

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNDE GÖTÜRÜ BEDELİN AŞILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Çiğdem KÖKEN

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNDE GÖTÜRÜ BEDELİN AŞILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Çiğdem KÖKEN

Tez Danışmanı
Prof.Dr.Hüseyin ALTAŞ

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNDE GÖTÜRÜ BEDELİN AŞILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2011)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı
Çiğdem Köken

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	VI
KAYNAKÇA	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE GÖTÜRÜ ÜCRET KAVRAMI

§.1. ESER SÖZLEŞMESİ.....	3
I. TANIMI	3
II. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	12
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	16
IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	18
A.Eser Kavramı	18
B.Meydana Getirme (İmal)	20
C.Ücret.....	22
D.Anlaşma.....	32
V.ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ.....	33
A.Satım Sözleşmesinden ayırt edilmesi.....	33
B.Vekalet Sözleşmesinden ayırt edilmesi.....	35
C.Hizmet Sözleşmesinden ayırt edilmesi.....	37
D.Yayım Sözleşmesinden ayırt edilmesi.....	40
§.2.ESER SÖZLEŞMESİNDE GÖTÜRÜ ÜCRET	41
I. GÖTÜRÜ ÜCRET KAVRAMI.....	41
II. GÖTÜRÜ ÜCRET TÜRLERİ.....	48

A.Sabit-Anahtar Teslimi Götürü Ücret.....	48
1.Genel Olarak.....	48
2.Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu açısından.....	54
B.Global (Değişken) Ücret.....	61
C.Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Götürü Ücret.....	63
1.Genel Olarak.....	63
2.Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa açısından.....	68

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNUN 365. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASINA GÖRE OLAĞANÜSTÜ DURUMLARIN ORTAYA ÇIKMASI HALİNDE GÖTÜRÜ ÜCRETİN ARTTIRILMASI VEYA SÖZLEŞMENİN FESHİ

§.1.BK 365/II'nin UYGULANMA ŞARTLARI.....	71
I.Önceden tahmin edilmeyen olağanüstü hallerin ortaya çıkması.....	73
II.Ortaya çıkan olağanüstü halin eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasına engel olması veya bunu aşırı derecede güçleştirmesi.....	81
III.İfanın güçleşmesinde yüklenicinin kusurunun bulunmaması.....	85
IV.Yüklenicinin BK m. 365/II'de belirtilen haklardan önceden vazgeçmemiş olması.....	87
V.Bildirim.....	88
VI.Yüklenici Edimini Henüz Yerine Getirmemiş Olmalıdır.....	89
§.2.BK 365/II'NİN SONUÇLARI.....	90
I.Fesih.....	96

II. Ücretin Arttırılması.....	98
-------------------------------	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE EK İŞ NİTELİĞİNDEKİ EDİMLER NEDENİYLE GÖTÜRÜ ÜCRETİN AŞILMASI

§.1. İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE EK İŞ KAVRAMLARI.....	102
I-Genel Olarak.....	102
II-Ek İş Kavramı.....	103
A-Genel Olarak.....	103
B-Bir İşin “Ek İş” Sayılmasının Koşulları.....	104
1-Sözleşmede Kararlaştırılmayan Bir Ek İş Olmalıdır.....	104
2-İfa Sonucunda (Eserde) Bir Değişikliğin Ortaya Çıkması Gereklidir.....	106
3-Sözleşme Konusu İşle Bağlantılı Olmalıdır.....	109
4-İş Sahibinin Talebi Üzerine veya Yüklenici Tarafından iş sahibine götürülen teklifin iş sahibince kabul edilmesiyle yapılmalıdır.....	110
III-Ek İş Olarak Nitelendirilebilecek Haller.....	113
IV-Ek İş Olarak Nitelendirilemeyecek Haller.....	118
V-İş Değişikliği Kavramı.....	120
A-Genel Olarak.....	120
B-Bir İşin “İş Değişikliği” sayılmasının Koşulları.....	122
1-Sözleşme ile Kararlaştırılan İşin Kapsamının Değiştirilmesi Gereklidir.....	122
2-İfa Sonucunda (Eserde) Bir Değişikliğin Ortaya Çıkması Gereklidir.....	123
3-Değişikliğin Eserin Bütünlük Karakterine Zarar Vermemesi Gereklidir.....	124

4- İş Sahibinin Talebi Üzerine veya Yüklenici Tarafından iş sahibine götürülen teklifin iş sahibince kabul edilmesiyle yapılmalıdır.....	125
VI-İş Değişikliği Olarak Nitelendirilebilecek Haller.....	126
VII-İş Değişikliği Olarak Nitelendirilemeyecek Haller.....	128
§.2.EK İŞ VE İŞ DEĞİŞİKLİĞİ İLE BORÇLAR KANUNUNUN 365/II HÜKMÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	129
§.3. KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU AÇISINDAN EK İŞ VE İŞ DEĞİŞİKLİĞİ	133
§.4.İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE EK İŞİN HUKUKİ AÇIDAN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ.....	138
I-Sözleşme Kurulurken Ek İş veya İş Değişikliği Yapma Hakkının Tanınması.....	138
II-Ek Sözleşme İle Kararlaştırılan İş Değişikliği.....	140
III- İş Sahibinin Tek Taraflı İş Değişikliği Yapma Hakkı.....	142
IV-Yüklenicinin Bu Konuda Bir Mezuniyeti Olmaksızın İş Değişikliği Veya Ek İşler Yapması.....	145
§.5.İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VEYA EK İŞLER NEDENİYLE GÖTÜRÜ ÜCRETİN AŞILMASI.....	146
I-Sabit (Anahtar Teslim) Götürü Ücretin veya Global Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde.....	149
II-Birim Fiyat Esasının Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde.....	152
§.6.İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VEYA EK İŞLER NEDENİYLE ÖDENECEK ÜCRETİN BELİRLENMESİ.....	152

I-Sözleşme Hükümlerine Göre Ücretin Belirlenmesi.....	152
II-Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Ücretin Belirlenmesi.....	154
III-4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamına Giren Yapım İşlerinde.....	158
SONUÇ.....	162
ÖZET.....	166
ABSTRACT.....	168

KISALTMALAR

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	:Banka Ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
BK	:Borçlar Kanunu
BİŞGŞ	:Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
DİK	:Devlet İhale Kanunu
E.	:Esas
FIDIC	:International Federation Of Consulting Engineers
FSEK	:Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
H.D.	:Hukuk Dairesi
İBK	:İsviçre Borçlar Kanunu
İBGK	:İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İ.Ü.H.F.M.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KİK	:Kamu İhale Kanunu
S.Ü.H.F.D.	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
t.	:Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu tasarısı
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
Vb.	:ve benzeri

Vd. :ve devamı

YİŞGŞ :Yapım İşleri Genel Şartnamesi

KAYNAKÇA¹

ALTAŞ, Hüseyin

: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, (BK mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002 (Eser).

: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, (97-110) (Sözleşmeden Dönme).

: İstisna Sözleşmesi Ders Notları, (<http://huseyinaltas.net/dersler/borclar-ozel-hukuku>) (İstisna Ders Notları).

: Borçlar Özel Hukuku Ders Notları, (<http://huseyinaltas.net/dersler/borclar-ozel-hukuku>) (Borçlar Özel).

AKKANAT, Halil

: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, (s.63-76).

¹ Birden çok eserden yararlanılan yazarlara yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

AKMAN, Sermet

: Karşılaştırmalı olarak Alman ve Türk-İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve bu Konudaki Yargısal Kararlar İstanbul Barosu Dergisi, C.63, Sa.10-11-12 sh. 624-636, 1989.

AKYAZAN, Sıtkı

: Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER y.1973 C.VII, sa.2 sh.291-310 (Taahhüt Sözleşmeleri).

: Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı ödenmesi Veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi ile ilgili hukuki sorunlar, Ankara Barosu Dergisi sa.1 sh.11-23 , 1977, (Aşırı Fiyat).

ARAL, Fahrettin

: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

- AYDEMİR, Efrail** : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKÇI, Ramazan** :Gerekçeli Karşılaştırma Tablolulu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Türk Borçlar Kanunu, Legal Yayınevi, İstanbul 2011.
- BAYGIN, Cem** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
- BECKER, H.** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde:184-551, Çeviren Dr. A. Suat DURA, Yargıtay Yayınları No:24, 1993.
- BURCUOĞLU, Haluk** : Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde

Dövizle Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Uygulaması), Filiz Kitapevi, İstanbul 1995.

BUZ, Vedat

: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması A.Ü.S.B.F.D. c.49, Ocak-Haziran 1994 no:1-2 sh.23-40 (İmkansızlık).

: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Yayıncılık, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).

DAYINLARLI, Kemal

: İstisna akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin temerrüdü, 4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara2008 (Temerrüt).

: İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Sistem Ofset Matbaası, Ankara 1986, (İstisna).

DOĞANAY, İsmail

: Sözleşme Yapıldıktan Sonra Develüasyon Sebebiyle para değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, Yargıtay Dergisi, c.1 Ekim 1975, sa. 4, (sh. 23-46).

DUMAN, İlker Hasan

: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Legal Kitapevi, İstanbul 2005.

ERDOĞAN, İhsan

: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, S.Ü.H.F.D. c.3 , Sa.1 Ocak-Haziran 1990, (sh. 135-172).

EREN, Fikret

: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 18-29 Mart 1996 (Seminer).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Beta Yayınevi, İstanbul 2003(Borçlar).

ERGEZEN, Muaz

: İstisna Sözleşmesinde Tarafların
Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı,
Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

ERMAN, Hasan

: Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve
Genel Olarak sınırlandırılması
İ.Ü.H.F.M. c.XXXVIII sayı 1-4, 1973,
(Akit Serbestisi).

: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen
Haller (BK 365/2), İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul
1979 (İstisna).

: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,
2. Basım, DER Yayınevi, İstanbul 2007
(İnşaat).

GENCER, Hüseyin

: Yapım İşleri İhalelerinde Teklif Türünün Belirlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri,
(www.e-kutuphane.imo.org.tr) (Yapım).

: Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde Yasal İş Artışı ve Yeni İş Kalemi Birim Fiyatının Düzenlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar ile Yeni İş Kalemi Pursantaj Oranının Düzenlenmesine Yönelik Yaklaşımlar,
(www.e-kutuphane.imo.org.tr),
(İş Artışı).

GÖK, Yaşar

: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamında Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları, İlksan Matbaası, Ankara 2007.

GÖKYAYLA, Emre

: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Yayınevi, İstanbul 2009.

GÜRPINAR, Damla

: Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006.

GÜRSOY, Kemal Tahir

: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1950.

KAPLAN, İbrahim

: Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları, Batider cilt XIII-Sayı 1 Haziran 1985 sh.5-11 (İhale Farkı).

: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987, (Müdahale).

: İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku

Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 18-29 Mart 1996 (Seminer).

KARABULUT PEKGÜÇLÜ, Güzin : Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2007.

KARAHASAN, Mustafa Reşit : İnşaat, İmar İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay Kararları ve İlgili Mevzuat, 1997 (İnşaat).

: Türk Borçlar Hukuku, 2002 (Borçlar).

KARATAŞ, İzzet, : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

KILIÇOĞLU, Ahmet : Müteahhitin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, Y.1975, C.32, S.1-4, s.185-199, (Eser).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2001 (Borçlar Hukuku).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip

: İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s.501-514).

KOSTAKOĞLU, Cengiz

: İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2006.

KURŞAT, Zekeriya

: İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Yayınları, İstanbul 2004.

OĞUZMAN, Kemal / Öz Turgut

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul 1998(Borçlar Hukuku).

ÖZ, Turgut

: Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, İstanbul 2007,(İnşaat).

: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989 (Eser).

ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral

: İnşai Karar Ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, (S.553-576).

SELİMOĞLU, Yaşar Engin

: İstisna (Eser) Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

SEROZAN, Rona

: Sözleşmeden Dönme, Vedat Yayınları, İstanbul 2007, (Dönme).

: Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M.

Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,
İstanbul 2000 (Uyarlama).

ŞİMŞEK, Edip

: Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 18-29 Mart 1996.

TANDOĞAN, Haluk

:Vekaletsiz İş Görenin Ücret Talebi A.Ü.H.F.D. C.XII 1955,Sa.1-2 sh.384-381 (Vekaletsiz).

: Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı Ve Akdi Mesuliyet, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1961 (Mesuliyet).

: İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt edilmesi, İmran Öktem'e Armağan Ank. 1970, sh.311-312 (İstisna).

: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 3. Bası, Ankara1987 (Borçlar).

: Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu, BATİDER, Cilt XI, Sayı 1, Haziran 1981, sh.51-65 (Fiyat Arttırma).

TEKİNALP, Ünal

: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2004.

TORUN, Enis

: İstisna Akdinde Ücretin götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK m. 365)Yargıtay Dergisi C.8, Sa.3, Temmuz 1982, sh. 410-427, Yargıtay Dergisi C.8 Sa.4 Ekim 1982, sh.567-581.

- TURANBOY, Asuman** : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1989-1990, C.41, S:1-4, (s.151-189).
- UÇAR, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- UYGUR, Turgut** : Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar Ve Eser Sözleşmesi, Adil Yayınevi, Ankara 1997.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat** : Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanunda Fatura ve İspat Kuvveti, Bilge Yayınevi, Ankara 2006.
- YAVUZ, Cevdet** : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) Beta Yayınevi, İstanbul 2008 (Özel).

:Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,
Yenilenmiş 6. Baskı, Beta Yayınevi,
İstanbul, 2002 (Borçlar).

YILDIRIM AKKAYAN, Ayça

: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde
Müteahhidin Temerrüde Düşmesi
Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi
Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin
Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a
Armağan, Vedat Yayıncılık, İstanbul
2004, (s.49-86).

ZEVKLİLER, Aydın

:Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınevi
Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, 2004.

GİRİŞ

Tezin konusu “Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması”dır. Günümüzde eser sözleşmesi oldukça yaygın olarak rastlanılan bir sözleşme türü olup, tarafları arasında kaçınılmaz uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak belirlenmesi ve söz konusu götürü ücretin değiştirilemeyeceği ilkesi günümüzde rastlanılan daha karmaşık yapıları eser sözleşmelerinde sorun olmaktadır. Gerçekten eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak belirlenmesi günümüzde oldukça sık kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle, anahtar teslimi götürü ücretli eser sözleşmeleri gerek özel şahıslar arasında, gerekse kamu ihalelerinde sıklıkla kullanılır olmuştur. Daha sözleşme kurulurken tarafların kesin, belirli veya belirlenebilir bir rakam üzerinde anlaşmaları ve kural olarak bu ücretin değiştirilemeyeceği aslında çoğu zaman adil gibi görünmektedir. Ancak, işe başladıktan sonra ihtiyaçların değişmesi ek işlerin yapılma zorunluluğu götürü bedelle akdedilmiş bir eser sözleşmesinde taraflar arasındaki dengeyi bozabilmektedir. Bu nedenlerle, hangi hallerde götürü bedelin arttırılabileceği konusu önem kazanmaktadır.

Eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak belirlenmesi iş sahibi için ödeyeceği ücretin önceden belirli olması, yüklenici için ise yapılacak işi tartıp biçerek, tüm maliyetlerini ve karını da doğru hesapladığı takdirde alacağı ücretin belirli olması nedeniyle avantajlı olabilir. Ancak, günümüzde teknolojinin ulaştığı seviye ve büyük yapı işlerinin gerekleri göz önünde tutulduğunda, önceden öngörülemeyen ek işler ve iş artışları söz konusu olabilmektedir. Tarafların bu konuda anlaşmaları ve yargı önüne gitmeden artış miktarını belirleyebilmeleri

önemlidir. Bu nedenle, eser sözleşmesinde götürü bedelin niteliği ve götürü bedelin aşılması halinde aşan kısmın ne şekilde hesaplanacağı incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE GÖTÜRÜ ÜCRET KAVRAMI

§.1.ESER SÖZLEŞMESİ

I.Tanımı

Borçlar Kanunumuzun 355. ve devamı maddelerinde eser sözleşmesi düzenlenmiştir. Anılan kanunun 355. maddesinde eser sözleşmesinin tanımı açıkça yapılmıştır. Bu maddede “*İstisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” denilmektedir.

Kanundaki tanımdan da anlaşıldığı gibi, eser sözleşmesi, kanundaki söyleyişle istisna akdi, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir iş görme sözleşme olup² bu sözleşmeyle yüklenici, bir ücret

² **Gürpınar Damla**, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006 s. 17; **Eren Fikret**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart 1996, s. 51; **Aral Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, Ankara 2003, s. 326; **Gökyayla Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 17,21; **Kaplan İbrahim**, Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları, Batider cilt XIII-Sayı 1 Haziran 1985, s. 5; **Yavuz Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2002, s. 452; **Uçar Ayhan**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 2003, s. 23; **Öz Turgut.**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s. 1; **Uygun Turgut**, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar Ve Eser Sözleşmesi, Ankara 1997, s. 253; **Ergezen Muaz**, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s.

karşılığında eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise meydana getirilen bu eser karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt eder³. Eser sözleşmesinde, yüklenici bir eser meydana getirme, iş sahibi ise, ücret ödeme borcu altına girmiş olur⁴. Asli edimler olan eser ve ücret konusunda, tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekmektedir⁵. Doktrinde, borçlanılan eser unsurunun yeter derecede belirli olması şartı aranırken, ücret unsuru üzerinde irade uygunluğu şartının zorunlu olarak bulunması gerekmediği savunulmaktadır⁶. Ücret unsurunun kararlaştırılmış olup, ayrıca bunun miktarının da sözleşmenin kurulduğu anda kararlaştırılması şart değildir⁷. İş sahibi tarafından ödenecek bedelin tutarının sonradan belirlenmesi, hatta daha sonra bu para edimi yerine “ifa uğruna edim” veya “ifa yerine edim”

29; **Altaş Hüseyin**, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK mad.368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 43.

³ **Altaş**, Eser, s. 41; **Uygur**, s. 253; **Aydemir Efrail**, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009, s. 2; **Gürpınar**, s. 17; **Tandoğan Haluk**, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayrılması, İmran Öktem'e Armağan Ankara, 1970, s. 311; **Erdoğan İhsan**, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, S.Ü.H.F.D. c.3 , Sa.1 Ocak-Haziran 1990, s. 135; **Zevkliler Aydın**, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s. 325; **Erman Hasan**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 9; **Gökyayla Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 4; **Selimoğlu Yaşar Engin**, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010, s. 1.

⁴ **Aral**, s. 326; **Eren**, Seminer, s. 51; **Aydemir**, s. 2.

⁵ **Eren**, Seminer, s. 51.

⁶ **Eren**, Seminer, s. 51; **Öz**, Eser, s. 2; **Becker H.**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde:184-551, Çeviren Dr. A. Suat DURA, 1993, s. 591.

⁷ **Eren**, Seminer, s. 52; **Öz**, Eser, s. 2; **Uygur**, s. 258.

verilmesinin kararlaştırılması başlangıçtaki borç ilişkisini eser sözleşmesi olmaktan çıkarmaz⁸. Eser meydana getirme borcu ivazsız olarak taahhüt edilmiş ise, eser sözleşmesinden söz edilemez⁹. Ancak, ücret sadece para olmak zorunda değildir¹⁰. İş sahibinin yükleniciye ücret yerine arsa payı verdiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de eser sözleşmesinin bir örneği olup iş sahibi, arsa paylarını devir borcunu, yüklenici ise, inşaatı yapma ve belirli bağımsız bölümleri teslim borcu altına girer. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem “taşınmaz mülkiyeti satım sözleşmesi” hem de “eser sözleşmesinin” unsurlarını içeren iki tipli karma sözleşmedir¹¹. Bunun gibi, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun uyarınca üst veya

⁸ **Öz**, Eser, s. 2.

⁹ **Aral**, s. 326; **Eren**, Seminer, s. 52; **Uygur**, s. 258.

¹⁰ **Altaş**, Eser, s. 42; **Uygur**, s. 257; **Becker**, s. 592; **Selimoğlu**, s. 14; Aksi görüş için bkz. **Aral**, s.326, “*Eser meydana getirme borcunun ücret ödemedi başka bir edim karşılığında taahhüt edilmesi halinde, istisna sözleşmesinden söz edilemez.*”, Aynı yönde; **Torun Enis**, İstisna Akdinde Ücretin götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK m. 365)Yargıtay Dergisi C.8, Sa.3, Temmuz 1982, sh. 410-427, Yargıtay Dergisi C.8 Sa.4 Ekim 1982, sh.567-581, s.414, “*Karşı edimi oluşturan ücretin paradan başka bir şey olması halinde artık istisna akdinden söz edilmez.*”

¹¹ **Yavuz**, (Özel), s.368, **Uygur**, s.257, **Selimoğlu**, s.14, **Erman Hasan**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, DER Yayınevi, İstanbul 2007, s.4, **Öz**, (Eser), s.2, **Kurşat Zekeriya**, İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Yayınları, İstanbul 2004, s.752

intifa hakkı veyahut kira ile işletme karşılığı inşaat sözleşmeleri de, çeşitli sözleşmelere ait unsurların bir arada bulunduğu karma bir sözleşmedir¹².

Eser sözleşmesi, bir bedel karşılığında emek sarfederek ortaya bir eser çıkarma anlaşmasıdır¹³. Ancak, eser sözleşmesinde iş görmeden daha önemli olan, bu iş görme sonucu ortaya çıkan eserdir¹⁴. Eser sözleşmesinin niteliğini belirleyen unsur da, iş sahibinin değil yüklenicinin edim borcu olan eserdir¹⁵. Bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran ölçüt de yüklenicinin edimi olan eserdir¹⁶.

Eser sözleşmesinin kanunda yapılan tanımından, yüklenicinin bir eseri meydana getirme borcunun varlığı açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme borcunun varlığı hükme bağlanmış değildir¹⁷. Oysa, bu sözleşmede yüklenicinin eseri meydana getirmesi

¹² **Selimoğlu**, s. 14; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karabulut Pekküçlü Güzin**, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007, s. 73 vd.

¹³ **Erdoğan**, s. 135.

¹⁴ **Tandoğan**, İstisna, s. 311; **Zevkliler**, s. 325; **Eren**, Seminer, s. 53; **Erman**, İstisna, s. 9; **Gürpınar**, s. 18.

¹⁵ **Öz**, Eser, s. 3.

¹⁶ **Öz**, Eser, s. 3; **Gürpınar**, s. 18.

¹⁷ **Altaş**, Eser, s. 42; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 23.

kadar, o eseri iş sahibine teslim etmesi de asli borcudur¹⁸. Yüklenici eseri iş sahibine teslim etmedikçe, kendi edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz, sözleşmeyi ifa etmiş sayılmaz.

Kanununda eser deyimini “şey” olarak belirtilmiştir. Kanunda kullanılan “şey” kelimesi yerine, mehzaz kanunda Fransızca “*ouvrage*”, Almanca “*Werk*” deyimleri yer almakta, bu kelimelerin Türkçe karşılığı da “*eser*”dir¹⁹. Bazı yazarlar²⁰; istisna sözleşmesi karşılığı olarak mehzaz kanunun almanca metninde yer alan “*Werkvertrag*” (*Eser Sözleşmesi*) terimi yer almakta ise de, istisna sözleşmesini ifade etmek için eser kelimesinin kullanılması, fikir ve sanat eserleri hukukunda “*eser*” kavramıyla bir ilişkisi bulunduğu zannını doğurabileceğini ifade etmektedirler.

¹⁸ **Altaş**, Eser, s. 43; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 23; **Uçar**, s. 35; **Erman**, İnşaat, s. 2; **Altaş Hüseyin**, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, (97-110), s. 98; **Turanboy Asuman**, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFED, 1989-1990, C.41, S:1-4, (s.151-189), s. 151.

¹⁹ **Tandoğan**, İstisna, s. 311; **Zevkliler**, s. 325; **Aral**, s. 325; **Gökyayla**, s. 4; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 2.

²⁰ **Yavuz**, Borçlar, s. 444; **Altaş**, s. 42.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1/B maddesinde eser kavramının tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre eser (fikir ve sanat eseri), eser sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden birisi içerisine giren her nevi fikir ve sanat mahsulüdür. FSEK'e göre, bir fikir veya sanat eserinin söz konusu olabilmesi için, herkes tarafından vücuda getirilemeyen, sıradan olmayan, yaratıcı gücün yansıması olan bir fikri veya sanatsal eserin yaratılmış olması gerekmektedir²¹. Ancak, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser, sahibinin hususiyetini taşımak zorunda değildir²². Herkes tarafından vücuda getirilebilecek bir eser de BK anlamında eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Ancak, böyle bir eser, fikir veya sanat eseri değildir. Bununla birlikte, kanaatimizce, sahibinin hususiyetini taşıyan, sanatsal veya fikri bir değeri olan, sıradan olmayan bir fikir veya sanat eseri de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bu anlamda, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser kavramı, FSEK kapsamında yer alan fikir veya sanat eserinden daha geniş bir kavramdır.

Yine, FSEK'nun 1/B maddesinde yapılan tanımdan da açıkça anlaşılacağı gibi, bir fikri veya sanatsal eserin FSEK kanunu kapsamında korunabilmesi için, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri türlerinden birisinin içerisine girmesi gerekmektedir. FSEK'de eser türleri *numerus clausus* kuralına göre belirlenmiştir. Yani eserler kanunda gösterilen türler ile sınırlı olup, bunlar dışında

²¹ **Tekinalp Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004, s. 98-99.

²² **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 6.

yeni bir ana veya ara tür oluşturulamaz²³. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser kavramında ise böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir²⁴.

Yine, FSEK'e göre, bir fikir veya sanat eseri fikri bir çabanın ürünü olması, bir insan tarafından yaratılması gerekmektedir²⁵. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan, eser ise, fikri bir çabanın ürünü olabileceği gibi, bedensel bir çabanın da ürünü olabilir. Eser sözleşmesi anlamındaki eser, fikir ve sanat eserlerini de içine alabilen daha geniş bir kavramdır. Eser sözleşmesi anlamında, insan emeği ürünü olup bir bütün görünümü arzeden her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın eser sayılır²⁶.

Kanundaki tanımda yer alan “*imal*” ifadesi de, imalden başka değişiklikleri ve sonuçları da içine alabilecek olan “*ortaya çıkarma*” veya “*meydana getirme*” anlamına gelmektedir²⁷. Yeniden meydana getirme veya

²³ **Tekinalp**, s. 106.

²⁴ **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 6.

²⁵ **Tekinalp**, s. 105.

²⁶ **Erman**, İstisna, s. 14; **Erdoğan**, s. 135; **Zevkliler**, s. 325-326; **Aral**, s. 325; **Eren**, Seminer, s. 53; **Yavuz**, Borçlar, s. 445; **Uygur**, s. 257; **Gökyayla**, s. 4; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 5.

²⁷ **Tandoğan**, İstisna, s. 311; **Zevkliler**, s. 325; **Aral**, s. 325; **Aydemir**, s. 4; **Yavuz**, Borçlar, s. 446; **Gökyayla**, s. 5; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 2.

iyileştirmenin dışında, bir şeyi ortadan kaldırma veya yıkıp yok etme ile ilgili işlem de eser sözleşmesinin kapsamında kalır²⁸. Eski bir binanın yıkılarak kalıntılarının temizlenmesiyle o arsa yeni bir değer ve yeni bir oluşum kazandığı için bu faaliyet de eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Varolan bir tesisin, fabrikanın da sökülüp kaldırılması da aynı kapsamda değerlendirilmelidir²⁹.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir; “*Eser Sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen 470. maddesinde de, “*bir şey imali*” yerine “*bir eser meydana getirme*” ifadesi kullanılmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümet gerekçesinde; “şey” ile “*eser*” sözcüğünün kastedildiğini, “*imal*” sözcüğü yerine de, mevcut bir eser üzerinde yapılan değişikliklerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi nedeniyle, “*meydana getirme*” kelimelerinin daha uygun düştüğü ifade edilmiştir³⁰. Bununla birlikte, kanunda yer alan “*semen*” ifadesi yerine, satış bedelini ifade etmesi

²⁸ Altaş, İstisna Ders Notları, s. 2.

²⁹ Aydemir, s. 5.

³⁰ Başöz/Çakmakçı, Gerekçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Türk Borçlar Kanunu, 2011, s. 590.

nedeniyle “*bedel*” sözcüğü getirilmiş, madde metni Türkçeleştirilmiş, ancak içerik olarak değişmemiştir.

Türk Borçlar Kanununun 207. maddesi ise satış sözleşmesini düzenlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası satış sözleşmesinin tanımını yapmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 207. maddesi şu şekildedir; “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümet gerekçesinde, bir yandan eser sözleşmesindeki semen teriminin satış bedelini ifade etmesi nedeniyle bedel terimi ile değiştirildiği gerekçesi savunulmuş, diğer yandan satış sözleşmesindeki semen terimi bedel terimi ile değiştirilmiştir. Bu durum kanunun kendi içerisinde ve gerekçesinde çelişki yaratmaktadır.

Eser sözleşmesinin kanundaki tanımından da anlaşılacağı gibi, eser sözleşmesinin konusu “*eser*”dir³¹. Yüklenici sözleşme imzalanırken henüz bir varlığı bulunmayan bir şeyi, eseri bedel karşılığında meydana getirmeyi, daha önceden var olan bir şey üzerinde değişiklik yapmayı veya fikri bir çalışma ile fikri bir ürün meydana getirmeyi yükümlenir³². Bu nedenle, eser sözleşmesinde önemli olan sonuçtur. Bu husus, eser sözleşmesini benzeri sözleşmelerden (hizmet ve vekalet sözleşmesinden) ayıran unsurdur³³.

³¹ **Becker**, s. 587; **Gökyayla**, s. 5.

³² **Karataş İzzet**, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 31.

³³ **Gürpınar**, s. 18; **Aral**, s. 327.

II. Hukuki Niteliği

Tarafların edimi birbirlerinin karşılığını oluşturduğu için eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁴. Eser sözleşmesinde, her iki taraf da diğer tarafın edimini elde etmek için borç altına girmektedir. Burada da edimlerin değişimi söz konusudur³⁵.

Eser sözleşmesi, ivazlı bir sözleşmedir. Yüklenicinin eseri tamamlayıp kendisine teslim etmesine karşılık, iş sahibi de belirli bir ücret ödemek zorunda olması, eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur³⁶.

Eser sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğu için rızai bir sözleşmedir³⁷.

Eser sözleşmesinin ani edim içeren bir sözleşme mi, yoksa sürekli edim içeren bir sözleşme mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüş,

³⁴ **Gökyayla**, s. 17; **Gürpınar**, s. 17; **Altaş**, Eser, s. 43; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 3; **Eren**, Seminer, s. 51; **Kaplan İbrahim**, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 18-29 Mart 1996 s. 125; **Uygur**, s. 253, 257; **Aral**, s. 326; **Erman**, İnşaat, s. 4; **Becker**, s. 592; **Selimoğlu**, s. 14.

³⁵ **Uygur**, s. 256.

³⁶ **Altaş**, Eser, s. 48; **Gökyayla**, s. 19; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 3.

³⁷ **Altaş**, Eser, s. 48; **Aral**, s. 316; **Gökyayla**, s. 19; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 3.

yüklenicinin eseri meydana getirmesi unsurundan hareket etmekte ve eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır³⁸. İkinci görüş ise, yüklenicinin bir sonucu sağlama borcu altına girdiğini, bu nedenle de ani edimli bir sözleşme olduğunu savunmaktadır³⁹. Yüklenicinin edimini bir zaman dilimi içerisinde meydana getirmesi, sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasında belirli bir zamanın geçmesi tek başına bu sözleşmeye sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliği kazandırmaz⁴⁰. Sözleşmede saptanan sonuç tam olarak gerçekleşinceye kadar henüz ifadan söz edilemez. Eserin hazırlanması için sürdürülen çalışmalar ne denli vakit alıcı ve kapsamlı olursa olsun, bu durum iş sahibini ilgilendirmez. Onun sözleşmeden beklediği tek şey eserin tamamlanıp, kendisine teslimidir⁴¹. Bu anlamda, bir inşaat yapılırken yüklenici binayı yaparken her katı çıktığında ifa gerçekleşiyor denemez. İfa ancak tüm inşaatın tamamlanıp iş sahibine teslimi ile mümkün olur⁴². Her iki görüşü birleştiren karma görüşe göre ise de, eser sözleşmesi hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkisi özelliğini taşımaktadır⁴³. Diğer bir görüşe göre; eser sözleşmeleri ani edimli olup sürekli borç

³⁸ **Erman**, İstisna, s. 11; **Erman**, İnşaat, s. 8.

³⁹ **Tandoğan Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 3. Bası, Ankara1987, s. 150; **Yavuz**, Borçlar, s. 508; **Yavuz**, Özel, s. 369; **Aral**, s. 326; **Uygur**, s. 253; **Kurşat**, s. 753.

⁴⁰ **Gökyayla**, s. 18; **Aral**, s. 326; **Uygur**, s. 253-254; **Kurşat**, s. 753; **Selimoğlu**, s. 31.

⁴¹ **Uygur**, s. 254; **Selimoğlu**, s. 31.

⁴² **Uygur**, s. 254.

⁴³ **Gürpınar**, s.18; **Kaplan**, Seminer, s.121; **Serozan**, Dönme, s.166.

ilişkisi doğuran eser sözleşmelerinin de bulunmaktadır⁴⁴. Belirli veya belirsiz bir süre bir binanın temizlik işlerinin yapılması, bir tesisin veya makinenin sürekli ve düzenli olarak bakım ve tamirinin üstlenilmesine ilişkin sözleşmeler sürekli eser sözleşmeleri olarak anılmaktadırlar⁴⁵.

Eser sözleşmesinin ani edimli mi, sürekli edimli mi olduğu ayrımının önemi sözleşmenin sona ermesi bakımından ortaya çıkar. Eğer eser sözleşmesi sürekli edimli ise fesih beyanı ile, ani edimli bir sözleşme ise dönme beyanı ile sona erdirilebilecektir⁴⁶.

Bu konuda; Yargıtay İBGK'nun 25.01.1984 gün, 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı kararında ; *“İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda Opolda, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O*

⁴⁴ **Gürpınar**, s. 18-19; **Öz**, Eser, s. 20,21; **Altaş**, Eser, s. 50; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 4; **Yıldırım Akkayan Ayça**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, (s.49-86),s. 61-62.

⁴⁵ **Gökyayla**, s. 19.

⁴⁶ **Gürpınar**, s. 19.

halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır." denilmiştir.

Bizce isabetli olan görüş eser sözleşmelerinin kural olarak ani edimli olduğudur. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 369. ve 370. maddelerinde de yüklenicinin işine, harcadığı emeğe ve yaptığı masraflara hukuksal önem ve değer verilmiştir⁴⁷. Ancak, bu yasal düzenlemeler, eser sözleşmesinin ani edimli olduğu ve iş sahibinin ifaya olan menfaatinin eserin teslimi ile gerçekleştiğini değiştirmemektedir. BK'da ani edimli olan eser sözleşmesi hakkında sürekli sözleşme ilişkilerine özgü bazı hükümlerin (BK m. 367/II, 369, 370, 371) bulunması, ilişkiye son verilmesi durumunda, yüklenicinin bu hallerle sınırlı olarak korunmasının amaçlandığını göstermektedir⁴⁸. Başka bir anlatımla, yasa koyucu, eser sözleşmelerini kural olarak ani edimli olarak kabul etmektedir ki, yükleniciyi kanunda sayılan sınırlı sayıda hallerde, geriye etkili feshin (dönme) olumsuz sonuçlarından korumak amacıyla istisnai hükümler getirmiştir⁴⁹. Gerçekten de, bir terziye diktirilen elbiseden, en büyük yapı inşaatlarına kadar her türlü bir eser meydana getirme işi eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda, çok büyük bir inşaat işini kısmen dahi olsa, belli oranlarda tamamlamış olan

⁴⁷ **Serozan Rona**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Yayınları, İstanbul 2007, s. 166.

⁴⁸ **Selimoğlu**, s. 31.

⁴⁹ **Selimoğlu**, s. 32; **Öz**, Eser, s. 21.

yüklenicinin sarf ettiği masraf ve eser meydana gelene kadar harcanan zaman ile bir elbise diken terzinin sarf ettiği masraf ve harcanan zaman aynı değildir.

III. Eser Sözleşmesinin Şekli

Kural olarak eser sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁵⁰. Ancak, uygulamada sıkça rastlanılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğunda, arsa payına ilişkin mülkiyet hakkının devredilmesi amaçlandığından, bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunludur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin edimi açısından eser sözleşmesinin, iş sahibinin edimi açısından taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin özelliklerini taşıyan çift tipli bir karma sözleşmedir⁵¹. Bu nedenle, her iki sözleşme tipine ilişkin kurallar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacaktır⁵². Bu resmi şeklin noterde düzenleme şeklinde olması gerekmektedir. Haricen yapılan bir sözleşmedeki imzaların noter tarafından tasdik olunması yeterli değildir⁵³. Arsa payı karşılığı

⁵⁰ **Gökyayla**, s. 11; **Erman**, İstisna, s. 21; **Tandoğan**, İstisna, s. 324; **Gürpınar**, s. 43; **Aral**, s. 333; **Karataş**, s. 32; **Eren**, Seminer, s. 57; **Kaplan**, Seminer, s. 123; **Dayınlırlı**, Temerrüt, s. 22; **Dayınlırlı**, İstisna, s. 9; **Uygur**, s. 258; **Altaş**, Eser, s. 47; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 8.

⁵¹ **Kursat**, s. 752; **Erman**, İnşaat, s. 4; **Altaş**, Borçlar Özel Hukuku Ders Notları, s.6, (<http://huseyinaltas.net/dersler/borclar-ozel-hukuku>).

⁵² **Eren**, Seminer, s. 57; **Erman**, İstisna, s. 24; **Zevkliler**, s. 330; **Erdoğan**, s. 137; **Aral**, s. 334; **Karataş**, s. 38; **Kaplan**, Seminer, s. 123; **Dayınlırlı**, Temerrüt, s. 22; **Dayınlırlı**, İstisna, s. 10; **Altaş**, Borçlar Özel, s.7.

⁵³ **Uygur**, s. 258.

inşaat sözleşmesindeki bu şekil şartı geçerlilik şeklidir⁵⁴. Ancak, YİBGK 30.09.1988 tarih, 1988/2 E. ve 1988/2 Karar sayılı kararı ışığı altında bugünkü Yargıtay uygulamasına göre sözleşme büyük ölçüde ifa edilmişse veya tapuda tescil işlemi yapılmışsa, şekle aykırılığa dayanmak iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu hallerde eser sözleşmesi geçerli olur ve tarafları bağlar⁵⁵.

Kural olarak şekle tabi olmayan eser sözleşmesinde, BK 16. maddesine göre, yüklenici ve iş sahibi özel bir şekle tabi kılmakta anlaşılırsa, eser sözleşmesi taraflarca kararlaştırılan bu şekle uyulmadan yapılırsa geçersiz olur⁵⁶.

2886 sayılı DİK'nun 57. maddesine göre; genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin noterlikçe tescili gerekir. Bu bir geçerlilik şartı olup, bu tescilin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gerekmez, imzaların onaylanması yeterlidir⁵⁷.

⁵⁴ **Uygun**, s. 258.

⁵⁵ **Uygun**, s. 259.

⁵⁶ **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 23.

⁵⁷ **Gürpınar**, s. 44; **Zevkliler**, s. 330; **Aral**, s. 334; **Eren**, Seminer, s. 58; **Şimşek Edip**, Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 18-29 Mart 1996, s. 197; **Kaplan**, Seminer, s. 123; **Gökyayla**, s. 16; **Uygun**, s. 259.

4734 Sayılı KİK hükümlerine göre ihalesi yapılan yapım işlerinin sözleşmesi, aynı Kanununun 46. maddesi gereğince yazılı bir sözleşmeye bağlanmak zorundadır. Sözleşme ihale yetkilisi ve yüklenici tarafından imzalanır. İhale dökümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir. Ancak, ihale dökümanında sözleşmenin notere tescili ve onaylattırılması hüküm altına alınmış ise, tescil ve onay işlemi yapılmadan sözleşme geçerli olmaz. Bu husus, geçerlilik şartı olup, hakim tarafından re'sen gözetilmelidir. Noterlikçe yapılacak tescilin düzenleme şeklinde olması gerekmez, imzaların tasdiki yeterlidir⁵⁸.

IV. Eser Sözleşmesinin Unsurları

A. Eser Kavramı

Borçlar Kanununun 355. maddesinde yer alan “şey” terimi, yüklenicinin ortaya çıkarmayı yükümlendiği “*eser*” kavramını karşılamaktadır. Yüklenici fiziksel bir emek harcayarak maddi varlığa sahip bir eser meydana getirebileceği gibi, zihinsel bir emek harcayarak maddi varlığı bulunmayan bir eser de meydana getirebilir. Burada önemli olan yaratılan eserin maddi varlığı bulunsun ya da bulunmasın ekonomik değeri olmasıdır⁵⁹. Eser sözleşmesine özelliğini veren, taahhüt edilen iş

⁵⁸ **Gök Yaşar**, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamında Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları, İlksan Matbaası, Ankara 2007, s. 31-32; **Aydemir**, s. 51; **Gökyayla**, s. 17.

⁵⁹ **Zevkliler**, s. 326; **Karataş**, s. 30; **Gökyayla**, s. 5; **Aydemir**, s. 3; **Aral**, s. 327; **Tandoğan**, İstisna, s. 313; **Erdoğan**, s. 136; **Erman**, İstisna, s. 14; **Gürpınar**, s. 32; **Uygur**, s. 257; **Torun**, s. 413; “*Borçlar Kanununun 355. maddesi hükmü uyarınca, eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki; onunla yüklenici, iş-eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi*

sonucunun maddi olması değil, bir karşılık uğruna belirli bir sonucunu bütün olarak meydana getirmedi⁶⁰.

Ancak, maddi varlığı bulunmayan her türlü edim eser sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Özellikle, niteliği icabı sonucun taahhüt edilemeyeceği işler eser sözleşmesinin kapsamına girmez⁶¹. Yüklenicinin belli bir sonucu baştan taahhüt etmesi, eser sözleşmesinin olmazsa olmaz koşuludur⁶². Eser sözleşmesinde önemli olan husus, yüklenicinin edim sonucunun rizikosunu üstünde taşımasıdır⁶³. Örneğin, öğrencilere ders verilmesi, bir inşaatın denetlenmesi gibi faaliyetler eser sözleşmesinin değil, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur⁶⁴.

borçlanır. Gerek hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının, eser sözleşmesi konusu olan şeyin “sonuç sorumluluğu” yani sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla daha üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlendiği her şey, ister maddi varlığı bulunsun ister bulunmasın eser olarak kabul edilmektedir. Özetle açıklanan bu hukuksal çerçeve dahilinde yanlar arasında sözleşmenin konusu ve hükümleri değerlendirildiğinde; sözleşmenin Borçlar Kanununun 355. maddesinde tanımlanan bir “eser” sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.”(Yargıtay 15. H.D. 06.02.2009 t., 2008/7916 E.-2009/599 K.).

⁶⁰ **Erman**, İstisna, s. 14; **Tandoğan**, İstisna, s. 314,316; **Becker**, s. 589; **Selimoğlu**, s. 15; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 5.

⁶¹ **Gökyayla**, s. 7; **Yavuz**, Borçlar, s. 448; **Becker**, s. 589.

⁶² **Öz**, Eser, s. 8.

⁶³ **Tandoğan**, İstisna, s. 316; **Gürpınar**, s. 37; **Altaş**, s. 51.

⁶⁴ **Gökyayla**, s. 7; **Tandoğan**, İstisna, s. 315; **Gürpınar**, s. 38.

Bir eserden söz edebilmek için, daha önceden var olmayan, yeni bir eserin yaratılması zorunlu değildir; zaten var olan bir şeyin değiştirilmesi, onarılması, yıkılması, temizlenmesi, ortadan kaldırılması da eser kavramının içine girer⁶⁵. Burada önemli olan husus, yaratılan sonucun bağımsız olarak bir bütün oluşturmasıdır⁶⁶. Eser sözleşmesinde, eser yüklenicinin asli edimidir. Fakat tek başına eserin meydana getirilmesi yeterli değildir. Eserin teslimi de gerekir⁶⁷.

B. Meydana Getirme (İmal)

BK'nun istisna akdini düzenleyen 355. maddesinde eser sözleşmesi tanımlanırken, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi yükümlendiği sözleşme olarak tanımlamıştır.

İmal kavramı, önceden var olmayan bir eserin inşa edilmesi, yaratılması olduğu gibi, mevcut bir eser üzerinde gerçekleşen çalışma sonuçları da bu kavramın içine girmektedir. Bu anlamda, bir binanın inşası, bir otoyolun yapımı vb. her türlü yapım işleri ile birlikte, bakım, takviye, tamir, yenileme, restorasyon, şekil değişiklikleri, yıkım, ortadan kaldırma, temizleme vb. durumlar da imaldir⁶⁸. Bu

⁶⁵ **Aydemir**, s. 5; **Zevkliler**, s. 327; **Aral**, s. 332.

⁶⁶ **Zevkliler**, s. 327; **Erman**, İstisna, s. 14.

⁶⁷ **Gökyayla**, s. 5; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 23.

⁶⁸ **Aral**, s. 332; **Altaş**, Eser, s. 45; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 7; **Aydemir**, s. 5; **Erdoğan**, s. 136; **Öz**, Eser, s. 8; **Karataş**, s. 31; **Tandoğan**, İstisna, s. 320; **Gökyayla**, s. 8; **Kaplan**, Seminer, s. 121; **Eren**, Seminer, s. 56; **Gök**, s. 28; **Torun**, s. 413; **Uygur**, s. 257; **Yavuz**, Borçlar, s. 449; **Dayımlarlı**

nedenle, bu edimlerin yükümlendiği sözleşmeler de eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Burada yüklenici esere kendinden bir şey katmaktadır⁶⁹. Emek sonucu yüklenicinin ortaya çıkardığı şeyin, yeni ve özel bir biçimi hatta eskisinden daha fazla değerli olması bile gerekmez⁷⁰. Tarafların niyetleri ve işin gereklerine göre öncesine oranla farklı bir hukuki varlık meydana gelmesi yeterlidir⁷¹.

4734 Sayılı KİK da, yapım sözleşmelerinin konusunu oluşturan “*yapım işini*” geniş bir çerçeveye oturtmuş, ve “*her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini*” bu kapsamda değerlendirmiştir⁷².

İnsan vücudu üzerinde yapılan bazı faaliyetler, örneğin saçların kesilmesi, boyanması, estetik ameliyatlara, diş protezi hazırlama gibi faaliyetlerde de yüklenici tarafından edim sonucu taahhüt edildiğinden meydana getirme kapsamına girmekte ve eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır⁷³.

Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfasi İle İlgili Yargıtay Kararları, Sistem Ofset Matbaası, Ankara 1986, s. 4; **Selimoğlu**, s. 15.

⁶⁹ **Erman**, İstisna, s. 17.

⁷⁰ **Altaş**, Eser, s. 46.

⁷¹ **Torun**, s. 414.

⁷² **Gök**, s. 28.

⁷³ **Gökyayla**, s. 8; **Erman**, İstisna, s. 16; **Aral**, s. 332; **Selimoğlu**, s. 20; “*Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu*”

C. Ücret

Eser sözleşmesinin, bir diğer kurucu unsuru da ücrettir. Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olup, karşılıksız olarak bir eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşme eser sözleşmesi değildir. Bir görüşe göre; bu tip bir sözleşme vekalet sözleşmesi olabilir⁷⁴. Bir diğer görüşe göre ise, vekalet değil, eser benzeri bir isimli sözleşmeden söz edilebilir⁷⁵.

oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar. Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "Eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahin tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolundaki eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.” (Yargıtay 15. H.D., 03.11.2009 t., 1999/4007 E., 1999/3868 K.).

⁷⁴ **Erdoğan**, s. 136; **Karataş**, s. 31; **Tandoğan**, İstisna, s. 321; **Erman**, İstisna, s. 19; **Gökyayla**, s. 11; **Eren**, Seminer, s. 51; **Torun**, s. 414; **Altaş**, Eser, s. 43; **Uygur**, s. 258; **Öz**, Eser, s. 68; **Selimoğlu**, s. 16.

⁷⁵ **Gökyayla**, s. 11; **Aral**, s. 333; **Altaş**, Eser, s. 43; **Uygur**, s. 258.

Ücretin mutlaka para olması gerekmez. Paradan başka bir şey de ücret olarak kararlaştırılabilir. Karma nitelikli olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmedir⁷⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin ücreti kendisine verilen arsanın bir kısmıdır⁷⁷. Bu sözleşmelerde ücret, iş sahibi (arsa sahibi) tarafından ayın olarak ödenmektedir⁷⁸.

Eser sözleşmesinde, taraflar ücret konusunda açıkça veya zımnen anlaşmış olabilirler⁷⁹. Yükleniciye ödenecek ücret önceden miktar olarak açıkça kararlaştırılmamış olabilir. Alışagelmiş olarak ücret karşılığında meydana getirilen eserler için ücret verileceği önceden açıkça anlaşılmamış olsa bile, zımnen ücret verileceği kararlaştırılmış olduğu karine olarak kabul edilir⁸⁰. Bu anlamda, ücret

⁷⁶ **Karataş**, s. 35; **Tandoğan**, İstisna, s. 324; **Aydemir**, s. 8; **Dayınlı Kemal**, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Sistem Ofset Matbaası, Ankara 1986, s. 17.

⁷⁷ **Erdoğan**, s. 137.

⁷⁸ **Karataş**, s. 35.

⁷⁹ **Altaş**, Eser, s. 44; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 8; **Dayınlı**, İstisna, s. 9.

⁸⁰ **Tandoğan**, Borçlar, s. 19; **Tandoğan**, İstisna, s. 321; **Gökyayla**, s. 10; **Aral**, s. 333; **Eren**, Seminer, s. 51.

hususunda taraflar açıkça anlaşmamış olsalar bile, meslek sahiplerinin ve zanaatkârların gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu söylenebilir⁸¹.

Eser sözleşmesinde ücretin miktarı işin başında net bir şekilde belirlenebileceği gibi, yaklaşık bir bedel de tayin edilerek kesin miktarın tayini işin bitimine bırakılabilir. Ücretin henüz işin başında net olarak belirlenmesi halinde götürü ücret, bir ücret ödeneceğinin kararlaştırıldığı ancak miktarının kesin ve net olarak belirlenmediği hallerde, yaklaşık ücret söz konusu olmaktadır.

Götürü ücrete ilişkin ayrıntılı açıklamalar daha sonraki bölümlerde yapılacağı için, burada kısaca değinmek istiyoruz. İş sahibinin ödeyeceği bedel önceden kesin ve net olarak sözleşmede saptanırsa buna “götürü ücret” denir⁸². Kural olarak götürü ücrete, yapılacak eserde kullanılan malzemeler de dâhildir. BK 365. maddesi uyarınca, ücretin götürü olarak belirlenmesinde, yüklenici eseri götürü bedele yapmaya mecbur olup, eser sözleşmenin başında tahmin ettiği bedelden daha fazla bir bedele mal olmuş olsa bile, bu ücretin arttırılmasını isteyemez.

Götürü ücrette, giderlerin bu ücretten çok olmasının rizikosunu yüklenici, yaklaşık ücrette ise, iş sahibi taşımaktadır. Ücretin hiç kararlaştırılmadığı hallerde

⁸¹ **Tandoğan**, Borçlar, s. 19; **Becker**, s. 591.

⁸² **Öz**, Eser, s. 68; **Zevkliler**, s. 327.

ise, işin değerine ve yüklenicinin giderlerine göre sonradan saptanacak eser ücretinin çok olmasının rizikosunu iş sahibi taşımaktadır⁸³.

Ayrıca, sözleşmede ücret konusu düzenlenmemiş ise, ücret miktarının işin bitiminde, BK 366. maddesine göre yapılan şeyin kıymetine ve yüklenicinin masraflarına göre tayin edilir⁸⁴. Kanun maddesindeki “*yapılan şeyin kıymeti*” ifadesi, kaynak kanundaki gibi “*çalışmanın değeri*” olarak anlaşılmalıdır⁸⁵.

Çalışmanın değeri kavramından, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kar ve o işe düşen genel giderler payı anlaşılmalıdır. Yüklenicinin giderleri, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin ortaya çıkarılması için başvurulmuş yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere ödenmiş ücretleri, işte kullanılan araç ve aletler için yapılmış olan giderleri ve yüklenicinin kendi sağlamış olduğu malzemelerin, araçların giderlerini kapsamaktadır. Yüklenicinin kötü niyetle yaptığı objektif yönden yarasız giderler, ücretin belirlenmesinde hesaba katılmaz⁸⁶.

⁸³ **Karahasan Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, 2002, s. 427.

⁸⁴ **Erdoğan**, s. 154; **Gökyayla**, s. 10; **Aral**, s. 333; **Erman**, İstisna, s. 19; **Tandoğan**, İstisna, s. 323; **Karataş**, s. 31; **Gürpınar**, s. 42; **Yavuz**, Özel Hükümler, s. 349; **Selimoğlu**, s. 16.

⁸⁵ **Karahasan**, Borçlar, s. 427; **Tandoğan**, Borçlar, s. 298; **Aral**, s. 388; **Becker**, s. 634.

⁸⁶ **Karahasan**, Borçlar, s. 427; **Tandoğan**, Borçlar, s. 299; **Dayınlarlı**, s. 17; **Kostakoğlu Cengiz**, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2006, s. 1010; **Kaplan**, Seminer, s. 143; **Yavuz**, Özel Hükümler, s. 349.

Giderlerin hesabında fiilen yapıldığı zamanki tutarı, çalışmanın değerinde ise teslim anındaki rayiçlere dayanılarak belirleme yapılmalıdır⁸⁷. Bu konuda, yerleşik Yargıtay kararlarında, işin değeri ve yüklenicinin masrafı unsurları ayrı ayrı dikkate alınmadan, işin yapıldığı yılın piyasa rayiç bedellerine göre, iş bedelinin saptanması, rayiç bedel tespit edilirken, mesleki kuruluşların asgari ücret tarifeleri ile Bayındırlık Bakanlığı birim fiyat listelerinin bunlar yoksa mesleki teamüllerin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir⁸⁸.

Bazı yazarlara göre; BK 366. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, tarafların ücret konusu üstünde ya hiç durmamış olmaları ya da bu konuyu doğrudan bu maddeye havale etmiş olmaları gerekir. Eğer taraflar bu hususta görüşmüş, ama ortak bir sonuca ulaşamamışlarsa ve sorunun hallini kendiliklerinden bu maddeye de bırakmamışlarsa, sözleşmenin esaslı kurucu unsuru olan ücret konusunda bir anlaşma yoktur. Bu görüşe göre; bu konuda hiç konuşulmamış olması halinde, ortada sözleşmenin tüm esaslı kurucu unsurlarına dair bir uzlaşmanın var olduğunu söylemenin pek doğru değildir. Ancak kanun koyucu burada sözleşmenin yine de kurulmuş sayılacağını kabul ederek taraflara bir kolaylık göstermekte ve 366. maddede öngörüldüğü şekilde ücretin kararlaştırılmış olduğunu varsaymaktadır⁸⁹.

⁸⁷ **Karahasan**, Borçlar, s. 431.

⁸⁸ **Kaplan**, Seminer, s. 143.

⁸⁹ **Gürpınar**, s. 42.

Kanaatimizce, hiç kurulmamış bir sözleşmeye BK 366. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Kanun maddesinde, “*evvelce kararlaştırılmamış*” denilmekte ise de, burada kastedilen ücret ödeneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması, ancak bunun miktarının kesin ve net olarak sözleşmenin başında kararlaştırılmadığıdır. Sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar arasında miktarı üzerinde anlaşılmamış olsa bile en azından ücret ödeneceğine ilişkin bir anlaşma olması zorunludur. Böyle bir durumda, ücretin tüm rizikosu iş sahibine ait olup, eserin bedelinde aşırı artış olsa bile BK m. 367/I maddesine dayanarak sözleşmeyi feshedemez⁹⁰. Taraflar arasında bir eser sözleşmesinin var olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Böyle bir durumda, yüklenici tarafından yapılacak eserin iş sahibinin arsası üzerinde olması, evinde gerçekleşmesi gibi eser meydana getirilirken iş sahibinin bunu görebileceği ve bilebileceği durumlarda, sorunun çözümü basittir. Bu durumlarda, eserin meydana getirilmesine ses çıkarmayan iş sahibi, sonradan sözleşmenin hiç kurulmadığından bahisle ücret ödeme borcundan kurtulamaz.

Ancak, eserin yüklenicinin atölyesinde, fabrikasında veya iş sahibinin bilgisi ve görgüsünün dışında olabilecek herhangi bir yerde meydana getirilmesi halinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğunu ispat yükü, ücret talep eden yüklenicidedir⁹¹. Bu gibi hallerde, eserin yapımı aşamasında yüklenici iş sahibinden talimat aldığını ispat ederek ücrete hak kazanabilir. Ancak, öyle bazı durumlar

⁹⁰ **Torun**, s. 416.

⁹¹ **Kostakoğlu**, s. 1010.

olabilir ki; iş sahibi sözleşmenin kurulmadığını düşünmüş, yüklenici ise sözleşmenin kurulduğunu düşünerek eseri yapıp tamamlamış olabilir. Burada, sözleşmenin yine de kurulduğunu ve BK 366. maddesinin uygulanacağını söylemek doğru olmaz.

Ücretin hiç belirlenmemiş olduğu hallerden bahsederken BK m. 367'de düzenlenen keşif bedeline de değinmek gerekmektedir.

Gauch'a göre, yaklaşık ücretle, ücretin muhtemel masraflara göre belirlenen yaklaşık keşif bedeli üzerinden belirlenmesi kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Ücretin yaklaşık olarak belirlenmesinde, önceden tespit edilen veya sözleşmenin yorumundan çıkarılan bir alt ve üst sınır vardır ve yüklenici bu sınırlarla bağlıdır⁹². Buna karşılık, muhtemel masraflara ilişkin keşif bedelinin yaklaşık olarak tespitinde, ücret değil, masraflar yaklaşık olarak tespit edilmiştir. Bu nedenle, yüklenici bu yaklaşık bedelle bağlı değildir. Keşif bedeli, ücretin hiç belirlenmemiş olduğu hallerde, iş sahibinin sözleşmeyi o yüklenici ile kurması için iş sahibine ücret hakkında fikir vermeyi sağlayan bir işlem temelidir⁹³. Bunun hiçbir bağlayıcılığı yoktur⁹⁴. Bu bakımdan da, yaklaşık ücret; bağlayıcı yaklaşık ücret, masraflara göre belirlenen keşif bedeli üzerinden kararlaştırılmış bağlayıcı olmayan ücret diye ayrılmalıdır.

⁹² Uygur, s. 1043.

⁹³ Eren, Seminer, s. 90.

⁹⁴ Kaplan, Seminer, s. 140; Gürpınar, s. 73; Aral, s. 387; Baygın Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler 1999, s. 41.

Yaklaşık ücret ile keşif bedelinin ortak noktası ise, her iki halde de, ödenecek ücretin BK 366. maddesine göre işin sonunda belirlenecek olmasıdır⁹⁵. Somut olayda, üzerinde anlaşılmış ücretin yaklaşık ücret mi, keşif bedeli mi olduğu hususunda açıklık bulunmayabilir. Böyle bir durumda, yaklaşık ücret tahminin seyrek bir istisna teşkil ettiğinden⁹⁶, keşif bedeli olduğu konusunda fiili bir karine oluşur⁹⁷.

Keşif bedelinin hiçbir bağlayıcılığı olmasa bile, yüklenici konusunda uzman kişi olup, iş sahibini bu hususta doğru bilgilendirmelidir. Bu nedenle, keşif bedeli ile gerçek bedel arasında aşırı bir fark bulunması halinde BK 367. maddesi iş sahibine sözleşmeyi fesih yetkisi vermiştir⁹⁸. İş sahibinin sözleşmeyi feshi için işin bitmiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Sadece keşif bedeli ile gerçek ücretin arasındaki farkın çok fazla olması ve bu farkın ortaya çıkmasında iş sahibine yüklenebilecek hiçbir kusurun bulunmaması gerekmektedir. İş sahibi, bu farkın meydana gelmesine kendi kusuruyla veya bir fiiliyle sebebiyet vermişse, artık onun fesih hakkı ortadan kalkar⁹⁹.

⁹⁵ **Baygın**, s. 42.

⁹⁶ **Kaplan**, Seminer, s. 140.

⁹⁷ **Baygın**, s. 42.

⁹⁸ **Erman**, İstisna, s. 61; **Eren**, Seminer, s. 91.

⁹⁹ **Erman**, İstisna, s. 61.

BK 367/II'ye göre; eğer, yapılan eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ve yapım işi bitmiş ise, ücretten uygun bir indirim isteme hakkı, yapım henüz tamamlanmamış ise, yükleniciyi işe devamdan men etmek ve yapılan kısmı hakkaniyet çerçevesinde tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshetme hakkı vardır¹⁰⁰.

BK 367. maddesi sadece önceden yaklaşık bir keşif bedelinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanabilir. Önceden hiçbir şekilde ücret saptanmamış ise, bu maddenin uygulanmasının imkanı yoktur. Keşif bedelinin çok fazla aşıldığını ispat yükü sözleşmeyi fesheden iş sahibinin üstündedir. Çünkü, burada sözleşmenin ifa edilmemesine değil, keşif bedelinin çok fazla aşılması haklı nedenine dayanılmaktadır¹⁰¹.

Önceden yaklaşık bir keşif bedeli belirlenen her durumda sözleşme yaklaşık bedelle kurulduğundan söz edilemez. Bazen keşif işin nasıl yürüyeceğini belirlemek ve götürü bedeli en uygun şekilde saptamak için yapılmış olabilir¹⁰².

Öz'e göre, sözleşmede yaklaşık bedelin mi, götürü bedelin mi kararlaştırıldığı konusunda tereddüt doğarsa, bedelin götürü ve kesin şekilde belirlenmiş sayılması gerekmektedir¹⁰³. Çünkü, taraf iradelerinin yorumu ve

¹⁰⁰ **Erman**, İstisna, s. 62; **Zevkliler**, s. 329.

¹⁰¹ **Erman**, İstisna, s. 62.

¹⁰² **Öz**, Eser, s. 70.

¹⁰³ **Öz**, Eser, s. 70.

yapılacak işin özelliği ne tür bir bedel kararlaştırıldığını ortaya koyamıyorsa, yaşamın olağan akışına uygun olan iş sahibinin ödeyeceği miktarın kesin olduğunu göz önüne alarak bu sözleşmeyi kurduğudur. Öz'e göre; bu sonuç, işin uzmanı olan yüklenici karşısında iş sahibinin daha çok himaye edilmesi gereğine de uygundur. Öte yandan, BK m. 365/II hükmünün götürü ücret kararlaştırıldığı hallerde masrafların olağanüstü sebeplerle artması üzerine yükleniciye bedel artırımını veya sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı verdiği göz önüne alındığında, bu durum çıkarlar dengesine de uygundur¹⁰⁴.

Kanaatimizce, sözleşmede şüphe olması halinde ücretin yaklaşık olarak saptandığının kabulü daha yerinde bir çözümdür. Aksinin kabulü, ilk başta götürü ücret kavramına terstir. Götürü ücretli bir eser sözleşmesinde, iş sahibinin ödeyeceği ücret, hiçbir şüphe ve duraksamaya yer olmayacak şekilde önceden kesin ve net bir şekilde belirlenmiş olmalıdır. Götürü ücret kararlaştırıldığında, zaten şüpheye yer olmamalıdır. Taraf iradelerinden bu açıkça anlaşılmalıdır. İşinde uzman olan yükleniciye karşı iş sahibinin korunması da yerinde bir gerekçe değildir. Çünkü, eser sözleşmesi eşitler arasında imzalanan ve karşılıklı güven ilişkisine dayanan bir sözleşmedir. Yasa, sözleşmenin her iki tarafını da koruyucu önlemleri düzenlemiştir. Bu anlamda, BK m. 365/II hükmü, götürü bedelle imzalanan bir eser sözleşmesinde riski yüklenen yükleniciyi koruduğu gibi, yine BK m. 367 hükmü yaklaşık bedelle imzalanan bir eser sözleşmesinde riski yüklenen iş sahibini korumaktadır.

¹⁰⁴ Öz, Eser, s. 71.

Eser sözleşmesinde, işin belirli kısımları için götürü ücret, diğer bazı kısımları için birim fiyatlar tespit edilebilir. Bu tip sözleşmelere karma sözleşmeler denilmektedir¹⁰⁵.

KİSK'nun sözleşme türlerini düzenleyen 6. maddesinin d bendine göre de, yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme imzalanabileceği belirtilmiştir.

D. Anlaşma

Eser sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Eser Sözleşmesi, tarafların yüklenici tarafından yapılacak olan ve eser niteliği taşıyan somut olarak belirtilmiş iş görme sonucu üzerinde anlaşmaları ile kurulur¹⁰⁶.

Eser meydana getirme ve ücret alacağı eser sözleşmesinin asli edimleridir¹⁰⁷. Bu nedenle, sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşma sağlanmış olmalıdır. Ücret miktarı konusunda açıkça anlaşma sağlanmış olması şart değildir. Sözleşmede miktar belli olmasa da, taraflarca ücret ödeneceğinin kararlaştırılmış olması yeterlidir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ **Kaplan**, Seminer, s. 128.

¹⁰⁶ **Tandoğan**, İstisna, s. 324; **Gökyayla**, s. 11; **Gök**, s. 31.

¹⁰⁷ **Eren**, Seminer, s. 51.

¹⁰⁸ **Altaş**, Eser, s. 44; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 8; **Dayımlarlı**, İstisna, s. 9; **Tandoğan**, Borçlar, s. 19; **Tandoğan**, İstisna, s. 321; **Gökyayla**, s. 10; **Aral**, s. 333; **Eren**, Seminer, s. 51.

V. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

A. Satım Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

BK'nun 182. maddesinde, satım sözleşmesi tanımlanmıştır. Anılan maddeye göre; *“Satım bir akittir ki, onunla satıcı satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder.”* denilmektedir.

Yine BK'nun 355. maddesinde *“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”* denilmektedir.

Belirli bir ücret karşılığı teslim edileceği kararlaştırılan şey sözleşme yapıldığı sırada mevcutsa genellikle bir satım sözleşmesinden, buna karşılık bu şey sözleşmenin yapıldığı sırada henüz yoksa ve yüklenici, eseri sonradan meydana getirecekse eser sözleşmesi söz konusu olur¹⁰⁹. Satım sözleşmesinde satıcı genellikle bir başkasının meydana getirdiği hazır bir şeyi alıcıya devir ve teslim etmekte, eser sözleşmesinde ise yüklenici, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan bir şeyi, emek sonucu meydana getirme ve teslim etme taahhüdünde bulunmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁹ Zevkliler, s. 332; Tandoğan, İstisna, s. 329; Aydemir, s. 9; Uygur, s. 261; Selimoğlu, s. 17.

¹¹⁰ Selimoğlu, s. 17.

Eser sözleşmesinde malzemenin yüklenici tarafından karşılanması söz konusu ise, eğer ürün tek ve kendine özgü bir şekilde üretiliyorsa eser sözleşmesi, buna karşılık seri halinde üretiliyorsa satım sözleşmesi söz konusu olacaktır¹¹¹. Kaldı ki, tek ve kendine özgü bir şekilde üretilen ürün, üründen çok eser kavramının içine girmektedir.

Yine, iş sahibinin talimat verme hakkının bulunması durumunda bir eser sözleşmesinden, aksi halde satım sözleşmesinden bahsetmek mümkündür¹¹².

Eser sözleşmesinde bir eser meydana getirme, dolayısıyla emek vererek bir edim sonucu oluşturma daha baskındır. Bu nedenle, kural olarak emek unsurunun baskın olduğu durumlarda eser sözleşmesinin, malzeme ögesinin ağır bastığı durumlarda ise satım sözleşmesinin olduğu kabul edilir¹¹³.

Kurma (monte) koşuluyla yapılan satışlarda, satıcı sattığı malı, alıcının gösterdiği yere kursa dahi aralarındaki ilişki satım sözleşmesidir¹¹⁴. Satıcının, sattığı malı alıcının istediği yere kurması, satım sözleşmesindeki edimini ifa etmesi için yapması gereken teslim fiilidir. Oysa satın alınan kurulmamış bir malın kurulması

¹¹¹ **Gürpınar**, s. 22; **Aydemir**, s. 10.

¹¹² **Tandoğan**, İstisna, s. 330; **Zevkliler**, s. 332; **Gürpınar**, s. 23.

¹¹³ **Zevkliler**, s. 332; **Gürpınar**, s. 22; **Tandoğan**, İstisna, s. 329; **Aydemir**, s. 10; **Selimoğlu**, s. 17.

¹¹⁴ **Selimoğlu**, s. 17; **Altaş**, Borçlar Özel, s. 7.

(monte edilmesi) için yeni bir anlaşma yapılmışsa, kurma (monte edilme) yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü olmaktan çıkarılıp asli edim yükümlülüğü haline getirilmiş ise, bu ilişki eser sözleşmesidir¹¹⁵.

Henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış bir arsa üzerine inşa edilecek veya edilmekte olan binadaki bağımsız bölümün üçüncü kişilere noterde satış vaadinde bulunulması, eser değil, satış sözleşmesidir¹¹⁶.

B. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Borçlar Kanununun vekâlet sözleşmesini tanımlayan 386. Maddesinde, “*Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.*” denilmektedir. Maddede geçen “kendisine tahmil olunan” (kendisine verilen veya tevdi edilen) deyiminden vekilin sözleşme konusu işi başkasının menfaatine yapacağı anlamı çıkmaktadır. Buna göre, vekâlet sözleşmesi vekilin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir¹¹⁷.

Vekâlet sözleşmenin konusu da eser sözleşmesinde olduğu gibi bir iş görmedir. Vekâlet sözleşmesinde ne hizmet sözleşmesindeki zaman unsuru, ne de eser sözleşmesindeki eser unsuru vardır. Vekâlet sözleşmesinin konusu eser

¹¹⁵ Selimoğlu, s. 17.

¹¹⁶ Selimoğlu, s. 17.

¹¹⁷ Aral, s. 403.

sözleşmesinden daha genel bir nitelik taşır¹¹⁸. Eser sözleşmesinden farklı olarak vekil, belirli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, belirli bir yönde hareket etmek için taahhüt altına girmektedir¹¹⁹. Bu anlamda eser sözleşmesinde, edim sonucu önem taşımakta iken, vekâlet sözleşmesinde belirli bir sonuç gerçekleşmemiş ise de, vekil işi özenle görerek edimini yerine getirmiş olur¹²⁰.

Vekâlet sözleşmesi, kural olarak ücretsizdir¹²¹. BK 386/III hükmüne göre, sözleşme veya teamül var ise, vekil ücrete hak kazanır. Ancak, eser sözleşmesinde kanunda açıkça yüklenicinin ücret karşılığında bir eser meydana getireceği düzenlenmiştir.

Vekâlet sözleşmesinde esas olan, vekilin işi özenle görmesi olduğundan, kural olarak vekil işi bizzat görmekle yükümlüdür¹²². Ancak, vekâlet sözleşmesinde bunun aksi de kararlaştırılabilir. Eser sözleşmesinde, bir edim sonucunun gerçekleştirilmesi esas olduğundan yüklenici bu edim sonucunu yani eseri meydana getirmek için başkalarına da çeşitli işler yaptırabilir¹²³.

¹¹⁸ **Tandoğan**, İstisna, s. 327; **Erdoğan**, s. 170.

¹¹⁹ **Tandoğan**, İstisna, s. 327; **Aydemir**, s. 13; **Gürpınar**, s. 25.

¹²⁰ **Zevkliler**, s. 332; **Aydemir**, s. 13; **Tandoğan**, İstisna, s. 327; **Gürpınar**, s. 25; **Erdoğan**, s. 170; **Selimoğlu**, s. 19.

¹²¹ **Gürpınar**, s. 26; **Zevkliler**, s. 332; **Erdoğan**, s. 170.

¹²² **Tandoğan**, İstisna, s. 327; **Zevkliler**, s. 332; **Erdoğan**, s. 170.

¹²³ **Zevkliler**, s. 332; **Erdoğan**, s. 170; **Kılıçoğlu Ahmet**, Müteahhitin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, Y.1975, C.32, S.1-4, s.185-199, s. 188.

Bağımsızlık bakımından, özellikle uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde vekilin ve yüklenicinin durumları arasında büyük fark yoktur. Her ikisi de işçiye oranla daha bağımsızdır. Vekilin müvekkilinin talimatıyla bağlılığı daha çok hukuki işlemlerin onun adına yapılmasına ilişkin vekâlet hallerinde kendini gösterir¹²⁴.

Vekâlet sözleşmesinden her zaman cayabilme imkanı bulunduğu halde, eser sözleşmesinde bu daha sıkı koşullara bağlanmıştır¹²⁵.

Vekâlet sözleşmesinde kural olarak masraflar, menfaatine iş yapılan vekil edene, eser sözleşmesinde ise edim sonucunu taahhüt eden yükleniciye aittir¹²⁶.

C. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesini düzenleyen 313. maddesine göre; *“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.”* Buna göre; iş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz bir sürede işveren için emek harcayarak, onun gösterdiği işi görür¹²⁷.

¹²⁴ **Tandoğan**, İstisna, s. 327.

¹²⁵ **Zevkliler**, s. 332; **Gürpınar**, s. 25; **Erdoğan**, s. 170.

¹²⁶ **Tandoğan**, İstisna, s. 327; **Zevkliler**, s. 332; **Erdoğan**, s. 170.

¹²⁷ **Zevkliler**, s. 331.

Eser sözleşmesi önceden belirlenmiş olan ve bir bütün oluşturan emek sonucunun meydana gelmesini hedef tutar ve bu sonucun ortaya çıkmaması yüklenicinin borcunu ifa etmediği anlamına gelir. Hizmet sözleşmesinde, işçi belirli veya belirsiz sürede hizmet edimini yerine getirmesi gerekir. İşçi işinde gerekli özeni göstermiş olduğu takdirde, istenilen sonucun ortaya çıkmaması, mutlaka onun borcunu ifa etmediği anlamına gelmez¹²⁸. Kısaca, işçinin salt çalışmış olması, ücrete hak kazanması için yeterlidir. Hizmet sözleşmesinin konusu insan emeği, insan faaliyetidir. Ücret genellikle zaman esası üzerinden tespit edilir. Eser sözleşmesinin konusu ise bir eserin imalidir. Eser sözleşmesinde ücret tespitinde, meydana getirilecek eser göz önünde tutulur¹²⁹.

Hem eser sözleşmesinde, hem de hizmet sözleşmesinde iş görme bir ücret karşılığında yapılır¹³⁰.

Eser sözleşmesinde ise, yüklenici bağımsız bir bütün oluşturan eseri meydana getirmeyi taahhüt eder¹³¹.

¹²⁸ **Tandoğan**, İstisna, s. 325-326; **Selimoğlu**, s.20.

¹²⁹ **Uygur**, s. 260.

¹³⁰ **Erdoğan**, s. 164.

¹³¹ **Zevkliler**, s. 331; **Erdoğan**, s. 171.

Bununla birlikte, işçi işverenin denetimi altında ve ona bağımlı olarak çalıştığı halde, eser sözleşmesinde yüklenici işi kendi başına ve bağımsız şekilde yapar¹³². Eser sözleşmesinde, iş sahibinin talimat verme yetkisi sadece elde edilecek sonuç içindir. Hizmet sözleşmesinde işçinin çalışacağı yerin, çalışma saatlerinin, işe başlayış ve son veriş saatinin işverence saptanması esastır. Eser sözleşmesinde ise, kural olarak bu yetki iş sahibine değil yükleniciye aittir¹³³. Hizmet sözleşmesi şahıslara sıkı sıkıya bağlı bir sözleşme olduğundan, sözleşmede kararlaştırılmamışsa ve örf ve adette de hüküm yoksa işçi işi bir başkasına devredemez. Eser sözleşmesinde ise, aksi kararlaştırılmamışsa veya yüklenicinin şahsı önemli değilse, yüklenici işi bir başkasına devredilebilir¹³⁴.

Hizmet sözleşmesi, işçinin ölümü ile sona erdiği halde, eser sözleşmesi yüklenicinin ölümü şahsiyeti önemli değilse sözleşmeyi sona erdirmez¹³⁵.

Hizmet sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi hizmetin belirli veya belirsiz bir zaman için görülmesidir. Eser sözleşmesi ise ani edimli sözleşmedir¹³⁶

¹³² Zevkliler, s. 331; Tandoğan, İstisna, s. 326; Uygur, s. 260; Uçar, s. 24; Selimoğlu, s. 20.

¹³³ Uygur, s. 260.

¹³⁴ Erdoğan, s. 165; Uçar, s. 25,26.

¹³⁵ Erdoğan, s. 165.

¹³⁶ Uygur, s. 260,261.

D. Yayım Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Yayım sözleşmesi, BK 372. maddesinde düzenlenmiş olup, anılan hükümde yayım sözleşmesinin tarifi yapılmaktadır. Buna göre; “*Neşir mukavelesi, bir akittir ki onunla edebi ve sınai bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeği taahhüt ve naşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşir etmeği iltizam eder.*”

Bir eserin bedeli karşısında sadece basımının üstlenildiği hallerde, aradaki ilişki eser sözleşmesidir. Buna karşın hem basımın hem de yayımın üstlenildiği sözleşme yayım sözleşmesidir¹³⁷. Yayımcının eseri yayma yükümlülüğü bulunduğu halde, yüklenicinin böyle bir yükümlülüğü yoktur¹³⁸.

Eserini çoğaltması için bir kişi ile sözleşme imzalayan, çoğaltılan eseri kendi adına piyasaya süren, çoğaltan kişiye bir ücret ödeyen kişi eser sözleşmesi imzalamıştır. Ancak, yayım sözleşmesinde, yayımcı eser sahibine bir ücret ödemek suretiyle, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını sözleşmenin kapsamı dahilinde belli bir süreye bağlı olarak kullanır¹³⁹. Yayımcı eserden elde ettiği gelirden kendisi yararlanır, eser sahibine yazarlık hakkını öder¹⁴⁰.

¹³⁷ **Aydemir**, s. 14.

¹³⁸ **Tandoğan**, İstisna, s. 331; **Zevkliler**, s. 333; **Aydemir**, s. 14; **Uygur**, s. 262.

¹³⁹ **Aydemir**, s. 14; **Tandoğan**, İstisna, s. 331.

¹⁴⁰ **Aydemir**, s. 14.

Eser sözleşmesinde eser yayımlandıktan sonra hasara uğrarsa buna iş sahibi, yayım sözleşmesinde ise yayımcı katlanır¹⁴¹.

§.2.ESER SÖZLEŞMESİNDE GÖTÜRÜ ÜCRET

I.Götürü Ücret Kavramı

Götürü ücret, BK m. 365’de “Götürü Taahhüt” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir; “ *Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla sây ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez.*

Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley.

Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir sây ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur.”

¹⁴¹ **Erdoğan**, s. 167; **Zevkliler**, s. 333; **Tandoğan**, İstisna, s. 331; **Uygur**, s. 262.

Maddede götürü ücret kavramının tanımı yapılmamış, ancak en önemli ayırıcı özellikleri belirtilerek bir anlamda çerçevesi çizilmiştir. Ücretin götürü olarak tespit edilmesi demek, ödenecek ücretin kesin ve net olarak önceden tespiti demektir.¹⁴²

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanununun 480. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 365. maddesine karşılık gelmektedir¹⁴³. Götürü bedel başlıklı, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesi şu şekildedir; “*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser öngörülenden fazla emek ve masrafta gerektirmiş olsa bile yüklenici belirlenen bedelin arttırılmasını isteyemez.*

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

¹⁴² **Torun**, s. 416; **Karahasan Mustafa Reşit**, İnşaat, İmar İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay Kararları ve İlgili Mevzuat, 1997, s. 391; **Karahasan**, Borçlar, s. 400; **Erman**, İstisna, s. 63; **Tandoğan**, Borçlar, s. 234; **Kostakoğlu**, s. 1003; **Becker**, s. 630; **Yavuz**, Borçlar, s. 487; **Karataş**, s. 246; **Selimoğlu**, s. 156; **Karabulut**, s. 299.

¹⁴³ **Başöz/Çakmakçı**, s. 604.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.” Türk Borçlar Kanununda da götürü ücretin tanımı yapılmamıştır. Esasen 818 sayılı Borçlar Kanununun 365. maddesinin I ve III fıkraları Türkçeleştirilerek korunmuş, hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Türk Borçlar Kanununun 480/II hükmünün getirmiş olduğu değişiklik bir sonraki bölümde incelenecektir¹⁴⁴.

Götürü ücret kesin veya kesin verilere göre belirlenebilir olmalıdır. Sonradan değişebileceği kabul edilen ücret götürü olamaz. Bu konuda duraksama olduğunda yaklaşık ücretin varlığı kabul edilmelidir¹⁴⁵.

Bu eserin tamamı için toptan bulunan bir rakam olabileceği gibi, çeşitli iş grupları için birim fiyatların karşılaştırıldığı ve işin miktarının önceden belirli ve belirlenebilir olduğu hallerde de götürü ücret söz konusu olur¹⁴⁶. İlk hale örnek olarak bir inşaat yapım işinin toplam 300.000-TL'ye yapılacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu halde iş sahibi sözleşmeye göre 300.000-TL'yi ödemekle ücret ödeme

¹⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm, (Borçlar Kanununun 365. Maddesinin İkinci Fıkrasına Göre Olağanüstü Durumların Ortaya Çıkması Halinde Götürü Ücretin Artırılması veya Sözleşmenin Feshi), s. 70 vd.

¹⁴⁵ **Torun**, s. 417.

¹⁴⁶ **Altaş**, Eser, s. 45; **Yavuz**, Borçlar, s. 487; **Karahasan**, İnşaat, s. 391; **Karahasan**, Borçlar, s. 401; **Torun**, s. 416; **Erman**, İstisna, s. 63; **Tandoğan**, Borçlar, s. 234; Aksi görüşte, **Kostakoğlu**, s. 1003; Yazara göre, değişik iş kalemleri için karşılaştırılmış birim fiata göre yapılacak inşaatın kesin bedelinin önceden tespiti mümkün olmayacağından götürü bedelli olduğu söylenemez.

borcunu ifa etmiş olur. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler bu hale örnektir. İkinci halde birim fiyat şeklindeki götürü ücret söz konusudur. Büyük inşaat işlerinde özellikle kamu ihalelerinde “birim fiyat usulü” denilen bir yöntemle bedel belirlenmektedir¹⁴⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, verilecek belirli oranda arsa payı karşılığında, belli miktarda bağımsız bölüm yapılmasını öngördüğünden götürü bedelli olarak kabul edilmelidir¹⁴⁸.

Ücretin para olarak değil, başka bir eserin verilmesi şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda da ücretin götürü olarak belirlendiği kabul edilmelidir¹⁴⁹. Burada önemli olan, ücretin tespitinde, yüklenicinin fiilen yaptığı masrafların veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değer göz önünde tutulmayarak hareket edilmesidir¹⁵⁰.

BK m. 365/I'e göre; kural olarak yüklenici belirlenmiş olan götürü ücret dışında bir ücret isteyemez¹⁵¹. Yüklenici, eser giderlerinin kararlaştırılan ücreti

¹⁴⁷ **Öz Turgut**, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, İstanbul 2007, s. 58.

¹⁴⁸ **Kostakoğlu**, s. 1003; **Yavuz**, Borçlar, s. 487.

¹⁴⁹ **Yavuz**, Özel, s. 350; **Tandoğan**, Borçlar, s. 234,235.

¹⁵⁰ **Yavuz**, Özel, s. 350; **Yavuz**, Borçlar, s. 487; **Tandoğan**, Borçlar, s. 235; **Erman**, İstisna, s. 63; **Erdoğan**, s. 154; **Aral**, s. 382; **Karabulut**, s. 299.

¹⁵¹ **Karahasan**, İnşaat, s. 394; **Karahasan**, Borçlar, s. 404; **Tandoğan**, Borçlar, s. 238.

aştığını iddia ederek ücretin arttırılmasını isteyemeyeceği gibi, iş sahibi de eserin götürü ücretten daha az masrafla yapıldığını ileri sürerek götürü ücretin indirilmesini isteyemez¹⁵². Götürü ücretli eser sözleşmelerinde, zarar rizikosu yüklenicinin üstündedir¹⁵³.

Götürü ücreti taraflar ortak iradeleriyle kararlaştırdıklarından işin devamında yine ortak iradeleriyle ücreti saptama şeklini veya götürü ücreti arttırmayı ya da indirmeyi de kararlaştırabilirler¹⁵⁴.

Götürü bedelli bir eser sözleşmesinde, işçi ücretlerindeki ve malzeme fiyatlarındaki değişikliklerin lehe veya aleyhe iş sahibine yansıtılacağına ilişkin bir

¹⁵² **Karahasan**, İnşaat, s. 394; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 17; **Duman İlker Hasan**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Legal Kitapevi, İstanbul 2005, s. 177; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER y.1973 C.VII, sa.2 (sh.291-310), s. 294; **Torun**, s. 418; **Erman**, İstisna, s. 65; **Tandoğan**, Borçlar, s. 238; **Zevkililer**, s. 327; **Karataş**, s. 247; **Erdoğan**, s. 154; **Aral**, s. 382; **Selimoğlu**, s. 31; **Karataş**, s. 247; “*Borçlar Kanununun 365. maddesi gereğincegereğince, iş bedeli götürü olarak kararlaştırılmış ise, yüklenici işi-eseri kararlaştırılan bedelle yapmak zorundadır; eser önceden tahmin edilenden daha çok çalışmayı ve masrafları gerektirmiş olsa bile yüklenici iş bedelinin arttırılmasını isteyemez. Yüklenicinin sözleşme konusu işlerden ötürü hak ettiği iş bedeli tutarı sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme dışı işlere sözleşme hükümleri uygulanamaz.Diğer yandan sözleşme dışı işin bedeli; Borçlar Kanunu 410 vd. izleyen maddeleri hükümleri gereğince, işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçlerine göre yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucu mahkemece belirlenmesi gerekmektedir.*” (Yargıtay 15. H.D. 11.12.2007 t., 2007/293 E. ve 2007/7966 K. sayılı kararı).

¹⁵³ **Duman**, s. 177-179; **Karahasan**, Borçlar, s. 404; **Erman**, İstisna, s. 66; **Karataş**, s. 250; **Karabulut**, s. 299.

¹⁵⁴ **Karataş**, s. 250.

şart geçerli olarak sözleşmeye konulabilir¹⁵⁵. İş sahibi lehe olan şarta dayanarak fiyat düşmesi oranında indirim isteyebileceği gibi, yüklenici aleyhe olan şarta dayanarak fiyat yükselmesi isteyebilir.

Bunun gibi taraflar sözleşmede, sonradan yeni vergiler, harç ve resimler konulması, malzeme fiyatlarının yükselmesi, taşıt ve işçi ücretlerinin artması, devalüasyon gibi nedenlerle ücretin arttırılmasının istenemeyeceğini kararlaştırmışlarsa, yüklenici artık BK 365/II hükmüne dayanarak bile ücretin arttırılmasını isteyemez¹⁵⁶.

Birim fiyat usulünde inşaat birimler olarak gösterilmekte ve her birimin karşılığında yükleniciye yapılacak ödeme ayrı ayrı belirtilmektedir. Yapılacak inşaatla metrekare başına veya yapılacak her iş kalemi birimi başına yükleniciye ödenecek bedel belirlenir. Birim fiyatın içinde yüklenicinin malzeme ve işçilik giderleri ile kar payı da vardır. Birim fiyat tüm bedelin küçük parçalarını ifade eder. Yapılacak inşaatın nitelik ve niceliği yapılan sözleşmeden belli olduğundan her bir iş unsurunun birim fiyatı toplam miktarı da daha sözleşme imzalanırken belli olduğundan bu tip sözleşmelerde götürü bedelli sözleşmelerdir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ **Tandoğan**, Borçlar, s. 238.

¹⁵⁶ **Zevkliler**, s. 328.

¹⁵⁷ **Öz**, İnşaat, s. 58; **Tandoğan**, Borçlar, s. 236, 237.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 6. maddesinde, kamu ihalelerine göre yapılacak sözleşme türlerinin neler olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; “*Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;*

a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,

c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

d) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,

*e) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme, düzenlenir.”*denilmektedir.

Kamu ihalelerinin büyük kısmında da, özellikle yapım ihalelerinde yükleniciler ile idare arasında götürü bedelli sözleşmeler imzalanmaktadır.

Sonuç olarak, götürü ücret sözleşmede kesin olarak belirlenebilmeli veya kesin verilere göre belirlenebilir olmalıdır. Sonradan değişebileceği kabul edilen bir ücret götürü ücret değildir. Bu konuda açıklık yok ise, götürü değil, yaklaşık ücretin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır. Sözleşmede hiç ücret kararlaştırılmamış ise, götürü ücretten söz edilemez.

II. Götürü Ücret Türleri

A. Sabit-Anahtar Teslimi Götürü Ücret

1. Genel Olarak

Taraflar, yüklenici tarafından tüm eserin tamamının belirli bir ücrette yapılacağı kararlaştırılabilir. Bu halde, ücret önceden tam olarak belirlenmiştir ve tarafların baştan beri bildiği bir değerdir¹⁵⁸. Yüklenici önceden belirlenen bu ücret karşılığında eserin tamamını yapıp, teslim etmek zorundadır. Bu anlamda, götürü ücret eserin meydana getirilmesi karşılığında ödenecek en yüksek ve en düşük bedeldir¹⁵⁹. Buna göre; kural olarak eser sözleşmesinde ücret götürü olarak

¹⁵⁸ **Gürpınar**, s. 56.

¹⁵⁹ **Baygın**, s. 30; **Kaplan**, Seminer, s. 129; **Gürpınar**, s. 56.

kararlaştırılmış ise, yapılan eser daha fazla masrafı ve emeği gerektirirse bile (daha yüksek bir bedele malolmuş olsa bile), yüklenici götürü ücretin arttırılmasını isteyemez. Bununla birlikte, eğer yapılan eser kararlaştırılan götürü ücretten daha az masrafı ve emeği gerektiriyorsa, yani daha az bir miktara malolmuş ise, iş sahibi de götürü ücretin indirilmesini isteyemez¹⁶⁰. Fazla ya da az masrafların hangi sebeplerden ileri geldiğinin araştırılmasına gerek yoktur¹⁶¹. Sözleşme imzalanırken kararlaştırılan götürü ücret kural olarak her iki taraf için de bağlayıcıdır. Eser daha fazla bir miktara malolmuş ise bunun zararı yükleniciye ait olacağı gibi, daha az bir miktara malolmuş ise bunun karı da yükleniciye ait olacaktır. Bu durum ahde vefa (*Pacta sunt servanda*) ilkesinin de bir sonucudur¹⁶².

Götürü ücret söz konusu olduğunda, taraflar öyle bir ücret üzerinde anlaşrlar ki; bu ücret eserin imali için ortaya çıkacak tüm maliyet ve giderleri kapsadığı gibi yüklenicinin kar payını da kapsar¹⁶³. Bu ücretin oluşturulmasında, iş sahibinin, maliyet durumunu ve yüklenicinin hesaplarını bilmesi gerekmez¹⁶⁴. Yüklenicinin fiyat tekliflerini kaba bir değerlendirmeye veya ince analizlere dayandırmış olması, iş sahibinin onun istediği bazı bilgiler dolayısıyla onun yaptığı hesaplama tarzı

¹⁶⁰ Aral, s. 382; Selimoğlu, s. 156; Karabulut, s. 299.

¹⁶¹ Kaplan, Seminer, s. 130; Baygın, s. 31.

¹⁶² Torun, s. 417; Kaplan, Seminer, s. 129; Baygın, s. 30; Selimoğlu, s. 158; Karabulut, s. 299.

¹⁶³ Gürpınar, s. 55.

¹⁶⁴ Gürpınar, s. 55; Kaplan, Seminer, s. 130.

hakkında fikri olması kural olarak bu fiyatların sonradan değiştirilememesi bakımından fark etmez¹⁶⁵. Başka bir ifade ile, üretimin toplam maliyeti yüklenici tarafından götürüleştirilerek icapta bulunulmuş ve sözleşme bu icabın kabulü ile kurulmuştur¹⁶⁶.

Ücretteki bu kesinlik nedeniyle, asıl risk yüklenicinin üzerindedir. İş sahibi daha sözleşmenin başında ödeyeceği ücreti bilmekte ve kendisini buna göre hazırlamaktadır. Ancak, yüklenici işe başladıktan sonra, işçilik fiyatlarındaki, kullanılan malzemelerdeki, enflasyondaki artmalar vb. nedenlerle önceden tahmin edemediği nedenlerle beklediğinden daha fazla masraf ve emek harcayabilir. Bu durumda yüklenici zararına çalışmış da olabilir. Yüklenici konusunda uzman kişi olması sebebiyle, eseri meydana getirirken önceki tecrübelerine de dayanarak sarf edeceği emeği, yapacağı masrafları, muhtemel riskleri ve elde edeceği karı da hesaba katabilmelidir. Eğer yüklenici başkaları ile rekabet edebilmek adına düşük fiyata razı olmuşsa, bunun sonucuna da katlanması gereklidir¹⁶⁷. Yüklenici çoğu zaman tacirdir. Bu nedenle, zaten TTK 20/II. maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır.

Fakat, eser sözleşmesinde götürü fiyat hesaplamaya yarayan unsurlar gösterilmiş ve sadece bunların toplanmasında bir yanlışlık yapılmışsa, BK 24/III

¹⁶⁵ **Tandoğan**, Borçlar, s. 236; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 295.

¹⁶⁶ **Gürpınar**, s. 55.

¹⁶⁷ **Gürpınar**, s. 58; **Erman**, İstisna, s. 66; **Kaplan**, Seminer, s. 130; **Baygın**, s. 31.

anlamında “adi hesap hatası” söz konusu olup, bu durum sözleşmeyi sakatlamaz. Sadece bu yanlışlığın düzeltilmesi gerekir¹⁶⁸.

Götürü ücretin “değiştirilemez sabit bedel niteliği” istisnasız değildir¹⁶⁹. Bu kuralın ilk istisnasını, BK 365/II maddesi oluşturmaktadır. Taraflarca tespit edilen götürü bedelle eserin imal ve inşa edilmesi, önceden taraflarca tahmin olunamayan veya tahmin olunup da her iki tarafça dikkate alınmayan sebeplerle çok zorlaşabilir veya mümkün olmayabilir. Bu halde, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması veya fesih gündeme gelecektir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamaları aşağıdaki bölümlerde yapacağımızdan burada sadece bu kısa açıklama ile yetiniyoruz.

İkinci olarak, BK 365. maddesinin I. ve III. Fıkrası hükümleri emredici nitelik taşımadığından, taraflar her zaman sözleşme ile işçilik ücretlerinin ve malzeme fiyatlarındaki yükselişlerin götürü ücretin artmasına neden olacağını kararlaştırabilirler¹⁷⁰. Bu durumda global götürü ücret söz konusu olup, konu hakkındaki ayrıntılı bilgi bir sonraki başlık altında verilecektir.

Bu kuralın bir diğer istisnasını, yüklenicinin ücretin arttırılmasını talep hakkı, iş sahibinin kusurlu davranışla ya da alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle ya da sipariş değişikliği nedeniyle fazla masraflara yol açmış olmasından da

¹⁶⁸ **Erman**, İstisna, s. 67.

¹⁶⁹ **Kaplan**, Seminer, s. 130; **Gürpınar**, s. 59; **Baygın**, s. 31.

¹⁷⁰ **Gürpınar**, s. 59; **Baygın**, s. 33.

doğabilir. Sipariş değişikliği nedeniyle fazla masraf yapılması halinde yükleniciye fazla ücret hakkı verdiği kendiliğinden anlaşılır¹⁷¹.

Götürü ücretin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde, eserin meydana getirilmesi sırasında, iş sahibi götürü ücretin kapsamı dışında bazı ek işlerin yapılmasını istemiş ise, bu işler de yüklenici tarafından yapılmış ise, bu durum götürü ücretin niteliğini değiştirmez¹⁷². Uyuşmazlık çıkması halinde, yapılan ek işlerin götürü ücretin kapsamının dışında olduğunu ispat yükü yükleniciye aittir¹⁷³.

İş sahibinin talimatı olmaksızın sözleşme dışı yapılan işler hakkında vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁷⁴.

Yüklenicinin bazı değişiklikler önermesi ve iş sahibinin bunlara rıza göstermesi halinde de durum aynıdır¹⁷⁵.

¹⁷¹ Baygın, s. 32.

¹⁷² Karahasan, İnşaat, s. 391; Karahasan, Borçlar, s. 401; Erman, İstisna, s. 64.

¹⁷³ Karahasan, İnşaat, s. 391; Karahasan, Borçlar, s. 401; Erman, İstisna, s. 64.

¹⁷⁴ Karahasan, İnşaat, s. 391; Karahasan, Borçlar, s. 401; Tandoğan, Borçlar, s. 238; Karataş, s. 247; Kostakoğlu, s. 1004; “Sözleşme dışı işe, yanlar arasındaki sözleşme hükümleri uygulanamayacağından bu nitelikteki iş ya da işlerin bedeli, Borçlar Kanunu 413 ve izleyen maddeleri gereğince vekaletsiz iş görme kurallarına göre işlerin yapıldığı zamandaki serbest piyasa rayiçleri itibarıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak mahkemece belirlenir.”(Yargıtay 15. H.D. 30.12.2008 t., 2008/4297 E. ve 2008/7777 K. sayılı kararı).

¹⁷⁵ Erman, İstisna, s. 64.

Ancak, taraflarca önceden götürü şekilde kararlaştırılan ücretin arttırılması hakkında yüklenici tarafından yapılan tek taraflı isteğin iş sahibi tarafından cevaplandırılmamış olması, talebin kabulü ve ücretin değiştiği şeklinde yorumlanamaz. Yine, yüklenici tarafından düzenlenen faturada iş bedelinin, sözleşme ile kararlaştırılan bedelden fazla olarak gösterilmiş olması, bu faturaya itiraz etmeyen iş sahibinin bedeli kabul etmiş sayılmasını gerektirmez. TTK 23. maddesi gereğince, faturalar taraflarca kararlaştırılan koşullara uygun düzenlendiği takdirde geçerli yasal belge niteliğindedir¹⁷⁶. Fatura sözleşmenin kurulması ile ilgili bir belge olmayıp, sözleşmenin ifası ile ilgili bir belge olduğundan temel borç ilişkisini değiştirici niteliğe sahip değildir¹⁷⁷.

Uygulamada, gerçekten ilave iş değişikliğinin mi yoksa sözleşmede kararlaştırılan götürü ücret kapsamında yer alan bir işin mi olduğu konusunda uyuşmazlık çıkmaktadır. Böyle bir durumda ispat yükü ilave iş nedeniyle ücret talebinde bulunan yükleniciye aittir. Ancak, şüphe halinde eser edimi borçlusu yüklenici lehine yorum yapılmalı, götürü ücretin sadece nitelik ve kapsamı sözleşmede kararlaştırılan eserin tamamlanması için zaruri giderleri kapsadığı kabul edilmelidir¹⁷⁸. Özellikle, iş sahibinden kaynaklanan ve eser ediminin kapsamını belirleyen plan vb. belgeler yeterince açık değilse, yine yüklenici lehine yorum

¹⁷⁶ **Kostakoğlu**, s. 1006.

¹⁷⁷ **Ünal Oğuz Kürşat**, Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanunda Fatura ve İspat Kuvveti, Bilge Yayınevi, Ankara 2006, s. 161.

¹⁷⁸ **Baygın**, s. 32.

yapılmalıdır. Böyle bir uyumsuzluğun doğmaması için, götürü ücret, tam ve açık temellere, yapım işine ait detaylara ve planlara dayalı olarak karşılaştırılmalı, ilave iş ve iş değışiklerinin neler olabileceği, bunlar için yüklenicinin mi yoksa iş sahibinin mi talepte bulunacağı, bunların bedellerinin nasıl ve neye göre hesaplanacağı, sözleşmede açık şekilde düzenlenmelidir¹⁷⁹.

2. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Açısından

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin c bendinde; “*Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur.*” denilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 6. maddesinde, kamu ihalelerine göre yapılacak sözleşme türlerinin neler olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; “*Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;*

a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,.. düzenlenir.”

Anahtar teslimi götürü bedel teklif ve sözleşme türü uygulanan bir ihalede, yüklenici işin tamamı için tek bir fiyat vermekte, verdiği bu fiyata işin tamamını uygulama projesine, mahal listesine ve teknik şartnamesine uygun olarak

¹⁷⁹ Gürpınar, s. 61.

tamamlamayı üstlenmektedir¹⁸⁰. Bu yöntemde, risk ve sorumluluklar hem idare hem de yüklenici açısından son derece önemlidir. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmede, yüklenicinin işin tüm giderlerini, zemin yapısını, arazi şartlarını, ulaşım imkânlarını, projeyi, mahal listesini ve teknik şartnameyi en ince ayrıntısına kadar incelediği, bu bilgi ve belgeleri bilimsel ölçütlere uygun şekilde değerlendirerek, bütün kar ve zarar risklerini de göz önünde tutarak teklifini hazırladığı kabul edilir¹⁸¹.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme türü uygulanan ihalelerde, idare de ihale öncesinde uygulama projesini, mahal listesini, teknik şartnameleri ayrıntılı şekilde hazırlayarak işin tüm detaylarını gösterir bir ihale dokümanı oluşturmalıdır. Aynı zamanda, yaklaşık maliyeti de gerçekçi ve doğru hazırlamalı, buna göre isteklilerden teklif almalıdır. Çünkü ihale aşaması bittikten ve yüklenici ile anahtar teslimi götürü bedelli sözleşme imzalandıktan sonra, ihale edilen iş daha az bir miktara mal olsa bile, idare yükleniciye götürü bedelin tamamını ödemek zorunda olup, yapılan işin karı da yükleniciye ait olacaktır.

Anahtar teslimi götürü bedel usulünde bedelin artırılması ya da azaltılması söz konusu değildir¹⁸². Sözleşmedeki yükümlülüğün yerine getirilmesine yönelik

¹⁸⁰ **Gök**, s. 59; **Aydemir**, s. 203; **Selimoğlu**, s. 158; **Gencer Hüseyin**, Yapım İşleri İhalelerinde Teklif Türünün Belirlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (www.e-kutuphane.imo.org.tr), s. 2.

¹⁸¹ **Gök**, s. 59.

¹⁸² **Aydemir**, s. 203.

olarak ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderleri sözleşme bedeline dâhil olmakla birlikte, Katma Değer Vergisi sözleşme bedeline dahil olmayıp ayrıca yükleniciye ödenir¹⁸³.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde, uygulama projeleri ile mahal listeleri yüklenicinin teklifine temel teşkil eden, dolayısıyla da onun sorumluluk alanını belirleyen temel belgelerdir. Sözleşmenin uygulanması sırasında götürü bedel teklifine dâhil ve hariç işler konusunda uyuşmazlık çıkması durumunda, kural olarak uygulama projesinde ve mahal listesinde gösterilmeyen işler götürü bedel teklifinin dışındadır¹⁸⁴. Ancak, birbiriyle yakından bağlantılı, birbirinin devamı niteliğindeki işler, (Örneğin sıva imalatının gösterildiği durumlarda beton ve duvar işleri, kaplama imalatının gösterildiği durumlarda derz ve cila işleri gibi) ve yardımcı nitelikli iş kalemleri (Örneğin, yükleme, boşaltma, nakliye vb. gibi) götürü bedelin kapsamı içindedir¹⁸⁵.

Uyuşmazlık halinde, öncelikle uygulama projesi ve mahal listesine bakılacaktır. Söz konusu belgelerde açıklık olmayan durumlarda, yüklenicinin sorumluluğu, ihale dokümanındaki teknik nitelikteki belgelere göre değerlendirilmelidir. İhale dokümanındaki teknik nitelikteki belgeler uygulama projesi, mahal listesi ve teknik şartnameler olup, bu belgeler birbirini tamamlayan

¹⁸³ **Aydemir**, s. 203.

¹⁸⁴ **Gök**, s. 63.

¹⁸⁵ **Gök**, s. 64.

bir bütünün parçalarıdır. Bu belgelerden herhangi birinde yer alan imalatlardan yüklenici sorumludur¹⁸⁶.

Bununla birlikte, ihale dokümanındaki belgeler salt yukarıda değinilen teknik nitelikteki belgelerden oluşmamaktadır. İhale dökümanında yer alan pursantaj listesi, işin ilerleme yüzdesini gösteren bir cetveldir. Uygulamada genellikle, ihale aşamasında hazırlanan yaklaşık maliyet cetvellerine göre pursantaj cetvelleri hazırlanmaktadır. Yaklaşık maliyet cetveli ise, iş ihale edilmeden önce, idare tarafından hazırlanan, işin yaklaşık olarak ne kadara malolacağı konusunda idareye bilgi veren ve buna göre isteklilerin tekliflerinin idare tarafından değerlendirilmesinde kullanılan bir belgedir. Bu nedenle, yaklaşık maliyet cetvelleri isteklilerin bilgisi dışındadır. İş ihale edildikten sonra, yaklaşık maliyet cetvelinin hiçbir bağlayıcı kalmaz. Ancak, ihale aşaması bittikten ve yüklenici ile sözleşme imzalandıktan sonra, genellikle yaklaşık maliyet cetvelinin aynısı olan pursantaj cetveli sözleşmenin eki olarak öngörülmekte ve işin ilerleme yüzdesini gösteren bu cetvele göre hak edişler düzenlenmektedir¹⁸⁷.

Pursantaj listesinin niteliğini belirleyen, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu'nun 29.05.2007 tarih ve 2007/35 sayılı kararına göre ;
“.....Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme; Uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşmeyi ifade etmektedir.

¹⁸⁶ Gök, s. 65.

¹⁸⁷ Gencer, Yapım, s. 34.

.....Sözleşmesi, kanunların çerçevesini çizdiği Anahtar Teslim Götürü Bedel kavramına ve tipine uygun olarak akdedilen ihalelerde Öncelikle uygulama projelerindeki imalat detaylarından hareketle yapım şartları belirlenmekte, metrajlar tespit edilmekte ve tespitler mahal listelerine aktarılmaktadır. Mahal listesinin dayanağı uygulama projesi olmakta, yüklenicilerin tekliflerini de buna dayalı olarak verdikleri kabul edilmektedir.”

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu'nun 03.12.2004 tarih ve 6-5/1335 sayılı görüşünde ise, “Diğer taraftan yine işin sözleşmesinin 12’inci maddesinde ödeme şartları düzenlenirken, hak ediş raporlarının ihale dokümanında öngörülen ilerleme yüzdeleri üzerinden hazırlanması esası getirilmiştir.

Yazınız ekinde yer alan "pursantaj cetveli" burada kastedilen "ilerleme yüzdeleri" karşılığı olarak kullanılmıştır. Yazınız ekinde yer alan "pursantaj cetveli" incelendiğinde, bunun, ilerleme yüzdelerini gösterir bir tablo olmadığı görülmektedir. Hazırladığımız cetvel uyarınca, yüklenici her bir imalat kalemi için hak ediş düzenlemek zorunda kalacaktır. Bu pratik olmadığı gibi sözleşmede kastedilen "ilerleme yüzdesi" ifadesini de karşılamamaktadır.

Yazımız ekinde bir örnek ilerleme tablosu (pursantaj) gönderilmektedir.” denilmektedir.

Yine aynı konuda Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Bayındırlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.05.2006 tarih ve 1583 Sayılı Genelgesinde :“Yapılan ihaleler anahtar teslimi götürü bedel esasına göre olduğundan şartnamelere konulacak bir

madde ile isteklilerin işi proje ve teknik şartnamelerine uygun şekilde yapılmasının esas olduğu, pursantaj tablosunun ise sadece ödeme dilimlerini gösterir bir ölçü şekli olduğu, pursantaj tablosunda olsun olmasın proje, detay ve mahal listesinde belirtilen işlerin fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde yüklenici tarafından yapılmasının zorunlu olduğu, pursantaj tablosunda yapılan hatalardan yola çıkılarak ek ödeme talep edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmesi gerekmektedir.” denilmektedir.

Nihayet, 05.06.2007 tarih, 2007/D.K.D-70 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında yüklenicinin sorumluluğu belirlenmiştir. Buna göre; “....*Dolayısıyla, yüklenicinin gerçekleştireceği yapım işinin, sözleşme ekindeki uygulama projesi, mahal listesi, teknik şartname ve diğer eklerine uygun olması gerekmekte olup yükleniciye yaptırılacak işler bakımından yaklaşık maliyet çalışmasında kullanılan bilgilerin esas alınmasının mümkün bulunmadığına,..*

.... 4735 sayılı Kanun ve tip sözleşmenin yukarıya aktarılan hükümleri uyarınca; işin proje ve mahal listelerine dayalı olarak yapılması gerekmekte olup, ilerleme yüzdelerinin işin yapılmasına ilişkin bir dayanak oluşturma niteliği bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ilerleme yüzdeleri, proje ve mahal listelerine dayalı olarak hangi imalat seviyesinde sözleşme bedelinin hangi oranında ödeme yapılacağını gösteren bir belgedir. Nitekim pursantaj oranlarının toplamının %100 olması gerektiği düşünüldüğünde, pursantaj oranlarında yapılan hataların düzeltilmeye çalışılması halinde %100'lük bütünlüğün bozulacağı, bu durumda da yüklenicinin uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak,

işin tamamı için teklif ettiği bedelin bozulması durumunun ortaya çıkacağı ve bunun da mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak; proje ve mahal listesinde olmakla birlikte teknik nedenlerle idarece yapımından vazgeçilen bir imalat olması durumu hariç ilerleme yüzdesinin %100'ün altına düşecek şekilde değiştirilemeyeceğine, bu kapsamda ilerleme yüzdelerinde belirtilen imalatlardaki hataların toplam ödemeye bir etkisinin olmayacağına oybirliği ile karar verildi.”

Bu niteliği itibarıyla porsantaj listesi, yüklenicinin teknik yükümlülük alanının belirlenmesine ilişkin bir işleve sahip değildir. Dolayısıyla, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde, götürü bedele dahil ve hariç işlerin tespitinde porsantaj listesi dikkate alınmamalıdır¹⁸⁸. Porsantaj oranları cetvelinde imalat kalemlerinin miktarı verilmez. Porsantaj oranları cetvelinde imalat kalemlerinin miktarlarının da verilmesi anahtar teslimi götürü bedel sözleşme usulüne aykırıdır. Zira, yapım aşamasında imalat miktarlarındaki olası artışlar veya eksilişler hukuki sorunların doğmasına yol açar¹⁸⁹.

Anahtar teslimi götürü bedelli bir eser sözleşmesinde, yüklenicinin sorumluluğu uygulama projesi, mahal listesi ve teknik şartnamelere göre belirlenmelidir. Çünkü, ihale aşamasında istekliler tekliflerini bu belgelere göre vermektedirler.

¹⁸⁸ Gök, s. 65.

¹⁸⁹ Gencer, Yapım, s. 34.

B. Global (Değişken) Ücret

Global götürü ücret, götürü ücretin özel bir türüdür¹⁹⁰. Yine taraflar arasında, sabit bir götürü ücret belirlenir. Sadece sözleşmeye, sözleşme imzalanırken kararlaştırılan götürü ücretin işçi ücretleri, malzeme fiyatları, enflasyon, döviz kurları vb. sebeplerle maliyetler artarsa götürü ücretin de artacağı şartı konulur. Ancak, yine de götürü ücret söz konusudur¹⁹¹.

Global götürü ücrette götürü ücretin sabit ücret karakteri bozulmuş olmaktadır¹⁹². Götürü ücret, önceden kesin ve net bir parasal değerdir. Global götürü ücret söz konusu olduğunda, her ne kadar önceden kararlaştırılan sabit ve kesin bir fiyat söz konusu olmasa da, sözleşmeye konulan kayıttaki maliyet kalemlerin ne oranda artacağı, taraflarca yaklaşık olarak tahmin edilebilmektedir. İşinde uzman bir yüklenici bir önceki yılın malzeme ve işçilik fiyatlarındaki artış, enflasyondaki artış, günlük döviz kurlarındaki değişimler vb. durumları önceden tahlil edebilir durumda olması gerekmektedir. Hatta taraflar bu değişimleri çok iyi bilmektedirler ki, sözleşmeye böyle bir madde koymuş olsunlar. Bu nedenle, global götürü ücret de önceden bilinebilir bir götürü ücrettir. Taraflar götürü ücretin sabit-kesin olma özelliğini sadece pahalılık veya enflasyon oranı açısından sözleşme hükmü ile

¹⁹⁰ **Kaplan**, Seminer, s. 131.

¹⁹¹ **Gürpınar**, s. 62; **Karabulut**, s. 299.

¹⁹² **Gürpınar**, s. 62; **Baygın**, s. 33.

bertaraf etmiş olurlar¹⁹³. Bu anlamda, global götürü ücret tayininin en önemli fonksiyonu, çoğu kez yüklenicinin BK 365. maddesinin II. fıkrasında yer alan bedelin arttırılması veya sözleşmenin feshi yoluna başvurmasına yer bırakmamasıdır¹⁹⁴.

Sabit götürü ücret ile global götürü ücret arasındaki tek fark, global götürü ücrette ayrıca fiyat farkı ödenmesi, sabit ücrette ise, bunun ödenmemesinden ibarettir¹⁹⁵. Tarafların global götürü ücret kararlaştırmaları durumunda, fiyat artışlarında fiyat farkı ödenecek kalemleri ayrıntılı olarak belirlemeleri uyuşmazlık çıkmaması, çıkan uyuşmazlıkların yargı yerince çözümü açısından isabetli olur¹⁹⁶.

Sözleşmede global götürü ücretin kararlaştırıldığı durumlarda, ne yüklenici bedele yansıtılacak maliyet kalemlerinin zararını tam olarak karşılamadığını ileri sürerek bedelin arttırılmasını isteyebilir, ne de iş sahibi bedel artırımının bağlandığı maliyet kalemleri kadar bedelin arttırılmasa da yüklenicinin doyurucu bir kar elde edeceğini ileri sürerek bedelden indirim isteyebilir¹⁹⁷.

¹⁹³ **Kaplan**, Seminer, s. 132; **Baygın**, s. 33; **Gürpınar**, s. 62.

¹⁹⁴ **Öz**, İnşaat, s. 59.

¹⁹⁵ **Kaplan**, Seminer, s. 132.

¹⁹⁶ **Kaplan**, Seminer, s. 132.

¹⁹⁷ **Öz**, İnşaat, s. 59.

Ülkemizde kamu sektörüne ait inşaat sözleşmelerinde, yıllar itibariyle ödenecek fiyat farklarına ilişkin olarak Bakanlar Kurulunca, “fiyat farkı kararnameleeri” yayınlanmaktadır¹⁹⁸.

C. Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Götürü Ücret

1. Genel Olarak

Yüklenicinin üstlendiği inşaatı, önceden belirlenmiş birim fiyatlara göre tespiti halinde birim fiyatlara göre belirlenen götürü ücret söz konusu olur. Ücretin bu şekilde belirlenmesi de bir “sabit götürü ücret” uygulamasıdır¹⁹⁹. Ücretin birim fiyatları üzerinden hesaplanmasında da sonradan masraflar veya işin değerine göre bir değişiklik yapılamadığı için ücretin götürü olarak tespiti söz konusudur.²⁰⁰. Birim fiyatın içinde yüklenicinin malzeme ve işçilik giderleri, diğer tüm masrafları ve kazanç payı da vardır. Bu anlamda, birim fiyat tüm bedelin küçük parçalarını ifade eder.

Kamu kuruluşlarına ait büyük yapı ve bayındırlık işlerinde, inşaatın bedeli taraflarca her bir iş kalemi için karşılaştırılan birim fiyatlara göre tespit edilmekte, bu birim fiyatların toplam ücreti belli oranda aşan işler için de uygulanacağı kabul edilmektedir²⁰¹. Böylece sözleşmede öngörülmeyen ilave işlerin bedellerinin de

¹⁹⁸ **Kaplan**, Seminer, s. 155.

¹⁹⁹ **Gürpınar**, s. 64; **Baygın**, s. 34; **Kaplan**, Seminer, s. 132; **Karabulut**, s. 299.

²⁰⁰ **Kaplan**, Seminer, s. 132; **Baygın**, s. 34; **Tandoğan**, Borçlar, s. 234, 235.

²⁰¹ **Kaplan**, Seminer, s. 132; **Baygın**, s. 34.

başlangıçta tespit edilen birim fiyatlar üzerinden belirleneceği kararlaştırılmaktadır²⁰².

Sabit-anahtar teslim götürü ücrette olduğu gibi, birim fiyat şeklindeki götürü ücretlerde de fiili masraflara ve işin ortaya çıkınca taşıyacağı değere göre yeniden hesaplama yapılamayacağından, bu ücretlerin tespiti, malzeme ve işçi fiyatları gibi çeşitli maliyet unsurlarının o sıradaki durumuna ve öngörülebilir gelişimine, daha önce yapılmış işlerden elde edilen tecrübelerle göre ve bir miktar da, genel gider, amortisman ve kar payı konularak yapılır²⁰³.

İnşaat sözleşmesinin kurulması aşamasında sözleşmeye göre yüklenicinin üstleneceği inşaattaki birçok iş kalemi her yıl tespit ve ilan edilen rayiçler kullanılarak geliştirilmiş fiyat analizleri sonucu bulunan birim fiyatlar tespit edilmekte, inşaat işlerinin poz numaraları ile birlikte birim fiyat cetvelleri bir liste halinde hazırlanıp, sözleşmenin eki olarak imzalanmaktadır. Böylece yüklenicinin yaptığı inşaat kalemlerinin miktarları (metrekare, metreküp, kg, ton, adet ve parça gibi) sözleşme ile kararlaştırılmış birim fiyatlar ile çarpılarak, her kalem için yükleniciye ödenecek ücret bulunmakta, birim fiyatların hepsi toplanarak yükleniciye ödenecek toplam götürü ücret bulunmaktadır²⁰⁴.

²⁰² **Kaplan**, Seminer, s. 132; **Baygın**, s. 34; **Tandoğan**, Borçlar, s. 236.

²⁰³ **Tandoğan**, Borçlar, s. 234, 235; **Baygın**, s. 34.

²⁰⁴ **Kaplan**, Seminer, s. 133; **Baygın**, s.34; **Öz**, İnşaat, s. 58.

Birim fiyatla çarpılacak yüklenicinin yaptığı iş miktarı ya fiilen ölçülerek bulunur veya projeye ve sözleşmeye uygun şekilde teorik olarak (varsayıma dayanan ölçü ile) hesaplanır²⁰⁵.

Birim fiyatla çarpılacak iş kalemlerinin miktarını ispat yükü yüklenicidedir²⁰⁶.

Sözleşmede, yapılan işin birim miktarının tespitinin fiilen ölçümleme tekniğı ile yapılacağı kararlaştırılmış ise, bu ölçümleme yüklenici ve iş sahibi ya da temsilcisi (kontrol mühendisi) tarafından işin devamı sırasında günlük veya işin belirli kısımlarının tamamlanması ile veya tamamının bitirilmesi sonunda yapılır. Yapılan ölçümler yevmiye defteri niteliğindeki yeşil defter ve ataşman defterine kaydedilir. Taraflarca imzalanmış bu defterler ve belgeler taraflar için bağlayıcı kesin delil sözleşmesi niteliğindedir²⁰⁷. Bu halde de, yapılan işin birim tutarının ispat yükü yüklenicidedir. Her iki tarafça imzalanmış bu belgeler yüklenici lehine fiili karine teşkil eder. İş sahibi bunun aksini iddia ediyor ise, iddiasını aynı kuvvette karşı delil (yazılı ve imzalı) ile ispat etmek durumundadır²⁰⁸. Aynı şekilde taraflardan birinin ölçümlemeye gelmemesi durumunda, söz konusu defterler fiili karine teşkil eder.

²⁰⁵ **Kaplan**, Seminer, s. 134; **Baygın**, s. 36; **Gürpınar**, s. 65.

²⁰⁶ **Baygın**, s. 35; **Öz**, İnşaat, s. 58; **Gürpınar**, s. 67.

²⁰⁷ **Kaplan**, Seminer, s. 134, 135; **Baygın**, s. 36; **Öz**, İnşaat, s. 59.

²⁰⁸ **Kaplan**, Seminer, s. 135; **Öz**, İnşaat, s. 59; **Gürpınar**, s. 67.

Birim fiyata göre hesaplanacak yapılmış işler tutarına “hak ediş” denir. Hak edişler ödemede esas alınan belgelerdir. Büyük inşaat sözleşmelerinde özellikle ayrıntılı özel (FIDIC gibi) veya resmi (BİŞGŞ gibi) şartnamelere bağlı işlerde yapılmış kısımlara ilişkin hak ediş tespiti, yüklenici ile iş sahibinin ve kontrol görevlisi üçüncü kişinin birlikte yapacakları tespit ve imzalayacakları tutanakla belgelenir. Ancak, yüklenici tarafından usulüne uygun çağrıya rağmen iş sahibi veya temsilcisi inşaat yerine gelip tespite katılmamış ise, yüklenicinin tek taraflı olarak yaptığı tespit asıl kabul edilir ve iş sahibi bunun aksini iddia ediyorsa kanıtlamak zorundadır. Yapılan işin sonradan tespiti mümkün değil ise, (kapanmış bir temelde kullanılan demir miktarı, yapılmış bir platformun altında toprağa çakılan kazıklar gibi) yüklenicinin tek yanlı olarak yaptığı tespitler makul olmak şartıyla geçerli sayılacaktır²⁰⁹.

Fiili ölçüm sonuçlarına, yapı sahibi veya yüklenicinin BK 24/I-4 maddesine dayanarak iptal ettirmesi temel hatasının koşulları oluşmayacağından mümkün değildir. Sadece her iki tarafça bilinen adi hesap hataları düzeltilebilir²¹⁰.

Eser ücretinin tespitinde plan ve projeye uygun teorik birim miktarının ölçü olarak alınması usulü genellikle inşaat yapım işler inde kullanılmaktadır. Buna göre; plana göre belirlenen birim miktarı, plana ve projeye ve inşaatın yapılmasından önce yapı yerinden alınan ölçülerle belirlenmektedir. İnşaat işinin başlamasından sonra,

²⁰⁹ Öz, İnşaat, s. 59.

²¹⁰ Kaplan, Seminer, s. 135.

yapım devam ederken bu belgelerde yapılması gerekli değişiklikler, taraflarca müştereken belirlenmekte ve bunlar da birim miktarın tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır.

Plana uygun teorik birim fiyat tespitinde BK 365/II hükmü saklı kalmak üzere, risk yüklenicinin üstündedir. Yüklenici, planda ya da projede yer almayan ancak fazla yaptığı miktarın ücretini isteyemez. Bu nedenle, yüklenici plana uygun birim fiyat tespitinde iş mahallinde önceden gerekli araştırmaları ve ölçümleri yapmalı, iş sahibi ile ondan sonra sözleşme imzalamalıdır.

Bir iş kalemi için ödenecek ücretin tespitinde esas alınacak iş miktarı, yükleniciden beklenen özenli çalışma sonucu ortaya çıkacak olan iş miktarıdır. Fazladan yapılan işe ücret ödenmeyecektir²¹¹.

Pahalılık veya enflasyon nedeniyle fiyat farkı kayıtları, birim fiyatlı götürü ücretli sözleşmelere de konabilir. Taraflarca inşaat süresi içerisinde yapılan işin o yılın fiyatlarına (Bayındırlık Bakanlığı veya piyasa rayiç değerleri) göre hesap edileceği kararlaştırılabilir. Bu halde “değişken birim fiyat esası ile yapılmış sözleşmeler” söz konusu olur. Buna karşın, fiyat farkı kaydı konmayan sözleşmelere de, “sabit birim fiyatlı sözleşmeler” denir²¹².

²¹¹ **Kaplan**, Seminer, s. 137; **Gürpınar**, s. 67.

²¹² **Kaplan**, Seminer, s. 138.

Sözleşmeye konulacak bir diğer değişiklik yapma kaydı da, iş sahibinin imalat miktarları cetvelinde tahmini olarak bildirdiği miktarlar ile fiilen yapılan imalat miktarlarının farklı olması durumunda, iş sahibine tanınan değişiklik yapma hakkıdır.

2. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Açısından

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin c bendi şu şekildedir;

“...İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir.”

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 6. maddesinin c bendi ise şu şekildedir; *“Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal*

listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,... düzenlenir.”

Anılan maddelere bakıldığında, ön veya kesin projeye göre çıkarılan ihalelerde birim fiyat teklif ve sözleşme türünün uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Ön veya kesin proje uygulama projesi kadar ayrıntılı olmayan projelerdir. İşin devamı sırasında yapılacak olan uygulama projesinin ihaleden önce elde mevcut ön veya kesin projeden farklılık arz etmesi ihtimali oldukça yüksektir. Bu nedenle, uygulama projesinin olduğu işlerde, anahtar teslimi götürü bedelli teklif ve sözleşme, ön veya kesin projenin söz konusu olduğu işlerde ise, birim fiyat teklif ve sözleşme türü uygulanacaktır.

Birim fiyat teklif alma suretiyle yapılacak ihalelerde, eldeki projeler üzerinden, işin gerçekleştirilmesi için gerekli iş kalemleri isim, miktar ve birim fiyat tarifleri ile belirlenir. Bu iş kalemleri isim ve miktarları yazılı, fiyat haneleri boş olarak birim fiyat teklif cetveli şeklinde ihale dökümanı kapsamında isteklilere verilir²¹³. İstekliler her bir imalat kalemi için birim fiyat tekliflerini belirleyerek idareye sunarlar. İsteklilerce sunulan birim fiyat teklifleri, iş sahibi idarece tek tek

²¹³ **Aydemir**, s. 202.

değil, toplam olarak (teklif birim fiyatlarla iş kalemleri miktarlarının çarpımlarının toplamından oluşan bedel) değerlendirilerek, iş ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekliye ihale edilir. İhale sürecinin sonucunda, Kamu İhale Kurumunca düzenlenmiş olan ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer alan, “Teklif Birim Fiyatlı İşler için Tip Sözleşme” tasarısı esas alınarak istekli ile sözleşme imzalanır²¹⁴.

²¹⁴ Gök, s. 74.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNUN 365. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASINA GÖRE OLAĞANÜSTÜ DURUMLARIN ORTAYA ÇIKMASI HALİNDE ÜCRETİN ARTTIRILMASI VEYA SÖZLEŞMENİN FESHİ

§.1. BK m. 365/II'nin Uygulanma Şartları

BK 365. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir; “*Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley.*”

Karşılıklı bir sözleşme ilişkisi içine giren tarafların nihai amacı karşı edimi elde etmek, yani sözleşmenin tam ve eksiksiz olarak ifa edilmesidir. Sözleşmenin karşılıklı ifa ile sona ermesi ideal olan durumdur²¹⁵. Sözleşmelere hangi koşullarda yapılmışlarsa, öylece uyulması anlamına gelen “Ahde Vefa” (*Pacta Sund Servanda*) ilkesinin sözleşme yapıldıktan sonra, durumlarda sözleşmenin kurulduğu ana göre hiçbir değişiklik olmadığı ya da değişikliğin pek önemli bulunmadığı hallerde uygulanması dürüstlük kuralına uygundur²¹⁶. Çünkü, taraflar sözleşmeyi

²¹⁵ **Buz Vedat**, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması A.Ü.S.B.F.D. c.49, Ocak-Haziran 1994 no:1-2 s.23-40, s. 23.

²¹⁶ **Gürpınar**, s. 120; **Tandoğan Haluk**, Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu, BATİDER, Cilt XI, Sayı 1, Haziran 1981, s.51-65, s. 59.

kurarlarken, o sıradaki şartların değişmeyeceği düşüncesinden hareket ederler²¹⁷. Yani bu şartların değişmeyeceği koşulu, örtülü olarak sözleşmenin içeriğine dahildir²¹⁸. İşte her sözleşmenin içeriğine, örtülü olarak dahil olduğu kabul edilen bu şart, *clausula rebus sic stantibus* (emprevizyon teorisi) olarak adlandırılır²¹⁹. BK 365/II hükmü emprevizyon teorisinin özel bir uygulamasından başka bir şey deęildir²²⁰. Bu madde ile kanun, eser sözleşmesinin özelliklerini göz önünde tutarak, ifa tamamen imkansız olmamakla beraber, önceden tahmin edilmeyen sebepler yüzünden “son derece işkal” edilmiş olursa, borçlu sözleşmenin değiştirilmesini ya da feshini hakimden talep edebilecektir²²¹.

Anılan maddenin uygulanması ve bedelde indirim veya sözleşmenin feshedilebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, önceden öngörülmeyen, beklenilmeyen bir halin ortaya çıkması, bu durumun işin yapılmasına engel olması ya da aşırı derecede güçleştirmesi, işin yapılmasının aşırı derecede güçleşmesinde taraflardan birinin kusuru bulunmaması, yüklenicinin

²¹⁷ Gürpınar, s. 120.

²¹⁸ Gürpınar, s. 120.

²¹⁹ Gürpınar, s. 120; Karabulut, s. 300.

²²⁰ Gürsoy Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1950, s. 24; Torun, s. 411; Gürpınar, s. 119; Aral, s. 383; Yavuz, Borçlar, s. 487; Uygur, s. 916, 917; Akyazan, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 302.

²²¹ Gürsoy, s. 24; Yavuz, Borçlar, s. 487.

durumu gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi ve yüklenicinin edimini henüz yerine getirmemiş olmasıdır.

I. Önceden Tahmin Edilmeyen Olağanüstü Hallerin Ortaya Çıkması

BK 365. maddesinin uygulanması için her şeyden önce taraflarca önceden tahmin edilemeyen, beklenilmeyen olağanüstü hallerin ortaya çıkması gerekmektedir. Olağanüstü hal, bir borcun borçlu tarafından kaçınılamayacak surette ihlaline sebep olan bir olaydır²²².

Olağanüstü haller, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilir. Bununla birlikte, olağanüstü haller sözleşme kurulduğu sırada var olmakla birlikte ancak daha sonra kendisini gösterebilir²²³.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olağanüstü haller, doğa olayları, bir grevin baş göstermesi, politik ihtilaller ya da kanun ya da değişen bir idari uygulama, gümrük sınırlamaları vb. hukuki durumda değişiklik yaratan haller söz konusu olabilir²²⁴. Yine bazı durumların beklenenin aksine gerçekleşmemesi de

²²² **Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit dışı ve akdi mesuliyet, 1961, s. 461; **Torun**, s. 425.

²²³ **Gürpınar**, s. 142, 143.

²²⁴ **Gürpınar**, s. 142, 143; **Selimoğlu**, s. 159.

(örneğin kötü hava koşullarının değişmemesi, beklenen bir kanun değişikliğinin yapılmaması gibi) bu kapsamda düşünülmelidir²²⁵.

Daha sözleşme kurulurken mevcut olan ancak kendisini daha sonra gösteren durumlar da söz konusu olabilir. Şöyle ki, inşaat yapılacak arazinin zemininin bozuk olması, daha sözleşme kurulurken de mevcut bir durumdur, ancak inşaat başladıktan sonra kendini gösterir. Yine, kazı yapılacak yerin yumuşak zemin olduğunun düşünülmesi, kazıya başladıktan sonra kaya zemin ile karşılaşılması halinde de sonradan ortaya çıkan olağanüstü hal söz konusu olur. Esasen yüklenici konusunda uzman kişi olarak sözleşme ilişkisine girmeden önce, gerekli araştırmaları yapmalı ve bu durumları da hesaba katmalıdır. Ancak, yüklenici kendisinden beklenen tüm özen yükümü yerine getirerek, gerekli teknolojik araçları ile inşaat yapacağı zemini incelemiş, fakat buna rağmen zeminin inşaat elverişli olmadığı anlaşılıyorsa, daha sonra kendisini gösteren olağanüstü halin olduğunu kabul etmek gerekmektedir²²⁶.

Beklenilmeyen hollere en başta mücbir sebep sayılan olaylar girmektedir. Mücbir sebep, kişinin kendisi ve işletmesi dışında gelişen, öngörmesi ve önlem alması mümkün olmayan olaylardır²²⁷. Büyük doğa olayları, deprem, sel vb. durumlar mücbir sebep sayılan hollerdir. Fakat, BK 365/II'de belirtilen olağanüstü

²²⁵ Gürpınar, s. 142.

²²⁶ Gürpınar, s. 143; Uygur, s. 916; Selimoğlu, s. 158.

²²⁷ Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2001, s. 183; Torun, s. 425; Akyazan, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 298.

haller sadece mücbir sebep niteliğindeki haller değildir²²⁸. Bunun yanında, tarafların öngörebilecekleri ancak meydana gelmeyeceğini düşündükleri olağanüstü hallerin de ortaya çıkması yüklenicinin ücretin arttırılması veya fesih talebini haklı gösterebilir²²⁹. Buna genel olarak imal çalışmalarının alışılmış yürüyüşüne göre, yüklenicinin meydana gelmesini dikkate alması gerekmeyen olaylar girer. Yüklenicinin sebebiyet verdiği ifa zorluklarının göz önüne alınması mümkün değildir²³⁰. Bu anlamda, olağanüstü haller kapsamına mücbir sebepler de girmektedir. Ancak, olağanüstü hal kavramı, mücbir sebepten daha geniş bir kapsamdadır²³¹.

Ancak, BK 368/I hükmü gereğince, mücbir sebep sayılan haller eserin iş sahibine tesliminden önce gerçekleşmiş ise, iş sahibi de teslimde temerrüde düşmemiş ise, zarara yüklenici katlanacaktır. Eseri meydana getirirken yaptığı masrafları ve vermiş olduğu emeğin karşılığı olan ücreti iş sahibinden talep edemez.

Böyle bir durumda, eserin yeniden meydana getirilmesi yüklenici açısından aşırı bir güçlük arz etmekte ise, BK 365/II maddesinin uygulanması gündeme

²²⁸ **Yavuz**, Borçlar, s. 487; **Becker**, s. 632; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 39.

²²⁹ **Kaplan**, Seminer, s. 151; **Becker**, s. 632.

²³⁰ **Becker**, s. 632; **Uygur**, s. 916; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 302.

²³¹ **Torun**, s. 424; **Uygur**, s. 916; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 298, 301; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 39.

gelecektir²³². Zira bu durumda, BK 365/II maddesinin uygulanması için gerekli şartlar oluşmaktadır.

Yine aynı halde, BK 117. maddesi gereğince, sonraki imkansızlık nedeniyle borcun son bulması eser sözleşmesinde de uygulama alanı bulur²³³. Şöyle ki, mücbir sebep sayılan olay nedeniyle, örneğin büyük bir sel felaketi ya da deprem felaketi sonucunda, iş sahibinin arsası üzerine bir daha inşaat yapılamayacak duruma gelmiş ise, sonraki imkansızlık söz konusu olacak, ancak mücbir sebep sayılan bu olaylardan sonra da, iş sahibinin arsası üzerine inşaat yapılmasının halen mümkün olduğu hallerde BK 365/II hükmünün uygulanması gündeme gelecektir.

Taraflar sözleşmede hangi hallerin mücbir sebep teşkil edeceğini belirtmiş olabilirler²³⁴. Bu durumda bu hallerde hakim tarafından hiçbir yorum yapılmasına gerek olmaksızın mücbir sebep sayılacaktır. Sözleşmede belirtilen mücbir sebep sayılan haller sınırlayıcı nitelikte değildir²³⁵. Bu haller dışında da mücbir sebep

²³² **Erman**, İstisna, s. 72.

²³³ **Buz**, İmkansızlık, s. 25.

²³⁴ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 468.

²³⁵ Aksi görüşte, **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 468; Yazara göre, hangi olayların mücbir sebep sayılacağı önceden sözleşme ile tayin edilebilir ve sınırlanabilir. Bu durumda, sözleşmede belirtilenler dışında meydana gelen olaylar mücbir sebep olarak kabul edilemez.; **Uygur**, s. 919; Yazara göre; mücbir sebepler sınırlı olarak sayılmış ve gösterilenler dışında fiyat artışına neden olunmayacağı belirtilmiş ise, bu önceden feragat anlamına gelmektedir.

sayılan haller ortaya çıkabilir. Her somut olayın özelliğine göre, hakim mücbir sebepleri takdir ve tayin edecektir²³⁶.

BK 365/II maddesinin uygulanmasında beklenilmeyen haller sadece mücbir sebep sayılan olaylar değildir. Bunun dışında, beklenilmeyen şekilde hava şartlarının bozulması, işçi veya hammadde ücretlerinin beklenmeyen ölçüde yükselmesi, üzerinde inşaat yapılacak arazinin durumu gibi haller de beklenilmeyen hallere örnektir²³⁷.

Mücbir sebep olmayan ancak BK 365/II uygulamasına göre beklenilmeyen hal olarak nitelendirilecek olaylarda şu hususların bulunması gerekmektedir;

1-Olay genel nitelikte olmalıdır. Tarafların sadece bireysel durumlarından kaynaklanmayan, tüm ülkeyi, belirli bir yörenin tamamını etkileyen bir olay olmalıdır²³⁸. Beklenilmeyen olayın sözleşmenin her iki tarafını da etkilemesi gerekmez²³⁹. Beklenilmeyen hallerden etkilenen genellikle yüklenici olmaktadır.

²³⁶ **Torun**, s. 426.

²³⁷ **Erman**, İstisna, s. 73.

²³⁸ **Kocayusufpaşaoğlu Necip**, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s. 501-514), s. 505.

²³⁹ **Erman**, İstisna, s. 74; **Yavuz**, Borçlar, s. 488.

2-Bu durumun oluşmasında tarafların bir etkisinin olmaması gerekmektedir. Borçlunun, elindeki ticari imkanlardan yararlanarak piyasayı yükseltmesi, zorlukların doğmaya başladığı bir mevsimde inşaata başlaması, olağanüstü hal olarak değerlendirilemez²⁴⁰.

3-Olay sürekli olmalıdır. Burada özellikle uzun yıllara yayılan bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, birkaç aylık zorluk döneminin bir önemi yoktur ve BK 365/II hükmünün uygulanmasını gerektirmez²⁴¹.

Ekonomik olaylar da beklenilmeyen hollere örnek olabilir. Özellikle malzeme ve işçilik fiyatlarında meydana gelen değişiklikler önemli dengesizlikler yaratabilir²⁴². Yüksek oranda yeni vergilerin yürürlüğe konması, ithalat ve ihracat yasağı, ekonomik kriz de ekonomik anlamda beklenilmeyen hollere örnek teşkil edebilir. Ancak, tüm bu ekonomik değişikliklerin beklenmedik ve taraflarca önceden öngörülemez nitelikte olması gerekmektedir. Ülkemizde olduğu gibi, sürekli olarak para değerinin düşmesi, yavaş yavaş aylık enflasyon oranının sürekli artması, para değerinin zamanla ve kendiliğinden düşmesi herkesçe bilinen hollerdir. Bu nedenle, bu gibi holler taraflarca önceden öngörülebilir holler olup, olağanüstü

²⁴⁰ **Yavuz**, Borçlar, s. 488.

²⁴¹ **Erman**, İstisna, s. 74; **Yavuz**, Borçlar, s. 488.

²⁴² **Erman**, İstisna, s. 76.

haller değildir. Ancak, para değerinin olağanüstü şekilde düşmesi halinde, BK 365/II hükmü uygulama alanı bulmalıdır²⁴³.

Önceden tahmin edilemeyen global anlamda ekonomik krizler, savaş hali gibi haller olağanüstü hallerdir.

Hangi hallerin olağanüstü hal sayılacağı, objektif iyiniyet kuralına göre tespit edilecektir. Olağanüstü haller, iş hayatında uygulanan objektif ölçülere göre, aynı meslekte uzman kişilerin varacakları ortalama düşüncelere göre değerlendirilecektir²⁴⁴. Ortaya çıkan yeni durumda, yüklenici tarafından sözleşmenin yerine getirilmesi halinde, yüklenici tıpkı eskisi gibi ticari hayatını devam ettirebilecek ve o işten elde etmeyi beklediği kar ve kazançta göre de kendisinin katlanması gerken bir zarar olduğu sonucuna varılıyorsa, BK 365/II'nin yüklenici lehine uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak, yüklenicinin o işten elde etmesi mümkün ve muhtemel kar ve kazancı ile, işi bitirmesi halinde uğrayacağı zarar arasındaki farkın, yüklenicinin ekonomik olarak mahvına yol açacak büyüklükte olması şart değildir²⁴⁵. Sadece, objektif iyiniyet kurallarına göre,

²⁴³ **Akman, Sermet**, Karşılaştırmalı olarak Alman ve Türk-İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve bu Konudaki Yargısal Kararlar İstanbul Barosu Dergisi, C.63, Sa.10-11-12 sh. 624-636, 1989, s. 626, 627.

²⁴⁴ **Torun**, s. 426; **Yavuz**, Borçlar, s. 488; **Uygur**, s. 917; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 302.

²⁴⁵ **Doğanay İsmail**, Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle para değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?, Yargıtay Dergisi, c.1 Ekim 1975, sa. 4, (S. 23-46), s. 38; **Uygur**, s. 917; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 303.

ortaya çıkan yeni durumda aynı şartlarda yükleniciden işi bitirmesi, işi bitirmesi halinde katlanacağı zarar oranı kendisinden beklenemez nitelikte olmalıdır.

BK 365/II'ye göre; öngörülebilir olmakla birlikte, taraflarca dikkate alınmamış, yani ortaya çıkmayacağı kabul edilmiş olağanüstü durumlar da öngörülemeyen durumlara eş tutulmuştur²⁴⁶. Burada söz konusu olan durumlar, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında, hakkında ortak, fakat yanlış bir tasavvur sahibi oldukları durumlardır. Taraflar bu tasavvurlarını sözleşmenin temeli olarak kabul etmişler ve söz konusu durumun sonradan ortaya çıkmayacağını varsaymışlardır²⁴⁷. Tarafların öngörebilecekleri fakat gerçekleşmeyeceğini düşündükleri olağanüstü hallerin söz konusu olabilmesi için, tarafların bu halleri sözleşmede açıkça olağanüstü hal olarak düzenlemeleri gerekmemektedir. İyiniyet kuralları gereğince, bu gibi durumların sözleşmenin yapılması aşamasında ortaya çıkması halinde, sözleşme yapılmayacak idiyse, bu olaylar da BK 365/II anlamında olağanüstü hallerdir²⁴⁸.

²⁴⁶ **Gürpınar**, s. 144; **Yavuz**, Borçlar, s. 488.

²⁴⁷ **Gürpınar**, s. 144; **Aral**, s. 384; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 507; “Sözleşmenin işlem temeli, belirli olguların varlığına veya gelecekte gerçekleşeceğine ilişkin olup, sözleşmenin kuruluşunu etkilemiş ortak tasavvurlardan oluşur.”

²⁴⁸ **Tandoğan**, Borçlar, s. 241; **Uygur**, s. 918; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 303; **Serozan Rona**, Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s.1013-1030), s. 1024, 1025.

II. Ortaya Çıkan Olağanüstü Halin Eserin Tespit Edilen Götürü Ücretle Tamamlanmasına Engel Olması Veya Bunu Aşırı Derecede Güçleştirmesi

BK 365/II maddesinde, ortaya çıkan olağanüstü halin eserin yapılmasına engel olması veya yapılmasını aşırı derecede güçleştirmesi gerekmektedir. Madde metninde de açıkça “..*işin yapılmasına mani olur veya son derece işkal ederse*” denilmektedir.

Bir görüşe göre; BK 365/II hükmünde yer alan “*işin yapılmasına mani olur*” ifadesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, genel hüküm olan BK 117. maddesinin eser sözleşmelerine hiçbir zaman uygulanamayacağı, bunun yerine özel hüküm olan BK 365/II hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir. Bu nedenle, yalnızca beklenmeyen haller sonucunda sözleşmenin ifası aşırı derecede güçleşirse BK 365/II maddesi, sözleşmenin ifası imkansızlaşır BK 117. maddesi uygulanmalıdır. Bu nedenle, kanunda yer alan “*işin yapılmasına mani olur*” ibaresinin çıkarılması gerekmektedir²⁴⁹.

BK 365/II’de yer alan “..*işin yapılmasına mani olur*” ifadesinden, sonradan ortaya çıkan olağanüstü haller nedeniyle sözleşmenin en başında taraflarca kararlaştırılan götürü ücretle tamamlanmasına engel olan durumlar anlaşılmalıdır²⁵⁰.

²⁴⁹ Erman, İstisna, s. 82.

²⁵⁰ Tandoğan, Borçlar, s. 246; Gürpınar, s. 145; Torun, s. 567; Aral, s. 384; Yavuz, Borçlar, s. 489; Uygur, s. 918.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK'nda BK 365/II maddesinin karşılığı olan 480/II maddesinde de, *“Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”* denilmek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir.

Sonradan ortaya çıkan haller, o derece etkili ve esastır ki, işin sözleşme imzalanırken kararlaştırılan götürü ücretle yapılmasına engel olmaktadır. Bu haller BK 117 anlamında imkansızlık boyutunda değildir. BK 117. maddesi anlamındaki bir imkansızlıkta, eserin tamamlanması ve ifanın gerçekleşmesi tamamen, herkes için, bilimsel olarak imkansızdır. BK 117. maddesinin uygulanabilmesi için, eserin meydana getirilmesine engel olan ne iş sahibine ne de yükleniciye isnat edilemeyen mutlak bir imkansızlık vardır²⁵¹. BK 365/II maddesinde yer alan işin yapılmasına engel olan hallerde ise, eserin yapılması tamamen imkansız değildir. Eserin yapılması bilimsel olarak da mümkündür. Ancak, taraflarca sözleşmenin başında, olağanüstü hal bilinmeden, öngörülmeden veya gerçekleşmeden önce kararlaştırılan

²⁵¹ Uygur, s. 918.

götürü ücretle yapılması mümkün değildir. Söz konusu götürü ücret arttırılacak olursa eserin yapılması gündeme gelecektir²⁵².

Örneğin, bir inşaat yapım sözleşmesinde, inşaat yapılacak arsada arkeolojik kalıntılar bulunması ve yetkili birimlerce arkeolojik sit alanı olarak belirlenen bu arsada inşaat yapılmasının mümkün olmaması durumunda BK 117. maddesi anlamında bir imkansızlık söz konusu iken, inşaat yapılacak arsanın zemininin kaya yapıda olması ve inşaatın başlangıçta kararlaştırılan götürü ücretle yapılmasının mümkün olmaması durumunda BK 365/II maddesi söz konusu olacaktır.

Ortaya çıkan olağanüstü halin eserin kararlaştırılan götürü ücretle yapılmasına engel olmasını veya yapımını aşırı derecede güçleştirmesini saptarken, giderlerin artma derecesi veya ortaya çıkan güçlüğü yüklenicinin olağan rizikosu içinde sayılabilecek cinsten olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Ortaya çıkan gider artışı kararlaştırılmış ücrete oranla, artık olağan gider aşılması olarak sayılamayacak derecede önemli olmalıdır²⁵³. Güçleşme veya fazla masrafın olağan olan veya makul şekilde götürü ücrete bağlı bulunan yüklenici riskine mi girdiği, yoksa bunların kararlaştırılan ücrete kıyasla objektif iyiniyet kurallarına göre, yükleniciden beklenemeyecek derecede oransız mı görüldüğü her somut olaya göre

²⁵² **Torun**, s. 581.

²⁵³ **Becker**, s. 632.

değerlendirilecektir²⁵⁴. Burada mutad bir rizikonun değil, aşırı bir rizikonun ortaya çıkması söz konusudur²⁵⁵.

Özellikle sözleşmeyi aynen uygulamanın yüklenici açısından yol açacağı zararlar sözleşmeyi değiştirmenin veya feshetmenin iş sahibi için ortaya çıkaracağı zarar arasında aşırı bir oransızlık olup olmadığı tartışılmalıdır. Sözleşmeye devamın mutlaka yüklenicinin ekonomik olarak mahvına yol açması gerekmemektedir²⁵⁶. Tarafların genel malvarlığı durumları, aşırılığın değerlendirilmesi söz konusu olduğunda dikkate alınmamalıdır²⁵⁷. Buna karşılık, yüklenicinin sadece hiç kar elde edememesi de ücretin arttırılması için yeterli bir sebep değildir²⁵⁸.

BK 365/II hükmü beklenilmeyen hallerde aşırı derecede güçleşmesi halini düzenlemekte olup, kanun yükleniciyi sadece sözleşmenin aynı şartlarla devamı kendisinden beklenemeyecek kadar aşırı güçlüklerle karşı korumuştur. Bu nedenle, aşırı olmayan gider artışlarının rizikosu yükleniciye aittir²⁵⁹.

²⁵⁴ **Erman**, İstisna, s. 82; **Torun**, s. 567; **Gürpınar**, s. 146; **Aral**, s. 385; **Selimoğlu**, s. 161.

²⁵⁵ **Tandoğan**, Borçlar, s. 244; **Torun**, s. 567; **Uygur**, s. 917; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 302; **Serozan**, Uyarlama, s. 1029; “*Belirleyici ölçüt, edimler arası dengede olağanüstü ve katlanılmaz ölçüsüzlük olmalıdır.*”

²⁵⁶ **Torun**, s. 567; **Gürpınar**, s. 148; **Aral**, s. 385; **Yavuz**, Borçlar, s. 488; **Uygur**, s. 917; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 303.

²⁵⁷ **Gürpınar**, s. 148; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 39.

²⁵⁸ **Tandoğan**, Borçlar, s. 245; **Gürpınar**, s. 146; **Selimoğlu**, s. 161.

²⁵⁹ **Erman**, İstisna, s. 85.

III. İfanın Güçleşmesinde Yüklenicinin Kusurunun Bulunmaması

Yüklenicinin BK 365/II hükmünden yararlanarak bedelin arttırılmasını ya da sözleşmenin feshini isteyebilmesi için, ifanın aşırı güçleşmesinde kendi kusurunun bulunmaması gerekmektedir. BK 365/II hükmünden kimin yararlanacağı konusunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, anılan maddeden sadece yüklenici yararlanabilmektedir. İş sahibi anılan maddenin kıyasen uygulanması ile masrafların öngörülenden çok az olacağından bahisle bedel indirilmesini isteyemez. Zira, aynı maddenin devamında, yapılacak eser öngörülenden daha az masrafla meydana gelse bile, iş sahibi götürü ücretin tamamını yükleniciye ödemekle yükümlü olduğu hükmü getirilerek, BK m. 365/II'deki haklardan sadece yüklenicinin yararlanabileceği açıklığa kavuşturulmuştur²⁶⁰.

TBK, BK 365. maddesinin karşılığı olan 480. maddesinde de, koşulları oluştuğunda, sözleşmenin uyarlanmasını veya bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönmeyi isteme hakkı açıkça yükleniciye verilmiştir.

Bu nedenle, BK 365/II maddesindeki imkanlardan sadece yüklenici yararlanabildiği için ve kimse kendi kusurlu davranışı sonucu bir hak elde edemeyeceğinden, maddenin uygulanabilmesi için yüklenicinin ifanın aşırı güçleşmesinde kusurunun bulunmaması gerekmektedir²⁶¹. Eğer ifanın aşırı

²⁶⁰ Kaplan, Seminer, s. 154.

²⁶¹ Aral, s. 384; Torun, s. 570; Gürpınar, s. 148; Becker, s. 632; Selimoğlu, s. 161; Altaş, İstisna Ders Notları, s. 39.

güçleşmesi iş sahibinin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkmış ise, yüklenici BK 365/II'ye dayanabilmelidir.

Eser sözleşmesinde yüklenici konusunda uzman, gerekli bilgi birikimine sahip, çoğu zaman da TTK anlamında tacir sıfatını haiz bir kişidir. Bu nedenle, TTK 20. maddesinde yer alan kural gereğince, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Yüklenici, işin hazırlanmasından, malzemelerin sağlanmasından, ifa için gerekli tüm önlemlerin alınmasından, alt yüklenicilerin kusurlu davranışlarından vb. durumlardan sorumludur.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, yüklenicinin aldığı karar ve önlemler onun kusurlu sayılmasını gerektirmese bile, aşırı güçlüğü meydana getiren olaylar bu karar ve tedbirlerden doğmuşsa, yüklenici İBK 373/II (BK 365/II)'ye başvuramaz²⁶².

Ancak, kanımızca yüklenicinin aldığı karar ve önlemler ifada aşırı güçlük meydana getirmekte ise, burada yüklenicinin kusuru vardır. Somut olayda yükleniciye aldığı karar ve önlemler nedeniyle herhangi bir kusur yüklenemiyorsa, aklı başında, işinin ehli her yüklenici bu karar ve önlemleri alacak idiye, ancak yine de ifada aşırı güçlük meydana geliyorsa, artık yüklenici BK 365/II'den yararlanabilmelidir. Böyle bir durumda, yüklenicinin kusuru olmadan, kendi

²⁶² **Erman**, İstisna, s. 88; **Tandoğan**, Borçlar, s. 247; **Yavuz**, Borçlar, s. 489; **Uygur**, s. 919.

kontrolü dışında ifade aşırı güçlük gerçekleşmiş olmaktadır ve BK 365/II'nin uygulanma koşulları da oluşmuştur.

IV. Yüklenicinin BK m. 365/II'de Belirtilen Haklardan Önceden Vazgeçmemiş Olması

BK 365/II hükmü emredici nitelikte bir hüküm değildir²⁶³. Bu nedenle, yüklenici kanunun kendisine tanıdığı bu haktan önceden sözleşme ile vazgeçmiş olabilir. Eğer sözleşmeye böyle bir şart konulmuş ise, yüklenici kanunun kendisine tanıdığı bu haktan yararlanamaz.

Ancak, iş sahibi bu vazgeçemeye dürüstlük kuralına uygun biçimde dayanabilir²⁶⁴. Yüklenici önceden BK 365/II'ye göre kendisine tanınan haklardan vazgeçmiş ise, önceden hiçbir şekilde tahmin edilemeyen ve çok ağır sonuçların meydana gelmesi halinde yükleniciyi bu şartla bağlı saymak dürüstlük kurallarına ve hakkaniyet düşüncesine uygun düşmemektedir²⁶⁵. Bazı yazarlara göre²⁶⁶; burada hakim çok önemli şartların varlığı ve meydana gelen değişikliğin yüklenicinin

²⁶³ **Yavuz**, Borçlar, s. 489; **Uygur**, s. 919; **Tandoğan**, Fiyat Arttırma, s. 63; **Selimoğlu**, s. 161.

²⁶⁴ **Torun**, s. 571; **Akyazan**, Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı ödenmesi Veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi ile ilgili hukuki sorunlar, Ankara Barosu Dergisi sa.1 sh.11-23 , 1977, s. 15; **Akyazan**, Taahhüt Sözleşmeleri, s. 308; **Aral**, s. 385; **Yavuz**, Borçlar, s. 48; **Uygur**, s. 919.

²⁶⁵ **Erman**, İstisna, s. 126; **Akyazan**, Aşırı Fiyat, s. 15.

²⁶⁶ **Erman**, İstisna, s. 126.

normal rizikosunun çok üstünde bulunması halinde, takdir yetkisini kullanarak, borçlu lehine karar verebilir.

BK 365/II hükmünün uygulanabilmesi için zaten aşırı güç bir durumun ortaya çıkması gerekmektedir. Yüklenicinin bu hakkından vazgeçmesinin sınırını oluşturan TMK 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının çerçevesini çizmek oldukça zordur. Yüklenici BK 365/II'deki hakkından vazgeçerek zaten aşırı riski üstlenmiştir. Bu durumda, bu vazgeçmenin TMK 2. maddesine aykırı olduğu durumlar nasıl tespit edilecektir.

BK 365/II hükmünün uygulanma olanağı bulması için yüklenicinin ekonomik olarak mahvına yol açacak büyüklükte aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olması gerekmediğini yukarıda belirtmiştik. Kanımızca, yüklenicinin bu hakkından önceden vazgeçtiği durumlarda bile, eğer sonradan ortaya çıkan öngörülemez durum yüklenicinin ekonomik olarak mahvına yol açacak büyüklükte ise, bu vazgeçme TMK 2. maddesi karşısında uygulanamaz.

V. Bildirim

Yüklenici BK 365/II. maddesindeki imkânlardan yararlanmak istiyorsa, olağanüstü halin gerçekleşmesinden sonra durumu gecikmesizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür²⁶⁷. Yüklenici durumu iş sahibine bildirmeksizin işe devam ederse, artık olağanüstü hal nedeniyle oluşan aşırı güçlüğü'nün, aşırı masrafların

²⁶⁷ **Torun**, s. 571; **Gürpınar**, s. 149; **Torun**, s. 571; **Uygur**, s. 919; **Yavuz**, Borçlar, s. 489; **Altaş**, İstisna Ders Notları, s. 39.

rizikosunu üstlenmiştir. Yüklenici durumu hemen iş sahibine bildirmemiş ve iş devam etmiş ise, sonradan BK m. 365/II'ye dayanması iyiniyet kurallarına aykırı sayılmalı ve göz önüne alınmamalıdır²⁶⁸.

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğü, dürüstlük kuralının bir sonucu olmakla beraber, eser sözleşmesinde BK 357/III. maddesinde düzenlenen genel ihbar yükümlülüğünden de çıkarılabilir²⁶⁹.

VI. Yüklenici Edimini Henüz Yerine Getirmemiş Olmalıdır

Bedelin arttırılması talebi iş sahibince reddedilen yüklenici, koşulları gerçekleşmiş ise hemen davasını açmalı veya bu talep hakkını saklı tutarak işe devam etmeli ve işin sonunda davasını açmalıdır²⁷⁰. Yüklenici BK m. 365/II'deki koşulların oluştuğundan bahisle bu nedenle seçimlik haklarını saklı tutarak edimini ifa edebilir. Bu halde, yüklenici edimini ifa ettikten sonra da ücretin arttırılmasını talep edebilir. Ancak, yüklenici hiçbir bildirimde bulunmadan, ihtirazi kayıt da ileri sürmeden edimini ifa ederse, artık BK m. 365/II'deki haklardan yararlanamaz²⁷¹. Taraflar bedel artırımını ya da fesih konusunda kendi aralarında anlaşamazlarsa, BK

²⁶⁸ Uygur, s. 919.

²⁶⁹ Torun, s. 571; Gürpınar, s. 149; Torun, s. 571.

²⁷⁰ Selimoğlu, s. 162.

²⁷¹ Karabulut, s. 298, 299.

m. 365/II hükmü gereğince yüklenicinin bu haklarını kullanması için mutlaka dava açması gerekmektedir.

Taraflar arasında anlaşma olmamasına rağmen, yüklenici sözleşmeyi fesheder ve işe devam etmezse, iş sahibinin açacağı feshin haksız olduğuna dair davanın olumsuz sonuçlarına katlanır²⁷².

§.2. BK m. 365/II'nin Sonuçları

BK 365/II maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile, hakim sözleşmenin feshine ya da ücretin arttırılmasına karar verebilir²⁷³.

Bazı yazarlara göre²⁷⁴, bu madde ile, hakime sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama veya sona erdirme yetkisi verilmiştir. Burada yükleniciye tanınmış yenilik doğuran bir hak değil, dava yoluyla kullanılması gereken inşai bir dava hakkı söz konusudur. Sözleşmeyi fesih yoluyla sona erdirme yetkisi yükleniciye değil, yalnız hakime tanınmıştır. Yüklenici ancak dava açabilir. Hakim takdir hakkını kullanarak ya sözleşme bedelini arttırır ya da sözleşmenin sona ermesine karar verir. Yüklenici bedel artırımını talep etmiş olsa bile, hakim gerek gördüğü takdirde, sözleşmenin sona ermesine de karar verebilir. Sözleşme bedelinin arttırılması ya da sözleşmenin

²⁷² Selimoğlu, s. 162.

²⁷³ Erman, İstisna, s. 103; Uygur, s. 919.

²⁷⁴ Eren, Seminer, s. 103; Uygur, s. 919.

sona ermesi hakimin bu konuda vereceği kararla gerçekleşir. Hakimin bu konuda vereceği karar niteliği itibariyle inşai bir karardır²⁷⁵.

Yüklenici açtığı davada fesih talep etmiş ise, hakim sahip olduğu takdir yetkisi nedeniyle ücretin arttırılmasına, ücretin arttırılmasını talep etmiş ise feshe karar verebilecektir. Bu durumda, fesih isteyen yüklenici işi bırakmış ise, daha sonradan hakim tarafından ücretin arttırılmasına karar verilirse, işi bırakmasının sonuçlarına katlanacaktır²⁷⁶.

Kanaatimizce, sözleşme özgürlüğü ilkesi içerisinde, taraflar sözleşme devam ederken, karşılıklı anlaşma ile her zaman sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi feshetme imkânına sahiplerdir. BK m. 365/II hükmündeki koşullar gerçekleştiğinde, yüklenici seçimlik haklarından birini kullandığında ve iş sahibi de bunu kabul ettiğinde, karşılıklı anlaşma sağlanmış olacağından dava açmaya gerek yoktur. Taraflar anlaşamamışlarsa, bu hukuki ihtilafın dava yoluyla çözülmesi gerekmektedir. Yüklenici hakimden fesih ya da ücretin arttırılmasını talep etmiş ve iş sahibi de yüklenicinin seçmiş olduğu yolu kabul etmiş ise, artık hakimin takdir yetkisine dayanarak davayı farklı sonuçlandırması mümkün olmamalıdır²⁷⁷. BK m.

²⁷⁵ **Eren**, Seminer, s. 103; **Uygur**, s. 919.

²⁷⁶ **Torun**, s. 577; **Uygur**, s. 920; **Becker**, s. 633; **Yavuz**, Borçlar, s. 490.

²⁷⁷ Aynı yönde, **Yavuz**, Borçlar, s. 399, 400; “Taraflar arasında işin devamı konusunda bir anlaşma olmuşsa, hakimin BK m. 365 f. 2’nin uygulanması sonucu artık sözleşmenin feshi yoluna gidememesi gerekir. Eğer ücret miktarındaki artırım konusunda taraflar arasında bir uyuşma olmazsa, hakimin artırım miktarını, takdir hakkı çerçevesinde tespit etmesi lazımdır. Ancak bu durumda bile, özellikle olağanüstü durumun müteahhidin şahsını ilgilendirdiği durumlarda sözleşmenin feshi yoluna gitmesi

365/II hükmünü, yükleniciye tanınan bu seçimlik hakların sadece dava yoluyla kullanılabilceği şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir. Bu hükmün konuluş amacı, eser sözleşmesinde her iki tarafın menfaatlerini korumak ve sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmaktadır. Yasa, bir yandan götürü bedelle işin tüm rizikosunu üstlenmiş yükleniciyi önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan hallerden korumakta, diğere yandan da, yüklenicinin bu halleri ileri sürüp de bir anda bozucu yenilik doğuran hakkı olan fesih hakkını kullanıp sözleşme ilişkisini sonlandırma riskine ya da çok yüksek ücret ödeme riskine karşın iş sahibini korumaktadır. Bu nedenle, tarafların anlaşamadığı durumlarda hakim kararı gerekli olup, hakimin bu konuda vereceği karar inşai niteliktedir. Hakim karar verdikten sonra, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin akıbetinin ne olacağı belli olacaktır²⁷⁸. Fesih hakkını dava yoluyla kullanan yüklenici, hakimden işi durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebilir. İşe devam edilmesi halinde götürü ücretteki aşılma, iş sahibi tarafından kabul edilemez boyutlara ulaşabilir. Hakimin ilk kanaati feshin haklı olduğu ise, teminat karşılığında ya da teminatsız somut olayın gereklerine göre ihtiyati tedbire karar verebilir.

mümkündür. Hakim, iş sahibinin esere acil ihtiyacının bulunduğu, eserin tamamlandığı ya da tamamlanmasına çok yaklaşıldığı (çalışmanın ileri bir aşamada olduğu) durumlarda ücret artırımına gitmelidir.”

²⁷⁸ **Özkan Sungurtekin Meral**, İnşai Karar Ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, (S.553-576), s. 554, 555.

Yasa koyucu sınırlı sayıda düzenlediği inşai davalar ile, inşai durumun tarafların iradelerinin rolü olmaksızın mahkeme hükmüyle doğmasını uygun görmüştür. Kanunca tespit edilmiş bu hallerde bu inşai sonuç, sadece mahkeme hükmüyle ortaya çıkmaktadır. Yenilik doğurucu hakların bir kısmı, bazen toplum için taşıdığı önemden bazen de menfaatler dengesi gözetilerek yasa koyucu tarafından taraflara inşai dava hakkı olarak tanınmıştır²⁷⁹.

BK m. 365/II hükmünün inşai bir dava yoluyla kullanılmasının nedeni de, yasa koyucunun menfaatler dengesini gözetmesidir.

TBK’unda BK 365. maddesinin karşılığı olan 480. madde şu şekildedir; *“Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.*

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

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”

²⁷⁹ Özkan, s. 576.

Anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir ; “Yüklenici, aynı fıkroda kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını ise, ancak şu koşullardan biri gerçekleşirse kullanabilecektir:

1. Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmaması,

2. İş sahibinden, yüklenicinin uyarlama istemini kabul etmesinin beklenmemesi. Bu koşul, meselâ, uyarlama sonucunda iş sahibinden ödemesinin istenmesi söz konusu olabilecek bedel artışının, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelle bağdaştırılamayacak bir miktara ulaşması durumunda gerçekleşebilir.

Maddenin ikinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen bir cümle eklenmiştir. Buna göre: “Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.” Böylece, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Bilindiği gibi, 25/01/1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunumuzun 2 nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Tasarının 480 inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle, yüklenicinin aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda da, menfaatler dengesinin gözetilmesi bakımından, öğretilen savunulan

ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği görüşe uygun bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir.”

TBK 480. maddesinde, olağanüstü hallerin gerçekleşmesi durumunda uyarılama veya bu mümkün olmadığında sözleşmenin feshini isteme hakkı yükleniciye ait olacağı açıkça düzenlenmiştir. Yine madde metninden yüklenici bu hakkını dava yoluyla kullanacağı sonucu çıkarılmaktadır. Ancak madde gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, yükleniciye tanınan uyarılama hakkı çerçevesinde yüklenicinin hangi seçimlik haklarını ve hangi sıraya uyarak kullanabileceğinin düzenlendiği belirtilmiştir.

Konuyu düzenleyen TBK 480. maddesinde, öğretideki görüşlere ve yerleşik Yargıtay kararlarına da uygun olarak, yüklenici öncelikle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyecek, uyarılamanın mümkün olmaması durumunda ve uyarılamanın iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek nitelikte olması halinde sözleşmeden dönmenin söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında ise, dürüstlük kuralının gerektirdiği takdirde, yüklenici sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebileceği düzenlenmiştir.

I. Fesih

Fesih sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁸⁰. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işlemler, yerine getirilmiş olan edimler varlıklarını korumakta ve geçerli olarak kalmaktadırlar. Tarafların menfaati ve hakkaniyete uygun çözüm de bunu gerektirmektedir.

Fesih beyanı karşı tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanı olup, bu beyan hukuki ilişkiyi ileriye etkili olarak sona erdirmektedir. Fesih beyanında bulunan tarafın bu iradesi karşı tarafa ulaştıktan sonra fesih geri alınamaz²⁸¹.

Fesih beyanı açık ve belirli olmalı, karşı tarafı kuşkuya düşürmemelidir²⁸². Fesih beyanı da bir yenilik doğuran hakkın kullanılması olduğundan kural olarak şarta bağlanamaz.

Bazı yazarlara göre²⁸³; fesih beyanı karşı tarafa ulaştıktan sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yüklenici buradaki seçimlik hakkını kullanması için dava açmasına gerek yoktur. Yüklenici tek taraflı irade beyanı ile seçimlik haklarını kullanabilecektir. Eğer, yüklenici sözleşmeden dönme şeklindeki seçimlik hakkını

²⁸⁰ **Erman**, İstisna, s. 103; **Buz Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 330; **Serozan**, Dönme, s. 115.

²⁸¹ **Erman**, İstisna, s. 107.

²⁸² **Erman**, İstisna, s. 108.

²⁸³ **Yavuz**, Borçlar, s. 490.

kullanmış ise, hakim tarafından sonradan dönmenin şartlarının gerçekleşmediği ve ücret artırımının daha uygun olduğu yönünde bir karar verilmiş ise, yüklenici bunun rizikosuna katlanacaktır. Bu son duruma özgü olarak mahkeme hükmü inşai niteliktedir²⁸⁴. Ancak, BK m. 365/II hükmünün özel düzenlemesi gereği, bir eser sözleşmesinin BK m. 365/II hükmünde düzenlenen nedenlerle feshedilebilmesi için, taraflar arasında anlaşma olmalı, taraflar arasında anlaşma yok ise; sorun yargı kararı ile çözümlenmelidir. Yüklenicinin anılan maddeye dayanarak sözleşmeyi feshettiği bildirimini karşı tarafa ulaştığında feshin hüküm ve sonuçları doğmamaktadır. Fesih, ancak hakim tarafından sözleşmenin feshine karar verildiğinde hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Bazı yazarlara göre²⁸⁵, eser sözleşmesinde yüklenici olağanüstü hallerin gerçekleştiğini, bu nedenle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını istediğini, bu isteğinin iş sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde sözleşmenin feshedileceğini iş sahibine bildirmiş olabilir. Bu halde cevapsız geçirilen sürenin sonunda veya iş sahibince sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının kabul edilmesi halinde sözleşme feshedilmektedir. Ancak bizce, böyle bir bildirimden sonra, şartlar gerçekleşmiş olsa bile sözleşme feshedilmiş olmaz. Bu durumda, sözleşmenin tarafları arasında anlaşma sağlanamamıştır. Bu nedenle, yüklenici BK m. 365/II hükmünde düzenlenen haklardan yararlanabilmesi ve sözleşmeyi feshetmesi için dava açmak zorundadır.

²⁸⁴ **Yavuz**, Borçlar, s. 490.

²⁸⁵ **Erman**, İstisna, s. 108.

Yargıtay kararları ve yerleşik uygulamaya göre de, eser sözleşmesinin feshi ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmakta olup, yüklenici fesih tarihine kadar geçen sürede yapıp tamamladığı kısmın ücretini iş sahibinden isteyebilmektedir.

II. Ücretin Arttırılması

BK 365/II maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde, yüklenici sözleşmenin yeni şartlara uydurulmasını da isteyebilir. Bazı yazarlara göre; kanun metninde, “bedeli tezyid” ifadesi kullanılarak bedelin arttırılabileceği belirtilmiş olmasına rağmen, hakim ortaya çıkan yeni koşullara göre başka değişiklikler de yapabilir²⁸⁶. Ancak, bizim de katıldığımız isabetli olan görüşe göre; kanunda öngörülmeven değişiklikler, ancak tarafların anlaşması ile mümkün olup, tarafların anlaşması olmadıkça hakim sözleşmede başka türlü değişiklikler yapamaz²⁸⁷.

TBK’da konuyu düzenleyen 480/II maddesinde, hakimin sözleşmeyi yeni koşullara uyarlayabileceği belirtilmiştir. TBK’da doktrindeki baskın görüşe ve yerleşik Yargıtay kararlarına da uygun olarak, öncelikle sözleşme ilişkisi ayakta tutulmaya çalışılarak, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması asıl olduğu, bunun mümkün olmaması veya iş sahibinden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının beklenemez olması durumunda sözleşmeden dönüleceği düzenlenmiştir.

²⁸⁶ **Erman**, İstisna, s. 110.

²⁸⁷ **Torun**, s. 578; **Uygur**, s. 491.

Hakim sözleşmeyi yeni şartlara uyarlarken ilk olarak, tarafların karşılıklı çıkarlarını tartacaktır. Hakim sözleşmenin feshine ya da yeni koşullara uyarlanmasına karar vererek sözleşmede bozulmuş olan edimler arası dengenin yeniden sağlanmasına karar verebilecektir²⁸⁸.

BK 365/II'ye göre ücretin yükseltilmesine karar veren hakim, bu yükseltmenin miktarını tespit ederken ancak yüklenicinin mutad rizikosu dışında kalan masraf artmalarını hesaba katacaktır. Bu nedenle yüklenicinin ücretin artmasına rağmen, kar edemediği gibi, bir miktar zarar etmesi de mümkündür²⁸⁹.

Bazı yazarlara göre²⁹⁰; ücret para değil, fakat başka bir şey ya da eser şeklinde kararlaştırılmışsa, arttırma para şeklinde yapılmalıdır. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, ekonomik olarak güçlü olmayan arsa sahibi yükleniciye para ödemek istemeyecektir. Bu nedenle, arsa sahibinin kabul etmesi halinde, bu gibi hallerde yüklenicinin alacağı bağımsız bölüm, arsa payı miktarının arttırılması söz konusu olabilmelidir.

²⁸⁸ **Burcuoğlu Haluk**, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılama, İstanbul 1995, s. 14; **Gürpınar**, s. 153.

²⁸⁹ **Tandoğan**, Borçlar, s. 256.

²⁹⁰ **Tandoğan**, Borçlar, s. 256.

Hakim öncelikle sözleşmede bozulmuş olan ekonomik dengeyi yeniden sağlamaya çalışacak, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin feshine karar verecektir. Burada göz önünde tutulması gerekli kıstas dürüstlük kuralıdır²⁹¹.

Sözleşmenin hakim tarafından yeni şartlara uydurulabilmesi için, taraflardan en az birinin bu yönde bir talebi olması gerekmektedir. Taraflardan her ikisi de sözleşmenin feshine karar verilmesini istiyorlarsa, hakim yorum yoluna başvurarak sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına karar veremez. Bu öncelikle taleple bağlılık ilkesinin bir sonucudur. Bununla birlikte, taraflar artık sözleşme ile bağlı olmak istememekte ise, hakkaniyet ve dürüstlük kuralı sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını haklı gösterse bile sözleşmenin feshine karar verilmelidir.

Yüklenici kademeli olarak öncelikle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmenin feshine karar verilmesini isteyebilir. Yüklenici tarafından sadece sözleşmenin yeni şartlara uydurulması davası açılmış ise, iş sahibi tarafından da sözleşmenin feshi talebini içerir karşılık dava açılmamış ise, hakim tarafından yüklenicinin talebi aşılarak sözleşmenin feshine karar verilemeyecektir²⁹².

İsviçre Federal Mahkemesi, hakim tarafından ücretin arttırılması veya sözleşmenin feshi konusunda karar verilinceye kadar yüklenicinin herhangi bir

²⁹¹ **Erman**, İstisna, s. 113; **Kaplan İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1987, s. 160.

²⁹² **Erman**, İstisna, s. 118.

tazminat ödemeye veya hakimden ertelemeye ilişkin bir karar almaya gerek olmadan işi durdurabileceğini kabul etmektedir²⁹³.

Kanımızca bu hakkaniyete uygun bir çözüm yolu da değildir. Özellikle de, ülkemizde yargılamanın çok uzun sürdüğü de göz önünde tutularak, iş sahibinin bu uzun bekleme ve belirsizlik sürecinde zarara uğrayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle, öncelikle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep eden yüklenicinin işe devam etmesi gerekmektedir. Ancak, tabii ki sözleşmenin feshini talep eden bir yükleniciden de işe devam etmesi beklenemez.

BK 365/II hükmü yalnız yüklenici lehine bir koruma amacı taşımamaktadır. İş sahibi de yüklenicinin ücret artırımını talebine karşılık feshi, sözleşmenin feshine engel olmak için de sözleşmenin ücretin arttırılmasını talep edebilir²⁹⁴

²⁹³ **Erman**, İstisna, s. 119.

²⁹⁴ **Erman**, İstisna, s. 119.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE EK İŞ NİTELİĞİNDEKİ EDİMLER NEDENİYLE GÖTÜRÜ ÜCRETİN AŞILMASI

§.1. İş Değişikliği ve Ek İş Kavramları

I. Genel Olarak

Her sözleşmede olduğu gibi, eser sözleşmesinde de, taraflar sözleşme ile en başından kararlaştırdıkları edimleri ifa etmekle ifa borçlarını yerine getirmiş olurlar. Yüklenici sözleşme ile üstlendiği eseri tamamlayıp ayıpsız ve kullanıma elverişli şekilde iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de yükleniciye ücret ödemekle sözleşmeyi ifa etmiş olur. Kural olarak, yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan eserde herhangi bir değişiklik yapma hakkı yoktur. Buna rağmen, yüklenici eserde değişiklik yaparsa yaptığı bu tür işlerin sorumluluğu üzerinde olur²⁹⁵.

İş değişikliği veya ek işte, yüklenicinin üstlendiği eser yapım işinin sonradan taraflar arasında yapılan hukuki bir işlemle değişikliği söz konusudur²⁹⁶.

Eserin yapımına başlandıktan sonra, bazen işe devam edebilmek için ek başka işlerin de yapılması, önceden kararlaştırılan bir imalatın değiştirilmesi, yapım

²⁹⁵ Kaplan, Seminer, s. 143; Baygın, s. 55.

²⁹⁶ Kaplan, Seminer, s. 143; Baygın, s. 55.

yönteminin değiştirilmesi ya da bazı imalat kalemlerinden vazgeçilmesi söz konusu olabilir²⁹⁷.

Yüklenici iş sahibi ile anlaşarak veya iş sahibinin talebi üzerine, sözleşmede öngörölmüş olandan başka bir takım ek işler ya da yapılan işlerde bir takım değişiklikler söz konusu olabilir. Bu halde, götürü ücrette bir değişiklik yapılması gerekmektedir.

II. Ek İş Kavramı

A.Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması sırasında, yüklenicinin edim borcunun kapsamında yer almayan, taraflarca sonradan yapılması kararlaştırılmış işler ek işlerdir.

Yüklenici tarafından yapılan bir işin ek iş mi, sözleşme kapsamına dahil bir iş mi olduğu konusu özellikle ücretin miktarı, sözleşmenin ifa süresi ve cezai şart bakımından önem taşımaktadır²⁹⁸. Anahtar teslimi götürü ücretin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde dahi ek işler söz konusu olduğunda, götürü ücretin arttırılamayacağını iddia etmek adil olmaz²⁹⁹. Bunun gibi, ek iş söz konusu olduğunda, eserin aynı sürede tamamlanmasını beklemek de doğru olmaz³⁰⁰.

²⁹⁷ **Karataş**, s. 262.

²⁹⁸ **Gökyayla**, s. 69.

²⁹⁹ **Gökyayla**, s. 69; **Aydemir**, s. 129; **Gürpınar**, s. 97; “Villa götürü bedele göre yapılmıştır. Yapıda 30 m2lik bir artış vardır. Bu iş götürü bedele girmediğine göre, yapılan fazla işin bedeli belirlenmelidir.” (Yargıtay 15. H.D. 01.06.1983 t., 1282-1525 sayılı kararı).

Sözleşme imzalanırken işin kapsamının kesin ve net bir biçimde belirli olması, sonradan ek işlerin neler olduğu hususunda çıkacak uyuşmazlıklar açısından oldukça önemlidir. Kural olarak işin kapsamı, niceliği, nitelikleri iş sahibi tarafından belirlenir. Ancak, yüklenici de konusunda uzman kişi olduğundan, işin kapsamı, niceliği ve nitelikleri konusunda iş sahibine doğru bilgi vermekle yükümlüdür³⁰¹.

B. Bir İşin Ek İş Sayılmasının Koşulları

1. Sözleşmede Kararlaştırılmayan Bir İş Olmalıdır.

Kural olarak, sözleşmede kararlaştırılmayan işler ek işlerdir. Yüklenicinin icabında veya iş sahibinin bu icaba karşı sunduğu yeni icabında yer almayan işler ek işlerdir³⁰².

Taraflar arasında yazılı bir eser sözleşmesinde, yapılacak işler tek tek, kalem kalem sayılmış olabilir. Bu durumda, bu iş kalemlerinin hiçbirisine girmeyen işler ek işlerdir.

Yine taraflar sözleşmede, hangi işlerin ek iş olarak sayılmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda da, sayılan bu işler götürü ücretin kapsamı içinde olup, ek iş değildirler³⁰³.

³⁰⁰ Gökyayla, s. 69; Aydemir, s. 128.

³⁰¹ Gökyayla, s. 70.

³⁰² Gökyayla, s. 70.

³⁰³ Gökyayla, s. 71.

Yüklenicinin ifa ettiği edimlerden hangisinin ek iş, hangisinin götürü bedel kapsamında iş olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkabilir. Bu konuda, götürü bedel kapsamında yer alan ve almayan işlerin ispatının kimin tarafından yapılacağı konusu tartışmalıdır. İlk görüşe göre³⁰⁴; bu konuda götürü bedeli aşan kısmı, götürü bedelin arttırılması talebinde bulunan yüklenici ispatlamalıdır. İkinci görüşe göre³⁰⁵, yapılan işlerin götürü bedel kapsamında kaldığını iş sahibi ispatlamalıdır. Anılan görüşe göre; eğer ispat yükü yüklenici üstünde bırakılırsa, yüklenici yaptığı ilave işlerin götürü bedel kapsamı içinde olmadığını, yani olumsuz ispatlamak zorunda bırakılacaktır. Kanaatimizce, ilk görüş daha isabetlidir. Çünkü uyuşmazlık halinde yüklenici götürü ücretin artmasına neden olduğunu iddia edecek ve bu iddiasını da ispatlamak zorunda olacaktır. Bu görüş, TMK 6. maddesine de uygundur³⁰⁶. Kaldı ki, yüklenicinin ek iş olarak hangi işleri yaptığını, ne kadar ek iş yaptığını ispatlaması olumsuz ispatlamak değildir³⁰⁷. Yüklenicinin yaptığı işlerin sözleşme kapsamında yer almadığını ispatlaması, olumsuz ispatlamasına neden olabilir denilebilir. Ancak, hangi işlerin sözleşme kapsamında yer aldığı, hangilerinin sözleşme kapsamında yer almadığı bir yorum meselesidir³⁰⁸.

³⁰⁴ Gökyayla, s. 71, 128; Kaplan, Seminer, s. 131; Baygın, s. 32.

³⁰⁵ Gürpınar, s. 98.

³⁰⁶ Gökyayla, s. 72.

³⁰⁷ Gökyayla, s. 72.

³⁰⁸ Gökyayla, s. 72.

Ek işin miktarının ve asıl işe oranının bir önemi yoktur. Büyük miktarlarda olabileceği gibi, cüzi miktarda da olabilir. Fakat aşırı bir miktar artışı, bazen yeni bir sözleşmenin kurulduğu şeklinde de yorumlanabilir³⁰⁹.

2. İfa Sonucunda (Eserde) Bir Değişikliğin Ortaya Çıkması Gereklidir.

Bir işin ek iş sayılabilmesi için ifa sonucunda yani eserde bir değişikliğin ortaya çıkması gerekmektedir. Doktrinde ifa amacı ifadesi kullanılmaktadır³¹⁰. Ama kanaatimizce, ifa sonucu (eser) kelimesinin seçimi daha doğru görünmektedir. Eser sözleşmesinde, ifanın amacı eseri ayıpsız, kullanıma elverişli ve tam olarak meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmektir. Ek işler söz konusu olduğunda bu amaç değişmemektedir. Sadece, eserin kullanımına hizmet eden, onu geliştiren, iş sahibinin isteği yönünde değiştiren ek bazı imalatlar yapılmaktadır. Bu imalatlar ifa amacını değiştirecek boyutlara ulaşırlarsa, artık ek işten değil, yeni bir sözleşmeden bahsetmek daha doğru olur.

Eser sözleşmesi ile yüklenici sözleşmenin en başından bir sonucu taahhüt etmektedir. İşte sözleşmenin en başından taahhüt edilen bu sonuçtaki büyük ya da küçük, ancak sonucun asıl amacını değiştirmeyen işler ek işlerdir. Örneğin, inşaat sözleşmesinde ek işler söz konusu olduğunda, eser yine yapılan inşaat olacaktır. Sadece üzerinde bazı ek imalatlar yapılacaktır. Yine, bir terzinin elbise dikmesi için yapılan eser sözleşmesinde de, elbiseye eklenen taşlar ek iş niteliğinde olacak ve

³⁰⁹ Gökyayla, s. 72.

³¹⁰ Gökyayla, s. 73; Gürpınar, s. 97.

eserde değişiklik yapacaktır. Ancak, ifa amacı yine elbiseyi yaratmaktır. Sözleşmenin başında taraflarca hedeflenen sonucun belirlenmesi ve bu sonuçtaki eklerin saptanması ile ek işlerin neler olduğu ortaya çıkacaktır.

Ek işten söz edilebilmesi ve ek iş nedeniyle yüklenicinin götürü ücretin arttırılabilmesinin söz konusu olması için, ifa amacı değişmeksizin sırf ifa edilmesi gereken edimin miktarında bir takım artışların ortaya çıkması yeterli deęildir³¹¹. Sonucu az veya çok değişmediği halde, ifanın sadece maliyetindeki değişiklikler de ek iş olarak nitelendirilemez³¹². Bu gibi artışlar götürü bedelli bir sözleşmede götürü bedelin arttırılması sonucunu doğurmaz. Ek işten söz edilebilmesi için, başlangıçta sözleşme ile öngörülmemiş bir edime ilişkin bir ek iş olması gerekmektedir³¹³. Başlangıçta taraflarca kararlaştırılan bir iş kaleminin ifası için, bu iş kaleminin niteliğinden kaynaklanan ve onunla birlikte yapılması zaruri işler ek işler değildir. Örneğin, inşaata boya yapılması için iskele kurulması, duvarlarda, zeminlerde yapılacak bir takım işçilikler için bu yerlerin önceden temizlenmesi gereği gibi, birisi yapılmadan diğerinin yapılamadığı yardımcı iş kalemleri ek işler kapsamına girmezler. Kaldı ki, yüklenici götürü bedel teklifini tüm bu yardımcı iş kalemlerini ve maliyetlerini hesaba katarak belirlemelidir.

³¹¹ Gökyayla, s. 73; Gürpınar, s. 97.

³¹² Gökyayla, s. 73.

³¹³ Gürpınar, s. 97.

İfa sonucunda değişiklik olup olmadığı özellikle anahtar teslim götürü ücret kararlaştırılan eser sözleşmelerinde önem arz etmektedir. Çünkü, anahtar teslim götürü ücretin kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, ücret edimin miktarından bağımsızdır. Bu nedenle, ifa edilecek edimin miktarındaki artış götürü bedele etki etmez. Ancak, ifa sonucunda değişiklik söz konusu ise, sözleşme kapsamında sayılmadığı için ek iş olarak nitelendirilir³¹⁴.

Ek iş konusunda, eserin tamamlanmış olup olmadığının bir önemi yoktur. Eser tamamlandıktan sonra da, eserin yapımı devam ederken de ek işler söz konusu olabilir³¹⁵. Kanaatimizce, eser tamamlanmış ve teslim edilmiş ve iş sahibi de eseri çekincesiz olarak kabul etmiş ise, artık yüklenici edimini ifa ettiğinden ek iş söz konusu olmayacaktır. İş sahibinin başka işler yapılması talebi, yüklenici tarafından kabul edilirse, bu durum yeni bir eser sözleşmesine vücut verecektir.

Ayıplı olarak teslim edilen bir eserde, yüklenici tarafından ayıbın giderilmesi için yapılacak işler ek iş değildir. Çünkü, ek iş gereği gibi ifanın kapsamını aşan işler için söz konusu olur³¹⁶. Ayıbın giderilmesi ise, sözleşmeye uygun olarak eserin meydana getirilmesine ilişkindir³¹⁷.

³¹⁴ Gökyayla, s. 73.

³¹⁵ Gökyayla, s. 73.

³¹⁶ Gökyayla, s. 74.

³¹⁷ Gökyayla, s. 74.

3. Sözleşme Konusu İşle Bağlantılı Bir İş Olmalıdır.

Ek iş, yapılan eserle az çok bağlantılı olmalıdır³¹⁸. Ek iş ile, asıl iş arasında teknik ekonomik ve işlevsel bir bağlantı bulunabilir³¹⁹. İş sahibi tarafından yapılan eserle ilgisi bulunmayan, bağlantılı olmayan bir işin de yapılması istenir ve yüklenici tarafından bu istek kabul edilirse, bu durumda ek iş değil, taraflar arasında yeni ve başka bir eser söz konusu olabilir.

Gürpınar ek işin farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini, bağımsız bir işin de ek iş sayılabileceğini ileri sürmekte ve örnek olarak da sadece kaba inşaatının yapılması kararlaştırılan evin inşasına ilişkin sözleşmede, ilave olarak garajın yapılmasını ek iş olarak nitelendirmektedir³²⁰.

Buna karşılık, *Gökyayla*, anılan örnekte iki iş arasında bağlantı bulunmadığı, bu nedenle ek iş değil, yeni bir eser sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir³²¹.

Kanaatimizce, burada ek iş söz konusudur. Çünkü, iki edim arasında bağlantı mevcuttur. Bağlantıdan söz edebilmek için, mutlaka yapılacak ek işin evin bir parçasında, içinde, üstünde olması zorunlu değildir. Yapılacak garaj da, evin kullanım amacına hizmet edecektir. Ev ile garaj arasında işlevsel bir bağlantı vardır.

³¹⁸ **Gökyayla**, s. 76.

³¹⁹ **Gökyayla**, s. 77.

³²⁰ **Gürpınar**, s. 97.

³²¹ **Gökyayla**, s. 75.

Bu anlamda, eser olan ev ile arasında bağlantı olmadığını söylemek doğru değildir. Yine burada ekonomik açıdan da bağlantı söz konusudur. Yüklenici evi inşa etmek için şantiyesini kurmuş, işçilerini getirmiş ve çalışmaya başlamıştır. Yüklenici açısından bu maliyet kalemlerini sıfırdan temin etmeden bir iş daha yapılacaktır. İş sahibi açısından da, başka bir yüklenici ile sözleşme imzalamaya gerek kalmadan, aynı yüklenici ile ek iş yaptırılabilir. Ayrıca, garajın yapılması ek iş ile açıklanabilecek makul bir sınırdadır. Asıl işi aşırı derecede aşan, yeni bir eser sözleşmesine vücut verecek fazlalıkta bir iş değildir.

4. İş Sahibinin Talebi Üzerine veya Yüklenici Tarafından İş Sahibine Götürülen Teklifin İş Sahibince Kabul Edilmesiyle Yapılmalıdır.

Sözleşmeler hukukunda taraflardan birisinin iradesiyle sözleşmede değişiklik yapılması mümkün değildir. Bu kural eser sözleşmelerinde de geçerlidir. Fakat, eser sözleşmelerinde, özellikle de inşaat sözleşmelerinde iş sahibine bu yetkinin tanındığı da görülmektedir. Kural olarak, yüklenicinin kendi iradesiyle ek iş yapmasına izin verilmemekte, ancak, iş sahibine tek taraflı ek iş yapılmasını talep etme hakkı verilmektedir³²².

Ek iş yapılmasını isteyebilme hakkı açıkça sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği gibi, tarafların farazi iradelerinden de kaynaklanabilir³²³. Sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm olmadığı gibi, bu hakkın bulunmadığına ilişkin bir

³²² Gökyayla, s. 78; Gürpınar, s. 97; Baygın, s. 54; Kaplan, Seminer, s. 143.

³²³ Gökyayla, s. 78; Gürpınar, s. 98, 99.

hüküm de yoksa, sözleşme boşluğu söz konusudur³²⁴. Fakat, bu boşluk iş sahibi lehine yorumlanmaktadır. Özellikle, inşaat sözleşmelerinde, inşaatın gereği gibi yapılması için gerekli olan ve imar makamlarınca sözleşmenin kurulmasından sonra talep edilen ek işleri iş sahibinin talebe hakkı olduğu³²⁵, yüklenicinin de bu ek işleri yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Esasen iş sahibine tanınan bu yetki eser sözleşmesinin niteliğine de uygun düşer. Yüklenicinin tamamlayıp, teslim ettiği eserin maliki iş sahibidir. Bu nedenle, kendi iradesi ile eserde değişiklik ve ek iş yapılmasını talep etme hakkı olmalıdır. Ancak, iş sahibine tanınan bu yetki sınırsız olarak da anlaşılmalıdır³²⁶. İş sahibinin bu taleplerinin yüklenici tarafından kayıtsız şartsız kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülemez. Yüklenici konusunda uzman kişi olduğundan, talep edilen ek işlerin eserde ne gibi değişiklikler yaratacağını, ne kadara mal olacağını, özellikle götürü ücreti ne kadar aşacağını iş sahibine ayrıntısı ile anlatmalıdır³²⁷. Yüklenicinin, ek işin sadece maliyeti hakkında bilgi vermesi yeterli değildir. İş sahibi yapılacak ek işin sonuçları hakkında da bilgi sahibi olmalıdır³²⁸.

³²⁴ Gökyayla, s. 78; Gürpınar, s. 99; Kaplan, Seminer, s. 145.

³²⁵ Gökyayla, s. 78; Gürpınar, s. 99; Kaplan, Seminer, s. 146.

³²⁶ Gökyayla, s. 78.

³²⁷ Gökyayla, s. 79; Gürpınar, s. 99.

³²⁸ Gökyayla, s. 79.

Genel olarak, sözleşmede kararlaştırılmayan bir edimin ifası için iş sahibinin talimatının bulunması gerektiği, yüklenicinin iş sahibinin talimatı olmaksızın sözleşmede kararlaştırılmayan edimleri ifa etmesinin uygun olmadığı söylenebilir. Fakat, özellikle sadakat ve özen borcunun bir gereği olarak, uğranılması muhtemel bir zararı önlemek için, yüklenicinin iş sahibini uyarması gerekmektedir³²⁹. Bu uyarının iş sahibinin anlayacağı açıklıkta ve ciddiyette olması gerekmektedir. Ancak, buna rağmen iş sahibi ek işin yapılmasına onay vermezse, sonradan uğrayacağı zarara kendisi katlanacaktır. Yine, muhtemel bir zararın söz konusu olmadığı, ancak eserin amacına yönelik olarak yapılması gerekli ek işlerde de aynı durum söz konusu olacaktır.

Genellikle iş sahibinin talebine dayalı olarak ek iş yapılırsa da, yüklenicinin böyle bir teklifi iş sahibine götürmesinde hiçbir sakınca yoktur³³⁰. Bu teklif iş sahibince kabul edilirse, yüklenici ek işleri yapmalıdır. Aksi halde, yüklenici iş sahibinin onayını almadan ek iş yapmış olursa, bunun sonuçlarına kendisi katlanacaktır³³¹.

³²⁹ Gökyayla, s. 79.

³³⁰ Gökyayla, s. 80.

³³¹ Kaplan, Seminer, s. 143; Baygın, s. 54.

III. Ek İş Olarak Nitelendirilebilecek Haller

Ek iş olarak nitelendirilebilecek haller sınırlı sayıda olmayıp, her sözleşmenin kapsamına, koşullara göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu nedenle, tüm ek işlerin eksiksiz olarak sayılması mümkün değildir³³².

Uygulamada sıklıkla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fazla inşaat yapıldığı görülmektedir. Özellikle, yüklenici karını arttırmak için, çoğu kez sözleşme dışı bağımsız bölüm yapmakta veya mevcut bağımsız bölümlerin alanlarını genişletmektedir³³³. Yüklenici yasal bir engel bulunmadıkça sözleşmede kararlaştırılan kapsamda bir inşaat yapmakla yükümlü olup, arsa sahibinin rızası alınmadıkça, imar durumunun imkan verdiği kadar inşaat alanını, yatay veya dikey olarak büyütemez³³⁴. Aksi takdirde, bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil eder³³⁵.

Arsa sahibi yükleniciye bu konuda yetki vermişse, sonradan rıza göstermiş ise, ya da fazla inşaatı benimsemiş ise, artık arsa sahibinin rızası söz konusu olacağından sözleşmeye aykırılık gündeme gelmeyecektir³³⁶. Arsa payı karşılığı

³³² Gökyayla, s. 83.

³³³ Akkanat Halil, KatKarşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, (s.63-76), s. 64.

³³⁴ Akkanat, s. 64; Gökyayla, s. 84.

³³⁵ Akkanat, s. 65.

³³⁶ Akkanat, s. 65; Gökyayla, s. 84.

inşaat sözleşmelerinde genellikle, taraflar sözleşmenin başında, inşaat kapsamının genişletilmesiyle ilgili hükümlere yer vermektedirler. Bu durum tarafların karşılıklı rızası ile çözüme ulaştırılmaktadır³³⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki asıl sorun, tarafların inşaat kapsamının genişletilmesine ilişkin gerek sözleşme imzalanırken, gerekse daha sonra bir anlaşma sağlayamadıkları durumlarda ortaya çıkmaktadır³³⁸.

Bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımı, fazla inşaatın sözleşmede kararlaştırılan oran dahilinde taraflara ait olacağıdır³³⁹. Yapılan fazla inşaata asıl inşaatın paylaşım oranı uygulanacaktır³⁴⁰.

Büyüyen veya yapılan fazla inşaatın paylaşımında yüklenicinin bu kısma ilişkin yaptığı giderler hesaba katılmaz³⁴¹. Bununla birlikte, yüklenicinin binanın

³³⁷ Akkanat, s. 65.

³³⁸ Akkanat, s. 65.

³³⁹ Akkanat, s. 66; Selimoğlu, s. 207; “Sözleşme dışı yapılan fazla bağımsız bölümler üzerinde davacı arsa sahiplerinin, payları oranında hak sahibi olduklarında tereddüt yoktur. Arsa sahipleri bu haklarını, tapu iptali-tescil şeklinde kullanabilecekleri gibi, paylarına düşen bedelin ödetilmesi şeklinde de kullanabilirler” (Yargıtay 15. H.D. 05.06.1995 t., 1995/1175 E. ve 1995/3329 sayılı kararı).

³⁴⁰ Akkanat, s. 66; Erman, İnşaat, s. 187; Gökyayla, s. 85.

³⁴¹ Akkanat, s. 66.

ortak kullanım alanında yapmış olduğu fazla imalatlardan, kendisi de yararlanacağı için bunlar ek iş sayılmaz ve yüklenici lehine bir talep hakkı doğurmaz³⁴².

Yapılan ek işlerin imar durumuna uygun bir şekilde gerekli proje değişikliği yapılmak suretiyle meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde kaçak inşaat söz konusu olur ve arsa sahibinin yapılan fazla kısmın yıkılarak binanın projesine uygun hale getirilmesini isteme hakkı doğar³⁴³. Ancak, kaçak olarak yapılan bağımsız bölümlerin ileride yasal hale gelmeleri ihtimali varsa, taraflar bu bölümler üzerinde sözleşmedeki paylaşım oranında hak sahibidirler³⁴⁴.

Gökyayla'ya göre³⁴⁵, bazen sözleşme ile karşılaştırılan edimde bir değişiklik olmaksızın ek iş yapılması da mümkündür. Özellikle inşaat sırasında geçici güvenlik tedbirlerinin alınması, kazı sırasında inşaat çukurunun emniyet altına alınması, yine kazı sırasında çıkan taban suyunun tahliyesi bu duruma örnek gösterilebilir.

³⁴² **Selimoğlu**, s. 207.

³⁴³ **Erman**, İnşaat, s. 189; **Gökyayla**, s. 88; **Akkanat**, s. 72; **Selimoğlu**, s. 208; “*Davacı arsa sahibi, fazladan yapıldığını iddia ettiği iki kat nedeniyle tazminat talebinde bulunmuş ise de, bunun projeye aykırı ve kaçak olarak yapıldığının anlaşılmasına, imar mevzuatına aykırı olarak yapılan kaçak yapının, mevzuata uygun hale getirilmediği sürece, yıkılmasının gerekmesine, davacının bu aşamada, kaçak yapılan katlar bakımından yıkılması suretiyle projeye uygun hale getirilmesini isteyebileceğine ve kaçak yapı nedeniyle tazminat talebinde bulunamayacağına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA*” (**Yargıtay 15. H.D. 13.11.1997 t., 1997/3599 E. ve 1997/4849 K. sayılı kararı**).

³⁴⁴ **Selimoğlu**, s. 207.

³⁴⁵ **Gökyayla**, s. 74, 89.

Ancak, kanaatimizce burada ek işler ve zorunlu işler birbirlerine karıştırılmaması gerekmektedir. Eser sözleşmesinde eseri meydana getirme faaliyetleri de yüklenicinin asli borcudur³⁴⁶. Eseri gereği gibi meydana getirmek için bu işlerin yapılması zorunlu ise, artık ek işten söz edilemez. Yüklenici tüm bu tedbirleri önceden düşünerek götürü ücret miktarını belirlemelidir. Bu şekilde zararı önleme ve koruma amaçlı ek işlerin söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce baştan öngörülememiş olması gerekmektedir. Yine bu işler BK m. 365/II hükmünün uygulanmasını gerektirecek boyutta da olmamalıdır. Eğer söz konusu bu tedbirler, BK m. 365/II hükmüne dahil edilebilecek nitelikte ise, o zaman anılan madde hükmü uygulanacaktır. Bu işlerin ek iş olarak nitelendirilmesi de yine TMK 2. maddesi göz önünde tutularak değerlendirilmeli, dürüstlük kuralı gereğince bu işlerin ek iş mi, yoksa zorunlu iş mi olduğu saptanmalıdır.

İmar makamlarında, sözleşmenin kurulmasından sonra talep edilen ekstra imalat kalemleri ek iş olabilir. Sözleşmenin kurulması sırasında, resmi makamların talepleri, yapılacak yapıya ruhsat, iskan izni vb. o yapının amacına uygun kullanılabilmesi için gerekli her türlü resmi belgenin verilmesi için istedikleri asgari şartlar konusunda uzman olan yüklenici tarafından bilinen veya bilinebilecek durumda işlerdir. Bu nedenle, kanaatimizce bu işler ek iş kapsamında değildir. Yapının kullanıma elverişli olarak bitirilmesi yukarıda sayılan resmi belgelerin alınması ile mümkün olacağından, yüklenici resmi makamların talep ettiği işleri daha sözleşmenin başında iş sahibine ayrıntılı olarak açıklamalı ve götürü ücretini

³⁴⁶ Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 98.

bu maliyet kalemlerini de ekleyerek oluşturmalıdır. Ancak, sözleşme kurulduktan sonra yeni kanunlarla getirilen ek yükümlülükler, ek imalatlar götürü bedelin kapsamı dışında olacağından, iş sahibi tarafından talep edilmesi halinde, ek iş olarak nitelendirilmeli ve götürü ücrette artışa neden olmalıdır.

Sözleşme konusu iş bir inşaat olunca, meydana getirme borcu imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun olarak yerine getirilmelidir³⁴⁷. Yargıtay, inşaatın imar kurallarına uygun olarak inşa edilip edilmediği hususunu kamu düzenine ilişkin kabul etmekte ve hakim tarafından doğrudan gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır³⁴⁸.

Eğer, yüklenici tarafından işe geç başlanması nedeniyle, sözleşmenin yapıldığı sırada var olmayan, ancak sonradan getirilen bazı yasal zorunluluklar var ise, kendi kusurundan yüklenici sorumlu olur³⁴⁹.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcu kural olarak eserin teslimi zamanında muaccel hale gelir. (BK m.364/I) İş sahibi eser tamamlanıp kendisine teslim edilinceye kadar kural olarak ücret ödemekle yükümlü değildir. Ancak ücretin muacceliyetine ilişkin bu hüküm emredici değildir ve taraflarca aksi

³⁴⁷ Gökyayla, s. 91.

³⁴⁸ Gökyayla, s. 91.

³⁴⁹ Gökyayla, s. 91.

kararlařtırılabilir³⁵⁰. Sözleşmede iş sahibinin ücreti kısım kısım ödeyeceği de kararlaştırılmış olabilir.

Esasen iş sahibinin ücret ödeme borcunu ifada gecikmesi, ek iş yapılmasından çok, maliyet artışına sebep olur³⁵¹. Maliyet artışları da ek iş niteliğinde değildir. Bu durumda ek iş yapılmasına daha nadir rastlanır. Örneğin, nasıl ki yüklenici gerekli idari birimlere başvurmada gecikmesi nedeniyle imar mevzuatında meydana gelecek değişikliklerden sorumlu tutuluyorsa, iş sahibi de ücret ödeme borcunu ifada gecikir ise, sonrada imar mevzuatında yapılan değişiklik sonucu ek işlerin yapılması zorunlu hale gelmesinden sorumlu olur³⁵².

İş sahibinin talep edeceği ufak tefek, asıl işin boyutuna göre önemsiz eklemeler³⁵³ niteliği itibariyle ek iş olsalar bile, dürüstlük kuralı gereğince, götürü ücretin artışına neden olmazlar.

IV. Ek İş Olarak Nitelendirilemeyecek Haller

Ek iş olarak nitelendirilemeyecek haller de, sınırlı sayıda olmayıp somut olayın durumuna ve dürüstlük kuralına göre belirlenecektir³⁵⁴.

³⁵⁰ Gökyayla, s. 92.

³⁵¹ Gökyayla, s. 92.

³⁵² Gökyayla, s. 93.

³⁵³ Aksi görüşte, Gökyayla, s. 95, 96.

³⁵⁴ Gökyayla, s. 95.

Eser meydana getirilirken beklenenden daha fazla emek ve masraf yapılması ek iş olarak nitelendirilemez³⁵⁵. Bir işin beklenenden fazla emek ve masrafı gerektirmesi esas itibariyle miktar sapmasından ibarettir³⁵⁶. Zaten bu halde, sözleşme ile önceden kararlaştırılmış olan işler daha fazla masraf ve emekle yapılmış olup, sözleşme kapsamı dışına çıkılmamaktadır.

Zorunlu işler de ek iş niteliğinde işler değildir. Örneğin, bir binanın duvarının boyanması işinde, duvarın boyanabilmesi için iskele kurulması zorunlu ise, iskele kurulması işi bir ek iş değildir.

Hukuk kurallarına aykırı olarak yapılan işler de ek iş niteliğinde değildir. Örneğin imar kurallarına aykırı olarak yapılan imalatların sonradan yıkılması gerekeceğinden, ek iş söz konusu olmayacaktır³⁵⁷.

Yukarıda sayılan halleri genişletmek mümkündür. Bir işin ek iş olup olmadığı, öncelikle sözleşmenin kapsamına daha sonra somut olayın durumuna ve dürüstlük kurallarına göre belirlenecektir.

³⁵⁵ Gökyayla, s. 96.

³⁵⁶ Gökyayla, s. 96; Gürpınar, s. 97.

³⁵⁷ Gökyayla, s. 99.

V. İş Değişikliği Kavramı

A. Genel Olarak

İş değişikliği, kısmen başka bir iş yapılması suretiyle ya da bazı işlerin yapılmasından vazgeçilerek veya işin sözleşmede kararlaştırılandan farklı şekilde yapılarak gerçekleştirilen değişikliklerdir. Sözleşmede kararlaştırılan bir işin yapımından vazgeçilerek yerine başka bir iş yapılmasında da iş değişikliğinden söz edilir³⁵⁸.

Genel olarak ek iş yapılması da iş değişikliği sayılabilir ve bu yüzden iş değişikliğinin ek işi de içine alan daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir. Ek işte, sözleşmede kararlaştırılan ve meydana getirme borcunun kapsamına dahil olan işlerin aşılırlar fazla, ekstra imalatta bulunulması söz konusu olur. İş değişikliğinde ise, işin kapsamında artış söz konusu olabileceği gibi, azalış da gündeme gelebilir³⁵⁹.

İş değişikliği sözleşmede kararlaştırılan ücretin miktarının artmasına ya da azalmasına neden olabilir³⁶⁰. Ancak, eserin yapımı sırasındaki kullanılan emek ve malzeme miktarındaki artışlar iş değişikliği değildir. Özellikle birim fiyat esasına

³⁵⁸ Gökyayla, s. 108.

³⁵⁹ Gökyayla, s. 108.

³⁶⁰ Gökyayla, s. 109.

dayanan ücretin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde, tahmin edilen birimin aşılması iş değişikliği değildir³⁶¹.

Anahtar teslimi götürü ücretin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde ise, iş sahibinin talebi üzerine belirli işlerden vazgeçilerek yerine (ikame) başka işler yapılması istenilmiş ve bu nedenle maliyette azalmalar olmuş ise, bu durum götürü ücreti etkilememelidir. İş sahibi, yükleniciye götürü ücretin tamamını ödemek zorundadır. İş sahibinin şahsi isteği ile yüklenicinin o işten alacağı götürü ücreti azaltması, yüklenicinin karının artmasına neden olsa bile hakkaniyete uygun değildir. Ancak, iş değişikliği nedeniyle maliyetler artmışsa, götürü ücretin de artırılması gerekmektedir.

Borçlar Hukukuna hakim olan temel ilkelerden biri olan irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, taraflar bir sözleşmeyi kurup kurmamakta, sözleşmenin karşı tarafını seçebilmekte, sözleşmeyi sona erdirmek konusunda bir serbestiye sahip oldukları gibi, sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapma hakkına da sahiptirler³⁶². Bir taraftan ahde vefa ilkesi gereğince, tarafların sözleşmenin kararlaştırıldığı şartlarda ifa edileceğine olan güveninin korunması, diğer taraftan da, irade serbestisi ilkesi gereğince, sözleşmenin sonradan ortaya çıkan ihtiyaçlara

³⁶¹ Gökyayla, s. 109; Gürpınar, s. 94, 95.

³⁶² Gökyayla, s. 109; Erman Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlandırılması İ.Ü.H.F.M. c.XXXVIII sayı 1-4, 1973, s. 603.

göre değiştirilebilmesi gerekir³⁶³. İşte iş değişikliği, bir taraftan ahde vefa diğer taratan irade serbestisi ilkesinin keşiştiği hallerden birini oluřturur³⁶⁴.

B. Bir İşin “İş Değişikliği” Sayılmasının Koşulları

1. Sözleşme İle Kararlaştırılan İşin Kapsamının Değiştirilmesi Gerekmemektedir.

İş değişikliğinde, işin ifasından kısmen vazgeçilmesi veya belirli işlerin kararlaştırılandan farklı bir biçimde yapılması suretiyle sözleşme ile kararlaştırılan işin kapsamının değiştirilmesi söz konusu olmaktadır³⁶⁵.

İş değişikliği, farklı şekillerde ortaya çıkabilse de, sıklıkla sözleşmede kararlaştırılan malzemenin veya çalışma yönteminin değiştirilmesi şeklinde ortaya çıkar³⁶⁶.

İş değişikliğinin sayısal olarak bir sınırı bulunmamaktadır. Eserin meydana getirilmesi sırasında birden fazla kez iş değişikliği yapılabilir. Hatta değiştirilen bir işin tekrar değiştirilmesi de mümkün olabilmektedir. Ancak, yapılan bu değişiklikler dürüştlük kuralına uygun olmalıdır. Değişikliğin sözleşme konusu işe oranı da

³⁶³ Gökyayla, s. 109.

³⁶⁴ Gökyayla, s. 109.

³⁶⁵ Gökyayla, s. 110; Kaplan, Seminer, s. 144.

³⁶⁶ Gökyayla, s. 111; Kaplan, Seminer, s. 144; Baygın, s. 55.

önemli değildir. Yeter ki, bu değişiklik makul ölçülerde olsun ve aşırı bir değişiklik sonucu yeni bir eser sözleşmesinin var olduğu sonucuna ulaşılmasın³⁶⁷.

Taraf iradeleriyle sözleşmede kararlaştırılan ücret daha sonra değiştirilebilir. Tek başına ücret değişikliği iş değişikliği değildir³⁶⁸.

2. İfa Sonucunda (Eserde) Bir Değişikliğin Ortaya Çıkması Gereklidir.

İş değişikliği söz konusu olduğunda ifa sonucunda (eserde) bir değişikliğin meydana gelmesi gerekmektedir. Sözleşmede başlangıçta kararlaştırılmış bir imalat kaleminden vazgeçilerek yerine bir başka imalat kaleminin yapılması kararlaştırılması, mevcut bir kısmın niteliğinin değiştirilmesi ya da kullanılan malzemede veya imalat yönetimde değişiklik yapılmasıyla, başlangıçta kararlaştırılan eserde bir kısım farklılıklar, değişiklikler olmalıdır. Başlangıçta hiç kararlaştırılmamış bir imalatın başlangıçta kararlaştırılan bir imalat yerine ikame edilmeksizin yapılması iş değişikliği değil, ek iştir.

İş değişikliği sonucunda ortaya çıkan eser, sözleşmede ilk kararlaştırılıandan daha büyük, saha küçük veya daha kaliteli olabilir³⁶⁹.

³⁶⁷ Gökyayla, s. 111.

³⁶⁸ Gökyayla, s. 111.

³⁶⁹ Gökyayla, s. 113.

*Gökyayla'ya göre*³⁷⁰; yapılan değişikliğin esere yeni bir kısım ilave edilmesi şeklinde olabilecektir. Ancak, kanaatimizce, başka bir imalat kaleminden vazgeçilmeksizin esere yeni bir kısım eklenmesi ek iş olup, iş değişikliği değildir. İş değişikliği söz konusu olduğunda, mutlaka başlangıçta bir işin kararlaştırılmış olması, bu işin çeşitli şekillerde kısmen veya tamamen değiştirilmesi, ya da bu işten vazgeçilerek yerine (ikame) başka bir işin yapılması gerekmektedir.

Eserde değişikliğin yapılması için eserin tamamlanmış olması gerekmemektedir. Eser tamamlandıktan sonra da, eserin yapımı devam ederken de iş değişikliği söz konusu olabilir³⁷¹. Eser tamamlanmış ve teslim edilmiş ve iş sahibi de eseri çekincesiz olarak kabul etmiş ise, artık yüklenici edimini ifa ettiğinden iş değişikliği söz konusu olmayacaktır. İş sahibinin eser üzerinde değişiklik yapılması talebi, yüklenici tarafından kabul edilirse, bu durum yeni bir eser sözleşmesine vücut verecektir.

3. Değişikliğin Eserin Bütünlük Karakterine Zarar Vermemesi Gerekmemektedir.

Yapılacak iş değişikliği, eserin bütünlük karakterine zarar vermemelidir. Bu şart ek iş hakkında aranan sözleşme konusu işle bağlantılı olma koşuluna karşılık gelmektedir³⁷². Yapılacak bir inşaat işinde, pencerelerin pimapen yerine ahşap

³⁷⁰ **Gökyayla**, s. 112.

³⁷¹ **Gökyayla**, s. 112.

³⁷² **Gökyayla**, s. 113.

yapılması, kapalı otopark yapımından vazgeçilerek yerine bahçeye havuz yapılması örneklerinde olduğu gibi, asıl işin bütünlük karakterine zarar gelmeden iş değişiklikleri yapılmaktadır.

4. İş Sahibinin Talebi Üzerine veya Yüklenici tarafından İş Sahibine Götürülen Teklifin İş Sahibince Kabul Edilmesiyle Yapılmalıdır.

Ek işte olduğu gibi iş değişikliğinde de tarafların tek taraflı iradeleriyle iş değişikliği yapmaları kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde iş değişikliği de iş sahibinin talebi üzerine yapılabilir. Kural olarak yüklenici sözleşme ile üstlendiği edimi, herhangi bir değişiklik olmaksızın yerine getirmekle yükümlüdür³⁷³.

Yetkilendirildiği hallerde iş sahibinin tek taraflı talebiyle veya tarafların anlaşmasıyla iş değişikliği yapılması mümkündür³⁷⁴. Ancak, iş sahibinin bu yetkisinin sınırsız değildir. İş sahibi bu yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekmektedir. İş sahibinin tek taraflı iş değişikliği talep hakkı, yüklenicinin sözleşmeden doğan menfaatleri ile sınırlıdır³⁷⁵.

Yüklenici de iş değişikliği yapma teklifini iş sahibinin kabul etmesi halinde iş değişikliği yapılabilir.

³⁷³ Gökyayla, s. 114.

³⁷⁴ Gökyayla, s. 114; Kaplan, s. 114.

³⁷⁵ Gökyayla, s. 117.

VI. İş Değişikliği Olarak Nitelendirilebilecek Haller

İş değişikliğinin en tipik örneği proje değişikliğidir³⁷⁶. Sözleşmenin kurulduğu ana göre değişen ihtiyaçlara göre iş sahibi proje değişikliği yapabileceği gibi, değişiklik yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda yüklenici de projeyi değiştirebilir³⁷⁷. Proje değişikliği nedeniyle daha fazla masraf yapmak zorunda kalan yüklenicinin söz konusu fazla masraflarının karşılanması gerekmektedir³⁷⁸.

Bazı imalat türleri açısından sözleşmede kararlaştırılan malzemenin farklı bir malzeme kullanılması ya da farklı bir yöntemle imalat yapılması da iş değişikliğinin bir örneğidir. Böyle bir iş değişikliği talebinin iş sahibinden gelmesi ve kullanılan malzemenin veya imalat yönteminin değiştirilmesi halinde masrafların azalması halinde, anahtar teslimi götürü bedelli eser sözleşmesinde götürü ücretin azalmasına neden olmaz. Ancak, yükleniciden gelen iş değişikliği talebi, iş sahibi tarafından uygun görülmuş ve kabul edilmiş ise, tarafların anlaşması sonucu götürü ücrette masraflar oranında azalma olmalıdır. Yapılan iş değişikliği sonucunda masraflar artmış ise, götürü ücret de bu oranda artacaktır.

Sözleşmede kararlaştırılan imalat kalemlerinin ifasından vazgeçilmesi söz konusu olabilir. Bu gibi talepler genellikle iş sahibinden kaynaklanan ekonomik

³⁷⁶ Gökyayla, s. 118.

³⁷⁷ Gökyayla, s. 118.

³⁷⁸ Gökyayka, s. 119.

nedenlerle söz konusu olabilir³⁷⁹. Bu halde de taraflar arasında anlaşma söz konusu ise, götürü ücrette indirim yapılabilir. Ancak, taraflar arasında anlaşma söz konusu değil ise, iş sahibi yüklenicinin zararını BK 369. maddesine göre tazmin etmelidir³⁸⁰.

Yine iş sahibi tarafından bazı imalat kalemlerinin yapımından vazgeçilerek, yerine ikame imalat kalemlerinin yapımı istenebilir. İş sahibi talimat verme yetkisine de dayanarak her zaman böyle bir talepte bulunabilir. Yüklenici de haklı bir neden olmaksızın iş sahibinin bu isteklerini yerine getirmek zorundadır. Örneğin, bir onarım işinde yapı içerisinde bulunan merdivenin onarımı imalatından vazgeçilerek, yerine pencere doğramalarının imalatının yapılması istenilebilir. Bu halde de, masraflar azalsa bile anahtar teslimi götürü ücretli bir eser sözleşmesinde götürü ücret değişmez. Bu iş değişikliği nedeniyle, masraflarda artış olmuşsa götürü ücrette artış yapılmalıdır.

Her sözleşmede olduğu gibi, eser sözleşmesi de karşılıklı güven ilişkisine dayanmaktadır. Özellikle, yüklenicinin işinin ehli olduğunu düşünen iş sahibi eserinin yapımını ona teslim etmektedir. Bu nedenle, uygulamada iş değişikliği talepleri genellikle sözlü olarak yapılmakta, yazıya dökülmemektedir. Taraflar arasında sonrada bir uyuşmazlık çıkması halinde de, iş sahibi kendisinin talebi olmaksızın yüklenicinin eksik iş, kusurlu iş yaptığı savına sarılmaktadır. Yüklenicinin durup dururken masraflarını arttıran imalatlar yapmayacağı aşıkardır.

³⁷⁹ Gökyayla, s. 125.

³⁸⁰ Gürpınar, s. 97; Gökyayla, s. 125.

Bu nedenle, kanaatimizce, şüphe halinde yüklenicinin iş sahibinin talimatının sonucu iş değişikliğine gittiği düşünülmelidir.

İş sahibinin talep ettiği, ufak tefek, dürüstlük kuralları gereğince eserin tümüne oranla önemsiz sayılan değişiklikler, aslında niteliği itibariyle iş değişikliği olmasına rağmen³⁸¹, götürü ücrette bir artışa neden olmazlar. Özellikle, yapımından vazgeçilen imalatlar, yerine yapılan ikame imalatların piyasa rayiç fiyatlarına göre karşılaştırılması yapıldığında, arada önemsiz bir fark doğmakta ise, artık yüklenici götürü ücretin bu oranda artmasını isteyemez.

VII. İş Değişikliği Olarak Nitelendirilemeyecek Haller

Tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra eserin daha kısa sürede teslim edilmesi konusunda yaptıkları anlaşma niteliği itibariyle sözleşme şartlarında değişiklik olup, iş değişikliği değildir³⁸². Ancak, bu durumun iş değişikliği olmaması götürü ücrete hiçbir etkisi olmadığı anlamına gelmemektedir. İş sahibi, esere acil ihtiyacı olduğu gerekçesine dayanarak eserin daha erken teslim edilmesini istediği bir durumda, yüklenici tüm imkanlarını seferber ederek ve daha fazla masraf yaparak (daha fazla işçi çalıştırarak, daha fazla makine kullanarak vb.) eserin erken teslimini sağladığı hallerde, götürü ücretin de masraflar oranında artacağı şüphesizdir.

³⁸¹ Aksi görüşte, **Gökyayla**, s. 126.

³⁸² **Gökyayla**, s. 126.

Taraflar arasında sonradan ücrette değişiklik yapılması da iş değişikliği değildir. Taraflar kendi aralarında anlaşarak her zaman, iş değişikliği olmaksızın da ücrette değişiklik yapabilirler³⁸³.

Yine ek iş niteliği taşımayan hallerde de söz konusu olduğu gibi, hukuk kurallarına aykırı olarak yapılan değişikliklerle, yüklenicinin beklediğinden daha fazla emek ve malzeme kullanması iş değişikliği niteliğinde değildir³⁸⁴.

Ş.2. EK İŞ VE İŞ DEĞİŞİKLİĞİ İLE BORÇLAR KANUNUN 365/II HÜKMÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

BK m. 365/II hükmü gereğince, önceden tahmin edilemeyen olağanüstü haller veya taraflarca göz önüne alınamayan haller, eserin kararlaştırılan götürü ücretle yapılmasını aşırı derecede güçleştirirse, yüklenici götürü ücretin arttırılmasını ya da sözleşmenin feshini talep edebilir. BK m. 365/II hükmünün uygulanması sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar gerçekleşmeden fesih ya da götürü ücretin arttırılması gündeme gelmeyecektir.

Ek iş veya iş değişikliğinde ise, her şeyden önce BK m. 365/II hükmünün aradığı sıkı koşulların gerçekleşmesi gerekmemektedir. Ek iş veya iş değişikliği halinde olağanüstü hallerin ortaya çıkması ve eserin belirlenen götürü ücretle yapılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Ek iş

³⁸³ Gökyayla, s. 126.

³⁸⁴ Gökyayla, s. 126.

veya iş değişikliği söz konusu olduğunda, taraflar arasında normal sözleşmesel ilişki devam ederken, çeşitli nedenlerle sözleşmenin kapsamı deęiştirilmektedir³⁸⁵. Tarafların sözleşmenin kapsamındaki bu değişikliği gerçekleştirmelerinin nedenleri sınırsız sayıda ve çeşitlilikte olabilir. Bu nedenlere örnek olarak değişen ihtiyaçlar, ekonomik nedenler, iş sahibinin sonradan değişen istekleri, sonradan ortaya çıkan bir malzeme türünün ya da imalat yönteminin daha iyi sonuçlanacağı gibi teknik nedenler vb. gibi sayısız neden sayılabilir. Bu durumların hiçbirisi taraflarca öngörülemeyen olağanüstü haller değildir. BK m. 365/II ile ek iş veya iş değişikliğinin ortak tek yönü, her ikisinde de götürü ücretin arttırılmasına sonradan ortaya çıkan nedenler sebep olmaktadır³⁸⁶.

BK m. 365/II nedeniyle götürü ücretin arttırılmasında, yüklenici hiçbir ek iş veya iş değişikliği yapmamaktadır. Sözleşmenin başında kararlaştırılan eseri tam ve eksiksiz olarak yapmaktadır.

Ek iş söz konusu olduğunda ise, baştan sözleşmede kararlaştırılmayan, sözleşme kapsamına girmeyen bir ek iş yapılmaktadır. İş değişikliği söz konusu olduğunda ise, sözleşme kapsamında yer alan bir işin değiştirilmesi veya bu iş kaleminden vazgeçilerek, yerine ikame başka bir iş yapılmaktadır.

³⁸⁵ Gökyayla, s. 134.

³⁸⁶ Gökyayla, s. 134.

Taraflar her zaman anlaşarak ek iş ve iş değişikliğine karar verebilir. Ve ek iş veya iş değişikliği nedeniyle götürü ücretin arttırılması söz konusu olur. Oysa BK m. 365/II'de götürü ücretin arttırılması için mahkeme hükmüne gerek vardır³⁸⁷.

Burada akıllara, ek iş veya iş değişikliği nedeniyle sonradan BK m. 365/II'deki koşullar oluşmuş ise ne olacağı sorusu gelmektedir. Taraflar ek iş veya iş değişikliği konusunda karşılıklı anlaşmış, yüklenici ek iş veya iş değişikliğinin yapımına başlamış ancak henüz bitirmemiş iken, ek iş veya iş değişikliği nedeniyle taraflarca önceden öngörülmeven olağanüstü bir hal ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, ek işte veya iş değişikliğinde kullanılacak malzeme, işçilik fiyatlarının birden yükselmesi, zeminin önceden bilinmeyen niteliklerinin bu ek iş veya iş değişikliğine müsait olmaması vb. gibi, ek iş veya iş değişikliğine ilişkin anlaşmadan önce öngörülemeyen ve bilinmeyen durumlar söz konusu olabilir. Bu hallerde, iyiniyetli bir yüklenicinin iş sahibini durumdan hemen haberdar edeceği açıktır. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü vardır. Eserin meydana getirilmesini engelleyici hususlar varsa yüklenicinin bunu gecikmesizin iş sahibine bildirmesi onun genel ihbar yükümlülüğünden ve TMK m. 2 de düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır³⁸⁸. Yüklenici tarafından yapılan bu bildirim, iş sahibinin anlayacağı açıklıkta, gerekirse maliyet kalemlerinin ne kadar artacağıının miktar olarak belirlenerek yapılması gerekmektedir.

³⁸⁷ Gökyayla, s. 134.

³⁸⁸ Altaş, İstisna Ders Notları, s. 23.

Taraflar anlaşarak ek iş veya iş değişikliğine ilişkin sözleşmenin feshine karar verebilirler. Bu halde, yüklenici ek iş veya iş değişikliğinin yapımına başlamış ise, bunun yıkılması, temizlenmesi ve tekrar değiştirilmesi de gerekebilir. Kanaatimizce, bu halde, yüklenici iş sahibinden yapmış olduğu tüm masrafları talep edebilir. Ancak, yüklenici karını iş sahibinden talep edemez.

Yüklenici tarafından yapılan bildirimden sonra, iş sahibi işe devam etmesini istemiş ise, yüklenici BK m. 365/II'ye dayanabilecek midir? Kanaatimizce, ek iş veya iş değişikliğinin kararlaştırıldığı ek sözleşmede, götürü ücretin ne oranda ve ne kadar artacağı belirlenmiş ise, yüklenici her zaman BK m. 365/II hükmüne göre, dayanabilmelidir. Çünkü, BK m. 365/II hükmünün uygulanabilmesi için önceden belirlenmiş bir götürü ücretin olması şarttır.

Ek sözleşmede götürü ücretin ne oranda artacağına kararlaştırılmadığı bir sözleşmede ise, BK m. 365/II hükmünün eserin önceden belirlenen götürü ücretle yapılmasının aşırı derecede güçleşmesi koşulu oluşmayacaktır. Ancak, yüklenici eseri meydana getirirken sermayesini ve iş gücünü ortaya koyan kimsedir. Eser sözleşmesinde ise, genellikle iş sahibinin ücret ödeme borcu eserin teslimi ile muaccel hale gelmektedir. Yüklenicinin bu ek iş veya iş değişikliği nedeniyle ekonomik olarak zor duruma düşmesi kuvvetle muhtemeldir. Kanaatimizce böyle bir durumda, ek iş veya iş değişikliğinin kararlaştırıldığı ek sözleşmenin yapılmasından sonra, taraflarca önceden öngörülemeyen koşulların ortaya çıkması koşuluyla, yüklenici iş sahibinden götürü ücretin bir kısmının ödenmesini, ödemenin yapılmadığı takdirde ek iş veya iş değişikliğinin yapılmayacağını, ek iş veya iş

değişikliğine ilişkin ek sözleşmenin feshedileceğini bildirebilir. Bu durum tipik bir haklı fesih nedeni olup, dava yoluyla da kullanılması gerekmemektedir.

Ş.3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU AÇISINDAN EK İŞ VE İŞ DEĞİŞİKLİĞİ

4735 sayılı Kamu İhale Kanununun 24. maddesinde de iş sahibi idareye kanundan doğan tek taraflı değişiklik yapma yetkisi verilmektedir. Anılan hükme göre; *“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;*

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında %40'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağını anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda,

işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici karına karşılık olarak, sözleşme bedelinin %80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.”

2886 sayılı DİK'nun 63. maddesinde yasal sınırlar dahilindeki iş artışlarının süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapılması konusunda yüklenicinin yükümlü olduğu ifade edilmişken, 4735 sayılı KİK'nun 24. maddesinde yüklenicinin yükümlülüğünden veya zorunluluğundan söz edilmemiştir. Ek işlerin asıl işin ayrılmaz bir parçası niteliğinde olması ve aynı sözleşme kapsamında yaptırılmasının idare açısından zorunluluk arz etmesi karşısında, asıl yapım işini gerçekleştirmeyi kabul eden yüklenicinin artan işleri de yapması gerekmektedir. Ayrıca, kanunun idareye verdiği bu tek taraflı ilave işleri yaptırma yetkisi idare ile yüklenici arasında imzalanan tip sözleşmede ve şartnamelerde de yer verilmesi sözleşme hukuku içerisinde yüklenicinin ek işleri de yapmak zorunda sonucunu doğurur³⁸⁹.

4734 sayılı KİK'nun 24. maddesine göre ek işlerin aynı yükleniciye yaptırılması konusunda belirli şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

³⁸⁹ Gök, s. 437.

Öncelikle iş artışının başlangıçta öngörülemeyen nedenlere dayalı olarak ortaya çıkması gerekmektedir³⁹⁰. Buradaki öngörülemeyen haller, BK 365/II ağırlığında olmayan hallerdir. Bu nedenle, kanun metninde belirli bir oran belirlenmiştir³⁹¹. (Anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen işlerde %10'una, Birim fiyat teklif alınmak suretiyle ihale edilen işlerde %20'sine kadar) Buradaki öngörülemeyen haller, ihale dokümanının hazırlanması aşamasında öngörülemeyen ve sözleşme ve eklerine yansıtılmayan bir halin, gelişmenin, ihtiyaç değişim ve gelişiminin işin devamı sırasında ortaya çıkmasıdır³⁹².

Kesin proje üzerinden ihaleye çıkılan teklif birim fiyatlı işlerde, işin devamı sırasında yapılan uygulama projelerinin birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş kalemlerinin değişmesi mümkün olduğu gibi, birim fiyat teklif cetvelinde yer almayan bir kısım imalatların da değişmesi söz konusu olabilir.

Uygulama projesine dayalı anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen işlerde, uygulama projesinin³⁹³ ayrıntılı olmak zorunda olduğu, yapılacak işin niteliklerinin ve gereklerinin ayrıntılı şekilde teknik şartnamelere ve mahal listesine yansıtılması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak yine de, işin devamı sırasında

³⁹⁰ Gökyayla, s. 80; Gök, s. 438; Aydemir, s. 130.

³⁹¹ Gökyayla, s. 83; Gök, s. 438.

³⁹² Gök, s. 438.

³⁹³ 4734 sayılı KİSK 4. maddesine göre; uygulama projesi, belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi ifade etmektedir.

yapılmasına ihtiyaç duyulan yasada belirtilen sınırlar dâhilinde ek işler söz konusu olabilir.

Yasa koyucu tarafından, birim fiyat usulü ile anahtar teslimi götürü bedel sözleşme usulleri arasındaki fark da gözetilerek, ek işlerin oranı farklı düzenlenmiştir.

4735 sayılı kanun anlamında ek iş artışının söz konusu olabilmesi için, yine artışa konu işlerin yaptırılmasında zorunluluk bulunmalıdır. Bu zorunluluk, iş artışının yapılmadan işin tamamlanmasının mümkün olmamasıdır. Yine ek işlerin, sözleşmeye esas proje içinde kalması ve yasal sınırlar dâhilinde işin tamamlanması amacıyla yaptırılması gerekmektedir³⁹⁴. Ek işler, sözleşmeye esas projenin içinde kalan, yapılmadığı takdirde asıl işin fiziki, teknik ve fonksiyonel anlamda eksikliğine sebebiyet veren nitelikteki işler olmalı, aynı zamanda bu işlerin idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrı ihale edilmesinin teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması gerekmektedir. Bu anlamda, ek işlerin yeni bir ihale konusu yapılması yeni teknik çalışmaları, projelendirmeyi, ölçümlemeyi, fiyatlandırmayı gerektirerek idareyi teknik anlamda külfete sokacaktır. Yine ek işlerin ayrı bir ihale konusu yapılması halinde ortaya zaman kaybı çıkacak, yapım işinin konusu yapı

³⁹⁴ **Aydemir**, s. 131; **Gökyayla**, s. 82; **Selimoğlu**, s. 207; **Gencer Hüseyin**, Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde Yasal İş Artışı ve Yeni İş Kalemi Birim Fiyatının Düzenlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar ile Yeni İş Kalemi Pursantaj Oranının Düzenlenmesine Yönelik Yaklaşımlar, (www.e-kutuphane.imo.org.tr), s. 204.

kullanıma açılmayacak, yeni ihale masrafları söz konusu olacak ve bu da idareyi ekonomik olarak külfete sokacaktır³⁹⁵.

Nihayet, ek işler, iş sahibi idare tarafından keyfi olarak değil 4735 sayılı kanunun 24. maddesinde belirtilen oranlar dâhilinde yapılabilecektir. İdarenin bu konudaki takdir hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekmektedir. Anılan hükümdeki ek iş açısından oran sınırlaması yapılması idarenin mali disiplini ile bir konu olup, belirlenen oranların idareler tarafından aşılması hedeflenmektedir. Aksi halde, kanunda belirlenen sınırların aşılması idareyi yükleniciye karşı sorumluluktan kurtarmaz³⁹⁶.

Ancak, yüklenici her zaman ek işlerin 4735 sayılı Kanunun 24. maddedeki özellikleri taşımadığına yönelik iddiaları söz konusu olabilir ve yüklenici yargı önünde bu iddialarını kanıtlayarak, taleplerinde haklılık kazanabilir. Bu nedenle, iş sahibi idare tarafından 4735 sayılı Kanunun 24. maddesi hükmü doğru değerlendirilmeli ve uygulanmalıdır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesine dayanılarak çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 12. ve 13. maddelerinde, bir yapım işine ilişkin projelerin hazırlanması ve uygulanması aşamasında idarenin değişiklik yapma hakkında sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Genel şartnamede tek taraflı olarak

³⁹⁵ Gök, s. 440.

³⁹⁶ Gökyayla, s. 83; Aydemir, s. 131.

sadece idareye projede değişiklik yapma hak ve yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye dayanarak iş sahibi, işin azaltılmasını da sağlayabilir³⁹⁷.

Ş.4. İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE EK İŞİN HUKUKİ AÇIDAN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ

İş değişikliği ya taraflarca imzalanan bir sözleşme ile, iş sahibinin tek taraflı yenilik doğuran hakkını kullanması ile, ya da yüklenicinin bu konuda yetkisi olmaksızın yaptığı iş değişikliği veya ilave işler (vekalet iş görmeler) ile olabilir.

I. Sözleşme Kurulurken Ek İş Veya İş Değişikliği Yapma Hakkının Tanınması

Daha sözleşme kurulurken, eserin meydana getirildiği sırada değişiklik veya ek iş yapma hakkı taraflara tanınabilir. Bazı inşaat sözleşmelerinde bu hakkın iş sahibine tanındığı görülmektedir. Fakat iş değişikliği ya da ek iş yapma hakkı yükleniciye de tanınabilir³⁹⁸.

Taraflara tanınmış olunan bu hakkın sınırsız olarak kullanılabilceğini kabul etmek doğru değildir. Özellikle BK 19/I ve Medeni Kanununun 23. maddesine göre değişiklik yapma hakkının sınırlandırıldığı kabul edilmelidir³⁹⁹.

³⁹⁷ Gökyayla, s. 118.

³⁹⁸ Gökyayla, s. 55.

³⁹⁹ Gökyayla, s. 55; Kaplan, Seminer, s. 145; Baygın, s. 56, 57.

Aynı zamanda bu hak sözleşmenin amacı doğrultusunda kullanılmalıdır⁴⁰⁰. Ek iş ve iş değişikliği yapma hakkının bu şekilde sınırlanması dürüstlük kuralının da bir gereğidir.

Uyuşmazlık halinde, ek iş veya iş değişikliği konusunda yetki veren sözleşme hükmü⁴⁰¹ ile sözleşmenin geneli yorumlanarak çözüme ulaşılmalıdır.

Uygulamada, özellikle büyük inşaat işlerinde iş sahibi ve yüklenici haricinde, sözleşmelerde bir de mühendis kavramına rastlanılmaktadır. Mühendis iş sahibi tarafından atanır ve onun vekili sıfatını taşır. İş sahibinin bir mühendis atamasının nedeni, mühendisin icra edilecek iş ile ilgili gerekli teknik bilgiye sahip olması, iş sahibinin gerekli eylem ve işlemleri bizzat yapamayacak durumda bulunmasıdır. Mühendis, yapılan işi denetlediği gibi, onay makamı olarak da hizmet eder. İş değişikliği yapma hakkı sözleşme ile mühendise de bırakılabilir. İş sahibinin mühendisin kararını onaylama hakkını saklı tutması da mümkündür⁴⁰².

⁴⁰⁰ Gökyayla, s. 55.

⁴⁰¹ Gökyayla, s. 56.

⁴⁰² Gökyayla, s. 56; Kaplan, Seminer, s. 145; Baygın, s. 57.

II. Ek Sözleşme İle Kararlaştırılan İş Değişikliği

Tarafların aralarında yapacakları ek sözleşme ile yüklenicinin sözleşmedeki eser meydana getirme ediminde değişiklik yapmaları mümkündür. Söz konusu değişiklik teklifinin yükleniciden ya da iş sahibinden gelmesi önemli değildir⁴⁰³.

Yüklenicinin özen borcu BK 356/I'de düzenlenmiş olup, anılan hükme göre; yüklenicinin sorumluluğu genel olarak işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir. Bu madde ile, hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümünü düzenleyen BK 321/III maddesine atıf yapılmıştır. BK 321. maddesine göre; işçinin özen yükümünün derecesi sözleşmeye tayin edilir ve işçinin o iş için sahip bulunduğu ve iş sahibinin bildiği ve bilmesi gereken bilgi derecesi ve mesleki nitelikleri göz önünde bulundurulur. Hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında önemli farklar mevcuttur. Yüklenici mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahip, işinin ehli bir kişi olup, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatı ile bağlı değildir. Bu nedenle, yükleniciden işçiye oranla çok daha fazla bir özen beklenir⁴⁰⁴. İşçi her zaman uzman kişi olmayabilir. Ancak, yüklenici her zaman konusunda uzman ve yeterli bilgi birikimine sahip bir kişidir.

Yüklenici belirli bir uzmanlığa sahip bir kişi olduğundan, eserin yapımı esnasında gerekli olan bazı değişiklikleri ve ek işleri iş sahibine teklif etmesi

⁴⁰³ Baygın, s. 55; Kaplan, Seminer, s. 144; Gökyayla, s. 57.

⁴⁰⁴ Aral, s. 348.

mümkündür. Yine iş sahibi de kendi isteği ile bazı iş değişiklikleri ve ek işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir.

Taraflar sözleşme değişiklikleri için özel bir şekil öngörmüşlerse, yapılacak ek sözleşmenin de BK 16/I maddesine göre, bu şekle uygun olması gerekmektedir⁴⁰⁵. Kanunen yazılı şekilde yapılması söz konusu olan bir sözleşmede değişiklik yapılması söz konusu ise, yapılacak ek sözleşmenin de BK 12. maddesi gereğince, yine aynı şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁴⁰⁶.

Özellikle sözleşme ile üstlenilen işi ağırlaştıran değişikliklerin şekle uygun olarak yapılması önem taşır⁴⁰⁷.

Tarafların anlaşması gereği bir şekle tabi yapılmış olan bir eser sözleşmesinde (rızaî şekil) değişiklik yapılması için aynı şekle uyulması zorunluluğu yoktur. BK 12. maddesi hükmü rızai şekli kapsamaz.

Sözleşmede değişiklik yapmayan ve sözleşmeye aykırı düşmeyen ek işlere ilişkin, tamamlayıcı ek anlaşmalar taraflarca zımnen kabul edilmiş sayılabilirler. Ancak, bu konuyu belirlerken dikkatli davranmak gerekmektedir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ **Gökyayla**, s. 66; **Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 259.

⁴⁰⁶ **Gökyayla**, s. 66.

⁴⁰⁷ **Gökyayla**, s. 66; **Eren**, Borçlar Hukuku, s.258, 259.

⁴⁰⁸ **Gökyayla**, s. 58; **Kaplan**, Seminer, s. 144; **Baygın**, s. 55.

Ek sözleşmenin yapılmış olması, bir taraftan ek iş veya iş değişikliği yapılmasının taraflarca kabul edilmesine, diğer taraftan da ilk sözleşme ile ilgili bazı taleplerden sarfınazar edilmesi sonucunu doğurabilir. Örneğin, ek sözleşmenin yapılması, asıl sözleşmeye ilişkin gecikmelere rıza gösterildiği anlamına gelebilir⁴⁰⁹.

III. İş Sahibinin Tek Taraflı İş Değişikliği Yapma Hakkı

İş sahibinin tek taraflı iş değişikliği yapma hakkı, iş sahibinin yükleniciye yöneltmesi ve ulaşması gereken değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki tek taraflı irade beyanına dayanır. İş sahibi bu hakkını kullanarak yüklenicinin edim borcunda bir değişiklik yapmaktadır. Bunun gibi, edim konusunun içeriğinin somutlaştırılmasına hizmet eden, edim konusunu belirleme hakları değiştirici yenilik doğuran haklardır⁴¹⁰. Diğer bir görüşe göre; iş sahibinin iş değişikliği yapma hakkı bozucu yenilik doğurucu bir hak olarak tanımlanmaktadır⁴¹¹. Ancak, bozucu yenilik doğuran haklar, kullanılması ile birlikte bir hal veya hukuki ilişkiyi sona erdirmektedirler. Ancak, iş sahibinin tek taraflı değişiklik yapma hakkı, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirmeyip sadece edimin içeriğini değiştirmekte veya düzenlemektedir. Bu nedenle, kanaatimizce yenilik doğuran hakların kullanılmasında meydana getirdikleri etkiye göre yapılan ayırmda değiştirici yenilik doğuran hak sınıfına sokulması daha isabetlidir.

⁴⁰⁹ **Gökyayla**, s. 58.

⁴¹⁰ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 193; **Gökyayla**, s. 65.

⁴¹¹ **OĞUZMAN Kemal / Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul 1998, s. 126; **Baygın**, s. 56.

Aksi taraflarca kararlaştırılmamış ise, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak, yazılı bir sۆzleřmede değişiklik yapan yenilik doğuran hakkın da yine yazılı olarak kullanılması gereklidir⁴¹².

İş sahibinin tek taraflı iş değişikliği yapma hakkı kanundan, sۆzleřme hۆkmünden ya da tarafların farazi iradelerinden ortaya çıkabilir.

BK'nun eser sۆzleřmesine ilişkin 355 vd. maddelerinde iş sahibine tek taraflı iş değişikliği yapma hakkı tanınmamıştır. İş sahibinin sadece BK 369. maddesine gۆre, yapımı devam eden eserin yapımından yۆklenicinin tۆm zararını ۆdeyerek tek taraflı olarak vazgeçme hakkı vardır. Ancak, bu hak tek taraflı değişiklik yapma anlamında olmayıp sۆzleřmeyi ileriye yۆnelik fesih hakkıdır.

Son olarak, iş sahibinin tek taraflı değişiklik yapma hakkı tarafların farazi iradelerinin yorumundan da çıkabilir. Sۆzleřmede, iş sahibine tek taraflı değişiklik yapma hakkı konusunda açık bir kayıt yoksa iş sahibinin doğruluk ve dۆrۆstlۆk kuralları gereği, makul değişiklikleri yapma hakkının olduğu kabul edilmelidir. Sۆzleřmede bu konuda bir kayıt yoksa iş sahibinin en azından kaçınılması mۆmkün olmayan, eserin amacına uygun olarak tamamlanması için gerekli değişiklikleri yapma hakkının olduğu tarafların farazi iradelerinden çıkarılabilir. Tabii bu durumda, yۆklenicinin de çıkar dengesi gۆzetilmelidir.

⁴¹² **Kaplan**, Seminer, s. 144; **Baygın**, s. 56.

İş sahibinin talep hakkı konusunda bazı sınırlamaların bulunduğu kabulü zorunludur. Bu sınırlamalar şu şekilde özetlenebilir,

- İş sahibinin talebi, eserin yapım süresini aşırı derecede uzatmamalıdır. Örneğin, normal süresi bir yıl olan bir eser sözleşmesinde, iş sahibinin sürekli iş değişikliği veya ek iş talepleri nedeniyle yapım süresi 5 yıla uzayacaksa, artık yüklenicinin hala bu talepleri yerine getirmek zorunda olduğu söylenemez.⁴¹³

- İş sahibinin talebi yeni bir iş oluşturmamalıdır. Aksi halde, ek işten değil, yeni işten söz edilebilir, ve bu yeni işi yüklenici kabul etmek zorunda değildir.

- Çok fazla sayıda iş değişikliği veya ek iş talebinde bulunmak asıl işin niteliğine uygun düşmeyebilir⁴¹⁴.

-Yüklenicinin teknik olarak üstesinden gelemeyeceği işler kendisinden beklenmemeli ve talep edilmemelidir⁴¹⁵.

İş sahibinin yukarıda sıralanan özellikteki değişiklik veya ek iş tekliflerini yüklenici yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, yine iş sahibi iş değişikliği ya da ek iş için ücret teklif etmediği ya da yüklenicinin ücret istemesine karşın iş sahibinin

⁴¹³ Gökyayla, s. 362.

⁴¹⁴ Gökyayla, s. 362.

⁴¹⁵ Gökyayla, s. 362.

ücret ödemekten kaçındığı hallerde de yüklenici iş sahibinin bu tekliflerini yapmak zorunda değildir⁴¹⁶.

IV. Yüklenicinin Bu Konuda Bir Mezuniyeti Olmaksızın İş Değişikliği veya Ek İşler Yapması

Yüklenici, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir yetkisi bulunmamasına rağmen sözleşme dışı ek iş veya iş değişikliği yapmış ise, bu durum vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir⁴¹⁷.

Uygulamada genellikle, eser sözleşmesinde sözleşme dışı yapılan işler, eserle birlikte iş sahibi tarafından benimsenir ve kabul edilir. Bu durumda, iş sahibinin yapılan bu işlere onay verdiği anlamı çıkar ve bu işlerin ücreti yükleniciye ödenmelidir⁴¹⁸.

İş sahibinin, yapılan bu ilave işlere onay verdiği kabul edildiğinde, taraflar arasında bu işlerin ücretinin nasıl tespit edileceği hususunda önceden yapılmış bir anlaşma yok ise, yükleniciye ödenecek ücret BK 366. maddesine göre belirlenmelidir. Buna göre; ilave işlerin ücreti, yapılan işin kıymetine ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenir.

⁴¹⁶ **Gökyayla**, s. 367.

⁴¹⁷ **Baygın**, s. 58.

⁴¹⁸ **Karahasan**, İnşaat, s. 393.

Arsa payı karşılığı inşaat yapma sözleşmelerinde, yüklenici tarafından gerek arsa sahibinin (iş sahibinin) bilgi ve muvafakatı ile, gerekse varsayılan icazeti ile, inşaatın sözleşmedeki kapsamından büyütülmesi halinde, taraflarca bu konuda kararlaştırılmış bir hüküm olmadıkça, büyüyen bu kısma da taraflar sözleşmede kararlaştırdıkları paylaşım oranında sahip olurlar⁴¹⁹.

Sözleşmede arsa sahibine verilecek bağımsız bölümler belirlenip, arsa üzerindeki inşaatın kapsamı sınırlandırılmadan, kalan bağımsız bölümlerin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmış ise, yüklenici kendi iradesine terk edilen ve yasal olanaklar elverdiğince, yapacağı inşaattaki, arsa sahibinin sınırlanan payı dışında kalan diğer tüm bağımsız bölümlerin maliki olur. Böyle bir anlaşmada inşaat kapsamı sınırlandırılmadığından, kazanılmış daire söz konusu olamaz. Arsa sahibi, arsası karşılığında almayı kabul ettiği bağımsız bölümlerden fazlasını talep edemez. Bununla birlikte, yüklenicinin fazla kısımla ilgili yaptığı giderler de dikkate alınmaz⁴²⁰.

§.5. İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VEYA EK İŞLER NEDENİYLE GÖTÜRÜ ÜCRETİN AŞILMASI

Sözleşmede götürü ücretin kararlaştırıldığı hallerde, ek iş veya iş değişikliği yapılması götürü ücretin niteliğini değiştirmez⁴²¹. Fakat, bu ek iş veya iş değişikliği

⁴¹⁹ **Kostakoğlu**, s. 1181.

⁴²⁰ **Kostakoğlu**, s. 1182.

⁴²¹ **Gökyayla**, s. 259; **Baygın**, s. 40.

nedeniyle ücret talep edilemeyeceği anlamına gelmez. Ek iş veya iş değişikliği nedeniyle, kural olarak kararlaştırılan ücret türünden bağımsız olarak yüklenici ek ücrete hak kazanır⁴²².

Ek iş veya iş değişikliği yaparken yüklenici, kendisinden katlanması beklenmeyecek masraflar yapmaktadır⁴²³. Gerçekten de, başlangıçta kararlaştırılmayan ek işler veya iş değişiklikleri nedeniyle yüklenici malzeme kullanımı, personel sayısını arttırabilir, iş süresini uzatabilir.

Ancak, yüklenicinin yaptığı her türlü masraf ek iş veya iş değişikliği yaptığı anlamına gelmez. Örneğin, maliyet unsurlarını başlangıçta isabetli olarak hesaplayamaması, malzeme ve personel giderlerinin artması, işin yürütülmesi sırasında yanlışlıklar yapılması, yüklenicinin kendisinin temerrüde düşmesi, ayıplı ifada bulunulması gibi hallerde fazla masraf yapılabilir, fakat bunlar ek iş niteliğinde olmadığı için iş sahibinin ücret ödeme borcunda artışa neden olmaz⁴²⁴.

İş değişikliği yapılmasında, işin kapsamı bakımdan artış olabileceği gibi, ek işten farklı olarak kapsamın daraltılması da söz konusu olabilir. Ücretin birim fiyat esasına göre belirlendiği eser sözleşmelerinde, işin kapsamının daraltılması ücretin tespitinde zorluk yaşanmaz⁴²⁵.

⁴²² Gökyayla, s. 259.

⁴²³ Gökyayla, s. 259.

⁴²⁴ Gökyayla, s. 260.

⁴²⁵ Gökyayla, s. 295.

Gökyayla'ya göre⁴²⁶; işin kapsamının daraltıldığı iş değişikliği hallerinde, BK 365/III hükmünün sözleşmede kararlaştırılan işin değiştirilmesi halinde ücrette değişiklik yapıp yapılmayacağını değil, işin daha düşük maliyet ile yapılması halinde ücretin indirilmeyeceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, BK 365/III hükmünün doğrudan doğruya iş değişikliği halinde uygulanması mümkün değildir.

Kanaatimizce, birim fiyat esasının kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, iş değişikliği nedeniyle işin kapsamının daraltılması halinde sorun yoktur. Şöyle ki, birim fiyat esasının kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, yüklenici baştan beri ne kadar birim iş yapacaksa, onun ücretini alacağını bilmekte ve bunu kabul etmektedir. Bu nedenle, iş değişikliği nedeniyle işin kapsamı daralır, ücretten de o oranda indirim yapılmasında hakkaniyete aykırı bir durum yoktur. Ancak yüklenici, eğer yapımından vazgeçilen işler için herhangi bir masraf yapmış ise, (malzeme, nakliye vb. masraflar) bunun bedelini iş sahibinden isteyebilir. Bununla birlikte, anahtar teslim götürü ücretin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde, yüklenicinin kendisinden kaynaklanmayan, iş sahibinin talebi üzerine yapılan iş değişikliği sonucu işin kapsamının daralması söz konusu olursa, yüklenici götürü ücretin tamamını almalıdır. BK 365/III hükmü, yapılacak eserin önceden tahmin edilenden daha az masrafla yapılması halinde götürü ücrette indirim yapılamayacağını düzenlemektedir. Hükmün uygulanması için daha az masrafın hangi nedenden kaynaklandığının bir önemi yoktur. Kaldı ki, iş sahibi kendi iradesi ve isteği ile işin kapsamını daraltan bir değişiklik yapmış ise, yükleniciye ödenecek ücrette indirim

⁴²⁶ **Gökyayla**, s. 295, 296.

yapılmamalıdır. İş değişikliği nedeniyle işin kapsamı daralmış olsa bile, nasıl ki yüklenici eseri tam ve kullanıma elverişli bir şekilde iş sahibine teslim etmekle yükümlüyse, iş sahibi de götürü ücreti tam olarak yükleniciye ödemekle yükümlüdür.

Yine iş sahibinin tek taraflı bir seçimi sonucu yüklenicinin karının azaltılmaması gereği de bu düşünceye bir gerekçe oluşturabilir.

I.Sabit (Anahtar Teslim) Götürü Ücretin veya Global Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde

Eser sözleşmesinde götürü ücretin kararlaştırılmasıyla, bir taraftan iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği ücret sınırlanırken, diğer taraftan yüklenici tarafından ifa edilecek işin kapsamı sınırlandırılmış olur. Her iki sınırlama da birbirine bağlıdır. Söz konusu sınırlardan birinde meydana gelecek değişiklik, diğerinin de değişmesine neden olur⁴²⁷.

Götürü ücretin kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, kural olarak işin kapsamı dahilindeki işlerin maliyetinin artmasının riski yüklenicinin, kapsam dışında yapılacak işlerin maliyetine ilişkin riskler iş sahibinin üzerindedir. İşin kapsamına dahil olan işler için, başlangıçta öngörülenden daha fazla emek ve masraf gerekse bile, yüklenici götürü ücretin arttırılmasını isteyemez⁴²⁸. Buna karşın

⁴²⁷ Gökyayla, s. 261.

⁴²⁸ Gökyayla, s. 262.

sözleşme kurulurken öngörülenden fazla iş yapılmasından kaynaklanan her türlü riski yüklenicinin taşıyacağını düşünmek doğru değildir⁴²⁹. Sözleşmede kararlaştırılmayan bu işler, sözleşmede kararlaştırılan ücretin de kapsamında değildir⁴³⁰. Yüklenici tarafından ifa edilecek bu tür ek işler ve iş değişiklikleri için ayrıca ücret ödenmesi gerekmektedir⁴³¹.

Anahtar teslimi götürü ücret kararlaştırılan sözleşmelerde, yapılan işlerin sözleşme kapsamında yer almadığını ve ek iş olduğunu ispat yükü, ücret talebinde bulunan yüklenicidedir.

Taraflar sözleşmede, işin kapsamını kalem kalem belirlemiş olabilirler. Bu halde sözleşmede belirtilmeyen her iş ek iş olarak nitelenmelidir.

Taraflar sözleşmede işin kapsamını genel olarak da belirlemiş olabilir. İşlerin ayrıntılı, kalem kalem sıralanmadığı bu halde, yüklenici tarafından edim sonucuna ilişkin faaliyetlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu konuda riski yüklenici taşır⁴³².

⁴²⁹ Gökyayla, s. 262.

⁴³⁰ Gökyayla, s. 262; Gürpınar, s. 59.

⁴³¹ Gökyayla, s. 263; Kaplan, Seminer, s. 130,131; Gürpınar, s. 60.

⁴³² Gökyayla, s. 263.

Gökyayla'ya göre⁴³³; anahtar teslim götürü ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, yüklenicinin ek iş nedeniyle ücrete hak kazanabilmesi için, yapılan değişikliğin işin kapsamına da etkisi belirlenmelidir. Örneğin iki milyon bedelli bir işte, iş sahibinin talimatı ile 1000-TL tutarında ek iş yapılması, yükleniciye ek ücret talep etme hakkı vermez. Zira, sözleşmenin kapsamına nazaran yapılan ufak tefek değişiklikler ayrıca ücret talep etmeksizin yüklenici tarafından yapılmalıdır. Ancak, çok sayıda ufak tefek değişiklikler ek ücreti gündeme getirebilir.

Kanaatimizce, yapılan değişiklik ufak tefek de olsa, ek iş niteliğindeyse yüklenici ek ücret talep edebilmelidir. İki milyon bedelli bir sözleşmede 1000-TL değerinde bir ek iş bile yapılırsa, bu işi sözleşme kurulurken yüklenici iş sahibine taahhüt etmemiştir. 1000-TL gibi ufak bir rakam olsa bile, yüklenicinin kendi kazanç beklentisini 1000-TL azaltması kendisinden beklenemez. Bir işin ek iş sayılması için, asıl işe oranla büyük ya da küçük olmasının bir önemi yoktur.

Global götürü ücret türü de, götürü ücretin özel bir türü olup, taraflar arasında yine sabit bir götürü ücret belirlenir. Sadece sözleşmeye, sözleşme imzalanırken kararlaştırılan götürü ücretin işçi ücretleri, malzeme fiyatları, enflasyon, döviz kurları vb. sebeplerle maliyetler artarsa götürü ücretin de artacağı şartı konulur. Bu nedenle, global götürü ücret hakkında da sabit götürü ücret hakkında yapılan açıklamalar geçerlidir.

⁴³³ *Gökyayla*, s. 264.

II. Birim Fiyat Esasının Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde

Birim fiyat esasının kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, ücretin miktarı yüklenicinin yapacağı işin miktarı ölçülerek, sayılarak, tartılarak yapılır⁴³⁴. Sabit birim fiyatlı ücrette, toptan götürü ücretten farklı olarak meydana getirilecek eserin karşılığı değil, her bir birim karşılığı kararlaştırılır⁴³⁵. Bu nedenle, yapılan işin kapsam dışı olup olmadığı konusunda bir sıkıntı yaşanmayacağı gibi, hesaplamada da bir sıkıntı yaşanmaz⁴³⁶.

§.6. İŞ DEĞİŞİKLİĞİ VEYA EK İŞLER NEDENİYLE ÖDENECEK ÜCRETİN BELİRLENMESİ

İş değişikliği ve ek işlerin bedellerinin tespiti ve ödenmesi hususunda, taraflarca ücretin belirlenmiş olup olmadığına, kamu ihaleleri ile münhasıran özel hukuk hükümlerine tabi eser sözleşmelerinde ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

I. Sözleşme Hükümlerine Göre Ücretin Belirlenmesi

İş sahibi ile yüklenici aralarında imzaladıkları eser sözleşmesinde, iş değişikliklerinin ve ek işlerin bedellerinin ödenmesi konusunu serbestçe düzenleyebilirler⁴³⁷.

⁴³⁴ Gökyayla, s. 267; Kaplan, Seminer, s. 134.

⁴³⁵ Gökyayla, s. 268.

⁴³⁶ Gökyayla, s. 268.

⁴³⁷ Kaplan, Seminer, s. 148.

Taraflar arasında bir anlaşmanın bulunduğu ya da tarafların farazi iradesine göre ek işin yapıldığı veya iş sahibinin talimat verme yetkisine sahip olduğu hallerde ücretin sözleşme hükümlerine göre hesaplanması gerekir. Teknik ve idari açıdan zorunlu olarak veya iş sahibinin menfaatlerinin korunması, onun zarar görmesinin engellenmesi amacıyla ek iş yapılan hallerde de ücret sözleşme hükümlerine göre hesaplanmalıdır⁴³⁸.

Birim fiyat esasına göre ücretin belirlendiği eser sözleşmelerinde, ne kadar fazla iş yapıldığının tespiti ve ödenecek ücretin belirlenmesi, sözleşme hükümlerine göre kolaylıkla tespit edilebilir⁴³⁹.

Sözleşme anahtar teslimi götürü ücret esasına dayanılarak kurulmuş ise, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa ücret BK 366. maddesine göre; işin değeri ve yapılan masraflara göre belirlenmelidir⁴⁴⁰.

Yerleşik Yargıtay kararına göre de; yapılan ek işlerin bedelinin, yapıldığı tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre hesaplanması gerekmektedir⁴⁴¹

⁴³⁸ Gökyayla, s. 272.

⁴³⁹ Gökyayla, s. 272.

⁴⁴⁰ Gökyayla, s. 272; Gürpınar, s. 100; Kaplan, Seminer, s. 148.

⁴⁴¹ “...taraflar arasındaki sözleşmede yazılı işlerin Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi gereğince sözleşme fiyatları içinde değerlendirilmesi, sözleşme dışında yapılan işlerin ise Borçlar Kanunu'nun 366. maddesi gereğince yapıldığı yıl mahalli rayiçleriyle bedellerinin ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir. Bu açıklamalar ışığında mahkemece yapılacak iş; sözleşme dışında yapılan işlerin bedelinin yapıldığı yıl mahalli rayiçleriyle belirlenmesi, sözleşme kapsamındaki işler ise sözleşme

II. Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Ücretin Belirlenmesi

Yüklenici iş sahibinin talebi olmaksızın ya da iş sahibi ile anlaşmaksızın ek iş yaparsa BK 413. maddesi gereğince ücretin arttırılmasını talep edebilir⁴⁴². Vekaletsiz iş görme her ne kadar, BK'nda akdin muhtelif neveleri başlığı altında (BK m. 410-415) düzenlenmiş olsa da, bir sözleşme tipi değildir⁴⁴³.

Vekaletsiz iş görmede, bir işin görülmesi, bu işin başkasına ait olması, iş görenin vekaletinin bulunmaması ve iş görme iradesinin bulunması gerekmektedir⁴⁴⁴. İş görenin, iş sahibinin çıkarına uygun olarak giriştiği ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı bulunmayan iş görmeler gerçek (caiz) vekaletsiz iş görmelerdir. İş görenin kendi kararıyla iş sahibinin çıkarına hizmet amacıyla giriştiği, ancak gerçekte bu çıkarın yapılmasını gerektirmediği ya da iş sahibinin yasaklamasına aykırı olan iş görme de gerçek olmayan (caiz olmayan) vekaletsiz iş

fiyatlarıyla değerlendirilerek, davacının talebe hak kazandığı alacak tutarının bilirkişilere yeniden hesaplandırılması, bulunacak bu miktardan ihtilafsız ödeme tutarı olan 57.500,00 YTL ile sözleşmenin 7. maddesinde kararlaştırılan gecikme cezası tutarı ve eksik kusurlu işler bedeli mahsup edilerek sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir. ” (Yargıtay 15. H.D. 28.10.2008 t., 2007/6165 E. ve 2008/6372 K.)(Kazancı İçtihat Programı).

⁴⁴² Gökyayla, s. 274; Tandoğan, Borçlar, s. 238; Gürpınar, s. 60.

⁴⁴³ Arsebük Esat, Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler, AÜHFD, Yıl:1948, Cilt:5, Sayı:1-5, (S.85-153), s. 86.

⁴⁴⁴ Gökyayla, s. 275; Tandoğan, Borçlar, s. 678.

görmedir⁴⁴⁵. Caiz olmayan vekaletsiz iş görmeye icazet verilmesiyle iş görme caiz hale gelir⁴⁴⁶.

Gerçek vekaletsiz iş görmede, iş gören işin gereklerinin yapılmasını haklı gösterdiği zorunlu ve yararlı giderlerinin ödenmesini isteyebilir. Bununla birlikte, bir sözleşme gereğince ücret karşılığında yapılması mutad olan işlerde iş görenin ücret isteminde bulunmaya hakkı vardır⁴⁴⁷. Bu gibi işler, genellikle bir kimsenin mesleki faaliyeti çerçevesine giren işlerdir⁴⁴⁸.

Gerçek olmayan, iş sahibinin menfaatine olmayan ve yasaklamasına rağmen yapılan iş görmede, iş gören iş sahibinin mamelekindeki zenginleşme oranında masraflarının ödenmesini ve ücretini isteyebilir⁴⁴⁹. Vekaletsiz iş görmenin her iki çeşidinde de, iş sahibi tarafından onay verilmesi durumunda, iş görmenin ilgili olduğu sözleşme uygulama alanı bulacaktır⁴⁵⁰. Bununla birlikte, iş sahibinin talimatının bulunmamasına rağmen, özellikle sadakat ve özen borcunun gereği olarak, iş sahibinin maruz kalması muhtemel bir zararı önlemek için veya zorunlu

⁴⁴⁵ **Karahasan**, İnşaat, s. 392; **Tandoğan**, Borçlar, s. 678; **Gökyayla**, s. 275.

⁴⁴⁶ **Gökyayla**, s. 276; **Tandoğan**, Borçlar, s. 678.

⁴⁴⁷ **Karahasan**, İnşaat, s. 392; **Tandoğan Haluk**, Vekaletsiz İş Görenin Ücret Talebi A.Ü.H.F.D. C.XII 1955,Sa.1-2 sh.384-381, s. 389.

⁴⁴⁸ **Tandoğan**, Vekaletsiz, s. 390.

⁴⁴⁹ **Karahasan**, İnşaat, s. 392; **Tandoğan**, Vekaletsiz, s. 389; **Gökyayla**, s. 274.

⁴⁵⁰ **Karahasan**, İnşaat, s. 392; **Tandoğan**, Borçlar, s. 678.

olarak sözleşme kapsamını aşan bir işi ifa eden yüklenicinin yaptığı ek işin karşılığı vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre belirlenmelidir⁴⁵¹.

Vekaletsiz iş görenle iş sahibi arasında ücret hakkında önceden yapılmış bir anlaşma olmaması halinde, bu durum iş görenin ücret istemesine engel olmamalıdır. Çünkü, çoğunlukla taraflar sözleşme yapmaya imkan bulamadıkları hallerde vekaletsiz iş görme söz konusu olur ve taraflar önceden sözleşme yapsalardı iş sahibinin bir ücret vermeye razı olacağı haller mevcuttur. Bu gibi durumlarda, önceden ücret konusunda bir anlaşma yapılmadığı gerekçesi ile iş sahibinin hizmetinin karşılığını alamaması hakkaniyete uygun olmaz⁴⁵².

Gökyayla'ya göre⁴⁵³; başlangıçta sözleşmede yer almayan ve sonradan da kararlaştırılmayan bir ek iş yapıldığında, bunun bedelinin sözleşme hükümlerine göre talep edilemez ve bu durumda vekaletsiz iş görme hükümlerine ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ücret hesaplanmalıdır. Yüklenici iş sahibinden izin almadan ve aynı zamanda iş sahibinin çıkarına da olmayacak şekilde ek iş yaparsa BK 61 vd. hükümlerine göre talepte bulunabilir. *Gökyayla* örnek olarak da, sosyal konut amaçlı yapılan bir inşaatda dairelere lüks şömine konulması halinde, yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilir. Yine iş sahibinin geçerli

⁴⁵¹ **Gökyayla**, s. 275.

⁴⁵² **Tandoğan**, Vekaletsiz, s. 389.

⁴⁵³ **Gökyayla**, s. 284, 285.

bir yasaklaması bulunmasına rağmen, yüklenici ek iş yaparsa bunun bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir. Ücretin bu şekilde sebepsiz zenginleşme hükümlerine talep edilebildiği durumlarda, iş sahibinin malvarlığındaki artış karşılanmalıdır.

Kanaatimizce, sebepsiz zenginleşme hükümleri eser sözleşmesinin niteliğine uygun düşmeyecektir. Yüklenici iş sahibinden izin almadan ve aynı zamanda iş sahibinin de çıkarına olmayacak şekilde ek iş yaparsa, gerçek olmayan bir vekaletsiz iş görme söz konusu olur ve yüklenici iş sahibinin temellük etmek istediği faydalarla veya iş görme yüzünden mamelekinde meydana zenginleşme ile sınırlı olarak ücret isteyebilir⁴⁵⁴. Sebepsiz zenginleşmenin birincil sonucu zenginleşenin iade yükümlülüğüdür. BK 63. maddesi gereğince, sebepsiz zenginleşen kişinin iade yükümlülüğünden kurtulabilmesi için zenginleştiği şeyin elinden çıkmış olduğunu ispatlaması gerekmektedir⁴⁵⁵. Aksi halde, zenginleştiği şeyi iade etmelidir. Eser sözleşmesinde ise, ek işlerin iadesi çoğu zaman bu sözleşmenin niteliğine de, tarafların çıkarlar dengesine de uygun düşmemektedir. Gökyayla göre de, ücretin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebileceği hallerde iş sahibinin malvarlığındaki artış karşılanmalıdır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması halinde de bu sonuç değişmeyecek ve ücret iş sahibinin malvarlığındaki artış oranında belirlenecektir.

⁴⁵⁴ **Tandoğan**, Borçlar, s. 680.

⁴⁵⁵ **Kılıçoğlu**, s. 330.

Kanaatimizce, iş sahibinin açık bir talimatının ya da yasaklamasının olup olmadığı hususunda çekince söz konusu olur ise, yüklenici lehine yorum yapılmalıdır. Özellikle de, iş sahibi eseri teslim almış, yapılan ek işleri görmüş, kullanmış, ya da görmesi gereken makul süre geçmiş ise, bu süre içerisinde de bu işleri kabul etmediğini, yükleniciye bildirmemiş ise, artık yapılan işlere icazet vermiş olduğu kabul edilmelidir.

III .4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamına Giren Yapım İşlerinde

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24. maddesine göre, yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen bir durum nedeniyle iş artışının zorunlu olması, artışa konu işin esas proje içinde kalması, artışa konu işin asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, iş artışının sözleşmede kararlaştırılan ücrete etkisinin, anahtar teslimi götürü ücretli işlerde %10'una birim fiyatlı işlerde %20'sine kadar olması halinde ek iş yapılmasına izin verilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 2. maddesinde, bu şartnamenin 4734 sayılı KİK'na tabi idareler tarafından bu kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı KİSK'na göre anahtar teslimi götürü bedel veya birim fiyat sözleşmeye bağlanan yapım işlerinde uygulanacağı belirtilmiştir.

Ek işlerin fiyatlandırılması ve bedelinin ödenmesi konusunda YİĞŞ 23. maddesinin b bendinde, iş artışı dolayısıyla ortaya çıkan iş kalemlerinin fiyatlarının

da yeni birim fiyat oluşturulması sistemi içerisinde tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ **Gök**, s. 445; “Sözleşmede bulunmayan işlerin birim fiyatının tespiti Madde 23- a) Doğal afet sebebiyle ön veya kesin proje üzerinden sözleşmeye bağlanan işler ile işin yapımı sırasında arazi ve zemin etütleri gerektirmesi sebebiyle kesin proje üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği, ancak birim fiyat teklif cetvelinde fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedelleri,

b) Bu şartnamenin 22 nci maddesine göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri,

Yüklenici ile birlikte aşağıdaki usuller çerçevesinde tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

Yeni birim fiyatın tespitinde öncelik sırasına göre aşağıdaki analizler kullanılır :

a) Yüklenicinin birim fiyatların tespitinde kullanarak teklifinin ekinde idareye verdiği ve yeni iş kalemi ile benzerlik gösteren iş kalemlerine ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine benzerlik gösteren iş kalemlerine ait analizler.

c) Yeni iş kaleminin yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları ile işçi ve makinelerin çalışma saatleri esas alınarak oluşturulacak analizler.

Yukarıdaki analizlere öncelik sırası ile aşağıdaki rayiçler uygulanır :

1)Yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

2)İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

3) İdarece kabul edilmek şartı ile uygulama ayına ait Ticaret ve/veya Sanayi Odasının onaylanmış yerel rayiçleri.

Yeni birim fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni birim fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşmazlık ise, taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur. Yüklenici, birim fiyat uyuşmazlığı hakkındaki Bayındırlık Kurulunun kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır.

ArtıŖa konu iŖlerin hak ediŖe nasıl dâhil edilmesi gerektiği konusunda, özellikle anahtar teslimi götürü bedel iŖler açısından tereddütler yaŖanmaktadır.

Teklif birim fiyatlı iŖlerde, iŖ artıŖları kapsamında gerçekteŖtirilen iŖlerden bedeli birim fiyat teklif cetvelinde yer alanlar, diğer iŖ kalemlerinde olduğu gibi metraj hesaplamaları yapılarak miktarları belirlenecek ve ait oldukları teklif birim fiyatlar üzerinden hak ediŖe dâhil edilerek bedelleri ödenebilecektir⁴⁵⁷.

Fiyatları birim fiyat teklif cetvelinde yer almadığı için yeni birim fiyatları belirlenen iŖ kalemlerinde de, gerçekteŖtirilen imalatların metraj hesaplamaları yapılarak tespit olunan yeni birim fiyatlar üzerinden hak ediŖe dâhil edilecektir⁴⁵⁸.

Anahtar teslimi götürü bedel iŖlerde ise, artıŖa isabet eden iŖ kalemlerinin metrajlarının hesaplanması ve hak ediŖe iŖ kalemi bazında miktarları da gösterilmek suretiyle eklenecektir⁴⁵⁹.

Yeni birim fiyatın hesabında, (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması halinde, bu analizin temsil ettiği iŖ kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iŖ kalemi miktarının rayıçlara ve genel giderlere tesiri dikkate alınır.

İdare istediği takdirde sözleşme ve ekleri kapsamında bulunmayıp ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan iŖi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.”

⁴⁵⁷ **Gök**, s. 445.

⁴⁵⁸ **Gök**, s. 445.

⁴⁵⁹ **Gök**, s. 445.

Anahtar teslimi götürü bedel işlerde, yüklenici projede belirtilen tüm imalatları yapmayı üstlenmiş, projeyi hayata geçirmeyi yükümlenmiştir. Ek işler ihale aşamasında belli olmadığından, projede de yer almayan, işin devamı sırasında yapılma ihtiyacı duyulan işlerdir. Bu nedenle, ek işler projede yer almadığından yüklenicinin de sorumluluk alanı dışında bulunmaktadır. Bu nedenle, ek işlerin iş kalemi bazında tanımlanması, yapıldıkları mahallerin gösterilmesi, imalat metrajlarının çıkarılması ve bunların yeni birim fiyatlar bazında fiyatlandırılması gerekmektedir. Bu şekilde, ek işlerin nitelik, nicelik ve konumları orijinal projeye karşılaştırılarak uygunluk kontrollerinin yapılması mümkün olabilecektir⁴⁶⁰.

Sonuç olarak, anahtar teslimi götürü bedel sözleşme usulünde, sözleşmenin tarafları arasında herhangi bir ihtilafa meydan verilmemesi ve hukuki bir sorun çıkmaması için; uygulama projeleri, mahal listeleri ve porsantaj oranları listesinde bulunan imalat kalemlerinin birbiri ile uyumlu olması, uygulama projelerinin yeterli ayrıntıda olması, detay projelerinin eksiksiz olması ve de mahal listelerinde ve projelerde ihaleden sonra herhangi bir değişikliğe meydan verilmemesi gerekir⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ **Gök**, s. 446.

⁴⁶¹ **Gencer**, İş Artışı, s. 209.

SONUÇ

Her sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de sözleşme ilişkisine giren tarafların amaçları, sözleşmeyi imzalarken kararlaştırdıkları edimlerin ifası ile sözleşme ilişkisinin son bulmasıdır. Ancak, özellikle eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, sözleşme kurulduktan ve eserin yapımına başlandıktan sonra, bazen taraflar dışındaki koşulların değişmesiyle, bazen de tarafların kendi istek ve iradeleriyle sözleşmede değişiklikler yapılması gündeme gelebilmektedir. Sözleşmede değişiklik yapılmasını gerektiren bu gibi durumların söz konusu olması hali, yükleniciye ödenecek ücretin götürü olarak belirlenmesi durumunda ayrı bir önem arz etmektedir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, eser sözleşmesinin tanımı, niteliği, unsurları ve benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi konuları kısaca incelenerek, eser sözleşmesinin sınırları genel anlamda çizilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünün ikinci paragrafında, götürü ücret konusu incelenmiştir. Götürü ücret, ya kesin ve net bir rakamı, ya da taraflarca belirlenen projeye, çeşitli verilere, iş kalemlerine vb. kriterlere göre belirlenebilir, hesaplanabilir bir rakamı ifade etmektedir. BK'nun 365. maddesi, götürü ücreti düzenlemektedir. Anılan maddede götürü ücretin tanımı yapılmamış, ancak en önemli ayırıcı özellikleri sıralanmıştır. Götürü ücretin kararlaştırılması halinde kural, eserin bu ücrete yapılıp tamamlanmasıdır. Bu kuralın sonucu olarak, ne yüklenici daha fazla emek ve masraf yaptığını ileri sürerek ücretin arttırılmasını, ne de iş sahibi ısmarladığı eserin daha az masraf ve emekle yapıldığını ileri sürerek

ücretin indirilmesini isteyebilir. Götürü ücretin çeşitleri arasında, BK 365. maddesinde düzenlenen götürü ücretin tüm özelliklerini yansıtan ilk çeşidi anahtar teslim (sabit) götürü ücrettir. Anahtar teslim (sabit) götürü ücret, sözleşmenin başında kararlaştırılan belirli bir rakamdır. Götürü ücretin ikinci türü olan global (değişken) götürü ücrette de, yine taraflar sabit bir rakamı götürü ücret olarak belirlemişlerdir. Ancak, belirli iş kalemlerinde maliyetler artarsa götürü ücretin de artacağını kararlaştırmışlardır. Yine de, bu durum ücretin götürü olma özelliğini etkilemez. Birim fiyatlar üzerinden hesaplanan götürü ücret de, sabit götürü ücretin bir türü olup, iş ayrıntılı şekilde imalat kalemlerine bölünmekte, tüm imalatlar kalemlerinin toplanması ile götürü ücret hesaplanmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, BK 365. maddesinin II. fıkrasında düzenlenen, önceden öngörülemeyen veya taraflarca öngörülebilip de dikkate alınmayan olağanüstü haller söz konusu olduğunda, yüklenicinin ücretin arttırılması veya sözleşmenin feshini talep etme hakkı incelenmiştir. Sonradan ortaya çıkan taraflarca öngörülemeyen veya öngörülebildikleri halde göz ardı edilen, olmaz diye düşünülen hallerin neler olabileceği konusunda, doktrinde yer alan görüşlerden de yararlanılarak açıklamalarda bulunulmuştur. BK m. 365/II'nin uygulanabilmesi için çeşitli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle, taraflarca önceden tahmin edilemeyen, beklenilmeyen olağanüstü hallerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Olağanüstü haller denilince, ilk olarak akla mücbir sebep sayılan haller gelmektedir. Ancak, BK m. 365/II anlamındaki olağanüstü haller, mücbir sebep sayılan hallerden daha geniş kapsamdadır. BK m. 365/II hükmüne göre, öngörülebilir olmakla birlikte, taraflarca dikkate alınmamış, gerçekleşmeyeceği düşünülmüş olağanüstü

durumlar da öngörülemeyen durumlara eş tutulmuştur. Burada tarafların sözleşmenin kurulması sırasında hakkında ortak, fakat yanlış tasavvura sahip oldukları durumlar söz konusudur. Ortaya çıkan bu olağanüstü haller nedeniyle eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanması imkansız veya aşırı derece güç olmalıdır. Olağanüstü hallerin ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru bulunmamalıdır. BK m. 365/II hükmü emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu nedenle, yüklenici kendisine tanınan bu haklardan sözleşme ile önceden vazgeçmiş olabilir. Eğer, sözleşmeye böyle bir şart konulmuş ise, yüklenici kanunun kendisine tanıdığı bu haklardan yararlanamaz. Yüklenici ortaya çıkan olağanüstü hali gecikmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Yüklenici, BK m. 365/II'deki haklarını saklı tutmadan eseri tamamlamış ve iş sahibine teslim etmiş ise, artık olağanüstü hallerin ortaya çıktığından bahisle ücretin arttırılmasını ya da sözleşmenin feshini isteyemez.

BK m. 365/II'deki koşulların gerçekleşmesi ile, hakim sözleşmenin feshine veya ücretin arttırılmasına karar verebilir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, ek iş ve iş değişikliği kavramları, bir işin ek iş ya da iş değişikliği olup olmadığını tespiti yarayan kriterler ve hukuki açıdan ortaya çıkış şekilleri açıklanmaya çalışılmıştır. Ek iş veya iş değişikliklerinin neler olduğu konusunda doktrindeki görüşlerin yanı sıra, kendi görüşlerimize de yer verilmiştir. Bir işin ek iş sayılabilmesi için ilk koşul, sözleşme kapsamında yer almayan, tamamen yeni bir iş olmasıdır. İş değişikliği söz konusu olduğunda ise, sözleşmede kararlaştırılan işin kapsamının değiştirilmesi gereklidir. İş değişikliği

farklı şekillerde ortaya çıkabilse de, uygulamada genellikle malzemenin ya da çalışma yönteminin değiştirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ek iş ya da iş değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda, başlangıçta sözleşmede kararlaştırılan eserde az ya da çok bir değişiklik, bir ilave bulunmaktadır. Ek iş, sözleşme konusu iş ile bağlantılı bir iş olmalıdır. Sözleşme konusu işle hiçbir bağlantısı bulunmayan bir iş, ek iş değil, yeni bir eser sözleşmesinin konusu olabilir. İş değişikliğinin söz konusu olabilmesi için, yapılacak iş değişikliğinin eserin bütünlük karakterine zarar vermemesi gerekmektedir. Kural olarak tarafların tek taraflı olarak ek iş veya iş değişikliği yapma hakları yoktur. Bu nedenle, ek iş veya iş değişikliğinin, iş sahibinin talebi üzerine veya yüklenici tarafından iş sahibine götürülen teklifin iş sahibince kabul edilmesiyle yapılması gereklidir.

Ek işler ve iş değişikliklerin neler olduğu belirlendikten sonra, ek iş veya iş değişikliği nedeniyle yükleniciye ödenecek ücretin nasıl belirleneceği konusuna yine doktrinadaki görüşlerden yararlanılarak, kendi görüşümüzü de belirterek yanıt bulunmaya çalışılmıştır. Ek iş veya iş değişikliklerinin söz konusu olduğu durumlarda, ücretin nasıl belirleneceğine ilişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda özel hükümler yer almaktadır.

ÖZET

Götürü ücret, BK'nun 365. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede götürü ücret kavramının tanımı yapılmamış, ancak en önemli ayırıcı özellikleri belirtilerek bir anlamda çerçevesi çizilmiştir. Ücretin götürü olarak tespit edilmesi demek, ödenecek ücretin kesin ve net olarak önceden tespiti demektir. Eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak belirlenmesi ve söz konusu götürü ücretin değiştirilemeyeceği ilkesi günümüzde rastlanılan daha karmaşık yapıları eser sözleşmelerinde taraflar arasında uyuşmazlıklar çıkmasına neden olmaktadır. Gerçekten de, eserin yapımına başladıktan sonra, değişen ihtiyaçlar, yeni üretim yöntemlerinin ortaya çıkması, tarafların sonradan değişen istekleri doğrultusunda yüklenici tarafından meydana getirilecek eserde değişiklikler, eklemeler yapılması zorunlu hale gelebilmektedir. Tüm bu durumlarda götürü ücretin değişmeyeceğini iddia etmek hakkaniyete uygun değildir. Tezimizin amacı, ücretin götürü olarak belirlendiği bir eser sözleşmesinde, götürü ücretin hangi hallerde artacağına, artan götürü ücretin nasıl hesaplanacağına incelenerek, açıklığa kavuşturulmasıdır.

Tezimizin ilk bölümünde, eser sözleşmesinin tanımı, niteliği, unsurları, benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi, götürü ücret ve götürü ücret türleri incelenmiştir.

Tezimizin ikinci bölümünde, olağanüstü hallerin ortaya çıkması durumunda yükleniciye bedelin arttırılmasını veya sözleşmenin feshini talep yetkisi veren BK 365/II maddesi incelenmiştir.

Son olarak, tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise, ek iş ve iş değişikliği kavramları hakkında açıklamalarda bulunulmuş, ek iş ve iş değişikliği söz konusu olduğunda ücretin nasıl belirleneceği açıklanmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Lump-sum fee is organized in the article 365 of the Turkish Code Of Obligation. The definition of lump-sum fee isn't done in the article but the most significant distinguishing features are stated and in a sense a frame has been drawn. Determining the fee as lump-sum means clearly and exactly detecting the fee to be paid in advance. Determining the fee in construction contract as lump-sum and the principle about unchangeable lump-sum fee causes contradictions between parties in today's more complex construction contracts. It is true that after starting to construct the work, there may be obligatory changes, supplementations on the work that is to be done by contractor due to new production methods, changing desires of parties. It is not fair to claim that the lump-sum fee will not change in all these cases. The goal of our thesis is to analyze and explain when the lump-sum will increase in a construction contract where the fee is determined as lump-sum; how the increased lump-sum fee will be accounted.

In the first chapter of our thesis, the definition, qualification, elements, distinguishing features of construction contract, lump-sum fee and types of lump-sum fee are analyzed.

In the second chapter of our thesis, article 365/II of the Turkish Code Of Obligation which gives the contractor authority of increasing the amount or terminating the contract in cases of extraordinary situations is analyzed.

Lastly, in the third and last chapter of our thesis, explanations are made for concepts of extra work and work change; it is tried to explain how the fee would be determined in the event of extra work and work change.