

**İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNUN (İMK) 671-673. MADDELERİ
ANLAMINDA BAŞKASININ ARSASI ÜZERİNDEKİ HAKSIZ
İNŞAATTA KULLANILAN «MALZEMELERİN
SAHİBİ KİMDİR ? (*)**

Paul PIOTET

Lausanne Üniversitesi Profesörü

Çeviren : **Dr. Mehmet ÜNAL**

I — G İ R İ Ő

Bu makalenin başlığı belki biraz kâhince oldu; ancak çok uzatmaksızın başka türlü ifadesi de zordur. Söz konusu hususun ne olduğunu açıklayarak konuya başlayalım.

Federal Mahkemenin yeni kararlarının¹ da gösterdiği gibi, *arsa malikinden ve onun yetkili kıldığı kimseden başka biri olan eser sahibi ile yapılan —geçerli veya geçersiz— bir istisna akdi; veya âkit taraf olan yahut olduğu sanılan ve fakat arsa malikini bağlamayan* (arsa maliki ile akdedilip de batıl ve münfesih olan, veya yetkisiz temsilci tarafından akdedilen) *bir istisna akdi uyarınca malzemeleri temin ve tedarik eden bir müteahhit tarafından herhangi bir gayrimenkul üzerinde çalışmaların* (inşaat ve imalatın) yapıldığı çok sık görülmektedir. Arsa malikinden başka biri olan eser sahibi ile malzemeyi temin ve tedarik eden müteahhitten hangisinin, konuya uygulanacak olan İMK. m. 671-673=TMK (Türk Medeni Kanunu). m. 648-650'de öngörülen hak ve borçlara sahip olduğu inceleme konusudur : Acaba malzemeleri gayrimenkulden kal'etmek hak ve borcuna (İMK. m. 671/2-3=TMK. m. 648/1-2) sa-

(*) Bu makale, Schweizerische Juristen - Zeitung = Revue Suisse de Jurisprudence (SJZ)'in (Heft 2, 71. Jahrgang) 15. Ocak. 1975 tarihli nüshasının 17-26. sayfelerinde yayınlanmıştır.

¹ RO 95 II 31 vd = JT 1970 I 153 vd; RO 97 II 66 vd = Sem. jud. 1971, p. 577 vd. rés. dans JT 1971 I 526 vd; RO II 131 vd = JT 1974 I 130 vd.

hip olan, arsa malikince ödenecek tazminatı (İMK. m. 672=TMK. m. 649) hakeden veya içinde bina bulunan arsayı tazminat karşılığı iktisap etmek hak ve borcuna (İMK. m. 673=TMK. m. 650) sahip olan eser sahibi mi dir, yoksa müteahhit mi dir?

İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'ye göre müteahhit (kanun anlamında «inşaatçı» veya «malzeme sahibi»), arsa malikinden başka birisi ise, sözkonusu maddelerde öngörülen ve kapsamları itibarıyla hiç bir önemli tartışmaya konu teşkil etmeyen haklara şüphesiz sahip olur. Ancak müteahhit, kendini arsa maliki gibi gösteren eser sahibi ile akit yapmada iyiniyetli bulunduğu takdirde, Federal Mahkemenin bir kararı² ona, bundan başka, bir de (İMK. m. 837/1, 3=TMK. m. 807/1,3'e kıyasen) *kanunî ipotek* hakkı tanımıştır. Biz, müteahhidin arsa malikinden başka biri olan eser sahibi ile geçerli bir istisna akdi yapmış olduğu karar konusu olayla ilgili bu son çözüm tarzını, müteahhidin İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'de istihdaf edilen arsa malikinden başka biri olduğunu ileri sürerek kısaca eleştirmiştik³. Bununla beraber, bize muhik görünmekte devam eden bu son çözümle ilgili gerekçelerimizi Federal Mahkeme kabul etmedi⁴. Onun için, biz burada, —doktrin tarafından ihmal edilmiş olan— bu meseleleri daha ayrıntılı bir tarzda ele alıp yurkarıda sözü edilen öteki varsayımları, Yüksek Mahkememizin özellikle bu konuya ilişkin son kararında kabul etmiş olduğu varsayımları incelemek istiyoruz.

Kanaatimizce çözüm şekli, içinde bulunulan ihtimale göre değişir. O halde sorunları sırayla ele alalım.

II — G E N E L O L A R A K İ M K . m . 6 7 1 - 6 7 3 = T M K . m . 6 4 8 - 6 5 0 ' N İ N U Y G U L A M A Ş A R T L A R I V E M A L Z E M E S A H İ B İ N İ N H A K L A R I

İncelememizin çerçevesini tesbit etmek için, ancak bazı hususları hızlı ve çabuk bir şekilde ele alabiliriz.

A. B a ş k a s ı n ı n a r s a s ı ü z e r i n d e « i n ş a a t » (« B a u - C o n s t r u c t i o n »)

İMK. m. 671/1=TMK. m. 648/1'in de belirttiği üzere, burada

² RO 95 II 31 vd = JT 1970 153 vd.

³ JT 1970 I 130-152, spéc. p. 132-139.

⁴ RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd. cons. 4 d.

(İMK. m. 677=TMK. m. 654'ün uygulama kabiliyeti olmadığından) arsanın mütemmim cüz'i, (özellikle İMK. m. 675=TMK. m. 652 anlamında) bir gayrimenkul inşaat ve imalât (ouvrage immobilier) sözkonusudur.

B. Kanundaki anlamıyla arsa maliki kimdir?

Bu soru, bize doktrin tarafından çok çabuk ve hızlı bir şekilde halledilmiş görünüyor: İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'ye göre, «arsa malikinin» aktif ve pasif süjesi olarak sahip bulunduğu (malzemeleri kal'etmek «İMK. m. 761/1-3=TMK. m. 648/1-2», tazminat ödemek «İMK. m. 672=TMK. m. 649» yahut arsa ve binayı inşaatçıya devretmek «İMK. m. 673=TMK. m. 650» gibi) hak ve borçlar, inşaatın yapıldığı sıradaki arsa malikine mi, yoksa bu hak ve borçların ifa ve icrası sırasındaki arsa malikine mi aittir? Şerhedarlar, bu hak ve borçların münhasıran inşaatın yapıldığı sıradaki arsa malikine (veya onun külli haleflerine) ait olduğu, arsa malikinin cüz'i haleflerinin durumunun ise, İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'de değil, sadece İBK (İsviçre Borçlar Kanunu). m. 62=TBK (Türk Borçlar Kanunu). m. 61 ve devamında düzenlendiği cevabını veriyorlar⁵.

İlk arsa malikinin cüz'i halefine İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'nin uygulanma imkânının bulunmaması, bize, tartışılabilir gibi görünmektedir. Gerçekten İMK. m. 674/3=TMK. m. 651/2'nin eşyaya bağlı bir hakkı (*un droit propter rem*)⁶ ve her halükârda arsa maliki ve onun haleflerinden her biri için, taşkın inşaatın dolayı, tazminat karşılığı irtifak tesis etmek veya taşkın inşaatın tallük ettiği arsa payını devretmek gibi, eşyaya bağlı bir borcu (*une obligation propter rem*) öngördüğünü kabul etmek gerekir⁷. Şimdi, İMK. m. 673=TMK. m. 650 ile öngörülen arsa payının devri için mesele, tamamen aynı biçimde vaaz edilmiş olup kanunun ifadesi her iki hükümde de birbirine benzemektedir. Şu halde her iki halde de, çözümün aynı olması gerekecektir. Durum böyle olunca, madem ki tazminat ödeme borcu İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'

⁵ Haab, İMK. m. 671-673, n. 10; Meier-Hayoz, İMK. m. 671, n. 20. Kanaatımızca, ivazsız iktisap halinde dahi mevcut olmayan zenginleşme, cüz'i haleflerin haksız zenginleşme iddiası üzerinde zaten söylenecek çok şey bulunacaktır.

⁶ Bak. Haab, İMK. m. 674, n. 21; Meier-Hayoz, İMK. m. 674, n. 74.

⁷ Bak. özellikle Haab, İMK. m. 674, n. 21-22; Meier-Hayoz, İMK. m. 674, n. 52 vd. ve 73 vd.

de öngörülen hak ve ödevlerin sahibi olan «arsa maliki»ne tereddüp etmektedir. Keza bu borçun da, ilk görüşe ve kanaatimize göre, eşyaya bağlı (propter rem) olması zorunludur (haksız zenginleşme hakkındaki mutad kuralları bertaraf ettiği için, İMK. m. 672=TMK. m. 649 bu konuda gerçekten yararlı olacaktır). Bu sistemin, eşyaya bağlı bir borçla takyit edilmiş olduğunu bilmeyerek bir gayrimenkulü iyiniyetle devralan ile başkasının iyiniyetli iktisabını tahrik ederek malzeme sahibinin haklarını azaltan kötünüyetli devredenin sorumluluğuna ilişkin kurullarla tamamlanması gerekecektir. Kanaatimizce, böylece pratik bakımdan tatmin edici sonuçlar da elde edilecektir.

C. Kendine, arsa malikine veya Ü. kişiye ait malzemeleri kullanan inşaatçı

Kendi malzemelerini kullanan inşaatçı kavramı, başkasının malzemelerinden yararlanan inşaatçı kavramının tamamlayıcısıdır. İnceleme konumuz olan birincisini tarif ederken ikincisini de tarif etmiş olacağız.

Şimdiden doktrin ve Federal Mahkemenin, başkasının veya Ü. kişinin malzemesi ile başkasının arsasına inşaat yapan hakkında İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'yi kıyasen uygulamaktan kaçındığını, sadece söylemekle yetineceğiz⁹. Bu çözüm, hiç değilse de lege feranda bakımından ve bazı hallerde tartışma konusu yapılabilir. Esasen bu çözüm, İMK'nun 671-673=TMK'nun 648-650. maddeleri «Ü. kişi tarafından başkasının malzemeleri ile başkasının arsası üzerine bina yapılması halini düzenlemez» ve «burada genel hükümler uygulanacaktır» şeklinde, Esbabı Mucibede¹⁰ mevcut bir metne dayanır.

D. Arsa malikince yapılmasına izin verilmeyen inşaat

İMK'nun 674=TMK'nun 651. maddesi gibi İMK'nun 671-673=TMK'nun 648-650. maddeleri de ne bir irtifak hakkına, ne arsa malikinin inşaata katlanmak borcuna, ne de bir iğreti (geçici inşaat) hakkına dayanmayan inşaatı, haksız inşaat olarak farzeder. Demek

⁸ Bak. RNRF (ZBGR) 1968, p. 196-198 ve p. 205-208.

⁹ Wieland, İMK. m. 674, n. 4; Leemann, İMK. m. 672-673, n. 20; Haab, İMK. m. 671-673, n. 3 ve 27; Meier-Hayoz, İMK. m. 671, n. 32 vd; RO 99 II 131 vd= JT 1974 I 130, cons, 4 b.

¹⁰ Fransızca çeviri 1902, p. 472.

ki, bu halde daima *inşaatcının haksız bir fiili, arsa malikinin ise çoğunlukla haksız bir zenginleşmesi sözkonusu olur*; fakat inşaatçı kusurlu (kötüniyetli) olduğu ve pek sık görülen bir hal olmamakla beraber arsa malikine bir zarar iras ettiği takdirde, ancak bu haksız fiil zarar - ziyana yolaçabilir. Nihayet, objektif olarak *keza inşaatçı tarafından arsa maliki hesabına vekâletsiz işgörme* sözkonusu olup şartları gerçekleştiğinde İBK'nun 420-423=TBK'nun 411-414. maddeleri de uygulanır. Öte yandan, eğer arsa maliki inşaatcının hataen hakaret ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bize göre, iyiniyet kuralları uyarınca arsa maliki onu önceden uyarmakla yükümlüdür; bu yükümlülüğünü yerine getirmedeği takdirde ise, arsa maliki bir haksız fiil işlemiş olur.

İMK'nun 671-673=TMK'nun 648-650. maddeleri ancak malzemelerin iadesini, bina ile birlikte arsanın inşaatçıya muhtemel devir ve temlikini ve kal'i mümkün olmadığı takdirde inşaatta kullanılan malzemelerin arsa malikince tazminini öngörür. Arsa malikinin uğramış olduğu zararın tazmini, genel hükümlerce (İBK'nun 97=TBK'nun 96 ve müteakip maddeleri, eğer malzeme sahibinin yaptığı gibi davranmamak zorunluluğu var idiyse, muhtemelen bu maddeler mutarafiken İBK'nun 41=TBK'nun 41 ve müteakip maddeleri, bu mümkün olmadığı takdirde İBK'nun 420-421=TBK'nun 411-412. maddeleri, yahut bu dahi mümkün değilse İBK'nun 420-421=TBK'nun 411-412. maddeleri ile kümülatif olarak İBK'nun 41=TBK'nun 41 ve müteakip maddelerince) düzenlenmiştir. Öte yandan, eğer inşaat gayrimenkulün kıymetinin artmasından başka *bir fayda* temin ediyorsa, bize göre, İMK'nun 424-423=TMK'nun 413-414. maddelerinin uygulanmasına da engel yoktur; zira İMK'nun 671-673=TMK'nun 648-650. maddeleri bu hususu düzenlemez. Doktrin bu iki meseleyi ele alıp incelemeyiz.

E. Malzeme sahibinin hakları kanunî ipoteğe ilişkin bir hakkı da ihtiva eder mi?

Federal Mahkeme, eser sahibini gayrimenkul maliki sanan bir müteahhide, iyiniyetin korunmasını hatırlatarak, kanunî bir ipotek hakkı tanımıştır (o zaman eser sahibi idareci olup kendini malik göstererek Ü. kişileri aldatmıştır)¹¹. Biz, bu çözümü eleştirmiştik¹².

Biz burada, bir gayrimenkul üzerinde bir rehnin kazanılması

¹¹ RO 95 II 221 = vd = JT 1970 I 143 vd, cons. 3.

¹² JT 1970 I 133-139.

konusunda iyiniyetin, ancak Ü. kişi resmî şekilde malik olarak kayıtlı kimse ile geçerli şekilde bir akit yaptığı takdirde korunmuş olduğunu söylemekle yetinelim (İMK. m. 973=TMK. m. 931). Oysa, Federal Mahkemece hükme bağlanan davada durum böyle değildir. Bundan başka, Ü. kişi, gerçek malik resmî sicilde kayıtlı olduğu halde, kayıtlı olmayan sahte bir malikle akit yaptığı zaman, İMK. m. 972=TMK. m. 930 iyiniyeti bertaraf eder. Genel olarak ve İMK. m. 671-674=TMK. m. 648-651 çerçevesinde iyiniyet kavramı hakkında evvelki açıklamalarımıza atıfta bulunuyoruz¹³. İMK. m. 973=TMK. m. 931'e göre müteahhide kanunî bir ipotek hakkı tanınarak iyiniyetinin korunması, ancak resmî sicile malik olarak yanlışlıkla kaydedilmiş kimsenin, müteahhitte veya onun muhtemelen ikinci elden müteahhidi bulunduğu genel müteahhitte böyle bir istisna akdi yaptığı takdirde kabul edilebilir. Tescil, sahte malikle yapılmış bir akit veya bir hüküm gereğince yapıldığı zaman, İMK. m. 973=TMK. m. 931 doğrudan doğruya uygulanabilir. Buna karşılık, resmî sicilde kayıtlı sahte malikle akit yapmış olan iyiniyetli müteahhit lehine kanunî ipotek tesis ederek gerçek maliki eşyaya bağlı bir borç altına sokmak için, İMK. m. 973=TMK. m. 931, ancak kıyas yoluyla uygulanabilir. Zaten, hataen olanı hariç, doktrin tarafından asla incelenmemiş olan bu son çözüme itiraz da edecek de-

¹³ RSJ 1968, p. 81-88 ve 100-103, özellikle p. 84, 87, 101, ve 103, ve JT 1970 I 134-136.

İMK. m. 3/2'nin kapsamı hakkında, Federal Mahkemenin (RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 6 dernier alinéa), bir yandan *Jaeggi* (commentaire bernois, İMK. m. 3, n. 105) ile *Deschenux* (Schweiz. Privatrecht II p. 227 ch. 3 ve *Traité du droit civil suisse*, II/1 p. 213-214 ch. 3) arasında, öte yandan onlarla bizim (JT 1970 I 134-139) aramızda var olduğuna kail olduğu tartışma, kaydedildiği gibi değildir. Bize göre, iyiniyet ayıbın bilinmemesidir; *Jaeggi* ve *Deschenaux*, kendilerine göre, onu muhtevası itibari ile doğru olmayan objektif bilgisizlik olarak görürler. Fakat Onlar da, özellikle Federal Mahkemece zikredilen metinlerde, yalnız iyiniyetin korunmasına ilişkin genel bir kural olan İMK. m. 3/2'nin, ancak bizzat bizim bu terimlere verdiğimiz geleneksel anlamdaki iyiniyetle ilgili bulunduğunu kabul ederler. Ayıbın kusurlu olarak bilinmemesi halinde, *Jaeggi*, *Deschenaux* ve biz iyi niyetin korunmasının reddi hususunda tamamen aynı fikirdeyiz. Tartışma, iyiniyetin pratik sonuçlarından daha çok, iyiniyet kavramı üzerindedir. Esasen, biz *Jaeggi* tarafından teklif edilmiş olan ahlâki iyiniyet kavramının, -muhteva itibariyle doğru olmayan şeyi objektif olarak bilmeyen bir kimsenin indinde kusur da yoktur- İsviçre kanununca hiç bir zaman tasrih edilmemiş olduğunu, böyle olmuş olsa bile, muhafaza ettiğimiz geleneksel kavramdan: ayıbın (kurusuz olarak) bilinmemesinden, hasil olmayan hiç bir pratik sonuçun bulunmayacağını savunuyoruz.

ğiliz.

Biz, Federal Mahkemece hükmedilmiş kararlarda¹⁴, bir kerresinde, kiracı eser sahibine karşı alacağını, başka bir kerresinde ise, kanaatımızca Federal Mahkemenin hatalı içtihadına göre, arsa malikinin İMK. m. 672=TMK. m. 649 uyarınca borçlandığı tazminatı temin etmek için müteahhede kanunî ipotek hakkı tanınmasına itiraz ettik¹⁵. Bu varsayımlarda kıyas yoluyla bir kanunî ipoteğin kabulünün reddi keyfiyeti, *Jean-Claude de HALLER* ve Prof. *J. M. GROSSEN*¹⁶ tarafından da tasvip görmüştür. Bu demek değildir ki, biz, İMK. m. 837/1, 3=TMK. m. 807/1,3'ün her türlü uygulamasını peşinen reddediyoruz. Buraya kadar ele alınıp incelenmiş olanlardan başka varsayımlarda, şayet *bir kanun boşluğu* mevcutsa, böyle bir uygulama kabul edilebilecektir. Onun için, belirtmek gerekir ki, İMK. m. 837/1,3 de = TMK. m. 807/1,3'de düzenlenmiş olan ve bu hükmün kendisine kıyas yoluyla uygulanmak istenen halleri farklı işleme tâbi tutmak açık bir keyfilik teşkil edecektir¹⁷.

III — MALZEMELERİ TEMİN EDEN MÜTEAHHİT, GEÇERLİ BİR İSTİSNA AKDİ İLE ARSA MALİKİNE VEYA ONUN TARAFINDAN YETKİLİ KILINMIŞ BİR ESER SAHİBİNE BAĞLI OLDUĞU ZAMAN, İMK'NUN 671-673 = TMK'NUN 648-650. MADDELERİ UYGULANMAZ.

Herkes kabul eder ki, inşaat, malzeme sahibi ile arsa maliki arasında mevcut geçerli bir akit uyarınca yapılıyorsa, İMK'nun 671-673 = TMK'nun 648-650. maddeleri uygulanmadığı gibi, özellik haksız zenginleşmeye veya vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümler dahi uygulanamaz.

Akit, malzemeleri tedarik eden müteahhitte geçerli bir istisna akdi akdeden eser sahibi (kiracı, genel müteahhit, vbg.) ve arsa maliki arasında muteber bir şekilde yapıldığı takdirde, (sonuç) gene aynıdır. Zira o zaman, arsa malikine göre müteahhit eser sa-

¹⁴ RO 92 II 227 vd = JT 1965 I 264 vd; RO 95 II 221 vd = JT 1970 I 143 vd.

¹⁵ JT 1967 I 273 ve JT 1970 I 133-135.

¹⁶ *J. C. de Haller*, *Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur*, thèse Lausanne 1970, p. 105-123; *Grossen*, dans *RNRF* 1973; p. 65 vd.

¹⁷ Bak. RO 95 II 22 vd, rés. JT 1970 I 158'deki bir parsel düzeltme davasında inşaatcının arsası olması gereken başkasının arsası üzerinde-sic Liver, RJB 1971, p. 101 al. 1-ruhsatlı bir inşaat için muhtemel bir kanunî ipotek hali (şuhalde; Federal Mahkemece bunun gibi mütalâa, edilmemiş olan, İMK. m. 837/1, 3'ün mukayeseli bir uygulaması). Biz ise takyit edilmesi gereken olan gayrimenkul hakkında fikrimizi söylemiyoruz.

hibinin yardımcıları olup, bu (eser sahibi) de onun (müteahhidi) aracılığı ile haklarını iktisap ve borçlarını ifa eder.

(Böylece), şimdi biraz sonra ele alacağımız daha ince varsayımları incelemeden önce, itiraza uğramış ve muhakkak ki adil olan bu iki çözümün hatırlanması gerekiyordu.

IV — BAŞKASININ ARSASI ÜZERİNDEKİ İNŞAAT, YETKİSİZ ESER SAHİBİ İLE AKDEDİLEN GEÇERLİ BİR İSTİSNA AKDİ UYARINCA MALZEMELERİ TEDARİK EDEN BİR MÜTEAHHİT TARAFINDAN YAPILDIĞI ZAMAN, İMK'NUN 671-673=TMK'NUN 648-650. MADDELERİ ANLAMINDA «MALZEME SAHİBİ» VEYA «İNŞAATCI» KİMDİR?

Kendisini malik gibi gösteren ve böylece haksız olarak bir müteahhide işleri ısmarlayan bir otelin sorumlu yöneticisinden hareketle, Federal Mahkeme, müteahhidin, yalnız sorumlu yönetici tarafından borçlanılan münasip bedele değil, aynı zamanda —«malzeme sahibi» olarak— İMK. m. 672=TMK. m. 649'a göre, arsa malikince ödenmesi gereken tazminata da hak kazandığını kabul etmiştir¹⁸. Arsa satışının batıl veya münfesiş olduğu, yahut müşterinin, malzemeleri tedarik eden müteahhidi aracılığı ile inşaat yaptırdığı hallerde ve bu neviden diğer bütün varsayımlarda olduğu gibi, böyle bir durumda da, İMK. m. 672=TMK. m. 649'da öngörülen tazminatı hakedenin sorumlu yönetici (eser sahibi) olduğunu, özellikle teyid ederek bu kararı¹⁹ kısaca eleştirmiştik²⁰.

Bu konuya ilişkin son kararında²¹, —bize göre, bizzat kendi emeği veya kendi işçileri ile inşaat yapanı hariç tutarak münhasıran inşaatı bir müteahhide tevdi eden kimseyi «malzeme sahibi» sanmakta haksız olan²²— Federal Mahkeme, bizi tatmin etmeyecek şekilde gerekçelerimizin bazılarını eleştirmekte ve aşağıda cerhetmeğe çalışacağımız evvelki kendi çözümünü desteklemektedir.

¹⁸ RO 95 II 221 vd = JT 1970 I 143 vd.

¹⁹ JT 1970 I 130-143.

²⁰ JT 1970 I 132-133.

²¹ RO 99 II 131 vd = JT. 1974 I 130 vd, J. -C. Haller tarafından eleştirilmiş: JT 1974 I 322 vd.

²² Makalemizin metni (JT 1970 I 132-133 II A) kadar alt başlıkları da bizim, İMK. m. 672-673'den doğan haklara, eser sahibi veya onun müteahhidinden kimin sahip olduğunu araştırmak için münhasıran tasarlanmış bir varsayım içinde yer aldığımızı göstermektedir.

Esasen, Yüksek Mahkeme kanunun lafzına dayanmaktadır. Gerçek o ki, ilk bakışta «malzeme sahibi» terimi, «arsa maliki» teriminin karşılığı olarak, kendisiyle istisna akdi yapılan eser sahibini değil, malzemeyi tedarik eden müteahhidi ifade eder görünebilir. Ancak, bize göre, kanunun lafzı gibi, ruhu da böyle değildir. Gerçekte, *niza konusu malzemeler*, gayrimenkulün mütemmin cüz'ü olarak (birleşme: İMK. m. 667 ve 671/1=TMK. m. 644 ve 648/1) *arsa malikine aittir. Şu halde, «malzeme sahibi» —arsa malikinin karşılığı olarak— ancak (malzemelerin) kal'i halinde bu (kal'a) hakka sahip olan kimse olabilir.* Oysa, eğer arsa malikinin talebi üzerine malzemeler gayrimenkulden kal'edilmişse (İMK. m. 671/3-TMK. m. 648/2), bundan dolayı kıymeti etkilenmiş (veya bedeli ödenerek bir alacak elde edilen) ve gayrimenkule raptı sırasında eser sahibine toptan teslim edilerek onun mülkiyetine geçirilmiş olan malzemelerin, müteahhide iadesi için hiç bir sebep mevcut değildir. İstisna akdi ifa edilmiş veya ifası tamamen zorunluluk halini almış olup; malzemelerin müteahhide temlikini onu tamamen haksız bir şekilde zenginleştirecek, o zaman zarara uğrayan eser sahibi olacaktır. Aksi, aşağıda göstermeye çalışacağımız gibi, bir isbat değil, her bakımdan bir iddiayı delil kabul etmek hatası teşkil ettiğini doğrulamak olur.

Kanunkoyucunun İMK. m. 674=TMK. m. 651'in (Almanca ve İtalyanca metninde) «inşaatçı» yahut (Fransızca metninde) «inşaat yapan» olarak ifade ettiği kimse, sadece kendi emeği ile veya kendi işçilerini çalıştırarak inşaat yapan kimse olmayıp, aynı zamanda kendisiyle yaptığı istisna akdi uyarınca müteahhidi yöneten kimse dir de. Zira, inşaatçının hak ve borçları, komşu arsa maliki sıfatına atfedilmiş eşyaya bağlı hak ve borçlardandır²³; dolayısıyla inşaatın arsaya tecavüz eden kısmının (zarurî arsa ile birlikte) müteahhide temlik edilmemiş olduğu açıktır, o halde inşaatın bakiyesi eser sahibine aittir. Oysa, *müteahhidinin kendisine, —edim karşılığı— tedarik ettiği malzemeleri, inşaatta kullanarak başkasının arsası ile birleştiren kimsenin, İMK. m. 674/3=TMK. m. 651/2'de öngörülen hukukî ilişkilerde olduğu gibi. İMK. m. 671-673=TMK. m. 648-650'de öngörülen hukukî ilişkilerin de aktif ve pasif süjesi olması mantıkî görünür.*

Malzemeleri tedarik eden bir müteahhit aracılığı ile inşaat yapan iyiniyetli bir kimsenin; inşaatı tamamen değil de (o zaman, Federal Mahkemeye göre, İMK. m. 673=TMK. m. 650, eser sahibine de-

²³ Bak. özellikle *Meier-Hayoz*, İMK. m. 674 n. 52 vd ve 77 vd ve şartları,

ğil, müteahhide uygulanır), kısmen başkasının kısmen de kendi arsası üzerine yaptığı takdirde (İMK. m. 674=TMK. m. 651 kesinlikle uygulanır), inşaatla birlikte başkasına ait arsanın bir kısmının veya tamamının mülkiyetini elde edebilmesi, özellikle anlaşılamiyacaktır. Eğer İMK. m. 673=TMK. m. 650'ye göre mülkiyetin naklini (istemeye) hakkı olan eser sahibi ise, İMK. m. 672=TMK. m. 649'da öngörülen tazminatı da (istemeye) hakkı olan O'dur. Bu gerekçe, Federal Mahkemece cerhedilmiş değildir.

Yorumumuz, komşu malik, malzemeleri temin eden bir müteahhit aracılığı ile inşaat yaptırtmış olsa bile, kanunkoyucunun, komşu maliki kesinlikle ifade ederken yaptığı gibi İMK. m. 674/3=TMK. m. 651/2'de İMK. m. 671 = TMK. m. 648'de de «inşaatçı»dan bahsetmiş olmasından daha haklı ve doğru görülür. Oysa, inşaatçı kelimesi her iki maddede de aynı anlama sahip olması gerekli olup İMK. m. 671/2 ve 672/3=TMK. m. 648/1 ve 649/2 anlamında «malzeme sahibi»ni ifade eder görünmektedir.

TMK. 671-673=TMK. m. 648-650'de, başkasının malzemesi (meselâ batıl bir satım akdi uyarınca aldığı malzeme) ile kendi arasında inşaat yaptırtmak üzere, geçerli bir istisna akdi ile, bir müteahhide başvuran arsa malikinin istihdaf edilmiş olduğundan hiç şüphe edilmemelidir. O (arsa maliki) kendi arsası üzerinde bir «inşaatçı» olarak düşünülmüştür. Aksine çözüm, müteahhidi inşaatçı olarak mütalâa etmekten; doktrin ve içtihada göre, Ü. kişinin malzemesi ile başkasının arsasına inşaat yapan kimse hakkında düzenleme getirmeyen İMK'nun 671-673=TMK'nun 648-650. maddelerini, kıyas yoluyla da olsa, uygulamamaktan ibaret kalacaktır²⁴. Oysa bu (durum), bertaraf edilmiş görünüyor: Kendi arsası üzerinde başkasının malzemesi ile inşaat yapan kimseyi, bunu kendi emeği veya kendi işçileriyle yapmasına yahut bir müteahhide yaptırtmasına göre, farklı işleme tabi tutmak hatalı olacaktır. Şu halde, «inşaatçı», kendisine geçerli bir akitle bağlı bulunan bir müteahhidi aracı kılan arsa maliki olabileceği gibi, aynı şekilde, geçerli bir istisna akdi uyarınca malzemeyi tedarik eden bir müteahhide başkasının arsası üzerinde inşaat yaptırtan kimse de, İMK. m. 671/3=TMK. m. 648/2 anlamında başkasının arsası üzerinde «inşaatçı,» —yani İMK. m. 671-673=TMK. 648-650 anlamında «malzeme sahibi»—olabilir.

Eser sahibinin durumu, malzemelerin, kendisine geçerli bir is-

²⁴ Sic Wieland, İMK. m. 672, n. 4; Leemann, İMK. m. 672-673, n. 20 vd; Haab, İMK. m. 671-673, n. 3 ve 27 vd; Meier-Hayoz, İMK. m. 671, n. 32 vd; RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 4 b.

tısnâ veya satım akdi uyarınca temin edilmesine göre değişmesi gerekmez. Federal Mahkeme izlendiğinde, eser sahibi, malzemeyi tedarik eden müteahhit olduğu zaman değil de, —ki, bu takdirde, kanun anlamında «inşaatçı» ve «malzeme sahibi» olan müteahhit— malzemeyi satın alıp müteahhide tevdi ettiği zaman, —ki, bu takdirde ise, eser sahibi kanunun değimiyle «inşaatçı» ve «malzeme sahibi» olmaktadır— İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'yi ileri sürebilir. Oysa, eser sahibi ile arsa malikinin karşılıklı durumları hiç bir şekilde değişmemektedir; üstelik satıcı, malzemeyi temin eden müteahhit, ne bir zarara uğramakta, ne de İMK. m. 672 = TMK. m. 649'a göre bir tazminata muhatap olmaktadır.

İster şahsen, ister işçileri aracılığı ile olsun, isterse bir veya bir kaç müteahhit aracılığı ile olsun, inşaat için tasarrufta bulunmak hakkına sahip olan kimse, «malzeme sahibi»dir; malik olması amacı ile kendisine geçerli bir şekilde malzeme temin edilen kimsedir. (İMK. m. 674/3 = TMK. m. 651/2 anlamında) «inşaatçı» ile yardımcısı veya yardımcıları yahut da malzemeyi tedarik eden (genel veya talî müteahhit, mimar, satıcı veya işçiler) arasındaki iç ilişkiler (daha) az önemlidir. Önemli olan «inşaatçı»nın, inşaat kararını veren ve müteahhidin fiillerinde sorumlu olan *işsahibi*, özellikle bu anlamda, İMK. m. 671/3 = TMK. m. 648/2'nin şartları gerçekleştirdiği takdirde, malzemeyi kal'etmek hakkına sahip bulunan kimse olmasıdır.

Arsa maliki ile «malzeme sahibi» birbirlerine geçerli bir akitle bağlı oldukları zaman, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulanmayacağını, mantıken, herkes kabul eder. Gerçekten, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650 tarafından «malzeme sahibi»ne tanınmış olan haklar (İBK'nun 62 = TBK'nun 61. ve müteahhip maddelerinden doğan haklar gibi), taraflar aralarındaki ilişkileri bizzat akitle düzenlememiş oldukları takdirde ancak kabul edilebilir²⁵. Oysa, *bu akdi arsa maliki ile yapması gerekeni* araştırırken, müteahhidin değil, *eser sahibinin* kim olduğunu zorunlu olarak tesbit etmek gerekir. Şu halde eser sahibi kanun anlamında «malzeme sahibi»dir. Meselâ; arsa maliki, 30 yıl süre ile kiraya verdiği arsası üzerinde kiracısına (kira süresi sonunda mahsup edilerek kiralayana terk edilecek) bir garaj yaptırmak yetkisi verdiği takdirde, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulanmasının bertaraf edildiği açıktır. Kiracının müteahhidi, tedarik

²⁵ *Wieland*, İMK. m. 672, n. 1; *Haab*, İMK. m. 671-673, n. 2-3 ve 12; *Meier-Hayoz*, İMK. m. 671, n. 15 ve 672, n. 11; RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons 4a; yukarıda bölüm VII.

ettiği malzemeyi başkasının gayrimenkulü ile birleştirdiğini ve kendisi ile arsa maliki arasında akit bulunmadığını söyleyerek, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650 uyarınca arsa malikini hiç bir halde tazminata zorlayamaz. Aksine, kira akdi batıl ise, İMK'nun 671-673 = TMK'nun 648-650. maddeleri uygulanır. Bu bize gösteriyorki, —Federal Mahkemenin kabul ettiği gibi— «malzeme sahibi», malzemeyi tedarik eden müteahhit değil, aksine geçerli bir akit uyarınca kendisine malzeme tedarik edilmiş olan eser sahibi kiracıdır.

Federal Mahkemenin yaptığı gibi, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'den doğan haklar eser sahibine değil, de, müteahhide tanındığı takdirde, ona müstahak olmadığı haklar verilir —zira, O, temin edilen malzeme ve emeğin karşılığı olan bedel veya bedelden doğan alacak (ödediğinden) hukuken fakirleşmiş değildir— ve böylece eser sahibinin inşaat fiili dolayısıyla uğradığı zararı kısmen veya tamamen telafi etmesi de önlenir. Oysa bu, sebebi anlaşılabilen esaslı bir haksızlık olup İMK'nun 671-673 = TMK'nun 648-650. maddeleri, eser sahibinin aczine karşılık müteahhidi korumayı değil, aksine inşaat faaliyeti dolayısıyla uğranılmış olan zararın telafisini amaç edinir. İşte burada meselenin ruhuna temas edilir²⁶. tazminatın (İMK. m. 672 = TMK. m. 649) veya çıplak arsa bedeline karşılık arsa ve inşaatın temliki (İMK. m. 673 = TMK. m. 650), *mutlaka inşaat faaliyeti dolayısıyla uğranılan zararı kısmen veya tamamen karşılaması gerekir. Oysa bu kesin bir delildir, varsayımımızda böyle bir zarara uğrayan, sadece eser sahibidir.* Normal olarak, eser sahibinin müteahhidi, çalışmasının karşılığını alarak kendisine bir menfaat sağladığından, hiçbir zarara uğramaz. Eğer müteahhit, eser sahibinin aczinden dolayı bir zarara uğrarsa, o zaman İMK. m. 672 = TMK. m. 649'un ve hiç değilse İMK. m. 673 = TMK. m. 650'nin telafisini öngördüğü bir zarar, açıkça söz konusu değildir; zira bu zararın inşaat faaliyeti veya onun sonuçlarıyla hiçbir ilişkisi yoktur.

Kira akdi ile birlikte (garaj inşaa edilenedek kirası daha düşük tesbit edilen) bir arsa üzerinde garaj yaptırmak yetkisini de elde eden kiracı misâlimizi, tekrar ele alalım. Bu garaj, ücreti tamamıyla kiracı eser sahibince ödenen bir müteahhit tarafından malzemesi tedarik edilerek yapılmıştır. Kira akdinin batıl veya münfesih olduğunu farzedelim. Federal Mahkemeye göre, gerek İMK. m. 673 = TMK. m. 650 uyarınca arsanın devrini, gerekse İMK.

²⁶ Biraz önce onu açıkladığımız gibi: JT 1970 I 133.

m. 672 = TMK. m. 649, da öngörülen tazminatın (ödenmesini) talep edebilecek olan,— kanun anlamında «malzeme sahibi» olarak— işte bu müteahhitdir. Oysa müteahhit, hiçbir zarara uğramadığından Yüksek Mahkemenin ona tanıdığı lütufları da hiç bir şeyin haklı göstermediği bellidir. Aksine, kiracı eser sahibinin, müteahhide ödediği garajın kıymetine denk bir zararı vardır; fakat Federal Mahkeme, İMK. m. 672 = TMK. m. 649'da öngörülen tazminatı veya garajı hesaba katmaksızın bedeli karşılığında arsayı iktisap etmek hakkını (İMK. m. 673 = TMK. m. 650) ona (kiracı eser sahibine) vermemektedir. Burada, eser sahibinin kanun anlamında «malzeme sahibi» olduğu, şu halde onun tazminatı veya arsanın devrini talep edebileceği açıkça görülmektedir.

V — GAYRİMENKULE BİRLEŞTİRİLEN (İNŞAATTA KULLANILAN) MALZEMELER HÜKÜMSÜZ BİR İSTİSNA UYARINCA TEMİN EDİLMİŞSE, DURUM NE OLUR?

A. *Malzemeleri tedarik eden müteahhitle arsa maliki arasında yapılan istisna akdi batıl veya münfesih ise, çözüm basit görülür: müteahhit İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650 anlamında «malzeme sahibi»dir; zaten başka birinin de onun yerini alması düşünülemez.*

B. *Kendisine dayanılarak malzemelerin tedarik edildiği istisna akdi, arsa malikinin yetkisiz temsilcisi ile akdedilip de icazet verilmediği takdirde, mesele, biraz daha incelik kazanır²⁷. Ne kendi namına, ne de kendi hesabına hareket etmeyen sahte temsilci (le pseudu-représentant), «malzeme sahibi» olan eser sahibinin yerine geçemez. O iyiniyetli olsa bile, kendisi için asla istemediği inşaatla birlikte arsayı, arsa bedeli karşılığında (İMK. m. 673 = TMK. m. 650) elde etmek yetkisine sahip olamaz; İMK. m. 671/3 = TMK. m. 648/2 uyarınca O, arsa malikinin hakkaniyete göre kal'ini talep ettiği malzemeyi kendisi için geri almak zorunda da değildir. Şu halde, İMK. m. 672 = TMK. m. 649'un öngördüğü tazminatı da hakedemez; bütün bu hak ve borçlar sadece inşaat faaliyeti dolayısıyla zarar görene, müteahhide aittir. Şu duruma göre, bu birkaç satır içinde biz de Federal Mahkeme²⁸ ile aynı sonuçlara ulaşmaktayız, ne varki, farklı sebeplerle ve bir de, burada doğru (haklı)*

²⁷ Bak. RO 97 II 66 vd = Sem. jud. 1971, 577 vd, rés. JT 1971 I 526 vd; RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd.

²⁸ RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 5.

sonuca ulaşmak için Yüksek Mahkemenin çerhetmek zorunluluğuna inandığı, yukarda IV. bölümde kabul edilmiş çözümü reddetmeksizin.

Müteahhidin, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'ye dayanan hakları ile onun İBK. m. 39/2 ve 3 = TBK. m. 39/2 ve 3'den çıkan hakları arasında mevcut ilişkiler başlıbaşına oldukça zor-bir mesele teşkil eder. Kanaatımıza ve ilk görüşe göre, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'de tanınan haklar, sahte temsilcinin haksız fiili ile müteahhit lehine yaratılan durumdan addedilip, keza müteahhit lehine hasıl olan menfaatlar da, sahte vekilin müteahhide verdiği ve tazmin etmek zorunda olduğu zarar hesap edilirken gözönünde tutulur. Şu halde, İBK. m. 39 = TBK. m. 39 sahte temsilciden ancak İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'den doğan hakları nazarı itibare alan istisna akdinin feshi dolayısıyla uğranılan zararın (menfi zarar-ziyanın) tazminini talebe imkan vermektedir²⁹. Belirtelim ki, İBK. m. 39/2 = TBK. m. 39/2, lafzı itibariyle ele alındığında, mantikî değildir, kanunkoyucu onu (İBK ve TBK. m. 39'u) ancak menfi zarar (bu, sahte temsilcinin malî durumu ile batıl akdi yapmasaydı içinde bulunacağı malî durum arasındaki farka eşit) içinde yeralan kayıpların tazminine imkan vermek için kabul etmiştir, fakat, yanlışlıkla, müsbet zararı (bu, sahte temsilcinin içinde bulunduğu malî durum ile mukaveleyi geçerli bir şekilde akdetmiş olsaydı içinde bulunacağı malî durum arasındaki farka eşit) da içine alacak şekilde düzenlemiştir³⁰.

Federal Mahkeme tarafından hükme bağlanmış olan son olayda, *sahte temsilcinin arsa maliki ile bir genel istisna* («anahtar teslim» inşaat) *akdi yapmış olması dolayısıyla durum karmaşık bir hal almaktadır*. Bizzat üzerine almak ve kendi namına alt-mültezimlerle (les sous-traitants) —arsa malikine borçlandığı gibi— istisna akitleri yapmak yerine, genel müteahhit, kendisini malikin mimarı ve temsilcisi olarak tanıtip yetkisi olmadığı halde arsa maliki adına istisna akitleri yapmıştır³¹. Açıkcası, bu durum, Federal Mahkemeyi şaşırtmıştır. Karar, haksız zenginleşme şartlarının arsa maliki için gerçekleşmediğini³², fakat bu durumun İMK. m. 672 = TMK. m. 649'un

²⁹ Karşılaştır. RO 97 II 66 vd = Sem. jud. 1971, p. 577 vd, cons. 4b, rés. JT 1971 I 526 vd, cons. 4; RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 8 ve 9.

³⁰ Bak. *Piöret*, *Culpa in contrehendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963, p. 83-88.

³¹ Bak. Bu neviden diğer bir hal için RO 97 II 66 vd = Sem. jud. 1971, p. 577 vd, rés. dans JT 1971 I 526 vd.

³² Bak. Gene bu anlamda RO 97 II 66 vd = Sem. jud. 1971, p. 577 vd, cons. 4b, rés. dans JT 1971 I 526 vd, cons. 4.

uygulanmasına engel teşkil etmediğini kabul ediyor³³. Bize göre, her iki görüşte doğru değildir.

Her şeyden önce, arsa malikinin haksız zenginleşmesi pekâlâ mevcut idi. Gerçekten, gayrimenkulle birleştirilen hizmet ve malzemeler genel bir istisna akdinin ifası maksadıyla (genel müteahhidin bu konuda yardımcısı durumundaki alt-mültezimleri olan müteahhitler) yerine getirildiği takdirde, ancak böyle bir zenginleşme için geçerli bir sebep mevcuttur. Oysa, durum böyle değildi: Hizmet ve malzemeler malikle akdedilmiş batıl bir mukavele uyarınca tedarik edilmiştir. Söz konusu müteahhitler, (zaten mevcutiyetini bilmedikleri) genel müteahhidin yardımcısı olarak hareket etmişler ve genel müteahhit de genel istisna akdini ifa etmemiştir.

(Olayı) daha iyi tasarlayabilmek için, genel müteahhitle sahte temsilciyi ve mimarı ayrı iki kişi olarak tasavvur etmek yeter. Bu ihtimalde, (hiçbir şey yapmayan ve yaptırtmayan) genel müteahhidin inşaata izin veren bir mukavele yapmış olması olayı, hiçbir zaman arsa malikine, onun sahte temsilcisi ile istisna akdi yapan müteahhitlerce sağlanan kazandırmanın haksızlık niteliğini bertaraf etmediği açıktır; keza, inşaatta çalışan ve malzeme temin eden müteahhitlerin, (hakkında tam bir şey bilmedikleri) genel müteahhidin yardımcısı olarak, onun iradesine rağmen borçlarını ifa için bunu yapmadıkları da bellidir. Şu halde, genel müteahhidin ve sahte temsilcinin, arsa maliki ve müteahhitlerle mevcut ilişkilerine göre, iki ayrı sıfatla hareket eden tek ve aynı şahıs olduğu takdirde de, çözümün gene aynı olması gerekir. Sonra, *İMK. m. 672 = TMK. m. 649, haksız zenginleşme şartları gerçekleşmediği zaman bir tazminat hakkı bahsetmez*. Gerçekte inşaat faaliyetinin arsa malikine sağladığı zenginleşme, hukuki bir muameleye, özellikle arsa maliki ile «inşaatçı» arasında yapılmış bir mukaveleye dayanmadıkça haksızdır (kanunun, başkasının arsasına malzeme birleştirmeye yetkili kıldığı veya mecbur ettiği bir hal görülmez); ve *İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulaması da böyle bir muamele nin yokluğu varsayımına dayanır*³⁴.

Nihayet, Federal Mahkeme³⁵, genel müteahhidin, genel istisna akdini yerine getirmediği, fakat yetkisi olmaksızın arsa maliki adına Ü. kişilerle istisna akitleri yaptığı zaman münasip bir (götürüforfaitaire) bedele hak kazanacağını kabul etmiştir. Bundan mali-

³³ RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 3 ve 5.

³⁴ Yukarda dipnot 25.

³⁵ RO 99 II 131 vd = JT 1974 I 130 vd, cons. 2d ve 7c.

kin haksız olarak zenginleşmemiş olduğu sonucu çıkmakta; fakat inşaatın değeri münasip götürüyü (forfait) aştığı takdirde, İMK. m. 672 = TMK. m. 649'a göre aşan bu kısmı malikin tazmin zorunluluğu kabul edilmektedir. Biz bu çözümlere de katılmıyoruz. Müteahhitlerce arsa malikine sağlanmış olan kazandırma geçerli sebepten mahrumdur. Zira böyle bir sebep malikle müteahhit (yahut müteahhitlerin yardımcısı oldukları şahıs) arasındaki hukukî ilişkiler (mukaveleler) de meknuzdur. Oysa, varsayımımızda bu neviden hukukî ilişki mevcut değildir; özellikle genel istisna akdi bu şartları yerine getirmez; zira, inşaatın yapılmış olması, tamamıyla ifa edilmemiş olan bu mukavelelerin gereğinden değildir. Nihayet, —Federal Mahkemenin kabul ettiği gibi— inşaat genel istisna akdi uyarınca yapıldığı farzedildiğinde, münasip götürü bedeli aşan artık değer bakımından da, arsa maliki haksız zenginleşmiş olmayacak ve İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650 uygulanamayacaktır.

Şayet genel müteahhit, inşaatın genel istisna akdinin ifası zımında yapılmış olduğuna, arsa malikini inandırarak münasip bir götürü bedelin ödenmesini sağlamışsa, bir haksız fiil (ve bir dolandırıcılık suçu) işlemiş olur. (İlk anda genel müteahhit kendisini arsa malikinin temsilcisi gibi göstermek istemişse, hile sebebiyle feshedilmiş olan) genel istisna akdinin ifası, genel müteahhidin ve arsa malikinin sahte temsilcisinin hatası ve hilesi dolayısıyla imkânsız hale gelmiş olur. O andan itibaren, semen muacceliyet kazanmaz, mukavele feshedilebilir (İBK. m. 102 ve 108 = TBK. m. 101 ve 107) ve ödenmiş semenin iadesi talep edilebilir; genel müteahhidin ve sahte temsilcinin haksız fiili, herhalde kendisini arsa malikine sebebiyet verdiği bütün zararı tazmine mecbur eder. Malikle genel müteahhit arasındaki akit, müteahhitler için bir «res inter alios acta»dır; sözkonusu akit mevcut olmasa bile, onlar açısından her hak kendiliğinden intikal eder. Üstelik, çözüm tarzımızın doğruluğunu teyit için, akdini hiçbir şekilde yerine getirmeyen müteahhitle arsa malik adına müteahhitlerle akit yapan sahte temsilcinin ayrı iki şahıs olduğunu farzetmek yeterlidir: O zaman, Ü. kişinin, arsa malikini genel istisna akdini yerine getirmiş olduğuna dair gerçeğe aykırı bir şekilde inandırmış ve böylece münasip götürü bir bedel elde etmiş olması halinde ancak müteahhitlerin birbirleriyle karşılıklıya kalacakları açıktır. Müteahhitlerin arsa malikine sağladıkları kazandırma geçerli sebepten mahrum olup, onlara İMK. m. 672 = TMK. m. 649'da öngörülmüş olan tazminat hakkını bahşeder.

C. Hükümsüz istisna akdi, malzemeyi tedarik eden müteahhit aracılığı ile, arsa maliki veya onun geçerli bir şekilde inşaata yetkili kıldığı kimseden başka biri olan eser sahibi ile yapılmış olabilir.

Meselâ, kiracı, kira mukavelesi ile kiralanan arsa üzerinde oturulmaya elverişli bir bina inşasına yetkili kılınmış veya genel müteahhit onu borçlanmıştır. O zaman, eser sahibi açısından İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulama şartları yerine gelmiş olmaz; zira bu, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650 ile değil, arsa maliki ile eser sahibi arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuki bir muamele (misâlimizdeki kira veya genel istisna akdi) dir.

Daha doğrusu, özellikle İMK. m. 101 = TMK. m. 100'de öngörülen yardımcı kavramı, işsahibi ile yardımcı arasındaki hukuki ilişki geçersiz olsa bile, işsahibinin aracılığıyla (meselâ, burada, inşaat hakkına sahip kiracıyı) bir hakkını kullandığı veya bir borcunu ifa ettiği (Meselâ, inşaat yaptırmak borcu olan genel müteahhiti) şahsı ihtiva eder. Her ne kadar, şerhedenler bu konuyu özel bir şekilde ele alıp incelemiş görünmüyorsa da, herhalde, bize doğru görünen çözüm budur*. Böylece, arsa maliki kendisi için bir res inter alios acta olan mukavelenin hükümsüzlüğünden etkilenmiş olmaz; eğer eser sahibi ile müteahhit arasındaki mukavele geçerliyse, müteahhit ona (arsa malikine) karşı hiç bir hakka sahip değildir, o sebeple, bu mukavele geçerli olmadığı zaman da sonuçun aynı olması doğru (âdil) görünür. Netice olarak, bize göre, arsa maliki ile eser sahibi (kiracı veya genel müteahhit) arasında akdedilen inşaatın yapılmasına ilişkin mukavelenin ifasında da durum böyle olup, ne bir haksız zenginleşme vardır, ne de İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulama şartları.

Hal böyle olunca, malzemeyi tedarik eden müteahhit İMK'nun 671-673 = TMK'nun 648-650 maddelerini de artık kendi yararına olarak dermayan edemez. Gerçekte, gayrimenkul malikine nisbetle, o bir hakkı kullanırken veya bir borçu ifa ederken eser sahibinin yardımcısı olarak hareket etmiştir. Üstelik, arsa malikinin haksız

* Bak. Özellikle *Oser/Schönenberger*, İBK. m. 101, n. 5; *Becker*, İBK. m. 101. n. 3-11; *Guhll/Merz/Kummer*; *Das Schweiz. Obligationenrecht*, p. 224-225; *von Büren*, *Schweiz. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, p. 395-397; *Engel*, *Traite - des obligations en droit suisse*, p. 499.

zenginleşmesinin yokluğu, her halukârda kendisine karşı da ileri sürülebilir.

Zaten, MK. m. 672 = TMK. m. 649'a göre, hakkaniyet uyarınca, müteahhide, özellikle bir tazminat hakkı bahşedilemez; çünkü, normal olarak, kiralayan malik, kiracıya kira ücretinin karşılıdığı kısım için bina inşasına izin verir (bina, kiralayanın harcamasıyla inşa edilmişse, kira daha düşük tayin edilir). Şu halde, eğer kiralayan hem kiracıya münasip bir karşılık, hem de müteahhide bir tazminat verdiği takdirde, o binanın değerini iki defa ödemiş olacaktır. Bina kiralayan tarafından hiçbir karşılık gözetilmeksizin yapılmışsa (pratik bakımdan bertaraf edilmiş görünüyor bu husus, zira, başlangıçta bir bina inşa ettirildiği sürede kira tenzil edilmiş olsa bile, kiralayan, kiralanan arsayı ilk mukavelede öngörülme- yen başka ve daha yoğun bir şekilde karşılıksız kullanmaya yetki vererek kiracıya bir fayda sağlar), bu suretle, kiralayan tarafından kiracıya yapılmış olan bağışlama müteahhide fayda sağlamaz.

Şu halde, müteahhit, ilk olarak, İBK'nun 420-423 = TBK'nun 411-414. maddelerine, İkinci derecede veya seçimlik olarak da (akit öncesi kusur varsa) İBK'nun 41 = TBK'nun 41. ve müteakip maddelerine yahut kusur yoksa, İBK'nun 62 = TBK'nun 61. ve müteakip maddelerine dayanarak (misaldeki, kiracının garaj inşaatı için normal olarak ödemek zorunda olacağı meblağa eşit zenginleşme) (talebini) ancak eser sahibine yöneltebilecektir.

Aksine, müteahhidin, arsa malikine nisbetle eser sahibinin yardımcısı olduğu mütalâası reddedildiği takdirde, bu (yani eser sahibi) arsa malikine karşı haiz olduğu hakkı kullanmamak veya borcunu yerine getirmemek suretiyle, haksız şekilde zenginleşecektir. O zaman malzemeleri tedarik eden müteahhit, İMK'nun 671-673 = TMK'nun 648-650. maddelerinin malzeme sahibi olarak gösterdikleri kimsenin haklarını ve borçlarını haiz olacaktır. Bir kerre biz, bu görüşü reddediyoruz; fakat çözüm tarzımızın temelini teşkil eden yardımcı kavramı bu incelemenin çerçevesi dışında kaldığından, burada uzun açıklamalara yer ayıramadığımız için karşı görüşün sonuçlarını böylece belirtmekle yetiniyoruz.

D — Nihayet hükümsüz istisna akdi, malzemeleri tedarik eden müteahhit tarafından, arsa malikince geçerli olarak inşaat yetkisi verilemeyen eser sahibi ile yapılmış olabilir.

Müteahhitte de geçerli bir mukavele yapmış olup da inşaat yetkili olmayan eser sahibinin İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650' de öngörülen hak ve borçları haiz olduğunu IV. Bölümde görmüş-

tük. Şayet bu mukavele geçerli değilse, durum bundan farklı mı olur?

Yukarıda C. başlığı altında incelenen durumda kabul ettiğimiz aksine, burada inşaat, geçerli sebep olmaksızın gayrimenkulle birleştirilmiş ve bu sebeble de arsa maliki haksız zenginleşmiştir. Şu halde, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'nin uygulanmasını kabul zorunluğu vardır; yalnız İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'de *öngörülen haklar bakımından arsa malikinden başka biri olan kimsenin, yani sahte eser sahibinin veya müteahhidin taraf olduğunun bilinmesi sözkonusudur*. Meselâ, arsa maliki ve vasisinin iznini olmaksızın bir mahcur, müteahhidin malzemeleri tedarik ederek, villayı çevreleyen arazi üzerinde bir garaj yapması ve villa ile birlikte kendisine (mahcure) kiralanması kaydıyla, müteahhitle bir istisna akdi yaptığı takdirde, durum ne olur?

Fikrimizce, henüz ne arsa malikiyle, ne de müteahhitle inşaatla ilişkin geçerli bir akit yapmamışken kiracı, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'de öngörülen, ikincinin (müteahhidin) birinciye (arsa malikine) karşı haiz olduğu, hakları ve borçları engelleyecek tarzda onların arasına zorla giremez. *Şu halde, kanun anlamında «malzeme sahibi» de, «İnşaatçı» da olan müteahhittir.*

Bu çözüm, yetkisiz eser sahibinin, müteahhitle geçerli bir istisna akdi yapmış olduğu zaman, bizi aksi çözümü kabule zorlayan, esas gerekçelerin incelenmesi suretiyle de doğrulanmıştır. (Yukarıda : IV).

Her şeyden önce-ve bellidir - *müteahhid eserinin bedelini hak etmez; Şu halde, İMK. m. 671-673, = TMK. m. 648-650'ye hiç olmazsa kısmen tazminini istihdaf ettiği zarar, birleşme dolayısıyla zarara uğrayan, sahte eser sahibi değil, o (müteahhidin kendisi)dir.*

Sonra, *sahte eser sahibi hiç bir şekilde malzemeleri tasarruf etme hakkına sahip olamaz* ve kanunen geniş anlamıyla «sahip» olarak da mütelâ edilemez. Malzemeler, ona geçerli bir akit uyarınca temin edilmemiştir; şu halde malzeme kendisine «ait» de değildir, fakat müteahhidinkiler ise kendisine aittir.

İMK. m. 673 = TMK. m. 649'a göre, arsa ve binanın iktisabından bahsetmeksizin, hiçbir zarara uğramayan ve (arsa) ile birleşmiş malzemeler üzerinde hiçbir hakkı bulunmayan sahte eser sahibinin, onları (malzemeleri) iadeten kabul etmesi (İMK. m. 671/I = TMK. m. 648/I veya MK. m. 672 = TMK. m. 649'daki tazminatı hak etmesi hayret verici olacaktır.

Müteahhitle eser sahibi arasında yapılmış olan istisna akdi geçerli olduğu zaman, bütün bu hususlara ilişkin durum, tamamen farklı olur.

VI — S O N U Ç L A R

İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'de öngörülen hak ve borçları, «malzeme sahibi» veya «inşaatçı» olarak (aşağıdakilerden) her biri haizdir:

1. İnşaatçının, eseri bizzat kendi emeği ile yahut işçileri veya bir yada birden çok müteahhitler aracılığı yapmasına önem vermeksizin, geçerli yetkisi olmadığı halde, (meselâ, arsa maliki ile yaptığı batıl veya münfesih bir istisna akdi uyarınca), kendi malzemesi ile başkasının arsası üzerinde inşaat yapan kimse;

2. Geçerli bir istisna akdi uyarınca malzeme tedarik eden bir veya birkaç müteahhit aracılığı ile başkasının arsası üzerinde inşaat yaptırtan, geçerli yetkiden mahrum, kimse;

3. Arsa malikince geçerli olarak yetkili kılınmamış bir eser sahibi ile yaptığı hükümsüz bir istisna akdi uyarınca malzeme tedarik ederek inşaat yapan müteahhit;

4. Arsa malikinin yetkisiz doğrudan temsilcisi ile yapılmış ve icazet de verilmemiş olan bir istisna akdi uyarınca, malzeme temin ederek inşaat yapan müteahhit.

Arsa malikince eser sahibine geçerli şekilde yetki verildiği zaman, malzemeleri tedarik eden onun (eser sahibinin) müteahhidi istisna akdi hükümsüz olsa bile, İMK. m. 671-673 = TMK. m. 648-650'de öngörülen hak ve borçları haiz değildir.