

**ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMEYEN
HALLER NEDENİYLE FESHİ
VEYA
SÖZLEŞME BEDELİNİN ARTTIRILMASI
(BK MD. 365/II)**

T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Özel Hukuk
Bölümü Yüksek Lisans Tezi

PELİN TÜMKAYA AŞKAR

İstanbul 2010

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi Veya Sözleşme Bedelinin Arttırılması (BK.md..365/II)
Öğrencinin Adı Soyadı: Pelin Tümkaya AŞKAR
Tez Savunma Tarihi: 06.09.2010

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü
Prof.Dr. Selime Sezgin
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
Prof.Dr.Aziz Can Tuncay
İmza

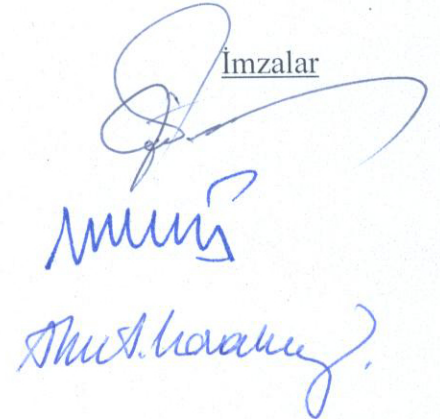
Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Özer SELİÇİ

Üye: Yrd.Doç.Dr.Murat İNCEOĞLU

Üye: Yrd.Doç.Dr.Ahu AYANOĞLU MORALI

İmzalar


İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	
ÖNSÖZ	
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI

1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	2
2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	2
3.1. ESERİN İMALİ	2
3.2. ÜCRET	5
3.3. ANLAŞMA	6
3. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	6

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRET

1. ÜCRETİN GÖTÜRÜ OLARAK BELİRLENDİĞİ DURUMLAR	11
1.1. GERÇEK ANLAMIYLA GÖTÜRÜ ÜCRET	13
1.2. PAHALILIK KAYDIYLA GÖTÜRÜ ÜCRET (GLOBAL GÖTÜRÜ ÜCRET)	16
1.3. BİRİM BAŞINA GÖTÜRÜ ÜCRET	19

2. ÜCRETİN YAKLAŞIK YANI TAKRİBİ OLARAK BELİRLENDİĞİ DURUMLAR_____22

3. ÜCRETİN BELİRLENMEDİĞİ DURUMLAR_____23

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BK MD.365/II'NİN UYGULANMA ŞARTLARI VE ESER SÖZLEŞMESİNİN DURUMU

1. BK MD. 365/II'NİN UYGULANMA ŞARTLARI_____25

1.1. TARAFLARCA ÖNCEDEN ÖNGÖRÜLMİYEN VEYA ÖNGÖRÜLÜP DE VUKUAA GELMEYECEĞİNİ KABUL ETTİKLERİ BEKLENMEYEN BİR HAL ORTAYA ÇIKMALIDIR_____27

1.2. ORTAYA ÇIKAN BEKLENİLMİYEN HAL, ESERİN TESPİT EDİLEN GÖTÜRÜ ÜCRETE TAMAMLANMASINI AŞIRI DERECEDE GÜÇLEŞTİRMİŞ BULUNMALIDIR_____35

1.2.1. İfa İmkansızlığı_____36

1.2.2. İfa Güçlüğü_____37

1.2.3. Değerlendirme_____38

1.3. BEKLENİLMİYEN HALİN ORTAYA ÇIKMASI TARAFLARA İSNAD EDİLEMELİDİR_____43

1.4. TARAFLAR SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞMENİN FESHİ VEYA BEDELİN ARTTIRILMASI YOLUNA GİDİLEMEYECEĞİNİ KARARLAŞTIRMAMIŞ OLMALIDIR_____47

2. BK 365/II. MADDE UYGULAMASINDA HAKKIN KULLANILMASI VE SÖZLEŞMENİN DURUMU_____51

2.1. MÜTEAHHİDİN ÜCRET ALACAĞININ ARTTIRILMASI_____55

2.2. SÖZLEŞMENİN FESHİ_____58

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMEYEN HALLER NEDENİ İLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TASFİYE

1. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMEYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ_____59

1.1. BK MD. 365/II'DE DÜZENLENEN FESİH TERİMİNİN GERÇEK ANLAMDA FESHİ İFADE ETTİĞİ GÖRÜŞÜ_____59

1.2. BK MD. 365/II'DE DÜZENLENEN FESİH TERİMİNİN DÖNME OLARAK YORUMLANMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ_____60

1.3. HAKİM KARARININ FESHİN HUKUKİ NİTELİĞİNE

ETKİSİ VE BK MD. 365/II HÜKMÜNÜN İNŞAİ DAVA HAKKI OLDUĞU GÖRÜŞÜ_____61

1.4. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMEYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNE DAİR MAHKEME KARARINA YA DA ÜCRET ARTIRIMINA KADAR ASKIDA OLUP OLMADIĞI_____63

1.5. DEĞERLENDİRME_____64

2. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMEYEN HALLER NEDENİYLE SONE ERDİRİLMESİNDE TASFİYE_____65

2.1. TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ MESELESİ_____65

2.2. SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ_____66

2.2.1. Tarafların Borçlarının Durumu_____66

2.2.2. Tasfiye_____68

2.3. BK 365/II. MADDE KAPSAMINDA FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ÖNEMİ_____71

2.4. BK 365/II. MADDE UYGULAMASINDA ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARINDAN BİRİNİN KAMU TÜZEL KİŞİSİ OLMASI VE FİYAT FARKI İLE SÖZLEŞMENİN FESHİNİ DÜZENLEYEN KARARNAMELERİN UYGULANMASI MESELESİ_____72

2.5. BK. MD. 365/II NEDENİYLE AÇILACAK DAVALAA İLİŞKİN GÖREV VE YETKİ MESELESİ_____74

2.6. HAKİMİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ, HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE KRİTERLERİ_____74

2.6.1. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi ve Takdir Yetkisinin Sınırları_____76

2.6.2. Hakimin Takdir Yetkisini Kullanırken Gözetmesi Gereken Kriterler_____78

SONUÇ_____81

KAYNAKÇA_____83

KISALTMALAR

Ad. Derg.	Adalet Dergisi
Art.	Artikel
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	Bakınız
BK.	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İsv.BK	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname

md.	Madde
MHAD.	Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
N.	Nummer
No.	Numara
OR	Obligationenrecht
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TD	Ticaret Dairesi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Yarg.	Yargıtay

ÖNSÖZ

Yoğun çalışma hayatımın içerisinde yüksek tempo ile avukat olarak çalışmalarımı sürdürmekte iken, yüksek lisans öğrencisi olma arzumu teşvik eden kıymetli tez danışmanım Prof. Dr. Özer Seliçi'ye, tez jürimde yer alan kıymetli hocalarım Doç. Dr. Ahu Ayanoğlu Moralı ve Doç. Dor. Murat İnceoğlu'na çok teşekkür ederim.

Ekşioğlu Hukuk Bürosu'nda büyük bir hız ve meslekte ilerleme arzusuyla devam eden mesleki çalışmalarım arasında yüksek lisans çalışmalarım sırasında ihmal etmek durumunda kaldığım ve fakat beni sürekli çalışmalarına motive eden canım aileme, muhteşem annem Perihan Tümkaya'ya, anlayışlı babam Salih Tümkaya'ya, canım kardeşlerim İlker-Ahu Tümkaya, Soner Tümkaya ve Çiğdem- Yılmaz Şahin'e, ailemize katılarak hepimizi şenlendiren, teyze kelimesini her kullandığında kalbimi coşkuyla fetheden, çalışmalarım sırasında burnumda tüten bir tanecik yeğenim Sina'ma sonsuz teşekkür ederim.

Tezimizin tamamlanması ve sunumunun 08 Mayıs 2010 tarihinde evlenerek hayatımın erkeği ile yaptığım evlilik hazırlıkları ve hatta evliliğimin ilk günlerine denk gelmiş olması nedeniyle yaşadığım tüm stres ve sıkıntılarda sonsuz anlayış gösteren ve benden sevgisini, anlayışını, aşkını esirgemeyen hayat arkadaşım sevgilimi eşime sonsuz teşekkür ederim.

Pelin TÜMKAYA AŞKAR

GİRİŞ

Çalışma konumuz Borçlar Kanunu'nun 365/II maddesi olup, önceden tahmin olunamayan veya tahmin edilmesine karşın sözleşmede taraflarca kararlaştırılmayan hallerin işin yapılmasına engel olması halinde hakimin sözleşmeyi feshi veya sözleşme bedelinin arttırmasına ilişkin düzenleme incelenmeye çalışılmıştır.

BK md. 365/II, kanun koyucu tarafından ahde vefa ilkesine istisna teşkil eder mahiyette eser sözleşmelerine özel olarak getirilmiş bir düzenlemedir. Bu nedenle, çalışmamızın ilk bölümünde eser sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği ve unsurları işlenmiştir. İkinci bölümünde, ivazlı sözleşme niteliğinde olan eser sözleşmelerinin unsurlarından olan ücret başlığı altında, eser sözleşmesinde ücrete ilişkin anlaşmalar incelenmiş ve aralarındaki farklara işaret edilmiş olduğu gibi; ücret unsurunun BK. md. 365/II ile ilişkisi incelenmiştir.

Üçüncü bölümde BK md. 365/II'nin uygulama şartları ve uygulanması halinde eser sözleşmesinin durumu incelenmiştir. Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümde ise eser sözleşmesinin beklenmeyen haller nedeni ile feshinin hukuki niteliği ve fesih sonucunda eser sözleşmesinin tasfiyesi incelenmiştir.

Konumuz dışında kalan hususlara çalışmamızın sınırlandırılması amacıyla genel itibariyle değinilerek yer verilmiştir. Çalışma konumuzun özünü teşkil eden beklenilmeyen haller çerçevesinde ise, beklenilmeyen halin götürü ücretli sözleşmelerde uygulama alanı bulabileceği, sözleşmeye etkisi, sözleşmenin feshi ve tasfiyesi üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI

1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Kanun koyucu eser sözleşmesini Borçlar Kanunu'nda md. 355 ile md. 371 arasında istisna akdi terimi ile ifade ederek hüküm altına almıştır. Eser sözleşmesinin tarifinin yer aldığı BK. md. 355'te, Arapça kökenli bir kelime olan sanat ve maharet emeği verilerek bir şeyi meydana getirme anlamına gelen istisna kelimesi, "İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." şeklinde kullanılmıştır¹.

Kanunda yer alan bu tariften yola çıkılarak, basit bir tanımlama ile eser sözleşmesinin, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir şeyin imalini yüklediği tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı) bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır².

2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

2.1. ESERİN İMALİ

Doktrinde kabul edilen görüşe göre, insan emeği ürünü olarak bir bütün görünümü arz eden ve ekonomik değeri bulunan her hukuki varlık,

¹ SELİMOĞLU, Engin; Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999, s. 685; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 311, dn. 1; ERMAN, Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 9; TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1990, s. 17, (Borçlar); TANDOĞAN, Haluk, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmesinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Ankara 1982, s. 28, (Arsa); TUNÇOMAĞ, Kenan; Borçlar Hukuku, C. II- Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 953, (Borçlar); ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000, s. 326; ZEVLİLİLER, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, s. 304; GÜRPINAR, Damla; Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 16

² OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklenecek Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C.III, s. 1-2, Haziran- Aralık 1999, s. 65; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 17; TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 953; ARAL, s. 326; ZEVLİLİLER, s. 304; GÜRPINAR, s. 17; ÖZYÖRÜK, Sezer; İnşaat Sözleşmesi, Yapısı- Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988, s. 1.

maddi nitelikte olmasına bakılmaksızın eser sayılmaktadır³. Yargıtay'ın içtihatları incelendiğinde de eser kavramının maddi olmayan ürünleri de kapsadığı sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır⁴.

Eserin imali, emek sonucu bir şeyin meydana getirilmesi; başka bir anlatımla, bu emek sonucunda eskisinden değişik bir hukuki varlık doğmasıdır⁵. Yargıtay içtihatlarında da bedel karşılığı gemi inşası taahhüdü⁶, badana ve boya işleri⁷, kanepeler yapılması⁸, tomrukların mamul kereste haline getirilmesi⁹ gibi müteahhidin esere kendisinden bir şey kattığı haller eser sözleşmesi sayılmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, BK. md. 355'te yer alan "imal edilen şey" ifadesinden ne anlaşılacak istendiğinin tespiti için BK. md. 58'de yer alan "imal" kavramına bakmak hatalı olacaktır¹⁰. Zira BK. md. 58'de konu edilen husus taşınmaz mallar üzerindeki eserler olup; istisna sözleşmesi ise

³ TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 953; BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 256; OLGAC, Senai; Hukuk Davalarında İstisna Akdi, İstanbul 1977, s. 2; KARAHASAN, Mustafa Reşit; Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s. 1071, (Mülkiyet); TANDOĞAN, (Borçlar), s. 18.

⁴ Yarg. 15. HD. 30.06.2009 tarih, 2009/3175E. ve 2009/4042K. sayılı kararı: "Taraflar arasında kurulan sözleşmede davalı iş sahibi şirketin marka imajının kuvvetlendirilmesi ve bünyesinde bulundurduğu ürünlerin tanıtımı amaçlanmıştır. Davacı teklifinde bildirilen katalog tasarımı, fotoğraf çekimleri, multimedya CD tasarımı davalı şirketin reklamını amaçladığından, taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesi niteliğindedir."; Yarg. HGK, 23.02.1968 tarih, E.12 ve K.76 sayılı kararı: "... sanatkar eser meydana getiren kimsedir; eser meydana getirmek istisna sözleşmesinin konusunu teşkil eder."; Yarg. 10. HD., 14.12.1973 tarih, E.973/5183 ve K.3154 sayılı kararında "Çalıştıran ile çalışan arasındaki akdin hizmet akdi sayılabilmesi, zaman ve bağımsızlık unsurlarına bağlıdır. İş hukuku alanında ise bağımlılık, işyerine veya işverene bağlılığın bir gereği olarak en yoğun niteliktedir. İşçinin işgücü, belirli ya da belirsiz bir zaman için işgörüme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, gözetim ve kontrol, hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış bulunan işverenin otoritesi altındadır. Olayda söz konusu kişiler, Emekli Sandığı veya SSK'ya bağlı resmi veya özel kuruluşlarda görevli bulunup, zaman zaman işverenin daveti üzerine gösterilen stüdyoda şarkı ve saz eserlerini sanatları ölçüsünde, plak ve banda geçirmekte olduklarından ortada ancak bir istisna akdi var demektir." ifadeleriyle, eserin maddi varlığı olmayan şeyleri de kapsadığı belirtilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010)

⁵ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 18; OLGAC, s. 3; TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 952; ERMAN, s. 16; DAYINLARLI, Kemal; İstisna Akdinin Ademi İfasi İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s. 6-7.

⁶ Yarg. HGK., 19.12.1951 tarih, E.42 ve K.138 (bkz. ATASAYAN, Tacettin; Borçlar Hukuku Sahasında Sistemik Temyiz Neşriyatı, İstanbul 1966, s. 365, No:1560.)

⁷ Yarg. TD., 29.05.1953 tarih, E.60571 ve K.3319 sayılı karar (bkz. ATASAYAN, s. 365-366, No:1562)

⁸ Yarg. HGK., 23.01.1952 tarih, E.164 ve K.17 sayılı karar (bkz. VOLKAN, Necati, ARVAS, Necmettin; Temyiz Kararlarına Göre Kanunlarımızın Tatbiki, İstanbul 1952, s. 206)

⁹ Yarg. TD., 24.06.1961 tarih, E.2510 ve K.2152 sayılı karar (bkz. KARAHASAN, (Mülkiyet), s. 1184)

¹⁰ ERMAN, s.19, TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 952; BİLGE, s. 245.

taşınmaz mala bağlı olmayan taşınır haklarında da geçerlidir¹¹. Bu suretle, eser kavramının, BK. md. 58. maddesindeki imal kavramıyla sınırlamak mümkün değildir. Zira günümüzde eser kavramının kapsamına emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmayan sonuçların da sokulması eğilimi karşısında, geniş bir anlam taşıyan eser kavramının BK. md. 58'de öngörülen "imal olunan şey" kavramından daha geniş kapsamlı olduğu sonucuna varabilmek mümkündür¹².

Müteahhit tarafından borçlanılan iş görme ediminin belirli bir sonucu olarak meydana getirilecek olan eserin madde metninde "imal edilen şey" şeklinde ifade edilerek kanuni bir tanımının yapılmamış olması, bu kavramın kapsamına hangi tür çalışma sonuçlarının gireceği hususunda doktrinde değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Eser kavramını sadece maddi varlığı olan şeylere hasreden görüşe göre, eserin mutlaka maddi varlığı olacağı gibi, devir-teslime elverişli bulunması gerektiği de kabul edilmektedir¹³. Eser kavramını maddi ve maddi olmayan varlıkların tümüne hasreden görüşe göre ise; objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecektir¹⁴.

Günümüzde de çalışma ürünü maddi bir şeyde kendini göstermek ve kalıplaşmak suretiyle devamlılık arz etmese ve bu yüzden bir şey gibi devredilemese dahi yapılan imalin eser niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir¹⁵. Bu suretle, bir gazeteye ilan konulması, radyo televizyon reklamları, ışıklı reklam, bir müşavirin reklam kampanyasının planlanması, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda konser vermesi, bir gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt etmesi, senaryonun hazırlanması, sinemada film gösterilmesi, bilgisayar programlarının hazırlanması, ücret

¹¹ ERMAN, s.19; AYAN, Gürhan; Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 795 vd.

¹² UÇAR, Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, (Tekeffül), Ankara 2003, s. 31.

¹³ ERMAN, s. 12; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 3;

¹⁴ SEROZAN, Sorumluluk Hukukunda İlginç Alman Mahkeme İçtihatları, MHAD., Yeni Seri, Yıl 11, S. 14, 1977, s. 121-122, (Alman Mahkeme İçtihatları).

¹⁵ UÇAR, s. 33; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 4.

karşılığın seyredilen havai fişek gösterisi, bir yarış atının eğitilmesi, bisiklet yarışı düzenlenmesi, bir yerin elektrikle ısıtılmasının ve aydınlatılmasının üstlenilmesi, rapor verilmesi, röportaj yapılması gibi, bir insan emeğinin tek bir bütün görüntüsünü taşıyan durumlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir¹⁶. Bütün bu durumlarda maddi bir şeyin imali ya da değiştirilmesini gerektirmeyen ve fakat insan emeğinin tek bir bütün görüntüsü ile bağımsız bir hukuki varlık olarak belirli bir şekilde ortaya çıkan şeyler de eser sayılmaktadır¹⁷. Bu duruma örnek olarak belli bir zaman için taşınmazın idaresi, eğitim ve öğretim, bir inşaatı idare ve kontrol, bir şirketin muhasebisinin devamlı olarak tutulması gibi haller¹⁸, yapılan faaliyette belli bir şekilde ortaya çıkan ve bir bütün teşkil eden bir sonuç bulunmadığı için eserin varlığı kabul edilmemektedir¹⁹.

Yürürlükteki mevzuattan farklı olarak, Borçlar Kanunu'nun 2008 Tasarısı'nda mevzuata ilişkin yapılan değişiklikte; eserin imalinin yanı sıra eserin düzeltilmesi ve değiştirilmesi hallerinin de eser sözleşmesi kapsamında kanaatimizce yerinde olacak şekilde değerlendirilmeye alınmakta olduğunu²⁰ ve bu konunun çalışma konumuz ile doğrudan ilgisi olmaması sebebiyle, yaptığımız bu açıklamalarla yetineceğimizi belirtiriz.

2.2. ÜCRET

Eser sözleşmesi aynı akitten doğan ve biri öbürünün karşılığı bulunan borçları içeren bir sözleşmedir. Eser sözleşmelerinde müteahhidin bir şey imalini borçlanmasına karşılık, iş sahibi de bir bedel borçlanmaktadır²¹. Belirli bir emek sonucunun meydana getirilmesi herhangi bir ücret almaksızın taahhüt edilmişse ortada istisna sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi vardır²².

¹⁶ YAVUZ, Cevdet/ ÖZEN, Burak/ ACAR, Faruk; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s. 455.

¹⁷ UÇAR, s. 34.

¹⁸ UÇAR, s. 34.

¹⁹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 5 vd.

²⁰ T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Karar Genel Müdürlüğü'nün 22.01.2008 Tarihli Gündem Tasarı Metni, tbmm.gov.tr, 25.07.2010, (Tasarı).

²¹ UYGUR, Turgut; Açıklamalı- İċtihatlı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 257.

²² TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 952; ERMAN, s. 19; SENDİ YAKUPPUR; Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, s. 13-14.

Ücret ödenmesi konusunda taraflar açık veya örtülü olarak anlaşabileceklerdir. Ücretin örtülü olarak kararlaştırıldığı, yapılan işin niteliğinden ve tarafların amacından anlaşılabilir²³. Bu durum BK. md. 366'daki "evvelce kararlaştırılmamış veya takribi surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan işin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir." hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. BK. md. 366 hükmü uyarınca, yapılan iş hakkında belirli bir iş tarifesi bulunuyorsa, ücretin tespitinde bu tarifenin göz önünde tutulması gerekir²⁴.

Taraflar ücreti götürü veya takribi olarak belirlemiş olabilecekleri gibi, ücretin türünü belirlememiş de olabileceklerdir. Çalışmamızın ilerleyen bölümünde, bu durumlar hakkında kısaca bir değerlendirme yapılacağı gibi, iş sahibinin ücret ödeme borcu konusunda beklenilmeyen haller karşısında fesih konusu ile ücret ödeme borcunun ilişkisi de incelenecek olduğundan şimdilik bu açıklamalar ile yetinilecektir.

Eser sözleşmesinde bedelin mutlaka para olması da şart olmadığından; paradan başka bir şey olarak kararlaştırılması da mümkündür²⁵.

2.3. ANLAŞMA

Eser sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için son olarak taraflar arasında bir anlaşmanın da olması gerektiğini belirtiriz. Başka bir anlatımla, eser sözleşmesinin tamamlanabilmesi için tarafların belirli bir iş sonucu üzerinde anlaşmaları gerekmektedir²⁶.

²³ ERMAN, s. 19.

²⁴ TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 956; KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Cilt, İstanbul 2004, s. 1074, (Borçlar) ; ERMAN, s. 19.

²⁵ UYGUR, s. 257; ERMAN, s. 23.

²⁶ Yarg. 15. HD., 04.06.1975 tarih, E.975/2544 ve K.2866 sayılı kararı: "Dava dilekçesinde açıkça, bina sahibi ile davacı arasında yapılan sözleşme uyarınca evin yıkılıp 30.000 lira değerinde bir ev meydana getirildiği iddiasına yer verilmiştir. Öyleyse BK 355 ve ardından gelen hükümlerle düzenlenen istisna sözleşmesi hükümlerine dayanılarak, davacının istemde bulunduğu kabulü gerekir. Yerel Mahkemenin bu iddiayı bırakarak, zilyedliğin sorumluluğu ve haklarını düzenleyen hükümler kapsamında olan MK. 907 açısından anlaşmazlığı çözmesi doğru değildir. Davacı açıkça istisna sözleşmesine dayandığına göre, böyle bir sözleşmenin varlığını ve koşullarını ispat etmesi gerekir. " (İBD, Cilt 50, Sayı 7-8, Temmuz-Ağustos 1976, s. 59-60.)

Eser sözleşmesinin kurulması şekil olarak bir sıhhat şartına bağlı olmayıp, taraflar bu sözleşmeyi sözlü olarak yapabilecekleri gibi; icap ve kabulün örtülü şekilde yapılması da mümkündür²⁷. Ancak bazı eser sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur²⁸. Nitekim 2490 sayılı Kanun gereği ihale edilen eser sözleşmelerinin işbu kanunun 25. maddesine göre yazılı şekilde yapılması, notere tasdik ve tescil ettirilmesi gerekmektedir. Ayrıca eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de arsa malikinin yükümlülüğü bir kısım arsayı müteahhide devir ve tescil olduğundan, bu sözleşmenin tapuda resmi senetle düzenlenmesi ve ayrıca hukuken geçerli bir ifa olarak kabulü için tescili gerekmektedir. Nitekim müteahhidin binayı yapmak ve belirlenen katları arsa sahibine teslim etme borcunu yerine getirebilmesi için herhangi bir şekil şartına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁹. Çalışma konumuz ile doğrudan ilgisi olmaması sebebiyle yapılan açıklamalar ile yetinilecektir.

3. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen bir sözleşme olan eser sözleşmesi, kanun koyucunun belirlediği tanım uyarınca, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Doktrinde eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olduğuna ilişkin bir ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf, eser sözleşmelerinin ani edimli bir sözleşme vasfı taşıdığı görüşü ile sürekli borç ilişkisi doğurduğu ileri süren görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır³⁰. Alacaklının sözleşmenin kurulmasının temeli olan menfaati zaman dilimi içinde yapılan ifalardan elde etmesi halinde sürekli edimli borç ilişkisi söz konusu olmakta iken, menfaatinin ifanın bir bütün halinde gerçekleşmesi durumunda ani edimli borç ilişkisi söz konusu olmaktadır³¹.

²⁷ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 22-23; ERMAN, s. 21; BİLGE, s. 247.

²⁸ ERMAN, s. 21.

²⁹ ERMAN, s. 24.

³⁰ ERMAN, s. 9; BİLİR, Dilek Akgün, İş Görme Akitlerinde (Hizmet- İstisna Akitleri) Fesih, Ankara 1994, s. 112; SELİÇİ, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İlişkilerinin Sona Erdirilmesi, Ankara 1977, s. 20 vd. (Sürekli Borç İlişkileri).

³¹ ÖZ, M. Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi; Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin ilgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul 1990, s.16; CİĞERİM, Erdinç; Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde

Doktrinde eser sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, eser sözleşmesinin bir sonuç ve teslim borcu doğurduğunu ve bu nedenle gerçekleşecek teslimin sürekli edim niteliğinde bulunan sözleşmelere göre, belli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesi sebebiyle ani edimli bir sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler³². Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlara göre ise, müteahhidin imalat faaliyetleri içindeyken faaliyetin devam etmesi ile borcunu ifa ettiği; bu nedenle ilişkinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³³. Karma görüşe göre ise, eser sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi ile sürekli borç ilişkisi niteliğini birarada barındırmakta olduğundan, her iki ilişkinin özelliklerini de yansıtmaktadır³⁴. Bu nedenle, sözleşmenin sona ermesinde, olayın özelliğine ve sona erme sebeplerine uygun şekilde geçmişe etkili dönme ya da ileriye etkili fesih hükümlerinden biri uygulanabilecektir³⁵.

Doktrindeki farklı görüşler, Yargıtay içtihatlarında da farklılıkların oluşmasını sonuçlamış ise de; bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25/01/1984 tarihli 1983/3E. ve 1984/1K. sayılı kararında³⁶ yapılan değerlendirme ile "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yüzünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde inşaat

Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 35; SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 24 vd.

³² TANDOĞAN, (Arsa), s. 28; CİĞERİM, s. 37; UYGUR, s. 35.

³³ GAUTSCHI, Der Wervvertrag, in; Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzehen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Bern 1967, (GÜRPINAR, s. 18'den naklen); ERMAN, s. 11; BİLİR, s. 112; SUNGURBEY, İsmet; Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 1, İstanbul 1973.

³⁴ SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 184, (Dönme); SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 25-26.

³⁵ ÖZ, s. 19.

³⁶ Bkz. Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010.

sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır.” gerekçeleriyle hüküm kurulmuştur. Başka bir anlatımla, kanun koyucunun eser sözleşmelerine ilişkin yapmış olduğu düzenlemelerde sürekli sözleşme niteliğine özgü kuralları uygulama gereğini duymuş olması sebebiyle, özellikle inşaat sözleşmelerinde müteahhidin eseri meydana getirirken yapmış olduğu çalışmaların da hukuken önemli olduğu belirtilerek, eser sözleşmelerinin ani ve sürekli sözleşme ilişkisi niteliğini birlikte taşımakta olduğu hükme bağlanmıştır. Zira eser sözleşmesinde taraflar arasında daha sıkı bir güven ilişkisinin kurulmuş olması, alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin borçlunun eseri hazırlama devresindeki davranışına daha sıkı bağlı olarak bağlıdır³⁷. Nitekim tarafların ücret konusunda anlaşmaları ile ücret sadece eserin değil, eserin sonuçlanmasına ilişkin çalışmaların da karşılığı olarak belirlenmektedir³⁸. Bu sebeple, eser sözleşmelerinde taraflar arasındaki ilişkinin sıkı bir güven ilişkisine dayanması sebebiyle, iş sahibinin menfaatinin gerçekleşmesinin müteahhidinin eseri hazırlama aşamasındaki çalışmaları ve davranışına da bağlı olduğu dikkate alındığında, yüklenicinin bu çalışmalarının da hukuken önem taşıdığı açıktır³⁹. Bu kapsamda, eser sözleşmelerinin sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşımadığının ileri sürülmesi yerinde olmayacaktır.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin ani edimli yahut sürekli edimli borç ilişkisi niteliğinde⁴⁰ olmasının önemi, sözleşmenin sona ermesi halinde ortaya çıkmaktadır⁴¹. Genel kabul gören kurala göre ani edimli bir sözleşmeden dönülmesi mümkün iken, sürekli borç doğuran bir sözleşme ancak fesih edilebilecek olduğundan, sözleşmenin tasfiyesi aşamasında da geriye ve ileriye etkili olma hali ayrı ayrı ortaya çıkacaktır. Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracak iken, ani edimli bir sözleşmeden dönme ise geriye etkili sonuçlar doğuracaktır⁴². Bütün sürekli sözleşmelerde uygulama alanı bulan fesih, belirttiğimiz gibi ileriye doğru hüküm doğurmakta, o tarihe kadar doğan borçlara etki

³⁷ SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26; SEROZAN, (Dönme), s. 173-174.

³⁸ SEROZAN, (Dönme), s. 173; ERMAN, s. 10.

³⁹ SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26; SEROZAN, (Dönme), s. 173-174; ERMAN, s. 11.

⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 2009, s. 10.

⁴¹ ERMAN, s. 9.

⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 370.

yapmamaktadır⁴³. Hukuki ilişki ancak feshi ihbar geçerli olduğu andan sonra sona ermektedir. İki tarafa da borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde uygulanabilen dönmede ise sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmakta bu nedenle yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁴. Bu nedenle, kural olarak sürekli sözleşmelerde dönme sonucu uygulanmayacağı gibi; dönme, ani edimli sözleşmelerde ve sürekli sözleşmelerde ise sadece ifa safhasına geçilmeden önce söz konusu olabilir⁴⁵. Bu itibarla, kanun koyucunun BK. md. 365/II'deki "... mukaveleyi fesheder" ifadesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira eser sözleşmesinin ani ve sürekli borç ilişkisi özelliklerini birlikte barındırması sebebiyle, kanun metnindeki feshin somut olaya göre gerçek anlamda feshi yahut dönme olarak yorumlanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

⁴³ ERMAN, s. 104.

⁴⁴ ERMAN, s. 104.

⁴⁵ Yarg. 15. HD. 28.02.1974 tarih, E. 974/173, . 974/163 sayılı kararında; "Davacılar, üzerine bir bina yapılması kaydı ile davalılara maliki buldukları arsanın 120/240 payını devretmelerine rağmen, davalılar inşaatı yapmayarak temerrüde düşüklerini beyan ve eser sözleşmesini bozduklarını 20.09.1972 günlü ihtarla duyurduklarına göre, tarafların yekdiğerine verdiklerini geri isteme hakları doğmuş demektir. Bu nedenle davanın incelenmesi gerekir." denilmiştir (ERMAN, dn. 6'dan naklen, s. 105).

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRET

Kanun koyucu BK. md. 355'te eser sözleşmesinin tanımına ilişkin düzenlemesinde, müteahhidin imal borcuna karşılık iş sahibinin bedel borcu olduğunu belirtmiştir. Bedel borcu, iş sahibinin, sözleşmenin ivazlı olmasından kaynaklanan temel borçlarından biridir. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sözleşmede bedel kararlaştırılmamış olsa bile, o sözleşmenin ücret karşılığı yapıldığı kabul edilecektir. Sözleşmede ücret ödenmeyeceğinin taraflarca kesin olarak kararlaştırılmış olması halinde ise, eser sözleşmesinden söz edilemeyecek; şartlarının oluşması halinde, vekalet sözleşmesinin yapıldığı kabul edilebilecektir⁴⁶.

Mevzuatta ve doktrinde ücretin eser sözleşmelerinde üç temel görünümü aşağıdaki şekilde belirtilmiş olup, bunlar;

- Ücretin götürü olarak belirlenmiş olduğu,
- Ücretin yaklaşık yani takribi olarak belirlendiği,
- Ücretin türünün belirlenmediği, şeklindedir.

Bu görünümler hakkında çalışmamızda kısaca bir değerlendirme yapılacağı gibi, iş sahibinin beklenilmeyen haller karşısında ücret ödeme borcunun ilişkisi de incelenecektir.

1. ÜCRETİN GÖTÜRÜ OLARAK BELİRLENDİĞİ DURUMLAR

İmal olunacak eser bedelinin, önceden ve kesin şekilde tespit edilmesi, ücretin götürü olarak belirlenmesi kavramını ifade etmektedir⁴⁷. Başka bir anlatımla, borçlanılan eserin tümünün ya da belirli bir kısmının bir bütün olarak sözleşme ile önceden belirlenen tutar karşılığında imali ve

⁴⁶ GÜLEÇ, Şafak; Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009, Yüksek Lisans Tezi, s. 64.

⁴⁷ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 100; TORUN, Enis; İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürdüğü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK. md. 365) Yargıtay Dergisi, C.8., S.3, Temmuz 1982, s. 416; BAYGIN, Cem; Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 30; GÜRPINAR, s. 52; Efrail AYDEMİR; Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009, s. 189; GÖKYAYLA, Emre; Eser Sözleşmesinde Eş İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 220.

teslimi için sözleşme kurulmuş olması halinde, burada sabit, yani götürü ücret söz konusu olacaktır⁴⁸.

Yargıtay'ın, sözleşmenin taraflarının, sözleşme bedelinin götürü olduğu konusunda anlaşamamaları ve bu durumun ispat edilememesi halinde, ücretin götürü olduğunun kabul edilemeyeceğine ilişkin içtihatları mevcuttur⁴⁹.

Götürü ücret, eserin imali için belirginleşecek bütün maliyetleri, giderleri ve en önemlisi kar payını da kapsayacaktır. Ücretin meydana gelmesinde iş sahibinin maliyet hesaplarını bilmesi beklenemeyecek olup; müteahhit tarafından belirlenecek toplam maliyete ilişkin miktar, istenebilecek miktarın alt ve üst sınırlarını oluşturmaktadır⁵⁰. Ücretin götürü olarak tespitinde, ücretin tamamen veya kısmi olarak müteahhidin işe başlamasından sonra, malzeme, emek artışı veya gider gerekmesi halinde, eserin sözleşmenin başında belirlenen ücretle tamamlanamayacak ise dahi; müteahhit kural olarak ücret artışı isteyemeyecektir. İlk projede bir değişiklik yapılmaksızın, imale dair masrafların götürü bedeli aşması halinde dahi, müteahhit herhangi bir attırmaya ilişkin talepte bulunmayacaktır⁵¹. Sözleşme dışı işlemler ile ilgili olarak yapılan iş ve imalatlar yönünden ise yeni bir sözleşme veya mevcut sözleşme değişikliği yapılmaması halinde; vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. İş sahibinin bu işleri kabul etmesi halinde ise bu kabul icazet sayılacak ve eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmede hüküm bulunan hallerde de, iş sahibi leh ve aleyhine giderlerde değişikliğin yansıtılacağına kararlaştırılmış olması durumunda; müteahhit artırım isteyebileceği gibi, iş sahibinin de indirim talep etme hakkı bulunmaktadır⁵².

⁴⁸ GÜRPINAR, s. 55; GAUCH, Peter, Der Wervertrag, 4 Aufle, Zürich 1996; no: 900 (GÜRPINAR, s. 52'den naklen.)

⁴⁹ Yarg. 15. HD., 14/05/1990 tarih, 1990/2051K. sayılı karar: "Taraflar için bedelinin götürü olduğu hususunda anlaşamadıklarına göre mahkemece işin bedelinin götürü olduğunun kabulü ile buna dayanarak hüküm kurulması isabetli olmamıştır." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010)

⁵⁰ BÜCHLER, Teodor, Der Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379, Zürich 1998, no:8 (GÜRPINAR, s. 55'ten naklen); GAUCH, no. 902, (GÜRPINAR, s. 55'ten naklen.); TANDOĞAN, (Borçlar), s. 102.

⁵¹ Yarg. 15. HD., 07/05/1981 tarih, 1981/1055K. sayılı karar (TANDOĞAN, (Borçlar), s. 102)

⁵² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 103.

Genel olarak doktrinde yapılan değerlendirmelerde, götürü ücretin Gerçek Anlamıyla Götürü cret, Pahalılık Kaydı İle Sınırlı Götürü cret (Global Götürü cret) ve Birim Başına Götürü cret olmak üzere üç ana alt başlık ve türde değerlendirildiği grlmektedir⁵³. Aşağıda bu üç alt başlık incelenecek ve beklenilmeyen haller ile aralarındaki ilişki de değerlendirilecektir.

1.1. GERÇEK ANLAMIYLA GÖTÜRÜ ÜCRET

Bu cret türü BK. md. 365/I'de düzenlenmiş ise de; işbu madde metninde götürü ücretin kanuni tarifi bulunmamaktadır. Ancak madde metninden, götürü ücret şeklinde belirlenen bu ücret türünde müteahhidin kararlaştırılan bedel karşılığında eseri imal ile borçlu olduğu, yapılacak şeyin daha fazla bir masraf ve emek gerektirse dahi, müteahhidin kural olarak bedel artırımını isteyemeyeceği anlaşılmaktadır.

Taraflar bu ücret türünde, sözleşme ile önceden tam olarak belirlenmiş bedel karşılığında, borçlanılan eserin bir bütün olarak imal ve teslimi üzerinde anlaşmışlardır. Önceden ve kesin olarak saptanan ücret, götürü ücret olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Bu nedenle, azami bir fiyatın belirlenmesi götürü ücret olarak sayılmayacaktır⁵⁵. Müteahhit eser sözleşmesinin kuruluşu aşamasında imal edeceği şeyin masrafı ve emek ihtiyacını nitelikli olarak değerlendirerek taahhütte bulunmalıdır. Nitekim müteahhit bedel olarak talebine dönük eser değerine ilişkin hata hallerinde doğacak zarara da katlanmak yükümlülüğü altında olduğu gibi; imal olunan eserin ücretinin tespiti sırasında tahmin olunandan daha fazla emek ve masraf gerektirmesi durumunda da, bedel artırımını da isteyemeyecektir. Bu maddenin istisnası çalışma konumuzu teşkil eden BK. md. 365/II'dir.

Doktrinde götürü ücret, miktarı kısmen ya da tamamen müteahhidin masrafına ya da ortaya çıkan şeyin değerine bağlanmamış ücret olarak ifade edilmiřtir⁵⁶. Kanun koyucu BK. md. 365 ile götürü ücretin semen olarak

⁵³ GÜRPINAR, s. 56; ERMAN, s.63; TANDOğAN, (Borçlar) s. 101, KARAHASAN, (Borçlar), s. 524 vd.

⁵⁴ ERMAN, s. 63.

⁵⁵ OLGAÇ, s. 81.

⁵⁶ GÜRPINAR, s. 57.

belirlendiği eser sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları arasında tam olarak bir denge kurmayı amaçlamış ve bu sebeple; ilk fıkrada müteahhit aleyhine arttırmama hali ile son fıkrada iş sahibi aleyhine azaltmama olarak düzenleme yapmıştır. Çalışma konumuz olan ikinci fıkrada ise taraflara beklenilmeyen haller karşısında yargıya başvurmaları ile seçimlik ve dengeleyici bir yöntemle sözleşmeyi fesih veya sözleşme bedelinin arttırılması olanağı tanımıştır.

Götürü ücrette, ücretin varlığı taraflarca kuşkusuz olup, buna ilaveten ücret miktarının değiştirilmesi istisnai sebeplere bağlı kılınmış, kural olarak ahde vefa ilkesi esas alınmıştır. Nitekim götürü ücretin kesin, yani sabit bir ücret olduğu ve eserin gerçek maliyet masrafları ile işin miktarından bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple, başta malzeme masrafları olmak üzere giderlerin artması halinde sözleşme kurulurken belirlenen ücret sonradan değiştirilemeyecektir. Müteahhidin ücret konusunda icapta bulunurken imalat masraflarını genel kıymet takdirine ya da maliyet tahlillerini esas alarak belirlemesine karşın, koşulların ve malzeme fiyatlarının sonradan değişmesi götürü ücret miktarını deđiştirmeyecektir⁵⁷. Ayrıca müteahhidin değişen durumlardan veya kendisinin zarara uğrayacağına dair iş sahibini bilgilendirmiş olması da bu durumu deđiştirmeyecektir⁵⁸.

Taraflar arasında akdedilen eser sözleşmesinde, işbu yazılı sözleşmenin yine tarafların yazılı sözleşmesi ile değiştirilebileceğine dair düzenleme bulunurken; taraflardan birinin fiyat farkını kabul etmemesi halinde, işbu fiyat farkının ödenmesinin söz konusu olmayacağı Yargıtay içtihatlarında kabul görmüştür⁵⁹. Yargıtay başka bir içtihadında, bu kez taraflar arasındaki sözleşmenin hükümet kararnamelele ile değiştirilerek fiyat farkı talebinde bulunulamayacağı, TTK. md. 12/3 gereği her çeşit imal ve inşa işleriyle uğraşmak üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayılması ve bu ticarethanelerin sahiplerinin de tacir sayılacaklarından, yine

⁵⁷ BAYGIN, s. 135.

⁵⁸ BAYGIN, s. 31.

⁵⁹ Yarg. 15. HD., 07/06/1978 tarih, 1978/30E. 1978/1231K. sayılı karar (KARAHASAN, (Borçlar), s. 524-526).

TTK. md. 20. gereği her tacirin tüm faaliyetlerinde basiretli tacir olarak hareket etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁶⁰.

Doktrinde ve uygulamada, tarafların eser sözleşmesinde götürü bedel üzerinden anlaşmış olmaları halinde, beklenilmeyen haller nedeniyle sözleşmenin feshi aşamasına gelinmesi neticesinde, müteahhidin eserin bir kısmını imal ve inşa etmiş olması durumunda nasıl bir hukuki yol izleneceği değerlendirilmiş ve müteahhidin yaptığı işle orantılı olarak ücret alabileceği belirtilmiştir^{61, 62}. Nitekim bu konuya ilişkin örnek olarak gösterilen içtihatlarda, inşaat sözleşmeleri izah edilerek, öncelikle yapılması taahhüt edilen işin, yüzde kaçlık kısmının yapıldığının saptanması ve sonrasında bulunacak bu oranın götürü bedele de uygulanmak suretiyle müteahhidin yaptığı işe göre ne kadar ücrete hak kazandığının saptanabileceği hükme bağlanmıştır⁶³. Eser sözleşmesinin konusunun menkul olması halinde ise ifa edilen kısımdan istifade edilmesinin mümkün olması halinde, müteahhidin ifa ettiği bu kısma göre ne kadar ücrete hak kazandığı hesaplanabilecektir.

Tarafların anlaşmaya vardıkları eser sözleşmesi kurulurken, ileriye yönelik olarak işçilik ücretlerinin veya malzeme bedellerinin artması gibi

⁶⁰ Yarg. 15. HD., 21/02/1978 tarih, 1978/2050E. 1978/309K. (KARAHASAN, (Mülkiyet), s. 527).

⁶¹ Yarg. 15. HD., 25/01/1984 tarih, 1983E. 1984/1K. sayılı karar: "... İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeni ile sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuçlar doğuracağına karar verildi." (GÜLEÇ, s. 68'den naklen)

⁶² Yarg. 15. HD., 15/09/1988 tarih, 4194E. 2867K. sayılı karar: "...Yukarıda sözü edilen anlaşmanın 3. maddesinde davacının yapımını üstlendiği 3 adet asansörün götürü bedeli 6.300.000 TL olarak kararlaştırılmıştır. Davacı, yapımını üstlendiği işi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, tahmin edilen miktardan fazla emek veya masrafı icap ettirirse dahi artık bedelin arttırılmasını isteyemez. Davacı, sözleşmedeki ödeme planına davalının uymadığını ileri sürerek, işi tamamlamadığını kabul etmektedir. O halde isteyebileceği değerın götürü bedele oranlanması suretiyle tespiti gerekir." (UYGUR, C. 7, s. 8273'den naklen.)

⁶³ Yarg. 15. HD., 26/10/2004 tarih, 2004/1705E. 2004/5406K. sayılı karar: "Taraflar arasındaki sözleşmede yapılacak işler sayılmış, toplam bedel 18.000.000.000 TL kararlaştırılmıştır. Bu hali ile sözleşmenin götürü bedelli olduğu kabul edilmelidir. Davada yüklenici, kalan iş bedelini istediğine ve davalı da yapılan imalatta eksikler bulunduğunu savunduğuna göre, yüklenicinin hak ettiği bedel, gerçekleşen imalat tutarı kadar olacaktır. Bilirkişilerden ek rapor alınarak, taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılan işlerden ne kadarının gerçekleştirildiğinin fiziki oranı bulunmalı ve götürü bedele uygulanmak sureti ile belirlenmeli, saptanan bedelden ihtilafsız ödeme tutarı 15.121.200.000 TLnin düşülmesi ile varsa davacının kalan alacağına hükmedilmelidir. Bilirkişice saptanan eksik işler bedeli davacının kalan alacağı gibi kabul edilerek hüküm altına alınması doğru değildir." (KOSTAKOĞLU, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 628'den naklen.)

masraf artış durumları karşısında, ücret arttırım haklarını saklı tutmuş olmaları da mümkündür⁶⁴. Tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında enflasyon ya da masraf artışı gibi bir sebeple ücretin arttırılabileceğine dair bir düzenleme yapmış olmaları halinde, sözleşme konusu ücretin görünümü değişecek olup; bu durumda, ücretin götürü ücret yerine, global götürü ücret olarak ifade edilen pahalılık kaydı ile sınırlı götürü ücret olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Eser sözleşmesinin kuruluşu aşamasında götürü ücret üzerinden ödeme yapılacağıının anlaşılmasından sonra imale konu eser üzerinde müteahhidin bir takım eksiklikler bırakması halinde, iş sahibi tarafından uygun bir bekleme süresinden sonra işin tamamlanması yoluna gidileceği için eksik işler bedelinin piyasa rayiç bedellerine göre tazmin edebileceği doktrinde ifade edilmiştir. Yargıtay içtihatlarında ise bu konuda işin ifasının durdurulması tarihinin esas alınması gerektiği hükme bağlanmıştır⁶⁶. İş sahibi sözleşmeden beklediği menfaati sağlayamadığından, mağdur konumda olması sebebiyle, işi tamamlayabilmesi için iş sahibinin sermayesinin bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, işin terk tarihi itibarıyla zarara uğraması söz konusu olacağından, Yargıtay uygulamasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

1.2. PAHALILIK KAYDIYLA GÖTÜRÜ ÜCRET (GLOBAL GÖTÜRÜ ÜCRET)

Pahalılık kaydıyla götürü ücret doktrinde global götürü ücret olarak da ifade edilmiştir⁶⁷. Bu ücret türü götürü ücretin bir alt türü olup, kısmi arttırım imkanı tanımaktadır. Tarafların sözleşmede düzenleme yapmaları halinde, bu ücret türünde genel anlamda, enflasyon, malzeme fiyatlarının artışı gibi hallerde müteahhidin iş sahibinden ücret artırımında bulunma talep hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.

⁶⁴ BAYGIN, s. 32.

⁶⁵ KAPLAN, İbrahim; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici- İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 131, (Seminer).

⁶⁶ KOSTAKOĞLU, s. 628- 629.

⁶⁷ GÜRPINAR, s. 62; BAYGIN, s.33; KAPLAN, s. 132.

Doktrinde global götürü ücret, eser sözleşmesinin taraflarının, sözleşmede belirtilen ve bu surette kararlaştırılmış bulunan fiyatın artışında, yani pahalılaşmada ücretin değişen duruma uyarlanması ve bu yolla götürü ücretin değişmezliğine dair temel duruma istisna getirmeyi kararlaştırdıkları ücret olarak tanımlanmıştır⁶⁸. Bu suretle, isabetli olacak şekilde gerçek anlamda götürü ücret ile global götürü ücret arasındaki temel farkın global ücrette fiyat farkı ödenmesi söz konusu iken, gerçek anlamda götürü ücrette bu durumun olmadığı kabul görmektedir⁶⁹.

Bakanlar Kurulu tarafından uygulamada zaman içinde oluşacak fiyat farklarına ilişkin olarak, bu farkların ne şekilde hesaplanacağını izah eden kararname yayımlanmıştır⁷⁰. Bu konuya ilişkin olarak 1974 yılından itibaren kararname çıkartılmış; ilk üç kararnamede tesisat işleri, dördüncü 8/505 sayılı Kararnamede ise inşaat, tesisat ve imalat sanayi ile ilgili işler kapsama alınmıştır. Bakanlar Kurulu 8/2574 sayılı kararnamede bu kararnamelelerin amacını ifade etmiş ve kamu sektörüne dahil idarelerin ihalesi yapılmış ve yapılacak işlerinde uygulayacakları idare usullerine göre yıllık fiyat farkı hesabına ait esasların tespiti amaçlanmıştır.

Doktrinde bu kararnamelere yönelik eleştiriler getirilmiş ve kararnamele ile idareye verilen geniş yetkiler çerçevesinde, idarenin müteahhide kendisine sunulan seçeneklerde bildireceği öncelik sırasına uymadan, müteahhidi idarenin seçeceği yola zorlamak ve müteahhidin belli bir sürede başvurmaması neticesinde idarenin seçilecek yolu seçmesi ve gerektiğinde fesih yoluna gitmesinin esas alındığı belirtilmiştir⁷¹. Doktrinde ayrıca anılan kararname ile ilgili olarak çalışma konumuzu teşkil eden BK. md. 365/II ile BK. md. 369 kapsamında aykırılık sorunu üzerinde durularak; 8/2547 sayılı Kararname ile iş sahibi olan idareye tek taraflı olarak sözleşmeyi yeniden uygun hale getirmek ve buna bağlı ücret indirimine

⁶⁸ GAUCH, Peter, Der Unternehmer in Werkvertrag, Zurich 1977, Rdnr. 113 (BAYGIN, s. 33'ten naklen)

⁶⁹ KAPLAN, (Seminer), s. 132; BAYGIN, s. 33; GÜRPINAR, s. 62.

⁷⁰ 8/505, 8/2574, 7/15990, 88/13181 sayılı fiyat farkı kararnameleleri bu kararnamelere örnek olarak gösterilebilir (KAPLAN, Seminer, s. 155).

⁷¹ TANDOĞAN, Haluk; Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Arttırma ve Fesih Yetkisi Veren Kararnamelere İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981, s. 52 (ihale).

gidebilmek yetkisi tanınması sebebiyle, bu durumun BK. md. 365/II'ye aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷².

Doktrinde ayrıca getirilen eleştirilerde, kararnamelerin BK. md. 369'a da aykırı olduğu belirtilmiş ve bu konuda da kararnamenin müteahhidin, mahrum kalınan karının tazmin edilmediği ve sözleşmenin feshinden önce satın alınan malzemelerin 1981 yılına ait bedellerle ödeneceği ileri sürülmüştür⁷³. Fiyat farkı kararnamelerine ilişkin Yargıtay içtihatları incelendiğinde ise, bu kararnamelerin eser sözleşmesinin tarafları için bağlayıcı olamayacağı ve eser sözleşmesinin ancak tarafların anlaşması durumunda değiştirilebileceği görüşünün kabul edildiği görülmektedir⁷⁴. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 24/11/1986 tarihli kararında ise kararnamelerle getirilen ücret artırımının, taraf iradelerinin dışında olduğu ve fakat ihtilaf halinde uygulanmasının ise hakim kararına bağlı olarak yargı denetimine tabi tutulduğu hükme bağlanmıştır⁷⁵. Bakanlar Kurulu'nun fiyat farkına ilişkin kararnamelerinin doktrinde, idare için bağlayıcılık arz etmekte olduğu gibi, BK. md. 365/II hükmünün uygulanması ve dava açılmasının önüne geçilmesi amacıyla çıkarıldığı ifade edilmektedir⁷⁶.

Kanun koyucu BK. md. 365/II ve MK. md. 2 gereği ifa güçlüğü ve ifa imkansızlığı karşısında, müteahhide artırım isteminde bulunma veya sözleşmenin feshine dair haklar vermiştir. Ancak artışın sözleşme ile öngörülerek kararlaştırılması halinde fesih yolunun, seçimlik hakkın akdi olarak kararlaştırılması sebebiyle kullanılması söz konusu değildir. Bu durumda ancak BK. md. 369 kapsamında fesih hakkı kullanılabilir.

⁷² TANDOĞAN, (İhale), s. 63.

⁷³ TANDOĞAN, (İhale), s. 64.

⁷⁴ Yarg. 15. HD., 24/11/1975 tarihli karar (bkz. KARAYALÇIN, Yaşar; Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akitlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981 Tarihli Kararname ile Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981, s. 71.)

⁷⁵ GÜRPINAR, s.63; "İdare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle, yükleniciler tarafından idare aleyhine, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 8/505 ve 8/2574 sayılı benzeri kararnamelere dayanılarak açılan davalarda, bu kararnamelerin genel bütçeye dahil idareler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, olayların özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağına".

⁷⁶ KAPLAN, (Seminer), s. 156.

Doktrinde BK. md. 365/II'nin uygulanabilmesi yönünden aksinin kararlaştırılabileceği ve ayrıca BK. md. 365/II hükmünden vazgeçilebileceği ifade edilmiştir⁷⁷. Eser sözleşmesinin pahalılık kaydıyla götürü ücret şeklinde yapılması halinde artırımın bu kayda göre olması gerektiğinden, müteahhidin ifa güçlüğü de ortadan kalkacaktır. Sözleşmede pahalılık kaydıyla götürü ücret kaydının bulunmasına karşın, ifa güçlüğü yahut engelinin ortadan kalkmaması durumunda, BK. md. 365/II'nin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında doktrinde değerlendirme yapılmamıştır. Ancak kanaatimizce, sözleşmede pahalılık kaydıyla götürü ücret kaydı bulunsa dahi; somut olaydaki öngöremezlik hali sözleşme konusu edimin bu kaydın uygulanması halinde dahi yerine getirilmesini aşırı derecede güçleştiriyorsa ve artık müteahhitten MK. madde 2 gereği sözleşmeye devam etmesi beklenemeyecekse, BK. madde 365/II uygulama alanı bulabilecektir.

1.3. BİRİM BAŞINA GÖTÜRÜ ÜCRET

Doktrin ve Yargıtay arasında birim başına götürü ücretin, bir götürü ücret türü olup olmadığı konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Nitekim doktrinde yapılan değerlendirmelere göre, birim başına götürü ücret; müteahhidin eserin tamamını ya da bir kısmını önceden belirlenmiş bir ücret karşılığı olarak değil ve fakat bütün edimin parçalarını oluşturan değişik edimleri, önceden belirlenmiş olan değişik tutarlardan ifa etmeyi üstlendiği bir eser sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olabilecektir⁷⁸. Zira doktrinde birim fiyat, müteahhidin iş görme faaliyeti sırasında yapacağı değişik iş kalemlerinden birinin daha önce hazırlanmış birim fiyat tespitlerine göre hesaplanmış olan metrekare, metreküp, kilogram, ton, adet veya parça olarak miktar başına düşen fiyat olarak tanımlanmaktadır⁷⁹. Birim başına götürü ücretin sabit ücret olduğu yönünde doktrinde bir ihtilaf bulunmamaktadır⁸⁰.

⁷⁷ TANDOĞAN, (ihale), s. 110; KAPLAN, s.125; YALÇINDURAN, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 152; BAYGIN, s. 94; GÜRPINAR, s. 155.

⁷⁸ GÜRPINAR, s. 64.

⁷⁹ BAYGIN, s. 34.

⁸⁰ TANDOĞAN, (ihale), s. 101; KAPLAN, (Seminer) s.132; BAYGIN, s.35; GÜRPINAR, s.64; ERDİN, Reto; Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis; zur Tragweite von Art, 373 Abs, 2 OR, Bern 1997 (BAYGIN'dan naklen, s. 35)

Yargıtay içtihatları incelendiğinde ise, bir kararında sözleşmede işin götürü bedelle yapılacağına açıkça yazılı olması karşısında, sözleşmenin birim fiyata göre yapıldığının kabul edilemez olduğunun belirtildiği görülmektedir⁸¹. Yargıtay'ın bir diğer kararında ise, inşaat bedelinin birim fiyat üzerinden hesaplanacağına kararlaştırılmış olması halinde, götürü bedel üzerinden anlaşma yapılmamış olduğuna hükmedilmiştir⁸².

Doktrin ve Yargıtay arasındaki bu ihtilafa ilişkin İsviçre Hukukunun da incelenmesi durumunda, birim başına fiyat koyma yoluyla götürü ücret tayininin, götürü ücret dahilinde sayıldığı; bu sebeple, yapılması gerekli iş miktarının baştan belirlenebilmesi halinde, götürü ücretli sözleşme sayılması gerektiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır⁸³. Yapılması gereken işe birim fiyatlara göre ücret verilmesi gerektiği belirtilmiş ve ayrıca bu konuda, yüklenicinin, malzeme fiyatlarının ya da işçi ücretlerinin aşırı olağanüstü yükselmesi sebebiyle, İsviçre Borçlar Kanunu md. 373 ile Türk Borçlar Kanunu md. 365 düzenlemesinin kıyasen uygulanabilecek olduğundan; birim fiyatlarının yükseltilmesine ya da sözleşmeden dönmeye izin verilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir⁸⁴.

Uygulamada genel olarak birim ücretinde bir belirsizliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. İsviçre doktrininde bu konuda, bir binanın dış boya sıvasının yapılmasında metrekare başına belli bir ücret tespiti söz konusu olduğu durumlarda ve benzeri hallerde birim ücretin, götürü ücret olarak kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir⁸⁵. Türk hukuk doktrininde ise gerçek edim miktarının tespit edilememesi halinde, tespit

⁸¹ Yarg. 15. HD., 02/05/1991 tarih, 4849E. ve 2217K.; “davacı taşeronun işten elini çektiği gündeki işin yapılan işin durumuna göre fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı belirlenmeli ve bu yöntemle bulunacak oran götürü ücrete uygulanmalı ve kurulacak orantı sonucu yapılan işe düşen tutar saptanmalı ve böylece davacının davalıdan bir alacağı olup olmadığı araştırılarak hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle işin birim fiyat üzerinden yapıldığı kabul edilerek davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.” (UYGUR, C. 7, s. 8264’ten naklen.)

⁸² 15. HD., 13/09/1989 tarih 685E. ve 3455K. sayılı karar. (UYGUR, C. 7, s. 8264’ten naklen.)

⁸³ BECKER, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern 1934, (Çev. Suat DURA, Ankara 1993, s. 630 (m.373)’dan naklen.)

⁸⁴ BECKER, s.630; BAYGIN, s. 38.

⁸⁵ BECKER, s.630 (m.373), GAUCH, no. 916 (BAYGIN, s. 38’den naklen.)

edilene kadar bu ücretin götürü ücret olarak kabul edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Her iki götürü ücret türü olan gerçek anlamda götürü ücret ve birim başına götürü ücrette kural olarak eksiltilmesi veya arttırılmasının istenmesi söz konusu değildir⁸⁷. Birim başına götürü ücret, sözleşmenin kurulması aşamasında belirgin olmayan ve fakat belirlenebilen bir ücret olarak kabul edilmekte olup, belirlenebilirliği, iş kalemlerinin miktarındaki belirlilikten ileri gelmektedir⁸⁸. İnşaat işlerinin uzun yıllara yayılması halinde, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın ilgili yıl için yayınlanan birim fiyatlara göre veya o yıl piyasalardaki rayiç birim fiyatları üzerinden ücretlendirileceği kararlaştırılmaktadır. Doktrinde, her yıl değişen birim fiyat üzerinden yapılan ücretlendirmelere değişken birim fiyat üzerinden yapılan sözleşmeler; birim fiyatlarının değişmemesi dikkate alınarak yapılan sözleşmelere ise sabit birim fiyatı esaslı ile yapılan sözleşmeler denilmektedir⁸⁹. Eser sözleşmesinin kamu sektöründe yapılması durumunda, tespit olunan birim fiyatlara göre, işin toplam ücreti tespit edilmekte ve birim fiyatların, bu toplam ücreti belli oranda aşan işler için uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁰. İdare ile ilgili gerçekleşen bu uygulama Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile belirlenmekte ve bu konuya ilişkin esaslar Şartname'nin 19. maddesinde düzenlenmiştir⁹¹.

Kanaatimizce, doktrinde kabul edildiği üzere birim başına götürü ücret, götürü ücret dahilinde sayılacak olup; BK. md. 365'e ilişkin fesih durumunun söz konusu olduğu hallerde, her bir birimde meydana gelen

⁸⁶ ERMAN, s. 63; KOSTAKOĞLU, s. 624.

⁸⁷ BAYGIN, s. 39.

⁸⁸ KAPLAN, (Sözleşme), s. 137; BAYGIN, s. 39.

⁸⁹ KAPLAN, (Sözleşme), s. 138; KOSTAKOĞLU, s. 630; BAYGIN, s. 40.

⁹⁰ TANDOĞAN, (İhale), s. 118; GÜRPINAR, s. 66; BAYGIN, s. 34.

⁹¹ 19. madde "Yapım işlerine ilişkin bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş olan, iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse Müteahhit, 2886 sayılı kanun hükümlerine göre, keşif bedelinin %30'una kadar olan değişiklikleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde (süre hariç) yapmakla yükümlüdür. Keşif bedeli artışının %30'u geçmesi halinde sözleşme bozulur. Ancak bu durumda Müteahhit, işin keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı işleri, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde, yapmak zorundadır. Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve bu nedenle tasfiye edilmesi halinde, Müteahhit, İdareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez. %30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile doğal afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise İdarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın veya birinci derece ita tamirinin onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde; %30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir."

artışın kalem kalem ve eserin tamamına etkisi dikkate alınarak, feshe ilişkin koşulların varlığı değerlendirilebilecektir.

2. ÜCRETİN YAKLAŞIK YANİ TAKRİBİ OLARAK BELİRLENDİĞİ DURUMLAR

Borçlar Kanununda, ücretin takribi olarak belirlendiği durumlara ilişkin olarak 366 ve 367. maddeler düzenlenmiştir. Kanun koyucu BK. md. 366'da takribi ücretin söz konusu olması halinde bedelin belirlenmesini, md. 367'de ise takribi ücretin kararlaştırılması halinde, sözleşmenin feshine ilişkin düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin çalışma konumuz olmaması sebebiyle aşağıda yapılacak kısa açıklama ile yetinilecektir.

Tarafların ücreti önceden belirleyecekleri ve fakat bu ücretin kesin ücret niteliği taşımaması halinde, ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi söz konusu olacaktır⁹². Bu nedenle, müteahhidin eseri bu ücret miktarına göre imal etme zorunluluğu bulunmamaktadır⁹³.

Doktrinde, genel olarak takribi ücret ile ilgili değerlendirmelerde, BK. md. 366 ve md. 367'nin birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, ödenmesi gereken kesin bedel, eserin tamamlanmasından sonra gerçekleştirilecek keşifle belirlenebilecek ve bu suretle, işin değeri ile müteahhidin masrafları tespit edilebilecektir⁹⁴. Yapılan keşif sonucunda belirlenen bedelin fazla bir oranla aşılması durumunda, BK. md. 365 gereği müteahhidi müzayakadan kurtaran ücret artırımını ve fesih çözümü BK. md. 367 ile masraf değeri aşırı çıkan sözleşmenin feshine ilişkin düzenleme ile iş sahibinin lehine düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Taraflar arasında akdedilen eser sözleşmesinde, taraf iradelerinin bu bedelin kesin olmadığı ve eser tamamlandığında iş sahibinin duruma göre, bunun altında veya BK md. 367 hükmünde düzenlenen aşırı olmama şartı kapsamında üstünde bir tutar ifa etmeyi kabul etmeleri gerektiğine yönelik olması halinde; kararlaştırılan keşif bedelinin sözleşmeye temel teşkil

⁹² GÜRPINAR, s. 70; ERMAN, s. 61.

⁹³ KAPLAN, (Seminer), s. 140; KARAHASAN, (Borçlar), s. 197; GÜRPINAR, s. 70.

⁹⁴ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 281; ERMAN, s. 61; KAPLAN, (Seminer), s. 140; KARAHASAN, (Borçlar), s. 197; GÜRPINAR, s. 70.

edebilmesi söz konusu olabilecektir⁹⁵. Bir başka görüşe⁹⁶ göre ise, BK. md. 367'deki keşif bedeli ile md. 366'daki takribi ücretin birbirinden farklı kavramlar olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, ücretin hiç belirlenmemiş olması durumunda, keşif bedelinin geçerli olabileceği ve fakat ücretin takribi olarak belirlenmiş olması halinde ise taraflarca belirlenen sınırlar dahilinde yapılacak ücret hesaplaması ile ortalama ücret uygulanabilecektir.

3. ÜCRETİN BELİRLENMEDİĞİ DURUMLAR

Taraflarca eser sözleşmesinin kurulması aşamasında sözleşmenin ivazlı olacağına kararlaştırılmasına karşın, sözleşmede ücret türü olarak götürü yahut yaklaşık olarak bir ücret belirlemeleri halinde, ücret miktarının kararlaştırılmadığı anlaşılmaktadır. Çalışma konumuz olmaması sebebiyle kısaca değinerek, sözleşmede ücret miktarının belirlenmemiş olmasının sözleşmeyi geçersiz kılmamakta olduğunu; ücretin sözleşmenin kurulması aşamasında hiç belirlenmemiş olmasının takribi keşif bedelinin aşılması durumunun meydana gelmesine mani olacağını belirtiriz. Nitekim taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşmenin ivaz karşılığında olacağını kararlaştırmış olsalar da; tahmini bile olsa bir ücret miktarından bahsetmemektedirler⁹⁷.

Doktrinde ve uygulamada, kural olarak ivazlı olan eser sözleşmesinin kurulması aşamasında ücretin belirlenmemesi durumunda, müteahhidin masraflarına ve eserin değerine göre ücretin belirleneceği kabul görmektedir. Ücretin belirlenmediği hallerde BK. md. 367'nin uygulanmasına ilişkin görüşler incelendiğinde, bir görüşe⁹⁸ göre, keşif bedelinin takribi ücrette söz konusu olması sebebiyle, eserin imalini müteakip işin değerine göre yapılacak tespitle kesin ücret belirlenebilecektir⁹⁹. Bir başka görüşe göre ise, ücretin taraflarca hiç belirlenmediği hallerde, her ne kadar tarafların iradelerini oluşturan bir bedel olsa da, bu durum tarafları bir

⁹⁵ BAYGIN, s. 44.

⁹⁶ GAUCH, no. 942 (BAYGIN, s. 44'ten naklen.); GÜRPINAR, s. 71.

⁹⁷ GÜRPINAR, s. 74.

⁹⁸ GÜRPINAR, s. 72; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 296.

⁹⁹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 281; KAPLAN, (Seminer), s.140; ERMAN, s. 61; ZEVLİLİLER, Aydın; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, s. 325.

ücretin belirlenmesi konusunda bağlayıcı olmayacağından; sözleşme dahilinde bedel takriben oluşarak işlem temelini oluşturacak ve sözleşme md. 367'ye göre feshedilebilecektir¹⁰⁰. Bu konunun çalışma konumuzun kapsamı dışında kalması sebebiyle konu ile ilgili işbu açıklamalar ile yetinilecektir. Ancak yaptığımız bu kısıtlı açıklamalar kapsamında çalışma konumuz olan BK. 365/II'nin ancak götürü ücretli eser sözleşmeleri için uygulanabileceği sonucuna varılacağını belirtiriz.

¹⁰⁰ GAUCH, s. 936 (GÜRPINAR, s.73'ten naklen.)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BK MD.365/II'NİN UYGULANMA ŞARTLARI VE ESER SÖZLEŞMESİNİN DURUMU

1. BK MD. 365/II'NİN UYGULANMA ŞARTLARI

Eser sözleşmesinde sözleşme bedeli taraflarca sözleşme serbestisi çerçevesinde belirlenebilecektir. Kural olarak taraflarca sözleşmede belirlenen ücretin değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucu BK. md. 365/II'de istisnai bir düzenleme yaparak müteahhide bazı şartların oluşması halinde bedelin arttırılmasını veya sözleşmenin feshini isteme hak ve yetkisi tanımıştır. Anılan madde hükmü "*evvelce tahmin olunmayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekerrür eden bedeli tezyid veya mukaveleyi fesheder.*" şeklindedir. Bu madde hükmüne göre, sözleşmenin temelini teşkil eden koşullarda sözleşmenin yapılması aşamasında öngörülmeleyen önemli değişikliklerin ortaya çıkması ile edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması halinde¹⁰¹; iyi niyet kurallarına dayanılarak hakim tarafından sözleşmenin değiştirilmesine imkan sağlayan "clausula rebus sic stantibus"¹⁰² kuralının, öngörememe (umulmazlık, imprevision) kuramının bir uygulaması gerçekleştirilebilecektir¹⁰³. Başka bir anlatımla, edimler arasındaki dengenin taraflardan birine yüklenemeyen ve somut olayda da sözleşmenin yapılması aşamasında öngörülemeyen beklenilmeyen bir hal sebebiyle, ağır surette bozulması üzerine sözleşmenin tarafı olan müteahhit yargı mercilerine başvurduğunda hakim; BK. md. 365/II'nin tanıdığı yetki ile müteahhidin ücretini arttırabileceği gibi, taraf menfaatlerini dengelemek ve tarafların zarar görmemesini sağlamak amacıyla sözleşmeyi fesih de edebilecektir¹⁰⁴.

¹⁰¹ ERMAN, s. 71.

¹⁰² Bu kural için bkz. KOSCHAKER, Paul; Modern Husui Hukuka Giriş Olarak Roma Husui Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1961, (Çev. Kudret AYİTER).

¹⁰³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 239.

¹⁰⁴ TOPUZ, s. 31; ARAT 194-195; KAPLAN, İbrahim; Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 153 vd., (Sözleşme); ERMAN, s.110.

Beklenilmeyen hal kavramı ile ilgili olarak Türk Hukukunda tam bir terim birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından olağanüstü hal¹⁰⁵ kavramı, bazı yazarlar tarafından ise beklenilmeyen hal¹⁰⁶ kavramı kullanılmaktadır. Ancak BK. md. 365'te eser sözleşmesinin her iki tarafının sözleşmenin kurulumunda tahmin edemedikleri ve öngöremedikleri hallere işaret edildiğinden, tarafımızca çalışmamızda beklenilmeyen hal kavramı kullanılmaktadır. Zira çalışma konumuz olan BK. md. 365/II incelendiğinde "tarafarca tahmin olunamayan" ve "tahmin olunup da nazara alınmayan" ibarelerinin yer almakta olduğu görölmektedir. Borçlar Kanunu'nun gündemde olan 2008 Tasarısı'nda da md. 475 ile md. 491 arasında düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin bölümde, BK. md. 365'e denk gelen md. 480'de "... başlangıçta öngörülemeyen veya öngörölüp de tarafarca göz önünde tutulamayan durumlar..." şeklinde benzer ibareler kullanılmış ve olağan dışılığa özel bir atıfta bulunulmamıştır¹⁰⁷.

Kanun koyucunun götürü ücrete bir istisnai düzenleme olarak getirdiği işbu maddenin şartlarının oluşabilmesi için somut olayda aşağıdaki şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre¹⁰⁸;

- Tarafarca önceden öngörölmeleyen veya öngörölüp de vukua gelmeyeceğini kabul ettikleri beklenilmeyen bir hal ortaya çıkmalıdır.
- Ortaya çıkan beklenilmeyen hal, eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasını aşırı derecede güçleştirmiş bulunmalıdır.
- Beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması taraflara isnad edilememelidir.
- Taraflar sözleşmelerinde sözleşmenin feshi veya bedelin arttırılması yoluna gidilemeyeceğini kararlaştırmamış olmalıdır.

¹⁰⁵ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 107; BAYGIN, s. 65; UYGUR, s. 490; TORUN, s. 424; CİĞERİM, s. 80.

¹⁰⁶ ERMAN, s.35; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuk Özel Hükümler, İstanbul 2007, s. 91.

¹⁰⁷ tbmm.gov.tr, 25.07.2010, (Tasarı).

¹⁰⁸ ERMAN, s. 70.

1.1. TARAFLARCA ÖNCEDEN ÖNGÖLEMİYEN VEYA ÖNGÖRÜLÜP DE VUKUA GELMEYECEĞİNİ KABUL ETTİKLERİ BEKLENİLMİYEN BİR HAL ORTAYA ÇIKMALIDIR.

Kanun koyucu BK. md. 365/II ile somut olayda sözleşmenin kurulması aşamasında BK.'nın 2008 Tasarısı'ndaki ifadesi ile öngörülemez¹⁰⁹, beklenilmeyen veya öngörülmesine karşın sözleşmenin ifasına etki edeceği tahmin edilmemesi sebebiyle göz önünde tutulmayan "beklenilmeyen hal" şeklinde ifade edilen durumların gerçekleşmesini aramaktadır¹¹⁰.

Doktrinde mücbir sebep halleri¹¹¹, eser sözleşmelerinde bir halin beklenilmeyen hal sayılabilmesi için en temel durum olarak kabul edilmiştir¹¹². Mücbir sebep sayılmamasına karşın, hakkında önceden öngörülemez bulunmayan teknik, ekonomik, sosyal ve doğal olaylar da beklenilmeyen hal kavramı içinde sayılabilecektir¹¹³. Bu durumlara örnek olarak kış aylarının çok uzun ve soğuk geçmesi, ilgili çalışma araçlarının bulunamaması, uzun süren bir grev sebebiyle işçi çalıştırılmaması, savaş, seferberlik gibi haller yüzünden malzeme sağlanamaması, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmayan ve müteahhide çok külfet yükleyen bir verginin sonradan konulması¹¹⁴, sözleşmeye konu arsanın gereken özenle incelenmesine rağmen sonradan elverişsiz çıkması, devalüasyon nedeniyle

¹⁰⁹ tbmm.gov.tr, 25.07.2010, (Tasarı).

¹¹⁰ CİĞERİM, s. 80; ARAT, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 90; ERMAN, s. 71; BAYSAL, Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 212; KAPLAN, (Sözleşme), s. 136-137; TOPUZ, Seçkin; Dengenin Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 293.

¹¹¹ İNAL, Tamer; Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 13.

¹¹² ERMAN, s. 72; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 240; YAŞAR, Tanju Oktay; Enflasyonun İstisna Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi ve Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi, Ankara 1989, s. 41; BAYGIN, s. 72; CİĞERİM, s. 81; GÜRPINAR, s. 138; GÜRSOY, Kemal Tahir; Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi) Ankara 1950, s. 116; YALÇINDURAN, s. 146.

¹¹³ BAYSAL, s. 163; KAPLAN, (Sözleşme), s. 125-126; ERMAN, s. 74 vd.; TOPUZ, s. 270, ARAT, s. 96.

¹¹⁴ Yarg. TD., 22.06.1973 tarih, E. 2344 ve K.2905, Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010.

malzeme fiyatlarının aşırı derecede yükselmesi¹¹⁵ gibi olaylar gösterilmiştir¹¹⁶.

Su baskını, toprak kayması gibi objektif etkilerin yanı sıra taraflardan kaynaklanmamasına karşın, tarafları ve sözleşmeyi etkileyen olaylar da beklenilmeyen hal kavramı olarak kabul edilebilmektedir¹¹⁷. Nitekim eser sözleşmesine konu eserin yer sarsıntısı nedeniyle telef olması üzerine, yeniden inşası müteahhit açısından aşırı güçlük doğurabilecektir. Olağanüstü hallerin varlığını ispat yükü de bedel artırımı veya sözleşmenin feshini isteyen müteahhide aittir¹¹⁸. Bu halde, önceden görülemeyen beklenilmeyen bir halin tarafların kusuru olmaksızın ortaya çıkmış olması sebebiyle BK. md. 365/II uygulama alanı bulacağından; burada önem arz eden husus, aşırı güçlüğü bulunup bulunmadığının tespiti noktasında toplanmaktadır¹¹⁹. Bu kapsamda beklenilmeyen hal kavramı ile mücbir sebep kavramlarını birbirine karıştırmamak gerektiğini de belirtiriz. Nitekim mücbir sebep teşkil eden olaylar her zaman bir beklenilmeyen hal olmalarına rağmen, her beklenilmeyen halin mutlaka mücbir sebep olduğu kabul edilemeyecektir¹²⁰.

BK. md. 365/II'den yararlanılabilmesi için eser sözleşmesinin tarafları veya taraflardan birinin beklenilmeyen hale konu olayı önceden tahmin edememesi ve öngörememesi gerekmektedir. Beklenilmeyen hale konu olayın önceden tahmin edilebilir halde olması durumunda; başka bir anlatımla, beklenilmeyen olayın önceden öngörülmesi mümkün ise ve sözleşme buna rağmen yapılmış ya da bunun için gerekli önlemler

¹¹⁵ Yarg. HGK., 17.10.1980 tarih, E.1978/-11-773 ve K.1980/2310 sayılı karar, Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010.

¹¹⁶ ERMAN, s. 73.

¹¹⁷ BAYGIN, s. 73.

¹¹⁸ Yarg. 15. HD., 20.01.1993 tarih, 2015/157 sayılı karar "Taraflar arasındaki 08.09.1986 tarihli sözleşmede döşeme işinin 3350 lira/m², ihzarat malzemesinin ise 2000-TL/m²'den yapılacağı belirtilmiştir. Böylece eserin ücretinin götürü bedele göre kararlaştırıldığı anlaşılmalı BK m.365 uyarınca davacı işi bu bedele göre yapmakla yükümlü olup bedelin arttırılmasını isteyemez. Davacı tarafından BK. m 365/2'de belirtilen (bedelin arttırılmasını gerektiren haller) ispat edilemediğinden mahkemece yapılan işin bedeli sözleşmedeki esaslara göre hesaplanmalıdır. Alınan bilirkişi raporunda da bu esaslar doğrultusunda alacak belirlendiğinden, bu dava alınan bilirkişi raporundaki hesaplama doğrultusunda, yani fiyat farkı verilmeksizin kabul edilmelidir. Bu nedenlerle davacı alacağına fiyat farkı verilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir." (KARATAŞ, İzzet; Eser- İnşaat Yapımı Sözleşmeleri, Ankara 2009, s. 252.)

¹¹⁹ ERMAN, s. 72; TOPUZ, s. 228; ARAT, s. 114; BAYSAL, s. 154; KAPLAN, (Sözleşme), s. 147.

¹²⁰ FEYZİOĞLU, F.N; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2., İstanbul 1977, s. 225; ERMAN, s. 74.

alınmamışsa, BK md. 365/II'den yararlanılması düşünülemeyecektir¹²¹. Nitekim müteahhit eserin yapılması için gerekli masrafların artacağını öngörebilecek durumda olmasına karşın, ileride nasıl olsa BK md. 365/II'den yararlanma düşüncesiyle ücretini düşük tespit etmiş olması halinde; bu yöndeki kastı veya ihmalinin sonuçlarına katlanacak ve sonradan bir ücret artırımını isteyemeyecektir. Tarafların beklenilmeyen hale ilişkin olayın meydana gelmesi durumunda BK. md. 365/II'nin geçerli olacağını kararlaştırmış olmaları veya bu sorunu çözmeye ilişkin sözleşmede bir düzenleme yapmış olmaları ise geçerli sayılacaktır¹²².

Kanun koyucu BK. md. 20'de bir sözleşmenin konusunun imkansız veya belirsiz olması halinde o sözleşmenin batıl olduğunu düzenlemiştir. Bu hükme göre ifa imkansızlığı sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut bulunmaktadır. Ancak beklenilmeyen hal durumunda, sözleşmenin kurulması aşamasından sonra ifa imkansızlığına sebep olan bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bir sözleşmede edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin sözleşmenin kurulması aşamasından itibaren yerine getirilmesinin imkansız olduğunu ortaya koymaktadır¹²³. Doktrinde ifayı engelleyen durumun en geç sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerektiğine işaret edilmekte olup; sözleşmenin kurulması aşamasındaki imkansızlığın daha sonra koşulların değişmesi ile varlığını koruyamamış olması halinde dahi, sözleşmenin geçerli olarak kurulamamış olması sebebiyle artık sözleşmenin geçerli hale geldiğinin düşünülemeyeceği belirtilmiştir¹²⁴. Ancak sözleşmenin bir şarta veya süreye bağlı kılınmış olması halinde, şartın gerçekleştiği veya sürenin dolduğu sırada edimin ifasının imkan dahilinde olması durumunda imkansızlıktan söz edilemeyeceği de belirtilmiştir¹²⁵.

Sözleşmenin BK. md. 20 çerçevesinde batıl olması durumunda, tekrar bir işlem tesis edilmesi ile batıl sözleşmenin geçerli hale gelmesi düşünülemeyeceğinden, sözleşmenin bir hukuki sonuç doğurması mümkün

¹²¹ ERMAN, s. 78; BAYSAL, s. 173; ARAT, s. 105; KAPLAN, (Sözleşme), s. 151; TOPUZ, s. 259.

¹²² CİĞERİM, s. 88; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 241.

¹²³ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 399, (Borçlar).

¹²⁴ EREN, s. 400.

¹²⁵ EREN, s. 403.

değildir. Nitekim başlangıçta imkansız olan sözleşmeler geçersiz nitelikte sayılmaktadır. Borçlunun kusuru ile edimin imkansız hale gelmesi durumunda, edim borçlusu BK. md. 96 gereği tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır. BK. md. 117'ye göre bir imkansızlık durumunun gerçekleşmesi halinde ise borçlu borcundan kurtulabilecektir¹²⁶.

Beklenilmeyen halin sözleşmenin kuruluşu aşamasında mevcut olmaması veya mevcut olmasına karşın taraflarca dikkate alınmamış olması şartı, öngörülemez nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak öngörememe kavramının toplumun, ilgili iş çevresinin kabulleri doğrultusunda mı değerlendirileceği mi yoksa, toplumun olaya öngörülemez vasfı verip vermediği kriterine göre mi değerlendirileceği tartışmalıdır. Bu kapsamda, doktrinde ileri sürülen, önceden tahmin edilememe kavramının, objektif bir ölçüye bağlanarak aynı iş ve yetiştirme çevresindeki normal insanların söz konusu cinsten işlerin özenle değerlendirilmesi konusundaki ortalama görüşlerin esas alınması yönündeki görüş¹²⁷ kanaatimizce yerindedir. Başka bir anlatımla, önceden tahmin edilememe, o meslek alanında yaygın görüşlere, yetkili kişilerin ortalama düşünce tarzına göre somut olarak tayin edilir. Nitekim bu görüşe göre uzman olmayan iş sahibinin değil, konusunda uzman olan müteahhidin öngörülüşüne sahip olup olmadığına bakılmalıdır¹²⁸. Netice itibarıyla, sözleşmenin kuruluşu aşamasında beklenilmeyen hal durumunun mevcut olması halinde taraflar BK. md. 365/II'den yararlanamayacaklardır.

Beklenilmeyen hal kavramının içeriğinin belirlenmesinde MK. md. 2 anlamında dürüstlük kuralının esas alınması gerektiği görüşünü ileri süren görüş¹²⁹, beklenilmeyen halin daha somut bir kritere ulaştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre, imalatta bulunan ve bu şekilde iş sahibine göre uzmanlık alanında daha fazla öngörü sahibi olarak kabul edilen müteahhidin durumu değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, sözleşmenin

¹²⁶ ALTAŞ, Hüseyin; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK m.117), Ankara 1991, s. 3; KAPLAN, (Sözleşme), s. 138; ERMAN, s. 81; TOPUZ, s. 117; BAYSAL, s. 119; ARAT, s. 135.

¹²⁷ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 240; ERMAN, s. 77; CİĞERİM, s. 87; SUNGURBEY, s. 173; TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 1059; BAYSAL, s. 185; ARAT, s. 107.

¹²⁸ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 240; CİĞERİM, s. 87.

¹²⁹ ERMAN, s. 138-139.

ifasından önce imalata dair masrafları ve masraflara etki eden tüm durumların müteahhit tarafından bilinmesi ve ücret için talep ettiği miktara katmasının beklendiği; beklenilmezliğin ileri sürülmesinde ise isabetli olacak şekilde uzman ve özenli bir müteahhidin bakış açısının esas alınması gerektiği ve bu şekilde, uzman ve özenli müteahhidin hayatın olağan akışına göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durumu önceden tahmin edemez bir durumda olduğunun anlaşılması halinde ancak beklenilmeyen bir halin gerçekleştiği kabul edilebilecektir¹³⁰.

Yargıtay'ın kararları incelendiğinde, öngörülmezlik unsuru üzerinde ciddi biçimde durulduğu ve her bir olay bakımından öngörülmezlik unsurunun yerine gelip gelmediğinin araştırıldığı görülmektedir¹³¹.

MK. md. 2'nin her zaman müteahhit aleyhine yorumlanması hakkaniyete uygun olmayabileceğinden, tek başına müteahhidin öngörme yeterliliğinin yanı sıra, iş sahibinin de müteahhide karşı konumu ve karşılıklı durumlarının da değerlendirilmesi gerekecektir¹³². Başka bir anlatımla, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği, amacı ve diğer koşullar da dikkate alınmalıdır. Zira uzmanlığı zayıf olan bir müteahhitle sözleşme yapılması hali gibi durumlarda BK. md. 365/II'nin uygulanabileceği doktrinde kabul edilmiş olup, iş sahibinin BK. 365/II. madde'nin uygulanma riskini üstlendiği ifade edilmiştir¹³³. İş sahibinin alanında uzman bir kişi olmasına karşın, imalat masraflarının belirlenmesinde etkin bir rol üstlenmiş olması halinde, beklenilmeyen halin varlığının kabul edilmesi durumunda da, aynı şekilde bu durumun yine değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁴. Bu itibarla, kanaatimizce öngöremezlik halinin belirlenmesinde aynı iş ve yetiştirme çevresindeki normal insanların söz konusu cinsten işlerin özenle

¹³⁰ GÜRPINAR, s. 138-139.

¹³¹ Yarg. 11. HD., 07.11.2002 tarih, 5287/10431 sayılı karar: " ... Her olay kendi şartları içinde değerlendirilmeli, değişimin tedbirli birinin bekleyeceği ve herkesi etkileyen nitelikte olup olmadığı hususu üzerinde de durulmalıdır." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. 13. HD., 07.02.2002 tarih, 12426/1207 sayılı karar: "Taraflar arasındaki sözleşmenin 01.04.2001 tarihi itibarıyla yenilendiği tarihten önce Şubat 2001 krizinin ortaya çıktığı ve dövizin tırmanışa geçerek yükseldiği herkes tarafından bilinmektedir. Buna rağmen taraflar bir araya gelip, sözleşme yaptıklarına göre dövizdeki artışın sözleşme kurulurken nazara alındığının kabulü gerekir." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010)

¹³² BAYSAL, s. 186-187.

¹³³ OSER/SCHÖNENBERGER, m.373. (GÜRPINAR, s. 141'den naklen.)

¹³⁴ BAYGIN, s. 70; SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 56, (Müteahhit).

değerlendirilmesi konusundaki ortalama görüşlerinin esas alınması yerinde olacaktır.

Doktrinde mücbir sebep halleri, eser sözleşmelerinde bir halin beklenilmeyen hal sayılabilmesi için en temel durum olarak kabul edilmiştir¹³⁵. Zira tahmin edilememe ve olağanüstülük kavramlarının birbirine bağlı olduğu; bir olayın olağanüstü niteliğinin ne kadar fazla olması halinde o kadar öngörülemez olduğunun kabul edileceği belirtilmektedir¹³⁶. Mücbir sebep sayılmamasına karşın, hakkında önceden öngörüle bulunulmayan olayların da beklenilmeyen hal kavramı içinde sayılabileceği de belirtilmiş ve bu duruma örnek olarak kış aylarının çok uzun ve soğuk geçmesi, ilgili çalışma araçlarının bulunmaması örnek gösterilmiştir¹³⁷. Bunun yanı sıra su baskını, toprak kayması gibi objektif etkilerin yanı sıra taraflardan kaynaklanmamasına karşın tarafları ve sözleşmeyi etkileyen olaylar da beklenilmeyen hal kavramı olarak kabul edilebilmektedir¹³⁸. Eser sözleşmesinin yapımında alt müteahhitle de anlaşılmış olması halinde, asıl iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle beklenilmeyen halin meydana gelmesi durumunda da BK md. 365/II uygulama alanı bulabilecektir¹³⁹. Savaş, seferberlik gibi sebeplerle malzeme edinilememesi, uzun süren grev nedeniyle işçi faaliyetlerinin durması, devalüasyon nedeniyle malzeme fiyatlarının aşırı derecede yükselmesi, eser sözleşmesi konusu arsanın inşaata elverişli olmadığına anlaşılması, malzeme fiyatlarına yüksek oranda vergi konulması da örnek verilebilecek haller olarak belirtilmiştir¹⁴⁰.

BK. md. 365/II kapsamında devalüasyon ve enflasyonun eser sözleşmelerinde tahmin edilemeyen, beklenilmeyen hal olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında değerlendirilmiştir. Doktrinde yapılan değerlendirmelerde, paranın değer kaybı olarak ifade edilen devalüasyonun tereddütsüz olarak bir

¹³⁵ ERMAN, s. 72; YAŞAR, s. 41; BAYGIN, s. 72; CİĞERİM, s. 81; GÜRPINAR, s. 138; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 103; GÜRİSOY, s. 116; YALÇINDURAN, s. 146, BAYSAL, s. 124; ARAT, s. 96.

¹³⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 240-241; BAYSAL, s. 163.

¹³⁷ ERMAN, s. 73.

¹³⁸ BAYGIN, s. 73; ARAT, s. 97; TOPUZ, s. 269; GÜLEÇ (UÇAKHAN), Sema; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2002, s. 147.

¹³⁹ YALÇINDURAN, s. 147.

¹⁴⁰ TOPUZ, s. 259; ERMAN, s. 73; KAPLAN, (Sözleşme), s. 124-125; ARAT, s. 95.

beklenilmeyen hal olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹. Ancak doktrinde bazı görüşler¹⁴² para değerindeki her düşüşün edimlerin uyarlanması imkanını sağlamayacağını, zira burada özellikle ekonomik krizlerin önceden öngörülemezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin irdelenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Yargıtay'ın bazı kararlarında ise devalüasyon ve para değerinde değişmelerin önceden tahmin edilemez bir durum olmadığı belirtilmiştir¹⁴³. Bu kararlar, sözleşmenin devalüasyondan sonra yapılması halinde müteahhidin BK. md. 365/II'ye istinaden talepte bulunamayacağı belirtilerek, eleştirilmiştir¹⁴⁴. Tarafların mevcut durum hakkında bilgi sahibi olmaları ve sözleşmenin bu koşullarda kurulmuş olması sebebiyle, bu görüş tarafımızca isabetli bulunmaktadır. Müteahhidin imalatı zorlaştıran bir etkenin önceden öngörülebilir nitelikte olmasına rağmen, öngörülmemiş olması halinde de BK. md. 365/II hükmünden yine yararlanması söz konusu olmayacaktır¹⁴⁵. Devalüasyon nedeniyle para değerindeki düşüşün beklenilmeyen hal olduğunu kabul eden görüş, bu halin ortaya çıkması ile sözleşmede taraflar arasındaki dengenin bozulmuş olacağını; bu denge kaybı neticesinde taraflardan birinin sözleşmede dengenin sağlanmasını kabul etmemesi halinde sözleşmenin feshedileceğini belirtmektedir¹⁴⁶.

Doktrinde¹⁴⁷ sözleşmenin süresi değerlendirilmiş ve sözleşmenin kısa süreli olmasının öngörme imkanlarını arttıracığı belirtilmiştir¹⁴⁸. Nitekim

¹⁴¹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 104; KAPLAN, (Sözleşme), s. 147; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 368; BURCUOĞLU, Haluk; Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995, s. 11; EREN, s. 575; SEROZAN, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 167, (İfa); DOĞANAY, İsmail; Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Engel Olur Mu?, Yargıtay Dergisi, C. 1, Ekim 1975, S.4, s. 30; OĞUZMAN/ÖZ, s. 143; ERMAN, s. 90 vd.

¹⁴² ARAT, s. 100; BAYSAL, s. 153; TOPUZ, s. 238.

¹⁴³ Yarg. HGK., 02/04/1975 tarih, 1973/T-569E. ve 1975/432K. sayılı karar (BAYGIN, s.75.); Yarg. 11. HD., 17.11.2003 tarih, 3979/10988 sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. 13. HD., 10.06.2003 tarih, 3622/7636 sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. 13. HD., 07.10.2003 tarih, 6540/11490 sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. HGK., 15.10.2003 tarih, 13-599/599 sayılı karar; Yarg. HGK., 07.05.2003 tarih, 13-322/340 sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010).

¹⁴⁴ BAYGIN, s. 75.

¹⁴⁵ ERMAN, s. 78.

¹⁴⁶ ERMAN, s. 98.

¹⁴⁷ ERMAN, s. 80.

¹⁴⁸ GÜRSOY, s. 115; ERMAN, s. 80.

sözleşme süresinin kısa oluşunun tahmin imkanlarını arttırdığı ve tahmin edilmezliğin bir kusur olarak kabul edildiği belirtilmiştir¹⁴⁹.

BK. md. 365/II lafzından, tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında beklenilmeyen halin varlığını öngörmüş olabilmelerine rağmen, bu durumu dikkate almamış olmaları halinde de, madde metninden yararlanılabileceği anlaşılmaktadır¹⁵⁰. Bu duruma örnek olarak doktrinde, başlangıçta kuru tarım arazisi vasfı taşıyan kısmi ve az yer altı suyu sızan arsanın, yağışların aşırılığı sonucu artık kuru tarım arazisi vasfını yitirmesi nedeniyle ifa güçlüğü meydana gelmiş olması sebebiyle, müteahhidin BK. md. 365/II'den yararlanabileceği verilebilir. Nitekim taraflar bu örnekte kuru tarım arazisi vasfı taşıyan arazinin az da olsa yer altı suyu sızdığını bilmekte ve fakat bu durumun sonradan sözleşmenin ifasını güçleştirmeye yol açmasını dikkate almamışlardır. Ya da tünel, köprü gibi bir yapının imalinin gerçekleştirileceği yerin uzmanlara incelettirilmesi ve bu yerin elverişli olduğuna ilişkin alınan raporun sözleşmenin temeli olarak kabul edilmesine karşın; sonradan toprağın bir türlü tutmaması sebebiyle olağanüstü giderler yapılmasına ihtiyaç duyulmuş olması halinde de, yine beklenilmeyen halin sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülmüş olmasına karşın, dikkate alınmamış olduğu anlaşıldığından; müteahhidin BK. md. 365/II'den yararlanabileceği kabul edilebilecektir.

Madde lafzında hedeflenen ve sözleşmenin kurulmasından önce söz konusu olmamasına karşın, sonradan meydana gelen beklenilmeyen haller ile tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında öngörmüş olmalarına karşın dikkate almamış oldukları haller eş tutulmuştur. Bu halde, tarafların yanlış kanaatlerini sözleşmenin temeli olarak hedeflemiş olmalarına karşın, bu durumun ortaya çıkmayacağını var saymış olduklarından; bu yanlışlığın ortaya çıkması ile BK. md. 365/II'den yararlanılması söz konusu olacaktır¹⁵¹. Doktrinde bu durumun BK. md. 24/IV'de düzenlenen sözleşmenin gerekli vasıflarında hata haline benzer bir halden kaynaklanmakta olduğu ifade

¹⁴⁹ SUGURBEY, s. 173; ERMAN, s. 80.

¹⁵⁰ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 107.

¹⁵¹ GÜRPINAR, s. 144; ARAT, s. 108-109; BAYSAL, s. 170 vd.

edilmiştir¹⁵². Buna göre, sözleşmenin taraflarının masrafların artmasına neden olacak durumları görmelerine karşın, yaptıkları inceleme ve araştırmalar neticesinde bu durumun ortaya çıkmayacağı kanaatine ulaşmaları sebebiyle, bu kanaatlerini esas alarak sözleşme bedelini açıkça veya zımnen götürü bedelli olarak belirlemişlerdir. Ancak sözleşmenin devamı sırasında beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması ile birlikte sözleşmeye esas aldıkları bu sonucun yerinde olmadığı anlaşılmakta olup¹⁵³, bu husus içtihatlarda da belirtilmiştir¹⁵⁴. Bu durumda, madde lafzından yapılan yorumla, taraflarca beklenilmeyen bir halin meydana gelmesinin öngörülmesine karşın, dikkate alınmaması durumunda da BK. md. 365/II. gereği ücret artırımına veya sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi mümkündür. Doktrinde taraflarca öngörülmesine rağmen dikkate alınmayan beklenilmeyen hallerin, sözleşmenin bir şartı mertebesine çıkarılması, sözleşmeyi açıkça bu şarta bağlı kılmalarının zorunlu olmadığı belirtilmiştir¹⁵⁵.

1.2. ORTAYA ÇIKAN BEKLENİLMİYEN HAL, ESERİN TESPİT EDİLEN GÖTÜRÜ ÜCRETLE TAMAMLANMASINI AŞIRI DERECEDE GÜÇLEŞTİRMİŞ BULUNMALIDIR.

BK. md. 365/II'de beklenilmeyen haller nedeni ile ifa güçlüğü, işin yapılmasına mani olması veya yapılmasını son derece engellemesi olarak ifade edilmiştir. Borçlar Kanununda ifa güçlüğü veya ifa imkansızlığı arasında fark yaratacak bir uygulamayı sonuçlayacak bir düzenleme tesis edilmemiştir. Doktrinde, borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki imkansızlığı düzenleyen BK. md. 117 hükmünün sonraki subjektif imkansızlık olasılığını da kapsadığı baskın görüş olarak kabul edilmektedir

¹⁵² GÜRPINAR, s. 144, TANDOĞAN, (Borçlar), s. 242.

¹⁵³ ERMAN, s. 79; BAYGIN, s. 72; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 106; BAYSAL, s. 171; ARAT, s. 105; TOPUZ, s. 261; KAPLAN, (Sözleşme), s. 154.

¹⁵⁴ Yarg. HGK., 11.02.1998 tarih, 1998/13-4E. ve 1998/87K. sayılı karar: "Sözleşmeye müdahale için (...), değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden görülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngürülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir. (Kazancı İctihat Bankası, 01.03.2010)

¹⁵⁵ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 104.

¹⁵⁶. Çalışma konumuz ile doğrudan ilgisi olmaması nedeniyle, ifa imkansızlığı ve ifa güçlüğü kavramlarına aşağıda kısaca değinilecektir

1.2.1. İfa İmkansızlığı

İmkansızlık hukuki veya maddi nedenlerle temin edilemeyen, yapılamayan, yerine getirilemeyen edim olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷. İfa imkansızlığı ile ilgili doktrinde BK. md. 20 hükmü dikkate alınarak iki türlü ayırım yapılmaktadır. Bu ayırma göre bştan yani objektif imkansızlık veya sonradan imkansızlık söz konusu olacaktır. Akdin kurulması anında veya kurulmasından önce bir imkansızlık durumunun mevcut olması halinde başlangıçtaki objektif imkansızlıktan bahsedilecektir¹⁵⁸. Bu tür imkansızlık hallerinde sözleşme bştan itibaren geçersiz sayılacaktır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya bir ifa engelinin çıkması halinde ise edimin sürekli ve kesin olarak yerine getirilememesi durumunda sonraki imkansızlıktan bahsedilecektir¹⁵⁹.

Doktrinde¹⁶⁰ imkansızlık ile ilgili yapılan başkaca bir ayırım ise sürekli imkansızlık- geçici imkansızlık şeklindedir. Borçlanılan edimin zaman yönünden kesin olarak ifa edilemez halde olması veya ifa kabiliyetini kaybetmiş bir hale gelmiş olması halinde sürekli imkansızlıktan bahsedilecektir¹⁶¹. Ancak borçlanılan edimin ifası zaman yönünden geçici bir sebeple imkansız hale gelmişse geçici imkansızlık hali söz konusu olacaktır¹⁶².

Doktrinde yapılan diğer bir ayırım ise tam imkansızlık- kısmi imkansızlık ayırımıdır¹⁶³. Bu ayırma göre, taahhüt olunan edimin tamamının ifa edilememesi halinde tam imkansızlıktan, bölünebilir nitelikteki edimin bir kısmının ifa edilememesi halinde ise kısmi imkansızlıktan söz edilecektir.

¹⁵⁶ BAYSAL, s. 119; DURAL, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1979, s. 177 vd; TUNÇOMAĞ, Kenan; Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD, Yeni Seri, Yıl 1, No 1, İstanbul 1967, s. 87-108, (İfa); DURAL, s. 89 vd.

¹⁵⁷ ALTAŞ, s. 1; OĞUZMAN/ÖZ, s. 426.

¹⁵⁸ ALTAŞ, s. 81; DURAL, s. 177 vd; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 295 vd.

¹⁵⁹ DURAL, s. 75; OĞUZMAN/ÖZ, s. 300 vd.

¹⁶⁰ EREN, C.3, s. 201; OĞUZMAN/ÖZ, s. 300 vd.; DURAL, s.100; ALTAŞ, s. 23; TUNÇOMAĞ, (İfa), s. 87-108.

¹⁶¹ EREN, C.3, s. 201; OĞUZMAN/ÖZ, s. 428.

¹⁶² DURAL, s. 100; EREN, C.3, s. 205; ALTAŞ, s. 23; OĞUZMAN/ÖZ, s. 428.

¹⁶³ OĞUZMAN/ÖZ s. 433; DURAL, s. 177 vd; SEROZAN, (İfa), s. 15.

BK. md. 117/II hükmü kapsamında doktrinde yapılan değerlendirmeler incelendiğinde; taraflar arasında akdedilen eser sözleşmesinde de tarafların edimin bir bütün halinde ifası konusunda anlaşmış olmaları durumunda edimin kısmen dahi imkansızlaşmış olması halinde tam imkansızlığın varlığı söz konusu olacaktır¹⁶⁴. Tarafların edimin bir bütün halinde ifası konusunda anlaşmaları bulunmamasına karşın, sözleşmenin amacına bakılarak edimin ancak tam olarak ifa edilmesi halinde alacaklının tatmin edilmesinin sağlanmasının söz konusu olması durumunda yine kısmi değil, tam imkansızlık söz konusu olacaktır¹⁶⁵.

1.2.2. İfa Güçlüğü

Doktrinde ifa imkansızlığına ilişkin birçok ayırım bulunmakta¹⁶⁶ ise de, ifa güçlüğünde bu ayrımlar bulunmamaktadır¹⁶⁷. Bir görüş ifa ediminin değerine oranla masrafının fazlaca gerektirmesi halinde ifa güçlüğünden söz edilebileceğini ifade etmiştir¹⁶⁸. Bir diğer görüş ise ifa imkansızlığını, subjektif imkansızlık veya onun bir sonucu olarak değerlendirmektedirler¹⁶⁹.

Yapılan değerlendirmelerde ifa güçlüğü'nün objektif ve subjektif ifa imkansızlıklarından farklı olduğu belirtilmiştir. Üzerinde önemle durulan objektif ifa imkansızlığında, sözleşme konusu edimin ifasının hiç kimse tarafından yerine getirilememesi söz konusu olup, ifa güçlüğünde edimin ifası borçlu müteahhidi ekonomik yönden büyük zarara uğratmaktadır¹⁷⁰. Bu nedenle edimin ifası ve tesliminde teknik imkansızlıktan çok, riskin büyük ve zarar doğurma ihtimalinin kuvvetli olması aranmaktadır. Subjektif imkansızlıkta ise imkansızlık borçlunun dahili şartlarından doğmuştur¹⁷¹. İfa güçlüğü neticesini doğuran olayda ise ifanın güçleşmesinde herkes için durum aynı olup, borçlu ile aynı konumda bulunan herkes için risk de aynıdır. Bu nedenle imkansızlık ve ifa güçlüğü kavramlarının

¹⁶⁴ ALTAŞ, s. 32; OĞUZMAN/ÖZ, s. 433; DURAL, s. 177 vd; SEROZAN, (İfa), s. 15 vd.

¹⁶⁵ ALTAŞ, s. 33; OĞUZMAN/ÖZ, s. 433; DURAL, s. 177 vd; SEROZAN, (İfa), s. 15 vd.

¹⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 433.

¹⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 433.

¹⁶⁸ VON TUHR (Çev. EDEGE), s. 248 (GÜLEÇ, s. 52'den naklen.)

¹⁶⁹ DURAL, s. 80.

¹⁷⁰ ALTAŞ, s.37.

¹⁷¹ ALTAŞ, s. 37.

değerlendirilmesinde sözleşmenin mevcut şartlarının göz önünde bulundurulması gerektiği gibi, tarafların kişisel özellikleri de değerlendirilmelidir. Zira eser sözleşmesi kural olarak bizzat ifa yükümü doğuran bir sözleşme niteliğindedir.

1.2.3. Değerlendirme

Eser sözleşmelerinde işlem temelinin çökmesini özel olarak düzenleyen BK. md. 365/II ile BK. md. 117/II arasındaki ilişkinin doktrinde incelenmesi neticesinde madde metninde geçen "işin yapılmasına mani olma" ifadesinin, işin yapılmasını imkansız kılması anlamına gelmediği belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, işin yapılmasına engel olma terimi ile ilgili olarak doktrinde, eksik bir açıklama olduğu belirtilmiş ve bu terimin işin tespit edilen götürü ücretle yapılmasına mani olduğu hallerin BK. md. 365/II çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁷². Bu kapsamda, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesine engel olan ve sözleşmenin taraflarına yükletilemeyen mutlak anlamda bir imkansızlığın söz konusu olması halinde, bu imkansızlığın BK. md. 117/II çerçevesinde değerlendirilmesinin yerinde olacağı belirtilmiş ve BK. md. 365/II'de ise masrafların artması yüzünden sözleşmenin ifası güçleştiğinden, işin yapılmasına engel olmanın aslında işin aşırı derecede güçleşmesinin özel hali olarak karşımıza çıktığı değerlendirilmiştir¹⁷³. Ayrıca mevzuatın yanlış ifadeler içerdiğine dikkat çekilerek, sözleşmenin ifasına engel olan durumların sonradan ortaya çıkması durumunda BK. md. 117'nin uygulanacağı ve sözleşmenin bu halde sona ereceği belirtilmiştir¹⁷⁴. Buna göre sözleşmenin ifasının aşırı güçleşmesi halinde BK. md. 365/II, ifanın imkansızlaşması halinde ise BK. md. 117/2 uygulanacaktır¹⁷⁵.

Doktrinde ifa imkansızlığı ve ifa güçlüğü kavramlarının birbirinden farklı olduğunu belirten görüşe göre¹⁷⁶; ifa imkansızlığı, objektif veya subjektif nitelikte olsun her durumda borcu sona erdiren bir durum olarak

¹⁷² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 243. OĞUZMAN/ÖZ, s. 433 vd.

¹⁷³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 243; ERMAN, s. 81-83.

¹⁷⁴ ERMAN, s. 82.

¹⁷⁵ ERMAN, s. 82.

¹⁷⁶ KAPLAN, (Sözleşme), s. 139.

kabul edilmekte olduğu gibi, ifa g¼c¼l¼đ¼ ise borçlunun mali durumunda sonradan meydana gelen darlık ve bozukluklar sebebiyle ifayı gerçekteşirememesi olarak deđerendirilmektedir¹⁷⁷. Buna g¼re borçlunun sonradan değişen durum ve koşullar nedeniyle borcun ifasında g¼c¼l¼k çekmesi BK. md. 117'deki ifa imkansızlığı ile değil, MK. md. 2 ile bu maddeden kaynaklanan, değişen hal ve şartlara uyarlama ile ihtilafın ç¼z¼m¼ anlamına gelen clausula rebus sic stantibus ilkesi ile ç¼z¼mlenecektir¹⁷⁸.

BK. md. 365/II dahilinde ifa g¼c¼l¼đ¼ kavramı sözleşmenin sona ermesine neden olan bir kavram olup, bu kavramın somut olay ve tarafların subjektif durumlarına g¼re varlık bulup bulmadığı değerendirilmelidir. Tarafların durumlarına g¼re, m¼teahhidin taahh¼t ettiği eseri imal için teknik şartlara sahip olmasına karşın, sadece sözleşmenin tarafına ait ekonomik nedenlerle iş g¼rmekten aciz durumda olması halinde ifa g¼c¼l¼đ¼n¼n varlığı kabul edilmekte ve fakat işin ifasının teknik anlamda da imkansız hale gelmesi durumunda, ifa imkansızlığı s¼z konusu olabilecektir¹⁷⁹.

Kanun koyucunun BK. md. 365/II'de yer verdiği "işin yapılmasına mani olur" ifadesi doktrinde değerlendirilmiş ve BK. md. 365/II metninin bu konudaki ifadesinin yanlış olduğu belirtilmiřtir¹⁸⁰. Nitekim BK. md. 365/II'nin metnine sıkı biçimde bağlı kalınarak, sözleşmenin yerine getirilmesinin imkansız olması halinde, g¼t¼r¼ ücretle yapılan sözleşmelerde BK. md. 117'nin uygulanmayacağı ve bu durumda da BK. md. 365/II'nin uygulanacağı sonucuna ulaşılabileceği belirtilmiřtir¹⁸¹. Ancak yapılan değerlendirmelerde devamlı BK. md. 365/II'nin d¼zenlenme nedeninin clausula rebus sic stantibus prensibinin özel bir uygulaması olduğu, sözleşmenin yerine getirilmesi m¼mk¼n olan haller y¼n¼nden taraflara ayrıca bir olanak sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda, beklenilmeyen haller sonucunda ifanın aşırı g¼çleřmesi halinde BK. md.

¹⁷⁷ OğUZMAN/ÖZ, s. 426. vd.

¹⁷⁸ ERMAN, s. 81; KAPLAN, (Sözleşme), s.139; TOPUZ, s. 125.

¹⁷⁹ OğUZMAN/ ÖZ, s. 433 vd.; DURAL, s. 170 vd.

¹⁸⁰ TANDOğAN, (Borçlar), s. 91; ERMAN, s. 81 vd.

¹⁸¹ ERMAN, s. 81.

365/II'nin uygulanacağı ve fakat sözleşmenin ifasının imkansızlaşması halinde ise BK. md. 117'nin yeterli olduğu belirtilmiştir¹⁸².

Hakim beklenilmeyen hal nedeniyle oluşan ifa güçlüğünü belirlerken, ortaya çıkan beklenilmeyen halin müteahhidin rizikosunu aşan bir durum olup olmadığını, müteahhidin sosyal ve ekonomik durumunu dikkate alarak takdir etmelidir¹⁸³. Doktrinde bir görüş, BK. md. 365/II anlamında rizikonun aslında küçük çapta işletmeler için daha çok etkili olduğunu, büyük imalat potansiyeline sahip olan müteahhitler için ise rizikonun daha az etkili olacağını ileri sürmüştür¹⁸⁴. Bu görüşün yerinde olup olmadığı kanun maddesinin uygulanması aşamasında anlaşılabilir. Nitekim yaşanan büyük bir ekonomik krizde, bir villa inşaatını yüklenen esnaf faaliyetinde bulunan bir müteahhidin ifa gücü ile daha büyük çapta imalatta bulunan büyük bir inşaat firması olan müteahhidin ifa gücü birbirinden farklı olabilecektir¹⁸⁵.

Kanun koyucunun BK. md. 365/II ile getirdiği ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemenin dışında, ifa imkansızlığının gerçekleşmesi halinde artık BK. md. 117 uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁶. Bu kapsamda, sözleşme sona ereceğinden BK. md. 365/II gereği sözleşme ücretinin arttırılmasına gidilmesi söz konusu olmayacaktır¹⁸⁷. Sözleşmenin ifasının güçleşmesinden ziyade, sözleşme ediminin imkansızlaşmasına örnek olarak, silah imal ve teslimini konu edinen bir eser sözleşmesinin kurulmasından sonra çıkan bir yasal düzenleme ile tüm silah üreticilerinin ellerindeki silah hammaddelerine el konulacağına karar verilmesi ve imal aşamasında da el koyma işlemlerinin yapılması hali verilebilecektir¹⁸⁸. Bu durumda, sözleşmenin ifası imkansızlaşmış olacağından, ücret artırımını istenemeyecektir. Zira bu halde BK. md. 365/II gereği sözleşmenin hakim kararı ile feshinden farklı olarak; sözleşmede ifa yüklenicisi olan müteahhit sözleşmeyi feshetmese bile ifa

¹⁸² ERMAN, s. 82.

¹⁸³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 245.

¹⁸⁴ TANDOĞAN, (Borçlar) s. 245.

¹⁸⁵ GÜLEÇ, s. 151; ERMAN, s. 84.

¹⁸⁶ KAPLAN, (Sözleşme) s. 139.

¹⁸⁷ Bu konuya ilişkin olarak yeni dönme teorisinin dikkate alınması halinde sözleşme sona ermeyecek ve fakat tasfiye aşamasına geçecektir. (BAYGIN, s. 78; ARAT, s. 162.)

¹⁸⁸ ALTAŞ, s. 51 vd.

borcu sona erecek¹⁸⁹ olmasına karşın elindekini de iade borcu altına girecektir¹⁹⁰. Zira ifa imkansızlığının ortaya çıkması durumunda, bu kavrama ifa güçlüğünün dahil edilmesi uygun olmayacağından, ifa imkansızlığı karşısında BK. md. 117'nin uygulanması yerine, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması yoluna gidilmesi düşünülemeyecektir¹⁹¹.

Doktrinde ifa güçlüğü kavramı ile ilgili değerlendirmelerde bu kavramın sınırlarının belirlenmesinde, beklenilmeyen hallerde ortaya çıkan ifa güçlüğü halinin, teknik olarak işin tamamlanmasında değil, ifa maliyetinin aşırı derecede artması sebebiyle, eserin götürü ücretle tamamlanamaması olduğu ifade edilmiştir¹⁹². Bu konuya ilişkin görüşlerde, sözleşmeye hiçbir müdahalenin olmaması halinde, beklenilmeyen hallerden kaynaklanan masraf artışının, müteahhidin işi ifa etmesi için gereken ücret ile sözleşme kurulurken belirlenen götürü ücret arasında açık bir oransızlığa neden olması durumunda, ifanın aşırı derecede güçleştiğine değinilmiştir¹⁹³. Başka bir görüş ise, götürü ücretle müteahhidin ediminin değerinin karşılaştırılması ile bir oransızlık olup olmadığının belirlenemeyeceği izah edilerek, beklenilmeyen haller sonucunda artan maliyetler ile sözleşmenin kurulması aşamasında hesaplanan maliyetlerin karşılaştırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁴.

Türk doktrininde görüşler riziko kavramı çerçevesinde şekillenmiş ve bu doğrultuda, olağan rizikonun aşılması durumunda ifa güçlüğünün incelenmesinde, masraflarda artma oranı ile ortaya çıkan ifa güçlüğünün olağan müteahhit rizikosu içinde sayılıp sayılamayacağı değerlendirilmiştir¹⁹⁵. Aşırı güçlük kavramının değişken bir kavram olması ve BK. md. 365/II hükmünün hakime geniş bir şekilde takdir yetkisi vermesi sebebiyle, hakimin müteahhidin uğradığı güçlük ile eser sözleşmesinin

¹⁸⁹ BAYGIN, s. 79; ÖZ, s. 156; OĞUZMAN, s. 296; CİĞERİM, s. 92.

¹⁹⁰ ALTAŞ, (İmkansızlık), s. 76.

¹⁹¹ KAPLAN, (Sözleşme), s. 138.

¹⁹² GÜRPINAR, s. 145; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 244 vd.; ERMAN, s. 81 vd.

¹⁹³ GAUCH, no.1058; OSER/SHÖNENBERGER, m.373, no. 9 (GÜRPINAR, s. 146'dan naklen.)

¹⁹⁴ ERDİN, no. 239 (GÜRPINAR, s.146'dan naklen.)

¹⁹⁵ ERMAN, s. 82; ARAT, s. 115.

konusunun ağırlığını karşılaştırması gerekmektedir¹⁹⁶. Bu çerçevede, müteahhidin menfaatinin ve uğradığı güçlüğü katlanılabilirliğinin aynı doğrultuda olacağı belirtilmiştir¹⁹⁷. Müteahhidin elde edeceği menfaatin yüksekliğine göre, yeni güçlüklerle katlanma sınırı da o kadar geniş olmalıdır¹⁹⁸. Doktrinde, müteahhit için meydana gelecek güçlüğü, iş sahibine göre aşırı derecede büyük olması halinde sözleşmeye aynı ve kararlaştırılmış olan götürü ücretle devam edilmesinin MK. md. 2 çerçevesinde kendisinden beklenilememesi halinde, BK. md. 365/II uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁹.

Yapımın aşırı güçleşmesi eserin bir kısmında veya işlerin bir bölümünde ortaya çıkabilecektir. Ancak burada önem arz eden husus, bu güçlükler sonucunda edimin yerine getirilmesinin tümü ile birlikte önemli derecede güçleşmesidir²⁰⁰. Aşırı güçlüğü hakim tarafından tespitinde, hakimin subjektif kanısının, resmi istatistikler, hayat pahalılığı endeksleri, para değerinin düşmesi gibi sosyal hayatın objektif unsurları ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır²⁰¹. Bu kapsamda, BK. md. 365/II'deki "işin yapılmasına mani olur" ifadesinin "işin tespit edilmiş olan götürü ücretle yapılmasına mani olur" şeklinde anlaşılması gerekmektedir²⁰². Belirttiğimiz üzere eserin meydana getirilmesine engel olan ve ne iş sahibine ne de müteahhide isnad edilemeyen mutlak bir imkansızlık olması halinde, BK. md. 365/II uygulanmayacak ve fakat ancak kusursuz imkansızlığa ilişkin BK. md. 117/II uygulanabilecek ve müteahhidin borcu ortadan kalkacağı gibi, iş sahibinden ücret talebinde bulunma hakkı da ortadan kalkacaktır²⁰³. Bu itibarla, kanun koyucunun BK. md. 365/II ile getirdiği düzenlemede işin

¹⁹⁶ ERMAN, s. 84-85.

¹⁹⁷ BAYGIN, s. 82; GÜRSOY, s. 93.

¹⁹⁸ Yarg. 15. HD., 11.06.1974 tarih, E. 548 ve K. 538 sayılı karar: "... Üstelik su çıkması yüzünde, davacının katlanmak zorunda kaldığı giderlerin derecesi, sözleşme konusu eserin kapsamı göz önünde tutulunca, eserin meydana gelmesine engel olma ve aşırı derecede güçleştirme koşulunun olayda gerçekleşmediğini kanıtlar..." (KARAHASAN, s. 1179-1180).

¹⁹⁹ ERMAN, s.85; AKYAZAN, Sıtkı; Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER, yıl 1973, C.VII, sayı 2, s. 303; BAYGIN, s. 81.

²⁰⁰ ERMAN, s. 85.

²⁰¹ ERMAN, s. 85.

²⁰² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 246; ERMAN, s. 81-82.

²⁰³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 246.

yapılmasının teknik açıdan güçleşmesinden ziyade, masrafların artması yüzünden güçleşmesi söz konusu olup, bu durum işin yapılmasına engel olma ve hatta işin aslında aşırı derecede güçleşmesinin özel bir hali olarak belirtilmektedir²⁰⁴.

1.3. BEKLENİLMİYEN HALİN ORTAYA ÇIKMASI TARAFLARA İSNAD EDİLEMELİDİR.

Kanun koyucu, BK. md. 365/II. gereği beklenilmeyen bir halin oluşabilmesi için bu halin oluşmasına tarafların herhangi bir etkisinin olmaması gerektiğini düzenleme altına almıştır. Doktrinde de beklenilmeyen halin ortaya çıkışı ile ilgili olarak tarafların kusurunun bulunmaması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yapılmış ve özellikle müteahhit açısından üzerinde durulmuştur²⁰⁵. Doktrinde bu kavramın kusur olarak belirtilmesine karşın, bu terimin haksız fiil hukuku ya da akdi kusur anlamında kullanılmadığı ve aynı şekilde müteahhidin sadece zarar doğuran eylem veya hareketlerinin kastedilmediği, kusur kavramı ile belirli bir olayda iyi niyet ve dürüst bir iş adamı olarak hareket edilmemesi halinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir²⁰⁶. Burada müteahhidin tacir olması halinde TTK. md.20/II'de düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi davranma ilkesi; tacir olmaması halinde ise aynı yetişme ve iş koşullarındaki kişiden BK. md. 2 anlamında dürüstlük kurallarına uygun davranma ilkesi göz önüne alınmaktadır²⁰⁷. Karşı görüş ise müteahhidin kusurunun gerçek anlamda

²⁰⁴ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 246.

²⁰⁵ BAYGIN, s. 86; GÜRPINAR, s. 148; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 109; ERMAN, s. 86; KARAYALÇIN, s. 22; CİĞERİM, s. 95.

²⁰⁶ ERMAN, s. 86; KARAYALÇIN, s. 22; YAŞAR, s. 51; GÜRSOY, s. 153; ARAT, s. 135; TOPUZ, s. 270; BAYSAL, s. 166 vd.

²⁰⁷ Yarg. HGK., 07.12.1966 tarih, E./T-844 ve K.313 sayılı karar: "Evsafı itibarıyla Gıda Maddeleri Tüzüğüne aykırı olmadığı takdirde, taahhüt edilen gıda maddesinin piyasada, ihale şartnamesinde yazılı evsaflarda bulunmaması ve imal edilmemesi sebep gösterilerek BK. 117'deki borcun ifasındaki imkansızlık iddiası ileri sürülemez. Davacıların TTK. 20'ye göre ticaretlerine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri gerekir. Binaenaleyh, bu hususları tetkik edip ona göre ihaleye katıldıkları nazara alınarak, taahhütleri gereğince uygun peynir vermemelerinden doğan hukuki sorumluluğa müteahhidin katlanması gerekir." (TÜRKOĞLU, Gülşen/TÜRKOĞLU, Yekta; Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu Hakkında Sayıştay, Danıştay, Yargıtay Kararları, Ankara 1975, s. 87.); Yarg. 4. HD., 24.02.1970 tarih ve E. 1455 sayılı karar: "Davacı fiyatların düşük olduğu ihale gününde, satmayı yükümlendiği tutarda malı alıp depo ederek tedbirli bir tacir gibi davranabilirdi. Tedbirsizliğinden doğan zararı idareden istemesi dayanaksızdır." (KARAHASAN, Mustafa Reşit; Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 1181, (Tazminat).)

kusur kavramından kaynaklandığını, BK. md. 365/II hükmü anlamında BK. md. 96 ve md. 117 ile bağlantılı olarak kaynağını aldığı ileri sürmüş ve müteahhidin kendi kusuru ile imkansızlık hallerinde, borcundan kurtulamadığı gibi clausula rebus sic stantibus ilkesinden yararlanamayacağını ifade etmiştir²⁰⁸.

Müteahhidin kusurunun, tacir ise basiretli iş adamı kavramının içeriği ile birlikte bulunması; tacir değil ise o meslek alanında yaygın görüşlere, yetkili kişilerin yaygın kanaatine göre ve de tarafların subjektif durumları ile bu durumların taraflarca karşılıklı bilinebilirliği değerlendirilerek tespit edilmesi gerekmektedir²⁰⁹. Yargıtay bu konuya ilişkin içtihatlarında, "imar ve inşaa işleriyle uğraşan davalının işyeri ticari işletme sayılmakta, kendisi de tacir sıfatını taşımaktadır (TTK. m.12,13). Hal böyle olunca, sosyal ve ekonomik koşulları göz önünde tutarak, bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeye mecbur olan davalı, borcu zamanında ifa için malzemeyi daha önce depolamış veya bu olanağı sağlayabilecek kadar, daha uzun süreli sözleşme kurması gerekmiştir. Halbuki yeterli inşaat malzemesine sahip olmadığı fiilen ortaya çıkan davalının, sırf bu hukuki bağlantıdan elde edeceği yararı kaçırmamak maksadıyla kısa süreli sözleşme yaptığı, buna rağmen, akdi borcu zamanında yerine getirmediği, gecikmeye kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Bu durumda münferit grevin mücbir sebep sayılamayacağı mahkemece düşünülmeden yazılı olduğu üzere karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." gerekçeleriyle hüküm kurmuştur^{210,211}.

Müteahhidin ticari işletmenin hatalı yönetilmesinden, gerekli araç, gereç ve malzemeyi zamanında edinememesinden²¹², işin organizasyonu

²⁰⁸ KAPLAN, s. 152.

²⁰⁹ CİĞERİM, s. 96.

²¹⁰ Yarg. 15. HD., 04/10/1974 tarih, 639E. ve 978K. sayılı karar (CİĞERİM, s. 96.)

²¹¹ Yarg., HGK., 27.11.1957 tarih, E.90 ve K.85 sayılı karar: "Müteahhit ihaleye girdiği ve inşaatın devamı sırasında piyasada bol miktarda demir bulunduğu takdirde, bilahare demir bulamamayı bir mücbir sebep olarak ileri süremez. Müdebbir bir tacir gibi hareket etmemiştir." (ARKTUKMAÇ, Sadık; İnşaat Hukuku, Ankara, 1975, s. 39.)

²¹² ERMAN, s. 86; Yarg. 4 HD., 12.12.1957 tarih, E.7173 ve K.7373 sayılı karar: "Malzemeyi ve diğer araçları kesin olarak elde etmek imkanlarını Hazırlamaksızın yükümlülük altına giren bir tacir, ileride doğacak aksaklıkların sonuçlarını kabul etmiş sayılacaktır." (OLGAÇ, Senai; İlimi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul 1970, s. 1147.)

aşamasında gerçekleşen tedbirsiz ve özensiz hareketlerden, daha fazla menfaat sağlayan diğer sözleşmelerin ifa edilmesi sebebiyle hazırlıkların ihmal edilmesinden, alt müteahhidin kusurlu davranışından²¹³ veya iş görme faaliyetini zamanında tamamlamasından²¹⁴ ötürü işi özenle yapma yükümlülüğüne aykırı şekilde hareket etmesi sebebiyle kusurlu sayılacağı ve bu nedenle, beklenilmeyen hali öngörememesi veya öngörmesine rağmen dikkate almaması neticesinde BK. md. 365/II'den yararlanamayacağı doktrinde ifade edilmiştir²¹⁵. Ayrıca müteahhidin aldığı karar ve tedbirlerin kendisinin kusurlu sayılmasına gerektirecek bir kınamaya yer vermemesi halinde dahi, işi güçleştiren hallerin bu karar ve önlemlerden dolayı meydana gelmiş olması halinde müteahhidin BK. md. 365/II'den yararlanması söz konusu olamayacaktır²¹⁶.

BK. md. 365/II hükmünden müteahhidin yararlanabilmesi ancak beklenilmeyen halin ortaya çıkmasından sonra temerrüde düşmesi halinde söz konusu olacaktır²¹⁷. Yargıtay ise borçlunun temerrüde düşmesi halinde borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediği konusunda herhangi bir denetim yapmamakta ve sözleşmeye artık müdahale edilmeyeceğini kabul etmektedir²¹⁸. Yargıtay içtihatlarını benimseyen görüş kapsamında, BK. md. 102/II örnek gösterilmiş ve temerrüt halinde borçlunun kazadan dahi sorumlu olacağı belirtilmiş iken; BK. md. 102/II yönünden ise müteahhidin temerrüde düşmekte kusursuz olması halinde BK. md. 365/II'den

²¹³ YALÇINDURAN, s. 149; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 246.

²¹⁴ ERMAN, s. 88; SEROZAN, (İfa), s. 380.

²¹⁵ BAYGIN, s. 88, TANDOĞAN, (Borçlar), s. 247.

²¹⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 247.

²¹⁷ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 247; BAYGIN, s. 88; KAPLAN, (Sözleşme), s. 15; TOPUZ, s. 274.

²¹⁸ Yarg. 11. HD., 16.01.2003 tarih, 7816/302 sayılı karar: "Temerrüde düşen borçlu, borcunun uyarlanması yönünde bir istemde bulunmaz." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. 11. HD., 02.06.1995 tarih, 1995/534E. ve 1995/4540K. sayılı karar: "...Bir an için yukarıdaki açıklamaların aksine koşulların oluştuğu farz ve kabul edilse bile davacının olağanüstü koşulların oluştuğunu ileri sürdüğü döviz kurlarındaki artış döneminden önce taksit ödemelerinde temerrüde düştüğü davalı savunmaları ve dosya içerisindeki ihtarname metinlerinden anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda olan borçlunun BK 102. Maddesi uyarınca da uyarılma talep etmek hakkını kullanmayacağını kabulü gerekeceğinden dava bu yönden de hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır..." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010); Yarg. HGK., 30.05.2001 tarih, 2001/15-402E. ve 2001/459K. sayılı karar: "... Öte yandan yüklenicinin uyarılma istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak %85'ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu, uyarılma talep hakkını yitirmiş olur..." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010).

yararlanmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür²¹⁹. Müteahhidin ifa güçlüğü'nün önüne geçebilecek konumda olması, sözleşmenin diğer tarafının zamanında ortaya koyarak yönelttiği bir teklifte ya da sözleşmede yer alan bir kayıttan yararlanarak borcundan kurtulabilecek durumda olması veya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını sağlayabilecekken, bu durumdan yararlanamamış olması veya beklenmeyen hallerin ortaya çıkması ile bu durumu ve BK. md. 365/II'ye dayanacağını iş sahibine bildirmeyip işe devam etmiş olması halinde, sonradan BK. md. 365/II hükmüne dayanması iyi niyet kurallarına aykırı sayılacağından, BK. md. 365/II'den yararlanması düşünülemeyecektir²²⁰. Bu halde müteahhit ifade bulunarak onu yerine getirme kudretinde olduğunu ve değişen şartlara rağmen borcunu kabul ettiğini dolaylı olarak kabul etmektedir²²¹.

Bu çerçevede, BK. md. 365/II'den borçlu müteahhidin yararlanabilmesi için meydana gelen durum kendisinden kaynaklanmamış olmalıdır. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde kusur kavramının üzerinde durulmuş olması kanaatimizce isabetlidir. Ancak kusur kavramının illiyet bağı'nı sınırlayıcı bir kriter olarak değerlendirilmesi de yerinde olacaktır. Nitekim tarafların eşitliği ve menfaatlerin dengelenmesi kusur halinin yanı sıra başka bir illiyetten, müteahhidin sorumlu tutulmayıp iş sahibinin menfaatlerinin de zedelenmesinin önüne geçilmelidir. Doktrinde de ifade edildiği üzere müteahhidin riske katlanma zorunluluğunu görmezlikten gelinmesini gerektirecek bir seviyede olması halinde BK. md. 365/II'den müteahhit yararlanabilecektir²²². Ayrıca edimler arası dengenin bozulması ve müteahhidin kusurunun hafif olması halinde de BK. md 365/II'den yararlanma imkanı verilebileceği; iş sahibi aleyhine ortaya çıkan adaletsizlikler yönünden ise riziko paylaşımında müteahhit aleyhine hareket edileceğinden söz edilebilecektir²²³. Ancak taraflar arasındaki dengenin subjektif durumlarının değerlendirilerek sağlanması gerektiğinin ve

²¹⁹ BAYGIN, s. 88.

²²⁰ GÜRSOY, s.154; ARAT, s.136; BAYSAL, s.168; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 247; AKYOL, Şener; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 86. .

²²¹ BAYKAL, Murat; Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarılama Sonucu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Batider, Aralık 1998, C. 19, S. 4, 231-265.

²²² SELİÇİ, (Müteahhit), s. 59.

²²³ BAYGIN, s. 89.

Yargıtay'ın, ifanın önceden tespit edilebilecek nitelikteki değişikliklerin sözleşmeyi fesih yetkisi vermeyeceği görüşü²²⁴ de gözden kaçırılmamalıdır.

İfa güçlüğü müteahhidin yanı sıra iş sahibinin de ihmali, tedbirsizlik veya temerrüdünden ileri gelmemiş olmalıdır²²⁵. Kanımızca bu duruma örnek olarak iş sahibinin eser sözleşmesinin ifa edilebilmesi için yurt dışından ithal ederek müteahhide verdiği malzemenin taraflarca kararlaştırılan sözleşmede belirtilen özelliklere uygun olmadığından sonradan müteahhit tarafından tespit edilmesi hali verilebilir. Zira bu halde müteahhit sözleşmeyi iş sahibinin vereceği malzemeye güvenerek yapmış ve fakat malzemenin sözleşme konusu edimin ifasını aşırı derecede güçleştirmiş olduğu ortaya çıkmıştır. İş sahibi de ithal ettiği malzemenin sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi için yeterli olduğu inancı ile hareket etmiş ise de; somut olaya göre kusuru, ihmali veya tedbirsizliği ile ifa güçlüğünün meydana gelmesine yol açmıştır.

1.4. TARAFLAR SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞMENİN FESHİ VEYA BEDELİN ARTTIRILMASI YOLUNA GİDİLEMeyeCEĞİNİ KARARLAŞTIRMAMIŞ OLMALIDIR.

Kanun koyucunun BK. md. 365/II ile müteahhide tanıdığı fesih hakkından, önceden feragat edilip edilmemesi önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu hükmün emredici nitelikte olup olmadığı ve sözleşmede bu haktan feragatin hakimi bağlayıp bağlamayacağına irdelenmesi gerekmektedir. Taraflar sözleşme serbestisine ilişkin BK. md. 19 ve md. 20 çerçevesinde diledikleri şekilde sözleşme yapabileceklerdir. Ancak BK. md. 365/II hükmünden önceden feragat edilmesinin geçerli olup olmayacağı hususunda; doktrinde BK. md. 365/II'nin emredici bir hukuk kuralı olmaması sebebiyle, sözleşmede aksine bir hüküm konularak bu şekilde bir feragatin mümkün olduğu ve bu durumun MK. md. 2'ye aykırı olmaması

²²⁴ Yarg. HGK., 16.11.1960 tarih ve E. 4/43 ve K. 283. (ERMAN, s. 88)

²²⁵ ERMAN, s. 86.

gerektiği ifade edilmiştir^{226, 227}. Nitekim Kanun koyucunun BK. md. 365/II ile tarafları korumasında kamu düzeni endişesi bulunmadığı da belirtilmiştir²²⁸.

BK. md. 365/II'nin emredici bir hüküm olmadığı, yedek hukuk kuralı niteliğinde olması ve bu sebeple aksinin taraflarca kararlaştırılabileceği hem doktrin, hem de Yargıtay tarafından belirtilmiştir²²⁹. Taraflar bu suretle kanun hükmünden farklı içerikte sözleşmeler yapabilecekler ve bu şekilde hakimin müdahalesinden daha ağır koşullar da belirleyebileceklerdir²³⁰. Ancak tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlerin taraflara ve sözleşmeye olan etkisi kapsamında, sözleşmede feragate ilişkin bulunan düzenlemenin müteahhidin mali durumunu öngörebileceğinin çok üzerinde olacak şekilde zorlaması durumunda, ortaya çıkan bu halin de dürüstlük kuralları çerçevesinde dikkate alınması gerekmektedir²³¹. Taraflar bunun yanı sıra BK. md. 365/II hükmünün sadece sözleşmede belirtilen durumlara uygulanması yönünde de sözleşmede düzenleme yapabileceklerdir²³².

Doktrinde bir görüşe göre²³³, sözleşmenin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi halinde BK. md. 365/II'ye dayanılamayacağına dair taraflarca kararlaştırılan hüküm geçersiz olacaktır. Bu görüş çerçevesinde beklenilmeyen haller nedeniyle fesih hakkının hukuki temeli MK. md. 2'ye dayanmakta olduğundan bu haktan feragat edilmesinin düşünülmesi

²²⁶ OSER/SHÖNENBERGER, M. 373, N. 12 (AKYAZAN, Sıtkı; Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER, yıl 1973, C. VII, sayı 2, s. 308'den naklen)

²²⁷ Yarg. HGK., 06.11.1957 tarih, E.T76 ve K.82 sayılı karar: "... Gerçekten akdin değiştirilmesini veya feshini isteme selahiyeti, müteahhidin iktisadi menfaatlerini korumak üzere kabul edilmiştir. Yani bu hükmün müteahhidin şahsiyetine bağlı haklarını koruma gayesi veya amme intizamı veya ahlak ve adap ile ilgisi yoktur. Demek ki, mukavelenin 13. maddesi hükmü, BK md. 19 uyarınca muteber bir şarttır." (ERMAN, s. 122, dn 4'ten naklen); Aynı şekilde Yarg. HGK., 16.01.1963 tarih ve E.28, K.2 sayılı karar için bkz. KARAHASAN, (Tazminat), s. 302.

²²⁸ AKYAZAN, s. 308.

²²⁹ TANDOĞAN, (Borçlar), s.110; KAPLAN, (Sözleşme), s. 125; YALÇINDURAN, s.152; BAYGIN, s.94; GÜRPINAR, s.155; Yarg. HGK., 06/11/1957 tarih, 76E. ve 82K. sayılı kararında; "Borçlar Yasası md. 365/2'deki hüküm buyurucu olmayıp tersi kararlaştırılabilir." ifadeleriyle, bu hükmün emredici olmadığı belirtilmiştir. (YALÇINDURAN, s. 152.)

²³⁰ GÜRPINAR, s. 155.

²³¹ AKYAZAN, s. 295.

²³² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 110.

²³³ GÜRSOY, s. 169.

mümkün değildir²³⁴. Nitekim bir kimsenin MK. md. 23'te düzenlenen ahlaka ve adaba aykırı olarak kişisel haklarını sınırlayamayacağı kuralı çerçevesinde dürüstlük kurallarına dayanmaktan da vazgeçmesi söz konusu olmayacaktır²³⁵. Ancak bu görüş çerçevesinde, sözleşmede yer alan hükmün ileride gerçekleşmesi mümkün olan riskin cinsini ve türünü belirginleştirmesi halinde, başka bir anlatımla birkaç belirli olaya yönelik olması halinde, anılan hükmün geçerli olması gerekmesi istisnai bir hal olarak belirtilmiştir. Meydana gelecek beklenilmeyen halin risklerinin üstlenilmemesini gerektirmesi halinde ise ilgili kaydın geçersiz olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir²³⁶. Doktrinde bu görüş de dikkate alınarak, bir haktan vazgeçmeyi öngören beyan ve sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması ilkesi uyarınca bu tür şartlarda daraltıcı yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir²³⁷.

Doktrinde, hakimin sözleşmeyi uyarlamasına ilişkin bir takım uyarılama kuralları getirebileceği ve bunların olumlu ya da olumsuz olarak yer alabileceği; sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağına ilişkin düzenlemelerin olumlu uyarılama kuralları olduğu ifade edilmiştir²³⁸. Bu kurallar açıkça sözleşmede taraflarca düzenlenebilecektir. Bu şekilde, gelecekte oluşabilecek durum ve şartlarda değişiklik olması halinde, taraflardan birine özellikle beklenilmeyen hallerden etkilenen tarafa, sözleşmeyi feshetme yetkisi veren olumlu sözleşme kayıtları da taraflarca kararlaştırılabilecek ve fakat öngörülen hukuki sonuçlardan sapan şart olarak değerlendirilebilecekleri ifade edilmiştir. Olumlu kayıtlara örnek olarak, savaş, grev, nükleer tehlike gibi hallerde sözleşmenin sona ermesine ilişkin düzenlemeler ile inşaat malzemelerinin birim fiyatlarının değişmesi

²³⁴ İMRE, Zahit; Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Fikret Arık'a Armağan), Ayrı Bası, Ankara 1972, (Armağan) s. 178 vd; İMRE, Zahit; Türk Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1978, s. 280, (Medeni); SAYMEN, Ferit Hakkı; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s. 882-884; HATEMİ, Hüseyin; Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1979, s. 197; KILIÇOĞLU, M. Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 182; ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970, s. 65; AKİPEK, Jale; Türk Medeni Hukuku, C. I, Ankara 1960, s. 140.

²³⁵ GÜRSOY, s. 160.

²³⁶ GÜRSOY, s. 161; BAYGIN, s. 95.

²³⁷ ERMAN, s. 124, TANDOĞAN, s. 249.

²³⁸ KAPLAN, (Sözleşme), s. 119; TOPUZ, s. 94; ARAT, s. 139 vd.

halinde sözleşmedeki ücretin değişeceğine dair kayıtlar ya da sözleşme taraflarından birinin vefatı halinde sözleşmenin sona ereceğine ilişkin düzenlemeler, verilmiştir²³⁹. Belirtilen hallerden birinin gerçekleşmesi halinde, sözleşme sona erecek ya da taraflardan biri sözleşmeden dönebilecek veya sözleşmenin haklı nedenle fesih hakkı kendisine tanınmış taraf bu hakkını kullanabilecektir²⁴⁰.

Olumsuz uyum kuralları ise; beklenilmeyen hallerin meydana gelmesine rağmen sözleşmenin aynen uygulanacağını düzenleyen açık veya zımnî kurallar olarak belirtilmiştir²⁴¹. Taraflar bu şekilde yapılan bir sözleşmede beklenilmeyen hallerin gerçekleşmesi halinde de edimlerin yerine getirileceğine ilişkin taahhütte bulunulmasını kararlaştırmaktadırlar. Başka bir anlatımla, sözleşmede ifa güçlüğüne meydana gelmesi, grev veya değişen şartların oluşmasında BK md. 365/II hükmünden yararlanılamayacağını taraflarca düzenlemiş olması halinde, olumsuz intibak hükümlerinin varlığı kabul edilmektedir²⁴².

Feragat ile ilgili olarak doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşü savunanlar, müteahhidin MK. md. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralına dayanan *clausula rebus sic stantibus* ilkesi kapsamında ve ayrıca BK. md. 365/II dairesinde, götürü olarak belirlenmiş ücretin arttırılmasını istemek hakkından önceden sözleşme ile vazgeçilmesi halinde, sonradan sözleşme ile üstlenilen borcun ifasını oldukça zorlaştıran ya da engelleyen beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması durumunda ücret artırım talebini ileri sürebilecek olduğunu ifade etmişlerdir²⁴³. Bu kapsamda, taraflar arasında akdedilen sözleşmede BK. md. 365/II'nin uygulanmasını ortadan kaldıran

²³⁹ KAPLAN, (Sözleşme), s. 121; BAYGIN, s. 96.

²⁴⁰ KAPLAN, (Sözleşme), s. 122.

²⁴¹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 248; ARAT, s. 139 vd.

²⁴² KAPLAN, (Sözleşme), s. 124.

²⁴³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 250; ERMAN, s. 122; SUNGURBEY, s. 175-179; TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 1062; BİLGE, s. 184; AKYAZAN, s.309; BAYGIN, s. 98. Aksi görüş, SAYMEN F. Hakkı/ELBİR, H. Kemal; Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1966, s. 877'de emprevizyon şartları altında görüşlerini "Mukavele ile emprevizyon halini dermeyandan feragat edilmemiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, tarafların mukavele ile emprevizyon halini dermeyan etmemeleri kararlaştırılabilir. Yani emprevizyondan doğacak olan muvazenesizliğin hasıl edeceği zararı borçlu önceden üzerine almış olabilir." şeklinde belirtmiştir; FEYZİOĞLU, F.N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977, s. 473; BUCAK, Vahap; Taahhüt Mukaveleleri, Ankara 1948, s. 54-55.

veya sınırlayan kayıtların bulunması ve iş sahibinin ortaya çıkan ve sözleşmede yer alan kayıtları dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürmesi halinde de hakim ücret artırımına karar verebilecektir²⁴⁴. Hakim, BK. md. 365/II şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini irdeleyeceği gibi, ayrıca feragat kaydının ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığını da incelemek zorunda kalacaktır. Müteahhidin feragat kaydı sebebiyle artan riski göz önüne almış olması veya bunu karşılamak için sigorta yaptırmış olması, müteahhidin feshi ileri sürmesine mani olmayacaktır²⁴⁵.

2. BK 365/II. MADDE UYGULAMASINDA HAKKIN KULLANILMASI VE SÖZLEŞMENİN DURUMU

Kanun koyucu BK. md. 365/II'de, sözleşme konusu için belirlenen götürü ücretle yapılmasına engel olan veya bunu aşırı derecede güçleştiren beklenmedik hallerin ortaya çıkması halinde, ücret arttırılması veya sözleşmenin feshi yollarından birine başvurulabileceğini düzenlemiştir. Ancak bu konudaki seçim yetkisinin müteahhide ya da hakime ait olup olmadığını; müteahhidin mahkeme kararı olmaksızın sözleşmeyi fesih edip edemeyeceğini ve hakime başvurması halinde verilecek kararın açıklayıcı mı yoksa yenilik doğurucu nitelikte mi olacağını açıkça düzenlememiş olduğundan, bu konular doktrinde tartışma konusu edilmiştir.

BK. md. 365/II'nin lafzından hareket eden bazı yazarlar, müteahhidin ücret arttırılması veya fesih yollarından birini seçme yetkisi olmadığını, bu seçimin hakimin takdirine bağlı olduğunu belirtmektedir²⁴⁶. Bu görüşe göre müteahhit mahkemeye gitmeden de fesih hakkını kullanabilecek ise de; sonra mahkemece feshin uygun olmadığını tespiti halinde doğacak sonuçlara katlanma yükümlülüğü altına girecektir. Bu itibarla mahkemenin vereceği karar, olayın gereklerine uygun olan sonucu açıklayacak olduğundan yenilik doğurucu bir karar niteliği taşımayacaktır²⁴⁷. Hakimin

²⁴⁴ BAYGIN, s. 99.

²⁴⁵ BAYGIN, s. 101; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 251.

²⁴⁶ UYGUR, C. 7, s. 8252; ERMAN, s. 115; KANETİ, Selim; Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972, s. 603; BİLGE, s. 257; BECKER, s. 83.

²⁴⁷ UYGUR, C.7, s. 8252; ERMAN, s. 115; KANETİ, s. 603; BİLGE, s. 257; BECKER, s. 83.

sözleşmenin feshi konusunda müteahhide izin vermesi durumunda, müteahhit sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacaktır²⁴⁸.

Doktrindeki bazı yazarlar ise ücret arttırılması veya fesih yollarından birini seçme yetkisinin müteahhide ait olduğunu, bu husustaki yenilik doğurucu beyanının iş sahibine ulaşması ile sonucunu doğuracağını kabul etmektedirler²⁴⁹. Bu görüşe göre, müteahhit seçim yetkisini dava yoluyla da kullanabilecek ve bu halde dava dilekçesinin iş sahibine tebliğ edilmesi anında fesih veya bedelin indirilmesi olayı gerçekleşecektir. Bu halde, mahkeme kararı açıklayıcı bir nitelik taşımakta, zira zaten gerçekleşmiş olanı tespit etmektedir. Müteahhidin durumun objektif olarak değerlendirilmesi sonucu isteyebileceği sonucu seçmemiş olması halinde ise; hukuki sonuç yargı kararı ile ortaya çıkacağından, mahkeme kararı yenilik doğurucu bir nitelik taşıyacaktır²⁵⁰. Kanaatimizce, her ne kadar müteahhit tarafından sözleşmenin feshi veya bedelin arttırılması talebiyle dava açılacak ise de; yargılama sırasında hakimin MK. md. 2 hükümlerini de dikkate alarak somut olayı değerlendirecek olduğundan ve fakat hakimin taleple bağlılık ilkesi ile bağlı olduğu da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim hakim müteahhidin talebi gibi karar vermiş ise verilen karar açıklayıcı olacaktır.

Doktrinde BK. md. 365/II çerçevesinde müteahhidin yanı sıra iş sahibinin de koruma altına alındığını belirten görüşe göre²⁵¹, iş sahibi, müteahhidin ücret artırım talebine karşılık sözleşmenin feshini ileri sürebilecek ve sözleşmenin feshine mani olma amacıyla sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını, yani ücret artırımını kabul edecek şekilde talepte bulunabilecektir. Ancak doktrinde iş sahibinin BK. md. 365/II'de yer alan

²⁴⁸ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 361.

²⁴⁹ BAYGIN, s. 107; TUNÇOMAĞ, (Borçlar) s. 473, s. 1061. (Yazar kitabının 1. Basısında bu görüşü savunmuş olup, sonraki eserlerinde hakimin uyuşmazlık halinde vereceği kararın yenilik doğurucu bir hak olmayıp, açıklayıcı bir karar olduğunu savunmuştur. Ancak hakimin dürüstlük kuralı uyarınca yaptığı değerlendirmeden sonra, olaya uygulanacak hukuki sonucun değişik olduğuna hükmetmesi halinde kararın yenilik doğurucu bir nitelik taşıyacağını da belirtmiştir.)

²⁵⁰ BAYGIN, s. 107; TUNÇOMAĞ, (Borçlar) s. 473, s. 1061.

²⁵¹ BİLGE, s. 223.

hakkı kullanamayacağı; zira madde lafzının sabit götürü ücretle imalatı üstlenen müteahhidin, BK. md. 365/II'de düzenlenen şartlara sahip olması halinde götürü ücretle bağlı olmadığı ve fakat BK. md. 365/III kapsamında, yapı sahibinin kararlaştırılmış olan götürü ücretin bedelini aynen, eserin daha fazla masraf ile tamamlanması halinde dahi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir²⁵². Bu görüşün temelinde, iş sahibinin hükümden yararlanmasının, BK. md. 365/II'nin sistematik yeri ile BK. md. 365/III'nin lafzının engellediği fikri olduğu ifade edilmiştir²⁵³. Savunulan benzer bir başka görüş²⁵⁴, BK. md. 365/II çerçevesinde sözleşmenin feshinde, müteahhidin haklı olduğu, bu haklılık karşısında iş sahibinin BK. md. 367 gereği dönme hakkını kullanması gerekli değildir. Bu suretle, sözleşmenin feshi yerine koşullar itibarı ile götürü ücretle belirlenen ücretin arttırılması yoluna gidilecek olduğundan, sözleşmenin feshi yasal olmayacaktır. BK md. 367 ile BK. md. 365/II'nin bu durumda aynı zamanda uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu halde koşullar itibarı ile ücret artırımını haklı bir seçenek olarak değerlendirildiğinden, BK. md. 367 çerçevesinde sözleşmenin feshi de hakkaniyete aykırı olduğundan, müteahhidin BK. md. 365/II'den yararlanma hakkı engellenmektedir²⁵⁵.

Müteahhidin ücretin indirilmesini BK. md. 365/II çerçevesinde isteyip isteyemeyeceği konusu Türk ve İsviçre doktrininde tartışılmıştır. Bir görüş²⁵⁶, iş sahibi aleyhine dengenin bozulması halinde, iş sahibinin BK. md. 365/II dışında bırakmanın bir gerekçesinin olmadığını belirtmiştir. Bu görüş uyarınca dürüstlük kuralı gereği ve BK. md. 24/1-4'teki temel hatası²⁵⁷ hükümlerinden yararlanmak suretiyle iş sahibinin kıyasen indirim talebinde bulunabilecektir²⁵⁸. Bir başka görüş, müteahhidin eser için yaptığı masrafların götürü ücrette aşırı derecede düşük olması halinde de, bu durumun nadir ve atipik bir hal gösterdiği ve bu halde yararlanmasının söz

²⁵² KAPLAN, (Seminer), s. 54; ERMAN, s. 119; TANDOĞAN, s. 99.

²⁵³ KAPLAN, (Seminer), s. 54.

²⁵⁴ BAYGIN, s. 116.

²⁵⁵ BAYGIN, s. 116.

²⁵⁶ GAUCH, s. 317, N. 1146 (nakleden KAPLAN, (Seminer), s. 154'ten naklen.)

²⁵⁷ Bkz. OFTİNGER, Karl; Cari Akitelrin Temellerinde Buhran İcabi Tahavvül, İÜHF, C. 8, 3. 3-4, İstanbul 1942, (Çev. DAVRAN).

²⁵⁸ GAUCH, s. 317, N. 1146 (nakleden KAPLAN, (Seminer), s. 154'ten naklen).

konusu edilemeyeceği ileri sürülmüştür²⁵⁹. Kaplan ise bu görüşleri değerlendirmiş ve BK. md. 365/III çerçevesinde, yapının daha az masrafla tamamlanması halinde iş sahibinin indirim talep etmesinin mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiş olduğundan, BK. md. 365/II'de düzenlenen beklenilmeyen halin ortaya çıkması durumunda kıyas yoluyla uygulanmasının düşünülmemeyeceği, koşullarını taşıması halinde temel hatası kavramından yararlanmanın yine mümkün olabileceği ve fakat sözleşmenin sona ermeden sadece bedel indirimi talebinde bulunulmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir²⁶⁰. Diğer bir görüş²⁶¹ ise iş sahibinin, müteahhidin seçimlik hakkını kullanması üzerine, hakkın kullanılmasını yerinde görmeyerek hakkın kullanılmasını ve tespitini içerir bir dava açmasının mümkün olduğu gibi, ademi ifaya dayalı olarak müteahhide karşı tazminat davası açabileceğini de ileri sürmüştür. İş sahibi müteahhidin dava yolu ile hakkı kullanması halinde cevap dilekçesinde hakkın kullanılmasının yerinde olmadığını ileri sürebilecektir²⁶². Yazar, müteahhit tarafından BK. md. 365/II'de düzenlenen hakların kullanılması halinde, bu duruma direnen ve yargıya taşıyan iş sahibinin, müteahhidin seçtiği hak yerine diğer yolun uygulanmasının daha isabetli olacağını belirtmiş ve bu yolun uygulanması gereği mahkemece hükmedilmesini talep edebilmesi halinde, müteahhidin BK. md. 365/II'de düzenlenen seçimlik hakkını kullanmadan iş sahibinin, hüküm dahilindeki haklardan birine hükmedilmesini talep etme olanağı bulunmadığını ifade etmiştir²⁶³.

Çalışmamızda belirttiğimiz üzere BK. md. 365/II tarafların sözleşme kurulurken öngöremedikleri veya öngörmelerine rağmen sözleşmeye etki edilemeyeceği konusunda mutabık kaldıkları beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması durumunda, kanun koyucu tarafından, hakim müdahalesi ile sözleşmede bozulan dengenin sağlanması ya da bu dengenin sağlanamaması halinde sözleşmenin feshi yoluna gidileceğine ilişkin getirilen bir düzenlemedir. Bu çerçevede dengenin sadece müteahhit aleyhine

²⁵⁹ OSER/SHÖNENBERGER, Art. 373 Nr. 5 (nakleden KAPLAN, (Seminer), s. 154'ten naklen.)

²⁶⁰ KAPLAN, (Seminer), s. 155.

²⁶¹ CİĞERİM, s. 115.

²⁶² CİĞERİM, s. 115.

²⁶³ CİĞERİM, s. 115.

bozulması düşünölemeyeceği gibi, her iki taraf aleyhine de bozulabileceği haller ortaya çıkabilecektir. Bu çerçevede doktrinde maddenin tesis amacından uzaklılaşarak yapılan değerlendirmeler yerine, her bir somut olayın temel yol gösterici olan MK. md. 2'den kaynaklanan dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi ile kanaatimizce bu haller belirlenebilecektir. Nitekim yurt dışında bir bankaya tüm parasını yatıran iş sahibinin, parasını yatırdığı ülke ile ülkemiz arasında savaş çıkması halinde parasını transfer edememesi veya müteahhidin savaştan etkilenmemesi ve ifa güçlüğü ile karşılaşmasında sıkıntı olmaması gibi hallerde, iş sahibine fesih talep etme hakkı tanınması uygun olacaktır²⁶⁴.

2.1. MÜTEAHHİDİN ÜCRET ALACAĞININ ARTTIRILMASI

BK. md. 365/II'de düzenlenen Şartların gerçekleşmesi durumunda, kanun koyucu hakime sözleşmeyi fesih yetkisi vermiş olduğu gibi, sözleşmede kararlaştırılan bedelin arttırılmasına da karar vermeyi seçme yetkisi tanımıştır^{265, 266}. Sözleşmenin aşırı güçlük sonucunda değişen Şartlara uydurulması için müteahhitten edimini yerine getirmesini istemenin dürüstlük kurallarına aykırılık yaratması halinde, riske katlanma zorunluluğunun hafifletilmesi BK. md. 365/II'deki sözleşme bedelinin arttırılmasına ilişkin bu düzenleme ile gerekleřtirilmiřtir²⁶⁷. Zira Şartların değişmesi taraflardan birinin edim borcu kapsamının dürüstlük kuralına aykırı olacak Şekilde genişlemesine yol aabilecektir²⁶⁸. İş sahibinin, müteahhidin ücretin arttırılması talebini kabul etmemesi halinde, müteahhit

²⁶⁴ GÜLEÇ, s. 189.

²⁶⁵ KAPLAN, (Sözleşme), s. 137.

²⁶⁶ Yarg. 11. HD., 2002/9076E. ve 2003/1620K. sayılı karar: "Sözleşme serbestisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde kural olarak sözleşmeye aynen uyulması esastır. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan koşullar nedeniyle tarafların sözleşme ile ykmlendikleri edimler arasında dengenin aşırı lde bozulması halinde hakimin sözleşmeye müdahalesi ile yeni koşullara uyulması imkanı da mevcuttur. Sözleşmenin dava yolu ile yeni koşullara uyarlanması ön Şartı, hüküm tarihinde sözleşmenin ayakta kalmasıdır."

²⁶⁷ SEROZAN, (İfa), s. 365; ERMAN, s. 111 (Yazar, BK. md. 365/II'de yer alan "bedeli tezyid" ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiğini, hakimin sözleşmeyi bedel arttırımı dışında gerekli gördüğü değişik yeni Şartlara da uydurabilme imkanı olduğunu belirtmektedir. Bu görüşüne örnek olarak, sözleşmedeki ifa Şeklinde bazı değişiklikler yapması veya ifa süresinin uzatılması halini göstermiştir. Yazar bu görüşü nedeniyle çalışmasında "sözleşmenin yeni Şartlara uydurulması" terimini kullanmıştır.)

²⁶⁸ KAPLAN, (Sözleşme), s. 136.

ya işe devam edip ücretin arttırılması için hemen²⁶⁹ ya da haklarını saklı tuttuğunu beyanla işin sonunda bir dava açabilecektir. Doktrinde Erman²⁷⁰ ve Sungurbey²⁷¹, müteahhidin ücret artırım talebi kabul edilmeyince işe devamdan BK. md. 81'deki "ödemezlik def'i" ilkesine dayanarak kaçınabileceğini değerlendirmişlerdir. İş bırakma halinde müteahhit o zamana kadar yaptığı işin hakkaniyet dairesinde tazmini için iş sahibine karşı bir dava açacak veya iş sahibi BK. md. 362/II'nin şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürerek müteahhidin iş görme ve teslim borçlarını akde uygun olarak yerine getirmemesi nedeniyle ona karşı bir tazminat davası açacaktır²⁷². Bu davaların karşılıklı açılması da mümkündür^{273, 274}.

Müteahhidin önce ücret artırım talebinde bulunup, bunun kabul edilmemesi üzerine işe devam etmesi halinde dava açması durumunda da, doktrinde eserin tamamlanmış veya yapımının çok ilerlemiş olması²⁷⁵ halinde, sözleşmenin feshi yerine ücret artırımına karar verilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir²⁷⁶. Müteahhidin ücretin arttırılması talebinin kabul edilmemesi üzerine akdi feshedip işi yarıda bırakması durumunda, arttırma talebinin haklı olması halinde, fesih de BK. md. 106 vd. hükümleri çerçevesinde haklı olacaktır²⁷⁷. Hakimin sadece yapılan feshin haklı olduğunu tespit etmesi ve fakat fesihten önce yapılmış ücret arttırma talebinin haklı olmaması durumunda, fesih de haksız olacak ve iş sahibi müteahhitten tazminat isteyebilecektir. Burada artık hakimin fesih yerine,

²⁶⁹ ERMAN'a göre, müteahhit kademeli (terditli) dava şeklinde, fiyat artırım, bu gözönüne alınmadığı takdirde feshi sözleşmenin feshi talebi ile dava açabilmelidir, s. 117.

²⁷⁰ ERMAN, s. 19.

²⁷¹ SUNGURBEY, s. 180.

²⁷² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 254; CİĞERİM, s. 110.

²⁷³ TANDOĞAN, (Borçlar) s. 114.

²⁷⁴ Yarg.15. HD.,27.06.1983 tarih, 1983/709E. ve 1983/1855K. sayılı kararında BK. md. 365/II'ye dayalı şekilde açılacak davada BK md. 365/II'ye dayalı taleplerin açıkça belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kazancı İçtihat Bankası, 01.03.2010.

²⁷⁵ Doktrinde bazı yazarlar edimlerin henüz ifa edilmemiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Feyzioğlu da bu görüşte olup, "Yargıç tarafından sözleşmelere müdahale olunabilmesi için, onların ifa edilmemiş olması zorunludur. Çünkü, ifada bulunmakla borçlu, onu yerine getirebilme iktidarına sahip olduğunu dolaylı bir şekilde ispat etmiş sayılır." (FEYZİOĞLU, s. 473.) ERMAN ise önceden ihbar edilmek şartıyla, müteahhidin edimini yerine getirmiş olması halinde de BK md. 365/II'den yararlanabileceği görüşündedir. Bu konuya ilişkin Yarg. HGK., 28.03.1945 tarih ve 23 sayılı kararında da; "Müteahhidin edimini ifa etmiş olsa da ücret artırım talebinde bulunabileceğine" hükmetmiş olduğunu belirtmiştir (ERMAN, s. 112, dn. 28).

²⁷⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 254; GÜRPINAR, s. 152; BECKER, s. 373.

²⁷⁷ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 254.

kendisinin de haklı olmadığını tespit ettiği ücret artırımına hükmetmesi söz konusu olamayacaktır²⁷⁸.

İsviçre Hukukunda ücretin yükseltilmesinde her iki tarafın çıkarına olacak şekilde sözleşmenin sürdürülmesinin mümkün olması esas alınan temel ilke olarak kabul edilmiş ve bu nedenle, sözleşmeden dönmenin müteahhidi yeni fedakarlıklardan kurtarıcı nitelikte olması gerektiği değerlendirilmiştir²⁷⁹. Somut olayda iki durumdan hangisinin oluşmasının gerekeceğine hakim re'sen takdir edecektir. Hakimin mevcut olayın özelliklerine göre, önce sözleşmeyi taraflar arasındaki bozulmuş olan ekonomik dengeyi yeniden kurabilecek şekilde düzenlemeye çalışması gerekmekte olup; bu şekilde bir düzeltme yoluna gidilememesi halinde sözleşme feshedilebilecektir²⁸⁰. Burada dikkat edilmesi gereken husus, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapılması olup; BK. md. 365/II ile sözleşmenin ifasının beklenmeyen haller nedeniyle aşırı derecede güçleşmesi halinde, sözleşmeyi yeni şartlara uydurarak devamının sağlanmasının hedeflendiği de dikkate alınmalıdır²⁸¹. Ancak dürüstlük kuralı gereği beklenmeyen haller nedeniyle zarara girecek olan tarafın katlanılması mümkün olmayan bir yükten kurtarılması sırasında, bu yükü diğer tarafın omuzlarına da yüklememek gerektiğinden, bu halde artık sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir²⁸².

Doktrinde, ücret artırımı halinde, sözleşmenin feshi durumunda iş sahibinin eseri başka bir müteahhide yaptırması nedeniyle ortaya çıkacak olası masraflar ne kadar fazla ise, bu masraflar dikkate alınarak karar

²⁷⁸ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 254.

²⁷⁹ ERMAN, s. 113'ten naklen; GÖNENSAY, Samim; Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil vey Feshi, Cemil Birsel'e Armağan, İstanbul 1939, s.165.

²⁸⁰ ERMAN, s. 113.

²⁸¹ ERMAN, s. 113.

²⁸² İMRE, Zahit; Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Fikret Arık'a Armağan), Ayrı Bası, Ankara 1972, s. 282; Alman Yargıtayı bir kararında "İşlem temeli, ancak işlemin amacı esas tutulduğunda, sözleşmeye bağlı kalma dürüstlük kuralı gereği borçludan beklenemez olduğu takdirde, göz önünde tutulabilir" ifadeleriyle; bir olayda işlemin temelini çöküp çökmediğinin tespiti için dürüstlük kuralı esas tutularak, sözleşmeye aynen bağlı kalma halinde doğacak sonucun hak ve adalet esasları ile bağdaşıp bağdaşmayacağı veya borçludan böyle bir ifanın istenebilip istenemeyeceği noktasının araştırılması gerektiğini hükme bağlamıştır. (TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 102'den naklen.)

verilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir²⁸³. Ayrıca imalat masraflarını arttıran beklenilmeyen hallerin eserin değerini de arttırması halinde ücret artırımına gidilmesinin uygun olacağı kabul edilmektedir²⁸⁴. Müteahhidin değişmesinin fazla giderlere sebep olması halinde de ücretin yükseltilmesinin uygun bir sonuç olacağı da belirtilmiştir²⁸⁵.

Hakimin ücret artırımına karar vermesi halinde, yapılacak ücret artırım miktarının tespiti sırasında, müteahhidin olağan rizikosu dışında kalan masraf artmaları da hesaplamanın içinde yer alacak olduğundan; müteahhidin belirlenen ücret yönünden kar edebilmesi kadar zarara uğraması da söz konusu olabilecektir²⁸⁶. Zira Türk ve İsviçre doktrininde, ücret artırımının sadece müteahhidin ifası beklenemeyecek edimi katlanabilir hale getirmesi genel kriter olarak kabul edilmektedir²⁸⁷.

2.2. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Kanun koyucu BK. md. 365/II'de hakime, beklenilmeyen hallerin gerçekleşmesi durumunda ücret artırımının yanı sıra sözleşmeyi fesih hakkı da vermiştir. Müteahhidin hakime başvurması halinde, BK. md. 365/II hükmü gereği, hakim tarafların menfaatlerini dengelemek ve zarar görmemelerini sağlamak amacı ile sözleşmeyi fesih edebilecektir. Sözleşmenin feshinin hukuki niteliği ve sonuçları çalışmamızın dördüncü bölümünde inceleneceğinden, şimdilik bu açıklamalar ile yetinilecektir.

²⁸³ GÜRPINAR, s. 152.

²⁸⁴ GÜRPINAR, s. 152.

²⁸⁵ BECKER, m. 373.

²⁸⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 256.

²⁸⁷ BAYGIN, s. 114; GAUCH, s. 217 (BAYGIN, s. 114'ten naklen); ERMAN, s. 110.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİ İLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TASFİYE

1. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde eser sözleşmesinin niteliği, eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde tartışma konusu edilmiştir. Bu nedenle, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu ileri sürenlerin çalışma konumuz olan BK. md. 365/II'de düzenlenen sona erme haline ilişkin değerlendirmeleri ile sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu ileri sürenlerin değerlendirmeleri farklılık arz etmektedir.

1.1. BK MD. 365/II'DE DÜZENLENEN FESİH TERİMİNİN GERÇEK ANLAMDA FESHİ İFADE ETTİĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar, eser sözleşmesini sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul etmektedirler ve BK. md. 365/II'deki fesih terimi ile gerçek anlamda fesihten söz edildiğini ileri sürmektedirler²⁸⁸. Bu görüşü savunanlar kanun koyucunun fesih, feshi ihbar, dönme, rücu kavramlarını birbirlerine yakın kullandığı haller olsa da, madde hükmünde isabet olduğunu ifade etmişlerdir²⁸⁹.

Bu görüşe göre eser sözleşmesinin BK. md. 365/II kapsamında feshinde, sözleşme ileriye doğru olarak sona ermektedir. Fesih hakkı, bu anlamda bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, sözleşmenin diğer tarafının katılmasına ihtiyaç olmaksızın, sözleşmenin diğer tarafına açık ve belirli şekilde varması ile hukuki ilişkiyi kendiliğinden sona erdirmektedir²⁹⁰. Bu görüşü savunanlar, müteahhidin sözleşmeyi değişen şartlara uygun hale getirmek için iş sahibine bildirimde bulunması ve iş sahibinin bu durumu kabul etmemesi halinde feshin gerçekleşeceğini ve bu şekilde iradi şarta

²⁸⁸ ERMAN, s. 106; SEROZAN, (Dönme), S. 27.

²⁸⁹ YAŞAR, s. 55.

²⁹⁰ FEYZİOĞLU, F.N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1977, s. 415.

bağlı bir feshin söz konusu olduğunu tespit etmişlerdir²⁹¹. Bu görüşe göre, eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde ifa edilen edimler sözleşmenin tasfiyesine dahil edilmeyecektir²⁹².

1.2. BK MD. 365/II'DE DÜZENLENEN FESİH TERİMİNİN DÖNME OLARAK YORUMLANMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde genel kabul gören bu görüşe göre, BK. md. 365/II'de sözleşmenin niteliğinin ani edimli olduğu kabul edilerek, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilemeyeceği, ancak sözleşmeden geriye etkili olarak dönülebileceği belirtilmiştir²⁹³. Dönme hakkı, tek taraflı irade beyanı ile borç ilişkisinin geriye etkili olarak sona erdirilmesi hakkı olarak ifade edilmiştir²⁹⁴. Bu hak, karşılıklı borç doğuran ve ani edimli borç ifasını esas alan sözleşmelerde tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdiren yenilik doğuran bir haktır. Nitekim dönme ile tarafların sözleşme kurulmadan önceki duruma getirilmesi amaçlanmaktadır²⁹⁵. Borçlar Kanunu'nun 106 ve 108. maddeleri bu konuda uygulama alanı bulacak ve bu nedenle, dönme ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkacağı gibi, yerine getirilen edimler de iade edilecektir²⁹⁶.

Klasik dönme teorisine göre, dönme işleminin yenilik doğuran bir hak bahşederek sözleşmeyi sanki hiç kurulmamış bir hale getirmeyi amaçladığı belirtilmiştir. Bu nedenle, ifa edilmeyen edimlerin kendiliğinden ortadan kalkacağı ve fakat ifa edilenlerin ise ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri istenebileceği izah edilmiştir²⁹⁷. Yeni dönme teorisine göre ise, sözleşme sona ermeyecek ve fakat iade borçları söz konusu olacağından, sözleşme konusu tersine dönecektir. Sözleşmeye dayalı olarak geri verme talepleri, ifa edilmemiş edimler için ifa etmemeye ilişkin def'i

²⁹¹ ERMAN, s. 108.

²⁹² CİĞERİM, s. 105.

²⁹³ CİĞERİM, s. 106; SEROZAN, (Dönme), s. 513; TUNÇOMAĞ, (Borçlar) s. 1061; SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 208 vd. TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 1060; YAVUZ, s. 540; KARAHASAN, (Mülkiyet), s. 1105.

²⁹⁴ SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 208; TANDOĞAN (Arsa), s. 28.

²⁹⁵ EREN, C.I, s. 297.

²⁹⁶ CİĞERİM, s. 105.

²⁹⁷ TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP/AKMAN, s. 967; BAYGIN, s. 119.

hakları ile ifa edilenlerin iadesi yönünden söz konusu olacaktır²⁹⁸. Eser sözleşmesi açısından ise yeni dönme teorisinin sadece verme borçları açısından söz konusu olabileceği ve klasik görüşün esas alınması gerektiği belirtilerek; geriye doğru ortadan kalkan sözleşmenin ifa edilip edilmediğine bakılmaksızın tüm alacak ve borçların artık akdi temelini kaybettiği ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁹⁹.

1.3. HAKİM KARARININ FESHİN HUKUKİ NİTELİĞİNE ETKİSİ VE BK MD. 365/II HÜKMÜNÜN İNŞAI DAVA HAKKI OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre³⁰⁰, BK. md. 365/II'de müteahhide özel bir yenilik doğuran hak verilmemiş olup; burada bir hak değil, dava yolu ile kullanılması gerekli bir inşai dava hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, müteahhidin sadece dava açma hakkı bulunduğu belirtilmiş, sözleşmeyi sona erdirme yetkisinin BK. md. 365/II açısından sadece hakime ait olduğu ve hakimin vereceği kararın niteliği açısından inşai dava hakkı tanıdığı ileri sürülmüştür³⁰¹. Bu görüşe göre BK. md. 365/II'de yer alan şartların ortaya çıkması sebebiyle müteahhit ifa güçlüğüne veya imkansızlığına maruz kalmış olması halinde durumu iş sahibine ihbar edecektir. Müteahhidin yapacağı bu ihtar sonucunda iş sahibi ile müteahhit arasında kanuni fesih veya ücret artırımı şartlarının oluşup oluşmadığı konularında bir ihtilafın meydana gelmesi halinde, hakimin vereceği karar açıklayıcı niteliğe sahip olacaktır. Bu karar, tespit kararı olabileceği gibi feshin hakim denetiminden geçmesi de inşai dava hakkı niteliğine bir istisna oluşturmayacaktır³⁰². Ancak bu konuda savunulan başka bir görüş ise, BK. md. 365/II kapsamında hakimin kararı ile sözleşmenin feshi işlemi sadece müteahhit ile iş sahibi arasında bir uyuşmazlığın gerçekleşmesi halinde, yani tespit niteliğinde bir karar olmaktan öte her zaman inşai bir nitelik gösteren bir karardır. Bu görüşü savunanlar müteahhide tanınan seçimlik hakkın ancak dava yolu ile kullanılabilir olmasını temel iddia olarak ileri sürmüş olduklarından; bu

²⁹⁸ EREN, C.3, s. 300.

²⁹⁹ BAYGIN, s. 120; GÜLEÇ, s. 133.

³⁰⁰ EREN, s. 103.

³⁰¹ EREN, s. 103 vd.

³⁰² YAŞAR, s. 208.

hakkin dava yolu ile kullanılması halinde, hakimin kararı inşai nitelik taşıyacaktır³⁰³.

Hakimin kararının tespit yahut inşai bir karar olup olmadığı noktasında doktrinde yapılan tartışmalar neticesinde, hakimin kararının tespit kararı olduğu baskın görüş olmuştur^{304,305}. Zira hakimin burada meydana gelen durumu tespit ettiği; sözleşmeyi fesih veya yeni şartlara uydurma beyanının haklı olup olmadığını bu beyanın yapıldığı zamanı göz önüne alarak takdir edeceği belirtilmiştir³⁰⁶. Bu görüşe gerekçe olarak müteahhidin BK. md. 365/II kapsamında ortaya çıkan şartlarda sözleşmeden dönme veya ücretinin arttırılmasını isteme hakkını dava yolu ile kullanmak istemesi halinde, dava dilekçesinin iş sahibine tebliğ edilmesi üzerine dönmenin sonuç doğurmaya başlayacağı belirtilmiştir³⁰⁷. Ancak bu durumda esas sorun hakimin, müteahhidin sözleşmeden dönmelerini hukuka aykırı bulması durumunda söz konusu olacak ve durumun özelliği gereği hakim kararı artık inşai nitelik kazanmış olacaktır³⁰⁸. Hakimin dürüstlük kuralı uyarınca yaptığı değerlendirmeden sonra, olaya uygulanacak hukuki sonucun değişik olduğuna hükmetmesi halinde, kararın yenilik doğurucu bir nitelik taşıyacağı belirtilmiştir³⁰⁹. Bu duruma örnek olarak, müteahhidin ücret artırımını talebinde bulunmasına karşın iş sahibinin de sözleşmenin feshi gerektiği iddiasıyla açmış olduğu karşı davada mahkemece sözleşmenin feshine karar verilmesi verilebileceği yahut mahkemenin sözleşmenin müteahhidin talebinden değişik bir şekilde yeni şartlara uydurulması yolunda karar vermesi de, gösterilebilir³¹⁰.

³⁰³ GAUCH, P, Der Wervertrag, 3Aufl, Zurich 1985, Nr.775 (TANDOĞAN, (Borçlar), s. 115'ten naklen).

³⁰⁴ TOPUZ, s. 340; TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 1060; BİLGE, s. 257; KANETİ, s. 603; ERMAN, s. 115.

³⁰⁵ TUNÇOMAĞ, kitabının 1. Basısında bu görüşü savunmuş ve fakat 1 yıl sonra görüşünü, taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişkinin durumun değişmesiyle dürüstlük kuralına göre aldığı şekli tespit ve ifade ettiği biçimde değiştirmiştir (TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 106).

³⁰⁶ ERMAN, s. 115.

³⁰⁷ TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük) s. 106.

³⁰⁸ CİĞERİM, s.115; TANDOĞAN, s. 252 vd.

³⁰⁹ TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 1061; ERMAN, s. 115.

³¹⁰ ERMAN, s. 115.

1.4. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNE DAİR MAHKEME KARARINA YA DA ÜCRET ARTIRIMINA KADAR ASKIDA OLUP OLMADIĞI

Doktrinde BK. md. 365/II'de yer alan şartların oluşması halinde, sözleşmenin ifa edilebilir olup olmaması hakkında bir açıklama yapılmamıştır. Ancak sözleşmenin feshi halinde bu işlemin hüküm ve sonuçlarının hakim kararıyla mı yoksa hakim kararından sonra mı gerçekleşeceğine dair ihtilaf ortaya çıkmıştır. Bu görüşler olmasına karşın sözleşmenin hakim kararına kadar geçen durumuna ilişkin bir açıklama ise bulunmamaktadır³¹¹. Ancak sözleşmenin hakim kararı verilmesine kadarki durumu, sözleşmenin feshinin niteliği açısından önem arz etmektedir. Nitekim bir iş görme sözleşmesi niteliği olan eser sözleşmesinin, İş Sözleşmelerinde³¹² olduğu gibi askıda hükümsüzlük halinde bekleyip beklemeyeceği veya ifa güçlüğü yahut ifa imkansızlığının ortaya çıkmasından itibaren askıda hükümsüzlük halinin ortaya çıkmış sayılıp sayılmayacağı tartışılmamıştır.

Doktrinde³¹³ sözleşmenin müteahhit tarafından feshin geçerliliği halinde sözleşmenin sona ereceği; hakim kararı ile sona ereceğinin kabulü halinde ise³¹⁴ sözleşmenin, karar ile son bulacağı değerlendirilmiştir. Doktrinde iş sözleşmesi ile ilgili askı halinin söz konusu olabilmesi için İş Hukukundaki ifa imkansızlığı kavramının yeniden tanımlanarak münhasıran işçiler yönünden beklenilmezlik kavramı şeklinde değiştirilmesi gereği savunulmuştur. Bu anlamda, beklenilmezliğin işçiden içinde bulunduğu koşullarda işin ifasının objektif iyi niyet kurallarına göre beklenemez olması gerektiği ifade edilmiş ve askıya alınmada genel ölçünün bu şekilde oluştuğu

³¹¹ GÜLEÇ, s. 135.

³¹² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2004, C. 3, s. 439.

³¹³ BAYGIN, s. 107; TUNÇOMAĞ, (Borçlar) s. 473, s. 1061. (Yazar kitabının 1. Basısında bu görüşü savunmuş olup, sonraki eserlerinde hakim uyuşmazlık halinde vereceği kararın yenilik doğurucu bir hak olmayıp, açıklayıcı bir karar olduğunu savunmuştur. Ancak hakim dürüstlük kuralı uyarınca yaptığı değerlendirmeden sonra, olaya uygulanacak hukuki sonucun değişik olduğuna hükmetmesi halinde kararın yenilik doğurucu bir nitelik taşıyacağını da belirtmiştir.)

³¹⁴ UYGUR, C.7, s. 8252; ERMAN, s. 115; KANETİ, s. 603; BİLGE, s. 257; BECKER, s. 83

belirtilmiştir³¹⁵. Bu görüş askı halinin kendiliğinden oluşacağı, edimin ifa edilmemesi halinde de, edim borçlusunun iş hukukunda askı halini gerekçe göstereceği belirtilmiştir³¹⁶. Bu çerçevede BK. md. 365/II anlamında bir eksiklik olduğu değerlendirilebilecektir. Nitekim bu madde dairesinde sözleşmenin feshi veya ücret artırımına ilişkin düzenleme yapılmış olmasına karşın, beklenilmeyen halin ifa gücünü yaratması halinde bu durumun ortadan kalkmasına kadar sözleşmenin karşılıklı feshi halinin dava edilmesi ve ayrıca sözleşmenin ifası için tarafların durumun düzelmesini beklemelerini gerektirici bir halin de olması ihtimaline göre hüküm yeniden düzenlenebilecektir³¹⁷.

1.5. DEĞERLENDİRME

Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinin ani edimli olduğu esas alınmış ise de; istisnai hallerde sözleşmenin sürekli borç ilişkisine konu olduğu ve bu nedenle, sözleşmenin tasfiyesinde ileriye etkili bir usulün kanaatimizce gözetilmesi gerekmektedir. Bu durumda, BK. md. 365/II'de yer alan fesih teriminin taraflar arasındaki sözleşmenin ve özellikle edimlerin niteliğine göre değerlendirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Halen gündemde olan 2008 Tarasısı'nda da³¹⁸, BK. md. 365'de fesih olarak yer alan ifade yerine "... yüklenici; hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir." şeklindeki düzenleme ile doktrinde genel kabul gören görüş doğrultusunda, sözleşmenin niteliğinin ani edimli olduğu kabul edilerek, açık ve net ifadelerle sözleşmeden geriye etkili olarak dönülebileceği belirtilmiştir. Ancak, somut olayda MK. md.2 kapsamında dürüstlük kuralı gereği dönme hakkının uygulanmasının mümkün olmayacağı hallerde, kanaatimizce yerinde olacak şekilde

³¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 440; SÜZEK, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılıklı İnceleme, Ankara 1976, s. 51; NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, C. 1, İzmir 1998, s. 178..

³¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 440; SÜZEK, s. 41.

³¹⁷ GÜLEÇ, s. 137.

³¹⁸ tbmm.gov.tr, 25.07.2010, (Tasarı).

yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceğine dair istisna bir düzenleme yapılmıştır.

2. ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE SONA ERDİRİLMESİNDE TASFİYE

2.1. TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ MESELESİ

Beklenilmeyen haller nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda sözleşmenin tasfiyesi aşamasına gelinecektir. Eser sözleşmesinde taraflar arasında karşılıklı ifalar söz konusu olabileceğinden; taraflara kusur isnad olunamayacak bir nedenle sözleşmenin sona ermesi sebebiyle, sözleşmenin tasfiyesinde tarafların menfaatlerini dengeleme çabasının da söz konusu olması gerekmektedir. Bu çerçevede, BK md. 365/II gereği beklenilmeyen bir halin meydana gelmesinde her iki tarafın da kusuru bulunmamalıdır³¹⁹.

BK. md. 365/II gereği taraflara isnad olunmayan bir durumun söz konusu olması halinde, müteahhidin tazminat isteyip isteyemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre³²⁰, sözleşmenin feshi ile sözleşme bedelinin arttırılması noktasında hakimin takdir hakkı bulunmaktadır. Hakim, seçim yetkisi kapsamında kullanacağı takdir hakkını sözleşmenin feshine ilişkin olarak kullanması halinde, sözleşmedeki boşluğu ilgili tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanıyarak doldurması mümkündür. Ancak geriye etkili olarak ve tazminat karşılığında yahut hiçbir tazminat ödenmeksizin de sözleşmenin sona erdirilmesine hakim karar verebilecektir³²¹.

Bu konuya ilişkin diğer bir görüş³²², BK. md. 365/II'nin bu konuda açık bir düzenleme getirmediğini ileri sürmüştür. Bu nedenle, BK. md. 367/II'ye kıyasen, beklenilmeyen hal müteahhidin kusuru sebebiyle meydana gelmediğinden, müteahhide feshe kadar yaptığı iş için hakkaniyet çerçevesinde bir tazminat ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim

³¹⁹ BAYGIN, s. 86; GÜRPINAR, s. 148; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 109; ERMAN, s. 86; KARAYALÇIN, s. 22; CİĞERİM, s. 95; YAŞAR, s. 51.

³²⁰ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 116.

³²¹ KAPLAN, s. 154 vd.

³²² ERMAN, s. 113.

beklenilmeyen hal müteahhidi etkilediği gibi sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibini de etkilemektedir. Bu nedenle, BK. md. 371'de yer alan, yapılan kısmın kullanılabilirliğine ilişkin şartının da burada aranması beklenmeyecektir³²³.

İş sahibine tazminat verilmesini ileri süren yazarlar, taraflar arasındaki dengenin hakkaniyet çerçevesinde sağlanması amacıyla taraflara tazminat verilmesi düşüncesiyle iş sahibinin de sınırlı da olsa tazminat talebinde bulunabileceğini belirtmişlerdir³²⁴. Bu görüşe benzer şekilde ileri sürülen diğer bir görüş, tüm tazminatın sadece fesheden tarafa yüklenmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı ve bu sebeple indirilmiş bir tazminat miktarının verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³²⁵. Türk doktrininden Dural, aynen ifa talebinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi ve ayrıca fesih yolu ile bütün rizikonun iş sahibine yüklenmesinin de haksızlık teşkil edeceğini belirterek, hakimin hakkaniyete uygun bir tazminat vermesinin gerektiğini ifade etmiştir³²⁶. Baygın ise BK. md. 365/II'de öngörüldüğü üzere beklenilmeyen halin taraflara isnad olunamaması sebebiyle gerçekleşmesi arandığından, kusur kavramı ya da borca aykırılık kavramı ile değil, isabetli olacak şekilde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi dahilinde sorunun çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi çalışmamızın ilerleyen aşamasında incelenecektir. Yargıtay'ın konu ile ilgili oluşturduğu içtihatlarında da Türk doktrininde benimsenen müteahhide tazminat verilmesi görüşünü benimsediği görülmektedir³²⁷.

2.2. SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ

2.2.1. Tarafların Borçlarının Durumu

Eser sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğu tartışmasız şekilde kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin hukuki niteliğinin ani edimli yahut sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmasının önemi, sözleşmenin sona ermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Zira genel kabul gören kurala göre

³²³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 116.

³²⁴ GAUCH, Werkvertrag, Rdnr, 771, s.218 (BAYGIN, s. 125'ten naklen.)

³²⁵ OFTINGER, s.619 (BAYGIN, s. 125'ten naklen.)

³²⁶ DURAL, s.73.

³²⁷ Yarg. HGK., 20/09/2006 tarih, 2006/11-525E. ve 2006/554K. sayılı karar (GÜLEÇ, s.169 vd.)

ani edimli bir sözleşmeden dönülmesi mümkün iken, sürekli borç doğuran bir sözleşme ancak fesih edilebilecek olduğu gibi; sözleşmenin tasfiyesi aşamasında da geriye ve ileriye etkili olma hali ayrı ayrı ortaya çıkacaktır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır³²⁸.

Doktrindeki farklı görüşler, Yargıtay içtihatlarında da farklılıkların oluşmasını sonuçlamış olup; bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25/01/1984 tarihli 1983/3E. ve 1984/1K. sayılı kararında yapılan değerlendirme ile karma görüşe "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yüzünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde inşaat sözleşmeleri geçici- sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır." gerekçeleriyle destek verilerek uygulamada birlik sağlanmıştır³²⁹.

Bu içtihat ışığında, eser sözleşmelerinde, sona erme sebeplerinden birinin oluşması durumunda uygulanacak sonlandırma tekniğinin sözleşmenin durumuna göre değişebilecek iken, hangi tasfiye yöntemi ile sonlandırılmasına bakılmaksızın sözleşmenin niteliği değişmeyecek olup; eser sözleşmelerinde alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin borçlunun hazırlama devresindeki davranışına daha sıkı şekilde bağlı olması sebebiyle, müteahhidin eseri meydana getirirken yaptığı çalışmalar da önem arz etmektedir³³⁰. Bu sebeple, doktrinde bir görüşe göre eser sözleşmelerinin sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşımadığının ileri sürülmesinin yerinde olmayacağından, BK. md. 365/II'de düzenlenen sözleşmenin feshinin gerçek anlamda feshi ifade ettiği kabul edilmektedir³³¹. BK. md. 365/II hükmü gereği sözleşmenin feshi halinde sözleşmeye aykırılıktan ötürü bir tazminata

³²⁸ Bkz. dn. 291-319.

³²⁹ Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010.

³³⁰ SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 26; SEROZAN, (Dönme), s. 173-174.

³³¹ ERMAN, s. 106; SEROZAN, (Dönme), s. 210.

hükmedilebilecektir³³². Ancak doktrindeki diğer bir görüş BK. md. 365/II'de yazılı feshin dönme niteliğinde olduğunu yönündedir³³³. Diğer bir görüşe göre ise, hakim sözleşmeyi sona erdirme yetkisini, tarafların menfaat durumunu gözeterek, ileriye veya geriye etkili olarak kullanabilecektir³³⁴. Bu görüş kanaatimizce de yerinde olup, özellikle eserin büyük ölçüde tamamlandığı hallerde sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması yerine feshi yerinde bir uygulama olacaktır.

2.2.2. Tasfiye

Taraflar arasında akdedilen eser sözleşmesinin BK md. 365/II dairesinde, iade borçlarının yerine getirilmesinden sonra müteahhidin imalat faaliyetinde bulunması ve bu imal olunan eşyanın iş sahibi elinde kalmış ve müteahhide aynen iadesinin mümkün olmaması halinde, eserin imal olunan kısmı ile ilgili olarak müteahhidin bedel isteyip isteyemeyeceği sorunu doğacaktır. Doktrinde müteahhit tarafından tamamlanan kısım ile orantılı olacak şekilde ücret istenebilmesi genel olarak kabul görmüştür³³⁵. Müteahhidin, iş sahibinden talep edeceği miktarın ne şekilde tespit edileceği noktasında, BK. md. 358/II'nin uygulanması ile edimin objektif değerine göre tespit edilene ulaşılacağı kabul edilmiştir³³⁶. Tasfiyenin BK. md. 369'a göre yapılmasını esas alan bir başka bir görüşe göre, müteahhidin iş sahibinin fesih hakkını kullanmasından önce eserin imaline başlamış olması durumunda, bu kısmın bedelinin ödenmesi gerekecek ve

³³² SEROZAN, (Dönme), s. 210; Yarg. HGK., 16.01.1971 tarihli karar: "Taraflar arasında akdedilen bina inşasına ait bir sözleşmenin mal sahibi tarafından feshi dolayısıyla doğan ihtilafta, yapımın götürü olarak yükümlenildiği göz önüne tutularak davalı müteahhidin yaptığı işlerin sözleşmedeki birim fiyat üzerinden hangi oranda yapılmış olduğunun tespiti yapının sözleşmeye uygun olarak hesaplanması, bulunacak oranla sözleşmede kararlaştırılan ücret çarpılarak davalının hak ettiği tutarın belli edilmesi sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir." (ERMAN, s. 105.)

³³³ TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 1060; YAVUZ, s. 540; KARAHASAN, (Mülkiyet), s. 1105. CİĞERİM, s. 106; TUNÇOMAĞ, (Borçlar) s. 1061; SELİÇİ, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 208 vd. TUNÇOMAĞ, (Aşırı Güçlük), s. 1060; YAVUZ, s. 540; KARAHASAN, (Mülkiyet), s. 1105.

³³⁴ GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010, s. 178.

³³⁵ BUZ, Vedat; İş Sahibinin BK. 369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi, BATİDER 2001, C. XXI, S. 2, s. 235; bkz. dn. 313.

³³⁶ TANDOĞAN, (Arsa), s. 49.

yapılan kısmın değeri tespit edilirken, objektif değeri yerine, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan değer esas alınacaktır³³⁷.

Doktrinde BK. md. 365/II gereği yapılacak hesaplamada yönetime ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin Yargıtay içtihatları irdelendiğinde ise Yargıtay içtihatlarında BK. md. 365/II kapsamında bir feshin gerçekleşmesi durumunda, müteahhidin imal ettiği kısım ile orantılı ücret almak istemesi halinde, hesaplama yönteminin; işin yapımının götürü bedelle yükümlenen davalının hak ettiği iş bedelinin, gerçekleşen imalatın toplam işe göre fiziki oranının bulunması ve bunun götürü bedelle oranlanması yolu ile hesaplama yapılması şeklinde olacağı içtihat edilmiştir³³⁸. Ayrıca diğer iade yollarının da bu dönemde yerine getirileceği belirlenmiştir. Uygulamadan gelen bu yöntem uyarınca objektif değerlerin her zaman sözleşme bedeli ile denk olması beklenemeyeceği gibi daha az veya daha fazla da olabilecek olması neticesinde bu hesaplama yöntemi kanaatimizce de isabetlidir. Nitekim taraflar bu durumda bir öngörüle bulduklarından menfaat çatışmasında bilinen tek veri olan götürü bedel taraflarca bilinmiş olacak ve bu suretle, taraflar bu ihtimale de hazırlıklı olabileceklerdir. Ancak burada götürü bedelin esas alınmasının her zaman tarafların menfaatlerini dengeleme görevini ifa etmeyebileceği ve bu durumda, piyasa değerleri ile götürü bedelin karşılaştırılması yapılarak taraflar arasındaki dengeyi en isabetli sağlayacak olan hangisi ise o değer esas alınması gerektiğine dikkat edilmelidir. Ancak dengenin ne şekilde belirleneceği irdelendiğinde; eser sözleşmesinde inşaatın götürü bedelle oranlanması halinde oranının yüksek olması gibi iş sahibinin menfaatlerinin zedeleneceği hallerde; tarafların kusuru olmaksızın ve tüm piyasayı etkileyen beklenilmeyen hal nedeniyle piyasa değerleri esas alınmalıdır. Beklenilmeyen halin toplumun geneline sirayet etmemesine karşın, sadece tarafları etkilemesi durumunda götürü bedelin esas alınması gerekecektir.

³³⁷ BUZ, s. 235.

³³⁸ Yarg. 15 HD., 10.04.2002 tarih, 2001/5701E. ve 2002/1742K. sayılı karar; "Davalı, işin yapımını götürü bedelle yüklenmiştir. Hak ettiği iş bedeli, gerçekleşen imalatın toplam işe göre fiziki oranı bulunmak ve bunun götürü bedelle oranlanması sonucu hesaplanması gerekir. Bu şekilde elde edilen iş bedelinin toplam ödemeden mahsubuyla, fazla ödemenin varlığı halinde, bunun davalıda sebepsiz zenginleşme oluşturacağından tahsiline karar verilmesi gerekirken, bu istek kalemin reddi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir." (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010).

Eserin imal olunan kısmı ile orantılı ücret alınması aşamasında oranlama bu esaslara göre yapılmalıdır.

Doktrinde, toplama ve kesinti metodu olmak üzere iki ayrı hesaplama yöntemi olduğu belirtilmiştir. Eser sözleşmesi toplama yönteminde iki aşamaya ayrılmakta olup; birinci aşamada, fesih beyanından öncesi ele alınmakta ve bu yöntemle eserin feshe kadar tamamlanmış kısmının değeri tespit edilmektedir. İkinci aşamada ise henüz tamamlanmayan kısım ile ilgili müteahhidin elde edeceği kar eklenecektir³³⁹. BK. md. 365/II anlamında fesihle ise müteahhidin elde edeceği karın, fedakarlığın denkleştirilmesi gereği hesaba dahil edilmesi söz konusu olmayıp, taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından önceki hal meydana getirilmeye çalışılmaktadır. Eser sözleşmesinin götürü ücretle kararlaştırılması halinde, fesih anına kadar müteahhit tarafından yerine getirilen edimlerin, sözleşme gereği yerine getirilmesi gereken toplam edime oranının götürü ücrete uygulanması gerekmektedir. Toplama metodu ile ilgili müteahhidin yapmaktan kurtulduğu masrafların da müteahhide ödenecek kısımdan düşülmesi ve ortaya çıkan miktarın müteahhide ödenmesi gerekmektedir³⁴⁰. Kesinti metodunda ise sözleşmeyi fesheden iş sahibi tarafından müteahhide ödenecek tazminat belirlenmektedir. Bu yöntemde, sözleşmede taraflarca belirlenen bedelden, müteahhidin fesih üzerine eseri tamamlama borcundan kurtulması sebebiyle yaptığı tasarruflar ile serbest kalması neticesinde elde ettiği ya da kasten elde etmeyi ihmal ettiği kazançların düşülmesi ile tazminat miktarı bulunmaktadır³⁴¹. Bu tazminat çerçevesinde BK. md. 369 kapsamında kar konusu kesinti olarak sayılmamıştır. BK. md. 365/II dairesinde ise iade borçlarının söz konusu olduğu tasfiye yönteminde müteahhidin elde edeceği karın ödenmesi söz konusu değildir. Bu iki yöntem ile tazminat miktarının belirlenmesinde bir engel olmadığı gibi; benzer sonuçlar vereceklerinden her ikisi de kullanılabilir³⁴².

³³⁹ BUZ, s. 235.

³⁴⁰ BUZ, s. 240.

³⁴¹ BUZ, s. 242.

³⁴² BUZ, s. 253. vd.

Eser sözleşmelerinde tarafların tasfiyenin Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ne göre yapılmış olacağını kararlaştırmış olmaları halinde ise Şartnamenin tasfiyeye ilişkin 47. maddesi, Şartnamede getirilen tasfiye düzeni bir bakıma sözleşme eki niteliği taşıdığından doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır.

2.3. BK MD. 365/II KAPSAMINDA FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ÖNEMİ

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin müteahhidin ve iş sahibinin karşılıklı tazminat taleplerinde söz konusu olması gerektiği doktrinde belirtilmiş ve bu konuda çatışan iki menfaatten birinin diğerine feda edilmesi halinde, fedakarlıktan yararlanan tarafından meydana gelen zararın giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴³. Zaruret hali, bir kimsenin kendisinin ya da diğer bir şahsın, şahıs ya da malvarlığını korumak amacıyla, bir zarardan ya da derhal meydana gelecek tehlikeden korumak için başkasının malvarlığına zarar vermesi olarak tanımlanmıştır. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği, zaruret hali sonucunda üçüncü kişinin malını zarara uğratan kişi, malı zarar görene tazminat borcu ile borçlanmış bulunmaktadır. Kendisini derhal gerçekleşecek bir tehlikeden korumak için başkasına zarar veren kimsenin, fiili hukuka aykırı olmasa ve kusurlu sayılmasa dahi karşı tarafa uygun bir tazminat vermek zorunda olması haline benzer şekilde, ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmeden dönen müteahhidin de iş sahibine bu nedenle bir tazminat ödemesi gerektiği belirtilmiştir³⁴⁴. Bu görüşte, müteahhidin ifa engeli karşısında ifadan kurtulan iş sahibine "nimet külfete göredir" hukukun genel ilkesi gereği teknik anlamda tazminattan ziyade, risk bedeli veya sözleşmeden kurtuluş bedeli olarak ifade edilen bir tazminat ödenmesi gerektiği savunulmuştur³⁴⁵.

³⁴³ BAYGIN, s. 127.

³⁴⁴ BAYGIN, s. 127.

³⁴⁵ BAYGIN, s. 127; SEROZAN, (Dönme), s. 382; GÜLEKLİ, s. 67.

2.4. BK 365/II. MADDE UYGULAMASINDA ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARINDAN BİRİNİN KAMU TÜZEL KİŞİSİ OLMASI VE FİYAT FARKI İLE SÖZLEŞMENİN FESHİNİ DÜZENLEYEN KARARNAMELERİN UYGULANMASI MESELESİ

1974 yılından bu yana idareye belli esaslara göre birim fiyat tespiti ve fiyat arttırma ya da sözleşmenin feshini kabul yetkisi veren Kanun Hükmünde Kararnameler çıkartılmıştır. Bu kararnameler ile müteahhitlerin İdare ile eser sözleşmesi imzalamaları halinde ekonomide zaman zaman gerçekleşen devalüasyon ve enflasyon karşısında zarara uğramalarını engellemeyi sağlamak için kamu sektörüne giren kuruluşların ihaleye çıkardıkları işleri yüklenen müteahhitlerin ekonomik şartların önceden tahmin edilemeyen ya da tahmin edilmesine karşın meydana gelmeyeceği kabul edilen değişmesi ve özellikle olağanüstü boyutlara ulaşan enflasyon sonucu, sözleşmelere devam edilmesinin aşırı güç hale gelmesi sebebiyle sözleşmelerin durumu düzenlenmektedir³⁴⁶. 2001/2862 sayılı 88/13181 sayılı kararnameyi değiştiren ve ek getiren kararname dışında toplam altı adet kararname bulunmaktadır³⁴⁷. İlk dört kararname ile yeni birim fiyatlarının tespit ve fiyat artış yüzdesi ile fiyat farkını uygulamada idare yetkili kılınmıştır. Son iki kararnamede ise idare yetkili değil zorunlu kılınmıştır. Doktrinde ve yargı kararlarında bu kararnamelerin idare açısından bağlayıcı olup olmadığı sorunu tartışılmış ve bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.11.1986 tarih, 1986/2E. ve 1986/2K. sayılı içtihadıyla³⁴⁸ bu kararnamelerin, genel bütçeye dahil idareler, katma bütçeli idareler, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından uygulanabileceği belirtilerek, bu sorun çözülmüştür.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun işbu kararında, kararnamelerin uygulanması genel olarak kabul edilmiş ise de, her olayın özelliğine göre koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, MK. md.2'de yer alan hususlar dikkate alınarak hakimin takdirine bırakılması gerektiği

³⁴⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 118; UYGUR, s. 920-921.

³⁴⁷ Diğer kararnameler, 03/04/1974 tarihli 7/7993 sayılı; 11/03/177 tarihli 7/13220 sayılı; 14/07/1978 tarihli 7/15990 sayılı; 11/03/1980 tarihli 8/505 sayılı; 18/03/1981 tarihli 6/2574 sayılı ve uygulanmakta olan son 01/07/1988 tarihli 88/13181 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnameleri.

³⁴⁸ Yarg. İBK. 24.11.1986 tarih, 1986/2E. ve 1986/2K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.02.2010).

sonucuna varılmıştır. BK. md. 365/1'de yüklenicinin yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyattan yapmaya mecbur olduğu kural olarak benimsenmiş, maddenin 2. fıkrasında ise "fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrur eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler" denilmek suretiyle işin yapımını son derece zorlaştıran şartların oluşması halinde fiyatın arttırılabileceği ya da akdin bozulabileceği kabul edilerek hakimin takdirine bu hususların bırakıldığı ifade edilmiştir. Doktrinde TANDOĞAN da bu ölçütlere yer vermekle kararnamelerin uygulamalarının hakimin takdirine bırakıldığını belirtmektedir³⁴⁹. Yargıtay bir başka içtihadında götürü bedelli ya da birim fiyatlarla yapımı kararlaştırılan işlerde sözleşmelerinde fiyat farkı verilmeyeceği ve bedelin hiçbir şekilde ileride çıkartılacak kararnameler ile de arttırılmayacağını kararlaştırıldığı hallerde dahi Bakanlar Kurulu'nun bu sözleşmelere de müdahale edecek nitelikte kararname çıkarma yetkisi olmadığını belirtmiştir³⁵⁰. Nitekim bu kararda bu yetkinin yasayla tanınması halinde bile, mevcut sözleşmelere, kamu düzenine ilişkin nedenler dışında müdahale edilemeyeceğini; bu durumda, fiyat farkının sözleşmeye dayanılarak istenilemeyeceği ve fakat BK. md. 3657II maddedeki koşulların oluşması halinde ancak hüküm altına alınabileceğini belirtmiştir. Yargıtay bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin MK. md.2'deki hususlar dikkate alınarak hakim takdirine bırakılması gerektiğine de işaret etmiştir.

Ancak bu kararnamelerin özel hukuk açısından adli mahkemeleri bağlayıcı yönü bulunmadığı yine bu kararda içtihat edildiği gibi, doktrinde de belirtilmiştir³⁵¹. Diğer bir yorumda ise söz konusu kararnamelerin İdareler yönünden, Bakanlar Kurulu'nun sözleşmenin tarafı olan İdarelere, konu ile ilgili emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunması nedeni ile bağlayıcı olmasına karşın; sözleşmenin diğer tarafında yer alan müteahhitler açısından ise bağlayıcı olmayacağı ifade edilmiştir³⁵². Doktrinde

³⁴⁹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 272.

³⁵⁰ Yarg. 15. HD., 17.03.2003 tarih, 2002/4636E. ve 2003/1326K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bankası, 03.01.2010)

³⁵¹ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 128 vd.

³⁵² YAŞAR, s. 98; KAPLAN, s. 156.

kararnamelerin Borçlar Kanunu ve Anayasa'ya aykırı yönleri olduğu belirtilerek eleştirilmiştir. Eleştiriler öncelikle Bakanlar Kurulu'nun sözleşmeye müdahaleye yönelik kararname çıkarmasına yönelik getirilmiştir. Nitekim tarafların anlaşması olmaksızın kararname ile sözleşmenin değiştirilmesinin mümkün olmadığı esasının, sadece müteahhitlerin artırım ya da fesih talepleri yönünden değil, idarenin fiyat indirimine veya feshe karşı zorlaması açısından da geçerli olduğu ifade edilmiştir³⁵³. Doktrinde ayrıca müteahhide yapılan kısmın verilmesine karşın mahrum kalınan kar bedelinin verilmemesine ilişkin kararnamelerin BK. md. 369'da düzenlenen tam tazminat esasına aykırı bir özellik taşıdığı ifade edilerek eleştiride bulunulmuştur³⁵⁴.

2.5. BK. MD. 365/II NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARA İLİŞKİN GÖREV VE YETKİ MESELESİ

Beklenilmeyen haller nedeniyle açılacak davanın, kanun koyucunun özel yetki kuralları kapsamına dahil olması sebebiyle, her davanın davalının ikametgahı mahkemesinde açılacağına dair genel yetki kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim HUMK md. 10'da belirlenen özel yetki kuralları çerçevesinde, eser sözleşmesinin bir sözleşme olması sebebiyle genel yetkili değil, özel yetkili mahkemelerde dava açılması mümkündür³⁵⁵. HUMK md. 10'da sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ile ilgili iki farklı yetki öngörülmüş ve sözleşmenin ifa olunabileceği veya yapıldığı yerde ifa edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak ifa olunacak yerin belli olmaması halinde BK. md. 73'ün yol göstereceği belirtilmiştir³⁵⁶. Bu çerçevede eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi halinde BK. md. 365/II gereği feshi söz konusu olduğunda, müteahhit tarafından dava yolu ile sözleşmenin feshi yolunun seçilmesi halinde HUMK md. 10 hükmü, BK. md. 73 ile birlikte değerlendirilmesiyle eserin bulunduğu ya da ifa yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

³⁵³ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 130.

³⁵⁴ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 131.

³⁵⁵ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2007, s. 165.

³⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.176.

Eser sözleşmesi ile ilgili açılacak davaya bakmakla görevli olan mahkeme ise yine HUMK çerçevesinde belirlenebilecektir. HUMK'un ilk sekiz maddesinde görev hususu irdelenmiş olup, görevli mahkeme kanun koyucunun belirlediği parasal sınırlar dahilinde tespit edilecektir. Bu çerçevede, eser sözleşmelerinde dava değerinin götürü bedel üzerinden belirlenecektir. Beklenilmeyen hal nedeniyle dava açan müteahhidin ödeyeceği bedel de, eserin çok az bir kısmının tamamlanmış olması halinde dahi, sözleşme ile kararlaştırılan bedel HUMK md. 1/II kapsamında davanın konusunun para alacağı olması sebebiyle görev sınırı da bu miktara göre belirlenecektir³⁵⁷. Görev konusunda sınırı sulh hukuk mahkemesinin üstünde olan davalarda, iş bölümü konusu değerlendirilerek görevli mahkeme tespit edilecektir. Buna göre parasal sınırın üzerinde olan ve tarafların tacir olduğu ya da ticari işletmesi ile ilgili davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olacak ve fakat bu haller dışında görev sınırının altında olması halinde ise sulh hukuk mahkemeleri, görev sınırının üzerinde ise asliye hukuk mahkemeleri görevli mahkeme olacaktır³⁵⁸.

Beklenilmeyen haller nedeni ile sözleşmenin feshi için açılacak davanın türünün eda davası, tespit davası veya inşai dava niteliğinde³⁵⁹ olup olmadığının irdelenmesi halinde; doktrinde bir görüş hakkın kullanılması için hakim kararının mutlaka gerek olmaması sebebiyle, müteahhidin hakkını dava yolu ile kullanması halinde, hakim kararının bildirici, yani bir tespit kararı olacağını ileri sürmüştür³⁶⁰. Başka bir görüş ise müteahhidin seçimlik hakkını mutlak dava yolu ile kullanması gerektiğini ileri sürmüş ve hakim kararı inşai bir karar olacağından, dava türünün inşai dava olacağını belirtmiştir³⁶¹. Müteahhit tarafından dava yolu ile hak kullanıldığında, bu dava türünün tespit davası olduğu söylenebilecektir. Ancak müteahhidin seçimlik haklarından hangisini kullanması gerektiği şeklinde bir tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu düşünülemeyeceğinden; müteahhidin kendi iradesine ve menfaatlerine uygun olarak seçim hakkını kullanacağı ve seçtiği

³⁵⁷ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 132.

³⁵⁸ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 218 vd.

³⁵⁹ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 324 vd.

³⁶⁰ BAYGIN, s.108; CİĞERİM, s. 115.

³⁶¹ GAUCH, Art.373, Nr.13 (Nakleden TANDOĞAN, (Borçlar), s. 115.); Aksi görüş için bkz. BAYSAL, s. 225-226.

yolun hükümlerine iş sahibi tarafından uyulmaması halinde onun bu sonuçlara uyulmasını sağlayıcı şekilde bir ifa davası açması mümkündür³⁶². İş sahibinin müteahhidin seçmekle kullandığı fesih hakkının yerinde olmadığını ve kabul etmediğini ifade ederek müteahhidi edim davası açmaya zorlaması durumunda da; müteahhidin davasına cevap verirken kullanılan seçimlik hakkı değil, diğer hakkın kullanılmasının gerektiğine ilişkin savunma yapabilecektir³⁶³. İş sahibinin müteahhidin açtığı davada seçilen yolun yerinde olmadığını ileri sürmesi halinde, hakim tarafından müteahhidin kullandığı seçimlik hakkın hukuka uygun olmadığına karar verilmesi durumunda, hakimin verdiği karar inşai nitelikte olacağından, dava tespit davası vasfında olmayacaktır³⁶⁴.

2.6. HAKİMİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ, HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE KRİTERLERİ

2.6.1. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi ve Takdir Yetkisinin Sınırları

Hakimin talep üzerine sözleşmeyi bizzat kendi koyduğu kuralla, değişen hal ve şartlara uyarlaması "dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi" olarak tanımlanmıştır³⁶⁵. Bu anlamda, hakim hukuki çözümü tespit ederken, genel olarak sözleşmenin süresinden veya sözleşmenin süresinin uzatılması imkanlarından birini seçmekte serbesttir³⁶⁶.

Doktrinde davacı talebi ile hakimin bağlı olup olmadığı konusu tartışılmış ve bedel artırım talebi ile sözleşmenin feshi taleplerinin kademeli olarak dava dilekçesinde talep edilmiş olması halinde bir sorun bulunmadığı ve hakimin, her iki seçeneğin de talep dahilinde olması sebebiyle, birine karar verebileceği belirtilmiştir³⁶⁷. Müteahhidin bu taleplerden sadece birini

³⁶² CİĞERİM, s. 115.

³⁶³ CİĞERİM, s. 114.

³⁶⁴ CİĞERİM, s. 115.

³⁶⁵ KAPLAN, (Sözleşme), s. 156; DURSUN, Sanem Aksoy; Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, s. 10 vd.

³⁶⁶ ERMAN, s. 113 vd.; KAPLAN, (Sözleşme), s. 156; ARAT, s. 187; BAYSAL, s. 271; TOPUZ, s. 340.

³⁶⁷ ERMAN, s. 117.

talep etmesi halinde, tespit davası açılmışsa hakim tarafından hukuki durumun niteliği konusunda bir değerlendirme yapılacaktır.

Eda davasının açıldığı durumlar ile ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş, mahkemeye eda davası şeklinde müracaat edilmesi halinde açılan iptal davasında hakimin sözleşmenin değiştirilmesine karar vermesi durumunda bedel artırımına karar verilebileceği ve fakat yeni şartlara uydurulması yönünde dava açılmış olması halinde ise; sözleşmenin hakim tarafından feshedilemeyeceği, aksi halin talebi aşan karar niteliğinde olacağı belirtilmiştir³⁶⁸. Başka bir görüşe göre, hakim kural olarak HUMK madde 74 gereği iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olmasına karşın, inceleme ve değerlendirmeleri sonunda talepten noksanına karar verebilecektir. Bu çerçevede, hakimin takdir hakkı nedeniyle sadece ücret artırımının talep edilmiş olması ve bunun yanı sıra, iş sahibi bu talebe karşı fesih talep etmemiş olsa dahi hakim sözleşmenin feshine karar verebilecektir³⁶⁹. Kanaatimizce hakimin hakimin taleple bağlılık ilkesi gereği hareket etmesi gerekmesi neticesinde, bu ilke göz ardı edilerek takdir hakkından bahisle, talepten başkasına hükmetmesi usule aykırı olacağından, bu görüşün yerinde değildir. Diğer bir görüşü savunanlar ise sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması konusunda hakimin yetkisinin sözleşme ile sınırlı olmadığını ve hakimin sözleşmenin süresinin değiştirilmesine karar verebileceğini ifade etmişlerdir. Buna göre, BK. md. 365/II'de düzenlendiği üzere borçlunun sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmiş olması halinde de, hakim edim miktarını arttırabilecek, buna karşılık taraflardan birinin sözleşmenin değiştirilmesinin etkilerini karşılamaya hazır olduğunu bildirmesi halinde de diğer tarafın fesih talep edemeyeceğinden bahisle, bu anlamda hakimin yetkisinin sınırlanmış olduğu kabul edilmiştir³⁷⁰. Bu görüş de madde lafzına uygun düşmemektedir.

Bu çerçevede, açık olan madde lafzından, müteahhidin hakimden sözleşmeye kendi talebi ile müdahale edilip edilmeyeceğini talep ve dava

³⁶⁸ ERMAN, s. 118.

³⁶⁹ BAYGIN, s. 109-110.

³⁷⁰ BECKER, s. 633.

ettiği, hakim karşısına gelinmesi aşamasına kadar müteahhidin temelde hazırladığı ve menfaatine olan yolu iradesi ile seçerek geldiği düşünüldüğünde, hakimın tespit kararı vererek hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir denetimde bulunması ve taleple bağlı olarak bir karar vermesi gerekmektedir.

Hakimin BK. md. 365/II'de düzenlenmiş olan çözüm yollarından başka bir yola hükmetmesine imkan bulunup bulunmadığına dair görüşler incelendiğinde; bir görüşün madde lafzı ile bağlı kalınmaksızın hakimın ücret artırımını dışında süre uzatımı gibi başkaca önlemler alarak sözleşmeye müdahale edebileceğini savunduğu anlaşılmaktadır³⁷¹. Kanaatimizce yerinde olan diğer bir görüşü savunanlar ise madde lafzında yer alan hakların kanun koyucu tarafından sınırlı sayı ilkesine göre düzenlendiği ve bu nedenle, madde lafzında olmayan bir yolun kabulünün mümkün olmadığını ifade etmişlerdir³⁷².

2.6.2. Hakimın Takdir Yetkisini Kullanırken Gözetmesi Gereken Kriterler

Hakimin eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshine veya ücretin arttırılmasına karar verirken, hangisini tercih edeceğine ilişkin karar yetkisini kullanması aşamasında gözetmesi gereken kriterler bulunmakta olup; bu kriterler yönünden doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Esas olarak, taraflarca sözleşmenin akıbeti konusunda anlaşmaları ve bu hakimın bu anlamda kararının daima yedek çözüm niteliği taşıması gerektiği belirtilmiştir³⁷³. Hakim kararı sözleşme ilgili olmalı ve hakimın intibak kuralı tesis ederken, tarafların, sözleşmenin kuruluşu sırasında hakkında hüküm tesis edilmemiş haller hakkında nasıl bir kararlaştırmada bulunacaklarına ilişkin farazi iradelerinin dikkate alınması gerekmektedir³⁷⁴. Hakim karar verirken ayrıca örf, adetin yanı sıra hak ve nefaset kuralları çerçevesinde ve kanun boşluğunu dolduracak nitelikte ve

³⁷¹ ERMAN, s. 111.

³⁷² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 256; BAYGIN, s. 114.

³⁷³ KAPLAN, (Sözleşme), s. 158; ARAT, s. 165.

³⁷⁴ KAPLAN, (Sözleşme), s. 159; DURSUN, s. 101; Aksi görüşte olan ARAT, hakimın sözleşmeye müdahale yaparken tarafların subjektif ölçü niteliğinde olan ortak farazi iradelerini aramak yerine, dürüstlük kuralının objektif ölçüsünden yararlanması gerektiğini ileri sürmektedir, s. 190.)

kıyas yolu ile hüküm tesis etmelidir³⁷⁵. Doktrinde eserin tamamlanmış ya da eserin imalatı fazlaca ilerlemiş olması halinde, iş sahibinin esere ivedilikle ihtiyacı olması durumunda; sözleşmenin taraflarının ücret artırım yapılmasında anlaşmalarına karşın, artırım miktarında anlaşmamış olmaları halinde hakimin ücret artırımına karar vermesinin yerinde olacağı belirtilmiştir³⁷⁶. Ancak eserin yapımına henüz başlanmış olması, sözleşmeye devam edilmesinin iş sahibi yönünden ağır olması veya ücret artırımının iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek bir noktaya ulaşmasının söz konusu olması halinde sözleşmenin feshinin gerekeceği değerlendirilmektedir³⁷⁷.

Götürü ücretin hakim tarafından arttırılmasına karar verilmesi halinde, müteahhidin olağan rizikosu dışında kalan masraf artırımları da dikkate alınacaktır. Bu nedenle, müteahhidin ücret artırımına rağmen kar elde edemeyeceği gibi, zarar etmesi de söz konusu olabilir³⁷⁸. Tarafların ekonomik gücü de hakimin takdir hakkını kullanmasında etkili olabilir³⁷⁹. Hakim ücret artışına karar vermesi halinde, sözleşmeyi bu defa iş sahibi açısından katlanılmaz hale getirmemelidir³⁸⁰. Zira doktrinde, BK. md. 365/II'nin uygulanması aşamasında, sözleşmedeki dengenin ücret artırımı suretiyle sözleşmenin değişen şartlara uydurulması yoluna gidilmesinin tarafların çıkarlarına ters düşmesi halinde, sözleşmenin feshine karar verilebileceği belirtilmiştir³⁸¹. Diğer bir görüş ise, BK. md. 24/b.4'te yer alan sözleşmenin gerekli vasıflarında hata düşüncesini dayanak olarak göstermiş ve BK. md. 25/II'de düzenleme altına alınan hata haline düşen tarafın dürüstlük kurallarına aykırı şekilde bu hale dayanmasının yasak olması ve özellikle muhatabın hataya düşenin gerçek amacına uygun olan sözleşme şartlarını kabul etmeye hazır olduğunu beyan etmesi üzerine; bu aşamadan sonra sözleşmenin iptal edilemeyeceği kuralının kıyas yolu ile uygulanmasını

³⁷⁵ KAPLAN, (Sözleşme), s. 160.

³⁷⁶ TANDOĞAN, (Borçlar), s. 113; ERMAN, s. 112; BAYGIN, s. 112; TUNÇOMAĞ, (Borçlar), s. 1061.

³⁷⁷ BAYGIN, s. 112; TANDOĞAN, (Borçlar), s. 113.

³⁷⁸ TANDOĞAN (Borçlar), s. 256; GÖKYAYLA, s. 235.

³⁷⁹ TANDOĞAN, (Borçlar), S. 256.

³⁸⁰ ERDİN, s. 387; GÜRPINAR, s. 151; GÖKYAYLA, s. 235

³⁸¹ ERMAN, s. 111.

ve bu şekilde, aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olduğu sözleşmelerde uygulanmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştür³⁸².

³⁸² TANDOĞAN, (Borçlar), s. 242.

SONUÇ

Tez konumuz olan BK md. 365/II sözleşmenin taraflarınca önceden tahmin olunamayan veya tahmin edilmesine karşın sözleşmede taraflarca kararlaştırılmayan hallerin götürü ücretli işin yapılmasına engel olması veya yapılmasını engellemesi halinde; hakimin bedel indirimi yahut sözleşmeyi fesih yoluna gidebileceği ve bu durumun hukuki sonuçları incelenmeye çalışılmıştır. Taraflarca öngörülemeyen ya da meydana geleceği beklenilmeyen bir halin gerçekleşmesi durumunda, bu durumun ayrıca müteahhidin belirlenen götürü ücretle eseri tamamlamasını zorlaştırması ya da engellemesi halinde BK md. 365/II hükmü gereği kural olarak sözleşmenin müteahhit tarafı, somut olaydan hareketle bazen iş sahibi, işbu maddede belirtilen seçimlik hakkı kullanabilecektir. Seçimlik hak gereği müteahhit dilerse hakime müracaatla sözleşmenin feshini ya da bedelin arttırılmasını isteyebilecektir. Müteahhit bu hakkını dilerse irade beyanı yönelterek kullanabilecek ise de; çalışmamızda iş sahibinin bu beyanın isabetsiz olduğuna kanaat getirmesi halinde dava açarak talepte bulunması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Çalışmamızda BK. md. 365/II anlamında sözleşme bedelinin arttırılmasına karar verilmesi halinde, müteahhidin olağan rizikosu dışında kalan masrafların artırımlarının dikkate alınacağı ve bu nedenle, müteahhidin ücret artırımına rağmen kar elde edemeyeceği gibi, zarar etmesinin de söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca hakimin ücret artırımına karar verirken, sözleşmenin iş sahibi açısından da katlanılmaz hale getirilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Çalışmamız kapsamında sözleşmenin BK. md. 365/II anlamında feshi halinde sözleşmenin tasfiye edileceği, tarafların fesih ile beraber ifa etmedikleri borçlarının ortadan kalkacağı, iade borçlarının söz konusu olacağı belirtilmiş ve tazminat konusu da incelenmiştir.

Çalışmamızda ayrıca BK. md. 365/II gereği hakime müracaat halinde, sözleşmenin ayakta tutulmasının esas olması ve fakat bu durumun mümkün olmadığı durumlarda sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi gereği irdelenmiş

ve bu suretle, hakimin takdir hakkını kullanırken taleple bağılı olması gerektiğine de işaret edilmiştir. Doktrindeki görüşler çerçevesinde yaptığımız incelemeler neticesinde, açık olan madde lafzından, müteahhidin hakimden sözleşmeye kendi talebi ile müdahale edilip edilmeyeceğini talep ve dava ettiği, hakim karşısına gelmesi aşamasına kadar müteahhidin temelde hazırladığı ve menfaatine olan yolu iradesi ile seçerek geldiği düşünüldüğünde, hakimin tespit kararı vererek hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir denetimde bulunması ve taleple bağılı olarak bir karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Her ne kadar müteahhit tarafından sözleşmenin feshi veya bedelin arttırılması talebiyle dava açılacak ise de; yargılama sırasında hakim, MK. md. 2 hükümlerini de dikkate alarak somut olayı değerlendirecek olduğundan ve fakat hakimin taleple bağılılık ilkesi ile bağılı olduğu da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması halinde, verilecek kararın açıklayıcı olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Tez konumuza ilişkin halen yürürlükte olan BK. md. 365/II'de müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkı olduğu belirtilmiş ve feshin hukuki niteliği tartışılmış ise de, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Genel Müdürlüğü'nün 22.01.2008 tarihli gündemde olan Tasarısı'nda tartışmalara son verilerek, madde metnindeki şartların gerçekleşmesi halinde, doktrinde genel kabul görüş doğrultusunda sözleşmeden dönülebileceğine ilişkin düzenleme yapıldığına değinilmiştir. Uygulamada yaşanan sıkıntıların çözümlenmesine yönelik olarak, bu düzenlemeye dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenicinin dönme yerine ancak fesih hakkını kullanılabileceğine ilişkin bir istisna getirildiğine dikkat çekilmiş ve taraflar arasındaki sözleşme konusu işin yapılma miktarına göre belirtilen istisnai hükmün uygulanmasının tarafların haklarının karşılıklı olarak dikkate alınacağına yardım olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmamızda ayrıca hakimin BK. md. 365/II'de düzenlenmiş olan çözüm yollarından başka bir yola hükmetmesine imkan bulunup bulunmadığına dair görüşler üzerinde yapılan inceleme neticesinde, madde lafzı ile bağılı kalınmaksızın hakimin ücret artırımını dışında süre uzatımı gibi başkaca önlemler alarak sözleşmeye müdahale edebileceği görüşünün;

kanun koyucunun BK. md. 365/II'yi sınırlı sayı ilkesine göre düzenlendiği sabit olduğundan, yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim 2008 Tasarısı'nda da, madde metninde hakimin başka bir çözüm yoluna gidebilmesine ilişkin düzenleme yapılmamıştır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale; Türk Medeni Hukuku, C.I, Ankara 1960.

AKYAZAN, Sıtkı; Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER, yıl 1973, C.VII, sayı 2.

AKYOL, Şener; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

ALTAŞ, Hüseyin; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK m.117), Ankara 1991.

ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

ARAT, Ayşe; Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.

ARKTUKMAÇ, Sadık; İnşaat Hukuku, Ankara, 1975.

ATASAYAN, Tacettin; Borçlar Hukuku Sahasında Sistemik Temyiz Neşriyatı, İstanbul 1966.

AYAN, Gürhan; Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı, Pro. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999.

AYDEMİR, Efrail; Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009.

BAYGIN, Cem; Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

BAYKAL, Murat; Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarılama Sonucu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Batider, Aralık 1998, C. 19, S. 4, 231-265.

BAYSAL, Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.

BECKER, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern 1934, (Çev. Suat DURA), Ankara 1993.

BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BİLİR, Dilek Akgün; İş Görme Akitlerinde (Hizmet- İstisna Akitleri) Fesih, Ankara 1994.

BUCAK, Vahap; Taahhüt Mukaveleleri, Ankara 1948.

BURCUOĞLU, Haluk; Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995.

BUZ, Vedat; İş Sahibinin BK 369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi, BATİDER 2001, C. XXI, S.2.

CİĞERİM, Erdiç; Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller ve Sonuçları, İstanbul 1996, Yüksek Lisans Tezi.

DAYINLARLI, Kemal; İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986.

DOĞANAY İsmail; Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Engel Olur Mu?, Yargıtay Dergisi, C. I, Ekim 1975, S.4.

DURAL, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1979.

DURSUN, Sanem Aksoy; Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, Eylül 2008.

EREN, Fikret; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, (Seminer).

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, (Borçlar).

EREN, Fikret; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, BTHAE Yayını, (Seminer).

ERMAN, Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970.

FEYZİOĞLU, F.N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2., İstanbul 1977.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.

GÖKYAYLA, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.

GÖNENSAY, Samim; Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsal'e Armağan, İstanbul 1939.

GÜLEÇ, Şafak; Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009, Yüksek Lisans Tezi.

GÜLEÇ (UÇAKHAN) Sema; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2002.

GÜLEKLİ, Yeşim; Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, MHAD, N.18, İstanbul 1990.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010.

GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.

GÜRSOY, Kemal Tahir; Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi) Ankara 1950.

HATEMİ, Hüseyin; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1979.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1993.

İMRE, Zahit; Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Fikret Arık'a Armağan), Ayrı Bası, Ankara 1972, (Armağan).

İMRE Zahit; Türk Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1978, (Medeni).

İNAL, Tamer; Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.

KANETİ, Selim; Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972.

KAPLAN, İbrahim; Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.

KAPLAN, İbrahim; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici-İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, (Seminer).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, (Mülkiyet).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Tazminat Davaları, Ankara 2001, (Tazminat).

KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Cilt, İstanbul 2004, (Borçlar).

KARATAŞ, İzzet; Eser- İnşaat Yapımı Sözleşmeleri, Ankara 2009.

KARAYALÇIN, Yaşar; Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akitlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İtibak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981

Tarihli Kararname ile Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981.

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası, www. Kazancı.com.tr, (Kazancı İçtihat Bankası).

KILIÇOĞLU, M. Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 182.

KOSCHAKER, Paul; Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1961, (Çev. Kudret AYİTER).

KOSTAKOĞLU, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2006.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2007.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2004.

NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, C.1, İzmir 1998.

OFTİNGER, Karl; Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül, İÜHFM, C.8, S. 3-4, İstanbul 1942. (Çev. Bülent. DAVRAN).

OFTİNGER, Karl; Borçlar Kanunu'nun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Ankara 1985 (Çev. Kemal DAYINLARLI).

OĞUZMAN, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami; Medeni Hukuk İstanbul 2008.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

OLGAÇ, Senai; Hukuk Davalarında İstisna Akti, Ankara 1977, (İstisna).

OLGAÇ, Senai; İلمي ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul 1970, (Borçlar).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C.III, s. 1-2, Haziran- Aralık 1999,

ÖZ, M. Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi; Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul 1990.

ÖZYÖRÜK, Sezer; İnşaat Sözleşmesi, Yapısı- Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988.

SAYMEN, Ferit Hakkı; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s. 882-884;

SAYMEN, F. Hakkı/ ELBİR, H.Kemal; Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1966.

SELİÇİ, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara 1977, (Sürekli Borç İlişkileri).

SELİÇİ, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Müteahhit).

SELİMOĞLU, Engin; Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999.

SEROZAN, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, (İfa).

SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007., (Dönme)

SEROZAN, Sorumluluk Hukukunda İlginç Alman Mahkeme İctihatları, MHAD., Yeni Seri, Yıl 11, S. 14, 1977, (Alman Mahkeme İctihatları).

SUNGURBEY, İsmet; Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 1, İstanbul 1973.

SÜZEK, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılıklı İnceleme, Ankara 1976.

TANDOĞAN Haluk; Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmesinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Ankara 1982, (Arsa).

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1990. (Borçlar)

TANDOĞAN, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, (Mesuliyet).

TANDOĞAN, Haluk; Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Arttırma ve Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981, (İhale).

T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanun Tasarısı, Ankara Şubat 2008, (Tasarı).

TEKİNAY, Selahattin/AKMAN, Sermet/BURCUĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TOPUZ, Seçkin; Dengenin Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.

TORUN, Enis; İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürdüğü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK m. 365) Yargıtay Dergisi, C.8., S. 3, Temmuz 1982.

TUNÇOMAĞ, Kenan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Özel Borç İlişkileri İstanbul 1977, (Borçlar).

TUNÇOMAĞ, Kenan; Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD, Yeni Seri, Yıl 1, No 1, İstanbul 1967, (İfa)

TÜRKOĞLU, Gülşen/TÜRKOĞLU, Yekta; Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu Hakkında Sayıştay, Danıştay, Yargıtay Kararları, Ankara 1975.

UÇAR, Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, (Tekeffül).

Uçar Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, Erzincan H.F.D. 2001, 2001 c.V, 10. Öğretim Yılına Armağan.

UYGUR, Turgut; Açıklamalı- İçtihatlı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1998.

VOLKAN, Necati; ARVAS, Necmettin; Temyiz Kararlarına Göre Kanunlarımızın Tatbiki, İstanbul 1952.

VON TUHR, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1, Ankara 1983, (Çev. EDEGE, M.).

YALÇINDURAN, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

YAŞAR, Tanju Oktay; Enflasyonun İstisna Sözleşmesi Üzerindeki İlkesi ve Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi, Ankara 1989.

YAKUPPUR, Sendi; Borçlar Kanununa Göre Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Kasım 2009.

YAVUZ, Cevdet/ ÖZEN, Burak/ ACAR, Faruk; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ ACARBAY/ Beşir, GÖKYAYLA, Kemal; Medeni Hukuk, Ankara 2000.