.

1). İş Sahibinin Alt Yüklenicinin İşten Uzaklaştırılmasını Talep Hakkı

Asıl yüklenici, eser sözleşmesine aykırı şekilde alt yüklenici çalıştırmışsa, iş sahibi asıl yükleniciden alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını talep edebilir⁵³⁷. Bunun için alt yüklenicinin edimleriyle iş sahibine zarar vermiş olması gerekmez. Bu yöndeki talebe rağmen asıl yüklenici alt yüklenici çalıştırmaya devam eder ve alt yüklenici fiillerinden dolayı zarar doğarsa, iş sahibi uğradığı zararı TBK m. 112 uyarınca asıl yükleniciden talep edebilir⁵³⁸.

Bunun yanında iş sahibine tanınmış olan başka haklar da vardır: İş sahibi zilyetliğin korunmasını düzenleyen TMK m. 981 uyarınca, zilyedi olduğu taşınmazında haksız zilyedi kovarak, taşınırında ise eylem esnasında ya da kaçarken yakalananın elinden alarak zilyedliğini koruyabilir. Dolayısıyla iş sahibi, yetkisiz şekilde çalışan alt yüklenicilere bizzat müdahale ederek, iş sahasına girmelerini engelleyebileceği gibi, iş sahasından bulunan alt yüklenicileri de sahadan çıkartabilir.⁵³⁹

İş sahibi ayrıca TMK m. 683 uyarınca alt yükleniciye karşı haksız elatmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a dayanarak alt yüklenicinin iş sahasından çıkartılmasını talep edebilir⁵⁴⁰.

2). İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Uygun olmadığı halde asıl yüklenicinin alt yükleniciye başvurması sonucunda iş sahibi asıl yükleniciden altyüklenicinin işten uzaklaştırılmasını talep edebilir. Buna rağmen asıl yüklenici alt yüklenici ile çalışmaya devam ediyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olup olmadığı hususu ortaya çıkar. Böyle bir durumda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları uyarınca; iş sahibinin alt yüklenicinin görevine son verilmesini talep etmesi ve buna karşılık bu talebe rağmen asıl yüklenicinin alt

⁵³⁷ YAVUZ, C., s. 1012.

⁵³⁸ UYGUR, s. 355; TUTKUN, s. 182.

⁵³⁹ TUTKUN, s. 183.

⁵⁴⁰ TUTKUN, s. 183.

yüklenici ile çalışmaya devam etmesi, işin bizzat ifa edilmesi kuralına aykırılık teşkil eder. Bu aykırılık iş sahibine borçlunun temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme hakkı tanır. TANDOĞAN'ın da katıldığı bu görüşe göre⁵⁴¹ yüklenicinin kişisel özelliklerinin veya işin niteliğinin önem arz ettiği durumlarda asıl yüklenici işi alt yükleniciye yaptırmak hususunda direnirse, iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir. Nitekim iş sahibi eser sözleşmesini işin asıl yüklenici tarafından ifa edileceğine inanarak imzalamıştır.

Federal Mahkeme kararının karşısında duran bir diğer görüşe göre, yetkisi olmadığı halde alt yüklenici çalıştıran asıl yüklenicinin TBK m. 473/II uyarınca işi bir başka yükleniciye yaptırmaya hakkı doğar⁵⁴²: İş sahibine karşı üstlenmiş olduğu edimi bir başka yükleniciye devreden asıl yüklenici, sözleşmeye aykırı davranışta bulunmaktadır. TBK m. 473/II uyarınca sözleşmeye aykırı bu davranış açıkça anlaşılıyorsa, iş sahibi bu durumun düzeltilmesi ve işi bizzat yapmaya başlaması için asıl yükleniciye uygun bir süre vermelidir. Bu süre içinde de asıl yüklenici işi bizzat yapmaya başlamamışsa ya da en azından bu yönde bir niyetinin olduğunu beyan etmemişse, iş sahibi masraf ve hasarı asıl yükleniciye ait olmak üzere işi kendi seçtiği bir başka yükleniciye yaptırabilmektedir⁵⁴³. Bu fikri savunan bir kısım yazarlar⁵⁴⁴ uygun olmayan şekilde alt yüklenici kullanılmasının iş sahibine doğrudan sözleşmeden dönme hakkı tanımadığı görüşündedir⁵⁴⁵.

Özetle, asıl yüklenicinin uygun olmadığı halde işi bir alt yükleniciye yaptırması ve bu durumun iş sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde iş sahibi işi başkasına yaptırma, asıl yükleniciye ödeyeceği bedelden indirim talep etme ve sözleşmeden dönme haklarına sahip olur.

⁵⁴¹ TANDOĞAN, s. 69 (Yazar kitapta dönme yerine fesih terimini kullanmıştır).

⁵⁴² KOCAAĞA, s. 80- 81, GÜMÜŞ, s. 13; TUTKUN, s. 183.

⁵⁴³ TANDOĞAN, s. 92; TUTKUN, s. 184.

⁵⁴⁴ GÜMÜŞ, s. 13, AKKANAT, s. 166.

⁵⁴⁵ Bununla birlikte, GÜMÜŞ'e göre (bkz. Gümüş, s. 13) iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı olmamakla birlikte işin görülmesinin alt yükleniciye bırakılması eser sözleşmesinin yüklenici tarafından ihlal edilmesi anlamına geliyorsa iş sahibi TBK m. 473/I hükmüne kıyasen dönme hakkını kullanabilir. AKKANAT ise sözleşmeden dönmenin yalnızca sözleşmeye uygun ifanın gerçekleştirilmesinin sözleşmenin kurulduğu sırada ya da daha sonra objektif olarak imkânsız olması halinde mümkün olduğunu savunmaktadır. (bkz. AKKANAT, s. 167).

B. Alt Yüklenici Çalıştırmanın Uygun Olduğu Durum

Eser meydana getirme ediminin asıl yüklenici tarafından alt yükleniciye bırakılmasının uygun olduğu durumda alt yüklenici asıl yüklenicinin TBK m. 116'da düzenlenen bağımsız ifa yardımcısı konumuna geçer⁵⁴⁶.

Eser sözleşmesinde asıl yüklenici, işi alt yükleniciye yaptırmış olsa dahi, iş sahibinden alt yüklenici tarafından gerçekleştirilen işlerin de ücretini almaktadır. Asıl yüklenici, özen borcunun bir gereği olarak alt yüklenici seçerken ve ona talimat verirken dikkatli davranmalıdır. Eğer alt yüklenici belirlerken ve alt yükleniciye işe ilişkin talimat verirken kusurlu davranışı söz konusu olursa özen borcuna aykırılık söz konusu olur ve bu durum TBK m. 116 uyarınca iş sahibine karşı sorumluluğunu doğurur⁵⁴⁷.

Yargıtay da bir kararında⁵⁴⁸ alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yanında bağımsız yardımcı kişi sıfatıyla çalıştığını ve alt yüklenicinin davranışlarından dolayı asıl yüklenicinin BK m. 100 (TBK m. 116) uyarınca sorumlu olduğunu belirtmiştir.

Alt yüklenici üstlenmiş olduğu edimi ifa ederken temerrüde düşerse, asıl yüklenici bu temerrütten dolayı ortaya çıkan zararlar bakımından iş sahibine karşı tek başına sorumlu olur⁵⁴⁹. Nitekim alt yükleniciden kaynaklanan gecikmeler, asıl yüklenicinin riziko alanı kapsamındadır⁵⁵⁰.

Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken ve ona talimat verirken kusurlu olmadığını, gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Diğer bir deyişle TBK m. 507/II'de düzenlenmiş olan özel hüküm kıyasen eser sözleşmesinde uygulanmaz⁵⁵¹. Asıl yüklenici alt yükleniciyi iyi seçtiğini, ona gerekli talimatı verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz, bu durum asıl yüklenicinin özen borcunun bir uzantısıdır. Böyle bir durumda asıl yüklenicinin sorumluluktan kurtulmasının tek yolu vardır: Asıl yüklenici alt yüklenicinin eylemini kendisi gerçekleştirirse idi kusurlu

⁵⁴⁶ EREN, BÖH, s. 614; GÜMÜŞ, s. 12; DOĞANOĞLU/UZUNKAYA, s. 404; TANDOĞAN, s. 93; KOCAAĞA, s. 79.

⁵⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 12-13; KOCAAĞA, s. 79; TANDOĞAN, s. 93; TUTKUN, s. 178.

⁵⁴⁸ Y. 4 HD. 15.09.1980 T., 1979/8100 E., 1980/9498 K. (ERİŞEN, s. 126).

⁵⁴⁹ KOCAAĞA, s. 78.

⁵⁵⁰ KOCAAĞA, s. 79.

⁵⁵¹ TBK m. 507/2: "Vekil, başkasına vekâlet vermeye yetkili ise sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür."

sayılmayacağını ispatlarsa iş sahibine karşı alt yüklenicinin ayıplı ediminden ve vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluktan kurtulabilir⁵⁵².

Bununla birlikte bazı durumlarda iş sahibi doğrudan alt yükleniciyi seçebilir ya da asıl yükleniciye tavsiye edebilir. Böyle bir durumda iş sahibi alt yükleniciyi asıl yükleniciye tavsiye etmiş ve asıl yüklenici tavsiye edilen alt yükleniciyi uygun bulmamasına karşın işin iş sahibi işin o alt yükleniciye yapılmasında ısrar etmiş ise alt yüklenicinin ayıplı edimlerinden dolayı asıl yüklenici sorumlu olmayacaktır⁵⁵³. Buradaki sorumluluk TBK m. 476 hükmünde düzenlenmiş olan iş sahibinin sorumluluk halidir⁵⁵⁴.

Diğer yandan, özellikle inşaat sözleşmelerinde alt yükleniciler iş sahibi tarafından belirlenebilmektedir. Bu şekilde bir görevlendirme ile alt yüklenici tayin edilmiş ve asıl yüklenici de alt yüklenicinin yetersiz olduğunu bildirmişse sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmaktadır. Böyle bir durumda iş sahibi işin kendi görevlendirdiği alt yüklenici tarafından yerine getirilmesinde ısrar ederse, alt yüklenicinin edimlerinden dolayı asıl yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar⁵⁵⁵.

⁵⁵² EREN, BÖH., s. 614; EREN, İnşaat, s. 68; YAVUZ, C., 1013; TUTKUN, s. 179.

⁵⁵³ TANDOĞAN, s. 94; AKKANAT, s. 187; TUTKUN, s. 180.

⁵⁵⁴ TBK m. 476'da eserin ayıplı olması durumundan, iş sahibinin sorumlu olması hali düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca eserdeki ayıp iş sahibinin talimatı sonucunda ya da iş sahibine yüklenebilecek başka bir nedenle ortaya çıkmış ve asıl yüklenici bu duruma ayıptan önce itiraz etmiş (ihtarda bulunmuş) ise, ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan dolayı iş sahibi sorumlu olacaktır.

⁵⁵⁵ TANDOĞAN, s. 94; GÜMÜŞ, s. 14; YALÇINDURAN, s. 62; TUTKUN, s. 180; BÜYÜKAY, s. 159.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, bir yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilen, yüklenicinin belirli bir eseri meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu ilişki içine, bazen bir üçüncü kişi dolaylı şekilde de olsa girmektedir. Burada üçüncü kişi, alt yüklenen yani taşerondur. Asıl yüklenen, üstlenmiş olduğu işin ifasını, tümüyle ya da belirli bir kısmını bir başka yükleniciye bağımsız bir eser sözleşmesi ile devreder. Alt yüklenicilik sözleşmesi bu şekilde hayata geçmiştir olur.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin imzalanması ile alt yüklenici, kendisi hiç olmasaydı asıl yüklenici nasıl davranacaksa en az o derecede titiz bir şekilde davranmakla, üstlendiği edimini özenli bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte insanın olduğu her yerde hatalar, noksanlıklar ve aksamalar meydana gelmesi kaçınılmazdır. Bu hatalar eser sözleşmesinde ayıplı ifa ya da gereği gibi ifa etmeme şeklinde kendini gösterir.

Alt yüklenicinin edimini gereği gibi ifa etmemesinin asıl yüklenici bakımından bazı sonuçları bulunmaktadır. Alt yüklenici, hukuki niteliği bakımından asıl yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı sayılır. Bu durum, asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırmasının kanunen ve sözleşmeden doğan ile ilgili olarak uygun olduğu durumlar için geçerlidir. Bağımsız ifa yardımcısı olan alt yüklenicinin eylemleri asıl yüklenici için TBK m. 116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçmekte titiz davrandığını ve ona iyi talimat verdiğini ispatlasa bile iş sahibine karşı alt yüklenicinin verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu devam eder. Asıl yüklenici ancak alt yüklenicinin eylemini kendisi gerçekleştirirse idi kendisinin de kusurlu sayılmayacağını ispatlayabilirse sorumluluktan kurtulabilir. Bunu ispatlayamaması halinde, iş sahibine karşı alt yüklenicinin vermiş olduğu tüm zararları tazmin etmekle bizzat yükümlüdür. Aynı şekilde, alt yüklenicinin ayıplı edimi dolayısıyla iş sahibi sözleşmeden dönme, bedelden indirim talep etme ya da ücretsiz onarım isteme haklarından birini kullanmış ise asıl yüklenici sebep sorumluluğu kapsamında kusura bakılmaksızın bu seçime katlanacaktır.

Asıl yüklenici alt yükleniciyi yetkisi olmadığı halde yani alt yüklenici çalıştırmanın uygun olmadığı durumda çalıştırmış ise bu durumda iş sahibi asıl yükleniciye başvururken dilerse TBK m. 112 dilerse m. 116'ya dayanabilir. TBK m. 112 borcun ifa edilmemesi

halini düzenlerken, m. 116 yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu düzenlemektedir.

KAYNAKÇA

- Akkanat, H. (2000). *Taşeronluk (Alt müteahhitlik) sözleşmesi* (1. baskı). İstanbul.
- Akkurt, S. S. (2008). Türk özel hukukuna göre istihdam sözleşmeleri ve bağımsız müteahhitlik sözleşmelerinin temel yükümlülükleri ve yukarıdaki düzenlemeler arasındaki farklar. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2).
- Akyol, Ş. (2008). *Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme* (1. baskı). İstanbul.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (10. baskı). Ankara.
- Aydemir, E. (2016). *Eser sözleşmesi ve inşaat hukuku* (3. baskı). Ankara.
- Aydın, Ö. (2016). *Eser sözleşmesinin sona ermesinde iş sahibi ve alt müteahhit arasındaki ilişki* (Yüksek lisans tezi). Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
- Aydoğdu, M. ve Kahveci N. (2014). *Türk borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (2. baskı). Ankara.
- Buz, V. (2005). *Yenilik doğuran haklar* (1. baskı). Ankara.
- Büyükkay, Y. (2019). *Eser sözleşmesi* (3. baskı). Ankara.
- Canbolat, F. (2009). *İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları* (1. baskı). Ankara.
- Coşkun, M. (2017). *İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan davalar* (1. baskı). Ankara.
- Dayınlarlı, K. (1998). *İnşaat sektöründe müşavir mühendislik sözleşmesi* (1. baskı). Ankara.
- Doğanoğlu, A. E. ve Uzunkaya, M. C. (2008). *Eser sözleşmesinde müteahhidin eseri bizzat meydana getirme veya kendi idaresi altında yaptırma borcu, mecmua* (1. baskı). Ankara.
- Duman, İ. H. (2016). *İnşaat hukuku* (8. baskı). Ankara.
- Eren, F. (2019). *Borçlar hukuku genel hükümler* (24. baskı). Ankara.

- Eren, F. (2017). *Borçlar hukuku özel hükümler* (5. baskı). Ankara.
- Eren, F. (2001). *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer* (Ankara 18-29 Mart 1996) (2. baskı). Ankara. (İnşaat)
- Ergezen, M. (2007). *İstisna sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sona erdirme hakkı* (1. baskı). Ankara.
- Erişen, M. (2011). *Alt müteahhitlik sözleşmesi* (1. baskı). Ankara.
- Erzurumluoğlu, E. (2012). *Özel borç ilişkileri* (2. baskı). Ankara.
- Gümüş, M. A. (2012). *Borçlar hukuku özel hükümler* (Cilt 2, 2. baskı). İstanbul.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2011). *Borçlar hukuku genel bölüm* (1. baskı). İstanbul.
- Kaplan, İ. (2019). *İnşaat sözleşmeleri hukuku ve endüstri yatırım sözleşmeleri* (2. baskı). Ankara.
- Karadaş, İ. (2013). *Eser (İnşaat yapım) sözleşmeleri, kurulması, uygulanması, sona ermesi, sona ermesinin sonuçları* (3. baskı). Ankara.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler* (16. baskı). Ankara.
- Kılıçoğlu, A. (2019). *Borçlar hukuku genel hükümler* (23. baskı). Ankara.
- Kırmızı, M. (2014). *Açıklamalı içtihatlı eser sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi* (1. baskı), Ankara.
- Kocaağa, K. (2014). *İnşaat sözleşmesi* (1. baskı). Ankara.
- Kurt, L. M. (2012). *Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü* (1.baskı). Ankara.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler* (Cilt 1, 9. baskı). İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). *Borçlar hukuku genel hükümler* (Cilt 2, 9. baskı). İstanbul
- Öz, T. (2006). *İnşaat sözleşmesi ve ilgili mevzuat* (1. baskı). İstanbul.

- Öztürk, M. ve Gözütok, Z. (2019). *Usul ve esaslarıyla eser sözleşmesi uygulaması* (2. baskı). Ankara.
- Şeçer, Ö. (2020). *Eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından tam tazminatla feshi* (2. baskı). Ankara.
- Selimoğlu, E. Y. (2016). *Eser sözleşmesi* (2. baskı). Ankara.
- Şen, M. S. ve Şen, M. K. (2015). *Eser (İnşaat Yapım) sözleşmelerinde zamanaşımı ve uygulamaları* (1. baskı). Ankara.
- Şenocak, Z. (1995). *Borçlunun ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğu (İfa yardımcısı)* (1. baskı). Ankara.
- Şenocak, Z. (2002). *Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesini isteme hakkı (Ayıp)* (1. baskı). Ankara.
- Tandoğan, H. (1987). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (Cilt 2, 3. baskı). Ankara.
- Tutkun, C. (2019). *İnşaat hukukunda alt yüklenicilik sözleşmeleri* (1. baskı). Ankara.
- Usta, S. (2010). Eser sözleşmesinin konusu, özellikleri ve tarafları. *İstanbul Barosu Dergisi*, 84(6).
- Uygur, T. (1997). *Açıklamalı- içtihatlı inşaat hukuku, sözleşmeden doğan borçlar ve eser sözleşmesi* (Cilt1, 1. baskı). Ankara.
- Yakuppur, S. (2009). *Borçlar Kanunu'na göre eser sözleşmesinde müteahhidin eseri teslim borcu ve teslim borcuna aykırılıkları* (1. baskı). İstanbul, 2009.
- Yalçınduran, T. (2000). *Alt istisna (taşeronluk) sözleşmeleri* (1. baskı). Ankara.
- Yavuz, C. (2014). *Türk borçlar hukuku özel hükümler* (10. baskı). İstanbul.
- Yavuz, N. (2015). *6098 sayılı türk borçlar kanunu şerhi* (2. baskı). Ankara.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. (2017). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (17. baskı). Ankara.