

I. BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE BEKLENİLMEYEN HALLER

I- ESER SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A - ESER SÖZLEŞMESİ

Eser sözleşmesi Türk Hukukunda Türk Borçlar Kanunu dahilinde istisna akti terimi ile ifade edilmiş¹, kanun dahilinde 355. maddesi ile 371. maddesi arasında hüküm altına alınmıştır. İstisna kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve maharet emeği vererek bir şeyi meydana getirmek anlamına gelmektedir².

Eser sözleşmesi kanuni tarif ile bir taraf diğer tarafın verdiği semen karşılığında bir şey imalini yüklediği sözleşmedir³. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 363. maddesinde eser sözleşmesi tarif edilirken, Türk Borçlar Kanunu ile paralel bir tarif yapılmıştır⁴.

Sözleşmenin kapsamına doktrinde genel olarak belirtildiği üzere en küçük bir kül tablası imalinden büyük nükleer santrallerin, büyük barajların inşaatı dahi girmektedir. Bu çerçevede doktrinde eser sözleşmesi incelenirken en çok inşaat sözleşmelerinin üzerinde durulmuştur⁵. İnşaat sözleşmeleri müteahhidin karşı taraftan alacağı semen yani ücret karşılığında inşaatın tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmıştır⁶. Bir başka tanımda ise eser sözleşmelerinden inşaat sözleşmesi, taraflarından birinin bir bedel karşılığında rizikosu

¹ SELİMOĞLU, Engin; Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999, s.685

² OLGAÇ, Senai; Hukuk Davalarında İstisna Akti, Ankara 1977, s.1

³ OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C.III, s.1-2, Haziran-Aralık 1999, s.65

⁴ DAYINLARLI, Kemal; İstisna Aktinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s.2

⁵ GÜRPINAR, Damla; Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s.21

⁶ ÖZYÖRÜK, Sezer; İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371.Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988, s.1

kendisine ait olmak üzere inşaatın tamamını veya bir kısmını inşa ve teslimi diğer tarafa taahhüt etmeyi inşaat sözleşmesi olarak belirtmiştir⁷.

B- ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak ivazlı bir sözleşmedir. Eser sözleşmesi, Borçlar Kanunu dahilinde düzenlenmiş bulunduğu için bu anlamda tipik bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Ancak, tartışmaların temelinde eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme vasfını taşıdığı görüşü ile sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri süren görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği yer almaktadır.

1) Sözleşmenin Niteliğinin Sürekli Borç İlişkisi Olup Olmadığı

Eser sözleşmesinin edimlerinin niteliği açısından değerlendirmesinde sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışma içinde, sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre müteahhit imalat faaliyeti içindeyken faaliyet sürdürükçe ifa etmektedir. Bu nedenle de ilişki sürekli borç ilişkisidir⁸.

Sürekli borç ilişkisi görüşünün bir diğer temel dayanağı da imalat faaliyetinin iş görme sözleşmelerinin temel vasfı olduğu, bu anlamda bir zaman dilimine dayalı olarak yapılan imalat faaliyetinin sürekli olarak müteahhidin ifasını içerdiği bu durumun da sürekli nitelikte bir borç ilişkisi doğurduğudur. Doktrinde bu konuda temel gerekçe olarak BK 360/II. maddede düzenlenen sözleşmeye konu eserdeki bir kısım önemli vasıfta olmayan ayıpların varlığı halinde sözleşmeden dönme yerine onarım isteme hakkının tanınması ya da bedel tenziline gidilmesi, ve gene BK 360/III. maddede düzenlenen sözleşme konusu ayıplı eserin yıkılması daha fazla zararı doğuracaksa ayıp giderimiyle sınırlı tutan hüküm, aynı şekilde BK 369. madde ile müteahhidin her türlü

⁷ CELAL, Nasır; Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005, s.24, BAYGIN, Cem; Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler; İstanbul 1999, s 4-5; SELİÇİ,Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.4

⁸ GAUTSCHI, Der werkvertrag,in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzeihen Vertragsverhältnisse, 3.Teilband, Bern 1967, 1a (nakleden GÜRPINAR,s.18), ERMAN, s.106; ERMAN, (Temerrüt), s. 212, BİLİR, Akgün, İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akidleri) Fesih, Ankara 1994, s.112

zararını tazminle ve yapılan kısmın ücretinin ödenmesi ile sözleşmenin feshi hükümleri gösterilmektedir⁹. Bir başka yaklaşımla da sözleşmenin ifası için yapılan imalat faaliyeti dairesinde yapılan tüm çalışmalar teslim anında tek kalem olarak ödense bile ücrete dahil olduğu ileri sürülmüştür¹⁰.

2) Sözleşmenin Niteliğinin Ani Edimli Borç İlişkisi Olup Olmadığı

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu ileri süren yazarlara göre ise eser sözleşmesi bir sonuç ve teslim borcu doğuran sözleşme olduğu için, bu teslimin de sürekli edimli sözleşmelere göre, belli bir zaman içinde söz konusu olması nedeniyle ani edimli bir sözleşmedir¹¹. Bu görüş doktrinde yaygın olarak taraftar bulmuş olan bir görüştür. Görüşün temel gerekçesi, eser sözleşmesinin diğer tipik sözleşmelerden ayırt edici vasfının irdelenmesinde, sözleşmenin ayırt edici özelliğinin, iş görülmesi değil iş sonucu ortaya çıkarılmasıdır.

En çok karşılaşılan eser sözleşmesi türlerinden olan inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak bu sözleşmenin niteliği gereği sürekli bir sözleşme olmadığı, sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca uzun süreli inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçlandığı edim sürekli edimlere benzediği için, sürekli sözleşme benzeri sözleşme olarak ifade edilmiştir. Ancak bu durum, sözleşmenin ani edimlilik vasfını değiştirmemektedir¹².

Doktrindeki görüşlerin değerlendirilmesinde ortaya çıkan sonuç şudur ki; eser sözleşmesinde teslim alacaklısı olan taraf için sözleşmenin sürekli borç ilişkisi vasfını kabul eden görüşlerin belirttiği gibi, imalat faaliyet aşamasında müteahhidin bir zaman diliminde çalışmasını, hazırlık faaliyeti olarak görmemek gereklidir. Zira burada, kanun koyucu tarafından, taraflar arasında eşitlik ilkesinden diğer sosyal nitelikli iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi bir ayrılma söz konusu olmamıştır. Burada alacaklı iş sahibi, eseri bir bütün olarak kabul edecektir. Örneğin, inşaat sözleşmesinde sadece kaba inşaatın bitirilmesinde ve tesliminde iş sahibinin bir menfaati olmayabilir. Taraflar

⁹ ÖZ,s.17, CİĞERİM,s.34

¹⁰ ERMAN, s.10

¹¹ SELİÇİ, s.26; TANDOĞAN, (Arsa Üzerine İnşaat Sözleşmeleri), s.28, TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.141, UYGUR, s.35; CİĞERİM, s.37

¹² EREN, (İnşaat Sözleşmeleri,Seminer), s.52

arasındaki sözleşmede, kendisinin oturmak için tüm vasıfları ile tamamlanmış iskana müsait bir konut teslimi kararlaştırılmasında, sözleşme BK 369. maddeye göre ileriye etkili olarak fesholunsa bile burada kanımızca gene ani edimlilik vasfı kaybolmamaktadır. Zira, müteahhit kaba inşaatı teslimi takiben, içerikteki işçilik için faaliyette bulunması, sözleşmeyi sürekli edimli hale getirmez.

Bazı yazarlarca da işaret edildiği gibi¹³, BK 369. madde bile sözleşmenin sürekli borç ilişkisi vasfını taşımasına neden olmamakta, ancak bu çerçevede sözleşmenin feshinde tasfiye tekniği açısından sürekli borç ilişkilerindeki teknik uygulanmakta olup, sözleşmenin niteliği değişmemektedir.

Sözleşmede kararlaştırılan eser tamamlanmadan eğer ki sözleşme sona erecek olursa, kural olarak, geçmişte yapılan ifalardan ve imalatlardan dolayı müteahhit ücret isteyemeyecektir¹⁴. Bu kuralın istisnaları söz konusu olup, bu istisnaların hemen tamamı, iş sahibi tarafından müteahhidin kusuru olmadan sözleşmeyi sona erdirdiği hallerde toplanmaktadır.

3) Sözleşmenin Niteliğinde Karma Yaklaşımlar

Eser sözleşmesinin niteliği ile ilgili görüşlerin ikisini sentezleyen bir görüş dahilinde, eser sözleşmesi, her iki tür sözleşmenin de özelliklerini taşımaktadır¹⁵. Zira bu görüşün savunucularına göre, eser sözleşmesinde, alacaklı iş sahibinin teslimden kaynaklanan çıkarını esas almak doğru ise de, müteahhidin eseri imal faaliyeti içinde sözleşme tazminatlı olarak fesholunacak olursa, bu durumda sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi taşıdığı da düşünülebilir.

Eser sözleşmesinin ani veya sürekli edimli oluşu, sadece inşaat sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Bir yıl boyunca dünyanın tüm başkentlerinde veya Türkiye'nin bütün şehirlerinde havai fişek gösterisi yapmak borcunu yüklenen bir müteahhit, bağımsız çalışacağından bu sözleşme hizmet sözleşmesi niteliği de

¹³ BUZ, Vedat; İş sahibinin BK m.369'a göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, 2001, cilt XXI, S.2, s.221

¹⁴ ÖZ, M.Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul 1990, s.18

¹⁵ KAPLAN, (Seminer), s.121, GÜRPINAR, s.19

taşımayacaktır. Bu sözleşme ile müteahhit, teslim borcunu her bir gösteri için ayrı ayrı ifa edecek, ancak sonuçta tüm ülkede işin ifa edilmiş olması ile proje gerçekleşecektir. Burada eğer ki müteahhit, seksenbirinci vilayette gösteri yaptıktan sonra semene hak kazanacak olsa bile, bu ani edimli niteliğini iş sahibi açısından taşıyacak ancak sürekli borç ilişkisi doğurma özelliğini müteahhit açısından gösterecektir. Bu nedenle de, sözleşmenin taraflar açısından değişken nitelikte eser sözleşmesinin türüne ve görünümüne göre farklı yorumlanabilirliği de açıktır.

Doktrinde eser sözleşmesinin niteliği konusunda ileri sürülen görüşlerde teslim kavramı ile iş görme kavramlarından, baskın olanı esas alınarak görüş bildirilmiş olmasına rağmen, karma görüşü savunan yazarlara göre, eser sözleşmesi hem ani edimli borç ilişkisini hem de sürekli borç ilişkisini eşit ağırlıkta yansıtan bir özellik taşıdığını ileri sürmüş ve baskınlık ile ilgili saptamaları kabul etmemiştir¹⁶. Karma görüşe göre, sözleşmenin sona ermesinde, olayın özelliğine göre ve sona erme sebebine göre geçmişe etkili dönme ya da ileriye etkili fesih hükümlerinden biri uygulanacaktır¹⁷.

Ani edim-sürekli edim ilişkisinin önemi, sözleşmenin sona ermesinde ortaya çıkmakta olup, çalışma konumuzun temelinde yer alan bu konu aşağıda fesih kavramı dahilinde ele alınacaktır. Kural olarak ani edimli bir sözleşmeden dönülebilecekken, sürekli borç doğuran bir sözleşme fesholunacaktır. Ayrıca, sözleşmenin tasfiyesinde, geriye etkili olma hali ile ileriye etkili olma hali de ayrı ayrı cereyan edecektir. Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin feshinde, ileriye etkili sonuç doğururken, ani edimli sözleşmede geriye etkili sonuç doğuracaktır.

4) Değerlendirme

Bir sözleşmede, sözleşmenin teslimle borçlanan tarafı, sözleşme kapsamında ard arda teslim suretiyle ifade bulunmaktaysa, bu halde sözleşmenin ani edimli-sürekli edimli olmasında bir ayırım yaparken, sözleşmede izlenen temel amacın esas alınmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir. Alacaklı, temelde bir bütün halinde sözleşmenin ifa edilip tesliminden menfaat elde etmekte, ancak borçlunun kısmi

¹⁶ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.184

¹⁷ ÖZ, s.19

ifalarını da ifanın kolaylaşması için kabul etmekte ise, burada ani edimli borç ilişkisi söz konusudur. Ancak, alacaklı bir zaman dilimi içinde kendisine yapılan ifalardan menfaat elde etmekte ise ve sözleşmenin kurulunda bu menfaatin karşılanması esas alınmış ise bu halde sürekli edimli borç ilişkisinden söz edilebilecektir¹⁸.

Tartışmasız olan eser sözleşmesinin bir iş görme borcu doğuran sözleşme olduğudur¹⁹. Zira imalat, üretim gibi temel unsurlara sahip olan eser sözleşmesi, müteahhidin kural olarak bizzat ifasını esas almaktadır. İş görmenin bu sözleşmenin en belirgin vasfı olduğu söylenebilir.

Doktrindeki görüşlerden ve Yargıtay içtihatlarında farklılıklardan sonra, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25/1/1984 tarihli 1983/3 E. 1984/I K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, aynen şu şekilde gerekçe ortaya konulmuş ve karma görüşe destek verilmiştir : “ İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilemekte 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.” Kanımızca bu içtihattan sonra yorumsal açıdan başkaca bir yola gerek kalmamakta olup, sorun karma görüşlerden sonra uygulamada da çözülmüş durumdadır.

Sonuç olarak söylenebilecek olan da şudur ki; eser sözleşmesinde, sona erme sebeplerinden biri oluştuğunda, uygulanacak sonlandırma tekniğı sözleşmenin durumuna göre değişecektir. Ancak, eser sözleşmesi hangi tasfiye yöntemi ile sonlandırılırsa sonlandırılısın sözleşmenin niteliğı değişmeyecektir. Eser sözleşmesi, ard arda teslimde iş sahibine zaman dilimine yaygın bir menfaat sağlasa bile, müteahhidin teslim borcu açısından konuya yaklaşıldığında, her bir ard arda teslimin ayrı ayrı teslim

¹⁸ ÖZ, s.16; CİĞERİM, s.35

¹⁹ BİLİR, s.112

edildiği ve ayıba karşı tekeffülde ayrı ayrı muayene külfeti doğduğu görülmektedir²⁰. Bu halde iş sahibi her bir teslimde, bir semen ifasında bulunsa bile bu durum eser sözleşmesinin teslimin baskın olduğu yönünü ortadan kaldırmayacaktır. Zira ard arda teslimde, eğer iş sahibi teslimlerden birini yerine getirmese temerrüde düşecektir. Ayrıca bu temerrüdü tüm teslimler sonucuna da etki edebilecek, yani sözleşme fesholunabilecektir. Bir eser sözleşmesinde tek bir defada yerine getirilebilecek edimler sözkonusu ancak edimler kısım kısım ifa edilmekte ise, bu edimler ani edim olarak kabul edilmektedirler²¹.

İş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesinde ise, sözleşme süreklilik vasfını taşısa bile, işverenin işçinin tek seferlik temerrüdünde sözleşmeyi feshetmesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde, tek seferlik kira borcunun ödenmemesi de sözleşmenin feshini gerektirmez. Sürekli borç ilişkileri taraflar arasında bir güven oluşturduğu gibi, aynı şekilde uzun zaman dilimlerine yayıldığından, taraflar arasında karşılıklı bir takım sosyal nedenlerden kaynaklanan katlanma yükümlerini de içermektedir. Oysa ki eser sözleşmesinde böylesi bir durum yoktur. Bu nedenle tasfiye tekniğine bakılmaksızın eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu söylenebilir kanısındayız.

C- ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

1- Müteahhidin Borçları

a) Genel Olarak

Eser sözleşmesinde, genel olarak, müteahhidin sözleşmede düzenlensin veya düzenlemesin kanuni olarak, sözleşme, eser sözleşmesi olarak kabul edildiği her durumda, müteahhite yüklenen borçlar söz konusudur. Bu borçların başında eseri teslim borcu yer almaktadır. Kanımızca, kaynaklarda açıkça ifade edilmese de bu borç müteahhitin asli borcudur. Zira diğer borçlar gene bu borcun ya ifası sırasında sözkonusu olmakta ya da bu borcun ifasında kullanılabilir hale gelmektedir. Zaten

²⁰ UÇAR, Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s.124 vd.

²¹ SELİÇİ, s.212

sözleşmenin kanuni tarifinde de bu borç BK 355. madde ile asli borç olma niteliğini kazanmıştır.

Kanun sistematığı açısından konu değerlendirildiğinde görülür ki müteahhidin borçları dört grupta toplanmıştır. İlk grupta genel borçlar sıralanırken özen borcu, bizzat ifa borcu, malzeme sağlama borcu, genel borçları dahilinde sıralanmıştır. Takip eden üç sınıf tasnif dahilinde ise; ikinci grup borcu, malzemeye dair borçlarıdır. Burada ikinci bir özen borcu gündeme gelmekte ve devamında malzeme kusurunu ihbar borcu söz konusu olmaktadır. Üçüncü grup borcu ise BK 96. madde ile paralel bir borç yüklemekte ve akte göre ifayı müteahhide yüklemektedir.

Müteahhitin, eseri teslim borcunun yanı sıra, işi sadakat ve özenle yapma borcu da yer almaktadır. Bu borçtan başka, müteahhidin işi kendisi yapmak veya yönetimi altında yaptırmak borcu bulunmaktadır. Müteahhitin ayrıca, gene sözleşme hükümleri saklı tutularak kanunen araç, gereç ve malzemeyi sağlama borcu diğer borçlarının yanında yerini almaktadır. Müteahhit, genel olarak malzemelerin ayıbını ihbarla mükelleftir; ayrıca müteahhit, işe zamanında başlama ve işe devam etme borcu altında olup müteahhitin ayıba karşı tekeffül borcu da bulunmaktadır.

b)İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Müteahhitin işi sadakatle yapma borcu, eser sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri dahilinde açıkça yer almayan bir borç olmasına rağmen doktrinde eser sözleşmesinin bir işgörme sözleşmesi niteliği taşımasından dolayı müteahhide ait bir borç olarak kabul edilmektedir²². Doktrin bu borcun kaynağını Bk 356/I. maddede kabul etmekle birlikte, aynı şekilde bir kısım yazarlar da vekalet sözleşmesine dair hükümlerde görmektedirler. Hatta bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu 398. madde mehzaz alınırken, iyiniyetle ifa kısmının alındığı ve fakat sadakat kısmının yanlışlık eseri alınmadığı ifade olunmuştur²³. Bu konu dahilinde doktrincede varlığı vekalet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesine kıyasen ileri sürülen sadakat borcu, iş sahibinin müteahhide tevdi ettiği veya müteahhidin işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları bilgi

²² TANDOĞAN, s.35; GAUTSHİ, Art.364, Nr.1 (nakleden TANDOĞAN, s.35); BAYGIN, s.25; ŞENOCAK, s. 27

²³ TANDOĞAN, s. 36

ve kararları, iş planlarını, buluşları üçüncü kişilere açmaktan veya başkaca amaçlarla kullanmaktan yasaklamaktadır²⁴. Kanımızca bu borcun varlığından söz edebilmek için saklanacak sırların niteliği konusunda taraflar arasındaki sözleşmede açıkça yer almasa da halin icabına göre ve iyiniyet kuralları çerçevesinde bir anlaşmanın bulunması gereklidir. Zira, bir apartmanın inşasına dair eser sözleşmesinde, müteahhidin aynı planı şehrin başka yerinde inşa etmesi, arsa sahibi olan iş sahibine bir zarar vermeyecektir. Ancak, bir askeri tesisin inşasında müteahhidin sadakat yükümü çok açıktır. Bu nedenle müteahhidin sadakat yükümünün baştan her eser sözleşmesinde varlığından söz etmenin bir gerçeklik payı olmayacağı kanaatindeyiz.

Müteahhidin işi özenle yapma borcu, kanunda açıkça yerini bulmuş olan bir borçtur. Bu borç kaynağını temel olarak BK 356/I. maddeden almaktadır. Hükme göre, müteahhidin sorumluluğu, genel olarak işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere tabi olacaktır. Bu durumda, hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümlülüğünü düzenlemiş bulunan hükümlere dikkat etmek gerekecektir. BK 321/II. madde dahilinde işçinin özen yükümü konusunda, işçiye düşen özenin derecesi sözleşmeye göre tayin olunacak ve de işçinin o iş için gerekli olan iş sahibinin bilgisi dahilinde veya bilmesi gereken bilgi derecesi mesleki bilgisi ve yeteneği de gözetilecektir. Ancak doktrinde müteahhidin imal ettiği eser konusunda uzman kabul edilmesinden dolayı, özen borcuna aykırılığı halinde sorumluluğunun işçinin özen sorumluluğundan daha ağır olması gerektiği ifade olunmuştur²⁵. Müteahhit, eserin gerçekleşmesi ve imali için icabeden tüm şartları önceden değerlendirmek zorundadır. Bu çerçevede mesela imale konu eser için gerekli malzemeleri sağlamak için neler yapması gerektiğini de bilmek ve buna göre ifa etmek zorundadır.

Özen borcuna aykırılık neticesinde iş sahibinin bir takım hakları söz konusudur. Özen borcuna aykırılık, eserin ayıpsız olarak teslimini etkilemeyecek, fakat sözleşme dahilinde başkaca zararlara neden olacak nitelikte ise bu durumda BK 96. madde hükmü çerçevesinde müspet zararın tazmini istenebilecektir. İş sahibinin bu hakkı kullanmayarak BK 358/II. madde hükmünden vaki haklarını kullanabilecektir. Bu hakların kullanımı için öncelikle eserin imali sırasında ya kusurlu bir teslim için ya da

²⁴ BAYGIN, s.26

²⁵ DAYINLARLI, s.21; TANDOĞAN, s.52

sözleşmeye aykırılığın artık kesinlikle tahmin olunabilirliği gerekli olacaktır. Bu çerçevede müteahhide durum ihtar olunarak, müteahhide üç yol önerilecektir. İlki, müteahhidin ayıbı veya akde aykırılığı gidermesi için süre verilmesi ve gidermediği takdirde diğer yollara başvurulacağı ihtar, ikincisi, ilkinin yerine getirilmesinde iş sahibinin eserin tamirini, masrafı müteahhide ait olarak sağlaması, üçüncüsü ise gene ilk şartın ademi ifasında, aktin feshi ile imalatın üçüncü kişiye yaptırılması yollarıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12/10/1994 tarihli 1994/15-265 E.1994/600 K. Sayılı içtihadında yüksek mahkemenin özen borcuna ve bu borç dahilinde taraflara yüklenen ispat yüküne dair görüşünü anlamak mümkün olabilecektir, Yargıtay genelde doktrinden ayrı veya zıt görüşler içtihat etmemiştir, ilgili kararında, "iş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu BK'nun 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Yüklenicinin sorumluluğu aynı kanununun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet aktindeki sorumluluğu gibidir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin "özen borcu" gereğidir. Bu itibarla, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir." şeklinde görüş beyan etmektedir.

c) İşi Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu

Kural olarak, müteahhit eseri BK 356. madde ikinci fıkra hükmü dahilinde bizzat veya kendi idaresi altında imal ile mükelleftir. BK 67. madde genel hükmünden ayrı olarak 356. madde şahsen ifayı temel almıştır. Ancak aynı madde hükmü dahilinde bu kurala bir istisna getirilmiştir. Eğer, sözleşme konusu eserin imali müteahhitin şahsi yeteneğine bağlı olarak önem arzermeyecekse, müteahhit işi başkasına da imal ettirebilir. Bu konuda örnek olarak tesisatında bir arıza bulunan evin tesisatının tamirinin bizzat ustasından istenmiş olması, ustanın tavsiye üzerine araştırılıp kendisinin görevlendirilmesi halinde müteahhit olan ustanın bir başka meslektaşını iş sahibinin evine tamirat için göndermesi halinde borca aykırılık halinin kabulü gerekecektir .

Sadece küçük el sanatlarında değil çok büyük inşaat işlerinde, alanında uzmanlaşmış bir firma ile eser sözleşmesi aktolunmasında, firmanın tecrübesiz ve az sermayeli başka firma ile alt eser sözleşmesi yaparak asıl sözleşmeyi ifaya yönelmesi halinde durum değişmeyecektir. Mesela nükleer santral inşaatı için uzman bir firma ile eser sözleşmesi imzalandığında, imalatı basit apartman inşaatında uzmanlaşmış firmanın yaptığı durumlarda gene borca aykırılık söz konusu olabilecektir. Sözleşme dahilinde eserin imalinin alt müteahhit eliyle sağlanması mümkün olursa, bu aşamada asıl müteahhit uzman bir alt müteahhit seçmezse özen borcuna aykırılık teşkil edecektir²⁶. Burada bir bakıma eser sözleşmesinin hem vekalet hem hizmet sözleşmeleri ile bir benzerliği, şahsi güvenin önemi olarak karşımıza çıkmakta, hem de bu sözleşmelerden ayrı olarak satım sözleşmesi gibi teslim yöneltik bir borcun temelinde esas alınmasıdır. Eser sözleşmesi, bu noktada ne diğler söz edilen sözleşmelerden ayrı ne de onların bir alt dalıdır. Benzer noktalara sahip, kıyasa müsait fakat başlı başına ayrı koşullara sahip tipik bir sözleşmedir. Bu konu Yargıtay kararlarında da teyid edilmiştir ki, 15. HD.'nin bir kararında aynen “eser sözleşmesi niteliği itibari ile bir güven esasına dayanır. İş sahibi, güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir; yeter ki bu konuda samimi olsun...arsa sahiplerine güven vermesi gereken yüklenicininin 1985 yılında ölmüş olan tapu malikinin ismini kullanarak, inşaat ruhsatı için 27/9/1994 günü belediyeye başvurmadan yargılanması dahi güven duygusunu ortadan kaldıran bir durumdur. Ayrıca arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir”²⁷ demekle konuya açıklık getirmiştir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin konusuna ve işin mahiyetine göre müteahhit kendi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile işin tamamını veya bir bölümünü bir başkasına yaptırabilir²⁸. Bu durumda alt eser sözleşmesinin konusunu, eser sözleşmesinin konusu oluşturur. Alt eser sözleşmesi yapılması durumunda, eser sözleşmesiyle aldığı işi, alt eser sözleşmesiyle kısmen veya tamamen başkasına yaptıran müteahhit, bu durumda iş sahibi olacaktır²⁹.

²⁶ TANDOĞAN, s.54

²⁷ 4/10/1999 tarihli 1999/2768 E. 1999/3466 K. sayılı içtihadı (YKD 2000/3, s.406)

²⁸ BAYGIN, s.22

²⁹ YALÇINDURAN, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.24

Müteahhit, eserin imalini kendi yönetimi altındakilerle birlikte gerçekleştirdiği ve sözleşmenin de bu yönde olması halinde, bu hususu gereği gibi yerine getirmese, BK 96. madde anlamında illi zarar karşılığı tazminat borçlusuna olacaktır³⁰. İşin yardımcı kişi eliyle yapılmasında gereği gibi ifa etmeme halinde ise BK 100. madde devreye girecektir. Müteahhit, yardımcı şahsın davranışında kendisi bulunsaydı kusurlu sayılmayacak olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması söz konusu olacaktır³¹.

İş sahibi ile alt müteahhit arasında ise doğrudan doğruya bir talep hakkı söz konusu olmamaktadır. Asıl müteahhit nasıl ki iş sahibine karşı sorumlu ise alt müteahhit de asıl müteahhide karşı sorumludur. İş sahibi asıl müteahhidin sahip olduğu talep haklarından yararlanarak alt müteahhitten talepte bulunamayacaktır, hatta talimat veremeyecektir³².

ç) Gerekli Araç, Gereç ve Malzemelerin Sağlanması Borcu

BK 356/III. madde gereğince müteahhit eserin imali için gerekli araç ve gereçleri sağlamaya mecburdur. Madde hükmü o derece açıktır ki araç, gereç ve aletleri sağlama yükümlülüğü konusunda masrafları müteahhide yüklemektedir. Ancak madde dahilinde kanun koyucu, eser sözleşmesi türlerine ve sözleşmeye bağlı olarak müteahhidi bu borçtan kurtarmış ve sözleşme hükümleri ile bu borcun iş sahibine de ait olabileceğine dair açık kapı bırakmış, aynı şekilde yerel adetlere göre de tedarike dair borcun taraflardan bir diğerine aidiyetine imkan tanımıştır.

Malzeme sağlama borcu açısından iki farklı durum söz konusudur. Bu durumlar, müteahhidin eseri kendi malzemesiyle meydana getirdiği haller ve eseri iş sahibinin malzemesiyle meydana getirdiği hallerdir.

Müteahhit, eseri kendi malzemesiyle imal etmekte ise, kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu olacak ve satıcı gibi ayıba karşı tekeffül borcu altında kalacaktır³³. Doktrinde, teslim esnasındaki tekeffül ile yani BK 360. madde ile 357/I. maddedeki tekeffülün ayrı değerlendirilmesi gereğine işaret

³⁰ TANDOĞAN, s.53

³¹ TANDOĞAN, s.54

³² TANDOĞAN, s.55

³³ TANDOĞAN, s.63

etmiştir. BK 360. madde malzeme kim tarafından sağlanırsa sağlansın ayıba karşı tekeffül ile müteahhiti sorumlu tutar, 357/I. madde ise malzemedeki ayıp, malzeme müteahhide ait ise borç yüklemektedir. Bu konuda tabii ki müteahhidin ihbar borcu ile ilgili hükümler saklıdır.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hallerde ise, müteahhidin *ihbar borcu* gündeme gelecektir. Müteahhit, imalata başlamadan önce, malzemeyi muayene etmekle ve işin yapılmasına elverişli olup olmadığını denetlemekle ve denetimi neticesi, malzeme ayıplı ise durumu iş sahibine ihbar etmekle mükelleftir. Müteahhitin bu konuda bir de verilen malzemeyi özenle kullanmak borcu söz konusu olup, aynı şekilde müteahhit artan malzemeyi iade etmekle de mükelleftir. Bunun yanı sıra gene yukarıdaki hükümlere dayanak olan BK 357. madde gereğince, müteahhit malzeme kullanımı ile ilgili olarak hesap vermekle de mükelleftir³⁴.

Gerek kanunda gerekse doktrinde malzeme sağlama borcu konusunda, sözleşmede bir hükmün sözkonusu olmadığı hallerde, bu borcun kime ait olacağı konusunda bir açıklık ve fikir birliği mevcut değildir. Bu konuda yapılan yorumlarda, BK 356/III. madde yorumundan araç gereci sağlayan müteahhidin malzemeyi de sağlaması gereği ileri sürülürken³⁵, bir başka yorumda gene aynı maddenin aksi yorumundan malzemenin iş sahibince temin edilmesi gereği ileri sürülmüştür³⁶.

Biz ilk yoruma iştirak ederek, malzemenin müteahhitçe temininin, sözleşmede malzeme teminine dair bir hüküm bulunmaması halinde söz konusu olduğunu ileri sürüyoruz. Zira, BK 357. madde ilk fıkra itibari ile doğrudan müteahhidin malzemedan dolayı tekeffül borcundan söz etmekte, ama fıkra dahilinde “ ikinci fıkradaki gibi malzemenin iş sahibince karşılanması durumunda” diyerek ayrık bir duruma işaret etmeye yönelir gibi bir anlama yer vermemektedir. Madde bütününden ve BK 356. madde son fıkrasından geçişle BK 357. madde değerlendirilirse zaten sistematik tasnifle de müteahhitin borçları içinde düzenlenmiş konuda ilk fıkra kural, ikinci fıkra ise kuralın, akti olarak farklı düzenlenmesi durumuna benzer bir şekilde kaleme alınmıştır.

³⁴ ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997; s.200; TANDOĞAN, s.66; BAYGIN; s.24

³⁵ TANDOĞAN, s.62, BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962; s.217

³⁶ ARAL, s.200; BAYGIN; s.24

Bizi bu yoruma sevk eden en temel durum ise, malzeme borçları dahilinde sanki kanun koyucu malzeme tedarik borcunu müteahhide yüklemiş ve bu nedenle de ilk fıkrada malzeme niteliklerine değinerek konuyu hükme bağlamış görünümü sergilemesidir. Zira kanun koyucu da eser sözleşmelerini hükme bağlarken, esasta inşaat sözleşmelerini temel almış olduğu kanaatindeyiz. Zira BK 357/son madde eser sözleşmelerinde başlı başına iki gruba ayırmış gibi malzeme-arsa ayırımına gitmiştir. O halde, uygulamada görülen genelde inşaat sözleşmelerinde müteahhitin malzeme sağlama borcuna göre kanaatimiz odur ki kanun koyucu sözleşmede hüküm yoksa malzeme sağlama borcunu müteahhide yüklemektedir.

d) Genel İhbar Borcu

Müteahhit, BK 357/III. madde dahilindeki düzenleme ile ,özen yükümünün bir devamı olarak, işin ifası sırasında iş sahibinin verdiği malzemenin veya arsanın ayıplı olduğunun ortaya çıkması durumunda ya da imal sırasında eserin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye sokan bir durum ortaya çıkarsa, iş sahibini derhal haberdar etmekle mükelleftir.

Doktrinde, malzeme fiyatlarının aşırı artışlarının da bildirilmesinin, genel ihbar borcu dahilinde değerlendirilmesi gereği ifade olunmuştur³⁷. Bu duruma ilave olarak üçüncü kişinin, borçlu olduğu bir malzemeyi zamanında teslim etmemesi, grev, iş sahibinin ifayı tehlikeye sokan davranışları ya da malzemeyi teslim etmemesi örnek olarak gösterilebilecektir³⁸. Yazarlarca açık olarak ifade edildiği gibi, eğer müteahhit ihbar yükümlülüğünü zamanında yerine getirmezse, bu borca aykırılıktan dolayı BK 96. maddesi gereğince sorumlu olacaktır. Zamanında ihbarda bulunulması halinde iş sahibi BK 369. maddeden doğan tam tazminat ödemek suretiyle fesih hakkını kullanabileceği gibi sözleşmeye devam edilmesine muvafakat da edebilir. Ancak bu halde BK 368/III. madde çerçevesinde eser telef olduğu takdirde, müteahhit iş sahibinin ısrarı nedeniyle ifa ettiği için tazminat da talep edebilecektir³⁹.

³⁷ TANDOĞAN, s.66

³⁸ TUNÇOMAĞ, C II, s.1002; TANDOĞAN, s.66

³⁹ TANDOĞAN, s.66; YALÇINDURAN, s.82; ALTAŞ; s.105 vd.

İhbar borcunun doğması için, müteahhidin bildirmesi gereken konuyu kendisinin veya yardımcı kişilerin ya da işin ifasını bıraktığı alt müteahhitlerin bilmesi gerekmektedir birlikte, bu bilgi kesinlik taşımak zorunda da değildir. Bildirilecek durum, müteahhit tarafından muayene ile bilinebilecek bir durumda ise, müteahhit bilmediğini ileri süremeyecektir⁴⁰.

Bizce bu durum çalışma konumuz dahilinde, BK 365. madde ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için ön şart olabilecek bir değerlendirmedir. Bu konuda eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi için, ihbar etme gereğine dair incelemeler aşağıda söz konusu olacağından burada detaylı olarak değerlendirilmemiştir.

e) İşe Zamanında Başlama ve İcra Etme Borcu

BK 358. madde çerçevesinde kanun koyucu müteahhide iki ayrı borç yüklemiştir. Bu borçlardan ilki, imalat faaliyetine sözleşmede kararlaştırılan sürede başlama borcu, diğeri, imalin sözleşme hükümlerine uygun yapılması borcudur.

Bir eser sözleşmesinde müteahhit, işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirir ya da tahminlere göre kararlaştırılan zamanda eserin bitirilmesi imkansız görünürse, iş sahibi BK 358/I. maddeye göre müteahhidin ifasını beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁴¹. Eseri teslim süresi sözleşme dahilinde kararlaştırılmamışsa iş sahibinin müteahhidi ihtar ile temerrüde düşürmesi gerekmektedir. İhtara rağmen müteahhit işe başlamazsa, bu durumda BK 106. madde hükmünün tatbiki mümkün olacaktır⁴². İmalin sözleşme hükümlerine uygun yapılması borcu da bir anlamda BK 96. madde hükmünün eser sözleşmesine uygulanışı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁰ YALÇINDURAN, s.82

⁴¹ DAYINLARLI, s.25

⁴² TANDOĞAN, s.72; DAYINLARLI, s.25

f) Eseri Teslim Borcu

Eser sözleşmesinde müteahhit sadece eserin imalini değil, eserin teslimini de borçlanır. Bu durumda eserin imali borcu müteahhidin iş görme edimini, eserin teslimi ise maddi edimini oluşturur. Eser sözleşmesinde, müteahhit eseri zamanında ve eksiksiz olarak, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Teslimden amaç, eserin belirlenen yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine teslimini sağlamaktır.

Müteahhidin eseri teslim borcu, eseri imal etme borcu yanında, eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak görülmektedir. Eser sözleşmesi bakımından bu derece önemli olan teslim borcu konusunda, Borçlar Kanunumuzda açık bir hükme rastlanılmamaktadır. BK 356. maddesi müteahhidin borçlarını düzenlerken açıkça teslim kavramını zikretmese de BK 358, 359/1, 360, 363/II, 364, 368, 371. maddeler teslim kavramına atıfta bulunmakla bu borcu müteahhide yüklemektedir⁴³. Bununla birlikte kanunda teslimden bahseden bir çok maddeden, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür. Eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, müteahhit tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder⁴⁴.

Teslimin yapılabilmesi için, öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekir⁴⁵. Bu kapsamda müteahhit, üzerine aldığı bütün işleri tamamlamış olmalıdır. Eserin tamamlanmasıyla birlikte eserin teslimi aşamasına gelinir.

Teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği, sözleşmenin konusu esere, sözleşmenin niteliğine, sözleşmenin kapsamına ve sözleşmenin tabi olduğu hükümlere bağlı olarak farklılıklar gösterir. Ancak kural olarak eser sözleşmesinde taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre tamamlanan eserin, sözleşmenin ifası amacıyla, iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği temsilcisine, usulüne uygun bir şekilde sunulup, eser üzerinde asli ya da ferî zilyetliğinin sağlanması şeklinde teslim gerçekleştirilecektir⁴⁶. İnşaat

⁴³ UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, Erzincan H.F.D. 2001 c.V,10.Öğretim Yılına Armağan, s.532

⁴⁴ OZANOĞLU, s.66; TANDOĞAN, s.73

⁴⁵ DAYINLARLI, s.26; OZANOĞLU, s.67

⁴⁶ UÇAR, (Teslim), s.534

sözleşmelerinde teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu bağlamda iş sahibine ait arsa üzerinde ya da inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan inşaat faaliyetinin teslimi, işin sonunda teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen ele geçirilmesi ile değil, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yoluyla gerçekleşir⁴⁷.

Eser sözleşmesinde eserin taşınır veya taşınmaz oluşuna göre ve eserin maddi varlığı olup olmamasına göre, teslim usulü değişiklik gösterecektir. Sözleşmeye konu eser taşınır bir eserse bu durumda iki olasılık karşımıza çıkacaktır: Eserin imalinde kullanılan malzeme iş sahibine ait değilse müteahhit eserin mülkiyetini devir borcu ile birlikte teslim borcunu ifa edecektir. Ancak malzeme iş sahibine aitse bu durumda müteahhit sadece eserin zilyetliğini iş sahibine devrederek teslimi gerçekleştirmiş olacaktır. Zilyetliğin devrine rağmen, mülkiyet iş sahibine geçmedikçe müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır⁴⁸. Ayrıca şartları varsa eserin monte edilmesi ve çalıştırılması da aynı şekilde teslim kavramının dahilindedir⁴⁹. Taşınmaz eserlerin imaline dair eser sözleşmelerinde yukarıda belirtilen şekilde bildirim yolu ile teslim yapılmış sayılacaktır.

Eser sözleşmesinin konusunu maddi varlığı olmayan şeyler oluşturmaktaysa, bu durumda eserin niteliği maddi anlamda bir teslimi imkansız hale getirmekteyse, teslim müteahhidin eseri iş sahibi tarafından görülecek şekilde bitirmesi ve tasarrufa hazır hale getirmesi şeklinde olacaktır. Bu konuda bir bilimsel mütalanın yazıldığı kağıdın ya da bir duvarın boyanmasının iş sahibine teslimi örnek olarak gösterilebilir⁵⁰.

Eserin teslim borcu bir bakıma eser sözleşmesinin unsurlarının ifa ile birlikte gerçekleşen dönüşüm faaliyetinin sonucusudur. Karşılıklı anlaşmanın ücret vaadiyle birleştiği noktada imal esere dönüşmekte ve sonuçta teslim ücret borcunun ifasıyla karşılanarak sözleşme sona ermektedir.

⁴⁷ OZANOĞLU; s.67

⁴⁸ UÇAR, (Teslim), s.535

⁴⁹ UÇAR, (Teslim), s.536

⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s.1013, UÇAR, (Teslim), s.538

g) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu aslında tüm teslim edimli sözleşmelerle benzer bir şekilde eser sözleşmelerinde yer almıştır. Bu borcun kusura bağlı olmaksızın ortaya çıktığı ifade olunmuştur; bu çerçevede iş sahibinin BK 360. madde gereğince kullanabileceği sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıplı eserin onarılmasını isteme hakkı, müteahhidin kusurlu olmasına bağlanmamıştır⁵¹.

Eserin teslimi ayıbın varlığı halinde hakların kullanımı için yeterlidir. Ayıba karşı tekeffül borcunun varlığından söz edebilmek için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir. Teslimin varlığından söz edebilmek için eserin sözleşmenin yerine getirilmesi niyetiyle iş sahibinin emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak kullanımına bırakılması gerekmektedir⁵². Ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı için bir önemli koşul da eserin ayıplı olmasıdır. Ayıplı eser, müteahhidin sözleşme ile üstlendiği nitelikleri taşımayan veya sözleşmeyle karşılaştırılmasa bile gerekli nitelikleri taşımayan eserdir⁵³. Son olarak müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan sorumluluğundan söz edebilmek için ayıba yönelik olarak eseri muayene ve durumu ihbar külfetinin iş sahibince yerine getirilmiş olması gereklidir.

2- İş Sahibinin Borçları

İş sahibinin en temel borcu, eser sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olmasından kaynaklanan *ücret borcudur*. Aşağıda çalışma konumuz dahilinde asli bir önemi haiz olmasından dolayı detaylı olarak inceleneceğinden bu aşamada sadece ismen zikretmekteyiz.

İş sahibinin diğer borç ve külfetleri; ücret borcunun yanı sıra, sözleşmede karşılaştırılmışsa *malzemeyi sağlamak*⁵⁴, malzemenin veya tamir edilecek şeyin

⁵¹ SEFERLİ, s.41

⁵² TURANBOY, Asuman; Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C.41, 1989-1990, S.1-4, s.154

⁵³ SEFERLİ, s.49

⁵⁴ Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Evvelce de çalışmamız dahilinde incelenmeye çalışıldığı üzere bu konuda sözleşmede bir hüküm yoksa malzeme sağlama borcunun müteahhide mi yoksa iş sahibine mi ait olduğu tartışılmış bizim kanaatimiz ancak sözleşmede karşılaştırılmışsa malzemenin sağlanmasının iş sahibinin borcu olduğu ileri sürülmüştür.

kendisince bilinen ve müteahhidin dikkatini çekmeyecek, *tehlikeli veya işi etkileyecek diğer niteliklerden müteahhidi haberdar etmek*, eserin ayıplı olup olmadığını *muayene* ve ayıp varsa *ihbar külfeti* iş sahibine yüklenmiş borç ve külfetlerdir.

II - BEKLENİLMİYEN HAL KAVRAMI

A- KAVRAM

Türk Hukukunda beklenilmeyen hal kavramı konusunda aslında tam bir terim birliği söz konusu değildir. Bir kısım yazarlarca olağanüstü hal⁵⁵ kavramı kullanılırken bir kısım yazarlarca da beklenilmeyen hal⁵⁶ kavramı kullanılmaktadır. Beklenilmeyen hal kavramını tercih etmemizin sebebi BK 365. maddenin eser sözleşmesinin her iki tarafınca sözleşmenin kurulunda tahmin edemedikleri ve öngöremedikleri hallere işaret etmesidir. Kanaatimizce beklenilmeyen hal kavramı olağanüstü hal kavramından daha geniş bir kavramdır. Olağanüstü haller terimi aslında belli bir zaman dilimi için objektif bir terimdir. Zira olağanlık aynı çağda yaşayan herkes için geçerli bir kavram iken beklenilmeyen hal kavramı olağan ama tarafların aralarındaki ilişki için olağan dışı bir durumu ifade etmek için genelde kullanılmaktadır.

Kavram sıhhatini teminde en dikkat edilecek nokta sanırız, *mücbir sebep* kavramı, *olağanüstü hal* kavramı ve *beklenilmeyen hal* kavramları arasındaki farklardır. Bu kavramlar arasındaki ayrımların netleşmesi tatbik olunacak hükümlerin de isabetini sağlayacaktır. Değerlendirilmesi gereken bir nokta da bu kavramlar arasındaki farkın netleştirilmesinden sonra belki de tüm çalışmamızın temeli olacak bir konunun değerlendirilip açıklığa kavuşturulması gerekmektedir; ki bu konu da sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen bir olay karşısında ve bu olayın müteahhitçe iş görmeye engel olduğu ya da çok zorlaştırıldığı iddia edildiğinde söz konusu olayın BK 365/II. madde anlamında beklenilmeyen bir hal olup olmadığı yani olayın niteliğinin

⁵⁵ TANDOĞAN,s.107; BAYGIN,s.65, UYGUR, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.490; TORUN,E.,İstisna Aktinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi, C.8, s.424, CİĞERİM,Erinç; Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller ve Sonuçları (BK.md.365/II),İstanbul 1996, s.80

⁵⁶ ERMAN,Hasan İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2); İstanbul 1979; YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuk Özel Hükümler, c.2, İstanbul 1993, s.91

belirlenmesi konusudur. Zaten çalışmamızın temel amacı, öncelikle beklenilmeyen halin varlığının belirginliği, ikincil olarak ifa imkansızlığı durumunun açıklığa kavuşturulması, üçüncü olarak da sözleşmenin akıbetinin fesih olması halinde sözleşmenin nasıl tasfiye edileceğidir. Bu anlamda, öncelikle kavram netliği çalışmamızın isabetinde çok önemlidir.

a) *Mücbir Sebep ve Beklenilmeyen Haller Kavramlarının Karşılaştırılması*

Mücbir sebep kavramı, borçlu sıfatına sahip kişinin işletmesi veya faaliyet alanı dahilinde olmayan veya bir borcun ihlaline mutlak olarak karşı konulamayacak bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve kaçınılması imkansız olağanüstü bir olay olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Doktrin dahilinde önemle üzerinde durulan bir tespit de mücbir sebep ve beklenmeyen olay , beklenilmeyen hal ile ilgili olup İsviçre Borçlar Hukukunda savunulmuş iki görüşe işaret edilmiştir⁵⁸.

Bu görüşlerden *objektif teori* olarak ifade olunan teoriye göre gerçekleşme tarzı ve şiddeti itibariyle olayların normal akışına nazaran, beklenilmesi mümkün olmayan, beklenmeyen yani umulmayan halleri açık bir şekilde aşan, kaynağını sorumlunun işletme ve faaliyet alanı dışında bulan her olayı mücbir sebep olarak mütala etmektedir. *Subjektif Teori* ise sorumlu veya borçlu şahsı esas alarak beklenilmeyen bir halin mücbir sebep olarak değerlendirebilmesi için mevcut şartlara göre düşünülebilecek en fazla miktarda özen gösterilse bile, bunun önlenmesi mümkün olamamalıdır.

Doktrinde mücbir sebep ile beklenmeyen hal arasındaki farkın nitelik yönünden değil nicelik yönünden söz konusu olduğu ifade edilmiştir⁵⁹. Doktrinde *Eren*, mücbir sebep ve beklenilmeyen halin tesadüfi olayların iki ayrı türü olduğunu belirtmiş ve ikisi arasında üç temel fark olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede mücbir sebebin beklenilmeyen hale göre çok daha büyük şiddet ve kaçınılmazlık ihtiva etmesi ilk farktır. İkinci fark, beklenilmeyen halde mücbir sebep teşkil eden olay sözleşme içi bir

⁵⁷ İNAL, Tamer; Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları; Prof.Dr.Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.13; BAYGIN, s.65

⁵⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, Ankara 1989, s.97

⁵⁹ EREN, s.97

olayla da ilgili olabilirken, mücbir sebepte dışsal bir olaydır. Üçüncü fark, mücbir sebebin haksız fiil hukuku ile ilgili olup bu çerçevede mücbir sebep haksız fiilde mutlaka illiyet bağıını keserken, beklenilmeyen halde yani bir kısım yazarların ifadesi ile umulmayan halde her zaman kesmeyebilecektir⁶⁰. Bir diğer ifade ile, en temel fark olarak doktrinde belirtilen, mücbir sebep ve beklenilmeyen hal arası fark mücbir sebepte kaçınılmazlık halidir.

Mücbir sebep, önlenemezliğin mutlaklık taşıdığı bir durum, belki de bir andan ibaret bir hal olabilmektedir. Ancak beklenilmeyen hal, içinde önlenebilirliği de taşımakta ve de geniş anlamda beklenilmeyen halin mücbir sebepleri de içermekte olduğu belirtilmektedir⁶¹. Biz de, beklenilmeyen halin mücbir sebebi içereceğine dair yorumlara iştirak ediyoruz, zira hukukumuzda mücbir sebep doktrince daha çok haksız fiil sorumluluğu dahilinde değerlendirilmiştir. Beklenilmeyen hallere dair incelemeler ise, sadece Türk Hukukunda değil yabancı hukuk sistemlerinde, mehz hukuklardan başka, İngiliz ve Fransız Hukuklarında da sözleşmeler hukuku dahilinde ele alınırken, mücbir sebep, akit dışı sorumluluğa işaret eder nitelik taşımıştır⁶². Bu açıdan, mücbir sebep olarak gösterilebilecek bir takım olaylar, aslında, aynı şartları içerecek sözleşmeler hukukunda da itibar görebilecek nitelikte olsa da, aynı şekilde beklenilmeyen hal olarak kabul edilen bir durum mücbir sebep sayılamayacaktır. Örneğin, bir nükleer patlama neticesi yerli malı bir ürünün tüketimi, satımı ve her türlü akte konu mübadelesi yürütme organınca yasaklanmış ve denetimlerinde cebren el konulabileceğine karar verilmiş olduğunda mücbir sebep söz konusudur. Bu hal aynı zamanda beklenilmeyen bir haldir; burada ilgili malı üretim ve teslim ile borçlu tarafın edimini ifa etmesi beklenemeyecektir. Bu çerçevede aktin feshi gündeme gelecektir. Bir eser sözleşmesinde, iş sahibinin talep ettiği imale konu ithal malların, hammadde fiyatlarının artması karşısında, gene hem mücbir sebep hem de beklenilmeyen bir hal söz konusudur. Bir resim ihtiva edecek şekilde pano tanzimine dair eser sözleşmesinde, müteahhidin göz sağlığının kaybı sonucu, müteahhit ifa güçlüğü çekecektir, bu hal

⁶⁰ EREN, s.97-98

⁶¹ BAYGIN, s.66; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, s.1002; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku; Ankara 1961; s.464, EREN, s.98; İNAL, s.37

⁶² SWADLİNG, William; Judicial Construction of Force Majeure Clauses; Force Majeure and Frustration Contract; Londra 1991, s. 5,6 vd. Yazarın yaptığı değerlendirmelerde İngiliz Hukuk doktrini, mücbir sebep karşısında sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde görüş bildirirken Fransız Hukuk doktrini sözleşmenin hükümlerinin değişen şartlara göre tadil ve değerlendirilmesini savunmaktadır.

dışsal bir etmene değil, tarafların durumlarına bağlı olduğundan burada mücbir sebep değil, beklenilmeyen hal söz konusu olacaktır. Akti sorumlulukta, beklenilmeyen hallere dair konularda, mücbir sebebi konu dışında bırakır nitelikte bir değerlendirmeye ise rastlanmamıştır. Bu anlamda kanaatimizce, mücbir sebebin varlık bulduğu hallerde eser sözleşmeleri ve diğer sözleşmeler açısından, beklenilmeyen hallere tatbik olunan rejim de uygulanacaktır.

Haksız fiil hukukunda mücbir sebep ile beklenmeyen hal kavramı aynı statüde değerlendirilmesi söz konusu olabilmiş ve uygulamada da bu konuda kesin farklılıklar ortaya konulmamıştır⁶³. Bu çerçevede önceden kestirilemeyen ve ona karşı konulması imkansız olan olağanüstü olaylar olarak tanımlaması yapılmıştır. Bu kavram fors majör terimi ile öğretide yerini almıştır. Haksız fiil hukuku ile ilgili olarak doktrinde bazı beklenmedik olay kapsamında ifade olunabilecek olaylara örnekler verilmiştir. Bunlardan bazıları; sağanak halinde yağın yağmurun etkisi ile bir köprünün yıkılarak otomobilin hasar görmesi, savaş sırasında trenle bir başka ülkeye gönderilen malların kaybolması, olağandışı bir çığ kopması beklenmedik olay olarak mütala edilmiştir⁶⁴.

b) Olağanüstü Hal Kavramı ile Beklenilmeyen Hal Kavramlarının Karşılaştırılması

Olağanüstü hal terimi doktrinde bazı yazarlar tarafından beklenilmeyen hal terimi yerine kullanılabilmiştir⁶⁵. Bu çerçevede beklenilmeyen hal terimi ile olağanüstü hal teriminin farklı olduğu ileri sürülmüş, beklenilmeyen hal, mücbir sebep gibi ifa imkansızlığına dair bir terim olduğu ifade edilmiş, olağanüstü halin ise imkansızlık kadar kesin bir duruma değil ifa güçlüğüne neden olması hallerine işaret ettiği için daha uygun bir terim olduğu belirtilmiştir⁶⁶.

BK 365/II. madde çerçevesinde fıkranın lafzı değerlendirildiğinde bir olağan dışılıkla sınırlandırılmış düşüncesini uyandıran anlam elde edilememektedir. Fıkra dahilinde, “taraflarca tahmin olunamayan” ve “tahmin olunup da nazara alınmayan”

⁶³ GÜLEÇ, (UÇAKHAN), Sema; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2002; s.147

⁶⁴ DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre; Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, (Çev.Salim ÖZDEMİR), s. 35-36

⁶⁵ BAYGIN, s. 67

⁶⁶ BAYGIN, s. 66

ibarelerinden anlaşılın, “olağan dışılık” kelimesinin kanuna tabi herkes için olağan dışı kabul olunabilecek, hayatın olağan akışına aykırı olaylara yaklaşın anlamından çok, taraf iradelerine ve somut olaya göre yoruma da elverişli olan beklenilmeyen hal tabiri kanaatimizce BK 365/II. madde ruhuna ve lafzına daha uygundur. Madde, taraflara daha fazla vurgu yapmaktadır. Kanun koyucu, olağanüstülüğe dair bir temel almak isteseydi, bu açıdan BK 117. madde ilk fıkrası çerçevesinde taraflardan ayrı bir olaya atıfta bulunurdu. Bu durumda, beklenilmeyen haller kavramı, olağanüstü haller kavramından daha geniş bir kavram olabildiği gibi, bazı noktalarda aynı kavram dahilinde de kabul olunabilir; örneğin, bir üreticinin yurt dışından tedarike zorunlu olduğu temel hammadde temini savaş ve buna bağlı ambargo nedeniyle imkansızlaşabileceği gibi, aynı şekilde bu hammaddenin bir bitkiden temini varsayımında bu bitkinin soyunun tükenmesi de konu dahilinde olabilir. İlk halde, beklenilmeyen bir hal söz konusu olup, ikinci durumda da gene beklenilmeyen bir hal söz konusu olabilmekte fakat aynı zamanda olağandışı bir durum da gerçekleşmektedir. İlk halde ise olağandışı bir durum olmayıp, savaş çıkınca ambargo olabileceği taraflarca tahmin olabilmemesi mümkündür . Ancak tarafların hammadde konusu bitkinin soyunun tükenmesini tahmin etmeleri beklenmemelidir. Bu da olağan dışılığın beklenilmeyen hal kavramını kapsayamayacağını göstermektedir. Kanaatimizce, beklenilmeyen hal kavramı, mücbir sebep ve olağandışı hal kavramlarını kapsamakla birlikte, taraflar arası ilişkiye münhasır durumları da değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Bazı yazarlar⁶⁷ ise olağanüstü hal kavramı ile beklenilmeyen hal kavramlarını özdeş olarak kullanmakta olup, yukarıdaki eleştirimiz burada da geçerlidir. Zira alt kavram olan olağan dışılığın, üst kavrama ikamesi söz konusu olamaz düşüncesindeyiz. Neticede, beklenilmeyen hal kavramını esas alan çalışmamızda değerlendirme farkı çok belirgin olmayacaktır. Zira doktrinde beklenilmeyen hal kavramı, olağanüstü hal kavramlarından birinin diğerine ikame veya kapsayıcı olduğu iddiası ile ele alınan bir beklenilmeyen olay BK 365/2. madde dahilinde yorumlanmıştır; çalışmada bu surette kapsayıcılık yani taraflar arası ilişkinin değerlendirilmesi ve herkesçe olağan dışı sayılan durumların madde kapsamına alınması görüşü temel alınmıştır.

⁶⁷ GÜRPINAR, s.118 vd.; yazar, başlık olarak olağanüstü haller diye ifade etmekte ise de konuyu değerlendirirken bazı yerlerde beklenilmeyen hal terimini olağanüstü hal terimi yerine kullanmıştır.

c) Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu 2005 Tasarısı'nda eser sözleşmesi 475-491. maddeler arasında düzenlenmiştir. BK 365. maddeye denk gelen 485. madde gene çalışma konumuz gibi ikinci fıkrasında konuyu ele alırken “...başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar...” demektedir. Bu da aslında genel uygulamadan, içtihatların ve doktrinde temel görüşlerin esas alınarak hazırlanan tasarıda, meri kanundan tüm ilmi ve kazai görüşleri de değerlendirerek beklenilmeyen hal kavramını öngörülemeyen kavramı adı altında ifade ettiğini göstermekte, olağan dışılığa özel bir atıfta bulunmamaktadır.

Doktrindeki görüşlerin incelenmesinde en dikkat çekici nokta, beklenilmeyen hal kavramının mücbir sebep kavramı gibi taraflardan bağımsız mı değerlendirileceği, yoksa hem taraflardan bağımsız hem de tarafların iradelerini esas alan bir boyuta sahip mi olduğu noktasının tam olarak netleşmemesidir. Bu durumda, bizim görüşümüz aşağıda incelenecek *İşlem Temelinin Çökmesine Dair Teori ve MK2/1'i esas alan teorileri* sentezinin esas alınması olacak; bu konu aşağıda beklenilmeyen halin hukuki dayanağına ilişkin görüşlerin incelenmesinden sonra ele alınacaktır.

Kavramlar arasında yapılan değerlendirmelerde, bizim de katıldığımız bir görüşe⁶⁸ göre önceden tahmin edilememe ve olağan dışılık kavramlarının birbirine bağlı kavramlar olduğu belirtilmiş ve bir olay ne kadar olağan dışı nitelik taşıyorsa öngörülmesinin de o kadar güç olduğu ifade edilmiş, öngörülememenin olayın olağanüstü niteliğinin bir unsuru sayılabileceğine işaret edilmiştir. Bu konuda, öngörülemeyen olayın, öngörülmesine rağmen, etkilerinin büyüklüğü konusunda bir öngörü sahibi olunmaması da BK 365/II. madde tatbiki için yeterli görülmüştür.

İngiliz Hukukunda beklenilmeyen hal kavramından genel olarak sözleşmeyi etkileyen ve gelişen olaylar sonucu olarak sözleşmenin sona ermesine neden olan olaylar olarak tanımlanmakla beraber⁶⁹, en çok kabul gören⁷⁰ görüşün, beklenilmeyen

⁶⁸ TANDOĞAN, s.105

⁶⁹ McKendrick, Evan; Frustration and Force Majeure-Their Relationship and a Comparative Assessment; Force Majeure and Frustration Contract; Londra 1991, s.33; İngiliz Hukukundaki tanımlama ve kabuller

hali tanımlamasında; sözleşme kurulurken tarafların anlaştıkları koşullardan köklü bir farklılık gösteren, tarafların kusuruna dayanmayan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde acze uğratan hukuki durum ve olaylar olarak ifade edilmektedir⁷¹. Aşağıda kısaca değinilecek beklenmeyen hal teorilerinden farklı olarak bu görüş, Roma Hukuku'ndaki *Non haec in foedera veni* ilkesini esas alarak, gene aynı görüşe göre “bu sana yerine getirmeyi taahhüt ettiğim değildi” vecizesi söz konusu ilkenin özünü teşkil etmektedir.

Neticede, bir olayın beklenilmeyen hal olduğunun kabulü için aranacak temel şartlar, şu şekilde sıralanabilecektir:

- i) Beklenilmeyen hal, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olmamalıdır.
- ii) Sözleşmenin temel edimi konusunda taraflar arasında bir ihtilafa yer kalmadan ifa güçlüğü veya imkansızlığı meydana getirmelidir.
- iii) Beklenilmeyen hal yani öngörülemeyen hal, o meslek alanında yaygın görüşlere, yetkili kişilerin yaygın kanaatine göre ve de tarafların subjektif durumlarının da değerlendirilerek, bu durumların taraflarca karşılıklı bilinebilirliğinin, yani öngörü seviyesiyle birlikte, işin niteliği, sözleşmede öngörülen ifa zamanına göre ifa güçlüğü veya ifa imkansızlığı meydana getirerek ortaya çıkması⁷² söz konusu olmalıdır.
- iv) Beklenilmeyen hal tarafların kusuru neticesinde ortaya çıkmamalıdır.

Bu koşulların varlığı, sözleşmenin feshine dair tüm koşulları ifade etmemekte, yalnızca beklenilmeyen halin varlığının kabulü için, yani şartın, şartları niteliğinde koşullardır. Beklenilmeyen hal kavramı dahilinde değerlendirilebilecek bazı örnek durumlar sayılabilir. Mesela, hava koşullarının normal dışı bir seyir izlemesi buna örnek olabilir. Yaz döneminde sunumu yapılacak olan bir havai fişek gösterisinin, belirlenen tarihi öneme sahip günde, icrasının dolu nedeniyle söz konusu olamaması; ya da cumhurbaşkanı huzurunda stratejik bir toplantı esnasında bilgisayarlı sunum için dekorasyon ve makinelerin konumlanması, sunum konusu slaytların hazırlanması işinde

bizim ileri sürdüğümüz görüşlerle de paraleldir. Toplumca beklenilmeyen hal olarak anlaşılan bir olaydan ziyade taraflarca beklenmemesi daha öne çıkarılmıştır.

⁷⁰ Lord Radcliffe tarafından ileri sürülen görüştür. (McKendrick; s.33)

⁷¹ McKendrick, s.33

⁷² TANDOĞAN, s.102

sunum, mutlak anlamda belirli olan bir günde icra edilecekken uluslar arası bir internet kaynaklı bilgisayar virüsünün sunumdan hemen beş dakika önce bilgisayara sızarak tüm veri bankasını silmesi ve bilgisayarı kullanışsız hale getirmesi kanımızca beklenilmeyen bir haldir. Beklenilmeyen haller karşısında eser sözleşmesinin feshine dair fesih şartları, aşağıda, incelenecektir.

B- BEKLENİLMEYEN HALLERİN GERÇEKLEŞME ŞARTLARI

1 -BEKLENİLMEYEN HAL SÖZLEŞMENİN KURULUŞU ESNASINDA VAR OLMAMALIDIR

Bir sözleşmenin konusu imkansız veya belirsiz ise o sözleşmenin batıl olduğu BK 20. maddenin amir hükmüdür. Bu hüküm çerçevesinde konusu imkansız olan, yani beklenilmeyen halin oluşumundan sonra ifa imkansızlığına sebep olan bir durumun ortaya çıkması söz konusu olmamakta, aslında ifa imkansızlığı sözleşme kurulduğu esnada varlığını korumaktadır.

Bir sözleşmede edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması, sözleşmenin daha kuruluş safhasında ifasının yani sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin imkansız olması anlamına gelmektedir⁷³. Burada doktrinde, ifayı önleyen engelin en geç sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması aranmaktadır. Önemli olan bir noktaya doktrinde işaret edilmiştir, o nokta şudur ki eğer, sözleşme kurulduğu sıradaki imkansızlık daha sonra koşulların değişmesi ile artık varlığını koruyamamışsa bile sözleşme geçerli hale gelmeyecektir. Doktrinde buna gerekçe olarak da sözleşmenin başlangıçta geçerli olarak kurulmaması gösterilmektedir. Bu anlamda, sözleşme bir şarta veya süreye bağlı kılınmışsa şartın gerçekleştiği veya sürenin dolduğu sırada edimin ifası imkan dahilinde ise, bu durumda imkansızlıktan söz edilemeyeceği ifade olunmuştur⁷⁴. BK 20. madde çerçevesinde batıl olan bir sözleşme tekrar bir işlem tesisi ile geçerli hale gelebilecektir. Bu anlamda, bu sözleşme bir hukuki sonuç da doğurmayacaktır. Başlangıçta imkansız olan sözleşmeler geçersizdir. Sözleşmede BK

⁷³ EREN,C.1,s.399

⁷⁴ EREN, s. 403

96. maddeye göre borçlunun kusuru ile edim imkansız hale gelirse, bu halde edim borçlusu tazminat ödemek zorundadır. Ancak BK 117. maddeye göre bir imkansızlık söz konusu olursa borçlu borcundan kurtulabilecektir⁷⁵.

Durum, eser sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde, imkansızlığın başta mevcut olmasına bir örnek olarak inşaat sözleşmesine konu arsanın mülkiyetinin aslında iş sahibine değil de devlet hazinesine ait olması verilebilir kanaatindeyiz. Burada sözleşme baştan beri ifa kabiliyetini kaybetmiş niteliktedir. Bir başka örnek de şu olabilir ki; bir yakut yüzük imalini üstlenen kuyumcu nitelikli müteahhit, sözleşme kurulurken, yakutun ithalinin yasak ve sıkı denetime tabi olduğunu bilmesine rağmen sözleşme kurulmuşsa bu sözleşme geçersiz olacaktır.

Beklenilmeyen halin varlığının, sözleşmenin kuruluşu esnasında söz konusu olmaması şartı, *öngörülemez nitelikte olmasıdır*. Bu konuda aşağıda açıklanacağı üzere; öngörememe kavramının toplumun veya ilgili iş çevresinin kabullerini mi, yoksa toplumun bir olaya öngörülemez vasfı verip vermediği kriterine göre mi, değerlendirme yapılacağı tartışmalıdır. Bu konuda, objektifliği içeren subjektif bir durumun da kabul edilebilirliği tartışılmalıdır. Bu anlamda doktrinde ileri sürülen, önceden tahmin edilememeye kavramının, objektif bir ölçüye bağlanarak aynı iş ve yetişme çevresindeki normal insanların söz konusu cinsten işlerin özenle değerlendirilmesi konusundaki ortalama görüşlerinin esas tutulması yönündeki görüşü⁷⁶ isabetli bulmaktayız. Bu görüş dahilinde denilmiştir ki uzman olmayan iş sahibinin değil uzman olan müteahhidin öngörülmeğe sahip olup olmadığına bakmak gerekeceği ileri sürülmüştür. Fakat iş sahibinin fiyat tespitinde kaynakları inceleyip müteahhide bildirmiş olmasını bu konudan ayırık tutmaktadır⁷⁷.

Eser sözleşmesinin tarafları veya taraflarından biri beklenilmeyen hale konu olayı önceden tahmin eder veya öngörür ise artık BK 365/II. maddeden yararlanamayacaktır. Bu çerçevede, beklenilmeyen hale konu olay önceden tahmin olunabilir bir halde ise artık taraflar sözleşmenin kuruluşunda sözleşmenin ifa imkansızlığı nedeniyle sona

⁷⁵ ALTAŞ, Hüseyin; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK.m. 117), Ankara 1991, s.3

⁷⁶ CİĞERİM, s.87; SUNGURBEY, s.173; TUNÇOMAĞ, s.1059

⁷⁷ TANDOĞAN, s. 240; CİĞERİM, s. 87

ereceğinin bilincinde demektir⁷⁸. Bu durum doktrinde genel olarak belirtildiği gibi sözleşmenin kuruluşunda, taraflardan biri tarafından bilinen ve bu bilincin diğer akide yansıtılmadığında söz konusu olabilecektir. Aksi halde tarafların beklenilmeyen ama meydana gelirse BK 365/II. maddenin geçerli olacağını kararlaştırmaları veya bu sorunu çözücü yolu sözleşmeye dahil etmeleri geçerli olacaktır⁷⁹.

Neticede, sözleşmenin kuruluşu sırasında beklenilmeyen hal mevcut ise hem taraflar BK 365/II. maddeden yararlanamayacak hem de sözleşme batıl olacaktır.

2- SÖZLEŞMENİN TEMEL EDİMİ KONUSUNDA İHTİLAF YER KALMADAN İFA GÜÇLÜĞÜ VEYA İFA İMKANSIZLIĞI MEYDANA GELMELİDİR.

Borçlar Kanunumuzda ifa güçlüğü veya ifa imkansızlığı 365/II. maddede beklenilmeyen haller nedeni ile ifa güçlüğü için yapılmasına mani olması veya yapılmasını son derece engellemesi (mani olması) olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda doktrinde de genel olarak belirtildiği üzere ifa güçlüğü ile ifa imkansızlığı arasında bir fark olmadığı belirtilmiştir. Kanun koyucu da bu anlamda kavramlar arasında farklı bir uygulamaya yol açacak bir hüküm tesis etmemiştir.

a) İfa İmkansızlığı

Genel olarak ifa imkansızlığı doktrinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımlamaların ötesinde imkansızlık türlerine değinmekte yarar bulunmaktadır kanısındayız. İmkansızlık en genel tabiri ile mantıki, hukuki veya maddi nedenlerle temin edilemeyen, yapılamayan yerine getirilemeyen edim olarak tanımlanmıştır⁸⁰.

İfa imkansızlığı doktrinde BK 20. madde merkez alınarak yapılan ayrımlar söz konusudur. Bu anlamda imkansızlık baştaki imkansızlık ve sonraki imkansızlık olarak ikiye ayrılabilir. Aktin kurulması anında veya kurulmasından önce bir imkansızlık

⁷⁸ ERMAN, s.78

⁷⁹ CİĞERİM, s. 88; TANDOĞAN, s. 241

⁸⁰ ALTAŞ, s. 1

söz konusu ise bu durumda *başlangıçtaki imkansızlık* söz konusu olacaktır⁸¹. Bu tür imkansızlık hallerinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılacağını yukarıda incelemiştik. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra, bir ifa engelinin vukuu bulması nedeniyle edim sürekli ve kesin olarak yerine getirilemiyorsa bu halde *sonraki imkansızlık* hali söz konusu olacaktır⁸².

Doktrinde üzerinde durulan bir imkansızlık ayrımı da; sürekli imkansızlık-geçici imkansız halleridir. Borçlanılan edim, zaman yönünden kesin olarak ifa olunamaz bir halde bulunur yada ifa kabiliyetini kaybetmiş bir hale gelmişse *sürekli imkansızlığın* varlığının kabulü gerekecektir⁸³. Konumuz itibariyle, kanun koyucu eser sözleşmesinin ifasında imkansızlığın sürekli olarak var olmasını aramaktadır. Bu kanaate bizi götüren ise, kanun koyucunun sözleşmenin tasfiyesine yönelmesi yani feshetmesidir. Götürü ücrette artışa gitmesinde aynı saik güdülmüş olmalıdır ki kanun koyucu süre uzatımı konusunda BK 365/II. madde dahilinde düzenleme yapmamıştır. Borçlanılan edimin ifası zaman yönünden geçici bir sebeple imkansız hale gelmişse *geçici imkansızlık* söz konusu olacaktır⁸⁴.

Son olarak ele alınan imkansızlık ayrımı, tam imkansızlık-kısmi imkansızlık ayrımıdır. Bu ayrımın tanımlar çok net olup, eğer ki taahhüt olunan edimin tamamı ifa edilemiyorsa *tam imkansızlıktan*, edimin bir kısmı ifa edilemiyorsa *kısmi imkansızlıktan* söz etmek gerekecektir. Kısmi imkansızlıkta borçlanılan edim bölünebilir nitelikte olmalıdır.

Eser sözleşmesinde imkansızlaşmanın nasıl değerlendirilmesi gerekeceği ise tartışmalıdır. İhtilaf örneği üzerinden değerlendirmek gerekirse bir ahşap bina inşaatı sırasında binanın tamamı bitirilmiş fakat ıslak zemin için gerekli imalat, ithal malzeme sözleşmede şart koşulduğu için bitirilememiş ve ilgili ithal malzemenin ithali de yasaklanmış olabilir. Burada ifa imkansızlığı söz konusu olacaktır; ancak binanın bütününe göre değerlendirme yapıldığında sadece banyo ve mutfak imali ifa olunamamış ancak binanın çoğu tamamlanmıştır. Burada kısmi ifa imkansızlığı mı

⁸¹ ALTAŞ, s. 18

⁸² DURAL, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 75 (ALTAŞ, s. 19'dan naklen)

⁸³ EREN, C.3, s. 201

⁸⁴ DURAL, s. 100; EREN, C.3, s. 205; ALTAŞ, s. 23

yoksa tam ifa imkansızlığı mı söz konusu olacaktır? Bu durumda sadece BK 117/II .madde dahilinde doktrinde yapılan değerlendirmeler incelendiğinde; imkansızlık temelinde şu yorumla karşılaşılmıştır ki değerlendirmede bir edimin bölünebilirliğinin tarafların iradelerine borçlanılan edimin niteliğine ya da sözleşmenin yorumuna göre belirlenmesi esas olduğundan, sözleşmede taraflar edimin bir bütün halde ifası konusunda açıkça anlaşmaları takdirde edim kısmen imkansızlaşmış olsa dahi tam imkansızlığın varlığından söz edilecektir⁸⁵. Kanımızca burada fiziksel kısmiliğin hukuki tamlık ile çatışması söz konusu olmaktadır.

Taraflar arasında böyle bir anlaşma söz konusu değilse sözleşmenin amacına bakılarak edim ancak tam olarak ifa olduğunda alacaklı tatmin edilebiliyorsa bu durumda gene kısmi değil tam imkansızlık söz konusu olacaktır⁸⁶. Sayılan iki durumda da edimin imkansızlığı belirlenemiyorsa, edimin niteliği incelenmelidir. Bu halde, edimin niteliği taraf iradeleri ile çelişik değilse imkansızlığın türü de belirlenmiş olmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz örnek ihtilafa döndüğümüzde, anahtar teslimi bina inşaatı kararlaştırılmış ise bu halde banyosu ve mutfağı kullanılamayan bir binada ikamet de zorlaşacağından ya da binanın satışı ve aynı haklarının temlik sorunu olacağından bu durumda iş sahibinin bu ifayı kabul edip etmeyeceği konusunda kendisine bir ihbarda bulunulmalıdır. İş sahibi, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 4. maddesinde belirtilen haklarından yararlanmak istemesi ve bu yolla belki bedel indirimi ile ifayı kabul etmesi halinde ifa kısmen imkansızlaşmış; ancak ihbara olumsuz bir yanıtla ifanın tam olarak yerine getirilmesi halinde ifayı kabul edeceğini bildirmesi halinde ise tam imkansızlıktan söz edilebilecektir kanısındayız.

⁸⁵ ALTAŞ, s. 32

⁸⁶ ALTAŞ, s. 33

b) İfa Güçlüğü

İfa imkansızlığı kavramındaki doktrinsel ayırımları ifa güçlüğünde görmek çok zordur. Zira bu konuda doktrinde kesin bir görüş birliği de söz konusu değildir.

Doktrinde bir kısım yazarlar ifa güçlüğüne ifa ediminin değerine oranla masrafı fazlaca gerektiriyorsa, bu durumda ifa güçlüğünden söz edileceğini ifade etmiştir⁸⁷. Bazı yazarlarca durumun değerlendirilmesinde ise kavram, subjektif imkansızlık veya onun bir sonucu olarak değerlendirilmiştir⁸⁸.

Yapılan değerlendirmelerde ifa güçlüğüne objektif ve subjektif ifa imkansızlıklarından farklı olduğu vurgulanmıştır. Burada önemle üzerinde durulan objektif ifa imkansızlığında, sözleşme konusu edimin ifasının hiç kimse tarafından yerine getirilememesi olup, ifa güçlüğünde edimin ifası borçlu müteahhidi ekonomik yönden büyük zarara maruz bırakmaktadır⁸⁹. Burada edimin ifası ve tesliminde teknik imkansızlıktan çok, riskin büyük ve zarar doğurma ihtimali kuvvetli olması gerekmektedir. Subjektif ifa imkansızlığı da ifa güçlüğünden farklı bir kavramdır. Zira, ifa güçlüğü halinde durum borçludan değil harici şartlardan kaynaklanmaktadır. Subjektif imkansızlıkta ise borçlunun dahili şartlarından imkansızlık doğmuştur⁹⁰. İfa güçlüğü neticesini doğuran olayda ise ifanın güçleşmesinde herkes için durum aynı olup borçlu ile aynı konumda bulunan herkes için risk aynıdır. Şu halde gerek imkansızlık gerekse ifa güçlüğü kavramları değerlendirilirken sözleşmenin mevcut şartları göz önünde bulundurulmalı ve de tarafların kişisel özellikleri de değerlendirilmelidir. Bu konuda en temel dayanağımız ise eser sözleşmesinin kural olarak bizzat ifa yükümü doğuran bir sözleşme olmasıdır.

Akidler bir araya gelirken birbirlerinin kişisel ifa yeterliliklerini bilerek gelmekte ve sözleşme bu halde kurulmaktadır. Her ne kadar büyük bir savaş neticesi demir fiyatları artsa bile bir prefabrik ev yapabilecek derecede demir ve çimento stoğuna sahip büyük bir inşaat firmasının savaşı ve malzeme fiyatlarındaki artışı gerekçe göstermesi

⁸⁷ VON TUHR,(Çev. EDEGE), s.248

⁸⁸ DURAL, s.80

⁸⁹ ALTAŞ, s.37 ve aynı yazarın dipnot 106'da sayılan kaynakları.

⁹⁰ ALTAŞ, s.37

iyiniyet kurallarına aykırıdır. Bu ihtimalde tabii ki firmanın ülke çapında büyük bir firma sayıldığı ve gerçekten karaborsa malzeme satabilecek derecede stoklarının olduğu düşünülmelidir. Aksi halde her stoğa sahip tarafın sözleşme ifası ile zarar uğraması da hakkaniyete aykırı olacak ve taraf güçlerinin denkliliğine binaen fesihden ziyade belki ücret artırımı söz konusu olacaktır. Kanımızca esas olarak taraflardan hareketle ifa güçlüğü kavramı değerlendirilmelidir.

c) Değerlendirme

Doktrinde işin yapılmasına engel olma teriminin eksik bir açıklama olduğu belirtilmiş ve de bu terimin işin tespit edilen götürü ücretle yapılmasına engel olduğu durumların 365/II.madde dahilinde değerlendirilmesinin gerekeceğine dair bir açıklama yapılmıştır⁹¹.Bu çerçevede yapılan bizim de katıldığımız yorumlarda eserin meydana getirilmesine engel olan ve sözleşmenin taraflarına yükletilemeyen mutlak anlamda bir imkansızlık söz konusu ise bu imkansızlığın BK 365/II. madde kapsamında değil BK 117/II. madde dahilinde değerlendirilmesi gerekeceği ifade olunmuştur. Bu bağlamda, aynı kaynaktan yapılan yorumda, işin yapılması BK 365/II. madde dahilinde teknik anlamda güçleşmemektedir. Burada masrafların artması yüzünden sözleşmenin ifası güçleşmekte, işin yapılmasına engel olma aslında işin aşırı derecede güçleşmesinin özel hali olduğu belirtilmiştir. Aynı paralelde doktrinde bir başka görüş, mevzuatın kaleme alınışının yanlışlığına işaret etmiştir. Sözleşmenin ifasına engel olan durumların sonradan ortaya çıkması halinde burada BK 117. maddenin tatbik edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Bu halde sözleşme sona erecektir. Yazara göre, sözleşmenin ifası aşırı güçleşirse BK 365/II.madde ifa imkansızlaşır BK 117/2. madde uygulama kabiliyeti bulacaktır⁹².

Doktrinde bizim de katıldığımız ve ifa imkansızlığı ile ifa güçlüğü ayırımını kanımızca en isabetli bir değerlendirme ile ele alan görüşe göre, ifa imkansızlığı ile ifa güçlüğü kavramları birbirinden farklı kavramlardır. İfa imkansızlığı, objektif veya subjektif nitelikte olsun her durumda borcu sona erdiren bir durum olarak kabul edilerek devamla ifa güçlüğünün, borçlunun mali durumunda sonradan meydana gelen darlık

⁹¹ TANDOĞAN, s. 243

⁹² ERMAN, s. 82

veya bozukluklar nedeniyle ifayı gerçekleştirememesi olarak değerlendirilmektedir. Yazarın yorumuna göre borçlunun sonradan değişen durum ve koşullar nedeniyle borcun ifasında güçlük çekmesini BK 117. maddedeki ifa imkansızlığı ile değil MK 2. madde ve bu maddeden kaynaklanan *clausula rebus sic stantibus* ilkesi ile bir diğer deyişle değişen hal ve şartlara uyarılma ile ihtilafın çözümü gerekeceği ileri sürülmüştür⁹³.

İfa güçlüğü ve ifa imkansızlığı kavramları değerlendirilirken beklenilmeyen halin varlığının kabulünde, taraftarı olduğumuz subjektif niteliklerin esas alınması görüşü burada da geçerli olmalı kanısındayız. Zira bu görüşün taraftarlarına göre eser sözleşmesinin ifasında zaten mevcut ve hayatın olağan akışına münhasır bir riziko söz konusu olup asıl ifayı müteahhit için katlanılmaz kılan riziko söz konusu olduğu zaman sözleşmeye BK 365/II. maddesi tatbik olunabilecektir. Bu nedenle somut olayın değerlendirilmesi ve tarafların aşağıda açıklanacağı üzere tarafların durumu değerlendirilerek sonuca varılması gereklidir⁹⁴.

Neticede, ifa imkansızlığı kavramı ve ifa güçlüğü kavramları BK 365/II. madde dahilinde sözleşmenin sona ermesine neden olan kavramlar olup, bu kavramların varlık bulduğunun kabulü için, somut olay ve tarafların subjektif durumlarının tespiti gerekmektedir. Tarafların durumlarına göre, müteahhit taahhüt ettiği eseri imal için teknik şartlara sahip olmakla birlikte, sadece sözleşmenin tarafına ait ekonomik nedenlerle iş görmekten aciz durumda ise, bu durumda doktrin ifa güçlüğünün varlığını kabul ederken, işin ifası teknik anlamda da imkansız bir hale gelmişse, ifa imkansızlığı söz konusu edilebileceğini kabul etmektedir. Aslında terminolojik bir değerlendirme yapılacak olursa bu yorumun isabetli olduğu görülecek ancak ERMAN'ın yorumundaki BK 117/II. maddenin uygulanmasında öncelikli durum, ifa imkansızlığı için söz konusu olacaktır. Ancak hemen belirtmekte yarar vardır ki BK 365/2. madde ifa imkansızlığı konusunda bir tekrarlama bulunmak ve BK 117/II. madde şartlarını da eser sözleşmesi için kabul ettiğini göstermek adına bu şekilde bir düzenleme getirmiştir. Bu durumda BK 365/II. madde dahilinde taraf durumlarının değerlendirilerek sonuca varılması gerekecektir.

⁹³ KAPLAN, s. 139

⁹⁴ CİĞERİM, s. 93

C - BEKLENİLMEYEN HAL KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE TEMELİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1) *Clausula Rebus Sic Stantibus Teorisi*

Beklenilmeyen haller ile ilgili olarak bir çok teori ileri sürülmüştür. Bu teorilerden ilk olarak Roma Hukuku'ndan gelen *clausula rebus sic stantibus* ilkesi, beklenilmeyen hallerde taraflardan birinin ifadan aczine yönelik olarak ortaya konmuş bir ilkedir. Bu ilkenin doğumuna aslen Roma Borçlar Hukukunda sözleşmelerde beklenilmeyen hallerde borçlunun sorumluluğu taahhüt etmedikçe sorumlu olmayacağına dair genel kural neden olmuştur. Bu kurala göre ise, beklenilmeyen hal nisbi özellikte olup, yalnız ağır ihmalden sorumluluk ile hafif ihmalden sorumluluk daha farklı olacaktır. Kusur temelli bu ilke gelişerek teorimiz konusu olan ve tarafların kusurlarına dayanmayan beklenilmeyen halin hüküm altına alınmasını gerekli kılmıştır⁹⁵. *Clausula Rebus Sic Stantibus Teorisi* çerçevesinde sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin doğduğu zamandaki durumların değişmemesi zımni şartıyla sözleşmenin yapıldığı kabul olunmaktadır⁹⁶. Bu teoride esas olan tarafların iradelerinin yorumu olup taraflar sözleşmede açıkça değişen durumların göz önüne alınacağını belirtmişlerse veya bu konu tamamlayıcı unsurlardan anlaşılıyor ise bir ihtilaf meydana gelmeyecektir; fakat bu teoriye göre eğer, sözleşmeden değişen durumların saklı tutulduğu sonucuna varılamıyorsa bu ilke de uygulanamayacaktır⁹⁷. Doktrinde bu teorinin Türk Hukuku için uygulanamaz nitelikte olduğu ileri sürülse de Yargıtay'ın *clausula rebus sic stantibus* ilkesi atıf yapan kararları söz konusudur.⁹⁸ Bu kararlarında ilgili ilkenin uygulanabilmesi için; sözleşmenin yapılmasından sonra fevkalade bir durumun meydana gelmesi, bu durumun önceden tahmin olunamaması veya tahmin olunup da iki tarafça göz önüne alınmamış olması ve yeni durumun edalar arasında iyiniyete aykırı fahiş fark meydana getirmiş olması şartlarını aramaktadır.

⁹⁵ KOSCHAKER, Paul; Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1961, (Çev.Kudret AYİTER), s.176-177

⁹⁶ ERMAN ,s. 33

⁹⁷ DESCHENAUX,H., La Révision des Contrats par la Juge, Basel 1942, s. 530; (Naklen ERMAN, s. 43)

⁹⁸ Yargıtay 11.HD,21/10/1986 tarihli 86/4569-5444 sayılı içtihadı (KAPLAN, İbrahim; Hakimin Sözleşmeye Müdehalesi, Ankara 1987, s. 149, dn 514)

2) Tasavvur Teorisi

İleri sürülen teorilerden ikincisi ise *tasavvur teorisi*dir. Bu görüş Alman Hukuku'nda Windscheid tarafından ileri sürülmüş olup, görüşe göre, sözleşme dahilinde taraflardan olumlu edim ifası borçlusu taraf beyanda bulunurken meydana gelecek olayları bilse ya da tasavvur edebilseydi sözleşmeyi yapmayacak⁹⁹ olup, söz konusu olayı hukuki işlemin olmazsa olmaz şartı olarak görmektedir. Bu teoride, bu olmazsa olmazlık şartını, sözleşmenin diğer tarafının da bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Doktrinde bu durum objektif ve subjektif unsurların birbirini tamamlaması olarak mütalaa edilmiştir¹⁰⁰.

Türk Hukuk doktrini de bu görüşü uygulanamaz bulmaktadır¹⁰¹. Uygulanamayacağı yönündeki eleştirilerinde tarafların tahmin edemedikleri konuların, unsur derecesine henüz çıkmamış amaçlardan ibaret olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmenin taraflar arasında oluşturduğu dengenin hukuki değil siyasi, sosyal ve ekonomik sebeplerle bozulduğu ifade edilmiştir¹⁰².

Tasavvur teorisinin, savunulmasında çelişki yaratan bazı durumlar söz konusudur. Zira, sözleşme kurulurken sözleşmenin tarafları, her ne kadar meydana gelebilecek olayları hayali olarak da değerlendirirse, bu olayların meydana gelmesi her zaman ihtimal dairesinde görülmeyebilir. Örneğin, savaşı olabileceği her zaman tasavvur edilebilir ya da bir deprem bölgesinde deprem olabileceği her zaman her iki tarafça muhtemel görülebilir. Ancak, sözleşmenin taraflarını her zaman aynı tasavvura mahkum ederek belirsizlik karşısında her zaman hazır olmalarını beklemek de hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu hal, gerek tarafları gerekse toplumda emsal sözleşmelerin taraflarını karaborsacılık olarak tabir edilen stoklama yöntemlerine zorlamak olabilecektir.

⁹⁹ DESCHENAUX, s. 531, (Naklen ERMAN, s. 44)

¹⁰⁰ EDİS, Seyfullah, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Aktin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973, s. 23

¹⁰¹ ERMAN, s. 45

¹⁰² ERMAN, s. 44

3) İşlem Temeli Teorisi

Ortaya konan görüşlerden üçüncüsü *işlem temeli teorisi*dir. Bu teori çerçevesinde, sözleşmenin temeli tarafların iradelerini gerçekleştirecek mevcut veya sonradan ortaya çıkacak olayları belirler, bu konular taraflara ortak veya sadece biri için söz konusu olabilecektir. Bu durumda da sözleşmenin yapılması sırasında bunun bildirilmesi ve diğer tarafça bilinir hale getirilmesi gerekli olup bu temelin ortadan kalkması ile sözleşme de sona erecektir¹⁰³. Doktrinde bu görüşün taraftarları¹⁰⁴ söz konusu olmakla birlikte bir kısım hukukçular bu teoriyi hata halinin sadece BK 24/4'te düzenlenmiş olmasını gerekçe göstererek Türk hukuku için uygulanamaz olduğunu ileri sürmektedirler¹⁰⁵. Aslında bu teorinin değerlendirilmesinde, Anayasa'nın başlangıç kısmının konumu ve işlevi ile bu teori çerçevesinde taraflar arası anlaşmanın ruhunun belirlenmesi arasında bir yakınlık bulunmaktadır. Bu sadece eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında durumu için değil, sözleşmenin yorumu için de faydalı ve belki tüm sözleşmeler için gerekli bir işlem olacaktır.

İşlem temeli teorisi, bir bakıma tasavvur teorisi ile benzer kimi noktalar içermektedir. Zira, tarafların ispatı çok güç iradeleri, taraflar arası anlaşmalarda oluşsa bile, gerek sözleşmenin beklenilmeyen hallare maruz kalmasında gerekse sözleşmenin tatbikinde söz konusu olabilecek kimi ihtilaflarında ispatlanması güç bir temeldir. Öncelikle, işlemin temeli sayılan durumun sözleşmenin diğer tarafına bildirilmesi usulü önem taşımaktadır. Bildirimdeki eksiklikler ya da ispatlanamazlık sorunu sözleşmenin beklenilmeyen hale maruz kalmasında bildirdiğini iddia eden tarafa kazandırmada bulunmayacaktır. Bir savaş halinde, bu halin beklenilmeyen hal sayılıp sayılmadığının tarafların bildirmiş olmaları önem taşımamalıdır. Zira, savaşın beklenilmeyen haller açısından önemi sadece ifa güçlüğü açısından olabilecektir. “Bu olay olmasaydı ifa edecektim” demek, aslında nisbi anlamda beklenilmeyen halin kabulünde değerlendirilebilir gibi görünse de, aslında ifa için engelin oluşup oluşmadığı tarafların

¹⁰³ DESCHENAUX, s. 533; (Naklen ERMAN, s.45); EDİS, s. 25, ERMAN, s. 45

¹⁰⁴ SCHWARZ, Andreas; Borçlar Hukuku Dersleri I; İstanbul 1948, s.307 (Çev.SAYMEN, Hakkı) ; SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme ; İstanbul 1973, s. 427

¹⁰⁵ ERMAN, s. 47

durumunun bilirkışı marifeti ile incelenmesi ile anlaşılacaktır. Sonuçta, beklenilmeyen hal meydana geldiğinde, tarafları etkilemesi hali, her ne kadar nisbi görünse de aslında etkileme hali yani “etkilenmişlik” durumu gene bilimsel ve teknik verilerle belirlenmelidir.

4) Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata Teorisi

Beklenilmeyen hallerle dair ortaya konan dördüncü görüş, *Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata Teorisi*dir. Bu teoriye göre, beklenilmeyen haller karşısında kalan borçlu, sözleşmenin esaslı unsurlarında hataya uğradığı iddiasıyla sözleşmede değişiklik yapılmasını isteyebilmektedir¹⁰⁶. Bu teori BK 24/4. maddesine dayanmakta ise de çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerde hatanın sözleşmenin kurulduğu sırada varlığını koruyan olaylarda yanılmayı ifade ettiğini belirtmişler, ileriki durumlar bakımından hatanın önceden görülebilen olaylar için söz konusu olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁷. Burada doktrinde getirilen eleştiride BK 24/4. madde hükmünün uygulamasında, sözleşmenin neticede iptal edildiğini fakat sözleşmede yeni şartların değerlendirilmesinde bu tatbikatın söz konusu olmadığı ifade olunmuştur¹⁰⁸. Bizim de katıldığımız bu eleştirilere karşıt olarak, doktrinde son ileri sürülen görüşlerde bu teorinin beklenilmeyen hal teorilerine kaynak teşkil ettiği ifade olunmaktadır¹⁰⁹.

Her ne kadar, sözleşmenin esaslı unsurlarında hata hali, beklenilmeyen haller nedeniyle feshe benzer bir şekilde sözleşmenin sona ermesine neden olmakta ise de, burada, hata halinden farklı olarak sözleşmenin kurulmasından sonra beklenilmeyen halin ortaya çıkması söz konusudur. Hata halinde, tarafların sözleşmeye devam etmesi her zaman ifa güçlüğünden ya da ifa imkansızlığından kaynaklanmayabilir. Ancak BK 365/II. maddede düzenlenen beklenilmeyen hal, ifa güçlüğünden ya da ifa imkansızlığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin esaslı unsurlarında hata teorisinin, beklenilmeyen hallerin hukuki dayanağı olarak kabul etmek imkansızdır.

¹⁰⁶ GIOVENE, A., L'Impossibilita della Prestazione e la Sopravvenienza, Padova 1941, s. 100; (Naklen ERMAN, s. 47)

¹⁰⁷ OFTINGER, Karl; Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabi Tahavvül , İÜHFM, C. 8, S. 3-4, İstanbul 1942 (Çev. DAVRAN, B.), s. 614; DESCHENAUX, s. 535; ERMAN, s. 48

¹⁰⁸ ERMAN, s. 49; yazar İtalya'da da aynı nedenlerle hata gerekçesi ile sözleşmeye müdehalenin söz konusu olmadığını ifade etmektedir.

¹⁰⁹ GÜRPINAR, s. 119

5) İmkansızlık Teorisi

Beklenilmeyen hallere dair beşinci ileri sürülen teori, *İmkansızlık Teorisidir*. Bu teoriyi benimseyenler¹¹⁰, ifanın aşırı güçleşmesi karşısında durumu BK 117. madde çerçevesinde değerlendirmişler ve durumu borcu sona erdiren bir neden olarak ileri sürmüşlerdir. Bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştirilerin özünde, BK 117. maddenin borçlunun borcunu ortadan kaldırmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirdiğini ama sözleşmenin yeni durumlara uydurulmasına dair çözümler bulma yolunda bir çabasının söz konusu olmadığını ifade etmişlerdir. Bunun yanı sıra, bu teori dairesinde objektif imkansızlık ile birlikte subjektif imkansızlığın da borçtan kurtulmaya vasıta kılınması sakıncalı bulunmuştur¹¹¹; biz de bu eleştiriye katılıyoruz. Zira, subjektif imkansızlıkta bir kusuru bulunmayan tarafça katlanılmasını beklemek adaletsizliğe neden olacaktır.

6) Gabin Teorisi

Konu dahilinde savunulan altıncı teori, *Gabin Teorisidir*. Doktrinde pek fazla taraftar bulamamakla birlikte, bu görüşte sözleşme gereği yükümlenilen edimlerin ifasında aşırı güçlüklerin meydana gelmesi halinde BK 21. madde dairesinde gabin hükümlerinin kıyasen tatbik olunabileceğini, bu konuda esas temel teşkil eden durumun gabinde söz konusu olan edimler arası aşırı orantısızlık halinin karşısında sözleşme tasfiyesinin burada söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir¹¹². Bu görüş de haklı olarak eleştirilmiştir. Zira eleştiriler dahilinde sağlıklı olarak kurulan bir sözleşmeye sonradan ortaya çıkan bir durum ileri sürülerek sözleşmenin sona erdirilmesi gabin dairesinde değerlendirilemeyeceği, alacaklının haksız bir talebinin söz konusu olmadığı¹¹³ kanaati hakimdir ki biz de katılıyoruz.

¹¹⁰ Von TUHR, Andreas; Borçlar Hukuku, C.II, İstanbul 1953, s.68 (çev.EDEGE, Cevat); ERMAN, s. 49

¹¹¹ ERMAN, s. 51

¹¹² DOĞANAY, İsmail; Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Aktin Yerine Getirilmesine Engel Olur Mu?, Yargıtay Dergisi, C. I, Ekim 1975, S. 4, s. 44

¹¹³ ERMAN, s. 53

Gabin kurumunun varlığından söz edebilmek için edim ve karşı edim arasındaki oransızlığın, taraflardan birinin diğerinin şahsında mevcut olan özel bir durumu bilerek istismar etmesi sonucunda oluşması gerekmektedir¹¹⁴. Gabinin objektif ve subjektif olmak üzere iki ayrı unsuru söz konusudur. Objektif unsur, edimler arasındaki aşırı dengesizliktir; subjektif unsur ise, zarar gören tarafın zayıf durumudur; ancak şu hal açıktır ki, tüm unsurların sözleşme kurulurken var olması gereklidir¹¹⁵. BK 365/II. madde hükmünde ise sözleşme kurulurken mevcut olmayan ancak daha sonra ortaya çıkan durumlardan söz etmektedir. Bu durumda, gabine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması da imkansız olmaktadır.

7) BK 365/II.Maddenin Kıyasen Uygulanması Teorisi

Doktrinde Türk Hukuku dahilinde ifade olunan görüşlerden biri de *BK 365/II'nin kıyasen uygulanmasına dair teoridir*. Bu teori dairesinde ileri sürülen, diğer sözleşme türlerinde borçlunun eser sözleşmesindekinden daha kötü muamele görmesine gerek olmadığına dair görüşlerdir¹¹⁶. Bu görüşün eleştirisinde ise; BK 365/II.madde dairesindeki çözümün sadece eser sözleşmelerine münhasır olduğu; kanun koyucunun diğer sözleşmelere uygulamak istemesi durumunda bu çözümü genel hükümlerde düzenleyebileceği, düzenlememiş olmasının bu çözümü uzun süreli, bir sözleşme olan eser sözleşmesi için hükmettiğini ifade etmişlerdir¹¹⁷.

8) Dürüstlük Kuralı Teorisi

Beklenilmeyen hallere dair teoriler dairesinde en çok ileri sürülen ve kabul gören teori *Dürüstlük Kuralı Teorisi*dir. Bu teoriye göre; önceden görülemeyen sebeplerle sözleşmedeki şartların ve dengenin aşırı şekilde bozulması durumunda sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi veya feshi MK 2/I. maddedeki dürüstlük kuralı ile ilişkilendirilmektedir. Bu görüşün en temel dayanak noktası; sözleşmeye uygunluk ilkesinden daha üstün bir ilke olan dürüstlük kuralı ile sözleşmeye müdahale

¹¹⁴ EREN, C. I, s. 502

¹¹⁵ EREN, C. I, s. 503-505

¹¹⁶ ERMAN, s. 53; Bu görüşün Türk Hukukunda Schwarz tarafından ileri sürüldüğünü ifade etmektedir.

¹¹⁷ DURAL, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık; İstanbul 1976; s. 50

edilebileceğidir. Bu çerçevede, borçlu sözleşme gereğince yüklendiği borçları ifa etmesi, şartların sözleşmenin kurulmasından sonra değişmesi sebebiyle ağır zararları doğurması durumu karşısında bu açıdan ifa talep etmenin, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür¹¹⁸.

İşlem temelinin çökmesi teorisi ile dürüstlük kuralı teorileri birbirinden çok önemli bir farkla ayrılmıştır. İşlem temelinin çökmesi teorisi çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin temeli sayılabilecek ve sözleşmenin tümüne sari ön koşulların kaybı halinde sözleşme taraf iradelerinden uzaklaşmış olduğundan sona erme yoluna girmektedir. Ancak, bu teoride işlem temeli adı verilen koşullar, önceden taraflarca birbirlerine bildirilmektedir. Bu bildirim sonucunda, taraflar karşılıklı olarak olmazsa olmaz koşulların varlığından haberdar olmaktadır. Dürüstlük teorisinde ise durum tamamen farklıdır.

Sözleşme kurulurken taraflar arasında kararlaştırılan edimler ifa olunurken meydana gelen ve sözleşmenin ifasını etkileyen bir durum, beklenilmeyen hal olarak karşımıza çıkmaktadır. İşlem temelinin çökmesi teorisinde ise, sözleşmenin temeline etki etmeyen ancak ifaya etki eden haller konusunda bir değerlendirme yapılmamakla, uygulamada teorisinin tatbikatı zorlaşmış olmaktadır. Ayrıca, önceden sözleşme temeli olarak bir durumun, dürüstlük teorisinde söz konusu olmaması dürüstlük kuralını daha uygulanabilir kılmaktadır. Çoğu zaman taraflar arasında sözleşmenin temeli konusunda açık bir bildirim söz konusu değildir. Dürüstlük kuralı teorisi, aslında toplumun genel kabulü ve vicdanını temsil eden hakimin vicdanı nazarında, tarafların sözleşmenin ifasına devam edip edemeyeceği yönünde karar vermektedir.

9) Değerlendirme

Dürüstlük kuralının beklenilmeyen hal karşısında sözleşmeye müdahaleye imkan verdiğine dair teori, gerek BK 365/II. madde hükmünün gerekse Türk Özel Hukukunun ruhuna uygun olmakla birlikte, İşlem Temelinin Çökmesine dair teori de

¹¹⁸ ERMAN, s.55; AKİPEK, Jale; Türk Medeni Hukuku, C.I, Ankara 1960, s. 140; ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, Ankara 2000, s.20 vd., GÖNENSAY, Samim; Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsnel'e Armağan, İstanbul 1939, s. 165 ; GÜRPINAR, s. 120; KAPLAN, s.114, TANDOĞAN, s. 103

maddenin lafzına ve ruhuna uygun bulunmaktadır. Bu teorilerin sentezlenmesi maddenin üzerinde durduğu beklenilmeyen halin somutlaşmasına yardımcı olacaktır. Zira bir olay MK 2/1. madde anlamında olağandışı olabilse de taraflar için olağan olabilir veya tam tersi olarak MK 2/1 çerçevesinde herkes için olağan, ama taraflar için olağan dışı, yani sözleşme kurulurken beklenemez halde olabilir. Bu açıdan her iki teorinin meczinin kavramın hukuki dayanağı olduğu kabul edilebilir görülmektedir.

Beklenilmeyen hal kavramının, ne mutlak koşullara ne de nisbi koşullara hapsedilmemesi gerekli olup, mutlak anlamda yani toplumun genelinin bir durumu olağan dışı kabulü bazen sakıncalı olarak sözleşmenin feshine neden olabilecektir. Zira bu değerlendirme ifa güçlüğü veya imkansızlığını feshe temel şartlardan biri olarak gösteren madde lafzına aykırılık teşkil eder. BK 365/II. madde açısından fesih için fıkra dahili tüm koşullar birlikte var olması gerektiğine göre mutlaklığın yanında sözleşmeye, taraflarına ve de sözleşme konusu edimin türüne göre bir nisbilik, yani objektifliği de içeren subjektifliğin bulunması gerekecektir düşüncesindeyiz. Bu konuda doktrinde kanımızı destekleyen görüşler ileri sürülmüştür. Zira bu konuda ileri sürülen görüşler dahilinde aşırı ifa güçlüğü belirlenmesinde ilgili bütün belirleyici ölçeklerin kuralların öne çıkarılmasından ziyade, somut olayın esas alınması gerekecektir. Buna sebep olarak, *pacta sunt servanda* ilkesinin meydana gelen olayda ihlaline neden olması sebebiyle, söz konusu riskin dağılımında hakkaniyet gözetilmesi gerekeceğine dair taraflar arası değer yargısının söz konusu olduğu belirtilmiştir¹¹⁹.

Bu görüşü destekleyen başka görüşlerde ise öngörülebilirlik sorununun çözümünde, tarafların iradelerinin esas alınması savunulmuştur. Bu konuda tarafların içsel yaklaşımları, davranış modelleri, tarafların deneyimleri gibi durumların değerlendirilmesinin gereğine işaret edilmiştir¹²⁰.

BK 365/II. madde dahilinde lafzdan hareketle evvelce tahmin olunamayan hallerin yanı sıra evvelce tahmin olup da her iki tarafça nazara alınmayan hallerden de bahs olunmakta olup dikkatle tetkik edilince her iki ibare arasında bir fark olmadığı görülebilecektir. Bu konuda doktrinde ve kanunda maddenin tatbiki açısından “nazara

¹¹⁹ SEROZAN, s. 383

¹²⁰ YAŞAR, Tanju Oktay; Enflasyonun İstisna Sözleşmesi Üzerindeki İlkesi ve Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi, Ankara 1989, s. 46

alınmayan ama tahmin olunan” hallere münhasır olarak, tarafların iradelerini sözleşmeye yansıtılmalarının şart olmadığı ifade olunmuştur¹²¹. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; öngörülebilirlik sorununda, keskinlikten uzak bir anlayış savunularak ifa güçlüğü kapsamı borçlunun riske katlanma zorunluluğunu görmezlikten gelmemizi gerektirecek bir ölçüde ise, borçluya borçtan kurtuluş imkanı tanınabileceğini ifade etmektedir¹²²

III – BEKLENİLMEYEN HALİN İŞ SAHİBİNİN ÜCRET BORCU İLE İLİŞKİSİ

A- İŞ SAHİBİNİN ÜCRET ÖDEME BORCU

Borçlar Kanunu 355. madde çerçevesinde eser sözleşmesi kanuni tanımını düzenlerken, müteahhidin imal borcuna mukabil iş sahibinin semen borcundan bahs olunmaktadır. Semen borcu, iş sahibinin, sözleşmenin ivazlı olmasından kaynaklanan temel borçlarından biridir. Bu nedendir ki sözleşme bir eser imalini ve teslimini içerse bile, eğer sözleşme dahilinden ücret ödenip ödenmeyeceği hususunda açıklık bulunmuyorsa, o sözleşme ücret karşılığı yapılmış sayılacak, ücret ödenmeyeceği kesin olarak belirlenmişse bu halde, eser sözleşmesinden söz edilemeyecek, sözleşme vekalet sözleşmesi sayılacaktır.

Eser sözleşmelerinde, ücretin varlığı, ivazlılık esasının ihtilafa yer bırakılmadan kararlaştırıldığı durumlarda mutlaka sözkonusudur. Doktrinde ve mevzuatta ücretin eser sözleşmelerinde üç temel durumu şöyle belirtilmiştir:

- i) Ücretin *götürü* olarak belirlenmiş olduğu durumlar
- ii) Ücretin *yaklaşık* yani takribi olarak belirlendiği durumlar
- iii) Ücret türünün *belirlenmediği* durumlar

Aşağıda kısaca bu durumlar üzerine inceleme yapılmaya çalışılacak ve iş sahibinin ücret ödeme borcu konusunda beklenilmeyen haller karşısında fesih konusu ile ücret ödeme borcunun ilişkisi incelenecektir.

¹²¹ YAŞAR, s. 46, ERMAN, s. 79; TANDOĞAN, s. 241; SEROZAN, s. 381

¹²² SEROZAN, s. 381

1) Ücretin Götürü Olarak Belirlendiği Durumlar

Ücretin götürü olarak belirlenmesi kavramı, anlam olarak imal olunacak eser bedelinin, kanun dairesinde semenin, önceden ve kesin şekilde tespit edilmesi demektir¹²³. Bir başka ifade ile borçlanılan eserin tümünün ya da belli bir kısmının bir bütün olarak sözleşme ile önceden belirlenen tutar için imali ve teslimi için sözleşme kurulmuşsa burada sabit ücret yani götürü ücret söz konusu olacaktır¹²⁴.

Sözleşmenin taraflarının, bedelin götürü olduğu konusunda anlaşamamaları durumunda ve bu durumun ispat edilememesi halinde, ücretin götürü olduğunun kabul edilemeyeceği Yargıtay'ca içtihat edilmiştir¹²⁵.

Eser sözleşmesinin tarafları arasındaki ücret üzerindeki anlaşma o boyuttadır ki, götürü ücret eserin imali için belirginleşecek bütün maliyetleri, giderleri ve en önemlisi kar payını kapsayacaktır. Ücretin meydana gelmesinde iş sahibinin maliyet durumunu ve müteahhidin maliyet hesaplarını bilmesi beklenemeyecektir. Bu çerçevede icabı dahilinde toplam maliyet, müteahhit tarafından götürü ücret olarak belirlenmelidir, ayrıca bu miktar istenebilecek miktarın alt ve üst sınırlarını oluşturmaktadır¹²⁶. Ücretin götürü olarak tespitinde, ücretin tamamen veya kısmi olarak müteahhidin işe başladıktan sonra, malzeme, emek artışı ve gider gerektirse bile, müteahhit kural olarak ücret artışı isteyemeyecektir. Bir başka şekilde, ilk projede bir değişiklik yapılmadan, imale dair masraflar götürü bedeli aşsa bile müteahhit arttırma talebinde bulunamaz¹²⁷. Sözleşme dışı işlemler ile ilgili olarak vekaletsiz işgörmeye hükümleri uygulanacaktır. Bu anlamda, iş sahibi bu işleri kabul ederse, bu icazet sayılacak ve eser sözleşmesi

¹²³ TANDOĞAN, s. 100; KARAHASAN, s. 391; TORUN, Enis; İstisna Aktinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK m.365), Yargıtay Dergisi, C.8, S.3, Temmuz 1982, s. 416; BAYGIN, s. 30; GÜRPINAR, s. 52

¹²⁴ GÜRPINAR, s. 55; GAUCH, Peter; Der Wervertrag, 4.Aufle, Zürich 1996; no:900 (nakleden GÜRPINAR, s.52)

¹²⁵ Yargıtay 15. HD 14/5/1990 tarihli 1990/2051 K. 1990/2150 K. Sayılı içtihadında "Taraflar işin bedelinin götürü olduğu hususunda anlaşamadıklarına göre mahkemece işin bedelinin götürü olduğunun kabulü ile buna dayanarak hüküm kurulması isabetli olmamıştır." demektedir.

¹²⁶ BÜCHLER, Teodor, Der Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art.363-379, Zürich 1998, no.8; (nakleden GÜRPINAR, s.55, dn. 147); GAUCH, no. 902, (nakleden GÜRPINAR, s.55, dn.146); TANDOĞAN, s.102

¹²⁷ Yargıtay 15.HD 7/5/1981 tarihli 1981/639 E. 1981/1055 K. sayılı ilamı (TANDOĞAN, s.102)

hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer durumda, sözleşmede hüküm bulunan hallerde, iş sahibi leh ve aleyhine giderlerde değişikliğin yansıtılacağı kararlaştırılmışsa, müteahhit artırım isteyebileceği gibi, iş sahibi de indirim talep edebilir¹²⁸.

Doktrinde genel olarak yapılan değerlendirmelerde, götürü ücret üç ana alt başlık ve türde değerlendirilmektedir¹²⁹ :

- i) Gerçek Anlamıyla Götürü Ücret
- ii) Pahalılık Kaydı ile Sınırlı Götürü Ücret (Global Götürü Ücret)
- iii) Birim Başına Götürü Ücret

Aşağıda götürü ücretin ifade olunan türleri incelenecek ve bu inceleme dahilinde beklenilmeyen haller ile aralarındaki ilişki tetkik olunacaktır.

a) Gerçek Anlamıyla Götürü Ücret

Bu ücret türünde, taraflar sözleşme ile önceden tam olarak belirlenmiş bedel karşılığında, borçlanılan eserin bir bütün olarak imal ve teslimi üzerine anlaşmışlardır. Önceden ve kesin olarak saptanan ücret, götürü ücret olarak kabul edilmektedir¹³⁰. Bu çerçevede azami bir fiyatın belli edilmesi götürü ücret sayılmayacaktır¹³¹.

Bu ücret türüne dair düzenleme, Borçlar Kanunu 365/1. maddesinde söz konusu olmuştur. Madde metninden götürü ücretin kanuni tarifini bulmak mümkün değildir. Madde metninden, bu tür belirlenen 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 açıkça düzenlenmiştir.

Müteahhit eser sözleşmesine taraf olurken imal edeceği şeyin masrafı ve emek ihtiyacını nitelikli olarak değerlendirerek taahhütte bulunması gereklidir. Müteahhit

¹²⁸ TANDOĞAN, s.103

¹²⁹ GÜRPINAR, s.56, BÜHLER, m.373, ERMAN, s.63; TANDOĞAN, s.101, KARAHASAN, s.524 vd.

¹³⁰ ERMAN, s.63

¹³¹ OLGAC, Senai; Hukuk Davalarında İstisna Akti, Ankara 1977, s. 81

bedel olarak talebine dönük eser değerine dair hata hallerinde doğacak zarara da katlanmak mecburiyetindedir. Aynı şekilde imal olunan eser ücretin tespiti sırasında tahmin olunandan daha fazla emek ve masraf gerektirse bile müteahhit BK 365/III. madde gereği bedel artırımını isteyemeyecektir¹³². Bu maddenin istisnası ise çalışma konumuz dahilinde bulunan BK 365/II. maddedir.

Götürü ücret, doktrinde, miktarı kısmen ya da tamamen müteahhidin masrafına ya da ortaya çıkan şeyin değerine bağlanmamış ücret olarak ifade olunmuştur¹³³. BK 365. madde, götürü ücretin semen olarak belirlendiği eser sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları arasında tam olarak bir denge kurmayı amaçlamış, bu anlamda ilk fıkradaki müteahhit aleyhine arttıramama hali, son fıkra ile azaltamama olarak iş sahibi aleyhine düzenlenmiş, çalışmamıza konu olan ikinci fıkra ile de taraflara beklenilmeyen haller karşısında yargıya başvurmaları neticesinde, seçimlik ve dengeleyici bir yöntemle sözleşmeyi tasfiye etme imkanı tanımıştır.

Götürü ücret, eserin imali mukabilinde iş sahibince ifa olunacak azami ve asgari ücreti ifade etmektedir¹³⁴. Yukarıda ücret kavramını incelerken üzerinde durduğumuz bir önemli nokta da, bir sözleşmenin eser sözleşmesi sayılmasında, ücret kavramının kuruculuğu olup, ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi veya hiç miktarından bahsolunmamış olmasını, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü için geçerli olduğunu incelemiştik. Götürü ücrette, ücretin varlığı taraflarca kuşkusuz olup, buna ilaveten ücret miktarının değiştirilmesi istisnai sebeplere bağlı kılınmış, kural olarak ahde vefa ilkesi esas alınmıştır.

Genel kabulde belirtilen, götürü ücretin kesin yani sabit bir ücret olduğu ve eserin gerçek maliyet masrafları ve işin miktarından bağımsız olduğudur. Bu anlamda olmak üzere, malzeme masrafları ve sair giderler artsa bile sözleşme kurulurken belirlenen ücret sonradan değiştirilemeyecektir. Bu kapsamda fazla ve az masrafların araştırılmasına gerek yoktur. Müteahhidin ücret konusunda icapta bulunurken imalat masraflarını genel bir kıymet takdirine ya da maliyet tahlillerini esas alması veya koşulların ve malzeme fiyatlarının değişmesi, götürü ücret miktarını

¹³² OLGAC, s. 81

¹³³ GÜRPINAR, s. 57

¹³⁴ BAYGIN, s. 30

değiştirmeyecektir¹³⁵. Müteahhidin değişen durumlardan veya kendisinin zarara gireceğine dair iş sahibini bilgilendirmiş olması durumu değiştirmeyecektir.

Doktrinin yanı sıra Yargıtay'ın bu konuda içtihatları söz konusu olmuştur. Bir içtihadında, yazılı sözleşmenin yine yazılı sözleşme ile değiştirilebileceğini, fiyat farkı isteğinin, taraflardan birinin kabul etmemesi nedeniyle ödetilmesi yoluna gidilemeyeceğine karar vermiştir¹³⁶. Bir başka içtihadında ise, kişiler arasındaki sözleşmenin hükümet kararnamele ile değiştirilemeyeceği, kararnameye dayanılarak fiyat farkının istenemeyeceği içtihat edilerek, Türk Ticaret Kanunu 12/3. maddesince her çeşit imal ve inşaa işleriyle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane sayılır ve bu ticaret hanelerin sahipleri de tacir sayılacaktır. Aynı kanun 20.maddesi gereğince de her tacir ticaretine dair bütün faaliyetlerinde basiretli işadamı gibi hareket etmesi gerektiğine içtihat etmiştir¹³⁷.

Gerek doktrin gerek uygulamada, götürü bedel söz konusu olduğu hallerde, müteahhidin işin tamamlanmamış, ancak bir kısmının imal olunmuş olduğu durumlarda nasıl bir hukuki tatbikat yapılacağı incelenmiştir. Bu konuda Yargıtay'ın 25/1/1984 tarih ve 1983/3 E.1984/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınması gerekli olup ilgili kararda, “istisna 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 Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuçlar doğuracağına karar verildi” denmiş olup müteahhidin yaptığı işle orantılı olarak ücret almasına bir engel bulunduğu dair görüş ileri sürülmemiştir.

Yargıtay'ın bir içtihadında¹³⁸ durum daha da aydınlatılarak “...Yukarıda sözü edilen anlaşmanın 3. maddesinde davacının yapımını üstlendiği 3 adet asansörün götürü bedeli 6.300.000 TL olarak kararlaştırılmıştır. Davacı, yapımını üstlendiği işi

¹³⁵ BAYGIN, s.31

¹³⁶ 15.HD 7/6/1978 tarihli 1978/30 E. 1978/1231 K.(KARAHASAN, s.524-526)

¹³⁷ 15.HD 21/2/1978 tarihli 1978/2050 E. 1978/309 K. (KARAHASAN, s.527)

¹³⁸ 15.HD 15/9/1988 tarihli 4194 E.2867 K.sayılı içtihadı (UYGUR, C.7, s.8273)

kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, tahmin edilen miktardan fazla emek veya masrafi icap ettirse dahi artık bedelin arttırılmasını isteyemez. Davacı,sözleşmedeki ödeme planına davalının uymadığını ileri sürerek, işi tamamlamadığını kabul etmektedir. O halde isteyebileceği değerin götürü bedele oranlanması suretiyle tespiti gerekir.” şeklinde içtihatla bulunulmuştur. Bu konuda inşaat sözleşmeleri örnek gösterilerek, öncelikle yapılması taahhüt edilen işin, yüzde kaç yapıldığı saptanarak bulunacak oran götürü bedele uygulanacak bu surette müteahhidin yaptığı işe göre hak edişi saptanacaktır¹³⁹.

Bir eser sözleşmesinde, işçilik ücretlerinin veya malzeme bedellerinin artması gibi masraf artışı durumları karşısında, tarafların sözleşme kurulurken ücret artırımına dair talepte bulunma haklarını saklı tutmaları da mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁰. Masraf artışı veya enflasyon gibi nedenlerle ücretin arttırılacağına dair sözleşmeye bir hüküm konulması halinde, kararlaştırılan ücretin nev’inin değışeceği belirtilmiştir. Bu durumda ücretin gerçek anlamıyla götürü ücret değil, global götürü ücret yani pahalılık kaydı ile sınırlı götürü ücret söz konusu olacaktır¹⁴¹.

Bir eser sözleşmesinde belirlenen ücretin götürü olduğu durumlarda, eğer müteahhit imale konu eserde bir takım eksiklikler bırakmışsa, iş sahibi eksik işler bedelini müteahhidin işi terk ettiği tarihten itibaren uygun bir süre içindeki piyasa rayiç bedellerine göre bulması gerekecektir. Zira, işi eksikli bırakan müteahhit adına iş sahibi tarafından uygun bir bekleme süresinden sonra işin tamamlanması yoluna gidileceği için doktrinde, müteahhidin eksik işlerinin, o tarihteki rayiç fiyatlarla tazmin etmesi

¹³⁹KOSTAKOĞLU, s. 628; Yargıtay’ın son içtihatlarında da görüşü değışmemiştir. “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 hakettiği 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 TL.nın düşülmesi ile varsa davacının kalan alacağına hükmedilmelidir. Bilirkişice saptanan eksik işler bedeli davacının kalan alacağı gibi kabul edilerek hüküm altına alınması doğu değildir.” (15.HD 2004/1705 E. 2004/5406 K.sayı 26/10/2004 tarihli içtihadı)

¹⁴⁰ BAYGIN, s. 32

¹⁴¹ KAPLAN, İbrahim; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri; (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s.131

gereceği ifade edilmiştir. Ancak Yargıtay içtihatlarında bu konuda işi terk tarihinin esas alınması içtihat olunmuştur¹⁴².

Kanaatimize göre de, iş sahibi tarafından işin tamamlanması yoluna gidilmesi için iş sahibinin sermayesi bulunmak zorunda değildir. İş sahibi zaten mağdur konumunda olup, sözleşmeden beklediği menfaati tam anlamıyla kazanamamıştır. Zira bu nedenle de BK 96. maddeden doğan hakları da söz konusu olmakla, birlikte eksik işlerde müteahhitten alacağı da zaten bir bakıma zararın oluşumu aşamasında giderimi amaçlamaktadır. Bu nedenle, doktrine iştirakle, işi terk tarihinin değil, dava tarihinin esas alınması gereklidir düşüncesindeyiz.

b) Pahalık Kaydıyla Götürü Ücret (Global Götürü Ücret¹⁴³)

Ücret türleri dahilinde götürü ücret incelenirken, götürü ücretin klasik görünümünden ayrı olarak, gene götürü ücretin bir alt türü olan ve kısmi artırım imkanı tanıyan global götürü ücrete de değinilmiştir. Genel anlamda, enflasyon, malzeme fiyatlarının artışı gibi halleri, sözleşme dahilinde bir hüküm olarak içermek suretiyle, müteahhidin iş sahibinden ücret artırımında bulunma yönünde talep hakkı veren bir ücret türü olarak tanımlanabilir.

Doktrindeki tanımlama ile eser sözleşmesinin tarafları, sözleşmede belirtilen ve bu surette kararlaştırılmış bulunan fiyatın artışında yani pahalılaşmada ücretin değişen duruma uyarlanmasını ve bu yolla götürü ücretin değişmezliğine dair temel duruma istisna getirmeyi kararlaştırdıkları ücret olarak ifade olunmuştur¹⁴⁴. Genel kanıya¹⁴⁵ iştirakle biz de gerçek anlamda götürü ücret ile global götürü ücret arasındaki tek farkın global ücrette fiyat farkı ödenmesi olduğunu, gerçek anlamda götürü ücrette ise bu durumun söz konusu olmadığını düşünmekteyiz.

¹⁴² KOSTAKOĞLU, s.628-629

¹⁴³ GÜRPINAR, s.62; BAYGIN, s.33; KAPLAN, s.132

¹⁴⁴ GAUCH, Peter; Der Unternehmer in Werkvertrag, Zurich 1977, Rdnr. 113 (Naklen BAYGIN,s.33)

¹⁴⁵ KAPLAN, s .132, BAYGIN,s. 33, GÜRPINAR, s. 62

Uygulamada, Bakanlar Kurulu tarafından zaman içinde oluşacak fiyat farkları ile ilgili olarak fiyat farklarına ilişkin kararname yayımlanmıştır¹⁴⁶. Bu kararnamelerle ilgili olarak doktrinde haklı olarak eleştiriler yapılmış ve Yargıtay tarafından çelişik içtihatların birleştirilmesi için İçtihadı Birleştirme Kararı hükmolunmuştur. Bu çerçevede 1974 yılından itibaren kararnameler çıkartılmıştır. İlk çıkartılan üç kararname, tesisat işlerine dair iken, dördüncü kararname olan 8/505 sayılı Kararname ile artık inşaat, tesisat ve imalat sanayi ile ilgili işler kararnameler kapsamına alınmıştır.

Yürütme organı 8/2574 sayılı kararnamede bu kararnamelerin amacını ifade etmiş olup, anılan kararnameye göre kamu sektörüne dahil idarelerin ihalesi yapılmış ve yapılacak işlerinde uygulayacakları idare usullerine göre yıllık fiyat farkı hesabına ait esasların tespiti amaçlanmıştır. Doktrinde, kararnamelerde, idareye geniş yetkiler tanınmak suretiyle, idarenin müteahhide kendisine sunulan seçeneklerde bildireceği öncelik sırasına uymadan, müteahhidi idarenin seçeceği yola zorlamak ve müteahhidin belli bir sürede başvurmaması neticesi idarenin seçilecek yolu seçmesi ve gerektiğinde fesih yoluna gitmesini esas aldığı belirtilmiştir¹⁴⁷. Gene doktrinde özellikle anılan kararname ile ilgili olarak çalışma konumuz dahilinde BK 365/II.madde ve BK 369. madde dahilinde aykırılık sorunu üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede 8/2547 sayılı kararname ile iş sahibi olan idareye tek taraflı olarak sözleşmeyi yeniden uygun hale getirmek ve buna bağlı ücret indirimine gidebilmek yetkisi tanındığı için BK 365/II. maddeye aykırı bulunmaktadır¹⁴⁸.

Aynı şekilde BK 369. maddeye de aykırılığın bulunduğu ileri sürülmekte olup bu konuda da kararnamenin müteahhidin, mahrum kalınan karının tazmin edilmediği ve sözleşmenin feshinden evvel satın alınan malzemelerin 1981 yılına ait bedellerle ödeneceği ifade olduğu için aykırılık arz ettiği belirtilmiştir¹⁴⁹. Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ise, fiyat farkı kararnamelerinin, eser sözleşmesi tarafları için bağlayıcı olamayacağı, eser sözleşmesinin ancak tarafların anlaşmaları ile

¹⁴⁶ Bu kararnamelere örnek olarak 8/505, 8/2574,7/15990,88/13181 sayılı fiyat farkı kararnamelerini gösterebiliriz.(KAPLAN, Seminer,s.155)

¹⁴⁷ 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, s.52, (İhale)

¹⁴⁸ TANDOĞAN, s.63, (İhale)

¹⁴⁹ TANDOĞAN, s.64, (İhale)

değiştirilebileceği yönündedir¹⁵⁰. Ayrıca, 24/11/1986 tarihli 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, kararnamelerle getirilen ücret artırımını, taraf iradelerinin dışında olup ihtilaf halinde uygulanması da hakim kararına bağılı olacaktır¹⁵¹. Karar dahilinde aynen, “İdare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle, yükleniciler tarafından idare aleyhine, Bakanlar Kurulu’na 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 koşullarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin, olayların özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağına”¹⁵²denilmek suretiyle yargı denetimi esas alınmıştır.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan ücret türü, pahalılık kaydı ihtiva eden bir sözleşme ise, bu durumda sözleşmenin feshi sözkonusu olmamalıdır. Zira, BK 365/II. madde dahilinde MK 2. madde gereğince müteahhidin ifa güçlüğü ve ifa imkansızlığı karşısında, kanun koyucu artırım isteminde bulunma veya sözleşmenin feshine dair haklar bahşetmişken; artışın sözleşme ile öngörülerek kararlaştırılmasında fesih yolu, seçimlik hakkı akti olarak kararlaştırılması nedeniyle artık kullanılamayacaktır. Bu durumda ancak, BK 369. madde dahilinde fesih hakkı kullanılabilir. Doktrinde ifade edildiği gibi, yukarıda izah olunmaya çalışılan fiyat farkı kararnameleri BK 365/II. madde hükmünün uygulanmasını hızlandırmak amacıyla ve dava açılmasını önlemek için çıkarılmıştır. Ancak bu kararnameler idare açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁵³. Doktrinde BK 365/II. madde hükmünün tatbiki açısından aksinin kararlaştırılabileceği ve hatta BK 365/II. madde hükmünden vazgeçilebileceği ifade edilmişken¹⁵⁴ pahalılık kaydı ile götürü ücretin bulunduğu bir eser sözleşmesinde artık artırımın bu kayda göre olması gerekeceğinden müteahhidin ifa güçlüğü de ortadan kalkmış olacaktır. Ancak, sözleşmede yer alan kayda rağmen ifa güçlüğü ya da engeli ortadan kalkmamışsa, bu halde acaba BK 365/II. madde uygulanabilir mi? Bu durumla

¹⁵⁰ 15.HD 24/11/1975 tarihli içtihadı.(Ayrıca bu konuda 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)

¹⁵¹ GÜRPINAR, s.63

¹⁵² KAPLAN, Seminer, s.156

¹⁵³ KAPLAN, Seminer, s.156

¹⁵⁴ TANDOĞAN, s.110; KAPLAN, s.125; YALÇINDURAN, s.152; BAYGIN, s.94; GÜRPINAR; s.155

ilgili doktrin sessiz kalmıştır. Kanımızca, burada da öngörülmezlik ve ifa engeli, ifa güçlüğü koşullarının gerçekleşmesinden ötürü müteahhit sözleşmenin feshini isteyebilmelidir.

c) Birim Başına Götürü Ücret

Birim başına götürü ücretin, bir götürü ücret türü olduğu konusu Yargıtay ile doktrin arasında ihtilafli bir konudur. Doktrinde, birim başına götürü ücretin varlığından söz edilmesi için, müteahhidin eserin tamamını ya da bir kısmını önceden belirlenmiş bir ücret karşılığı değil de, bütün edimin parçalarını oluşturan değişik edimleri, önceden belirlenmiş olan değişik tutarlardan ifa etmeyi üstlendiği bir eser sözleşmesi olması gerekmektedir¹⁵⁵. Birim fiyat kavramı, 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 tanımlanabilmektedir¹⁵⁶. Doktrinde birim başına götürü ücretin sabit ücret olduğu yönünde bir ihtilaf söz konusu değildir¹⁵⁷.

Yargıtay ise bir kararında, sözleşmede işin götürü bedelle yapılacağına açıkça yazılı olması karşısında, sözleşmenin birim fiyata göre yapıldığı kabul edilemez demektedir¹⁵⁸. Gene bir başka kararında da inşaat bedelinin birim fiyat üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış olması durumunda, götürü bedel kararlaştırılmadığına hükmetmiştir¹⁵⁹.

İsviçre Hukukunda da birim başına fiyat koyma yoluyla götürü ücret tayini de götürü ücret dahilinde sayılmıştır. Bunun için yapılması gerekli iş miktarı ilk baştan

¹⁵⁵ GÜRPINAR, s.64

¹⁵⁶ BAYGIN, s.34

¹⁵⁷ TANDOĞAN, s.101; KAPLAN, s.132; BAYGIN, s.35; GÜRPINAR, s.64; BECKER, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II.Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern 1934 (Çev.Suat DURA, Ankara 1993), s.630 (m.373); ERDİN, Reto; Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis; zur Tragweite von Art.373 Abs. 2 OR, Bern 1997 (Naklen BAYGIN, s.35)

¹⁵⁸ 15.HD, 2/5/1991 tarihli, 4849 E.2217 K.; "...davacı taşeronun işten elini çektiği gündeki işin yapılan işin durumuna göre inşaatın fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı belirlenmeli ve bu yöntemle bulunacak oran götürü cürete 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)

¹⁵⁹ 15.HD 13/9/1989 tarihli 685 E.,3455 K. sayılı ilamı (UYGUR, C.7, s.8264)

belirlenebilirse götürü ücretli sözleşme sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Yapılması gereken işin ölçüsü kesin olarak belirtilmemişse, sadece gerekli olan işe birim fiyatlara göre ücret verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hatta bu konuda, yüklenicinin, malzeme fiyatlarının ya da işçi ücretlerinin aşırı olağanüstü yükselmesi nedeniyle, büyük fedakarlıklar yapmasının gerekmesi durumunda da İsviçre Borçlar Kanunu 373. madde/Türk Borçlar Kanunu 365. maddenin kıyasen uygulanabileceği, bu çerçevede birim fiyatların yükseltilmesine ya da sözleşmeden dönmeye izin verilmesi gereğine işaret edilmiştir¹⁶⁰.

Genel olarak ifade olunan, uygulamada birim ücretinde bir belirsizliğin söz konusu olduğudur. Hatta, İsviçre doktrininde, 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 gerekeceğine işaret edilmiştir¹⁶¹. Türk Hukukunda ise, doktrinde, gerçek edim miktarı tespit edilemiyorsa tespit edilene kadar bu ücretin götürü ücret olarak kabul edilmemesi gerekeceğine işaret edilmiştir¹⁶².

Gerek gerçek anlamda götürü ücret, gerekse birim başına götürü ücret olsun her ikisi de götürü ücret türü olup kural olarak eksiltilmesi veya arttırılması istenemeyecektir¹⁶³. Birim başına götürü ücret sözleşme kurulurken belirgin olmayan fakat belirlenebilen bir ücret olarak kabul edilmektedir. Belirlenebilirliği de iş kalemlerinin miktarındaki belirlilikten ileri gelmektedir¹⁶⁴. Uzun yıllara yayılan inşaat işlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın ilgili yıl için yayınlanan birim fiyatlara göre veya o yıl piyasalardaki rayiç birim fiyatları üzerinden ücretlendirileceği kararlaştırılmaktadır. Her yıl değişen birim fiyat üzerinden yapılan ücretlendirmelere değişken birim fiyat üzerinden yapılan sözleşmeler, diğerlerine ise sabit birim fiyat esaslı ile yapılan sözleşmeler olarak doktrinde adlandırılmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ BECKER, s.630 (m.373)

¹⁶¹ BECKER, s.630 (m. 373), GAUCH,no.916 (Naklen BAYGIN, s.38)

¹⁶² KOSTAKOĞLU, s.624

¹⁶³ BAYGIN, s.39

¹⁶⁴ KAPLAN, s.137, BAYGIN, s.39

¹⁶⁵ KAPLAN, s.138; KOSTAKOĞLU, s.630; BAYGIN, s.40

Çalışma konumuzda doktrinin genel kabulüne iştirakle, birim başına götürü ücret, götürü ücret dahilinde sayılacak olup, kanaatimiz çerçevesinde BK 365. maddede sözleşmenin feshinin söz konusu olduğu durumlarda, bunun için her bir birimde meydana gelen artışın kalem kalem ve eserin tamamına etkisi de gözetilerek bir değerlendirme yapılması gereceği göz önüne alınacak ve fesih koşullarının varlığı bu ücret türünde öyle değerlendirilmesi gerekecektir.

Kamu sektöründe yapılan eser sözleşmelerinde tespit olunan birim fiyatlara göre, işin toplam ücreti tespit edilmekte ve birim fiyatların, bu toplam ücreti belli oranda aşan işler için uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu, idare ile ilgili uygulamada Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile belirlenmektedir. Şartnamenin 19. maddesi konunun esasına dair düzenleme getirmektedir¹⁶⁷.

2) Ücretin Yaklaşık yani Takribi Olarak Belirlendiği Durumlar

Ücretin takribi olarak belirlendiği durumlar hakkında, Borçlar Kanununda iki madde dahilinde düzenleme yapılmış olup, bu maddeler 366. ve 367. maddelerdir. BK 366. madde takribi ücret söz konusu olduğu hallerde bedelin belirlenmesini, 367. madde takribi ücret kararlaştırıldığı durumlarda, sözleşmenin feshini düzenlemektedir.

Bir eserin imalinde müteahhit, eserin ne kadar masraf ile imal olunacağı hakkında kesin bir masraf tahmini ve kendi karını da ilave ederek ücreti kesin olarak icaben iş sahibine sunamayabilir. Bu durumda işin bir keşfinin yapılarak keşif bedelinin

¹⁶⁶ TANDOĞAN, s. 118; GÜRPINAR, s. 66, BAYGIN, s. 34

¹⁶⁷ 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 bозulur. 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 hiç bir 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 amirinin onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde; % 30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir.

Keşif bedelinin; % 70'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, Müteahhit işi bitirmek zorundadır. Bu durumda müteahhide, belgelenmek şartı ile, yapmış”

iş sahibi ile kararlaştırılması yani tahmini yaklaşık olarak ücretin belirlenmesi söz konusu olabilecektir.

Ücretin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda, taraflar ücreti önceden belirleyecekler ancak bu ücret kesin ücret niteliği taşımayacaktır¹⁶⁸. Müteahhit eseri bu ücret miktarına göre imal ile zorunlu olmayıp¹⁶⁹, aslında götürü ücret ile yaklaşık ücretin temel farklarından biri de budur.

Doktrinde, takribi ücretin söz konusu olduğu durumlarda, BK 366. madde ile BK 367. maddenin birlikte yorumlanması gereğine işaret edilmiş, bu görüş genelde kabul görmüştür. Bu görüşe göre, ödenmesi gereken kesin bedel, eser tamamlandıktan sonra tatbik olunacak keşifle belirleneceği, keşifle işin değeri ve müteahhidin masraflarının tespit edileceği ifade olunmuştur¹⁷⁰. Bu bedelin fazla bir oranla aşılması halinde, BK 365. maddenin müteahhide sağladığı ve müteahhidi müzayakadan kurtaran ücret artırımını ve fesih çözümü BK 367. madde ile sözleşmenin feshi olarak bu sefer iş sahibi lehine hüküm getirilmiştir. Aslında, burada götürü ücretin müteahhit aleyhine olan genel yapısına getirilen kısmi yumuşatmanın yaklaşık olarak ücretin belirlendiği hallerde, iş sahibinin aleyhine olarak eserin masraf değerinin aşırı fazla çıkmasında fesih hakkı tanınarak iş sahibinin mağduriyetinin giderimi amaçlanmıştır kanısındayız.

İmal olunacak eserle ilgili olarak, sözleşmede ücretin yaklaşık tahmini, fiyat tahmini, ya da masraf keşfi olarak da tanımlanabilen yaklaşık masraf tahmini veya kesin nihai ücrete esas teşkil eden ücret tespitini ifade edecektir. Bu, iş sahibine bilgi veren fakat bağlayıcı olmayan bir bedel tahminidir. Söz konusu keşif bedelinin sözleşmeye temel teşkil edebilmesi için, taraf iradelerinin bu bedelin kesin olmadığı ve eser tamamlandığında iş sahibinin duruma göre, bunun altında veya BK 367. madde hükmündeki aşırı olmama şartına bağlı olarak, üstünde bir tutar ifa etmeyi kabul etmeleri gerekmektedir¹⁷¹.

¹⁶⁸ GÜRPINAR, s.70; ERMAN, s. 61

¹⁶⁹ KAPLAN, s.140; KARAHASAN, s.197, GÜRPINAR, s.70

¹⁷⁰ ZEVLİLİLER, s.325; TANDOĞAN, s.281; ERMAN, s.61; KAPLAN, s. 140; KARAHASAN, s. 197, GÜRPINAR, s. 70

¹⁷¹ BAYGIN, s. 44

İleri sürülen bir başka görüşe¹⁷² göre ise, BK 367. maddedeki keşif bedeli ile 366. maddedeki takribi ücret birbirinden farklı kavramlardır. Ücret hiç belirlenmemişse, keşif bedeli geçerli olabilecek iken ücretin takribi olarak belirlendiği hallerde, ortalama ücret uygulanacaktır. Ortalama ücrette ise, taraflarca belirlenen sınırlar dahilinde ücret hesaplaması yapılacaktır. Ancak, burada kanımızca doktrinde bir tutarsızlık söz konusudur. Zira, doktrinde ortalama ücret ve alt-üst sınır ücretleri her zaman götürü ücret dahilinde değerlendirilirken, burada yaklaşık ücret kapsamında değerlendirilmiştir. *Gauch*'un yorumunda, BK 367. madde nasıl ki ortalama ücret dahilinde alınmakta olsa da gerek İsviçre Borçlar Kanunu 375.maddesi gerekse BK 367.madde lafzı konunun yaklaşık ücrette yani keşif bedeli ile yaklaşık ücretin birlikte yorumu ile değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Çalışma konumuz, götürü ücret dahilinde sözleşmenin beklenilemeyen haller karşısında feshi olduğu için, takribi ücret konusunda çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak maksadıyla daha detaylı inceleme yapılamayacaktır.

3) Ücretin Belirlenmediği Durumlar

Bir eser sözleşmesi kurulurken, taraflar arasında sözleşmenin ivazlı olacağı kararlaştırılmakla birlikte, sözleşmede ücret türü olarak götürü veya yaklaşık olarak bir ücret belirtilmediği ve dolayısıyla kararlaştırılmadığı durumlarda, ücret miktarının belirlenmemiş olduğu ifade edilmektedir. Bu durumlarda, sözleşme kuruluşunda başkaca bir hukuki isabetsizlik bulunmamakta ise, ücretin miktarının belirlenmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır. Kanımızca, bunun sebebi, ücret türlerinin temel olarak kanunda belli ve temel iki başlık altında toplanarak düzenlenmesi, bunun dışındaki hallerde uygulamada alt başlıklarının olduğu ve bu iki ücret türü dışında bir üçüncü halin uygulamada yer almamasıdır.

Ücretin hiç belirlenmediği durumlarda, takribi keşif bedelinin aşılması durumu meydana gelmeyecektir. Burada taraflar arasında sözleşme kurulurken tahmini olsa bile bir ücretin miktarından söz edilmemektedir¹⁷³. Taraflar arasında aktolunan sözleşmenin

¹⁷² GAUCH, no.942, (Naklen BAYGIN, s.44); GÜRPINAR, s.71

¹⁷³ GÜRPINAR, s.74

ivazlı olması, zaten sözleşmenin, eser sözleşmesi olmasından kaynaklanmaktadır, Ücretin belirlenmediği eser sözleşmelerinde tartışmasız olan sözleşmenin ivazlı olmasıdır.

Doktrinde ve uygulamada ücretin belirlenmediği hallerde müteahhidin masraflarına ve eserin değerine göre ücretin belirleneceği konusu detaylı olarak incelenmişse de çalışma konumuzun sınırlandırılması için, bu konulara değinilmemiş olmakla birlikte, kısaca bir konuya değinmekte fayda görmekteyiz ki bu konu ücret belirlenmediği hallerde BK 367. maddenin uygulanıp uygulanamayacağına dair doktrin tartışmasıdır. Bir görüşe¹⁷⁴ göre, keşif bedeli takribi ücrette söz konusu olup, eserin imalini müteakip işin değerine göre yapılacak tespitle, kesin ücret belirlenecektir. Bu görüş baskındır¹⁷⁵. Diğer bir görüşe göre ise ücretin hiç belirlenmediği durumlarda, her ne kadar tarafların iradelerini oluşturan bir bedel olsa da, bu durum tarafları bir ücretin belirliliğine dair konuda bağlamayacaktır. Böylece, sözleşme dahilinde bedel takriben oluşarak işlem temelini oluşturacaktır. Bu halde BK 367. maddeye göre sözleşme fesholunabilecektir¹⁷⁶.

Ancak biz bu kanıda olmamakla, sözleşmede ücret belirlenmemişse bu konuda iş sahibinin BK 367.madde hükmünden değil ispat külfeti kendisine ait olmak üzere BK 23 ve devamı maddeleri gereği hata hallerinden yararlanabilecektir düşüncesindeyiz. Zira, burada iş sahibi iradesindeki tahmini bedeli müteahhide iletmek ve bunu icaba dönüştürmek isteseydi, bu halde takribi ücret olarak hukuk alemine iradesinin doğumunu sağlamış olacaktı; fakat burada bu doğumun gerçekleşmemesi nedeniyle iş sahibinin BK 367. maddeden yararlanmaktan kanuni ücret yollarından belirsizliği seçmesi ile feragat ettiği sonucu çıkmaktadır.

¹⁷⁴ TANDOĞAN, s.281; KAPLAN, s.140; ERMAN, s.61; ZEVKLİLER, s.325

¹⁷⁵ GÜRPINAR, s.72

¹⁷⁶ GAUCH, no.936 (Naklen GÜRPINAR, s.73)

B- BK 365/II .MADDE UYGULAMASINDA SÖZLEŞMENİN DURUMU

1- MÜTEAHHİDİN ÜCRET ALACAĞININ ARTTIRILMASI

Borçlar Kanunumuzun 365. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde madde hükmü hakime sözleşmeyi feshetme yetkisini verdiği gibi sözleşmede kararlaştırılan bedelin arttırılmasına da karar verebilme yetkisini tanımaktadır.

Aşağıda çalışmamızın diğer bölümlerinde ücretin arttırılması şartları, sözleşmenin feshi şartları ile aynı olması nedeni ile inceleneceğinden burada detaylı olarak değerlendirilmeyecektir. Bu çerçevede, eserin tamamlanmış olup olmaması durumunun ücret arttırımı veya fesihte etkili olup olmaması hali ise ayrı başlık altında inceleneceği üzere burada detaylandırılmayacaktır. Ancak şu nokta özellikle vurgulanmalıdır ki; doktrinde eserin tamamlanmış olması halinde ücret arttırımına karar verilmesi gereğine işaret edilmiştir¹⁷⁷. Buna paralel olarak da, sözleşmenin feshi halinde iş sahibinin eseri başka bir müteahhide yaptırmasının ortaya çıkaracağı olası masraflar ne kadar fazlaysa, bu durumda ücret arttırımına karar verilmesinin doğru olacağı ifade olunmuştur¹⁷⁸. Ayrıca, ücret artışına hükmedilmesi doktrincede tercih olunan bir başka durum da, imalat masraflarını arttıran beklenilemeyen hallerin eserin değerini de arttırması halinde ücret arttırımına gidilmesinin uygun olacağıdır¹⁷⁹.

İsviçre Hukukunda esas alınan temel ilke, ücretin yükseltilmesinde her iki tarafın çıkarına sözleşmenin sürdürülmesinin mümkün olması gereğidir. Sözleşmeden dönmenin ise, müteahhidi yeni fedakarlıklardan kurtarıcı nitelikte olması gerekir. İki durumdan hangisinin oluşması gerekeceğini hakim serbestçe takdir edecektir. Ayrıca müteahhit tarafın değişmesi, fazla giderlere sebep olucaksa ücretin yükseltilmesinin de uygun bir sonuç olacağı ifade olunmuştur¹⁸⁰.

¹⁷⁷ BECKER, m.373; GÜRPINAR, s.152

¹⁷⁸ GÜRPINAR, s.152

¹⁷⁹ ERDİN, no.400; (Naklen GÜRPINAR, s.152); GÜRPINAR, s.152

¹⁸⁰ BECKER, m.373

Doktrinde ittifakla üzerinde durulan bir diğerkonu da sözleşmenin feshi yada ücret artırımını konusunda hakimin seçimlik hakkı kullanacağı konusudur. Burada müteahhidin yenilik doğuran bir hakka sahip olduğunu ileri süren görüşlerle¹⁸¹, hakkın yenilik doğurucu bir hak olmadığını ileri süren görüşler¹⁸² de söz konusudur.

Hakim, eğer, sözleşmenin feshine değil ücret arttırılmasına karar verirse, bu durumda yükselmenin miktarını tespit ederken, müteahhidin olağan rizikosu dışında kalan masraf artmalarını da hesap dahiline alacaktır. Bu çerçevede müteahhidin kar edebilmesi kadar zarar edebilirliği de olasıdır¹⁸³. Olağan masrafı aşan kısım, kural olarak yarı yarıya paylaşılacaktır. Gerek Türk gerekse İsviçre doktrininde kabul edilen genel kritere göre, ücret artırımını yalnızca müteahhidin ifası beklenemeyecek edimini katlanabilir yapmak durumundadır¹⁸⁴.

2- SÖZLEŞMENİN FESHİ

Borçlar Kanunu 365/II. maddesi hakime, eser sözleşmesini beklenilmeyen hallerin oluşumunda ücreti arttırma olduğu kadar sözleşmeyi feshetme yetkisi de vermiştir. Bu çerçevede çalışmamızın tümü bu konu dahilinde ele alınacağından bu konuda aşağıdaki tüm bölümler bu başlık ve konu ile ilgilidir. Bu çerçevede ilgili incelemeler aşağıda sunulmuştur¹⁸⁵. Sözleşmenin tarafı olan müteahhit yargı mercilerine başvurduğunda hakim BK 365/II. maddenin tanıdığı yetki ile müteahhidin ücretini arttırabileceği gibi taraf menfaatlerini dengelemek ve tarafların zarar görmemesini sağlamak amacı ile sözleşmeyi feshedebilecektir. Konu hakimin takdir hakkıdadır.

¹⁸¹ BAYGIN, s.107

¹⁸² UYGUR, C.7, s.8252

¹⁸³ TANDOĞAN, s.256

¹⁸⁴ BAYGIN, s.114; GAUCH, s.217 (Naklen BAYGIN, s.114)

¹⁸⁵ II.Bölüm dahilinde konu fesih kavramı ile birlikte ele alınmıştır.

II. BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİ İLE FESHİ

I-ESER SÖZLEŞMESİNİN GENEL OLARAK SONA ERME ŞARTLARI

A-ESER SÖZLEŞMESİNİN İFANIN KUSURSUZ İMKANSIZLIĞI NEDENİYLE SONA ERMESİ

Genel olarak ifanın kusursuz imkansızlığı nedeni ile eser sözleşmesinin sona ermesi, temelde taraflara kusur isnat olunamayan nedenlere dayanmakla aslında BK 365/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve çalışma konumuzu oluşturan beklenilmeyen haller nedeniyle feshe yakın bir sözleşmenin sona erme nedenlerindedir. BK 365/II.madde ile ilgili olarak kanun koyucu BK dahilinde 117, 368, 370 ve 371.maddelerde taraflar arasında beklenilmeyen haller nedeniyle sözleşmenin sona ermesine ilişkin konuları düzenlemektedir. İfa imkansızlığını düzenleyen bu maddelerde en temel özellik, sözleşmenin ifa olunabilirliğini kaybetmesi olup bu durumda BK 365/II .madde dışındaki hükümler sözleşmenin sona ermesinden başka bir ihtilaf çözme sistemi getirmemektedir. Burada esas olan BK 365/II. maddedeki imal aşamasına ilişkin bir düzenleme değil, teslim ve eser aşamalarına ilişkin hükümlerin uygulamasıdır. Zira, neticede, bir eser sözleşmesi aktolunduktan sonra iş sahibi için temel beklenti, eseri tamamlanmasını takiben teslimidir. Sözleşmenin sona erdiğinin kabulünde taraflardan biri için ifa imkansızlığı koşullarının BK 368, 370 ve 371.maddeleri dahilinde gerçekleşmesi aranmaktadır. Maddeler arasındaki en temel fark sözleşmenin ifasının incelenmesinde eserin tamamlanmış olup olmadığıdır.

Genel ifadesi ile kusursuz sonraki imkansızlığın genel hükümler dairesinde kabulü için aşağıdaki şartların varlığı doktrinde genel olarak kabul edilmiştir¹⁸⁶:

¹⁸⁶ ALTAŞ, Hüseyin; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (BK m.117), Ankara 1991, s.42 vd.

- a) Edimin ifası imkansızlaşmış olmalıdır.
- b) İfa objektif anlamda imkansız olmalıdır.
- c) İfa imkansızlığı sözleşme kurulurken var olmamalıdır.
- d) İmkansızlık sürekli olmalıdır.
- e) İmkansızlık ifaya engel olmalıdır.
- f) İkame ifa söz konusu olmamalıdır.
- g) İmkansızlık borçlu kusurundan doğmamalıdır.

Yukarıda sayılan şartlar hakkında doktrinde genel olarak bir muhalefet söz konusu olmayıp tez konumuzun sınırlandırılması amacıyla bu şartların her birinin ayrı ayrı konu başlıkları altında incelenmesi söz konusu olmamıştır. Aşağıda konu ile ilgili olarak ifa imkansızlığı çeşitlerine değinilecektir.

1-İFANIN YAPILAN ŞEYİN TELEFİ NEDENİYLE İMKANSIZLAŞMASI

a) BK 368.maddesi ile BK 117.maddesinin Karşılaştırılması

Sözleşme konusu eserin, taraflardan hiç birine isnad olunamayan bir nedenden dolayı telef olması halinde sözleşme sona erecektir. Ancak doktrinde ifanın kusursuz imkansızlığı halinde sözleşmenin her zaman sona ermeyeceği belirtilmiştir¹⁸⁷. Bu konuda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır; bazı yazarlarca sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği ileri sürülmüş¹⁸⁸ olup, kanaatimizce gerek doktrinin bu görüşü savunanlarının olsun, gerekse aksi düşüncedeki yazarlarca olsun BK 117. maddenin 368.madde ile birlikte yorumu neticesi bu düşünce oluşmuş olmalıdır. Yargıtay'ın kimi kararlarında da bu konuda sözleşmenin feshi yoluna değil öncelikle sözleşmenin tasfiyesi yoluna gidilmesi gereğine işaret edilmiştir¹⁸⁹. Sona ermesine dair

¹⁸⁷ TANDOĞAN, s.157; UYGUR, C.7, s.8377

¹⁸⁸ ZEVKLİLER, s.347

¹⁸⁹ 15.HD 1988/3829 E.1989/2654 K.sayı 5/6/1989 tarihli içtihadında “Bu kusursuz imkansızlık karşısında mahkemece yapılacak iş, sözleşmenin feshi yerine tasfiyesi yoluna gitmek, bunun için her yönü ile tarafları bağlayıcı nitelikte olan 25.4.1979 tarihli ek sözleşme hükümleri esas alınarak davacı yüklenicinin alacağını saptamak, bundan ödemeler tutarı düşülmek, bakiye borcu ortaya çıktığı takdirde bunu teminatlarından karşılamak ve sonucuna uygun bir karar vermek olmalıdır.”demektedir.

görüşlerin nedeninin ise maddenin kanun dairesinde sistematik yorumundan kaynaklandığı ifade olunmuştur.

BK 368.madde hükmüne göre, yapılan şey teslimden önce kaza eseri telef olursa sözleşme sona erecek fakat sözleşmenin bu şekilde sona ermesine bağlı olarak, müteahhit ücret isteyemeyecek, masraflarını da isteyemeyecektir. Masrafların istenebilmesinin yegane koşulu 368/son çerçevesinde iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın kusurlu bulunup da müteahhidin BK 357/son maddesi gereği ihbar borcunu ifa etmiş bulunmasıdır. Ayrıca, iş sahibi kusurlu ise, müteahhit diğer tüm zararlarını da talep edebilecektir. Kanun koyucu BK 183.madde 2. fıkrasında satım sözleşmesi için öngördüğü cinsiyle belli şeylerin hasarının ayırma veya başka bir yere gönderilecek bir şey ise taşıyıcıya geçmesine yönelik düzenlemeden, eser sözleşmesi de satım sözleşmesi gibi teslim borcu doğuran bir sözleşme olmasına rağmen farklı bir hüküm öngörmüştür. Müteahhit, kural olarak, eseri teslim etmedikçe hasara katlanmak durumunda kalacaktır.

İsviçre Borçlar Kanunu 376. maddesinde, eserin teslimden önce umulmadık bir olay sonucu yok olması halinde ısmarlayanın yani iş sahibinin teslim almaktan temerrüt etmesi halinden hariç olmak üzere müteahhidin çalışması için ücret ve yaptığı giderler için karşılık isteyemeyeceği, Türk Borçlar Kanunu 368. madde ile paralel bir şekilde hükmolunmuştur¹⁹⁰. Türk Borçlar Hukukundaki taraflara isnad olunamayan kaza halinin tatbiki ile, umulmadık olay hallerinin tatbiki aslında birbirinden farklılık arz etmemektedir. Umulmadık olay sonucu meydana gelen ve tarafların hiç birisinin sorumlu tutulamayacağı imkansızlık söz konusu olduğu durumlarda borç ilişkisi İsviçre Borçlar Kanunu 119. maddeye göre sona erecektir. Zira bu çerçevede borçlu edim üzerindeki talep hakkını kaybedecek ve almış olduklarını da sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince geri vermekle de yükümlü olacaktır. Bu durumda sözleşmenin rizikosu müteahhide ait olacaktır. Doktrinde, umulmadık olay kavramının daha isabetli olduğu ifade olunmuştur¹⁹¹.

¹⁹⁰ BECKER, s.638

¹⁹¹ UYGUR, C.7, s.8377

İsviçre Hukuku dahilinde umulmadık olay ile yok olma riski imale konu eseri teslimle yükümlü olan tarafa ait olacaktır. Bu konuda, müteahhidin sorumluluğunun satıcının sorumluluğundan daha ağır olduğu ifade edilmiştir. Zira, satıcı, malı ayırt etmekle sorumluluktan kurtulabildiği gibi müteahhit ancak teslimle sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁹². İsviçre Hukukunda İsv.BK 119. maddeye göre yapılan doktrinsel yorumlarda sözleşmenin kuruluşundan sonra ifanın imkansız olması halinde, borçlunun ifa ile sorumlu olmadığı belirtilmiş ancak imkansızlığın kendi kusurundan doğmadığını da ispatla da mükelleftir¹⁹³.

Borçlar Kanunu genel hükümleri dahilinde 117. madde İsviçre Borçlar Kanunu 119. madde karşılığıdır¹⁹⁴. Madde lafzından anlaşılan, borçlunun kendisine yükletilemeyen nedenlerden dolayı ifa mümkün değilse borcun sona ereceğidir. BK 368. madde ile irtibatlandırıldığında ve Türk-İsviçre Borçlar Hukuku doktrini görüşleri dikkate alındığında görülür ki 117. madde ve karşılığı İsv.BK 119. madde sözleşmesinin tasfiyesine dair hükümleri ihtiva etmekle tamamlayıcı bir yorum imkanı sağlamaktadır. BK 368. maddenin ikinci fıkrasının dayanağı gene 117. madde ilk fıkrası olup bu çerçevede müteahhidin ve genel hükümler dairesinde, borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması gerekmektedir. Aslında 117. madde kusuru değil borçluya isnad olunamayan haller demekle, kusur olmasa da borçlu ile illiyet bağına sahip her tür unsur içerir¹⁹⁵. Bazı Yargıtay kararlarında da açıkça sözleşmenin sona ereceği ifade olunmuştur¹⁹⁶. Yargıtay'ın bu görüşü evvelki kararları ile çelişik değildir, zira evvelki kararlarında yüksek mahkeme, sözleşmenin feshi yolundan önce tasfiye yoluna gidilmesine içtihat etmiştir.

Sonuç olarak; taraflara isnad olunamayan bir nedenle sözleşme gereği müteahhidin ifa ile mükellef olduğu bir borç ifa olunamaz bir hale gelirse ve imale konu eşya, çeşidiyle belli bir eşya değil de ferdi ile belli bir eşya ise sözleşme sona

¹⁹² BECKER, s.639

¹⁹³ OFTINGER, Karl; Borçlar Kanunu'nun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları; Ankara 1985 (çev.Kemal DAYINLARLI), s.159

¹⁹⁴ BECKER, s.638

¹⁹⁵ DAYINLARLI, Kemal; İstisna Aktinin Ademi ifası ile İlgili Yargıtay Kararları; Ankara 1986, s.17; ENGEL, Pierre, Traité des Obligations en Droit Suisse, Neuchatel 1973, s.527; (naklen DAYINLARLI, s. 17, dn.28)

¹⁹⁶ 15.HD 1995/2259 E. 1995/5181 K. sayılı 2/10/1995 tarihli içtihadında "Yasalarda saptanmış bazı olguların gerçekleşmesi ile de sözleşme ilişkisi son bulur (BK nun 117, 368, 370 ve 371. maddeleri)" demekte ve görüldüğü gibi 368. maddeyi de sona erme halleri dahilinde zikretmektedir.

erecektir. Fakat müteahhit BK 117.maddeye göre değil, BK 368.maddenin özel hüküm olması nedeniyle sözleşmenin tasfiyesini isteyebilecektir. BK 117.madde tarafların her ikisini dengeleyerek sebepsiz zenginleşme hükümlerine paralel bir tasfiye öngörmüşken eser sözleşmesinin kanuni niteliği gereğince sözleşmede iş sahibi, kusursuz olduğu sürece korunacak, ancak gene BK 106.madde gereğince müteahhide müracaat edemeyecektir kanısındayız.

b) Sözleşmenin Sona Ermesinde İmale Konu Eşyanın Misli Olup Olmaması

Eser sözleşmesi konusu eşyanın misli olup olmaması eserin teslimden önce telefı halinde yeniden imal ve tesliminin imkan dahilinde olup olmaması ve bu şekilde sözleşmenin sona erip ermemesi konusunda önemlidir.

Eser sözleşmesi gereğince, imale konu olacak eser, tamamlandığı takdirde ferdi ile belli olacak ve yenisinin yapılması mümkün olmayan bir eşya ise ve tamamlanmadan veya tamir yada benzeri bir imale konu şey olması durumunda, taraflara yükletilemeyecek bir sebeple telef olması halinde, müteahhit açısından BK. 368. maddede tarif olunmuş bulunan kusursuz ifa imkansızlığı hali gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda BK 117.madde sözleşmenin akıbeti konusunda icra olunabilir bir hale gelmektedir. Borç sona ereceğinden sözleşme sona erecektir. Bu çerçevede doktrinde kısmen ücret ödemesinin söz konusu olduğu durumlarda, müteahhidin bunu dahi geri vermekle yükümlü olduğu ifade olunmuştur¹⁹⁷.

Eser sözleşmesinde, imale konu eserin malzemesi, müteahhit tarafından sağlanacak ve tamamlanması halinde ferdi ile belli olacak şekilde bir eser söz konusu olacaksa ve eser tamamlanmadan önce eser yok olursa bu durumda ifa imkansızlığı söz konusu olmayacak, fakat malzeme giderleri ve emek ücreti konusunda müteahhit talepte bulunamayacaktır¹⁹⁸.

Eser sözleşmesi konusu eser tamamlandığı vakit çeşidi ile belli olacak durumda eser tamamlanmadan önce veya tamamlanıp da teslim olunmadan önce kaza sonucu

¹⁹⁷ UYGUR, C.7, s.8378; TANDOĞAN, s.160 vd.

¹⁹⁸ TANDOĞAN, s.158

telef olması halinde kusursuz imkansızlıktan söz edilemeyeceği doktrinde ifade olunmuştur¹⁹⁹.

Neticede, eğer eser sözleşmesine konu eşya taraflara isnad olunamayan bir kaza sonucunda telef olursa eşyanın ferdi ile belli bir eşya olması durumunda sözleşme sona erecek; ancak çeşidi ile belli bir eşya olması durumunda sözleşme sona ermeyecektir. Çalışma konumuz dahilinde BK 365/II. madde ile müteahhit kusursuz imkansızlığa bağlı ifa güçlüğü içine düşmesi halinde, sözleşme hakim kararı ile ücret artırımı yolu ile devam edebilecektir²⁰⁰.

c) Eserin Yok Olmasında veya Hasara Uğramasında İş Sahibine Bağlı Sebeplerin Varlığı

Eserde söz konusu olan hasarın geçişine dair bir takım istisnalar söz konusudur. Bu istisnalar BK 368. madde hükmünden de anlaşılmaktadır. Doktrinde de bu istisnalara temas edilmiştir. Maddenin ilk fıkrası dahilinde iş sahibinin alacaklı sıfatı ile eseri teslimden temerrüdü halinde, müteahhit hasara katlanmak zorunda değildir. Doktrinde önemle işaret olunan bir başka nokta da malzemenin sahibi sözleşmenin hangi tarafı ise o taraf malzemenin telef olmasına katlanacaktır²⁰¹. Ayrıca iş sahibinden kaynaklanan bir zarara müteahhit değil iş sahibi katlanacaktır.

İş sahibi tarafından teslim edilen malzemede mevcut bir ayıbın varlığı nedeni ile eser yok olmuşsa bu durumda İsv.BK 365. madde Türk BK 357. madde koşullarının yerine getirilmesi ile müteahhit sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu halde müteahhit yaptığı işe göre ücret ve ücrete dahil olmayan giderleri de talep hakkına sahip olmaktadır²⁰². Bu durumda ispat külfeti müteahhidedir²⁰³.

Doktrin iş sahibinin temerrüdünün, alacaklının temerrüdü olduğu konusunda fikir birliği içindedir²⁰⁴. Zira BK 368. madde anlamında ifa imkansızlığı, müteahhidin

¹⁹⁹ TANDOĞAN, s.159

²⁰⁰ KARAHASAN, s.207

²⁰¹ TANDOĞAN, s.160, KARAHASAN, s.210

²⁰² BECKER, s.640

²⁰³ BECKER, s.640

²⁰⁴ KARAHASAN, s.209; TANDOĞAN, s.160 vd.,

ifasının imkansızlığı olup, bu ifanın alacaklısı iş sahibidir. Bu konuda doktrinde BK 90. ve 95. maddelere değinilmiştir. Bu çerçevede, borçlu olan müteahhidin genel hükümler dairesinde bir takım kolaylıklar da elde edeceği ileri sürülmüştür. İfa konusu imalat neticesi, eserin BK 98/II. maddesi gereğince koruma mükellefiyeti gereği temerrütten öncesine göre daha az şiddette takdir olunacaktır. İfa konusu olan şeyi koruma zorunluluğu, alacaklının eyleminden kaynaklanmış olup, ifa konusu olan şey dikkatle korunmasına rağmen telef olacak olursa müteahhit borcundan kurtulacaktır. Ayrıca işin bedelini de talep edebilecektir²⁰⁵. Müteahhit, iş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde, BK 94. madde çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir²⁰⁶.

BK 368. madde 2. fıkraya çerçevesinde iş sahibi kaynaklı bir nedenle telef söz konusu olursa, bu durumda müteahhit tehlikeleri zamanında ihbar ettiği takdirde yaptığı işin ücretini ve ücrete dahil olmayan masrafları alabilecektir. Bunun yanı sıra iş sahibinin kusurunun söz konusu olduğu durumlarda, müteahhit BK 357/III. madde gereğince eğer tehlikeleri ihbar külfetini yerine getirmişse, BK 96. madde gereği müspet zararını²⁰⁷ yani sözleşme vaktinde ifa edilmiş olsaydı alacaklının mal varlığının göstereceği durum ile hali hazırda gösterdiği durum arasındaki farkı²⁰⁸ isteyebilecektir. Bir başka ifade ile müteahhit ücretinin tamamı ile birlikte, eser tamamlanmadan telef olduğu takdirde bu durumda ücretten işin bitirilmemesi nedeniyle tasarruf edilen miktar indirilecektir²⁰⁹. İş sahibinin kusuru halinde ise, müteahhidin işin yarıda kalması nedeniyle itibarının sarsılması ve buna bağlı mali yoksunlukları nedeni ile tazminat isteyebileceği de ifade olunmuştur²¹⁰. Bu aşamada BK 357/III. madde ile BK 368/III.madde mutlak surette şartlarını birlikte gerçekleştirmiş olmakla, ancak BK 368/III.madde uygulanırlık kazanarak tazminat hakkı doğurmaktadır.

²⁰⁵ VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C.1, s.575-576, İstanbul 1953, (çev.EDEGE, M)

²⁰⁶ DAYINLARLI, s.84,85

²⁰⁷ UYGUR, C.7, s.8380, TANDOĞAN, s.162; DAYINLARLI, s.102

²⁰⁸ EREN, C.3, s.294

²⁰⁹ TANDOĞAN, s.162

²¹⁰ OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 376, Nr.13 (Nakleden TANDOĞAN, s.162)

ç) Eserin Teslimden Önce Yok Olması

Doktrindeki genel olarak yapılan yorumla BK 368. madde hükmünün uygulanabilmesi için, eserin henüz teslim edilmemiş yani müteahhidin zilyetliğinde bulunması gerekmektedir.

Teslim kavramı tetkik edildiğinde görülmektedir ki; teslim müteahhidin tüm bölümleri ile sözleşme dahilinde tamamladığı eseri, ifa amacıyla iş sahibinin hukuki egemenliğine vermesi ve eser üzerinde onun doğrudan zilyedliğini sağlaması, bu çerçevede taşınır şey imaline yönelik eser sözleşmelerinde, sözleşme konusu eşyanın imal edilerek veya onarılarak tekrar iş sahibine verilmesi olarak mütalaa edilmektedir²¹¹. Yukarıda satım sözleşmesinde hasarın teslimden önce alıcıya geçişinden farklı olarak, eser sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğunun ağırlaştırıldığı ifade edilmiş olup oradaki açıklamalarımıza işaret etmekteyiz. Ancak üzerinde önemle durulması gereken bir nokta da, BK 368/1. madde hükmünün eserin tesliminden önce telef olmasını sözleşmeyi sona erdiren bir neden olarak düzenlemesine karşın, madde hükmünde eserin tamamlanmış olup olmaması konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Eserin tamamlanmamış olduğu hallerde kanaatimizce BK 365/II. madde hükmünü yürütmek gereklidir. Zira aynı konuda iki hüküm birlikte tatbiki söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, madde sözleşmenin sona ermesi ile ilgili kısma, kanun koyucu tarafından yerleştirilmiştir. Bu durumda sözleşme sona ereceğinden telef olma hali eser tamamlansın tamamlanmasın yapılan şey yapılmakla teslimi kabil hale gelmiş sayılsın sayılmasın bu durumda sözleşme sona erecektir. Ancak, eserin imali ve tamamlanarak eser niteliğine kavuşturulması mümkün ise ne olacaktır? Bu konuda BK 365/II. madde ile BK 368. madde karşılaştırması aşağıda yapılacaktır.

d) Eserin Kaza Sonucu Yok Olması

BK 368. madde 1. fıkrası dahilinde eserin kaza sonucu yok olması, ifanın kusursuz imkansızlığı için temel şart olarak düzenlenmiştir. Kaza ile ilişkili olarak BK 117.

²¹¹ UÇAR, (Teslim), s.515; AYAN, Gürhan, Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı; Prof.Dr.Erdoğan MOROĞLU'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.795

madde temelinde çalışma konumuz olan BK 365/II. madde ve bu madde ile aynı paralel düzenlemeler içeren BK 370 ve 371. maddeler gerek objektif gerekse subjektif nedenler olsun sözleşmenin devamını veya ifasını imkansız kıldığı hallerde sözleşme sona ermektedir. Bu durumda, yukarıda yaptığımız yorumda²¹² beklenilmeyen hal kavramı ile olağanüstü hal kavramları arasındaki farka dair görüşlerimiz de burada geçerli olup, aşağıda BK 365/II. madde ile 368. madde karşılaştırmasında konu üzerinde önemle durulacak olup bu aşamada kaza kavramının içeriği incelenmelidir.

Kaza, doktrinde, zarara neden olan ani ve arzu edilmeyen sebepler bütünü olarak tanımlanmıştır²¹³. Kazanın doktrinde unsurlarına da değinilmiştir. Kaza, zarar doğuran bir olay olmasının yanı sıra, dışarıdan gerçekleşen bir olay olmalıdır. Aynı zamanda, kaza, ani bir olay olma vasfına sahip olmalıdır. Anilik, başlangıç ve sonu belli olan tek ve bir defada gerçekleşen bir olay olarak tanımlanmıştır. Üçüncü unsur olarak da karşımıza, kazanın istenilmeyen bir olay olması gereğine işaret edilmektedir. Zararın, zarar gören tarafından istenilmeyen bir nitelik taşıması gerektiği ifade olunmuştur²¹⁴.

Doktrinel tanımla beraber kaza kavramı tetkik edildiği vakit görülür ki eser, tamamlansın veya tamamlanmasın, dış etkilere açık bir hale geldikten itibaren taraflardan birinin kusuru olmaksızın ani, esere yok edici tesir taşıyan ve taraflarca arzu edilmeyen bir olayla yok olursa müteahhit eseri teslim etmemişse BK 368/II. fıkradaki koşullar saklı kalmak kaydı ile kaza neticesi doğan zarar ve ziyarı, ücreti ve masraflarını isteyemeyecektir.

e) BK 365/II.maddesi Nedeniyle Sözleşmenin Feshi ile BK 368. Madde Nedeniyle Sona Ermesi Karşılaştırılması ve Değerlendirme

BK 368.madde dahilinde sözleşmenin sona erdiğini gösteren en temel gösterge, maddenin sözleşmenin sona erme nedenlerini düzenlediği sistematik kısım dahilinde

²¹² Bu konuda çalışmamızın 1.bölümünde “Beklenilmeyen Hal” kavramını incelerken olağanüstü hal ve beklenilmeyen hal kavramları arasındaki farka değinmiştik. Bu incelemede beklenilmeyen halin taraflar arasında söz konusu olan ve üçüncü kişilerce beklenebilir sayılabilecek tarafların subjektif konumuna göre de yapılabilecek bir yorumla ancak beklenilmeyen hal kavramına yer verilebileceği tarafımızdan ileri sürülmüştür. (Bkz. çalışmamızın 30.sayfası)

²¹³ EREN, C.3, s.238 (Borçlar Hukuku Genel Hükümler)

²¹⁴ EREN, C.3, s.239 vd.

hüküm altına alınmış olmasıdır. Bu çerçevede, BK 365/II. maddesinde bir ifa güçlüğü veya imkansızlığı söz konusu olduğu durumlarda, taraflar yargı yollarına müracaatla sözleşmenin sona ermesini veya götürü ücretin arttırılmasını talep etmektedirler. BK 365/II. madde koşullarını oluşturan sebepler ortaya çıktığında ya sözleşme sona erecek ya da ücret artırımına gidilecektir. Ancak, BK 365/II. madde götürü ücretle anlaşılmış eser sözleşmeleri içindir. BK 368. madde dahilinde sözleşmeyi sona erdirmek için ise sözleşmenin götürü ücretle kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur²¹⁵. Ücret, taraflar arasında takribi, götürü veya belirlenmemiş olsa bile her halikarda teslimden evvel telef olursa sözleşme uyarlamaya tabi tutulmayacak, sona erecektir. Aslında, burada kanun koyucunun müteahhidi korumayan bir hüküm tesis ettiği izlenimi edinilse dahi kanun koyucu sözleşmeyi sona erdirmekle, müteahhidi yeniden imale zorlamamakta ve iş sahibi tarafı dengelemektedir. Buna karşılık, müteahhit, iş sahibinden telef olan eser ile ilgili olarak masrafı kural olarak isteyemeyecek fakat iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle ilgili olarak BK 368/II. madde ile ilgili talep hakları saklı olacaktır. Müteahhit, BK 368/I. maddeye göre teslimden önce telef olan eser ile ilgili olarak iş sahibinden ücret ve yaptığı masrafları talep etmeye hakkı bulunmamaktadır. Ancak eser kısmen telef olmuşsa ve telef olmayan kısım iş sahibi tarafından kabul olunabilir nitelikte ise müteahhide bu kısmın ücreti ödenmelidir²¹⁶.

BK 365/II. madde ile BK 368. maddenin koşullarının kesiştiği noktalar da söz konusudur. Öncelikle, BK 368. maddedeki taraflara isnad olunamayan sebeplerden oluşan kaza kavramı ile beklenilmeyen hal kavramları taraflar merkez alınarak yapılacak bir değerlendirmede, maddelerin müşterek koşullarında aynı kavramlar olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, hükümlerin koşullarının birleşmesi için ifa güçlüğü değil ifa imkansızlığı söz konusu olmalıdır. Bu çerçevede, taraflar açısından “kaza” beklenilmeyen bir hal olarak sözleşmeye etki edebilirken üçüncü kişilerce olağanüstü bir hal olarak da kabul edilemeyebilir. Bu anlamda, otogaz bayiinin yanında yapılmış ancak henüz teslim edilmemiş bir inşaat otogaz bayiinde bir patlama neticesinde telef olursa bu artık üçüncü kişilerce beklenilmeyen bir hal değildir. Bir kazadır. Sözleşmeye artık BK 365/II. maddeden ziyade BK 368. madde uygulanacaktır.

²¹⁵ ALTAŞ, Hüseyin Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK mad.368), Ankara 2002, s.226 vd.

²¹⁶ ALTAŞ, s.234

Doktrinde de durum bu çerçevede ele alınmış olup eserin teslimden önce telef olması halinde BK 365/II. madde anlamında beklenilmeyen haller ortaya çıksa bile bu duruma artık BK 368/I. madde gereğince müteahhit katlanmak zorunda kalacaktır. Eserin teslimden önce telef olması halinde, ücret arttırımına gidilmesi hakkaniyete uygun olarak karşımıza çıksa bile, bu durum BK 368/I. madde lafzı ve ruhuna uygun düşmeyecektir. Zira BK 368/I. madde için kanun koyucu iş sahibinin korunduğunu açıkça belirtmiştir. Eserin yeniden imali mümkünse bu durumda BK 368/I. madde yerine BK 365/II. madde hükmünün tatbik olunacağı belirtilmiştir²¹⁷.

2- İŞ SAHİBİNE BAĞLI NEDENLERLE HİZMETİN YERİNE GETİRİLEMESİ NEDENİYLE SONA ERMESİ

Sözleşme konusu dahilinde imal olunması müteahhit tarafından taahhüt edilen şeyin imali, iş sahibinin nezdinde meydana gelen bir kaza nedeniyle imkansızlaşmışsa, sözleşme sona erecek ve müteahhit yaptığı işin değerini talep edebilecek; bunun yanı sıra bu değere dahil olmayan ve yaptığı masraflarını isteyebilecektir. BK 370/I dahilinde hükmolunan sona erme ve talep hakları iş sahibinin kusuruna bağlı olmadan meydana gelen imkansızlıktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası itibarı ile eğer iş sahibinin kusuru söz konusu ise, müteahhit ne kadar zararı varsa illiyet bağı dahilinde tazmin edebilecektir.

BK 370. madde mehzazı olan İsviçre BK 378. madde hükmünde umulmadık olay neticesinde, ifa imkansızlığından bahsolunmaktadır²¹⁸. BK 365/II. madde neticesinde sözleşme sona erdiği takdirde, taraflara yükletilemeyen bir olay neticesinde müteahhit ifa imkansızlığı içinde kaldığı takdirde; gerçekleşen beklenilmeyen olay iş sahibinin hukuki egemenliği altında bir yerde gerçekleşiyorsa, bu durumda sözleşmenin tasfiyesinde müteahhidin haklarını düzenlemektedir. Aslında, doktrinde de ifade olduğu gibi, umulmadık olay ve çalışmamız dahilinde yakın anlamda kullanılan beklenilmeyen hal kavramı, maddedeki kaza kavramı ile paralel nitelik taşımaktadır. İsviçre doktrininde bu konuda örnek olarak iş sahibinin kusuru ile neden olmadığı

²¹⁷ ALTAŞ, s.235

²¹⁸ BECKER, s.643

hastalıktan ölümü ya da ehliyetsiz bir hale gelmesi nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan şekilde sözleşmeye şahsen katılmasına engel meydana gelirse ya da iş sahibinin sağladığı malzeme ile ilgili bir ifa imkansızlığının meydana gelmesi halinde, mesela kamulaştırılması halinde umulmadık olayın varlığı kabul edilmektedir²¹⁹.

Hemen burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta vardır ki; o da BK 370. maddesinin BK 117.maddesinin bir özel hükmü olmasıdır. Burada da BK 368. madde ile BK 370. madde arasında bir paralellik söz konusudur. BK 370.maddenin ilk fıkrasında, işin ifasının imkansızlaşmasında iş sahibinin kusurlu olmasını aramamakta, ancak ikinci fıkrada kusur konusuna değinilmektedir. Bu halde, doktrindeki genel değerlendirmeye sadakatle biz de iş sahibinin nezdinde meydana gelen nedenlerle, sözleşmenin ifasının mümkün olmamasını kural olarak kusursuz ifasızlık olarak değerlendirmiş olmaktadır. Bu durumda, borç ilişkisi doktrinin bir kısmına göre sona erecek bir diğer görüşe göre ise, borç sona erecek ancak sözleşme ilişkisi sona ermeyecektir²²⁰. Ancak, konumuz, sözleşmenin feshi dairesinde olduğundan tez konumuzu aşmamak gayretimizin neticesi olarak ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

Doktrinde, BK 370. madde dahilindeki fesih için geriye yürürlüğü olmayan, geleceğe dair bir fesih olduğu ifade olunmuştur²²¹. Bu durumda, müteahhidin umulmadık olaya kadar yaptığı işin değerini ve bu değer dahilinde bulunmayan giderleri iş sahibince ödenmek zorundadır. Taahhüt edilen işin değeri ve sarf olunan giderlerin hesaplanması BK 366. ve BK 368/II. maddeleri çerçevesinde yapılacaktır²²².

B - MÜTEAHHİDİN ÖLÜMÜ YA DA ACZİNE BAĞLI SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Müteahhidin gerçek kişi olması durumunda, ölümü halinde sözleşme BK 371/I. madde gereğince sona erecektir. Doktrinde veya kanunda müteahhidin tüzel kişi olması durumunda ne olacağı ise açıklığa kavuşmuş değildir. Bir görüşe göre, müteahhidin bir ortaklık olması halinde ve sözleşme yapılırken ortaklardan birine güvenilerek borç

²¹⁹ BECKER, s.644

²²⁰ ALTAŞ, s.58

²²¹ UYGUR, C.7, s.8395

²²² TANDOĞAN, s.328

ilişkisi kurulmuşsa ortak ölür ya da ayrılırsa bu durumda BK 371 .maddenin uygulanması gerekeceği kabul edilmiştir²²³. Bu kabul ile ilgili olarak, iş sahibinin ölen ortak olmasaydı sözleşmeye taraf olmayacağını inandırıcı deliller ile ispatlaması halinde kabul edilmesi gerekecektir²²⁴. Bu aşamada tüzel kişi müteahhidin iflası ve tasfiye sürecine girmesi de kıyasen sözleşmenin feshi nedeni sayılmalıdır kanaatindeyiz.

BK 371. madde infisah için önemli bir nedenin varlığını aramaktadır. O da sözleşmenin ifasında müteahhidin şahsının önemli olması halidir. Sanırız bu hal, ölüm halinden ziyade diğer bir sona erme nedeni olan müteahhidin işi tamamlamaya kendi kusuru olmaksızın aciz kaldığı haller için olmalıdır. Zira, bir mirasçıdan iş sahibinin imalata dair talepte bulunması söz konusu olmayacaktır. BK 371. madde birinci fıkrasının gerçekleştiği durumlarda, imal olunan kısım kullanılmaya müsait ise, iş sahibi müteahhide veya ölmüşse mirasçılara teslim halinde bedelini vermeye mecburdur.

Eser sözleşmesinde müteahhidin aciz kalması için sadece bedensel bir özrünün olması aranmamıştır. İşletmesini dağıtarak mesleğine son veren bir müteahhidin, artık gerekli teknik adam ve personel kadrosu bulunmaması nedeniyle iş yapmaktan aciz kalması halinde bu durumun da BK 371/I. madde hükmüne göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²²⁵.

Müteahhidin ölümü halinde feshi için, hangi hallerde müteahhidin şahsının esas alınarak sözleşme yapılıp yapılmadığı konusunda temel bir kriter belirlemenin yanlış olduğu ifade edilerek, somut olaya göre ve sözleşmenin içeriğine göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir²²⁶.

C-MÜTEAHHİT ZARARININ TAMAMEN TAZMİNİ İLE FESİH

Eser sözleşmesinin sona erme sebepleri dahilinde kanun koyucu tarafından Borçlar Kanunumuz dahilinde düzenlenen bir hüküm de 369.madde hükmüdür. Madde

²²³ ÖZ, Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1990, s.163, TANDOĞAN, s.167

²²⁴ ÖZ, s.163

²²⁵ ÖZ, s.162

²²⁶ ÖZ, s.162

hükmüne göre sözleşme konusu şey tamamlanmadan önce, sözleşmenin iş sahibi olan taraf , yapılan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını tamamen tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilecektir. İsviçre Borçlar Kanunu dahilinde 377. madde ile kurum düzenlemeye tabi tutulmuş olup, mehzaz kanunda durum incelendiğinde Türk Borçlar Kanununda “baliğan mabelağ” olarak ifade olunan terimin “bütün zararını giderme karşılığında” olarak ifade olunduğu görülmektedir²²⁷.

BK 369. madde hükmünün amacı doktrinde tartışmalıdır. İleri sürülen görüşlerden ilki, hükmün amacının, kanun koyucunun taraflar arasındaki güven ilişkisine büyük önem vermesidir. İş sahibi güvenmediği müteahhit ile sözleşmeyi devam ettirmeyecektir²²⁸.

Bir diğer ve Türk, İsviçre ve Alman doktrinine hakim görüşe göre ise iş sahibinin serbestçe sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, eser sözleşmesinin sui generis niteliğinden kaynaklanmaktadır²²⁹. Bu görüşe göre, eser sözleşmesinin feshi, sözleşme iş sahibi lehine olduğu için bu şekilde fesholunabilecektir. Bu görüş de eleştirilmiştir²³⁰. Bizim de katıldığımız eleştiride; müteahhidin parasal menfaatlerden başka menfaatlerinin de olduğu ve bu surette başta ticari itibar olmak üzere bir çok hususta zarara uğradığı belirtilmiştir.

Doktrinde, iş sahibine tanınmış bulunan ve BK 369. maddeden kaynaklanan fesih hakkının, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Genel kabul dairesinde, yenilik doğuran hakkın fesih hakkı olduğu yönünde olmaktadır²³¹. Ancak bu konuda doktrinde yer alan eleştirilerde, feshin sürekli borç ilişkileri için söz konusu olabileceği yönünde olup, eser sözleşmesinin bu niteliği taşımaması nedeniyle feshe konu olamayacağı yönündedir²³².

İş sahibinin BK 369. madde hükmüne göre eser sözleşmesini feshetmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu çerçevede kanun hükmü

²²⁷ BECKER, s.641; ERGEZEN, s.117

²²⁸ ÖZ, s.139; BUZ, s.212

²²⁹ BUZ, s.213, dn.14’de sayılan yazarlar; TANDOĞAN, s.175

²³⁰ BUZ, s.214

²³¹ BUZ, s.218; ÖZ, s.138; ERGEZEN, s.115

²³² ERGEZEN, s. 116; BUZ, s.219

dairesinde sözleşmenin feshi için bir ön koşul veya maddi şartın gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu konu, Yargıtay 15. HD'nin bir içtihadında şu şekilde ifade edilmiştir: “Borçlar Kanunu'nun 369. maddesi...göre iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını baliğan mebalağ (bol bol,ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf, karşı çıksa dahi sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) biçiminde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira BK.nun 369. maddesi, iş sahibine bu hususta özel bir hak tanımıştır. İş sahibinin haklı olup olmadığı, açılacak baliğan mebalağ “tazminat” davasında tartışılmaz, yüklenici tüm zararı “toplama yöntemine” göre hesaplanarak, hüküm altına alınır. Burada önemli olan, feshin BK.'nun 369. maddesine dayanılarak yapıp yapılmadığının tespitidir. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi, hiç bir neden yokken ve hiç bir neden göstermeden gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse, BK.nun 369. maddesindeki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir.İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanmaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır²³³.” denilmiş olup kanımızca karar isabetlidir. Zira iş sahibi bir neden göstermekle tam tazminattan kaçmak isteyebileceği ihtimaline Yargıtayca dikkat çekilmiştir. İş sahibi, gerçekten haklı bir nedene dayanmakta ve tazminat ödemek istememekte ise, bu halde haklı nedenini ispatlamasının gereğine hükmetmek isabetlidir.

Aranan koşullardan ilki ve en önemlisi sözleşmeye konu eserin henüz bitirilmemiş olmasıdır. Bu durumda iş sahibi mahrum kaldığı karını isteyebilir; eser bitirilmişse bu durumda sözleşme BK 369. madde çerçevesinde fesholunamayacaktır²³⁴.

Diğer koşul da, sözleşmenin iş sahibi tarafından müteahhide varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile sona erdirmesidir²³⁵. Bu konuda Yargıtay'ın emsal niteliği taşıyan bir kararı söz konusudur. Bu karara göre, eser sözleşmesinin feshi niteliğinde olmayan, müteahhide verilen yetkilerden bazılarının geri alınmış olması BK 369. maddenin tatbikine imkan vermemektedir²³⁶. Feshin geçerli olabilmesi için müteahhidin

²³³ 15.HD 8/10/1998 tarihli 1998/2263 E. 1998/3752 K. Sayılı içtihadı (YKD, 1999/2, s.213)

²³⁴ EREN, İnşaat Sözleşmeleri, s.92, ERGEZEN, s.117

²³⁵ UYGUR, C.7, s.8382

²³⁶ 15. HD 23/3/1982 tarihli 1982/5147 E. 1982/1463 K. sayılı içtihadı

egemenlik alanına ulaşması gereklidir. Ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır²³⁷.

BK 369. madde çerçevesinde sözleşmenin feshinde bir başka durum da sözleşmenin kısım kısım ifasına ilişkin durumlarla ilgilidir. Sözleşme kısım kısım ifa olunmakta ise , fesih yalnız teslim edilmeyen kısım hakkında uygulanacaktır²³⁸.

BK 369. madde hükmünün son koşulu da müteahhidin zararlarının tamamıyla tazmin edilmesidir. Hüküm dahilinde söz edilen tazminat, doktrinde genel olarak belirtildiği üzere müspet zararın tazmin edilmesidir. Bu çerçevede tazmin edilecek zarar dahilinde hem fiili zarar miktarı, hem de yoksun kalınan kar miktarı olacağı ifade olunmuştur²³⁹. Bu konuda Yargıtay'ın içtihatlarında menfi zararın da tazmin edilebileceği ifade olunmuştur²⁴⁰.

²³⁷ EREN, İnşaat Sözleşmeleri, s.92

²³⁸ OLGAÇ, s.112

²³⁹ TANDOĞAN, s.178

²⁴⁰ 15. HD 21/9/1989 tarihli 4501 E. 3734 K. sayılı ve de 15.HD 5/10/1987 tarihli 4079 E. 3435 K. sayılı içtihatları (UYGUR, C.7, s.8383 naklen) Aslında doktrinde, EREN menfi ve müspet zararın tazmini konusunda farklı tanımlar ortaya koymaktadır. Müspet zararın açıklanmasında sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklının mal varlığının göstereceği durum ile halihazırda gösterdiği durum arasındaki fark olduğu vurgulanmıştır. Menfi zararın ise alacaklının sözleşmeden dönmesi yüzünden uğramış olduğu zararı bir diğer deyişle alacaklının uğradığı fiili zararlar yoksun kaldığı karı ifade ettiği belirtilmiştir. TANDOĞAN'ın tanımındaki müspet zarar aslında EREN'in tanımındaki menfi zarar kavramına denk gelmektedir. EREN'in tanımı aslında SCHENKER'in tanımı ile örtüşmektedir. Bu durumda aslında BK 108. maddedeki sözleşmenin hükümsüzlüğüne bağlı zararın istenebileceğine dair hüküm dikkate alınmalıdır. Buradaki zararın menfi zarar olduğu belirtilmiştir. Müspet zarar ise BK 106. maddeden kaynaklanmaktadır. Gecikme nedeni ile meydana gelen zarar ile aynen ifa istenemeyecektir. Hatta bu halde sözleşmeden dönülmesi halinde BK 106/2.madde gereğince menfi zarar istenebileceği görülmektedir. Zira hem BK 108. madde hem de 106/2. madde anlamında menfi zararın tazmini istenebilir durumdadır. Çünkü artık sözleşmenin aynen ifası istenemeyecektir. Ayrıca BK 108/2.madde 106/2. maddeye göre daha kapsamlıdır. Sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni uğranılan tüm zararları tazminat dahiline almakla aslında TANDOĞAN'ın eser sözleşmesi için müspet zarar adı altında tazmini gerekli olanları kalemleri BK 108. madde menfi zarar adı altında düzenlemektedir. Ancak burada bir yorum getirilebilir. BK 369. maddenin tanıdığı bir hak ile sözleşmenin sona ermesi beklenilir bir durumdur. İş sahibi bu hakkını her zaman kullanabilir. O halde sözleşmenin kuruluşu geçersiz ya da tarafların kusuru ile ifa olunamadan sonuçlanmış değildir ki menfi zarar istenebilsin. Bu durumda geçerli bir sözleşme meri hukuktan kaynaklanmış bir hak ile sona ermektedir. O halde istenebilecek zarar ancak müspet zarar kavramı dahilinde değerlendirilebilir.

D- ESER SÖZLEŞMESİNİN MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ NEDENİ İLE FESHİ

Doktrinde eser sözleşmesine taraf olan bir müteahhidin sözleşmenin ifasında temerrüde düşmesi halinde, öncelikle konuyu ifa imkansızlığı dahilinde incelemeye yönelmişlerdir. Bu çerçevede öncelikle imkansızlığı objektif ve subjektif imkansızlık olarak ikiye ayırarak incelemişlerdir. İfa imkansızlığının sadece müteahhit için değil, ilgili çevrede herkes için söz konusu olması durumunda objektif ifa imkansızlığından, eserin objektif anlamda imali imkanı var fakat müteahhit tarafından ifa olunabilirliği söz konusu değilse subjektif ifa imkansızlığından söz edilebilecektir²⁴¹. Ancak, ifa imkansızlığı ile temerrüt kavramları birbirinden tamamen farklı kavramlardır. İfa imkansızlığında kusur olsun olmasın ifa artık söz konusu değildir. Temerrüt halinde ise belli sürede teslim gerçekleşmemiştir. Bu halde, temerrüt halinin tarafların kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve temerrüt halinin sözleşmenin sürdürülmesini engelleyip engellemeyeceği incelenmelidir.

Müteahhidin temerrüdü halinde, BK 102. madde hükmünün uygulanmasının gerekeceği belirtilmiştir. Madde tetkik edildiği vakit görülecektir ki; müteahhit imal ile tamamlayarak teslim etmeyi taahhüt ettiği eseri, teslimde gecikirse doğacak zarar ve ziyarı tazminle mükellef olacağı gibi, bu sorumluluktan ancak kusursuzluğunu ispat ederek kurtulabilecektir. Bu durumda hüküm değerlendirilince genel hükümlere göre temerrüde bağlı ihtilaflar çözülecektir.

Müteahhit, eserin ifasına ilişkin imalata zamanında başlamazsa veya eser sözleşmesinin şartlarına aykırı olarak imalatta temerrüde düşerse ya da eseri süresinde bitiremeyeceği için gidişatından anlaşılırsa, iş sahibi, sözleşmedeki teslim süresini beklemeksizin BK 358/I. madde dahilinde sözleşmeden dönme yoluna müracaat edebilecektir²⁴². Burada, iş sahibi tarafından sözleşmeden dönülebilmesi için müteahhidin objektif olarak gecikmiş olması aranmaktadır²⁴³. Müteahhit için BK 358/I. madde şartlarını taşıdığı kabul edilebilmesi için, kusurlu olması aranmamaktadır. Ancak müteahhit sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmışsa burada

²⁴¹ DAYINLARLI, s.56-57

²⁴² TANDOĞAN, s.113, DAYINLARLI, s.57

²⁴³ DAYINLARLI, s.57

aykırılığın objektifliği aranmaktadır. Ayrıca müteahhit, işe devam etmeyecekse BK 106/III. madde gereğince iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir²⁴⁴.

Eser sözleşmesinin müteahhidin temerrüdü nedeniyle feshinde, diğer fesih türlerinden farklı durumların bulunduğu ,bu durumlar ile BK 358/I. madde hükmünden doğan fesih nedenlerinin karıştırılmaması gereğine işaret edilmiştir. Bu anlamda, edimin objektif olarak imkansızlaşması, BK 358/I. madde çerçevesinde bir fesih nedeni anlamında temerrüt hali sayılamayacağı gibi, çalışma konumuzu teşkil eden beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması da temerrüt hali sayılamayacaktır. Bu hale ilaveten, eserin müteahhidin veya yardımcı kişilerin faaliyet alanı dışında bir nedenle ifa olunamaması, temerrüt halinin iş sahibinden kaynaklanması halinde de BK 358/I. madde hükmünden söz edilemeyecektir²⁴⁵. Zira yazarlarca yapılan yorum kanımızca isabetlidir; çünkü BK 358/I. madde hükmü tamamiyle müteahhidin kusurundan kaynaklanan bir durumun neticesinde iş sahibinin fesih hakkını düzenlemektedir. Çalışma konumuz olan BK 365/II. maddeden en temel farkı da budur.

BK 365/II. madde dahilinde hakim sözleşmeyi feshederken, beklenilmeyen hal tarafların kusurlarından arı olarak meydana gelmiştir. BK 358. madde dahilinde ise müteahhidin ifaya başlamasında her hangi bir engel söz konusu değilken, müteahhit zamanında imalata başlamamaktadır. Bu durum karşısında, eğer belirlenen teslim tarihine kadar eserin tamamlanması mümkün olamayacaksa, iş sahibine sözleşmeyi fesih imkanı tanımaktadır. Burada fesih BK 365/II. madde hükmü gibi hakim kanalı ile değil iş sahibince tek taraflı bir fesih beyanı ile de yapılabilmektedir. BK 365/II. madde hükmünde, eserin tamamlanmasında bir temerrüt değil, eserin tamamlanması imkansızlaşmış veya çok güçleşmiştir; eserin normal şartlarda bitirilmesi için oldukça fazla bir zaman dahi olsa BK 365/II. madde şartları gerçekleştiğinde artık sözleşmenin akıbeti hakim takdirine kalmıştır.

Doktrinde genel olarak ifade olunduğu üzere BK 358/1.madde dahilinde sözleşmeden dönülmesi geriye etkili sonuçlar doğuracaktır. Genel kabul esas alınarak yapılan yorumlarda, yeni dönme teorisi esas alınmış olup bu çerçevede sözleşme içeriği

²⁴⁴ DAYINLARLI, s.58

²⁴⁵ UYGUR, C.7, s.7710-7711

değişmiş olarak devam etmektedir. Bu anlamda sözleşmenin tasfiyesinde kusur durumu dikkata alınarak müteahhit kusursuz olduğu takdirde, BK 369. madde hükmünde olduğu gibi tüm zararın tazminini isteyemeyecek ancak bu halde BK 108. madde hükmünün buyurduğu tazminatı ödemekten kurtulabilecektir²⁴⁶.

BK 358/I. madde tetkikinden anlaşılacak olan şudur ki; iş sahibinin madde dahilinde kusurunun bulunmaması hali, aslında iş sahibinin kast veya ağır ihmal anlamında bir kusuru ile ilgili olmayıp, ancak iş sahibinin temerrüdün oluşumunda etkin olmamasını, temerrüde yol açan nedenler dahilinde yer almamasını ifade ettiği belirtilmiştir. Bu konuda bir önemli durum da, imalat esnasında iş sahibinin bir kusuru olmasa bile, imalatın müteahhidinin gecikmesi diğer bir müteahhidin imalata başlamasına engel olduğu takdirde, artık sözleşmeye ve ihtilafa taraf olan sonraki müteahhidin temerrüdünden söz edilemeyecektir²⁴⁷. Örneğin, “internet sitesinde bir bölümün tasarımı ve site üzerinde organizasyonu” konulu eser sözleşmesinde iş sahibine internet sitesi kurmak konusunda taahhüt altına giren müteahhit, ifada gecikmişse bu halde yukarıda belirtilen kurulmuş sitede tasarımda bulunmakla taahhüt altına giren sonraki müteahhidin temerrüdünden söz edilemeyecek olup burada iş sahibinden kaynaklanan bir gecikmeden söz edilebilecektir. Bu halde de iş sahibi BK 358/I. madde hükmünden kaynaklanan fesih hakkına sahip değildir.

Müteahhidin temerrüdü halinde, iş sahibinin fesih hakkını kullanabilmesinin temel koşulu, doktrinca genel kabule göre iş sahibinin müteahhide ihtarda bulunması ve ihtar dahilinde mehil verilmesi gereğidir²⁴⁸. Bu halde BK 107. maddeye göre kesin vade bulunuyorsa, mehil verilmesine gerek kalmayacaktır. Doktrinde de belirtildiği üzere ihtar konusunda BK 358/I. madde hükmü dahilinde bir hüküm olmamakla birlikte temerrüt konusunda genel hükümlere müracaatla bu neticeye varılmıştır²⁴⁹. Ancak bu görüşe katılmayan yazarlar da mevcut olup, bu çerçevede açık bir hükmün yokluğunda eser sözleşmesinin mehil vermeye gerek kalmaksızın ve ihtar olunmaksızın fesholunabileceği de ileri sürülmüştür²⁵⁰. Bizim kanaatimize göre burada kesin vade ve kesin olmayan vade ayırımına gidilerek sorun çözülmelidir. Kesin vadenin bulunması

²⁴⁶ DAYINLARLI, s.61

²⁴⁷ DAYINLARLI, s.59

²⁴⁸ UYGUR, C.7, s.7718

²⁴⁹ TANDOĞAN, s.118

²⁵⁰ ÖZ, s.62

halinde BK 107. madde de gözetilerek mehil vermeye gerek kalmamakta olup, kesin olmayan vadenin varlığı halinde ise, mehil verilmesi genel hükümler gereği isabetli olacaktır. Doktrinde baskın görüşe göre BK 358/I. madde ile BK 106., 107. ve 108. maddeler birlikte yorumlanarak uygulanması gerekmektedir²⁵¹.

Eser sözleşmesinin, eseri teslim etmeme nedeniyle müteahhidin temerrüdü nedeniyle fesholunması, Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen kısımlarında ademi ifa konusunun hüküm altına alınmaması nedeniyle, genel hükümlere müracaatla BK 106-108. maddeler açısından değerlendirilmesi gerekeceğine işaret edilmiştir²⁵². Bu anlamda, çok net bir ifade ile belirtilen şudur ki, BK 358/I. madde vadeden önceki teslim ve erken feshe ilişkin bir maddedir. Teslim borcunu ifa konusunda bir temerrüt söz konusu olduğu, yani ademi ifanın söz konusu olduğu durumların olduğu hallerde BK 96, 97, 101 ve 105. maddeleri uygulanacaktır²⁵³. Tabidir ki, bu durumlarda sözleşme tasfiye sürecine girecek ve seçimlik haklar dahilinde menfii ve müspet zararlar da istenebilecektir.

Akitten dönme konusunda BK 108. maddenin tatbik olunacağı da açıkça ifade olunmuştur²⁵⁴. Bu çerçevede, alacaklı, karşılıklı borç doğuran yani “snallagmatik borç” ilişkisinde borçlu tarafından kendisine verilen iade etmeme ve borçlu tarafına da borçlu ifada bulunmadığı için, karşılık olarak ifada bulunmaya mecbur değildir. Eser sözleşmesi açısından konu değerlendirildiğinde, iş sahibi, müteahhit tarafından eserin teslim edilmemesi halinde, sözleşmeyi feshettikten sonra ödemede bulunmayacak ve tamamlanmamış imalatlar söz konusuysa bu imalatların kısmen de olsa kendisine teslim edilmiş olması halinde bunları müteahhide geri vermeyecektir.

²⁵¹ TANDOĞAN, s.119, UYGUR, C:7, s.7718

²⁵² TANDOĞAN, s.180

²⁵³ UYGUR, C.7, s.7722

²⁵⁴ EREN, C.III, s.199

E- ESER SÖZLEŞMESİNİN KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASI NEDENİYLE FESHİ

Eser sözleşmesinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle feshi konusu BK 367. maddede düzenlenmiştir. Yukarıda birinci bölümde iş sahibinin ücret borcu konusunu incelerken, ücretin takribi yani yaklaşık olarak belirlendiği durumları da incelediğimizden, burada keşif bedelinin aşırı derecede aşılması konusu ve bu duruma bağlı olarak sözleşmenin feshi konuları incelenecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmede, eserin kararlaştırılan imal bedelinin aşılması durumunda, müteahhidin zarara uğraması mümkün olduğu gibi, iş sahibinin de eseri teslim aldığı anda geri dönüşsüz bir şekilde beklemediği ücreti ödemesi tehlikesi ile karşılaşmasına neden olabilir. Bu nedenle, aşağıda incelenecek şartların varlığı halinde eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından fesholunabileceği kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır.

Belirtildiği gibi, yukarıda ücret konusunda takribi ücret işlendiğinden burada tekrar değinilmeyecek olsa da BK 367. maddenin uygulanmasında temel şartlardan biri, sözleşmede ücretin takribi yani yaklaşık olarak belirlenmiş olmasıdır. Doktrinde bu şart ilk ve temel şart olarak zikrolunmuştur²⁵⁵. Bu şartın dışında diğerleri ise aşağıda incelenmiştir.

1) Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli Aşırı Derecede Aşılmış Olmalıdır

Eser sözleşmesi, takribi ücret üzerinden yani yaklaşık keşif bedeli ile aktolunmuşsa, bu durumda taraflar arasındaki sözleşmede katlanılabilir aşılma miktarı belirlenmişse, herhangi bir işlem yapmaksızın arttırım yolu seçilebilecektir. Bu durum, sözleşme serbestisinin doğal bir sonucudur. Ancak burada sözleşmeye konulan kaydın amacının anlaşılmasına bağlı ihtilaflarda, kaydın arttırım için mi yoksa sözleşmenin sona erdirilmesi için mi sınır olduğu yönünde bir açıklık yoksa nasıl bir yaklaşımda bulunmak gerekecektir? Konu doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, sınır, iş sahibi

²⁵⁵ TANDOĞAN, s.134

lehine konulmuşsa dönme hakkı ile ilgili, ancak müteahhit lehine konmuşsa bu durumda BK 365/II. madde hükümleri gereği sözleşmenin feshine imkan veren hükümler olarak değerlendirilmelidir²⁵⁶. Bir görüşe göre de, keşif bedelini sınırlandıran kayıtlar iş sahibinin lehine olarak konmuştur. Çünkü gerek dönme hakkına dair olsun, gerekse arttırım sınırı açısından olsun, iş sahibinin ödeyeceği ücret miktarına sınır konmakta bu konuda müteahhidin alacağı miktar azalmaktadır²⁵⁷.

Eser sözleşmesinde, keşif bedelinin aşılması ile ilgili her hangi bir hüküm bulunmuyorsa, bu durumda Türk doktrini Alman ve İsviçre doktrininden farklı olarak her hangi bir arttırım yüzdesi belirlenmesini isabetli bulmayarak, keşif bedelinin aşılmasının, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereğine işaret ederek, doğruluk ve dürüstlük kurallarının temel alınması gerektiği belirtilmiştir²⁵⁸.

2) Keşif Bedelinin Aşılması İş Sahibinden Kaynaklanmamalıdır

Kanun koyucu, BK 367. maddede keşif bedelinin aşılmasında, iş sahibinin bir etkisinin olmaması gerektiğini, yani illiyet bağının bulunmaması gereğine işaretlerle hüküm tesis etmiştir. İş sahibi, kendi eylemleri ile yaklaşık keşif bedelinin aşırı masraflar yapılarak aşılmasına neden olmuşsa, bu artışa katlanmak zorunda kalacaktır²⁵⁹.

Doktrinde belirtildiği ve BK 367. madde lafzının da açıkça belirttiği üzere, iş sahibinin kusuru olsun olmasın, kendisinden kaynaklanan yani illiyet bağı taşıyan bir eylemi, taraflar arasında yaklaşık olarak belirlenmiş keşif bedelinin aşılmasına sebep olmuşsa bu durumda sözleşmeden dönme hakkının doğması mümkün değildir²⁶⁰. Ayrıca, bu durumun müteahhit açısından bir yükümlülük doğuran yönü de iş sahibinin verdiği talimatlar nedeniyle, masrafların aşırı derece artacağını müteahhit bilmekteyse ve bilebilecek durumdaysa bu durumu özen borcu çerçevesinde iş sahibine bildirmesi gerekecek, bu borcu yerine getirmeyen müteahhide karşı da sözleşmeden dönme hakkı

²⁵⁶ ÖZ, s.71 ;BAYGIN, s.154

²⁵⁷ BAYGIN, s.154

²⁵⁸ TANDOĞAN, s.283, ÖZ, s.71, YAVUZ, s.504, BİLİR, s.155

²⁵⁹ BAYGIN, s.161, TANDOĞAN, s.286

²⁶⁰ TANDOĞAN, s.286, BAYGIN, s.161

kullanılabilecektir²⁶¹. Ancak, iş sahibinin müteahhide engel olması yada yapmakla yükümlü olduğu bir borcu ifa etmemesi haline bağlı olarak keşif bedelinde aşırı bir artış meydana gelirse iş sahibi sözleşmeden dönecektir²⁶².

Eser sözleşmesinin oluşumunda, yaklaşık masraf tahmini iş sahibi tarafından yapılmış ancak iş sahibi bu tahminde bulunmaya müteahhitten daha ehil bir durumda ise, bu durumda isabetli masraf tahmininde bulunulmamış olması, artık iş sahibinden kaynaklanmış bulunan bir masraf artışı olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ancak tarafların konularının, tahmin etmede denk olduğu ya da müteahhit tarafından tahmin edilebildiği hallerde, sözleşmeye konulan tahmini bedel iş sahibinden kaynaklanma şartını karşılamayacaktır. Bu halde iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı aşırı masraf artışında gene söz konusu olmaya devam edecektir²⁶³.

3) Takribi Olarak Belirlenen Keşif Bedelindeki Artışın İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olması

Eser sözleşmesi kurulurken, belirlenen takribi ücretin artışı konusunda iş sahibi, müteahhidin artışa dair taleplerine karşı herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmemiş veya artışa doğru bir gidiş söz konusu olmuş ancak iş sahibi bu durumu önemsememiş olabilir. Bu halde doktrinde iş sahibinin eser sözleşmesinden döneceği ifade edilmiştir²⁶⁴. İş sahibi sözleşmenin kendi koşullarına göre belirli bir bedel aşılmasını açık veya zımni irade beyanları ile kabul ettikten sonra yeni masraflarla keşif bedelinin aşılması söz konusu olursa, iş sahibi bu halde gene sözleşmeden dönebilecektir²⁶⁵.

BK 367. madde hükmünün getirdiği fesih sisteminde kanun koyucu sözleşmeyi ve taraflarını koruyucu bir istisnayı ikinci fıkrasında getirmiştir. BK 367/II. maddeye göre, keşif bedeli aşırı derecede aşılmışsa, imal edilen eser, iş sahibinin arsası üzerine inşa edilmekte ise, iş sahibi bedelden uygun bir miktar indirim talep edebilecektir. Ayrıca, eser sözleşmesi konusu eser, henüz daha bitirilmemişse bu durumda BK 369.

²⁶¹ ÖZ, s.75; KAPLAN, İbrahim, Türk ve İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, s.145, DAYINLARLI, s.19, BAYGIN, s.162

²⁶² ÖZ, s. 75; BAYGIN, s. 163

²⁶³ BAYGIN, s.162

²⁶⁴ BAYGIN, s.164

²⁶⁵ TANDOĞAN, s.286; BAYGIN, s.165; ÖZ, s.76

madde benzeri şekilde, yapılan kısım ile ilgili olarak hakkaniyet kuralları çerçevesinde tazminat ödenerek sözleşme fesholunabilecektir. Burada BK 369. madde ile paralellik sezilse de, kanımızca hükmün uygulanma farkı söz konusu olmalıdır. Zira, eser sözleşmesine konu ücret belirlenirken, karşılaştırılan takribi ücret miktarındaki artış müteahhitten kaynaklanabilir. Maddenin ilk fıkrası zaten BK 367. madde hükmünün uygulanmasına, temel şart olarak artışın iş sahibinden kaynaklanmaması olarak belirlemiştir. Bu halde BK 369. maddedeki gibi, müteahhidin kusurunun bulunmamasını ya da imalatta ve sözleşmenin diğer uygulandığında bir sıkıntı olmamasına rağmen, sözleşmenin feshinde müteahhidin tüm zararlarının tazmini aranırken BK 367/II. maddede iş sahibinin ödeyeceği tazminatı hakkaniyet dairesi ile sınırlı tutumuştur.

4) Müteahhidin Eseri Yaklaşık Bedelle İmalden Kaçınması

Eser sözleşmesinde, takribi olarak karşılaştırılan ücrete eklenecek masrafları müteahhit iş sahibine bildirdiği halde, iş sahibi, masrafların eklenmesiyle ortaya çıkan bedeli ödemekten kaçınmış ve bu hale karşılık müteahhidin de imalata devam etmemesi hali meydana çıkmış olabileceği gibi, eser tamamlanınca müteahhidin iş sahibinden yaklaşık ücrete eklenecek masrafları da istemesi sözleşmenin feshi için gerekli bir durumdur²⁶⁶. Müteahhit iş tamamlanmadan önce ya da tamamlandıktan sonra aşan ücreti istemezse ve takribi bedele katlanıp aşan kısmın bedelini talepten vazgeçerse BK 367. madde tatbik edilmeyecektir²⁶⁷.

²⁶⁶ TANDOĞAN, s.136

²⁶⁷ TANDOĞAN, s.137

II- ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİ İLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- FESİH KAVRAMI

1-FESİH KAVRAMININ İÇERİĞİ

a) GENEL OLARAK

Bir sözleşmede, taraflardan birinin diğer tarafa yönelik olarak tek taraflı irade beyanı ile borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması fesih olarak tanımlanmaktadır²⁶⁸.

Esasen, fesih bir hak mı yoksa terimsel anlamda sözleşmeyi sona erdirmeye taraf beyanının etkinliği mi olduğu yolunda görüşler geliştirilebilir kanısındayız. Zira, doktrinde de fesih mevzuattaki tabirlerle ve mevzuatın ışığında türlerine ayrılmış olup, her bir türde fesih, sözleşmeyi sona erdiren bir hukuki eylem ve işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Feshin hukuka aykırı olarak cereyan etmesi halinde ise, doktrinde gelişen yeni dönme teorisi çerçevesinde sözleşme artık tasfiyeye yönelik veya tazminata yönelik olarak yeni bir nitelik kazanmakta olup, sözleşme bu teori dairesinde sona ermemektedir. Bu nedenle sözleşmeyi sona erdiren bir neden olarak feshin ele alınmasında, hukuka uygun fesih kavramı esas alınacaktır. Hukuki işlem, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı veya beyanlar olarak tanımlanmakta olup, hukuki işlemin de hukuki sonuç ve irade beyanı olmak üzere iki unsuru olduğu savunulmaktadır²⁶⁹. Bu görüşü savunanlara göre, sözleşmenin BK 21. maddesine göre iptali bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Hak ise, gerek doktrin gerekse Hukuk Felsefesi dahilinde çokça tartışılmış bir kavramdır. Genelde Türk Hukukunda rağbet

²⁶⁸ BİLİR, Dilek Akgün, İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akidleri) Fesih, Ankara 1994, s.4; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s.456, EREN, C.3, s.457, TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, s.1290

²⁶⁹ GÖZLER, Kemal; Hukuka Giriş, Bursa 1998, s.333

edilen bir tanımla hak, hukuki ilişkinin birinci unsurunu teşkil ve bir kişiye izafe edilen davranış imkanını bir yetkiyi belirtmektedir²⁷⁰.

Feshin hak mı yoksa hukuki işlem mi olduğu konusunda doktrinde belirttiğimiz gibi bir açıklık bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu terminolojisinde fesih kimi zaman BK 108. madde örneğinde olduğu gibi bir hak olarak kimi zaman da BK 340. madde örneğinde olduğu gibi hakkın kullanımına vasıta olmuş bir hukuki işlem olarak, karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda kanımızca, feshin içeriğinin değerlendirilmesinde hukuki ihtilafın niteliği ve değerlendirilme konusu sona erdirici işlemin taraflara sağladığı durumlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Mevzuat dahilinde fesih olarak adlandırılan kurum bir imkan, bir davranış kalıbı getirmekte ve davranış, eylemcisine bu davranışı ile hukuki ve cezai bir sorumluluk yüklemeyecekse bu halde bir hakkın varlığından²⁷¹; ancak fesih terimi adı altında mevzuatta öngörülen kurum bir irade beyanına yönelikse, bu halde hukuki işlemden söz edilebilecektir.

Feshin bir hak mı yoksa bir hukuki işlem mi olduğu konusunda doktrinde bir tartışma söz konusu olmamıştır. Ancak, BK 106. madde ve diğer feshi konu edinen maddelerde feshi kanun koyucu bir hak olarak mütala etmesine karşın²⁷², İş Hukuku dahilinde fesih kavramının, usulsüz ve haksız olarak da varlığının kabul edildiği ancak tazminat borcu doğuracağı hüküm altına alınmıştır²⁷³. Bu anlamda usulsüz bir işlemin hak doğurmayacağı da açık olup, o halde fesih kavramının içeriğinin yalın anlamda bir hak mı yoksa hukuki işlem mi olduğu değerlendirilmek zorundadır. Bu konunun değerlendirilmesinden sonra eser sözleşmesinde sözkonusu olan feshin niteliği daha isabetli tetkik olunabilir kanısındayız.

²⁷⁰ BİLGE, Necip; Hukuk Başlangıcı, Ankara 1972, s.228

²⁷¹ ERGEZEN, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007; s.50

²⁷² EREN, C. 3, s. 299 vd., 457 vd.

²⁷³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 542

b) FESİH KAVRAMININ BENZER KURUMLARDAN FARKI

aa) Fesih-Dönme Farkı

Doktrinde, fesih kavramı değerlendirilirken dahi yazarlar arasında terim uyumsuzluğu söz konusudur. Bir kısım yazarlar dönme kavramı ile fesih kavramını aynı anlamda kullanırken²⁷⁴, bir kısmı ise dönme kavramının fesih kavramından farkına değinerek dönme kavramını içerik olarak fesih kavramı ile eş değer kavramlar olarak izah etmeyi tercih etmiştir²⁷⁵. Konu dahilinde yapılan değerlendirmelerde, BK'daki fesih hakkı başlığı altında hükmolunan kavram, feshi dönme ile muadil tutma şeklinde olmuştur, örneğin BK 108. madde değerlendirmelerinde fesih hep dönme kavramı altında anlatılmış feshe dair görüşler de dönme kavramına yönelik görüşler olarak izah olunmuştur²⁷⁶. Dönme kavramı Türk ve İsviçre özel hukuk doktrinlerinde tanımlanmış olup, genel kabul gören görüşlere göre tek taraflı bir irade beyanı ile borç ilişkisinin geriye etkili olarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmıştır. Geriye etki olarak anlatılmak istenen de, borç ilişkisinin sözleşmenin kuruluşundan beri ortadan kaldırılarak sözleşmenin kurulmasından önceki ana geri dönülmesidir. Doğan ancak ifa edilmeyen borçlar ifa olunmayacak, yerine getirilen edimler de geri verilecektir²⁷⁷. Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak bahşetmektedir. Tek taraflı ve yöneltimesi gereken irade beyanı ile kullanılmaktadır ve varması ile hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır²⁷⁸.

Dönme ve fesih arasındaki en temel fark, sona erdirme işleminin tatbik olunacağı borç ilişkisinin türünü belirlemektedir. Kural olarak sürekli borç ilişkileri fesih yolu ile sona ererken, ani edimli borç ilişkileri dönme yolu ile sona ermektedir. Doktrinde sürekli borç ilişkilerinde dönme imkanı olup olmadığı da incelenmiştir.

Yukarıda eser sözleşmesinin niteliği konusundaki incelemelerimizde ifade ettiğimiz, ard arda teslimli de olsa eser sözleşmesinin ani edimlilik vasfının

²⁷⁴ EREN, C.I, s.297

²⁷⁵ BİLİR, s.10

²⁷⁶ EREN, C I, s.297

²⁷⁷ SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara 1976, s. 208

²⁷⁸ SELİÇİ, s.210

kaybolmayacağına, sürekli borç ilişkileri açısından yaklaşmış ve ard arda teslimli borç ilişkilerinde, yerine getirilen edimler alacaklının menfaatini edim sonu itibari ile gerçekleştirmişlerse her zaman geri vermenin mümkün olmadığı ifade olunmuştur, bu görüşe ilaveten de ard arda teslimli sözleşmelerde dönmenin mümkün olamayacağı belirtilmiştir²⁷⁹. Ancak, bu görüşün bir takım aksayan kısımları ile isabetli kısımları söz konusudur. Öncelikle, ard arda teslimli bir satım sözleşmesinde tüketilmemiş olan edimlerin iadesi mümkündür. Aynı şekilde karşılıklı mahsuplaşma yolu ile edimin karşılığının iadesi de mümkün olabilecektir. Edimin tüketilmiş olması da bu anlamda etki etmeyecektir. Bu nedenle ard arda teslimli edimleri içeren sözleşmeler, sürekli borç ilişkileri içinde istisnai bir özellikte kabul edilerek sürekli borç ilişkilerinde dönmenin mümkün olmadığı görüşüne iştirak etmekteyiz. Ani edimli sözleşmelerde dönmenin sürekli edimleri içeren sözleşmelerde fesih sözleşmeyi sonlandırıcı olarak kabul edilmelidir. Bir inşaat sözleşmesinde iş sahibinin müteahhide, yapının belli bir aşamasının bitiminde hak ediş ödediği bir durumda ödenen hak edişler müteahhidin ücretinin belli bir kısmının ödenmesi olup, bu çerçevede iş sahibi sözleşmeyi BK 369. maddeye göre feshederse, yapılan kısmın bedelinin ödenmesinde, sadece yapıda yapılan kısımda bir eksik hakediş ödemesi varsa, sadece bu kısmı ödemesi gerekecek, onu dahi önceden yapının belli kısmının teslimi yapıldıysa o kısımda hak ediş ödemesi nedeniyle fesihte yapılan kısım ücreti adı altında ödeme yapmayacaktır. Zira, hakediş yolu ile dönem dönem, aşama aşama hak ediş ödemesi sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi haline getirmeyecektir, çünkü hak ediş ödemesinde amaç, taraflar arası menfaatlerde, bu menfaatleri dengeleyen bir çözüm getirilmesidir. Müteahhidin menfaati, ücret borcunu tahsil etmek olduğu gibi bir sonraki aşamaya belli nakit ile geçecek olmasıdır.

Dönme kavramı ile fesih kavramları arasındaki en temel fark konusunda doktrinde net bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme kavramlara ayrı ışık tutacak nitelikte bir değerlendirmedir²⁸⁰. Değerlendirmeye göre gerek fesih gerekse dönme kavramları konusunda her iki kavram da ileriye etkili kavramlardır. Zira yazarın değerlendirmesinde ileriye etkili dönmenin fesih olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmıştır. Fesih kavramı ile dönme kavramları borç ilişkisini sona erdiren kavramlar olarak mütala edilmiştir. Kavramlar arasındaki temel fark olarak da

²⁷⁹ SELİÇİ, s.212

²⁸⁰ SELİÇİ, s.213 vd.

feshin borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmesine rağmen geçmiş üzerinde etki yapmaması, dönmenin ise yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi borcu doğurması gösterilmiştir. Yazar bu görüşünün neticesinde dönmeden geri verme borcunun doğumuna dair sonucun kaldırılması halinde, fesihden bir farkı olmayacağını ifade etmektedir²⁸¹. Yazarın vardığı bir diğer sonuç da sürekli edimin yerine getirilmesinde dönmenin yerini olağanüstü feshin almasıdır.

İsviçre Borçlar Kanunu çevirilerinde de kanunumuzdaki fesih terimi yerine dönme terimi kullanılmıştır²⁸². İBK'daki tam tercüme dönme olarak, BK'daki ise fesih olarak belirtilmiştir. Yazarlarca mevzuatın şerhinde dönme terimi üzerinde açıklama yapılmıştır. Neticede SELİÇİ'nin görüşüne iştirakle dönme ile fesih arasında geri verme borcunun dönmede yer almasına dair bir sonucun var olduğunu ve de kurumlar arasında sonuç dışında bir fark olmadığına kanaat getirmekteyiz. Ancak temel fark olarak ifade edilebilecek olan şudur ki, fesih kavramı her zaman ileriye etkili sonuçlar doğurmakta iken, dönme kavramının sözleşmeyi sona erdirirken geriye dönük sonuçlar doğurduğu ve yeni dönme teorisine göre tasfiyeye yönelik borçları içermekte olduğudur. Tasfiye usulü kavramlar arasındaki farkı belirlemektedir.

bb) Fesih –Bozma Farkı

Sözleşmenin sona ermesi nedenlerinden biri de “bozma” olup, bozma sözleşmenin taraflarının borç ilişkisini tamamen ortadan kaldırmak konusunda anlaşarak bu amaçla yeni bir sözleşme yapmalarına, bozma sözleşmesi eski terimle *ikale* adı verilmektedir²⁸³. Sözleşmenin tarafları bozma sözleşmesi ile daha önce aralarında yapmış oldukları bir sözleşmeden kaynaklanan alacak ve borçtan karşılıklı

²⁸¹ SELİÇİ, s.214 ve devamında monografisinin konusu gereği sürekli borç ilişkileri açısından konuya eğilmekte ise de sürekli bir borç ilişkisi doğurmayan ve iş görme edimini ağırlıkla içeren ve karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan eser sözleşmesinde terimsel ve kavramsal açıdan yazarın görüşleri önemlidir. Zira çalışmamızın ilerleyen kısımlarında sözleşmenin feshinde, sonra doğacak borçlar ve tasfiyesi incelenirken, dönme tasfiyesi ile fesih tasfiyesinin yazarın ifadeleri karşısında farklı olması gerekeceği sonucu çıkmaktadır. Bu anlamda çalışmamızın bu kısmında eser sözleşmesinde bağımsız olarak fesih kavramı değerlendirilmekte olup aşağıda kavramın BK 365/II. madde anlamında fesih mi dönme mi sayılacağı ve de eser sözleşmelerindeki fesih kavramının dönme kavramı olup olmadığı incelenecektir.

²⁸² BECKER, s.641

²⁸³ EREN,C.2, s.1246

olarak vazgeçmektedir²⁸⁴. Bu sözleşme, temel kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğuracaktır. Ancak bu sözleşmenin geleceğe etkili sonuçlar doğurabileceğine dair taraflar anlaşabilirler²⁸⁵. Bozma da fesih gibi tasarruf işlemidir. Bu nedenle sözleşmenin taraflarının tasarruf ve sözleşme ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir²⁸⁶. Bozma bir sözleşme olduğu için kurulmasında tarafların açık veya zımni beyanları her ikisi birden geçerli olabilecektir²⁸⁷. Bu halde somut olay üzerinde değerlendirilme yapılması gerekecektir.

Fesih kurumu ile bozma kurumlarının karşılaştırması yapıldığında görülebilir ki, kurumlar arasında öncelikle nitelik yönünden ve içerik yönünden farklar bulunmaktadır. Fesih, yerine göre bir hukuki işlem olarak tezahür edebildiği gibi, bir hak olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Bozma ise bir sözleşmedir. Tarafların iradelerinin varlığı olmaksızın hukuk alemine doğması ise mümkün değildir. Fesih, muhatabına vardığı anda, bir görüşe göre muhatabının öğrendiği anda hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacaktır. Diğer tarafın rızası aranmayacaktır. Feshin bir hak olarak kabul edildiği hallerde ise, feshin kaynağı mevzuat veya sözleşme olarak karşımıza çıkarken, bozma emredici hükümlerin bulunması halleri hariç olmak üzere sözleşmeden kaynaklanmakta ve iradi olduğu için kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, fesihle aynı kaynaktan doğmasa da geçerli olmaktadır. Bozma zımnen de varlığı kabul olunabilir iken feshin açık ve belirli olması feshin temel şartlarından.

cc) Fesih- Geri Alma Farkı

Geri alma, sözleşme ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Geri alma, doktrince, bir hak olarak ifade edildikten sonra yasanın korumak istediği belli bir kişiye tanıdığı mevcut ve tek yanlı bir hukuki işlemi sona erdirmeye veya sonuç doğurmasına engel olma yetkisi olarak ifade edilmiştir²⁸⁸. Geri alma hakkı, doktrinde bir başka tanımla, bir irade bildiriminin hukuksal sonuçlar doğurmasını önlemek amacıyla verilmiş bir yetkiyi, geri alma karşılıklı borç yükleyen

²⁸⁴ EREN,C.2, s.1246

²⁸⁵ BİLİR, s.6

²⁸⁶ EREN, C.2, s.1247; BİLİR, s.6

²⁸⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1972, s. 696

²⁸⁸ ÖZ, s. 24

sözleşmeleri ve yerine getirme yükümünü ortadan kaldırma amacına yönelik yenilik doğuran hak ve işlem olarak ifade olunmuştur²⁸⁹. Yine, varması gerekli tek taraflı yenilik doğuran ve ileriye etkili sonuçlar doğuran bir irade beyanı ile geri alma hakkı kullanılır²⁹⁰.

Doktrinde aksi ileri sürülmemiş olan bir görüşe göre geri alma, Borçlar Hukuku sistemi dahilinde ancak geri alanın menfaatinin karşı tarafın önceki hukuki durumunun korunmasındaki çıkarı daha üstün olduğu hukuki ilişkiler için söz konusu olabilecektir. Tarafların menfaatlerinin birbirine eşit olduğu borç ilişkilerinde, geri almanın mümkün olmadığı, böylesi sözleşmelerin fesholunduğu veya dönüldüğü ifade olunmuştur²⁹¹. Bu görüş dahilinde yapılan değerlendirmede, taraflar arası sözleşmede edimden yararlanan tarafın geri alma hakkına sahip olduğu, ancak kural olarak karşılıklı borç doğurmayan sözleşmelerde bu durumun söz konusu olabileceği görülmektedir.

Geri alma, fesihden farklı bir işlem olmakla birlikte, fesih gibi bozucu yenilik doğuran bir haktır. Kullanılması ile sözleşme sona ermektedir. Sona ermesi dahilinde sözleşme tasfiye sürecine girmektedir. Örneğin, vekalet sözleşmesinde, vekaletin geri alınması ile ilişki sona ermektedir. Vekalet sözleşmesinin bir türü olan Avukatlık Sözleşmesinde, kural olarak sözleşmenin karşılıklı borç doğuran nitelikte yani ücretli olması gerekir. Müvekkilin avukatı azletmesi halinde sözleşme sona erse de avukatın müvekkilinden, vekalet ücreti alacağı varsa ve bazı masraflar avukat tarafında yapılmışsa bu halde sözleşme sona ererken geri alma işlemi ile tamamen noktalanmayacak ancak tasfiye sürecine girilecektir. Bu konuda yeni dönme teorisinin kabulü halinde böylesi bir süreç ortaya çıkacaktır. Aynı durum sözleşmenin feshinde de söz konusu olmaktadır. Geri alma halinde mevzuatta kanun koyucu bir tazminat öngörmese de feshin haksız olması halinde tazminat gereklidir.

²⁸⁹ BİLİR, s. 8; SEROZAN, s.130

²⁹⁰ EREN, C:2, s. 1250

²⁹¹ BİLİR, s. 8

dd) Fesih –İptal Farkı

Fesih gibi iptal de sözleşmeyi sona erdiren işlemlerden biridir. İptal, tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile kullanılabilen, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İptal hakkı kullanılmakla etkisi geçmişe etkili olmaktadır²⁹².

İptal, Borçlar Kanununda karşımıza butlanın müeyyidesi olarak çıkmaktadır. Bu konuda geçersiz olarak kurulan sözleşmelerin sona ermesinde iki teoriden biri iptal teorisi adını almaktadır. Bu teori dairesinde sözleşme baştan geçerli iken iptal beyanı ile geçersiz olmaktadır²⁹³. Sözleşmenin bu haldeki durumu askıda geçerlilik olarak mütala edilmektedir²⁹⁴. Geçersizlik teorisi ile ise, sözleşme baştan geçersiz olup iptal beyanı geçersizliğin müeyyidesi olarak kullanılmaktadır²⁹⁵.

Doktrinde, bazı görüşler, iptal hakkının geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, taraflarından biri tarafından geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi olarak ifade etmişlerse de, geçerli bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasının dönme kavramı ile ifade olunduğunu yukarıda belirtmiştik. İptal ise geçersiz olarak kurulmuş sözleşmelerde sözkonusu olmaktadır. Ancak, doktrinde ileri sürülen bir görüş de göz ardı edilemez ki, o da iptalin bir defa olduğudur. Zira, iptal hakkı belli bir sürede kullanılmamakla ileri sürülme kabiliyetini kaybeder²⁹⁶. Bu nedenle de, re'sen yargı aşamasında hakim tarafından göz önüne alınamaz, geçersiz olarak kurulan bir sözleşmede iptal hakkı kullanılmamakla sözleşme geçerli hale gelecektir. Doktrinde genel kabul edildiği üzere, Borçlar Kanunumuz iptal teorisini benimsemiştir. Bu anlamda, geçersizliği ileri sürülebilecek bir sözleşme baştan itibaren iptalden feragat edildiği ana kadar askıda geçerlilik halini muhafaza edecektir.

²⁹² EREN, C.2, s.1250

²⁹³ EREN, C:I, s.492

²⁹⁴ TUNÇOMAĞ, s.417

²⁹⁵ EREN, C:I, s.493, REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001, s.84 vd, SEROZAN, s.151, TUNÇOMAĞ, s.124

²⁹⁶ BİLİR, s.9

Fesih kavramı ile iptal kavramlarını karşılaştırdığımızda ise, her ikisinin de bozucu yenilik doğuran haklar olduğu görülebilecektir. Ancak temel fark, feshin ileriye etkili olmasına rağmen, iptalin geriye etkili olmasıdır. Fesih hakkı kullanılabilmesi zaman sözleşmenin kuruluşundaki bir sakatlık fesih hakkının doğumuna neden olmamıştır. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen bir olay, fesih hakkının doğumunu sağlamıştır. İptalde ise irade sakatlığı baştan beri vardır²⁹⁷. Sözleşme adeta ödünç bir geçerlilik, yani askıda geçerlilik halindedir. Kanuni sürelerin sonunda sözleşmenin taraflarının baştaki sakat iradeleri sıhhat bulmuş sayılmaktadır. Sözleşmenin seyrinde yeni bir durum ortaya çıkmamış, sözleşme iptal hakkının kullanımı ile ödünç geçerliliğini gerçek irade durumuyla değiştirmiş olmaktadır. Bu anlamda da fesih koşullarına göre tazminat hakkı doğurduğu gibi, iptal de tazminat hakkını kusursuz olan tarafa bahşetmektedir.

2- FESHİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde genel olarak ifade olunduğu üzere, fesih yenilik doğurucu bir işlem olarak ifade edilerek, borç ilişkisine doğrudan etkili olarak sözleşmenin diğer akidinin, hukuki neticenin meydana gelmesine katılması gerekmeksizin borç ilişkisini sona erdirdiğinden bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir²⁹⁸. Kanımızca bu kabul isabetlidir, zira yenilik doğuran haklar sahibine tek taraflı irade açıklaması ile yeni bir hukuki durum yaratmak veya mevcut bir hukuki durumu tamamen ortadan kaldırmak yetkisini veren haklar olarak tanımlanmaktadır²⁹⁹. Bozucu yenilik doğuran haklar ise, yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasında, mevcut bir hukuki durumun ortadan kalkmasında varlığından söz edilen haklardır³⁰⁰. Feshin bir hak olarak mevzuatta yer aldığı durumlarda kanımızca yenilik doğuran hakkın içerik olarak fesih kavramıyla örtüştüğü görülmektedir. O halde feshin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Fesih, hak sahibinin tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile kullanılabilir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde feshin hüküm ve sonuçlarını

²⁹⁷ EREN, C.1, s.492 vd.

²⁹⁸ SELİÇİ, s.115

²⁹⁹ GÖZLER, s.329

³⁰⁰ BİLGE, s.256

doğurabilmesi için sözleşmenin diğer tarafının hakimiyet alanına ulaşması gerekmektedir. Fesih öyle bir haktır ki, muhatabının kabul veya reddine bağlı bir hak değildir³⁰¹. Fesih hakkı, bozma sözleşmesinden farklı olarak şarta tabi tutulamaz ve bu hak kullanıldıktan sonra geri alınmaz³⁰². Ancak, bu genel ve doktrince ittifakla belirlenen durumun her zaman geçerli olduğu söylenemeyecektir. Zira feshin genel ilkelerinden olan fesih beyanının açık ve belirli olması ilkesinin ihlal olunmaması koşulu ile feshin şarta bağlanabileceği belirtilmiştir³⁰³. Bu duruma ilave olarak, feshin şarta bağlanmasına feshin muhatabının muvafakat ettiği hallerde şartlı feshin geçerli olacağı ifade olunmuştur. BK 267. madde ve 293.maddedeki iradi şartla yapılmış bulunan feshin kabul edilmesi de bu duruma örnek olarak gösterilmiştir³⁰⁴.

Doktrince genel olarak kabul edildiği üzere, fesih hükümleri muhatabının irade beyanını öğrendiği anda değil, bunun karşı tarafa ulaşması anından itibaren sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır³⁰⁵. Ancak, bazı yazarlar varma teorisini değil öğrenme teorisini benimsemişler, bu teori dairesinde fesih beyanının muhataba varması yeterli olmayıp muhatapça da öğrenilmesi gerekmektedir³⁰⁶.

Feshin kaynağı açısından yapılacak bir değerlendirmede hukuki ilişkinin durumuna göre bir hak olarak kabul edilebildiği durumlarda feshin kanundan ya da sözleşmeden kaynaklandığını görebilmekteyiz. Kanun dairesinde düzenlenen fesih hakkı kapsamında, genellikle sosyal endişelerle zayıfı koruma düşüncesinin ağır bastığı sözleşmelerde, fesih hakkının emredici bir niteliğe sahip fesih hükümleri görülebildiği gibi, bu hallerden ayrı olarak genelde düzenleyici hükümler olarak feshin varlığı mevzuatta yerini almaktadır³⁰⁷.

Doktrinde açık olarak ifade olunduğu üzere, fesih aslında bir tasarruf işlemi olarak tezahür etmektedir. Borç ilişkisine doğrudan etki ederek, borç ilişkisini sona

³⁰¹ BİLİR, s.4; SELİÇİ, s.115, FEYZİOĞLU, F. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977, s.415

³⁰² EREN, C.2, s. 1248, BİLİR, s. 15,

³⁰³ BİLİR, s. 15, SELİÇİ, s.117

³⁰⁴ BİLİR, s. 15

³⁰⁵ SELİÇİ, s. 129, SÜZEK, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılıklı İnceleme, Ankara 1976, s.107, EREN, C.3, s. 297

³⁰⁶ OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.174 (Nakleden BİLİR, s.14)

³⁰⁷ EREN, C.2, s. 1248

erdirmektedir³⁰⁸. Bu anlamda fesih hakkının kullanılmasının iki tür tasarruf işlemi içerdiği belirtilmiş, ilk tasarruf, yenilik doğuran hak üzerine olmaktadır. İkinci tasarruf ise, yenilik doğurması istenen hak veya hukuki işlem üzerine söz konusu olmaktadır³⁰⁹.

Kural olarak sözleşmenin feshi herhangi bir yazılı şekil şartına tabi değildir. Bu durum BK 11/I. madde gereğidir. Ancak, bazı sözleşme türlerinde feshin yazılı olarak bildirimi zorunlu tutulabilmektedir. Aynı sözleşme türünde fesih hakkı doğuran nedenlere göre feshin şekli de değişebilmektedir. Örneğin İş Sözleşmesinin süreli fesih yolu ile feshi İş Kanunu 17. madde çerçevesinde sözlü veya yazılı yapılabilecekken, BK 19. madde dahilinde iş güvencesinden yararlanan işçilerin taraf olduğu iş sözleşmelerinde, yazılı olarak yapılması feshin geçerlilik şartı olup, BK 17. madde dahilinde ise ispat şartıdır³¹⁰. Feshin sözlü veya yazılı olmasından başka sözleşmenin feshine dair irade, dava yolu ile de muhatabına ulaştırılabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir içtihadında, fesih bildiriminin dava yolu ile de yapılabileceğini belirtmiş ve bu yolla fesholunmayı geçerli sayarak dava tarihindeki eser değerini esas almıştır³¹¹.

3- FESHİN TÜRLERİ

Doktrinde genel olarak fesih iki tür olarak ifade olunmaktadır. Bu çerçevede fesih, olağan fesih ve olağanüstü fesih olarak ikiye ayrılmaktadır.

a) Olağan Fesih

aa) Kavram ve İçeriği

Olağan fesih, fesih türlerinden biridir. Bu fesih türünde ifa edilmekte olan, ifa süresi belirsiz bir borç ilişkisinde, taraflardan birinin bir sebebe dayanmaya gerek kalmaksızın, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile geleceğe etkili olarak sona erdirilmektedir³¹². Bu hak, bozucu yenilik doğuran bir işlem olmakla, ancak

³⁰⁸ SELİÇİ, s.116, BİLİR, s.15

³⁰⁹ Von TUHR, Andreas; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen rechts, I. Bd. Zürich 1942, II. Bd. Zürich 1944, s. 244 (Nakleden SELİÇİ, s.116)

³¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 516

³¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15/12/2004 tarihli E.15-638/K.705 sayılı içtihadı

³¹² SELİÇİ, s. 132

sözleşme ya da kanun gereğince sözleşmenin tarafına tanınan bir hakkın varlığı halinde kullanılabilir. Doktrinde, özellikle üzerinde durulan nokta, olağan feshin henüz sona ermemiş ancak sürekli bir özellik taşıyan, ifa süresi belirsiz borç ilişkileri için söz konusu olabilmesidir³¹³. Sürekli borç ilişkileri olan iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmelerde, kanun veya sözleşme gereği taraflarca belirsiz bir ifa süresi varsa bu fesih gerçekleştirilebilir. Bu feshin iş hukukundaki görünümü süreli fesih hakkı şeklinde olmuştur. Bu çerçevede süreli fesih hakkı, doktrinde izah olunurken bildirimli fesih, öneli fesih, ihbarlı fesih gibi kavramlarla da açıklanmış olup, bu fesih iş hukuku dahilinde belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulanmıştır³¹⁴.

Belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde, olağan feshin görülme nedeni, böylesi sözleşmelerin, taraflar arasında birbirlerinin kişilik haklarını ihlal edici nitelikte bir ilişkinin varlık bulmasını önlemek amacıyla olduğu ifade edilmiştir³¹⁵. Sürekli borç ilişkilerinin, olağan fesih yolu ile sonlandırılmasının, kanun koyucu tarafından öngörülmesi, akti bağıllığın fiil ehliyetini aşırı ölçüde baskı altına almasına yol açacak şekilde sürmesini engellemek için öngörülmüştür³¹⁶.

Olağan fesih hakkının, kanundan yani mevzuattan kaynaklanabileceği gibi aynı şekilde sözleşmeden de kaynaklanabileceği ifade edilmiştir. Olağan fesih hakkı konusunda taraflar arasında bir sözleşme söz konusu değilse, bu durumda Borçlar Kanunu dahilindeki hükümlere müracaat edilmesi gerekecektir. Borçlar Kanunu Genel Hükümler kısmında kanun koyucu tarafından bir düzenleme yapılmamışsa da, özel hükümler dahilinde her sözleşmeye münhasıran olağan fesih nedenleri öngörülmüştür³¹⁷. Bu çerçevede konu değerlendirildiği zaman görülebilir ki, olağan fesih hukuk düzeni tarafından kural olarak meşru kabul edilen ve hatta olması gereken bir fesih türüdür. Zira kaynağını Anayasal hukuki metinlerden almaktadır. Kişilik haklarını koruyucu bir nitelik arz etmektedir. Olağan fesih hakkı, bu nedenle hukuki koşulu var olduğu sürece taraflarca kullanılabilen, varması gerekli, bozucu yenilik

³¹³ BİLİR, s.17, SELİÇİ, s. 131 vd.

³¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 515

³¹⁵ SÜZEK, s. 27

³¹⁶ BUZ, s. 210

³¹⁷ SELİÇİ, s. 133, Borçlar Kanunu dahilinde tipik nitelikte olan sözleşmelerde olağan fesih türleri vardır. Adi kira sözleşmesi için BK 262. madde, ürün kirası için BK 285. madde, hizmet sözleşmesi için BK 340.madde, adi ortaklık için BK 535. ve 536. maddelerinde olağan fesih düzenlenmektedir.

doğuran bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir haktır, çünkü hukuk düzeni kaynaklarınca sahibine tanınmıştır. Aynı zamanda, bu hak hukuki işlem ile kullanılabilen bir nitelik taşımaktadır.

Olağan fesih dahilinde, sözleşme konusu hukuki ilişki, fesih beyanı muhataba ulaştıktan sonra belirli bir sürenin geçmesini takip eden zamanda ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, olağan feshe doktrinde süreli fesih denilmektedir.³¹⁸. Doktrinde, olağan fesih için, bu fesih türünün varlığı ile ilgili olarak, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen tarafa, sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan, sözleşmeyle bağlı kalmama hakkını iade etmek gerekli olup, sözleşmenin diğer tarafına fesihten kaynaklanan bir zarar görmesini önlemek için bu sürenin gerekli olduğu belirtilmiştir³¹⁹.

Kanımızca doktrindeki bu yorum isabetlidir. Zira, kanun koyucu süreli fesih hakkı tanıdığı hallerde, süreye riayet edilmediği hallerde tazminat öngörmüştür. İş hukukunda, süreli feshin yasal koşul ve sürelerine uyulmadığında fesih gerçekleştirilirse, neticede ihbar tazminatı ödenmesi gerekecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde bir sözleşme ilişkisini aslında sona erdirmenin kural olarak kanun koyucu tarafından istenmediğini, ancak sona erdirmek için ilişkinin türüne göre fesih hakkı tanındığı, bu hakkın da kullanılmasını bir takım kural, şart ve sürelerle tabi tuttuğu görülmektedir.

Olağan feshin süreli olması konusunda, Yargıtay'ın görüşü de süresiz sözleşmelerde diğer bir fesih yolu olarak, uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın, olağan fesih imkanın da mevcut olduğu ancak, davalının bu yolu izlemesi için, makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerektiği belirtilmiştir³²⁰.

bb) Şartları

Olağan fesih hakkının kullanılması için doktrinde bir takım şartların varlığı aranmıştır. Bu şartların varlığı halinde, olağan fesih hakkı sahibi tarafından muhatabına

³¹⁸ EREN, C.2, s.1248

³¹⁹ BİLİR, s.19

³²⁰ Yargıtay 11.HD'nin 1990/1959 E. 1992/96 K. Sayılı 15/1/1992 tarihli içtihadı

karşı kullanılabilir. Olağan fesih hakkı, iki şartın varlığı halinde kullanılabilir nitelikte bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu şartlar, borç ilişkisinin sürekli olması şartı, borç ilişkisinin belirsiz süreli olması şartıdır³²¹.

aaa) Sözleşmenin Sürekli Borç İlişkisini Düzenlemiş Olması

Bir fesih hakkının, olağan fesih hakkı kapsamında olup olmadığı hakkında ilk şart; feshe konu sözleşmede düzenlenen borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olmasıdır. Bir borç ilişkisinde, ilişkinin borçlu tarafı ifasına borçlandığı edimi bir süreç içinde sürekli bir davranışla yerine getirmekteyse bu borç ilişkisi sürekli bir borç ilişkisidir³²². Bu anlamda süreklilik, borç ilişkisinde borçlanılan edimin fiili ve hukuki yönden birlik, bütünlük oluşturacak biçimde uzun bir zaman süresi içinde yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir³²³.

Olağan fesih açısından, sürekli borç ilişkisi değerlendirildiğinde ise, bu borç ilişkilerinde, borç ilişkisinin sözleşmenin tarafını bir bütünlük oluşturacak şekilde bağımlı kıldığı ya da ifaya mecbur ettiği görülmektedir. Örneğin bir kira sözleşmesinde ani edimli borç ilişkilerindeki gibi bir aylık kira borcunu ödemekle sözleşmede kiracı borcunu ifa etmiş olmayacaktır. Sözleşmede kiralama süresi bir yıl dahi olsa ve de kiracı ilk ayın sonunda taşınmazı terketse bile, bir yıllık kira bedelini ödemek borcunda olduğundan, ilk aydaki ödeme tüm borcu sona erdirecek bir nitelik taşımayacağından sürekli bir borç ilişkisi doğuracaktır.

bbb) Sözleşmenin Düzenlediği Borç İlişkisinin Belirsiz Süreli Olması

Borçlar Kanununda, belirsiz süreli nitelik taşıyan sözleşmelerde, taraflara tek taraflı olarak borç ilişkisini olağan fesih ile sona erdirme imkanı tanınmış olup, bu durum da yani borç ilişkisinin belirsiz süreli nitelik taşıması da ikinci olağan fesih şartı olarak karşımıza çıkmaktadır³²⁴.

³²¹ BİLİR, s. 20 vd.

³²² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 15

³²³ EREN, C. I, s. 129

³²⁴ SELİÇİ, s.66

Belirsiz süreli borç ilişkisi doktrinde, ifa süresi belirsiz borç ilişkileri olarak ifade edilmiştir. Bu çerçevede, ifa süresi belirsiz olan borç ilişkileri sözleşme serbestisi dahilinde tarafların azami veya asgari süre belirleyebilecekken belirlememiş olmaları halinde kanunda yer alan tamamlayıcı ve fesih imkanı veren hukuk normu ile sona erdirilebilecektir. Bu konuda İş Kanunu dahilinde belirsiz süreli iş sözleşmeleri örnek gösterilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrasında bu kurum açık bir kanuni tanıma kavuşturulmuştur. Madde hükmüne göre “iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. İş Hukuku doktrininde, bu tanım yeterli görülmemiş ve BK 340. madde hükmünden hareketle belirsiz süreli iş sözleşmesinin, taraflarca süresi belirlenmemiş ve işle güdülen amaçtan da belirli bir süre çıkarılamayan iş sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır³²⁵.

Belirsiz süreli borç ilişkileri konusunda da iki ayrı özellikte sözleşme türü dikkatimizi çekmektedir. İlk sözleşme türünde ifa süresi hiç kararlaştırılmamış olmaktadır. Bu tür sözleşmelerde, sadece süre değil diğer olağan fesih sebepleri de uygulama dışı hale getirilmeden sözleşmenin ifa düzeni kurulmuştur. Sözleşme kurulmuş ve ifaya devam edilmiş ancak süre konusu taraflar arasında başlangıçta ve sözleşme ilişkisi dahilinde sözleşmeye ek olarak dahi değerlendirilmemiş ise, bu durumda doktrin tarafından ifade edildiği gibi “gerçek anlamda tamam olmayan sözleşme” söz konusu olacaktır. Bir sözleşmede, sözleşmenin sona ermesi kanundaki diğer sona erme sebepleri ortadan kaldırılmadan ya da var olan sebepler kısıtlı olarak devre dışı bırakılmakta iken, sona erme sebepleri kararlaştırılmış ise bu halde “zayıf anlamda tamam olmayan sözleşmeler” denilmektedir. Bu son türe yakın bir sözleşme türü de şudur ki, sözleşme kurulurken taraflar gelecekte olup olmayacağı belirsiz bir olayı sözleşmenin sona erme sebebi olarak kararlaştırabilir ki bu hal de belirsiz süreli sözleşme sayılmaktadır³²⁶. Bu konuda, sahil kenarında bulunan bir çay bahçesinin kiralanması sözleşmesinde suların küresel ısınma neticesinde yükselmesi halinde kuru bir yol kalmaz ve çay bahçesine ulaşım esnasında müşterilerin suya basmadan gelmesi

³²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.259; NARMANLIOĞLU,Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, C.1, İzmir 1998, s.178

³²⁶ SELİÇİ, s.137-138, yazar neticede BK dahilinde süresinin belirsizliği nedeniyle tamam olamayan ya da başka bir sona erme sebebini uygulama dışı bırakmayan sözleşmelerdeki ifa süresinin belirsiz olduğu kabul edilmelidir. İlgili sözleşmelerde ifa süresi ya tamamen kararlaştırılmamıştır ya da kararlaştırılmış olsa da olağan fesih sistemini uygulama dışı bırakmayacak şekilde kararlaştırıldığı kanısındadır.

imkansızlaşırorsa ilgili kira sözleşmesinin sona ereceği kararlaştırılmış olması örnek olarak verilebilir kanısındayız.

b) Olağüstü Fesih

aa) Kavram ve İçeriği

Olağüstü feshi, belirli veya belirsiz süreli, sürekli edim ifasını gerektiren borç ilişkisini, sözleşmenin taraflarından birinin irade beyanı ile, haklı bir sebebin varlığı halinde, ileriye etkili olarak derhal hakkın kullanımı ile sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlamak mümkündür³²⁷.

Olağüstü feshin nitelikleri dahilinde, aşağıda şartları incelenecek olsa da olağ fesihden farklarına kısaca değinilecektir. Olağüstü fesih, sözleşmeye artık MK 2. madde çerçevesinde devam edilemeyeceği kanun koyucu tarafından hüküm altına alındığı hallerde sahibine tanınmış bir hak olarak karşımıza çıkarken, olağ fesih belirsiz süreli sözleşmelerde tarafların MK 23. maddeden kaynaklanan kişilik haklarının korunmasını hedefler³²⁸. Olağ fesih, kural olarak belirsiz süreli sözleşmelerde söz konusu olabilirken, olağüstü fesih sadece belirsiz süreli sözleşmelerde kullanılabilir bir haktır³²⁹. Doktrinde üzerinde durulan bir başka önemli nokta da, olağ üstü feshin, görev yönünden olağ fesihden ayrıldığı ve de icrasına başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde ifaya engel olan hallerin ileri sürülmesinde neden olmaktadır³³⁰.

Borçlar Kanunu dahilinde adi kira ve de ürün kirası³³¹ dışında olağüstü fesih hakkının kullanımı ile sözleşmenin sona erdirilmesinde her hangi bir süre öngörülmemiştir³³². İş hukukunda ise haklı nedenle fesih halleri düzenlenmiş olup hakkın kullanımı İş Kanunu kapsamında süreye tabidir³³³. Ancak İş Hukuku'nun karma nitelikli bir hukuk dalı olduğu konusundaki görüşler dikkate alınır³³⁴, Özel Hukuk

³²⁷ BİLİR, s. 36

³²⁸ SELİÇİ, s. 132

³²⁹ SÜZEK, s. 15

³³⁰ SELİÇİ, s. 157

³³¹ BK 264. ve 286. maddeler

³³² BİLİR, s. 37, SELİÇİ, s. 157

³³³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 460

³³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 7

kapsamında olağanüstü feshin süreli olması halinin istisnai olduğu görülebilecektir. Ancak gene de fesih hakkının kullanılabilmesi için, MK 2. madde hükmünün sarfi nazar edilmemesi gereklidir. Feshi gerektirir sebebin ortaya çıkmasından sonra uygun bir süre içinde fesih hakkı kullanılmalıdır. Hakkın kullanımında önemli oranda bir gecikmenin meydana gelmesi MK 2. maddeye aykırılık oluşturacaktır³³⁵.

Doktrinde belirtildiği üzere, olağanüstü fesih hakkının kullanımı her hangi bir şekil şartına bağlanmamıştır³³⁶. Ancak adi şirketin feshi bundan müstesnadır³³⁷. Sözleşmenin haklı sebebe dayanarak feshinde, feshin bildiri konusunda yazılı bildirim şart olmayıp bildirim dava yolu ile yapılabileceği gibi eylemli olarak da yapılması yeterli olup bu anlamda eylemin aksinin yapılması da Yargıtay tarafından feshin geçersizliğini gerektirdiği ifade olunmuştur³³⁸.

bb) Şartları

Olağanüstü fesih hakkının kullanılması konusunda şartlar öncelikle olağanüstü feshin tanımından çıkartılabilir niteliktedir. Bu anlamda sözleşmenin feshi için, feshe hakkı olan tarafın haklı bir sebebe dayanması gerekli olup, buradan hareketle feshin olabilmesi için haklı bir sebebin meydana gelmesi gereklidir. Ayrıca sözleşmenin feshi için, varması gerekli bir irade beyanı da fesih hakkının kullanılabilirliği için gereklidir. İrade beyanı, hakkın kullanılması kapsamında değerlendirildiğinden şartlar dahilinde ele alınmamıştır. Ancak şüphesiz en önemli şart, haklı sebeptir.

aaa) Haklı Sebebin Varlığı

Mevzuatta haklı sebebin sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde düzenlendiği hükümler olduğu gibi, tanımdan ve sayma yolu ile belirlemeden uzak hükümler de söz konusudur. Bu anlamda genel olarak bakıldığında, kanun koyucunun kazuistik bir haklı

³³⁵ OĞUZMAN, s.112,BİLİR, s.38, SELİÇİ, s.166, İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 14

³³⁶ BİLİR, s. 37

³³⁷ SELİÇİ, s. 167

³³⁸ Yargıtay 11.HD'nin 1990/1959 E. 1992/96 K. Sayılı 15/1/1992 tarihli içtihadı

sebebe tespitine gitmediği uygulama ile haklı sebeplerin oluşmasına irade gösterdiği söylenebilir³³⁹.

İş Kanunu çerçevesinde 24. ve 25. maddeler tarafların dayanabilecekleri haklı sebepleri hüküm altına almıştır. Aynı şekilde Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7. maddesi de haklı sebepleri tahdidi olarak saymış ve hüküm altına almıştır. Kanun koyucunun sınırlı olarak, olağanüstü fesih sebepleri öngördüğü haller mevzuatta çeşitli şekillerde hüküm altına alınmıştır.

Haklı sebep kavramının içeriği konusunda, doktrinde bir fikir birliği olmamakla birlikte, genel olarak benimsenen görüşler, çekilmezlik kavramına dayalı açıklama yapmaktadırlar. Bu çerçevede, sürekli nitelikte bir borç ilişkisini çekilmez hale getirecek sebeplerin nelerden oluşabileceğini önceden saptayabilmek imkansızdır. Borç ilişkisinin türüne göre haklı sebep kavramı şekillenmektedir.

Bir sözleşmede, taraflar arasında kurulan borç ilişkisinde taraflardan birinin eylemi sonucunda çekilmezlik ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Tarafların sözleşmeye aykırı nitelikteki davranışları, sürekli bir özellik arzeden borç ilişkisinin sona ermesi ile ilgili olarak çekilmez hale getirdikleri oranda haklı sebep oluşturacaklardır³⁴⁰.

Bir sözleşmenin haklı nedenle olağanüstü feshi için sadece tarafların davranışları değil, taraflardan bağımsız olarak ortaya çıkan, kimi durumlar da sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturabilecektir. Bu konuda, sözleşmenin kuruluşundaki koşulların değişmesi sonucunda, mevcut olan koşulların değişikliğe uğraması borç ilişkisinin sürdürülmesini çekilmez hale getirmekteyse, ya da taraflarca önceden öngörülemeyen durumların oluşumu nedeniyle sürekli borç ilişkisi çekilmez hale gelebilecektir³⁴¹. Neticede, doktrinde haklı sebep teşkil edecek durumların varlığı değerlendirilirken, çekilmezlik unsuru ile birlikte değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

³³⁹ SELİÇİ, s. 186

³⁴⁰ BİLİR, s. 43

³⁴¹ SELİÇİ, s. 194

4- FESHİN SONUÇLARI

Fesih sonucunda ortaya çıkan en temel hukuki sonuç, taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona ermesidir. Sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin fesih nedeniyle sona ermesinde tasfiye borçları doğmaktadır³⁴². Bu çerçevede, sözleşmenin temel edimlerinin geri verilmesi söz konusu olmayıp, sözleşmenin kurulmasından dolayı tarafların birbirlerine verdiklerini iade etmelerini içeren bir borç ilişkisi doğmaktadır. Örneğin, kira sözleşmesinde, kiracının demirbaş listesindeki eşyaları sağlam olarak kiralayana iade etmesi gerekmektedir. Kiracı kiralayandan eğer ödemişse, kira borçlarını geri isteyemeyecektir. Kiralayan kiracıdan teminat olarak aldığı bir şey varsa ve koşulları varsa teminatı iade ile borçlanacaktır. Bu durum da sürekli borç ilişkisinin doğal bir sonucudur. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin iade ile yükümlenen tarafı özellikle sözleşme konusu olan şeyi sağlam olarak geri vermekle mükellef olup, aksi tazminatı gerektirir³⁴³. Fesih sürekli borç ilişkisinin asli edimini sona erdirmektedir³⁴⁴. Fesih ile dönme arasındaki farkı belirtirken üzerinde durduğumuz gibi, fesih ileriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır. Doktrinde bu özelliğin sonucu olarak, feshin işlemiş ifa süresi için herhangi bir sonuç doğurmadığı ancak fesih süresi sona erdiğinde sonuç doğurmaya başlayacağı kabul edilmektedir³⁴⁵.

Tasfiye borcu, temelde geri verme borcu olup, bu çerçevede borcun muaccel olduğu an, fesih beyanının muhatabına vardığı andır. Geri verme borcu açısından muacceliyet ihbarı söz konusu olduğunda, borç derhal veya bildirimde süre verilmişse sürenin dolmasından itibaren muaccel olacaktır³⁴⁶.

Ani edimli borç ilişkilerinde, sözleşmenin feshi genelde sözleşmeden dönme olarak kendini göstermektedir. Bu aşamada çalışma konumuz eser sözleşmesi olduğundan sözleşmenin sona ermesindeki şartlara göre kimi zaman koşulları olduğunda dönme ile ilgili hükümler, kimi zaman koşulları olduğunda da fesih ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Eser sözleşmesinin feshi ile ilgili konu aşağıda

³⁴² BİLİR, s. 47

³⁴³ SELİÇİ, s. 120

³⁴⁴ SELİÇİ, s. 119

³⁴⁵ SELİÇİ, s. 119

³⁴⁶ BİLİR, s. 48, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 406, SELİÇİ, s. 122

ayrıca ele alınacağından, ani edimli sözleşmelerde dönme kavramına kısaca değinmekte fayda vardır.

Sözleşmenin dönme yolu ile sona ermesinde, dönmenin niteliği iki teori ile açıklanmıştır. Klasik teoriye göre dönme beyanı, muhatabına ulaştığı anda sözleşme geçmişe etkili olarak bozucu yenilik doğuran hakla sona ermektedir. Sözleşmeden dönmeye, klasik görüş taraftarlarına göre amaçlanan, sözleşmenin kurulduğu andan öncesine dönülmesidir³⁴⁷. Yeni dönme teorisine göre ise, sözleşmeden dönme sözleşmeyi ortadan kaldırmamaktadır. Sözleşmenin tarafları arasında tasfiye amaçlı bir borç ilişkisi kurmaktadır ve sözleşmenin içeriği bu yönde değişmektedir. Bu surette, henüz ifa edilmemiş edimler ortadan kalkacaktır. Ancak devamında ifa olunan edimler iade edilecektir.

Doktrinde dönmenin birinci etkisine borçtan kurtarıcı, ikinci etkisine borçlandırıcı etki adı verilmiştir³⁴⁸. Doktrinde ağırlıklı olarak yeni dönme teorisi benimsenmiştir. Bu teoriye göre, taraflar birbirlerinden aldıklarını geri verecekler ve sözleşme bu iade borçlarının ifası dairesinde devam edecektir. Burada, geçmişe etkili olma hali kendini göstermekte, ancak temel edimler geri verme borcu ile yer değiştirmektedir³⁴⁹. Yeni dönme teorisi çerçevesinde, sözleşmeden dönme bir yenilik doğuran hak özelliği taşımaktadır. Bu hak, değiştirici yenilik doğuran hak niteliği taşır. Henüz ifa edilmemiş olan borçlar varlığını korumakla birlikte, ifa edilenler de iade kapsamına girmektedir. Varlığı koruyan borçlar, borçlusuna ödemezlik defii hakkı bahşetmektedir³⁵⁰.

Eser sözleşmesi açısından ve münhasıran çalışmamız kapsamında durum aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

³⁴⁷ ÖZ,s.34,EREN,C I,s.297

³⁴⁸ EREN,C. I,s.298

³⁴⁹ EREN,C.I,s.300

³⁵⁰ UÇAR,s.176;SEROZAN,s.546

B- İNFİSAH KAVRAMI VE ESER SÖZLEŞMESİNİN İNFİSAHININ MÜMKÜN OLUP OLAMAYACAĞI

İnfisah kavramı, genellikle bir topluluk oluşturan ve aynı amaca yönelik faaliyette bulunan yani aynı menfaat etrafında tarafların birleştiği sözleşmeler için söz konusu olmaktadır. Bir derneğin veya bir ticaret şirketinin infisahı buna örnek olarak gösterilebilir. İnfisah bir tüzel kişiliğin kendiliğinden sona ermesi demektir³⁵¹. Karşılıklı menfaatleri düzenleyen sözleşmelerde infisahın mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde bir tartışma söz konusu olmamıştır. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde, sözleşmede ifa borçlusunun şahsı önem taşıdığı hallerde ilgili tarafın ölmesi ile, sözleşmenin konusuz kalması ile sözleşme münfesihi olacaktır.

Bir anonim ortaklığın infisahından söz edebilmek için, mevzuatta veya ana sözleşmesinde öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile karar alınmasına ya da ihbarda bulunulmasına gerek olmaksızın anonim ortaklığın kendiliğinden sona ermesi gerekmektedir. İnfisah, bu şekli ile sebebin gerçekleştiği andan itibaren ileriye etkili olarak sona erecektir. Anonim ortaklığın sermayesinin 2/3'ü oranında kaybı ortaklığın infisahı sonucunu doğuracaktır³⁵². Bu takdirde, durum mahkeme kararı ile tespit edilecektir ve yargılama makamları nezdinde açılacak olan dava tespit davası özelliği taşıyacaktır. Tespit davası olmasının sebebi de mevcut sona erme halinin varlığını tespit etmektir³⁵³. İnfisah hali, mahkeme kararı olmaksızın da varlık bulacak olup karar tespit niteliğini bu nedenle taşıyacaktır.

Dernekler de anonim ortaklıklar gibi yasada belirtilen sebeplerin ortaya çıkması durumunda kendiliğinden sona ererler. Bu durumda, ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. Dernek, belirli bir süre için kurulmuşsa bu sürenin dolması ile sona erecektir. Üyeler, aynı faaliyet için dahi olsa devam etmek isteseler yeni dernek kurmak zorunda kalacaklardır³⁵⁴. Derneğin amacının gerçekleşmesi, ya da amacının gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi, derneğin aciz hale düşmesi, yönetim kurulunun kurulmasının

³⁵¹ TÜRK, Ahmet; Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999; s. 201

³⁵² TÜRK, s.201

³⁵³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.769

³⁵⁴ ZEVLİLİLER, Aydın/ACARBEY, Beşir/GÖKYAYLA, Kemal; Medeni Hukuk, Ankara 1999, s.694

kesin biçimde imkansızlaşması, üst üste iki genel kurul toplantısının yapılamaması, ilk genel kurul toplantısının yapılamaması gibi durumlar derneğin infisahı sebeplerindendir.

İnfisahın en önemli sonucu, tüzel kişilerde gene bir sözleşme olan esas sözleşmenin ve tüzel kişiliğin sona ermesine neden olmasıdır. İnfisahi takip eden dönemde artık tüzel kişilik tasfiye edilecektir.

Borçlar Kanununda, şahsa bağlı sözleşmelerin infisahından söz edildiği özel hükümler yer almaktadır. Kanun koyucu, BK 384. ve 397. maddelerde şahsa bağlı olarak kurulan yaygın sözleşmelerinde, yazarın ve vekalet sözleşmelerinde vekilin veya müvekkilin ölümü halleri gibi sözleşmelerin taraflarından sözleşmenin kurulmasında şahsi öneme sahip olan tarafın, ortadan kalkması halinde sözleşme infisah edecektir³⁵⁵. Bu durumda şahsa bağlılık temelinde olan sözleşmelerde, ilgili sözleşmenin devam etmemesi de sözleşmenin kuruluşundaki icap- kabul dengesine uygun bir durumdur.

Eser sözleşmesini, infisaha konu olabilen tüzel kişiler gibi kendiliğinden sona eren bir sözleşme olarak kabul etmek kural olarak mümkün gözükmemektedir. Zira, çalışma konumuz dahilinde olan eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshinde dahi sözleşme ortadan kalkmamakta, hakim kararı ile ya müteahhidin ücretinin arttırılması yoluna gidilecek ya da sözleşme fesholunacaktır. Ancak sözleşme beklenilmeyen halin oluşumunda ortadan kalkmış sayılamayacaktır.

Doktrinde eser sözleşmesinin infisahına dair olarak sadece BK 371. madde örnek gösterilmiştir³⁵⁶. Bu madde hükmüne göre eser sözleşmesi müteahhidin kişiliği esas alınarak yapılmış ise, müteahhit öldüğü ya da kusuru olmaksızın sözleşmede kararlaştırılan işi bitirmekten aciz kalmışsa eser sözleşmesi kanuni tabiri ile “*münfesih*” olacaktır. Müteahhidin ölümü ya da işi tamamlamaktan kusursuz olarak acze düşmesi halinde eser sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir³⁵⁷. Müteahhit, eser sözleşmesinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında bir takım özellikleri , yani yetenekleri , kişisel bir kısım özellikleri nedeniyle iş sahibi tarafından sözleşmenin tarafı olarak

³⁵⁵ ÖZYÖRÜK, s.39

³⁵⁶ ÖZYÖRÜK, s.38

³⁵⁷ ERGEZEN, s.156

kabul edilmiş olabilir³⁵⁸. Örneğin, çok ünlü bir cam ustasının çok özel ve meslek sırrı niteliğinde bir bilgi ile bir kimsenin camdan büstünü yapmak üzere bir sözleşme imzalanmış olabilir. Bu ustanın ölmesi ya da ellerini bir kaza sonucu kaybetmesi ya da astım hastalığına yakalanarak, cam üfleyemez hale gelmesi halinde taraflar arasındaki eser sözleşmesinin münfesihi olması kaçınılmazdır.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre de, BK 371.madde eser sözleşmesinin infisahını değil sözleşmenin haklı nedenle feshini düzenlemektedir. Bu görüşe gerekçe olarak da, 1926 tarihli Medeni Kanun 539. maddesini göstermekle bu maddede, mevzuatta diğer istisnai haller saklı kalmak kaydı ile mirasçıların sözleşmelerden ve borçlardan sorumluluğu söz konusu edilerek kural olarak müteahhidin ölümü sonucunda, mirasçıların sözleşmeye taraf olmaya devam edebilmesinde, bir engelin bulunmadığı, kural olarak sözleşmenin devam ettiği ancak BK 371. maddenin de istisnai özellik taşıdığını belirtmişlerdir³⁵⁹.

Eser sözleşmesinin taraflarından biriyle ilgili yukarıda ifade edilen durumlardan birinin ortaya çıkması halinde eser sözleşmesi ifa olunabilirliğini yani konusunu kaybedecektir. Bu anlamda sanki bir tüzel kişiliğin, gerçek kişilerdeki canlılık vasfına benzer özellikleri olan genel kurulların toplanamaması, amacının imkansız hale gelmesi gibi durumların ortaya çıkması halinde infisah olması gibi eser sözleşmesi de bir ilişki doğurduğundan bu ilişkinin varlığını kaybetmesi de bir bakıma infisah sayılabilecektir.

Eser sözleşmesinin infisah edemeyeceğini ancak haklı nedenle fesholunabileceğine ilişkin görüşte savunulan bir noktayı isabetli bulmamaktayız. Zira, eser sözleşmesi uygulanamaz bir hale gelmiş ve tarafların varlığı ya da ilişkinin varlığının sorgulandığı bir aşamada, sözleşmenin devam ettiğini ileri sürmek imkansızdır. Sona erme hali, burada artık eser sözleşmelerinin genel sona erme sebeplerinden daha farklı bir niteliğe bürünmüş ve de artık sözleşme taraflarca herhangi bir hukuki eylem ya da işlem yapılmaksızın kendiliğinden ortadan kalkmıştır³⁶⁰. Tüzel kişilerin dağılmış ve işlevini yerine getiremez hale gelmiş olduğu kabul edildiğinde

³⁵⁸ TUNÇOMAĞ, s.564, TANDOĞAN, s.169

³⁵⁹ ÖZYÖRÜK, s.39

³⁶⁰ ERGEZEN, s.154

infisah ettiği kabul edilmektedir³⁶¹. Bu durumda taraflarından birini kaybetmiş ve işlevsel olmayan bir sözleşmenin ve dolayısıyla eser sözleşmesinin de infisah edebilmesi mümkündür. Özellikle, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine neden olan sebeplerin ortaya çıktığı hallerde, sözleşmenin infisahından söz edilebilecektir.

C- ESER SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİN VE ÖZELLİKLE BEKLENİLMEYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1- ESER SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesinin feshinin, hangi fesih türüne girdiği konusu, eser sözleşmesinin niteliği hakkında savunulan görüşlerden hangisinin isabetli kabul edildiği ile bağlantılıdır. Sözleşmenin niteliğine göre, feshin vasfı da değişik olacaktır. Yukarıda feshin türlerini incelerken, olağan fesih ve olağanüstü fesih olmak üzere iki tür feshin bulunduğunu belirtmiştik. Ayrıca, eser sözleşmesinin niteliği konusunda eser sözleşmesi niteliğinde, ancak imalat ve teslim durumuna göre farklı tasfiye teknikleri gereken sözleşmeler olabileceğini belirtmiş ve sonuçta kural olarak ani edimli sözleşme özelliği taşıdığını belirtmiştik. Bu durumda yapılması gereken ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinin niteliğini fesih türleri açısından değerlendirmektir.

Eser sözleşmesinin infisahına dair durumlar hariç olmak üzere, feshi konusunda, sona erme çeşitlerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öncelikle eser sözleşmesi kural olarak ani edimli bir sözleşme sayıldığı için, bu sözleşmenin fesih ile değil dönme ile sona ermesi mümkündür. Ancak, sözleşmenin niteliği ile ilgili incelemelerimizde üzerinde durulduğu gibi, eser sözleşmesi ile ilgili olarak iş sahibince sözleşmenin feshinde müteahhidin yaptığı işle orantılı ücret alması da fesih türüne göre söz konusu olabildiğinden, Borçlar Kanunu'ndaki fesih kelimesini kural olarak dönme olarak değerlendirilmesi gerekecektir³⁶².

³⁶¹ ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s.694

³⁶² Yukarıda fesih –dönme kavramları arasındaki farkı incelerken kavramlar arasında aslında tam olarak büyük bir farkın bulunmadığını ancak feshin ileriye etkili olduğunu, dönmenin ise geriye etkili sonuçlar doğurduğunu belirtmiştik. Bu çerçevede dönme terimi yerine fesih terimini burada kullanmamızın sebebi kanundaki terminolojiye sadık kalma kaygımızın baskın gelmiş olmasıdır.

Doktrinde, fesih - dönme kavramlarının eser sözleşmesinde hangisinin daha isabetli kullanılabileceğine dair tartışmada, özellikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25/1/1984 tarihli 1983/3 E. 1984/I K. Sayılı içtihadı birleştirme kararında belirtilen, kural olarak eser sözleşmesinin ani edimli olmasına rağmen bazı durumlarda sürekli edimli sözleşmelere özgü tasfiye yöntemlerinin benimsenebileceğine dair görüş de dikkate alınarak BK 369. maddenin ileriye etkili bir sona erdirme öngördüğü ve bu anlamda sözleşmeden dönmeden değil sözleşmenin feshinden söz edildiği ifade edilmiştir³⁶³. Diğer sözleşmeden dönme hallerinden farkına işaret edilmiş ve bu çerçevede eserin tamamlanmamış olması ve ihbarda bulunulması dışında hiç bir özel koşul aranmaksızın iş sahibince BK 369. maddeden kaynaklanan hakkın kullanılabildiği belirtilmiştir³⁶⁴. BK 369. maddeden kaynaklanan fesih hakkının kullanılması sözleşmeyi derhal sona erdirecektir. Doktrinde açıkça üzerinde durulduğu gibi sözleşme geleceğe etkili olarak sona erecek, burada dönmeden de söz edilemeyecektir. Teknik anlamda fesih söz konusudur³⁶⁵. Örneğin, inşaat sözleşmelerinde inşaatı yapma borcu sona ermekte, iş sahibinden de inşaatın bedelini isteme hakkı da tükenmektedir. Artık, iş sahibinden inşaat bedeli istenemeyecek olsa da müteahhidin tazminat alacağı bedel yerine ikame olmaktadır³⁶⁶. Burada, hemen olağan fesih türünü hatırlatan bir durumdan söz etmek mümkündür. Zira, kanun koyucu tarafından bahşolunan bir fesih hakkı ve sadece tazminat borcu söz konusudur. Bu durumda, haklı bir sebebin varlığının da şart olarak bulunmadığı gözetilirse, BK 369. madde hükmünün olağan fesih türü olarak kabulü gerekecektir. Zira, yukarıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararında görüldüğü gibi eser sözleşmesinin ani edimli olması, her zaman sözleşmeden fesih hakkı kullanılarak ancak sürekli borç ilişkilerine özgü tasfiye yolu ile sözleşmenin sona ermesini mümkün kılmaktadır.

Eser sözleşmesinin terminolojik olarak feshi, aslında özü yani ruhu anlamında dönmeye işaret etmektedir. Ancak kural olarak kabul edilebilecek bu durumun muhakkak istisnaları olması mümkündür. Yukarıda örnek olarak ifade ettiğimiz havayı fişek gösterisi projesinde aslında gösteri yapıldığı kadarının bedelinin ödenmesini takip

³⁶³ BİLİR, s.114, BUZ, s.218

³⁶⁴ ÖZ, s.138, BİLİR, s.115

³⁶⁵ EREN, (İnşaat Sözleşmeleri,Seminer), s.93

³⁶⁶ EREN, (İnşaat Sözleşmeleri,Seminer), s.93

eden aşamada, BK 369. madde gereğince fesihle gösterinin yapılmamış kısımları için iş sahibi, sanki bir işveren gibi ödediği kısımlar için her hangi bir borcu kalmayacaktır.

Eser sözleşmesinin, müteahhidin temerrüdü nedeniyle feshinde, aynı yorumla sözleşmeden dönmenin mi yoksa sözleşmenin feshinin mi söz konusu olduğu durumu incelenmelidir. Müteahhidin, eser sözleşmesinde ifada ve dolayısıyla teslimde temerrüdünü düzenleyen BK 358. maddesi ile ilgili olarak, doktrinde bu maddenin sözleşmenin feshini değil sözleşmeden dönmeyi düzenlediği ve buna bağlı olarak da geriye etkili sonuçlar doğurduğunu belirtmişlerdir³⁶⁷. Yukarıda, eser sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olarak yaptığımız incelemelerde BK 106-108. maddelerin burada tatbik olunması gerekeceği ve doktrinde bu şekilde bir sona ermenin dönmeyi düzenlediğini genel olarak kabul ettiğini belirtmiş olmakla birlikte, geriye etkili bu fesih türünün bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu söylemek mümkündür.

Eser sözleşmesinin feshinin niteliği üzerinde incelemelerde bulunulurken doktrindeki yazarlar, sözleşmenin niteliği ile bağlantılı olarak konuyu ele almışlardır. Yukarıda eser sözleşmesinin niteliği ve de fesih türleri içinde incelediğimiz gibi, eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşme türü olmadığı, buna karşılık bir sözleşmede fesihle söz edebilmek için o sözleşmenin sürekli borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşme olması gerektiğine işaret edilmiştir³⁶⁸. Sürekli borç ilişkilerinde, borç varlığını korudukça ifa da aynı şekilde her zaman varlığını korumakta, ifa devam etmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşme fesholunduğunda ise ifa edilen kısımlarla ilgili olarak herhangi bir tasfiye yoluna gidilmemekte, sözleşme ileriye doğru olarak sona ermektedir. Ancak eser sözleşmesinin feshi için böylesi bir durumun ileri sürülmesi mümkün görülmemiştir. Ancak BK 369. madde hükmü kapsamında durum farklı olmakla, iş sahibi sahip olduğu bozucu yenilik doğuran hakkını kullanması sadece müteahhidin eseri tamamlama borcunu sona erdirmekte, ancak iş sahibinin ücret ödeme borcu devam etmekte olduğu ileri sürülmüştür, bu durumda sözleşme sona ermemektedir³⁶⁹.

³⁶⁷ DAYINLARLI, s.61

³⁶⁸ BUZ, s.219

³⁶⁹ BUZ, s.230

Eser sözleşmesinin BK 367. madde çerçevesinde keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sona ermesinin hukuki niteliği ise, doktrinde baskın olan görüşe göre, her ne kadar kanunda, BK 367. maddenin lafzı fesih terimini içermekte ise de aslında burada geriye etkili olarak sözleşmeden dönülmesi ifade edilmiştir. Ayrıca belirtildiği üzere, burada BK 108. maddedeki sözleşmeden dönmenin aynı sonuçları söz konusu olmaktadır³⁷⁰.

2-ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Genel Olarak

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde, doktrinde tartışılan en temel sorun eser sözleşmesinin niteliği ile ilgilidir. Sözleşmenin sürekli borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşme olduğunu savunanların BK 365/II. maddedeki sona erme halini değerlendirmesi ile sözleşmenin anidimli olduğunu savunanların değerlendirmesi arasında yorum farkları ve dolayısıyla varılan sonuç farkları söz konusudur.

b) BK 365/II. Maddedeki Fesih Teriminin Gerçek Anlamıyla Feshi İfade Ettiği Görüşü

Doktrinde savunulan bu görüşün temelinde, eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasına dair görüş yatmaktadır. Eser sözleşmesini sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul eden yazarlar, BK 365/II. maddedeki terimi isabetli bulmakta ve bu terimle gerçek anlamda fesihten söz edildiğini ileri sürmektedirler³⁷¹. Bu görüşün savunucuları günümüzde azınlıkta kalmıştır³⁷². Bunlara

³⁷⁰ BAYGIN, s.170; TANDOĞAN, s.288; TUNÇOMAĞ, s.1088

³⁷¹ ERMAN, s. 106

³⁷² Karşı görüşte YAŞAR, Tanju Oktay; Enflasyonun İstisna Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi ve Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi, Ankara 1989, s. 55

göre kanun koyucu fesih, feshi ihbar, dönme, rücu kavramlarını bazen birbirine ikame olarak kullanmışsa da madde hükmünde isabet edildiğini belirtmişlerdir³⁷³.

Savunulan bu görüşe göre, eser sözleşmesinin BK 365/II. madde anlamında feshinde, sözleşmenin ileriye doğru olarak sona erdiği ifade edilmiştir. Bu anlamda fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliği taşımaktadır. Zira sözleşmenin diğer tarafının katılmasını gerektirmemekte ve kendiliğinden hukuki ilişkiyi sona erdirmektedir. Bu tür fesihte sözleşmenin diğer tarafının katılması gerekmediği gibi herhangi bir mahkeme hükmüne de gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, fesih beyanı karşı tarafa vardığı anda tekrar geri alınamayacaktır. Feshin açık ve belirli olması da gerekmektedir. Görüşün savunulmasında ortaya çıkan bir tespit de, müteahhidin sözleşmeyi değişen şartlara uydurmak için iş sahibine bildirimde bulunması ve iş sahibinin de bu durumu kabul etmemesi sonucunda fesih gerçekleşecektir. İş sahibi olan muhatabın, bu feshi geçersiz kılması imkanına sahip olduğundan iradi şarta bağlı bir fesih söz konusu olmaktadır³⁷⁴. Ayrıca, iradi şarta bağlı fesih olduğu kabul edildiği durumlarda, şart gerçekleşmeden fesihten dönüldüğü takdirde sözleşme devam edecek ancak feshin şarta bağlanamayacağı kabul edildiğinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir³⁷⁵.

Eser sözleşmesinin ani edimli olması genel kuralına istisna olarak, sürekli borç ilişkisi doğurduğu sözleşmelerde, yani iş sahibi olan tarafın sözleşmenin ifasından olan menfaatinin bir zaman dilimine yaygın olduğu durumlar için, doktrinde *eser tedariki sözleşmeleri* veya *tek bir eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleri* adı verilmektedir. Bu sözleşmelerde sözleşme ileriye etkili olarak sona ermekte ve ifa olunmuş olan edimler, sözleşmenin tasfiyesine dahil edilmemesi gereğini ifade eden yazarlar vardır³⁷⁶. Bu görüşü isabetli bulmamaktayız. Borçlar Kanununda düzenlenen eser sözleşmelerine ilişkin hükümler değerlendirildiğinde, sözleşmenin istisnai olarak sürekli bir nitelik taşıdığını ifade ederken, aslında teslimi esas alan bu sözleşme türünde ard arda edimler ifa edilse bile, her bir teslimin kendi içinde değerlendirilmesinin gereğine dair olan görüşü desteklemiştik. Bu çerçevede eser sözleşmesinin ani edimli

³⁷³ YAŞAR, s. 55

³⁷⁴ ERMAN, s. 108

³⁷⁵ ERMAN, s. 109

³⁷⁶ CİĞERİM, s. 105

bir sözleşme olmasından ötürü, fesih kavramının özü itibari ile eser sözleşmesine özellikle BK 365/II. madde hükmüne tatbikine imkan bulunmamaktadır. Sürekli borç ilişkilerine benzer tasfiye tekniği gerektiren eser sözleşmeleri istisnaen söz konusu olursa bu durumlarda fesihden değil feshe özgü usullerden söz edilebilecektir.

c) BK 365/II. Maddedeki Fesih Teriminin Dönme Olarak Yorumlanması Gerektiği Görüşü

Eser sözleşmesi nitelik itibari ile, ani edimli borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşme olarak kabul edildiğinde, ani edimli borç ilişkilerine özgü sona erme usulü olan sözleşmeden dönmenin esas alındığını, eser sözleşmesinin niteliği konusunu incelerken üzerinde durmuştuk. Dönme hakkı dahilinde, tek taraflı irade beyanı ile borç ilişkisini geriye etkili olarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmıştır³⁷⁷. Doktrinde genel kabul gören bu görüş çerçevesinde BK 365/II. maddede sözleşmenin niteliğinin ani edimli olmasından dolayı, sözleşmenin ileriye etkili olarak fesholunamayacağı belirtilmiş, buna karşılık sözleşmeden geriye etkili olarak dönülebileceği belirtilmiştir³⁷⁸.

Dönme hakkı, karşılıklı borç doğuran ve ani edimli borç ifasını esas alan sözleşmelerde tek yanlı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdiren yenilik doğuran bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Dönmenin amacı, sözleşme kurulmadan önceki duruma tarafların getirilmesidir³⁷⁹. Bu konuda BK 106. ve 108. madde hükmü tatbik edilecektir. Dönme sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıracak ve yerine getirilen edimlerin iadesi gerekecektir³⁸⁰. Klasik dönme teorisine göre, dönme işlemi yenilik doğuran bir hak bahşederek sözleşmeyi sanki hiç kurulmamış bir hale getirmeyi amaçlamaktadır. İfa olunmayan edimler kendiliğinden ortadan kalkacak ve ifa olunanlar da sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri istenecektir³⁸¹. Yeni dönme teorisi çerçevesinde ise sözleşme sona ermeyecek iade borçları söz konusu olacaktır. Sözleşme konusu tersine dönecektir. İfa olunamamış edimler için ifa etmemeye dair defi

³⁷⁷ SELİÇİ, s.208

³⁷⁸ CİĞERİM, s.106; KARAHASAN, s.1025; SEROZAN, s.513; TUNÇOMAĞ, s.1061; SELİÇİ, s.208 vd.

³⁷⁹ EREN, C.I, s.297

³⁸⁰ CİĞERİM, s.105

³⁸¹ TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP/AKMAN, s.967, BAYGIN, s.119

hakları ile ifa olunanların iadesi açısından, sözleşmeye dayalı olarak geri verme talepleri söz konusu olacaktır³⁸². Eser sözleşmesi açısından ise, yeni dönme teorisinin sadece verme borçları açısından söz konusu edileceği belirtilmiş ve de klasik görüşün esas alınması gerektiği ifade edilerek geriye doğru ortadan kalkan bir sözleşmenin ifa olunsun olmasın tüm borç ve alacakların artık akti temelini kaybettiği ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gereği savunulmuştur³⁸³.

BK 365/II. maddede fesih teriminin, dönmeyi esas aldığına dair görüşün savunucuları da katı bir şekilde dönmenin esas alınmasını ileri sürmemektedirler. Eser tedariki sözleşmelerinde, sözleşmenin ileriye doğru olarak feshinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler³⁸⁴. Biz de bu görüşe iştirakle ard arda teslimli eser sözleşmelerinde örneğin bir fabrikaya yemek imalatını ve teslimini yapan bir yemek firmasının BK 365/II. maddede konu edinilen beklenilmeyen haller nedeniyle imalatta bulunması çok güçleşmiş veya imkansızlaşmış olabilir. Bu durumda artık müteahhidin ürettiği yemekleri geri alması mümkün değildir. Aynı şekilde iş sahibinin de ifa ettiği ücreti geri istemesi, sözleşmedeki taraflar arası eşitlik dengesini bozacaktır. Bu durumda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi şeklinde tasfiye yoluna gitmekten başka bir çözüm yolu ortaya çıkmamaktadır.

Dönme görüşünü savunan yazarların üzerinde durduğu bir başka nokta da, BK 365/II. maddedeki fesih teriminin teknik anlamıyla kabulünü zorlayan bir duruma rastlanmadığı gibi kanun koyucunun eser sözleşmesini düzenlediği tüm durumlarda dönme kelimesinin yerine ısrarla fesih terimini kullanmaktadır³⁸⁵. Ancak ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde sözleşmenin feshi teknik olarak mümkün olmamakla birlikte maddi varlığı olmayan edimlerin veya olumsuz edimlerin ifasında durumun ne olacağı incelenmelidir. Örneğin bir binanın yıkılması ile ilgili bir eser sözleşmesinde sözleşmeden dönülmek istense yıkılan kısımların tekrar eski hale iadesinin gerekip gerekmediği hali değerlendirilmelidir. Teknik olarak bu her zaman mümkün olamayabilir. Aynı şekilde bir havayi fişek gösterileri serisinde yapılan, gösterilen durum ne olacaktır? Edimlerin iadesi imkansızdır. Bu durumda doktrinde ileriye etkili

³⁸² EREN, C 3, s.300

³⁸³ BAYGIN, s.120

³⁸⁴ CİĞERİM, s.107

³⁸⁵ CİĞERİM, s.108

dönmeden ve kısmi dönmeden söz edilmektedir³⁸⁶. Ancak bu halde sözleşmenin durumuna göre önce nitelik tanımlaması yapılmalıdır.

Her ne kadar Borçlar Kanunu anlamında eser sözleşmesinin ani edimliliği esas aldığı ifade etsek bile istisnai hallerde sözleşmenin sürekli borç ilişkisine konu olduğu, en azından sözleşmenin tasfiyesinde ileriye etkili bir usulün gözetilmesi de mümkündür. Bu halde BK 365/II. maddede yer alan fesih teriminin taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine özellikle edimlerin niteliğine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ancak kural olarak, sözleşmenin ani edimlilik vasfı düşünüldüğünde istisnaları olduğunu yani feshin gerçek terimiyle fesih olarak istisnaen söz konusu edilebildiğini gözeterek eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshinin aslında dönme olarak anlaşılması gerektiği fikrine iştirak etmekteyiz³⁸⁷.

ç) BK 365/II.Madde Hükümünün Eser Sözleşmesinin İnfisahı Olarak Değerlendirilebilirliği

Yukarıda eser sözleşmesinin infisahı konusunda sözleşmenin sadece tarafları ile ilgili bir kaybın sözkonusu olduğu hallerde infisahından söz edilebileceğini ileri sürmüştük. Zira, doktrinde de konuya yaklaşım aynı şekilde olmuş sadece BK 371. madde hükmü sözleşmenin infisahı olarak kabul edilmiştir³⁸⁸.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi sözkonusu olduğu durumlarda BK 365/II. madde sözleşmenin BK 371. madde gibi kendiliğinden yani hiç bir tarafın müdahalesi olmadan ortadan kalmış sayılmasına dair bir durumu düzenlememektedir. Sözleşme, hakim kararına kadar ve hatta hakim tarafından müteahhidin ücretinin arttırılmasına karar verdiği hallerde, taraflarca sona erdirilene kadar varlığını korumaktadır.

Sözleşme, beklenilmeyen halin varlığını kaybetmesinden sonra olası bir iyileşme ile gene ifa kabiliyetine kavuşabilecektir. Sözleşmenin geçerliliği konusunda her hangi bir fikir ayrılığı doktrinde sözkonusu değildir. Bu konuda aşağıda BK 365/II.

³⁸⁶ SELİÇİ, s. 213

³⁸⁷ CİĞERİM, s. 104

³⁸⁸ TANDOĞAN, s. 169; ÖZYÖRÜK, s. 38

maddedeki hakim kararının inşai bir hakkı mı yoksa bir tespit hükmü mü olduğu konusunda görüşler sunulacaktır. Ancak belirtmekte yarar vardır ki, BK 365/II. madde hükmünün sözleşmenin infisahını düzenlediğine dair bir görüş doktrinde yer almamıştır. Bu çerçevede biz de hükmün sözleşmenin infisahına dair olmadığını madde lafzından yola çıkarak kabul edebiliriz kanısındayız.

d) İş Görme Sözleşmelerinden olan Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshine Dair Mahkeme Kararına ya da Ücret Arttımına Kadar Askıda Olup Olmadığı

BK 365/II. maddenin koşullarının hukuk aleminde varlık göstermeye başlaması halinde, sözleşmenin ifa edilebilirliği ile ilgili bir açıklama doktrinde yer almamıştır. Ancak, doktrinde aşağıda incelemeye çalıştığımız görüş olan sözleşmeden dönme halinde bu işlemin hakim kararı ile mi yoksa hakim kararından sonra mı hüküm ve sonuç doğuracağına dair tartışmalar söz konusu olmuştur. Ancak bu görüşlerle birlikte sözleşmenin hakim kararına kadarki durumu hakkında herhangi bir açıklama yoktur.

Sözleşmenin hakim kararına kadarki durumu, sözleşmenin feshinin niteliği açısından da önem taşımaktadır. Zira, eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla gene bir işgörme sözleşmesi olan İş Sözleşmesi³⁸⁹ gibi askıda hükümsüzlük halinde bekleyecek midir ya da ifa güçlüğü ya da ifa imkansızlığının meydana çıkmasından itibaren bu askıda hükümsüzlük hali ortaya çıkmış mı sayılacaktır? Konu doktrinde tartışılmamıştır. Doktrinde üzerinde ağırlıkla durulan nokta, sözleşmenin müteahhit tarafından feshinin geçerliliği halinde sözleşmenin sona ereceği ile hakim kararı ile sona ereceğinin kabul edildiği hallerde sözleşmenin karar ile son bulacağına dair görüşlerdir. Sözleşme hakim kararı ile sona ereceği kabul edilirse, kanımızca sözleşme İş Hukukundakine benzer şekilde askıda kaldığı kabul edilmelidir. Askı haline geçiş durumu ise beklenilmeyen halin ortaya çıkışından sonra, beklenilmeyen halin sözleşmeyi ve taraflarını etkilemeye başladığı zaman, müteahhidin BK 365/II. maddedeki gibi dava açmadan önce, iş sahibine ihbarla durumu bildirmesinden yani iş sahibince durumun neticelenmesine dair bir hukuki işleme rıza göstermesine davet edilmesinden itibaren, sözleşmenin askı haline geçtiği kabul edilmelidir. Bu nedenle

³⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.439

hakim kararı ile sözleşmenin sona ereceği yani hakim kararın inşai bir karar olduğu görüşü esas alınır, bu halde sözleşmenin karara kadar dava süresinde askıda kaldığını kabul etmek isabetli olacaktır. Nitekim, bu süreç dahilinde hakim tarafından sözleşmenin feshine değil, ücret arttırımına karar verilirse ve sözleşme dahilinde ard arda teslim usulü dahilinde iş sahibi teslim bağı olarak ücret ödemekte ise, müteahhit zamanında ifa edemediği kısımlar için iş sahibinin ödeyeceği ücretten mahrum kalmakta buna karşılık iş sahibinin de teslimden kaynaklanan menfaati karşılanmamış olmaktadır. Dava süresinde, müteahhit artık iş sahibinden bir inşaat sözleşmesi söz konusu ise hakediş talep edemeyeceği kanısındayız. Aynı şekilde ücret borcu açısından iş sahibi ve de teslim borcu açısından da müteahhidin temerrüde düşmesi söz konusu olmayacaktır.

Dava açma yolunu, bir bakıma temerrüt haline düşmekten kurtulma ve askı halinden bu yolla faydalanma kastının meydana gelme ihtimali nasıl önlenecektir? Bu halde hakim tarafından verilecek karar davanın reddi şeklinde olduğunda yani beklenilmeyen halin meydana gelmediği ya da gelse de ifa güçlüğü ya da engeli çıkarmadığına dair karar verilirse, bu halde müteahhit temerrüde düşmüş sayılacağından askı hali de oluşmamış sayılabilecektir. Zira, iş sözleşmesi ile ilgili olarak doktrinde askı halinin söz konusu olabilmesi için İş Hukukundaki ifa imkansızlığı kavramının yeniden tanımlanarak münhasıran işçiler bakımından *beklenilmezlik* kavramı şeklinde değiştirilmesi gereği savunulmuş, beklenilmezliğin, işçiden içinde bulunduğu koşullarda işin ifasının objektif iyiniyet kurallarına göre beklenemez olması gerektiği ifade edilerek askıya alınmada genel ölçünün olduğu ifade edilmiştir³⁹⁰. Aynı görüşe devamla askı halinin kendiliğinden oluşacağı, edim ifa edilmediği takdirde de edim borçlusunun iş hukukunda askı halini gerekçe göstereceği ifade olunmuştur³⁹¹. Bu halde BK 365/II. madde anlamında bir eksikliğin söz konusu olduğu söylenebilecektir kanısındayız. Zira madde dahilinde sözleşmenin feshi veya ücret arttırımından bahsetmişse de beklenilmeyen halin ifa güçlüğü yaratması halinde bu durumun ortadan kalkmasına kadar sözleşmenin karşılıklı feshi halinin dava edilmesinin yanı sıra sözleşmenin ifası için tarafların durumun düzelmesini beklemelerini gerektirici bir halin de olması ihtimaline göre hükme ilave yapılması da gereklidir. Örneğin, savaş halinin ortaya çıktığı bir durumda bir baraj inşaatı işinde iş sahibinin devlet olması durumunda,

³⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.440; SÜZEK, s.51

³⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.440, SÜZEK, s.41

sözleşmenin ifasını başka bir müteahhitle yapmama kararı alarak, ancak savaş boyunca ücret de ödemeyerek ifa talebini ertelemesi durumu da kararlaştırılabilmelidir.

Müteahhidin eseri tamamlamakta sadece ücret menfaati değil referans iş olarak gösterme menfaati olduğu gibi, işi bizzat ifa ile kural olarak mükellef olan müteahhidin üstün ve nadir özellikte niteliklere de sahip olması durumunda, aynı işi başkası ile tamamlamak istemeyen iş sahibinin de menfaati olacaktır.

Askı halinin varlığının kabulü ile, sözleşmenin sona erdirilmesinin ve ücret arttırımının sakıncaları giderilmiş olacaktır. Zira sözleşmenin devam etmesinde beklenilmeyen halin oluşumunda kusursuz olan iş sahibinin de ücret arttırımı ile sözleşmeye katlanmasına zorlanması da askı halinin kabulü ile somut duruma göre faydalı olacaktır düşüncesindeyiz.

e) Hakim Kararının Feshin Hukuki Niteliğine Etkisi ve BK 365/II. Madde Hükmünün İnşai Dava Hakkı Olduğu Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bu görüş çerçevesinde, BK 365/II. madde müteahhide özel olarak yenilik doğuran bir hak bahşetmemiştir. Burada bir hak değil, dava yolu ile kullanılması gereken bir inşai dava hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda sözleşmeyi sona erdirme yetkisi, BK 365/II. madde açısından münhasıran hakime aittir. Müteahhidin sadece dava açmaya hakkı bulunmaktadır. Hakimin vereceği karar da niteliği açısından inşai dava hakkı tanımaktadır³⁹². Bu görüş dahilinde BK 365/II. madde metni esas alınarak yoruma gidilmiştir. Bu görüşe göre müteahhit tarafından BK 365/II. maddedeki şartlar ortaya çıktığında, sözleşmeyi ifa güçlüğüne ya da imkansızlığına maruz kalmışsa, bu halde durumu iş sahibine ihbar edecektir. İhbarın sonucunda iş sahibi ile müteahhit arasında kanuni fesih ya da ücret arttırımı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konularında bir ihtilaf meydana gelirse, bu halde hakimin vereceği karar açıklayıcı nitelik taşıyacaktır. Karar, tesbit kararı olacağı gibi feshin

³⁹² EREN, Fikret, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, BTHAE yayını, s.103

hakim denetiminden geçmesi de inşai dava hakkı niteliğine bir istisna getirmeyecektir³⁹³.

Savunulan bir başka görüşe göre de, BK 365/II. maddede düzenlenen hakimin kararı ile sözleşmenin feshi işlemi sadece müteahhit ile iş sahibi arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda yani tespit niteliğinde bir karar olmaktan ziyade her zaman inşai bir nitelik gösteren bir karardır. Bu görüşün temel iddiası, müteahhide tanınan seçimlik hakkı ancak dava yolu ile kullanabilecek olmasıdır. Bu halde hakkın kullanılması dava yolu ile olunca hakimin kararı da doğal bir netice olarak inşai nitelik taşıyacaktır³⁹⁴.

Doktrinde, hakimin kararının tespit kararı mı yoksa inşai bir karar mı olduğu konusunda tartışmalar yapılmıştır. Baskın görüş olarak karşımıza çıkan ise, hakimin kararının bir tespit kararı olduğudur. Ancak hakimin kararı her zaman tespit hükmü olmayacağı bazı koşullarda inşai nitelik taşıyacağı ifade olunmuştur. Görüşün temelinde, müteahhidin BK 365/II. madde dahilinde ortaya çıkan şartlarda sözleşmeden dönme veya ücretinin arttırılmasını isteme hakkını dava yolu ile kullanmak istemesi halinde, dava dilekçesinin iş sahibine tebliğ edilmesi ile dönmenin sonuç doğurmaya başlayacağı ifade edilmiştir. Bu anlamda hakimin vereceği karar da gerçekleşen sonucun tespiti niteliğini taşıyacaktır. Ancak asıl sorun hakimin, müteahhidin sözleşmeden dönmelerini hukuka aykırı bulması halinde söz konusu olacaktır³⁹⁵. Bu halde dava yoluyla feshin, gerçekten hukuki sonuç doğuracağını söylemek zordur. Bu halde sözleşmenin askıda kaldığını ifade etmek gerekecektir kanısındayız. Durumun özelliği artık hakimin kararına inşai nitelik vermiştir³⁹⁶.

f)Değerlendirme

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshinin, hukuki niteliği konusunda yukarıda değerlendirmeye çalıştığımız görüşlerden sonra, bu fesih türünün tasfiye tekniği ile ilgili olarak değerlendirmeyi çalışmamızın üçüncü bölümünde

³⁹³ YAŞAR, s.55

³⁹⁴ GAUCH,P.; Der Werkvertrag, 3.Aufl, Zurich, 1985, Nr.775 (TANDOĞAN, s.115'den naklen)

³⁹⁵ CİĞERİM, s.115

³⁹⁶ CİĞERİM, s.115

yapmaya çalışacağımız üzere, tür olarak burada feshin ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmelerinde genel sona erme türüne bir istisna gelmeden sözleşmeden dönüldüğü anlaşılmaktadır. Müteahhidin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyanı, her zaman büyük ve uzun süren imalat faaliyetlerini içeren inşaatlar için söz konusu olmayabilecektir. Kısa süreli bir imalat için, henüz imalata başlamadan beklenilmeyen hal meydana gelmiş ve sözleşmeyi etkilemeye başlamış olabilir. Bu nedenle her zaman feshin tasfiye tekniği olan ifa olunan edimlerin iade edilmezliği ve ileriye etkililik kuralı burada uygulanmayacaktır. İleriye etkili olmasa da, sözleşmenin bu şekilde feshinin en önemli sonucunun sözleşmenin geriye etkili olarak dönme yolu ile sona erdiği ve bu surette klasik dönme görüşüne göre sona ererek ifa olunanların sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edileceği, ancak uzun süreli imalatlar gerektiren eser sözleşmelerinde imal edilen kadar kısmın ücretinin ödenmesi gerekeceğine göre³⁹⁷, tasfiye tekniğinin de gözetilerek ileriye etkili olarak fesholunabildiği söylenebilir. Burada iade edilemezlikten dolayı, ileriye etkililiğin değil de usul ekonomisi gereğince zaten hangi tarafta ne kaldıysa o geri verilmeyecektir. Zaten geri verilse yani zilyetlikleri devrolduğunda, bir değişiklik olmayacağı için uygulamada fesih, prensipte dönme benimsenmelidir. Zira inşaatın iade edilerek hak edişin geri verilmesi teorik olarak mümkün olabilirken fiilen mümkün değildir. Hakediş belki geri verilebilir ama inşaat artık fiilen iade edilemeyecektir. Bu nedenle tarafların ileriye etkili olarak ancak teorik anlamda geriye etkili olarak sözleşmeden döndükleri ya da hakim kararının bu yönde bir dönmeye izin verdiği söylenebilecektir. Ancak sözleşmenin tasfiyesinde de görüleceği üzere taşınmaz imalatlarında, imal olunan kısım üzerinden iş sahibinin müteahhide bedel vermesi söz konusudur. Böylece tam anlamıyla sözleşmeden dönülmesi de mümkün olabilecektir.

Sözleşmenin feshi için, taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı hallerde, taraflardan müteahhidin dava yoluna başvurduğu takdirde, sözleşme dava sonuna kadar

³⁹⁷ SÜNGÜRBEY, İsmail, Yapıt Sözleşmelerinin Bir Türü Olan İnşaat İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Sözleşmelerinde Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY.2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not".YHD., Haziran, 1984, s. 781-795;SÜNGÜRBEY,İsmail, "Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir.", YHD. Şubat, 1982, s.173-194., SEROZAN, İfa, s. 210 vd.

askıda kalacak ve dava kabul edildiğinde sözleşme sona erecektir. Sona ermeye dair karar da inşai nitelikte bir karar olacaktır. Bu nedenle her ne kadar terminolojik anlamda fesih terimi kanunda kullanılmışsa da, aslında söz konusu olan sözleşmenin müteahhit tarafın dava açma ve ihbar ile gösterdiği iradesi sonucu sona ermesi olup, sona erme tarihi tartışmalıdır. Feshin sonuçları üçüncü bölümde sona erme tarihi açısından da incelenecektir.

Eser sözleşmelerinin ileriye etkili olarak feshi, BK 371. maddede müteahhidin bizzat ifasının esas alındığı hallerde, BK 370/I. maddede iş sahibinden kaynaklanan bir kaza nedeniyle ifa engeli ortaya çıkmasında, BK 369. madde gereği tam tazminle fesihte ileriye etkili olarak sözleşmenin feshinin sonuç doğurduğu ifade olunmuştur. Doktrinde belirtildiği gibi³⁹⁸ böylesi açık hallerin, kanunda açıkça hüküm altına alınmadığı hallerde kural olarak ani edimli bir sözleşme olduğunu göz ardı ederek ileriye etkililiği savunmak isabetli olmayacaktır.

III- ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER KARŞISINDA FESHİNİN ŞARTLARI

A- MÜTEAHHİD TARAFINDAN SÖZLEŞMENİN İFASINI İMKANSIZ KILAN VEYA AŞIRI GÜÇLEŞTİREN BEKLENİLMİYEN BİR HALİN ORTAYA ÇIKMASI

Çalışmamızın birinci bölümünde eser sözleşmesinin sona ermesine neden olacak ve taraflara isnad olunamayacak şekilde ortaya çıkan beklenilmeyen hallerin varlık şartlarını incelemiştik. Çalışmamızın bu kısmında beklenilmeyen halin eser sözleşmesine yansımaları durumu incelenecektir.

BK 365/II. maddenin uygulanabilirliği için ilk koşul olarak karşımıza sözleşmenin taraflarınca sözleşme kurulurken öngörülemeyen, beklenilmeyen ya da öngörülüp de sözleşmenin ifasına etki edeceği tahmin edilmeyen ve bu surette nazara alınmayan durumların ortaya çıkması aranmaktadır³⁹⁹. Bu durumları çalışmamız

³⁹⁸ BAYGIN, s.11, ÖZ, s.144

³⁹⁹ CİĞERİM, s.80

dahilinde beklenilmeyen hal olarak ifade ederek birinci bölümde tanımlarken, mücbir sebep ve olağanüstü hal kavramlarından farklarına da değinmiştik. Bu nedenle beklenilmeyen hal kavramının içeriğine burada değinmemekteyiz. Ancak, bu kısımda üzerinde hassasiyetle durulması gereken, BK 365/II. maddenin beklenilmeyen halin ortaya çıkışı ile ilgili olarak, ikili bir durumu düzenlediği görülmektedir. Madde metninde ilk durum olarak, beklenilmeyen halin taraflarca önceden tahmin edilemediği haller, ikinci durum olarak da, taraflarca tahmin edilip de göz önüne alınmayan haller düzenlenmiştir. Bu aşamada bu iki farklı şekilde beklenilmeyen halin ortaya çıkışı incelenecektir.

1- BEKLENİLMEYEN HALİN TARAFLARCA ÖNCEDEN TAHMİN EDİLEMEMİŞ OLMASI

a) Genel Olarak

BK 365/II. madde anlamında bir durumun beklenilemez olması için gereken şartları ilk bölümde incelerken, beklenilmeyen halin sözleşmenin temel edimini ihtilafa yer bırakmadan ifa edilmesini çok güç ya da imkansız hale getireceği bir hal olmasını, aynı şekilde beklenilmeyen halin, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olmaması gerektiğini belirtmiştik. Ancak, bu şartların incelenmesinde, bu şartlara temel teşkil eden gene ilk bölümde beklenilmeyen halin hukuki temeline ilişkin görüşlerdir. Beklenilmeyen hallerin kavram olarak değerlendirilmesinde, beklenilmeyen hal sayılabilecek durumların esasları incelenmiştir. Aşağıda ise, beklenilmeyen halin ortaya çıktığı kabul edilen durumlar ele alınacak olup aynı çerçevede beklenilmeyen halin çıkış zamanı ve taraflara göre değerlendirilmesi incelenecektir.

b) Beklenilmeyen Hal Kavramının İçeriği ve Ortaya Çıktığının Kabul Olunabilirliği

Doktrinde kavramın içeriğinin belirlenmesinde, esasen MK 2. madde anlamında dürüstlük kuralının temel alınacağı görüşünü destekleyen yazarlar, beklenilmeyen halin daha somut bir kritere kavuşturulmasının gereğine işaretler, öncelikle imalatta bulunan ve bu surette iş sahibine göre kendi alanında daha fazla öngörü sahibi olduğu düşünülen

müteahhidin durumu değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, müteahhitten sözleşmenin ifasından önce imalata dair masrafları ve masraflara etki eden tüm durumları bilmesi ve ücret için talep ettiği miktara katmasının beklendiği belirtilmiş, beklenilemezliğin ileri sürülmesinde uzman ve özenli bir müteahhidin bakış açısının esas alınmasının gereği ifade edilmiş, uzman ve özenli müteahhidin hayatın olağan akışına göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durumu önceden tahmin edemez bir durumda ise beklenilmeyen bir halin varlığı kabul edilecektir⁴⁰⁰. Biz de bu görüşe kısmen iştirak etmekteyiz. Ancak beklenilmeyen halin hukuki dayanağına ilişkin görüşleri incelerken de üzerinde durduğumuz gibi, müteahhidin koşulları incelenirken sadece MK 2. maddeyi esas alan görüşü değil, aynı şekilde işlem temelini çökmesi teorisini de birlikte değerlendirmek gereğini savunmuştuk. Aynı paralelde, burada da sözleşme kurulurken müteahhidin kişisel vasıf ve yeteneklerini de bilen veya bilebilecek olan bir iş sahibinin de durumu ele alınmalıdır.

Sadece müteahhidin öngörme yeterliliğinin değil, aynı zamanda işsahibinin müteahhide olan konumu ve karşılıklı durumları da değerlendirilmelidir. Örneğin, yüksek bir memuriyet derecesine sahip ve siyasi, ekonomik konjoktürü çok iyi takip eden iş sahibinin, bir inşaat sözleşmesinde demir fiyatlarının artacağını yüksek ihtimallerle tahmin ettiği halde, evinin balkon demirlerinin imal ve montaj işini konu edinen eser sözleşmesinde, eğitim durumu çok zayıf bir müteahhitle sözleşme yaparsa, MK 2. maddeyi her zaman müteahhit aleyhine yorumlamak hakkaniyetle bağdaşmayabilecektir. Böylesi durumlar için doktrinde BK 365/II. madde hükmünün uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede iş sahibinin BK 365/II.maddenin uygulanma riskini üstlendiği kabul edilmiştir⁴⁰¹. Aynı şekilde iş sahibi alanında uzman bir kişi olup da, imalat masraflarının belirlenmesinde etkin bir rol üstlenmişse beklenilmeyen halin varlığının kabulünde bu durumun değerlendirilmesinin gerekmekte olduğu ifade edilmiştir⁴⁰².

Beklenilmeyen halin hukuki temeline ilişkin görüşlerin değerlendirilmesinde karşılaştığımız tarafları temel alan görüşle, hayatın olağan akışını esas alan, yani daha objektif kriterleri esas alan görüş arasında farklılıklar bulunduğunu ifade etmiştik. Bu

⁴⁰⁰ GÜRPINAR, s.138-139

⁴⁰¹ OSER/SCHÖNENBERGER, m.373 (nakleden GÜRPINAR, s.141)

⁴⁰² BAYGIN, s.70; SELİÇİ, (Müteahhit), s.56

çerçevede müteahhidin durumu değerlendirilirken de bu görüşlerden hangisinin esas alındığı önem taşımaktadır. Hakim, somut olayı değerlendirirken objektif kriterlerden hareket eden dürüstlük kuralı teorisinden hareket ederse hayatın olağan akışına göre müteahhidi bilmese bile, bilmesi gereken bilgilere vakıf kabul edecek ve o çerçevede beklenilmeyen hali öngörüp öngöremeyeceğini değerlendirecektir. Ancak işlem temelinin çökmesi teorisini benimserse, bu sefer de nisbi bir değerlendirmeyle müteahhidin koşullarına sıkı surette bağlı bir yoruma gidecek ve hayatın olağan akışından uzaklaşma durumuna da düşebilecektir. Bu nedenle her iki teorinin de dengelenerek uygulanması gerekmektedir. Doktrindeki değerlendirmelerde objektif yorum yöntemini benimseyen yazarlar, somut olayda müteahhidin beklenilmeyen hali öngörme durumunu incelerken aynı iş ve yetişme çevresindeki normal insanların aynı cinsten işlerin özenle değerlendirilmesi konusundaki ortalama görüşlerinin temel alınması gerekeceği ifade etmişlerdir⁴⁰³.

Eser sözleşmesinde bir halin beklenilmeyen hal sayılabilmesinde en temel durum, doktrinde tereddütsüz olarak mücbir sebep halleri gösterilmiştir⁴⁰⁴. Önceden hakkında öngörüde bulunulmamış, ancak mücbir sebep sayılmayan olaylar da beklenilmeyen hal kavramı içinde sayılabilecektir⁴⁰⁵. Kış aylarının çok uzun ve soğuk geçmesi, ilgili çalışma araçlarının bulunamaması⁴⁰⁶, örneğin bir tarihi heykelin temizlenmesi için gerekli temizleme araç ve ilaçlı sıvılarının ülkeye sokulmasının yasaklanması neticesinde piyasadan teminin imkansızlaşması, büyük ve etkili depremler, geniş bir alanda etkili kuraklık, su baskını, toprak kayması gibi objektif etkilerin⁴⁰⁷ yanı sıra taraflardan kaynaklanmayan ama tarafları ve sözleşmeyi etkileyen olaylar da beklenilmeyen hal kavramı kapsamında sayılmalıdır. Örneğin, bir alt istisna sözleşmesinin tarafları olan asıl müteahhit ve alt müteahhit arasında bir eser sözleşmesi söz konusu olsun. Bu eser sözleşmesinde, sözleşmenin konusu asıl müteahhidin inşaat imalatı yaptığı bir yerde, alt müteahhidin de elektrik tesisatını imal ve teslimi sözleşme konusu olarak belirlenmiş olsun. Asıl iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle beklenilmeyen bir hal meydana gelirse, bu halde kanımca gene BK 365/II. madde

⁴⁰³ ERMAN, s.77; BAYGIN, s.68

⁴⁰⁴ ERMAN, s.72, YAŞAR, s.41, BAYGIN, s.72; CİĞERİM, s.81 vd., GÜRPINAR, s.138 vd.; TANDOĞAN, s.103 vd., GÜRSOY, s.116 vd., YALÇINDURAN, s.146

⁴⁰⁵ ERMAN, s.73

⁴⁰⁶ ERMAN, s.73

⁴⁰⁷ BAYGIN, s.73

anlamında beklenilmeyen halin olduğu kabul olunmalıdır⁴⁰⁸. Uzun süren bir grev sonucu işçi faaliyetlerinin söz konusu olmaması, savaş, seferberlik gibi durumlar sonucunda malzeme temin edilememesi, malzeme fiyatlarının devalüasyon nedeniyle aşırı derecede yükselmesi, inşaat sözleşmelerinde imalata yer olacak arsanın inşaata elverişsiz çıkması, malzeme fiyatlarına yüksek oranda vergi konulması örnek olarak verilebilecek diğer durumlardır⁴⁰⁹.

Toplumun genelini etkileyen ve beklenilmeyen hal sayılabilecek bir durumun, her zaman eser sözleşmesinde ifayı imkansızlaştırıcı veya güçleştirici nitelik taşımayacağı belirtilmiştir. Örneğin savaşın ortaya çıkması halinde, sözleşmenin ifası güçleşmemiş veya imkansızlaşmamış olabilir hatta aynı seyirde ifa devam ediyor da olabilir. Savaşın beklenilmeyen bir hal sayılabilmesi için, ifa borçlusu yani müteahhit açısından büyük etkiler doğurması gerekmektedir⁴¹⁰. Müteahhidin, poğaça imalatı ile borçlu olduğu bir eser sözleşmesinde, piyasadan unun karne ile alınması hükümet kararıyla kararlaştırılmışsa, bu halde müteahhit açısından ifa güçlüğü belki de ifa imkansızlığı söz konusu olmaktadır denebilir.

Savaş zamanında, savaş halinden barışa geçişin normale dönüş olduğu ve ifa güçlüğü doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bu konuda, ilgili imalatta müteahhit için ifa güçlüğü doğursa bile bu halin beklenilmeyen hal olmadığı belirtilmişse⁴¹¹ de bu görüş kanımızca isabetsizdir. Zira, eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile feshinin hukuki dayanağı ile ilgili birinci bölümdeki incelemelerimizde işlem temelinin çökmesi teorisi ile MK 2. maddeden kaynaklanan dürüstlük kuralı teorilerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtirken, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine amacına ve diğer koşullarını da dikkate almak gereğini ifade etmiştik. Bu halde, savaş döneminde gittikçe artan yoğunlukta devam eden bir savaşın ani bir olayla barışa dönmesi halinde savaş ekonomisinden kaynaklanan bir imalat esas alınarak yapılmış bulunan bir eser sözleşmesinde, barış halinin ortaya çıkması sözleşmenin ifasını oldukça güçleştirebilir. Aslında bizim tarafları daha göz önüne alan sentezci yaklaşımımızın

⁴⁰⁸ YALÇINDURAN, s.147

⁴⁰⁹ TANDOĞAN, s.104

⁴¹⁰ BAYGIN, s.73

⁴¹¹ BAYGIN, s.74; GÜRSOY, s.117

temelinde, madde metninin tarafların öngörememesini yani tarafların subjektif durumlarını esas alan lafzı etkili olmuştur.

Develüasyonun ve enflasyonun BK 365/II. madde anlamında eser sözleşmesine yansımaları, yani bu durumların beklenilmeyen hal olarak kabul edilip edilmeyeceği, gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında tartışılmıştır. Doktrinde, paranın değer kaybı olarak ifade olunan develüasyon karşısında bu halin bir beklenilmeyen hal olarak kabulünde bir tereddüt bulunmamaktadır⁴¹². Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında⁴¹³ develüasyon ve para değerinde değişmelerin önceden tahmin edilemez bir durum olmadığı belirtilmiştir. Bu kararların eleştirisinde, sözleşmenin develüasyondan sonra yapılması durumunda müteahhidin BK 365/II. maddeye istinaden talepte bulunamayacağı ifade edilmiştir⁴¹⁴. Kanımızca isabetli bir yaklaşım olan bu yorum paralelinde denebilir ki, taraflar mevcut durum hakkında bilgi sahibidir ve sözleşme bu koşullarda kurulmuştur. İmalatı zorlaştıran bir etkenin önceden öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemişse bu halde müteahhit BK 365/II. madde hükmünden gene yararlanamayacaktır⁴¹⁵. Develüasyon nedeniyle para değerindeki düşüşü beklenilmeyen hal olarak kabul eden görüşe göre, bu halin ortaya çıkması ile sözleşmede taraflar arasındaki denge bozulmuş olacaktır. Bu dengenin kaybı ile, sözleşmede dengenin sağlanmasını taraflardan birinin kabul etmemesi halinde sözleşme fesholunacaktır⁴¹⁶.

Beklenilmeyen halin önceden öngörülememesinde, doktrinde, sözleşmenin süresi ve sözleşmenin kurulduğu anın ayrı ayrı değerlendirildiği ve beklenilmeyen halin öngörülmesine etki eden durumlar olarak incelendiği görülmektedir. Bu çerçevede, uzun süreli bir eser sözleşmesinde, belli bir eseri imal etmeyi taahhüt eden müteahhit, durumun sözleşmenin kurulduğu zamandaki gibi lehine devam etmesini ileri süremeyecektir. Taraflar, normal değişiklikleri göz önüne almış sayılacaklardır. Sürenin kısa oluşu ise öngörme imkanlarını artıracaktır⁴¹⁷. Bu görüşün aksini savunan yazarlara

⁴¹²TANDOĞAN, s.104; KAPLAN, s.147; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.368; BURCUOĞLU, Haluk ; Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma; İstanbul 1995; s.11; EREN, s.575; SEROZAN, s.167; DOĞANAY, s.30; OĞUZMAN/ÖZ, s.143, ERMAN, s.90 vd.

⁴¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2/4/1975 tarihli 1973/T-569,1975/432 K. Sayılı içtihadı (BAYGIN,s.75)

⁴¹⁴ BAYGIN, s.75; KOSTAKOĞLU, s.519

⁴¹⁵ ERMAN, s.78

⁴¹⁶ ERMAN, s.98

⁴¹⁷ GÜRSOY, s.115; ERMAN, s.80

göre ise eser sözleşmesinin uzun süreli olması ile beklenilmeyen halin tahmin edilemez olması arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Beklenilmeyen haller sözleşmenin yapılmasından çok kısa bir süre sonra ortaya çıkabileceği gibi, uzun süreli eser sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından çok uzun süre sonra ortaya çıkan her durumun beklenilmeyen hal olarak kabulü gerekmemektedir⁴¹⁸. Bizce de sözleşmenin uzun süreli ya da kısa süreli oluşunun beklenilmeyen halin varlığını tespitinde bir kriter olarak kabulü mümkün değildir. Sözleşmenin hangi aşamasında ve ne zaman beklenilmeyen bir halin oluşacağı bilinseydi bu halde zaten sözleşmenin kurulması bile belki mümkün olmazdı; ayrıca tarafların tahmin gücü açısından kısa dönemler için tahmin oluşturmada bir olumluluk söz konusu olsaydı, o halde gene sözleşmelerin kurulması söz konusu olmayabilirdi.

Eser sözleşmesinde, iş sahibi olan tarafın sözleşmenin temelini teşkil eden halleri uzmanlara hazırlattığı bir rapora dayandırmakta ve bu konuda müteahhide bu raporlar çerçevesinde talimatlar vermiş ve bu raporların esas alınacağı kararlaştırılmışsa müteahhit BK 365/II. maddeye dayanabilecek ancak rapordaki verilerin doğruluğu iş sahibince garanti edilmemişse, bu halde müteahhidin araştırma ve inceleme yükümü devam edeceğinden ihmale dayalı olarak öngörü sahibi olamamış olan müteahhit BK 3625/II. madde hükmünden yararlanamayacaktır⁴¹⁹.

Beklenilmeyen halin varlığının kabulünde, doktrinde öne sürülen bir görüşe göre de, beklenilmeyen hal söz konusu olduğu durumların önceden öngörülmesi halinde de, beklenilmeyen halin ne zaman ve ne şekilde ortaya çıkacakları ve imalat maliyetlerine ne şekilde etki edeceği tahmin edilemeyebilir. Bu halde de BK 365/II. maddeden, müteahhidin yararlanması söz konusudur⁴²⁰. Bu görüşe iştirakle denebilir ki örneğin bir savaş halinde savaşın önceden meydana geleceği günlük olaylardan ve siyasi konjoktürün izlenmesinden tahmin edilebilir, ancak savaşın sözleşmenin tarafı olanların ülkesine etki edip etmeyeceği bilinmeyebilir. Mesela, komşu ülkeye yapılan bir düşman işgalinden, dış ticaret ve malzeme ithalatı yapmayan bir müteahhidin etkilenmesi savaşın olacağı tahmin edilse bile, ilk bakışta beklenmeyebilir; ancak işgal olunan ülkeye işgalci devletin geçiş talebine bulunmak için müteahhidin ve iş sahibinin

⁴¹⁸ GÜRPINAR, s.140-141

⁴¹⁹ TANDOĞAN, s.106; CİĞERİM, s.90

⁴²⁰ GÜRPINAR, s.141

ülkesine talepte bulunması ve neticesinde savaşa dahil olunması sonucu savaş ekonomisinin uygulanmasına bağlı olarak bir develüasyon söz konusu olursa, bu halde gene BK 365/II. madde hükmü tatbik sahası bulacaktır. Sadece sözleşmenin zamanı ve süresinin değil sözleşmenin ifa olunacağı yerin yani imalat yapılacak yerin de önemli olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda deprem bölgesinde bir inşaat sözleşmesine konu bina inşaatında deprem olmayacağını öngörmek imkansızdır⁴²¹.

c) Beklenilmeyen Hallerin Sözleşmenin Kuruluşunda Sözkonusu Olmayıp Sözleşme Kurulduktan Sonra Meydana Gelen Halleri İçermesi ile Sözleşmenin Kuruluşunda Var Olup Sonradan Ortaya Çıkması Halleri

Eser sözleşmesine tesir eden beklenilmeyen haller sözleşmenin kuruluşu sırasında söz konusu olmayabilir. Örneğin, sözleşme kurulurken bir savaş söz konusu olmaz da sözleşme ifa edilme aşamalarında imalat faaliyetinde bulunurken savaş çıkmış olabilir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen siyasi ve ülke geneline etki eden toplumsal hareketler, deprem, su basması, yangın, grev, gaz sızması, develüasyon gibi durumlar örnek olarak verilebilecek durumlar olup bu durumlar için önemli olan müteahhidin beklenilmeyen halin ortaya çıkışını tahmin edip edemeyeceği sorundur⁴²².

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile, feshinde söz konusu olan en temel ve ilk akla gelebilecek durumlar, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumlardır. Sözleşme kurulurken var olup, sözleşme kurulduktan sonra etki etmeye başlayan durumlarda ise, bu durumu müteahhidin koşullarına, yani niteliklerine ve eğitimine, müteahhitten beklenebilecek özen durumuna göre değerlendirmek gerekecektir. İnşaat sözleşmelerinde inşaatın yapılacağı arsanın bataklık arazisi ve çok sulu olması ve hatta zemininde daha farklı bir takım uyunsuzlukların söz konusu olması hallerinde, müteahhitçe yeterince araştırma yapılmamış olabilir. Bu durumda doktrinde araştırma yükümünü ihlal etmiş bulunan müteahhidin BK 365/II. madde hükmünden yararlanamayacağı belirtilmiştir⁴²³.

⁴²¹ CİĞERİM, s.90

⁴²² GÜRPINAR, s.143

⁴²³ GÜRPINAR, s.142

Müteahhit, talep edeceği ücreti belirlerken tüm koşulları araştırmalı, incelemeli ve değerlendirmelidir. Müteahhidin bu yükümünü yerine getirmesine rağmen gene de sözleşme kurulurken mevcut olup da, sonradan tesir eden bir beklenilmeyen hal söz konusu olabilir. Bir yol inşaatı sırasında yol güzergahının sözleşme kurulurken keşfolunmamış, ancak yapılan kazılarda bulunan bir arkeolojik alana denk gelmesi nedeni ile uzaması sonucu, müteahhidin artan masraflar nedeni ile BK 365/II. maddeden yararlanması mümkün olmalıdır.

2- BEKLENİLMİYEN HALİN TAHMİN EDİLEBİLMESİNE RAĞMEN TARAFLARCA DİKKATE ALINMAMIŞ OLMASI

Sözleşmenin taraflarınca beklenilmeyen hal, sözleşme kurulurken öngörülmüş olabilir. BK 365/II. madde lafzında tarafların sözleşmenin kuruluşunda tahmin etmelerine rağmen dikkate almamış olabilirler. Ancak bu durumun taraflarca sözleşmenin bir şartı haline getirilmesi her zaman gerekli değildir⁴²⁴.

İnşaat yapılacak olan yer, konunun uzmanlarına incelettirilmiş, zemin etütleri yaptırılmış ve olumlu raporlar alınarak müteahhide teslim edilmiş ve imalata başlaması beklenmiş olabilir. Dürüstlük kuralları çerçevesinde ifaya başlanmış olan eserin yeri olan arsada imalata devam edilesini engelleyen bir takım teknik aksaklıkların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Bu durumun olabileceği öngörülmüş ve gerekli raporlar bu şekilde alınmış olabilir. Örneğin, arsanın yapısının kuru olduğu belirlenmiş ancak daha sonra araziye yer altı suları zamanla doldurmuş olabilir. Bu durumda makul bir sızmanın inşaatı engellemeyeceği taraflarca kabul edilerek inşaat devam ederken aşırı yağışların oluşturduğu birikimle inşaat temelini çürütebilecek derecede su sızması söz konusu olmuş olabilir. Başlangıçta kuru tarım arzisi vasfını taşıyan kısmi ve az yer altı suyu sızan arsanın, yağışların aşırılığı sonucu artık ifa güçlüğü meydana gelmişse, müteahhidin BK 365/II. madde hükmünden yararlanması mümkündür⁴²⁵.

BK 365/II. madde lafzının öngördüğü ve sözleşme kurulmadan önce söz konusu olmayıp da, daha sonra meydana gelen beklenilmeyen haller ile eş tuttuğu tarafların

⁴²⁴ TANDOĞAN, s.107

⁴²⁵ TANDOĞAN, s.104 vd., UYGUR, C.6, s.8251; GÜRPINAR, s.144

öngördükleri ancak dikkate almadıkları haller, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında müşterek ancak yanlış bir kanaate vardığı durumlar anlaşılacaktır. Taraflar bu yanlış kanaatlerini sözleşmenin temeli olarak belirlemişler ve bu durumun ortaya çıkmayacağını var saymışlardır. Müteahhit burada, iş sahibinin verdiği bilirkişi verilerine göre eseri imale başlamakta ancak neticesinde bu verilerin yanlışlığı anlaşıldığında BK 365/II. maddeden yararlanmaktadır⁴²⁶.

Doktrinde bu durum BK 24/IV. maddedeki sözleşmenin gerekli vasıflarında hata durumuna benzer bir halden kaynaklanmakta olduğu belirtilmiştir. Taraflar masrafların artmasına neden olacak durumları görmekte, ancak yaptıkları inceleme ve araştırmalarda bu durumların ortaya çıkmayacağı neticesine varmakla, sonucu açıkça veya zımnen götürü ücretin belirlenmesine temel olarak almaktadırlar. Beklenilmeyen hallerin ortaya çıkışı ile birlikte sözleşmeye esas alınan temelin isabetsizliği de anlaşılabilir olmaktadır⁴²⁷.

Doktrinde de ifade edildiği gibi madde lafzından kaynaklanan bir durumla, taraflarca bir halin meydana çıkabileceği öngörülmesine rağmen, dikkate alınmaması hallerinde de BK 365/II. madde gereğince gerek ücret arttırımı gerekse sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir. Ancak bu durumların çok iyi tetkik edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde nazara alınmayan hallerin, sözleşmenin bir şartı mertebesine çıkartılmasının gerekli olmadığı belirtilmişse de⁴²⁸, taraflardan birinin bu durumu önceden olabirliğinin öngörülmediği bu durum hakkında, yeterince aydınlatılmadığını ileri sürmesi karşısında bir ispat vasıtasının kullanılması gerekmektedir. Yargıya intikal eden bir ihtilaf halinde, taraflardan özellikle iş sahibinin, ortaya çıkan durum hakkında bir tahminde bulunmasının mümkün olmadığını ve meydana gelen duruma, müteahhidin sözleşmeye basiretsizlikle taraf olarak katlanması gereğini ileri sürmesi mümkündür. Temelde ileri sürülecek olan, beklenilmeyen halin önceden öngörülmesinin mümkün olduğu söz konusuysa, bir anlamda tarafları birbirlerine karşı ibra edecek olan “her iki tarafın durumu tahmin etmesi” şartının gerçekleşmediği özellikle iş sahibince ileri sürülebilir bir durumdur.

⁴²⁶ GÜRPINAR, s.144

⁴²⁷ BAYGIN, s.72; TANDOĞAN, s.106

⁴²⁸ TANDOĞAN, s.104

B- BEKLENİLMİYEN HALİN ESERİN TAMAMLANMASINI BELİRLENEN ÜCRETLE SAĞLANMASINI ENGELLEMESİ VEYA AŞIRI DERECEDE GÜÇLEŞTİRMESİ

Beklenilmeyen hal kavramını birinci bölümde incelerken, kavram olarak eser sözleşmesine yansımaları da değerlendirilmiş ve bu çerçevede beklenilmeyen halin eser sözleşmesinin ifasını engellemesi ya da aşırı derecede güçleştirmesinin gerektiği incelenmiş olup, bu kısımda incelenecek olan kavramın içeriğinden ziyade eser sözleşmesine etkisi ve BK 365/II. maddenin gerçekleşme şartı açısından oluşumudur.

BK 365/II. maddede yer alan *işin yapılmasına mani olur* ifadesi doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışma dahilinde belirtildiği üzere BK 365/II. madde metninin bu konudaki yazımı yanlış olarak nitelendirilmiştir. Madde metninden anlaşılan durumun, sonradan ortaya çıkan beklenilmeyen hallerin sözleşmenin ifasını engellemesi veya güçleştirmesi şeklinde olduğu, bu halde sözleşmenin ifa imkansızlığı nedeniyle BK 117. madde gereğince sona ermesi gerektiği ifade edilmiştir⁴²⁹. Bu yanlışlığa rağmen BK 365/II. madde hükmünün BK 117. maddeye göre özel hüküm olarak konulmasından dolayı, eser sözleşmelerinde sözleşme hakim kararı olmaksızın BK 117. maddedeki bir şekilde sona ermeyecektir⁴³⁰.

İfa güçlüğü belirlenmesinde, hakimin ayrıca beklenilmeyen halin olağan müteahhit rizikosunu aşan bir durum olup olmadığını da takdir etmesi gerekecek olup, bu takdir dairesinde müteahhidin sosyal ve ekonomik durumunu da dikkate alması gerekecektir⁴³¹. Doktrinde belirtilen bir görüşe göre de BK 365/II. madde anlamındaki riziko, esasen küçük çapta işletmeler için daha çok etkili olup, büyük imalat potansiyeline sahip olan müteahhitler için daha az ihtimalle söz konusu olacaktır⁴³². Maddenin uygulama aşamasında kanımızca bu görüş daha da isabet kazanmaktadır. Zira büyük bir ekonomik krizde, bir villa inşaatını yüklenen esnaf faaliyeti sınırlarına yakın ölçekte bir müteahhidin ifa gücü ile, uluslararası çapta imalatta bulunan inşaat firması olan müteahhidin ifa gücünün birbirinden farklı olması beklenmelidir.

⁴²⁹ ERMAN, s.81

⁴³⁰ ERMAN, s.82

⁴³¹ TANDOĞAN, s.108

⁴³² TANDOĞAN, s.109

BK 365/II.madde anlamında ifa güçlüğünden farklı olarak, ifa imkansızlığı meydana geldiğinde artık, BK 365/II. madde hükmünün değil BK 117. maddenin uygulanması gerekecektir. Bu çerçevede, sözleşmede ücretin arttırılmasını beklemek isabetli olmayacak sözleşme sona erecektir⁴³³. Örneğin, sözleşmenin kurulmasından sonra çıkan bir kanunla tüm silah üreticilerinin ellerindeki silah hammaddelerine el konulacağı hükmölünse ve gerçekten de imal aşamasında el koyma hükmü icra edilse, silah imal ve teslimini konu edinen bir eser sözleşmesi için sözleşmenin ifasının güçleşmesi değil, sözleşmenin ediminin imkansızlaşmasından bahsedilebilir⁴³⁴. Bu halde ücret arttırımı istenemeyeceği gibi, söz konusu kanun hükmünün ilga olması ihtimali de bulunmuyorsa artık imkansızlıktan bahsedilebilecektir. Ancak, hakkın kullanımı açısından farklar doğacak, sözleşmede ifa yükümlenicisi olan müteahhit sözleşmeyi feshetmese bile, yeni dönme teorisi kapsamında ifa borcu sona erecek⁴³⁵, karşılığında iade borçları doğacak⁴³⁶, ancak BK 365/II. madde hükmünde sözleşme hakim kararı ile feshedilecektir. Doktrinde de belirtildiği gibi, BK 365/II. madde hükmü yorumlanırken, maddenin lafzı ile birlikte ruhundan da hareket edilmeli ve bu anlamda maddenin temelde sözleşmeyi sonlandırmaktan ziyade sözleşmede ifa güçlüğü içine düşen tarafa yardım etmeyi amaçlaması göz önüne alınmalıdır⁴³⁷. Bu görüşe iştirak ederken denebilir ki, sözleşmenin varlığının korunmasında taraflar arasındaki dengenin sağlanması esas olmakla birlikte, sözleşmenin var oluşu ile birlikte tarafların elde etmek istedikleri menfaatlerin olduğu düşünülürse, öncelikle sözleşmenin mevcudiyeti korunmalıdır. Belirtildiği gibi bir ifa imkansızlığı hali ortaya çıktığında, bu kavrama ifa güçlüğünün dahil edilmesi isabetsiz olmakta, ifa güçlüğü karşısında BK 117. madde değil, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması yolu benimsenmelidir⁴³⁸.

İfa güçlüğü kavramı, doktrinde incelenirken kavramın sınırlarının belirlenmesi adına incelemelerde bulunulmuş, bu çerçevede beklenilmeyen hallerde ortaya çıkan ifa güçlüğü halinin, teknik olarak işin tamamlanmasında değil, ifa maliyetinin aşırı derecede artması nedeniyle, eserin götürü olarak belirlenen ücretle tamamlanamaması

⁴³³ BAYGIN, s.78, yeni dönme teorisine göre ise sözleşme sona ermeyecek tasfiye aşamasına geçecektir.

⁴³⁴ ALTAŞ, (İmkansızlık), s.51 vd.

⁴³⁵ BAYGIN, s.79, ÖZ, s.156, OĞUZMAN/ÖZ, s.296; CİĞERİM, s.92

⁴³⁶ ALTAŞ, (İmkansızlık), s.76

⁴³⁷ BAYGIN, s.79

⁴³⁸ KAPLAN, s.138

olduğu belirtilmiştir⁴³⁹. Bu konuda hakimin takdir hakkının, ifa güçlüğüne saptamada belli bir takım bakış açılarının tespiti yönünden incelenmesi gereklidir. Türk doktrininin değindiği yabancı doktrin görüşlerine göre sözleşmeye hiç bir müdahale olmadığı takdirde, beklenilmeyen hallerden kaynaklanan masraf artışı, müteahhidin işi ifası ile götürü ücret arasında açık bir oransızlığa neden olduğu takdirde, ifanın aşırı derecede güçleştiğinden söz edilir⁴⁴⁰. Bir başka görüşe göre ise, müteahhidin ediminin değerini, götürü ücretle karşılaştırarak bir oransızlığın olup olmadığı belirlenemeyeceğinden yapılması gereken beklenilmeyen haller sonucu ile artan maliyetler ile sözleşmenin yapılması aşamasında hesaplanan maliyetlerin karşılaştırılmasıdır⁴⁴¹.

Türk doktrininde ise genelde *riziko* kavramı etrafında görüşler şekillenmiştir. Bu çerçevede, yukarıda da belirttiğimiz olağan rizikoyu aşma durumu ifa güçlüğü için incelenirken, masraflarda artma oranı ve ortaya çıkan ifa güçlüğüne olağan müteahhit rizikosu içinde sayılabilecek durumda olup olmadığı konusu üzerinde durulmuştur⁴⁴². Doktrinde bir görüşe göre, söz konusu güçleşmenin olağan müteahhit rizikosu içine girip girmediği, somut olaya, taraflara ve sözleşmeye göre değişecektir⁴⁴³. Ayrıca aşırı güçlük kavramı çerçevesinde, bu kavramın değişken yani elastiki bir kavram olduğu ve BK 365/II. madde hükmünün hakimin takdir yetkisine geniş yer verdiği ifade edilmiştir. Hakim, ifa güçlüğü ile eser sözleşmesinin konusunun meydana getirdiği masrafı karşılaştırmak zorundadır. Bu konuda müteahhidin menfaatinin ve karının yüksekliği ile katlanılabilirlik aynı doğrultuda olacaktır⁴⁴⁴.

Müteahhidin riziko konusunda, olağan rizikoyu yükümleneceği ancak aşırı düzeye çıkan rizikonun müteahhit tarafından yükümlenmesinin mümkün olmayacağı bu aşamada, hakimin sözleşmeye müdahalesinin isteneceği ifade edilmiştir⁴⁴⁵. Burada aslında en temel olarak yapılması gereken, sözleşmeye bağlı kalmanın müteahhit açısından meydana getireceği zarar miktarı ile, sözleşmedeki ücreti arttırmanın veya sözleşmeyi sona erdirmenin iş sahibi açısından doğuracağı zararların değerlendirilmesi

⁴³⁹ GÜRPINAR, s.145

⁴⁴⁰ GAUCH, no.1058; OSER/SHÖNENBERGER, m.373, no.9 (GÜRPINAR, s.146'dan neklen)

⁴⁴¹ ERDİN, no.239 (GÜRPINAR, s.146'dan neklen)

⁴⁴² ERMAN, s.82

⁴⁴³ ERMAN, s.82

⁴⁴⁴ BAYGIN, s.82; GÜRSOY, s.93

⁴⁴⁵ BAYGIN, s.81; ERMAN, s.82, TANDOĞAN, s.107

gereği ifade edilmiş; fakat müteahhit için meydana gelecek olumsuzluğun iş sahibine göre aşırı derecede büyük olması durumunda sözleşmeye aynı ve kararlaştırılmış olan götürü ücretle devam edilmesinin beklenemeyeceği belirtilmiştir⁴⁴⁶.

Doktrinde üzerinde durulan bir başka nokta da; sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan beklenilmeyen haller karşısında müteahhidin mahfı yani ekonomik açıdan yok edilmesi gerekli değildir. Müteahhidin ifa güçlüğüne veya ifa engeline maruz kalması yeterlidir⁴⁴⁷. Ayrıca, müteahhit yüklendiği işten bir kazanç elde edememiş olması da onun BK 365/II. maddeden yararlanmasını gerektirmez. Kar etmeme ya da zarar etme salt bir yararlanma nedeni değildir⁴⁴⁸.

C- BEKLENİLMİYEN HALİN ORTAYA ÇIKIŞININ TARAFLARA İSNAD OLUNAMAMASI

Beklenilmeyen bir halin oluşumunda, sözleşmenin taraflarının bir etkisinin olmaması gereği, BK 365/II. maddenin tatbiki açısından gerek şart olarak ifade edilmiştir. Ancak doktrinde konu tetkik edilirken, müteahhidin kusurunun bulunmaması gerektiği şeklinde nitelendirmeler yapılmıştır⁴⁴⁹. Bu konu hakkında değerlendirmeler doktrindeki görüşlerin incelenmesinden sonra aşağıda sunulacaktır. Ancak hemen belirtelim ki; BK 365/II.maddenin tatbik şartı olarak, doktrinde ifade edilen bu şart kanun hükmü çerçevesinde yer almamakta olup, doktrin tarafından bir şart olarak var olmasının gereği ifade edilmiş bir şarttır⁴⁵⁰.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile sona ermesine dair olarak meydana gelen beklenilmeyen halin müteahhidin kusurundan kaynaklanmaması gereği ifade edilmiştir⁴⁵¹. Kavramın doktrinde kusur olarak ifade edilmesine karşın, bu terimin haksız fiil hukuku ya da akti kusur anlamında kullanılmamış olduğu, aynı şekilde

⁴⁴⁶ AKYAZAN, Sıtkı; Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat,Mücbir Sebepler,Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme; BATİDER, yıl 1973, C:VII, sayı 2; s.303; BAYGIN, s.81

⁴⁴⁷ CİĞERİM, s.95

⁴⁴⁸ TANDOĞAN, s.108; ERMAN, s.84

⁴⁴⁹ BAYGIN, s.86; GÜRPINAR, s.148; TANDOĞAN, s.109; ERMAN, s.86; KARAYALÇIN, s.22; CİĞERİM, s.95

⁴⁵⁰ YAŞAR, s.51

⁴⁵¹ ERMAN, s.86

müteahhidin sadece zarar doğuran eylem yada hareketleri kastedilmediği, kusur kavramı ile belirli bir olayda iyi ve dürüst bir iş adamı olarak hareket edilmemesi halinin anlaşılması gereği ifade edilmiştir⁴⁵². Bu görüşün karşısında ileri sürülen görüşe göre, müteahhidin kusuru gerçek anlamda kusur kavramından kaynaklanmakta olup, BK 365/II. madde anlamında BK 96. ve BK 117. maddeden bağlantılı olarak kaynağını almaktadır. Bu çerçevede, borçlu kusurlu imkansızlık hallerinde, borcundan kurtulamadığı gibi clausula rebus sic stantibus ilkesinden de yararlanamayacaktır⁴⁵³.

Doktrinde kusurun sadece temerrüt olmadığı; temerrüt ile birlikte ihmal ve tedbirsizliğinde kusur kavramı dahilinde inceleneceği ifade edilmiştir⁴⁵⁴. Doktrinde gene ittifakla üzerinde durulan bir başka husus da Yargıtay'ın içtihatlarında istikrarla ortaya koyduğu gibi, müteahhidin kusurunun, basiretli iş adamı kavramının içeriği ile birlikte bulunması ve değerlendirmenin bu çerçevede yapılması gereğidir⁴⁵⁵. Yüksek mahkeme, bir içtihadında “imar ve inşaa işleriyle uğraşan davalının işyeri ticari işletme sayılmakta, kendisi de tacir sıfatını taşımaktadır. (TK 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, akti 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.⁴⁵⁶” demekle basiretli iş adamı kavramına olan atfi da gerekçelendirmiş olmaktadır.

Yargıtay görüşü de kusur kavramının varlığını kabule yöneliktir. Bir kararında⁴⁵⁷ “yüklenici işin tesliminde kendi kusuru ile geciktiği dönem için bu fiyat farkını isteyemeyeceği gibi, varsa iş sahibi eksik işlerden ötürü ayrıca dava açabilecektir”

⁴⁵² YAŞAR, s.51; GÜRİSOY, s.153

⁴⁵³ KAPLAN, s.152

⁴⁵⁴ TORUN, s.570; CİĞERİM, s.96

⁴⁵⁵ CİĞERİM, s.96

⁴⁵⁶ Yargıtay 15. HD'nin 4/10/1974 tarihli 639 E. 978 K. Sayılı içtihadı (CİĞERİM, s.96'dan naklen)

⁴⁵⁷ Yargıtay 15. HD 1/4/1996 tarihli 7259 E: 1750 K. Sayılı ilamı (UYGUR, C.7, s.8299 naklen)

demektedir. Yargıtay da görüldüğü üzere, mevzuatta yer almasa bile kusur isnad olunamama haline işaret etmektedir.

Müteahhidin kusuru kavramı, ifa güçlüğü durumu ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, ticari işletmenin yanlış yönetiminden ya da müteahhidin gerekli araç ve gereç, malzemeyi zamanında edinmemesinden, işin organizasyonunda yapılan tedbirsiz ve özensiz hareketlerden daha menfaat sağlayan diğer sözleşmelerin ifa edilmesi nedeniyle hazırlıklarının ihmal edilmesinden, alt müteahhidin kusurlu davranışından⁴⁵⁸, müteahhidin bir çok sözleşmeye taraf olmak suretiyle, kendi durumunu ağırlaştırmasından, ya da iş görme faaliyetini zamanında tamamlamamasından dolayı müteahhidin kusurlu sayılacağı belirtilmiştir⁴⁵⁹.

Müteahhidin, beklenilmeyen halin ortaya çıkmasından önce temerrüde düşmüş olduğu hallerde, BK 365/II. madde hükmünden yararlanılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶⁰. Bu çerçevede, BK 102/I. madde örnek gösterilerek temerrüt halinde, borçlunun kazadan dahi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Aynı yazar görüşü dahilinde BK 102/II. madde çerçevesinde, temerrüde düşmekte kusursuz olan müteahhidin BK 365/II. madde hükmünden yararlanabileceği belirtilmiştir⁴⁶¹.

Doktrinde ifade edildiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, müteahhit ifa güçlüğü'nün önüne geçebilecek konumdaysa ve özellikle diğer tarafın zamanında ortaya koyduğu ve tarafına yönelttiği bir teklifte yada sözleşmede yer alan bir kayıttan yararlanarak borcundan kurtulabilecek durumdaysa ya da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını sağlayabilecekken bu durumdan yararlanmamışsa bu halde BK 365/II. maddeden de yararlanamayacaktır⁴⁶².

Sonuçta, borçlu müteahhidin talepte bulunan olarak BK 365/II. maddeden yararlanacağı gözetildiğinde, meydana gelen durumun kendisinden kaynaklanmamış olması gereklidir. Bu konuda, doktrinde özellikle kusur kavramının üzerinde durulması da isabetli olup, illiyet bağı'nı sınırlayıcı bir kriter olarak değerlendirilmesi gerektiği

⁴⁵⁸ YALÇINDURAN, s.149

⁴⁵⁹ BAYGIN, s.88

⁴⁶⁰ TANDOĞAN, s.247, BAYGIN, s.88; KAPLAN, s.152

⁴⁶¹ BAYGIN, s.88

⁴⁶² GÜRSOY, s.154

kanısında. Ancak Őu noktada, tarafların eŐitliĐi ve menfaatlerin dengelenmesi gereği de kusur halinden baŐka bir illiyetten, mŭteahhidin sorumlu tutulmayıp iŐ sahibinin menfaatlerinin de zedelenmemesi gerektiği de aŐıktır. Bu anlamda, doktrinde de belirtildiği ūzere borçlunun riske katlanma zorunluluğunu gŖrmezlikten gelinmesini gerektirecek bir seviyede ise, mŭteahhide BK 365/II. maddeden yararlanma imkanı verilebilecektir⁴⁶³. Gene belirtildiği ūzere, edimler arası denge bozulmuŐ ve mŭteahhidin kusuru hafif ise BK 365/II. maddeye dayanılma imkanı verilmelidir; iŐ sahibi aleyhine çıkan adaletsizlikler karŐısında ise, riziko paylaŐımında mŭteahhit aleyhine hareket edilmelidir⁴⁶⁴. Ancak bu halde tarafların subjektif durumlarının değerlendirilmesi ve taraflar arası dengenin bu yolla sağlanması gerektiği de aŐıktır. Aksi halde taraflar arasında bozulan dengenin dŭzeltilmesi istenen Őekilde olmayacaktır.

-ESERİN TAMAMLANMIŞ OLUP OLMAMASI

Eser sŖzleŐmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile feshinin talep edilebilmesi için doktrinde kural olarak edimin ifa edilmemiş olması gerektiği belirtilmiş; edimin ihtirazi kayıt ileri sŭrŭlmeden ifa edilmiş olması halinde kural olarak sŖzleŐmenin değişen hal ve Şartlara uydurulmasının istenemeyeceği aynı paralelde fesholunmasının talep edilemeyeceği ifade edilmiŐtir⁴⁶⁵.

Doktrinde çokça ele alınmayan bu Őart için Borçlar Hukuku genel ilkelerinden ziyade, eser sŖzleŐmesinin kendine has Ŗzelliklerinden hareket etmek gereklidir. Genel hŭkŭmler gereğince ifa edilmiŐ ve sona ermiŐ bir sŖzleŐme eĐer sŭrekli borç iliŐkisi ŖzelliĐi taŐımamaktaysa sona ermektedir. Kural olarak ani edimli bir sŖzleŐme olan eser sŖzleŐmesinde ise, sŖzleŐme teslimle ve ūcret borcunun Ŗdenmesi ile kural olarak sona ermekte ancak sŖzleŐmenin taraflarından birinin ifa edip diğerinin ifa etmemesi halinde sŖzleŐme varlığını sŭrdŭrmektedir. Bu çerçevede, iŐ sahibi ūcret borcunu henŭz ifa etmezden Ŗnce, mŭteahhit beklenilmeyen hal nedeniyle mahvolma sınırında ve yŭksek ifa gŭlŭĐŭ altında eseri tamamlamıŐ ve teslim etmiŐse BK 365/II. madde gereğince bedel arttırımı ya da bu talebinin reddi halinde sŖzleŐmenin feshi ve neticesinde tasfiyesi yoluna baŐvurabilecek midir? Konu doktrinde ele alınmıŐ ve

⁴⁶³ SELİÇİ, (Mŭteahhit), s.59

⁴⁶⁴ BAYGIN, s.89

⁴⁶⁵ KAPLAN, s.154-155, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.368

değerlendirilmiştir. Müteahhit aşırı ifa güçlüğü ile karşılaşmış ve bu durumu iş sahibine ihbar etmiş, devamında da borcunu ifa etmiş ve teslim etmiş ancak iş sahibi henüz herhangi bir ifade bulunmamışsa, müteahhidin BK 365/II. maddeden yararlanabileceği kabul edilmiştir⁴⁶⁶.

Neticede, sona ermemiş olan borç ilişkisi varlığını korudukça, kanımızca da müteahhidin hakimden sözleşmeye müdahale etmesi için talepte bulunmaya hakkı devam edecektir. Örneğin, beklenilmeyen halden önce imalata başlayan bir müteahhit, beklenilmeyen hal ortaya çıktığında ilk başta, kendi iç hesaplarında ve iradesindeki sözleşmeyi kurarken, karşı tarafa yönelttiği irade beyanını ve kararlaştırılan ücret miktarını değerlendirir; yaptığı değerlendirme sonucunda gerek yeni iş alırken referans olması, gerekse başkaca iş bulma umudunun de beklenilmeyen hal karşısında kırılmış olması karşısında, götürü ücretten bağımsız olarak kaynak temini yolunu seçerek eseri tamamlamış ve iş sahibinin de menfaatini karşılamış olabilir.

Beklenilmeyen halin içinden çıkılması zor koşullarındaki sadece maddi değil manevi yıpranmışlığını da MK 2. madde gereğince iş sahibinin gözetmesi gerekecektir. Burada, bir bakıma fedakarlığın denkleştirilmesi durumu da söz konusu olabilecektir. Müteahhidin, her eser sözleşmesinde fesih yolunu seçmesi uygulama açısından pratik sonuçlar doğurmayabilir. Bir inşaat sözleşmesinde, müteahhidin sözleşmeyi feshetmesi ile tasfiye halinde eserin iadesini sağlaması mümkün olamazken, ücret arttırımını talep eden dava ile yargıya müracaatı daha uygulanabilir ve adaletli sonuçlar doğuracaktır kanısındayız.

Bu halde, eserin tamamlanmamış olması halinde eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshi söz konusu olduğu gibi, eserin tamamlandığı ancak iş sahibinin de ücret borcunu yerine getirmediği hallerde, sözleşme gene fesholunabilecektir.

⁴⁶⁶ BAYGIN, s.93; GÜLEKLİ, Yeşim, Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, MHAD, n.18, İstanbul 1990, s.53

D- FESİH BEYANINDA BULUNULMASI

BK 365/II. madde lafzında açıkça beklenilmeyen hallerin doğumunda sözleşmenin feshi için, fesih beyanının iş sahibine bildirilmesine dair bir şart yer almamaktadır. Ancak fesih kavramının sona erdirici ve yenilik doğuran vasfı gözetildiğinde varması gerekli bir irade beyanı kavramın niteliğinden kaynaklanarak karşımıza çıkmaktadır. Bu beyanın yapılma usulüne dair incelememiz, çalışmamızın, eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshine dair hakkın kullanılmasını inceleyen bir sonraki kısımda incelenecektir. Bu nedenle burada hakkın kullanılma durumundan çok, ihbar kavramının içeriği incelenecektir.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshi konusunda, feshin diğer tarafa ihbarı için doktrinde BK 357/III. madde gereği eser sözleşmesi için gerekli kıldığı belirtilmiştir⁴⁶⁷. BK 357. maddesinin üçüncü fıkrası incelendiğinde ise; iş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin ya da gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır ya da imalatın kusursuz olarak icrasını tehlikeye düşürecek bir durum meydana gelirse, müteahhit iş sahibini durumdan haberdar etmeye mecbur kalacaktır. İhbar külfeti yerine getirilmemişse bu halde müteahhit sonuçlarına katlanacaktır.

İhbar yükümünün hukuki nitelik açısından değerlendirilmesi iki açıdan karşımıza çıkmaktadır. Bir görüş külfet olarak, bir görüş ise borç olarak değerlendirmektedir. Doktrinde bir görüşe göre BK 357/III. maddedeki ihbar borcu bir *borç* olarak karşımıza çıkmakla. yerine getirilmemesi halinde BK 96. maddeye müracaat edilebilecektir. Bu madde dahilinde müteahhidin borca aykırılığı iddiasıyla sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Bu halde iş sahibi kötü ifa ya da gecikme nedeniyle zararlarının tazminini talep edebilecektir⁴⁶⁸. Ancak BK 365/II. maddeden müteahhidin yararlanmasını sağlamak için ihbarda bulunması ise bir *külfet* olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, müteahhit tarafından bu külfetin yerine getirilmemesi halinde, müteahhidin iş sahibine karşı bir sorumluluğu söz konusu olmayacak; ancak BK 365/II. maddeden kaynaklanan haklarından yararlanamayacaktır. Bu nedenle BK 365/II. maddenin uygulanma koşulu ihbarda bulunmak külfeti yerine getirilmediğinden da

⁴⁶⁷ ERMAN, s.89; BAYGIN, s.89; TANDOĞAN, s.253; ÖZ, s.80; DAYINLARLI, s.44; GÜRSOY, s.169; YALÇINDURAN, s.151

⁴⁶⁸ SELİÇİ, (Müteahhit), s.60

gerçekleşmeyecektir⁴⁶⁹. Bu görüşün isabetli olması, görüş dahilinde hükmün tesis amacından sapmadan yoruma gidilmesindedir. Müteahhit kural olarak BK 365/I. madde gereğince borcunu ifa etmek zorunda iken, kanun koyucu tarafından kendisine ifa borcundan kurtuluş imkanı ya da ifayı kolaylaştırma imkanı tanınmıştır. Bu halde durumu iş sahibine bildirmeyen müteahhit de durumun zorluğunda fedakarlıkta bulunması için iş sahibini ihbar etmezse tanınan haktan da doğal olarak yararlanamayacaktır⁴⁷⁰.

Doktrinde bazı yazarlar, ihbar külfetini iyiniyet kurallarından kaynaklandığını ifade etmektedirler. Bu anlamda müteahhit, beklenilmeyen haller ortaya çıktığında, bu durumu ve bu durum karşısında BK 365/II. madde hükmüne göre talepte bulunacağını iş sahibine bildirmezse ve işe devam etmişse, bu durumda BK 365/II. madde hükmünü ileri sürmesi iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir⁴⁷¹.

Sonuçta; eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshinin söz konusu olması için bir şart olarak ileri sürülen, feshin ihbarının kanunda açıkça BK 365/II. madde dahilinde düzenlenmemiş olması karşısında, bu şartın bir külfet olduğu kanısındayız. Zira müteahhit bu külfeti yerine getirmediği takdirde sonuçlarına kendisi katlanacak ve temerrüt hükümleri gereğince başta tazminat olmak üzere yasal yaptırımlarla karşılaşacaktır. Ancak, somut olaya göre, eğer durum BK 357/III. maddeden kaynaklanan bir durumsa bu halde BK 365/II. maddedeki meydana gelen beklenilmeyen halin BK 357/III. madde koşulları ile paralelleşmesi gerçekleşmiş demektir. Kanımızca, bu halde bir ayırım yapmak yararlı olacaktır. BK 365/II. maddesi beklenilmeyen halin, hem ifa engeli ortaya çıkarmasını hem de ifa güçlüğü ortaya çıkarmasını fesih sebebi olarak düzenlemiştir. BK 357/III. madde ise, ifayı tehlikeye düşürme halinden bahsetmektedir. İfayı tehlikeye düşürme halinde, maliyet fazlalaşması nedeniyle ifada bulunamamaktan ziyade, teknik olarak ifa edememe halinin ortaya çıkması ya da çıkabileceği tehlikesinin kendisini hissettirmesi söz konusudur. Kanımızca burada BK 117. madde hükmünün tatbik olunacağına dair emareler doğmaya başlamış ve teknik olarak bunların giderilmesi mümkün ise, gereğinin yapılması yönünde iş sahibi ihbar edilmek zorunda bırakılmıştır. Açıkça BK 357/III. madde hükmü bir borcu

⁴⁶⁹ BAYGIN, s.91

⁴⁷⁰ YAŞAR, s.54

⁴⁷¹ TANDOĞAN, s.247

düzenlemektedir. Zira iş sahibi, her halikarda zarara uğrayabilecektir. Ancak BK 365/II. madde hükmü genel kurala bir istisna getirmektedir.

Götürü ücretle düzenlenmiş olan bir eser sözleşmesinde, öyle durumlar ortaya çıkmaktadır ki, borcunu if edemeyen taraf olan müteahhit, öncelikle “götürü ücretle ifa edemeyeceğim” iddiası ile hakim huzuruna çıkmaktadır. Bu durumda işaret ettiğimiz ayrıma dönecek olursak, ifa engeli halinin söz konusu olduğu durumlarda, teknik olarak bir engel söz konusu olacağından bu halde, BK 357/III. madde hükmünden kaynaklanan ihbar borcu söz konusu olmalı iken, teknik bir engelden çok müteahhidin subjektif koşullarını etkileyen ve müteahhidin ifa etmesini iyiniyet kuralları gereğince beklenemeyeceği ancak teknik olarak maliyet artışları bu derece artmasaydı ya da müteahhidin bu artışlardan etkilenmeyecek ve götürü ücret itibari ile artışa rağmen tarafları fazlasıyla tatmin edebilecek bir ücret söz konusu ise müteahhidin, lehine bir hükümden yararlanmamayı tercih etmesi söz konusu olacağından, bu hal ifa güçlüğü durumu söz konusu ise artık bir külfet olarak değerlendirilmelidir.

İhbarın yapılma şekli konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Kural olarak bir şekil öngörülmediği hallerde ihbarın şekle tabi olmadığı ileri sürülebilecektir⁴⁷². Doktrinde eser sözleşmesinin iki tarafının tacir olmasına rağmen beklenilmeyen haller nedeni ile ihbar yapılması halinde, bu ihbarın bir geçerlilik şartı ihtiva eden şekle tabi olmadığı, ancak ispat açısından ihbarın yazılı şekilde yapılmasının ihtilafı çözümede isabet sağlayacağı belirtilmiştir⁴⁷³. Ancak, sözleşmeden dönme ya da taraflardan diğerini temerrüde düşürme, sözleşmeyi feshetme hallerinin tacirler arasında TTK 20/III. madde gereğince iadeli taahhülle, noter kanalı ile ya da telgrafla yapılması gerekmektedir. Aksi halde ihtar ve ihbarlar geçersiz olacaktır⁴⁷⁴. TTK 20/III. madde hükmünün sadece tacirler için söz konusu olması karşısında, hakkın kullanımı için ihtar ve ihbarlarda anılan yollarla şekil şartı yerine getirilecekken, fesih gayesi gütmeyen yalnızca durum bildirimini yapan, beklenilmeyen hali bildirmenin geçerliliği için, herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı söylenebilecektir⁴⁷⁵.

⁴⁷² BAYGIN, s.92; GÜRSOY, s.172

⁴⁷³ EREN, (İnşaat Sözleşmeleri Semineri), s.77

⁴⁷⁴ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2002, s.144, BAYGIN, s.92

⁴⁷⁵ BAYGIN, s.92

E- SÖZLEŞMEDE AKSİNE HÜKÜM BULUNMAMASI (FESİH HAKKINDAN ÖNCEDEN VAZGEÇİLMESİ)

BK 365/II. madde hükmünün niteliği, kanunla müteahhide tanınan fesih hakkından, önceden feragat edilip edilmemesi noktasında önem kazanmaktadır. Öncelikle üzerinde durulması gereken, BK 365/II. madde hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı ve de sözleşmede bu haktan feragatin hakimi bağlayıp bağlamayacağı sorunudur. Borçlar Kanunumuz dahilinde, BK 19. ve 20. maddeler sözleşme serbestisinin sınırlarını belirlemektedir. Bu hükümlere aykırı olmadıkça her türlü sözleşme geçerli olacaktır. Bu anlamda BK 365/II. madde hükmünden önceden feragat etmek geçerli olacak mıdır? Bu feragatin mümkün olduğu ifade edilirken feragat etmenin MK 2. maddeye aykırı olmaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁶. Bu konuda, kanun koyucunun BK 365/II. madde hükmünde tarafları korumasında kamu düzeni endişesinin bulunmadığı belirtilmiştir⁴⁷⁷.

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında BK 365/II. madde hükmünün emredici bir hüküm olmadığı ve bu suretle aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir⁴⁷⁸. Hükümün niteliği açısından yedek hukuk kuralı olduğu ifade edilmiştir. Yedek hukuk kuralı olmasının sonucu olarak, sözleşmenin tarafları kanun hükmünden farklı sözleşmeler yapabilecekleri gibi, hakimin müdahalesinden daha ağır koşullar da kararlaştırabileceklerdir⁴⁷⁹. Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmede yer alan bu hükümleri somut olayda ve ortaya çıkan beklenilmeyen halin taraflara ve sözleşmeye etkisine göre, sözleşmede yer alan feragat hükmünün müteahhidin mali durumunu öngörebileceğinin çok ötesinde zorlaması halinde, durumun gözden uzak tutulması da iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacaktır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ OSER/SHÖNENBERGER, M.373, N.12 (AKYAZAN, s.308'den naklen)

⁴⁷⁷ AKYAZAN, s.308

⁴⁷⁸ TANDOĞAN, s.110; KAPLAN, s.125; YALÇINDURAN, s.152; BAYGIN, s.94; GÜRPINAR; s.155; YGHK 'nun 6/11/1957 tarihli 76 E. 82 K. Sayılı içtihadında "Borçlar yasası md.365/2'deki hüküm buyurucu olmayıp tersi kararlaştırılabilir" denilmiştir.(YALÇINDURAN, s.152'den naklen)

⁴⁷⁹ GÜRPINAR, s.155

⁴⁸⁰ AKYAZAN, s.309

Doktrinde, beklenilmeyen haller nedeniyle sözleşmenin feshi konusunda BK 365/II. madde hükmüne dayanılmayacağına dair bir hüküm içermesinin geçersizliği de savunulmuştur. Bu görüş dairesinde, beklenilmeyen haller nedeniyle fesih hakkı, hukuki temelini MK 2. maddeden almakta olduğu için bu haktan feragat mümkün değildir. Bu çerçevede ileri sürülen görüşe göre, bir kimse MK 23. maddedeki gibi kişisel hakların ahlaka ve adaba aykırı olarak sınırlanamayacağı kuralı dairesinde iyiniyet kurallarına dayanmaktan da vazgeçememelidir⁴⁸¹. Bu görüş içerisinde bazı istisnai durumların söz konusu olabileceği de ifade edilmiştir. Sözleşmede yer alan şart, ileride meydana gelmesi mümkün riskin cinsini ve türünü belirginleştiriyorsa yani bir kaç belli olaya yönelik ise bu halde anılan şart geçerli olmalıdır. Ancak, meydana gelecek beklenilmeyen halin risklerinin üstlenilmesini gerektirmekteyse bu durumda ilgili kaydın geçersiz olduğu kabul edilecektir⁴⁸². Bu görüşün de doktrinde dikkate alınması ile, bir haktan vazgeçmeyi öngören beyan ve sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması ilkesi gereğince bu tür şartlarda daraltıcı yoruma gitmek gereğine işaret edilmiştir⁴⁸³.

Beklenilmeyen haller nedeniyle, örneğin imalat malzemeleri fiyatları aşırı derecede artarsa dahi, arttırma talebinde bulunulmayacağı kararlaştırılabileceği gibi beklenilmeyen hallerin bir kısmı sözleşmede sayılmak suretiyle de meydana gelmesi halinde sözleşmenin fesholunamayacağı ya da ücret arttırımına gidilemeyeceği kararlaştırılabilecektir. Buna ilaveten, BK 365/II. madde hükmünün sadece sözleşmede belirtilen durumlara göre uygulanması da kararlaştırılabilecektir⁴⁸⁴. Doktrinde üzerinde durulan bir başka nokta da, müteahhidin BK 365/II. madde hükmünden feragat ettiğini iş sahibinin ispatlaması gerekmektedir⁴⁸⁵.

Doktrinde, hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama ya da feshi konusunda bir takım uyarlama kurallarının olumlu ya da olumsuz olarak yer alabileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, belirli durumlara göre sözleşmenin değişen şartlara uydurulacağına ilişkin sözleşmede yer alan kurallar olumlu uyarlama kuralları olarak ifade edilmektedir⁴⁸⁶. Sözleşmede olumlu uyum kuralları olarak gösterilen kurallar,

⁴⁸¹ GÜR SOY, s.160

⁴⁸² GÜR SOY, s.161; BAYGIN, s.95

⁴⁸³ ERMAN, s.124

⁴⁸⁴ TANDOĞAN, s.110

⁴⁸⁵ KAPLAN, (Ücret Ödeme Borcu), s.153; TANDOĞAN, s.111; YALÇINDURAN, s.153

⁴⁸⁶ KAPLAN, s.119

açıkça bir şart olarak düzenlenmiş olabilir. Gelecekte, meydana gelecek durum ve şartlarda değişiklik halinde, taraflardan birine özellikle beklenilmeyen hallerden etkilenen tarafa, sözleşmeden dönme yetkisi veren olumlu sözleşme kayıtları da taraflarca kararlaştırılmış, ancak kanunda öngörülen hukuki sonuçlardan sapan şart olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Böylece, sözleşme taraflardan birinin irade beyanı ile sona ermiş olmaktadır⁴⁸⁷. Olumlu kayıtlara örnek olarak, savaş, grev ve nükleer tehlike olaylarının meydana gelmesi halinde, sözleşmenin sona ermesini düzenleyen kurallar olabileceği gibi inşaat malzemeleri birim fiyatlarının değişmesi durumunda sözleşmedeki ücretin değişeceğine dair kayıtlar, sözleşme taraflarından birinin ölümü halinde sözleşmenin sona ereceğine dair kayıtlar verilebilir⁴⁸⁸. Bu ve benzeri şartların gerçekleşmesi halinde, eğer sözleşmenin sona ereceği ya da taraflardan birinin sözleşmeden dönebileceği ya da sözleşmeyi feshetmesi hakkı tanınmışsa hak tanınan taraf, sözleşmeden dönme ya da fesih hakkını kullanabilecektir⁴⁸⁹.

Bir eser sözleşmesinde olumlu uyum kuralları olabileceği gibi, olumsuz uyum kuralları da bulunabilecektir. Bu kurallar, beklenilmeyen hallerin meydana gelmesine rağmen sözleşmenin aynen uygulanacağını düzenleyen açık ve zımni kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹⁰. Bu şekilde bir sözleşmede, taraflardan biri yükümlendiği edimleri beklenilmeyen haller oluşsa bile ifa edeceğini taahhüt etmektedir. Taraflarca, sözleşmede ifa güçlüğünün meydana gelmesi halinde ya da grev yada değişen şartların oluşmasında BK 365/II. madde hükmünden yararlanılamayacağını düzenlenmiş olmasında, olumsuz intibak hükümlerinin varlığından söz edilmektedir⁴⁹¹.

Doktrinde feragat ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerde, ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre⁴⁹², müteahhit MK 2.madde hükmündeki dürüstlük kuralına dayanan clausula rebus sic stantibus ilkesi çerçevesinde ve de BK 365/II. madde çerçevesinde, götürü olarak belirlenmiş ücretin arttırılmasını istemek hakkından önceden sözleşme ile vazgeçmiş olması halinde, sonradan sözleşme ile yükümlenilen borcun ifasını çok zorlaştıran ya da engelleyen beklenilmeyen hallerin ortaya çıkması halinde ücret

⁴⁸⁷ KAPLAN, s.121

⁴⁸⁸ KAPLAN, s.121, BAYGIN, s.96

⁴⁸⁹ KAPLAN, s.122

⁴⁹⁰ TANDOĞAN, s.248

⁴⁹¹ KAPLAN, s.124

⁴⁹² TANDOĞAN, s.250; ERMAN, s.126; AKYAZAN, s.309; BAYGIN, s.98

artırımına dair talebini ileri sürülebilirdir. Bu paralelde, taraflar arasındaki sözleşmede BK 365/II. madde tatbikini ortadan kaldıran ya da sınırlayan kayıtlar bulunsa ve de iş sahibi ortaya çıkan ve sözleşmede yer alan kayıtları iyiniyet kurallarına aykırı olarak ileri sürse bile hakim ücretin arttırılmasına hükmedebilecektir⁴⁹³. Hakim, sadece BK 365/II. maddede öngörülen şartların varlığını aramayacak, bunun yanısıra feragat kaydının ileri sürülmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığını da incelemek zorunda kalacaktır. Müteahhit, feragat kaydı nedeniyle artan riski göz önüne almışsa, ya da bunu karşılamak için bir sigorta yaptırmışsa o halde, iş sahibinin feragat kaydını ileri sürmesi engellenemeyecektir⁴⁹⁴.

⁴⁹³ BAYGIN, s.99

⁴⁹⁴ BAYGIN, s.101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE FESHİNİN HUKUKİ SONUÇLARI VE HAKKIN KULLANILMASI

I- SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ VE TAZMİNAT

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller karşısında feshi sonucunda sözleşmenin tasfiyesi gündeme gelecektir. Zira, her uzun süreli imalat gerektiren sözleşmede olduğu gibi, eser sözleşmesinde de taraflar arasında karşılıklı olarak ifalar söz konusu olabilecektir. Bu aşamada, taraflara atfolunamayacak bir nedenle sözleşmenin sona ermesi söz konusu olduğuna göre, bu halde, sözleşmenin tasfiyesinde de tarafları dengeleme ve zararsız bir hale getirme çabası söz konusu olmalıdır.

Öncelikle değerlendirilmesi ve göz önüne alınması gereken durum şudur ki, beklenilmeyen bir halin meydana gelmesi karşısında, her iki tarafın da bir kusurunun bulunmadığıdır. BK 365/II. madde metninde yer almasa da, doktrince kabul edilen beklenilmeyen halin taraflara isnad olunmaması gereğidir⁴⁹⁵. Taraflardan bağımsız, ancak tarafları etkileyen bir durumda, sözleşmenin tasfiyesi konusunda nasıl bir yol izlenmelidir? Eser sözleşmesinin diğer sona erme şartlarında, sona erme konusunda bir tarafın diğerine oranla kusurlu olduğu ya da en azından sona erme sebebinin oluşmasında etken olduğu durumlar mevcutken, BK 365/II. madde uygulamasında tarafların birbirine neredeyse denk olduğu görülmektedir. Burada temel olarak dengenin kısmen sarsılmasında iş sahibinin, müteahhidin haklı olan önerilerinden birini kabul etmemesi hali iş sahibini MK 2. maddeye aykırı davrandığı iddiası ile karşı karşıya bırakabilir. Zira, beklenilmeyen halin hukuki dayanağına ilişkin görüşleri incelerken de üzerinde durduğumuz gibi , beklenilmeyen hal, dürüstlük kuralı gereği sözleşmede ifa edememe halinin mazur görülmesi üzerine bina edilmiştir⁴⁹⁶. İş sahibi MK 2. maddeye

⁴⁹⁵ BAYGIN, s.86; GÜRPINAR, s.148; TANDOĞAN, s 109; ERMAN, s.86; KARAYALÇIN, s.22; CİĞERİM, s.95, YAŞAR, s.51

⁴⁹⁶ Bkz.I. bölüm, CC kısmı, viii başlığı altında incelediğimiz Dürüstlük Kuralı Teorisi ile ilgili açıklamalar

muhalefetle, kötünıyetli hareket etmesi halinde, müteahhidin iş sahibi nezdinde kalan edimleri ve iş sahibinin malvarlığına kattığı değer nasıl tazmin edilecektir? Zira, burada esas olan taraflar arasındaki dengenin sağlanması olduğu gözetilerek hüküm tesis edilmesi ve hesaplamanın da bu doğrultuda yapılması gerekmektedir.

Taraflar arasındaki dengenin kurulmasında üzerinde durulması gereken bir nokta da, iş sahibince teslimden önce bir kısım ücret ediminin ifası söz konusu olmuş ise, özellikle inşaat sözleşmelerinde hak ediş ödemeleri yapılmışsa, nasıl bir yöntem izlenmesi gerekecektir? Bu ödemeler geri verilecek midir? Yoksa müteahhidin kazandırdığı kısımlardan tenkis mi edilecektir? Bir başka deyişle , eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olmasından dolayı, müteahhidin iş görme faaliyetinden dolayı iş sahibine kazandırdığı değerlerin iadesi konusu önemli olup, tarafların sebepsiz olarak zenginleşmesinin de önüne geçilmelidir. Bu konuların değerlendirilmesi yapılmıştır. Aşağıda incelenecektir.

A- TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ KONUSU

Eser sözleşmesinin, beklenilmeyen haller karşısında gerek müteahhit tarafından, gerekse müteahhidin feshinin isabeti konusunda iş sahibinin karşı tezinin hakim karşısında getirilmesi yolu ile feshe karar verilmesinde, gerekse müteahhit tarafından dava yolu ile fesih hakkının kullanılması konularında olsun, taraflara isnad olunamayan bir durum söz konusu olduğundan, müteahhidin tazminat isteyip isteyemeyeceği konusu doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hakim, sözleşmenin feshi ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda seçme yetkisine sahiptir. Hakim, sözleşmenin sona erdirilemesine karar verdiği takdirde, sözleşmedeki boşluğu ilgili tarafa fesih ya da sözleşmeden dönme hakkı tanıyarak, doldurabileceği gibi, sözleşmenin geriye etkili olarak ve tazminat karşılığında ya da tazminatsız olarak

feshine hükmedebilir⁴⁹⁷. Bir diğer görüşe göre ise, BK 365/II. madde hükmü bu konuda bir açıklık taşımamaktadır. Bu halde BK 367/II. maddeye kıyasen, müteahhide feshedene kadar yaptığı iş için hakkaniyet dairesinde bir tazminat verilmelidir. Zira, feshi gerektiren beklenilmeyen hal müteahhidin kusurundan ileri gelmemektedir. Ayrıca, beklenilmeyen hal, sadece müteahhidi değil her iki tarafı etkilediğinden BK 371 . maddede yer alan, yapılan kısmın kullanılabilirliği şartının da burada aranması gerekmektedir⁴⁹⁸.

Aşağıda incelenecek iade borçları ve sebepsiz zenginleşme dairesinde çözümlenecek hususlardan ayrı olarak tazminat konusu değerlendirilmelidir. Zira, sözleşmenin tasfiyesinden ayrı olarak, tarafların uğradıkları iadede ayrı zararlar söz konusudur. İş sahibince, eserin tamamlanmamış olması karşısında ihtimal dairesindedir ki, muhtemel karını elde edememesi ve malzeme kendisi tarafından sağlanmışsa, daha da büyük zararları söz konusu olacaktır. Somut olayların koşullarına göre, iş sahibinin daha farklı nedenlerle ve olaya illi zararlara maruz kalması da mümkündür. Bu nedenle, acaba hakim tazminata hükmetmeli midir? Her iki tarafın kusuru ve hatta illiyeti olmaksızın meydana gelen ve taraflarca sözleşme kurulurken öngörülemeyen ve beklenilmeyen bir durum oluştuğunda, ilgili tasfiye yöntemlerinden ayrı olarak bir de tazminat kavramının temelinde “kusur” olduğu gözetilirse, hakim tazminata hükmetmesi ne kadar isabetlidir? Bu konu da doktrinde tartışılmıştır.

İsviçre doktrinindeki tartışmalar çerçevesinde, Türk doktrinindeki müteahhidin tazminat talep etmesine dair görüşten farklı olarak, iş sahibinin tazminat talebinin isabeti üzerinde durulmuştur. Zira, tartışma zeminin seçilmesinde kanımızca doğru bir bakış açısı bu anlamda yakalanmıştır, sözleşmeyi fesheden tarafın, tazminat borcunu yükümlenmesi, istisnaları⁴⁹⁹ mevcut olmakla beraber, genel olarak mevzuatta görülmektedir. Beklenilmeyen hal söz konusu olduğunda, müteahhit, sözleşme ile yükümlendiği borçtan, hakim müdahalesi ya da bizzat irade beyanı ile sözleşmeyi feshederek kurtulmaktadır. Sözleşme ise, zaten tasfiye dahilinde iade borçlarını gündeme getirmektedir. Ancak iş sahibi açısından, BK 365/II. madde bir kolaylaştırma

⁴⁹⁷ KAPLAN, s.156

⁴⁹⁸ TANDOĞAN, s.116

⁴⁹⁹ İş Kanunu dahilinde 24. madde hak sahibine, haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi halinde tazminat alacağı bahsetmektedir.

getirmemektedir. Halbuki, beklenilmeyen hale sebebiyet vermeyen iki taraftan biri de iş sahibidir. İş sahibi beklenilmeyen bir hale sebebiyet vermekte ise, bu halde zaten BK 365/II. madde hükmünden değil BK 370. maddenin tanıdığı haklardan söz etmek gerekecektir. İş sahibine tazminat verilmesi gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlara göre, taraflar arasındaki dengenin hakkaniyet dairesinde sağlanması yönünde, taraflara tazminat verilmesi, bu anlamda iş sahibinin de sınırlı da olsa tazminat talep edebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁰⁰. Bu görüşe paralel olarak, ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, sadece fesheden tarafa tüm tazminatı yüklemek de hakkaniyete uygun olmayacağından tam olmasa da indirilmiş bir tazminat miktarının verilmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Türk doktrininden *DURAL*'a göre, hakimin hakkaniyete uygun olan bir tazminat vermesi gerekli olup, bu anlamda aynen ifayı talep etmek dürüstlük kuralına aykırı düşmeli ve de fesih yolu ile bütün rizikoyu iş sahibine yüklemek de haksızlık teşkil etmelidir⁵⁰². Ancak tüm bu yazarlarca üzerinde durulan ve isabetsiz olan bir nokta vardır ki, o da tayin edilecek tazminatın BK 98. ve BK 44.maddeler gereğince tayin edilmesi görüşüdür. Bu görüşe göre, tayin edilecek tazminatta kusur ilkesi egemen olacaktır. Ancak doktrinde, bir başka yazarca da üzerinde hassasiyetle durulduğu gibi⁵⁰³, BK 365/II. madde hükünün öngördüğü sistemde, beklenilmeyen halin taraflara isnad olunamaması dolayısıyla, tarafların kusurunun özellikle de tazminat ödemesi tartışılan müteahhidin kusurunun, bulunmaması esas alınmıştır. O halde, hangi kıstasa göre tazminat ödemesinde bir indirim gözetilecektir ? BK 98. ve BK 44. madde gereği tazminat ödemesi gereğini savunan yazarlara göre ödenecek tazminattan müteahhidin kusuru tenzil edilecektir. Ancak “olmayan” kusur ya da varsa uygulanamayan BK 365/II. maddede nasıl bir hesaplama yapılmalıdır?

Tazminat konusunda, kanımızca en tutarlı görüşü savunan *BAYGIN*'a göre kusur kavramı ya da borca aykırılık kavramı ile değil, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi dahilinde sorun çözülmelidir ki, bu konudaki tazminat yöntemi aşağıda incelenmiştir. Görüşe iştirakle fedakarlığın denkleştirilmesi kurumu ile birlikte konu ayrı başlıkta incelenecek olup, tazminat konusunda alacaklı taraf kavramı da aydınlanmaktadır⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ GAUCH, Werkvertrag,RdNr, 771, s.218 (BAYGIN,s.125'ten naklen)

⁵⁰¹ OFTINGER, s.619 (BAYGIN, s.125'ten naklen)

⁵⁰² DURAL, s.73

⁵⁰³ BAYGIN, s.126

⁵⁰⁴ BAYGIN, s.127

Neticede Şu söylenbilir ki, doktrinde iş sahibinin mi tazminat talep edebileceği yoksa müteahhidin mi tazminat talep edebileceği konusu tartiŐılmıŐ olup, kanımızca en tutarlı görüş, müteahhidin iş sahibine tazminat ödemesi görüşü olmuştur. Bu görüşü savunan yazarlar arasında da fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, en tutarlı ilke olarak göze çarpmaktadır. Ancak, hemen belirtelim ki aslında burada, tazminat konusunun değerlendirilmesi zararın ve kusurun varlığı ile doğru orantılı olmalı, eğer zarar ve kusur varsa, bu halde tazminat konusunda anılan ilke devreye girmelidir. İŞ sahibinin zararları olması kaçınılmaz olup, beklenilmeyen hal karşısında, kanuni bir haktan yararlanan müteahhidin de, yasal haklarından yararlanmasının yasada olmayan bir bedele bağlanması da aynı derecede tutarsız kalmaktadır. Aslında doktrindeki görüşlerden ayrı olarak, taraflar arasında tasfiye yoluna gidilmeli ancak tazminat talebi her iki taraf açısından da söz konusu olmamalıdır. Zira, iş sahibinin de müteahhidin de tasfiyede beklenen kar dışında neredeyse çoğu zararı tazmin olmakta olup, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği karŐılanmayan kısımlara taraflar katlanmalıdır.

Yargıtay alıŐma konumuz ile ilgili olarak yeni içtihatlarında, Türk doktrinindeki müteahhide tazminat verilmesi görüşünü benimseyerek, Hukuk Genel Kurulu'nun 20/9/2006 tarihli 2006/11-525 E. Sayılı 2006/554 K. Sayılı içtihadında aynen Şu emsal ve konumuzu açıklığa kavuŐturan kararını vermiştir: " ...somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmede, yüklenicinin fiyat farkı isteyemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunduğundan, davanın hukuki dayanağının BK'nın 365/II.maddesi ile 1986/2-2 sayılı İBK olacağı açıktır. Gerek, BK'nın 365/II.maddesiyle gerekse anılan İBK'da, sözleşme bedelinin arttırılıp arttırılmayacağı hususu, her olayın özellikleri dikkate alınarak hakimin takdirine bırakılmıştır. Bu nedenlerle, böyle bir davada hakimin Şartların oluşup oluŐmadıđına karar verebilmesine yetecek derecede inceleme-keşif vs. yapması, icabında bilirkiŐiden mütala alarak sonuca ulaşması yerinde olacaktır. Öte yandan, Bakanlar Kurulu'nca fiyat farkı kararnamesinin ıkartılması, BK'nın 365/II. maddesinde yer alan ve sözleşmedeki bedelin deđiŐmesini haklı kılacak derecede Şartların ağırlattığının idarece kabul edildiğini göstermez. Çünkü, idare zaten her yıl için gerekli kabul ettiği fiyat artıŐlarını otomatikman yapmakta , sözleşmelerin eki olarak kabul edilen Őartnamelerde fiyat farkı olarak işe başlayan yüklenicilere ödemektedir. Böyle bir durum bilinmekte iken, sözleşmenin fiyat farkı istenilemeyeceğini kabul ederek imzalanması karşısında "madem ki kararname çıktı,yleyse BK'nın

365/II.maddesindeki şartlar da oluşmuştur” şeklindeki bir sonuca varılması mümkün bulunmamaktadır. Yine, 2886 s.k.’ya göre, sözleşmeleri idare namına imzalamaya ita amirleri yetkili olduğundan, Bakanlar Kurulunca çıkartılan kararnamelerin icap-kabul şeklinde, sözleşmenin değişikliği olarak yorumlanması da mümkün değildir. Nihayet, Bakanlar Kurulu kararnameleri ile sözleşmelere müdahale edilmesi; ihale şartnamesinde fiyat farkı alınmayacağı yazılı olan ihalelere, fiyat farkı alamayacağını düşünerek teklif vermeyenler ile, ihaleye girenler arasındaki fırsat eşitliğini de zedeleyici niteliktedir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra fiyat farkı alamayacağını bilen yükleniciye, istemediği bir bedelin verilmesi, yükleniciler arasında haksız rekabete yol açabilecek bir sonuç yaratabilecektir. Bu açıklamalar çerçevesinde, somut olaya dönüldüğünde; yerel mahkeme davadaki fiyat farkı istemi konusunda BK’nın 365.maddesi çerçevesinde yeterli inceleme ve araştırma yapmamıştır. Alınan bilirkişi raporu da, bu yönde hükme yeterli açıklık ve ayrıntı içermemektedir. Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, gerekirse ayrı bir bilirkişi kurulu oluşturmak suretiyle, sözleşmenin imzalanmasından sonra oluşan ekonomik ve fiyatı etkileyen diğer şartların, işin bu bedelle yapılmasını son derece zorlaştırıp zorlaştırmadığının ve MK’nın 2. maddesi uyarınca sözleşme fiyatlarıyla işe devam etmesini yükleniciden beklemenin iyiniyet kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmayacağını, tarafların durumu ve sözleşmedeki amaç dikkate alınarak değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca ve vicdani kanaate göre davacıya ödenmesi gereken bir bedel varsa, miktarı takdir olunup belirlenerek davalı iş sahibinden tahsiline karar verilmesinden ibarettir.” Karar çalışma konumuzu özetler nitelikte olmakla birlikte kararda bir takım isabetsizlikler söz konusudur. Öncelikle sadece müteahhide tazminat verilmesi, kanımızca incelediğimiz ve vardığımız sonuçlar dahilinde isabetsizdir. Ancak, BK 365/II. madde tetkiki açısından uygulamanın hassasiyeti ve BK 365/II. maddenin varlığının olup olmadığı konusunda, bilirkişi incelemesi istemesi de dikkat çekicidir. Zira aynı karar dahilinde makro ekonomik değerlere de atıfta bulunulması konunun önemi açısından dikkate değerdir. Yargıtay uygulamasında sadece yerel ekonominin değil, yerel ekonominin etkileyicilerinden olan küresel ekonomilerin de dikkate alındığını göstermektedir.

B- SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ

1) *Tarafların Borçlarının Durumu*

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması nedeniyle, kural olarak sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme olarak tatbik olunacağı yukarıda ifade edilmiştir⁵⁰⁵. Bu anlamda dönmenin özelliği olarak, geriye etkili olarak tasfiye söz konusu olacaktır⁵⁰⁶.

BK 365/II. madde gereğince, sözleşmeden dönüldüğü takdirde, henüz ifa edilmemiş olan taraf borçları artık kalkacaktır. İş sahibi ifa etmemişse, artık ücret borcunu ifa etmek zorunda olmadığı gibi, müteahhit de zaten imal ve teslim konusunda güçlük yaşadığı için bu borçlarını ifa etmekten kurtulmuş olacaktır⁵⁰⁷.

Müteahhidin sadece eseri imal borcunun mu yoksa diğer borçlarının da mı ortadan kalkacağı konusu değerlendirilmelidir. Zira müteahhidin ifa etmesi gereken borcu sadece imal ve teslim borcu değildir. İfa ile irtibatlı olan kural olarak malzeme sağlama borcu da ortadan kalkmaktadır, aynı şekilde, işi kendi yönetimi altında ya da bizzat ifa borcu da kalkmaktadır. Genel ihbar borcu da evvelce ifa olunmuş olmalıdır ki, artık sözleşmeden dönme ile bu borç da kalkmakta aynı şekilde işe zamanında başlama ve icra borcu da kalkmaktadır. Bu halde teslim mümkün olamayacağından, iş sahibini anılan borçlardan dolayı sözleşmeden dönülmesinden sonra talepte bulunmasında, hukuki yarar bulunmadığı açıktır. Aynı şekilde iş sahibinin de tüm borçları ortadan kalkacaktır.

2) *Tarafların İade Borçları Açısından Durum*

Tarafların iade borçları açısından, iade borcunun hangi hükümlere göre yapılacağına dair doktrinde sözleşmeden dönmenin niteliği ve doğurduğu borç ilişkisi yönünden çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, klasik dönme

⁵⁰⁵ II. Bölüm, B kısmı, BB başlığı, vi kısmında sonuç olarak feshin dönme olarak uygulanması gereği sonucuna varılmıştır.

⁵⁰⁶ CİĞERİM, s.106; KARAHASAN, s.1025; SEROZAN, s.513; TUNÇOMAĞ, s.1061; SELİÇİ, s.208

⁵⁰⁷ BAYGIN, s.121

görüşünün temelinde şekillenmiş ve tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yapılması gereğini ifade etmiştir. Görüşe göre, sözleşme geriye etkili olarak bütünüyle ortadan kalkmakta ifa olunanlar ve verilenlerin hukuki sebebi de kalkmaktadır. Tasfiyede BK 61.madde hükümleri uygulanacaktır⁵⁰⁸.

Yeni dönme kuramını benimseyen yazarlara göre ise, tasfiyenin sözleşmeden doğan bir borcun ifası hükümlerine göre yapılması gerekmektedir. Bu teori gereğince, sözleşmeden dönüldüğünde sözleşme sona ermeden sözleşme taraflara tasfiye ilişkisinden kaynaklanan bir borç yüklemektedir. Taraflar arasında bir borç ilişkisi doğmaktadır. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ters yüz ettiği ileri sürülmüş ve bu anlamda iade borçlarının doğduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda tasfiye ilişkisindeki iade borçlarının da, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi niteliğini taşıdığı ileri sürülmüştür⁵⁰⁹.

İsviçre doktrininde ise konu vekaletsiz iş görme hükümleri açısından incelenmiş ve taraflar arasındaki sözleşme sona erdiğinden itibaren, müteahhidin iş sahibi adına hareket edemeyeceği ve bu anlamda elindekileri iade etmesi gerektiği BK 414. madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir⁵¹⁰. Bir başka görüşe göre ise, tasfiyenin satım sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler olan BK 192., 193. ve 205. maddelere göre yapılması savunulmuştur. Görüşün temelinde, iade borcunun karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan satım sözleşmesi ile eser sözleşmelerinde kıyasen uygulanabileceğidir⁵¹¹.

İade borcunun ifasının hangi hükümlere göre yapılacağı konusunda doktrinde görüş birliği olmasa da tasfiye aşamasında gerek Türk gerekse İsviçre uygulamasında sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince tasfiye yoluna gidildiği ve tasfiyede BK 108. maddenin yol gösterici olduğu ifade edilmiştir⁵¹².

Doktrinde iade konusu detaylı olarak değerlendirilmiş olup, genel olarak dört temel durum üzerinde değerlendirilmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmelerden ilki, iş sahibi tarafından eğer müteahhide kısmi bir ödemede bulunulmuşsa, bu bedelin iade

⁵⁰⁸ FEYZİOĞLU, C.2, s.264

⁵⁰⁹ SEROZAN, s.552 ; ÖZ, s.228

⁵¹⁰ GAUTSCHI, Art.375, N.3 (ÖZ, s.229'dan naklen)

⁵¹¹ ÖZ, s.229

⁵¹² ÖZ, s.228

edilmesi gerekmektedir. Yazarlara göre bu bedel sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince istenebilecektir⁵¹³.

İkinci durum, eser sözleşmesinde malzemenin müteahhit tarafından temin edilmiş olması halinde ve de imal edilen eserle ilgili malzeme, müteahhit elinde bulunmakta ise bu halde iş sahibinin malzeme iadesi borcundan söz edilmeyecektir⁵¹⁴. Ancak, malzemesi iş sahibi tarafından sağlanan ve taşınır şey imalini konu edinen eser sözleşmelerinde iş sahibi malzemeyi mülkiyet hakkına dayanarak talep edecek, müteahhit ise yaptığı kısım ile ilgili olarak, harcadığı emek ücretini talep edebilecektir⁵¹⁵. Taşınır şey imali ile ilgili eser sözleşmelerinde⁵¹⁶ ise, teslim sırasında bir mülkiyet naklinden söz edilemeyeceğinden bu halde, malzemenin zilyedliği iş sahibine geçirilecektir. Bu konuda, doktrinde üzerinde durulan bir başka hal de hukuki taşıyıcı (işleme) konusudur. Sözleşmeden dönme ile birlikte borç ilişkisi kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacağından, sözleşmeden dönülünce müteahhit de MK 775.maddede belirtilen şekilde, başkasının eşyası üzerine işlemede bulunan kimse sayılacağından hukuki taşıyıcı yani işleme hükümlerinin uygulanması gereği ifade edilmiştir⁵¹⁷. Bu halde işleme hükmü olan MK 775. madde gereğince, eğer müteahhidin emeği malzemeden daha değerli ise malzeme müteahhitte, malzeme değeri emek değerini geçmekte ise malzeme iş sahibine iade edilecektir⁵¹⁸. İlk durumda, yani malzemenin müteahhitte kalması halinde ise, müteahhit tarafından iş sahibine sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği sadece malzeme bedelini iade edecektir⁵¹⁹. Doktrinde, ÖZ, bu konuda soyutluk teorisinin benimsenmesinden yanadır. Teoriye göre, taşınır eşya üzerinde aynı hak kuran tasarruf işleminin temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden etkilenmemektedir. Bu anlamda mülkiyetin iktisabı gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu halde, sözleşme ortadan kalkınca aynı hak kendiliğinden sahibine dönmeyecek ancak sebepsiz zenginleşme gereğince iade borcu doğuracaktır⁵²⁰.

⁵¹³ ÖZ, s.226

⁵¹⁴ ÖZ, s.226

⁵¹⁵ BAYGIN, s.121

⁵¹⁶ 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.

⁵¹⁷ ÖZ, s.236

⁵¹⁸ OĞUZMAN, Kemal/ÖZER, Seliçi,Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s.566

⁵¹⁹ ÖZ, s.237

⁵²⁰ ÖZ, s.233

Üçüncü durum ise, maddi varlığa sahip olmayan eser sözleşmelerinde iade sorunu, müteahhidin dönme anına kadar yürüttüğü iş görme faaliyetleri sonucu yaratılan değerlerin iadesi yolu ile çözülmelidir⁵²¹. Bu durumlara örnek olarak , çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz sözleşmenin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğuna dair incelemelerde verdiğimiz havai fişek gösterisi örneğinde iade nasıl olacaktır? Örneğin, havai fişek malzemesinde tekel olan bir ülkeden ithalat yapılırken, bu ülke ile müteahhidin ülkesinin savaş haline girmesi halinde tüm illerde belli zamanda ifa olunan havai fişek gösterisi, ediminin ifa olunmuş kısımlarının iadesi konusu aynen değil nakden olacaktır. Sözleşmeden BK 365/II. madde gereğince dönülmesi halinde ise artık kalan illerde gösteri yapılmayacaktır.

Dördüncü durum olarak doktrinde taşınmaz imaline ilişkin eser sözleşmelerinde iade borcu üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, iş sahibinin arsası üzerine imal olunan eserlerde, imal olunan kısım arsanın malikinin mülküne dahil olacaktır. Ancak burada sebepsiz yere zenginleşme söz konusudur. Bu fazlalığın da iadesi gerekmektedir. Bu anlamda gene ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa sorun kalmamaktadır ve iş sahibinin her hangi bir aynı iade borcu bulunmayıp müteahhidin emek ve mesaisine mukabil ekonomik değeri iade edecektir. Ancak, iş sahibince değil de müteahhit tarafından malzeme sağlanmışsa bu halde doktrinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, haksız inşaat hükümlerine göre iade borcu doğduğu ileri sürülmüştür⁵²².

3) Tasfiye

Eser sözleşmelerinde, BK 365/II. madde çerçevesinde taraflar arasında iade borçlarının yerine getirilmesinden sonra, eğer müteahhit imalat faaliyetinde bulunmuş ve bu imal edilen eşya iş sahibi elinde kalmış ve müteahhide aynen iadesi de mümkün olmayan bir halde ise, ki taşınmaz inşaatlarında durum genelde bu şekildedir, bu halde eserin imal olunmuş kısmı ile ilgili olarak, müteahhidin bedel isteyip isteyemeyeceği

⁵²¹ BAYGIN, s.122, ÖZ, s.237

⁵²² BAYGIN, s.123

sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, müteahhit yapılan kısım ile orantılı olarak ücret isteyebilmelidir⁵²³.

Esas olarak, müteahhidin iş sahibinden isteyebileceği miktarın tespitinde, BK 358/I. madde hükümünün tatbiki ile geriye etkili olarak dönme hakkının kullanılabilmesi, bu çerçevede müteahhidin yaptığı edimleri iş sahibinin sebepsiz zenginleşme ya da yeni dönme kuramlarından hangisi esas alınır alınmaz, edimin objektif değerine göre alabilmesi mümkün görülmüştür⁵²⁴. BK 369. maddeye göre tasfiyesi esasında ise, ileri sürülen bir başka görüşe göre, iş sahibinin fesih hakkını kullanmasından önce müteahhit eserin imaline başlamış ise, bu kısmın bedelinin ödenmesi gerekecek olup, yapılan kısmın değeri tespit edilirken onun objektif değeri değil, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan değeri esas alınacaktır⁵²⁵. BK 369. madde hükmü tetkik edilince, görülür ki hüküm iş sahibinin keyfi fesih hakkı karşısında müteahhidi korumaktadır. Bu koruma karşısında, sözleşmede yer alan ücrete mukabil olarak oranlama yapılması ve piyasadaki objektif değer daha üzerinde hesaplama yapılmasını gerekli görmek aslında BK 108.maddedeki dönme görüşü ile BK 369. maddedeki tam tazminat görüşü ile de paraleldir. Ancak, BK 365/II. maddedeki hesap yöntemi konusunda doktrinde bir fikir birliği söz konusu değildir. Yargıtay kararları ile konu uygulamada değerlendirilmiştir. Yargıtay 15. HD. bir içtihadında aynen “Davalı, işin yapımını götürü bedelle yükümlenmiştir. 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” denilerek durum açıklığa kavuşturulmuştur⁵²⁶. Bir başka kararında da aynen “davada yanlar arasındaki sözleşmenin geriye etkili olarak feshinin istenmiş ve mahkemece de bu istem kabul edilmiş olmasına göre; Borçlar Yasası’nın 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve haksız iktisap kurallarınca davalı yüklenicinin yaptığı ve davacının da yararlandığı ekonomik değer ifade edenlerin

⁵²³ BUZ, s.235

⁵²⁴ TANDOĞAN, Haluk; Arsa üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde işi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, C.XI, S.1, Haziran 1981, s.49

⁵²⁵ BUZ, s.235

⁵²⁶ 10.04.2002 tarihli 2001/5701 E. 2002/1742 K. Sayılı içtihadı

bedelini de davalı yüklenici isteyebileceğinden, davacı alacağından yapılan iş bedelinin mahsubu gerekir. Mahsup, itiraz niteliğinde olup mahkemece doğrudan gözetilir. Sözleşmede iş bedeli Borçlar Yasası'nın 365/I. maddesinde düzenlendiği üzere "götürü" olarak kararlaştırılmış olup (4.000.000.000 TL+KDV) tutarındadır. Sözleşme feshedildiğine ve iş götürü ücretle yükleniciye verildiğine göre, davalının işten elini çektiği gündeki işin fiziki durumu dikkate alınarak ve varsa nefaset farkları da düşülerek yapılan işin tüm işe olan oranı uzman bilirkişiye tespit ettirilerek belirlenmesi ve bu yöntemle bulunacak oran götürü ücrete uygulanmalı ve kurulacak orantı sonucu yüklenicinin yaptığı işe düşen tutar saptanmalı ve davalıya ödenen (1.420.000.000) TL tutarından mahsubu ile kalan miktarın ödetilmesine mahkemece karar verilmelidir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporlarından az yukarıda açıklandığına göre, davalının yaptığı iş bedelinin belirlenmediği açıkça anlaşılmaktadır. O halde ,mahkemece yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak, yukarıda belirtilen yöntemle göre davalının işin bedeli saptanmalıdır. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da davacı alacağından mahsubu gereken yüklenici davalının yaptığı işin tutarı, yasaya uygun olarak belirlenmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir⁵²⁷."demekle yapılan kısımla orantılı ücret alınması konusundaki hesap yöntemi de uygulama açısından belli olmakla beraber gene de BK 365/II. madde anlamında sözleşmedeki bedelin mi yoksa objektif değerlerin mi esas alınacağı konusu belirsiz kalmıştır. Yargıtay'ın anılan karardan bir yıl önceki 10/4/2002 tarihli bir içtihadında ise, müteahhidin temerrüde düştüğü bir ihtilafta aynen " işin yapımını götürü bedelle yükümlenen davalının hak ettiği iş bedeli, gerçekleşen imalatın toplam işe göre fiziki oranı bulunup bunun götürü bedelle oranlanması suretiyle hesaplanmalıdır. Fazla ödemenin varlığı halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre karar verilmelidir⁵²⁸." Karar kapsamında, uygulamada BK 365/II. madde gibi müteahhit lehine bir hükmün , müteahhit kusursuzken uygulandığını bilmekle beraber müteahhit kusurlu iken bile sözleşmedeki bedele oranlı olarak ücret isteyebildiğini görmemiz mümkündür.

Bu durumda BK 365/II. madde koşullarında bir feshin söz konusu olması halinde, müteahhidin yaptığı yani imal ettiği kısımla orantılı ücret almak istemesi halinde, içtihatlarda belirlenen orantıya yani işin yapımının götürü bedelle yükümlenen davalının

⁵²⁷ 15. HD. 16/12/2003 tarihli 2003/2853 E. 2003/6033 K. Sayılı içtihadı

⁵²⁸ 15.HD 10/4/2002 tarihli 2001/5701 E.2002/1742 K. sayılı içtihadı

hak ettiği iş bedeli, gerçekleşen imalatın toplam işe göre fiziki oranı bulunup, bunun götürü bedelle oranlanması yolu ile hesaplama yapılacak ve diğer iade yolları da bu dönemde yerine getirilecektir.

Kanımızca, uygulamadan gelen bu yöntem isabetlidir. Zira, objektif değerler esas alınır, bu değerlerin her zaman sözleşme bedeli ile denk olması beklenemeyeceği gibi daha az veya daha fazla da olabilecektir. Bu durumda taraflar bir öngöründe bulduklarında en azından menfaat çatışmasında bilinen tek veri olan götürü bedel taraflarca malum olmuş olacaktır. Taraflar bu ihtimale karşı da hazırlıklı olabileceklerdir. Ancak unutulmaması gereken çok önemli bir nokta da şudur ki, götürü bedelin esas alınması, her zaman taraf menfaatlerini dengeleme görevini ifa etmeyebilir. Bu halde yapılması gereken hem piyasa değerleri hem de götürü bedelin karşılaştırılması yapılarak taraflar arasındaki dengeyi en isabetli hangisi sağlayacaksa o değer esas alınmasıdır. Dengeyi sağlayan değer nasıl belirlenmelidir? İnşaatın götürü bedele oranlanmış oranı yüksek olduğu takdirde, iş sahibinin menfaatleri zedelenmiş olacaktır. Aynı şekilde, piyasa değeri yüksek olduğunda gene iş sahibi zarara uğrayacaktır. Kanımızca, bu halde tarafların kusuru olmaksızın meydana gelen bir durum sözkonusu ve beklenilmeyen hal tüm piyasayı etkilemişse, bu halde piyasa değerleri esas alınmalı iken, toplumun geneline sirayet etmeyen ancak tarafları sadece etkileyen bir beklenilmeyen halde yani nisbi bir halde, götürü bedelin esas alınması gereklidir. Eserin imal olunan kısmı ile oranlı ücret alınırken, bu esaslarda oranlama yapılması gerekecektir. Aksi halde, örneğin bir develüasyon halinde yapılan kısma götürü bedelle belirlenmiş ücret oranlanırsa, gene menfaat dengesi müteahhit aleyhine bozulacaktır. Fakat bir arazide aşırı su çıkmış ve bina inşaatı için bu suyun tahliyesi ilave masraf gerektiriyor ve götürü bedelle bu tahliye müteahhidin ifasını engelliyorsa bu halde götürü bedelin esas alınması daha isabetli olacaktır. Zira, bir para değerinin kaybında zaten zarara uğramış olan müteahhidin daha da zorlanması adaletsizlik olacaktır. Ancak fiziki bir yetersizlikte, bedel konusunda bir değer kaybından söz edilmediğinden yapılan kısım ile orantılı ücretin belirlenmesinde götürü bedelin esas alınmasında herhangi bir isabetsizlikten söz edilmeyecektir.

Doktrinde hesaplama konusunda iki ayrı yöntemin varlığından söz edilmekte olup, bu anlamda anılan yöntemler daha çok BK 369. madde hükmü uyarınca fesihle tatbik olanağı bulmaktadır. Bu yöntemler toplama metodu ve kesinti metodudur.

4) Toplama Metodu

Toplama yönteminde eser sözleşmesi iki aşamaya ayrılmaktadır. İlk aşamada, fesih beyanından öncesi ele alınır ve bu yöntemle eserin feshedene kadar tamamlanmış kısmının değeri tespit edilir. Daha sonra, ikinci aşamada henüz tamamlanmayan kısım ile ilgili olarak müteahhidin elde edeceği kar eklenmektedir⁵²⁹. Ancak BK 365/II. anlamında fesihle müteahhidin elde edeceği karın, fedakarlığın denkleştirilmesi gereğince hesaba dahil edildiği görülmemiştir. Zira, yukarıda incelenen iade borcu dahili ifalarda bu konu gündeme dahi gelmemektedir. Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önceki hal meydana getirilmeye çalışılmaktadır. Doktrinde toplama metodunun uygulamaya hakim olduğu ifade edilmiştir⁵³⁰.

Eser sözleşmesi götürü ücretle kararlaştırıldığı durumlarda, müteahhidin fesih anına kadar yerine getirdiği edimlerin, sözleşme gereği yerine getirilmesi gereken toplam edime oranının götürü ücrete uyulanması gerekmektedir. Ancak toplama metodu ile ilgili müteahhidin yapmaktan kurtulduğu masrafların da müteahhide ödenecek kısımdan düşülmesi gerekmektedir. Sonuçta ortaya çıkan miktar müteahhide ödenecek bedeli ifade etmektedir⁵³¹.

5) Kesinti Metodu

Kesinti metodu, doktrinindeki ifade ile daha çok Alman hukukunda benimsenmiş olan bir yöntem olup bu yöntemle, sözleşmeyi fesheden iş sahibince müteahhide ödeyeceği tazminat belirlenmektedir. Bu tazminat dairesinde BK 369. madde anlamında kar konusu da kesinti dahiline alınmamıştır. Ancak BK 365/II. madde anlamında iade borçlarının söz konusu olduğu tasfiye yönteminde, müteahhidin elde edeceği karın ödenmesi söz konusu olmamaktadır. Kesinti yönteminde, sözleşmede kararlaştırılan

⁵²⁹ BUZ, s.235

⁵³⁰ BUZ, s.238

⁵³¹ BUZ, s.240

bedelden, müteahhidin fesih üzerine eseri tamamlama borcundan kurtulması nedeniyle yaptığı tasarruflar ile serbest kalması nedeniyle elde ettiği ya da kasten elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar düşülerek tazminat miktarı bulunmaktadır⁵³².

Türk- İsviçre Hukuku bakımından, toplama yöntemi ile ve kesinti yöntemi ile tazminatın belirlenmesine bir engel bulunmadığı ve hatta bu iki yöntemin benzer sonuçlar vereceği, müteahhide zararını ispatta her iki yöntemi de kullanabilmesine imkan tanınması gereği savunulmuştur⁵³³.

6) Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi Açısından Tasfiye

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde 47. madde itibari ile eser sözleşmesinin tasfiye tekniği aşağıda sunulmuştur:

“Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, İdarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez.

Bu süre içinde Müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın İdare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur. Sözleşmenin bozulması halinde 2886 sayılı kanunun (62). maddesine göre müteahhidin kesin teminatı :

- a- Tedavüldeki Türk Parası ise doğrudan doğruya,
- b- Banka teminat mektubu ise bankadan tahsil edilerek,
- c- Devlet tahvilleri ve Hazine kefaletini haiz tahviller ise paraya çevrilmek suretiyle,

⁵³² BUZ, s.242

⁵³³ BUZ, s.253 vd.

Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat müteahhidin borcuna mahsup edilemez.

Bozulan sözleşme konusu işlerin hesabı, genel hükümlere göre yapılır ve böylece müteahhidin İdare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin bozulmasına ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, İdarece görevlendirilecek bir heyet tarafından Müteahhit veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir Durum Tespit Tutanağı düzenlenir. Müteahhit veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

İdare bozma işleminden sonra işi 2886 sayılı kanunda belirlenen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir müteahhide ihalesinden dolayı, müteahhit hiçbir hak iddiasında bulunamaz.

Bundan başka işin durmaması için, İdare müteahhidin tesisleri, malzeme ocakları, ihrazatı, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerine el koymak yetkisine de sahiptir. Bu durumda 48.madde hükümleri uygulanır.

Müteahhit ile İdarenin borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması veya 2886 sayılı kanunun 63. maddesinde açıklanan iş miktarının artma veya eksilmesi veya Bakanlar Kurulunca tasfiyeye imkan veren kararname çıkarılması durumlarında sözleşme tasfiye edilir. Ayrıca aynı kanunun 67. maddesinde açıklanan müteahhidin ölümü durumunda da sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olabilir.

Tasfiye halinde işin müteahhitçe yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu şartnamenin (41),(42),(43),(44) ve (45). Maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişteki miktarına göre hesaplanacak kesin teminat miktarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra müteahhide geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise (45). Madde esaslarına göre yapılır.

Tasfiye edilmiş işin, kendi teminat süresi içinde veya daha sonra ortaya çıkabilecek kusur ve hataları İdarece görevlendirilecek bir komisyon tarafından, İdarece yapılacak tebligat üzerine hazır bulunması halinde Müteahhit veya vekili ile birlikte tespit edilir. Sözleşmenin tasfiyesi halinde müteahhidin tesis, araç ve makineleri İdarece satın alınmak istendiği takdirde, müteahhidin buna razı olması şartı aranır.

Gerek sözleşmenin bozulması, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihrazatın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin bozulması hali için Durum Tespit Tutanağında belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işleri Müteahhit hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre müteahhide ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark müteahhidin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa teminatından kesilir.

Sözleşmenin bozulmasından veya tasfiyesinden sonra hesap kesme hakedişi İdarece belirlenecek bir süre içinde Müteahhit ile birlikte (40). maddedeki esaslara göre yapılır. Müteahhide gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde İdare bu hakedişi tek taraflı olarak yapar ve müteahhidin bu hususta hiç bir itiraz hakkı olamaz.”

Şartnamede getirilen tasfiye düzeni bir bakıma sözleşme eki niteliği taşıdığı için bu yöntem doğrudan doğruya tatbik edilecektir. Ancak müteahhidin 53. madde gereğince itiraz hakları da saklı tutulmuştur.

II- FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN BK 365/II. MADDE ANLAMINDA ÖNEMİ

Doktrinde, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin müteahhidin ve iş sahibinin karşılıklı tazminat taleplerinde söz konusu olması gereğine işaret edilmiştir. Bu konuda çatışan iki menfaatten birinin diğerine göre daha üstün tutulması yani menfaatlardan

birinin diğereine feda edilmesi halinde, burada fedakarlıktan yararlanan tarafından meydana gelen zarar giderilmelidir⁵³⁴.

Bir kimsenin kendisinin ya da diğere bir şahsın, şahıs ya da malvarlığını korumak amacıyla, bir zarardan ya da derhal meydana gelecek tehlikeden korumak için başkasının malvarlığına zarar vermesi hali zaruret hali olarak tanımlanmaktadır⁵³⁵. Zaruret hali sonunda üçüncü kişinin malına zarar veren kişi, malı zarar görene karşı fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, tazminat borcu ile borçlanmış bulunmaktadır. Bu anlamda, hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi sözkonusu olmaktadır. Nasıl ki kendisini derhal vukuu bulacak bir tehlikeden korumak için başkasına zarar veren kimse, fiili hukuka aykırı olmasa ve kusurlu sayılmasa dahi karşı tarafa uygun bir tazminat vermek zorundaysa ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeden dönen müteahhit de iş sahibine bu nedenle bir tazminat ödemek zorundadır⁵³⁶. Yazar, burada müteahhidi ifa engeli karşısında ifadan kurtulan müteahhide “nimet külfete göredir” hukukun genel ilkesi gereğince tazminat ödemesini gerekli kıldığını belirtmektedir. Bu bedel aslında teknik anlamda bir tazminattan çok risk bedeli ya da sözleşmeden kurtuluş bedeli olarak ifade edilmektedir⁵³⁷.

Çalışmamızın yukarıda incelediğimiz eser sözleşmesinin BK 365/II. madde anlamında feshi halinde tarafların tazminat alacağını bulunup bulunmadığı konusu incelenirken, doktrinde iki ayrı görüşün bulunduğunu, Türk doktrini ve uygulamasında genel müteahhide tazminat verilmesi eğilimi karşısında, iş sahibine tazminat verilmesini savunan İsviçre doktrinin yer aldığını ifade etmiştik. Kanımızca, savunulan görüşler içinde, en tutarlı görüş fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesini temel alarak, savunan müteahhidin tazminat ödemesi görüşü olmakla birlikte, bu görüşe de, gene tazminat konusunda değindiğimiz üzere, bir yasal hakkın kullanımından dolayı yasada olmayan bir tazminata hükümlenmesi da bizce tutarlı değildir. Ancak Yargıtay uygulamasında müteahhide hakkaniyet dairesinde tazminat verilmesi söz konusudur. Bu uygulama da kanımızca isabetli değildir. Zira, müteahhit tasfiye sonucu kar ile ilgili olan zararı hariç zararlarını gidermekte, iş sahibi de mukabil olarak tıpkı müteahhit gibi sözleşmeden

⁵³⁴ BAYGIN, s.127

⁵³⁵ EREN, C II, s.155

⁵³⁶ BAYGIN, s.127

⁵³⁷ BAYGIN, s.127; SEROZAN, s.382; GÜLEKLİ, s.67

istediği menfaatini karşılamakta ve kendi olası karlarından mahrum kalmaktadır. Bu halde bir de müteahhide sanki beklenilmeyen halin sorumlusuymuş gibi tazminat ödemesini kabul etmek zaten hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle bizim savunduğumuz görüşe göre, iade şümülu geniş tutulmalı ve tazminat kurumu BK 365/II. madde uygulamasından tamamen çıkartılmalıdır. Zira, tahdidi olan kusursuz sorumluluk halleri dışında kurum olarak tazminatın özünde kusur ilkesi bulunmakta olup taraflara isnad olunamayan bir hali düzenleyen kanun hükmünün karşısında tazminata hükmedilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

III- BK 365/II. MADDE UYGULAMASINDA ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARINDAN BİRİNİN KAMU TÜZEL KİŐİSİ OLMASI VE FİYAT FARKINI VE SÖZLEŞMENİN FESHİNİ DÜZENLEYEN KARARNAMELER

İdare ile eser sözleşmesi imzalayan müteahhitlerin Türk ekonomisinde zaman zaman söz konusu olan devalüasyon ve enflasyon karşısında zarara uğramamalarını temin için, kamu sektörüne giren kuruluşların ihaleye çıkardıkları işleri yüklenen müteahhitlerin ekonomik şartların önceden tahmin edilemeyen ya da tahmin edilip de meydana gelmeyeceği kabul edilen değişmesi ve özellikle olağanüstü boyutlara varan enflasyon sonucu, sözleşmelere devam etmenin aşırı derecede güçleşmesi karşısında 1974 yılından itibaren idareye belli esaslara göre birim fiyat tespiti ve fiyat arttırma ya da sözleşmenin feshi talebini kabul yetkisi veren Kanun Hükmünde Kararnameler çıkmıřtır⁵³⁸.

Söz konusu kararnameler 2001/2862 sayılı 88/13181 sayılı kararnameyi değiştiren ve ek getiren kararname hariç olmak üzere toplam altı adet kararnamedir.Uygulanmakta olan sonuncu kararname 1/7/1988 tarihli 88/13181 sayılı kararnamedir⁵³⁹.Son kararnamedeki idare tanımı, kavram açıklığı açısından önemlidir. Kararnamenin 3. maddesine göre idare terimi ile kamu sektörüne dahil genel ve katma bütçeli daireler, kamu iktisadi kuruluş ve teşebbüsleri,il özel idareleri, belediyeler, döner

⁵³⁸ TANDOĞAN, s.118

⁵³⁹ Dıper kararnameler, 3/4/1974 tarihli 7/7993 sayılı; 11/3/177 tarihli 7/13220 sayılı,14/7/1978 tarihli 7/15990 sayılı, 11/3/1980 tarihli 8/505 sayılı 18/3/1981 tarihli 8/2574 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnameleri

sermayeler, ofis, banka, fon, birlik, sandık gibi her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özel kanunlarla veya kanunların verdiği yetki ile kurulmuş bulunan tüzel kişilikli kurum ve kuruluşları ve burada sayılanların bir kısmının iştiraki ile kurulmuş bulunan tüzel kişiliği haiz kuruluşlar kastedilmektedir. İlk dört kararnamede yeni birim fiyatlarını tespit ve fiyat artış yüzdesi ile fiyat farkını uygulamaya idare yetkili kılınmışken son iki kararnamede yetkili değil zorunlu kılınmıştır. Bu kararnamelerin idare açısından bağlayıcı olup olmadığı sorunu gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu tartışmalar konusunda uygulama açısından sorun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel kurulu'nun 24/11/1986 tarihli 1986/2E. 1986/2 K. sayılı içtihadıyla çözülmüş olmaktadır. İçtihada göre, “idare 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 İktisadi 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” karar verilmiştir.

Doktrinde de belirtildiği üzere bu içtihada göre özel hukuk açısından kararnamelerin adli mahkemeleri bağlayıcı yönü bulunmamaktadır⁵⁴⁰. Bir diğer yorumla söz konusu kararnamelerin Bakanlar Kurulu'nun sözleşmenin tarafı olan idarelere, konu ile ilgili emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunması nedeni ile idareler bakımından bağlayıcı olduğu, ancak sözleşmenin diğer tarafında yer alan müteahhitler açısından bağlayıcı bir özellik arzetmediği söylenmiştir⁵⁴¹.

Anılan kararnamelerin sonuncusu olan 88/13181 sayılı kararnameye ek getiren 2001/2862 sayılı kararnamenin geçici 17. maddesine göre, 88/2574 sayılı kararnamedeki 8.2. maddesinin bir tarih farkı içeren tekrarı olarak 2. bendinde ihale tarihi esasların yürürlüğe girdiği tarihten önce olan işler ile sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işlerde müteahhitler ya da taşeronlar, kararnamenin geçici maddelerinde belirtilen esasların yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içinde hiç bir şart öne

⁵⁴⁰ TANDOĞAN, s.128 vd.

⁵⁴¹ YAŞAR, s.98; KAPLAN, Seminer, s.156

sürmeden idareye başvuracaklarını ve dilekçelerinde işe sözleşme kapsamında devam etmek, geçici maddelerde yer alan esaslar dahilinde sözleşmeye devam etmek ya da sözleşmenin tasfiyesine dair istemlerinden birini belirteceklerdir. Süresinde başvurmayan müteahhitler işe devam etmeyi kabul etmiş sayılacaklardır. Sözleşmenin tasfiyesini isteyen müteahhitler için hiç bir tazminat ve hiçbir nam altında masraf ödmeden, gecikme cezası da ödmeden tasfiye edilecek olup tasfiye usulü de BK 365/II. madde tatbiki tasfiyeden farklı olarak uygulanacaktır. Hükme göre, tasfiye edilen iş, taraflar arasında düzenlenecek tutanağa göre idarenin istediği düzeye getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, birim fiyat hesabı ve işin güvenliği gereği yapılması gereken kısım da tutanağa geçirilecektir. Tutanakta işin son durumu, yapılacak işlerin şartları, süresi, ihzarat miktarı belirlenecektir. Müteahhit, tutanak düzenlenmesine gelmezse, resen idarece tutanak düzenlenecek ve işleme konacaktır. Ayrıca, tutanaktaki düzeye getirilmemiş işlerde sözleşme tasfiye yoluna gidilmeden ihtarsız feshedilecektir. Tasfiye kesin hesabında, sözleşmedeki fiyatlar ve esaslar uygulanacaktır. Müteahhide idare artan ihzaratı geri vermek istediğinde müteahhidin kabul etmesi zorunlu görüldüğü gibi tasfiye sırasında, geri verilen de kesilecektir.

Doktrinde kararnamelelerin Borçlar Kanunu ve Anayasa'ya aykırı yönleri bulunduğu görüşü ile eleştirildiğini görmekteyiz. Öncelikle sözleşmeye müdehaleye yönelik olarak Bakanlar Kurulunca kararname çıkartılması eleştirilmiştir. Taraf anlaşması olmadan kararname ile sözleşmenin değiştirilemeyeceği esasının, sadece müteahhitlerin artırma ve fesih talepleri açısından değil idarenin fiyat indirimine ya da feshe karşı tarafı zorlaması açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir⁵⁴². BK 365/II. maddeye aykırılık görüşünde de kanun hükmünün beklenilmeyen hal karşısında seçimlik hakkı kullanacak tarafı müteahhit olarak belirlemesine karşın BK 365/II. madde koşullarında idarenin feshe yetkili gibi düzenlenmesi BK 365/II. maddeye aykırı bulunmuştur. Doktrinde, aynı şekilde BK 369. maddeye de aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Söz konusu kararnamelerde, ki eleştiri dahilinde henüz son 2001/2862 sayılı kararname yer almamaktadır, müteahhide yapılan kısım bedeli verilmekte ancak mahrum kalınan kar verilememektedir. Bu hal de BK 369. maddede düzenlenen tam tazminat esasına aykırı bir özellik taşımaktadır⁵⁴³.

⁵⁴² TANDOĞAN, s.130

⁵⁴³ TANDOĞAN, s.131

IV- ESER SÖZLEŞMESİNİN BEKLENİLMİYEN HALLER NEDENİYLE FESHİ HAKKININ KULLANILMASI

A- HAKKI KULLANACAK TARAF

BK 365/II. madde lafzında beklenilmeyen halin meydana geldiği hallerde, müteahhidin fesih talebiyle hakime müracaat edeceği anlaşılmaktadır. Doktrinde, müteahhidin BK 365/II. madde çerçevesinde sahip olduğu hakkını iş sahibinin muvafakatine ve mahkeme kararına gerek olmaksızın tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile kullanabileceği ifade edilmiştir⁵⁴⁴. Hatta bu görüşün paralelinde, denebilecektir ki, doktrin temelinde bu hakkın kullanılması dahilinde, konu müteahhit merkezli olarak incelenmiştir. Doktrinde müteahhide ait olan bu yetkinin, yenilik doğuran bir hak vasfına sahip olmakla iş sahibine ulaşmakla hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacağı ifade olunmuştur⁵⁴⁵.

Doktrinde, sadece müteahhidin değil iş sahibinin de BK 365/II. madde hükmünün koruması altına alındığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, iş sahibi, müteahhidin ücret arttırım talebine karşılık olarak sözleşmenin feshini ileri sürebileceği gibi sözleşmenin feshine engel olmak için sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını yani ücret arttırımını kabul edecek şekilde talepte de bulunabilir⁵⁴⁶.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi hakkını kullanacak taraf konusunda doktrinde iş sahibinin hakkı kullanamayacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bu görüş dahilinde, BK 365/II. madde lafzının sabit götürü ücretle imalatı üstlenen müteahhidin, fıkroda anılan şartlara sahipse götürü ücretle bağlı olmadığı belirtilerek, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yapı sahibinin kararlaştırılmış olan götürü ücretin bedelini aynen, eser daha fazla masrafı ile tamamlansa bile ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Görüşün temelinde, BK 365/II. maddenin sistematik yerinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının lafzının, iş sahibinin hükümden yararlanmasını

⁵⁴⁴ BAYGIN, s.108

⁵⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s.549

⁵⁴⁶ ERMAN, s.119; TANDOĞAN, s.99

engellediği fikri egemen kılınmıřtır⁵⁴⁷. İş sahibinin, s3zleşmeyi feshe dair talepte bulunmasının da m3mk3n olmadığı h3km3n tesis amacından ve h3km3n lafzından anlaşıldığı, iş sahibinin s3zleşmenin feshini talep etme hakkının BK 367/I. madde yani keşif bedelinin tecav3z3 nedeniyle ya da m3teahhidin BK 369. maddeye g3re t3m zararını karşılayarak s3z konusu olacağı ifade edilmiřtir⁵⁴⁸.

Aynı paralelde, savunulan bir diğer g3r3ře g3re, BK 365/II. madde dahilinde s3zleşmenin feshinde, m3teahhit haklı olup, bu haklılık karşısında iş sahibi BK 367. maddeye g3re d3nme hakkını kullanması gerekli olmamaktadır. Bir diğer a3ıdan ise, BK 365/II. maddeye g3re s3zleşmenin feshinden ziyade, koşullar itibari ile g3t3r3 3cretle belirlenen 3cretin arttırılması yoluna gidilecektir. Bu halde de s3zleşmenin sona erdirilmesi yasal olmayacaktır. Bu durumda, BK 367. madde ile BK 365/II. madde aynı zamanda uygulanmayacaktır. Bu 3er3evede, koşullar itibari ile 3cret arttırımı haklı bir se3enek iken, BK 367. madde h3km3 dahilinde s3zleşmenin feshi de hakkaniyete aykırı olup bu halde BK 365/II. maddeden m3teahhidin yararlanma hakkı da engellenmektedir⁵⁴⁹.

İş sahibinin BK 365/II. madde h3km3 dahilinde m3teahhidin 3cretinin indirilmesini istemesi m3mk3n m3d3r ? Konu gerek T3rk gerekse İsvi3re doktrininde tartışılmıştır. Bir g3r3ře g3re, iş sahibi aleyhine dengenin bozulması durumunda, iş sahibini BK 365/II. madde h3km3n3n dışında bırakmanın bir gerek3esinin olmadığı belirtilmiş, iş sahibinin d3r3stl3k kuralı gereğince ve de BK 24/I-4'deki temel hatası h3k3mlerinden yararlanmak suretiyle, kıyasen indirim talep edebileceği belirtilmiřtir⁵⁵⁰. Bir diğer g3r3e g3re ise, m3teahhidin eser i3in yaptđı masraflar g3t3r3 3crette ařırđ derecede d3ř3k olsa bile, bu durumun nadir ve atipik 3zellik g3sterdiği; bu halde yararlanmasının s3z konusu edilemeyeceği ifade edilmiřtir⁵⁵¹. Bu g3r33leri değerlendiren KAPLAN'a g3re ise, BK 365/III. madde h3km3 dahilinde, yapının daha az masrafla tamamlanması karşısında iş sahibinin indirim talep edemeyeceği a3ık3a d3zenlenmişken, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki beklenilmeyen hallerin ortaya 3ıkması halinde kıyasen tatbikinin m3mk3n olmadığı, koşullarını taşılamakta ise temel

⁵⁴⁷ KAPLAN, (Seminer), s.154

⁵⁴⁸ KAPLAN, (Seminer), s.155

⁵⁴⁹ BAYGIN, s.116

⁵⁵⁰ GAUCH, s.317, N.1146 (nakleden KAPLAN , Seminer, s.154)

⁵⁵¹ OSER/SH3NENBERGER, Art.373 Nr.5 (nakleden KAPLAN, Seminer, s.154)

hatası kavramından yararlanmanın gene mümkün olabileceği ancak sözleşmenin sona ermeden sadece bedel indirimi istemenin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir⁵⁵².

İleri sürülen bir başka görüşe göre ise, iş sahibi müteahhidin seçimlik hakkını kullanması üzerine, hakkın kullanılmasını isabetli bulmayarak hakkın kullanılmasını ve tesbitini içerir bir dava açması da mümkündür. Aynı şekilde, ademi ifaya dayalı olarak da müteahhide karşı tazminat davası açması mümkündür. Aynı şekilde iş sahibi müteahhidin dava yolu ile hakkı kullanması halinde cevap dilekçesi ile birlikte hakkın isabetli kullanılmadığını da ileri sürebilecektir. İş sahibi de edim veya tesbit davası ile hakkı kullanabilecektir⁵⁵³. Ancak, doktrinde iş sahibinin hakkı kullanabileceği ileri sürülse de aynı yazar tarafından müteahhidin BK 365/II. maddedeki haklarını kullanması üzerine buna direnen ve ihtilafı yargıya taşıyan iş sahibi, müteahhidin seçtiği hakkın değil de diğer yolun uygulanmasının daha isabetli olduğu ileri sürerek bu yolun uygulanması gereğine mahkemece hükmedilmesini talep edebileceksede müteahhidin BK 365/II. maddede yer alan seçimlik hakkını kullanmadan iş sahibinin hüküm dahilindeki haklardan birine hükmedilmesini talep etme imkanının bulunmadığını ifade etmektedir⁵⁵⁴

Görüşler dahilinde, maddenin tesis amacından uzaklaşıldığı ve bu şekilde değerlendirme yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Halbuki çalışmamız dahilinde ifade ettiğimiz gibi, BK 365/II. madde hükmü, tarafların sözleşme kurulurken öngörmedikleri ya da öngörseler de sözleşmeye etki etmeyeceği konusunda mutabık kaldıkları beklenilmeyen haller ortaya çıkarsa, bu durumda hakim müdehalesinin kanun koyucu tarafından sözleşmede bozulan dengenin sağlanması ya da bu sağlanamaz durumda ise sözleşmenin feshi yoluna gidileceğine dair bir amaçla öngörüldüğü açıktır. Bu halde, denge her zaman müteahhit aleyhine mi yoksa her iki taraf aleyhine mi bozulmaktadır? Söz gelimi, bir inşaat sözleşmesinde, ücret götürü bedelle saptanmış olabilir. Beklenilmeyen halin ortaya çıkması halinde iş sahibince ücret borcu ifa edilemeyecek bir hal almış olabilir. Bu halde, müteahhit tarafından iş sahibinin ücret ödeme borcunu ifa edemeyeceği halde, BK 369. maddedeki fesih hakkını, iş sahibi müteahhidin hızlı ve artan tazminat imkanı ile devam ettiği varsayımında kullanamayacak olması söz konusu

⁵⁵² KAPLAN, Seminer, s.155

⁵⁵³ CİĞERİM, s.115

⁵⁵⁴ CİĞERİM, s.115, dn.89

olabilir. Bu halde, yapılan kısmın bedeli kadar ücret alması zaten kaçınılmaz olan müteahhit, beklenilmeyen halde zarar görmemiş olabilir ancak iş sahibi ifa engeli ya da ifa güçlüğüne maruz kalmış olabilir. Bu durumda, BK 365/II. madde dahilinde, belki bedel tenziline müracaat edemese de sözleşmenin feshini talep etmesi mümkün olmalıdır. Hayatın olağan akışında, bu ihtimal zayıf bir ihtimal olsa da beklenilmeyen bir hal karşısında her zaman ifa engeli ya da ifa güçlüğü ile müteahhit karşılaşmayabilir. Örneğin, yurt dışında bir bankaya tüm parasını yatıran iş sahibinin, parasını yatırdığı ülke ile ülkemiz arasında savaş çıkması halinde parasını ülkeye transfer edememesi ihtimali karşısında, müteahhidin savaştan etkilenmemesi ve ifa etmesinde bir sıkıntı olmaması durumunda iş sahibine fesih talep etme hakkı tanınmalıdır. Zira, bu konuda temel yol gösterici olan kural MK 2. maddeden kaynaklanan dürüstlük kuralıdır.

O halde, sonuç olarak söylenebilir ki, bedel arttırımı ile ilgili konular ayrı değerlendirilerek eser sözleşmesinin BK 365/II. madde gereğince feshini, kural olarak ve de BK 365/II. maddenin sistematik yeri, hayatın olağan akışında imalatın güç ve masraf gerektirir olması karşısında, müteahhidin fesih hakkını kullanabileceğini; ancak somut olaya göre iş sahibinin, MK 2. madde çerçevesinde feshi talep edebileceğinin de kabulü gerekecektir.

B- -HAKKIN KULLANILMASI USULÜ

BK 365/II.madde anlamında sözleşmenin feshi hakkının kullanılması açısından iki farklı görüş benimsenmiştir. Bu görüşler, hakim kararının niteliği açısından da önem taşımakta olup aşağıda inceleneceği üzere, hakim kararının bildirici bir karar mı yoksa kurucu bir karar olup olmadığı hakkın kullanılmasının sonuçları açısından önem taşımaktadır. Aşağıda bu görüşler incelenmiştir. Ancak temel olarak doktrinde fesih hakkının müteahhit tarafından seçimlik olarak isterse dava yolu ile isterse irade beyanı yolu ile kullanılabileceği fikri egemendir.

1)Fesih İhbarı ile Hakkın Kullanılması

Günümüzde savunulan görüş dahilinde müteahhit, BK 365/II. maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde, müteahhit iş sahibinin muvafakatine ya da mahkeme

kararına ihtiyaç olmaksızın tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile hakkı kullanabilecektir. Bu görüşün savunucularına göre müteahhitten, mahkemeye müracaat etmesi halinde, mahkeme kararı olmaksızın bir hüküm kurulması ve kesinleşmesi söz konusu olmadan imalata devam etmesi beklenemeyecektir⁵⁵⁵.

Doktrinde yaygın görüş dahilinde, fesih hakkının sadece hakim kararı neticesi kullanılabilir olması görüşünden ziyade, hakkın tereddütsüz olarak, sözleşmenin yeni şartlara uydurulması yetkisinin hakime değil, müteahhide ait olduğunu ifade etmektedirler⁵⁵⁶.

Doktrinde, müteahhidin yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkını kullanmasının kural olarak şarta bağlanamayacağı belirtilmiştir. Ancak; müteahhit, sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için iş sahibine yaptığı teklifin, iş sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı yönündeki ihbarı, iradi şarta bağlı fesih olarak kabul edilecektir⁵⁵⁷.

Fesih beyanı ile hakkın kullanılabilceğini ileri süren yazarlar, müteahhit tarafından iradesinin iş sahibine yöneltilmesi üzerine, iş sahibi tarafından müteahhidin teklifi kabul edilirse, her hangi bir şekilde hukuka aykırılıktan bahsolunamayacağını, teklifin kabul edilmemesi halinde ise, iş sahibinin mahkemeye müracaatla, menfî tespit veya ifa davası açabileceğini belirtmişlerdir⁵⁵⁸.

Doktrinde ileri sürülen fesih hakkının, ihtar ile kullanılabilceğine dair görüşün değerlendirilmesinde, feshin isabetsizliğine kanaat getiren iş sahibinin, konuyu mahkemeye taşıması üzerine, hakim kararının da niteliğinin değiştiğini görmekteyiz. Aşağıda tekrar değinileceği gibi, iş sahibi tarafından sorun mahkemeye taşınırsa, hakim müteahhit tarafından yapılan feshin BK 365/II. madde şartları içerisinde kaldığına kanaat getirirse hakim kararı inşai nitelikte değil, bildirici nitelik taşıyacaktır. Ancak feshin isabetsizliğine hükmederse karar inşai olacaktır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ BAYGIN, s.105

⁵⁵⁶ ERMAN, s.115

⁵⁵⁷ BAYGIN, s.110

⁵⁵⁸ BAYGIN, s.111

⁵⁵⁹ ERMAN, s.114; BAYGIN, s.111

Fesih hakkının dava yolu ile değil de, fesih beyanının ihbarı ile kullanılabilceğini ifade eden yazarlara göre müteahhidin sözleşmeden dönmesine ya da ücretin arttırılmasına dair hakkı, yenilik doğuran bir hak olmakla tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile kullanılmaktadır. Hukuki sonuç, mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşmektedir, bu anlamda madde lafzının da düzeltilmesi gereklidir⁵⁶⁰. Müteahhit fesih hakkını dava yolu ile kullanmayı tercih ederse bu halde dava dilekçesi iş sahibine tebliğ edildiği anda, sözleşme fesholunmuş sayılacaktır. Bu halde hakimin kararı da inşai değil bildirici bir nitelik taşıyacaktır⁵⁶¹.

2) Dava Yolu ile Hakkın Kullanılması

BK 365/II. madde ile ilgili olarak lafzi yorumda bulunan görüş sahipleri, müteahhidin ücret arttırılması ya da sözleşmenin feshi yollarından birini seçme hakkının bulunmadığını, hakkın kullanılmasının hakim aracılığı ile söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir. Ancak bu görüşteki yazarlar, kuralın istisnasız uygulanmadığını, hakime müracaat etmeden de fesih hakkının kullanılabilceğini fakat, hakim feshin usulsüz olduğu yönünde karar verdiğinde, müteahhidin hakim kararı neticesi doğacak sonuçlara ve hakim kararını beklememesinin sonuçlarına katlanacağını ifade etmişlerdir⁵⁶². Bir kısım yazarlar ise, hakimin sözleşmeden dönme konusunda müteahhide izin vermesi halinde, müteahhidin dönme hakkını kabul etmektedir⁵⁶³.

Müteahhit tarafından, iş sahibine yönelik olarak ücretin arttırılması talebinde bulunulduğu takdirde, talep müteahhit tarafından kabul edilmezse, bu halde ya hemen, ya da haklarını saklı tuttuğunu belirterek işin sonunda dava açacaktır⁵⁶⁴. Beklenilmeyen hal ortaya çıkınca, müteahhidin durumu ivedilikle iş sahibine bildirmesi gerektiği ifade edilmiş, bildirim neticesinde, müteahhit ücret arttırımı yoluna gidecek ancak bu arttırım kabul edilmediği takdirde ya hemen dava açacak ya da işin ifası neticesinde dava açma hakkını saklı tutarak işin sonucunda dava açacağı belirtilmiştir. İşin bırakılması halinde, müteahhit yaptığı iş kadar kısım için tazminat talep edecek, ya da iş

⁵⁶⁰ CİĞERİM, s.111

⁵⁶¹ CİĞERİM, s.112

⁵⁶² TANDOĞAN, s.112

⁵⁶³ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.361

⁵⁶⁴ TANDOĞAN, s.114

sahibi tarafından BK 365/II. madde şartlarının gerçekleşmediği ileri sürülerek dava açılacaktır. Bu davaların karşılıklı olarak da açılabilceği ifade edilmiştir⁵⁶⁵.

a) Yetkili Mahkeme

Medeni Yargılama Hukuku anlamında yetkili mahkeme kavramı değerlendirildiğinde HUMK 9. maddesi ile 24. maddesi arasında düzenlenen hükümlere müracaat edileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede HUMK 9. maddede düzenlenen genel yetki kuralı gereğince her dava davalının ikametgahındaki mahkemede açılacaktır. İkametgah kavramı da kural olarak MK çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu kural doktrinde genel yetki kuralı olarak ifade edilmiştir⁵⁶⁶. Tüzel kişilerin ikametgahı ise MK 51. madde hükmü dahilinde değerlendirilerek işlerinin yürütüldüğü yer ikametgahları olarak değerlendirilecektir. MK 106. madde anlamında ise vakıfların Dernekler Kanunu 8/I. maddeye göre derneklerin, Kooperatifler Kanunu 4/I. madde gereğince kooperatiflerin merkezinin, aynı şekilde TTK 155/III., 244, 279/I, 478, 506/I. madde gereğince ortaklıkların merkezinin ana sözleşmelerinde yazılması zorunludur.

HUMK dahilinde 10. madde çerçevesinde kanun koyucu özel yetki kuralları da tesis etmiştir. Eser sözleşmesinin, bir sözleşme olmasından dolayı genel yetki değil özel yetkili mahkemelerde dava açılabilir. Bu anlamda özel yetkili mahkemenin bulunması genel yetkili mahkemenin yetkisini de bertaraf etmeyecektir. Ancak bazı hallerde özel yetkili mahkeme kesin yetkili mahkeme vasfını kazanmaktadır. HUMK 10. maddede yer alan “mukavele” teriminin Borçlar Hukuku anlamındaki sözleşmeler için kullanıldığı, bu anlamda eser sözleşmesinin de madde hükmü kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir⁵⁶⁷. HUMK 10. madde hükmünde sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için iki farklı yetki öngörülmüştür. Sözleşmenin ifa olunacağı yer mahkemesinde dava açılabilceği gibi, aynı madde gereği sözleşmenin yapıldığı yerde dava açılabilir. Sözleşmenin yerine getirileceği yer konusunda ilk önce tarafların açık veya zımni isteklerine göre belirlenecektir. İfa olunacağı yer belli değilse bu halde

⁵⁶⁵ TANDOĞAN, s.253; CİĞERİM, s.110

⁵⁶⁶ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2002, s.165

⁵⁶⁷ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.175

BK 73. maddedin yol göstereceği ifade edilmiştir⁵⁶⁸. Sözleşmeden kaynaklanan bir dava, davalı veya vekilinin sözleşmenin yapıldığı esnada sözleşmenin yapıldığı yerde bulunması şartı ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde de açılması mümkündür.

Yetkili mahkeme konusunda tekrar eser sözleşmesini değerlendirdiğimizde, imalatın ifası neticesinde müteahhit eseri teslim etmek borcu ile yükümlenmektedir. İmalatı nerede yaparsa yapsın, sözleşmenin müteahhide yüklediği temel borç teslim borcu olup iş sahibi de ücret borcunu BK 364/I. madde gereğince teslim zamanında ödeyecektir. O halde sözleşmenin ifa olunacağı yer teslimin yapıldığı yer olacaktır. Bu anlamda inşaat sözleşmelerinde, inşaatın neticesinde ortaya çıkan binanın iskan ruhsatının alınarak iş sahibine teslim edildiği yer, yani binanın olduğu yargı çevresi mahkemeleri yetkili mahkeme olacaktır. Doktrinde eser sözleşmesinde, eser tamamlandıktan sonra ifa yeri tesbitinde BK 73. madde hükmünden yararlanılabileceği belirtilmiştir⁵⁶⁹. Eser tamamlanınca iş sahibi tarafından teslim alınması ya da müteahhit tarafından iş sahibine götürülüp götürülmeyeceği konusunda, sözleşme dahilinde hüküm mevcutsa ya da tarafların zımni iradelerinden durum anlaşılmakta ise sözleşmenin ifa yeri bu yer olacaktır⁵⁷⁰. Sözleşmeden ya da tarafların zımni iradelerinden teslim yeri anlaşılamiyorsa, bu halde adet dahi bulunmamakta ise BK 73/3.bend gereğince borcun doğumu sırasında borçlunun ikametgahı neresi ise, borç orada ifa edilecektir. Ancak genelde, eser sözleşmelerinde müteahhidin çalışma yerinde ifa olunacağı kararlaştırılmış sayılmaktadır⁵⁷¹. Üzerinde durulan bir başka nokta da, ifa yerinin tespit edilemediği durumlarda borçlu müteahhidin ikametgahı sözleşmede menfaati daha fazla olan ve icapta bulunan iş sahibinin ikametgahından üstün tutularak eser, iş sahibi tarafından aranması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷². Taşınır şeylerin imalini konu edinen eser sözleşmelerinde ise malzeme iş sahibine aitse, bu halde iş sahibinin eseri araması gerektiği, ancak malzeme müteahhide aitse bu durumda müteahhidin iş sahibine eseri götürmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷³.

⁵⁶⁸ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.176

⁵⁶⁹ UÇAR, (Teslim), s.538

⁵⁷⁰ TANDOĞAN, s.126, UÇAR, (Teslim), s.538

⁵⁷¹ UÇAR, (Teslim), s.539, ÖZ, s.166 vd.

⁵⁷² UÇAR, (Teslim), s.539

⁵⁷³ TANDOĞAN, s.128

Eser sözleşmesinin, beklenilmeyen haller karşısında BK 365/II. madde hükmü gereğince feshi sözkonusu olduğunda müteahhit tarafından dava yolu ile sözleşmenin feshi yolu seçildiği takdirde HUMK 10. madde hükmü devreye girecek BK 73. madde hükmü ile birlikte konu değerlendirilecek, eserin bulunduğu yer ya da ifa yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Örneğin bir zirai ilaçlama aracı imalini konu edinen bir eser sözleşmesi, malzemesi müteahhit tarafından sağlanmakta ise bu durumda teslim yeri olan, iş sahibi çiftçinin ikamet ettiği tarımsal yerin bağlı bulunduğu yargı çevresi mahkemeleri yetkili mahkeme olacaktır.

b)Görevli Mahkeme

Özel hukuk davalarının yargılama usulünü düzenleyen HUMK dahilinde görevli mahkeme ilk maddeden itibaren 8. maddesi dahil olmak üzere incelenmiş olup ayrıca özel görev kuralları da söz konusudur. 1086 sayılı HUMK Ek 4. maddesi ile görev konusunda parasal sınırlar 2007 yılı için Maliye Bakanlığı'nın ilan ettiği yeniden değerlendirme oranı olan % 7,18 oranında arttırılmış hali ile sulh mahkemelerinde 5.910,00 YTL dava değerinden az olan davalar açılacaktır.5.910,00 YTL'nin üzerindeki davalar ise asliye hukuk mahkemelerinde açılacaktır⁵⁷⁴.

Eser sözleşmelerinde dava değerinin belirlenmesi konusunda, değerlendirme yapılacak olursa, götürü bedelin dava değeri olacağı kuşkusuzdur. Zira taraflar arasındaki ihtilafın özünde imal olunmasında bir ifa engelinin söz konusu olması veya götürü bedelle müteahhidin ifasının güçleşmiş olması halleri yer almaktadır. Dava değeri, götürü bedelle belirlenmiş olmasına karşın, dava açılırken müteahhidin beklenilmeyen hal karşısında ödeyeceği mahkeme harcı ve sair giderler de söz konusu olacak olup bu halde yargılama giderleri davanın açılmasından önce eğer iş sahibine fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirmeyi müteahhit teklif etmiş ancak iş sahibi tarafından direnilmişse kanımızca iş sahibine ait olmalıdır. Eserin çok az kısmı tamamlanmış ancak ihtilafa konu beklenilmeyen hal ortaya çıkmış olsa bile, sözleşme ile kararlaştırılan bedel HUMK 1/II. madde çerçevesinde davanın konusu para alacağı olduğu için görev sınırı da bu miktara göre belirlenecektir⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ <http://www.ankarabarusu.org>

⁵⁷⁵ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.132

Görev konusunda değinilmesi gereken bir başka konu da, işbölümü konusudur. Görev sınırı sulh hukuk mahkemesinin üstünde olan davalarda işbölümü konusu değerlendirilebilir niteliktedir. Bu konuda eser sözleşmesi ile ilgili davalarda konu olarak tüketici mahkemeleri, iş mahkemeleri veya aile mahkemelerinden ziyade ticaret mahkemeleri görevli olabileceğinden görev konusunda ihtilafın durumuna göre belirleme yapılacaktır. Mevzuatta hangi davaların ticari dava olduğu TTK 4. madde çerçevesinde sayılmıştır. Bu durumda mutlak ticari dava vasfı taşımakta olan davaları düzenleyen ve tahdidi olarak sayan TTK 4. maddesinde yer alan TTK 135. madde dahilinde sayılan ticarete mahsus yerler ile ilgili olarak özel hükümlerde düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari dava sayılacaktır. Bu çerçevede bir eczane ya da özel okul tamiratı yapan bir müteahhit BK 365/II. madde şartları gerçekleştiğinde asliye ticaret mahkemelerinde davasını açmak zorundadır. Aynı şekilde koşulları olduğu takdirde 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu 99/I. madde gereğince, koşulları varsa davanın gene asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekmektedir.

Mutlak ticari davaların yanı sıra TTK 4. maddesi gereğince bir ticari işletmeyi ilgilendiren BK 457-462. maddelerde düzenlenen ve 463-482. maddeler arasında düzenlenen hususlar ile 5846 sayılı kanun 76. maddesinden kaynaklanan telif hakları ile ilgili davalar bir ticari işletmeyi ilgilendirmek şartı ile ticari dava sayılabilecekken, eser sözleşmesinin burada sayılmaması nedeniyle bu kapsamda yer almamaktadır. Nisbi ticari davalar ile ilgili bir diğer düzenleme de TTK 21. maddesi çerçevesinde yapılmıştır. Madde hükmüne göre, her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan davalar ticari dava sayılmaktadır. Doktrine göre, davanın her iki tarafının tacir olması ve de uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması halinde dava ticari dava sayılacak ve asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir⁵⁷⁶. Eser sözleşmelerinde genelde, tarafların tacir olması hayatın olağan akışında görülmektedir. Bu çerçevede görev konusunda parasal sınırın üzerinde olan ve tarafların tacir olduğu ya da ticari işletmesi ile ilgili olduğu davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Bu haller dışında gene görev sınırının altında ise, daima sulh hukuk mahkemeleri, görev sınırının üzerinde ise asliye hukuk mahkemeleri görevli mahkeme olacaktır.

⁵⁷⁶ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.218

c) Davanın Niteliği

Dava çeşitleri itibari ile medeni yargılama hukuku üç tür dava içermektedir. Bu davalar eda davaları, tespit davaları, ve inşai davalardır⁵⁷⁷. Eda davaları, davacının davalıdan bir iş yapmaya, bir şey vermeye ya da bir işi yapmaya mahkum olmasını istediği davalardır. Eda davalarında, mahkemece verilen karar neticesinde iddia olunan hukuki ilişki veya hakkın tespiti ile davalıya hakkın ya da hukuki ilişkinin gereği olan ifa emri içermektedir. Tespit davalarında ise, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığı tespit edilmektedir. İnşai davalarda ise, davacı var olan hukuki durumun değiştirilmesini ya da kaldırılmasını ya da yeni bir hukuki durumun yaratılmasını talep etmektedir⁵⁷⁸.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile feshi ile ilgili olarak, müteahhidin mahkemeye müracaatı halinde, açtığı davanın niteliği yukarıda sayılan davalardan hangi tür ya da türler dahilinde değerlendirilmelidir? Yukarıda fesih hakkının kullanımı ile ilgili olarak incelediğimiz görüşler içinde, hakkın mutlaka dava yolu ile kullanılmasının zorunlu olmadığı dava yolu ile hakkın kullanılmasa da fesih beyanını iş sahibine ulaştığı anda hak kullanılmış olmaktadır⁵⁷⁹. Doktrinde de ifade edildiği gibi, hakkın kullanımı için hakim kararına mutlaka gerek olmaması nedeniyle müteahhit hakkını dava yolu ile kullanmışsa, hakim kararı bildirici bir karar yani tespit kararı olacaktır⁵⁸⁰. Ancak doktrinde, müteahhidin seçimlik hakkını mutlaka dava yolu ile kullanması gerektiğini ileri süren yazarlar, hakim kararının inşai bir karar olacağını ifade etmektedirler⁵⁸¹. Bu görüşe göre de dava türü inşai bir dava olmaktadır.

Dava türü açısından konu değerlendirilince, bu halde müteahhit tarafından dava yolu ile hak kullanıldığında, bu dava türünün tespit davası olduğunu söylememiz mümkündür. Ancak hemen belirtelim ki, müteahhit seçimlik haklarından hangisini kullanması gerektiği şeklinde bir tespit davası açamaz. Bu tespit davasını açmakta hukuki yararı olmadığı ifade edilmiştir. Zira, müteahhit kendi iradesine ve menfaatlerine uygun olarak seçim hakkını kullanacak ve seçtiği yolun hükümlerine iş sahibi tarafından

⁵⁷⁷ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.324 vd.

⁵⁷⁸ KURU/ASLAN/YILMAZ, s.331

⁵⁷⁹ BAYGIN, s.108

⁵⁸⁰ BAYGIN, s.108, CİĞERİM, s.115

⁵⁸¹ GAUCH, Art.373, Nr.13 (nakleden TANDOĞAN, s.115)

uyulmaması halinde onun bu sonuçlara uymasını sağlayacağı şekilde bir ifa davası açabilecektir⁵⁸².

İş sahibi, müteahhidin seçmekle kullandığı fesih hakkının isabetsiz olduğunu ve kabul etmediğini ifade ederek müteahhidi edim davası açmaya da zorlayabilecektir. Bu anlamda müteahhidin davasına cevap verirken kullanılan seçimlik hakkın değil de diğer hakkın kullanılmasının gereğine işaret edecek ve bu yönde savunma inşa edebilecektir⁵⁸³. İş sahibi, müteahhidin açtığı davada seçilen yolun isabetsizliğini ileri sürerken, hakim tarafından müteahhidin kullandığı seçimlik hakkın hukuka uygun olmadığı yönünde bir karar verilirse, bu halde hakimin kararı inşai bir karar olacak ve dava tespit davası vasfında olmayacaktır⁵⁸⁴.

C-HAKİMİN SÖZLEŞMEYE MÜDEHALESİ, HAKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE TAKDİR KRİTERLERİ

1) Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi ve Takdir Yetkisinin Sınırları

Doktrinde, hakimin sözleşmeye müdahalesi kavramı açıklanmıştır. Sözleşmede ya da kanunda değişen hal ve şartların sözleşmeye tesiri hakkında herhangi bir hüküm yoksa bu halde, hakim sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulup uydurulmayacağına kendisi karar verecektir. Hakimin talep üzerine sözleşmeyi bizzat kendi koyduğu kuralla değişen hal ve şartlara uydurmasına “dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi denilmektedir”⁵⁸⁵. Aynı yazar tarafından hakimin hukuki çözüm tesbit ederken, genel olarak hakiminin sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi ya da içeriğinin değiştirilmesi ya da sözleşmenin süresinin uzatılması imkanlarından birini seçmekte serbest olduğunu ifade etmektedir⁵⁸⁶.

Hakim kararına tarafların etkisi daha doğrusu davacı talebi ile hakimin bağlı olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bedel arttırımı talebi ile sözleşmenin feshi talepleri kademeli olarak dava dilekçesinde talep edilmişse bu halde bir sorun

⁵⁸² CİĞERİM, s.115, dn.90

⁵⁸³ CİĞERİM, s.114

⁵⁸⁴ CİĞERİM, s.115

⁵⁸⁵ KAPLAN, s.145

⁵⁸⁶ KAPLAN, s.156

bulunmamaktadır. Hakim, her iki seçenek de talep dahilinde olduğundan birine karar verecektir⁵⁸⁷. Ancak müteahhit bu taleplerden yalnız birini ileri sürmüş olabilir. Tesbit davası açılmışsa hakim tarafından hukuki durumun niteliği konusunda değerlendirme yapılacaktır.

Doktrinde eda davası açıldığı durumlar ile ilgili olarak iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre eda davası şeklinde mahkemeye müracaat edildiği takdirde iptal davası açılmışsa, hakim sözleşmenin değiştirilmesine karar verirse bedel arttırımına karar verebileceği ancak yeni şartlara uydurulması yönünde dava açılmışsa sözleşmenin hakim tarafından fesholunamayacağı aksi halin talebi aşan karar niteliğine sahip olacağı belirtilmiştir⁵⁸⁸. Diğer görüşe göre ise, HUMK 74. madde gereğince hakim kural olarak iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olmasına rağmen, inceleme ve değerlendirmeleri sonunda talepten noksanına hüküm verebilecektir. Bu anlamda hakim, takdir hakkı nedeniyle sadece ücret arttırımı talep etmiş olsa ve hatta iş sahibi bu talebe karşı fesih talep etmese bile hakim sözleşmenin feshine karar verebilecektir⁵⁸⁹. Son görüşü destekleyen bir başka yazara göre ise, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması konusunda hakimin yetkisi, sözleşmenin sona ermesi ile sınırlı değildir. Hakimin sözleşmenin süresinin değiştirilmesine de karar verebileceği ifade edilerek, BK 365/II. madde hükmünde düzenlendiği şekilde borçlu sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmiş olsa bile, hakimin edim miktarını arttırabileceğini, buna karşılık da taraflardan birinin sözleşmenin değiştirilmesinin etkilerini karşılamaya hazır olduğunu bildirmesine rağmen diğer tarafın fesih talep edemeyeceğini, bu anlamda hakimin yetkisinin sınırlanmış olduğunu ileri sürmüştür⁵⁹⁰. İsviçre Hukuku'nda ileri sürülen bir görüşe göre, müteahhidin seçme hakkı bulunmayıp seçme yetkisi hakime ait olup hakim hakkaniyet dairesinde yetkisini kullanacaktır⁵⁹¹.

Kanun koyucu tarafından hükmün tesis amacının öncelikle değerlendirilmesi kanımızca daha isabetli olacaktır. Zira kanun koyucu, beklenilmeyen hallerin ortaya çıkmasından sonra taraflar arasında bozulan dengenin düzeltilmesi, tarafların zarar görmesinin engellenmesini amaçlayarak, hakimi sözleşmeye müdehale etmek için

⁵⁸⁷ ERMAN, s.117

⁵⁸⁸ ERMAN, s.118

⁵⁸⁹ BAYGIN, s.109-110

⁵⁹⁰ KAPLAN, s.157

⁵⁹¹ BECKER, s.633

yetkili kılmalıdır. Hakimin yetkisi de ancak müteahhidin seçimlik hakkını dava yolu ile talep etmesi halinde sözkonusudur. Öncelikli amaç, hakimin sözleşmeyi ayakta tutması ve mümkün olduğu kadar denge bozulmadan ifanın gerçekleştirilmesidir. Bu anlamda madde lafzında “ya ,ya da” bağlaçları ile sınırlı sayı prensibi benimsenmiş izlenimi yaratılmış olsa da aslında kanun koyucu tarafından sözleşmenin ayakta tutulması ya da tarafların zararlarının giderilmesi amaçları gerçekleştirildiği ölçüde hakimin talepten başka yollara müracaatını hukuk dışı addetmeyeceği de öngörülür niteliktedir; ancak usul gereği hakimin taleple bağlı olması da uygulama açısından zorunlu bir durumdur. Aksi hal adalete olan güveni sarsabilecektir.

Madde lafzı yoruma açıktır. Müteahhit hakimden sözleşmeye kendi talebi ile müdahale edilip edilmeyeceğini talep ve dava etmektedir, hakim karşısına gelinceye kadar müteahhidin temelde hazırlandığı ve menfaatine olan yolu seçerek geldiği, iradesinin de böyle oluştuğu düşünülürse hakimin tespit kararı vererek hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir denetimde bulunması gereklidir. Davayı reddetse bile taleple bağlı olarak karar vermesi gerekmektedir.

Tartışılan bir başka konu ise, hakimin BK 365/II. madde hükmünde öngörölmüş olan çözüm yollarından başka yollara da hükmetmesinin mümkün olup olmadığı konusudur. Bu konuda iki görüş ileri sürölmüştür. Bu görüşlerden ilki çerçevesinde, BK 365/II. madde hükmünün lafzı ile bağlı kalınmadan hakimin ücret arttırımı dışında başka önlemler alarak da sözleşmeye müdahale edebileceği ifade edilmiştir. Bu önlemlere örnek olarak süre uzatımı gösterilmiştir⁵⁹². Bir diğer görüşe göre ise BK 365/II. madde lafzında yer alan haklar sınırlı sayı ilkesine göre kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olup, bu anlamda madde lafzında yer almayan bir yolun kabul edilmesi de mümkün olmamalıdır⁵⁹³.

⁵⁹² ERMAN, s.111

⁵⁹³ TANDOĞAN, s.256; BAYGIN, s.114

2) Hakimin Takdir Yetkisini Kullanırken Gözetmesi Gereken Kriterler

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshine mi, yoksa kararlaştırılmış olan götürü ücretin mi arttırılmasına karar verilmesi konusunda hangisini tercih etmesi gerektiği yönünde takdir yetkisini kullanırken hakimin gözetmesi gereken bir takım kriterler vardır. Bu kriterler konusunda, doktrinde görüş ayrılığı sözkonusu değildir. Ancak genel olarak, sözleşmeler hukuku dahilinde hakimin sözleşmeye müdahalesi anlamında bir takım genel kriterler de kabul edilmiştir. Bu anlamda esas olanın, taraflarca sözleşmenin akıbeti konusunda anlaşmaları, bu anlamda hakimin kararının daima yedek çözüm niteliğini taşıması olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹⁴. Ayrıca hakimin kararı, sözleşme ile ilgili olmalı ve de hakim intibak kuralı tesis ederken tarafların, sözleşmenin kuruluşu sırasında hakkında hüküm tesis olunmamış haller hakkında nasıl bir kararlaştırmada bulunmaları farazi iradeleri gereği söz konusu ise, bu koşullarda hüküm verecektir⁵⁹⁵. Hakim, karar verirken örf ve adetin yanı sıra hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm verecektir. Ayrıca, hakimin karar vermesi kanun boşluğunu dolduracak nitelikte ve de kıyas yolu ile söz konusu olacaktır⁵⁹⁶. Doktrinde en açık örnek olarak BK 365/II. madde hükmünün diğer uyum kurallarına da örnek teşkil etmesini göstermektedir. Ancak, eser sözleşmesine döndüğümüzde, her zaman ücret arttırımı ya da diğer uyum yollarına müracaat söz konusu olmadan sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna da gidilebilecektir.

Eser tamamlanmış ya da eserin imalatı fazlaca ilerlemişse, iş sahibinin de esere ivedilikle ihtiyacı bulunmaktaysa; ayrıca sözleşmenin tarafları ücret arttırımı konusunda anlaşmakla birlikte arttırım miktarında anlaşamamakta iseler, hakimin ücret arttırımına hükmetmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir⁵⁹⁷. Eserin yapımına yeni başlanmışsa, ya da beklenilmeyen hal müteahhidin şahsını ilgilendirmekte ise bu halde,örneğin yabancı ülkede kara listeye alınması nedeniyle malzeme getirmekte zorlanmaya başlamışsa, ya da sözleşmeye devam etmesi iş sahibi açısından ağır olacaksa ya da ücret

⁵⁹⁴ KAPLAN, s.158

⁵⁹⁵ KAPLAN, s.159

⁵⁹⁶ KAPLAN, s.160

⁵⁹⁷ TANDOĞAN, s.113; ERMAN, s.112; BAYGIN, s.112; TUNÇOMAĞ, s.1061

arttırımı iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek bir noktaya ulaşacaksa bu durumda sözleşmenin feshi gerekecektir⁵⁹⁸.

Hakim tarafından kararlaştırılmış bulunan götürü ücretin arttırılmasına karar verilmiş olması halinde, müteahhidin olağan rizikosunun dışında kalan masraf artmalarını dikkate alacaktır. Bu anlamda, müteahhit ücret arttırımına rağmen kar elde edemese de zarar da edebilecektir. Hakimin takdirinde gerek müteahhidin gerekse iş sahibinin ekonomik gücü etkin olacaktır⁵⁹⁹. Doktrinde belirtildiği üzere, BK 365/II. madde hükmü uygulanması aşamasında sözleşmenin değişen şartlara uydurulması yoluna gidilmeli ancak taraf çıkarlarına bu uygulama ters düşmekte ise bu halde sözleşmenin feshine karar verilmesi gerekmektedir⁶⁰⁰. Ayrıca, ücret arttırımı suretiyle sözleşmedeki dengenin hakimin müdahalesi ile sağlanması mümkün değilse yani taraflardan birinin üzerindeki risk bir diğerine aktarılmakta ise, bu halde, sözleşmenin sona erdirilmesi gereği ifade olunmuştur⁶⁰¹.

Doktrinde ileri sürülen bir başka çözüm yolu da hata hükümlerinden yararlanılması ile ilgilidir. BK 25/II. maddede yer alan hataya düşen tarafın dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde ona dayanmasının yasak olması ve de özellikle muhatabın hataya düşenin gerçek amacına uygun olan sözleşme şartlarını kabule hazır olduğunu beyan etmesi halinde artık bu noktadan itibaren sözleşme iptal olunmayacağı kuralının kıyas yolu ile aşırı ifa güçlüğünün sözkonusu olduğu sözleşmelerde uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir⁶⁰². Bu görüşe dayanak olarak da BK 24/b.4'de yer alan sözleşmenin gerekli vasıflarında hata düşüncesi gösterilmiştir⁶⁰³.

⁵⁹⁸ BAYGIN, s.112; TANDOĞAN, s.113

⁵⁹⁹ CİĞERİM, s.116

⁶⁰⁰ ERMAN, s.111

⁶⁰¹ ERMAN, s.113

⁶⁰² BAYGIN, s.115

⁶⁰³ TANDOĞAN, s.242

SONUÇ

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, kural olarak ivazlı ve gene istisnaları, somut olaydan kaynaklanan halleri saklı kalmak üzere ani edimli bir sözleşmedir. Ani edimli olmasından ötürü sözleşme olarak sürekli borç ilişkisi de doğurmayacaktır. İş görme faaliyetini içermekle birlikte eser sözleşmesi, ani edimli vasfını korumaktadır. İş görme faaliyetinin uzun süreli olması halinde bu hal de sözleşmenin vasfını değiştirmeyecektir. Zira müteahhit, eseri teslim edene kadar iş sahibinin ücret ödeme borcu da muaccel olmayacağından sözleşme dahilinde bir sürekli borç ilişkisinden söz edilemeyecektir. Sürekli borç ilişkilerinin kural olarak her iki tarafında birbirine borçlu ve alacaklı olduğu sözleşmeler olması ve de taraf borçlarının karşılıklı muaccel olması gerekmektedir. Eser sözleşmesinde ise böylesi bir durum söz konusu değildir.

Beklenilmeyen hal kavramının içeriği konusunda da sadece objektif değerlendirmelerin değil sözleşmeye özgü olarak tarafların da durumlarının dikkate alınması, tüm topluma sirayet eden bir halden ziyade sadece tarafları etkileyen ancak gene taraflardan kaynaklanmayan nedenlerin de beklenilmeyen hal dahilinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Eser sözleşmesi, sözleşmenin taraflarına bir takım borçlar yüklemektedir. Bu borçlardan en temeli müteahhidin eseri imal borcu ve teslim borcu ile birlikte iş sahibinin ücret ödeme borcudur. Bu borçlardan ücret ödeme borcu, sözleşmede farklı şekillerde kararlaştırılmış ya da hiç kararlaştırılmamış olması mümkündür. Bu halde dahi sözleşme ivazlılık vasfından dolayı müteahhide ücret alacağı hakkı tanınmaktadır. Ücret, yaklaşık olarak kararlaştırılabileceği gibi, götürü usulde yani sabit bedel olarak da kararlaştırılabilecektir. BK 365. maddesi ücretin götürü bedelle saptandığı halleri düzenlemekte olup, ücretin bu şekilde belirlendiği durumlarda kural olarak taraflar ücretin arttırılmasını ya da indirilmesini isteyememektedirler.

Taraflarca önceden öngörülemeyen ya da meydana geleceği beklenilmeyen bir hal meydana gelirse, ayrıca bu durum da müteahhidin belirlenen götürü ücretle eseri tamamlamasını zorlaştırır ya da engellerse bu durumda BK 365/II. madde hükmü, sözleşmenin kural olarak müteahhit tarafına, somut olaydan hareketle bazen iş sahibine seçimlik hak bahşetmektedir. Bu seçimlik hak gereğince, müteahhit isterse hakime müracaatla sözleşmenin feshini ya da bedelin arttırılmasını isteyebilecektir. Müteahhit bu hakkını isterse irade beyanı yönelterek de kullanabilecek fakat hakkı kullanırken müteahhidin isabetsiz olduğuna kanaat getiren iş sahibi dava açabilecektir.

Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeni ile feshinin, teknik anlamda bir fesih mi yoksa bir dönme niteliği mi taşıdığı doktrinde tartışılmış olup, bu konuda yaptığımız incelemede somut olaya göre istisnaları söz konusu olsa da BK 365/II. madde lafzında geçen fesih teriminin, aslında dönme olarak değerlendirilmesi gereği yönünde bir sonuca varılmış olup, tezimiz dahilinde hakim kararına kadar sözleşmenin iş sözleşmesi ile benzer şekilde askıda kalmasının isabetli olacağı düşünülmüştür.

Çalışmamız dahilinde, BK 365/II. madde anlamında sözleşmenin feshi karşısında, sözleşmenin tasfiye edileceğini, tarafların, fesih ile birlikte ifa etmedikleri borçlarının ortadan kalkacağı, iade borçlarının söz konusu olacağı belirtildikten sonra, tazminat konusu incelenmiştir. Doktrinde iki zıt görüşün olması, yani bir kısım yazarların müteahhide, bir kısmının iş sahibine tazminat ödemesi görüşünü savunması karşısında tazminatın hiç ödenmemesi gerektiği, beklenilmeyen halin tarafların kendilerinden kaynaklanmayan bir olay olduğu bu nedenle kusurun olmadığı yerde, tazminatın da olamayacağı, bu paralelede özenli bir tasfiye tekniği uygulandığında, büyük ölçüde kardan mahrumiyet hariç zarar da giderileceğinden, yeniden tazminat takdirinin yersiz olacağı görüşü tarafımızdan savunulmuştur.

BK 365/II. madde gereğince, tarafların hakime müracaatları halinde, sözleşmenin ayakta tutulmasının esas olması, ancak bu halin mümkün olmadığı durumlarda sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi gereğine işaret eden görüşlere iştirak edilmiştir. Ayrıca hakimin takdir hakkını kullanırken tarafların talepleri ile de bağlı olması gerektiği ifade edilmiştir.