

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI

Doktora Tezi

Necati Şükrü BAYRAMOĞLU

Ankara-2019

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI

Doktora Tezi

Necati Şükrü BAYRAMOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara-2019

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

Necati Şükrü BAYRAMOĞLU

ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Prof. Dr. Ethem ATAY

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Doç. Dr. Leyla Müjde KURT



Tez Sınavı Tarihi: 05.08.2019

Ankara-2019

**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. 05.08.2019

Necatı ŞUKRİ BAYRAMOĞLU



İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
GİRİŞ	

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

§ 1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI.....	1
I. TANIMI.....	1
II. HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ.....	5
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	5
B. Rızai Bir Sözleşme Olması.....	10
C. Ani Edimli ve Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler Karşısındaki Durumu.....	11
III. UNSURLARI.....	20
A. Eser Meydana Getirme.....	20
1. Eser Kavramı.....	20
2. Meydana Getirme Kavramı.....	31
a. Genel Olarak.....	31
b. Yeni Bir Eser Meydana Getirme.....	33
c. Mevcut Bir Eser Üzerinde Gerçekleşen Çalışma Sonuçları.....	34
B. Bedel Ödeme Borcu.....	39
C. Taraflar Arasında Anlaşma.....	48
§ 2. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI....	57
I. GENEL OLARAK.....	57
II. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE FARKLARI.....	58
III. VEKALET SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI.....	63
IV. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI.....	66
V. YAYIM SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI.....	70

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE BEDELİN BELİRLENME ŞEKİLLERİ

§ 3. BEDELİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENDİĞİ HALLER.....	73
I. GENEL OLARAK.....	73
II. SABİT (GÖTÜRÜ) BEDEL.....	73
A. KAVRAM.....	73

B. ÇEŞİTLERİ.....	80
1. Toptan Sabit (Götürü-Anahtar Teslim) Bedel.....	80
2. Global Sabit (Götürü) Bedel.....	84
3. Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel.....	87
a. Sabit Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel.....	87
b. Değişken Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel.....	89
c. Birim Fiyatın Tespiti, Hukuki Niteliği ve İspat Yükü.....	90
d. İş Miktarın Tespiti, Hukuki Niteliği ve İspat Yükü.....	92
aa. Fiilen Yapılan Ölçümleme İle İş Miktarının Tespiti ve İspat Yükü.....	92
bb. Plan ve Projeye Uygun Teorik Miktarın Tespiti ve İspat Yükü.....	94
III. YAKLAŞIK BEDEL.....	95
A. Yaklaşık Bedel Belirlemenin Amacı.....	95
B. 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunundaki Düzenlemeler.....	97
C. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki Düzenleme.....	106
D. Yaklaşık Bedelin Anlamı.....	109
E. Yaklaşık Bedelin Belirlenme Şekilleri.....	114
1. Yaklaşık Tek Bir Bedel Belirlenmesi.....	114
2. Alt-Üst Sınırlar Çerçevesinde Bedelin Belirlenmesi.....	115
F. İş Değişikliği ve Ek İş Durumlarında Yaklaşık Bedelin Durumu...	117
1. İş Değişikliği ve Ek İş Kavramları.....	117
2. Ek İş ve İş Değişikliğinin Ortaya Çıkış Sebeplerine Göre Ortaya Çıkabilecek Durumlar.....	119
3. Ek İş ve İş Değişikliğinin Sözleşmede Kararlaştırılıp Kararlaştırılmamasına Göre Yaklaşık Bedelin Durumu.....	121
a. Ek İş ve İş Değişikliğinin Sözleşmede Kararlaştırılmadığı Hallerde.....	121
b. İş Sabibinin Tek Taraflı Ek İş veya İş Değişikliği	

İsteme Hakkı Olduğu Hallerde.....	123
IV. REFERANS FİYAT.....	125
V. YAKLAŞIK KEŞİF BEDELİ.....	125
§ 4. BEDELİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENMEDİĞİ HALLER.....	128
I. GENEL OLARAK.....	128
II. BEDELİN BELİRLENME USULÜ.....	133
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI VE	
HUKUKİ SONUÇLARI	
§ 5. YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASINA İLİŞKİN HUKUKİ	
DÜZENLEMELER.....	146
I. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU MADDE 375 DÜZENLEMESİ.....	146
A. İsviçre Borçlar Kanunu Madde 375 Hükmünün Ortaya Çıkışı.....	146
1. Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu.....	146
2. 1881 Tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu ve 1919'da	
Yapılan Değişiklik.....	148
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER.....	148
A. Dresden Yasa Tasarısı (1866).....	148
B. Alman Medeni Kanunu (BGB).....	149
C. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB).....	150
III. HÜKMÜN DAYANDIĞI ESASLAR.....	150
A. Genel Olarak.....	150
B. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi.....	151
IV. HÜKMÜN AMACI.....	157
V. HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	159
§ 6. ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞIRI ŞEKİLDE	
AŞILMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI.....	169
I. GENEL OLARAK.....	169
II. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMA KAVRAMI.....	170
III. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN GERÇEKLEŞMESİ.....	180
A. Aşırı Şekilde Aşılma Konusunun Taraflarca Belirlenip	
Belirlenmemesine Göre.....	180

1. Sözleşmede Hüküm Bulunan Durumlarda.....	180
2. Sözleşmede Hüküm Bulunmayan Durumlarda.....	182
B. Aşırı Şekilde Aşılma ile İlgili Bazı Özel Durumlar.....	183
1. Sadece Bazı Kısımlara İlişkin Masrafların Aşırı Olması.....	183
2. Enflasyonun Etkisi.....	185
3. Olağanüstü Durumların Etkisi.....	185
IV. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN HUKUKİ SONUÇLARI.....	188
A. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI.....	188
1. Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları.....	188
a. Genel Olarak.....	188
b. Sözleşmeye Temel Teşkil Eden Bir Yaklaşık Bedelin Tespit Edilmiş Olması.....	190
c. Aşırı Şekilde Aşılmanın İş Sahibine İlişkin Bir Sebepten Kaynaklanmamış Olması.....	196
d. Yaklaşık Bedeli Aşırı Şekilde Aşan Masrafların İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemesi veya Kabul Edilmiş Sayılmaması.....	199
e. Yüklenicinin Yaklaşık Bedeli Aşan Masrafların Karşılanmasını İstemekten Vazgeçmemiş Olması.....	204
2. Dönme Hakkının Kullanılması ve Hukuki Sonuçları.....	207
a. Genel Olarak.....	207
b. Dönme Hakkının Hukuki Niteliği.....	210
c. Dönme Hakkının Kullanılması.....	219
d. Dönme Hakkının Sonuçları.....	222
aa. Genel Olarak.....	222
bb. Eser Sözleşmesinin Tasfiyesi.....	225
aaa. Henüz İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi.....	225
bbb. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi.....	225
ccc. İade Konusundan Elde Edilen Yararların ve İade Konusu İçin Yapılan	

Masrafların Durumu.....	230
ddd. İade Konusuna Verilen Zararlardan Doğan	
Sorumluluk.....	232
cc. Menfi Zararın Tazmini.....	233
aaa. Genel Olarak.....	233
bbb. Tanımı ve Amacı.....	233
ccc. Menfi Zararın Kusurla İlişkisi.....	234
ddd. Sözleşmeden Dönmede Müsbet Zararın	
Talep Edilip Edilmeyeceği Meselesi.....	237
eee. Menfi Zararın Unsurları.....	239
aaaa. Fiili Zarar.....	239
bbbb. Yoksun Kalınan Kar.....	240
fff. Yaklaşık Bedelin Aşırı Şekilde Aşılmasında	
Kusurun Çeşitli Görünüm Şekilleri.....	241
aaaa. Masraf Tahmininin Hatalı	
Saptanmasından Dolayı	
Yüklenicinin Sorumluluğu.....	241
bbbb. Yüklenicinin İhbar Yükümlülüğünü	
Yerine Getirmemesinden Doğan	
Sorumluluğu.....	247
cccc. Yüklenicinin Akdi Yükümlülüklerini	
Gereği Gibi Yerine Getirmemiş Olması	
Nedeniyle Yaklaşık Bedelin Aşırı	
Artmasından Doğan Sorumluluğu.....	252
dd. Menfi Zararın Hesaplanması.....	253
B. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN DİĞER SONUÇLARI.....	255
1. Olumlu (Müsbet) Zararın Tazmininin İstenilmesi.....	255
2. Aşırı Bedelin İndirilmesi.....	258
C. ESERİN İŞ SAHİBİNİN ARSASI ÜZERİNE YAPILDIĞI	
DURUMLARDA İŞ SAHİBİNE TANINAN HAKLAR.....	260

1. Türk Borçlar Kanunu m. 482/II Hükümünün Amacı.....	260
2. Arsa Üzerine Yapılan Eser Kavramı.....	262
3. Eserin Tamamlanmasından Önceki Hukuki Durum.....	266
a. İş Sahibinin Kullanabileceği Haklar.....	266
aa. Genel Olarak.....	266
bb. Fesih Kavramı.....	268
aaa. Olağan Fesih.....	269
bbb. Olağanüstü Fesih.....	271
aaaa. Genel Olarak.....	271
bbbb. Haklı Sebeple Fesih.....	273
bb. İş Sahibinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı.....	274
cc. İş Sahibinin Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı.....	280
4. Eserin Tamamlanmasından Sonraki Hukuki Durum.....	284

SONUÇ

KAYNAKÇA

KISALTMALAR CETVELİ

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bd.	: Band
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Ç.	: Çeviren
dn.	: dip not
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve diğerleri
Yarg.	: Yargıtay
Vorbem.	: Vorbemerkung

GİRİŞ

Toplumun tüm kesimleri en basitinden en karmaşığına birçok ihtiyacını sözleşmeler vasıtasıyla yerine getirmektedir. Özellikle kapalı tarım ekonomisinden sanayi devrimiyle birlikte geçilen mübadele ekonomisi sözleşmelerin önemini artırmıştır. Özellikle 19. Yüzyıldan sonra iş bölümünün çeşitlenmesi ve artmasıyla birlikte de Roma hukuku döneminden beri kullanılan klasik sözleşme tiplerinin yanında yeni sözleşme tipleri ortaya çıkmıştır. Fakat Roma hukukundan beri kullanılan eski klasik bir sözleşme olarak nitelendirebileceğimiz eser sözleşmesi diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak sözleşme taraflarından iş sahibi konumunda olan tarafın özel bir takım ihtiyaç ve isteklerini gerçekleştirmeye hizmet eden en elverişli sözleşmedir. Çünkü satım sözleşmesinde alıcı konumundaki kişi satıcıdan mevcut bir malı satın alırken, bu malda olmasını istediğı niteliklerin hepsini çoğı kez bulamaz. Fakat eser sözleşmesi ile söz konusu malın istediğı özelliklere uygun olarak yapılmasını sağlayabilir.

Roma hukuku döneminden beri kullanılan eser sözleşmesi özellikle yapı teknolojisinin gelişmesiyle birlikte ekonomik bakımdan da çok önemli bir sözleşme haline gelmiştir. Eser sözleşmesinde meydana getirilecek eser için gereken masrafların sözleşmenin kurulduğı anda net tespit edilemediğı durumlarda özellikle yüklenici tarafından bedelin miktarının hiç belirlenmemesi veya yaklaşık olarak belirlenmesi istenmektedir. Fakat bedelin miktarının hiç belirlenmediğı haller özellikle iş sahibi açısından risklidir. Çünkü bedelin miktarının hiç belirlenmediğı durumlarda bu miktar TBK m. 481 hükmü uyarınca işin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecektir. Bedelin miktarının yaklaşık olarak belirlendiğı durumlarda ise miktarın hiç belirlenmediğı durumlara nazaran iş sahibi büyük bir risk altında değildir. Çünkü bedel miktarının yaklaşık olarak belirlendiğı durumlarda yine iş sahibinin ödeyeceğı bedelin miktarı TBK m. 481'e göre belirlenecektir. Fakat bu halde yaklaşık bedelin aşırı

şekilde aşıldığı durumlarda TBK m. 482 hükmü ile iş sahibini koruyan bazı haklar tanınmıştır. Bu çalışmamızda yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması durumunda iş sahibine TBK m. 482 hükmü ile tanınan hakların kullanılması için gereken şartlar ve bu hak kullanıldıktan sonra ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar incelenmiştir. Bu çalışmamızda konu Türk-İsviçre hukukları bakımından incelenmiş, Alman hukukuna yönelik düzenlemelerden ise bazı konuların incelenmesinde yardımcı kaynak olarak gerektiği ölçüde yararlanılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde eser sözleşmesi genel olarak incelenmiştir. Bu kapsamda eser sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği ve unsurları ile eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkı ortaya konulmuştur. İkinci bölümde bedelin belirlenme şekilleri incelenmiştir. Bu kapsamda götürü (sabit) bedel, yaklaşık bedel, yaklaşık keşif bedeli, referans fiyatın özellikleri tabi oldukları hukuki rejim incelenmiş ve bedel miktarının belirlenmediği durumlarda kanunda öngörülen bedelin belirlenme esasları incelenmiştir. Üçüncü bölümde yaklaşık bedelin aşılması ve bunun hukuki sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle yaklaşık bedelin aşılmasıyla ilgili kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nunda yer alan hükmün tarihsel süreç içerisinde geçirmiş olduğu değişimler incelenmiş, daha sonra konunun Alman ve Avusturya hukuklarındaki düzenleme şekilleri ortaya konulmuştur. Bu bölümde yaklaşık bedelin aşırı şekilde ne zaman aşıldığı tespit edilmeye çalışılmış, daha sonra aşırı şekilde aşılma sebebiyle iş sahibine TBK m. 482'de tanınan hakların kullanma şartları ve bu haklar kullanıldıktan sonra ortaya çıkan hukuki sonuçlar ortaya konulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

§ 1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

I. TANIMI

Toplumdaki kişiler sözleşmeler vasıtasıyla birçok ihtiyacını karşılamaktadır. Bu sözleşmelerden biri olan eser sözleşmesi diğer sözleşmelerin aksine ihtiyacını karşılamaya yönelik iş sahibi konumundaki tarafın isteklerinin en fazla dikkate alındığı sözleşme türüdür. Bu isteklerin dikkate alınmasının yanı sıra bu sözleşme ile bu isteklerin gerçekleştirileceği de kesin bir şekilde taahhüt edilmektedir.

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde; '*...yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*' şeklindeki tanım asli edimler esas alınarak yapılmıştır¹.

Eser sözleşmesi Roma hukukunda da başvurulan bir sözleşme türüdür. Roma hukukunda locatio conductio operis olarak adlandırılan sözleşmede yüklenici (conductor) bedel karşılığında iş sahibine (locator) belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir².

¹ **ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. B., Ankara 2015, s. 359; **YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, 10. B., İstanbul 2014, s. 984; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. B., Ankara 2015, s. 583-584. Yüklenicinin asli edim yükümlerinden 'eseri teslim borcu'nu içermediği için tanımın eksik olduğu yönünde bkz. **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. B., İstanbul 2014, s. 1.

² **KARADENİZ, Özcan**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 396, Ankara 1976, s. 124, 127; **SOMER,**

Müşterek hukukta eşya taşıma sözleşmesi, yolcu taşıma sözleşmesi, komisyon, taşıma komisyonculuğu, tellallık sözleşmesi ve yayım sözleşmesi eser sözleşmesi kapsamında yer alıyordu³.

Eser sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 470'de 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler esasa ilişkin olmayıp sadece kullanılan terim ve bazı ifadelerle yöneliktir. Öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda istisna sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme kaynak kanunun almanca metnindeki 'Werkvertrag' ifadesine uygun olarak eser sözleşmesi olarak değiştirilmiştir⁴. Bunun dışında TBK m. 470'de 818 sayılı BK m. 355'den farklı olarak

Pervin, Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), İstanbul 2008, s. 10.

³ **BECKER, Hermann**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragverhältnisse, Art. 184-551, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1934, Art. 363, N. 4.

⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde bazı yazarlar hukukumuzda da bu sözleşmeyi ifade etmek için 'Eser Sözleşmesi' ibaresinin kullanılmasını önermişti: **GÖKTÜRK, Hüseyin Avni**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 497; **ATAAY, Aytekin/SUNGURBEY, İsmet**, Açıklamalı Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu, Yeniden gözden geçirilmiş 3. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1968, s. 380; **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. B., İstanbul 1977, s. 952; **HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 348; **ÖZ, Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte), Kazancı Hukuk Yayınları No: 66, İstanbul 1989, s. 1 vd.

‘semen’ terimi yerine ‘bedel’, ‘imal etme’ yerine ‘meydana getirme’⁵, ‘müteahhit’ yerine ‘yüklenici’⁶ ve ‘şey’ yerine ‘eser’⁷ ifadeleri kullanılmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 355’de yer alan ‘semen’ terimi yerine ‘bedel’ ifadesinin kullanımı yerinde bir kullanımdır⁸. ‘Semen’ terimi satış sözleşmesinde satın

⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrin ve yargı uygulamasında ‘imal etme’ kavramı geniş yorumlanarak ‘meydana getirme’ terimi çerçevesinde yorumlanmaktaydı. Bkz. **ATAAY/SUNGURBEY**, s. 380; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 955; **DALAMANLI, Lütfü/KAZANCI, Faruk/KAZANCI, Muharrem**, İlmî ve Kazai İctihatlara Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, 182-371, İstanbul 1990, s. 849. Bkz. Yarg. 15. HD T. 20.02.1990, E. 1989/2419, K. 1990/688; Yarg. 15. HD T. 12.10.1998, E. 1998/3238, K. 1998/3801 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası). ‘İmal’ deyimini yerine ‘husule getirme’ veya ‘ortaya çıkarma’ deyiminin konulmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. **TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 1; **TANDOĞAN, Haluk**, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi, Ankara 1970, s. 312.

⁶ Doktrinde **BİLGE** günlük dilde resmi ve özel kuruluşların malzemesini tedarik eden satıcılara müteahhit adı verilmesi dolayısıyla bu tabirin yerinde olmadığını belirtmiştir (**BİLGE, Necip**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 247). Aynı yönde bkz. **GÜRPINAR, Damla**, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 31.

⁷ Doktrinde **BİLGE**, tercüme esnasında ‘şey’ olarak tercüme edilen Fransızca ‘Ourage’ ve Almanca ‘Werk’ deyimleri ile ifade edilen kelimenin ‘Eser’ olarak adlandırılmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir (**BİLGE**, s. 245). Aynı yönde **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 1; **KARAHASAN, Mustafa Reşit**, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, C. I, İstanbul 1997, s. 63; **BAYGIN, Cem**, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 4.

alan tarafın satın aldığı mala karşılık olarak ödeyeceği parayı ifade eder. Fakat eser sözleşmesinde işsahibinin borcunun konusu her zaman para değildir⁹.

Kanunda ‘imal etme’ yerine ‘meydana getirme’ ifadesinin kullanımı da isabetli olmuştur. Doktrinde 818 sayılı BK m. 355’deki ‘imal etme’ ifadesi, imalden başka tarzda gerçekleşebilen değişiklik ve sonuçları kapsamıyordu¹⁰. Bu ifadeyle mevcut bir eserdeki değişim, onarım, bakım şeklindeki iş görme edimlerinin de hükmün kapsamında olduğu daha açık bir şekilde vurgulanmış oldu¹¹.

⁸ 818 sayılı BK m. 355’de yer alan ‘semen’ ibaresinin yerinde bir ifade olmadığı yönünde bkz. **BERKİ, Şakir**, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Ankara 1973, s. 142-143. 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde İsviçre Borçlar Kanununun almancasına uygun olarak karşılık (ücret) olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **ATAAY/SUNGURBEY**, s. 380.

⁹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 9; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 11; **GAUTSCHI, Georg**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse, 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR, Zweite, Neu Bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1967, Art. 363, N. 9a; **BİLGE**, s. 246; **BERKİ**, s. 143; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 28; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 7; **ÖNEN**, s. 303; **UYGUR**, İnşaat, s. 37; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 71; **ERMAN**, s. 23; **GÜRPINAR**, s. 41; **ÖZYÖRÜK, Sezer**, İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988, s. 2. Yarg. 15. HD T. 28.04.1978, E. 78/357, K. 78/907 (**ÖZYÖRÜK**, s. 2-4).

¹⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 2; **TANDOĞAN, Haluk**, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 312; **YAVUZ**, s. 986-987; **BAYGIN**, s. 4.

¹¹ **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **YAVUZ**, s. 986-987.

Eser sözleşmesi, malzemenin yüklenici veya iş sahibi tarafından temin edilip edilmemesine göre iki farklı şekilde görünmektedir. İlki, basit eser sözleşmesi olarak adlandırılan yüklenicinin iş sahibinin temin etmiş olduğu malzeme ile bir eser meydana getirmekle yükümlü olduğu sözleşmedir. İkincisi, eser teslim sözleşmesi olarak adlandırılan malzemenin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından temin edildiği sözleşmedir¹².

II. HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesinin taraflarından yüklenici, bir eser meydana getirme, işsahibi ise bedel ödeme borcu altına girmektedir. Tarafların bu borçları sözleşmenin asli edimlerini oluşturur. Söz konusu edimler synallagmatik bir ilişki içerisinde olduğu için eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹³. Eser sözleşmesinde asli edimler birbiriyle değişim içerisindedir¹⁴.

¹² **ARAL/AYRANCI**, s. 378; **GÜMÜŞ**, s.1; **SOMER**, s. 21.

¹³ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 12; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 7a; **PEDRAZZINI, Mario M.**, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizensvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Herausgegeben von Frank Visser, Basel 1977, § 86, s. 533; **GAUCH, Peter**, Der Werkvertrag, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2011, N. 7; **ZINDEL, Gaudenz/PULVER, Urs/SCHOTT, Bertrand**, Basler Kommentar, Hrsg. HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 12; **BÜHLER, Theodor**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998, Art. 363, N. 32; **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **GÖKYAYLA**, s. 17;

Yüklenicinin eser meydana getirme borcunun yanı sıra meydana getirdiği eseri teslim etmekle yükümlüdür¹⁵. Teslim borcu, TBK m. 470'de açıkça belirtilmese de

BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, s. 201; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 35; **HONSELL, Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Neunte, ergänzte und verbesserte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010, s. 282; **ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. B., Ankara 2018, Turhan Kitabevi, s. 477; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 52; **EREN, Fikret**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), (Ankara, 18-29 Mart 1996), Ankara 1996, 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), (Ankara, 18-29 Mart 1996), s. 125; **UYGUR, Turgut**, Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku (Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi), Adalet Matbaacılık, Ankara 1993, İnşaat, s. 37; **BAYGIN**, s. 19; **ŞENOCAK, Zarife**, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 5; **GÜRPINAR**, s. 17, 43; **KURT, Leyla Müjde**, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 45. Roma hukukunda da bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen akitler içerisinde yer almaktadır (bkz. **SOMER**, s. 45, 46).

¹⁴ **KOLLER**, Werkvertrag, N. 35; **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **GÜMÜŞ**, s. 2; **YAVUZ**, s. 992; **ŞENOCAK**, s. 5.

¹⁵ **GAUCH, Peter**, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1977, s. 39; **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları No: 19, Ankara 1987, s. 567; **TANDOĞAN**, Özel

sözleşmenin amacından var olduğu kabul edilebilir¹⁶. Nitekim TBK m. 473/I, m. 474/I, m. 478, m. 479/I, II, m. 483/I'de 'teslim' kavramına doğrudan; TBK m. 477/I ve m. 486'da dolaylı olarak değinilmiştir¹⁷.

Borç İlişkileri, s. 124; **EREN**, Özel Hükümler, s. 585, 586; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 254; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 462; **DAYINLARLI, Kemal**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 4. Baskı, Ankara 2008, Temerrüt, s. 4-5; **ŞENOCAK**, s. 6; **GÖKYAYLA**, s. 5, 9; **UYGUR**, Borçlar, s. 7823; **BAYGIN**, s. 4; **UÇAR, Ayhan**, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4 (2001), s. 513; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 766; **KURŞAT, Zekeriya**, Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFM, C. LXVII, Y. 2009, S. 1-2, s. 146; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 41. Yarg. 15. HD T. 14.06.2006, E. 2005/3867, K. 2006/3594 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ **GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/SCHNYDER, Anton K. /DRUEY, Jean Nicolas**, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Neunte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2000, § 47, N. 17; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 2; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 4; **PEDRAZZINI**, § 85, s. 515; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 43; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 124; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 987; **ARAL/AYRANCI**, s. 359-360; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 484; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 254; **EREN**, Özel Hükümler, s. 586; **ŞENOCAK**, s. 6, 26; **GÖKYAYLA**, s. 23. Karş. **KARADENİZ**, s. 174.

¹⁷ Bkz. **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 2.

Eser meydan getirme ve teslim borcunun her ikisi bir arada yüklenicinin asli edim yükümünü oluşturur¹⁸. Yüklenicinin eser meydana getirme edimi ise sözleşmeye özelliğini veren karakteristik edimdir¹⁹.

Yüklenicinin teslim borcunu ifa şekli meydana getirdiği eserin türü ve niteliğine göre değişir. Eserin teslimi için öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Bu da yüklenicinin ‘meydana getirme’ borcunu tamamlamasıyla mümkün olmaktadır²⁰. Eserin tamamlanmış sayılabilmesi için objektif ölçüler içinde sözleşme ile kararlaştırılan amaca uygun olarak kullanılabilir olduğunun saptanması gerekir²¹. Yüklenicinin eseri kendi hakimiyet sahasında meydana getirdiği durumlarda teslim için eserin zilyetliğini devretmesi gerekir²². Eserin teslim olgusu belli şartlara

¹⁸ **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 39; **KOLLER**, *Berner Kommentar*, Art. 363, N. 253; **ARAL/AYRANCI**, s. 360; **PEDRAZZINI**, § 85, s. 511; **ŞENOCAK**, s. 26.

¹⁹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 2; **ÖZ**, *Dönme*, s. 3; **ŞENOCAK**, s. 6; **KURT**, s. 27.

²⁰ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 42; **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 39, 42; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 489; **KOSTAKOĞLU**, *Cengiz*, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 5. B., Beta Basım Yayım, İstanbul 2006, s. 701; **ACAR, Faruk**, *Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri*, *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 134, Aralık 2013, s. 7-8. BGE 118 II 149; BGE 115 II 458; BGE 113 II 267 (aktaran, **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 42).

²¹ **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 44; **UYGUR**, *Borçlar*, s. 7823; **KOSTAKOĞLU**, s. 701. Yarg. 15. HD T. 17.11.1986, 1986/830 – 1986/3860 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 728-729).

²² **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 39; **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 125; **TUNÇOMAĞ**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1012; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 487;

bağlanabilir²³. Uygulamada inşaat sözleşmelerinde meydana getirilen binanın yapı kullanım izninin²⁴ edinilmesine bağlı olduğu kararlaştırılmaktadır²⁵.

Eserin iş sahibinin hakimiyet alanında yapıldığı durumlarda ise teslim için yüklenicinin iş sahibine yapacağı eserin tamamlandığına dair bir bildirim yeterlidir²⁶. Edim sonucunun doğrudan ortaya çıktığı durumlarda ise yüklenicinin iş görme faaliyetinden başka ayrıca bir teslim yükümlülüğü yoktur²⁷. Örneğin; sanatçının bir konser vermesinin, bir spor karşılaşmasının yapılmasının, bir havai fişek gösterisi

KARAHASAN, İnşaat, s. 254-255; **UYGUR**, Borçlar, s. 7823; **KOSTAKOĞLU**, s. 701; **UÇAR**, s. 534.

²³ **GAUCH**, Unternehmer, s. 42-43.

²⁴ Bkz. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 30.

²⁵ Bkz. Yarg. 15. HD T. 20.05.1991, E. 3456, K. 2872 (**UYGUR**, Borçlar, s. 7926-7927); Yarg. 15. HD T. 23.12.1991, 1991/2768 – 6158 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 717-718); Yarg. 15. HD T. 11.12.1995, 1995/6704 – 7302 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 722-723); Yarg. 15. HD T. 08.06.2004, 2003/6242 – 2004/3206 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 719-720); Yarg. 15. HD T. 19.10.2004, 2004/5235-7138 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1103); Yarg. 15. HD T. 10.03.2005, 2004/2902 – 2005/1354 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 1104).

²⁶ **GAUCH**, Unternehmer, s. 40; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 487; **UYGUR**, Borçlar, s. 7824. Yüklenicinin inşasını tamamladığı taşınmazı iş sahibinin açıkça anlayabileceği bir tarzda iş sahibinin tasarrufuna bıraktığı durumlarda ayrıca bir bildirimde bulunmasına gerek olmadığı yönünde bkz. **UÇAR**, s. 537.

²⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 367, N. 3; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 5b; **KOLLER**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 312; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 1013; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 488-489; **ŞENOCAK**, s. 26-27.

yapılmasının kararlaştırıldığı durumlarda yüklenicinin ayrıca bir teslim yükümlülüğü yoktur. Fakat iş sahibinin teslim edilen eserde fiili egemenliğini sağlamayı zorlaştıran unsurların da ortadan kaldırılması gerekmektedir. Örneğin; yüklenicinin inşaat iskelelerini sökmesi, araç ve gereçleri, artan malzemeyi geri götürmesi, açılan çukurların kapatılması gerekmektedir²⁸.

B. Rızai Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur²⁹. Eser sözleşmesinin rızai niteliği Roma hukukundan beri sözleşmenin değişmeyen bir özelliğidir³⁰. Sözleşmenin kurulması için bir malın karşı tarafa teslimi ya da mülkiyetinin devri gibi ek bir unsura gerek yoktur³¹. Eserin teslimi ifa süreci ile ilgili bir husustur³². Sözleşmenin kurulabilmesi için işe başlanmış olması gerekli değildir. Eserin meydana getirilmesi süreci ifaya hazırlık hareketi niteliğindedir. Eser tamamlanıp teslim edilmedikçe ifa gerçekleşmiş olmaz.

²⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 5b; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 489; **UYGUR**, Borçlar, s. 7824.

²⁹ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 8; **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 324; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 958; **DAYINLARLI**, s. 21-22; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 763; **KURT**, s. 45.

³⁰ **SCHWARZ, Andreas B.**, Borçlar Hukuku Dersleri (Çev: Bülent Davran), C. I, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948; s. 234; **SOMER**, s. 13, 39.

³¹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 479; **GÖKYAYLA**, s. 19; **KURT**, s. 45.

³² **ARAL/AYRANCI**, s. 360; **EREN**, Özel Hükümler, s. 587; **BAYGIN**, s. 19.

C. Ani Edimli ve Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler Karşısındaki

Durumu

Eser sözleşmesinin ani edimli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın etkisi sadece teorik alanda sınırlı kalmayıp vardığı sonuçlar, sözleşmenin tasfiyesinde tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından farklı sonuçlara neden olduğundan uygulamayı da etkilemiştir. Bu hususta ileride kapsamlı açıklamalar yapılmış olup³³, burada bu konuya sadece eser sözleşmesinin niteliği açısından değinilmiştir.

Eser sözleşmesinin ani edimli olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin özelliklerini belirlememiz gerekmektedir.

GIERKE³⁴, sürekli borç ilişkisini, borcun içeriğinin bir süreye yayılmış olan edim borcunun oluşturduğu ilişkiler bütünü olarak tanımlamıştır. Burada dikkate alınması gereken edim borçları, asli edim borçlarıdır³⁵. Asli edim borçları, sözleşmenin türünü ve tipini belirleyen borçlardır³⁶. Fakat bir borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının tespitinde tüm asli edim borçları dikkate alınmaz. Bunlardan borç ilişkisine

³³ Bkz. § 6, III, A, 2.

³⁴ **Otto von GIERKE**, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 64, s. 356 vd.

³⁵ **SELİÇİ, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2247, İstanbul 1976, s. 5; **ÖZ**, Dönme, s. 14; **ALTINOK ORMANCI, Pınar**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 7-8.

³⁶ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Yetkin Yayınları, s. 31; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 5-6.

özelliğini veren, onu diğer sözleşmelerden ayıran karakteristik edim borçları dikkate alınacaktır³⁷.

Sürekli borç ilişkisi, asıl edim borcunun yerine getirilmesinin bir süreç içerisinde gerçekleştiği durumlarda söz konusu olmaktadır³⁸. Bazı borç ilişkilerinde asıl edim borcunun yerine getirilmesi için borçlunun sadece edim fiilinde bulunması yeterli iken; bazı borç ilişkilerinde borçlu edim sonucunu yerine getirmekle yükümlüdür. Edim sonucunun önemli olduğu sözleşmelerde edim fiilinin bir süreyi gerektirmesi edimin niteliğini belirleme noktasında bir ölçüt olamaz. Örneğin; ani edimli olan satış sözleşmesinde satılan malın elde edilmesi için satıcının uzun bir süreye ihtiyaç duyduğu durumlar bu sözleşmeye süreklilik özelliği kazandırmaz³⁹. Sürekli borç ilişkileri ile ani edimli borç ilişkileri arasındaki ayrım zamanın edim sonucuna yapmış olduğu etkiye göre belirlenir. Alacaklının menfaatinin, edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin bir defada aniden veya zaman içerisinde bir sürede olup olmadığına göre borç ilişkisinin niteliği tespit edilir⁴⁰. Edimin konusu, borçlunun zaman içerisinde devam eden bir davranışı ise edim sürekli niteliktedir. Sözleşmedeki karakteristik edimden alacaklının yararlanmasının kapsamı süreyle ölçülebiliyorsa bu edim süreklilik arz eder. Burada alacaklı, sözleşme ilişkisinin süresine paralel olarak söz konusu edimden yararlanmaktadır⁴¹. Örneğin; kira sözleşmesinde kiraya verenin, kira süresince kiracıya

³⁷ **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 5; **ALTINOK ORMANCI**, s. 13.

³⁸ **GAUCH, Peter**, System Der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1968, s. 6; **SEROZAN**, Dönme, s. 162; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 53.

³⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7.

⁴⁰ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7-8; **ÖZ**, Dönme, s. 14; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 54; **KURT**, s. 46.

⁴¹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8; **KURT**, s. 47.

kiralanan şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını bırakma borcu tipik bir sürekli edimdir. Sürekli nitelikteki edimlerde alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi belirli bir zaman içerisinde gerçekleşmektedir⁴². Burada borç ilişkisi ne kadar uzun olursa alacaklı için o derece yarar sağlamaktadır⁴³.

Ani edimli borç ilişkisi alacaklının edime yönelik menfaatinin bir anda gerçekleştiği borç ilişkileridir. Borç ilişkisinde alacaklının süreye ilişkin bir menfaati bulunmuyor ve edim sonucu ne kadar hızlı gerçekleşirse alacaklının o kadar yararına ise ani edimli bir edim söz konusudur⁴⁴.

Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışma esasen yüklenicinin bir eser meydana getirme borcunu belli bir zaman içerisinde yerine getirmesinden kaynaklanmaktadır. Eser sözleşmesinin konusuna göre eserin meydana getirilme süreci çok uzun olabilmektedir. Nitekim eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yapının büyüklüğüne, yapılacak işlerin çokluğuna göre eserin meydana getirilme süreci uzamaktadır. Edim sonucunun gerçekleşmesi, yani alacaklının (iş sahibinin) sözleşme dolayısıyla elde edeceği menfaat ise eserin teslimiyle gerçekleşmektedir.

Doktrinde savunulan ilk görüşe göre; edim sonucunun gerçekleşmesi yani alacaklının (iş sahibinin) sözleşme dolayısıyla elde edeceği menfaat eserin teslimiyle bir anda gerçekleştiği için söz konusu sözleşmeler ani edimli sözleşmeler arasında yer almaktadır⁴⁵. Yüklenicinin eseri meydana getirdiği esnada yapmış olduğu faaliyetler

⁴² **EREN**, Borçlar Genel, s. 107; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8.

⁴³ **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 7.

⁴⁴ **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 6; **KURT**, s. 47.

⁴⁵ **PEDRAZZINI**, § 87, s. 550; **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 11, dn. 5; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 14; **LARENZ, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13., völlig

sürekli borç ilişkisine neden olmaz. Bu faaliyetlerin ifaya yönelik hazırlık faaliyetleri şeklinde değerlendirilmesi gerekir⁴⁶. Yüklenicinin iş görme faaliyeti ne kadar uzun sürerse sürsün iş sahibinin sözleşmeye yönelik menfaati eserin teslimiyle gerçekleşir. Yüklenicinin borcu da teslimle birlikte sona erer⁴⁷. Teslim gerçekleşmedikçe, eserin meydana getirilmesine yönelik faaliyetler ne kadar ilerlemiş olursa olsun, gerçekleştirilen bu iş görme sonuçları kısmi ifa olarak nitelendirilemez⁴⁸.

neubearbeitete Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986, § 53, III, s. 369; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 148; **ARAL/AYRANCI**, s. 360; **ÖZ**, Dönme s. 20; **HUGUENIN, Claire**, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2012, N. 3126; **YAVUZ**, s. 994; **UYGUR**, İnşaat, s. 35-36; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 58; **SELİMOĞLU, Y. Engin**, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 686; **TWERENBOLD**, N. 212; **EREN**, Özel Hükümler, s. 587; **KURT**, s. 53; **SOMER**, s. 47; **BAYGIN**, s. 21. Fakat **BAYGIN**, eser sözleşmesine ani edimli borç ilişkilerine ilişkin kuralların MK m. 2'deki dürüstlük kuralı ile açıkça çatıştığı durumlarda bir örtülü kanun boşluğunun olduğu kabul edilerek hakim in sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulamasına izin verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (**BAYGIN**, s. 21).

⁴⁶ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, I, s. 342; **GAUCH**, Unternehmer, s. 21; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **UYGUR**, İnşaat, s. 35-36; **ÖZ**, Dönme, s. 20; **SELİMOĞLU**, s. 686. BGE 98 II 299.

⁴⁷ **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 11, dn. 5; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 58; **ÖZ**, Dönme, s. 21; **UYGUR**, İnşaat, s. 35; **KURT**, s. 50, 53.

⁴⁸ **ÖZ**; Dönme, s. 20-21; **KURT**, s. 50, 53.

Doktrinde eseri meydana getirme unsurundan hareket eden ikinci görüş eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır⁴⁹. Bu görüşe göre; yüklenici sadece bir sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte ayrıca bu sonucu gerçekleştirmek üzere faaliyet göstermeyi taahhüt etmektedir. Genellikle uzun süreyi gerektiren yüklenicinin bu iş görme faaliyetini sadece ifaya hazırlık çalışmaları olarak nitelendirmek doğru olmaz. Borçlar Kanunu da bu hususları dikkate alarak eser sözleşmesine sürekli borç ilişkilerine özgü kurallar koymuştur. Yüklenicinin eseri ortaya çıkarmak üzere yapmış olduğu iş görme edimlerinin zaman içerisinde gerçekleşmeleri nedeniyle sürekli bir borç ilişkisi meydana gelmektedir⁵⁰.

Doktrinde savunulan üçüncü görüş ise eser sözleşmesini düzenleyen kuralların sürekli ve ani edimli borç ilişkilerinin her ikisinin de özelliklerini yansıtmaması dolayısıyla bu sözleşmelerin niteliğinin ani-sürekli edim karmaşığı şeklinde olduğunu ileri sürmektedir⁵¹. Bu görüşe göre; iş sahibinin ifaya yönelik çıkarımın gerçekleştiği an,

⁴⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 377, N. 1a; **ERMAN**, s. 10, 11, 106; **ÖZYÖRÜK**, s. 51, 59.

⁵⁰ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 377, N. 1a; **ERMAN**, s. 10, 11, 106; **ÖZYÖRÜK**, s. 51, 59.; Yarg. 15. HD 23.12.1987, E. 896, K. 4570 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 962-963).

⁵¹ **SEROZAN**, *Rona*, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 175-176; **SUNGURBEY**, *İsmet*, Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980, s. 466, 473, 477, 481; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 478-479; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 121; **ŞENOCAK**, s. 11-12; **GÖKYAYLA**, s. 18-19; **GÜRPINAR**, s. 19. Doktrinde **KAPLAN**'a göre; inşaat sözleşmeleri yüklenicinin teslim borcu açısından 'ani edimli', eseri meydana getirme borcu açısından 'sürekli edimli' sözleşme niteliğindedir. Bu sebeple, eserin teslim borcuyla ilgili uyumsuzluklarda ani edimli sözleşmelere ait kuralların, eseri meydana getirme borcu ile ilgili ortaya çıkan

eserin teslim edildiği an olduğundan sözleşme, bu yönüyle ani edim niteliği göstermektedir. Edimin süreklilik niteliğini edim sonucu açısından aramanın aksine edim fiillerinde aranırsa eser sözleşmesine sürekli borç ilişkilerine özgü hukuksal sonuçlar uygulanabilecektir⁵². Teslim tarihine kadar bazen çok uzun bir süreye yayılan eseri meydana getirme edimini sadece bir hazırlık hareketi olarak nitelendirmek doğru olmaz⁵³. Nitekim BK m. 368/III, 369 ve 370 hükümleriyle iş sonucuna yönelik eylemlere hukuki önem atfetmiştir⁵⁴. Taraflarca kararlaştırılan bedel sadece eser için değil aynı zamanda bu eserin sonuçlanmasını sağlayan çalışmaların da karşılığını oluşturmaktadır⁵⁵. Fakat yüklenici eseri iş sahibine teslim etmedikçe edim borcunu yerine getirmeyeceği için ortada sürekli bir borç ilişkisi yoktur⁵⁶. Bu görüşe göre, özel hüküm bulunmayan tüm durumlarda eser sözleşmesine ani edimli borç ilişkisine ilişkin hükümler mutlak olarak uygulanamaz. Hakim her somut olayın özelliğine göre bazen ani edimli, bazen de sürekli borç ilişkisine ilişkin hükümleri uygulayabilecektir⁵⁷. Bu

uyuşmazlıklara sürekli edimli sözleşmelere ait kuralların uygulanması gerekmektedir (KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 121). Eser sözleşmesinin sürekli sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olduğu yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 42.

⁵² SEROZAN, Dönme, s. 166.

⁵³ SEROZAN, Dönme, s. 166; GÜRPINAR, s. 19; ŞENOCAK, s. 9, 11; ACAR, s. 2.

⁵⁴ SEROZAN, Dönme, s. 166.

⁵⁵ SEROZAN, Dönme, s. 166; GÜRPINAR, s. 19.

⁵⁶ SEROZAN, Dönme, s. 166; ŞENOCAK, s. 9-10; KURT, s. 51-52.

⁵⁷ BAYGIN, s. 21; GÜRPINAR, s. 19. Doktrinde SEROZAN, yüklenicinin sarf etmiş olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda sözleşmenin sadece feshedilebileceğini ileri sürmektedir (SEROZAN, Dönme, s. 176). Yargıtay da 25.01.1984 tarih E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı'nda arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri ile ilgili olarak bu karma görüşü

görüŖün uygulamada hakime takdir hakkı vermek suretiyle uygulamada esneklik sağlayarak adalete aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engellediği belirtilmektedir⁵⁸.

Eser sözleşmesinin ani edimli olup olmadığını belirleyebilmek için eser sözleşmesindeki karakteristik edimin niteliğini belirlememiz gerekmektedir. Eser sözleşmesinde sözleşmeye özelliğini veren karakteristik edim ‘eser meydana getirme’ edimidir⁵⁹. Yüklenicinin eser meydana getirmeye ilişkin edimi sonuca yönelik bir edim borcudur⁶⁰. Yüklenici sadece eserin meydana getirilmesine yönelik olarak iş görmekle borcunu yerine getirmiş olmaz. Yüklenici ancak sözleşmeyle kararlaştırılan sonucun

benimseyerek bu sözleşmelerin ani ve sürekli borç edimlerinin özelliklerini taşıyan bir sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD T. 30.05.1994, E. 1993/5125, K. 1994/3380 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). **SUNGURBEY**, eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralların dikkate alınması gereken sözleşmelerden olduğunu, bunun bir sonucu olarak da bu sözleşmeler bakımından dönme hakkının kullanılmayacağını bu sözleşmelerin ancak ileriye etkili olarak feshedilebileceğini ileri sürmektedir (**SUNGURBEY**, C. IV, s. 466).

⁵⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 20.

⁵⁹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 2; **ÖZ**, Dönme, s. 14; **ŞENOCAK**, s. 6; **KURT**, s. 27.

⁶⁰ **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 11, dn. 5; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 201; **KOLLER**, Wekvertrag, N. 38.

ortaya çıkarılıp bunun teslim edilmesiyle borcundan kurtulur⁶¹. Yüklenicinin borçlandığı edim fiili edim sonucunu elde etmek için zorunlu bir araçtır⁶².

Bir borç ilişkisinin ani edimli olup olmadığını belirlemedeki kıstaslardan biri alacaklının edime yönelik menfaatinin bir anda gerçekleşip gerçekleşmediği noktasıdır. Eser sözleşmesinde eser tamamlanıp teslim edilinceye kadar yüklenicinin iş görme faaliyetiyle geçen süreçte iş sahibinin edime yönelik menfaati gerçekleşmiş olmaz. Çünkü bu süreçte meydana getirilmekte olan eser iş sahibi için ekonomik bir yarar sağlamaz. İş sahibinin edime yönelik menfaati ancak eserin tamamlanıp teslim edilmesiyle gerçekleşmektedir⁶³. İş sahibi ancak bu andan itibaren eserden ekonomik fayda sağlayabilecek duruma gelmektedir. Meydana getirilen eserin bir kısmının bitirildiği durumlarda iş sahibi bu kısmı kısmi ifa olarak kabul etmek zorunda değildir⁶⁴. Yüklenici ancak kapsamı ve niteliği başlangıçta kararlaştırılan eseri teslim etmekle borcunda kurtulmuş olur.

Borç ilişkisinin sürekli edimli olup olmadığını belirlemede bir diğer kıstas da borç ilişkisindeki karakteristik edimin nicelik açısından kapsamının zamana göre belirlenip belirlenmediğidir. Sürekli borç ilişkisi doğuran edim, belirli veya belirsiz bir zamanda yaygın olarak gerçekleşip, süreye bağlı olarak da artış göstermektedir⁶⁵. Eser sözleşmesindeki karakteristik edim eserin ortaya çıkarılıp teslim edilmesidir. Yüklenici

⁶¹ **TWERENBOLD**, N. 212; **UYGUR**, İnşaat, s. 35-36; **ŞENOCAK**, s. 8. BGE 98 II 299.

⁶² **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, I, s. 342; **GAUCH**, Unternehmer, s. 21; **SELİÇİ**, **Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 5-6. Karş. **ÖZ**, Dönme, s. 20.

⁶³ **ÖZ**, Dönme, s. 21; **UYGUR**, İnşaat, s. 35-36; **ŞENOCAK**, s. 10. BGE 98 II 299

⁶⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 20-21; **TWERENBOLD**, N. 213.

⁶⁵ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 15; **ŞENOCAK**, s. 10.

eseri ortaya çıkarıp teslim etmedikçe borcunu yerine getirmiş olmayacağından, yüklenicinin iş görme faaliyetleri zamana bağlı olarak edimin nicelik olarak artmasına neden olmaz⁶⁶.

Sonuç olarak yukarıda açıklanan sebeplerle eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Fakat Kanunkoyucu eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden olan ‘eseri meydana getirme’ borcunun yerine getirilmesinin uzun zaman aldığı durumları dikkate alarak sürekli borç ilişkilerine özgü bazı kurallar getirmiştir⁶⁷. Bunun nedeni eser sözleşmesinde taraflar arasında vekalet benzer şekilde güven ilişkisinin yoğun olması ve alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin borçlunun ifaya hazırlık faaliyetlerine sıkı bir şekilde bağlı olmasıdır⁶⁸. Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin yerine getirilmesi uzun bir zamanı gerektirdiğinden bu kuralların ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesinde dikkate alınması gerekmektedir⁶⁹. Fakat bu kurallar doğrudan uygulanmayıp, somut uyuşmazlığın tüm yönleri değerlendirildikten sonra eser sözleşmesinin yapısına uyduğu ölçüde uygulanması gerekmektedir⁷⁰.

⁶⁶ **ŞENOCAK**, s. 10; **KURT**, s. 52-53.

⁶⁷ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **SELİMOĞLU**, s. 689. Örneğin bkz. TBK m. 473/I, m. 480/II, m. 482/II, m. 484, m. 485, m. 486.

⁶⁸ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

⁶⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 58.

⁷⁰ Aynı yönde bkz. **TANDOĞAN, Haluk**, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıtta Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, C. V, S. 4, Nisan 1982, s. 497. Doktrinde **ÖZ**, eser sözleşmesine uygulanacak sürekli borç ilişkisine özgü kuralların dar yorumlanması gerektiğini ve büyük bir ihtiyaç olmadıkça uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir (**ÖZ**, Dönme, s. 21).

III. UNSURLARI

A. Eser Meydana Getirme

1. Eser Kavramı

Eser sözleşmesinde yüklenici, borçlandığı bir eser meydana getirme borcunu bir iş görme faaliyeti sonucunda yerine getirir⁷¹. Eser sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri arasında yer alsa da hizmet ve vekalet sözleşmelerinin aksine yüklenicinin borcu sadece bir değil, edim sonucunu ortaya koymaktır⁷². Yüklenicinin iş görme faaliyeti sonucu da eser olarak adlandırılmaktadır⁷³.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin bir sonuç borcu olan eser meydana getirme borcunda hangi sonuçların eser kapsamında değerlendirileceği noktasında doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki eser kavramını dar yorumlayan, sadece maddi bir varlıkta tezahür eden maddi sonuçları (örneğin; bir bina, bir makine gibi) eser kavramı içerisinde değerlendiren görüştür⁷⁴. Bu görüş, İsviçre'de 1881 tarihli eski Borçlar Kanunu yürürlükteyken ve 1912 değişikliklerini izleyen ilk yıllarda, genel olarak kabul edilmekteydi⁷⁵. Bu görüşü savunan GAUTSCHI şu gerekçeleri ileri

⁷¹ **ARAL/AYRANCI**, s. 361; **ŞENOCAK**, s. 12.

⁷² **DÜRR, Karl**, Der Werkvertrag, 2. Aufl., Schrit Verlag Bern 1966, s. 5; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 38; **GAUCH**, Unternehmer, s. 21; **ARAL/AYRANCI**, s. 361; **YAVUZ**, s. 986; **ŞENOCAK**, s. 12-13; **GÜRPINAR**, s. 18; **SOMER**, s. 22.

⁷³ **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 952; **ARAL/AYRANCI**, s. 361; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 462; **ŞENOCAK**, s. 12.

⁷⁴ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 1-2, 4, 5; Art. 363, 2a-c; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 353. BGE 98 II 311.

⁷⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 1; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 4; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 2a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 3; **KAPLAN, İbrahim**, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve

sürmektedir: Maddi olmayan çalışma sonuçlarının eser kavramı içinde değerlendirilmesi fikri Alman hukukundan esinlenilerek ortaya çıkmıştır. Fakat BGB § 631/II hükmüne benzer bir hüküm İsviçre Borçlar Kanununda bulunmadığından eser kavramı bu şekilde genişletilemez. Alman hukukunda vekaletin ivazsız olarak ve yalnız hukuki işlemlerin ifası için kabul edilmesi (BGB § 662) sebebiyle eser sözleşmesinin sınırlarını geniş tutma zorunluluğu İsviçre hukuku bakımından gerekli değildir. İsviçre hukukunda vekaletin sadece hukuki işlemlerin ifası için yapılmayıp aynı zamanda fiili işlemlere de konu olabilmesi ve ivazlı olarak da yapılabilmesi sebebiyle maddi olmayan sonuçların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekir ⁷⁶ . Eser sözleşmesine ilişkin ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin maddi olmayan sonuçlarda uygulanması mümkün değildir⁷⁷ . Nitekim fikri çalışmaların ayıplı olup olmadığının objektif olarak tespiti çok zordur. Bunlar çoğu zaman ilgili alanın uzmanlarınca subjektif kıstaslarla değerlendirilebilmektedir⁷⁸ . Maddi olmayan sonuçlara, vekaletle ilişkin özenle ifa yükümlülüğünü düzenleyen İBK m. 398/II (TBK m. 506/II) hükmü,

Mimarın Sorumluluğu, AÜSBF Yayınları: 520, Ankara 1983, s. 56; **ERMAN**, s. 12; **ÖZ**, Dönme, s. 4; **DAYINLARLI**, s. 6.

⁷⁶ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem zu Art. 363-379, N. 4, 5; Art. 363, N. 2b, 2c; **GAUTSCHI, Georg**, Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff., SJZ, 1974, 70. Jahrgang, Heft 2, s. 21-22 vd. Bu tip sözleşmelerin sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, s. 6.

⁷⁷ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. Zu Art. 363-379, N. 1; **GAUTSCHI**, Architektenvertrages, s. 22-23.

⁷⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 1, 2. **GAUTSCHI**, Architektenvertrages, s. 22.

esere ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden daha uygundur⁷⁹. Bu görüş bir dönem etkisini yitirmiş olsa da özellikle GAUTSCHI'nin ileri sürdüğü fikirler sonrasında tekrar ağırlık kazanmış ve Federal Mahkeme de GAUTSCHI tarafından savunulan görüş doğrultusunda avukatın veya jeologun mütalaa vermesi, mimarın eskisler, ön projeler veya planlar çizmesi halinde fikri çalışma ürünü bir kağıtta tezahür etse dahi eser sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin bu tip edimlerin öngörüldüğü sözleşmelerde uygulanamayacağını ileri sürerek sadece maddi bir sonuç şeklinde ortaya çıkan çalışma sonuçlarını eser olarak kabul etmiştir⁸⁰. Bu görüş konusunun maddi sonuçlu olmayan iş görme edimleri olan sözleşmeleri vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁸¹.

Doktrinde ileri sürülen ikinci görüş eser kavramını geniş yorumlayan, maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini

⁷⁹ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 2.

⁸⁰ BGE 98 II 305. Bu kararın çevirisi için bkz. AKÜNAL, Teoman, İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı, İÜHF, C. XL (1974), S. 1-4, s. 701-707. Bu karar özellikle JÄGGI tarafından eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. JÄGGI, Peter, Bemerkungen Zu Einem Urteil Über Den Architektenvertrag, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1976, s. 204 vd.

⁸¹ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 2; GAUTSCHI, Architektenvertrages, s. 24. Fakat HATEMİ sonuç taahhüdünün mümkün olduğu maddi sonuçlu olmayan sözleşmelerin isimsiz bir sözleşme olduğunu, bu sözleşme için eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar, s. 353).

ileri süren görüşür⁸². Bu görüş İsviçre Borçlar Kanununda 1911 yılında yapılan değişiklikten sonra yayılmaya başlamıştır⁸³. Bu görüşün savunucuları bu görüşe ilişkin şu gerekçeleri ileri sürmektedir: Eser sözleşmesi ile ilgili bazı hükümlerin maddi varlığı olan veya maddi bir varlıkta tezahür etmiş edim sonuçları dikkate alınarak konulmuş

⁸² **KOLLER**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 67 vd., N. 71; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 4; **HONSELL**, s. 280; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art 363, N. 3; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 363, N. 2; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 4; **PEDRAZZINI**, § 84, s. 499; **GAUCH**, Unternehmer, s. 22; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 201; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 45; **ERMAN**, s. 14; **GÖKTÜRK**, s. 497; **BİLGE**, s. 245-246; **OLGAÇ, Senai**, Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, C. II, Madde: 182-371, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 680; **EREN**, Özel Hükümler, s. 589; **YAVUZ**, s. 987-988; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 462, 463; **ŞENOCAK**, s. 17; **ÖNEN**, s. 302; **GÖKYAYLA**, s. 7.; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 953; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 61; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 58; **DAYINLARLI**, s. 8.; **KURT**, s. 28-30. BGE 109 II 37; BGE 109 II 34; BGE 70 II 218; BGE 59 II 263; BGE 83 II 529; BGE 63 II 179; BGE 119 II 45; BGE 115 II 53; BGE 114 II 56; BGE 113 II 266; BGE 109 II 465; BGE 80 II 34; BGE 112 II 46. Karş. BGB § 631 II. BGB § 631 II'e göre; 'Eser sözleşmesinin konusu bir şeyin imali ya da değiştirilmesi olabileceği gibi, iş ya da hizmet edimi ile ortaya çıkarılan başka bir sonuç da olabilir.'

⁸³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 2. İsviçre Borçlar Kanununun ilk metninde 'Fertigstellung (=tamamlama, hazırlama)' ifadesiyle sadece maddi sonuçlu iş görme edimleri eser sayılmaktaydı. Fakat bu deyimmin yerine getirilen 'Herstellung (=yapım, meydana getirme)' ifadesiyle maddi ya da maddi olmayan eserlerin de olabileceği vurgulanmış oldu (**OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 2).

olması eser kavramının geniş tutulmasına karşı bir delil olamaz. Eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği bir bütün teşkil eden çalışma sonuçlarının bir ivaz karşılığında meydana getirilmesi taahhüdü olduğundan bir bütünlük arzeden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık bir eser sayılmalıdır⁸⁴. Önemli olan yüklenicinin vaad edilen emek sonucuna erişilmesinin riskini taşımasıdır⁸⁵. Bu risk maddi eserlerde olduğu kadar maddi olmayan eserlerde de söz konusudur⁸⁶. GAUTSCHI'nin ileri sürdüğünün aksine sanatsal ve bilimsel eserler objektif olarak değerlendirilebilir. Aksi halde sanat ödülleri, bilimsel eleştiriler de olmazdı. Dolayısıyla bu tip eserler bakımından ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanabilir⁸⁷. Örneğin; bir mimarın çizdiği proje teknik bakımından muayene edilebileceği gibi iş sahibinin isteklerini karşılamama veya teknik açıdan uygulanamaması sebebiyle kısmen veya tamamen ayıplı da olabilir⁸⁸.

Eser kavramının daratılması durumunda maddi sonuçlu olmayan iş görme edimlerini içeren sözleşmelerin niteliğine uygun olmayan vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olma tehlikesi vardır⁸⁹. Borçlar Kanununda sadece eser sözleşmesi

⁸⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 953; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 463; **EREN**, Özel Hükümler, s. 591, 592, 595.

⁸⁵ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, I, s. 342.

⁸⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3.

⁸⁷ **JÄGGI**, s. 209.

⁸⁸ **JÄGGI**, s. 209; **SELİÇİ, Özer**, Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekalet'e İlişkin Sorunlar, Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2290, İstanbul 1977, 272 vd.; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 63; **GÜRPINAR**, s. 35.

⁸⁹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3; **JÄGGI**, s. 209-210; **SELİÇİ**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 270. Maddi olmayan bir sonucu hedef tutan sözleşmelerde sözleşmeden her zaman cayabilme hakkının tanınmasının mı, yoksa belirli sebeplerle

edim sonucuna yönelik bir sözleşmedir. Bu nedenle maddi bir esas ve dayanağı olmayan sonuç sözleşmeleri de eser sözleşmesi içerisinde değerlendirilmelidir⁹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları da bu görüş çerçevesinde oluşmaktadır⁹¹. Uygulamada fizibilite raporu hazırlanması⁹², mimari proje hazırlanması, bir plan, kroki, maliyet tahmini hazırlanması⁹³, bir gazeteye bir ilan konulması⁹⁴, bir eserin başka bir dile çevirisi⁹⁵, bir reklam kampanyasının bir müşavir tarafından hazırlanması⁹⁶, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, buz hokeyi maçı, tiyatro gösterisi⁹⁷, konser⁹⁸,

veya tam tazminat ödeyerek sözleşmenin daha zor sona erdirilebilmesinden hangisinin tarafların iradesine uygun olacağına bakılması gerektiği yönünde bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 39-40.

⁹⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3; **EREN**, Özel Hükümler, 591.

⁹¹ Bkz. **DAYINLARLI, Kemal**, Berrut'e karşı Rey Bellet Anonim Şirketi Davasında Birinci Hukuk Dairesince 15 Şubat 1983 Tarihinde Alınan Kararın Özeti (Karar Düzeltme Müracaatı) (Kaynak: ATF Resmi Derleme, C. 109, Kısım: II Medeni Hukuk Lausanne 20.10.1983, s. 34-40), Yargıtay Dergisi, C. 11, Ekim 1985, S. 4, s. 522-527. BGE 109 II 462.

⁹² Yarg. 15. HD T. 27.03.1978, E. 644, K. 640 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 922).

⁹³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4.

⁹⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4. BGE 59 II 260 (aktaran, **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 65).

⁹⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4.

⁹⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4; **DAYINLARLI**, s. 10.

⁹⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 5, **BİLGE**, s. 246. Aksi yönde **von BÜREN, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1972, s. 143, dn. 69. **von BÜREN** burada vekalet benzeri unsurların olduğu ya

bir yerin elektrik ile ısıtılmasının ve aydınlatılmasının üstlenilmesi, bir internet sitesi hazırlama⁹⁹ eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay da birçok kararında maddi sonuçlu olmayan iş görme edimlerini içeren sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir¹⁰⁰. Örneğin; Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun bir kararında belli bir gündelik karşılığında bir gazinoda solist olarak şarkı söylemeyi taahhüt eden bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹⁰¹. Yine Yargıtay, oyuncu ile film yapımcısı arasında oyunculuk faaliyeti için yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹⁰².

Bu görüş taraftarlarından bazıları maddi olmayan çalışma sonuçlarının eser kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi için belirli ölçüde maddilik kazanarak sürekli

da kendine özgü bir sözleşmenin olduğu görüşündedir (**von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 143, dn. 69).

⁹⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 5. BGE 80 II 34; BGE 70 II 218.

⁹⁹ **HONSELL**, s. 281.

¹⁰⁰ Yarg. HGK T. 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹ Yarg. Başkanlar Kurulu T. 23.02.1968 E. 12, K. 76 (**KARAHASAN Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, C. 6, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992, s. 48). Aynı yönde bkz. Yarg. 10. HD T. 14.12.1973, E. 5183, K. 3154 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 46-48).

¹⁰² Yarg. 10. HD T. 01.07.1974 E. 3612 K. 4738 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 926). Fakat bu kararda eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir deyişle kendilerine bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

bir tarzda görülebilir olması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁰³. Buna gerekçe olarak da eser sözleşmesindeki eserin teslim ve muayenesine ilişkin kuralların ancak söz konusu şartın gerçekleşmesi durumunda uygulanabilecek olması gösterilmektedir¹⁰⁴. Maddi bir şeyde somutlaşmayan fikri çalışmalara, sportif ve sanatsal çalışmalara, bu çalışmaların seyrine yönelik olarak yapılan sözleşmelerde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵.

Doktrinde ileri sürülen üçüncü görüş ise maddi sonuca yönelik olmayan eser sözleşmelerinin hukuki niteliğinin somut olayın özelliklerine göre belirlenebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁶. BUCHER¹⁰⁷, eser sözleşmesi ve vekaletle ilişkin unsurların birbirine bağlandığı sözleşmelerde esasen eser sözleşmesi karakteri olmasına rağmen örtülü taraf iradeleri uyarınca OR 404 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini, burada eser sözleşmesiyle ilgili kuralların (OR 377) uygulanmayacağını ileri sürmektedir.

¹⁰³ von BÜREN, Besonderer Teil, s. 143, 144; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 19-22; ARAL/AYRANCI, s. 363-365; YAVUZ, s. 987-988, 989; DAYINLARLI, s. 8; BAYGIN, s. 12; KURŞAT, s. 149, 150; ÖZ, Dönme, s. 7. Fakat ÖZ; eksik ve ayıplı oldukları eser sözleşmesi sistemi içinde çözümenin mümkün olmadığı konusunun sanat etkinlikleri olan sözleşmelerin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir (ÖZ, Dönme, s. 7).

¹⁰⁴ von BÜREN, Besonderer Teil, s. 143-144; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 19-20; YAVUZ, s. 989.

¹⁰⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 19-20; ÖZ, Dönme, s. 7. Bu tip sözleşmelere vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. YAVUZ, s. 988-989.

¹⁰⁶ BUCHER, Besonderer Teil, s. 204; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar, s. 352-353; SELİÇİ, Mimarlık Sözleşmesi, s. 271.

¹⁰⁷ BUCHER, Besonderer Teil, s. 204.

HATEMİ'ye göre ¹⁰⁸ ; maddi sonuca yönelik olmayan sonuç taahhüdü içeren sözleşmelerde ortaya konan sonucun alacaklısının çok zararına neden olabilecek vekalet sözleşmesi hükümlerine gitmemek için bu sözleşmeler eser sözleşmesi olmaya zorlanmıştır. Bu sözleşmeleri eser veya vekalet sözleşmesi türüne sokmak için zorlama yerine bu sözleşmeleri isimsiz sözleşme olarak kabul edip niteliklerine uygun düştüğü ölçüde BK m. 386/II delaleti ile vekaletle ilişkin hükümleri, uymadığı zaman da diğer iş görme sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanması daha doğru olacaktır¹⁰⁹.

Kanaatimizce ikinci görüş, eser kavramını kanunun ruhuna uygun olarak en doğru şekilde açıklamaktadır. Eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği bir bütün teşkil eden çalışma sonuçlarının bir ivaz karşılığında meydana getirilmesi taahhüdüdür. Bu özellikten hareketle maddi sonuçlu olmayan tüm iş görme edimlerinin bir eser teşkil edebileceği söylenebilir¹¹⁰. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan 'şey' ibaresi yerine mehz kanuna -Fransızca 'ouvrage', Almanca 'Werk' kelimelerinin karşılığına uygun olarak kullanılan 'eser' ibaresi maddi sonuçlu olmayan iş görme sonuçlarını da kapsamaktadır¹¹¹. Maddi sonuçlu olmayan iş görme edimlerinin maddi bir şeyde cisimleşmesi gerekmez¹¹². Gelişen optik, akustik ve elektronik kayıt tekniği dikkate

¹⁰⁸ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 349.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. **SELİÇİ**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 271.

¹¹⁰ İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları sonucunda Federal Konsey tarafından Federal Meclis'e sunulan raporda maddi varlığı bulunan eserler gibi, maddi varlığı bulunmayan eserlerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağı açıkça ifade edilmiştir (FF 1909 III 774) (**KURT**, s. 29'dan naklen).

¹¹¹ **GÖKTÜRK**, s. 498; **YAVUZ**, s. 986; **BİLGE**, s. 245-246.

¹¹² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3; **KOLLER**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 71; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. Art. 363-379, N. 5; **HONSELL**, s. 280; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 4, 5; **ERMAN**, s. 14; **EREN**, Özel

alındığında çalışma sonuçlarının maddilik kazanarak sürekli bir şekilde görünür olması kriteri sonuç sözleşmelerine uygulanacak olan hukuk kurallarının belirlenmesinde etkili olamaz¹¹³. Örneğin; bir maliyet hesabının yazılı şekilde yapıldığı durumlarda eser sözleşmesi; aksi halde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutmak anlamsızdır¹¹⁴. Burada eserin ayıplı olup olmadığının incelenmesindeki sorun maddi hukuktan ziyade ispat hukukuna ilişkindir¹¹⁵. Fakat maddi sonuçlu olmayan her tür iş görme sonucu eser sözleşmesinin konusu olamaz. Maddi olmayan sonuçların taahhüt edilebilir nitelikte ve bağımsız bir bütün teşkil etmesi gerekmektedir¹¹⁶. Bu kapsamda öğretmenin öğrencilere ders verdiği, doktorun hastayı tedavi ettiği, bir malvarlığı

Hükümler, s. 589; **YAVUZ**, s. 987-988; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466; **ŞENOCAK**, s. 17; **KURT**, s. 32, 33; **GÖKYAYLA**, s. 7. BGE 109 II 37; BGE 109 II 38; BGE 109 II 34; BGE 112 II 41.

¹¹³ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 5; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466; **EREN**, Özel Hükümler, s. 591-592; **KURT**, s. 33.

¹¹⁴ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 5.

¹¹⁵ **KURT**, s. 32-33.

¹¹⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3; **GÖKTÜRK**, s. 497-498; **BİLGE**, s. 246; **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 315; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **ARAL/AYRANCI**, s. 364; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 463; **ÖNEN**, s. 302-303; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 70; **ERMAN**, s. 14; **BAYGIN**, s. 11; **GÜRPINAR**, s. 37-38; **ŞENOCAK**, s. 19; **KURT**, s. 31 33; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 762; **KURŞAT**, s. 150-151.

değerinin yönetiminin üstlenildiği¹¹⁷, bir uzmanın belli bir konuda danışmanlık yaptığı durumlarda yapılan iş görme faaliyeti sonucunda elde edilecek sonuç taahhüt edilebilir nitelikte olmadığı için bu iş görme sonuçları eser sözleşmesinin konusu olamaz¹¹⁸.

Yüklenici tarafından meydana getirilecek eserin kapsamının belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir¹¹⁹. Böylece ortaya çıkan eserin istenen niteliklere uygun olup olmadığının denetlenebilmesi de bu yolla mümkün olacaktır¹²⁰. Örneğin; konusu inşaat olan sözleşmelerde inşaatın yeri, türü, plan ve projesi üzerinde anlaşmaya varılmalıdır. Eserin bir bütün teşkil etmesi de ancak bu yolla mümkün olabilir.

Maddi sonuçlu olmayan iş görme edimleri de eser sözleşmesinin konusunu teşkil ettiği için eser sözleşmesinin çok çeşitli bir uygulama alanı vardır. Fakat buna

¹¹⁷ BGE 83 II 527; BGE 83 II 525 kararın çevirisi için bkz. **KANETİ, Selim**, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1955-1964, II, Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968, No: 83, s. 34-37.

¹¹⁸ **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 144; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 161; **GÖKTÜRK**, s. 498; **BİLGE**, s. 246; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 465-466; **BAYGIN**, s. 11; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 762; **KURT**, s. 33. Hayvan yetiştirmede bir sonuç vaadi olduğundan eser sözleşmesi olduğu yönünde bkz. **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 161.

¹¹⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 28; **SCHUMACHER, Rainer/KÖNIG, Roger**, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung-Mehrvergütung, Hrsg: **ZUFFEREY, Jean-Baptiste/STÖCKLI, Hubert**, BR-Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg Band/N. 34, 2. Aufl., Schutthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2017, N. 18; **KURŞAT**, s. 151.

¹²⁰ **KURŞAT**, s. 151.

rağmen yargı uygulamasına daha çok eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri konu olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 470'deki 'eser' ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki 'eser' kavramları birbirinden farklıdır¹²¹. TBK m. 470'deki eserde bir bütün teşkil eden tüm çalışma sonuçları eserin konusunu oluştururken; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki eserin konusunu sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri oluşturabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun'daki eser kavramı sınırlı olup bir bütün teşkil eden her çalışma sonucu eser niteliğini taşımaz. Eseri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında bir eser olarak kabul edebilmek için eser sahibinin hususiyetini taşımaları, orjinal olmalıdır. Ayrıca eser olarak ortaya konan bu çalışma sonucu ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri türlerinden herhangi birisine girmelidir.

2. Meydana Getirme Kavramı

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinin sözleşmeye özelliğini veren karakteristik edimi yüklenicinin kararlaştırılan eserin meydana getirilmesidir¹²². Eserin meydana getirilmesi

¹²¹ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466; **KURŞAT**, s. 148 dn. 13; Karş. **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 44. Yarg. HGK T. 18.11.2009, E. 15-459, K. 541 (Kazancı İhtihat Bilgi Bankası). Doktrinde **TANDOĞAN**, 818 sayılı BK döneminde almanca 'Werkvertrag' ibaresinin karşılığı olan eser sözleşmesi adının önerilmesine karşı FSEK'de yer alan eser ile karışıklık yaratabileceği gerekçesiyle 'istisna sözleşmesi' deyiminin kullanılmasının uygun olduğunu ileri sürmüştür (**TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 311-312).

¹²² **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 2; **ÖZ**, Dönme, s. 3; **ŞENOCAK**, s. 6; **KURT**, s. 35.

nitelikli bir iş görme edimidir¹²³. Meydana getirme faaliyeti sonucunda ortaya çıkan maddi veya maddi olmayan sonuçlara eser denilmektedir.

Meydana getirme kavramı genellikle yeni bir eser meydana getirme şeklinde algılanmaktadır. Fakat meydana getirme kavramı geniş bir kavram olup, mevcut bir eser üzerinde gerçekleşen çalışma sonuçları da meydana getirme kapsamında değerlendirilir¹²⁴. Bir eser meydana getirilmeden bahsedebilmek için tarafların iradesine göre yüklenicinin iş görmesi sonucunda eskisinden farklı bir sonucun ortaya çıkması yeterlidir¹²⁵.

¹²³ **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 21; **BÜHLER**, *Zürcher Kommentar*, Art. 363, N. 34; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 477.

¹²⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 5; **BECKER**, *Vertragverhältnisse*, Art. 363, N. 1; **GAUTSCHI**, *Berner Kommentar*, Art. 363, N. 1b; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 3; **BÜHLER**, *Zürcher Kommentar*, Art. 363, N. 33; **GÖKTÜRK**, s. 497; **BİLGE**, s. 246; **TANDOĞAN**, *İstisna Akdi*, s. 320; **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 23; **KARAHASAN**, *İnşaat*, s. 69; **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **ÖNEN**, s. 303; **EREN**, *Özel Hükümler*, s. 594; **EREN**, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 56; **TUNÇOMAĞ**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 955; **GÜMÜŞ**, s. 4; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 760; **YAVUZ**, s. 991; **BAYGIN**, s. 13; **KURT**, s. 35-36; **GÖKYAYLA**, s. 8. Yarg. 4. HD T. 01.06.1978, E. 2220, K. 7342 (**KARAHASAN**, *İnşaat*, s. 919-921).

¹²⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 5; **BİLGE**, s. 246; **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 23; **TUNÇOMAĞ**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 955; **KARAHASAN**, *İnşaat*, s. 69; **ERMAN**, s. 16; **YAVUZ**, s. 991; **GÜMÜŞ**, s. 4; **BAYGIN**, s. 13; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 760; **KURŞAT**, s. 150. Karş. **KARADENİZ**, s. 173.

818 sayılı Borçlar Kanununda ‘imal etme’ deyimini kullanılmaktaydı. Bu deyim mevcut bir eser üzerindeki çalışma sonuçlarını kapsamadığı için yerinde bir deyim değildi. Dolayısıyla ‘meydana getirme’ deyiminin getirilmesi yerinde olmuştur¹²⁶.

b. Yeni Bir Eser Meydana Getirme

Yüklenicinin TBK m. 470’deki asli edim yükümünü teşkil eden eser meydana getirme edimi, taşınır veya taşınmaz bir eserin meydana getirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir¹²⁷. Uygulamada eser meydana getirme edimi en çok yeni bir eser meydana getirme şeklinde gerçekleşir. Yeni bir eser meydana getirmeye örnek olarak bir binanın inşası¹²⁸, bir makinenin yapımı¹²⁹, elbise dikilmesi¹³⁰, yeraltı metro inşası¹³¹, doğalgaz

¹²⁶ **YAVUZ**, s. 986-987. Bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 8.

¹²⁷ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 35.

¹²⁸ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 35; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 56. BGE 117 II 273; BGE 107 II 438; BGE 98 II 114.

¹²⁹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 2; BGE 98 II 299; BGE 93 II 272.

¹³⁰ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 2.

¹³¹ Yarg. 15. HD T. 22.10.2014 E. 2014/3272 K. 2014/5970 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

boru hattı döşenmesi¹³², bir kuyu açılması¹³³, yüzme havuzu yapılması¹³⁴, ısıtma sistemi kurulması¹³⁵, sulama sistemi kurulması¹³⁶, gemi inşası¹³⁷ gösterilebilir.

Yeni bir eser meydana getirme, maddi varlıklar üzerinde genellikle çeşitli malzemelerin belirli bir teknikle birleştirilmesi şeklinde meydana gelir. Maddi olmayan çalışma sonuçlarında ise fiziken mevcut olmayan bir şeyin dışı yansıtılması şeklinde ortaya çıkar¹³⁸.

c. Mevcut Bir Eser Üzerinde Gerçekleşen Çalışma Sonuçları

TBK m. 470'de yer alan 'eser meydana getirme'nin kapsamına yeni bir eserin meydana getirilmesinin yanı sıra tamir¹³⁹, bakım, yenileme, ekleme, şekil değişikliği

¹³² **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 36. Yarg. 15. HD T. 22.01.2015 E. 2014/6015 K. 2015/312 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

¹³³ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 36. Yarg. 15. HD T. 26.02.2015 E. 2014/546 K. 2015/1041; Yarg. 15. HD T. 09.04.2013 E. 2013/1143 K. 2013/2452 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

¹³⁴ **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 145. BGE 93 II 313 (**BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 52).

¹³⁵ Yarg. TD T. 08.04.1958, E. 516, K. 1030 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 49); BGE 94 II 158 (aktaran, **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 53).

¹³⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4. Yarg. 15. HD T. 10.11.2015 E. 2015/3365 K. 2015/5646; Yarg. 15. HD T. 28.10.2014 E. 2013/6742 K. 2014/6134 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

¹³⁷ Yarg. 15. HD T. 05.10.2015 E. 2015/3948 K. 2015/4790 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası).

¹³⁸ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466.

¹³⁹ Yarg. 4. HD T. 01.06.1978, E. 2220, K. 7342 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 919-921).

gibi çalışma sonuçları da girer¹⁴⁰. Tamir faaliyetine bir makinenin (cep telefonu, bilgisayar, vb.), sulama sisteminin tamiri, taşıma araçlarının tamiri¹⁴¹, yırtılan bir elbisenin dikilmesi¹⁴² örnek olarak gösterilebilir. Bakım faaliyetine örnek olarak; bir şeyin boyanması¹⁴³, parkelerin zımparalanması, cilalanması, elbisenin temizlenmesi, toprağın ıslahı¹⁴⁴ gösterilebilir. Şekil değişikliği şeklinde gerçekleşen çalışma sonuçlarına örnek olarak bir kitabın ciltlenmesi, odun kırılması gösterilebilir. Ekleme şeklinde gerçekleşen çalışma sonuçlarına örnek olarak; bir yüzüğün gümüşle kaplanması, bir binanın dış cephesine mantolama şeklinde izolasyon yapılması¹⁴⁵, bir

¹⁴⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 1f; **GAUCH**, Unternehmer, s. 22; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 3; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363 N. 36, 37; **KOLLER**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 91; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 567; **GÖKTÜRK**, s. 497; **BİLGE**, s. 246; **ÖZ**, Dönme, s. 4; **ARAL/AYRANCI**, s. 359, 365; **ÖNEN**, s. 303; **EREN**, Özel Hükümler, 594; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 23; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 466; **UYGUR**, İnşaat, s. 37; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 761; **ŞENOCAK**, s. 13-14; **DAYINLARLI**, s. 10; **BAYGIN**, s. 13; **KURT**, s. 27-28; **KURŞAT**, s. 150.

¹⁴¹ BGE 113 II 421 (**BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 61).

¹⁴² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 1f. Yarg. 4. HD T. 08.06.1954, E. 5045, K. 3650 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 49).

¹⁴³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 4; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 1f; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 1. Yarg. TD T. 29.05.1953, E. 6571, K. 3319 (**ATASAYAN, Tacettin**, Borçlar Hukuku Sahasında Sistemik Temyiz Neşriyatı, Sermet Matbaası, İstanbul 1956, s. 365-366).

¹⁴⁴ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 36.

¹⁴⁵ BGE 107 II 271; BGE 107 II 173.

duvarın duvar kağıdı ile kaplanması¹⁴⁶ gösterilebilir. Yenileme faaliyetine örnek olarak; kırılan camın değiştirilmesi örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda sayılanlara ek olarak bir şeyin yok edilmesi de meydana getirme kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴⁷. Örneğin; bir binanın yıkılması¹⁴⁸, mayınlı bir arazinin mayınlardan temizlenmesi.

İnsan vücudu üzerinde gerçekleştirilen bazı çalışma sonuçları da eser kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin; saçların kesilmesi, boyanması; tırnaklara manikür, pedikür yaptırılması¹⁴⁹, vücudun belli bir bölgesine dövme yaptırılması eser kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵⁰. Fakat insan vücudu üzerinde gerçekleşen tıbbi müdahalelerde sonuç taahhüt edenin gücü dışında bazı faktörlere bağlı olduğundan eser olarak kabul edilmemekte, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği

¹⁴⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 363, N. 4.

¹⁴⁷ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 363, N. 1f; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 567; BİLGE, s. 246; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 23; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 955; ARAL/AYRANCI, s. 359, 366; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 466; ÖZ, Dönme, s. 8-9; EREN, Özel Hükümler, s. 595; EREN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; KURT, s. 36.

¹⁴⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 363, N. 4, 5.

¹⁴⁹ BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 36, 37, 63.

¹⁵⁰ BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 63; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 24, 41-42; ARAL/AYRANCI, s. 366; HONSELL, s. 282; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 462-463, 467; KARAHASAN, İnşaat, s. 182; KOLLER, Berner Kommentar, Art. 363, N. 93; ŞENOCAK, s. 14; BAYGIN, s. 13; KURT, s. 28, 36; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762; KURŞAT, s. 152-153. Vücutta yer alan dövmenin silinmesi hakkındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 03.11.1999, E. 4007, K. 3868 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kabul edilmektedir¹⁵¹. Fakat estetik amaçlı yapılan ameliyatlara, diş protezi hazırlanmasına uygulanacak hükümler konusu tartışmalıdır. Burada bazı yazarlar belli bir sonuç taahhüt edilerek yapılan estetik ameliyatlara eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵². Bazı yazarlar tıbbi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasında yüksek bir güven ilişkisini gerektirdiği için vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵³. Bazı yazarlar ise tıbbi müdahalenin amacına göre bir ayırım yaparak tedavi ve iyileştirme amacına yönelik tıbbi müdahalelerde vekalet hükümlerinin uygulanmasını; tedavi amaçlı olmayan, sadece güzelleştirme amacına yönelen tıbbi müdahalelerde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁴. Kanaatimizce diş protezi takılması estetik görünümünden ziyade kişinin sağlığıyla ilgili olduğu için vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁵⁵.

¹⁵¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **ARAL/AYRANCI**, s. 364. BGE 108 II 59. Yarg. Başkanlar Kurulu Kararı T. 06.07.1964, E. 37, K. 40 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 182-183).

¹⁵² **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 467. Yarg. Başkanlar Kurulu T. 01.12.1977, E. 555, K. 555 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 43); Yarg. 15. HD T. 20.12.1977, E. 2167, K. 2307 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 42-43); Yarg. 13. HD T. 05.04.1993, E. 131, K. 2741 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 907-909).

¹⁵³ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **YAVUZ**, s. 989; **GÜRPINAR**, s. 27; **BAYGIN**, s. 11-12; **KURŞAT**, s. 153. BGE 108 II 59.

¹⁵⁴ **ARAL/AYRANCI**, s. 364. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD T. 05.04.1993 E. 1993/131 K. 1993/2741 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

¹⁵⁵ Aynı yönde **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21. İsviçre Federal Mahkemesi oldukça eski bir kararında dişçi ya da diş teknisyeni ile hasta arasındaki sözleşmeyi bir diş protezi olduğunda eser sözleşmesine tabi tutmuştur (BGE 47 II 215). Daha sonraki

Diş protezinin hastanın ağzına uyacağı taahhüt edilebilir nitelikte bir edim değildir¹⁵⁶. İnsan vücuduna tedavi amaçlı yapılan bu tip müdahalelerin vekalet sözleşmesi

bir kararında diş tedavisi söz konusu ise hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdi, böylece kaplama malzemesinin takılmasına eser sözleşmesi hükümleri, daha önce yapılması gereken dişlerin durumunun incelenmesi gibi işlere de vekalet hükümlerini uyguladı (BGE II 111). Ancak İsviçre Federal Mahkemesi diş tedavi sözleşmesini tamamiyle vekalet sözleşmesi olarak kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin son kararı şu şekildedir: Eğer bir hasta dişlerini tedavi ettirmek için bir diş hekimine başvurursa, aynı doktor, pratisyen hekim ya da bir uzmanla hasta arasındaki benzer bir ilişkiye girmiş olur. Hasta diş hekimini, herhangi belli bir sonuç talep ya da garanti edilemeksizin, sağlık durumunu düzeltmek ve mümkünse uygun araçlarla tedavi etmekle görevlendirir. Diş hekimi tıpkı bir doktor gibi teknik açıdan tamamen hastadan bağımsız hareket eder. Sözleşmeye bir güven ilişkisi hakimdir ve bunun zedelenmesi sözleşme ilişkisinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi için bir sebeptir. Tüm bunlar vekalet sözleşmesinin tipik emareleridir. Diş hekimi bir diş tedavisi ile görevlendirildiğinden faaliyetinin amacı bir eserin imali değil; bilakis tüm araçlarla hastasının sağlık durumunu iyileştirmektir ki, kaplama ve köprü şeklindeki tüm eserlerin yapımı da bu araçlara dahildir. Gerekliyse tedavi için zorunlu olan eserlerin imali vekalet dahildir ve özellikle de dürüst ve özenli ifa borcuna tabidir. Böylesi bir güven ilişkisi ve vekalet özgü faaliyetler ve hizmet edimleri ile ifadesini bulan böyle bir durumda, diş hekiminin faaliyetini bütünüyle vekalet tabi tutmak gerekir (BGE 110 II 377, **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 163). Aksi yönde bkz. **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 143, dn. 69; Yarg. 15. HD T. 20.12.1977, E. 2167, K. 2307; Yarg. Başkanlar Kurulu T. 01.12.1977, E. 555, K. 555 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 923-924).

¹⁵⁶ **GÜRPINAR**, s. 27-28.

hükümlerine tabi tutulması insan vücudunun hakimiyet altına alınamayacağı ilkesine de uygunluk arzeder¹⁵⁷.

B. Bedel Ödeme Borcu

Eser sözleşmesinde bedel ödeme borcu asli edim yükümlerinden biridir¹⁵⁸. Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir¹⁵⁹. Sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yüklenicinin meydana getireceği eser karşılığında iş sahibinin bedel ödeme taahhüdünde bulunması gerekir¹⁶⁰. Eser meydana getirme borcunun ivazlı

¹⁵⁷ **GÜRPINAR**, s. 27.

¹⁵⁸ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 4.; **ARAL/AYRANCI**, s. 366; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 468; **TWERENBOLD**, N. 44; **ÖZ Turgut**, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 54; **BAYGIN**, s. 14.

¹⁵⁹ **OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich 1936, Art. 363, N. 7; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 8c; **GAUCH**, Unternehmer, s. 43; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 533; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 68; **LEHMANN, Peter**, Kurzkomentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, Art. 374, N. 1; **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 70; **GÜRPINAR**, s. 41; **DAYINLARLI**, s. 15; **TWERENBOLD**, N. 44; **AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 762; **ÖZ**, İnşaat, s. 54.

¹⁶⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 7; **BİLGE**, s. 246; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **ÖNEN**, s. 303; **OLGAÇ**, s. 680-681; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 468; **ERMAN**, s. 19; **DAYINLARLI**, s. 15;

olarak taahhüt edilmediği durumlarda ortada bir eser sözleşmesi yoktur¹⁶¹. Bedelin para olarak kararlaştırılması şart değildir¹⁶². TBK m. 470'de 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan

GÜRPINAR, s. 41; **TWERENBOLD**, N. 44, s. 5; **ŞENOCAK**, s. 6; **BAYGIN**, s. 14; **KURT**, s. 36; **ÖZ**, İnşaat, s. 54; **KURŞAT**, s. 145.

¹⁶¹ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 533; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 6; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 68; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 1; **ARAL/AYRANCI**, s. 359; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 470; **ÖZ**, Dönme, s. 68; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 762; **GÖKYAYLA**, s. 11; **ÖZ**, İnşaat, s. 54; **KURŞAT**, s. 154; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 43.

Eksik sözleşme şeklinde bir isimsiz sözleşme olduğu yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, s. 2. Şüphe halinde eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 24; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 470; **EREN**, Özel Hükümler, s. 586; **GÖKYAYLA**, s. 11; **BAYGIN**, s. 15; **KURT**, s. 45.

Vekalet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 211; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 7; **BİLGE**, s. 247; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **ÖZ**, Dönme, s. 38; **ÖNEN Turgut**, Borçlar Hukuku, Gazi Üniversitesi Yayın No: 155, Ankara 1990, s. 303; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 70; **ERMAN**, s. 19; **ERDOĞAN**, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD C. 3 Ocak-Haziran 1990 S. 1 s. 170; **GÜRPINAR**, s. 26.

Kıyasen bağışlama sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı yönünde bkz. **ÖZ**, İnşaat, s. 54; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 762.

Doktrinde **GAUTSCHI** bu durumda sözleşmenin yüklenici açısından eser sözleşmesi, bedel borcu için yerine getirilen edime yönelik sorumlulukta vekalet veya hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 9a). **PEDRAZZINI** ise vekalet ya da bağışlama

farklı olarak 'semen' yerine 'bedel' ifadesinin kullanılmasıyla işsahibinin borcunun konusunun para dışında olabileceği vurgulanmış oldu. Bu konuya ilişkin olarak kaynak İsviçre Borçlar Kanununda iş sahibinin ediminin bedel olduğu 'zur Leistung einer Vergütung' olarak ifade edilmiştir.

Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işsahibinin yükleniciye olan borcunun konusu sahip olduğu arsanın bir kısmının mülkiyetinin devredilmesidir. İş sahibinin borcunun konusunu üzerinde inşaat yapılan araziden başka bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu da oluşturabilir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde işsahibi, arazisine yapılacak taşınmazlar karşılığında yükleniciye başka bir arazisinin mülkiyetini devir borcunu yüklenir. Yine işsahibinin borcunun konusu belli bir konuda danışmanlık veya bir hizmetin yerine getirilmesi de olabilir. Fakat bedelin paradan başka bir şey olarak kararlaştırıldığı durumlarda sözleşmeyi tek başına eser sözleşmesi olarak nitelendiremeyiz. Burada eser sözleşmesinin de özelliklerini içerisinde barındıran bir karma sözleşme söz konusu olmaktadır¹⁶³.

hükümlerinin uygulandığı bir sözleşme olduğunu ileri sürmüştür (**PEDRAZZINI**, § 86, s. 533).

¹⁶² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 9; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 9a; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 11; **BİLGE**, s. 246; **BERKİ**, s. 143; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 28; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 7; **ÖNEN**, s. 303; **UYGUR**, İnşaat, s. 37; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 71; **ERMAN**, s. 23; **GÜRPINAR**, s. 41.

¹⁶³ **YAVUZ**, s. 992. **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **ÖZ**, Dönme, s. 2; **ÖZYÖRÜK**, s. 4; **ARAL/AYRANCI**, s. 366; **KUNTALP**, **Erden**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. B., BATİDER Yayın No: 479, Ankara 2013, s. 16; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 469; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 71; **GÜRPINAR**, s. 41; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 45. Roma hukukunda da iş

Eser sözleşmesinde taraflar bedeli dilediği şekilde belirleyebilir. Uygulamada bedel, genellikle sabit bedel veya yaklaşık bedel şeklinde belirlenmektedir¹⁶⁴. Bedelin sabit bir şekilde belirlendiği durumlarda işsahibi kural olarak kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür. Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda ise bedel, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir (TBK m. 481). Bedelin miktarı taraflar arasında ihtilafli ve ispatlanamıyorsa bedel yine TBK m. 481 hükmü uyarınca belirlenir¹⁶⁵.

Taraflar arasındaki müzakerelerde bedel taahhüdü hususunda anlaşma olmamışsa kurulan sözleşme eser sözleşmesi değildir. Çünkü eser sözleşmesinde bedel sözleşmenin objektif esaslı noktalarından biridir¹⁶⁶. Taraflar eserin bir bedel karşılığında

sahibinin (locator) borcu paradan başka bir şey olduğu durumlarda akdin niteliği değişmekteydi (bkz. **SOMER**, s. 87).

¹⁶⁴ **ARAL/AYRANCI**, s. 366; **GÜMÜŞ**, s. 77. Bedel türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. B. 2, II, III, IV.

¹⁶⁵ Yarg. 15. HD T. 04.06.1975, E. 2544, K. 2866 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1563-1564); Yarg. 15. HD T. 06.05.1980, E. 1017, K. 1169 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1561); Yarg. 15. HD T. 19.03.1987, E. 2466, K. 1141 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1558); Yarg. 15. HD T. 28.12.1989, E. 2760, K. 5481 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1556); Yarg. 15. HD T. 03.02.1992, E. 581, K. 376 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1553-1554).

¹⁶⁶ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 4; **ŞENOCAK**, s. 6. Doktrinde **KOLLER**'e göre; sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde tarafların anlaşması gerektiğini aksi halde sözleşmenin kurulamayacağını belirtmektedir. Fakat tarafların üzerinde anlaşamadıkları noktaların kanunun tamamlayıcı hükümleriyle doldurulabildiği durumlarda bu noktalar objektif esaslı nokta olarak kabul edilemez. Örneğin; vekalet sözleşmesinde vekalet ücretinin (BK m. 386/III), hizmet

yapılacağı konusunda anlaşmış fakat bedelin miktarında anlaşamamışlarsa eser sözleşmesi kurulmuştur. Bedelin miktarının sözleşmenin kurulduğu anda tespit edilmesi şart değildir¹⁶⁷. Taraflar arasındaki görüşmelerde bedel miktarı hiç görüşülmemişse sözleşmede bedel konusunda bir boşluk vardır ve bu boşluk tarafların farazi iradelerine veya yedek hukuk normlarına göre doldurulmalıdır. Taraflar bedelin miktarını ikincil esaslı nokta olarak kararlaştırabilir. Bu durumda sözleşmenin kurulup kurulmadığını belirlemek için tarafların bu hususu erteleyip ertelemediklerine bakılmalıdır. Taraflar bedel konusunda anlaşamayıp, bu hususu gelecekte çözümlmek üzere ertelemişlerse sözleşme kurulmuştur. Fakat taraflar bedel miktarında anlaşamayıp, bu hususu gelecekte çözümlmek üzere anlaşmamışlarsa sözleşme kurulmamıştır¹⁶⁸.

sözleşmesinde ücretin (BK m. 314/II) belirlenmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinde bedelin üzerinde anlaşamadığı durumlarda bu hükümler kıyasen uygulanarak sözleşmedeki bu boşluk doldurulabilir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde bedel objektif esaslı bir nokta değildir (**KOLLER**, Werkvertrag, N. 43).

¹⁶⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 7; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 537; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 4; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 9; **BİLGE**, s. 246; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **LEHMANN**, Art. 374, N. 1; **EREN**, Özel Hükümler, s. 586, 656, 671; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; **GÜMÜŞ**, s. 77; **BAYGIN**, s. 15; **TWERENBOLD**, N. 45; **KURT**, s. 36; BGE 92 II 332 vd.

¹⁶⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 10; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 1; **ŞENOCAK**, s. 6-7. **BAYGIN**, s. 15. Karş. **FEYZİOĞLU**, Feyzi **Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 120.

Taraflar arasında bedelin hiç kararlaştırılmadığı durumlarda yerel adete veya duruma göre bedel verilmesi gerektiğinin kabul edilebildiği hallerde karine olarak bedelin örtülü (zımnî) olarak kararlaştırıldığı kabul edilmesi gerektiği ve ortaya çıkan çalışma sonuçları için mutad ücretin ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁹. Örnek olarak da meslek sahiplerinin ve zanaatkarların gördükleri işler gösterilmiştir¹⁷⁰. Fakat yine de somut olayda eserin çeşidine ve tarafların amacına bakılarak bu hususta bir sonuca varılması daha sağlıklı olacaktır¹⁷¹.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri için yapılan planlar, hazırlanan fizibilite raporları ve keşif bedeli tespiti için ücret istenip istenemeyeceği tartışmalı olup, çeşitli olasılıklara göre verilecek cevap değişmektedir.

¹⁶⁹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 10; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363 N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 24; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 469; **YAVUZ**, s. 992; **EREN**, Özel Hükümler, s. 656; **BAYGIN**, s. 14; **GÖKYAYLA**, s. 10; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 43. İhtilafli durumlarda ortada eser sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bağışlama sözleşmesi olduğunun iddia edenin bunu ispatlaması gerektiği yönünde bkz. **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 762.

¹⁷⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 10; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 24; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 70; **YAVUZ**, s. 992.

¹⁷¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 7, 10; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 24; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 956; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 70; **YAVUZ**, s. 992; **BAYGIN**, s. 14.

Öncelikle bu sorun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenecektir¹⁷². Bu husus sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kararlaştırılan bedelin türü bu hususta bize yol gösterecektir. Taraflar arasındaki bedel sabit bir şekilde kararlaştırılmışsa plan, proje ve hesaplara yönelik hazırlık çalışmalarının bu ücrete dahil olacağı söylenebilir¹⁷³. Bedelin miktarının yaklaşık olarak kararlaştırıldığı veya hiç kararlaştırılmadığı durumlarda eser tamamlandıktan sonra bedel, TBK m. 481'e göre belirlenirken söz konusu giderler de dikkate alınmalıdır. Nitekim TBK m. 481'de bedelin belirlenmesinde yüklenicinin yapmış olduğu giderlerin de dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir.

Taraflar arasında yapılan müzakereler sonucunda işin yükleniciye verilmemesi durumunda yapılacak inşaat için hazırlanan planlar, hesaplamalar için yükleniciye herhangi bir bedel ödenip ödenmeyeceği konusunda çeşitli olasılıklara göre verilecek cevap değişmektedir. İlk olarak söz konusu plan ve hesaplamalar iş sahibinin talebi olmaksızın yüklenici tarafından verilmişse, yüklenici bunlar için ayrıca bir ücret talebinde bulunamaz¹⁷⁴. Örneğin bir ihaleye giren yüklenici ihalede öngörülen işi almak

¹⁷² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 11; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **OLGAÇ**, s. 681; **BAYGIN**, s. 16.

¹⁷³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 11; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 12c; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **OLGAÇ**, s. 681; **DAYINLARLI**, s. 19; **BAYGIN**, s. 17.

¹⁷⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 11; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 12c; **HÜRLIMANN, Roland/SIEGENTHALER, Thomas**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vertragverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-

için teklifine çeşitli hesap ve projeler eklemişse, ihaleyi kazanamadığında yapmış olduğu hesap ve projeler için herhangi bir ücret talebinde bulunamaz¹⁷⁵. Fakat söz konusu hesap ve projeler iş sahibinin isteği üzerine yapılmış veya iş sahibinin isteği üzerine yapılmasa da iş sahibi bu hesap ve projeleri kullanmış veya daha sonra kullanacak ise söz konusu hesap ve projeler için bir miktar ücret ödemelidir¹⁷⁶. Gelecekte inşaatı üzerine almayacak bir mimar veya mühendise plan yaptırılmış veya keşif bedeli tespit ettirilmişse, sonradan bu plan veya hesaplar uygulanmasa bile bu işlerin için ücret verilmesi gerekir¹⁷⁷.

Eser sözleşmesinde bedel, kural olarak eserin teslimi ile birlikte muaccel olur¹⁷⁸ (TBK m. 479). Fakat bu kural emredici olmayıp taraflar bunun aksini kararlaştırabilir. Özellikle büyük inşaat işlerine ilişkin sözleşmelerde taraflar, işin belirli aşamalarının tamamlandığı durumlarda bedelin bir kısmının ödeneceğini kararlaştırmaktadır¹⁷⁹. TBK m. 479/II hükmü, eserin parça parça teslim edileceği ve bedelin parçalara göre belirlendiği sözleşmeler için, her parçanın teslimi anında

Genf 2016, Art. 374, N. 1; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 26; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 957; **BAYGIN**, s. 17.

¹⁷⁵ Karş. **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1.

¹⁷⁶ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 26; **DAYINLARLI**, s. 19; **BAYGIN**, s. 17.

¹⁷⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 25; **BAYGIN**, s. 17.

¹⁷⁸ **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 152. **von BÜREN** edimlerin değişiminin ‘Zug um Zug’ prensibi uyarınca aynı anda yapılması gerektiğini ifade etmektedir (**von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 152). Yarg. 15. HD T. 06.10.1988, 1987/4501 – 1988/3152 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1082-1083); Yarg. 15. HD T. 08.06.1989, 1988/4331 – 1989/2724 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1080-1081). Karş. **KARADENİZ**, s. 190.

¹⁷⁹ **GULH/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, N. 41; **BİLGE**, s. 254.

bedelinin ödenmesi gerektiğini öngörmüştür. Bedelin yaklaşık olarak karşılaştırıldığı eser sözleşmeleri için bedel, eser tamamlandıktan sonra TBK m. 481’de öngörülen usule göre belirlenecektir. Bu belirleme sonrası bedelin muaccel hale geleceği söylenebilir. Fakat bu tip sözleşmeler için de taraflar yükleniciye eserin belirlenen aşamalarının tamamlanması karşılığında avans niteliğindeki ödemeler yapılmasını kararlaştırabilir.

Eser sözleşmesinde bedel miktarı hiç karşılaştırılmamış da olabilir¹⁸⁰. Burada da bedel TBK m. 481’e göre eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir¹⁸¹. Bu belirlemede yapılan iş için meslek odalarının tespit ettiği ücretler varsa bunlar öncelikli olarak dikkate alınır¹⁸². Örnek olarak; Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği’nin çıkarmış olduğu Serbest Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği¹⁸³, Mimarlık-Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği¹⁸⁴ ve TMMOB’a bağlı meslek odalarının çıkarmış oldukları asgari ücret tarifeleri gösterilebilir.

¹⁸⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 26; **BAYGIN**, s. 15. Roma hukukunda locatio conductio operisde (eser sözleşmesi) modern hukuk sistemlerinden farklı olarak bedel konusunda tam bir mutabakata varılması gerekiyordu (bkz. **KARADENİZ**, s. 191; **SOMER**, s. 26-27.).

¹⁸¹ Yarg. 15. HD T. 08.10.1992, E. 997, K. 4610 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1541).

¹⁸² **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 27; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 71; **YAVUZ**, s. 992. Bkz. Yarg. 15. HD T. 20.11.1974, E. 1443, K. 1834 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1565).

¹⁸³ RG 22.04.1990, S. 20500.

¹⁸⁴ RG 23.05.2005, S. 25736.

C. Taraflar Arasında Anlaşma

Eser sözleşmesi, tarafların sözleşmenin objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur¹⁸⁵. Bu sözleşme niteliği itibarıyla rızai bir sözleşmedir¹⁸⁶. Eser sözleşmesinde tarafların üzerinde anlaşma sağlamaları gereken objektif esaslı noktalar; meydana getirilecek eser ve bu eser karşılığında bedel ödeme taahhüdüdür¹⁸⁷.

Bu sözleşmenin tarafları bir eser meydana getirme borcu altına giren 'yüklenici' ile bedel ödeme borcu altına giren 'iş sahibi' dir¹⁸⁸. İş sahibi ve yüklenici gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi (anonim şirket, kollektif şirket veya limited şirket) de olabilir¹⁸⁹. Hatta yüklenici bir adi şirket olarak ortaya çıkan bir 'joint venture' da olabilir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; **ARAL/AYRANCI**, s. 360;

KURT, s. 38.

¹⁸⁶ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 28; **ARAL/AYRANCI**, s. 366; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 471; **UYGUR**, İnşaat, s. 38; **EREN**, Özel Hükümler, s. 595; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **GÖKYAYLA**, s. 11, 19.

¹⁸⁷ **BAYGIN**, s. 17; **KURT**, s. 38.

¹⁸⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 3a; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 69; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 474.

¹⁸⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 14d; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 69; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 18; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 474; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 50; **ÖZYÖRÜK**, s. 15; **KAPLAN, İbrahim**, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 47; **GÖKYAYLA**, s. 12-13; **DAYINLARLI**, s. 23; **BAYGIN**, s. 6; **ŞENOCAK**, s. 5, dn. 1; **KURT**, s. 38, 42.

Eser sözleşmesinin önemli bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yükleniciler, genel yüklenici, kısmi yüklenici, tam yüklenici, yan yüklenici ve alt yüklenici olmak üzere çeşitli türlere ayrılır¹⁹¹.

Kısmi yüklenici, bir inşa eserinin çeşitli kısımlarının (örn; temel, elektrik tesisatı, kapı ve pencerelerini) yapımını üstlenen yüklenicidir¹⁹². Uygulamada kısmi yüklenici, diğer kısmi yüklenicilerle birlikte inşa eserini ortaya çıkarır. Kısmi yüklenici, inşaat sahibiyle sözleşme yapabileceği gibi, inşaat sahibiyle sözleşme yapmış olan başka bir yüklenici ile de sözleşme yapabilir. Kısmi yüklenicinin yapmış olduğu bu sözleşmeler niteliği itibariyle eser sözleşmesidir. Fakat kısmi yüklenici, inşaat sahibiyle sözleşme yapmış olan başka bir yüklenici ile sözleşme imzaladığı durumlarda alt yüklenici konumundadır.

¹⁹⁰ **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 18; **EREN**, Özel Hükümler, s. 584; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 50; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 475-476; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47; **DAYINLARLI**, s. 23; **BAYGIN**, s. 7; **GÖKYAYLA**, s. 14; **KURT**, s. 39. Yarg. 15. HD T. 23.06.2005, E. 2004/3211, K. 2005/3782 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası). Joint Venture hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KAPLAN, İbrahim**, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara 1994.

¹⁹¹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363 N. 12; **EREN**, Özel Hükümler, s. 606.

¹⁹² **GAUCH**, Unternehmer, s. 76; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 16; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 475; **EREN**, Özel Hükümler, s. 606; **GÜMÜŞ**, s. 8; **GÖKYAYLA**, s. 13. Doktrinde yan yüklenici (Nebenunternehmer) şeklinde de isimlendirilmektedir. Bkz. **KOLLER**, Werkvertrag, N. 12.

Genel yüklenici, bir inşa eserinin tamamının yapımını üstlenen yüklenicidir. Genel yüklenici, kısmi yüklenicilerin tek tek yaptığı işlerin tamamını kendisi yapar¹⁹³. Fakat genel yüklenici inşaatın plan ve projesini kendisi yapmaz¹⁹⁴. Bir üçüncü kişi tarafından yapılan plan ve projeye göre inşa eserini yapar. Genel yüklenici isterse, kendi yönetimi altında inşaatın belirli kısımlarını veya tamamının yapılmasını alt yüklenicilere bırakabilir¹⁹⁵ (TBK m. 471/III). Anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde yüklenici, genellikle genel yüklenici konumundadır¹⁹⁶.

¹⁹³ **GAUCH**, Unternehmer, s. 77; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 118; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 11; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47; **GÖKYAYLA**, s. 13; **GÜMÜŞ**, s. 8; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 16.

¹⁹⁴ **GAUCH**, Unternehmer, s. 77; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 118.

¹⁹⁵ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 15d; **GAUCH**, Unternehmer, s. 77, 78; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 118; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 46; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 17. **GAUTSCHI**, genel yüklenicinin yapının en azından bir kısmını kendi yapması ve kendi yönetimi altında yaptırması gerektiğini, inşaata ilişkin tüm kısmi edimlerin alt yüklenicilere bırakıldığı hallerde ortada bir eser sözleşmesinden söz edilemeyeceğini, burada inançlı vekaletin olduğunu ileri sürmüştür (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 15e.) **GAUTSCHI**'nin bu görüşü RO 94 II 162'deki kararında reddedilmiştir (**SELİÇİ**, **Özer**, İsviçre Federal Mahkemesi I. Özel Dairesinin 9 Şubat 1971 Tarihli Kararı (BGE 97 II 67), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 7, S. 10, 1973, s. 253).

¹⁹⁶ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 118; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 16.

Tam yüklenici, plan ve projeleriyle birlikte inşa eserinin tamamının yapımını üstlenen yüklenicidir¹⁹⁷. Tam yüklenici, genel yükleniciden farklı olarak inşa eserinin plan ve projelerini de yapmaktadır.

Alt yüklenici, iş sahibi ile yaptığı sözleşme gereği bir yüklenicinin üstlendiği edimlerin tamamını veya bir kısmını bu yüklenici ile yaptığı sözleşme gereği üzerine alan yüklenicidir¹⁹⁸. Büyük inşaat işlerinde yapının tek bir kişinin yönetimi altında yerine getirilmesi çok zordur. Büyük inşaat işleri genellikle birbirinden bağımsız, her biri kendi içinde bir bütün teşkil eden ve bir uzmanlığı gerektiren kısmi edimlerin birleşiminden meydana gelmektedir¹⁹⁹. Yükleniciyle alt yüklenici arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir. Bu sözleşme, yüklenicinin iş sahibi ile yapmış olduğu sözleşmeden tamamen bağımsızdır²⁰⁰.

Eser sözleşmesinin konusunun inşaat işleriyle ilgili olduğu hallerde iş sahibi genellikle bir mühendis veya mimarı işlerin yönetimiyle ilgili olarak görevlendirir. Burada iş sahibi ve mimar (veya mühendis) arasındaki ilişki vekalet veya hizmet

¹⁹⁷ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363; N. 13; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 11; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 118; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 46; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 122; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **EREN**, Özel Hükümler, s. 607; **GÖKYAYLA**, s. 13; **GÜMÜŞ**, s. 8. Tam yüklenici dışında ‘toptan yüklenici’ olarak da adlandırılmaktadır (Bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 475).

¹⁹⁸ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 363, N. 26 vd.; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 363, N. 5; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 13; **EREN**, Özel Hükümler, s. 607.

¹⁹⁹ **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 16.

²⁰⁰ Yarg. 15. HD T. 23.01.1992, E. 2792, K. 157 (**UYGUR**, İnşaat, s. 69).

ilişkisidir²⁰¹. Mimar veya mühendisin temsil yetkisinin kapsamı iş sahibi ile arasındaki sözleşmeye göre belirlenir²⁰².

Sözleşme, tarafların eser niteliğindeki bir iş görme sonucu üzerinde anlaşmalarıyla kurulur. Yüklenicinin eseri teslim borcu, işsahibinin bedel ödeme borcu bu anlaşmayla birlikte kendiliğinden ortaya çıkan sonuçlardır²⁰³.

Eser sözleşmesinin geçerliliği, kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir²⁰⁴. Bu sözleşme tarafların zımni irade beyanlarıyla da kurulabilir²⁰⁵. Fakat eser

²⁰¹ Hizmet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 29.06.1989, E. 5057, K. 3144 (UYGUR, İnşaat, s. 114).

²⁰² YAVUZ, s. 985-986.

²⁰³ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 28; ARAL/AYRANCI, s. 360; YAVUZ, s. 993.

²⁰⁴ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 16; GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 8; BİLGE, s. 247; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 959; OLGAÇ, s. 681; EREN, Özel Hükümler, s. 596; YAVUZ, s. 993; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 28; ARAL/AYRANCI, s. 367; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar, s. 354; KARAHASAN, İnşaat, s. 152; ERMAN, s. 21; GÜMÜŞ, s. 7; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 462.; DAYINLARLI, s. 22; UYGUR, İnşaat, s. 38; BAYGIN, s. 17; GÜRPINAR, s. 43; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763; GÖKYAYLA, s. 11, 15; KURT, s. 43. Yarg. 15. HD T. 31.10.1984, E. 1631, K. 3266 (KARAHASAN, İnşaat, s. 938-939). Yarg. 15. HD T. 05.04.1984, E. 691, K. 1187 (KARAHASAN, İnşaat, s. 939-940); Yarg. 15. HD T. 27.03.1978, E. 618, K. 646 (KARAHASAN, İnşaat, s. 941).

²⁰⁵ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11a; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 8; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 28-29;

sözleşmesine ait karakteristik edimin başka sözleşme tiplerinde yer alan edimlerle birleştirilerek birbirine bağlanması durumunda sözleşme kanun tarafından öngörülen bazı şekil kurallarına tabi olabilir²⁰⁶. Bu kapsamda bir taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren eser sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekir²⁰⁷. Kamu ihale sözleşmelerine ilişkin ihale dökümanında sözleşmenin notere tescil edileceğinin belirtildiği durumlarda sözleşmeler notere tescil edilecektir (KİK m. 46/I). İhale

ARAL/AYRANCI, s. 367; **ERMAN**, s. 19, 21; **YAVUZ**, s. 993; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 471; **BAYGIN**, s. 17; **EREN**, Özel Hükümler, s. 595; **DAYINLARLI**, s. 15, 22; **GÖKYAYLA**, s. 11; **KURT**, s. 43. Yarg. 15. HD T. 25.09.1978 E. 1978/1749 K. 1978/1730; Yarg. 15. HD T. 04.12.1984 E. 1984/1368 K. 1984/3736 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 03.06.1977, E. 944, K. 1236 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 942-943). Örnekler için ayrıca bkz. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 11b, c.

²⁰⁶ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 9; **BAYGIN**, s. 18.

²⁰⁷ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 11; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 17c; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 16; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 960; **KUNTALP**, s. 161; **ARAL/AYRANCI**, s. 367; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 354; **YAVUZ**, s. 993; **UYGUR**, İnşaat, s. 38; **EREN**, Özel Hükümler, s. 596; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **GÜMÜŞ**, s. 7; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 72; **GÜRPINAR**, s. 44; **GÖKYAYLA**, s. 15; **KURT**, s. 43. Yarg. 15. HD T. 07.10.1983, E. 1922, K. 2312 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 885-887); Yarg. 15. HD T. 12.06.1991, 1991/536-3137 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 80-81); Yarg. 14. HD T. 12.02.2019, E. 2016/11340, K. 2019/1201; Yarg. 15. HD T. 05.02.2018, E. 2016/2273, K. 2018/362; Yarg. 15. HD T. 19.02.2015, E. 2014/2376 K. 2015/860 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

dökümanında bu yönde bir kayıt yoksa sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 7’de Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerde belirtilmesi zorunlu olan hususlara yer verilmiştir.

Hukuki niteliği itibariyle bir karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri arsa payının yükleniciye devir borcunu içerdikleri için resmi şekilde yapılmaları gerekmektedir (TBK m. 237, MK m. 706, TK. m. 26, NK. m. 60). Geçerlilik şartı olan bu resmi şekli, tapu sicil müdürlükleri veya noterlerin resen düzenledikleri senetlerin sağladığı kabul edilmektedir²⁰⁸. Kanunda öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmeler kural olarak geçersizdir²⁰⁹.

²⁰⁸ **ARAL/AYRANCI**, s. 368; **GÜMÜŞ**, s. 7; **SELİCİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 15; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 472; **EREN**, Özel Hükümler, s. 596-597; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **DAYINLARLI**, s. 23; **GÖKYAYLA**, s. 15-16; **KURT**, s. 43-44. Yarg. 15. HD T. 11.03.1977, E. 468, K. 625 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 943-944); Yarg. 15. HD T. 04.12.1980, E. 1990 K. 2594 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 890-891); Yarg. 15. HD T. 22.02.1985, 1984/3449 – 1985/597 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 93); Yarg. 15. HD T. 25.02.1991, 1990/3882 – 1991/851 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 79-80); Yarg. 15. HD T. 12.06.1991, 1991/536-3137 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 80-81); Yarg. 15. HD T. 02.04.1992, E. 4745, K. 1745 (**UYGUR**, İnşaat, s. 79); Yarg. 15. HD T. 16.05.1994, 1993/3202 – 1994/3218 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 84-85); Yarg. 15. HD T. 11.07.2005, 2004/5895 – 2005/4170 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 78).

²⁰⁹ Fakat geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği durumlarda sözleşme artık geçerli bir şekilde hukuki sonuç doğurur. Bkz. Yarg. 15. HGK T. 23.10.1991, E. 15-396, K. 511 (**UYGUR**, İnşaat, s. 82-83); Yarg. HGK T. 01.04.1992, E. 15-129, K. 233 (**UYGUR**, İnşaat, s. 84); Yarg. 15. HD T. 26.02.1991, E.

Doktrinde bazı yazarlar miktar bakımından yüksek işlerde taraflarca şekil şartının zımnen saklı tutulmuş sayılması gerektiğini ifade etmektedir²¹⁰. Fakat kanunun açıkça şekle tabi kılmadığı bir sözleşmeyi sadece miktarın yüksek olması sebebiyle şekle bağlandığını karine olarak kabul etmek isabetli değildir²¹¹.

Eser sözleşmesinde tarafların ehliyet durumları ve diğer anlaşma ile ilgili hususlarda genel hükümler uygulanacaktır²¹².

Eser sözleşmesine uygulanacak hükümlerde öncelikle taraflar arasında kararlaştırılan sözleşme hükümleri ve eser sözleşmesiyle ilgili kanunlarda yer alan emredici hükümler dikkate alınır. Türk Borçlar Kanununun yanında Kamu İhale Kanunu'nda bu sözleşme ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gereğince Yapım İşleri Genel Şartnamesi

4132, K. 944 (UYGUR, İnşaat, s. 85); Yarg. 15. HD T. 10.10.1989, E. 902, K. 4127 (UYGUR, İnşaat, s. 85-86); Yarg. 15. HD T. 01.10.1990, E. 628, K. 3699 (UYGUR, İnşaat, s. 86-88).

²¹⁰ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 363, N. 17a; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 34; BAYGIN, s. 18.

²¹¹ Aynı yönde bkz. GÜRPINAR, s. 43-44. Fakat ispat yönünden belli bir miktarı aşan işlemler senetle ispatlanmalıdır (HMK m. 200). Bkz. Yarg. 15. HD T. 15.05.1979, E. 1080, K. 1142 (KARAHASAN, İnşaat, s. 940-941); Yarg. 15. HD T. 31.10.1984, E. 1631, K. 3266 (KARAHASAN, İnşaat, s. 938-939); Yarg. 15. HD T. 13.10.1988, E. 982, K. 3251 (UYGUR, İnşaat, s. 92-93).

²¹² YAVUZ, s. 994. Anlaşma ile ilgili diğer hususlarla ilgili uygulamadan örnekler için bkz. Yarg. 15. HD T. 15.02.1994, E. 1993/2577, K. 1994/797; Yarg. 15. HD T. 01.05.1997, E. 1997/1995, K. 1997/2319 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

(YİĞŞ) de uygulanmaktadır²¹³. Yapım İşleri Genel Şartnamesi 4735 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olarak akdedilen eser sözleşmesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Taraflar, 4735 sayılı Kanuna tabi olmayan sözleşmeler için de Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ni sözleşmenin eki olarak kararlaştırabilir.

Bu düzenlemeler özellikle uzun süren inşaat işlerinde ortaya çıkabilecek sorunları çözme amacıyla getirilmiştir²¹⁴. Bu tip durumlarda taraflar arasındaki sözleşme, genel işlem şartı benzeri önceden belirlenmiş hükümlerden oluşmaktadır²¹⁵.

Kamu İhale Kanunu kapsamında akdedilen sözleşmelere sırasıyla eser sözleşmesi ile ilgili emredici hükümler, ihale sözleşmesi hükümleri, sözleşmenin eki sayılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve diğer teknik şartname hükümleri, 4734 sayılı

²¹³ Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne benzer düzenlemeler diğer ülkeler tarafından da hazırlanmaktadır. Örneğin; Almanya'da VOB (Verdingungsordnung für Bauleistungen), İsviçre'de SIA (Societe Suisse des Ingenieurs et des Architectes) Norm 118 hükümleri uygulanmaktadır. **KOLLER**, eser sözleşmesi bakımından OR Art. 363-379'daki hükümlerin basit, eksik ve yetersiz olduğunu ileri sürmekte ve taraflarca tamamlayıcı olarak genel işlem koşulları şeklindeki hükümlerin kararlaştırıldığını, bunlar arasında da SIA hükümlerinin büyük önem taşıdığını belirtmektedir (**KOLLER**, Werkvertrag, N. 19).

²¹⁴ **GÖKYAYLA Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 20, dn. 71.

²¹⁵ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 17b; **KOLLER**, Werkvertrag, N. 19; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 15; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 1a; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; **GÜRPINAR**, s. 20.

Kamu İhale Kanunu hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi ile ilgili özel hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır²¹⁶.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar, standart bazı kuralların uygulanabileceğini aralarında kararlaştırabilir. Bu standart kurallar arasında en bilineni Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) tarafından hazırlanan 'İnşaat İşleri Sözleşme Şartları'dır.

Ş2. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

I. GENEL OLARAK

Eser sözleşmesi iş görme sözleşmeleri içerisinde yer aldığı için²¹⁷ genellikle diğer iş görme sözleşmeleri ile benzerlik taşımaktadır. Bu benzerlik sebebiyle bazen bu sözleşmelerin birbirinden ayırt edilmesi güçleşmektedir. İş görme sözleşmeleri dışında, bir temlik borcu doğuran sözleşme niteliğindeki satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinin ayırt edilmesi bazı durumlarda zorlaşmaktadır. Bu sözleşmeler bazı yönlerden eser sözleşmesi ile benzerlik taşısa da esasen aralarında önemli farklar bulunmaktadır.

Eser sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri arasındaki ayırım Roma hukukunda başlamıştır. Klasik hukuk döneminde diğer iş görme sözleşmeleri ile aynı başlık altında değerlendirilmiş olsa da daha sonra farklı özellikleri sebebiyle ayrı bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir²¹⁸.

Eser sözleşmesini kendisine benzeyen sözleşmelerden farklı yönlerini belirlerken sözleşmelerin niteliklerindeki farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sözleşmenin niteliği belirlendikten sonra söz konusu sözleşmelere uygulanacak hükümler noktasındaki farklılıklara ise genel olarak değinmeye gerek duyulmamıştır.

²¹⁶ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 120.

²¹⁷ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 1; **GÜRPINAR**, s. 17.

²¹⁸ **KARADENİZ**, s. 123 vd.; **SOMER**, s. 10.

Sadece sözleşmenin niteliğini yorumlamada yardımcı olduğu oranda bu hükümlerden yararlanılmıştır²¹⁹.

II. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE FARKLARI

Eser ve hizmet sözleşmeleri iş görme sözleşmeleri arasında yer almaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenici, hizmet sözleşmesinde işçi, borcunu bir iş görme faaliyeti sonucunda yerine getirir. Her iki sözleşmede de borcun yerine getirilmesi bir iş görme faaliyetini gerektirdiği için bu sözleşmeler arasında bazı noktalarda benzerlikler bulunmaktadır²²⁰. Söz konusu benzerlikler bazı durumlarda her iki sözleşmenin ayırt edilmesini zorlaştırır da her iki sözleşme arasında esasen önemli farklılıklar mevcuttur²²¹.

Genel hizmet sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 393'e göre; '*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*'

Söz konusu hükme göre hizmet sözleşmesi belirli veya belirsiz bir süre içinde işçinin zamana veya yapılan işe göre ücret aldığı bir sözleşmedir²²². Ücretin zamana göre ödendiği durumlarda eser sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırt etmek çok kolaydır. Ücretin belirli bir zamanda yapılan çalışma karşılığında ödendiği durumlarda

²¹⁹ Bkz. **KURŞAT**, s. 155.

²²⁰ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 13; **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 51. Karş. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorb. Art. 363-379, N. 1.

²²¹ Her iki sözleşme arasındaki ayırım Roma hukukunda dahi görülmektedir. Bkz. **KARADENİZ**, s. 126; **SOMER**, s. 49-52.

²²² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 13. BGE 73 I 420.

ortada bir hizmet sözleşmesi vardır²²³. Eser sözleşmesinde yüklenicinin meydana getirmekle yükümlü olduğu eserin ortaya çıkması belirli bir süreyi gerektirse de yükleniciye belli bir zaman çalışma karşılığında ücret ödenmez²²⁴. Eser sözleşmesinde yüklenicinin alacağı aksi kararlaştırılmamışsa eserin teslimi anında muaccel olur (TBK m. 479).

Eser sözleşmesinin konusunu bir iş görme sonucu bir bütün şeklinde ortaya çıkan çalışma sonuçları oluşturur. Hizmet sözleşmesinde yapılan işin mutlaka bir bütün şeklinde ortaya çıkması şart değildir. Hizmet sözleşmesinde işçinin göreceği işin miktarı çoğu zaman belli değildir²²⁵. Fakat eser sözleşmesinde işin miktarı her zaman belirlidir.

Ücretin zamana göre ödeneceğinin kararlaştırıldığı hizmet sözleşmelerinde işçinin borcu edim fiili olup işçi, sadece iş gücünü işverenin emrine tahsis etmekle yükümlü olup işin sonucundan sorumlu değildir. Eser sözleşmesinde ise yüklenicinin borcu edim sonucu olup üstlenmiş olduğu işin sonucundan sorumludur²²⁶. Dolayısıyla iş görme edimi bakımından hizmet sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde

²²³ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13b; Yarg. 10. HD T. 13.10.1976, E. 1961, K. 6646 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 43); Yarg. HGK T. 17.03.1978, E. 10-3577, K. 248 (**UYGUR**, İnşaat, s. 114).

²²⁴ **BERKİ**, s. 143; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 841; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 351.

²²⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 13.

²²⁶ **GAUCH**, Unternehmer, s. 21; **GÖKTÜRK**, s. 497; **BERKİ**, s. 143; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 840; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 480; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 176; **GÜMÜŞ**, s. 9; **ERDOĞAN**, s. 164; **AKKURT**, **Sinan Sami**, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 49, 55.

ekonomik risk yükleniciye aittir²²⁷. Bu kapsamda iş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirirken 3. kişilere vermiş olduğu zarardan TBK m. 66 uyarınca sorumlu olmaz²²⁸.

Ücretin yapılan işe göre ödendiği durumlarda (örn; parça başına ücret verilen sözleşmelerde) ise eser sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırt etmek zorlaşmaktadır. Burada iş görmenin devamlılığı sözleşmenin niteliğini belirlemede yardımcı olur. Söz konusu işin, uzun bir süre içinde sürekli olarak verilmesi ortada bir hizmet sözleşmesinin varlığını gösterir²²⁹.

İki sözleşmeyi birbirinden ayırmaya yardımcı bir diğer kıstas bağımsızlık unsurudur²³⁰. İşçi, işverene tabi durumda bulunduğu halde; yüklenici, iş sahibine karşı

²²⁷ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, I, s. 342; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 480. Bkz. Yarg. HGK T. 01.07.1922, E. 15-309, K. 452 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1232-1233).

²²⁸ Yarg. 4. HD T. 09.04.1973, E. 10812, K. 4278 (**UYGUR**, İnşaat, s. 113); Yarg. 4. HD T. 13.03.1975, E. 13388, K. 3251 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 1003); Yarg. 1. HD T. 23.02.1981, E. 385, K. 2177 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 39-40); Yarg. 11. HD T. 05.07.1989, E. 3015, K. 3580 (**UYGUR**, İnşaat, s. 110-113).

²²⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 13b; **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 326; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 38; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 180; **ERMAN**, s. 20; **ERDOĞAN**, s. 164-165; Yarg. HGK T. 27.08.1978, E. 10-196, K. 772 (**UYGUR**, İnşaat, s. 114). Karş. **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 149.

²³⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 13; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13a; Art. 363, N. 3d; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 73, 148; **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 325; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 35; **ÖZ**, Dönme, s. 9; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 764. Yarg. 10. HD T. 01.07.1974, E. 3612, K. 4738; Yarg. 10. HD T. 21.07.1974, E. 3612, K. 4738 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 177); Yarg. 10. HD T. 27.02.1984, E. 1132, K. 1166

daha bağımsız durumdadır²³¹. İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili düzenlemeler yapıp, onlara özel talimatlar verebilirken²³² (TBK m. 399); iş sahibi işin görülmesi, yapılış tarzıyla ilgili olarak yükleniciye kural olarak herhangi bir talimat veremez. İş sahibi sadece ortaya çıkacak eserin nasıl olması gerektiği ile ilgili talimat verebilir, yoksa yüklenicinin çalışma düzeniyle ilgili olarak herhangi bir talimatta bulunamaz. Bu kapsamda işçi, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlü iken, yüklenicinin işi şahsen yapması zorunlu olmayıp kendi yönetimi altında yaptırabileceği gibi eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı

(**KARAHASAN**, İnşaat, s. 915-917); Yarg. 10. HD T. 12.03.1974, E. 1671, K. 2763 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 926-927). Karş. **KARADENİZ**, s. 166, 173-174.

²³¹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 11; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13a, b; Art. 363, N. 3d; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 36; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 351; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 480; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 68, 176; **ERMAN**, s. 17; **ÖZ**, Dönme, s. 9; **UYGUR**, İnşaat, s. 39; **EREN**, Özel Hükümler, s. 599; **GÜMÜŞ**, s. 9; **ERDOĞAN**, s. 165; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 764; **AKKURT**, s. 51.

²³² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13b; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 36-37; **UYGUR**, İnşaat, s. 39; **ERDOĞAN**, s. 164; **AKKURT**, s. 20, 51. Yarg. 10. HD T. 27.02.1984 E. 1132 K. 1166 sayılı kararında hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurunu şu şekilde açıklamıştır: ‘Burada söz konusu olan bağımlılık her an ve durumda çalışanın denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır.’ (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 37-39).

durumlarda işi başkasına da yaptırabilir. Yine işveren gerektiğinde işçiyi fazla çalışmayla yükümlü tutabilirken (TBK m. 398); iş sahibinin yükleniciyi fazla çalışmayla yükümlü tutması söz konusu değildir.

Eser sözleşmesinde aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır (TBK m. 471/IV). Hizmet sözleşmesinde ise aksine anlaşma veya yerel adet yoksa, işveren işçiye iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür²³³ (TBK m. 413/I). Kendi araç ve gereçleriyle çalışan yüklenicinin işçiye göre daha bağımsız konumda olduğu ortadadır²³⁴.

Hizmet sözleşmesinde işçinin haftalık ve yıllık izin süreleri (TBK m. 421, 422) olup, eser sözleşmesinde yüklenicinin bu türden bir izin hakkı yoktur²³⁵. İşin yapılması esnasında işi yapan kişi izinlerini işini yaptığı kişiden izin alarak kullanıyorsa bu durum aralarındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğuna delalet eder²³⁶. Tüzel kişiler, işveren olabilirken, işçi olamaz. Buna karşın tüzel kişi hem iş sahibi hem de yüklenici olabilir²³⁷. İşveren, işçinin sigorta primlerini ödemekle yükümlü iken, iş sahibi yüklenicinin sigorta primlerinden sorumlu değildir²³⁸.

²³³ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13b; Art. 363, N. 4d; **ÖZ**, Dönme, s. 9.

²³⁴ Bkz. **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 365, N. 10.

²³⁵ **ERDOĞAN**, s. 165.

²³⁶ Bkz. Yarg. 9. HD T. 09.02.1999, E. 1998/18888, K. 1999/1810 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁷ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 11; **EREN**, Özel Hükümler, 599.

²³⁸ Yarg. 10. HD T. 27.02.1984, E. 1132, K. 1166 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 37-39).

Karş. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 13a.

Hizmet sözleşmesinde işçi kusuruyla sebep olduğu zararlar sebebiyle işverene karşı sorumludur (TBK m. 400). Fakat yüklenici kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın meydana getirmiş olduğu eserdeki ayıplardan sorumludur²³⁹ (TBK m. 475).

II. VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE FARKLARI

Vekalet sözleşmesi de eser sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleri arasında yer almaktadır²⁴⁰. Vekalet sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 502/1'e göre;

'Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.'

Vekalet sözleşmesinde vekilin borcu belirli bir sonucu ortaya çıkarma değildir²⁴¹. Eser sözleşmesinde ise yüklenicinin borcu bir sonucu ortaya çıkarmaktır. Vekalet sözleşmesinde vekilin yapmış olduğu çalışmalar sonucunda istenilen sonuç

²³⁹ **EREN**, Özel Hükümler, s. 599.

²⁴⁰ **UYGUR**, İnşaat, s. 40; **DİNAR, R. Cem**, Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, Y. 2008, s. 59; **KURŞAT**, s. 143.

²⁴¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 39; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 971; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481; **UYGUR**, İnşaat, s. 40; **GÜRPINAR**, s. 25; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 765; **DİNAR**, s. 63; **KURŞAT**, s. 147. Doktrinde **KURŞAT**, ortaya çıkan sonuç bakımından ayıp hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığına göre eser ve vekalet sözleşmelerinin ayırt edilebileceğini ileri sürmektedir (**KURŞAT**, s. 155-156). Yazarın eserin mutlaka belli bir maddede cisimleşmiş olması görüşünün aksine benimsemiş olduğumuz maddi sonuçlu olmayan tüm iş görme edimlerinin eser sözleşmesinin konusu olabileceği görüşü çerçevesinde ayıp hükümleri maddi sonuçlu olmayan iş görme edimlerine de uygulanabileceğinden söz konusu kıstas eser ve vekalet sözleşmelerini ayırmada yardımcı olmaktan uzaktır.

ortaya çıkmayabilir. Vekilin borcu ortaya çıkarılacak sonuç için özen ve sadakatla çalışmaktan ibarettir²⁴². Bu yönüyle yüklenici edim sonucu ile yükümlü iken; vekil edim fiilinden sorumludur²⁴³. Fakat yapılan çalışmalar sonucunda ortaya bir sonuç çıkabilir. Burada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemede ortaya çıkan sonucun taahhüt edilebilir olup olmadığı yardımcı olmaktadır. Örneğin; öğretmenin öğrencilere ders verdiği, doktorun hastayı tedavi ettiği, bir uzmanın belli bir konuda danışmanlık yaptığı durumlarda yapılan iş görme faaliyeti sonucunda elde edilecek sonuç taahhüt edilebilir nitelikte olmadığı için ortada bir vekalet sözleşmesi vardır²⁴⁴. Nitekim öğretmenin ders vermesinin amacı öğrencilerin derslerini başarıyla geçmesini sağlamak, doktorun hastayı tedavi etmesinin amacı onu iyileştirmek, uzmanın belli bir konuda danışmanlık yapmasının amacı verdiği bilgilerle danışanın belli bir sorununu halletmektir. Fakat amaçlanan tüm bu sonuçlar önceden öngörülemeyen ve yükümlülük altına girenin gücü dışındaki birtakım faktörlere bağlı olduğundan gerçekleştirileceği kesin olarak taahhüt edilemez²⁴⁵. İşte vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesini yüklenilen sonucun kesin olarak taahhüt edilebilir nitelikte olup olmadığına göre ayırt edebiliriz. Diş hekiminin diş protezi, implant yaptığı durumlarda bazı yazarlar ve yargı

²⁴² **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 327; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 39; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 181; **ERMAN**, s. 9-10; **ERDOĞAN**, s. 170; **GÜRPINAR**, s. 25; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 765; **UYGUR**, İnşaat, s. 40; **DİNAR**, s. 55, 63; **ACAR**, s. 2.

²⁴³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 14; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 971; **ÖNEN**, s. 302; **GÜMÜŞ**, s. 9; **GÜRPINAR**, s. 25; **GÖKYAYLA**, s. 9.

²⁴⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 16, 17, 18.

²⁴⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 15; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 203; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 161; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 40; **YAVUZ**, s. 989.

kararları²⁴⁶ ortada bir eser sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştür. Fakat dış hekiminin insan vücudu üzerine yapmış olduğu söz konusu işlemler tıbbi müdahale olup, diğer tıbbi müdahalelerden çok farklı değildir. Burada ortaya çıkması istenen sonuç hastanın durumuna, çeşitli faktörlere göre değişebilir nitelikte olup kesin olarak taahhüt edilebilir nitelikte değildir. Dolayısıyla söz konusu durumlarda ortada bir vekalet sözleşmesi vardır²⁴⁷.

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki bir diğer fark eser sözleşmesi mutlaka bir bedel karşılığı olması gerekirken; vekalet sözleşmesi kural olarak ücretsizdir²⁴⁸. Vekil, ancak sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazanır (TBK m. 502/II).

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini ayırt eden bir diğer unsur iş görmenin gerektirdiği masrafların kim tarafından karşılandığıdır. Eser sözleşmesinde söz konusu masraflar yüklenici tarafından karşılanırken; vekalet sözleşmesinde müvekkil tarafından karşılanır²⁴⁹.

²⁴⁶ Yarg. 3. HD T. 18.11.2015 E. 2015/16701 K. 2015/18344; Yarg. 3. HD T. 15.04.2015 E. 2014/12673 K. 2015/6389 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 41. BGE 61 II 111 (**BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 163).

²⁴⁸ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 39; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 971; **ERDOĞAN**, s. 170; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 181; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481; **DİNAR**, s. 60-61. Roma hukukunda vekalet akdi (mandatum) mutlaka ücretsiz olmak zorundaydı. Bununla vekalet diğer sözleşmelerden ayırt edilebiliyordu (bkz. **SOMER**, s. 68-70).

²⁴⁹ **TANDOĞAN**, İstisna Akdi, s. 327-328; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 40; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 181; **EREN**, Özel Hükümler, s. 601; **ERDOĞAN**, s. 171; **KURŞAT**, s. 161.

Son olarak eser sözleşmesinde işin alt yükleniciye devri halinde iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir hukuki ilişki doğmazken²⁵⁰; vekalet sözleşmesinde vekalet veren vekile karşı sahip olduğu tüm hakları doğrudan alt vekile karşı da ileri sürebilir (TBK m. 507/III). Ayrıca vekalet sözleşmesinde vekilin işin tamamı veya bir kısmını alt vekile bırakması, eser sözleşmesindeki yüklenicinin işi alt yükleniciye bırakmasına göre daha sınırlı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu yönüyle güven unsuru vekalet sözleşmesinde eser sözleşmesine kıyasla daha yoğundur²⁵¹.

III. SATIŞ SÖZLEŞMESİ İLE FARKLARI

Satış sözleşmesi, bir şeyin mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler arasında yer almaktadır. Satış sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 207/I'e göre;

'Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.'

Eser sözleşmesi ise iş görme sözleşmeleri arasında yer alır. Satış ve eser sözleşmeleri bu yönüyle birbirinden ayrılmaktadır. Fakat eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülükleri arasında bir eser meydana getirmenin yanısıra meydana getirdiği bu eseri teslim de vardır. Söz konusu teslim fiiliyle birlikte meydana getirilmiş olan eserin mülkiyeti de iş sahibine geçmiş olur.

Eser sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki en esaslı fark eser sözleşmesindeki 'eser meydana getirme' edimidir²⁵². Satış sözleşmesinde satıcının böyle bir edim yükümlülüğü yoktur²⁵³. Teslimi taahhüt edilen şeyin sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olduğu durumlarda sözleşmenin niteliğini tespit etmek kolaydır. Teslimi taahhüt edilen şey sözleşmenin yapıldığı sırada mevcutsa burada bir eser

²⁵⁰ Bkz. Yarg. 15. HD T. 23.01.1992, E. 2792, K. 157 (UYGUR, İnşaat, s. 69).

²⁵¹ KURŞAT, s. 160.

²⁵² BECKER, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 2; BERKİ, s. 143.

²⁵³ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 17.

sözleşmesi yoktur²⁵⁴. Çünkü burada eser sözleşmesinde var olan ‘eser meydana getirme’ ediminin yerine getirilmesi söz konusu değildir. Satış sözleşmesinde çoğunlukla teslimi taahhüt edilen şey sözleşmenin yapıldığı anda mevcuttur²⁵⁵. Fakat teslimi taahhüt edilen şeyin gelecekte yapılıp teslim edileceği hallerde sözleşmenin niteliğini tespit etmek zorlaşmaktadır. Burada yüklenicinin kendi malzemesiyle kendi yerinde hazırlayıp bitince teslim edeceği taşınır eserlere ilişkin eser sözleşmelerini, sözleşmenin konusunun gelecekte meydana getirilecek şeylerin satış konusu olduğu satış sözleşmeleri birbirine çok benzemekte ve sözleşmeler arasındaki ayırım zorlaşmaktadır. Malzemenin yüklenici tarafından temin edildiği bu sözleşmelerin niteliğinin ne olduğu Roma hukuku döneminde de tartışmalıydı²⁵⁶.

Bu benzerlik gelecekte meydana getirilecek şeylerin satış konusu olduğu satış sözleşmelerinde eser sözleşmelerindeki gibi bir meydana getirme faaliyeti olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat her iki sözleşme meydana getirme faaliyetinin sözleşmenin ifası kapsamına girecek şekilde sözleşmedeki edim yükümlülüğünün konusunu oluşturup oluşturulmasına göre birbirinden ayırt edilebilir. Meydana getirme faaliyeti sözleşmenin ifası kapsamına girecek şekilde sözleşmedeki edim yükümlülüğünün konusunu oluşturuyor, teslim edilecek şeyin meydana getirilmesine ilişkin dava edilebilir bir iş görme borcu varsa ortada bir eser sözleşmesi, aksi takdirde bir satış

²⁵⁴ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 363-379, N. 17; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 765; **UYGUR**, İnşaat, s. 40.

²⁵⁵ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 42; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 184.

²⁵⁶ Tartışmalar için bkz. **SOMER**, s. 62-65. Fakat yapılan tartışmalar sonucunda bu tip sözleşmelerin satış sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır (**KARADENİZ**, s. 126; **SOMER**, s. 16-19). Roma hukuku döneminde malzemenin conductor (yüklenici) tarafından temin edildiği hallerde sözleşmenin niteliğinin satım olduğunu belirten Roma hukukuna ilişkin metinler için bkz. **SOMER**, s. 62-65.

sözleşmesi vardır²⁵⁷. Meydana getirme faaliyetinde bulunan tarafa, diğer tarafın meydana getirilecek şeyin niteliklerini belirleme noktasında talimat verdiği durumlarda ortada yine bir eser sözleşmesi vardır²⁵⁸. Bu kapsamda ortaya konan eser kendine özgü bir şekilde imal ediliyorsa eser sözleşmesi; seri bir şekilde üretiliyorsa satış sözleşmesi söz konusudur²⁵⁹. Örneğin seri bir şekilde üretilen beton mikserlerinden birisi henüz üretilmeden teslim edilmesi taahhüt edilmişse burada satış sözleşmesi vardır. Meydana getirilecek eserin malzemesinin iş sahibi tarafından temin edildiği durumlarda eser sözleşmesi söz konusu olmaktadır²⁶⁰.

Gelecekte meydana getirilecek şeylerin satış konusu olduğu durumlarda ısmarlanan şeyi teslim edecek kişinin niteliği, bu işlemin satış veya eser sözleşmesi olup

²⁵⁷ **BİLGE**, s. 248; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 42; **UYGUR**, İnşaat, s. 40-41; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 482; **GÖKYAYLA**, s. 22.

²⁵⁸ **PEDRAZZINI**, § 84, s. 510; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 135; **GÖKTÜRK**, s. 498; **BİLGE**, s. 248; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 43; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 482; **EREN**, Özel Hükümler, s. 603; **GÜMÜŞ**, s. 9; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 765; **GÖKYAYLA**, s. 22. Yarg. 11. HD T. 19.10.1982 E. 3266 K. 3998 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 917); BGE 21 II 192 (**BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 135).

²⁵⁹ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 134; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 202; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 43; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 185-186; **GÜRPINAR**, s. 22. Fakat Yargıtay bir silah fabrikasının belirli uzaklıktan belirli kalınlıkta ve belli bir dayanıklılıkta zırhlı delegecek nitelikte mermi imalini eser sözleşmesi olarak nitelemiştir (**ATASAYAN**, s. 367).

²⁶⁰ **DÜRR**, s. 6; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 42; **UYGUR**, İnşaat, s. 40; **GÜMÜŞ**, s. 9.

olmadığını belirleme noktasında yardımcı olabilir. İsmarlanan şey imalatçı olmayan birine ismarlanmış ve bu kişi ismarlanan şeyi başka birisinden temin ediyorsa ortada satım sözleşmesi vardır.

Teslim edilecek şeyin montajının yapıldığı hallerde emek unsurunun ağır bastığı durumlarda eser sözleşmesinin, malzeme unsurunun ağır bastığı durumlarda satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir²⁶¹. Örneğin; zemin altı boruları hazırlanmış ısıtma tesisatı için alınan kalorifer peteklerinin takılmasında, çamaşır makinesinin yerleştirilmesinde ortada bir satım sözleşmesinin; bir binaya havalandırma sistemi veya asansör kurulmasında kullanılan şeyin sadece malzeme niteliği taşıdığı durumlarda eser sözleşmesinin olduğu açıktır. Yargıtay bir kararında²⁶² kamera sisteminin satımı, montajı ve sistem hakkında personelin eğitimi hakkındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Fakat söz konusu sözleşmede kamera sisteminin temin, montaj ve kullanım için eğitim işlerinin üstlenilmesi sözleşmeye eser sözleşmesi niteliğini vermez. Eser sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için kamera sisteminin meydana getirilmesinden önce veya meydana getirilmesi esnasında karşı taraftan sistemin niteliklerini belirleme noktasında birtakım talimatların verilmesi

²⁶¹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 363, N. 2; **BİLGE**, s. 248; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 969-970; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 185; **ERMAN**, s. 18; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 482-483; **ÖNEN**, s. 301; **EREN**, Özel Hükümler, s. 603; **ÖZ**, Dönme, s. 11; **UYGUR**, İnşaat, s. 41; **BAYGIN**, s. 13; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 765; **GÖKYAYLA**, s. 22; Yarg. İBK T. 24.04.1978, E. 1978/3 K. 1978/4 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Karş. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 20.

²⁶² Yarg. 15. HD T. 12.10.2010 E. 2009/4971 K. 2010/5210 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gerekmektedir. Yargı kararına konu olan olayda kamera sistemi temin edilip, montajı yapılmıştır. Sistemin kullanımı için personele eğitim verilmesi edimi vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir edim olup söz konusu sözleşme satım ve vekalet sözleşmelerinin biraraya geldiği bileşik sözleşme niteliğini kazanmıştır.

Montaj işlemi satışa bağlı bir yan edim olmaktan çıkıp satılan şeyle eşdeğer bir edim durumuna gelirse satış ve eser sözleşmelerinin birlikte olduğu bir karma sözleşme ortaya çıkabilir²⁶³. Örneğin bir elbise dolabının veya kitaplığın sadece parçalarının satıldığı ve bunların birleştirilmesi için de ayrıca anlaşıldığı durumlarda karma sözleşme ortaya çıkacaktır. Yine satım ve eser sözleşmeleri bir bileşik sözleşme şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin; bir otomobil satışı ve satılan bu otomobile bazı ek donanımların eklenmesi hususunda anlaşılması.

Elektriğin temin edildiği sözleşmeler bakımından ise bir sonucun (örneğin; belli bir yerin belirli saatlerde aydınlatılması) elde edilmesi için veriliyorsa eser, aksi halde satım sözleşmesi söz konusudur²⁶⁴.

IV. YAYIM SÖZLEŞMESİ İLE FARKLARI

Yayım sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleri arasında yer almaktadır. Yayım sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 487'e göre;

²⁶³ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 43; **GÖKYAYLA**, s. 22.

²⁶⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 363, N. 3, 20; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 202; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 363, N. 138; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 44-45; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 185; **AYRANCI**, **Hasan**, Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 152. BGE 48 II 370. Burada yapılan nitelendirme elektriğin tüketici konumunda bulunan kişilere sağlanmasıyla ilgili olup bir bütün olarak enerji sağlama sözleşmeleri sui generis sözleşme görünümündedir (**AYRANCI**, s. 150 vd.). Enerji sağlama sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AYRANCI**, s. 139 vd.

'Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir.'

Yayım sözleşmesinin tanımlandığı hüküm dikkate alındığında yayım sözleşmesinin konusu bir fikir ve sanat eseridir²⁶⁵. Eser sözleşmesinde ise bir bütün teşkil etmek şartıyla tüm iş görme edimleri sözleşmenin konusunu oluşturabileceğinden eser sözleşmesinin konusu çeşitlilik arz eder.

Eser sözleşmesi ile yayım sözleşmesi bazı durumlarda birbirine benzemektedir. Özellikle bir fikir ve sanat eserinin hazırlanması için yapılan sözleşmelerde durum böyledir. Bu tip sözleşmeler sipariş üzerine yayım sözleşmesi olarak adlandırılmış ve TBK m. 501'de düzenlenmiştir. TBK m. 501'e göre;

'Bir veya birkaç kişi, yayımcının belirlediği plana göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar.

Bu durumda, sözleşme konusu mali haklar yayımcıya ait olur.'

Sipariş üzerine yayım sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme hukuki niteliği itibariyle bir eser veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir²⁶⁶. Yayım sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur yayımcının fikir veya sanat eserini yayımlamakla yükümlü olmasıdır²⁶⁷. Bu unsur yayım sözleşmesini diğer tüm sözleşmelerden ayırdığı gibi eser sözleşmesinden de ayırmaktadır. TBK m. 487'de yayımcının yayma yükümlülüğünü eseri çoğaltma yoluyla yerine getireceği öngörülmüştür. Fakat yayımcı sadece eseri çoğaltmakla yayma yükümlülüğünü yerine

²⁶⁵ **YAVUZ**, s. 1120-1121; **ERDOĞAN**, s. 166.

²⁶⁶ **BİLGE**, s. 240; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 48; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 189-190.

²⁶⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 47; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 1133; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 187; **UYGUR**, İnşaat, s. 41.

getimiş olmaz. Yayma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için çoğaltılan eserin umuma arz edilmesi gerekmektedir. Eserin umuma arzı da alışılmış ölçüde eserin reklamının yapılmasını gerektirir²⁶⁸. Örneğin; yayımcının esere yeni yayınlar katalogunda yer vermesi gibi.

Yayımcının iki ayrı edimle yükümlü olduğu görülmektedir. İlki eserin çoğaltılması; ikincisi eseri yaymadır. Sözleşmenin yayım sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yayımcı hem çoğaltma edimini, hem de yayma edimini yerine getirmekle yükümlü olmalıdır. Sadece eserin çoğaltılmasının üstlenildiği durumlarda ortada bir eser sözleşmesi vardır²⁶⁹.

Yayım sözleşmesi geçerlilik şekli bakımından da eser sözleşmesinden farklıdır. Yayım sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıyken; eser sözleşmesinin geçerliliği için kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir²⁷⁰.

²⁶⁸ **YAVUZ**, s. 1143; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 591.

²⁶⁹ **YAVUZ**, s. 1121. Yarg. 15. HD T. 30.05.1989, E. 1784, K. 2573
(**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 875).

²⁷⁰ **ERDOĞAN**, s. 167.

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE BEDELİN BELİRLENME ŞEKİLLERİ

§ 3. BEDELİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENDİĞİ HALLER

I. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanununda eser sözleşmesi için iki bedel türü zikredilmiştir. Bunlardan ilki sabit (götürü) bedel (TBK m. 480); diğeri ise yaklaşık bedeldir (TBK m. 481, 482). Bu bedel türlerinden sabit (götürü) bedel genellikle iş sahibinin çıkarına daha uygun bir bedel türüdür. Çünkü iş sahibi en baştan meydana getirilecek eser için ne kadar ödeyeceğini bilmekte ve bu bedel olağanüstü durumlar haricinde artırılamamaktadır. Yaklaşık bedel ise genellikle yüklenicinin çıkarına uygun düşen bir bedel türüdür. Yüklenici, yaklaşık bedelle eserin meydana getirildiği esnadaki maliyet artışlarına karşı korunmuş olmaktadır.

Taraflar edimlerin bir kısmı için sabit (götürü) bedel, diğer kısımlar için yaklaşık bedel kararlaştırabilir²⁷¹.

II. SABİT (GÖTÜRÜ) BEDEL

A. KAVRAM

Götürü terimi, piyasada emeğin karşılığını hesaplamaya yarayan bir terimdir. Bununla emeğin üretim faaliyetindeki değeri hesaplanabilmektedir. Hukuki terim olarak da bedel türleri arasında yer almaktadır²⁷².

²⁷¹ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 374, N. 1c; GAUCH, Werkvertrag, N. 1030 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 415; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 535; DAYINLARLI, s. 162; BAYGIN, s. 47; GÖKYAYLA, s. 26; KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 174, 206.

²⁷² AKYAZAN, Sıtkı, Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmiyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER, Y. 1973, C. VII, S. 2, s. 291.

Götürü bedel, meydana getirilecek eser için öngörölmüş olan önceden ve kesin olarak belirlenen veya belirlenebilen bir bedeldir²⁷³. Bu bedel, eserin tamamı için tek bir rakam olabileceği gibi (örn; bir havuzun 50.000 TL'ye yapılması), birim fiyat üzerinden hesaplanacak bir rakam da olabilir²⁷⁴ (bir binanın dış cephesinin metrekaresinin 50 TL'ye boyanması). Sabit (götürü) bedelin birim fiyat üzerinden hesaplandığı durumlarda bedel ölçüye (adet, metrekare, metreküp, kilo, ton, vb.) veya çalışma süresine (gün, hafta, ay, vb.) göre belirlenebilir.

Uygulamada kararlaştırılan sözleşmelerde 'sabit bedel' deyimine de rastlanmaktadır. Sabit bedel deyiimiyle esasen kesin bir bedel kastedildiği için götürü

²⁷³ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373, N. 8; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 580; **BİLGE**, s. 255; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 234; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 1053; **ARAL/AYRANCI**, s. 415; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 391; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 535; **ERMAN**, s. 63; **UYGUR**, Borçlar, s. 8351; **TWERENBOLD**, N. 46, s. 5; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 779; **ERGEZEN**, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 46; **ACAR**, s. 8. KDV nin götürü bedele dahil olduğu yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 11.06.1990, 1989/4562 – 1990/2781 (**KOSTAKOĞLU**, s. 1031); Yarg. 15. HD T. 06.06.1991, 1991/580-3032 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1094-1095); Yarg. 15. HD T. 15. HD T. 22.06.1992, 1992/74-3185 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1092); Yarg. 15. HD T. 22.06.1992, E. 99, K. 3187 (**UYGUR**, İnşaat, s. 510); Yarg. 15. HD T. 01.02.1994, E. 1084, K. 472 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8387-8388); Yarg. 15. HD T. 23.11.1995, E. 6290, K. 6939 (**UYGUR**, Borçlar, C. 7, s. 8386). KDV yükümlüsünün ise iş sahibi olduğu yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 29.02.1992, 1991/4679 – 1992/895 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1094).

²⁷⁴ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 3, 4; **BİLGE**, s. 255; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 234; **UYGUR**, Borçlar, s. 8351; **KOSTAKOĞLU**, s. 1003.

deyimiyle arasında herhangi bir farklılık yoktur²⁷⁵. Uygulamada karşılaştırılan sözleşmelerde sıkça yer verilmesi sebebiyle 'sabit' deyimi 'götürü' terimiyle birlikte kullanılacaktır.

Sabit (götürü) bedel, belirlenen veya belirlenebilen kesin bir bedel olduğu için bu durum işsahibinin lehinedir. Çünkü işsahibinin meydana getirilecek eser için ödeyeceği miktar baştan belirli veya en azından belirlenebilir niteliktedir. Böylece genellikle meydana getirilecek eserin yapımı konusunda uzmanlığı olmayan iş sahibi fiyat yükselmelerine karşı korunmuş olmaktadır²⁷⁶. Çoğunlukla iş sahibinin lehine olan bu bedel türünde bazen iş sahibi aleyhine durumlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki sabit (götürü) bedelin karşılaştırılacağı sözleşmelerde yüklenici olası fiyat artışlarının riskini taşıdığı için sözleşmeyi yüksek bedelle kurmak isteyebilir²⁷⁷. İş sahibinin meydana getirilecek eseri oluşturan malzeme fiyatlarıyla ilgili bilgisinin olmadığı durumlarda yüklenicinin önerdiği yüksek bedeli kabul etmesi zarara uğramasına neden olabilir. Yükleniciye TBK m. 480/II'de tanınan bedelin artırılmasına ilişkin hak, iş sahibine bedelin indirilmesi yönünde tanınmadığı için bu durum iş sahibi açısından daha tehlikeli bir hal arz etmektedir. Fakat yüklenici bakımından da giderlerin fazla olma ihtimali vardır²⁷⁸.

Sabit (götürü) bedelde maliyet riskinin tamamı yüklenicinin üzerindedir²⁷⁹. Yükleniciye sadece olağanüstü durumlarda bedeli değiştirebilmesine imkan tanınmıştır (TBK m. 480/II). Fakat meydana getireceği eser bakımından uzman konumda olan

²⁷⁵ GAUCH, Werkvertrag, N. 902; AKYAZAN, Götürü Bedel, s. 295.

²⁷⁶ ARAL/AYRANCI, s. 415; GÜRPINAR, s. 53-54.

²⁷⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 536; GÜRPINAR, s. 54.

²⁷⁸ BECKER, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 3; KOCAAĞA, s. 174.

²⁷⁹ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 374, N. 8; von BÜREN, Besonderer Teil, s. 153; PEDRAZZINI, § 86, s. 537; HUGUENIN, N. 3195.

yüklenici her tür riski hesaba katarak hareket etmelidir²⁸⁰. Yüklenicinin genellikle tacir konumunda olduğu düşünülürse basiretli hareket etme yükümlülüğüne uygun bir şekilde hareket ederek bedel konusundaki tüm riskleri hesaplaması gerektiği sonucuna varılabilir²⁸¹. Sözleşme öncesi sabit (götürü) bedel tespit edilirken iş sahibinin maliyet durumunu ve yüklenicinin hesaplarını bilmesi gerekmez²⁸².

Sabit (götürü) bedelde önemli olan husus bedelin miktarının kısmen veya tamamen yüklenicinin işe başladıktan sonra fiilen yapmış olduğu masraflara veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulup tutulmadığıdır²⁸³. Bedel tespit edilirken yüklenicinin işe başladıktan sonra yapmış olduğu fiili masraflar veya eserin tamamlandığı anda sahip olduğu değer dikkate alınmıyorsa sabit (götürü) bedel söz konusu değildir.

²⁸⁰ **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 1056; **OLGAÇ**, s. 741. Bkz. Yarg. 15. HD T. 02.06.1987, 1987/26-2433 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 852-854); Yarg. HGK T. 30.05.1984, 1984/15-37-348 (**KOSTAKOĞLU**, s. 854-855); Yarg. 15. HD T. 26.06.1979, 1979/3352-3442 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 856).

²⁸¹ **GÜRPINAR**, s. 58-59; **KOCAAĞA**, s. 175. Yarg. 15. HD T. 20.06.1991, 1991/795-3330 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1029).

²⁸² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 902; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 236; **GÜRPINAR**, s. 55, 57-58.

²⁸³ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373, N. 11; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 235; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s. 1053; **ERMAN**, s. 63; **GÜRPINAR**, s. 57. Yarg. 15. HD T. 11.11.1980, E. 1980/2139, K. 1980/3319 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bedelin sabit (götürü) bedel olarak kabul edilebilmesi için mutlaka para olarak kararlaştırılması şart değildir²⁸⁴. Bedel olarak taşınır veya taşınmaz mallar ve hatta haklar da öngörülebilir. Bedelin bu şekilde kararlaştırıldığı durumlarda da sabit (götürü) bedel söz konusudur. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcu arsa payının devri olduğu için bu tip sözleşmeler sabit (götürü) bedelli sözleşmeler arasında yer alır²⁸⁵.

Bedelin sabit (götürü) olarak kararlaştırıldığı durumlarda eser kararlaştırılan bedelden daha fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa da yüklenici kural olarak kararlaştırılan bu bedelin artırılmasını isteyemez²⁸⁶ (TBK m. 480/I). İş sahibi de eserin

²⁸⁴ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 363, N. 9a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 234-235.

²⁸⁵ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **KOSTAKOĞLU**, s. 1003. Yarg. 15. HD T. 14.05.1990, 1989/4649 – 1990/2171 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1097-1098); Yarg. 15. HD T. 05.10.1990, E. 595, K. 3864 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8380); Yarg. 15. HD T. 18.02.1991, 1990/3224 – 1991/706 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1096); Yarg. 15. HD T. 10.10.2002, 2002/2609-4538 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1093). Doktrinde **ERMAN** resmi şekilde yapılmamış arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde kararlaştırılan arsa payını üzerine geçirtemeyen yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının karşılığının paraya çevrilerek bu bedelin eserin karşılığı olduğu sonucuna varılması gerektiğini fakat sözleşmenin yapıldığı esnada binanın belirlenen payının değeri önceden belli olmadığı için ortada yaklaşık bedelle yapılmış bir sözleşmenin olduğunu ileri sürmüştür (**ERMAN**, s. 24).

²⁸⁶ **LEHMANN**, Art. 373, N. 3. Yarg. 15. HD T. 10.05.1983, E. 1300, K. 1226 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1510-1511); Yarg. 15. HD T. 15.06.1983, E. 1819, K. 1720 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1510); Yarg. 15. HD T. 25.10.1984, E. 2974, K. 3226 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1508); Yarg. 15. HD T. 23.03.1988, E. 3264, K. 1159

kararlaştırılan bedelden daha az emek ve masrafla yapıldığı durumlarda kararlaştırılan bedelin eksiltilmesini isteyemez²⁸⁷ (TBK m. 480/III). Fakat başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlarda yüklenici, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını istemek suretiyle bedelin artırılmasını isteyebilir (TBK m. 480/II).

Taraflar arasındaki bedelin sabit (götürü) bedel olup olmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık çıkabilir. Bedelin türünün açıkça belirlenemediği hallerde ortada yaklaşık bedelin olduğu kabul edilmelidir²⁸⁸. Hakim görüşün aksine doktrinde bazı yazarlar taraf iradelerinin yorumundan ve yapılacak işin özelliğinden bedelin türünün anlaşılamadığı durumlarda ücretin götürü olarak kararlaştırıldığı kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak yaşamın olağan akışı gereği iş sahibinin ödeyeceği miktarın kesin olduğunu gözönüne alarak bu sözleşmeyi kurduğu ve TBK m. 480/II hükmü uyarınca yükleniciye bedel artırımı ve sözleşmeyi

(**UYGUR**, Borçlar, s. 8388); Yarg. 15. HD T. 05.07.1994, E. 2815, K. 4556 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1497). KDV, götürü bedele dahil olduğundan yüklenicinin BK m. 365 uyarınca bu sebeple bedelin artırılmasını isteyemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 22.06.1992, E. 74, K. 3185 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8379); Yarg. 15. HD T. 22.06.1992, E. 99, K. 3187 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8379).

²⁸⁷ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 40; **LEHMANN**, Art. 373, N. 3. Bkz. Yarg. 15. HD T. 18.10.1990, E. 959, K. 4196 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1502-1503).

²⁸⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2c; **PEDRAZZINI**, s. 542, dn. 42; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 15; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.282; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 422; **TWERENBOLD**, N. 133. Fakat **TWERENBOLD** burada OR Art. 375 anlamında bir yaklaşık keşif bedelinin varsayılmayacağını ileri sürmektedir (**TWERENBOLD**, N. 134).

sona erdirmeye imkanlarının verildiği dikkate alındığında işin uzmanı olan yüklenici karşısında bulunan iş sahibinin korunmasının çıkarlar dengesine de uygun düşeceği ileri sürülmektedir²⁸⁹. Fakat bu görüş isabetli değildir. Şöyle ki, sabit (götürü) bedelin doğasında bir kesinlik vardır. Bu kesinliğin varlığına yorum yoluyla varmak hukuki güvenliği zedelemesinin yanında tarafların ortaya koymuş oldukları iradeye de uygun düşmez²⁹⁰. Ayrıca bedelin götürü olduğunu iddia eden de bunu ispatlamalıdır²⁹¹. Bu

²⁸⁹ **YAVUZ**, s. 1054-1055; **ÖZ**, Dönme, s. 70-71; **ÖZ**, İnşaat, s. 60. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1016.

²⁹⁰ Taraflar arasında bedel tutarının tespitine yönelik bir uyuşmazlık çıktığında sabit (götürü) bedel lehine bir karinenin olmadığı yönünde bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1014; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 4; **GÜMÜŞ**, s. 79; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373, N. 9, Art. 374, N. 17; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373 N. 14; **GÜRPINAR**, s. 54; **BAYGIN**, s. 40, 46-47; **TWERENBOLD**, N. 133; Yarg. 15. HD T. 14.05.1990, E. 2051, K. 2150 (**UYGUR**, İnşaat, s. 496).

²⁹¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1014; **GAUCH**, Unternehmer, s. 51; **LEHMANN**, Art. 373, N. 3; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 2; **TWERENBOLD**, N. 132; **KOCAAĞA**, s. 201. Yarg. 15. HD T. 04.12.1974, E. 1915, K. 2143 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 343-344); Yarg. 15. HD T. 04.06.1975, E. 2544, K. 2866 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 342-343); Yarg. HGK T. 21.06.1995, E. 15-479, K. 649 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8381-8382).

kesinliğin belirlenemediği durumlarda karşılaştırılan ücretin yaklaşık olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır²⁹².

Sabit (götürü) bedel; toptan sabit (götürü-anahtar teslim) bedel, global sabit (götürü) bedel, birim fiyatlara göre belirlenen bedel olarak üçe ayrılmaktadır. Birim fiyatlara göre belirlenen bedel de kendi içerisinde sabit birim fiyatlara göre belirlenen bedel ve değişken birim fiyatlara göre belirlenen bedel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Taraflar bu sabit (götürü) bedel türlerinin karması şeklinde bir miktar belirleme yöntemi de karşılaştırabilir²⁹³.

B. ÇEŞİTLERİ

1. Toptan Sabit (Götürü-Anahtar Teslim) Bedel

Toptan sabit (götürü) bedel eserin tamamı için önceden kesin olarak belirlenen tek bir bedeldir²⁹⁴. Belirlenen bu bedel yüklenicinin harcadığı emek ve masraflardan

²⁹² **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282. Tereddüt halinde bedelin götürü olarak kabul edilmesinin pratik olmadığı, götürü olarak kabul edilmesi durumunda bedelin miktarının ispatının zor olacağı yönünde bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 554.

²⁹³ **GAUCH**, Unternehmer, s. 53-54; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373 N. 8; **LEHMANN**, Art. 373, N. 3; **GÜMÜŞ**, s. 80; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 536; **BAYGIN**, s. 47; **GÜRPINAR**, s. 68; Yarg. 15. HD T. 20.01.1993, E. 2015, K. 157 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1498).

²⁹⁴ **GAUCH**, Unternehmer, s. 44; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373, N. 6; **LEHMANN**, Art. 373, N. 4; **GÜMÜŞ**, s. 79-80; **ARAL/AYRANCI**, s. 415; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 536; **EREN**, Özel Hükümler, s. 658; **YAVUZ**, s. 1044 dn. 270; **GÜRPINAR**, s. 56; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 129; **KOCAAĞA**, s. 175; Yarg. 15. HD T. 06.05.1996, E. 2173, K. 2421 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8381). Doktrinde **ÖZ**, bu bedel türünü ‘yalın götürü bedel’ olarak isimlendirmiştir (**ÖZ**, İnşaat, s. 56).

bağımsızdır²⁹⁵. Emek ve masrafları artıran faktörler kural olarak dikkate alınmaz. Kararlaştırılan bedelin yüklenicinin tahmini veya ayrıntılı hesap dökümlerine dayalı analizleri sonucu ortaya çıkmasının herhangi bir önemi yoktur. Sözleşme öncesine ait bu tip durumlar kararlaştırılan bedelin değiştirilmesine herhangi bir etkide bulunamaz²⁹⁶. Fakat bedel hasarını yüklenici taşıdığı için genelde ayrıntılı bir maliyet hesabı yaparak bu miktarı belirler. İstisnai bir hüküm olarak, kararlaştırılan bedelin olağanüstü durumlarda artırılabilme şartlarını düzenleyen TBK m. 480/II hükmü sadece sözleşme sonrasında ortaya çıkan durumları dikkate almıştır.

Toptan sabit (götürü) bedelin para olarak kararlaştırılması şart değildir. Paradan başka bir şey, hizmet edimi olabilir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcu kararlaştırılan arsa payının devri olduğu için bu tip sözleşmeler götürü bedelli sözleşmelerdir²⁹⁷.

Yapılacak işin zaman ve parça birimleriyle yaptırılmasının veya bu birimlere bölünmesinin zor olduğu durumlarda ekonomik gerekçelerle götürü bedele

²⁹⁵ **DÜRR**, s. 98; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 902; **GAUCH**, Unternehmer, s. 44; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373, N: 6; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 130; **YAVUZ**, s. 1044 dn. 270; **ARAL/AYRANCI**, s. 415-416; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 537; **BAYGIN**, s. 31; **KOCAAĞA**, s. 176.

²⁹⁶ **GAUCH**, Unternehmer, s. 44; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 130; **BAYGIN**, s. 31; **KOCAAĞA**, s. 176.

²⁹⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 235; **GÜRPINAR**, s. 56; **KOSTAKOĞLU**, s. 1003; **KOCAAĞA**, s. 176. Yarg. 15. HD T. 18.02.1991, 1990/3224-1991/706 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1096). Yarg. 15. HD T. 01.02.1994, E. 1084, K. 472 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8387-8388); Yarg. 15. HD T. 15.10.2003, 2003/4424-4772 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1055-1056).

başvurulmaktadır²⁹⁸. Uygulamada bu tür bedelle kararlaştırılan inşaat sözleşmelerine anahtar teslim inşaat sözleşmesi de denilmektedir. Daha çok küçük kapsamlı inşaat işlerinde, özel sektöre ait yapı işlerinde tercih edilmektedir²⁹⁹.

Toptan sabit (götürü) bedelin değiştirilemez niteliği mutlak değildir. TBK m. 480/II'de öngörülen durumlarda kararlaştırılan bedel artırılabilir. Fakat toptan sabit (götürü) bedelin değiştirilemez niteliği bedelin eksiltilememesi yönünden mutlaktır. Yüklenici eseri kararlaştırılan bedelden daha az emek ve masrafla yapmış olsa dahi söz konusu bedel indirilemez³⁰⁰ (TBK m. 480/III). TBK m. 480/II'de yükleniciye tanınan haklardan iş sahibi, hükmün kıyasen uygulanması yoluyla dahi yararlanamaz³⁰¹. Fakat bu durumun aksi taraflarca kararlaştırılabilir³⁰². Söz konusu hakların iş sahibine tanınmayıp yükleniciye tanınması tarafların edimlerinin süreklilik arz edip etmediğiyle açıklanabilir. Çünkü iş sahibinin ediminin yerine getirilmesi çoğu kez bedelin ödenmesi suretiyle bir anda yerine getirilmektedir. Fakat yüklenicinin ediminin yerine getirilmesi ise özellikle büyük çaplı inşaat işlerinde uzun zaman alabilmektedir. Bu uzun zaman içinde olağanüstü durumların ortaya çıkma ihtimali daha fazla olduğu için yükleniciye TBK m. 480/II'de öngörülen haklar tanınmıştır³⁰³.

²⁹⁸ **AKYAZAN**, Götürü Bedel, s. 292.

²⁹⁹ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 537; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 129; **BAYGIN**, s. 31; **KOCAAĞA**, s. 176.

³⁰⁰ Yarg. 15. HD T. 18.10.1990, E. 959, K. 4196 (**UYGUR**, İnşaat, s. 548).

³⁰¹ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 154-155.

³⁰² **BERKİ**, s. 146.

³⁰³ Karş. **OFTINGER, Karl**, Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (Clausula rebus sic stantibus hakkında), Çev: Bülent, Davran, İÜHFİM, Y. 1942, C. VIII, S. 3-4, s. 610; **GÜRPINAR**, s. 20.

Toptan sabit (götürü) bedelin artırılabilmesi bir diğer hal olarak iş sahibinin kusurlu davranışları neticesinde veya sonradan sözleşme dışı ek işler sebebiyle ortaya çıkan masraflar gösterilmektedir³⁰⁴. Söz konusu durumların toptan sabit (götürü) bedelin artırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Şöyle ki toptan sabit (götürü) bedel iş sahibi ve yüklenicinin meydana getirilecek olan eserle ilgili olarak kararlaştırdıkları bir bedeldir. Söz konusu durumların ilkinde iş sahibinin kusurlu davranışları sonucu fazladan masraflar ortaya çıkmaktadır. Sözleşme kapsamında yer almayan bu durumlar için yüklenicinin yaptığı bu masrafların tespit edilen bedelle herhangi bir ilgisi yoktur. Yüklenici söz konusu masrafları kararlaştırılan bedelden ayrı olarak talep edecektir³⁰⁵. Yine sözleşme dışı ek işler de sözleşme kapsamında yer almayıp kararlaştırılan bedelle herhangi bir ilgisi olmayan masraflara sebebiyet vermektedir. Bunlardan sadece sözleşme kapsamında yapılabileceği kararlaştırılan ek işler ve iş değişiklikleri bedelin artırılmasına sebebiyet verebilir.

Sözleşme kapsamı dışındaki ek iş ve iş değişikliklerinde söz konusu durumların kararlaştırılan toptan (sabit) götürü bedele dahil olup olmadığı konusunda ihtilaf çıkmaktadır. Bu hususta ek ve iş değişikliğinin toptan sabit (götürü) bedele dahil olmadığını ispat yükü yüklenicinin üzerindedir. Fakat yüklenicinin ek iş ve iş değişikliği sebebiyle ortaya çıkan masrafları talep etmesi bazı yükümlülükleri yerine getirmesine bağlıdır. Öncelikle yüklenici eseri meydana getirirken ortaya çıkan ek iş ve iş değişikliklerini sadakat ve özenle ifa borcunun gereği olarak (TBK m. 471) derhal iş sahibine bildirmelidir. Bu bildirim yapılmadığı durumlarda yapılan masraflar ancak vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca iş sahibinden talep edilebilecektir.

Ek iş ve iş değişikliği hususundaki ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek için kararlaştırılan toptan sabit (götürü) bedelin kapsamına nelerin girdiği ayrıntılı olarak

³⁰⁴ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 130; **BAYGIN**, s. 32.

³⁰⁵ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 5.

belirtilmelidir. Ek iş ve iş değişikliğinin sözleşmeyle kararlaştırıldığı durumlarda da bu işlerin nelerden oluşabileceği, bedellerinin ne şekilde belirlenebileceği açıkça düzenlenmelidir³⁰⁶.

2. Global Sabit (Götürü) Bedel

Global sabit (götürü) bedel, taraflar arasında kararlaştırılan toptan sabit (götürü) bedelin enflasyon veya malzeme fiyatlarındaki değişkenliğe göre değişebileceğine yönelik kayıtların olduğu bedel türüdür³⁰⁷. Enflasyon veya malzeme fiyatlarındaki artış artı yönde olabileceği gibi eksi yönde de olabilir³⁰⁸. Buna göre kararlaştırılan bedel de artacak veya azalacaktır.

Uygulamada bu yola, toptan sabit (götürü) bedelin olağanüstü sebepler dışında değiştirilememesi nedeniyle ortaya çıkan riski belirli oranda ortadan kaldırabilmek için başvurulmaktadır. Genellikle enflasyonun yüksek olduğu ülkelerde yüklenicilerin malzemelerdeki yüksek fiyat artışlarına karşı korunması için tercih edilmektedir. Bu kayıtlarla inşaaata ilişkin masraflarda (örneğin; işçi ücreti, malzeme fiyatlarındaki) ortaya çıkabilecek artışların baştan kararlaştırılmış olan bedele yansıtılarak bedelin artırılabilmesi sağlanmaktadır³⁰⁹.

³⁰⁶ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 131; **BAYGIN**, s. 33.

³⁰⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 910; **GAUCH**, Unternehmer, s. 45; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373 N. 6; **GÜMÜŞ**, s. 80; **YAVUZ**, s. 1044 dn. 270; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373, N. 13; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 538; **GÜRPINAR**, s. 62; **BAYGIN**, s. 33; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 132; **TWERENBOLD**, N. 47, s. 5; **KOCAAĞA**, s. 179.

³⁰⁸ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 538; **GÜRPINAR**, s. 62. Yarg. 15. HD T. 26.04.1988, E. 1172, K. 1650 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1505).

³⁰⁹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 910; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 373-374, N. 4; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373, N. 6; **KAPLAN**, Ücret

Taraflar bu kayıtları sözleşmedeki tüm maliyet kalemleri için öngörebilecekleri gibi belirli maliyet kalemleri için de öngörebilir³¹⁰. Fakat değişkenliğe esas alınacak artış ve azalışların öngörülebilir olması gerekmektedir. Örneğin; enflasyon artışında resmi kurumlarca veya belirlenmiş bir kurumca ilan edilen oranların esas alınması gerekmektedir.

Global sabit (götürü) bedelde toptan sabit (götürü) bedelde olduğu gibi belirlenmiş kesin bir miktar yoktur. Başlangıçta taraflarca belirlenmiş olan miktarın kaderi çeşitli unsurlara bağlı olarak değişebilir. Burada toptan sabit (götürü) bedelin değiştirilemez niteliği sözleşme ile bertaraf edilmektedir³¹¹. Fakat artışlar öngörülebilir kıstaslara bağlı olduğu için yine de sabit (götürü) bir bedel söz konusudur³¹².

Tarafların değişkenlik kayıtlarının sözleşmede yer alan tüm maliyet kalemleri veya belirli maliyet kalemleri için öngörülüp öngörülmediğini açıkça belirlemeleri ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemek için önemlidir³¹³.

Ülkemizde enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde kamunun taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde yıllar itibariyle ödenecek fiyat farklarına ilişkin olarak 1974

Ödeme Borcu, s. 132; **EREN**, Özel Hükümler, s. 658; **GÜRPINAR**, s. 62; **BAYGIN**, s. 33.

³¹⁰ Bkz. Yarg. 15. HD T. 26.04.1988, E. 1172, K. 1650 (**UYGUR**, İnşaat, s. 515); Yarg. 15. HD T. 10.07.1992, E. 1556, K. 3783 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1498-1499).

³¹¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 910; **GAUCH**, Unternehmer, s. 45; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 132; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 373, N. 6; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 538; **GÜRPINAR**, s. 62; **KOCAAĞA**, s. 179.

³¹² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 910; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 373, N. 9; **GÜRPINAR**, s. 62.

³¹³ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 132; **GÜRPINAR**, s. 62; **KOCAAĞA**, s. 179; **BAYGIN**, s. 33.

yılından itibaren Bakanlar Kurulu tarafından ‘Fiyat Farkı Kararnameleri’ yayınlanmıştır³¹⁴. Bu kararnamelerde belirtilen artışlar fiyat farkı olarak yüklenicinin bedel alacağına yansıtılmaktadır³¹⁵. İdarenin taraf olmadığı sözleşmelerde de kararnamelerde belirtilen artışlar esas alınabilir. Yüklenicilere ödenen bu bedel artışları, taraflar arasındaki sözleşme kayıtlarına dayanmayıp, Bakanlar Kurulu kararlarına dayandığı için bu bedel, global sabit (götürü) bedele örnek olamaz³¹⁶.

³¹⁴ 03.04.1974 gün ve 7/7993 sayılı, 11.03.1977 gün 7/13220 sayılı, 14.07.1978 gün ve 7/15990 sayılı, 11.03.1980 gün ve 8/505 sayılı, 18.03.1981 gün ve 8/2574 sayılı Kararnameler. İdare ve yüklenicinin bu kararname hükümleri ile bağılı olup olmadığı ve kararnamelerin kapsamı hakkında yapılan tartışmalarla ilgili geniş bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 263-280. Ayrıca bkz. **AKYAZAN**, Sıtkı, Aşırı Fiyat Karşısında Mütahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalenin Feshi ve Tasfiyesi İle İlgili Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1977, S. 1, s. 11-23. Yarg. İBBGK T. 24.11.1986 ve 1986-2/E ve 1982-2/E sayılı karar. Doktrinde **GÜRPINAR**, bu kararnamelerin uygulandığı durumlarda global bedelin olduğunu kabul etmenin güç olduğunu, global bedelde değişikliklerin taraflarca kararlaştırıldığını, kararnamelerin ise sözleşmeye dışarıdan müdahale niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir (**GÜRPINAR**, s. 62-63).

³¹⁵ Bu kararnamelerle götürü (sabit) olarak belirlenen bedelin enflasyon karşısında değerinin azalmaması ve inşaatların devamının sağlanması amaçlanmıştır. 03.04.1974 gün ve 7/7993 sayılı kararnamenin gerekçenin bir bölümü için bkz. **AKYAZAN**, Fiyat Farkı, s. 17-18. Bkz. Yarg. İBK, T. 24.11.1986, E. 2, K. 2 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 850 vd.).

³¹⁶ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 538-539; **GÜRPINAR**, s. 62-63; **EREN**, Özel Hükümler, s. 658.

3. Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel

a. Sabit Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel

Sabit birim fiyatlara göre belirlenen bedel, meydana getirilecek eser için öngörölmüş olan önceden ve kesin olarak belirlenebilen bir bedeldir³¹⁷. Bu belirleme, eseri oluşturan masraf kalemleri için öngörölmüş bulunan birim fiyatlara göre yapılır. Eser sözleşmesinin konusu her zaman tek bir malzemedan oluşarı basit şeylerden meydana gelmez. Daha ziyade birçok malzemenin bir arada kullanıldığı karmaşık şeylerden meydana gelir. Sabit birim fiyatlara göre belirlenen bedel genellikle çok sayıda malzemenin bir arada kullanıldığı eser sözleşmelerinde tercih edilmektedir. Bedelin bu şekilde belirlendiğı durumlarda bedelin kesinliğı zayıflamaktadır. Nitekim toptan sabit (götürü) bedelde olduğu gibi ortada kesin olarak belirlenmiş bir bedel yoktur. Bedel yapılan işin miktarına göre belirlenecektir³¹⁸. Fakat bedelin belirlenmesi sabit olarak belirlenmiş birim fiyatlara göre yapıldığı için bedelin yine de götürü bir şekilde tespiti söz konusudur³¹⁹. Burada TBK m. 481'deki değışken kıstaslar (eserin

³¹⁷ GAUCH, Werkvertrag, N. 915; GAUCH, Unternehmer, s. 46; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 373, N. 7; SCHUMACHER/KÖNIG, N. 160; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 539; ARAL/AYRANCI, s. 416; EREN, Özel Hükümler, s. 659; GÜRPINAR, s. 64.

³¹⁸ GAUCH, Werkvertrag, N. 930, 931; GÜRPINAR, s. 67; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 540.

³¹⁹ GAUCH, Werkvertrag, N. 929, 931; GAUCH, Unternehmer, s. 47; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Vorbem zu Art. 373-374, N. 3; Art. 373, N. 9; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 235; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1053-1054; SCHUMACHER/KÖNIG, N. 160; KARAHASAN, İnşaat, s. 391; ERMAN, s. 63; ÖZ, Dönme, s. 70; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 132; BAYGIN, s. 34; TWERENBOLD, N. 47; GÜRPINAR, s. 64; UYGUR, Borçlar, s. 8351. Yarg. 15. HD

yapıldığı yer ve zaman) yoktur. Bedel, yapılacak iş için öngörölmüş olan birim fiyatlara göre belirlenir. Dolayısıyla TBK m. 481'e göre belirlemede olduğu gibi işsahibi açısından bir belirsizlik yoktur.

Sabit birim fiyatlara göre belirlenen bedel daha çok kamu kuruluşlarına ait büyük yapı ve bayındırlık işlerinde kullanılmaktadır³²⁰. Bu inşaat işlerinde her bir iş kalemi için bir birim fiyat belirlenmekte ve bazen bu birim fiyatların toplam bedeli belli oranda (örneğin; %40'a kadar) aşan işler için de uygulanacağı kabul edilmektedir (YİGŞ m. 21/II).

Uygulamada her yıl tespit ve ilan edilen rayiçler kullanılarak geliştirilmiş fiyat analizleri sonucu birim fiyatlar tespit edilmekte ve inşaat işlerinin poz numaraları ile birlikte birim fiyat (cetvelleri) bir liste halinde hazırlanıp, sözleşmenin eki olarak imzalanmaktadır³²¹. Böylece yüklenicinin yapmış olduğu iş miktarı (metre, metrekare, kübik metre, ton, kg, adet, vb.) sözleşme ile kararlaştırılmış birim fiyatlarla çarpılarak, yüklenicinin yapmış olduğu iş kalemlerine ait tutarlar belirlenmekte ve bu her iş

T. 18.03.1991, E. 623, K. 1272 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1519). Bedelin birim fiyatlara göre belirlendiği durumlarda götürü bedelin söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 13.09.1989, E. 685, K. 3455 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8367-8368); Yarg. 15. HD T. 22.03.1990, E. 1977, K. 1287 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8371); Yarg. 15. HD T. 18.03.1991, E. 623, K. 1272 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8387).

³²⁰ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 132; **GÖKYAYLA**, Ek İş, s. 223; **ÖZ**, İnşaat, s. 56; **KOCAAĞA**, s. 181.

³²¹ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 132-133; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 540; **EREN**, Özel Hükümler, s. 659; **BAYGIN**, s. 34; **KOCAAĞA**, s. 181.

kalemine ait toplam tutarların birbirine eklenmesiyle yükleniciye ödenecek olan miktar bulunmaktadır³²².

b. Değişken Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Bedel

Değişken birim fiyatlara göre belirlenen bedel, belli zaman aralıklarına göre farklı birim fiyatlara göre belirlenen bedeldir³²³. Burada eser meydana getirilirken yıllara göre her bir iş için belirlenen birim fiyat değişmektedir. Bu değişim genellikle fiyatlar veya enflasyondaki değişimlere göre olmaktadır. Bu bedel türünde işin yapıldığı tarihe göre birim fiyat uygulanacağından uyuşmazlıkların önlenmesi için taraflar yapının kısımlarının tamamlanma aşamalarını zamansal olarak gösteren bir plan üzerinde anlaşmaları yararlı olacaktır³²⁴.

Global sabit (götürü) bedel ile sabit birim fiyata göre belirlenen bedelin unsurlarının içerisinde bulunduğu karma bir bedel türüdür. Çünkü global sabit (götürü) bedel, toptan sabit (götürü) bedelin fiyatlar veya enflasyondaki değişimlere göre değişebileceğine yönelik kayıtların olduğu bedeldir. Örneğin; enflasyondaki değişimlere

³²² **GAUCH**, *Unternehmer*, s. 46; **TANDOĞAN**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 236; **TUNÇOMAĞ**, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1067; **KAPLAN**, *Ücret Ödeme Borcu*, s. 133; **TWERENBOLD**, N. 47; **GÜRPINAR**, s. 64; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 540; **BAYGIN**, s. 34; **ERGEZEN**, s. 46-47; **ACAR**, s. 10; **KOCAAĞA**, s. 180, 182. Yarg. 15. HD T. 05.02.1992, E. 3475, K. 429 (**UYGUR**, *Borçlar*, s. 8459-8460); Yarg. 15. HD T. 19.10.1995, E. 3311, K. 5673 (**UYGUR**, *Borçlar*, s. 8385).

³²³ **SELİÇİ**, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 60-61; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 539; **GÜRPINAR**, s. 68; **KOSTAKOĞLU**, s. 1010. Yarg. HGK T. 23.06.1976, E. 15/38, K. 2257 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 995); Yarg. 15. HD T. 19.10.1977, E. 1977/1722, K. 1977/1914 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³²⁴ **GÜRPINAR**, s. 68; **KOSTAKOĞLU**, s. 1010; **BAYGIN**, s. 40.

göre yüklenicinin döküleceği 1 m³ beton 2015 yılı için 1.000 TL iken, 2016 yılı için 1.100 TL olabilir.

Değişken birim fiyatlara göre bedelin belirlendiği durumlarda işin başlangıcında kabul edilen iş takvimine göre yapılan işlerin bedellerinin ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Örneğin; kararlaştırılan iş takvimine göre 2015 yılında 4. kat betonunun dökülmesi gerekirken bu katın betonu 2016 yılında dökülmüşse yüklenici dökmüş olduğu beton için ancak 2015 yılı birim fiyatlarına göre hesaplanan bedeli talep edebilir.

c. Birim Fiyatın Tespiti, Hukuki Niteliği ve İspat Yükü

Birim fiyat, yüklenicinin üstlenmiş olduğu eseri meydana getirmesi için yapması gereken değişik iş kalemleri için hesaplanmış metre, metrekare, metreküp, ton, kg, adet olarak miktar başına düşen fiyatı ifade eder³²⁵. Örneğin; yüklenicinin döküleceği 1 metreküp beton için 1.000 TL, kullanacağı her tuğlanın adedi için 50 TL öngörülmesi. Yüklenicinin yaptığı her iş kaleminin miktarı o işin birim fiyatı ile çarpılır ve iş sahibinin yükleniciye o iş kalemi için ödeyeceği bedel hesaplanır. Örneğin yüklenici meydana getirdiği eser için 50 metreküp beton kullanmışsa beton dökme işi için $50 \times 1.000 = 50.000$ TL alacaktır.

Birim fiyat iki şekilde tespit edilebilir. İlk olarak sözleşmenin kuruluşu esnasında önceden birim fiyat analizleri dikkate alınarak tarafların karşılıklı olarak anlaşmasıyla belirlenebilir. İkinci olarak sözleşmede kararlaştırılmayan işler için (örneğin; sözleşmede birim fiyat konulmayan bir malzemenin eserde kullanılmasının gerektiği durumların ortaya çıkması durumunda) veya kararlaştırılan iş kalemlerinin kullanılmasının gerektiği ek iş ve iş değişiklikleri için pazarlık usulü ile birim fiyat belirlenebilir³²⁶. Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan iş kalemlerinin

³²⁵ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 133; **BAYGIN**, s. 34-35; **KOCAAĞA**, s. 182.

³²⁶ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 133; **BAYGIN**, s. 35; **KOCAAĞA**, s. 182.

kullanılmasının gerektiği ek iş ve iş değişikliklerine sözleşmedeki birim fiyatların uygulanacağı da öngörülebilir. Taraflar miktar sapmaları için bir değişiklik kaydı koyabilir. Bu kayıt, eksik ya da fazla miktarın belli bir oranı aşması hali için de kararlaştırılabilir³²⁷.

Tespit edilen birim fiyatların varlığını iddia eden ispat etmekle yükümlüdür. MK m. 6'da öngörülen genel ilke burada da uygulama alanı bulmaktadır. Yüklenici veya işsahibi iddia ettiği birim fiyatların varlığını ispatlamalıdır. Doktrinde birim fiyat tespitlerinin (liste ve tutanakları) münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir³²⁸. Münhasır delil sözleşmesi, belirli delillerle ispatı öngörülme- yen vakıaların sadece belli bir delil veya delillerle ispatlanabileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmedir. Münhasır delil sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için tarafların olası bir uyuşmazlıkta hangi delillerin kullanılacağı noktasında anlaşmış olmaları, kararlaştırmış oldukları delilleri bir ispat şartı olarak sözleşmeye koymaları gerekmektedir. Dolayısıyla taraflarca imzalanan birim fiyat tespitleri olası bir uyuşmazlıkta delil olarak kullanılacağı taraflarca açıkça kararlaştırılmadıkça münhasır delil sözleşmesi niteliği kazanamazlar.

³²⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 931; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 138; **GÜRPINAR**, s. 65-66.

³²⁸ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 133; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 541; **BAYGIN**, s. 35; **KOCAAĞA**, s. 183.

b. İş Miktarının Tespiti, Hukuki Niteliği ve İspat Yükü

Yüklenicinin yapmış olduğu iş miktarı iki şekilde tespit edilebilir. Yüklenicinin yapmış olduğu iş miktarı ya fiilen ölçülerek ya da projeye ve sözleşmeye uygun şekilde teorik olarak (varsayıma dayanan ölçü ile) hesaplanır³²⁹.

Yüklenici, yapmış olduğu iş miktarının ne kadar olduğunu ispatla yükümlüdür. Yapılan iş miktarının fiili ölçü ile veya projeye uygun teorik olarak tespiti için inşaat sektöründe değişik kurallar geliştirilmiştir. Uygulamada bu kurallar taraflar arasındaki sözleşme metnine dahil edilerek, taraflar için bağlayıcı hale getirilmektedir³³⁰.

Yapılan işin miktarının fiili ölçümlemeye göre veya plana göre teorik olarak tespit edilip edilmeyeceği taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğinden anlaşılır. Taraflarca bu husus sözleşmede düzenlenmemişse fiili ölçüm esasının benimsendiği kabul edilmelidir. Çünkü birim fiyatlar esas alınarak düzenlenen sözleşmelerde yüklenicinin alacağı bedel fiilen yapmış olduğu iş miktarına göre belirlenir. Taraflar iş miktarının plana göre teorik ölçümle tespit edilmesini istiyorsa bunu sözleşmede açıkça kararlaştırmalıdır³³¹.

aa. Fiilen Yapılan Ölçümleme İle İş Miktarının Tespiti ve İspat

Yükü

Sözleşmede yapılan işin birim miktarının tespiti için fiili ölçümleme esası kabul edilmişse, bu ölçüm yüklenici ve iş sahibi tarafından işin devamı esnasında

³²⁹ GAUCH, Werkvertrag, N. 917; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 373-374, N. 3; SCHUMACHER/KÖNIG, N. 161a; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 134; GÜRPINAR, s. 64-65; KOCAAĞA, s. 183.

³³⁰ GAUCH, Werkvertrag, N. 918-923; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 134; KOCAAĞA, s. 183-184.

³³¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 927; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 136; GÜRPINAR, s. 65.

günlük veya işin o bölümünün veya tamamının sonunda yapılır³³². YİĞŞ m. 28'de yapılan işlerin bütün ayrıntılarının günlük olarak şantiye günlük defteri, röleve ve ataşman defterleri ve bunlarla ilgili olan diğer belgelere kaydedileceği öngörülmüştür.

İşlerin kayıt altına alındığı bu defterlerin taraflarca imzalanmasıyla bunlar taraflar için delil sözleşmesi niteliğine sahip olmazlar. Delil sözleşmesi niteliğinde olabilmesi için taraflarca söz konusu tespitlerin olası bir uyuşmazlıkta delil olarak kullanılacağı açıkça kararlaştırılmalıdır.

Yüklenici yapılan işin miktarını ispatla yükümlüdür³³³. Fakat taraflarca imzalanan belge ve defterlerle yüklenici iddiasını ispatlayabilir. Böylece ispat yükü ters çevrilmiş olur. İş sahibi söz konusu belge ve defterlerde yazılanların aksini iddia ediyorsa iddiasını ispatlamalıdır. Örneğin; belge ve defterlerdeki sonucun yanlış olduğu iş bitiminde yapılan yeni bir ölçümle ortaya çıkmışsa bu sonuçlar dikkate alınır. Doktrinde bu belgenin sadece fiili karine teşkil edeceği ispat yükünü ters çevirmeyeceği ileri sürülmekte ve fiili karinenin çürütülebilmesi için iş sahibinin karşı delil ibraz etmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁴.

Fiilen yapılan ölçüme göre yapılan iş miktarının tespit edildiği durumlar için yüklenici her zaman tespit edilen bu miktarın bedelini talep edemez. Sadece inşaatın özenli ve sözleşmeye uygun icrasının gerektirdiği iş miktarları için ödeme talep edebilir³³⁵.

³³² **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 134; **KOCAAĞA**, s. 184.

³³³ **GAUCH**, Unternehmer, s. 52; **GÜRPINAR**, s. 67; **KOCAAĞA**, s. 184.

³³⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1020; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 18; **GÜRPINAR**, s. 67; **BAYGIN**, s. 37; **KOCAAĞA**, s. 184.

³³⁵ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 928; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 237; **GÜRPINAR**, s. 67. BGE 96 II 61.

bb. Plan ve Projeye Uygun Teorik Miktarın Tespiti ve İspat Yüğü

Plana uygun teorik birim miktarı, plan ve projelerde kayıtlı ölçülerle ve inşaatın başlamasından önce yapı yerinden alınan ölçülerle belirlenmektedir³³⁶. Her münferit edimin miktarı, eserin plan ve projelerine dayanmaktadır³³⁷. Bedel baştan teorik ölçüler esas alınarak belirlendiğinden kararlaştırılan bu bedel, sabit (götürü) bedelden başka bir şey değildir³³⁸. Bu yöntem daha çok yapılan işte fiili ölçü almanın çok zor veya imkansız olduğu durumlarda ve yüklenicinin yapılan işte göstereceği özenin çok önemli olduğu durumlarda tercih edilmektedir³³⁹. İnşaat çalışmaları başladıktan sonra ölçüye ilişkin bir değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişiklik üzerinde taraflar uzlaşmalıdır.

Plana uygun teorik birim miktarla yapılan tespitlerde yüklenici plana uygun olmayan fazla miktarın bedelini alamama riskiyle karşı karşıyadır³⁴⁰. Ancak TBK m. 480/II'deki olağanüstü durumlar sebebiyle ortaya çıkan masrafların bedelini isteyebilir. Fakat herhalde talep edilebilecek bedel özenli bir çalışmanın ve sözleşmeye uygun ifanın gerektirdiğinden fazla olamaz³⁴¹.

³³⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 925; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 135-136; **BAYGIN**, s. 37-38; **KOCAAĞA**, s. 185.

³³⁷ **GÜRPINAR**, s. 65.

³³⁸ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 373, N. 2; **GÜRPINAR**, s. 65.

³³⁹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 927; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 136; **GÜRPINAR**, s. 66; **BAYGIN**, s. 38; **KOCAAĞA**, s. 186.

³⁴⁰ **GÜRPINAR**, s. 65; **BAYGIN**, s. 38; **KOCAAĞA**, s. 185.

³⁴¹ **GAUCH**, Unternehmer, s. 47; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 136; **BAYGIN**, s. 38-39; **KOCAAĞA**, s. 185.

III. YAKLAŞIK BEDEL

A. Yaklaşık Bedel Belirlemenin Amacı

Bedelin götürü (sabit) olarak belirlenmesi çoğu kez yüklenicinin çıkarına uygun değildir. Özellikle büyük çaplı yapı işlerinde bedelin götürü olarak belirlenmesi yüklenici için ağır bir risktir. Bedelin götürü (sabit) olarak belirlenmesi durumunda yüklenici sadece TBK m. 480/II'de öngörülen olağanüstü durumların gerçekleşmesi durumunda bedelin artırılmasını isteyebilir. Bedelin hiç belirlenmemesi durumunda ise eserin maliyeti ne kadar yüksek olursa olsun iş sahibi, bu bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Olaya iş sahibi açısından bakıldığında da iş sahibi, başlangıçta işin maliyetini bilmek ve imkanlarını buna göre hazırlamak isteyecektir. Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda ise TBK m. 481'e göre belirlenen eserin bedeli, yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı vardır (TBK m. 482/I). Ayrıca eserin iş sahibinin arsasına yapıldığı durumlarda bedelden uygun miktarda indirim ve eserin henüz tamamlanmadığı durumlarda da sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır (TBK m. 482/II)³⁴². Yaklaşık bedelin sözleşme taraflarına tanıdığı hukuki imkanlar dikkate alındığında taraf menfaatlerini uzlaştırdığı görülmektedir³⁴³.

³⁴² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 8. Fakat **GAUTSCHI**, yaklaşık ve götürü ücretlerde masrafların aşılmasında herhangi bir fark olmadığını ve bu durumun ayrı maddelerde düzenlenmesinin doğru olmadığını belirtmiştir (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 373, N. 12c).

³⁴³ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 280-281; **ÖZ**, Dönme, s. 69; **ALTAŞ**, **Hüseyin**, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 72; **YAVUZ**, s. 1049; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 550-551; **GÜRPINAR**, s. 83; **BAYGIN**, s. 41, 148; **ERGEZEN**, s. 47; **KOCAAĞA**, s. 197; **BİRİNCİ**, **UZUN**

Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı durumlarda götürü (sabit) bedele göre yüklenicinin riski daha azdır. Bu bedel türünde iş sahibi alelade aşılma olarak adlandırdığımız uygun miktardaki gider artışlarının riskini üstlenmiştir³⁴⁴. Fakat yüklenicinin kusuruyla neden olduğu gider artışları bu riske dahil değildir³⁴⁵.

Yaklaşık bedel, meydana getirilecek eserin öngörülen bedel civarında bir bedele yapılacağı hususunda iş sahibine bir güven verir. Bunun bir sonucu olarak yüklenicinin işi alabilmek için yaklaşık bedeli düşük tutmasını engelleyici fonksiyona sahiptir³⁴⁶. Burada iş sahibi kararlaştırılan yaklaşık bedelin çok fazla aşılmayacağına güvenerek yüklenici ile bir sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir.

Yaklaşık bedelin bir diğer fonksiyonu ise meydana getirilecek eserin maliyeti hakkında iş sahibini bilgilendirmektedir³⁴⁷.

Ülke ekonomisi için bir an önce tamamlanıp işletmeye açılması gereken bazı tesislerin yapımı yaklaşık bedel kararlaştırılarak yapılabilmektedir. Petrol rafinerileri, petro kimya tesisleri, elektrik santralleri, barajlar bu bedel türü kararlaştırılarak yapılmaktadır. Örneğin; Türkiye’de Yarımca Petkim Tesisleri, yüklenici Foster Wheeler Turkey Inc. tarafından yaklaşık bedel kararlaştırılarak yapılmıştır³⁴⁸.

Tuba, Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 87.

³⁴⁴ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281-282; **ERGEZEN**, s. 47.

³⁴⁵ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 373, N. 14d; **ERMAN**, s. 60.

³⁴⁶ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281; **BAYGIN**, s. 149.

³⁴⁷ **TWERENBOLD**, N. 102, 113.

³⁴⁸ **DAYINLARLI**, s. 16.

İsviçre'deki uygulamada yaklaşık keşif bedelli eser sözleşmeleri, götürü (sabit) bedelli eser sözleşmeleriyle aynı öneme sahiptir³⁴⁹.

B. 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunundaki

Düzenlemeler

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yaklaşık bedel BK m. 366 ve 367/I maddelerinde düzenlenmiştir.

‘İşin kıymetine göre bedelin tayini’ başlıklı BK m. 366’a göre;

‘Evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir.’

‘Keşif bedelinin tecavüzü halinde fesih’ başlıklı BK m. 367’/e göre;

‘Yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribi bir surette tesbit edilen keşfi iş sahibinin sun’u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir.

Bu surette yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde inşa ediliyorsa iş sahibi, bedelden münasip bir miktarın tenzilini isteyebileceği gibi inşaat henüz bitmemiş ise müteahhidi devamdan meni ve yapılan kısmı hakkaniyet dairesinde tazmin ederek mukaveleyi feshedebilir.’

TBK m. 366’da takribi bir surette kararlaştırılan bedelden bahsedilirken; TBK m. 367’de takribi bir surette tesbit edilen keşiften bahsedilmektedir. Bu farklı ibareler, TBK m. 366 ve 367 arasındaki ilişkinin belirlenmesinde doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

Doktrinde bir görüş, TBK m. 366 ve 367’deki ibarelerle anlatılmak istenen şeyin aynı olduğunu, her ikisinin de yaklaşık bedeli anlattığını ileri sürmektedir³⁵⁰. Bu

³⁴⁹ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 374, N. 1c; ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 374, N. 2; TWERENBOLD, N. 51.

görüŖe göre; İsviçre Borçlar Kanunu m. 374 ve m. 375 içerik olarak eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 365 ve m. 366'ya karşılık gelir. Eski İsviçre Borçlar Kanunun'daki m. 365 ve m. 366 düzenlemeleri yeni İsviçre Borçlar Kanunu'na alınırken sadece metin bazında küçük değişiklikler yapılmıŖ m. 374'de 'iŖin değeri' yerine 'iŖ ve masrafların değeri', m. 375'de 'sözleşmeyi feshetme' yerine 'sözleşmeden dönme' ifadeleri getirilmiŖtir. Bunlar dıŖında maddelerin içerikleri aynıdır. Fakat yeni İsviçre Borçlar Kanunu'nda eskisinden farklı olarak maddelere kenar başlıkları getirilmiŖtir. Kenar başlıklarının getirilmesiyle her iki maddenin farklı kurumları düzenlediği sanılsa da esasen İsviçre Borçlar Kanunu m. 374 ve m. 375 hükümleri birbiriyle bağlantılı hükümlerdir³⁵¹.

Yaklaşık bedelin aşırı bir şekilde aşılması iş sahibine şartları varsa TBK m. 482 (OR Art. 375)'deki korumayı sağlar. Bedelin hiç belirlenmemesi durumunda bedel, masraflara göre (TBK m. 481 çerçevesinde) sonradan tespit edileceğinden aşılma ya da altında kalma durumları söz konusu olmaz. TBK m. 481 (OR Art. 374)'deki ücretin yaklaşık olarak belirlenmesi ile TBK m. 482 (OR Art. 375)'deki yaklaşık keşif bedeli aynı hukuki sonuçlara tabidir. Her ikisinde de belirlenmiş bir bedel yoktur; fakat sözleşme, yaklaşık bir değere istinaden yapılmıştır. Eser tamamlandıktan sonra masraflara göre ortaya çıkan bedel kararlaştırılan yaklaşık olarak belirlenmiş bu değeri aşırı şekilde aşarsa iş sahibine TBK m. 482 (OR Art. 375)'deki haklar tanınmıştır. Buna göre iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir ya da şartları varsa bedelin uygun bir miktarda indirilmesini isteyebilir.

³⁵⁰ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 1; **DÜRR**, s. 106; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2a; **ALTAŞ**, s. 71; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 229; **TWERENBOLD**, N. 60; BGE 98 II 301. İsviçre'deki kanton mahkeme kararları için bkz. **TWERENBOLD**, N. 61, dn. 64.

³⁵¹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 1b; **TWERENBOLD**, N. 56.

BÜHLER'e göre; OR Art. 374'deki 'sadece yaklaşık olarak belirlenmiş' lafzından söz konusu bedelle kendini sorumlu kılmayı amaçlamadan ve bedelin sadece tahmini olarak karşılaştırıldığı tüm durumları kapsadığı anlaşılabilir. Yaklaşık bedel ve OR 375'e göre karşılaştırılan yaklaşık keşif bedeli bu tür fiyat tespiti ile sabit fiyat arasında bir ara basamak oluşturur. Ancak bunlar da sadece 'yaklaşık' olarak belirlenmiş bedel üst başlığı altında toplanır. Bu fiyat belirleme kategorilerinden biri veya diğeri ile bir kısıtlama amaçlanmamıştır. Daha çok, 'yaklaşık' bedel, OR Art. 373'e göre belirlenen 'sabit' bedelin karşısında yer almaktadır³⁵². Bu sebeple yaklaşık bedele OR 375 hükmü uygulanabilir³⁵³.

Doktrindeki diğeri görüş ise yaklaşık bedel ile keşif bedeli kavramları arasında bir ayırım yapmakta ve ikisinin aynı anlama gelmediğini ileri sürmektedir³⁵⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre; OR Art. 374 (BK m. 366)'daki yaklaşık bedelde bedel tutarının belirlenmesine yönelik bağlayıcı bir anlaşma yapılmış fakat bedel tutarı kesin olarak belirlenmemiştir. Önceden belirlenen veya sözleşmenin yorumundan çıkartılan bir alt ve üst sınır söz konusudur³⁵⁵. Burada bedelin belli sınırlar içerisinde değişebileceği kabul edilmiş olup, bedel –alt ve üst limitler içerisinde kalmak koşuluyla- TBK m. 481

³⁵² BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 11.

³⁵³ BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 8.

³⁵⁴ GAUCH, Werkvertrag, N. 937 vd.; BİRİNCİ UZUN, s. 87; BAYGIN, s. 42; GÜRPINAR, s. 71; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 374, N. 1a, Art. 375, N. 1; HUBER/SCHWENDENER, Art. 374, N. 2; HUGUENIN, N. 3197; UYGUR, Borçlar, s. 8456.

³⁵⁵ GAUCH, Werkvertrag, N. 941; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 374, N. 10; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 374, N. 1a, Art. 375, N. 1; HUBER/SCHWENDENER, Art. 374, N. 2; UYGUR, Borçlar, s. 8456; KOCAAĞA, s. 198.

hükmü uyarınca işin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecektir³⁵⁶. Fakat bağlayıcı sınırlar içerisinde bir bedel belirlendiği için olağanüstü durumlarda TBK m. 480/II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle bedelin artırılabilmesi mümkün olacaktır³⁵⁷.

Keşif bedelinde ise bedel değil, masraflar yaklaşık olarak tespit edilmektedir. Burada taraflar arasında ödenecek bedele ilişkin bir anlaşma yoktur. Keşif bedeli sözleşmenin bir unsuru olmayıp, sadece iş sahibinin sözleşme kurma iradesine temel bir unsur olarak katılmaktadır. Bu yönüyle tarafları sözleşme kurmaya yönelten 'saik niteliğinde' bir işlem temelidir. Keşif bedeli, bedeli tespit etmediği için ne yüklenici ne de iş sahibi açısından bağlayıcı değildir³⁵⁸. Taraflarca kararlaştırılan yaklaşık keşif bedelinde, bedele ilişkin bağlayıcı bir anlaşma olmadığı için yükleniciye ödenecek olan

³⁵⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 941; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 5; **GÜMÜŞ**, s. 78; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 394; **ERMAN**, s. 67; **GÜRPINAR**, s. 49; **BAYGIN**, s. 41; **TUNÇOMAĞ**, s. 1057. **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1a; **HUGUENIN**, N. 3197; **KOCAAĞA**, s. 198.

³⁵⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 968; **TUNÇOMAĞ**, s. 1057; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 394; **ERMAN**, s. 67; **GÜMÜŞ**, s. 81; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 237. Fakat **TANDOĞAN** sözleşmede tarafların belirlediği üst limitin üzerine çıkıldığında BK m. 367'nin uygulanacağını kabul etmelerinin mümkün olduğunu, bunun üst sınırı bağlayıcı yaklaşık ücret öngörülmesi anlamına gelip gelmediğinin sözleşmenin yorumuna bağlı olduğunu ifade etmiştir (**TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 283, dn. 94).

³⁵⁸ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 938; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 2; **HUGUENIN**, N. 3197; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 297; **BİRİNCİ UZUN**, s. 87.

bedel, OR Art. 374 (BK m. 366) hükmü uyarınca işin değeri ve yapılan masraflara göre belirlenecektir³⁵⁹.

Bu görüşün en önde gelen savunucusu GAUCH'a göre³⁶⁰; yaklaşık bedel ile yaklaşık keşif bedeli kavramları farklı kavramlar olup birbirinden bazı noktalarda ayrılırlar. Şöyle ki OR Art. 374'deki bedelin yaklaşık olarak belirlenmesinde, önceden tespit edilen veya sözleşmenin yorumundan çıkarılan bir alt ve üst sınır vardır ve yüklenici bu sınırlarla bağlıdır. Bu bağlayıcı yaklaşık ücret olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık yaklaşık keşif bedelinde bedel değil, masraflar yaklaşık olarak tespit edilmiştir ve yüklenici bu yaklaşık bedelle bağlı değildir. Bu da keşif bedeli üzerinden kararlaştırılmış bağlayıcı olmayan bedel olarak adlandırılmaktadır.

OR Art. 374'deki yaklaşık bedelle bir ortalama bedel kastedilmektedir. Örneğin; 'otuz milyar ile otuz beş milyar arasında' veya 'otuz milyar civarında' bir ücret kararlaştırıldığında durum şöyledir: Burada bağlayıcı alt ve üst sınırlar veya belirli bir meblağın biraz altı ya da üstü belirlenmişse de nihai bedel belirlenmemiştir. Ödenmesi gereken nihai bedel, eserin tamamlanmasından sonra, OR Art. 374'de öngörüldüğü üzere yüklenicinin masraflarına ve çalışmasının değerine göre belirlenecektir³⁶¹. Alt ve üst sınırlar bağlayıcı olduğu için sonradan tespit edilecek olan nihai bedel bu sınırlar içinde veya belirtilen meblağın makul surette altında ya da üstünde olmalıdır. Alt ve üst sınır belirtilen hallerde, eser alt sınırdan daha ucuza mal olduysa, iş sahibi yine de alt sınırı ödemek zorundadır. Buna karşılık daha pahalıya mal olma durumunda üst sınırı aşan kısmı ödemek zorunda değildir. Fakat bu bedelin üst sınırı olağanüstü sebeplerle aşırı bir şekilde aşarsa OR 373/II hükmü kıyasen uygulanabilir. Burada GAUCH'a göre; keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması halinde iş

³⁵⁹ GAUCH, Werkvertrag, N. 938; GÜRPINAR, s. 49.

³⁶⁰ GAUCH, Werkvertrag, N. 937 vd.

³⁶¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 968, 969.

sahibinin haklarını düzenleyen OR 375'in OR 374'deki yaklaşık bedelle herhangi bir ilgisi yoktur. OR 374'deki yaklaşık bedelin aşırı olarak aşılması durumunda OR 375 hükmü uygulanmaz, şartları varsa sadece OR 373/II hükmü uygulanabilir³⁶².

OR Art. 375'deki yaklaşık keşif bedeli (Kostenansatz) ise az çok kesin temellere dayanan bir fiyat takdirini içerir. Bu bedel, iş sahibine ödemesi gereken muhtemel bedel hakkında bilgi veren ve taraflar açısından bağlayıcı olmayan bir ön masraf tahmini (Kostenvoranschlag) dir. Bağlayıcı olmaması sebebiyle sözleşme içeriğine dahil değildir. İş sahibi tarafından ödenmesi gereken bedel, OR Art. 374 (TBK m. 481) hükmüne göre belirlenecektir. Yaklaşık keşif bedeli sadece tarafları –özellikle iş sahibini- sözleşme kurmaya yönelten bir saiktir. Fakat bu saik tarafları sözleşme kurmaya yönelten alelade bir saik olmayıp sözleşmenin temeli konumuna erişmiştir. Bu yönüyle OR Art. 375 hükmü temel hatasının (OR Art. 24 Abs. 1, Ziff. 4) özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Çünkü söz konusu masraf tahmininin aşırı şekilde aşıldığı durumlarda iş sahibi aşkın bu bedeli ödemek zorunda olmayıp sözleşmeden dönebilmekte veya belirli şartların varlığı durumunda bedelin uygun bir miktarda indirilmesini isteyebilmektedir³⁶³.

PEDRAZZINI'ye göre³⁶⁴; OR Art. 374'deki ücret bağlayıcı olmayan bir masraf tahmini iken OR Art. 375'de yer alan keşif bedeli bağlayıcı olup yüklenicinin aşırı surette aşamayacağı bir bedeldir³⁶⁵. OR Art. 374'de takriben belirlenen ücret bağlayıcı olsaydı, sonradan gerçek masraflar ortaya çıkınca yeni bir hesaplama yapılmazdı. Oysa burada sonradan yapılan bir tespit daha vardır ve iş sahibi bağlayıcı olan bu tespit sonunda ortaya çıkan miktarı ödemek zorundadır. Bu miktar, takribi

³⁶² GAUCH, Werkvertrag, N. 968.

³⁶³ GAUCH, Werkvertrag, N. 937, 938.

³⁶⁴ PEDRAZZINI, § 86, s. 541-542.

³⁶⁵ Aynı yönde bkz. TWERENBOLD, N. 101.

ücreti çok aşsa da takribi ücret bağlayıcı olmadığı için işsahibi ortaya çıkan bu yüksek bedeli ödemek zorundadır. Fakat bir keşif bedeli kararlaştırılmış olsaydı, sonraki tespitte ortaya çıkan bedel, keşif bedelini aşırı bir şekilde aşıyorsa iş sahibi bu aşan bedeli ödemek zorunda değildir. Tarafların bir keşif bedelini mi yoksa takriben belirlenmiş bir ücreti mi kararlaştırdıkları ancak sözleşmenin yorumundan anlaşılabilir.

MERZ'e göre³⁶⁶; Art. 374 ve 375 hükümlerindeki düzenlemeler yaklaşık bedel için yaklaşık keşif bedelinin farklı hukuki sonuçlar öngördüğü için yanıltıcıdır. Art. 374'deki yaklaşık bedel sözleşmenin bir parçası değildir. Art. 375'deki yaklaşık keşif bedeli ise sözleşmenin bir parçasıdır. Dolayısıyla yaklaşık keşif bedelinin işlem temeli olduğunu kabul etmek zordur.

ZINDEL/PULVER/SCHOTT'a göre³⁶⁷; OR Art. 375'deki keşif bedelinden bağlayıcı olmayan, önerilen fiyat anlamında bir tahmini bedel görevi gören bir maliyet tahmini (Kostenvoranschlag) anlaşılmalıdır. Buradaki keşif bedeli, tahmini fiyat hakkında bir öngörüdür. OR 374 ve 375. hükümlerinin düzenleme amaçları farklıdır. Art. 374, eserin bedelinin belirlenmesine yönelik hesaplama metodunu düzenler. Art. 375, yaklaşık keşif bedeline yönelik iş sahibinin güvenini korur ve bu yaklaşık keşif bedeli aşıldığında Art. 375'de iş sahibine tanınan hakların sağlanacağını garanti eder. Art. 375, Art. 374 hükmünün aksine bedelin hesaplanma yöntemini düzenlemez, aksine yaklaşık keşif bedeli ile yaratılan güven ortadan kalktığında Art. 374'e göre belirlenen nihai bedelin düzeltilmesine yöneliktir. Art. 374'deki yaklaşık fiyat belirleme sabit bedeldeki gibi bağlayıcı bir bedel belirlemedir. Fakat Art. 373'dekin aksine bedel tam belirlenmiş olmayıp, bir fiyat çerçevesi içerisinde olmak üzere Art. 374'e göre belirlenecektir. Art. 375'deki yaklaşık keşif bedeli ise tahmini bedel anlamında

³⁶⁶ **MERZ, Hans**, Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts Jahre 1989-Obligationenrecht, ZBJV 127/1991, H. 4, s. 255.

³⁶⁷ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 4.

bağlayıcı olmayan bir ön masraf tahmini (Kostenvoranschlag) dir³⁶⁸. Bu iki düzenlemedeki ‘yaklaşık bedel’ ile ‘yaklaşık keşif bedeli’ ne aynı anlama gelir, ne de birbirlerini karşılıklı olarak devre dışı bırakır. Her iki hüküm aynı anda birlikte uygulanabilir. Fakat bu hükümlerin kendine özgü uygulama alanları vardır. Eser sözleşmesinde bedel hiç belirlenmemiş veya bedel için Art. 374’e atıf yapılmışsa; hem Art. 374 hem de Art. 375 hükümleri uygulanabilir. Taraflar sözleşmeye yaklaşık bir keşif bedeli esas almış olsa da meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek olan bedeli Art. 374 anlamında yaklaşık veya Art. 373 anlamında sabit bir şekilde belirlemişlerse, bu durumda Art. 375 hükmü uygulanamaz. Aynı durum bedele yönelik alt ve üst sınır belirlendiği durumlarda da geçerlidir³⁶⁹.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Türk Hukukunda genel olarak ‘yaklaşık bedel’ ile ‘yaklaşık keşif bedeli’ kavramları arasında bir ayrım yapılmamakta, her iki kavram da aynı anlamda değerlendirilmektedir³⁷⁰. Fakat tıpkı GAUCH gibi her iki kavram arasında bir ayrım yaparak her iki kavramın farklı olduğunu ileri süren yazarlar da vardır³⁷¹.

Yaklaşık keşif bedeli ile yaklaşık bedelin farklı anlamlara ve farklı hukuki rejimlere tabi olduğunu savunan görüş yasa metninin tarihçesini ve OR Art. 374 ve Art. 375 hükümleri arasındaki bağlantıyı göz ardı ederek salt kelime anlamı çerçevesinde

³⁶⁸ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 5.

³⁶⁹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 6.

³⁷⁰ **TUNÇOMAĞ**, s. 1067; **YAVUZ**, 7. Bası, s. 542; **ALTAŞ**, s. 71; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 229.

³⁷¹ Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281, 297; **YAVUZ**, s. 1050, dn. 293; **BAYGIN**, s. 41-42; **GÜRPINAR**, s. 51-52; **BİRİNCİ UZUN**, s. 87 vd.; **UYGUR**, İnşaat, s. 564.

yorumlamaktadır³⁷². Bu yorum tarzı yaklaşık olarak belirlenmiş bedeli, OR Art. 373 (TBK m. 480/I) anlamındaki götürü bedele yakın bir şekilde belirlenmiş bir bedel sayıp, bu bedele OR Art. 373 (TBK m. 480) hükümlerinin uygulanmasının yolunu açmaktadır. Açıkçası bu yorum tarzı yasanın bedel türlerini sabit (götürü) ve yaklaşık olarak ayıran yaklaşımına uygun düşmemektedir.

Bu görüşün aksayan bir diğer tarafı da yaklaşık bedelin taraflarca kararlaştırılan veya sözleşmenin yorumundan tarafların farazi iradesi uyarınca belirlenen bağlayıcı alt ve üst sınırlara sahip olduğu iddiasıdır. Alt ve üst sınırların taraflarca kararlaştırılmadığı ve tarafların farazi iradelerinden bedeli çerçeveleyen bir alt ve üst sınırın çıkarılmadığı durumlarda yaklaşık bedelin tabi olacağı hukuki rejim belirsiz kalmaktadır. Uygulamada tarafların çoğunlukla yaklaşık bedele yönelik bir alt ve üst sınır belirlemediği ve sözleşme içeriğinin de bir alt ve üst sınır için gereken ipuçlarını vermemekte olduğu dikkate alındığında söz konusu görüşün uygulamadaki eğilimlere de uygun düşmediği görülmektedir.

Ayrıca bu görüş sözlü olarak verilen keşif bedelleri ile yaklaşık bedel arasındaki ayrımı çizmekte zorlanacaktır. Aşağıda belirttiğimiz üzere keşif bedelinin yazılı olarak hazırlanması zorunlu olmayıp sözlü bir şekilde de ifade edilebilir. Yine keşif bedelinin masraf kalemlerini ayrı ayrı bir şekilde ayrıntılı olarak içermesi gerekli olmayıp, tek bir bedel şeklinde de verilebilir. Masrafların sözlü ve basitçe sayısal olarak tek bir rakam şeklinde açıklandığı durumlarda söz konusu görüş çerçevesinde yaklaşık bedelle arasındaki ayrım zorlaşacaktır. Bu zorluğun ötesinde uygulamada söz konusu bedelin yaklaşık bedel veya keşif bedeli olup olmadığına tereddütler ortaya çıkabilecektir. Bu tereddütler hukuki güvenliği tehdit eder niteliktedir.

³⁷² TWERENBOLD, N. 56.

C. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunundaki Düzenleme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak BK m. 367/I'de yer alan keşif bedeli ibaresi kaldırılıp bunun yerine TBK m. 482/I'de yaklaşık bedel ibaresi konularak yaklaşık bedeli düzenleyen BK m. 366 (TBK m. 481) hükmü ile uyum sağlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'Değere göre bedel' başlıklı m. 481'e göre;

'Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.'

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'Yaklaşık bedelin aşılması' başlıklı m. 482/e göre;

'Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, işsahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.'

Eser işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedeleden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.'

Her iki madde metni birlikte değerlendirildiğinde TBK m. 481 ve m. 482'deki yaklaşık bedelin aynı olduğu açıkça görülmektedir. Kanun koyucu BK m. 367'deki 'yaklaşık keşif bedeli' ile BK m. 366'daki yaklaşık bedel arasında bir fark olup olmadığı noktasındaki tartışmayı dikkate almış ve bu tartışmada bu hükümlerde yer alan 'yaklaşık bedel' ile 'yaklaşık keşif bedeli' arasında herhangi bir fark olmadığı görüşünü benimseyerek TBK m. 482 hükmünde 'yaklaşık keşif bedeli' ibaresi yerine 'yaklaşık bedel' ibaresini koymuş ve madde başlığını da yine aynı şekilde 'yaklaşık bedelin

aşılması' şeklinde düzenlemiştir³⁷³. Fakat doktrinde kanunkoyucunun iki görüş arasında bilinçli bir tercihte bulunup, kanunun lafzını bu denli açık düzenlemesine rağmen halen bazı yazarlar tarafından TBK m. 482'deki yaklaşık bedelin keşif bedeli olduğu ileri sürülmektedir³⁷⁴. Doktrinde BİRİNCİ UZUN, TBK m. 482'deki düzenlemede kanun koyucunun iradesinin BK m. 367 hükmünü aynen muhafaza etmek yönünde olduğunu ileri sürmüş ve buna dayanak olarak da hükmün gerekçesini göstermiştir³⁷⁵. Fakat söz konusu hükmün gerekçesi incelendiğinde TBK m. 482'nin BK m. 367 maddesini karşıladığı belirtilmekte ve hükmün lafzında yapılan değişiklikler gösterilmektedir. TBK m. 482'nin gerekçesi şu şekildedir:

'818 sayılı Borçlar Kanununun 367'nci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının iki fıkradan oluşan 482 nci maddesinde, yaklaşık bedelin aşılması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 367 nci maddesinin kenar başlığında kullanılan "C. Akdin hitamı / I. Keşif bedelinin tecavüzü hâlinde fesih" şeklindeki ibare, Tasarıda "C. Sözleşmenin sona ermesi / I. Yaklaşık bedelin aşılması" şekline dönüştürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "Yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribî bir surette tespit edilen keşfi" şeklindeki ibare, Tasarıda "Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin" şeklinde; "...mukaveleyi feshedebilir." şeklindeki ibare ise "sözleşmeden dönebilir." şeklinde değiştirilmiştir. Gerçekten, fıkroda öngörülen durumda, iş sahibinin kusuru olmaksızın, başlangıçta

³⁷³ GÜMÜŞ, s. 78-79; KOCAĞA, s. 203, 204, 245, 246.

³⁷⁴ Bkz. ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 552-553; BİRİNCİ UZUN, s. 88. Doktrinde GÖKYAYLA ise BK m. 367'de 'feshedebilir' ifadesi yerine TBK m. 482/I'de 'dönebilir' ifadesinin kullanıldığını belirtip ayrıntıya girmeden hükümde esasa ilişkin bir değişiklik yapılmadığını belirtmiştir (bkz. GÖKYAYLA, Değerlendirme, s. 590).

³⁷⁵ BİRİNCİ UZUN, s. 88.

yaklaşık olarak belirlenen bedelin aşırı ölçüde aşılacağıının anlaşılması nedeniyle, tek yanlı ve geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönmesi söz konusudur. Yine aynı fıkroda kullanılan “gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra” şeklindeki ibare de “eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra” şeklinde düzeltilmiş ve böylece işsahibinin eserin tamamlanmasını beklemeden, henüz yapımı aşamasında da sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği açıkça ifade edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, eserin işsahibinin arsası üzerine yapılması durumunda, eserin henüz tamamlanmamış olması koşuluyla, işsahibinin, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek, sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir. Fıkroda, işsahibine, eser sözleşmesini yüklenici tarafından tamamlanan kısmın bedelini ödemesi koşuluyla, yani tek yanlı ve ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkı tanındığı için, aynı maddenin birinci fıkrasında kullanılan “sözleşmeden dönebilir”. şeklindeki ibare yerine, “sözleşmeyi feshedebilir.” şeklindeki ibare kullanılmıştır.’

‘TBK m. 482’nin BK m. 367 maddesini karşıladığı’ deyimindeki ‘karşıladığı’ ibaresi her maddenin gerekçesinde yer almakta olup 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri arasında bağlantı kurma amacı taşır. Nitekim kapsamlı değişiklik yapılan maddelerin gerekçelerinde bile aynı ifadeye rastlanmaktadır. Ayrıca gerekçede hüküm değişikliği olmayan maddelerin hüküm değişikliği olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Nitekim TBK m. 481, 483, 484, 485 maddelerinin gerekçelerine bakıldığında bunlarda hüküm değişikliği yapılmadığı açıkça yazılıdır. Fakat TBK m. 482 hükmünün gerekçesinde bu yönde bir ibare yoktur. Belirttiğimiz bu sebepler dolayısıyla TBK m. 481 ile m. 482’deki yaklaşık bedelin farklı olduğu görüşü isabetsizdir.

Doktrinde ÖZ'e göre³⁷⁶, uygulamada 'keşif bedeli' teriminin sadece yaklaşık bedel için kullanılmayıp, götürü bedel kararlaştırılan sözleşmelerde bedelin saptanmasından önce yapılan maliyet ve piyasa araştırmaları safhasını da ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Götürü bedelin belirlenmesine esas teşkil eden keşif bedelinin yaklaşık bedelle herhangi bir ilgisi yoktur. Buradaki keşif bedelinin aşılması durumunda iş sahibi TBK m. 482 hükmüne değil, şartları varsa hatanın düzenlendiği TBK m. 32 hükmüne başvurabilir. Bu açıdan TBK m. 482'de 'keşif bedeli' ibaresine yer verilmemesi isabetli olmuştur.

D. Yaklaşık Bedelin Anlamı

Yaklaşık bedel, bir takım tahminlere dayalı olarak tespit edilir³⁷⁷. Bu tahmin genellikle alanında uzman bir mimar veya inşaat mühendisinin yapacağı bir keşif yardımıyla yapılabilmektedir. Keşif genellikle eser sözleşmesinin bir türü olan – özellikle büyük çaplı- inşaat sözleşmelerinde meydana getirilecek yapının maliyetinin tespit edilebilmesi için yapılmaktadır³⁷⁸. İnşaat işlerine ilişkin olarak meydana getirilecek yapının mimari projesinde de yaklaşık maliyet gösterilmektedir³⁷⁹.

Keşifte, inşaat sonucunda ortaya çıkabilecek masraflar tespit edilmeye çalışılır ve bir rapor haline getirilerek bir maliyet hesabı çıkarılır³⁸⁰. Bu raporda yapılacak

³⁷⁶ ÖZ, İnşaat, s. 59.

³⁷⁷ BİLGE, s. 258.

³⁷⁸ İnşaat işlerinde mühendis veya mimarın hazırladığı ön projede masraf tahminin belirlenmesiyle ilgili teknik bilgiler için bkz. **SCHAUB, Rudolf P.**, Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Diss., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979, s. 30 vd.

³⁷⁹ **SCHAUB**, s. 175; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 144.

³⁸⁰ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **ERGEZEN**, s. 108.

yapının ayrıntılı tarifi, yapıda kullanılacak malzemelerin cinsi, nitelikleri ve fiyatları, işçi ücretleri, inşaat için gerekli olan alet ve makineler için ödenecek kira ücretleri, organizasyon masrafları ve yüklenicinin karı gösterilir³⁸¹. Bu raporun sonunda yapılan hesaplamalar sonucunda bir bedel ortaya çıkmaktadır. İşte bu bedele keşif bedeli denilmektedir. Bu yönüyle keşif bedeli bir masraf tahminidir³⁸². Bu raporun sonunda hesaplamalar sonucunda ortaya konan fiyat taraflar arasındaki pazarlığa da esas teşkil eder³⁸³.

Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmayacağı da bu bedele göre belirlenmektedir³⁸⁴. Fakat ortaya konan bu keşif bedeli sözleşmedeki bedel türünü tek başına belirlemeye yeterli değildir. Tarafların işin söz konusu bedele yapılacağı hususunda kesin olarak bağlanıp bağlanmadığına göre bedelin türü belirlenebilecektir. Yani bir keşif bedelinin tespit edilmiş olması sözleşmenin mutlaka yaklaşık bedelli olarak kararlaştırıldığı anlamına gelmez³⁸⁵. Keşif bedeli çoğu kez meydana getirilecek eserin maliyeti hakkında iş sahibine bir fikir verir.

Yaklaşık bedel, akdedilen sözleşmeye etkisi ve tarafları sözleşme yapma hususundaki saiklerini belirleme noktasındaki önemli etkisi dolayısıyla sözleşmenin

³⁸¹ **SUNGUR, H. Halis**, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1943, s. 231; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 10.

³⁸² **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **KOCAAĞA**, s. 201; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89.

³⁸³ **SUNGUR**, s. 231; **OLGAÇ**, s. 681. Yarg. 4. HD T. 13.03.1958, E. 7509, K. 1317 (**OLGAÇ**, s. 681, dn. 26). Bkz. Yarg. 15. HD T. 17.05.1976, E. 5519, K. 2180 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 998-999).

³⁸⁴ **SUNGUR**, s. 231; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 144; **ERMAN**, s. 59-60.

³⁸⁵ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **BAYGIN**, s. 44. Bkz. Yarg. 15. HD T. 17.05.1976, E. 5519, K. 2180 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 998-999).

işlem temeli durumundadır³⁸⁶. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması dolayısıyla iş sahibine verilen sözleşmeyi sonlandırma hakkı bu bedele atfedilen hukuki önemin göstergesidir³⁸⁷. Yaklaşık bedel, sözleşmede işlem temeli durumunda olduğu için dürüstlük kuralı ve özen borcuna aykırı olarak belirlenmesi, sözleşme görüşmelerinde kusur (culpa in contrahendo) sorumluluğuna sebep olabilecektir³⁸⁸.

Yaklaşık bedel, kesin olarak belirlenmiş bir bedel olmadığı için yüklenicinin ödemesi gereken bedel, eser tamamlandıktan sonra TBK m. 481 hükmünde belirtilen ilkeler çerçevesinde belirlenecektir³⁸⁹. Belirlenen bu bedel, kararlaştırılan yaklaşık bedelden az veya çok olabilir³⁹⁰.

³⁸⁶ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2c; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 974; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 4; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 1, 5; **HUGUENIN**, N. 3197; **SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2010, § 16, N. 1816; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 297; **EREN, Fikret**, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 89, 90; **BİLGE**, s. 258; **YAVUZ**, s. 1049; **GÜRPINAR**, s. 84; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 552-553.

³⁸⁷ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 37; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **BİLGE**, s. 258; **ERMAN**, s. 61; **TWERENBOLD**, N. 100, 101.

³⁸⁸ **YAVUZ**, s. 1049-1050; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89.

³⁸⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 7; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 1; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 551; **GÜRPINAR**, s. 71. Fakat **GAUTSCHI**, yapılan işin değeri ve masraflar daha az tutsa

Yaklaşık keşif bedelinin de yaklaşık bedel kavramına dahil olduğunu, bu sebeple yaklaşık bedelden herhangi bir farkının olmadığını, eserin değerinin yine TBK m. 481 hükmü uyarınca belirlendiğini belirtmiştik³⁹¹. Bu kapsamda tarafların ‘yaklaşık keşif bedeli’ şeklinde bir isimlendirme yapmaları uygulanacak hükümler açısından kural olarak herhangi bir farklılık yaratmaz. Burada önemli olan tarafların TBK m. 482 hükmünün uygulanmasını bertaraf edip etmedikleri yönündeki iradeleridir. Sözleşmeden tarafların iradesinin TBK m. 482 hükmünü bertaraf etme şeklinde olduğu anlaşılıyorsa TBK m. 482 hükmü uygulanmayacaktır.

Yaklaşık bedelle keşif bedelinin birbirinden farklı olduğunu ileri süren görüşe göre, somut olayda yaklaşık bedelin mi yoksa yaklaşık keşif bedelinin mi kararlaştırıldığı belirlenmesi zor bir yorum meselesidir. Şüphe halinde bedel borçlusu iş sahibinin lehine olan yorumun tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁹². Kanaatimizce burada tarafların TBK m. 482 hükmünü bertaraf edip etmediklerinin belirlenmesi önemlidir.

bile yükleniciye yine de yaklaşık bedelin ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 7). GAUTSCHI'nin söz konusu görüşü, yaklaşık bedelin işin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre belirleneceğini belirten yasa hükmüne açıkça aykırı olduğu ortadadır. Çünkü bu kriterlere göre belirlenen bedel, yaklaşık bedelden fazla çıkabileceği gibi az da çıkabilir. Kanunkoyucu sabit (götürü) bedelde olduğu gibi (TBK m. 480/III) yükleniciyi açıkça korumak isteseydi bu yönde bir hüküm koyardı. Yaklaşık bedel, yükleniciden çok, iş sahibini koruma amaçlı olarak yasada düzenlenmiştir.

³⁹⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 973.

³⁹¹ Bkz. 2. Bölüm, § 3, III, C.

³⁹² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 941; **ARAL/AYRANCI**, s. 420, dn. 23.

Bedelin birim fiyatlara göre hesaplanacağıın kararlaştırıldığı durumlarda sözleşmeye yaklaşık bir bedel esas alınmışsa TBK m. 482 hükmü uygulanabilir³⁹³. Fakat birim fiyatın kararlaştırıldığı her durum yaklaşık keşif bedeli kararlaştırıldığı anlamına gelmez³⁹⁴. Taraflar arasında mutlaka sözleşmeye temel teşkil eden bir yaklaşık bedelin olması şarttır. Kamunun taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin birçoğu birim fiyatlı olarak belirlenmekte ve bedel, harcanan malzeme ve yapılan masraflara göre belirlendiğinden bazen bu harcamalar başlangıçta tahmin edilen miktarın çok üzerinde çıkabilmektedir. Bu durum kamunun ciddi bir zarara uğramasına neden olmaktadır. Kamunun zarara uğramasının engellenebilmesi için birim fiyatlı olarak akdedilen sözleşmelere temel teşkil edecek bir yaklaşık bedelin konulması zaruridir. Sözleşmenin kamuyu temsil eden tarafı olan idare, bu sayede yaklaşık bedelin aşırı aşıldığı durumlarda sözleşmeyi sonlandırabilecek ve TBK m. 482'nin iş sahibine tanıdığı haklardan yararlanabilecektir.

Bedelin yaklaşık olarak belirlenmesi sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi işin niteliğinden de çıkarılabilir³⁹⁵.

³⁹³ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 999; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 6; **LEHMANN**, Art. 375, N.3; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 1; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N.11; **DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 997. Kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. **TWERENBOLD**, N. 126.

³⁹⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1000; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 1.

³⁹⁵ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **ERGEZEN**, s. 47.

E. Yaklaşık Bedelin Belirlenme Şekilleri

1. Yaklaşık Tek Bir Bedel Belirlenmesi

Eser sözleşmesinde bedel yaklaşık olarak tespit edilirken, daha sonra TBK m. 481 uyarınca tespit edilecek bedelin sahip olabileceği en az veya en fazla değeri belirtmeye yönelik alt veya üst sınırlar konulmadığı durumlarda yaklaşık tek bir bedel söz konusu olmaktadır. Örneğin; taraflarca binanın yaklaşık 500.000 TL'ye yapılacağına kararlaştırıldığı durumlar.

Bu yaklaşık tek bedelin belirlenmesi, eserin meydana getirilmesi için gereken masrafların tutarının önceden tespit edilmesiyle mümkün olmaktadır. Masraf tutarının tespiti için eser sözleşmesinin bir türü olan –özellikle büyük çaplı- inşaat sözleşmelerinde meydana getirilecek yapının maliyetinin tespit edilebilmesi için bir keşif yapılır. Bu keşif sonucunda ortaya bir bedel çıkmaktadır. Keşif sonucu ortaya çıkan bu bedele uygulamada ‘keşif bedeli’ denmektedir. Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmayacağı da bu bedele göre belirlenmektedir³⁹⁶. Fakat ortaya konan bu keşif bedeli sözleşmedeki bedel türünü tek başına belirlemeye yeterli değildir. Tarafların işin söz konusu bedele yapılacağı hususunda kesin olarak bağlanıp bağlanmadığına göre bedelin türü belirlenebilecektir. Yani bir keşif bedelinin tespit edilmiş olması sözleşmenin mutlaka yaklaşık bedelli olarak kararlaştırıldığı anlamına gelmez³⁹⁷. Keşif bedeli çoğu kez meydana getirilecek eserin maliyeti hakkında iş sahibine bir fikir verir³⁹⁸.

Hazırlanan keşif bedeli üzerinde taraflar, yapının bu bedel karşılığında meydana getirileceği konusunda kesin olarak anlaşılırsa ortada sabit (götürü) bedelin

³⁹⁶ **SUNGUR**, s. 231; **ERMAN**, s. 59-60.

³⁹⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **BAYGIN**, s. 44.

³⁹⁸ **BAYGIN**, s. 43.

kararlaştırıldığı bir sözleşme vardır³⁹⁹. Bedelin bu şekilde kararlaştırıldığı sözleşmelerde yüklenici eseri kararlaştırılan bu bedel karşılığında yapmalıdır. Fakat istisnaen olağanüstü durumlarda TBK m. 480/II uyarınca bedelin artırılmasını isteyebilir.

Keşif bedeli üzerinde taraflarca kesin bir anlaşma sağlanmadığı durumlarda bedel kesin olarak belirlenmemiştir. Çünkü götürü bedelin kabul edilebilmesi için bedel üzerinde kesin bir anlaşma olması şarttır. Taraflar keşif bedelini kesin bir miktar olarak kabul etmeyip, yaklaşık bir bedel olarak kabul edip sözleşmeyi kurduklarında sözleşmedeki bedel türü yaklaşık bedel olmaktadır⁴⁰⁰. Bedel türü kesin olmadığı için bedel, TBK m. 481 uyarınca işin değer ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecektir. Nitekim 818 sayılı BK m. 367/I'de 'takribi bir surette tespit edilen keşfi' ibaresiyle bu husus açıkça ifade edilmektedir. Yani buradaki keşif bedeli de yaklaşık olarak belirlenmektedir. Keşif bedeli yaklaşık olarak belirlenmeyip kesin olarak belirlendiğinde zaten ücretin türü götürü olmaktadır. Yaklaşık keşif bedeli ile yaklaşık bedel arasında ayırım yapan yazarlar da keşif bedelinin kararlaştırıldığı durumlarda bedelin OR Art. 366 (TBK m. 481) uyarınca belirleneceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak yaklaşık olarak belirlenen her bedel kesin olmayıp, bedel işin değer ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenir.

2. Alt-st Sınırlar erevesinde Bedelin Belirlenmesi

Eser sözleşmesinde yaklaşık bedel tespit edilirken, daha sonra TBK m. 481 uyarınca tespit edilecek bedelin sahip olabileceği en az veya en fazla değer belirtmeye yönelik alt veya üst sınırlar konulduğu durumlarda bedel alt veya üst sınırlar çerçevesinde belirlenmektedir.

³⁹⁹ **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 212; **TANDOĞAN**, zel Borç İlişkileri, s. 297; **BAYGIN**, s. 43.

⁴⁰⁰ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **ERMAN**, s. 60; **Z**, Dönme, s. 70.

Taraflar yaklaşık bedelin tabi olacağı alt veya üst bir sınırlardan herhangi birini veya her ikisini de koyabilir. Bu halde yüklenicinin alacağı bedel yine TBK m. 481 hükmü uyarınca işin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecek; fakat bu bedel taraflarca kararlaştırılan alt sınırdan az, üst sınırdan fazla olamayacaktır⁴⁰¹. Örneğin; iş sahibine ödenecek olan miktarın 900.000 TL ile 1.100.000 TL arasında kararlaştırıldığı durumlarda TBK m. 481 hükmü uyarınca yapılan hesaplama sonucunda ortaya çıkan miktarın 1.200.000 TL olduğu durumlarda yükleniciye en fazla 1.100.000 TL ödenecektir. Aynı şekilde TBK m. 481 hükmü uyarınca yapılan hesaplama sonucunda ortaya çıkan miktarın 800.000 TL olduğu durumlarda da yükleniciye en az 900.000 TL ödenecektir.

Doktrinde bazı yazarlar yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı durumlarda bedele yönelik bir üst sınır konulduğu durumlarda bedelin götürü bedel olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰². Fakat kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü sabit (götürü) bedelin doğasında bir kesinlik vardır. Bedelin belirlenmesinde yüklenicinin işe başladıktan sonra fiilen yapmış olduğu masraflara veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmayan durumlar sabit (götürü) bedel olarak değerlendirilebilir. Aksi durum kavramın içinin boşaltılmasına neden olabilecektir. Taraflarca konulan üst limit,

⁴⁰¹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 6; **TWERENBOLD**, N. 119, 120. Üst sınırın olağanüstü nedenlerle aşıldığı durumlarda OR Art. 373/II (TBK m. 480/II)'nin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1036.

⁴⁰² **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 6; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 373, N. 4e, Art. 374, N. 7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkiler, s. 237; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 537. **GAUCH**, götürü bedel veya salt azami fiyat olup olmadığının tartışmalı olduğu durumlarda bedelin götürü olduğunu ileri sürenin ispat yükü altında olduğunu belirtmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 1036a).

tarafların yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıp aşılmadığını belirleyen tolerans sınırını bizzat tespit etmelerinden başka bir şey değildir.

Doktrinde yaklaşık keşif bedeli ile yaklaşık bedel arasında ayırım yapan bazı yazarlar burada belirlenen sınırın, TBK m. 482 (BK m. 367)'de düzenlenen dönme hakkına esas teşkil eden bir sınır mı yoksa 'yaklaşık bedelli eser sözleşmesinde' ödenecek en fazla bedeli gösteren bir üst sınır mı olduğunun belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁰³.

F. İş Değişikliği ve Ek İş Durumlarında Yaklaşık Bedelin Durumu

1. İş Değişikliği ve Ek İş Kavramları

Ek iş ve iş değişikliği ne Borçlar Kanununda ne de mehz İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Fakat kamu ihale mevzuatında ek iş ve iş değişikliği kavramlarına yer verilmiş olup, bu konu hakkında çeşitli düzenlemeler de vardır⁴⁰⁴.

Uygulamada ek iş için farklı kavramlar kullanılmaktadır. Yargıtay kararlarında; 'fazla iş'⁴⁰⁵, 'fazla inşaat', 'sözleşme dışı iş', 'sözleşme dışı fazla iş'⁴⁰⁶, 'iş artışı' terimleri kullanılmaktadır.

⁴⁰³ **BAYGIN**, s. 154; **BİRİNCİ UZUN**, s. 90. Doktrinde **ÖZ**'e göre; bu tür bir sınır iş sahibi lehine konulmuşsa BK m. 367 (TBK m. 482) hükmü uygulanmalıdır. Buna karşın üst sınır, yüklenici lehine konulmuşsa BK m. 365/II (TBK m. 480/II) hükmü uygulanmalıdır (**ÖZ**, Dönme, s. 71).

⁴⁰⁴ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 24'de 'ilave iş' terimi kullanılmıştır. Benzer şekilde İsviçre'de SIA-Norm 118 ve Almanya'da VOB'da ek iş ve iş değişikliği özel olarak düzenlenmiştir.

⁴⁰⁵ Örn; Yarg. 15. HD 20.02.1990 E. 1989/4471, K. 1990/690; Yarg. 15. HD T. 18.02.2002, E. 2001/4659, K. 2002/783; Yarg. 15. HD T. 12.06.2002, E. 2002/1677, K. 2002/3203; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Ek iş, yüklenicinin eser ‘meydana getirme borcu’nun kapsamı dışında kalan işlerdir⁴⁰⁷. İş değişikliği, yüklenicinin meydana getireceği eserin kapsamında değişiklik yapılmasıdır. Bu değişiklik, işin ifasından kısmen vazgeçilmesi, bazı kısımların niteliğinin değiştirilmesi şeklinde olabilir⁴⁰⁸. Sözleşme ile kararlaştırılan eser ‘meydana getirme borcu’nun kapsamındaki işler için ödenecek bedel ‘temel ücret’ olarak adlandırılmıştır. Eser ‘meydana getirme borcu’nun kapsamı dışındaki işler için ödenecek ücret de ‘fazla ücret’ olarak adlandırılmıştır⁴⁰⁹. Yüklenicinin ‘meydana getirme borcu’nun kapsamının belirlenmesi önemlidir. İşin kapsamının belirlenmesiyle yüklenicinin ediminin sınırları çizilir ve böylece işin maliyeti, süresi gibi konularda sağlıklı bir değerlendirme yapma imkanı sağlanmış olur⁴¹⁰. İnşaat işlerinde işin kapsamının belirlenmesinde farklı birkaç yöntem uygulanmaktadır. Birincisi yapılacak işlerin ayrıntılı listesinin çıkarılmasıdır⁴¹¹. İkinci yöntem, işlevsel olarak edimin tanımlanmasıdır. Bu yöntemde yapılacak iş teknik olarak tanımlanır, işin hangi amaçla yapılacağı gösterilir⁴¹². Bu iki yöntem karma olarak da uygulanabilir⁴¹³. Özellikle inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin kapsamı her zaman eksiksiz ve net bir şekilde

⁴⁰⁶ Örn; Yarg. 15. HD 17.04.2007 E. 2006/2117 K. 2007/2497 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁰⁷ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 143; **GÖKYAYLA**, s. 69; **KOCAAĞA**, s. 209.

⁴⁰⁸ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 143-144; **GÖKYAYLA**, s. 110, 112.

⁴⁰⁹ **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 14.

⁴¹⁰ **GÖKYAYLA**, s. 37.

⁴¹¹ **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 51. Yöntemin SIA-Norm 118’de düzenlenişi hakkında bkz. **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 53 vd.

⁴¹² **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 55.

⁴¹³ **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 60; **GÖKYAYLA**, s. 40.

tespit edilemez. Baştan teknik olarak öngörülemeyen durumlar ek iş ve iş değişikliğine neden olacak işlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir⁴¹⁴.

Yüklenicinin yapmış olduğu işlerin ek iş, iş değişikliği veya sözleşme kapsamına giren bir iş olup olmadığı noktasında uyuşmazlık olduğunda ispat yükünün hangi tarafta olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, yapılan işlerin ek iş, iş değişikliği olduğunu yüklenicinin ispatlaması gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹⁵. Diğer görüş, olumsuz bir durumun ispatlanmasının zor olduğu gerekçesiyle yapılan işlerin ek iş veya iş değişikliği kapsamında olmadığını iş sahibinin ispatlaması gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹⁶. Kanaatimizce yüklenici, eseri meydana getiren kişi olduğu için eserin kapsamını en iyi bilen kişidir. Dolayısıyla yapılan işlerin ek iş, iş değişikliği olduğunu yüklenici ispatlamalıdır.

Yüklenicinin sözleşme gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edimi, sözleşmede öngörülenden farklı bir şekilde yerine getirmiş olması ayıplı iş niteliğinde olup bu tip işler ek iş kapsamında değerlendirilemez. Yüklenici, ayıp sebebiyle TBK m. 474 vd. maddelerine başvurabilir. Örneğin; projeye aykırı olarak bodrumun zemin kata eklenmesi ek iş veya iş değişikliği kapsamında yüklenici ek ücret talep edemez.

2. Ek İş ve İş Değişikliğinin Ortaya Çıkış Sebeplerine Göre Oluşabilecek Durumlar

Ek iş ve iş değişikliği çeşitli sebeplerle ortaya çıkabilir. Ortaya çıkış sebebine göre ek iş veya iş değişikliği masraflarına kimin katlanacağı belirlenmektedir. Burada kural olarak ek iş veya iş değişikliğine neden olan olayda kusurlu olan meydana gelen

⁴¹⁴ **GÖKYAYLA**, s. 37-38.

⁴¹⁵ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 906; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 19; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 131.

⁴¹⁶ **GÜRPINAR**, s. 61.

masrafları karşılar. Her iki taraf da kusurluysa ortaya çıkan masraflara kusurları oranında katlanırlar.

Yükleniciden kaynaklanmayan ek iş, iş değişikliklerinin en bilineni bizzat iş sahibi tarafından talep edilen ek iş veya iş değişiklikleridir. Bu ek iş ve iş değişiklikleri sebebiyle ortaya çıkan masraflara iş sahibinin katlanacağı açıktır. Fakat ek iş ve iş değişiklikleri her zaman iş sahibinin isteği üzerine yapılmaz. Bazen zorunlu durumlar dolayısıyla meydana getirilen eserde ek iş veya iş değişikliği gerekebilir. Özellikle oluşabilecek bir zararı önleme ve mevcut yapılan işi koruma amacıyla ek iş yapılması gerekebilir. Örneğin; temel kazısı sırasında baştan öngörülemeyen bir sebeple komşu taşınmaz üzerindeki bir binanın zarar görmesini engellemek amacıyla güçlendirme yapılması gerekebilir⁴¹⁷. Bu tip durumlarda değişiklik isteme talebi inşaat sektöründeki teamüllere de uygun düşer⁴¹⁸. Ek iş veya iş değişikliğine sebep olan bu zorunlu durumların iş sahibine bildirilip onayının alınması gerekmektedir. Fakat ortaya çıkan bu zorunlu durumlar; olağanüstü nitelikte, derhal müdahaleyi gerektiren, müdahale edilmezse daha fazla zararın ortaya çıkabileceği durumlarsa yüklenici, genel özen borcundan doğan iş sahibinin menfaatlerini koruma yükümlülüğü gereği alınması gereken tüm önlemleri iş sahibine haber vermeksizin derhal alır. Bu önlemler genellikle bir ek iş şeklinde ortaya çıkar. Önlenemez, mücbir sebep şeklinde oluşan olaylar haricinde ek iş veya iş değişikliği sebebiyle ortaya çıkan masraflardan iş sahibinin sorumlu olabilmesi için ek iş veya iş değişikliğine sebep olan olayın yüklenicinin hesap ve tahmin edebileceği riskin dışında olması gerekir. Aksi halde ortaya çıkabilecek ek iş veya iş değişikliği masraflarından yüklenici sorumludur.

İdari makamlardan kaynaklanan sebeplerle ek iş veya iş değişikliği yapılmasının gerektiği durumlarda bunlara ilişkin masraflardan yüklenici sorumlu

⁴¹⁷ **GÖKYAYLA**, s. 89.

⁴¹⁸ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 146; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 192.

olmayacaktır. Fakat yüklenicinin ifaya başlamasındaki gecikme yüzünden değişen imar uygulamaları sonucu ek iş veya iş değişikliği yapılması gerekmişse buna ilişkin masraflardan yüklenici sorumludur⁴¹⁹.

İş sahibinin bedel ödeme borcunu ifada gecikmesi nedeniyle ek işten kaynaklanan masraflara iş sahibi katlanacaktır. Aynı şekilde iş sahibinin eseri teslim alma ve kabulde gecikmesi nedeniyle ek iş yapılmasından dolayı ortaya çıkan masraflardan iş sahibi sorumludur⁴²⁰.

3. Ek İş ve İş Değişikliğinin Sözleşmede Kararlaştırılıp

Kararlaştırılmamasına Göre Yaklaşık Bedelin Durumu

a. Ek İş ve İş Değişikliğinin Sözleşmede Kararlaştırılmadığı

Hallerde

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan meydana getirilecek eserin kapsamı kural olarak değiştirilemez. Fakat taraflar sözleşmenin devamı esnasında bazı işlerin değiştirilmesini veya ek işler yapılmasını kararlaştırabilir⁴²¹. Yapılacak bu işlerin bedelinin miktarı taraflarca kararlaştırılmamışsa; bu işlerin bedeli TBK m. 481 hükmü uyarınca belirlenir⁴²². Taraflar ek iş ve iş değişiklikleri için ödenecek miktarı kararlaştırabilir. Bu halde ek iş ve iş değişikliğinin neden olduğu masraflar ve buna bağlı olarak iş sahibinin bedel ödeme borcu da sözleşmede kararlaştırılan miktara göre tespit edilecektir.

⁴¹⁹ **GÖKYAYLA**, s. 91. Yarg. 15. HD T. 25.02.1991, 3888/945 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1257-1258).

⁴²⁰ **GÖKYAYLA**, s. 93. Meydana getirilen eserde teslim almamayı gerektirecek ölçüde ayıpların bulunduğu durumlarda iş sahibinin eseri teslim almadığı durumlar saklıdır.

⁴²¹ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 143, 144.

⁴²² **KOCAAĞA**, s. 210-211. Yarg. 15. HD T. 01.06.1983, E. 1282, K. 1525 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1510).

Yaklaşık bedel esas alınarak yapılan eser sözleşmelerinde yaklaşık bedel, sadece sözleşmede kararlaştırılan işin kapsamı için öngörülen bedeldir⁴²³. Sözleşme kapsamı dışındaki işler kural olarak yaklaşık bedelin aşılmasında dikkate alınmaz. Bu işlerin bedeli iş sahibi tarafından ayrıca ödenir⁴²⁴.

Derhal müdahale edilmesi gereken bir olağanüstü durum sebebiyle yapılan ek işlerden dolayı yüklenici, yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları TBK m. 529 hükmü kıyasen uygulanarak talep edebilir⁴²⁵. Bu masraflar iş sahibinin menfaatine uygun zorunlu, faydalı masraf niteliğinde değilse, bu masraflar için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır⁴²⁶.

⁴²³ **TWERENBOLD**, N. 138; **GÖKYAYLA**, s. 269.

⁴²⁴ **TWERENBOLD**, N. 139.

⁴²⁵ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 373, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 238; **TUNÇOMAĞ**, s. 1072; **KOSTAKOĞLU**, s. 1016; **GÜRPINAR**, s. 60; **KOCAAĞA**, s. 211-212. Yarg. 15. HD T. 29.04.1985, 1984/4667-1985/1931 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1074); Yarg. HGK T. 08.11.1985, 1984/15-142-1985/884 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1064-1065); Yarg. 15. HD T. 12.02.1987, 1986/1841-1987/474 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1072); Yarg. 15. HD T. 05.06.1987, 1987/1183-2506 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1070-1071); Yarg. 15. HD T. 16.01.1989, 1988/1261-1989/48 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1069); Yarg. 15. HD T. 07.04.1989, 1988/3311-1989/1828 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1069); Yarg. 15. HD T. 29.06.1992, 1992/675-3370 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1065). Karş. Yarg. TD T. 12.12.1972, E. 5211, K. 5366 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1175); Yarg. 15. HD T. 05.04.1988, E. 1489, K. 1358 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1170).

⁴²⁶ **ÖZ**, İnşaat, s. 62; **KOCAAĞA**, s. 212.

**b. İş Sahibinin Tek Taraflı Ek İş ve İş Değişikliği İsteme
Hakkı Olduğu Hallerde**

Eser sözleşmesinde meydana getirilecek eserin kapsamı dışındaki işlerin yapılması kural olarak yüklenicinin kabul etmesine bağlıdır. Fakat uygulamada sözleşmelere eserin meydana getirildiği esnada iş sahibinin ek iş veya iş değişikliği isteyebileceğine yönelik kayıtlar konulmaktadır. Fakat bu kayıtlar, TBK m. 26 ve özellikle MK m. 23/II hükümlerindeki sınırlamalar çerçevesinde geçerlidir⁴²⁷. Burada önemli olan husus başlangıçta kararlaştırılan edimin kapsamının genişletilip genişletilmediğidir. Edimin kapsamı genişlemişse yaklaşık bedel bu artıştan etkilenmez. Edimin kapsamını genişleten ek iş veya iş değişikliklerinin neden olduğu masraf artışı aşırı şekilde aşılırsa dikkate alınmaz. Bu işlerin karşılığı yükleniciye ayrıca ödenecektir⁴²⁸.

İdarenin taraf olduğu eser sözleşmelerinde dikkate alınması gereken Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 12 ve 13’de işsahibi konumunda olan idareye iş değişikliği konusunda birtakım haklar vermektedir⁴²⁹. İdarenin taraf olduğu Kamu İhale

⁴²⁷ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 145; **BAYGIN**, s. 56-57; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 188.

⁴²⁸ **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 2; **TWERENBOLD**, N. 139.

⁴²⁹ Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 13/IV’e göre; ‘İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerle gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare

Sözleşmeleri Kanununun uygulandığı işlerde ise iş sahibinin ek iş ve iş değişikliği isteyebilmesi bazı şartlara tabi tutulmuştur. KİSK m. 24'e göre, yapım sözleşmelerinde,

- a) Öngörülemeyen bir durum nedeniyle iş artışının zorunlu olması,
- b) Artışa konu işin esas proje içinde kalması,
- c) Artışa konu işin asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, gerekmektedir.

İdarenin tek taraflı olarak ek iş ve iş değişikliği talepleri sonucunda ortaya çıkan masraf artışlarını karşılaması gerekmektedir. Fakat bu masrafların hangi oranda karşılanacağı taraflar arasında ihtilafa neden olmaktadır. Öncelikle bu hususta taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme hükümlerinden önce Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin emredici hükümleri dikkate alınacaktır.

İdarenin taraf olduğu Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulandığı eser sözleşmelerinde ek iş ve iş değişikliklerinin ücrete etkisinin anahtar teslim götürü bedelli işlerde %10'una, birim fiyatlı işlerde %20'sine kadar olması gerektiği ifade edilmiştir (KİSK m. 24/d). Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yaklaşık bedel kararlaştırılan eser sözleşmeleri için ek iş ve iş değişiklikleri için herhangi bir düzenleme yoktur⁴³⁰. Herhangi bir düzenleme olmadığı için ek iş ve iş değişiklikleri için ödenecek bedelin tespit edilmesinde taraflar arasındaki sözleşme hükümleri dikkate

tarafından dikkate alınır.' Benzer şekilde İsviçre'de de SIA-Norm 118'in 84/I hükmü ve Almanya'da VOB § 1, N. 3 ile iş sahibine tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınmıştır.

⁴³⁰ Mülga 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu m. 19'da ek işler tutarının ihale bedelinin %20'sini aşması fesih sebebi olarak öngörülmüştü. Bkz. Yarg. 15. HD T. HGK T. 15.10.1975, E. 857, K. 1079 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 1000).

alınacaktır. Taraflar bu hususta sözleşmeye herhangi bir hüküm koymamışlarsa bu işlere ilişkin bedel, TBK m. 481 hükmü esas alınarak belirlenecektir.

IV. REFERANS FİYAT

Referans fiyat, hedef fiyat olarak da adlandırılabilir bir tür yaklaşık bedeldir. Bu bedel, tarafları bağlayan bir bedel değildir. İş sahibinin ödeyeceği bedel OR Art. 374 (TBK m. 481)'e göre belirlenecektir. Bu bedel türü, sözleşmeyle kararlaştırılan 'Bonus-Malus-Systems' (Ödüllendirme-Cezalandırma Sistemi)'nin bir parçasıdır. Burada OR Art. 374 (TBK m. 481)'e göre belirlenen bedelin referans fiyatı aşması veya bu fiyatın altında kalması durumunda iş sahibinin ödeyeceği bedel, belirli oranlara göre artacak veya azalacaktır⁴³¹. Örneğin; referans fiyatın 100.000.000 TL olarak belirlendiği ve ödülün %50 oranında kararlaştırıldığı bir durumda, OR Art. 374 (TBK m. 481)'e göre belirlenen bedelin 80.000 TL olarak ortaya çıktığı bir durumda yüklenici, $100.000.000 - 80.000.000 = 20.000.000$ 'nin %50'si yani $20.000.000 \times \%50 = 10.000.000$ TL'yi ödül olarak alacaktır. Örneğin; referans fiyatın 100.000.000 TL olarak belirlendiği ve cezanın ise %30 oranında kararlaştırıldığı bir durumda, OR Art. 374 (TBK m. 481)'e göre belirlenen bedelin 150.000.000 TL olarak ortaya çıktığı bir durumda yüklenici referans fiyat ile OR Art. 374 (TBK m. 481) uyarınca belirlenen bedel arasındaki farkın %30'u indirilerek ortaya çıkan bedeli alabilecektir. Referans fiyat ile OR Art. 374 (TBK m. 481) uyarınca belirlenen bedel arasındaki $150.000.000 - 100.000.000 = 50.000.000$ 'dir. $50.000.000$ TL'nin %30'u ise $50.000.000 \times \%30 = 15.000.000$ 'dir. Buna göre yüklenici, $150.000.000 - 15.000.000 = 135.000.000$ TL alabilecektir.

V. YAKLAŞIK KEŞİF BEDELİ

Yaklaşık keşif bedeli, bir keşif sonucunda eserin tahmini maliyetini ortaya koyan bir bedeldir. Keşif genellikle sözleşmenin konusunun taşınmaz yapılar olduğu

⁴³¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 1038.

inşaat sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. Keşifte inşaat sonucunda ortaya çıkabilecek masraflar tespit edilmeye çalışılır ve bir rapor haline getirilerek bir maliyet hesabı çıkarılır⁴³². Bu raporda yapılacak yapının ayrıntılı tarifi, yapıda kullanılacak malzemelerin cinsi, nitelikleri ve fiyatları, işçi ücretleri, inşaat için gerekli olan alet ve makineler için ödenecek kira ücretleri, organizasyon masrafları ve yüklenicinin karı gösterilir⁴³³. Bu raporun sonunda yapılan hesaplamalar sonucunda bir bedel ortaya çıkmaktadır. İşte bu bedele keşif bedeli denilmektedir⁴³⁴. Bu yönüyle keşif bedeli bir masraf tahminidir⁴³⁵. Keşif bedelinin başında yer alan 'yaklaşık' ibaresi de bu bedelin bağlayıcı bir bedel olmadığını göstermektedir⁴³⁶. Yaklaşık keşif bedeli bu şekilde dar anlamda kullanılmamalıdır. Yüklenicinin iş sahibine yapacağı eserde kullanacağı malzemelerin fiyatlarını tek tek tasnif edip ayırmadan, olası maliyet için tahmini ve yaklaşık bir değer verdiği durumlarda da bir yaklaşık keşif bedeli söz konusudur⁴³⁷.

KAPLAN, keşif bedelini ikiye ayırarak incelemiştir. İlkine 1. keşif bedeli adını vermiş ve 1. keşif bedelinin taraflarca imzalanan sözleşmede yapılacak inşaat karşılığında yüklenicilere ödenecek tutarlar olduğunu ifade etmiştir. Burada 1. keşif bedeli keşif özetlerinin toplamından oluşmaktadır. İkincisini ise 2. Keşif (revize keşif

⁴³² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **YAVUZ**, s. 1050; **ERGEZEN**, s. 108.

⁴³³ **SUNGUR**, s. 231.

⁴³⁴ **GAUCH**, nadir durumlar hariç buna yaklaşık keşif bedeli anlamı yüklenemeyeceğini ileri sürmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 1000).

⁴³⁵ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 937; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 1; **KOCAAĞA**, s. 201; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89.

⁴³⁶ Bkz. **TWERENBOLD**, N. 90.

⁴³⁷ **TWERENBOLD**, N. 91, 98.

bedeli) olarak adlandırmış ve bunun inşaatın icrası sırasında değişen iş miktarlarına göre düzenlenen ve gerçeğe en yakın keşif bedeli olduğunu belirtmiştir⁴³⁸.

İsviçre’de yaklaşık keşif bedeli (ungefährer Kostenansatz), önerilen fiyat (Richtpreis) olarak da adlandırılmaktadır⁴³⁹. İsviçre’deki eser sözleşmesine ilişkin doktrin ve yasal terminolojide keşif bedeli ile ilgili olarak ‘Kostenansatz’ ve ‘Kostenvoranschlag’ terimlerine rastlanmaktadır. Bu terimler arasındaki ayrımı GAUTSCHI şu şekilde yapmaktadır: Eğer bedel, yüzey ölçü birimine ya da ağırlık birimine veya adet üzerinden belirlenmişse burada ‘Kostenansatz’; eğer büyük bir eserin meydana getirilmesi, parça parça işlerin planlı bir şekilde bir araya getirilmesini gerektiriyorsa ya da işin konusu, örneğin hasarlı bir otomobilin tamiri gibi tüm bir işi kapsıyorsa, burada ‘Kostenvoranschlag’ söz konusudur⁴⁴⁰.

Keşif bedeli çoğu kez yazılı olarak ortaya çıksa da yazılı bir şekilde olması şart değildir. Keşif bedeli sözlü olarak da bildirilebilir. Örneğin; araçta tamiri gibi küçük işlerde keşif bedeli daha çok sözlü olarak bildirilmektedir⁴⁴¹.

Keşif bedeli tespiti, hem iş sahibi hem de yüklenici bakımından bir çok açıdan faydalıdır. Şöyle ki, bu tespitle iş sahibi, birçok yüklenici arasından ekonomik

⁴³⁸ **KAPLAN, İbrahim**, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Mütahhede Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 390-391; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 87.

⁴³⁹ **PEDRAZZINI**, s. 540; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 6; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375, N. 4; **TWERENBOLD**, N. 90. İsviçre inşaat sektöründe bu terimin asıl terim olarak kullanıldığı yönünde bkz. **TWERENBOLD**, N. 90.

⁴⁴⁰ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2a.

⁴⁴¹ **TWERENBOLD**, N. 99.

durumuna en uygun olanı seçme şansına sahip olur⁴⁴². Yüklenici ise meydana getireceği eser için yapılacak masrafları, bu işten elde edeceği muhtemel kazancı öngörerek ekonomik durumunu önceden planlayabilir⁴⁴³.

§ 4. BEDELİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENMEDİĞİ HALLER

I. GENEL OLARAK

Taraflar arasındaki sözleşmede bedelin miktarı belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, TBK m. 481 hükmüne göre belirlenecektir⁴⁴⁴. Bu hüküm bedelin kararlaştırıldığı fakat miktarının ispatlanamadığı durumlarda da uygulanmaktadır⁴⁴⁵. TBK m. 481'e göre;

⁴⁴² **BAYGIN**, s. 42; **TWERENBOLD**, N. 128.

⁴⁴³ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 37; **BİRİNCİ UZUN**, s. 87; **KOCAAĞA**, s. 201; **BAYGIN**, s. 42.

⁴⁴⁴ **GAUCH**, Unternehmer, s. 48; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1a; **HUGUENIN**, N. 3195 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 554; **BAYGIN**, s. 48; **KOLLER**, Ungefährpreises, s. 303. Yarg. 15. HD T. 08.07.1985, 1985/1517-2436 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1054); Yarg. 15. HD T. 02.03.1988, E. 2787, K. 868 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8464); Yarg. 15. HD 12.02.1992, E. 4270, K. 565 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8461); Yarg. 15. HD T. 15.10.2003, 2003/4424-4772 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1055-1056); Yarg. 15. HD T. 13.12.2004, 2004/1773-6442 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1024); Yarg. 15. HD T. 01.12.2015 E. 2015/1716 K. 2015/6092, Yarg. 15. HD T. 18.03.2015 E. 2014/2841 K. 2015/1321, Yarg. 15. HD T. 15.10.2012 E. 2012/6181 K. 2012/6470 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

⁴⁴⁵ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 8; **ÖZ**, İnşaat, s. 54; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 554, 555; **UYGUR**, İnşaat, s. 549; **KOSTAKOĞLU**, s. 1010. Yarg. 15. HD T. 21.11.1990, E. 2199, K. 4930 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 335-336); Yarg. 15. HD T. 03.02.1992, E. 5831, K. 376 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8459);

‘Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.’

TBK m. 481 hükmü bedelin miktarının kararlaştırılmadığı durumlarda devreye giren bir hükümdür⁴⁴⁶.

Bu hüküm bedel miktarının hiç kararlaştırılmadığı veya yaklaşık olarak kararlaştırıldığı durumlar için konulmuş tamamlayıcı bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁴⁴⁷. Taraflar bedelin hesaplanma tarzını serbestçe belirleyebilir⁴⁴⁸. Taraflar açıkça TBK m. 481’e atıf yapmış veya bedelin masrafa göre belirleneceğini öngörmüşse

Yarg. 15. HD T. 23.03.1990, 1990/398-1312 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1049); Yarg. 15. HD T. 20.11.1995, E. 6063, K. 6890 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8473-8474); Yarg. 15. HD T. 13.01.2015 E. 2014/1867 K. 2015/57, Yarg. 15. HD T. 27.11.2012 E. 2012/6881, K. 2012/7452, Yarg. 15. HD T. 27.12.2011 E. 2011/2356 K. 2011/7962 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

⁴⁴⁶ Bu halde OR Art. 374 uyarınca uygun bedelin zımnen kararlaştırılmış sayıldığı yönünde bkz. **TWERENBOLD**, N. 50. Karş. **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1.

⁴⁴⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1014; **GAUCH**, Unternehmer, s. 49; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 1, 15; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 2; **HUGUENIN**, N. 3195; **ARAL/AYRANCI**, s. 419; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 552; **KOCAAĞA**, s. 198, 207.

⁴⁴⁸ Yarg. 15. HD T. 16.11.1984, E. 1555, K. 3364 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8461-8462).

TBK m. 481 hükmü uygulanır⁴⁴⁹. Fakat tarafların TBK m. 481'e bir atıf yapmaları zorunlu değildir.

TBK m. 481 hükmü, eser sözleşmesinde bedel ödeme yükümlülüğü öngören bir hüküm olmayıp, sadece eserin ivazlı olmasının tartışma dışında kaldığı yani bir ivazın kararlaştırıldığı fakat miktarının belirtilmediği hallerde bedelin hesaplanmasını sağlayan bir hükümdür⁴⁵⁰.

Bedelin belirlenip belirlenmediği noktasında uyuşmazlık varsa bedelin kararlaştırıldığını iddia edenin bunu ispatlaması gerekir⁴⁵¹. Eserin değeri ve masrafların miktarını ise yüklenici ispatlamalıdır⁴⁵².

Bedelin sabit (götürü) olarak belirlendiği durumlarda masrafların kararlaştırılan bedelin üstünde olmasının riski kural olarak yüklenicinin üzerinde olup; yaklaşık bedelde ise bedelin tolerans sınırına kadar aşılmasının riski iş sahibinin üzerindedir⁴⁵³. Buna karşılık bedel miktarının hiç belirlenmediği durumlarda eserin değerine ve

⁴⁴⁹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 936; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 8; **TWERENBOLD**, N. 50.

⁴⁵⁰ **GAUCH**, Unternehmer, s. 51; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 1; **TWERENBOLD**, N. 49.

⁴⁵¹ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 35; **GAUCH**, Unternehmer, s. 51; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 298; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 556-557. Yarg. 15. HD T. 14.11.1995, E. 5049, K. 6771 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8384).

⁴⁵² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 6; **GÜRPINAR**, s. 79; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 557.

⁴⁵³ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281-282; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 417.

masraflara göre ortaya çıkacak bedelin fazla olmasının riski tamamen iş sahibinin üzerindedir⁴⁵⁴.

Bedelin sabit (götürü) olarak kararlaştırıldığı durumlarda masrafların kararlaştırılan bedelin yüksek olması durumunda risk kural olarak yüklenicinin üzerinde olmasına rağmen yükleniciye ortaya çıkan olağanüstü haller sebebiyle bedelin artırılmasını isteme ve sözleşmeden dönme gibi haklar tanınmıştır. Yine bedelin yaklaşık olarak kararlaştırıldığı durumlarda da iş sahibi masrafların fazla olması durumunda sadece makul aşmalara katlanmak zorunda olup makul sınırın üzerindeki aşılmalarda kendisine bedel indirimi ve sözleşmeden dönme gibi haklar tanınmıştır. Bedelin hiç kararlaştırılmadığı durumlarda ise iş sahibi bu tür bedel indirimi, sözleşmeden dönme gibi haklara sahip olmayıp, eserin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre tespit edilecek bedeli yükleniciye ödemek zorundadır.

Taraflar arasında bedelin belirsizliğinin yanısıra yapılan işin bedeli gerektirip gerektirmediği tartışılmalıysa doktrinde BK m. 314/II (TBK m. 394/II) hükmünün kıyasen uygulanıp yapılan işin bir bedeli gerektiren işlerden olup olmadığına bakılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 8; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 2; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 297-298; **YAVUZ**, s. 1042; **ERDOĞAN**, s. 157; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 417; **UYGUR**, İnşaat, s. 549; **BAYGIN**, s. 49; **TWERENBOLD**, N. 51. Karş. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 1.

⁴⁵⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 374, N. 1; **GAUCH**, Unternehmer, s. 51; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 298.

Uygulamada bedelin belirlenmediği hallere sözleşmenin konusunun küçük tamir işleri olmasının dışında çok fazla rastlanmaz⁴⁵⁶. Bu durumlar çoğunlukla iş sahibinin yüklenicinin daha sonra kendisine çıkaracağı hesabın doğru olacağına güvendiği ve yapılması gereken işin acele olduğu (örn; su borusunun patladığı, kışın kalorifer tesisatının bozulduğu) durumlarda ortaya çıkar⁴⁵⁷. Fiyatın belirlenmesine yarayan ölçütlerin önceden doğru olarak tespit edilemediği durumlarda da bedelin miktarı belirlenmez⁴⁵⁸. Bedelin sabit (götürü) veya yaklaşık olarak belirlendiği büyük yapı işlerinde ortaya çıkan ve başlangıçta kararlaştırılmayan ek iş veya iş değişikliklerinin yükleniciye yaptırılması durumunda da ortaya çıkabilir⁴⁵⁹.

TBK m. 481 hükmü taraflar arasında bir sözleşmenin olduğu durumlarda uygulanabilir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin olmaması durumunda yapılan işler vekaletsiz iş görme hükümlerine ilişkin kurallara göre belirlenir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 1c, 6; **BÜHLER**, Art. 374, N. 7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 298; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 556; **TWERENBOLD**, N. 51; **KOCAAĞA**, s. 207.

⁴⁵⁷ **GÜRPINAR**, s. 72; **ÖZ**, İnşaat, s. 54.

⁴⁵⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 374, N. 1; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 8.

⁴⁵⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 6; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 8; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1a, 2; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 298; **GÜRPINAR**, s. 72. BGE 113 II 45 (aktaran, **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 8).

⁴⁶⁰ Bkz. Yarg. 15. HD T. 23.09.1977, E. 1473, K. 1691 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 85); Yarg. 15. HD T. 20.12.1977, E. 2165, K. 2309 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 84-85); Yarg. 15. HD T. 25.04.1978, E. 838, K. 873 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 83-84); Yarg. 15. HD T. 12.02.1987, E. 64, K. 203 (**DALAMANLI**, **Lütfü/İZGİ**, **Ömer**, İçtihatlı-

II. BEDELİN BELİRLENME USULÜ

Taraflarca bedelin miktarının kararlaştırılmadığı veya kararlaştırılan bedelin miktarının ispatlanamadığı durumlarda bedelin nasıl belirleneceği TBK m. 481 hükmünde belirtilmiştir. TBK m. 481'e göre bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. 818 sayılı BK m. 366'da ise bedelin yapılan şeyin kıymetine ve mütaahhidin masrafına göre belirleneceği öngörülmüştü. İsviçre Borçlar Kanunu m. 374'de işin değeri (Wertes der Arbeit) ve yüklenicinin masrafına (Aufwendungen des Unternehmers) göre belirleneceği öngörülmüştür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak eserin değerinin tespitinde dikkate alınacak farklı bir kriter ortaya koymuştur: 'eserin yapıldığı yer ve zamandaki değeri'. İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak TBK m. 481 hükmünde işin değeri yerine eserin değeri ibaresi kullanılmıştır⁴⁶¹. Bunların dışında söz konusu hükümler arasında esaslı bir farklılık yoktur.

Örnekli Borçlar Hukuku Davaları, Eda Matbaacılık Yayıncılık, Ankara 1988, s. 328); Yarg. 15. HD T. 05.04.1988, E. 1489, K. 1358 (UYGUR, İnşaat, s. 90-91); Yarg. 15. HD T. 19.09.1989, E. 892, K. 3669 (UYGUR, İnşaat, s. 76); Yarg. 15. HD T. 29.04.1991, E. 5262, K. 2130 (UYGUR, İnşaat, s. 75-76); Yarg. 15. HD T. 26.03.1992, E. 1430, K. 1586 (UYGUR, İnşaat, s. 522-523). Burada TBK m. 481'den farklı olarak yüklenicinin karının hariç tutularak bir hesaplama yapılması gerektiği yönünde bkz. Yarg. TD T. 03.05.1972, E. 1244, K. 2231 (KARAHASAN, Borçlar, s. 92).

⁴⁶¹ Hükümde 'işin değeri' kavramı yerine 'eserin değeri' kavramının kullanılmasının yanlış olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 87.

Türk Borçlar Kanunu m. 481’de yer alan ‘eserin değeri’ ibaresi ‘amaca uygun sınırlama’ (teleolojik redüksiyon) yoluyla ‘işin değeri’ olarak anlaşılmalıdır⁴⁶². Çünkü eserin değeri ile işin değeri farklı kavramlar olup, eserin değerinde masraflar dışında piyasa durumu, inşaatın konumu, iş sahibinin mimari projesiyle ortaya çıkan estetik görünüm gibi faktörler de etkilidir⁴⁶³. Eserin değeri belirlenirken yüklenicinin herhangi

⁴⁶² 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanununda yer alan ibareye (wertes des Arbeit) uygun olarak ‘işin değeri’ olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **ATAAY/SUNGURBEY**, s. 383; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 142; **ERDOĞAN**, s. 157; **BAYGIN**, s. 50; **GÜRPINAR**, s. 75. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde BK m. 366’da yer alan ‘şeyin kıymeti’ deyiminin yanlış çevrildiği yönünde bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 298-299; **UYGUR**, Borçlar, s. 8456. Yarg. 15. HD T. 06.05.1980, E. 1017, K. 1169 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8457-8458). Karş. **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 11; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 163; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 2. Kanaatimizce her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken 818 sayılı Borçlar Kanununa kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunundaki hükümler büyük ölçüde dikkate alınmış olsa da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak bir tercüme kanun niteliğinde değildir. Bu sebeple 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan hükümlerin çeviri yanlışlıkları sebebiyle kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı ifadelere sahip olduğu durumlarda asıl kanunda yer alan ifadelerin dikkate alınması gerektiği şeklindeki yorum tarzı geçerliliğini yitirmiştir. Burada tercih edilmesi gereken yöntem hüküm lafzıyla ruhu birbiriyle bağdaşmadığı için MK m. 2 hükmü uyarınca ‘eserin değeri’ ‘amaca uygun sınırlandırma’ (teleolojik redüksiyon) yoluyla ‘işin değeri’ olarak anlaşılmalıdır.

⁴⁶³ **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 142; **BAYGIN**, s. 50, 51; **GÜRPINAR**, s. 75.

bir etkisinin olmadığı bu faktörler hesaplamada dikkate alınırsa ortaya adaletsiz sonuçlar çıkabilir⁴⁶⁴.

Bedelin değere göre belirlenmesiyle ilgili olarak doktrinde bir görüş, İsviçre Borçlar Kanununda yer alan ‘işin değeri’ ibaresini esas alarak bununla yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kar ve o işe düşen genel giderler payının toplamının ifade edildiğini⁴⁶⁵; yüklenicinin masrafindan ise sözleşmede kararlaştırılan eserin meydana getirilmesi için başvuru yardımcı şahıslara ve alt yüklenicilere fiilen ödenmiş ücretlerin, işte kullanılan araç ve gereçler için yapılmış olan giderlerin ve yüklenicinin kendi sağladığı malzeme için giriştiği harcamaların anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁶⁶.

Diğer görüş ise eserin değeri ve yüklenicinin giderleri deyimlerini ‘yüklenicinin giderleri’ deyimini altında değerlendirilmesi gerektiğini ve yükleniciye ödenecek bedelin yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için yaptığı masraflara ve genel giderlere uygun bir risk ödemesi ve kar eklenerek tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁶⁷. Bu tespit masraftan başka faktörlerin de etkili olduğu tamamlanmış eserin değeri dikkate alınmaz.

⁴⁶⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 2.

⁴⁶⁵ Bkz. Yarg. 15. HD T. 02.04.1986, 985/2767 – 986/1285 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1052-1053).

⁴⁶⁶ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 4a; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 299; **LEHMANN**, Art. 374, N. 5; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 554; **ERDOĞAN**, s. 157; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 417-418; **UYGUR**, İnşaat, s. 550; **BAYGIN**, s. 50; **UYGUR**, Borçlar, s. 8456. Yarg. 15. HD T. 06.05.1980, E. 1017/K. 1169 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8457-8458); Yarg. 15. HD T. 31.05.1978 E. 1123/K. 1176 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1548-1549).

⁴⁶⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 947, 948, 949, 956.

Her iki görüş arasında esasen büyük bir farklılık olmayıp, farklı noktalardan aynı sonuca varmaktadır. TBK m. 481’de belirtilen ‘işin değeri’ ve ‘yüklenicinin gideri’ arasındaki sınır uygulamada kesin çizgilerle ayrılamamıştır. Fakat bedelin tespitinde bazı masraf kalemlerinin iki defa yazılması tehlikesine karşı bu ayrımın yapılması önemlidir⁴⁶⁸. Dolayısıyla meydana getirilen eserin değerini TBK m. 481’de gösterilen ilkeler çerçevesinde tespit edebilmek için kanaatimizce şu yol izlenmelidir. Öncelikle işin değerinden kasıt yüklenicinin eseri meydana getirmede kullandığı malzemenin değeridir. Fakat bu malzeme kullanılarak eser meydana getirilirken yüklenici birtakım masraflar yapmaktadır. İş sahibinin ödemesi gereken bedel belirlenirken bu masraflar da dikkate alınacaktır. Bu kapsamda yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için başvurduğu yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere ödemiş olduğu bedeller, malzemenin temini için yapılmış olan masraflar (örn; nakliye, taşıma masrafları), eserin meydana getirilme sürecinde kullanılan araç ve gereçler için yapılmış giderler, (örn; işletme ve bakım giderleri, amortisman bedelleri, kiralananmışsa kira bedelleri) eserin yapımı esnasında ortaya çıkabilecek kazaları önleme amacıyla alınan güvenlik önlemleri için yapılan masraflar, yüklenici tarafından ödenen mali yükümlülükler (vergi ve harçlar) dikkate alınarak bedel tespit edilecektir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 5d.

⁴⁶⁹ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 542; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, 5b; **GAUCH**, Unternehmer, s. 49; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 948; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 12; **HÜRLIMANN/SİGENTHALER**, Art. 374, N. 3; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 13; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 3; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 299; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 23-24, 38; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 418; **YAVUZ**, s. 1043; **EREN**, Özel Hükümler, s. 672; **GÜMÜŞ**, s. 87; **GÜRPINAR**, s. 77; **BAYGIN**, s. 51; **GÖKYAYLA**, Değerlendirme, s. 588-589; **ÖZ**, İnşaat, s. 55.

Bir eserin meydana getirilmesi malzeme, kullanılan makineler ve işçilik dışında bir organizasyonu (yönetimi) gerektirir. Bu organizasyon (yönetim) faaliyeti eserin belirli bir sürede teslim edileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde daha büyük önem kazanmaktadır. Yine büyük inşaat sözleşmelerinde organizasyon faaliyeti için önemli giderler harcanmaktadır. Eserin ortaya çıkarılması için zorunlu bir unsur olan organizasyon (yönetim) faaliyetine ilişkin giderler de bedelin belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁴⁷⁰. Bunların dışında her meslek ve iş adamı gibi yüklenici de yapmış olduğu işi kar elde etmek için yapar. Dolayısıyla bedel tespit edilirken yüklenicinin bu işle elde edeceği mutad karın da eklenmesi gerekir⁴⁷¹.

KDV'nin de eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 22.11.1988, 1988/4288-3916 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 1049-1050).

⁴⁷⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 948; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 12; **HÜRLIMANN/SİGENTHALER**, Art. 374, N. 3; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 3; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 35; **EREN**, Özel Hükümler, s. 673; **GÜMÜŞ**, s. 87.

⁴⁷¹ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 542; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 4a, b, d; **GAUCH**, Unternehmer, s. 49; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 948, 949; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 212-213; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 14; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 12; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 3; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 3; **HUGUENIN**, N. 3195; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 299; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 37; **YAVUZ**, s. 1043; **BAYGIN**, s. 51-52; **GÜRPINAR**, s. 77; **EREN**, Özel Hükümler, s. 673; **GÜMÜŞ**, s. 87; **UYGUR**, Borçlar, s. 8457; **ÖZ**, İnşaat, s. 55. **GAUTSCHI**, giderlerin fiilen yapılan harcamaların tutarına göre tespit edildiği hallerde yüklenicinin brüt karı bu harcamalara işletme ekonomisi esaslarına göre belli oranda (örn; %20 veya %30) eklenecek, hesaben bulunan bir tutar olduğunu öne sürmüştür (**GAUTSCHI**,

İşin değeri tespit edilirken sözleşmede yer almayan, iş sahibinin isteği üzerine yapılan iş değişiklikleri veya ek işlerden kaynaklanan giderler de bedele eklenecektir. Yine yüklenicinin eseri meydana getirdiği esnada esere yönelik bir tehlikeyi engellemek için yapmış olduğu acil işlere ilişkin giderlerin de bedele eklenmesi gerekmektedir⁴⁷².

Bedel hesaplanırken bu hesap, mahalli rayiçlere göre yapılacaktır. TBK m. 481'de '**yapıldığı yer ve zamanda** eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak' ibaresinden bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle mahalli rayiçler esas alınacaktır. Herhangi bir rayiç değer belirlenmemişse ülkesel rayiçler esas alınacaktır⁴⁷³. Eserde kullanılan malzeme ülke sınırlarında üretilen bir malzeme olmayabilir. Bu durumda kullanılan malzemenin ithal edilmesi için ödenen bedelin Türk Lirası karşılığı bulunarak hesaplamanın buna göre yapılması gerekmektedir. Bedel hesaplanırken mesleki kuruluşların asgari ücretleri⁴⁷⁴, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının

Berner Kommentar, Art. 374, N. 4b). Yarg. 15. HD T. 06.11.1974, E. 1456, K. 1556 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1551). Yüklenicinin kar almadığı durumda sözleşmenin yapısal olarak ivazsız vekalet benzer bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 4a. **GAUCH**, karın dışında yüklenicinin eseri meydana getirirken almış olduğu riskin derecesine göre bir risk ödemesi alması gerektiğini ileri sürmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 949).

⁴⁷² **EREN**, Özel Hükümler, s. 672. Fakat bu tip işler yapıldıktan sonra genel özen borcu gereği iş sahibine işlerin neden ve ne amaçla yapıldığı derhal bildirilmelidir.

⁴⁷³ **GÖKYAYLA**, Değerlendirme, s. 590.

⁴⁷⁴ Karş. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 958; **SCHUMACHER/KÖNIG**, N. 194a. Yarg. 15. HD T. 04.06.1992, E. 5869, K. 3036 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8466-8467).

birim fiyat listeleri yardımcı olabilir⁴⁷⁵. Türkiye'deki uygulamada bir uyumsuzluk durumunda mahkemeler bilirkişiye başvurarak işin değerini belirlemektedir⁴⁷⁶.

Alman hukukunda bu konuya ilişkin olarak bedelin miktarı belirlenmemişse, bir tarifenin varlığı durumunda tarifeye uygun ücret, bir tarifenin olmaması durumunda mutad olan bedel ödeneceği esası benimsenmiştir (BGB § 632/II).

Türk Borçlar Kanunu m. 481'de öngörülen yöntem emredici olmayıp, taraflar bedelin belirlenmesi için farklı ölçütler belirleyebilir⁴⁷⁷. Örneğin; yüklenicinin karı için

⁴⁷⁵ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 4d; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 36; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 542; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 300; **TUNÇOMAĞ**, s. 956-957; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 143; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 419; **ERMAN**, s. 19; **BAYGIN**, s. 52; **GÜRPINAR**, s. 76; **UYGUR**, Borçlar, s. 8457; **UYGUR**, İnşaat, s. 550; **ÖZ**, İnşaat, s. 55. Yarg. 15. HD T. 04.12.1974, E. 1915, K. 2143 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 343-344); Yarg. 15. HD T. 20.11.1974, E. 1443, K. 1834 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 419, dn. 293). Yarg. 15. HD T. 06.05.1980, E. 1017, K. 1169 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8457-8458). İsviçre uygulaması için bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 958 vd.

⁴⁷⁶ Yarg. HGK T. 20.05.1964, E. 201/D-T, K. 371 (**OLGAÇ**, s. 763); Yarg. 15. HD T. 06.06.1974, E. 531, K. 529 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1551); Yarg. 15. HD T. 04.06.1975, E. 2544, K. 2866; Yarg. 15. HD T. 18.04.1975, E. 2117, K. 2214; Yarg. 15. HD T. 29.11.1977, E. 1616, K. 2146 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 419); Yarg. 15. HD T. 15.11.1989, 1863-4786 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 46); Yarg. 15. HD T. 26.12.1990, E. 5063, K. 5875 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8458-8459); Yarg. 15. HD T. 02.03.1992, E. 3598 K. 974 (**UYGUR**, İnşaat, s. 109-110). Fakat **GAUCH**, bedelin belirlenmesinin hukuki bir sorun olması sebebiyle bilirkişinin yetki alanının dışında olduğunu, bu yüzden hakimin bilirkişinin ifade ve önerilerine hiçbir şekilde bağlı olmadığını ileri sürmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 957).

değerinin belirli bir yüzdesi şeklinde kararlaştırılabilir ⁴⁷⁸ . Eserde kullanılan malzemelerin bir kısmının fiyatı önceden belirlenebilir, bir kısmı için de birliklerin belirlediği tarifelere atıf yapılabilir. Yapım İşleri Genel Şartnamesine tabi olan işlerde m. 22’de işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile m. 21’e göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave

⁴⁷⁷ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 7; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 950; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 20 vd.; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 15, 16; **LEHMANN**, Art. 374, N. 2; **GÜRPINAR**, s. 77; **ÖZ**, İnşaat, s. 55. Yarg. 15. HD T. 06.11.1984, E. 1555, K. 3364 (**UYGUR**, İnşaat, s. 556); Yarg. 15. HD T. 15.05.1985, 1985/47-1658 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 62). İsviçre uygulamasındaki farklı düzenleme örnekleri için bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 951 vd.

⁴⁷⁸ Bedelin bu şekilde kararlaştırıldığı durumları **ÖZ**, ‘maliyet artı kar payı şeklinde bedel’ olarak adlandırmıştır (**ÖZ**, İnşaat, s. 60).

işlerin bedellerinin ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edileceği öngörülmüştür⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 22/2 ve 22/3'e göre;

'(2) Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

a) Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.

ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

(3) İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer

Bedelin belirlenmesinde yüklenicinin sözleşme dışı yapmış olduğu fazla işler ve özen borcuna aykırı olarak yapmış olduğu gereksiz masraflar dikkate alınmaz⁴⁸⁰. Yapılan masrafların gereksiz olup olmadığı tartışmalıysa masrafların gerekli olduğunu yüklenici ispatlamalıdır⁴⁸¹.

Bedelin miktarı belirlenirken eserin değerini düşüren ayıp niteliğindeki kusurlar dikkate alınmaz. İş sahibi ayıp niteliğindeki kusurlara karşı TBK m. 475'de öngörülen seçimlik haklarını kullanabilir⁴⁸².

nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

ç) İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçleri.

⁴⁸⁰ **GAUCH**, Unternehmer, s. 49; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 964; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 5c; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 13; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 13; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 3a, 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 299-300; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 7, dn. 14; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 143; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 555; **UYGUR**, İnşaat, s. 550; **BAYGIN**, s. 53-54; **GÜRPINAR**, s. 76; **TWERENBOLD**, N. 152. Yarg. 15. HD T. 31.05.1978, E. 1017, K. 1176 (**KARAHASAN**, Borçlar, s. 331-332); BGE 96 II 61 (aktaran **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 13).

⁴⁸¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1021; **GAUCH**, Unternehmer, s. 52-53; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 19; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 374, N. 19; **TWERENBOLD**, N. 153.

⁴⁸² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 947; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 3; **GÜRPINAR**, s. 75-76; **BAYGIN**, s. 51. Eksik ve ayıplı işlere ilişkin bedelin tespit edilen bedelden düşülmesi gerektiği yönünde bkz. **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art.

Yüklenici, TBK m. 481 uyarınca belirlenecek bedel için yapmış olduğu masrafları ispatlamalıdır⁴⁸³. Yapılan masraflar arasında işin doğası gereği sayısal olarak ispatlanamayanlar OR Art. 42/II (TBK m. 50/II) hükmü uyarınca belirlenebilir⁴⁸⁴. Hakimin söz konusu bedelin belirlenmesinde şüphesiz bir takdir hakkı vardır⁴⁸⁵.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde BK m. 366'da eserin değeri ve yapılan masraflar hesaplanırken yapılan işin ve masrafların hangi andaki değerinin esas alınacağı belirtilmediğinden eserin değeri hesaplanırken işin ve masrafların fiilen yapıldığı tarihteki rayiç ve eserin teslimi anındaki rayiçlerden hangisinin esas alınacağı tartışmalıydı. Bir görüş, eser sözleşmesinde bedelin önceden gösterilmemesinin fiyatı belirleyen unsurlardaki belirsizlikten kaynaklandığını, bu belirsizliğin de ancak işin ve masrafların yapıldığı zamandaki rayiçler esas alınarak ortadan kaldırılabileceğinden hareketle bedelin hesaplanmasında işin ve masrafların yapıldığı zamandaki rayiçlerin esas alınması gerektiğini ileri sürmekteydi⁴⁸⁶. Diğer görüş ise, işin değerinin gerçek

374, N. 16; Yarg. 15. HD T. 13.05.1991, 1990/5232-991/2473 sayılı karar (KOSTAKOĞLU, s. 58).

⁴⁸³ GAUCH, Werkvertrag, N. 1019; GAUCH, Unternehmer, s. 52; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 374, N. 18; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 374, N. 3; HUBER/SCHWENDENER, Art. 374, N. 4.

⁴⁸⁴ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 374, N. 3.

⁴⁸⁵ PEDRAZZINI, § 86, s. 542; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 18. Hakimin genel işletme giderleri ve karın belirlenmesinde ilgili örf ve adet hukuku kurallarını dikkate alabileceği yönünde bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 957; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 374, N. 3.

⁴⁸⁶ BECKER, Vertragverhältnisse, Art. 374, N. 1; TUNÇOMAĞ, s. 1077-1078. Aynı yönde KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 143. Bkz. Yarg. 15. HD T. 29.11.1977, E. 1616, K. 2146 (KARAHASAN, İnşaat, s. 1549); Yarg. 15. HD T. 01.04.1988, E. 515,

giderlerin belli bir oranı olarak hesaben bulunan bir değer olduğundan hareketle eserin teslimi anındaki rayiçlere dayanılması gerektiğini ileri sürmekteydi⁴⁸⁷. Yapılan masraflar için ise genel olarak fiilen yapıldıkları tarihin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmekteydi⁴⁸⁸. Yargıtay bazı kararlarında işin değeri ile masraflar arasında bir ayırım yapmadan sonuca varmaktaydı. Bazı kararlarında da işin değeri ile masraflar arasında

K. 1308 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1544-1545); Yarg. 15. HD T. 25.10.1990, E. 4678, K. 4327 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1542-1543); Yarg. 15. HD T. 30.01.1992, E. 3361, K. 301 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8468); Yarg. 15. HD T. 03.02.1993, E. 2776, K. 412 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1541); Yarg. 15. HD T. 03.02.1995, E. 2276, K. 412 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8468); Yarg. 15. HD T. 15.04.1996, E. 737, K. 2126 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8470). Uzun bir zamana yayılan işlerde hangi yılda ne miktarda iş yapıldığının belirlenemediği hallerde hakkaniyete uygun olarak ortalama bir yıl rayicinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 15. HD T. 21.12.1995, E. 7012, K. 7585 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8472-8473); Yarg. 15. HD T. 27.11.1995, E. 6184, K. 6936 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8473).

⁴⁸⁷ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 4d; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 301; **ERDOĞAN**, s. 157; **YAVUZ Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, s. 536; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 418-419; **BAYGIN**, s. 53; **UYGUR**, Borçlar, s. 8457; **UYGUR**, İnşaat, s. 550. Yarg. 15. HD T. 06.05.1980, E. 1017, K. 1169 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8457-8458); Yarg. 15. HD T. 11.04.1990, E. 4245, K. 1736 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8469).

⁴⁸⁸ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 300; **YAVUZ**, 7. Bası, s. 536; **TUNÇOMAĞ**, s. 1077-1078; **ERDOĞAN**, s. 157; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 418; **UYGUR**, İnşaat, s. 550. Doktrinde **BECKER**, yapılan masrafların fiilen yapıldığı tarihler değil, yapılması gerektiği tarihler olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir (**BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 374, N. 1).

bir ayırım yaparak sonuca ulaşmıştır⁴⁸⁹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda eserin değerinin belirlenmesinde esas alınacak rayicinin işin fiilen yapıldığı tarihteki rayiç olarak belirtmesiyle söz konusu tartışmanın sonlanması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Yarg. 15. HD T. 31.05.1978, E. 1017, K. 1176 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1548-1549); Yarg. 15. HD T. 30.06.1981, E. 1325, K. 1531 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1547-1548); Yarg. 15. HD T. 06.07.1994, E. 1994/366, K. 1994/4594 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 25.05.1998, E. 1998/1993, K. 1998/2188 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yarg. 15. HD T. 23.02.1999, E. 1999/379, K. 1999/630 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 10.01.2005, E. 2004/2004, K. 2005/38 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 23.12.2011, E. 2011/2240, K. 2011/7864 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹⁰ bkz. **YAVUZ**, s. 1043; **GÜMÜŞ**, s. 88. Söz konusu düzenlemeye yönelik eleştiri için bkz. **GÖKYAYLA**, Değerlendirme, s. 590.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU M. 375 DÜZENLEMESİ

A. İsviçre Borçlar Kanunu m. 375 Hükümünün Ortaya Çıkışı

1. Zürih Özel Hukuk Kanunu

Keşif bedelinin aşılması sebebiyle dönmeye ilişkin hükmün (İBK m. 375) tarihsel kökenini anlamamız için söz konusu hükmün alındığı Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanununu⁴⁹¹ incelememiz gerekmektedir. Keşif bedelinin aşılması sebebiyle dönmeye ilişkin hükmün yanısıra aynı zamanda eser sözleşmesinde ücretin miktarının tespitine ilişkin eski İBK m. 364, 365; İBK m. 373, 374 hükümleri de Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunundan elde edilmiştir. Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanununun ilgili hükümleri şu şekildedir:

§ 1587. ‘Eğer eser ücreti önceden tam olarak belirlenmemişse, bu durumda üstlenici bu eseri bu miktara teslim etmekle yükümlüdür ve öngörülenden daha fazla iş yapmış ya da daha fazla masrafta bulunmuş olsa bile herhangi bir artırım talep edemez. İcrayı engelleyen ya da aşırı derecede zorlaştıran olağanüstü ve öngörülemeyen olay veya olasılıklar içeren durumlar saklı tutulmuştur.’

§ 1588. ‘Eğer ücret önceden tam olarak değil de sadece yaklaşık olarak belirlenmiş ise, o zaman gerektiğinde bilirkişi vasıtasıyla teslimatta değer takdiri yapılabilir ve böylece fazla çalışma dikkate alınır. Ancak yaklaşık bedel aşırı bir şekilde aşarsa, bu durumda iş sahibi teslim almayı tamamen reddedebilir ve işten cayabilir.’

⁴⁹¹ 1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu; Dresden Kanun Tasarısı, Kod Napolyon olarak adlandırılan Napolyon Kanunları ve 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun doğuşunda da model olarak alınmıştır (TWERENBOLD, N. 17, s. 1).

Bu hükümler eser sözleşmesinde ücrete ilişkin hükümlerin tarihi kaynakları olmasının yanısıra aynı zamanda yasanın sistematüğını ve dilini açıklayıcı bir fonksiyona sahiptir⁴⁹².

Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu ‘tam’ (§ 1587) ve ‘tam olmayan, sadece yaklaşık’ (§ 1588) olarak belirlenmiş ücret arasında esaslı bir ayırım yapmaktadır. Ücret yaklaşık olarak belirlendiğinde teslim anındaki değer ve yüklenicinin fazla emeği de dikkate alınması gerekirken; ücret önceden tam olarak belirlendiğinde eserin tamamen bu miktar karşılığında teslim edileceği öngörölmüştür.

Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu § 1588 hükmü ‘yaklaşık olarak belirlenmiş ücret’ ve ‘yaklaşık bedel’ konusunu hem ücretin miktarının belirlenmesiyle ilişkili olarak (1. Cümle) hem de keşif bedelinin aşırı aşılmasından dolayı caymayla ilişkili olarak (2. Cümle) ele almaktadır. Bu düzenlemeyle yaklaşık bedelle ücretin önceden tam değil, sadece yaklaşık olarak tespit edildiği açıkça öngörölmüştür.

§ 1588’nin 2. Cümlesine temel oluşturan ve iş sahibinin keşif bedelinin aşırı aşılması halinde sözleşmeden dönebileceği ve eseri teslim almaktan (ve ödemedenden) kaçınabileceği şeklindeki düşünce BLUNTSCHLI tarafından şu şekilde ifade edilmiştir⁴⁹³:

‘Böyle durumlarda hakkaniyet, yüklenicinin iş sahibini esere daha fazla mesai ve masraf harcamak gerektiği konusunda bilgilendirmesini ve masrafa rağmen siparişte ısrar edip etmediğini sormasını gerektirir. Eğer yüklenici bu hususu atlar ve yaklaşık keşif bedeline uyulmasını isteme hakkına sahip iş sahibinin iradesini öğrenmeye çalışmadan siparişi tamamlarsa, kendi kendini riske sokmuş olur ve iş sahibi eseri geri çevirdiğinde şikayet etme hakkı yoktur.’

⁴⁹² TWERENBOLD, N. 21.

⁴⁹³ TWERENBOLD, N. 25’den naklen.

2. 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu ve 1919'da Yapılan

Değişiklik

Zürich Kantonu Özel Hukuk Kanununun § 1588 hükmünün içeriğine, eski İBK m. 365 ve 366/I'de küçük değişikliklerle aynen yer verildi. Sadece İBK m. 366'ya 'iş sahibinin arsa veya taşınmazında kurulu olan yapılar' için değiştirilmiş dönme sonuçlarını içeren 2. Fıkra eklenmiştir. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1911 revizyonundaki eklemeler hariç İBK m. 374 ve 375 için yapılan yorum eski İBK m. 365 ve 366 ile örtüşmektedir. Dolayısıyla İBK m. 374 ve 375 hükümleri sistematik ve içerik bakımından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. İBK m. 374, ücretin miktarının belirlenmesi için yaklaşık olarak belirlenmiş fiyat ve yaklaşık keşif bedeli hususlarını düzenlemektedir. İBK m. 375 ise, keşif bedelinin aşımı nedeniyle iş sahibinin dönme hakkını düzenlemektedir. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda kenar başlıkları olmadığı için bu bağlantı daha açık bir şekilde görünmektedir. İsviçre Medeni Kanununa uyum ve İBK m. 374'ün iş sahibinin yükümlülükleri konusuna; İBK m. 375'in de eser sözleşmesinin sona ermesi konusuna bağlanıp, kenar başlıkları konulduktan sonra bu bağlantı yasada silik bir şekilde görünmektedir⁴⁹⁴.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

A. Dresden Yasa Tasarısı (1866)

Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) hükümlerinin doğmasında Alman ve Avusturya hükümetleri tarafından 1866 yılında 'Borç İlişkileri Hakkındaki Genel Alman Yasası'na ilişkin olarak hazırladıkları 'Dresden Yasa Tasarısı' büyük bir öneme sahiptir. Tasarının konumuzla ilgili § 653 maddesi şu şekildedir:

‘Eğer sözleşme, yüklenicinin doğruluğunu garanti etmeden düzenlediği bir keşif bedeline dayandırılarak yapılmış ve sonuçta masrafların onda bir oranında eksik

⁴⁹⁴ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 374, N. 1b; TWERENBOLD, N. 27, 28.

hesaplandığı ortaya çıkarsa, iş sahibi sözleşme ilişkisini tek taraflı feshedebilir. Sözleşme ilişkisi, iş sahibi tarafından tek taraflı feshedilirse, bu durumda yüklenici, şayet keşif bedelinin hazırlanmasında hileli ya da ağır kusurlu değilse iş sahibinden ücretin sadece hali hazırda ifa edilmiş olan işe denk gelen kısmını ve henüz ücrete dahil edilmemiş masraflarını talep edebilir.'

B. Alman Medeni Kanunu (BGB)

Alman Medeni Kanunu hazırlanırken 'Dresden Yasa Tasarısı'nın ön çalışmalarından yararlanılmıştır. Konuyla ilgili BGB § 649 hükmü şu şekildedir:

' (1) Sözleşmeye yüklenici tarafından doğruluğu garanti edilmeksizin bir keşif bedeli konulmuş ise, ve eserin keşif bedelini önemli bir aşma olmadan meydana getirilmesinin mümkün olmadığı ortaya çıkmışsa, bu durumda yüklenici, eğer iş sahibi bu sebeple sözleşmeyi feshederse sadece § 645 Abs. 1'de belirlenmiş olan hakları talep edebilir.'

' (2) Keşif bedelinde böyle bir aşma beklenebilir ise, bu durumda yüklenici iş sahibine derhal bildirimde bulunmalıdır.'

BGB § 649 hükmü yüklenici tarafından doğruluğu garanti edilmeksizin sözleşmeye konulan bir keşif bedeli olgusuna dayanmaktadır. BGB § 649, sözleşmeye konulan keşif bedelinin önemli oranda aşılma olgusuyla birlikte BGB § 648a'yı tamamlar⁴⁹⁵. Fakat iş sahibi, BGB § 649 uyarınca sözleşmeyi sona erdirdiğinde BGB § 645 Abs.1'de öngörülen ücretin yapılan işe denk düşen kısmını yükleniciye ödemekle yükümlüdür. İş sahibi, yapılan masraflar çıktıktan sonra başka yollarla sağlanan veya kötü niyetle elde etmekten kaçınılan kazanımların çıkarılmasını sağlayan BGB § 648 Abs. 2 hükmü ile korumaktadır⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ **TWERENBOLD**, N. 35.

⁴⁹⁶ **TWERENBOLD**, N. 35.

C. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)

1916'daki kısmi yasa değişikliği ile Avusturya Medeni Kanununda keşif bedeli kurumu kesinleştirilmiştir⁴⁹⁷. Konuyu düzenleyen ABGB § 1170a hükmü, BGB § 649 hükmüne çok benzemektedir. Sadece ABGB § 1170a Abs. 2 hükmü, içerik olarak çok küçük bir farkla şu şekildedir:

‘Garanti edilmeksizin bir keşif bedeli esas alınmış ve önemli bir aşma kaçınılmaz ise, bu durumda iş sahibi yüklenicinin sarf etmiş olduğu emeğe uygun bir ücretle sözleşmeden dönebilir. Böyle bir aşmanın kaçınılmaz olduğu anlaşılır anlaşılmaz, yüklenici bunu derhal iş sahibine haber vermek zorundadır; aksi durumda yüklenici fazla çalışmasından doğan her tür hakkını kaybeder.’

BGB § 649 hükmünün aksine ABGB § 1170 Abs. 1'de doğruluğu açıkça garanti edilmiş keşif bedelini de düzenlemektedir. ABGB § 1170 Abs. 1 hükmü şu şekildedir:

‘Sözleşmede doğruluğu açıkça garanti edilmiş bir keşif bedeli esas alınmış ise yüklenici, değeri önceden belirlenmiş işlerin fiyatının artması ya da öngörülemeyen oranda büyümesi halinde bile ücretin artırılmasını talep edemez.’

III. HÜKMÜN DAYANDIĞI ESASLAR

A. Genel Olarak

İsviçre hukukundaki eski görüş, yaklaşık bedelin aşırı aşılması halinde iş sahibine tanınan dönme hakkını, iş sahibi sözleşme yaparken eserin bu denli yüksek bedele mal olacağını bilseydi sözleşmeyi kurmayacağı yönündeki esasa dayanmaktadır⁴⁹⁸.

Alman hukukunda bağlayıcı olmayan keşif bedeli işlem temeli olarak esas alınmış ve BGB § 649 hükmü de işlem temelini çökmesinin sonuçlarına ilişkin özel bir

⁴⁹⁷ **TWERENBOLD**, N. 36.

⁴⁹⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2; **PEDRAZZINI**, s. 540-541.

düzenleme olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁹. İsviçre hukukunda da hakim görüş, yaklaşık keşif bedelini işlem temeli olarak kabul etmektedir⁵⁰⁰.

B. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi

İşlem temelinin çökmesi teorisi Alman hukuku tarafından geliştirilmiş bir teoridir⁵⁰¹. Bu teori esasen dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁵⁰².

Öncelikle Alman işlem temelinin çökmesi teorisine kaynaklık eden, bu teorinin ortaya çıkmasını sağlayan WINDSCHEID tarafından geliştirilen ön olgu (Voraussetzungen) teorisinden kısaca bahsetmek gerekir. WINDSCHEID'in ön olgu (Voraussetzungen) tanımı şu şekildedir⁵⁰³: *‘İrade açıklamasında bulunan kişi, bu iradenin hukuki sonuçlarını istemiş, hatta kayıtsız şartsız istemiş olsa dahi, bunu yaparken aynı zamanda bazı öngörü ve beklentilerin gerçekleşmemesi halinde bu*

⁴⁹⁹ **TWERENBOLD**, N. 64.

⁵⁰⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 937 vd., 974; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2b; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375, N. 1, 5; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 4; **TWERENBOLD**, N. 64. Keşif bedelinin işlem temeli olmadığı hakkında bkz. **MERZ**, s. 255.

⁵⁰¹ **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD, C. 1, S. 1, Y. 1967, s. 92 vd.; **BAYSAL, Başak**, Sözleşmenin Uyarlanması, 3. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 40; Bu teori Alman Borçlar Hukuku reformu ile yasada da BGB § 313 hükmü ile kendisine yer bulmuştur. Teorinin tarihi gelişimi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYSAL**, s. 40-43.

⁵⁰² **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 1006.

⁵⁰³ **WINDSCHEID, Bernhard**, Die Voraussetzung, AcP, 78. Bd., H. 2 (1892), s. 180-181.

hukuki sonuçları istemeyeceğini de ifade etmiştir, bu şekilde de iradesine içeriğe ilişkin bir çekince koymuş olur; bu çekince, beklenti ve öngörülerinde hatalı çıkması durumunda bu irade açıklamasının kendisi açısından bağlayıcılığını kaybedeceği yönündedir.’

WINDSCHEID’a göre; ‘ön olgu’ iradeyi kısıtlayan bir hal olup, ‘geliştirilmemiş bir şart’ (unentwickelte Bedingung) tır⁵⁰⁴. Şartta iradenin kesin bir şekilde şartın konusu olan gerçekleşmesi şüpheli olguya bağlanması söz konusu iken; ön olguda irade beyanında bulunan kişi için önemli olan durumların iradeyi kesin bir şekilde kayıt altına almaya gerek duyulmaması söz konusudur⁵⁰⁵. Ön olgu, saik kavramından farklıdır, saik; irade açıklamasının ne için yapılacağına ilişkin olup, ‘ön olgu’ ise onsuz yapılamayacak olan bir unsurdur. Fakat saik ve ön olgu kavramları birbirine yakın olup, saik hatasında geçmişi ve bugüne yönelik olgulara ilişkin bir hata söz konusu iken, ön olgu kavramı geleceği ilgilendiren olguları da kapsamına almaktadır⁵⁰⁶.

İşlem temeline öncülük eden ön olgu (Voraussetzungen) teorisinden kısaca bahsettikten sonra işlem temelinin çökmesi teorisinin odak noktası olan ‘işlem temeli’nin anlamını, kapsamını tespit etmemiz gerekmektedir. Bu kavrama verilecek anlam noktasında herhangi bir uzlaşmaya varılmamıştır. Fakat ‘işlem temeli’ kavramını tanımlayan görüşler bazı yönlerden ortak bir noktada buluşmaktadır. Bu kavrama en büyük katkı LARENZ tarafından yapılmıştır. LARENZ, işlem temeli kavramını öznel

⁵⁰⁴ WINDSCHEID, s. 195.

⁵⁰⁵ WINDSCHEID, s. 163-164.

⁵⁰⁶ WINDSCHEID, s. 195.

işlem temeli ve nesnel işlem temeli olarak ikiye ayırmıştır⁵⁰⁷. LARENZ'e göre; 'öznel işlem temeli, sözleşme taraflarını, sözleşmenin kurulması aşamasında yönlendiren, belirli ortak tasavvur veya beklentilerdir; her bir tarafın bu tasavvur veya beklentiyi değerlendirmelerine dahil etmiş olması ve bunun yanlış olduğunu bilmesi durumunda sözleşmeyi hiç kurmayacak veya aynı içerikle kurmayacak olması veya en azından sözleşmenin karşı tarafının mantıklı bir düşünce ile bunu ondan bekleyemeyecek olması gereklidir; koşulların gelecekte değişeceğinin basit bir şekilde beklenmemesi yeterli olmayacağı gibi yalnızca bir tarafın saiklerinin karşı tarafça bilinmesi ve buna karşı çıkılmamış olması da yeterli değildir. Nesnel işlem temeli ise, varlığının veya devamının sözleşmenin –her iki tarafın amaçları bağlamında- mantıklı bir düzenleme olarak ayakta durabilmesi için nesnel anlamda zorunlu bulunan koşulların bütünüdür'⁵⁰⁸.

Alman hukukunda işlem temeli genel olarak şu şekilde tanımlanmaktadır: İşlem temeli, sözleşme içeriğine dahil olmayan, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut veya gelecekteki bazı durumlarla bağlantılı, ortak olarak kararlaştırılmış veya karşı tarafça bilinebilen fakat itiraz edilmeyen tek taraflı tasavvurlardır. Bu tasavvurlar öyle önemlidir ki tarafların işlem iradeleri bu tasavvurlar üzerine inşa edilmiştir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Bu ayrımı Alman doktrinindeki hakim görüş de benimsemekte olup BGB'nin gerekçesinde BGB § 313'ün ilk fıkrasının nesnel işlem temelini, ikinci fıkrasının ise öznel işlem temelini karşıladığı belirtilmektedir (**BAYSAL**, s. 55).

⁵⁰⁸ **LARENZ, Karl**, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Verlag C. H. Beck, München – Berlin 1963, s. 184-185.

⁵⁰⁹ **GÜRSOY, Kemal Tahir**, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1950, s. 20-21; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart

İşlem temeli oluşturan hususlar sözleşme içeriğine dahil değildir. Sözleşme içeriğine dahil olmadığı için de işlem temelinin çökmesi sözleşmedeki bir boşluğun doldurulması sorunu değildir. Dolayısıyla sorunun çözümünde tarafların farazi iradeleri de araştırılmayacaktır⁵¹⁰.

BGB § 313'de işlem temeli kavramı tanımlanmamış olup, 1. fıkrada işlem temeli oluşturan 'durum ve şartlar'dan; ikinci fıkrada ise işlem temeli oluşturan 'temel tasavvurlar'dan bahsedilmektedir. Bu yönüyle hükümde objektif işlem temelinin çökmesi (fıkra 1) ve sübjektif işlem temelinin çökmesi (fıkra 2) bir arada düzenlenmiştir. Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi olarak TBK m. 138'de düzenlenen durum BGB 313/1'de düzenlenen objektif işlem temelinin çökmesi durumudur. Sübjektif işlem temelinin çökmesi ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir⁵¹¹. Sadece sübjektif işlem temeli için TBK m. 32'deki 'sözleşmenin temeli' kavramı sübjektif işlem temeli için de esas alınabilir. Bu yönüyle BGB § 313/II'deki düzenleme 'hata' kurumuna yaklaşmaktadır. Nitekim BGB 313/II'nin uygulanmasının ön şartı olarak tarafların ortak saik hatasını aramaktadır.

İsviçre hukukunda işlem temelinin çökmesi terimi esasen Alman hukuku bağlamında kullanılmakta, sözleşmenin uyarlanmasında İsviçre doktrininde kabul edilen görüşlerle ortak noktalarının olması sebebiyle bazen birlikte anılmaktadır. Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin sadece sözleşmelerin uyarlanmasını değil, haklı

Mıdır?, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2010, s. 506; **BAYSAL**, s. 53. Alman Yargıtayı'nın işlem temelinin kabul edilmiş şekliyle ilgili olarak bkz. **TUNÇOMAĞ**, Aşırı Güçlük, s. 100-101.

⁵¹⁰ **BAYSAL**, s. 54.

⁵¹¹ BK m. 24/1-b. 4'de temel hatası şeklinde düzenlendiği yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 511; **BAYSAL**, s. 48.

nedenle fesih ve temel hatasını da kapsadığını; fakat İsviçre hukukunda bunların ayrı kurumlar olduğunu, sadece teorik temellerinin aynı olduğu ifade edilmektedir.

İşlem temelinin çökmesi teorisini kısaca açıkladıktan sonra 'işlem temeli' kavramına Türk hukukunda verilen anlamı tespit etmemiz gerekmektedir. Bu konuda TBK m. 32'de 'sözleşmenin temeli'nden bahsedilmiştir. Bu kavramın Alman işlem temelinin çökmesi teorisinde yer alan işlem temeli ile aynı anlamda olup olmadığı belirlenmelidir. Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin doğuşuna kaynak oluşturan WINDSCHEID'in 'ön olgu' teorisinin TBK m. 32'ye etkisi kabul edilmektedir⁵¹². Saik hatasının esaslı olabilmesi için söz konusu saikin sözleşmenin temeli olarak adlandırılan sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz bir şart niteliğindeki bir duruma ilişkin olması ve bu durumun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması gerekir. Ayrıca bu saik karşı tarafça da bilinebilir olmalıdır⁵¹³. Alman hukukundaki subjektif işlem temeli tanımı ise; 'Sözleşme içeriğine dahil olmayan, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut veya gelecekteki bazı durumlarla bağlantılı, ortak olarak kararlaştırılmış veya karşı tarafça bilinebilen fakat itiraz edilmeyen tek taraflı tasavvurlardır. Bu tasavvurlar öyle önemlidir ki tarafların işlem iradeleri bu tasavvurlar üzerine inşa edilmiştir⁵¹⁴.' TBK m. 32'deki 'sözleşmenin temeli' kavramı ile Alman hukukundaki işlem temeli arasındaki tek fark hata konusu edilen somut durumun

⁵¹² **BAYSAL**, s. 227.

⁵¹³ **SCHWARZ**, s. 307-308; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968, s. 159, 160; **EDİS, Seyfullah**, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 333, Ankara 1973 s. 52 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 508.

⁵¹⁴ **GÜRSOY**, s. 20-21; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 506; **BAYSAL**, s. 53.

‘iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları’ çerçevesinde hata olarak kabul edilip edilemeyeceği kıstasının Alman hukukunda uygulanmamasıdır. Fakat bu fark TBK m. 32’deki ‘sözleşmenin temeli’ kavramını Alman hukukundaki işlem temelinden çok farklı kılmaz. Bu nedenle Alman hukukundaki işlem temelinin çökmesi teorisindeki ‘işlem temeli’ kavramına TBK m. 32’deki ‘sözleşmenin temeli’ kavramı esas alınabilir⁵¹⁵.

İşlem temelini TBK m. 32’deki ‘sözleşmenin temeli’ kavramıyla bağdaştığını belirttikten sonra taraflar için hangi tasavvurların işlem temeli olarak sayılabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda TBK m. 32’de yer alan esaslılık unsuru bu hususta yardımcı olabilir. Buna göre, söz konusu tasavvur sözleşmenin olmazsa olmaz şartı niteliğindeki bir duruma ilişkin olmalı, tasavvur yanlış olmasaydı sözleşme hiç veya kararlaştırılan koşullarla kurulamayacak durumda olmalıdır. Söz konusu tasavvur iş ilişkilerindeki dürüstlük kuralı gereği işlemin temelini oluşturacak önemde sayılabilmeli ve karşı tarafça da bilinebilir olmalıdır⁵¹⁶.

⁵¹⁵ **GÜRSOY**, s. 19; **KURT**, İmkansızlık, s. 57. Türk hukukunda **EDİS**, Alman hukukundaki Voraussetzungen ve Hukuki İşlemin Temeli Teorisinin BK m. 24/I-b. 4’deki düzenlemenin teorik temeli olamayacağını ileri sürmektedir (**EDİS**, s. 41-44). Böylece Alman hukukunda işlem temeli kavramı için yapılan ve somut bir sonuca ulaşmamış birçok tartışmanın Türk hukukuna taşınmasının engellenebileceği yönünde bkz. **BAYSAL**, s. 230. Her iki kavramın temelde birbiriyle örtüşmesi bunların her olayda aynı hukuki rejime tabi tutulacağı anlamına gelmez. Nitekim geleceğe yönelik tasavvurlarda hataya düşülmesine hata hükümleri uygulanamaz. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. B. 3, § 5, V.

⁵¹⁶ **GÜLEKLİ, Yeşim**, Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, İÜMHAD, N. 18, İstanbul 1990, s. 63. Fakat **GÜLEKLİ** bu şartlara ek olarak kişisel tasavvurun öngörülemez bir sebeple boşa

Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi kavramı iki farklı anlamda ele alınmaktadır. İlkinde sözleşmenin temelini oluşturan durum ve şartlar nesnel işlem temeli olarak adlandırılmaktadır. Bu durum ve şartların olağanüstü bazı durumlar sebebiyle esaslı bir şekilde değişmesi sebebiyle de işlem temeli çökmektedir⁵¹⁷. İkincisinde, sözleşmenin kurulmasına etki eden, tarafların ortak veya bir tarafın karşı tarafça bilinebilen tasavvurlar öznel işlem temeli olarak adlandırılmaktadır.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasında yaklaşık bedel, sözleşmenin kurulmasına etki eden bir tasavvur olduğu için bu tasavvurun yanlış çıkması dolayısıyla işlem temeli çökmektedir. Bu nedenle yaklaşık bedelin aşılması bakımından öznel işlem temeli ekseninde yapılacak değerlendirmeler dikkate alınmıştır. Durum ve şartların olağanüstü bazı durumlar sebebiyle esaslı bir şekilde değişmesi nedeniyle masrafların aşırı artması tolerans sınırının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

IV. HÜKMÜN AMACI

Türk Borçlar Kanunu m. 482 hükmü alanında uzman yüklenicinin meydana getireceği eserin tahmini maliyetine göre yapacağı çalışmaları iş sahibine göre daha iyi ayarlayabileceğinden hareketle tahmini maliyet hakkındaki sorumluluğu yüklenicinin üzerine bırakmıştır⁵¹⁸. Burada keşif bedelini iş sahibinin veya bir üçüncü kişinin hazırlamış olması önemli değildir. Alanında uzman olan yüklenici, keşif bedelinin gerçeğe yakın olarak tespit edilmesinden sorumludur. Bu yüzden iş sahibinin yaklaşık

çıkması gerektiğini ileri sürmektedir (**GÜLEKLİ**, s. 63). Kanaatimizce kişisel tasavvurların boşa çıkmasını sadece öngörülemeyen bir sebebe indirgemek işlem temelinin çökmesini hakkaniyete aykırı olarak daraltılması sonucunu doğuracağından yerinde değildir.

⁵¹⁷ **GÜLEKLİ**, s. 48 vd. Bu tip durumlara hakimin müdahalesinin şartları hakkında bkz.

OFTINGER, s. 605 vd.

⁵¹⁸ **TWERENBOLD**, N. 71.

bedelin aşırı aşılmayacağını bekleme hususunda haklı bir güveni vardır⁵¹⁹. Yükleniciler genellikle işi alabilmek için yaklaşık bedeli düşük olarak tespit etmektedir. Bu durum yapmış olduğu işte uzman olması gereken yüklenicilere karşı iş sahibinin güvenini sarsmaktadır⁵²⁰. Yaklaşık bedel, aşırı aşılması durumunda iş sahibine tanıdığı haklar dolayısıyla meydana getirilecek eserin öngörülen bedel civarında bir bedele yapılacağı hususunda iş sahibine güven veren bir fonksiyona sahiptir. İş sahibine tanınan bu haklarla yüklenicinin işi alabilmek için yaklaşık bedeli düşük tutmasının önüne geçilebilmektedir⁵²¹. Burada iş sahibi kararlaştırılan yaklaşık bedelin çok fazla aşılmayacağına güvenerek yüklenici ile bir sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir. Fakat bu bedel aşırı şekilde aşılmışsa iş sahibinin bu bedele olan güveni ortadan kalkmış ve ortaya çıkan bedel katlanılamayacak boyuta ulaşmış olur. Sonuç olarak TBK m. 482 hükmü, yüklenicinin yaklaşık keşif bedeli ile iş sahibi nezdinde uyandırmış olduğu bu güveni korumayı amaçlamaktadır⁵²².

İş sahibinin etkisi hariç aşmanın hangi nedenden (örneğin; yanlış tahmin, fiyatlardaki artış vs.) kaynaklandığı kural olarak TBK m. 482'in uygulanmasından herhangi bir rol oynamaz⁵²³. Bu durum yükleniciyi yaklaşık bedeli doğruya yakın bir şekilde tespit etmeye ve işin yürütülmesi esnasında masrafların bu bedeli çok fazla aşmamasına özen göstermeye sevk eder.

⁵¹⁹ **TWERENBOLD**, N. 71. BGE 29 II 538 vd., 544 Erw. 4.

⁵²⁰ **ARAL/AYRANCI**, s. 420.

⁵²¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 281; **BAYGIN**, s. 149.

⁵²² **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 1, 10; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 3; **BAYGIN**, s. 149; **TWERENBOLD**, N. 72.

⁵²³ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 989; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375, N. 17; **TWERENBOLD**, N. 73. Olağanüstü durumlar için bkz. B. 3, § 6, II, B, 3.

V. HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Borçlar Kanunu m. 482 (OR Art. 375) hükmünün hukuki niteliğiyle ilgili olarak taraflarca kararlaştırılan yaklaşık bedelin işlem temeli olduğundan hareketle bu hükmün TBK m. 32 (OR Art. 24/I-Abs. 4)'de düzenlenen temel hatasının (esaslı saik hatası) özel bir düzenlemesi olduğu ileri sürülmüştür⁵²⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 482 (OR Art. 375) hükmünün temel hatasını düzenleyen TBK m. 32 (OR Art. 24/I- Abs. 4) ile ilişkisini tespit edebilmek için öncelikle temel hatasına ilişkin hükmün anlam ve kapsamını belirlememiz gerekmektedir.

Kişiler çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak için hukuki işlemler yapmaktadır. Kişilerin bu işlemlere yönelik iradesi oluşurken belirli olgulara ilişkin bazı tasavvurlar

⁵²⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 938; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 1; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 1; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 297; **ARAL/AYRANCI**, s. 423; **EREN**, Sona Erme, s. 89; **UYGUR**, Borçlar, s. 8476; **BAYGIN**, s. 149; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89; **LEHMANN**, Art. 375, N. 1; **HUGUENIN**, N. 3198. BGE 109 II 335; BGE 115 II 461, 463. BGE 98 II 299 (kararın çevirisi için bkz. **TANDOĞAN**, **Haluk**, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, **BATİDER** Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 31); BGE 115 II 461. Fakat **BAYGIN**, BK m. 367'deki dönmenin BK m. 24/1-b. 4'de düzenlenen temel hatasının özel bir şekli olsa da bu temel hatasını da içine alan fakat ona göre daha geniş bir tasavvur yanılığının sonuçlarını ortaya koyan bir hüküm olduğunu ifade etmiştir (**BAYGIN**, s. 149-150).

bu iradeye yön vermektedir⁵²⁵. Bu tasavvurlardan işlem iradesine yön verenler saik olarak adlandırılmaktadır⁵²⁶. Saikler, geçmişe, mevcut duruma veya gelecekteki bazı olgulara yönelik olabilir⁵²⁷. İşlem iradesine yön veren saiklerin gerçeğe uymadığı durumlarda saikte hata durumu ortaya çıkmaktadır. Saikler işlem iradesine yön verdiği için saikte yapılan hata iradenin oluşumunda hataya neden olmaktadır⁵²⁸.

Saik hataları, kural olarak hukuk düzeni tarafından dikkate alınmamıştır. Nitekim TBK m. 32'de saikte yanılmanın kural olarak esaslı yanılma sayılmayacağı öngörülmüştür. Saik hatası sadece bazı şartların gerçekleşmesi durumunda esaslı hata konumuna erişip hukuk düzeni tarafından dikkate alınmaktadır. Saik hatasının esaslı olabilmesi için söz konusu saikin sözleşmenin temeli olarak adlandırılan sözleşmenin yapılmasında olmazsa olmaz bir şart niteliğindeki bir duruma ilişkin olması ve bu

⁵²⁵ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 770; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 101; **KANIŞLI, Erhan**, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 138.

⁵²⁶ **EDİS**, s. 11; **EREN**, Borçlar Genel, s. 395; **KANIŞLI**, s. 142.

⁵²⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 45-46; **KANIŞLI**, s. 138.

⁵²⁸ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 770; **EDİS**, s. 12; **EREN**, Borçlar Genel, s. 395; **SCHWENZER, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5., überarbeitete Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, N. 37.21.

durumun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına⁵²⁹ uygun olup karşı tarafça da bilinebilir olması gerekmektedir⁵³⁰.

Hataya düşülen olgu esasen geçmişe veya şimdiye ilişkindir. Fakat gelecekteki bir olguya ilişkin hayata düşülüp düşülemeyeceği doktrinde son derece tartışmalıdır. Bu tartışma TBK m. 482 (OR Art. 375) hükmünün hukuki niteliğini belirleme noktasında son derece önemlidir. Çünkü yaklaşık bedelin aşırı aşılması olgusu sözleşmenin devamı esnasında ortaya çıkan, gelecekte gerçekleşen bir olguya ilişkindir. Öncelikle bu hususta ileri sürülen görüşler incelenecek ve devamında bir sonuca varılacaktır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen ilk görüş, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olgulara TBK m. 32 (OR Art. 24/I-Abs. 4) hükmünün hiçbir şekilde uygulanamayacağını savunmaktadır⁵³¹. Bu görüşe göre; gelecekteki bir olgu doğası

⁵²⁹ Doktrinde **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, BK m. 24/I-b. 4 hükmünün MK m. 2'ye yollama yaptığını, bu sayede güven kuramına ilişkin esasların hata hükümlerinin içerisine girdiğini ileri sürmüştür (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 159).

⁵³⁰ **TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, § 15, N. 806, 807, 807a; **BUCHER, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, s. 206-207; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 430, 431; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 159, 160; **EDİS**, s. 52 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 508.

⁵³¹ **JÄGGI/GAUCH**, Zürcher Kommentar, Art. 18, N. 610 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 801; **HUGUENIN**, N. 521; **GÜRSOY**, s. 23; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, § 15, N. 804; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, **Necip/HATEMİ**, **Hüseyin/SEROZAN**, **Rona/ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, Prof. Dr. **Rona**

gereği belirsiz olması ve gerçekleşip gerçekleşmeme olasılıklarını bir arada bulundurması sebebiyle bunlara yönelik yanılma imkansızdır⁵³². Gelecekle ilgili olarak sadece tahmin yürütülebilir, hataya düşülmez⁵³³. Hatada kişi, farkında olmadan gerçeğe uygun olmayan bir tasavvur sahibidir. İradeyi yönlendiren olgu sözleşmenin kurulması anına kadar gerçekleşmemişse tasavvur ile gerçek arasında herhangi bir uygunsuzluk yoktur⁵³⁴. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen olgular hataya sebebiyet veremez. Ayrıca hata kurumunun bu şekilde genişletilmesi durumunda ‘zımnî şart’ ile arasındaki ayrımı oldukça zorlaştıracaktır⁵³⁵. Yine hatanın gelecekteki bir olguya ilişkin olması durumunda hata durumunun ne zaman gerçekleşeceği belirsiz olacak⁵³⁶ ve bu da karşı tarafın sözleşmeye olan güvenini zedeleyebilecektir. Sözleşmenin kurulmasından sözleşmenin kurulmasına etki eden tasavvurların yanlış çıkması durumuna ilişkin olarak sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebilecektir⁵³⁷.

SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme –Ek: Uygulama Çalışmaları–, Gözden geçirilmiş 7. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, § 20, N. 1, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 104; **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s. 141; **BAYSAL**, s. 205; **CANBOLAT**, s. 205; **KURT**, İmkansızlık, s. 73; **KANIŞLI**, s. 505 vd.

⁵³² **KANIŞLI**, s. 486.

⁵³³ **HUGUENIN**, N. 521; **KANIŞLI**, s. 486. BGE 59 II 374 (aktaran, **MERZ**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 194).

⁵³⁴ **OFTINGER**, s. 614; **KANIŞLI**, s. 486-487.

⁵³⁵ **MERZ**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 194; **BAYSAL**, s. 200; **KANIŞLI**, s. 487.

⁵³⁶ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 801; **KANIŞLI**, s. 487-488.

⁵³⁷ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 802; **HUGUENIN**, N. 523. Uyarlamanın ‘clasula rebus sic stantibus’ yoluyla yapılacağı yönünde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 802.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen ikinci görüş, belirli şartlarla geleceğe ilişkin olgularda hataya düşmenin mümkün olabileceğini savunmaktadır⁵³⁸. Bu görüşe göre; OR Art. 24/I- Abs. 4’de temel hatasına ilişkin şartlar belirtilirken saik hatasının belirli bir olguya ilişkin olması gerektiğini ifade etmiş ve olgunun zamanına dair herhangi bir beyanda bulunmamıştır. Yine gelecekteki olguların temel hatasına sebep olamayacağı da kanunda açıkça öngörülmemiştir⁵³⁹. Gelecekteki olgularda hataya düşülmesinin kabul edilmesi durumunda şart kurumu ile aradaki farkın açıklanamayacağı eleştirisine

Uyarlamanın ‘clausula rebus sic stantibus’ veya kanunda uyarlamaya ilişkin hükümlerle (örn; OR Art. 373 Abs. 2) yapılacağı yönünde bkz. **HUGUENIN**, N. 523.

⁵³⁸ **VON TUHR, Andreas/PETER, Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (mit Supplement), 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984, § 37, s. 313, dn. 44; **SCHMIDLIN**, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 240; **KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno**, Berner Kommentar, Band/N. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986, Art. 18, N. 306 vd.; **VON BÜREN, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich 1964, s. 231; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 204; **SCHWARZ**, s. 305; **SCHWENZER**, N. 37.33; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 430; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 510; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 45, 46; **EDİS**, s. 4, 12; **GÜLEKLİ**, s. 61; **EREN**, Borçlar Genel, s. 407; **ALTINOK, ORMANCI, Pınar**, İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 110, 111.

⁵³⁹ **SCHMIDLIN**, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 243; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 204.

karşılık olarak ileri sürülen argümanlar şu şekildedir: Hataya düşülen tasavvurlarda gerçekleşmesi kesin olarak öngörülen bir durum söz konusu olup ilgili tarafın bu olgunun gerçekleşeceğinden herhangi bir şüphesi yoktur. Bu sebeple bu konuda sözleşmeyi şarta bağlamayı düşünmemektedir. Şart kurumunda ise sözleşmenin geçerliliği gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz şüpheli bir olguya bağlanmaktadır. Şart, riskli bir bekleyişi; hatada ise risksiz bir bekleyiş söz konusudur⁵⁴⁰. SCHMIDLIN'e göre; hataya düşenin gelecekteki olgunun gerçekleşmesini kesin bir şekilde öngörmesi sözleşmeyi iptal için yeterli değildir. Ayrıca bu saik hatasının tüm saik hatalarında aranan esaslı olma şartını sağlamış olması gerekmektedir⁵⁴¹. Gelecekteki olgularda yanılma clausula rebus sic stantibus kurumunu dışlamaz. Gelecekteki olgulara dair hataya düşülmesi durumunda her iki kurum da yarışacak ve ilgili kişi bu kurumlardan herhangi birine dayanabilecektir⁵⁴². Bu görüş taraftarları da söz konusu şartların niteliği hususunda üçe ayrılmaktadır.

Geleceğe ilişkin olgularda hataya düşülebilmesinin mümkün olduğunu savunan birinci fikre göre; gelecekteki olgu, sözleşmenin kurulması anında 'önceden öngörülebilir' nitelikte olmalıdır⁵⁴³.

Bu hususta ileri sürülen ikinci fikre göre; gelecekteki olgunun sözleşmenin her iki tarafınca gerçekleşeceğinin kesin olarak öngörülmesi gerekmektedir⁵⁴⁴. Yani bu olgu

⁵⁴⁰ SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 255 vd.; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, N. 306.

⁵⁴¹ SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 247.

⁵⁴² SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 318.

⁵⁴³ KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, N. 306; EREN, Borçlar Genel, s. 407; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 162; GÜLEKLİ, s. 61. Bkz. BGE 95 II 407; BGE 79 II 272; BGE 41 II 356.

tarafarca sözleşmenin zorunlu temeli olarak kabul edilmelidir. Fakat bu görüş yanılmanın tek taraflı olarak da gerçekleşebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁴⁵.

Bu hususta ileri sürülen üçüncü fikre göre; taraflardan biri gelecekteki olgunun gerçekleşeceğini kesin olarak öngörmesi gerekmektedir. Fakat taraflardan birinin kesin olarak öngördüğü bu olgunun da dürüstlük kuralına göre karşı tarafça bilinebilir olması gerekmektedir. Ayrıca gerçekleşeceği kesin olarak öngörülen bu olgunun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması gerekmektedir⁵⁴⁶.

Gelecekteki olgulara ilişkin olarak hataya düşülüp düşülemeyeceğiyle ilgili olarak kanaatimizce gelecekteki olgular, nitelikleri gereği gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan, belirsiz olgular olup bu olgularda hataya düşme söz konusu olamaz. Gelecekteki olgularda hataya düşülmesinin kabul edilmesi durumunda sözleşme sürekli iptal edilebilme tehlikesi altında olacaktır⁵⁴⁷. Yine bu görüş kabul edildiğinde ‘zımnî şart’ ile arasındaki sınır ortadan kalkacaktır. Gelecekteki olgularda hataya düşülebileceğini öne sürenler ‘zımnî şart’ kurumu ile arasındaki sınırın ortadan kalkacağı eleştirilerine yanıt olarak ileri sürmüş olduğu gerekçeler yerinde değildir. Gelecekteki olgulara ilişkin hataya düşülebileceğini savunanlar hatada gerçekleşmesi

⁵⁴⁴ **VON TUHR/PETER**, Bd. I, § 37, s. 313 dn. 44. BGE 95 II 407. Bu görüş Alman hukukunda ortak temelde yanılmayı gerektiren BGB § 313/2’de düzenlenen işlem temelinin baştan eksikliği kurumuyula uyumludur. **BUCHER**, ise tarafların gelecekteki olguyu sözleşmenin temeli haline getirip getirmediğinin incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedir (**BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 204).

⁵⁴⁵ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 798.

⁵⁴⁶ **SCHMIDLIN**, Berner Kommentar, Art. 23-24, N. 244-253; **SCHWENZER**, N. 37.33; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, İşlem Temeli, s. 509-510. BGE 118 II 297; BGE 117 II 218.

⁵⁴⁷ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 801.

kesin olarak öngörülen bir durumun söz konusu olduğunu ve bu durumun şarta bağlanılmasına gerek bile duyulmadığını, şartta ise sözleşmenin geçerliliğinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz şüpheli bir olguya bağlandığını ileri sürmektedir. Fakat sonuçta gelecekteki olgu gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz şüpheli bir olgudur. Taraflardan herhangi birinin bu olgunun kesin olarak gerçekleşeceğini öngörmesi bu olgunun gerçekleşmesinin şüpheli olduğu sonucunu değiştirmez.

Gelecekteki olgularda hataya düşülüp düşülemeyeceği konusunda Federal Mahkemenin kararları ise çelişkilidir. Federal Mahkeme, gelecekteki olgularda hataya düşülemeyeceğine yönelik verdiği karardan⁵⁴⁸ sonra sözleşmenin kurulması anında ‘öngörülebilir’ olması şartıyla gelecekteki olgularda da temel hatası hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir⁵⁴⁹. Federal Mahkeme başka bir kararında ise öngörülmuş olayın ‘önceden görülemez’ niteliği şeklinde belirsiz bir kriter ortaya koymuştur⁵⁵⁰.

Tarafların söz konusu gelecekteki olguyu bir işlem temeli olarak kabul etmeleri pekala mümkündür. Temel hatasında iradenin oluşumu esnasında dikkate alınan geçmişe veya şimdiye ilişkin yanlış tasavvurlar söz konusu iken, geleceğe yönelik bir tasavvur ise işlem temelinin çökmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁵⁵¹. Gelecekteki olgularda hata genellikle sürekli bir borç ilişkisi şeklinde ortaya çıkan sözleşmelerde söz konusu olduğundan bu sözleşmelerin iptal yaptırımına tabi

⁵⁴⁸ BGE 59 II 374 (aktaran, **MERZ**, Berner Kommentar, Art. 2, N. 194).

⁵⁴⁹ BGE 95 II 407 (aktaran **BAYSAL**, s. 201, dn. 768).

⁵⁵⁰ **BAYSAL**, s. 201.

⁵⁵¹ **SEROZAN**, Dönme, s. 362; **BAYSAL**, s. 205. İsviçre’de bu tip durumlarda sözleşmenin ‘clausula rebus sic stantibus’ yoluyla sonlandırılması veya uyarlanabileceği yönünde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 802.

tutulmaları bu sözleşmelerin yapısına uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilecektir⁵⁵².

Yaklaşık bedel sözleşmenin kurulması anında belirlenen bir bedel olup aşırı şekilde aşıp aşılmayacağı gelecekte gerçekleşebilecek belirsiz bir olgudur. Kanaatimizce gelecekteki olgulara yönelik olarak hataya düşülemeyeceğinden TBK m. 482 (OR Art. 375) hükmü temel hatasının özel bir düzenlemesi niteliğinde değildir.

Türk Borçlar Kanunu m. 482 (OR Art. 375) hükmünün hukuki niteliğini belirleyebilmemiz için öncelikle yaklaşık bedelin, daha sonra da aşırı şekilde aşılma olgusunun niteliğini tespit etmemiz gerekmektedir. Yaklaşık bedel, sözleşme konusu eserin maliyeti hususunda bir fikir verir. Bu bedel, sözleşme içeriğine dahil olmamakta eserin bedeli, TBK m. 481 uyarınca işin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre tespit edilmektedir. Fakat bu bedel, eserin maliyeti hakkında fikir vermesinin yanı sıra eserin tespit edilen bu bedel civarında bir rakama yapılması gerektiği hususunda iş sahibi açısından haklı bir beklenti yaratmaktadır⁵⁵³. Her ne kadar yüklenicinin çıkarları açısından söz konusu bedel herhangi bir anlam ifade etmese de iş sahibi açısından eserin yaklaşık bedelin civarında ortaya çıkarılması gerekmektedir. İş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmayacağı noktasındaki beklentisi işlem temeli konumuna

⁵⁵² **JÄGGI/GAUCH**, Zürcher Kommentar, Art. 18, N. 610; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, § 7, N. 801; **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s. 141; **BAYSAL**, s. 207. **SCHWENZER**, bu durumda tasfiyede yaşanabilecek olumsuzlukların hükümsüzlüğün sonuçlarının teleolojik (amaca uygun) sınırlandırılarak engellenebileceğini ileri sürmektedir (**SCHWENZER**, N. 37.33).

⁵⁵³ Nitekim doktrinde de aşırı aşılma durumu iş sahibine sözleşmeyi sonlandırma hakkı veren haklı bir sebep olarak kabul edilmektedir. Bkz. **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2, 6; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6.

erişmiş ve sözleşmeye esas alınarak karşı tarafça da bilinir duruma gelmiştir. Fakat buradaki işlem temeli, sübjektif işlem temeli olup⁵⁵⁴ olağanüstü bir durum sebebiyle edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozulduğu objektif işlem temelinden farklıdır. Objektif işlem temelinin çökmesi ‘Aşırı İfa Güçlüğü’ başlığı altındaki TBK m. 138 hükmü ile düzenlenmiştir. TBK m. 138’de taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum sonucu edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına aykırı olarak bozulması söz konusudur. Burada taraflar, sözleşmenin olağanüstü bir durum sonucu değişeceğini çoğu kez düşünmez ve bu konuda bir tasavvurları yoktur. Olağanüstü durum sonucu değişen koşullar o derece önemlidir ki taraflar bu durumu bilselerdi bu sözleşmeyi hiç veya öngörülen şartlarla yapmayacaklardı. Dolayısıyla tarafların sözleşmenin yapıldığı esnadaki şartların bu denli değişmeyeceği şeklinde farazi bir tasavvuru söz konusudur⁵⁵⁵. Aşırı ifa güçlüğü temel hatasından ayıran en büyük fark da TBK m. 32’deki temel hatasında gerçek bir tasavvurun söz konusu olmasıdır⁵⁵⁶. Sübjektif işlem temelinde olağanüstü bir durum söz konusu olmayıp sözleşmenin kurulmasına etki eden tasavvurların yanlış çıkması söz konusudur.

Yaklaşık bedelin öngörüldüğü eser sözleşmelerinde eser için kararlaştırılan yaklaşık bedel, yüklenicinin onayıyla kararlaştırıldığı için artık yüklenici açısından da bu durum açıkça bilinmektedir. Dolayısıyla işlem temeli olarak belirlenen yaklaşık bedel, aşırı aşıldığı durumlarda sübjektif işlem temeli çökmekte⁵⁵⁷ ve iş sahibine TBK m. 482 (OR Art. 375)’de tanınan hakları kullanma imkanı sunulmaktadır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ **TWERENBOLD**, N. 110.

⁵⁵⁵ **GÜLEKLİ**, s. 46.

⁵⁵⁶ **SEROZAN**, Dönme, s. 344; **GÜLEKLİ**, s. 46.

⁵⁵⁷ Karş. **BAYSAL**, s. 205. Alman hukukunda konunun düzenlendiği BGB § 649 hükmünün işlem temelini çökmesinin özel bir görünümü olarak kabul edilmektedir.

İşlem temeli kavramı her ne kadar TBK m. 32 (OR Art. 24/I-Abs. 4)'de yer alan 'sözleşmenin temeli' kavramıyla bağdaşsa da sübjektif işlem temeliniin çökmesi Türk-İsviçre Borçlar Kanunun'da düzenlenmemiştir. Bu sebeple hükmün hukuki niteliğini belirlerken sübjektif işlem temeliniin çıkış noktasına gitmemiz gerekir. Bu da MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralından başkası değildir. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına rağmen yüklenicinin esere harcamış olduğu masrafların tamamını istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁵⁵⁹. Dolayısıyla TBK m. 482 hükmü sübjektif işlem temeliniin çökmesinin özel bir görünümü olup, hükmün temelleri MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

§ 6. ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Eser sözleşmesinde yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması durumunda eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılıp yapılmamasına göre sözleşme ileriye veya geriye etkili olarak sona erecektir. Buna bağlı olarak yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasının sonuçları, eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılıp yapılmamasına göre deđişmektedir⁵⁶⁰.

Bkz. **BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich**, *Besonderes Schuldrecht*, 42., aktualisierte Aufl., C. H. Beck, München 2018, § 26, s. 386; **BUSCHE, Jan**, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht-Besonderer Teil III/1*, 7. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, § 649, N. 2.

⁵⁵⁸ **BAYGIN**, s. 151.

⁵⁵⁹ **TWERENBOLD**, N. 63.

⁵⁶⁰ **BÜHLER**, *Zürcher Kommentar*, Art. 375, N. 3. Doktrinde **GAUTSCHI**, hizmet ve vekalet sözleşmesi gibi bir iş sözleşmesi olan eser sözleşmesinde eserin meydana

II. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMA KAVRAMI

Roma hukukunda eserin meydana getirilmesi için gereken masrafların yüklenicinin yapmış olduğu tahmini çok aştığı durumlarda iş sahibinin sözleşmeden vazgeçebileceği ve ödenen paranın harcanmamış kısmını geri isteyebileceği belirtilmektedir⁵⁶¹.

Yüklenicinin eseri meydana getirdiği esnada veya meydana getirdikten sonra tespit edilen işin değeri ve yüklenicinin masraflarının tutarı, yaklaşık bedelden fazla ise aşılma gerçekleşmiş olur⁵⁶². Bu aşılma makul bir seviyede, alelade nitelikte ise iş sahibinin bu aşılmaya katlanması gerekmektedir⁵⁶³. Fakat bu alelade aşılma belli bir sınıra kadar giden bir aşma olup, bu sınırın aşılması durumunda artık bu aşma, alelade aşılmadan çıkıp aşırı şekilde aşılmaya geçmektedir. Makul bir seviyede aşma ile aşırı şekilde aşma arasında tolerans sınırı olarak adlandırılan bir sınır vardır. Tolerans sınırının üzerindeki aşmalar aşırı şekilde aşma olarak kabul edilmektedir. Bu aşılmalar keşif bedelinde gösterilmiş iş ve malzemeler için daha yüksek bir fiyat isteme veya keşif bedelinde gösterilmemiş işler için sonradan talepte bulunulması durumunda ortaya

getirilmeye başlandığı durumlarda sona ermenin geriye yönelik olamayacağını ileri sürmüştür (GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375, N. 1).

⁵⁶¹ KARADENİZ, s. 191; SOMER, s. 139, 142.

⁵⁶² ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 375, N. 8; ARAL/AYRANCI, s. 423; TWERENBOLD, N. 135.

⁵⁶³ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 47, N. 37; GAUCH, Werkvertrag, N. 984; GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375, N. 6; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 9; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 283; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 570; BAYGIN, s. 153; GÜRPINAR, s. 85; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 782; BİRİNCİ UZUN, s. 89; UYGUR, Borçlar, s. 8456; TWERENBOLD, N. 198.

çıkabilir⁵⁶⁴. Burada bir tolerans sınırının kabul edilmesinin nedeni kesin maliyet tutarının tam olarak tespit edilmesindeki güçlüktür⁵⁶⁵.

Eser sözleşmesinde bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda bedelin TBK m. 481 uyarınca işin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre belirleneceğini yukarıda ayrıntılı olarak belirtmiştik⁵⁶⁶. Yaklaşık bedelin aşırı bir şekilde aşılması durumunda TBK m. 482, iş sahibine bir takım haklar tanımıştır. Dolayısıyla aşırı şekilde aşılma kavramının ve aşırı şekilde aşılma kavramı içerisinde değerlendirilebilecek durumların tespiti çok önemlidir. Kanunda yer alan ‘aşırı ölçüde aşılma’ kavramı içerik ve kapsam bakımından belirsiz nitelikte olup, hakimin takdirine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir⁵⁶⁷ (MK m. 4).

Aşmanın ne zaman aşırı olarak kabul edileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre; yüklenicinin yapmış olduğu gerçek giderlerle eserin değeri ve fiyatı arasındaki oran önemlidir⁵⁶⁸. Dresden tasarısına göre yalnızca fiyat önemlidir. Fiyat, işin yükleniciye verilmesinde önemli bir etken olduğu için aşırı şekilde aşılma tespit edilirken fiyatın esas alınması isabetlidir⁵⁶⁹.

Eski İsviçre Borçlar Kanunu’nu hazırlayan komisyon, Dresden Yasa Tasarısı’na paralel olarak aşırılığın sınırını en azından bedelin onda biri olarak kabul

⁵⁶⁴ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 19.

⁵⁶⁵ **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 146.

⁵⁶⁶ Bkz. B. 2, § 4, II.

⁵⁶⁷ **TWERENBOLD**, N. 200.

⁵⁶⁸ **OSER**, Komm., Art. 375 (**BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2’den naklen).

⁵⁶⁹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 986; **TWERENBOLD**, N. 135, 198.

etmiştir⁵⁷⁰. Bu yüzden İsviçre’de tolerans sınırı kural olarak keşif bedelinin %10’u olarak kabul edilmektedir⁵⁷¹. Bu oran Türk hukukunda da kural olarak benimsenmektedir⁵⁷². Fakat uyuşmazlıkların belirli yüzdelerle çözülmesi her zaman adalete uygun sonuçlar vermez⁵⁷³. Belirli yüzdelerle oranlar uygulamadaki uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olsa da içerisinde farklı durumları barındıran uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanması sakıncalıdır⁵⁷⁴. Pratik hayat tecrübelerine dayanan basit bir kural olan bu oranın mutlak bir geçerliliği yoktur⁵⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de bu %10’luk oranın her zaman uygulanamayacağını BGE 115 II 462 sayılı kararında şu şekilde vurgulamaktadır: ‘Katı bir matematiksel şemalaştırma

⁵⁷⁰ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 20.

⁵⁷¹ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 37; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 541; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2c, 7, Art. 375, N. 6; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 213; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 12; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 4; **SCHAUB**, s. 178; **HUGUENIN**, N. 3198; **TWERENBOLD**, N. 204. BGE 115 II 462; İsviçre’deki kanton mahkeme kararları için bkz. **TWERENBOLD**, N. 204, dn. 281.

⁵⁷² **EREN**, Sona Erme, s. 90; **ARAL/AYRANCI**, s. 424; **YAVUZ**, s. 1055; **TUNÇOMAĞ**, s. 1067.

⁵⁷³ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375, N. 12; **KÖHLER, Helmut**, Die Überschreitung des Kostenanschlags, NJW, 1983, Heft 30, s. 1633; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 23; **GÜRPINAR**, s. 85.

⁵⁷⁴ **KÖHLER**, s. 1633; **TWERENBOLD**, N. 203.

⁵⁷⁵ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **GAUCH, Peter**, Überschreitung des Kostenvoranschlags – Notizen zur Verhaftung des Architekten (oder Ingenieurs), Baurecht (BR/DC) 4/89, s. 86; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 20; **LEHMANN**, Art. 375, N. 5.

reddedilmelidir, aksi takdirde hukuk ve hakkaniyete göre karar verileceğini öngören ZGB Art. 4 hükmüne aykırılık olur. Özel durumun şartları daima dikkate alınır. Bu nedenle özellikle mevcut koşullar başka bir değerlendirmeyi gerektirirse zikredilen prensipler esnetilebilir⁵⁷⁶.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında %20 aşmayı tereddütle karşılamıştır⁵⁷⁷. Aşmanın %150 oranında olduğu bir durumda ise orantısızlığın gerçekleştiğini kabul etmiştir⁵⁷⁸.

Alman doktrininde aşırı şekilde aşılmanın ne zaman gerçekleşeceği noktasında yüzdeler oran olarak tek bir sayıda uzlaşma yoktur. Bir görüş, tolerans sınırının %10 olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁷⁹. Diğer bir görüş ise kural olarak %15-%20 arasında olabileceğini, istisnai durumlarda en fazla %25 olabileceğini kabul etmektedir.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında %27,7 oranındaki aşmayı tolerans sınırı içerisinde olduğunu kabul etmiştir⁵⁸⁰.

Avusturya hukukunda tolerans sınırı %15 olarak kabul edilmektedir⁵⁸¹.

TWERENBOLD, hukuki güvenliği sağlamak adına az çok sabit bir oran belirlenip, bu oran üzerinden somut olayın özellikleri dikkate alınarak oranın yükseltip alçaltılması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸². Fakat Türkiye’de özellikle enflasyonun yıldan yıla gösterdiği değişkenlik dikkate alındığında sabit bir oranın belirlenmesi

⁵⁷⁶ BGE 115 II 462’den aktaran (BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 21).

⁵⁷⁷ BGE 115 II 463 (BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 22).

⁵⁷⁸ BGE 98 II 303 vd. (BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 22).

⁵⁷⁹ PAHLMANN, s. 367.

⁵⁸⁰ KÖHLER, s. 1633.

⁵⁸¹ TWERENBOLD, N. 205.

⁵⁸² TWERENBOLD, N. 204.

uyuşmazlıkların çözümlenmesine yardım etmeyecektir. Nitekim Almanya’da enflasyon genellikle sabit olup, çok küçük oranlar dışında pek değişmemesine rağmen sabit bir yüzdelik oran belirlenememiştir⁵⁸³. Dolayısıyla Türkiye’nin iktisadi yapısı da dikkate alındığında tolerans (hoşgörü) sınırı olarak adlandırılan bu sınırın her somut olayın özellikleri dikkate alınarak söz konusu işte geçerli olan doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir⁵⁸⁴. Fakat yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığını kabul edebilmek için bir ön şart olarak en azından %10’luk oranı aşması gerektiği sonucuna varabiliriz⁵⁸⁵. Bu kurallar çerçevesinde iş sahibinin hangi orandaki aşmaları kabullenmesi gerektiği belirlenmelidir⁵⁸⁶. Sözleşme konusunun farklı olduğu

⁵⁸³ **BUSCHE**, § 649, N. 10; **PAHLMANN**, s. 367; **ROHLFING/THIELE**, s. 632, 633.

⁵⁸⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 10; **KÖHLER**, s. 1634; **GAUCH**, Kostenvoranschlag s. 86; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 3; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 283; **TRÜMPY-JÄGER**, *Eveline*, Vorzeitige Beendigung von Bauwerkverträgen, Herausgeben von Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Das private Baurecht der Schweiz-Beiträge für die Praxis, Hochschulverlag AG an der ETH Zürich, Zürich 1994, s. 140; **GÜRPINAR**, s. 85; **ARAL/AYRANCI**, s. 424; **BAYGIN**, s. 155; **YAVUZ**, s. 1055; **TWERENBOLD**, N. 207; **ALTAŞ**, s. 76; **BİRİNCİ UZUN**, s. 90; **ÖZ**, Dönme, s. 72; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 23; **KOCAAĞA**, s. 248; **ERGEZEN**, s. 109. BGE 115 II 463 (aktaran, **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 3).

⁵⁸⁵ **BUSCHE**, § 649, N. 10.

⁵⁸⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **TWERENBOLD**, N. 200. Burada aşmanın takdirinde keşif bedelinin güvenilirliğiyle ilgili olarak taraflarca kararlaştırılan takdir yöntemleri ve yüklenicinin açıklamalarının ne ölçüde hesaba katıldığı özellikle önemlidir. Bunun sağlanması her iki tarafın da aynı yöntem ve kriterlere riayet edip

durumlarda farklı oranların tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁸⁷. Örneğin; bir baraj yapımı, ev yapımı ve oto tamiri için farklı oranlar esas alınmalıdır. Ayrıca enflasyonun yüksek olduğu zamanlarda aşırılığın tespitinde bu durum ayrıca dikkate alınmalıdır. Hakim, somut olayın özelliklerine göre, takdir hakkını kullanarak aşmanın aşırı olup olmadığını tespit edecektir⁵⁸⁸.

Aşırı şekilde aşmanın olağanüstü bir sebebe dayanmasına gerek yoktur⁵⁸⁹. Eserin olağan bir şekilde meydana getirilmesi esnasında aşırı şekilde aşılma gerçekleşebilir veya gerçekleşeceği açık bir şekilde anlaşılabilir. Aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşmesinde yüklenicinin kusurlu olması şart değildir⁵⁹⁰. Kusur sadece iş sahibinin tazminat talep ettiği durumlarda gereklidir⁵⁹¹.

etmediği ve fiyat artışının nedenlerinin nereden kaynaklandığı hususlarını tespit etmek için keşif bedelini talep edilen fiyatla karşılaştırmayı öncelikle gerekli kılmaktadır. Bu sayede iş sahibinin aşmanın dürüstlük kuralına göre hesaba katıp katmadığını anlamayı mümkün kılar (BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 23).

⁵⁸⁷ KÖHLER, s. 1633.

⁵⁸⁸ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 12; HUBER/SCHWENDENER, Art. 375, N. 4; TUNÇOMAĞ, s. 1067; ARAL/AYRANCI, s. 424; EREN, Sona Erme, s. 90; GÜRPINAR, s. 85; KOCAAĞA, s. 248. BGE 115 II 462 (aktaran, ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 12).

⁵⁸⁹ GAUCH, Werkvertrag, N. 989; ÖZ, İnşaat, s. 75. Fakat aşırı şekilde aşmanın olağanüstü bir nedenden kaynaklanmadığı durumlarda uygulanan tahmin yöntemindeki fark edilebilir hata derecesinin özellikle dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 12.

⁵⁹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 2; GAUCH, Werkvertrag, N. 1009; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 24; ZINDEL/PULVER/SCHOTT,

Doktrinde keşif bedelinin iş sahibi veya onun mimarı tarafından hazırlandığı durumlarda veya yükleniciye keşif bedelini hazırlamak için gerektiğinden kısa bir süre tanınmışsa tolerans sınırının daha yüksekte belirlenebileceği ileri sürülmektedir⁵⁹². Fakat söz konusu görüş bazı yönlerden yerinde değildir. Keşif bedelini iş sahibi veya onun mimarı hazırlamış olsa bile bu keşif bedelini, yaptığı işte uzman olan yüklenici kabul etmektedir. Yüklenicinin özellikle tacir olduğu durumlarda basiretli davranma yükümlülüğü dolayısıyla keşif bedelinin iş sahibi tarafından hazırlandığını ileri sürerek tolerans sınırının daha yüksek belirlenmesi gerektiği yönündeki iddiası kabul edilemez⁵⁹³. Yine sözleşme görüşmeleri esnasında yükleniciye keşif bedelini hazırlamak için gereğinden çok kısa bir süre verildiği durumlarda yapılan işte uzman olan yüklenici sağlıklı bir keşif bedeli hazırlamak için verilen sürenin yetersiz olduğunu belirtmeli ve sürenin artırılmasını talep etmelidir. Aksi durum yüklenicinin sözleşme öncesi kusurunu oluşturur.

Keşif bedelinin ayrıntılı olarak hazırlandığı durumlarda ise tolerans sınırı daha aşağıda belirlenmelidir. Yine yüklenici sözleşme görüşmeleri esnasında masrafların keşif bedeli civarında olacağını hatta daha az bir fiyata mal olabileceğini belirtmişse tolerans sınırı daha düşük tutulmalıdır⁵⁹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların ayrıntılı

Basler Kommentar, Art. 375, N. 14; **LEHMANN**, Art. 375, N. 6; **ÖZ**, İnşaat, s. 75; **KOCAAĞA**, s. 248.

⁵⁹¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 2; **TUNÇOMAĞ**, s. 1087; **ÖZ**, İnşaat, s. 75.

⁵⁹² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **GAUCH**, Kostenvoranschlag, s. 86; **BAYGIN**, s. 157; **GÜRPINAR**, s. 85; **BİRİNCİ UZUN**, s. 91.

⁵⁹³ Aynı yönde bkz. **TWERENBOLD**, N. 211.

⁵⁹⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 284; **BAYGIN**, s. 157; **GÜRPINAR**, s. 85; **TWERENBOLD**, N. 209; **BİRİNCİ UZUN**, s.

bir masraf tahmini yapmadığı, sadece %20 - %25 arasında bir hata oranının kabul edildiği yaklaşık kübik hesaplamanın benimsendiği ve iş sahibinin uzman olduğu durumlarda tolerans sınırının daha yüksekte belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹⁵.

Doğruya yakın bir keşif bedelinin belirlenmesinin işin niteliği gereği çok zor olduğu durumlarda tolerans sınırı daha yüksekte belirlenebilir⁵⁹⁶.

Doktrinde bir görüş aşırılığın tespitinde iş sahibinin varsayılan iradesini esas almaktadır. Bu görüş, aşırı aşılmanın varlığını iş sahibinin sonradan ortaya çıkan maliyeti başlangıçta kabul etmeyeceğinin dürüstlük kurallarına göre varsayılabildiği durumlarda kabul etmektedir⁵⁹⁷. Bu görüş, eserin daha pahalıya yapılmasına razı olduğu

91. Karş. **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 4; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 146. Yüklenicinin keşif bedelinin güvenilirliğini vurguladığı durumlarda aşırı şekilde aşan kısımlar hakkındaki taleplerinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz. **HONSELL**, s. 309.

⁵⁹⁵ BGE 115 II 462 (aktaran, **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 12).

⁵⁹⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **KÖHLER**, s. 1634; **GAUCH**, Kostenvoranschlag, s. 86; **TWERENBOLD**, N. 208, 209.

⁵⁹⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 1087; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 540-541; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 3; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 424-425; **UYGUR**, Borçlar, s. 8476-8477; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **ÖZ**, İnşaat, s. 75-76. BGE 98 II 303 (kararın çevirisi için bkz. **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 31). Doktrinde **BAYGIN**, iş sahibinin farazi iradesi, dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilerek iş sahibinin masraf tutarı hakkındaki düştüğü yanılığ sadece kendisi yönünden sözleşmenin temeli sayılmamalı, bu husus işlerdeki ticari doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre makul ve dürüst kişiler yönünden de sözleşmenin zorunlu temel şartını oluşturmalıdır (**BAYGIN**, s. 156).

halde bedelin daha az kararlaştırıldığı durumlarda iş sahibinin aleyhine sonuç doğuracağından isabetli değildir⁵⁹⁸. Ayrıca bu görüş yaklaşık bedel belirlenmesini de anlamsız kılacaktır⁵⁹⁹. TBK m. 482 hükmü temel hatasından farklı olarak aşırı aşma olgusunu esas almıştır. Buna göre iş sahibinin iradesinden bağımsız olarak her türlü aşırı şekilde aşma önemli olup aşmanın ölçüsü objektif kriterlere göre belirlenmelidir⁶⁰⁰.

Bedelin TBK m. 481'e göre belirlenmesinde belirttiğimiz üzere tolerans sınırının aşılmasının tespitinde meydana getirilen eserin değeri değil; işin değeri dikkate

⁵⁹⁸ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 986; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 11; **GÜRPINAR**, s. 86; Aynı yönde **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 23; **TWERENBOLD**, N. 201. Doktrinde **ÖZ**, bu konuda farazi iradenin doğrudan esas alınmasını adalete aykırı sonuçlara götürebileceğini belirtmiştir. Yazara göre, dönme hakkının bu koşulu sadece iş sahibinin subjektif tasavvurlarıyla belirlenemez. Yaklaşık keşif bedelinin az miktarda aşıldığı bazı durumlarda iş sahibinin sözleşmeyi bu bedelle yapmayacak olduğunu ispatlayabildiği durumlarda sözleşmeden dönme imkanı aşırı şekilde genişlemiş olur. Bu sebeple bu ölçütün içine dürüstlük kuralı sokularak sözleşmeden dönme, eserin tamamlanması için gereken masrafların, işin özelliğine göre iş sahibine yüklenmesi dürüstlük kuralı ışığında doğru görülüyorsa mümkündür. Bu kapsamda masraflar yaklaşık keşif bedelini aşmasına rağmen iş sahibi somut olayda bu masrafları rahatlıkla karşılayabilecek durumda olup, sözleşmeden dönme halinde ise müteahhidin durumu aşırı derecede sarsılacaksa, yine de dönme hakkı kullanılamamalıdır (**ÖZ**, Dönme, s. 71-72).

⁵⁹⁹ **GÜRPINAR**, s. 86.

⁶⁰⁰ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 11; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 986; **TWERENBOLD**, N. 201.

alınmalıdır⁶⁰¹. İşin değeri tespit edilirken taraflarca yapımı hususunda anlaşılan eser dikkate alınmalıdır. Kararlaştırılan eserin gereğinden daha pahalı ve kaliteli yapıldığı durumlarda iş sahibi bedelin aşırı aşılması nedeniyle dönme hakkına yine sahip olacaktır⁶⁰².

Aşırı şekilde aşılmanın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağıyla ilgili olarak da eser tamamlandıktan sonra TBK m. 481 hükmü çerçevesinde bedel tespit edildikten sonra aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşip gerçekleşmediği ortaya çıkabilir. Fakat bu durum taraflar arasında sıkıntılı durumların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Eser tamamlandıktan sonra aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiğinin tespiti durumunda iş sahibi yükleniciye ne kadar ödeme yapabileceğini bu anda öğrenebildiği için mali durumunu tam anlamıyla ayarlayamayacaktır. Aşırı şekilde aşılma durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığında yüklenici de sözleşmeden beklediği ekonomik yararı elde edemeyecektir. Bu sebeple eserin yapımı esnasında aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşeceği açık bir şekilde öngörülüyorsa aşırı şekilde aşılmanın

⁶⁰¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 2; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 10; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 284; **TUNÇOMAĞ**, s. 1087; **BAYGIN**, s. 157; **TWERENBOLD**, N. 198.

⁶⁰² **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 2; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 10; **ÖZ**, Dönme, s. 72. Fakat **ÖZ**, bu kuralın kesin olmadığını, somut olayın özellikleri gereği bazı özel durumlarda dürüstlük kuralı gereği yapılan bu masrafların ödenmesi gerektiğini, fakat değer fazlalığının ötesinde kararlaştırılandan başka bir eserin çıktığı durumlarda iş sahibinin bunu kabul etmek zorunda olmadığını, bu durumda yüklenicinin edimini ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasının gündeme gelebileceğini ifade etmiştir (**ÖZ**, Dönme, s. 72).

bu aşamada gerçekleştiği kabul edilmelidir⁶⁰³. Böylece iş sahibi sözleşmeye devam edip etmeme noktasındaki iradesini ortaya koyarak daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar engellenmiş olacaktır.

III. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN GERÇEKLEŞMESİ

A. Aşırı Şekilde Aşılma Hallerinin Taraflarca Belirlenip

Belirlenmemesine Göre

1. Sözleşmede Hüküm Bulunan Durumlarda

Yaklaşık bedelin aşılmasında tolerans sınırına kadar gerçekleşen aşılımlar alelade aşılma; tolerans sınırının üzerindeki aşılımlar ise aşırı şekilde aşılma kapsamında değerlendirilmektedir. Burada aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde tolerans sınırının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Olası bir uyuşmazlıkta söz konusu sınırın belirlenmesi taraflar açısından olduğu kadar mahkemeler açısından da oldukça zor bir iştir. Bu yüzden tolerans sınırı önceden belirlenerek olası uyuşmazlıklar baştan engellenebilir.

Taraflar tolerans sınırını serbestçe kararlaştırabilir⁶⁰⁴. Taraflarca yaklaşık bedel belirlenirken ortaya çıkan masrafların kararlaştırılan miktara kadar ödeneceğine yönelik kayıtlar üst limit kaydı olup, üst limiti aşan masraflar aşırı aşılmaya sebebiyet verir. Buradaki üst limit tolerans sınırından başka bir şey değildir. Örneğin; yaklaşık bedelin 20.000.000 TL olarak kararlaştırıldığı fakat aşılmanın en fazla 23.000.000 TL'e kadar olabileceğinin düzenlendiği durumlarda 23.000.000 TL üst limit kaydı olup iş sahibi bu miktardan fazlasını ödemek zorunda değildir.

⁶⁰³ **YAVUZ**, s. 1055; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 570-571; **ÖZ**, Dönme, s. 71-72; **ÖZ**, İnşaat, s. 75; **BAYGIN**, s. 158; **KOCAAĞA**, s. 248.

⁶⁰⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 2; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 424; **TWERENBOLD**, N. 202; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89-90.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde söz konusu 'aşırı bedel kaydı'nın BK m. 367'deki dönme hakkına mı ilişkin olduğu yoksa gerçek anlamda bir 'yaklaşık ücretli istisna sözleşmesi'nde yükleniciye ödenecek azami ücret sınırını mı gösterdiği noktasında tereddüt vardı. Bu hususun sözleşmenin yorumuyla ortaya çıkarılacağı ileri sürülmekteydi⁶⁰⁵. 6098 sayılı Kanun ile TBK m. 482'de yapılan değişikliklerle 'keşif bedeli' ibaresi yerine 'yaklaşık bedel' ibaresi kullanılarak TBK m. 481-482 arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla yaklaşık bedel kararlaştırılan sözleşmelere konulan 'aşırı bedel kaydı' tolerans sınırı olup iş sahibinin yükleniciye en fazla ödeyebileceği miktarı göstermektedir. Söz konusu sınırın aşılması durumunda iş sahibi TBK m. 482'de öngörülen hakları kullanabilecektir.

Masrafların yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı durumlarda sözleşmenin sonlandırılmayacağına ilişkin kayıtların varlığı, TBK m. 482 hükmünde öngörülen hukuki yolların kullanılıp kullanılmayacağı sorununu gündeme getirmektedir. TBK m. 482 emredici bir hüküm olmadığı için taraflar serbestçe sözleşmeye bu tür kayıtlar

⁶⁰⁵ **BAYGIN**, s. 154. Doktrinde **ÖZ**'e göre; bu tür kayıtlar iş sahibi lehine konulmuşsa BK m. 367'deki dönme hakkına ilişkindir. Eğer müteahhit lehine konulmuşsa BK m. 365/II anlamında müteahhide sözleşmeden dönme imkanı veren kayıtlar olarak kabul edilmelidir (**ÖZ**, Dönme, s. 71). **BAYGIN** ise her iki durumda da iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı azami bedel bu miktarla sınırlandığı için bu tip kayıtların iş sahibi yararına olduğunu belirtmekte ve aralarındaki fark konusunda ise masrafların aşırı artmış olması durumunda BK m. 367'e ilişkin dönme hakkının olduğu durumlarda, fiili masraflar olağanüstü haller sebebiyle aşılmış olsa dahi iş sahibi BK m. 367 uyarınca sözleşmeden dönebilecek; BK m. 365/II anlamında yüklenicinin dönme hakkının olduğu durumlarda ise masraflar olağanüstü durumlar sebebiyle aşırı şekilde aşılmışsa yüklenici BK m. 365/II hükmüne kıyasen fesih veya ücret artırımını talebinde bulunabileceğini ileri sürmektedir (**BAYGIN**, s. 154).

koyabilir. Fakat bu kayıtların her halde mutlak bir şekilde uygulanması taraflar arasındaki menfaat dengesini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bozabilir. Bu kayıtlar MK m. 23 ve TBK m. 26 hükümleri çerçevesinde ele alınarak sadece tolerans sınırını normalden daha yüksek olmasını öngören kayıtlar olarak değerlendirilebilir. TBK m. 482'deki hakların kullanımını tamamen ortadan kaldırıcı tarzda bir etkisi olduğu şeklinde yorumlanamaz⁶⁰⁶.

2. Sözleşmede Hüküm Bulunmayan Durumlarda

Taraflar arasındaki sözleşmede tolerans sınırı hakkında herhangi bir hüküm yoksa ilgili kanun hükümleri devreye girecektir. Mülga 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu m. 19'da keşif bedelinin %20'sini geçtiği durumlarda sözleşmenin feshedileceği öngörülmüştü⁶⁰⁷.

Tolerans sınırı hakkında ne sözleşmede ne de ilgili kanun hükümlerinde herhangi bir düzenleme yoksa bir uyuşmazlık durumundan tolerans sınırının belirlenmesi yargısal bir faaliyeti gerektirir. Tolerans sınırının belirlenmesi bir çok yönden önemlidir. Şöyle ki aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşip gerçekleşmediği buna göre belirlenmektedir. İş sahibinin TBK m. 482 uyarınca dönme hakkını kullandığı durumlarda dönmenin TBK m. 482'de öngörülen sonuçları doğurabilmesi aşırı şekilde aşılmanın varlığına bağlıdır. İş sahibinin katlanması gereken aşılma miktarı da tolerans sınırına göre belirlenir. Bir diğer nokta da belirlenecek bu tolerans sınırı ile taraf menfaatleri hakkaniyetli bir şekilde uzlaştırılmaya çalışılacaktır. Şüphesiz bu durum hakimi oldukça zor bir tercihin içerisinde bırakmaktadır.

Doktrinde bu sorun ilk olarak yüzdeler oranlar vasıtasıyla çözülmeye çalışılmıştır. Aşırı aşmayla ilgili olarak Dresden Yasa Tasarısı'nda yer alan %10'luk

⁶⁰⁶ **BİLGE**, s. 257. Karş. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 373, N. 12.

⁶⁰⁷ Bkz. Yarg. 15. HD T. 26.12.1975, E. 4532, K. 5215 (DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI, s. 999-1000).

oran İsviçre ve Alman doktrinini etkilemiştir⁶⁰⁸. Bu etkinin bir sonucu olarak da İsviçre ve Almanya'daki yapı işleri uygulamasında genel olarak keşif bedelinin %10'unu geçen aşmalar aşırı aşma sayılmaktadır⁶⁰⁹. Fakat sabit bir yüzdeler oranının birbirinden farklı her somut olayda farklı etkiler doğuracağı ortadadır. Özellikle meydana getirilecek eserin türü, masrafların hesaplanmasındaki farklı ve özel durumlar sabit yüzdeler oranının etkisini önemli ölçüde değiştirmektedir⁶¹⁰. Bu durum hakkaniyete aykırı bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu tip sakıncaları dikkate alan doktrin esasen %10'luk oran kabul edilmekle birlikte her somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak işlerde geçerli doğruluk ve dürüstlük kuralına göre söz konusu orandan sapmalar yapılabileceğini kabul etmiştir⁶¹¹.

B. Aşırı Şekilde Aşılma İle İlgili Bazı Özel Durumlar

1. Sadece Bazı Kısımlara İlişkin Masrafların Aşırı Olması

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde meydana getirilecek yapıda çeşitli kısımlara ait edimlerin maliyetleri ayrı ayrı hesaplanıp keşif raporunda yaklaşık bir bedel ortaya konulmaktadır. Eserin meydana getirilme sürecinde bazı kısımların yapımı çok fazla masraf gerektirmekte iken; bazıları tahminlere uygun hatta daha az maliyetle gerçekleştirilebilir. Bazı masraf kalemlerinde tahmin edilenden çok daha fazla artış olması durumunda iş sahibinin söz konusu aşırı artış gösteren masraf kalemleri için TBK m. 482'deki hakları kullanıp kullanamayacağı sorunu gündeme

⁶⁰⁸ Aynı şekilde 19.05.1975 tarihli DDR (Demokratische Deutsche Republik – Demokratik Alman Cumhuriyeti) Medeni Kanunu § 195'de de %10'luk aşma aşırı aşma olarak kabul edilmiştir (**KÖHLER**, s. 1633).

⁶⁰⁹ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 541.

⁶¹⁰ **BAYGIN**, s. 155.

⁶¹¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 283-284; **YAVUZ**, s. 1055; **SCHAUB**, s. 178; **ÖZ**, Dönme, s. 71; **BAYGIN**, s. 155.

gelmektedir. Taraflar arasında yapımı kararlaştırılan eser, parça parça yapılan işler olarak değil, bir bütün olarak bir anlam ifade ettiğinden bazı masraf kalemlerindeki aşırı artış kararlaştırılan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşmasına neden olmuyorsa iş sahibi TBK m. 482'deki hakları kullanamaz⁶¹². Eser sözleşmesi edim sonucuna yönelik bir sözleşme olduğu için iş sahibinin edime yönelik menfaati de bir bütün olarak ortaya çıkan esere inhisar etmektedir. Nitekim yüklenici de eseri kararlaştırılan şekilde bir bütün olarak tamamlayıp teslim ettiği an borcunu yerine getirmiş olmaktadır.

Bu konuda bir diğer sorun meydana getirilecek eserdeki bazı işler için yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu işlerde meydana gelen aşırı şekilde aşma dolayısıyla iş sahibinin TBK m. 482'de öngörülen hakları kullanıp kullanamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. TBK m. 482 eserin tamamına ilişkin toplam maliyetin yaklaşık olarak belirlenmesini dikkate almışsa da bazı işler için yaklaşık bedelin esas alınmasında hukuken bir engel yoktur. Buradaki yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılp aşılmadığının belirlenmesinde sadece yaklaşık bedelle yapılacağı öngörülen kısımda aşırı şekilde aşmanın olup olmadığına bakılacaktır. Bu kısma ilişkin olarak yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa iş sahibi eserin tamamı için değil sadece yaklaşık bedelle kararlaştırılan iş için TBK m. 482'deki haklarını kullanabilir. Fakat yaklaşık bedel türüyle yapılan kısım tüm eserin içerisinde masraf yönünden önemli bir maliyetle gerçekleştirilmemişse dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönme kullanılamamalıdır⁶¹³. Diğer bedel türleri ile kararlaştırılan kısımlar yönünden ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı yoktur.

⁶¹² OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 2; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 284; TUNÇOMAĞ, s. 1087; ÖZ, Dönme, s. 74 KARAHASAN, İnşaat, s. 425; BAYGIN, s. 159; BİRİNCİ UZUN, s. 91. Bkz. TWERENBOLD, N. 136.

⁶¹³ ÖZ, Dönme, s. 74; BAYGIN, s. 159.

2. Enflasyonun Etkisi

Yaklaşık bedelin doğruluğunu etkileyen en önemli faktörlerden biri de enflasyondur. Enflasyonun bu etkisini tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa da bu etkinin azaltılması mümkündür. Keşif bedeli tespit edilirken eserin tamamlanma süresine göre olası enflasyon oranları dikkate alınmalıdır⁶¹⁴. Enflasyon oranlarının beklenmedik şekilde fazla arttığı durumlarda fiili masraf tutarı keşif bedelinden fazla olacaktır. Fakat tüm masraf kalemlerinin olası enflasyon karşısındaki artış oranları dikkate alınarak yapılan keşiflerde genellikle bu beklenmedik fazla artışlar aşırı şekilde aşmaya neden olmaz. Fakat beklenmedik bu artış çok fazlaysa aşırı şekilde aşılma sözu konusu olabilir. Bu durumda tolerans sınırı somut durum dikkate alınarak daha yüksekte tutulmalıdır.

İsviçre’de yıllık enflasyon oranı %2 civarındadır. İsviçre’de yaklaşık bedelin %10’dan fazla aşılmasının aşırı aşılma olarak kabul edilmesi enflasyon oranından bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu sebeple ülkemizdeki 2019 yılı enflasyon oranının %20 civarında olduğu⁶¹⁵ dikkate alındığında ülkemizde tolerans sınırının belirlenmesinde daha yüksek bir oranın kabul edilmesi gerekmektedir.

3. Olağanüstü Durumların Etkisi

Eserin meydana getirilmesi süreci uzun olan eser sözleşmelerinde olağanüstü durumlarla karşılaşma riski daha da artmaktadır. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde genellikle eserin meydana getirilme süreci uzundur. Ortaya çıkan olağanüstü durumlar sebebiyle masraflar aşırı şekilde artabilir. Bu olağanüstü durumlar dolayısıyla kararlaştırılan yaklaşık bedelin ne şekilde etkileneceği sorusu gündeme gelmektedir.

⁶¹⁴ ÖZ, Dönme, s. 74. BAYGIN, s. 160.

⁶¹⁵ <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Enflasyon+Verileri>

Olağanüstü durumlar, sözleşme taraflarından her ikisinin de sebep olmadığı durumlar olduğu için bu durumlar sebebiyle ortaya çıkan olumsuzlukların her iki tarafa hakkaniyete uygun bir şekilde dağıtılması gerekmektedir. TBK m. 482 hükmü olağanüstü durumlar hakkında herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu hüküm daha ziyade yaklaşık bedelin yüklenicinin risk alanından kaynaklı aşırı şekilde aşılmasına yöneliktir⁶¹⁶.

Olağanüstü durumlar, taraflarca öngörülme veya öngörülmesi de beklenmeyen bir duruma ilişkin olmalıdır (TBK m. 138). Eserin maliyetini etkileyebilecek durumlar mutad bir inceleme ve araştırmayla öngörülebiliyorsa bu tip durumlar olağanüstü durum kapsamında değerlendirilemez⁶¹⁷.

Ortaya çıkan olağanüstü durumlar dolayısıyla yaklaşık bedelin aşırı olarak aşıldığı durumlarda doktrinde bazı yazarlar götürü bedelli eser sözleşmelerinde yükleniciye sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme veya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan BK m. 365/II (TBK m. 480/II) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁶¹⁸. Burada ilk etapta taraflar sözleşmenin uyarlanması hususunda yeniden müzakere yapmakla yükümlüdür. Yapılan müzakereler sonucunda yapılan uyarlama ile getirilen fazla edimleri iş sahibi, üstlenmek istemiyorsa her iki taraf da sözleşmenin feshini talep edebilir⁶¹⁹. Fakat yüklenici TBK m. 480/II

⁶¹⁶ **TWERENBOLD**, N. 188.

⁶¹⁷ **TWERENBOLD**, N. 190.

⁶¹⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374 Nr. 2, c; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **LEHMANN**, Art. 375, N. 5; **ÖZ**, Dönme, s. 78-79; **YAVUZ**, s. 1056; **TWERENBOLD**, N. 187.

⁶¹⁹ **TWERENBOLD**, N. 195, 196.

hükmünden kıyasen yararlanabilmesi için olağanüstü durum niteliğindeki olayları derhal iş sahibine bildirmek zorundadır⁶²⁰.

Doktrinde ÖZ, hükmün yaklaşık bedelli sözleşmelere uygulanmasını şu şekilde açıklanmaktadır: Olağanüstü durum ortaya çıktığında yaklaşık bedel aşırı surette aşıyorsa yüklenici mahkemeye başvurarak bedelin yeni koşullara göre uyarlanmasını veya sözleşmenin sona erdirilmesini talep edecektir. Burada bedel yaklaşık olarak belirlendiği için mahkeme bedel artırımını yerine gerçek masrafların kısmen iş sahibi tarafından ödenmesine hükmedecektir. Yüklenici mahkemeye başvurduktan sonra artık iş sahibi BK m. 367 (TBK m. 482) uyarınca sözleşmeden dönemez. Fakat BK m. 365/II (TBK m. 480/II) koşulları doğduktan fakat mahkeme BK m. 365/II (TBK m. 480/II) uyarınca bir karar vermeden önce iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeden dönüp dönemeyeceği hususunda ise BK m. 365/II koşullarının oluşması durumunda yine iş sahibi BK m. 367'deki dönme hakkını kullanamamalıdır. Aksi durum BK m. 365/II hükmünün kıyasen uygulanmasını imkansızlaştıracaktır. Fakat yüklenicinin BK m. 365/II hükmünün yaklaşık bedelli sözleşmelere uygulanmasını isteyebilmesi için olağanüstü hal sebebiyle masrafların aşırı arttığını iş sahibine bildirmelidir⁶²¹.

Kanaatimizce bedelin yaklaşık olarak kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde ortaya çıkan olağanüstü sebepler dolayısıyla artan masraflar dolayısıyla TBK m. 480/II hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle yüklenici bedel artırımını talebinde bulunamaz. Çünkü söz konusu hüküm bedelin götürü olarak kararlaştırıldığı eser sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulabilecektir. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde ortaya çıkan olağanüstü sebepler dolayısıyla yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa Türk Borçlar Kanununun genel hükümler kısmındaki TBK m. 138

⁶²⁰ **TWERENBOLD**, N. 192.

⁶²¹ **ÖZ**, Dönme, s. 79-80.

hükümünün kıyasen uygulanması istenebilir⁶²². Yüklenicinin TBK m. 138 hükümünün kıyasen uygulanmasını istemesi iş sahibinin TBK m. 482'deki hakları kullanmasını önler⁶²³.

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükümünün kıyasen uygulanması sonucunda öncelikle mümkünse sözleşme yeni koşullara uyarlanacaktır. Bu uyarlama da yaklaşık bedeli düzenleyen TBK m. 482 hükümünden bağımsız yapılmayacaktır. Bu kapsamda olağanüstü durum sonucunda artan masraflar dikkate alınarak tolerans sınırı daha yüksekte belirlenecektir⁶²⁴. Fakat tolerans sınırının belirlenmesinde dikkate alınan masraflar hakkaniyet ölçüsünde taraflara eşit bir şekilde dağıtılmalıdır. Yapılan uyarlama sonucu her iki taraf –özellikle iş sahibi- açısından sözleşme ilişkisi sürdürülemez duruma gelmişse sözleşme sona erdirilecektir⁶²⁵.

IV. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

1. Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları

a. Genel Olarak

Aşırı şekilde aşılma durumunda TBK m. 482/I'deki şartlar gerçekleştiğinde iş sahibi, sözleşmeden dönme yerine sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilir⁶²⁶. Bu

⁶²² Aynı yönde bkz. **GÖKYAYLA**, Değerlendirme, s. 588.

⁶²³ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 27.

⁶²⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 985; **YAVUZ**, s. 1049.

⁶²⁵ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **KAPLAN**, Ücret Ödeme Borcu, s. 141.

⁶²⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 994; **HUGUENIN**, N. 3198; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **TRÜMPY-JÄGER**, s. 140; **TWERENBOLD**, N. 221.

halde fesih için TBK m. 482/II'deki şartların gerçekleşmesine gerek yoktur⁶²⁷. TBK m. 482/II'deki şartların gerçekleştiği durumlarda artık sözleşme sadece ileriye etkili olarak sonlandırılabilir. TBK m. 482/I'deki hallerde iş sahibinin sözleşmeyi feshettiği durumda TBK m. 482/II hükmü kıyasen uygulanabilir⁶²⁸. İş sahibinin dönme hakkı üzerinde bir uyuşmazlık olduğu takdirde iş sahibi, TBK m. 482'de öngörülen şartların yerine getirildiğini ispatlamak zorundadır⁶²⁹.

İş sahibi, TBK m. 482 gereği sözleşmeden döndüğünde yüklenici TBK m. 482 hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmediğini ileri sürerek mahkemeye başvurup yapılan yargılama sonucunda TBK m. 482 öngörülen şartların gerçekleşmediği durumlarda doktrinde bir görüş, TBK m. 484 uyarınca tam tazminat verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶³⁰.

Taraflarca geçerli bir şekilde kurulan sözleşmelerin sona erme şekilleri kanunda düzenlenmiştir. Sözleşme hukukumuzda hakim bir prensip olan pacta sunt servanda ilkesi gereğince sözleşmeye bağlılığın asıl olduğu kabul edilmiştir. Bu ilkenin bir sonucu olarak da sözleşme ancak kanunda öngörülen sebepler dolayısıyla sona erebilir. İş sahibi, TBK m. 482 uyarınca sözleşmeden dönerken kanunda dönme sebebi olarak öngörülen bir sebebe dayanmaktadır. Dönme sebebinin geçerli olmadığı, gerçekte var olmayan bir nedene dayandığı durumlarda sözleşmeye son verme iradesi

⁶²⁷ **HUGUENIN**, N. 3198; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32.

⁶²⁸ Karş. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 994; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 23.

⁶²⁹ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 38; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 8.

⁶³⁰ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 8b, 8c; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 288; **UYGUR**, İnşaat, s. 566; **TWERENBOLD**, N. 244.

sakatlanmıştır. Bu sebeple dönme beyanı da kendiliğinden geçersiz olacaktır. Dönme beyanı geçersiz olduğu için sözleşme sona ermez. Dönme sebebinin geçerli olmadığı durumlarda sözleşmenin sona erdiği ancak dönme sebebinin geçersizliği bilinmiş olsaydı yine de sözleşmeden dönüleceğinin kabul edilebileceği bir durumun olması gerekmektedir⁶³¹.

b. Sözleşmeye Temel Teşkil Eden Bir Yaklaşık Bedelin Tespit Edilmiş Olması

Yaklaşık bedel, bir takım tahminlere dayalı olarak tespit edilir⁶³². Bu tahmin genellikle alanında uzman bir mimar veya inşaat mühendisinin yapacağı bir keşif yardımıyla yapılabilmektedir. Keşif sonucunda hazırlanan raporun sonunda ortaya ‘keşif bedeli’ olarak adlandırılan bir bedel ortaya çıkmaktadır⁶³³. Bu raporun sonunda ortaya konan fiyat taraflar arasındaki pazarlığa da esas teşkil eder⁶³⁴. Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmayacağı da bu bedele göre belirlenmektedir⁶³⁵. Keşif bedeli, sözleşmedeki bedel türünü tek başına belirlemeye yeterli değildir. Tarafların işin söz

⁶³¹ Doktrinde **GAUTSCHI**, bu duruma ilişkin olarak hakimin fesih beyanının OR Art. 375 hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmediğini ileri sürerek beyanın geçersiz olduğunu kabul etmeyebileceğini, sadece eserin tamamlandığı durumlarda sözleşmeden doğan bedelin ödenmesi gerektiği sonucuna varırsa fesih beyanının geçersiz olduğunu kabul edebileceğini ileri sürmüştür (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 8b).

⁶³² **BİLGE**, s. 258.

⁶³³ Keşif bedelinin hazırlanışıyla ilgili olarak bkz. yuk. 2. Bölüm, § 3, III, D.

⁶³⁴ **SUNGUR**, s. 231; **ÖZ**, Dönme, s. 69. Doktrinde **ÖZ**, yaklaşık bedelin genellikle ‘keşif raporu’ adı altında sözleşmenin müzakereleri aşamasında müteahhit tarafından iş sahibine sunulduğunu ifade etmiştir (**ÖZ**, Dönme, s. 69). Bkz. Yarg. 15. HD T. 17.05.1976, E. 5519, K. 2180 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 998-999).

⁶³⁵ **SUNGUR**, s. 231; **ERMAN**, s. 59-60.

konusu bedele yapılacağı hususunda kesin olarak bağlanıp bağlanmamasına göre bedelin türü belirlenebilecektir. Bir keşif bedelinin tespit edilmiş olması mutlaka sözleşmenin yaklaşık bedelli olarak kararlaştırıldığı anlamına gelmez⁶³⁶. Tarafların keşif bedeline yükledikleri anlam, somut olay dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir⁶³⁷.

Keşif bedeli çoğu kez meydana getirilecek eserin maliyeti hakkında iş sahibine bir fikir verir⁶³⁸. Keşif bedeli üzerinde tarafların kesin olarak anlaşığı durumda bedel türü götürü bedel olmaktadır⁶³⁹.

Bu bedel üzerinde taraflarca kesin bir anlaşma sağlanmadığı durumlarda bedel kesin olarak belirlenmemiştir. Çünkü götürü bedelin kabul edilebilmesi için bedel üzerinde kesin bir anlaşma olması şarttır. Taraflar keşif bedelini kesin bir miktar olarak kabul etmeyip, yaklaşık bir bedel olarak kabul ederek sözleşmeyi kurduklarında sözleşmedeki bedel türü yaklaşık bedel olmaktadır⁶⁴⁰. 818 sayılı BK m. 367/I'de yer

⁶³⁶ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **BAYGIN**, s. 44; **TWERENBOLD**, N. 103, 115. Bkz. Yarg. 15. HD T. 17.05.1976, E. 5519, K. 2180 (**DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 998-999).

⁶³⁷ **TWERENBOLD**, N. 107, 112.

⁶³⁸ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **BAYGIN**, s. 43; **TWERENBOLD**, N. 102, 113.

⁶³⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 373, N. 4a; **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 369; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1036a; **BROX/WALKER**, § 26, s. 386; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 212; **ERMAN**, s. 60; **BAYGIN**, s. 152; **TWERENBOLD**, N. 115. Fakat **GAUCH**, garantili keşif bedelinin yüklenicinin ödeyeceği en fazla miktardaki bedeli belirleyen salt azami fiyat da olabileceğini belirtmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 1036a).

⁶⁴⁰ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **ERMAN**, s. 60; **BAYGIN**, s. 45.

alan ‘takribi bir surette tespit edilen keşfi’ ibaresiyle de bu husus açıkça ifade edilmekteydi. Burada zikredilen keşif bedeli de yaklaşık olarak belirlenmektedir. Keşif bedeli yaklaşık olarak belirlenmeyip kesin olarak belirlendiğinde zaten bedelin türü sabit (götürü) olmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tespit edilen keşif bedeli, yaklaşık olarak kararlaştırılmışsa iş sahibinin ödeyeceği bedel, BK m. 366 uyarınca belirlenmekteydi. Nitekim yaklaşık olarak belirlenen her bedel kesin olmayıp, işin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenir.

Bedelin türü, sözleşmenin yorumlanmasıyla ortaya çıkar⁶⁴¹. Bu kapsamda sözleşme belgelerinde yazan ifadeler bedelin türünü belirleme noktasında yardımcı olabilecektir. Bu kapsamda sözleşmedeki ‘yaklaşık’, ‘takriben’, ‘aşağı yukarı’, ‘tahminen’ gibi ibareler bedelin yaklaşık olduğunu gösterir. Buna karşın ‘sabit’, ‘bağlayıcı’, ‘kesin inşaat bedeli’, ‘hiçbir ek talep olmadan’ gibi ibareler de götürü (sabit) bir bedelin olduğunu gösterir⁶⁴².

Yaklaşık olarak belirlenen bedel, bir keşif sonucu ortaya çıkabileceği gibi keşif yapılmaksızın da belirlenebilir. Keşif sonucunda işin ne miktara mal olabileceğini gösteren bir tahmini maliyet miktarı ortaya konur⁶⁴³. Yaklaşık bedel, genellikle tahmini bir maliyet miktarına dayandığı için genellikle bu bedel bir keşif sonucu belirlenir. Keşif, işin nasıl yürütüleceğini belirleme veya götürü bedeli tespit amaçlı olarak yapılmışsa TBK m. 482 hükmü uygulanmaz⁶⁴⁴. Taraflar arasındaki eser sözleşmesine yaklaşık bedele ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için sözleşmeye temel teşkil eden

⁶⁴¹ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370.

⁶⁴² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 939; **BAYGIN**, s. 45; **TWERENBOLD**, N. 113, 115.

⁶⁴³ **EREN**, Sona Erme, s. 90; **BAYGIN**, s. 43. Yüklenici tarafından iyiniyetle sunulmuş olan keşif bedelinin şüphe halinde yaklaşık bir fiyat belirleme olduğu yönünde bkz.

BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 19.

⁶⁴⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **BAYGIN**, s. 44, 152-153.

doğruluğu garanti edilmemiş bir yaklaşık bedelin kararlaştırılmış olması gerekmektedir⁶⁴⁵. Kararlaştırılan bu bedelin kesin olmadığı noktasında taraflar uzlaşmalıdır⁶⁴⁶. Bu hususta bir uzlaşının olmadığı durumlarda bedel hiç belirlenmemiştir. Bu durumda yaklaşık bedele ilişkin TBK m. 482 hükmü yine uygulanamaz⁶⁴⁷. Sözleşmede kararlaştırılan bedelin sabit (götürü) mi yoksa yaklaşık bedel mi olduğu noktasında tereddüt varsa sözleşmenin yaklaşık bedelle kurulduğu kabul edilmelidir⁶⁴⁸. Taraflar arasında tartışmalı da olsa herhangi bir bedel miktarının belirlenmediği durumlarda ne yaklaşık bedele ilişkin TBK m. 482 hükmü ne de sabit (götürü) bedele ilişkin TBK m. 480 hükmü uygulanır⁶⁴⁹.

Yaklaşık bedel, kesin olarak belirlenmiş bir bedel olmadığı için iş sahibinin ödemesi gereken bedel yine TBK m. 481 hükmü uyarınca belirlenecektir⁶⁵⁰. Fakat

⁶⁴⁵ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 937; **BROX/WALKER**, § 26, s. 386; **BAYGIN**, s. 152; **TWERENBOLD**, N. 103.

⁶⁴⁶ **ÖZ**, Dönme, s. 70; **BAYGIN**, s. 44.

⁶⁴⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 1; **SCHMID/STÖCKLI**, § 16, N. 1816; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 283; **BİLGE**, s. 259; **ERMAN**, s. 62; **BAYGIN**, s. 153.

⁶⁴⁸ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 15, Art. 375, N. 19; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89. Aksi yönde bkz. **YAVUZ**, s. 1054. Sorunun somut sözleşmenin özelliklerinin dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiği hakkında bkz. **ALTAŞ**, s. 72-73.

⁶⁴⁹ **ÖZ**, Dönme, s. 68.

⁶⁵⁰ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 1; **TWERENBOLD**, N. 100. Doktrinde **GAUTSCHI**, yapılan işin değeri ve masraflar daha az tutsa bile yükleniciye

yaklaşık bedel akdedilen sözleşmeye etkisi ve tarafları sözleşme yapma hususundaki saiklerini belirleme noktasında önemli etkisi dolayısıyla yapılan sözleşmenin işlem temeli durumundadır⁶⁵¹. Yaklaşık bedelin aşırı aşılması dolayısıyla iş sahibine verilen sözleşmeyi sonlandırma hakkı bu bedele atfedilen hukuki önemin göstergesidir⁶⁵². Yaklaşık bedel, sözleşmede işlem temeli durumunda olduğu için belirlenmesinde dürüstlük kuralı ve özen borcuna aykırılık yapılması durumunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ya da sözleşme görüşmelerinde kusur (culpa in contrahendo) sorumluluğuna sebep olabilecektir⁶⁵³.

Yaklaşık keşif bedelinin yaklaşık bedelden herhangi bir farkının olmadığını, iş sahibinin ödeyeceği bedelin yine TBK m. 481 hükmü uyarınca belirlendiğini belirtmiştik. Bu kapsamda tarafların ‘yaklaşık keşif bedeli’ şeklinde bir isimlendirme

yine de yaklaşık bedelin ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 7). Karş. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 973.

⁶⁵¹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2c; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 938; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 1, 5; **KÖHLER**, s. 1634; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 4; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 1, Art. 375, N. 2; **HUGUENIN**, N. 3197; **SCHMID/STÖCKLI**, § 16, N. 1816; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 297; **EREN, Fikret**, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 89, 90; **BİLGE**, s. 258; **YAVUZ**, s. 1049; **GÜRPINAR**, s. 84; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 552-553; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 228; **TWERENBOLD**, N. 104. Aksi yönde **MERZ**, s. 255.

⁶⁵² **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **BİLGE**, s. 258; **ERMAN**, s. 61.

⁶⁵³ **YAVUZ**, s. 1049-1050; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89.

yapmaları uygulanacak hükümler açısından kural olarak herhangi bir farklılık yaratmaz. Burada önemli olan tarafların TBK m. 482 hükmünün uygulanmasını bertaraf edip etmedikleri yönündeki iradeleridir. Sözleşmeden tarafların iradesinin TBK m. 482 hükmünü bertaraf etme şeklinde olduğu anlaşılıyorsa TBK m. 482 hükmü uygulanmayacaktır.

Sözleşmeye temel teşkil eden yaklaşık bedel, tarafları sözleşme yapmaya iten bir işlem temeli olmasına rağmen sözleşme içeriğine dahil bir unsur değildir⁶⁵⁴. Bu sebeple bu bedel taraflar için bağlayıcı değildir⁶⁵⁵. Yaklaşık bedel, sözleşme içeriğine dahil olmadığı için sözleşme kurmaya yönelik TBK m. 3 anlamındaki öneriden farklıdır⁶⁵⁶. TBK m. 3 anlamındaki öneri, karşı tarafın kabulüyle birlikte sözleşme içeriğine dahil olmaktadır.

Sözleşmeye temel teşkil eden yaklaşık bedel taraflarca açıkça kararlaştırılabileceği gibi sözleşme konusu işin niteliğinden de çıkarılabilir⁶⁵⁷. İşin niteliğinden sözleşmenin yaklaşık bedelle kurulmuş olmasına örnek olarak sökülmeden ve parçalara ayrılmadan kesin şekilde masrafların tespiti mümkün olmayan bir

⁶⁵⁴ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **HUGUENIN**, N. 3197; **BUSCHE**, § 649, N. 2; **TWERENBOLD**, N. 110. Yarg. 4. HD T. 13.03.1958 E. 7509 K. 1317 (**OLGAÇ**, s. 681, dn. 26).

⁶⁵⁵ **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 154; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 374, N. 1a; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 374, N. 1; **BAYGIN**, s. 43-44, 149; **TWERENBOLD**, N. 110. Karş. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 967.

⁶⁵⁶ **TWERENBOLD**, N. 102.

⁶⁵⁷ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **YAVUZ**, s. 1054; **ÖZ**, Dönme, s. 70; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 424; **UYGUR**, Borçlar, s. 8476; **ERGEZEN**, s. 47. **BİRİNCİ UZUN**, s. 89.

otomobilin tamiri gösterilebilir⁶⁵⁸. Sözleşmede kararlaştırılan bedelin türü konusunda tereddüt yaşanırsa bedelin yaklaşık olduğu kabul edilmelidir⁶⁵⁹. Fakat taraflar herhangi bir bedel zikretmemişse TBK m. 482 hükmü uygulanamaz⁶⁶⁰.

c. Aşırı Şekilde Aşılmanın İş Sahibine İlişkin Bir Sebep

Kaynaklanmamış Olması

İş sahibi kendisinden kaynaklanan sebeplerle yaklaşık bedelin aşırı bir şekilde aşılmasına neden olmuşsa aşırı aşılma sebebiyle kendisine TBK m. 482’de tanınan hakları kullanamaz. TBK m. 482’de ‘iş sahibinin kusuru olmaksızın’ şeklinde ifade edilmiş olsa da iş sahibinin herhangi bir kusuru olmasa da aşırı aşılmaya sebebiyet veren fiilleri TBK m. 482’de öngörülen hakların kullanımını engeller⁶⁶¹. OR Art. 375’in

⁶⁵⁸ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **TUNÇOMAĞ**, s. 1087; **ÖZ**, Dönme, s. 70.

⁶⁵⁹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 282; **BİRİNCİ UZUN**, s. 89. Yarg. 15. HD 05.07.2004 tarih E. 2003/6466, K. 2004/3724 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aksi görüşte **YAVUZ**, s. 1054. Bedelin götürü olduğu ispatlanamadığında bedelin götürü olarak kabul edilemeyeceği hakkında bkz. Yarg. 15. HD T. 14.05.1990, E. 2051, K. 2150 (**UYGUR**, Borçlar, s. 8367).

⁶⁶⁰ **SCHMID/STÖCKLI**, § 16, N. 1816.

⁶⁶¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 3; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375 N. 7a; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 988; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 15; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 14, 15; **YAVUZ**, s. 1055; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 3; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 425; **ERMAN**, s. 61; **ÖZ**, Dönme, s. 75; **EREN**, Özel Hükümler, s. 675; **EREN**, Sona Erme, s. 90; **ERDOĞAN**, s. 158; **BAYGIN**, s. 161; **ALTAŞ**, s. 78; **UYGUR**, Borçlar, s. 8477; **ÖZ**, İnşaat, s. 76, 78; **ERGEZEN**, s. 111;

Almanca metninde yer alan ‘ohne Zutun des Bestellers’ yani iş sahibinin etkisi olmaksızın şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁶². İş sahibinin neden olduğu masraf artışları sonucu ortaya çıkan aşırı şekilde aşılmadan dolayı TBK m. 482 hükmüne başvurması dürüstlük kuralına da aykırıdır⁶⁶³.

İş sahibinin etkisi, onun ek iş veya iş değişikliği taleplerinden⁶⁶⁴, masraf artışına neden olan talimatlarından veya alacaklı temerrüdüne düşme nedeniyle oluşan olumsuz durumlardan kaynaklanabilir⁶⁶⁵. İş sahibinin masraf artışına neden olan müdahalelerini yüklenici ispatlamalıdır⁶⁶⁶.

İş sahibinin masraf artışına neden olan fiilleri çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Sözleşmede ek iş veya iş değişikliği yaptırılabilirliğinin düzenlendiği durumlarda iş sahibinin bu yöndeki talepleri sonucunda masraf artışları gerçekleşebilir. İş sahibinin bu

KOCAAĞA, s. 248; **BİRİNCİ UZUN**, s. 92; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 230; **TWERENBOLD**, N. 147, 159.

⁶⁶² **ATAAY/SUNGURBEY**, s. 384; **BİLGE**, s. 258; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571; **BAYGIN**, s. 161; **BİRİNCİ UZUN**, s. 92.

⁶⁶³ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 16; **ARAL/AYRANCI**, s. 424, **KOCAAĞA**, s. 248-249.

⁶⁶⁴ İsviçre’deki uygulamadan örnekler için bkz. **TWERENBOLD**, N. 162-165.

⁶⁶⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 3; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375 N. 7b; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 988; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375 N. 15; **GÜMÜŞ**, s. 84; **YAVUZ**, s. 1055; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 15, 16; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 3; **BİLGE**, s. 258; **LEHMANN**, Art. 375, N. 7; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571; **TWERENBOLD**, N. 159, 160, 168. BGE 115 II 461.

⁶⁶⁶ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 38; **LEHMANN**, Art. 375, N. 7.

talepleri yaklaşık bedelin aşmasına sebep oluyorsa yüklenici derhal yaklaşık bedelin aşılacağını iş sahibine bildirmelidir⁶⁶⁷. Bu bildirim yükümlülüğü yüklenicinin genel özen borcundan (TBK m. 471/I) kaynaklanmaktadır. Söz konusu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda yüklenici iş sahibinin TBK m. 482'deki hakları kullanmasına engel olamayacaktır⁶⁶⁸.

İş sahibine isnat edilemeyen fakat yüklenicinin de kusurunun olmadığı, hatta onun faaliyet alanı dışında gerçekleşen sebeplerden dolayı yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı durumlarda iş sahibi, TBK m. 482'de öngörülen hakları kullanabilecektir⁶⁶⁹. İş sahibinin ihmali veya icrai suretteki hareketleriyle yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına neden olan masraf artışları arasında bir nedensellik bağı kurulabildiği ölçüde TBK m. 482'deki haklar kullanılamaz⁶⁷⁰. Bu kapsamda iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle işe başlamada ve işin sürdürülmesindeki gecikmeler masrafları aşırı artırmış ve yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa iş sahibi TBK m. 482'deki haklarını

⁶⁶⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 8; **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 145; **ÖZ**, Dönme, s. 75; **BAYGIN**, s. 162. Aksi yönde bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1007.

⁶⁶⁸ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 16; **ÖZ**, Dönme, s. 75; **ALTAŞ**, s. 79. Doktrinde **BAYGIN**, aşırı masraf artışını iş sahibine bildirmeyen yüklenicinin iş sahibinin fiiliyle aşırı masraf artışı arasındaki illiyet bağıını kestğini ileri sürmüştür (**BAYGIN**, s. 162).

⁶⁶⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7a; **ÖZ**, Dönme, s. 75; **BAYGIN**, s. 163. Olağanüstü durumlarda tolerans sınırı durumun özelliklerine yükseltilecektir. Bu hususta bkz. B. 3, § 6, II, B, 2.

⁶⁷⁰ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375 N. 7a; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 15; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 14; **GÜMÜŞ**, s. 83-84; **BAYGIN**, s. 161; **BİRİNCİ UZUN**, s. 92.

kullanamaz⁶⁷¹. Yine iş sahibi kusursuz olsa da akdi bir yükümlülüğü hiç veya usulüne uygun bir şekilde yerine getirmemesi dolayısıyla yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa TBK m. 482'deki haklarını kullanamaz⁶⁷². İş sahibi, aşırı şekilde aşılmanın bir bölümünden sorumlu ise TBK m. 482'deki hakları kullanabilir fakat alacağı hakkaniyete uygun bedel veya indirilecek bedel bu oranda azaltılır⁶⁷³.

İş sahibinin kendisi dışında eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aşırı şekilde aşılmaya sebep olması durumunda yine TBK m. 482'de öngörülen haklar kullanılamayacaktır⁶⁷⁴.

d. Yaklaşık Bedeli Aşırı Şekilde Aşan Masrafların İş Sahibi

Tarafından Kabul Edilmemesi veya Kabul Edilmiş

Sayılmaması

İş sahibi yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına neden olmasa da bu bedelin aşırı şekilde aşılmasını açıkça veya zımni olarak kabul etmişse TBK m. 482'deki dönme hakkından yararlanamaz⁶⁷⁵. Aksi durum çelişkili davranış yasağına da aykırılık

⁶⁷¹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 3; GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375 N. 7a; ÖZ, Dönme, s. 76.

⁶⁷² ÖZ, Dönme, s. 76.

⁶⁷³ GAUCH, Werkvertrag, N. 988.

⁶⁷⁴ GAUCH, Werkvertrag, N. 988.

⁶⁷⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 4; BECKER, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 3 GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7c; GAUCH, Werkvertrag, N. 990; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, N. 16; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 17; BERKİ, s. 147; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 284-285; LEHMANN, Art. 375, N. 2; UYGUR, Borçlar, s. 8477; YAVUZ, s. 1055; ALTAŞ, s. 79; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 375, N. 3; ERGEZEN, s. 111; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 551; ÖZ, Dönme, s. 76; BAYGIN, s. 163;

oluşturacaktır⁶⁷⁶. İş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına onay verdiğini kabul edebilmek için gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel aşmayı bilmesi şarttır⁶⁷⁷.

Yaklaşık bedelin aşılar aşılmadığı hususunda genellikle eseri meydana getiren yüklenici taraf bilgi sahibidir. Bu hususu dikkate alan BGB § 649/II ve ABGB § 1170a hükümleri ile yüklenici yaklaşık bedelin aşıldığını iş sahibine derhal bildirmekle yükümlü tutulmuştur. BGB § 649/II hükmünün amacı başka masraflar çıkmadan iş sahibinin BGB § 649/I'de öngörülen fesih hakkını kullanabilmesine imkan sağlamaktadır.

Türk ve İsviçre hukukunda yaklaşık bedelin aşılmasının bildirimi hakkında Alman hukukundaki gibi açık bir düzenleme yoktur. Fakat yüklenicinin genel özen borcunu düzenleyen TBK m. 471/I hükmü gereği yüklenici masrafların aşıldığı durumlarda derhal yükleniciyi durumdan haberdar etmelidir⁶⁷⁸. Yüklenicinin ihbar

TWERENBOLD, N. 185; **ÖZ**, İnşaat, s. 77; **KOCAAĞA**, s. 249. Bu kabule ilişkin şartlarla ilgili olarak bkz. BGE 108 II 105.

⁶⁷⁶ Karş. **AKYOL**, **Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 57, 58.

⁶⁷⁷ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7c; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 991; **TWERENBOLD**, N. 185.

⁶⁷⁸ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 35; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285; **ALTAŞ**, s. 77; **DAYINLARLI**, s. 20; **BAYGIN**, s. 163; **TWERENBOLD**, N. 185; **ÖZ**, İnşaat, s. 77. Doktrinde **BERKİ**, kanunun iş sahibine işin bitmesinden sonra da fesih hakkını kullanabileceğini öngörmesindeki amacının yüklenicinin aşılma hakkında iş sahibine bilgi vermesini sağlamak olduğunu, bilgi vermediği durumlarda eser tamamlansa bile iş

yükümlülüğünün kapsamı hakkında doktrinde bir görüş, yüklenicinin sadece yaklaşık bedeli aşırı şekilde aşan masrafları bildirmekle yükümlü olduğunu, aşmanın tolerans sınırı içerisinde kaldığı durumlarda yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmektedir⁶⁷⁹. Fakat söz konusu görüş şu yönlerden yerinde değildir. Şöyle ki; daha önce de belirttiğimiz üzere yaklaşık bedelin aşılmasındaki tolerans sınırı önceden kesin bir şekilde belirlenebilir bir limit olmayıp somut olayın durumuna göre değişkenlik arz etmektedir. Aşmanın aşırı olup olmadığı kolayca tespit edilebilecek bir husus olmayıp, bu durum genellikle taraflar arasında ihtilafa yol açmakta ve tespiti genellikle yargısal bir faaliyeti gerektirmektedir. Ayrıca aşmanın aşırı olup olmadığını yüklenicinin tespitlerine göre belirlenmesi güvenli bir durum oluşturmaz. Eserin meydana getirilme sürecinde yüklenici tarafından aşırı şekilde aşma olarak değerlendirilmeyen aşmaların daha sonra aşırı şekilde aşma niteliğinde olduğunun tespit edildiği durumlarda telafisi güç zararlar ortaya çıkabilecektir. Açıkladığımız bu sebepler nedeniyle yüklenici, yaklaşık bedeli aşan her tür masraf artışını iş sahibine bildirmelidir⁶⁸⁰. Bu bildirim yükümlülüğü yüklenicinin TBK m. 471/I'de düzenlenen genel özen borcunun da bir gereğidir. Yaklaşık bedelin alelade aşıldığı durumların iş sahibine bildirilmesi onun ekonomik durumunu bu aşmaya göre ayarlamasına da yardımcı olacaktır.

sahibi tarafından sözleşmenin sonlandırılmasına katlanmaya mecbur olacağını ifade etmektedir (**BERKİ**, s. 147).

⁶⁷⁹ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 540; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1007; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285; **YAVUZ**, s. 1018; **GÜMÜŞ**, s. 86; **GÜRPINAR**, s. 91; **UYGUR**, Borçlar, s. 8477. BGE 92 II 232.

⁶⁸⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, Nr. 10; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11d; Çok küçük, önemsiz nitelikteki aşmaların bildirilmesinin gerekmediği yönünde bkz. **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 35.

Yaklaşık bedelin aşılması çoğunlukla eser tamamlandıktan sonra fiili masrafların toplanması sonucunda ortaya çıkan bedelin yaklaşık bedeli aşırı şekilde aşım aşmadığına göre belirlenmektedir. Fakat eser tamamlandıktan sonra iş sahibinin TBK m. 482’de öngörülen haklarını kullanması yüklenici açısından bazı elverişsiz sonuçların doğmasına neden olabilir. Bunu dikkate alan kanun koyucu yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda da iş sahibine TBK m. 482’deki haklarını kullanabilme imkanı tanımıştır. İş sahibinin TBK m. 482’deki haklarını kullanıp kullanmayacağını belirlenmesi yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılar aşılmamasına göre belirlenecektir⁶⁸¹. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılabilmesi için yüklenici, yaklaşık bedeli aşan her tür masraf artışını iş sahibine derhal bildirmelidir.

Yüklenici masrafların yaklaşık bedeli aşacağını ve buna göre fazla bedel isteyeceğini bildirmesine rağmen iş sahibi ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin yüklenicinin işe devam etmesine sessiz kalmışsa bu aşmaya zımnen rıza göstermiş sayılır⁶⁸². Fakat bu zımni rıza daha sonra gerçekleşecek masraf artışlarına izin verdiği anlamına gelmez⁶⁸³. Daha sonra gerçekleşecek masraf artışlarını aynı şekilde iş sahibine bildirmelidir. İş sahibinin zımni rızası sadece sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırır. TBK m. 482/II’deki bedelden indirim hakkı saklıdır⁶⁸⁴.

İş değişikliği ve ek iş dışında sözleşme konusu işin yapılması esnasında yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşmasına sebep olan masraf artışlarına iş sahibi, açıkça

⁶⁸¹ Karş. **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 59-60.

⁶⁸² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7c; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 286; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 425; **BAYGIN**, s. 164; **GÜRPINAR**, s. 87-88.

⁶⁸³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 286; **ALTAŞ**, s. 79.

⁶⁸⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 991.

veya zımnen onay vermişse aynı şekilde kendisine tanınan TBK m. 482'deki hakları kullanamaz⁶⁸⁵. Aksi durum dürüstlük kuralından doğan çelişkili davranış yasağına da aykırı olacaktır. Fakat burada yüklenici masraf artışları sebebiyle yaklaşık bedelin aşılacağı noktasında iş sahibini bilgilendirmelidir⁶⁸⁶.

İş sahibinin yaklaşık bedeli aşan kısım için avans vermesi de zımni rızasına delalet eder⁶⁸⁷. Ancak bu durum başka aşmalar için de önceden razı olma şeklinde yorumlanamaz⁶⁸⁸. İş sahibi aşma durumunu ve miktarını bilip bu duruma sessiz kalmışsa aynı şekilde aşmaya zımnen rıza göstermiş sayılır. Fakat iş sahibinin aşma durumunu bilmesi her zaman aşmaya razı olduğunu göstermeyebilir. İş sahibi, fesih yerine bedelden indirim veya müsbet zararın tazmini yollarını da seçebilir⁶⁸⁹. Fakat

⁶⁸⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 3, 4; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 3; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7c; **TUNÇOMAĞ**, s. 1087-1088; **GÜMÜŞ**, s. 84; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571; **BİRİNCİ UZUN**, s. 92; **ERGEZEN**, s. 111-112.

⁶⁸⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 8; **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 145; **OLGAÇ**, s. 765; **ÖZ**, Dönme, s. 75; **BAYGIN**, s. 162. Aksi yönde bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1007.

⁶⁸⁷ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 3; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 990; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 18; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 3; **SUNGUR**, s. 242; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 286; **OLGAÇ**, s. 766; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 425; **BAYGIN**, s. 164; **GÜRPINAR**, s. 87; **UYGUR**, Borçlar, s. 8477; **ERGEZEN**, s. 112.

⁶⁸⁸ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 4; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 990; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 425.

⁶⁸⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 7c; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 991; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 287.

herhalde bunları yükleniciye vaktinde bildirmiş olmalıdır⁶⁹⁰. Tüm bu durumların iş sahibinin davranışlarından sorumlu olduğu kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda da iş sahibi yine TBK m. 482’de öngörülen hakları kullanamaz⁶⁹¹.

e. Yüklenicinin Yaklaşık Bedeli Aşan Aşırı Masrafların

Karşılanmasını İstemekten Vazgeçmemiş Olması

Yaklaşık bedelli eser sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmeden dönebilmesinin en önemli koşulu yaklaşık bedelin aşırı olarak aşılmasıdır. Eserin meydana getirilebilmesi için gereken masraflar, tolerans sınırının üzerine çıkmamışsa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Yaklaşık bedelin tolerans sınırının üzerine çıktığı durumlarda yüklenici tolerans sınırı üzerindeki masrafları talep etmeyeceğini belirtirse artık iş sahibi sözleşmeden dönemez⁶⁹². Çünkü aşırı şekilde aşma sebebiyle tanınan dönme hakkının kullanılmasında herhangi bir hukuki yarar kalmamıştır⁶⁹³. Burada iş sahibinin ortaya çıkan masrafların miktarına ilişkin bir

⁶⁹⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 286-287.

⁶⁹¹ **ARAL/AYRANCI**, s. 424.

⁶⁹² **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 5a, b; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 5; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 288; **TRÜMPY-JÄGER**, s. 140; **YAVUZ**, s. 1056; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571; **ÖZ**, Dönme, s. 77; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **BAYGIN**, s. 166; **ALTAŞ**, s. 76; **ÖZ**, İnşaat, s. 76.

⁶⁹³ **ÖZ**, Dönme, s. 77; **ALTAŞ**, s. 76; Doktrinde bu durumun TBK m. 34/II hükmüyle uyum içerisinde olduğu, hataya düşen tarafın dürüstlük kurallarına aykırı olarak hatasına dayanamayacağı ifade edilmiştir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 688; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 288; **BAYGIN**, s. 167.) Fakat geleceğe yönelik olgularda hataya düşülemeyeceğinden bu görüşe katılmıyoruz.

yanılıgısı söz konusudur. Yüklencici aşırı şekilde aşmaya neden olan masraf artışlarını üstlenip, bedeli katlanılabilir ölçüde tutarak bu yanılıgının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmektedir. Böylece iş sahibinin sözleşmeyi sonlandırma gerekçekçesini de ortadan kaldırmaktadır.

Yüklencici her zaman tolerans sınırını aşan masraflara yönelik talebinden vazgeçtiğini iş sahibine bildirebilir⁶⁹⁴. Fakat yüklencici eserin meydana getirilmesi esnasında ortaya çıkan tüm aşırı masraf artışlarını üstlenmek istemiyorsa sadece belirtmiş olduğu kısmı üstlendiğini iş sahibine bildirmelidir⁶⁹⁵.

Doktrinde bir görüş, yüklenciciye fazla masraflar ödenmediğinde işe devamdan kaçınabileceğini, bunun bir tür (erken ileri sürülebilir) ödemezlik def'i hali olduğunu ileri sürmektedir⁶⁹⁶. Fakat bu görüş şu yönlerden isabetli değildir. Şöyle ki, iş sahibinin bedel ödeme borcu kural olarak eserin tamamlanması ile muaccel olur. İş bitinceye kadar bedel talebinde bulunamayacak olan yüklencicinin ödemezlik def'i türünden bir gerekçe ile eseri meydana getirmekten kaçınması mümkün değildir. Bu olanak sadece bedelin kısmen veya tamamen işin görülmesi esnasında ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olabilir⁶⁹⁷.

Bedelin eserin tamamlandığı durumlarda ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda iş sahibinin fazla masrafları ödemeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda

⁶⁹⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 77; **BAYGIN**, s. 166.

⁶⁹⁵ Doktrinde **ÖZ**'e göre, yüklencicinin yaklaşık bedelin aşırı aştığını veya aşılacağını anladığı an durumu iş sahibine bildirmesi gerektiğini, aksi halde yüklencici iş sahibinde eserin yaklaşık bedele çıkacağı izlenimi uyandırmışsa artık dürüstlük kuralı yardımıyla masraf fazlasını talep edemeyecek duruma gelebilir (**ÖZ**, Dönme, s. 77).

⁶⁹⁶ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 5b; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285, 286.

⁶⁹⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 77-78; **BAYGIN**, s. 167-168.

yüklenicinin ne şekilde hareket etmesi gerektiği, çözümlenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu durum iki ayrı şekilde görülebilir. İlkinde; fazla masraflar tolerans sınırını aşmıyor veya dönmenin diğer şartlarından biri gerçekleşmemişse, yüklenici bedel alacağı muaccel olduğunda iş sahibini fiili masraflara göre belirlenecek bedeli ödemeye zorlayabilir. Bu durumda TBK m. 482’de yükleniciye işi durdurma yetkisi verilmemiştir. Fakat yüklenici, iş sahibinin masraf fazlasını ödemeyeceğini bildirmesine rağmen eseri tamamlayacağı tarihte bedel alacağını almak için başlatacağı takibin çok büyük bir olasılıkla semeresiz kalabileceğini ispatlayabilirse bedel alacağı güvence altına alınana kadar eseri meydana getirmekten kaçınabilir⁶⁹⁸ (TBK m. 98/I).

İkincisi; fazla masraflar tolerans sınırını aşıyor ve dönmenin diğer şartlarının da gerçekleştiği durumlarda iş sahibi fazla masrafları ödemeyeceğini bildirmişse yüklenicinin ne şekilde hareket etmesi gerektiği, çözümlenmesi gereken bir sorundur. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak doktrinde ÖZ’e göre; bu durumda iş sahibinin masrafları ödemeyeceğine dair beyanı BK m. 367 gereği yapılan bir dönme beyanı olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda kanun iş sahibine sözleşmeden dönme dışında bir hak tanımadığı ve bu hakkını kullanmazsa fazla masrafları ödemek zorunda kalabileceği için masraf fazlasını ödemeyeceğine yönelik beyanına ‘dönme bildirim’ dışında başka bir anlam verilemez. Dolayısıyla dönme ile ortadan kaldırılmış sayılan bu sözleşmenin ifasından kaçınmak da bir defa kullanımı olmayacaktır⁶⁹⁹. Kanaatimizce yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması durumunda iş sahibine tanınan dönme hakkı yenilik doğuran bir hak olup kullanılmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. İş sahibinin masrafları ödemeyeceğini beyan etmesi sözleşmeden dönme hakkını

⁶⁹⁸ ÖZ, Dönme, s. 78.

⁶⁹⁹ ÖZ, Dönme, s. 78. Yazarın vardığı sonuca katılmakla birlikte gerekçenin her zaman isabetli olmadığı yönünde bkz. **BAYGIN**, s. 168.

kullanmasına delalet etse de her olayda iradesinin bu yönde olduğu anlamına gelmez. İş sahibi TBK m. 482/II'de yer alan bedel indirimi hakkını da kullanabilir. Burada yüklenici masraf artışları hususunda yükleniciyi bilgilendirip işe devam etmeli ve iş bitirildikten sonra da TBK m. 481 uyarınca belirlenecek bedeli talep etmelidir. Yüklenici bunları yapmayıp işi bırakırsa temerrüt durumuna düşebilir ve iş sahibi de bu sebeple sözleşmeden dönebilir⁷⁰⁰.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden döndüğü durumlarda yüklenicinin tolerans sınırının üzerindeki masrafları istemeyeceğini belirterek sözleşmenin devamını sağlaması esasen dönmenin borç ilişkisine yapmış olduğu etkiyi ortadan kaldırmaktadır. Bu sonuç esasen yenilik doğuran hakların ortaya çıkardığı sonuçlarla bağdaşmaz. Fakat iş sahibine TBK m. 482'de tanınan dönme hakkı yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına bağlı bir haklı sebebe dayandığından, yüklenicinin tolerans sınırının üzerindeki masrafları talep etmeyeceğini bildirmesi bu hakkın gerekçesini de ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple dürüstlük kuralı gereğince de dönme hakkı herhangi bir sonuç doğurmayıp, sözleşme devam edecektir⁷⁰¹.

2. Dönme Hakkının Kullanılması ve Hukuki Sonuçları

a. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme, sözleşmenin taraflarından birinin karşı tarafa yapacağı tek taraflı bir bildirimle sözleşme bağıni ortadan kaldıran yenilik doğuran bir haktır⁷⁰².

⁷⁰⁰ **BAYGIN**, s. 168.

⁷⁰¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1006.

⁷⁰² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 976; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 28; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 481; **ÖZ**, Dönme, s. 31; **ÖZ, Turgut**, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme

Bu hakkın kullanımı bir geçerlilik şekline tabi olmayıp, dönme bildirimine karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷⁰³. Dönme ile sözleşmenin kurulduğu andaki durumun (status quo ante = restitution in integrum) tekrar sağlanması amaçlanmıştır⁷⁰⁴. Böylece her iki tarafın edim borcu sona erecek, yerine getirilen edimler varsa bunlar da durumun özelliğine göre aynen veya nakden geri verilecektir⁷⁰⁵.

Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkı, borcun alacaklısına borçlunun temerrüdü halinde (TBK m. 125/II, III) ve borçlunun ifa güçsüzlüğü sebebiyle ifanın tehlikeye düştüğü hallerde (TBK m. 98/II) tanınmıştır. Bazı şartlarla borçluya da alacaklının temerrüdünde (TBK m. 110) ve borcun ifasına engel olan bazı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda (TBK m. 111) dönme hakkı tanınmıştır. Fakat dönmenin sonuçları sadece TBK m. 125/III'de düzenlenmiştir. Bu sebeple TBK m. 125/III'de öngörülen sonuçlar niteliğine ters düşmedikçe diğer hükümlerdeki sözleşmeden dönme hallerine de

Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Y. 1985, S. 16, s. 131.

⁷⁰³ **ÖZ**, Dönme, s. 31; **UYGUR**, İnşaat, s. 566. Yarg. 15. HD T. 01.10.1990, E. 518, K. 3696 (**UYGUR**, İnşaat, s. 748-749).

⁷⁰⁴ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 482; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1143; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 16; **KURT**, s. 284; **SEROZAN**, Dönme, s. 40; **ÖZ**, Dönme, s. 26-27; **ÖZ**, Eleştiri, s. 131-132. Yarg. 15. HD T. 10.03.2003 E. 2003/492-1152 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 925-926).

⁷⁰⁵ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 482.

uygulanacaktır⁷⁰⁶. Aynı şekilde Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri arasında yer verilen dönme haklarına, ilgili özel hükümde farklı bir sonuç bağlanmış olmadıkça, TBK m. 125/III hükmü uygulanacaktır⁷⁰⁷. Fakat bu özel kurallardan dönmenin TBK m. 125/III'deki sonuçlarına uymayan bir hüküm olduğunda artık bu özel hükmün uygulanması gerekmektedir⁷⁰⁸.

Sürekli borç ilişkilerinde dönmenin sözleşmenin kurulduğu ana döndürücü etkisi adalete aykırı sonuçlar verebilir. Çünkü o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi bazen mümkün olmadığı gibi işlevsel de değildir⁷⁰⁹. Bu yüzden sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin bazı özel hükümlerde ve borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 126'da bu tür sözleşmelerin ancak ileriye etkili olarak sonlandırılabilmesi öngörülmüştür. Böylece, sözleşmenin sona erdiği ana kadar yerine getirilmiş edimler geri istenemeyecektir⁷¹⁰. Örneğin; eser sözleşmesinde TBK m. 484'de ve belli şartlarla TBK m. 482/II'de iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkını kullanabileceği öngörülmüştür.

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmede kanunda öngörülmeyen durumlar için de tanınabilir. Hakim görüş, sözleşmeyle tanınan bu hakkın kullanılmasıyla sözleşmenin hukuken gerçek anlamda geçmişe etkili olarak ortadan kalkmayacağını,

⁷⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 482.

⁷⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 482; ÖZ, Dönme, s. 32.

⁷⁰⁸ ÖZ, Dönme, s. 32, dn. 47.

⁷⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 483; EREN, Borçlar Genel, s. 1287.

⁷¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 484; EREN, Borçlar Genel, s. 1286.

sadece tarafların aynı sonucu veren bir tasfiyeyi birbirlerine borçlanmış olacağını ileri sürmektedir⁷¹¹.

Eser sözleşmesi özelinde de eser sözleşmesinin düzenlendiği kanun hükümlerinde öngörülen dönme haklarının kullanılmasından sonra ortaya çıkan sonuçlar bakımından kural olarak TBK m. 125/III'deki dönmenin sonuçları esas alınacaktır⁷¹². Böylece TBK m. 482/I'de öngörülen dönme, genel hükümlerde yer alan TBK m. 125'deki dönme ile aynı hukuki sonuçları doğuracaktır⁷¹³. Bu durum sadece dönmenin sonuçlarına ilişkin olup, maddede dönmenin bir şartı olan temerrütün şartları burada aranmaz.

b. Dönme Hakkının Hukuki Niteliği

Dönme hakkı yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkının kullanılması da yenilik doğuran bir işlemle gerçekleşir⁷¹⁴. Bu işlem, karşı tarafa yöneltilen tek taraflı, varması gereken bir beyanla gerçekleştirilir⁷¹⁵. Kural olarak şarta bağlanamaz ve ondan

⁷¹¹ **von TUHR Andreas/ESCHER Arnold**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (mit Supplement), 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984, § 74, IV, 6, a, s. 169; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 487.

⁷¹² **ÖZ**, Dönme, s. 32.

⁷¹³ **YAVUZ**, s. 1056; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571.

⁷¹⁴ **GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2008, N. 2795; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 514; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1144; **SEROZAN**, Dönme, s. 59; **SCHWENZER**, N. 66.31; **ALTAŞ**, s. 74. Bu işlemin geniş anlamda bir tasarruf işlemi olduğu hakkında bkz. **SEROZAN**, Dönme, s. 59.

⁷¹⁵ **von TUHR/ESCHER**, § 74, IV, 6, s. 168-169; **FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas**, Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Aufl., De

dönülemez. Sözleşmeden dönmenin ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar ise doktrinde tartışmalıdır. Dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından başlıca üç teori vardır.

İsviçre ve Türk hukuklarında hakim olan klasik teoriye göre⁷¹⁶; dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili (ex tunc) olarak ortadan kaldırır. Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için sözleşmeden doğan hak ve borçlar da doğdukları andan itibaren ortadan kalkar. TBK m. 125/III'deki '...sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir' ibaresinin bunu açıkça gösterdiği ifade edilmektedir⁷¹⁷. Dönme sonrası ortaya çıkan tasfiye ilişkisinin niteliği de sözleşme dışı bir olgu olup tasfiye de sözleşme dışı kurallara göre yapılacaktır⁷¹⁸. Dönmeyle birlikte taraflar birbirinden ifa talep edemez. Tarafların yerine getirdikleri edimler de hukuki sebepten yoksun hale gelmiştir. Yerine getirilen edimler sonucunda tarafların kazanmış oldukları tüm hak ve

Gruyter Recht, Berlin 2006, § 48, N. 528; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 392; **TWERENBOLD**, N. 244. Yarg. 15. HD T. 21.11.1979, E. 1847, K. 2353 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1013). Dönme hakkının mahkemeye başvurularak kullanılması gerektiği hakkındaki Yargıtay'ın isabetsiz kararları için bkz. Yarg. Yarg. TD T. 25.03.1954, 2073-2196 sayılı kararı (**ATASAYAN**, s. 373).

⁷¹⁶ **VON TUHR/ESCHER**, § 73, VII, s. 155; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 520; **KELLER/SCHÖBİ**, I, s. 277; **VON BÜREN**, Allgemeiner Teil, s. 380; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 249; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 141; **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku C. 1 Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. B., Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 951; **FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 263, 415; **ÖZ**, Dönme, s. 39.

⁷¹⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 39.

⁷¹⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 34; **ÖZ**, Eleştiri, s. 138.

malvarlıklarında doğan her artış, onlar için bir sebepsiz zenginleşmedir. Bu kazanımların geri verilmesi talebi, sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77 vd.) esaslarına tabi olacak ve iade borcunun kapsamı da TBK m. 79-81 hükümlerine göre belirlenecektir. İade taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı da dönme beyanının ulaşmasından itibaren 2 yıldır (TBK m. 82). Buradaki sebepsiz zenginleşmenin iadesine yönelik davanın ‘sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (condictio ob causam finitam)’ olduğu belirtilmektedir⁷¹⁹.

Klasik görüşü benimseyen yazarlar dönmeden sonra tarafların birbirine yapmış olduğu kazandırmaların iadesine yönelik talebin niteliği konusunda ikiye ayrılmıştır. Yazarların bir kısmına göre; kazandırmalar ‘sebebe bağlı’ (illi) bir tasarruf işlemiyle yapılmış olsa bile devredilen hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceğini, tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini, bunların ancak sebebin sonradan sona ermesine dayanan sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle istenebileceğini ileri sürmektedir⁷²⁰. Tasarruf işlemi yapılırken işlemin sebebinde herhangi bir geçersizlik yoktur. İptalden farklı olarak dönmede, sebebin sona ermesi, sonradan ortaya çıkan bir olguya dayanmaktadır⁷²¹.

Klasik görüşü benimseyen diğer bir kısım yazarlar ise; sebebe bağlı tasarruf işleminin sözleşmeden dönmeyle birlikte geçmişe etkili olarak hükümsüzleşeceğini ve

⁷¹⁹ **VON TUHR/ESCHER**, § 73, VII, s. 156; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 249; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 520-521; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 952; **FEYZİOĞLU**, C. II, s. 263-264.

⁷²⁰ **VON TUHR/ESCHER**, § 73, VII, s. 155, 156; **VON BÜREN**, Allgemeiner Teil, s. 380, dn. 81, 82; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 952. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. **ÖZ**, Eleştiri, s. 142 vd. Söz konusu görüş kabul edildiğinde ortaya çıkabilecek sakıncalar için bkz. **ÖZ**, Eleştiri, s. 158-162.

⁷²¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 521.

bu nedenle de verilen şeylerin iadesinin aynı hakka dayanacağını ileri sürmektedir⁷²². Örneğin; bu görüşe göre taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan sözleşmelerden dönülünce mülkiyet el değiştirmemiş, yapılan tescil ise yolsuz hale gelmiştir. Fakat bu görüş, tarafların birbirine verdikleri şeyler üzerinde hak kazanan 3. kişilerin zor durumda kalabileceği ve karşılıklı iade taleplerinin farklı hükümlere tabi olabileceği noktasında eleştirilmiştir⁷²³.

Bu konudaki yasal borç ilişkisi teorisine göre⁷²⁴; sözleşmeden dönmeyle birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili bir şekilde sona erer. Fakat tarafların yerine getirmiş oldukları edimler sebepten yoksun hale gelmez. Yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesi yükümlülüğü doğrudan TBK m. 125/III (OR Art. 109)'dan kaynaklanmaktadır. Bu hüküm taraflar arasında tasfiyeye yönelik 'yasal bir borç ilişkisi' kurmaktadır. Böylece iade talebine ilişkin zamanaşımı da genel hükümlerde borç ilişkilerine yönelik genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olacaktır (TBK m. 146)⁷²⁵. İade yükümünün kapsamının belirlenmesinde ise sebepsiz

⁷²² **ÖZ**, Dönme, s. 40.

⁷²³ Bu tip sakıncalar için önerilen çözüm önerileri için bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 257, 258. **ÖZ**, Eleştiri, s. 148 vd.

⁷²⁴ **BECKER, Hermann**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd./N. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 1945, Art. 109, N. 4; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 968 BGE 63 II 252; BGE 61 II 225. Yarg. 15. HD T. 02.12.1975, E. 1975/4486, K. 1975/4747 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷²⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 968.

zenginleşme hükümleri (TBK m. 79-80) kıyasen uygulanacaktır⁷²⁶. Yasal borç ilişkisi teorisi ile klasik teori arasında iade taleplerinin tabi olacağı zamanaşımı süreleri dışında herhangi bir fark yoktur.

Bu konuyla ilgili yeni dönme teorisine göre⁷²⁷; dönme, borç ilişkisini ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak sona erdirir⁷²⁸. Dönme, sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyip, onu bir tasfiye ilişkisine çevirir⁷²⁹. Sözleşme içerik değiştirerek devam etmektedir. Bu yönüyle dönme hakkının kullanılması değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir⁷³⁰. Dönme hakkının kullanılmasıyla tarafların henüz ifa etmedikleri edimler ortadan kalkar. Taraflar bu borçlardan ifadan kaçınma yoluyla

⁷²⁶ **BECKER**, Allgemeine, Art. 109, N. 6; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 968.

⁷²⁷ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 48, N. 528; **LARENZ, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, s. 406; **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 207; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2793; **SEROZAN**, Dönme, s. 68 vd., s. 73 vd.; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 18 vd.; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 209 vd.; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1146-1147; **SCHWENZER**, N. 66.33; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 378; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 369; **ŞENOCAK**, s. 48 vd. Yeni dönme teorisinin eleştirisi için bkz. **ÖZ**, Eleştiri, s. 163 vd.

⁷²⁸ Doktrinde **EREN**'e göre dönme sadece sözleşme içeriğindeki ilk edimlerin yerine, alınanları geri verme edimine dönüştüğü ana kadar geriye yürütmesi sebebiyle geçmişe etkilidir. Bunun dışında dönme geleceğe etkilidir (**EREN**, Borçlar Genel, s. 1146).

⁷²⁹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2793; **SEROZAN**, Dönme, s. 69, 90; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1144; **SCHWENZER**, N. 66.33.

⁷³⁰ **LARENZ**, Allgemeiner Teil, s. 406; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1144.

kurtulur⁷³¹. Dönme üzerine henüz ifa edilmemiş borçlar, bu görüş taraftarlarından bazısına göre ileriye etkili olarak ortadan kalkacak⁷³²; bazısına göre ise borçlar ortadan kalkmayacak fakat borçlunun söz konusu edimleri yerine getirmeden kaçınmasını sağlayan bir def'i hakkı ortaya çıkacaktır⁷³³. İfa edilen edimler bakımından ise taraflar bunları birbirine iade etmekle yükümlüdür⁷³⁴. Buradaki iade borcu da niteliği itibariyle akdi nitelikte bir borçtur⁷³⁵. Böylece sözleşmeye ilişkin yorum, savunma, teminat,

⁷³¹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2804, 2805; **SEROZAN**, Dönme, s. 505; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1144-1145.

⁷³² **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 48, N. 528; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77.

⁷³³ **SEROZAN**, Dönme, s. 74, 506; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 18; **SEROZAN**, **Rona**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 199. Fakat **SEROZAN** burada kullanılan definin sürekli defilerden olduğunu, yani def'i hakkı sahibi tarafından ileri sürülmesine bile kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğuracağını ve bunun sonucunda da hakim tarafından resen dikkate alınacağını belirtmektedir (**SEROZAN**, Dönme, s. 506).

⁷³⁴ **LARENZ**, Allgemeiner Teil, s. 406; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 48, N. 528; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1144, 1145; **SEROZAN**, Dönme, s. 82, 90; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 18; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 377; **SCHWENZER**, N. 66.33.

⁷³⁵ **LARENZ**, Allgemeiner Teil, s. 406; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 48, N. 529; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2806; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1145; **SEROZAN**, Dönme, s. 78, 82; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 18; **SEROZAN**, Geri Verme, s. 199; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 378.

tazminat, zaman aşımı, ispat yükü ve hasar düzeni de yürürlükte kalır⁷³⁶. Dönmenin nihai hedefi olan ‘sözleşme öncesi duruma getirme’ sebepsiz zenginleşme kuralları ile sağlanması imkansızdır. ‘Sözleşme öncesi duruma getirme’ ancak sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilebilir⁷³⁷. Tarafların yerine getirdikleri edimler, yine aynı sözleşmeden doğan iade borcu haline gelecektir. İadeye ilişkin de sebepsiz zenginleşme kuralları (TBK m. 79-81) değil, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak kurallar (TBK m. 112 vd.) uygulanacaktır⁷³⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında yasal borç ilişkisi teorisi çerçevesinde dönmeden sonra tarafların iade taleplerini kanundan kaynaklanan talepler olarak nitelmiş ve on yıllık zamanaşımı süresine tabi kılmıştır⁷³⁹. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi daha sonraki kararlarında yeni dönme teorisi çerçevesinde kararlar vermiştir⁷⁴⁰.

Yargıtay genel olarak klasik teori çerçevesinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir⁷⁴¹. Bazı kararlarında ise yasal borç teorisine uygun olarak taraflar arasındaki iade borçlarının kanundan doğduğunu ve bu taleplerin 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğuna hükmetmiştir⁷⁴². Bazı kararlarında yeni dönme

⁷³⁶ **SEROZAN**, Geri Verme, s. 199.

⁷³⁷ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2806; **SEROZAN**, Dönme, s. 80.

⁷³⁸ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2806.

⁷³⁹ BGE 60 II 27; BGE 61 II 255; BGE 63 II 252.

⁷⁴⁰ BGE 114 II 157; BGE 114 II 152; BGE 123 III 16.

⁷⁴¹ Yargıtay bazı kararlarında tarafların iade borçlarının kaynağını sebepsiz zenginleşme olduğunu ortaya koymuştur. Bu hususta bkz. Yarg. 15. HD T. 05.11.1990, E. 1990/1352, K. 1990/4599 (**KOSTAKOĞLU**, s. 902).

⁷⁴² Yarg. HGK T. 02.02.1955 E. 1955/15, K. 1955/14 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

teorisine uygun şekilde sözleşmenin bozulmasından doğan borcun akdi bir borç olduğundan hareketle zamanaşımının 10 yıl olduğuna hükmetmiştir⁷⁴³. Yargıtay, iade borcunun kaynağı kanun veya sebepsiz zenginleşme de olsa iadenin kapsamını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlemektedir⁷⁴⁴.

Dönmenin hukuki niteliğini açıklayan tüm teoriler dönme ile sözleşmenin kurulduğu andaki durumun tekrar sağlanmasının amaçlandığı hususunda hemfikirdir⁷⁴⁵. Bu teorilerden birisi tercih edilirken teorinin Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sistemine uygun olması önemlidir. Kanaatimizce Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sistemine en uygun teori klasik teoridir. TBK m. 125/III'de açıkça ‘...sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle...’ ibaresiyle sözleşmenin ortadan kaldırıldığı çok açık bir şekilde ortaya konulmaktadır⁷⁴⁶. Dolayısıyla yeni dönme görüşünde savunulan sözleşmenin devam edeceğine yönelik görüş yasanın öngörmüş olduğu sisteme uymamaktadır⁷⁴⁷. Ayrıca yeni dönme teorisine göre sözleşmenin devam edip, sadece borçlar ters döndüğüne göre yasada sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı uğranılan zararlar

⁷⁴³ Yarg. 4. HD T. 08.06.1959, 2324/4413 sayılı karar (**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 952-953).

⁷⁴⁴ Yarg. HGK T. 26.03.1997, E. 1996/15-818, K. 1997/234 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 10.03.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152 (**KOSTAKOĞLU**, s. 925-926).

⁷⁴⁵ **BECKER**, Allgemeine, Art. 109, N. 1; **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 13 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 482.

⁷⁴⁶ **ÖZ**, Dönme, s. 39.

⁷⁴⁷ Nitekim yeni dönme teorisinin savunucularından **SEROZAN** da yasa koyucunun iradesinin sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi iptal gibi geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldırdığı yönünde olduğunu itiraf etmiştir (**SEROZAN**, İfa Engelleri, § 17, N. 20).

olarak ifade edilen menfi zararların nasıl tazmin edileceği sorunu yeni dönme teorisi ile yasada öngörülen sisteme uygun bir şekilde çözümlenememektedir⁷⁴⁸.

Borçlar Kanunu m. 367/I'deki feshin geriye yürürlü bir fesih olduğu, yani bunun aslında sözleşmeden dönme olduğu doktrinde ifade edilmekteydi⁷⁴⁹. BK m. 367/I hükmünün Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı TBK m. 482/I'de anlamına uygun olarak 'dönme' olarak ifade edilmiştir. Eser sözleşmesinin düzenlendiği kısımda dönmenin sonuçları özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple genel hükümlerdeki dönmeye ilişkin kurallar uygulanacaktır. Doktrinde baskın görüş de buradaki dönmenin BK m. 108'deki dönmeye benzediğini ve söz konusu maddede öngörülen sonuçların burada da geçerli olacağını belirtmektedir⁷⁵⁰. Tasiyenin hangi kurallara bağlı olacağı hususunda ise dönmenin borç ilişkisine etkisi hususunda klasik teoriyi savunanlar sözleşme geçmişse etkili olarak sona ermiş olduğundan tasfiyenin sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca yapılacağını belirtmektedir⁷⁵¹. Dönmenin borç ilişkisini sona

⁷⁴⁸ **ÖZ**, Eleştiri, s. 163-164. Yeni dönme teorisinin savunucularından **SEROZAN**, bu sorunu aşmak için olumlu-olumsuz zarar ayrımını da reddetmektedir (**SEROZAN**, Dönme, s. 591 vd.).

⁷⁴⁹ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 38; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 5; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 6; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 288; **LEHMANN**, Art. 375, N. 8; **ÖZ**, Dönme, s. 69; **UYGUR**, Borçlar, s. 8478; **TWERENBOLD**, N. 213, 216.

⁷⁵⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 5; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 289; **YAVUZ**, s. 1056; **TWERENBOLD**, N. 217-219.

⁷⁵¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 5; **TWERENBOLD**, N. 217-219. Doktrinde **GAUTSCHI**, burada iş görmenin akdi temeli ortadan kalktığı için iş sahibinin menfaatine aykırı bir vekaletsiz iş görme halini aldığından burada sebepsiz

erdimeyeceğini, sadece tasfiyeye yönelik olmak üzere içeriğinin değişeceğini savunan yeni dönme teorisi savunucuları tasfiyenin sözleşme ilişkisi çerçevesinde sözleşme kurallarına göre gerçekleştirileceğini ileri sürmektedir⁷⁵².

c. Dönme Hakkının Kullanılması

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşırı şekilde aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda iş sahibi sözleşmeden dönebilir (TBK m. 482/I). Dolayısıyla aşmanın fiilen gerçekleşmiş olması gerekmeyp aşırı şekilde aşmadan yeterince emin bulunduğu durumlarda da iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁷⁵³. Fakat bu durumun zayıf bir takım tahminlerden çok kesinliğe yakın güçlü bir tahmine ilişkin olması gerekmektedir⁷⁵⁴. Aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşeceği yeterli kesinlikte olmasa bile

zenginleşme kuralları değil, vekaletsiz iş görmeye ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 3, 9 ve 10a). **TWERENBOLD**, ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yanı sıra iş sahibinin vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere de başvurabileceğini ileri sürmektedir (**TWERENBOLD**, N. 222).

⁷⁵² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 976; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 32; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 289; **YAVUZ**, s. 1056.

⁷⁵³ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1004; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 18, 35; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 583; **OLGAÇ**, s. 765; **DALAMANLI/İZGİ**, s. 317; **TWERENBOLD**, N. 245. Aşırı şekilde aşılmanın maddi unsurlarını ispatlayabildiği anda kullanabileceği yönünde bkz. **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 230.

⁷⁵⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1004; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 7; **LEHMANN**, Art. 375, N. 2; **ÖZ**, Dönme, s. 72; **BAYGIN**, s. 158; **BİRİNCİ UZUN**, s. 91-92.

yüklenici, iş sahibine masraf artışlarının yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşmasına neden olacağını beyan etmişse artık iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁷⁵⁵.

Dönme hakkının ne zaman kullanılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, dönmenin koşullarının gerçekleştiğinin öğrenildiği an hakkın derhal kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁵⁶. Diğer bir görüş, herhangi bir süreye bağlı olmadan eserin tamamlanmasından sonra da hakkın kullanılabilceğini öngörmektedir⁷⁵⁷. Bu konuda TBK m. 482 hükmünün temel hatasına ilişkin TBK m. 32 hükmünün özel bir şekli olduğundan hareket eden görüş ise iş sahibinin TBK m. 482'den doğan haklarını TBK m. 39 kıyasen uygulanarak aşırı şekilde aşılmayı öğrenmesinden itibaren 1 yıl içerisinde kullanması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ **BAYGIN**, s. 158; **BİRİNCİ UZUN**, s. 92.

⁷⁵⁶ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 18, 35; **BAYGIN**, s. 165. Kısa bir süre içerisinde açıklaması gerektiği yönünde bkz. **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 4; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **UYGUR**, Borçlar, s. 8478; **TWERENBOLD**, N. 248. Karş. Yarg. 15. HD T. 28.11.1975, E. 4765, K. 4723 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1018); Yarg. 15. HD T. 24.04.1986, E. 997, K. 1656 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 995); Yarg. 15. HD T. 19.01.1988 E. 1810, K. 72 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 988-989). Genel olarak uzun bir zaman geçtikten sonra dönme hakkının kullanılamayacağı yönünde bkz. Yarg. TD. T. 22.06.1951, 4276/4119 sayılı kararı (**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 957).

⁷⁵⁷ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 8b.

⁷⁵⁸ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1005; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 19; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 44; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 7; **LEHMANN**, Art. 375, N. 2; **BİRİNCİ UZUN**, s. 93.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/I'de dönme hakkının eser tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra kullanılabilmesi belirtilmiştir. Fakat yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılabileceği anlaşılıp dönmenin şartları oluşmuşsa iş sahibi bu hakkını kullanıp kullanmayacağını derhal bildirmelidir. Çünkü yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda yüklenici belirsiz bir konumdadır. İş sahibinin dönme hakkını kullanmasıyla sözleşme ilişkisi son bulacak ve aradaki ilişki tasfiye edilecektir. İş sahibi dönme hakkını kullanmazsa yüklenici işe aynı şekilde devam edecektir. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılabilmesi için iş sahibi derhal dönme hakkını kullanıp kullanmayacağını beyan etmelidir⁷⁵⁹. Derhalden kasıt aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiğinin veya gerçekleşebileceğinin öğrenildiği an olmayıp, iş sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilmesi için düşünebileceği makul bir sürede açıklaması gerekmektedir⁷⁶⁰. Çünkü kullanılacak hakların seçim kararı sonuçları itibariyle önemli bir karardır. Makul sürenin ne kadar olacağı taraflarca kararlaştırılabilir⁷⁶¹. Fakat iş sahibinin düşüneceği bu süre için yükleniciye işin durdurulmasını talep etmesi her iki tarafın menfaatleri açısından yerinde olacaktır. İş sahibinin dönme hakkını kullanıp kullanmayacağını herhangi bir nedene dayanmadan geciktirmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup, bu durum kendisine tanınan dönme hakkının sağladığı hukuki korumayı elde edememesi sonucunu doğurur⁷⁶².

⁷⁵⁹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 4; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 35; **TWERENBOLD**, N. 248.

⁷⁶⁰ **TWERENBOLD**, N. 248. Yarg. 15. HD T. 08.04.1989, E. 4428, K. 1770 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 986); Yarg. 15. HD T. 31.03.1987, E. 2495, K. 1375 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 991-992); Yarg. 15. HD T. 18.03.1987, E. 2468, K. 1106 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 992).

⁷⁶¹ Yarg. 15. HD T. 08.04.1989, E. 4428, K. 1770 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 986).

⁷⁶² **TWERENBOLD**, N. 248.

Türk Borçlar Kanunu m. 482'de her ne kadar eser tamamlandıktan sonra da iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği belirtilmiş olsa da bu durum sadece iş sahibinin eser tamamlandıktan sonra aşırı şekilde aşılmadan haberdar olduğu durumlarda geçerlidir⁷⁶³.

d. Dönme Hakkının Sonuçları

aa. Genel Olarak

Taraflarca kararlaştırılmış olan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması ile iş sahibi, TBK m. 482/I uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. İş sahibi sözleşmeden döndükten sonra sözleşmenin tasfiyesi sorunu gündeme gelir. Eser sözleşmesinin konusu taşınır, bağımsız cismani varlığı olmayan eserler, fikri eserler ve taşınmazlar olabilir. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı eser sözleşmeleri çok büyük bir çoğunlukla taşınmazlar konu edinmektedir. Uygulamada bir taşınır eser için yaklaşık bedelin kararlaştırılmasına nadiren rastlanmaktadır. Örneğin; araç tamirinde, iş sahibinin belli bir işte kullanılmak üzere yükleniciden komplike bir makine yapılmasını talep ettiği durumlarda sözleşmede bedel yaklaşık olarak kararlaştırılabilir. Taşınmazın iş sahibinin arsasına yapıldığı durumlara ilişkin olarak iş sahibinin kullanabileceği haklar TBK m. 482/II'de özel olarak düzenlendiği için dönmenin sadece yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmeleri ve eserin iş sahibinin arsasından başka bir yere yapıldığı hallerdeki sonuçları ele alınmıştır.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin tasfiyesi daha zordur. Çünkü inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin konusu olan yapının hazırlanma süreci uzun olduğundan bu süreçte inşa edilen yapı sebebiyle iş sahibi açısından bazı zenginleşmeler ortaya çıkabilmektedir. Yine iş sahibinin ve yüklenicinin sözleşme ilişkisinin sonlanması sebebiyle birtakım zararları ortaya çıkmaktadır.

⁷⁶³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 4; TWERENBOLD, N. 249.

Sözleşmenin sonlanmasına neden olan olgular zincirinde tarafların kusurlu hareketlerine göre ortaya çıkan zararların tazminine yönelik sorumluluğun kapsamı da değişmektedir. Aşağıda zararın niteliği ve tarafların kusur durumlarına göre hangi tür zararları talep edebilecekleri ve bu zararlardan ne oranda sorumlu olacakları belirlenmeye çalışılacaktır.

Dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından benimsediğimiz klasik görüş uyarınca sözleşme, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak⁷⁶⁴ ve yerine getirilmemiş edimler sona erecektir. Yerine getirilmiş edimler bakımından ise taraflar bu edimleri birbirinden geri isteyebilecektir. Tarafların birbirine geri vermekle yükümlü oldukları edimlere ilişkin sorumlulukları (edim konusuna verilen zararlar, edim konusundan elde edilen yararlar) ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallara göre belirlenecektir. Burada taraflar birbirinden ‘sona eren sebebe dayanan zenginleşme’ uyarınca talepte bulunabilecektir⁷⁶⁵. Bu kapsamda aşırı şekilde aşılma sebebiyle sözleşmeden dönme daha önce de belirtildiği üzere sözleşmeye aykırılık olmayıp bir işlem temelinin çökmesi olgusuna dayandığı için her iki taraf da dönme işlemi ile oluşacak tasfiye yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğini öngördükleri ana kadar iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin tasfiye düzenine; bu andan sonra da kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin

⁷⁶⁴ **LEHMANN**, Art. 375, N. 8; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 570; **BAYGIN**, s. 170; **TWERENBOLD**, N. 216. Tasfiyenin yeni dönme teorisi uyarınca sözleşme kuralları çerçevesinde yapılacağı yönünde bkz. **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 6. **TWERENBOLD**, burada dönmenin bir irade bozukluğuna dayandığını ileri sürerek yeni dönme teorisinin OR Art. 375/I (TBK m. 482/I)’de uygulanamayacağını ileri sürmektedir (**TWERENBOLD**, N. 219).

⁷⁶⁵ **LEHMANN**, Art. 375, N. 8; **ÖZ**, İnşaat, s. 173.

tasfiye düzenine tabi olacaktır⁷⁶⁶. Tasfiye yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğinin öngörülebilmesi de yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda söz konusu olabilir⁷⁶⁷. Burada daha önce de değindiğimiz üzere⁷⁶⁸ aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiği veya gerçekleşebileceğinin öngörüldüğü durumları yüklenicinin ihbar yükümlülüğü vardır. Bu yönüyle aşırı şekilde aşılma olgusunun gerçekleştiği veya gerçekleşmesinin kesin olarak öngörüldüğü an yüklenici bakımından tasfiye yükümlülüğünün ortaya çıkabileceği an olarak esas alınabilir. İş sahibi bakımından ise aşırı şekilde aşılma olgusunun gerçekleştiği veya

⁷⁶⁶ **SEROZAN**, Dönme, s. 536-537. **SEROZAN**, burada tarafların dönme işlemi ile oluşacak tasfiye yükümlülüğünü öngörebildikleri andan sonra kötünietli haksız zenginleşenin veya haksız zilyedin hatta belki (yerine göre) eksik (gerçek olmayan) vekaletsiz iş görenin tasfiye düzenine tabi tutulacağını öne sürmektedir (**SEROZAN**, Dönme, s. 537). Karş. **ÖZ**, Dönme, s. 245.

⁷⁶⁷ Doktrinde **ÖZ**, kural olarak sözleşmeden dönme anına kadar iade yükümlüsünün iyiniyetli olduğunu belirttikten sonra dönme ihtimalinin soyut bir olasılıktan çıkıp hesaba katılması gerektiği durumlarda artık iade borçlusu kötünietli sayılabileceğini öngörmüştür (**ÖZ**, Dönme, s. 245). **ÖZ**, bu konuda genel bir ölçü ortaya koymuş ve eser sözleşmesinden doğan bir borcuna aykırı davranan ve böylece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kuvvetle bekler hale getiren yüklenicinin henüz dönme gerçekleşmese de kötüniyete ilişkin hükümlere tabi tutulması gerekli sayılabileceğini belirtmiştir (**ÖZ**, Dönme, s. 246). Yaklaşık bedelin aşırı aşılması durumu da dönme ihtimali soyut bir olasılıktan çıkıp, kuvvetle beklenir hale gelen bir durum olduğu açıktır.

⁷⁶⁸ Bkz. B. 3, § 6, III, A, 1, c. İhbar yükümlülüğü hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. B. 3, § 6, III, A, 2, d, cc, fff, bbbb.

gerçekleşmesinin kesin olarak öngörüldüğünün iş sahibi tarafından öğrenildiği an tasfiye yükümlülüğünün ortaya çıkabileceği an olarak esas alınabilir.

bb. Eser Sözleşmesinin Tasfiyesi

aaa. Henüz İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi

Sözleşmeden dönme ile tarafların henüz yerine getirmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar (TBK m. 125/III). İş sahibi, dönme hakkını kullandıktan sonra bedel ödeme borcunu yerine getirmemişse bu borcundan kurtulur. Yüklenicinin de eseri meydana getirme ve teslim borcu artık yoktur⁷⁶⁹.

bbb. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

Dönme geçmişe etkili olduğu için taraflar birbirlerinden elde etmiş oldukları edimleri iade etmekle yükümlüdür⁷⁷⁰. Eser sözleşmesinde dönülmesi üzerine tarafların birbirine verdikleri şeylerin aynen iadesi mümkünse, bu şekilde iade edilmesi gerekmektedir. İade borçlusu, karşı taraf kabul etmedikçe iade konusunu elinde tutup bunun karşılığını başka bir tarzda ödeyemez⁷⁷¹. Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda iade konusunun karşılığı olarak bir miktar para verilerek iade borcu yerine getirilecektir. İş sahibinin iade borcu bakımından eserin iş sahibinin malvarlığına parasal olarak ne kadar değer kattığı araştırılacaktır⁷⁷².

⁷⁶⁹ **ÖZ**, İnşaat, s. 173; **TWERENBOLD**, N. 217; **KURT**, s. 304.

⁷⁷⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 976. Yarg. 15. HD T. 05.06.1987, E. 1151, K. 2508 (**UYGUR**, İnşaat, s. 900); Yarg. 15. HD T. 18.12.1989, E. 3861, K. 5274 (**UYGUR**, İnşaat, s. 902); Yarg. 15. HD T. 03.04.1991, E. 4532, K. 1719 (**UYGUR**, İnşaat, s. 902).

⁷⁷¹ **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 636; **ÖZ**, Dönme, s. 249; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, § 25, N. 1321.

⁷⁷² **ÖZ**, Dönme, s. 250.

İadenin karşılıklı ve aynı anda (zug um zug) yapılması gerekmektedir⁷⁷³. Bu kapsamda BK m. 81 hükmü kıyasen uygulanarak, bir taraf iade borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmadıkça diğer tarafı iadeye zorlayamaz⁷⁷⁴.

İadenin gerçekleşmesinde taraflar arasında tek veya çift sebepsiz zenginleşme taleplerinden hangisinin söz konusu olacağı tartışmalıdır. Çift talep kuramına göre; sözleşmenin tasfiyesinde iki ayrı zenginleşme ve bunlardan doğan iki ayrı istem vardır⁷⁷⁵. Hesap artığı kuramına göre; tasfiyede her iki tarafın malvarlıkları arasındaki geçişler aynı ilişkiden kaynaklandıkları için, bu artışların birbirine mahsup edilmesiyle ortaya çıkacak olan miktar, zenginleşme miktarı fazla olan taraf aleyhine bir sebepsiz zenginleşmenin iadesi borcu olacaktır⁷⁷⁶. Kanaatimizce iadenin gerçekleşmesinde hesap artığı kuramı benimsenmelidir. Böylece kendi zenginleşmesi ortadan kalkan tarafın iade borcundan tamamen kurtulmasına rağmen, karşı taraftan tam bir iade isteyemeyecektir⁷⁷⁷. Bu kuram ortadan kalkan sözleşmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesine de uygundur. Şöyle ki, yeni dönme teorisinden farklı olarak tasfiye, sözleşmeye dayanmadığı için artık tarafların da sözleşme gereği ifa edilen edimlerin iadesini sağlamaya yönelik talepleri söz konusu değildir. Sözleşme

⁷⁷³ **VON TUHR/PETER**, Bd. I, § 53, I, 3, e, s. 508; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 951; **ÖZ**, Dönme, s. 255. Yarg. 15. HD T. 02.12.1975, 4486/4747 sayılı kararı (**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 951-952).

⁷⁷⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 255-256.

⁷⁷⁵ **VON TUHR/PETER**, Bd. I, § 53, 3, e, s. 507-508; **FEYZİOĞLU**, C. I, s. 800-801; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 644-645; **ÖZ**, Dönme, s. 254.

⁷⁷⁶ **SEROZAN**, **Rona**, Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, **MHAD**, Y. 3, S. 4, 1969, s. 206.

⁷⁷⁷ **SEROZAN**, Çözülme, s. 206. Aksi görüşte **ÖZ**, Dönme, s. 254-255.

ortadan kalktığı için tasfiye, taraf iradelerinden bağımsız bir şekilde gerçekleşmekte olup, tarafların zenginleşmelerinin tasfiyesi de aynı anda gerçekleşmelidir.

Eser sözleşmesinde bedel yaklaşık olarak genellikle sözleşmenin konusunun taşınmaz eser olduğu durumlarda kararlaştırılmaktadır. Sözleşmenin konusunun taşınır olduğu haller daha çok küçük çaplı tamir işleri (örn; bir otomobilin, çamaşır makinesinin tamiri) şeklinde görülmektedir.

Eserin iş sahibinin arsasına yapıldığı durumlar TBK m. 482/II'de özel olarak düzenlendiği için burada sadece yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmeleri ve taşınmaz eserin iş sahibinin arsasından başka bir yere yapıldığı durumlar değerlendirilecektir. Eserin yüklenicinin arsasına yapılıp daha sonra iş sahibine devrinin kararlaştırıldığı durumlarda dönmeyle birlikte iş sahibinin eline herhangi bir şey geçmediği için iş sahibinin iade borcu yoktur. Çünkü yüklenicinin medana getirdiği eser arsanın bütünüyle parçası olup arsanın mülkiyetine dahil olduğundan yüklenicinin mülkiyetinde kalmaktadır⁷⁷⁸. Eserin bir üçüncü kişinin arsasına yapıldığı durumlarda ise eser arsanın bütünüyle parçası olduğundan üçüncü kişinin mülkiyetine geçer ve sorun iş sahibi ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye göre çözümlenir.

Yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmeleri iki farklı şekilde görülebilir. İlki, yüklenici tarafından yeni bir eser meydana getirilmesine yönelik olarak yapılan eser sözleşmeleridir. İkincisi mevcut bir eser üzerindeki iş görme sonuçlarına yönelik olarak yapılan eser sözleşmeleridir. İlk grupta ele aldığımız yeni bir eser meydana getirmeye yönelik eser sözleşmeleri de kendi içerisinde ikiye ayrılır. Birincisi, malzemenin yüklenici tarafından karşılandığı eser sözleşmeleri; ikincisi, malzemenin iş sahibi tarafından karşılandığı eser sözleşmeleridir.

Öncelikle malzemenin yüklenici tarafından karşılandığı yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmelerini inceleyeceğiz. Bu sözleşmelerde yüklenicinin meydana getirdiği

⁷⁷⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 210; **KURT**, s. 308.

eser, mülkiyeti devir amacıyla teslim edilmedikçe yüklenicinin mülkiyetinde kalacağından iş sahibinin söz konusu eser bakımından iade borcu olmayacaktır. Eserin meydana getirildiği esnada iş sahibine devri uygulamada pek görülebilecek bir durum değildir. Çünkü eserin tamamlanması yüklenicinin hakimiyet alanında olmasını gerektirir. Yüklenicinin iş sahibinin herhangi bir taşınmazında yaptığı fakat bütünleyici parça vasfında olmayan taşınır nitelikteki eserler bakımından ise bu eserler henüz yüklenicinin mülkiyetinden çıkmadığı için iş sahibinin herhangi bir zenginleşmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla eserin meydana getirildiği esnada yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle dönme durumunda iş sahibinin herhangi bir zenginleşmesi söz konusu olmadığı için iş sahibinin iade borcu yoktur. Eser tamamlandıktan sonra fakat iş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle dönme hakkını kullanmadan önce söz konusu eserin iş sahibine devri pek rastlanacak bir durum değildir. Çünkü yüklenici, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığını bildirmeden meydana getirmiş olduğu eseri çoğu zaman devretmeyecektir. Yine yüklenici, gerek eser meydana getirilirken; gerek meydana getirildikten sonra aşırı şekilde aşma olgusunu derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Aşırı şekilde aşılmayı öğrenen iş sahibi makul bir süre içerisinde sözleşmeden dönmüyorsa, artık dönme hakkının ortadan kalktığı söylenebilir. Tüm bu durumların dışında eser tamamlandıktan sonra yüklenici, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığını bildirmeden eseri iş sahibine devrettiği durumlarda iş sahibinin iade borcu gündeme gelebilecektir⁷⁷⁹. Fakat bu duruma uygulamada rastlanma ihtimali çok zordur.

Malzemenin iş sahibi tarafından karşılandığı yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmelerine ise uygulamada rastlanması çok zordur. Şöyle ki, yaklaşık bedel kararlaştırıldığı durumlarda işin bedeli, TBK m. 481 uyarınca işin değeri ve

⁷⁷⁹ İş sahibinin iade borcunun hukuki niteliğiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 231.

yüklenicinin masraflarına göre belirlenmektedir. İş sahibinin malzemeyi verdiği durumlarda yaklaşık bedel sadece yüklenicinin emeği için kararlaştırılmış olacaktır. Böyle bir durumda dönme üzerine yüklenici, meydana getirilen eser kendisinde kaldığı için kullanmış olduğu malzemenin değeri tutarında bir tazminatı iş sahibine ödemekle yükümlüdür. Malzemenin arta kalanını ise iş sahibine iade etmek zorundadır⁷⁸⁰.

Mevcut bir eser üzerindeki iş görme sonuçlarına yönelik olarak yapılan eser sözleşmelerinde de (örn; tamir, boyama, bakımın konu edildiği bağımsız maddi varlığı olmayan eserlere ilişkin sözleşmelerde) sözleşmeden dönme durumunda söz konusu edimler sebebiyle iş sahibinin bu edimlerden yararlanması ve bu edimlerin de aynen iadesi mümkün olmadığından bunların karşılığında yükleniciye yapmış olduğu emeğin karşılığının verilmesi gerekmektedir⁷⁸¹.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu kural olarak eserin teslim edilmesiyle birlikte muaccel olur. Fakat taraflar bedel ödeme borcunun muacceliyet tarihini farklı bir tarih olarak kararlaştırabilir. İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce bedelin tamamı veya bir kısmını ödemişse dönme hakkını kullandıktan sonra ödemiş olduğu bu bedeli faizi ile birlikte (TBK m. 229/I-b. 1 kıyasen uygulanarak) yükleniciden talep edebilir⁷⁸² (TBK m. 125/III).

⁷⁸⁰ GAUCH, Werkvertrag, N. 976.

⁷⁸¹ ÖZ, Dönme, s. 237. Yüklenicinin hapis hakkına sahip olduğu durumlarda iadenin bedel alacağıının tamamının depo edilmesiyle mümkün olacağı yönünde bkz. GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375, N. 9c.

⁷⁸² ÖZ, Dönme, s. 226; KURT, s. 315.

ccc. İade Konusundan Elde Edilen Yararların ve İade Konusu İçin Yapılan Masrafların Durumu

İade borçlusunu, iade konusu edimden elde ettiği yararları da iade etmek zorundadır⁷⁸³ (TBK m. 229/I kıyasen uygulanarak). Fakat iade borçlusunu, zenginleşmesinden dolayı uğramış olduğu zararları elde etmiş olduğu yararlarından düşebilir⁷⁸⁴. İade konusundan elde edilen yararlar; doğal semereler, hukuki semereler ve olağan şekilde kullanmayla elde edilen yararlar olarak üç ayrı başlık altında toplanabilir⁷⁸⁵. İade borçlusunun iade konusu maldan elde etmiş olduğu bu yararlarından doğan sorumluluğu iade borçlusunun iyiniyetli olup olmamasına göre değişecektir.

Tarafların iyiniyetli olup olmadıklarının belirlenmesinde aşırı şekilde aşılma olgusunun gerçekleştiği veya gerçekleşebileceğinin kesin olarak öngörülebildiği an, tarafların iyiniyetli olup olmadıklarının tespitinde esas alınacak andır. Tarafların sözleşmenin tasfiyesindeki sorumluluklarına ilişkin olarak tasfiye yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğini öngördükleri ana kadar iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin sorumluluğuna; bu andan sonra kötünietli sebepsiz zenginleşenin sorumluluğuna tabi olacağını belirtmiştik⁷⁸⁶. Bu kapsamda iade konusu maldan elde edilen yararlarından doğan sorumluluğun belirlenmesinde de aşırı şekilde aşılma olgusunun gerçekleştiği veya gerçekleşebileceğinin kesin olarak öngörülebildiği ana kadar iyiniyetli sebepsiz

⁷⁸³ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1146, 1149; **SEROZAN**, Dönme, s. 552; **ÖZ**, Dönme, s. 249-250; **ERGÜNE Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 294; **KURT**, s. 317.

⁷⁸⁴ **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 643.

⁷⁸⁵ **SEROZAN**, Dönme, s. 550.

⁷⁸⁶ Bkz. B. 3, § 6, A, 2, d, aa.

zenginleşenin tabi olduğu sorumluluk kurallarına; bu andan sonra da kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin tabi olduğu sorumluluk kurallarına tabi olunacaktır.

Eserin dönme hakkının kullanılmasından önce iş sahibine teslim edilmediği yaklaşık bedelli taşınır eser sözleşmelerinde ve sözleşme konusu taşınmaz eserin yüklenicinin veya bir üçüncü kişinin arsasına yapıldığı durumlarda iş sahibinin elinde iadeye konu olabilecek herhangi bir şey olmayacağından iş sahibinin bundan herhangi bir yarar sağlaması veya bu mala masraf yapması da söz konusu olmayacaktır. Fakat istisnaen dönme hakkının kullanılmasından önce eserin iş sahibine teslim edildiği durumlarda sözleşme konusundan elde edilen yararların karşılığını yükleniciye vermesi gerekmektedir.

Yüklenici, meydana getireceği eser karşılığında önceden kısmen veya tamamen bir bedel almışsa almış olduğu bu bedeli iade edecektir. Bu bedel bir miktar para ise bunu faiziyle birlikte iade etmelidir⁷⁸⁷. Yüklenici, iade konusu paradan iade borçlusunun elde etmiş olduğu yarardan daha fazla yarar elde edecek idiyse, bu farkı yoksun kalınan kar olarak menfi zarar tazminatı olarak talep edebilir⁷⁸⁸.

İyiniyetli iade borçlusu iade konusu edime yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafları talep edebilir⁷⁸⁹. Ayrıca lüks niteliğinde yapmış olduğu masrafları da mala zarar vermeksizin ayrılabilirdiği ölçüde sökülme alma hakkı çerçevesinde alabilir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1146, 1149; **SEROZAN**, Dönme, s. 552; **ERGÜNE**, s. 294; **KURT**, s. 318.

⁷⁸⁸ **ERGÜNE**, s. 294-295; **KURT**, s. 318.

⁷⁸⁹ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1146-1147; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 641-642; **KURT**, s. 318. Yarg. 15. HD T. 01.03.1982, E. 67, K. 459 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1009).

⁷⁹⁰ **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 643; **SEROZAN**, Dönme, s. 554.

Örneğin; yüklenici, iş sahibine ait arsayı yapacağı inşaatı hazır hale getirmek için yapmış olduğu masrafları iş sahibinden talep edebilir.

Kötüniyetli iade borçlusu iade konusu edime yapmış olduğu zorunlu masrafları talep edebilir. Yararlı masrafları da geri verme anında edim konusunda meydana getirdiği değer fazlalığı oranında talep edebilir. Lüks niteliğindeki masraflar bakımından ise mala zarar vermeksizin ayrılabilirdiği ölçüde söküp alma hakkı çerçevesinde alabilir⁷⁹¹.

ddd. İade Konusuna Verilen Zararlardan Doğan

Sorumluluk

Sözleşmeden dönmeyle birlikte taraflar birbirlerinden almış oldukları edimleri iadeyi birbirine yükümlenir. Tarafların iadeyle yükümlü oldukları bu edimlere vermiş oldukları zararlar bakımından ne oranda sorumlu olacakları ise çözümlenmesi gereken sorunlardan biridir.

Taraflar dönme sebebiyle ortaya çıkan tasfiye ilişkisindeki sorumluluklarının belirlenmesinde aşırı şekilde aşılma olgusunun gerçekleştiği veya gerçekleşebileceğinin kesin olarak öngörülebildiği ana kadar tarafların iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin tabi olduğu sorumluluk kurallarına; bu andan sonra da kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin tabi olduğu sorumluluk kurallarına tabi olacaktır. Bu kapsamda iade konusu mala verilen zararlar bakımından aynı kurallar geçerli olacaktır. Aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiği veya gerçekleşeceğinin kesin olarak öngörüldüğü ana kadar iade borçlusu iade konusu mala sadece kusuruyla vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulacaktır⁷⁹². Fakat bu sorumluluk kusur sorumluluğu olup iade konusu mala kazayla yok olması veya hasara uğramasından sorumlu olmaz⁷⁹³.

⁷⁹¹ **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 648.

⁷⁹² Aksi görüş **SEROZAN**, Dönme, s. 538-539.

⁷⁹³ **EREN**, Borçlar Genel, s. 917. Karş. **SEROZAN**, Dönme, s. 540, 541.

Zarardan sorumluluk bakımından değinilmesi gereken bir nokta da iade borçlusunun sadece iade konusu malın tüketilmesi, yıpratılmasından ötürü iade alacaklısının uğramış olduğu zararları tazminle yükümlü tutulmasıdır. Yoksa sözleşme gereği ele geçirilmiş malın iade anına kadar elde tutulmasından ötürü iade alacaklısının uğramış olduğu zararları tazminle yükümlü değildir⁷⁹⁴.

cc. Menfi Zararın Tazmini

aaa. Genel Olarak

Taraflarca kararlaştırılmış olan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasıyla iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı vardır. Dönme sonucunda sözleşmenin tasfiyesi yapılırken iş sahibi, sözleşmenin sona ermesi sebebiyle uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilir⁷⁹⁵.

bbb. Tanımı ve Amacı

Menfi zarar, sözleşmenin kurulmuş olmasından dolayı uğranılan ve sözleşme kurulmamış olsaydı uğranılmayacak olan malvarlığı zararlarıdır⁷⁹⁶. Bu tazminatın amacı

⁷⁹⁴ Karş. **SEROZAN**, Dönme, s. 545.

⁷⁹⁵ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 289; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 551; **UYGUR**, Borçlar, s. 8478; **BAYGIN**, s. 171; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 783.

⁷⁹⁶ **von TUHR/PETER**, Bd. I, § 12, IV, s. 86; **BECKER**, Allgemeine, Art. 26, N. 5 vd.; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 342; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1148; **ÖZ**, İnşaat, s. 178; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 969; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, § 24, N. 1213; **ERGÜNE**, s. 38 vd.; **KURT**, s. 355. Yarg. HGK T. 17.01.1990, 1989/13-392 – 1990/1 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 548-553); Yarg. 15. HD T. 17.03.1977, E. 535, K. 653 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1016-1017); Yarg. 15. HD T. 07.10.1982, E. 1701, K. 1920

iş sahibini eser sözleşmesinin kurulmasından önceki malvarlığı durumuna getirmek değil, bu sözleşme kurulmasaydı malvarlığı bakımından bugün içinde bulunabileceği duruma getirmektir⁷⁹⁷.

ccc. Menfi Zarar Tazminatının Kusurla İlişkisi

Menfi zarar tazminatının düzenlendiği TBK m. 125/III'de borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe alacaklının uğradığı zararların tazminiyle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla menfi zararın tazmin edilebilmesi için kusur şarttır. İş sahibi, yüklenicinin kusuru varsa uğramış olduğu menfi zararlarının tazminini isteyebilir⁷⁹⁸. Fakat burada yüklenicinin kusurlu olup olmadığını kimin ispat edeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre; BK m. 108'de olduğu gibi menfi zararı tazmin etmek istemeyen yüklenicinin kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁹⁹. Diğer bir görüş ise BK m. 108'in aksine burada akdin ifa edilmemesinden farklı olarak kanunda öngörülmüş bulunan haklı bir sebebe dayanan

(**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1005-1006); Yarg. HGK T. 05.07.2006, E. 2006/13-499, K. 2006/507 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹⁷ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1147; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, § 24, N. 1213; **ERGÜNE**, s. 351; **KURT**, s. 355. BGE 90 II 285 (aktaran, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 969, dn. 52).

⁷⁹⁸ **YAVUZ**, s. 1056; **ÖZ**, Dönme, s. 271; **ERDOĞAN**, s. 158; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **ALTAŞ**, s. 74; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94.

⁷⁹⁹ (**SIMONIUS**, Zeitschr f. Schweiz. Recht NF. 37 (1918) s. 264, **CASTELBERG**, s. 64, **BOLLAG**, s. 93, **MARTIN**, Code des obl. 2, s. 250) **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6, s. 1418,1419'dan naklen; **ÖZ**, Dönme, s. 282-283.

sona erme hali mevcut olduğundan iş sahibinin yüklenicinin kusurunu ispatlamak zorunda olduğunu ileri sürmektedir⁸⁰⁰.

Eser sözleşmesinde bedelin neden yaklaşık olarak belirlenme ihtiyacı hissedildiğine yukarıda değinmiştik⁸⁰¹. Yaklaşık bedel, genellikle yapacağı masrafları önceden tahmin edemeyen ve belirli bir bedelle bağlı kalmak istemeyen yüklenici için avantajlıdır. Kanun koyucu da avantajlı konumda olan yüklenici karşısında yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı durumlarda iş sahibine sözleşmeyi sonlandırma imkanı (veya fiili masraflar tutarından indirim hakkı) tanıyarak onu korumak ve çıkar dengesini sağlamak istemiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde eser sözleşmesi için yaklaşık bedel karşılaştırıldığı hallerde yüklenici söz konusu karşılaştırılan yaklaşık bedelle eseri meydana getirmeyi yükümlenmiş olmaz. Dolayısıyla yaklaşık bedelin alelade veya aşırı şekilde aşılması sözleşme ihlali niteliğinde değildir⁸⁰². Yaklaşık bedelin aşılması tek

⁸⁰⁰ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 6, s. 637; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6; **BİLGE**, s. 259; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **LEHMANN**, Art. 375, N. 6; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar, s. 367; **ERMAN**, s. 62; **ERDOĞAN**, s. 158; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **UYGUR**, Borçlar, s. 8478; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94.

⁸⁰¹ Bkz. B. 2, § 3, III, A.

⁸⁰² **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 6, s. 637; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 984, 1009; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 5; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 5; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **BAYGIN**, s. 172; **GÜRPINAR**, s. 84; **TWERENBOLD**, N. 101. Fakat **GAUTSCHI**, yaklaşık bedelin olağanüstü durumlar olmaksızın aşırı şekilde aşılmasını sözleşme ihlali olarak görmektedir (**GAUTSCHI**, Art. 375, N. 2a, b, 3).

başına bir kusur olarak da değerlendirilemez⁸⁰³. İş sahibine tanınan TBK m. 482'deki dönme hakkı eserin ayıplı ifasında ya da borçlu temerrüdündeki gibi bir sözleşme ihlaline dayanmaz. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması halini sözleşmeden dönme için haklı bir sebep olarak düzenlemiştir⁸⁰⁴. Sözleşmeden dönmeye ilişkin kurallar TBK m. 482'de öngörülen dönme hakkı için her zaman uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla iş sahibi salt yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması olgusuna dayanarak tazminat talep ediyorsa, uğradığı zararın miktarının yanısıra yüklenicinin kusurunu da ispatlamalıdır⁸⁰⁵.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması, yüklenicinin akdi bir yükümlülüğe aykırı davranması sebebiyle oluşmuşsa ispat yükünün tarafı değişmekte ve yüklenici kusursuzluğunu ispatlamadıkça ortaya çıkan zarardan sorumludur⁸⁰⁶.

Yüklenici, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılma tehlikesinin olduğu durumlara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda da ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁸⁰⁷. Ancak yüklenici bildirim zamanında yapmış olsaydı, iş sahibinin sözleşmeden dönmeyeceğini veya iş sahibinin aşırı şekilde aşılma olgusundan haberdar olduğunu ispatlayabilirse tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir⁸⁰⁸. Yaptığı işte uzman bir kişi konumunda olan yüklenicinin yaklaşık

⁸⁰³ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 5; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1009.

⁸⁰⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 5; **ERMAN**, s. 62; **BAYGIN**, s. 172.

⁸⁰⁵ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **BİLGE**, s. 259; **BAYGIN**, s. 172. Zararın değil, sadece kusurun kanıtlanması gerektiği hakkında bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 6.

⁸⁰⁶ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **ERDOĞAN**, s. 158-159.

⁸⁰⁷ **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **ALTAŞ**, s. 77.

⁸⁰⁸ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285; **ALTAŞ**, s. 77.

bedelin aşırı şekilde aşılma tehlikesinin olduğuna yönelik bilgileri iş sahibine vermesi çok önemlidir. İş sahibi söz konusu bilgilendirme sonucunda TBK m. 482’de kendisine tanınan hakları kullanıp kullanmayacağına karar verebilecektir⁸⁰⁹.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması TBK m. 480/II’de öngörülen olağanüstü olaylar sonucu meydana gelmişse, yüklenicinin kusuru söz konusu olmayacağı için ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmayacaktır⁸¹⁰.

İş sahibi dönme hakkını kullanmasa da, yüklenicinin kusurlu hareketleri sebebiyle ortaya çıkan zararları için tazminat talebinde bulunabilir⁸¹¹.

İş sahibinin kusurunun bulunması kural olarak menfi tazminat talebine engel olmaz. Fakat bu durum menfi tazminat hesaplanırken tazminattan bir indirim sebebi olarak dikkate alınır⁸¹².

ddd. Sözleşmeden Dönmede Müsbet Zararın

Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği

Meselesi

Sözleşmeden dönen alacaklının borçludan müsbet zararın tazminini isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş; sözleşmeden dönen alacaklının müsbet zararının tazminini isteyebileceğini ileri sürmüştür⁸¹³. Fakat doktrindeki hakim

⁸⁰⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 375, N. 8; BAYGIN, s. 172-173.

⁸¹⁰ SCHAUB, s. 178-179; BAYGIN, s. 173; BİRİNCİ UZUN, s. 94.

⁸¹¹ BECKER, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 9; TUNÇOMAĞ, s. 1089; KARAHASAN, İnşaat, s. 426.

⁸¹² EREN, Borçlar Genel, s. 1150; ERGÜNE, s. 365; KURT, s. 356; BİRİNCİ UZUN, s. 94. Yarg. 15. HD T. 26.05.2008, E. 2008/296, K. 2008/3347 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar, s. 970-971; SEROZAN, Dönme, 589 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, § 17, N. 19.

görüş sözleşmeden dönen alacaklının sadece menfi zararın tazminini talep edebileceğini belirtmektedir⁸¹⁴.

Kanaatimizce de hakim görüş Türk Borçlar Kanunu sistemi dikkate alındığında isabetlidir. Şöyle ki, TBK m. 125/II’de alacaklının borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini (müsbet zararı) talep edebileceği veya sözleşmeden dönebileceği öngörülmektedir. TBK m. 125/III’de de dönme halinde sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararların tazmin edileceği öngörülmüştür. Söz konusu hükümler dikkate alındığında alacaklının sözleşmeden dönmeyle birlikte sadece menfi zararlarının tazminini talep edebileceği açıktır⁸¹⁵. İsviçre Federal Mahkemesi⁸¹⁶ ve Yargıtay⁸¹⁷ kararları da hakim görüşe uygundur.

⁸¹⁴ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1150; **FEYZİOĞLU**, C. II, s. 264-265; **ÖZ**, Dönme, s. 285; **KURT**, s. 357.

⁸¹⁵ **KURT**, s. 357.

⁸¹⁶ BGE 69 II 243; BGE 90 II 285; BGE 123 III 22.

⁸¹⁷ Yarg. 15. HD T. 06.02.1979, E. 214, K. 205 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 1014); Yarg. 15. HD T. 17.06.1980, 980/1022 – 1547 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 557); Yarg. 15. HD T. 21.01.1986, E. 2510, K. 26 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 996-998); Yarg. 15. HD T. 25.06.1986, E. 4086, K. 2438 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 994-995); Yarg. 15. HD T. 28.12.1989, E. 1979, K. 5489 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 984-985); Yarg. 15. HD T. 13.03.1992, E. 4232, K. 1284 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 981); Yarg. HGK T. 17.01.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1; Yarg. 15. HD T. 03.07.2002, E. 2002/1147, K. 2002/3663 Yarg. 15. HD T. 23.10.2003, E. 2003/1873, K. 2003/4992 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 04.11.2003, 2003/1996 – 5202 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 556-557).

TBK m. 125 hükmü emredici nitelikte değildir. Bu yüzden taraflar sözleşmeden dönme durumunda müsbet zararın talep edilebileceğini kararlaştırabilir⁸¹⁸.

eee. Menfi Zararın Unsurları

aaaa. Fiili Zarar

Fiili zarar, sözleşmeden dönmeyle birlikte sözleşmenin hüküm doğuracağı güveninin boşa çıkması dolayısıyla meydana gelen malvarlığının aktifinin azalması veya pasifin artması şeklinde ortaya çıkan zarardır⁸¹⁹.

Sözleşmenin kurulması için yapılan doğrudan ve dolaylı masraflar menfi zarar kapsamında talep edilebilir⁸²⁰. Örneğin; resmi şekle tabi olarak yapılan eser sözleşmesi için sözleşme kurulurken ödenen harç ve giderler, iş sahibinin sözleşme yapmak için yapmış olduğu yol ve konaklama masrafları⁸²¹. Sözleşme konusu yapı için hazırlanan plan ve projelere ilişkin masraflar, yapının yapılacağı arsanın boşaltılmasına ve

⁸¹⁸ **ÖZ**, Dönme, s. 296; **KURT**, s. 358-359. Yarg. 15. HD T. 25.01.1993, E. 2154, K. 178 (**UYGUR**, İnşaat, s. 757); Yarg. 15. HD T. 04.11.2003, E. 2003/1996, K. 2003/5202; Yarg. 15. HD T. 03.07.2002, E. 2002/1147, K. 2002/3663 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 21.05.1990, 1990/2175-2339 (**KOSTAKOĞLU**, s. 839).

⁸¹⁹ **ERGÜNE**, s. 288.

⁸²⁰ **von TUHR/PETER**, Bd. I, § 12, IV, s. 87; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, N. 2811, 2872 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1148; **ÖZ**, İnşaat, s. 178; **BUCHER**, Allgemeiner Teil, s. 342. Yarg. HGK T. 17.01.1990, 1989/13-392 – 1990/1 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 548-553); Yarg. 15. HD T. 07.02.1992, E. 3250, K. 494 (**UYGUR**, İnşaat, s. 758-759).

⁸²¹ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1148; **DAYINLARLI**, s. 147; **ÖZ**, İnşaat, s. 178; **ERGÜNE**, s. 289; **KURT**, s. 360.

hazırlanmasına ilişkin masraflar da menfî zarar kapsamındadır⁸²². Yine iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar da menfî zarar kapsamında talep edilebilir⁸²³.

bbbb. Yoksun Kalınan Kar

Yoksun kalınan kar, sözleşmeden dönmeye birlikte sözleşmenin hüküm doğuracağı güveninin boşa çıkması dolayısıyla malvarlığında oluşacak artışların meydana gelmemesi nedeniyle elde edilemeyen menfaattir⁸²⁴.

Menfî zarardaki yoksun kalınan kar, müsbet zarardaki yoksun kalınan kardan farklı olarak sözleşme hiç kurulmamış olsaydı alacaklının sahip olabileceği malvarlığı durumuna getirmeyi amaçlar⁸²⁵. Müsbet zarardaki yoksun kalınan kar, sözleşme ifa edilseydi o sözleşmeden elde edilecek karın elde edilmesini amaçlar⁸²⁶.

İş sahibi, söz konusu eser sözleşmesini yapmasından dolayı kaçırdığı daha avantajlı sözleşme kurma tekliflerini yoksun kalınan kar kapsamında tazmin edebilir⁸²⁷.

⁸²² **ÖZ**, Dönme, s. 288; **ÖZ**, İnşaat, s. 178.

⁸²³ **von TUHR/ESCHER**, § 73, VII, s. 156-157; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1148-1149; **ÖZ**, Dönme, s. 289; **ERGÜNE**, s. 297; **KURT**, s. 360-361.

⁸²⁴ **ERGÜNE**, s. 298.

⁸²⁵ **ERGÜNE**, s. 299-300; **DAYINLARLI**, s. 148.

⁸²⁶ **ERGÜNE**, s. 299; **DAYINLARLI**, s. 148; **KURT**, s. 361.

⁸²⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 289; **DAYINLARLI**, s. 147-148; **ÖZ**, İnşaat, s. 179; **ERGÜNE**, s. 301; **KURT**, s. 361. Yarg. HGK T. 17.01.1990, E. 13-392, K. 1 (**UYGUR**, İnşaat, s. 759-762); Yarg. 15. HD T. 07.02.1992, E. 3250, K. 494 (**UYGUR**, İnşaat, s. 758-759); Yarg. 15. HD T. 21.05.1992, 1996-2691 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 835); Yarg. 15. HD T. 01.02.1996, E. 310, K. 535 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 973-974); Yarg. 15. HD T. 06.11.2003, E. 2003/1714, K. 2003/5274 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD T. 15.06.1992, E. 2237, K. 3067 (**KARAHASAN**, İnşaat, s. 978-979). Karş.

Ayrıca iş sahibinin sözleşme sebebiyle yerine getirmiş olduğu edimden yararlanamaması dolayısıyla uğradığı zararlar da yoksun kalınan kar kapsamında tazmin edilebilir⁸²⁸.

İş sahibi bedelin bir kısmını veya tamamını önceden verdiği durumlarda uğradığı faiz kaybını yoksun kalınan kar kapsamında talep edebilir.

fff. Yaklaşık Bedelin Aşırı Şekilde Aşılmasında

Kusurun Çeşitli Görünüm Şekilleri

aaaa. Masraf Tahmininin Hatalı

Saptanmasından Dolayı Yüklenicinin

Sorumluluğu

Yaklaşık bedel çeşitli şekillerde belirlenmektedir. Keşif sonucu ortaya çıkan masraf tahminine göre belirlenebileceği gibi taraflar arasında herhangi bir keşif bedeline dayanmayan tahmini bir bedel şeklinde de belirlenebilir. Fakat yaklaşık bedel genellikle bir keşif sonucu ortaya çıkan bedel dikkate alınarak belirlenmektedir. Tahmini bedelin miktarı tarafların –özellikle işsahibinin- sözleşmeyi yapıp yapmayacağını belirlemesi açısından çok önemlidir. Yaklaşık bedelin belirlenmesi için yapılan keşif her zaman sağlıklı sonuçlar vermeyebilir. Özellikle bazı masraf kalemlerinin, işin yapılacağı yerdeki birim fiyatların dikkate alınmadığı keşifler hatalı olmaktadır. Fakat keşif sonucu ortaya çıkan miktar, meydana getirilecek eser için yapılacak masrafların miktarını kesin bir şekilde göstermez. Bu miktar içerisinde daima belli bir şüpheyi barındırmaktadır⁸²⁹. Masraf tahmininin hatalı saptanmasından dolayı yüklenicinin sorumlu olup olmadığını

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, N. 2811; **von TUHR/ESCHER**, § 73, VII, s. 156-157; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1149; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Genel, s. 956.

⁸²⁸ **DAYINLARLI**, s. 148; **KURT**, s. 362.

⁸²⁹ **SCHAUB**, s. 177-178.

belirlemek için öncelikle yaklaşık bedelin belirlenmesine esas teşkil eden keşif sonucu ortaya çıkan masraf tahmininin kimin belirlediğini tespit etmemiz gerekmektedir. Bu keşfi bizzat yüklenici veya iş sahibi yapabileceği gibi tarafların anlaşmasıyla bir üçüncü kişi de yapabilir.

Yaklaşık bedel iş sahibinin lehine olan bir bedel türü olduğu için yüklenicinin keşif bedelinin doğruya yakın olarak tespit edilmesinde yararı vardır⁸³⁰. Keşfi yüklenici yapıyorsa işin uzmanı olarak yaklaşık bedeli durumun özelliklerine göre gerçeğe yakın olarak tespit etmelidir⁸³¹. Bu tespiti yaparken gelecekte maliyet artışına neden olabilecek çeşitli faktörleri göz önünde bulundurmalıdır. Bu faktörlerden en önemlisi enflasyondur. Yüklenici mevcut ve son yıllardaki enflasyon verilerini dikkate almak zorundadır⁸³². Fakat mevcut ve son yıllardaki enflasyon verilerinden çok fazla gerçekleşen enflasyon artışlarında yüklenicinin kusuru söz konusu olmaz.

İş sahibi yaklaşık bedelin hatalı olarak tespit edilmesinde yüklenicinin kusuru olsun veya olmasın yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılsa sözleşmeden dönebilir⁸³³. Keşif bedelini iş sahibi veya bir üçüncü kişinin hazırladığı durumlarda yüklenici keşif bedelinin doğruluğunu kontrol etmeli, söz konusu bedelin yapılacak masraflara uymayacağını öngörebiliyorsa bu hususta iş sahibini uyarmalıdır⁸³⁴. Yüklenicinin tacir olduğu durumlarda basiretli olarak hareket etme yükümlülüğü gereğince söz konusu

⁸³⁰ **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 144; **BAYGIN**, s. 160.

⁸³¹ **ÖZ**, Dönme, s. 73.

⁸³² **ÖZ**, Dönme, s. 74.

⁸³³ **BAYGIN**, s. 160.

⁸³⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 7; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 364, N. 12; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 56; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 193; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 500; **ERMAN**, s. 63; **ÖZ**, Dönme, s. 73; **BAYGIN**, s. 160.

hususları daha iyi dikkate almalıdır. Keşif bedelinin hazırlanmasında yüklenici kusurlu olarak yanlış bir bedelin ortaya çıkmasına neden olmuşsa iş sahibi ayrıca bir tazminat talebinde de bulunabilir⁸³⁵.

Masraf tahmininin hatalı saptanması dolayısıyla yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa yüklenici ortaya çıkan zararlardan sorumludur⁸³⁶. Yüklenicinin bu sorumluluğu sözleşme öncesi kusur (culpa in contrahendo) sorumluluğuna dayanır⁸³⁷. GAUTSCHI, yüklenicinin masraf tahminini hatalı saptamasından kaynaklanan sorumluluğunu yüklenicinin özen borcuna aykırılığa dayandırmaktadır⁸³⁸. Fakat yaklaşık bedele esas alınacak masraf tahmini ortaya konulduğunda henüz sözleşme kurulmadığından söz konusu görüş yerinde değildir.

Bir sözleşme kurmak için biraraya gelen taraflar, sözleşmenin kurulması esnasında birtakım görüşmeler yapmaktadır. Bu görüşmeler sonucunda taraflar sözleşmenin kurulup kurulmayacağına karar verir. Bu görüşmeler sözleşme kurma kararını etkilediği için çok önemlidir. Bu sebeple sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanan sözleşme benzeri bir güven

⁸³⁵ **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 146-147; **BAYGIN**, s. 160; **ALTAŞ**, s. 74.

⁸³⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375 N. 7, 15; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1009; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 25; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **YAVUZ**, s. 1056; **ÖZ**, Dönme, s. 73; **DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 848; **ALTAŞ**, s. 82 dn. 36. BGE 122 III 64; BGE 119 II 251 vd.

⁸³⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1009; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 14; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 25; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 283, 290; **BAYGIN**, s. 173; **ALTAŞ**, s. 82 dn. 36.

⁸³⁸ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 2c.

ilişkisi kurulmaktadır. Bu güven ilişkisi gereği her iki taraf da sözleşme öncesinde sözleşme şartlarına dair her konuda birbirini doğru bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda taraflar sözleşmenin kuruluşuna etki edecek hususlarda birbirini aydınlatmalı, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır⁸³⁹. Taraflardan biri sözleşme öncesi kurulan bu güven ilişkisine aykırı davranışlar sergilediği takdirde bu davranışları sonucu ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacaktır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun niteliği hususunda çeşitli görüşler vardır. Bu konuda ilk görüş bunun bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu ileri sürmüştür⁸⁴⁰. İkinci görüş, sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğundan hareketle bunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olacağını ileri sürmektedir⁸⁴¹. Üçüncü görüş ise, sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında edim ilişkisinin dışında birbirinin davranışlarını önceden dikkate almayı gerektirecek şekilde bir ilişki doğduğunu ve bu davranış yükümlerinin ihlali durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunun doğacağını ileri sürmektedir⁸⁴². Tarafların uymakla yükümlü oldukları davranış yükümleri ‘edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi’ oluşturur ve

⁸³⁹ **ULUSAN, İlhan**, Culpa In Contrahendo Üzerine, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, I, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2848, İstanbul 1982, s. 289 vd.

⁸⁴⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 26, N. 15. Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. **ULUSAN**, s. 303 vd.

⁸⁴¹ **von TUHR/PETER**, Bd. I, § 24, VII, s. 193; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar, s. 979.

⁸⁴² **SEROZAN, Rona**, ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, Y. 2, S. 3, s. 117 vd.; **ULUSAN**, s. 314 vd.

dolayısıyla tarafların kurmak istedikleri sözleşmenin görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışlar bu borç ilişkisini ihlal edeceğinden BK m. 96 vd. hükümlerine göre sorumluluk ortaya çıkar⁸⁴³.

Kanaatimizce culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme benzeri bir sorumluluğa sebebiyet verdiğiinden sözleşme sorumluluğuna ilişkin kuralların culpa in contrahendo sorumluluğu için de kıyasen uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan zarardan yüklenici sorumlu olmak istemiyorsa kusursuzluğunu ispatlamalıdır. Yüklenici ancak somut olayın durumuna göre güvenilir bir masraf tahmininin yapılmasının mümkün olmadığını ispatla sorumluluktan kurtulabilir⁸⁴⁴. Fakat yüklenicinin yapmış olduğu işte uzman bir kişi olması gerektiğinden söz konusu durumlardan sadece bilinen en son tekniklerin uygulanması neticesinde öngörülemeyen masrafların ortaya çıkması durumunda yüklenicinin sorumluluktan kurtulabileceği söylenebilir.

Keşif bedeli, iş sahibi veya bir üçüncü kişi tarafından hazırlanabilir. Bu halde de yüklenici, hazırlanan keşif bedelinin hatalı olup olmadığını incelemekle yükümlüdür⁸⁴⁵. Yüklenici keşif bedelini gösteren raporu özenle incelemese yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasından dolayı kusurlu olacaktır⁸⁴⁶. Burada keşif bedelinin

⁸⁴³ **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117 vd.

⁸⁴⁴ **BAYGIN**, s. 174.

⁸⁴⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 7; **ÖZ**, Dönme, s. 73; **TWERENBOLD**, N. 211.

⁸⁴⁶ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 7; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94.

hatalı saptanmasından dolayı keşfi yapan üçüncü kişinin keşif raporunu hazırladığı kişiye karşı akdi sorumluluğu söz konusu olabilir⁸⁴⁷.

Yüklenici, iş sahibinin gerçek masrafları başlangıçta öngörebileceği iddiasıyla iş sahibinin sözleşmeden dönme ve tazminat taleplerine engel olamaz. Çünkü basiretli bir yüklenici söz konusu durumları öngörerek oluşabilecek masraflara göre yaklaşık bedeli belirlemelidir. Bazı yazarlar, iş sahibinin yanlış hesaba dayanan ve düşük tutulduğu açıkça belli olan bir masraf tahmini doğrultusunda belirlenen yaklaşık bedeli kabul ettiği durumlarda ortaya çıkan zararda ortak bir kusurunun olduğunu ve bu durumun yüklenici aleyhine bir tazminata hükmedileceği durumlarda bir indirim sebebi oluşturacağını ileri sürmektedir⁸⁴⁸. Fakat işinde uzman olan basiretli bir yüklenici masraf tahminini yaparken hesabı doğru yapmalı ve masrafları düşük tutmamalıdır. Nitekim yüklenicinin uygun bir kazançta ulaşmasını sağlamak iş sahibinin sorunu değildir⁸⁴⁹. Yüklenicinin uygun bir kar elde edip etmeyeceğini düşünmek iş sahibine düşen bir sorumluluk değildir. İş sahibi yüklenici tarafından hazırlanan keşif raporunu ayrıntılı olarak incelemek zorunda değildir. Keşif raporundaki kapanış sonucunu esas alabilir⁸⁵⁰. Dolayısıyla iş sahibinin yüklenicinin düşük tutulduğu açıkça belli olan

⁸⁴⁷ **GAUCH**, Kostenvoranschlag, s. 79; **HONSELL**, s. 309-310; **KAPLAN**, Mimarlık Sözleşmesi, s. 145 vd. Masraf tahmininin yanlış hazırlanmasından dolayı mimar veya mühendisin sorumluluğuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH**, Kostenvoranschlag, s. 79 vd.

⁸⁴⁸ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375 N. 7; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 291; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **BAYGIN**, s. 174.

⁸⁴⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 10a. BGE 71 II 242/243 (aktaran, **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 10a).

⁸⁵⁰ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 7.

masraf tahmini doğrultusunda belirlenen yaklaşık bedeli kabul etmesi onun ortak kusurunu teşkil etmez⁸⁵¹.

Yüklenicinin tazmin etmek zorunda olduğu menfi zararlar, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle uğramış olduğu zararları kapsar. Buna göre iş sahibinin sözleşme hiç yapılmamış olsaydı sahip olacağı malvarlığı durumu ile sözleşmeden dönüldüğü tarihteki malvarlığı durumu arasındaki fark iş sahibinin menfi zararını oluşturacaktır.

Yüklenici hileli olarak keşif bedelini gerçeğe aykırı bir şekilde tespit etmişse, iş sahibi sözleşmeden dönmese bile ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini isteyebilir⁸⁵² (TBK m. 39/II).

bbbb. Yüklenicinin İhbar Yükümlülüğünü

Yerine Getirmemesinden Doğan

Sorumluluğu

Bedelin yaklaşık olarak kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde sözleşmenin asli edim yükümlülüklerinden biri olan bedel ödeme borcunun kapsamı belirsizdir. Bu belirsizlik iş sahibi açısından zor bir durum yaratmaktadır. Nitekim iş sahibi yükleniciye yaptığı eser karşılığı ne miktarda ödeme yapacağını bilmemekte, mali durumunu ayarlama fırsatı olmamaktadır. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için yaklaşık bedelin aşılmasına neden olabilecek durumların iş sahibine zamanında bildirilmesi çok önemlidir. Bu bildirim zamanında yapılması yüklenici açısından da önemlidir. Şöyle ki bildirim yapılmasıyla yaklaşık bedelin ne kadar aşıldığını öğrenen iş sahibi mali durumunu aşan bedele göre ayarlayacak ve yükleniciye ödemesi gereken

⁸⁵¹ Aynı yönde bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 74.

⁸⁵² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 691; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 14, 28; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 291; **BAYGIN**, s. 175.

bedeli zamanında ödeyebilecektir. İş sahibinin mali imkanlarının sınırlı olduğu durumlarda söz konusu bildirim yükümlülüğü daha fazla önem arz etmektedir⁸⁵³. Ayrıca iş sahibinin TBK m. 482'den kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için aşılma ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekir⁸⁵⁴.

Karşılıklı güvenin yoğun olduğu eser sözleşmesinde yüklenici işini gördüğü alacaklı olan iş sahibinin menfaatlerini gözetmesi gerekmektedir. Bu yüzden sadakat ve özen borcu özel bir önem taşır ve yüklenicinin edim borcunun ayrılmaz bir parçasıdır⁸⁵⁵. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılabacağı durumlarda yüklenicinin bu durumu derhal iş sahibine bildirme yükümlülüğü BGB § 649/II ve ABGB § 1170a/II'de açıkça öngörülmüştür⁸⁵⁶. Fakat Türk ve İsviçre hukuklarında bu bildirim yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte yüklenicinin genel özen yükümlülüğü gereği iş sahibini bu hususta bilgilendirmesi gerektiği doktrin ve yargı uygulamasında kabul edilmektedir⁸⁵⁷. Yüklenicinin iş sahibine karşı genel özen

⁸⁵³ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 8; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290; **BAYGIN**, s. 175.

⁸⁵⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 8; **KÖHLER**, s. 1634; **TRÜMPY-JÄGER**, s. 140.

⁸⁵⁵ **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86.

⁸⁵⁶ Alman hukuku bakımından bu bildirim derhal yapılması gerektiği yönünde bkz. **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 84, N. 1224; **KÖHLER**, s. 1633.

⁸⁵⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 8; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 540; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1007; **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **ARAL/AYRANCI**, s. 382; **von BÜREN**, Besonderer Teil, s. 154, dn. 129; **BUCHER**, Besonderer Teil, s. 213; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 22, 35; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 13; **HÜRLIMANN/SIGENTHALER**, Art. 375, N. 4; **HUBER/SCHWENDENER**, Art.

yükümlülüğünden doğan birtakım borçları vardır. Bunlardan birisi de iş sahibini aydınlatma ve bilgi verme borcudur⁸⁵⁸. Yüklenicinin iş sahibini aydınlatma ve bilgi verme borcunun kapsamına eserin meydana getirilmesi yönünden önem taşıyan her konu, durum ve olay girer⁸⁵⁹. Bu bakımdan eserin maliyetini önemli ölçüde artıracak nitelikteki her durum iş sahibine derhal bildirilmelidir. Bu bildirim yükümlülüğü sözleşmedeki bedelin sabit (götürü) veya yaklaşık olmasından bağımsızdır. Her iki bedel türü bakımından da yüklenicinin eser hakkında aydınlatma ve bilgi verme borcu

375, N. 5; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112, 285; **OLGAÇ**, s. 765; **TRÜMPY-JÄGER**, s. 140; **BAYGIN**, s. 163, 175; **GÜRPINAR**, s. 90; **UYGUR**, Borçlar, s. 8477; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 60; **SEÇER, Öz**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, BÜHFD, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 741. İsviçre Federal Mahkemesi, yaklaşık bedel tespit edilmemiş olsa bile bir şeyin tamiri için yapılacak masrafların fazla olduğu anlaşıldığında yüklenicinin iş sahibini uarması gerektiğini aksi halde iş sahibinin temel hatasına dayanarak sözleşmeyi sonlandırabileceğini ve ayrıca yüklenicinin sözleşme öncesi kusuruna dayanarak tazminat isteyebileceğine hükmetmiştir (BGE 92 II 328).

⁸⁵⁸ **ARAL/AYRANCI**, s. 383. Bildirim yükümlülüğünün aslında sadakat borcunun özel bir görünümü olduğu yönünde bkz. **GÖKYAYLA, Kadir Emre**, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y. 1, S. 1, s. 796.

⁸⁵⁹ **EREN, Fikret**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 76; **UYGUR**, Borçlar, s. 7714; **DİNAR**, s. 51; **SEÇER**, Bildirim, s. 728, 736.

vardır⁸⁶⁰. Dolayısıyla TBK m. 471 uyarınca yüklenici yaklaşık bedelin aşıldığı durumlarda iş sahibini derhal bilgilendirmelidir⁸⁶¹. Fakat yaklaşık bedelin aşıldığı durumlara yönelik bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı tartışmalıdır. Bazı yazarlar yaklaşık bedelin alelade aşılması halinde yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün olmadığını iddia ederken⁸⁶²; diğer bir kısım yazarlar yüklenicinin özen borcu ve iş sahibinin menfaatlerini koruma yükümlülükleri gereğince alelade aşılmaların dahi bildirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁶³. Kanaatimizce de yüklenicinin özen borcu ve iş sahibinin menfaatlerini koruma yükümlülüğü gereği alelade aşılmalar dahi iş sahibine bildirilmelidir. Bu bildirim, yapmış olduğu eserin karşılığı olan bedeli zamanında alabilmesi açısından yüklenici yönünden de önemlidir⁸⁶⁴.

Bildirim taraflarca kararlaştırılmadıkça herhangi bir şekilde tabi değildir⁸⁶⁵. Fakat bildirim; açık, anlaşılır ve riski açık bir şekilde gösterecek nitelikte olmalıdır⁸⁶⁶. Bu bildirimde yaklaşık bedelin ne kadar aşıldığı miktar olarak da belirtilmelidir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁰ **EREN**, Müteahhidin Borçları, s. 76; **UYGUR**, Borçlar, s. 7714. Bkz. **SEÇER**, Bildirim, s. 748-749.

⁸⁶¹ **LARENZ**, Besonderer Teil, § 53, III, s. 370; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 35; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285; **ALTAŞ**, s. 77.

⁸⁶² **PEDRAZZINI**, § 86, s. 540; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1007; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 285; **GÜRPINAR**, s. 91; **BAYGIN**, s. 176; **UYGUR**, İnşaat, s. 565; **TWERENBOLD**, N. 265; **SEÇER**, Bildirim, s. 750.

⁸⁶³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 8, 10; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 374, N. 3c; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 35.

⁸⁶⁴ Nitekim SIA-Norm 118 m. 56/III'de her türlü maliyet aşımalarının orantısız olup olmadığına bakılmaksızın her türlü maliyet aşımalarının iş sahibine derhal bildirileceği öngörülmüştür (**BÜHLER** Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 49).

⁸⁶⁵ **GÖKYAYLA**, Sadakat ve Özen Borcu, s. 796-797; **SEÇER**, Bildirim, s. 739.

Yüklenici yaklaşık bedelin aşıldığına ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi kusurlu bir hareket olup bu sebeple ortaya çıkan zararlardan yüklenici sorumludur⁸⁶⁸. Bu sorumluluk iki durumda ortaya çıkabilir. İlkinde alelade aşılmanın bildirilmemesi sebebiyle iş sahibi mali durumunu ayarlayamamış, yaklaşık bedeli aşan kısmı ödeyebilmek için faizli kredi kullanmışsa, bu kredi için ödediği faizler iş sahibinin zararını oluşturacağı için söz konusu faizlerden yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelecektir. İkincisinde ise yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasının zamanında bildirilmemesi sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını zamanında kullanamaması nedeniyle uğradığı zararlardan yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına neden olan olay yüklenicinin kusuru olmaksızın ortaya çıksa ve hatta onun faaliyet alanı dışındaki bir sebebe dayansa bile yüklenici bu durumu iş sahibine mutlaka zamanında bildirmelidir. Aksi halde kusurlu duruma düşer ve sözleşmeden dönen iş sahibinin menfi zararlarını tazmin etmek zorunda kalır⁸⁶⁹. Yüklenici, tazminat yükümlülüğünden ancak bildiri zamanında yapmış olsaydı bile iş sahibinin

⁸⁶⁶ **ÖZ**, Dönme, s. 281; **SEÇER**, Bildirim, s. 739; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 515.

⁸⁶⁷ **TWERENBOLD**, N. 185.

⁸⁶⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 5; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11d; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1008; **KÖHLER**, s. 1634; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 22, 35; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112, 285; **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **LEHMANN**, Art. 375, N. 6; **ARAL/AYRANCI**, s. 383; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **BAYGIN**, s. 175.

⁸⁶⁹ **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 4; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 426; **BAYGIN**, s. 175.

sözleşmeden dönmeyeceğini veya iş sahibinin söz konusu aşmayı bizzat bildiğini ispatlayabildiği durumlarda kurtulabilir⁸⁷⁰. Fakat bildirim zamanında yapılırsa bile iş sahibinin sözleşmeden derhal dönmeyeceğinin ispatı ancak iş sahibinin önceden aşırı şekilde aşılma durumu gerçekleşse bile sözleşmeye devam edileceği şeklinde bir irade beyanı ortaya koyması ile mümkün olabilir ki bu durum uygulamada pek rastlanabilecek bir durum değildir. İş sahibinin yaklaşık bedelin aşıldığını bizzat bildiği durumlar ise uygulamada iki şekilde gerçekleşebilir. İş sahibi eserin meydana getirilme sürecinde bizzat veya bir üçüncü kişi vasıtasıyla yaptıracağı inceleme sonucunda yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılabileceğini öğrenebilir. Taraflar inşaatın kontrol hizmetlerini bir mimar veya mühendisin yapacağını kararlaştırmışsa bu mimar veya mühendisin aşma hakkında bilgisinin olması tek başına yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁸⁷¹. Fakat bu kişi iş sahibinin temsilcisi sıfatına sahipse söz konusu kişiye yapılan bildirim yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır⁸⁷².

cccc. Yüklenicinin Akdi Yükümlülüklerini

Gereği Gibi Yerine Getirmemiş Olması

Nedeniyle Yaklaşık Bedelin Aşırı

Artmasından Doğan Sorumluluğu

Yüklenicinin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ederek iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumludur. Bu ihlal, işi icra ederken veya işin icrasının dışında gerçekleşebilir⁸⁷³. İş sahibi, özen yükümüne aykırılıktan kaynaklanan bu

⁸⁷⁰ GAUCH, Werkvertrag, 1008; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 285; BAYGIN, s. 175-176; GÜRPINAR, s. 91.

⁸⁷¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 1008; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 285.

⁸⁷² BAYGIN, s. 176.

⁸⁷³ GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 375, N. 10a.

zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Ayrıca dönme sebebiyle ortaya çıkan menfi zararlardan da kusursuzluğunu ispat etmedikçe yüklenici sorumludur⁸⁷⁴. Yüklenicinin sözleşme ihlalleri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin; yüklenicinin iş zamanında başlamaması, işgörme faaliyetlerini sözleşmede kararlaştırılan veya alışlagelmiş hızdan daha yavaş yürütmesi, gerekli malzemeyi zamanında tedarik etmemesi veya gereğinden fazla masraf yapması dolayısıyla masraflar artmış olabilir⁸⁷⁵.

Yüklenicinin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ederek masrafları artırması sonucunda yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılmışsa iş sahibi, TBK m. 482 gereğince sözleşmeden dönemez⁸⁷⁶. Çünkü yüklenici sadece gerekli özeni yaptığı masrafların ödenmesini talep edebileceğinden ve özensiz ifa sonucu yapılan bu masraflar bedelin tespit edilmesinde dikkate alınmayacağından⁸⁷⁷ iş sahibi de özensiz ifa sonucu yaklaşık bedelin aşırı aştığından bahisle sözleşmeden dönemez.

dd. Menfi Zararın Hesaplanması

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması bir sözleşme ihlali olmayıp, iş sahibine sözleşmeyi sonlandırma hakkı veren bir haklı sebep niteliğindedir. Fakat aşırı şekilde

⁸⁷⁴ **TUNÇOMAĞ**, s. 1088; **YAVUZ**, s. 1056; **BAYGIN**, s. 176; **ALTAŞ**, s. 74. İspat yükünün iş sahibi üzerinde olduğu yönünde bkz. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 10a.

⁸⁷⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 3; **BAYGIN**, s. 176.

⁸⁷⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1010; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 9. Aynı yönde **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 290-291; **TWERENBOLD**, N. 146.

⁸⁷⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1010. Yüklenicinin kusurlu bir şekilde yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı durumlarda aşırı şekilde aşan kısımlar hakkındaki taleplerinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz. **HONSELL**, s. 309.

aşılmaya yüklenicinin kusurlu hareketleri sebep olmuşsa iş sahibi de ortaya çıkan bu zararların tazmini için yükleniciye başvurabilir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan menfi zarar tazminatının sorumluluğunun ve tazminat borcunun kapsamı TBK m. 114 hükmünde düzenlenmiştir. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasında kusurlu olan yüklenicinin vermiş olduğu zararların hesaplanması bakımından söz konusu TBK m. 114 hükmü kıyasen uygulanabilir. TBK m. 114/II'de bu hususta haksız fiil hükümlerine atıf yapmıştır. Bu atıf gereği TBK m. 50-52 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 50/I hükmü gereği iş sahibi uğramış olduğu menfi zararı ispatla yükümlüdür⁸⁷⁸. Bazı durumlarda zararın miktarı kesin olarak belirlenemeyebilir. Bu tip durumlarda TBK m. 50/II hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle hakim, olayların olağan işleyişine ve zarar görenin aldığı önlemlere göre fiili zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak takdir eder⁸⁷⁹. Bu hüküm özellikle iş sahibinin yükleniciyle sözleşme yapmadan önce başka bir yükleniciyle sözleşme görüşmesi yapmadığı, söz konusu yükleniciden fiyat teklifi gelmediği durumlarda önem taşır. İş sahibinin üçüncü kişilerle sözleşme görüşmesi yapmaması veya onlardan fiyat teklifi almaması onun sözleşme yapma fırsatlarını kaçırmadığı anlamına gelmez. İş sahibinin eserin kararlaştırılan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılardan söz konusu eserin tamamlanacağına yönelik haklı bir beklentisi vardır. Bu haklı beklenti sebebiyle iş sahibi üçüncü kişilerle aynı konuda bir sözleşme yapma arayışına girmez. Zararın hesaplanmasında da TBK m. 50/II hükmü gereği hakim devreye girecektir. Hakim bu hususta hayatın olağan akışı çerçevesinde takdir hakkını kullanacaktır. İş sahibinin sözleşmeyi yaptığı sırada yaptıracığı eser, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle sözleşmeden dönüldükten sonra malzeme fiyatlarının artması dolayısıyla artık daha pahalıya yaptırılıyorsa iş sahibinin menfi

⁸⁷⁸ Karş. **KURT**, s. 363.

⁸⁷⁹ Karş. **ERGÜNE**, s. 321-322; **KURT**, s. 363.

zararının varlığı kabul edilir. Örneğin; iş sahibi yükleniciyle anlaştığı sırada yaklaşık olarak 500.000 TL'ye yapılacak olan eser, iş sahibinin aşırı aşılma sebebiyle sözleşmeden dönmesinden sonra yaklaşık olarak 600.000 TL'ye yapılabilirse aradaki 100.000 TL'lik fark iş sahibinin menfi zararını oluşturmaktadır.

B. AŞIRI ŞEKİLDE AŞILMANIN DİĞER SONUÇLARI

1. Olumlu (Müsbet) Zararın Tazmininin İstenilmesi

Müspet zarar, borçlunun yüklenmiş olduğu edimi tam ve gereği gibi ifa etmiş olsaydı, alacaklının sahip olabileceği malvarlığı durumu ile mevcut malvarlığı durumu arasındaki farktır. Müspet zarar bu yönüyle alacaklının tam ve doğru ifaya yönelik menfaatini karşılamayı amaçlamaktadır⁸⁸⁰. Müspet zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere ikiye ayrılır.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması aynı zamanda yüklenicinin sözleşme gereği yükümlendiği edimlerine aykırı bir hareketinden doğmuş ve yüklenici sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu hareketinde kusurlu ise iş sahibi TBK m. 482/1 hükmü gereği sözleşmeden dönme yerine TBK m. 112 hükmü çerçevesinde olumlu (müsbet) zararının tazminini yükleniciden isteyebilir⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1078. Bkz. Yarg. HGK T. 17.01.1990, 1989/13-392 – 1990/1 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 548-553).

⁸⁸¹ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 9; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11b; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 22; **HÜRLIMANN/SIGENTHALER**, Art. 375, N. 4; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 292; **OLGAÇ**, s. 765; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 571; **BAYGIN**, s. 177; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 9; **ALTAŞ**, s. 74; **YAVUZ**, s. 1057; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR**, s. 583; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 783; **ÖZ**, İnşaat, s. 77-78; **ACAR**, s. 17; **KOCAAĞA**, s.

İş sahibi olumlu (müsbet) zararın tazminini TBK m. 112 hükmünde öngörülen şartlar çerçevesinde talep edebilecektir. Bu hükme göre yüklenici borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemiş ve bu durum sebebiyle kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamadıkça iş sahibinin bu durum sebebiyle ortaya çıkan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür⁸⁸².

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı durumlarda TBK m. 112’de öngörülen borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali söz konusu olabilir. Çünkü ifaya başlanmadan yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması söz konusu olamaz. Yüklenici kusurlu eylemleri sonucu yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına sebep olabilir. Tazmin edilmesi gereken zarar tutarı aşırı şekilde aşan miktara eşit değildir. Bu tutarın her halde ayrıca takdir edilmesi gerekmektedir⁸⁸³. Zarar belirlenirken eserin aşırı masraf nedeniyle kazanmış olduğu fazla değer de dikkate alınacaktır. Yapılan fazla masraflar eserin değerinde bu fazlalık oranında bir artış meydana getirmemişse, bu masraflar da verimsiz bir yatırım olarak zararın tespitinde dikkate alınmalıdır⁸⁸⁴. Çünkü TBK m. 481 hükmüne göre eserin bedeli belirlenirken yüklenicinin giderleri de dikkate alınır. Fakat yaklaşık bedel aşırı şekilde aşılsa da yaklaşık bedelin aşılması yüklenicinin akdi kusuruna

250; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94. Yarg. 15. HD T. 10.02.1992, E. 3584, K. 514 (KARAHASAN, İnşaat, s. 981-982).

⁸⁸² **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 292.

⁸⁸³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 11; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 292; **BAYGIN**, s. 177; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **ALTAŞ**, s. 74; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94.

⁸⁸⁴ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375 N. 11; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 292; **YAVUZ**, s. 1057; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **BAYGIN**, s. 177; **BİRİNCİ UZUN**, s. 94.

dayanırsa, iş sahibi söz konusu aşma için tazminat talep edebilir⁸⁸⁵. Çünkü yaklaşık bedelin bağlayıcı nitelikte olmaması ve tolerans sınırı içinde kalan aşmaların riskinin iş sahibinin üzerinde olması yüklenicinin kusurlu hareketleriyle akdi yükümlülüklerini ihlal ederek masrafları artırabilmesine sebep olamaz⁸⁸⁶. İş sahibi sadece işin özenli bir şekilde yürütülmesi için gerekli olan masrafları ödemek zorunda olduğu için yüklenicinin kusuruyla artan masraflar eserin bedelinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır⁸⁸⁷.

Yaklaşık bedeli aşırı derecede aşan bedel talebinin iş sahibi tarafından kabul edilmemesi üzerine yüklenicinin işe devam etmediği veya işi tamamladıktan sonra aşırı bedeli talep edip eseri teslim etmekten kaçındığı ve iş sahibinin kendisine tanıdığı uygun süre içerisinde de bu talebinde ısrar edip iş görme faaliyetine devam etmemiş yada teslim borcunu yerine getirmemişse iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek TBK m. 112 gereğince müsbet zararının tazminini isteyebilir⁸⁸⁸. Burada tazmin edilecek müsbet

⁸⁸⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 10; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11d; **BAYGIN**, s. 179. Aksi görüşte **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1009; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 293.

⁸⁸⁶ **BAYGIN**, s. 179.

⁸⁸⁷ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 964; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 374, N. 13; **BAYGIN**, s. 180; **TWERENBOLD**, N. 151.

⁸⁸⁸ **BAYGIN**, s. 177. Doktrinde **GAUTSCHI**, müsbet zararın tazmini için BK m. 96'ya değil, BK m. 106'ya dayanılması gerektiği görüşündedir (**GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11b). **BAYGIN**'a göre, yüklenicinin işe devamdan kaçındığı veya bitirdiği eseri yaklaşık bedele makul aşma payı eklenerek verilecek miktara teslim etmediği durumlarda iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip olumlu (müspet) zararının tazminini talep edebilmesi için BK m. 358/I (TBK m. 473) de öngörülen şartların gerçekleşmesi gerektiğini, yani aşırı bedel talebi reddedilen yüklenicinin işi yarıda

zarar, işin başkasına yaptırılması sonucunda ödenecek ücret ile yaklaşık keşif bedeline eklenecek makul aşma payı sonucu bulunacak tutar arasındaki farktır⁸⁸⁹.

Yüklenicinin işi yarıda bırakması ve kendisine verilen mehil süresince işi tamamlamak için bir girişimde bulunmaması halinde iş sahibi BK m. 358/II (TBK m. 473/II) hükmü kıyasen veya BK m. 97/I (TBK m. 113/I) hükmü uygulanarak masrafi yükleniciye ait olmak üzere iş başkasına tamamlattırılabilir⁸⁹⁰.

2. Aşırı Bedelin İndirilmesi

Aşırı bedelin indirilmesini talep etme hakkı kural olarak TBK m. 482/II'de öngörülen durumlarda söz konusu olabilir. TBK m. 482/II'e göre iş sahibi, yaklaşık bedeli aşırı derecede aşan bedelin indirilmesini sadece kendi arsası üzerinde yapılan eserler için talep edebilmektedir. Fakat bu hükmün konuluş amacı (ratio legis) dikkate bırakması halinde gecikme dolayısıyla eserin tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetişemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması gerekmektedir (**BAYGIN**, s. 178). Kanaatimizce yüklenicinin işi yarıda bıraktığı durumlarda iş sahibi tarafından kendisine verilecek uygun süre içerisinde işe devam etmemesi halinde olumlu (müspet) zararının tazminini talep edebilmesi için gecikme dolayısıyla eserin tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetişemeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasına gerek yoktur. BK m. 358 (TBK m. 473) hükmünün amacı gelecekte temerrüde düşeceği kesin olan yükleniciyi henüz iş görme borcunun devam ettiği esnada temerrüde düşürerek iş sahibinin sözleşmede belirlenen vadeyi beklememesini sağlamaktır. Söz konusu hüküm iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanımış olup esasen bu şartlar olumsuz (menfi) zararların tazmini ile ilgili olup olumlu (müspet) zararların talep edilmesiyle herhangi bir ilgisi yoktur.

⁸⁸⁹ **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 11b; **BAYGIN**, s. 177.

⁸⁹⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 120; **SELİÇİ**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; **BAYGIN**, s. 178.

alındığında kıyasen başka hallere de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁸⁹¹. Bedelden indirim talep etme hakkı niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır⁸⁹².

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı yaptığı arsanın işsahibinden başka bir kişiye ait olduğu bazı durumlarda TBK m. 482/II hükmü kıyasen uygulanabilir. Örneğin; iş sahibinin üst hakkını kullanarak başkasına ait arsada bir inşaat yaptırdığı ya da iş sahibinin kiraladığı bir arsa üzerinde inşaat yaptırdığı durumlarda TBK m. 482/II hükmü kıyasen uygulanabilir. Ayrıca bir alt yüklenicinin kendisiyle doğrudan ilişkide olmayan iş sahibinin arsası üzerinde yapı işleri yaptığı durumlarda da TBK m. 482/II hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁸⁹³.

Yüklenici tarafından meydana getirilen eserin doğrudan iş sahibinin veya bir üçüncü kişinin mülkiyetine geçtiği durumlarda da TBK m. 482/II hükmü kıyasen uygulanabilir. Malzemesi iş sahibi tarafından verilen ya da bir üçüncü kişiye ait olan taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde (örn; bir aracın tamirine yönelik sözleşmelerde) iş sahibi bedelden indirim talebinde bulunabilir⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 993; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 293; **BİLGE**, s. 258; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **TWERENBOLD**, N. 224, 230.

⁸⁹² **EREN**, Sona Erme, s. 91.

⁸⁹³ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 993; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 293; **YAVUZ**, s. 1058; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **TWERENBOLD**, N. 231.

⁸⁹⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 993; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 25; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 293; **LEHMANN**, Art. 375, N. 13; **YAVUZ**, s. 1058; **EREN**, Sona Erme, s. 91; **TWERENBOLD**, N. 232. Aksi yönde **ÖZ**, Dönme, s. 82, dn. 50.

Mülkiyetin fiilen iş sahibine ya da üçüncü kişiye geçmediği durumlarda TBK m. 482/II hükmü uygulanamaz. Özellikle malzemesi yüklenici tarafından sağlanan taşınır eser sözleşmelerinde iş sahibi aşırı bedelin indirilmesini isteyemez⁸⁹⁵.

İş sahibinin müsbet zararı için talep ettiği tazminat alacağıının yüklenicinin aşırı ücret alacağıyla takas edilmesi pratikte ücretin indirilmesi sonucunu doğurmaktadır⁸⁹⁶.

C. ESERİN İŞSAHİBİNİN ARSASI ÜZERİNE YAPILDIĞI

DURUMLARDA İŞ SAHİBİNE TANINAN HAKLAR

1. Türk Borçlar Kanunu m. 482/II Hükümünün Amacı

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II'e göre;

'Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.'

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II uyarınca iş sahibi, eser henüz tamamlanmamışsa sözleşmeyi feshedebileceği gibi bedelden uygun bir miktarın indirilmesini de isteyebilir. Eser tamamlanmışsa sadece bedelden indirim talep edebilir.

Kanunkoyucu TBK m. 482/II hükmü ile iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat işlerinde, yüklenicinin meydana getirdiği yapının 'üst arza tabidir (superficies solo cedit)' kuralı uyarınca arsanın mülkiyetine bağlı olarak kendiliğinden iş sahibinin mülkiyetine geçmesi (MK m. 718/II) ve ortaya konulan işlerin aynen iadesinin mümkün

⁸⁹⁵ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 26; LEHMANN, Art. 375, N. 13; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 571; YAVUZ, s. 1058; BAYGIN, s. 181.

⁸⁹⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 293; TWERENBOLD, N. 224. BGE 92 II 328.

olmaması sebebiyle iş sahibinin arsasında meydana getirilen taşınmaz yapılar farklı bir hukuki rejime tabi tutulmak istenmiştir⁸⁹⁷.

Yaklaşık bedelin aşılması, tek başına kusurlu bir hareket veya sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Taşınmazın iş sahibinin arsasına yapıldığı durumlarda iş sahibinin, meydana getirilen kısma sadece sebepsiz zenginleşme uyarınca verilecek bir

⁸⁹⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 13; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 375, N. 9b; **PEDRAZZINI**, § 86, s. 541; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 2, 24; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 32; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 6; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294; **TUNÇOMAĞ**, s. 1089; **ARAL/AYRANCI**, s. 424; **ÖZ**, Dönme, s. 81; **EREN**, Sona Erme, s. 90; **LEHMANN**, Art. 375, N. 10; **BAYGIN**, s. 181; **GÜRPINAR**, s. 88; **GÜMÜŞ**, s. 85; **YAVUZ**, s. 1057; **UYGUR**, Borçlar, s. 8479; **TWERENBOLD**, N. 226; **ALTAŞ**, s. 81; **BİRİNCİ UZUN**, s. 95. BGE 98 II 303 (kararın çevirisi için bkz. **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 30; **SUNGURBEY İsmet**, Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1982, s. 188-189, dn. 3). **KOCAAĞA**, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda bütünleyici parça olan inşaatın MK m. 722 uyarınca arsa sahibinin mülkiyetine geçeceği için TBK m. 482/II'de iş sahibine iki seçimlik hak tanındığını belirttikten az sonra TBK m. 482'nin aynı zamanda taşınır inşaatlar için de uygulanabileceğini belirtmektedir (**KOCAAĞA**, s. 249-250). Taşınır inşaatın arsanın bütünleyici parçası nasıl olacağı ise çelişkili bir noktadır.

tazminat karşılığında sahip olabilmesinin adaletsiz bir sonuç yaratacağı ortadadır⁸⁹⁸. Özellikle yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasında kusursuz olduğu durumlarda yüklenici, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasının tüm riskini üzerine almaktadır⁸⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II hükmü taşınmaz eserler bakımından uygulanabilecek bir hüküm olduğundan bu hüküm eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde uygulanabilir.

2. Arsa Üzerine Yapılan Eser Kavramı

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 367/II'de 'iş sahibinin arsasına inşa edilen şey' olarak ifade edilen kavram 6098 sayılı TBK m. 482/II'de 'iş sahibinin arsası üzerine yapılan eser' olarak adlandırılmıştır. TBK m. 470'de eser sözleşmesinin tanımında yapılan değişikliğe paralel olarak 'şey' yerine 'eser' ibaresi kullanılmış; 'inşa etme' yerine de 'yapma' ibaresi tercih edilmiştir. Her iki hüküm arasında esaslı bir fark olmayıp sadece anlam bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan genişletici yoruma uygun ifadeler tercih edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II'de geçen 'arsa üzerine yapılan eser' kavramından ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Hükümün sözünde arsa üzerine yapılan eserin taşınmaz mahiyette olması gerektiği hakkında herhangi bir sınırlama yoktur.

⁸⁹⁸ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 38; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 2; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294; **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 3; **BİRİNCİ UZUN**, s. 95. BGE 98 II 303 (kararın çevirisi için bkz. **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 30; **SUNGURBEY**, Zorunlu Bir Yanıt, s. 188-189, dn. 3).

⁸⁹⁹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **TUNÇOMAĞ**, s. 1089; **ALTAŞ**, s. 81.

Hatta madde metninde yer verilen ifadeler söz konusu eserin taşınır olmasına da açık kapı bırakmaktadır. Fakat TBK m. 482/II hükmü özü itibariyle TBK m. 482/I'den farklı olarak iş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerin mülkiyetinin arsanın mülkiyetine bağlı olarak iş sahibine geçmiş olması dolayısıyla aynen iadesindeki bazı zorlukları bertaraf etme amacıyla konulduğu için taşınır nitelikteki eserlerin hükmün kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir⁹⁰⁰. Burada hükmün sözüyle özü birbiriyle uyuşmadığı için MK m. 2 hükmü uyarınca yapılan amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) ile sadece 'superficies solo cedit' ilkesi uyarınca iş sahibinin mülkiyetine geçen eserler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerinde bir inşaat faaliyeti sonucu ortaya çıkardığı yapılar arsanın mülkiyetine tabidir (MK m. 718/II). Yapıdan ne anlaşılacağı MK m. 718/II hükmünün içeriğinden anlaşılammamaktadır. Fakat MK m. 728/I'de taşınır yapılar tanımlanmış ve taşınır yapı teşkil eden bazı şeyler örnek olarak sayılmıştır. MK m. 728/I'e göre;

'Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.'

Yapı kavramı ise İmar Kanunu m. 5'de şöyle tanımlanmıştır:

'karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel eyraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit müteharrik tesislerdir.'

Bir inşaatın taşınır yapı vasfında olup olmadığı öncelikle onu inşa edenin bu inşaatın geçici olup olmadığı noktasındaki iradesine göre belirlenir⁹⁰¹. Fakat bu irade subjektif bir şekilde değil, iş hayatındaki kabuller de dikkate alınarak objektif bir

⁹⁰⁰ ÖZ, Dönme, s. 81.

⁹⁰¹ OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, s. 477; EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 s. 58.

şekilde yorumlanmalıdır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse burada irade teorisi yerine klasik güven teorisi çerçevesinde dürüst ve makul bir üçüncü kişiye göre yapının kalıcı olup olmadığı değerlendirilecektir⁹⁰². İnşaatın kalıcı bir amaçla yapılar yapılmadığının belirlenmesinde bazı ölçütler yardımcı olmaktadır. Örneğin; inşaatın arzla bağlılık derecesi, kullanılan malzeme, inşaatın özgülendiği amaç, inşa edenin iradesini belirlemede dikkate alınır⁹⁰³. Doktrinde inşaatın taşınır yapı olup olmadığını belirlemede sübjektif unsurun yanı sıra objektif unsurun da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Objektif unsurdan kasıt, inşaatla toprak arasında dıştan görülen bağlantıdır. Bu bağlantının kuvvetli olmadığı durumlarda ilgili kişinin iradesi önem kazanacak ve arazi üzerine yapılırken geçici olarak kalması amaçlanan hafif yapılar taşınır inşaat olarak kabul edilecektir. Buna karşın toprağa sıkı bir şekilde bağlanmış, zarar verilmeden arazi üzerinden sökülüp götürülmesi mümkün olmayan yapılar ise bütünlüğü parça niteliğinde olduğundan artık ilgililerin amacı ne olursa olsun taşınır inşaat sayılmaz⁹⁰⁴. Uygulamada bir panayır için tahtadan yapılan bir barakanın, prefabrik yapıların kalıcı amaçla yapılmadığı kabul edilmektedir⁹⁰⁵.

⁹⁰² **EREN**, Mülkiyet, s. 58. Bu değerlendirme hukuki işlem kurmaya yönelik irade beyanlarında olduğu gibi belli bir muhataba yönelik olmadığı için klasik güven teorisi çerçevesinde yapılmıştır.

⁹⁰³ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 478; **EREN**, Mülkiyet, s. 358.

⁹⁰⁴ **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Eşya Hukuku C. I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 798-799.

⁹⁰⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 478; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya, s. 797.

Taşınmaz eser, doğrudan veya dolaylı olarak toprağa bağlı, çeşitli ihtiyaçların giderilmesine yarayan, etrafı veya üstü kısmen de olsa kapalı, tekniğin yardımıyla doğal güçler olmaksızın insan faktörüyle yapılmış eserdir⁹⁰⁶.

Taşınır yapı niteliğinde olmayan, kalıcı amaçla yapılan yapılar arazinin mülkiyetine tabi olacaktır. Arazinin mülkiyetine tabi olma hususunda MK m. 684 hükmünde bütünleyici parçalar için aranan şartlar bu tip yapılar bakımından aranmaz⁹⁰⁷.

Yüklenici tarafından iş sahibinin arsası üzerindeki yapıda gerçekleştirilen inşaat faaliyetleri sonucu ortaya çıkan eserler de MK m. 684'de yer alan bütünleyici parça vasıflarını taşıyorsa TBK m. 482/II hükmünün kapsamında değerlendirilecektir⁹⁰⁸. Örneğin; bir binaya çatının yapılması, su veya elektrik tesisatının döşenmesi, binanın boyanması.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II'de 'Eser, işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa...' ibaresi kullanılmış olsa da hükmün amacı dikkate alınarak yapılacak genişletici yorumla arazinin altına inşa edilen yapılar da hükmün kapsamı içerisinde

⁹⁰⁶ **EREN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 55; **EREN**, Mülkiyet, s. 342; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya, s. 797; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 34; **ERTEN, Ali**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. md. 58), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 92.

⁹⁰⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 478-479; **EREN**, Mülkiyet, s. 341.

⁹⁰⁸ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 38; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 992; **ÖZ**, Dönme, s. 80-81, s. 81 dn. 45; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 41; **TWERENBOLD**, N. 228. Karş. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 479. Konuyla ilgili İsviçre ve Alman yargı uygulamasındaki örnek mahkeme kararları için bkz. **TWERENBOLD**, N. 228.

değerlendirilmelidir⁹⁰⁹. Örneğin; arazinin altında yapılan tünel ve depo gibi yapılar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Doktrinde GAUCH, her tür yapı ve tamir işlerinin yanı sıra yıkım işlerinin de taşınmaz inşaat kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre; malzeme kavramı geniş yorumlanmalı ve sadece toprağın şekillendirildiği durumlarda toprağın kendisi malzeme olarak kabul edilmeli ve böylece yeni yapılacak bir inşaat için eskisinin sökülmesi de işlevi bakımından taşınmaz inşaat kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁹¹⁰. İş sahibinin arsası üzerindeki mevcut yapının yıkılıp yerine yeni bir yapının yapılması için anlaşıldığı durumlarda inşaatın yıkılması da sözleşme kapsamında yer alan bir husus olduğu için kararlaştırılan yaklaşık bedelin söz konusu yıkım masraflarını da kapsadığı söylenebilir. Bu açıdan GAUCH'un görüşü kabul edilebilir. Fakat sadece bir yapının yıkılmasının konu edildiği eser sözleşmelerinde TBK m. 482/II hükmünün uygulanması hükmün amacıyla bağdaşmaz.

3. Eserin Tamamlanmasından Önceki Hukuki Durum

a. İş Sahibinin Kullanabileceği Haklar

aa. Genel Olarak

Yüklenicinin eser için yapmış olduğu masrafların yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı veya aşacağı anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin kullanabileceği iki hak vardır: İlkinde iş sahibi, yükleniciye iş görme faaliyetini durdurmasını isteyip eserin tamamlanan kısmı için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir.

⁹⁰⁹ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 34; **EREN**, Mülkiyet, s. 341; **BAYGIN**, s. 183; **ALTAŞ**, s. 80. Karş. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 479; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya, s. 797; **ERTEN**, s. 93.

⁹¹⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1602, 1605.

İkincisinde eserin tamamlanmasını bekleyerek bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebilir. Burada iş sahibi seçimlik bir hakka sahiptir⁹¹¹.

İş sahibi seçimlik haklarından olan fesih hakkını, özen borcunun bir gereği olarak aşırı şekilde aşılmanın yeterli derecede öngörülebilir olduğu anda kullanılmalıdır⁹¹². Aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiği veya gerçekleşeceğinin anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin fesih hakkını kullanmayıp, eser tamamlandıktan sonra bedelden indirim hakkını kullanacağı durumlarda bedelin aşırı şekilde aşılmasına onay verilip verilmediği noktasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkmaması için iş sahibi, aşırı şekilde aşılmayı öğrendiği anda bedelden indirim hakkını saklı tuttuğunu belirtmesi yararına olacaktır⁹¹³. TBK m. 482/I'de tanınan dönme hakkının ne zaman kullanılması gerektiğine ilişkin açıklamalar burada da aynı şekilde geçerlidir⁹¹⁴.

Aşırı şekilde aşılmanın iş sahibinden kaynaklandığı veya bu aşmaya iş sahibinin onay verdiği durumlarda TBK m. 482/I'deki dönme hakkında olduğu gibi iş sahibi, fesih ve bedelden indirim haklarını da kullanamaz⁹¹⁵.

Ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönmeden farklı olarak hakim talep edilen fesih yerine bedelin indirilmesine ya da bedelin indirilmesi yerine feshe karar veremez⁹¹⁶.

⁹¹¹ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 982; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 27; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 7; **TWERENBOLD**, N. 253; **EREN**, Özel Hükümler, s. 675-676; **UYGUR**, Borçlar, s. 8480; **ALTAŞ**, s. 82.

⁹¹² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 14; **GÜMÜŞ**, s. 85.

⁹¹³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 14; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 295; **YAVUZ**, s. 1057; **BAYGIN**, s. 184; **UYGUR**, Borçlar, s. 8480; **TWERENBOLD**, N. 254; **ALTAŞ**, s. 82.

⁹¹⁴ Bkz. B. 3, § 6, III, A, 2, c.

⁹¹⁵ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294-295.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II uyarınca tanınan hakların kullanabilmesi için TBK m. 482/I uyarınca sözleşmeden dönme için aranan şartların burada da gerçekleşmesi gereklidir.

bb. Fesih Kavramı

Fesih, sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir hak niteliğindedir⁹¹⁷. Borç ilişkisini sona erdirdiği için bozucu yenilik doğuran haklar arasında yer alır⁹¹⁸. Bu hak beyan edilerek kullanıldığında yenilik doğuran bir işlem olarak karşımıza çıkar. Borç ilişkisinin sona ermesi diğer tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaksızın derhal gerçekleşir⁹¹⁹. Yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle de bundan geri dönülemez⁹²⁰. İleri etkili

⁹¹⁶ **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 27; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 295; **KARAHASAN**, İnşaat, s. 428; **UYGUR**, Borçlar, s. 8480.

⁹¹⁷ **OĞUZMAN, M. Kemal**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 41; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115; **SEROZAN**, Dönme, s. 115; **EREN**, Özel Hükümler, s. 561-562; **ÖZ**, Dönme, s. 26; **ALTINOK ORMANCI**, s. 172; **SEÇER, Öz**, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 47.

⁹¹⁸ **OĞUZMAN**, s. 42; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115; **ALTINOK ORMANCI**, s. 172.

⁹¹⁹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 116. Yarg. 15. HD T. 30.05.1994, 1993/5917 – 1994/3378 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 991-992).

⁹²⁰ **OĞUZMAN**, s. 129; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 128; **ALTINOK ORMANCI**, s. 182.

olmasının bir sonucu olarak da fesih anına kadar sözleşme gereği yerine getirilmiş edimler geçerliliklerini korur⁹²¹.

Fesih, iki şekilde yapılabilir. İlki olağan fesih olup, bu fesih türünde feshi yapan kişinin feshin gerçekleşmesi için vereceği süre dışında herhangi bir şarta bağlı olması söz konusu değildir. İkincisi olağanüstü fesih ise belirli şartların varlığı gereklidir.

Feshin geçerli olabilmesi için hem olağan hem de olağanüstü fesih için geçerli olmak üzere fesih iradesinin bir beyanla karşı tarafa yönetilmiş olması şarttır⁹²². Yöneltilen bu beyan tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır. Bu beyan güven prensibine göre yorumlanacağı için muhatabın bu beyana dürüstlük kuralı uyarınca ne anlam verebileceği de hesaba katılmalıdır⁹²³. Sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın sözleşmedeki bazı yükümlülükleri ifa etmek istemediğini belirtmesi yeterli değildir. Fesih beyanından sözleşmenin sonlandırıldığı anlaşılmalıdır⁹²⁴.

aaa. Olağan Fesih

Olağan fesih, belirsiz süreli sürekli bir borç ilişkisinde taraflardan birinin herhangi bir sebebe dayanmaksızın, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla karşı tarafa tanınan belli bir sürenin sonunda borç ilişkisinin ileriye etkili olarak sonlandırılmasıdır⁹²⁵.

⁹²¹ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 119; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 47.

⁹²² **OĞUZMAN**, s. 116; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115.

⁹²³ **OĞUZMAN**, s. 119; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 115-166; **ALTINOK ORMANCI**, s. 174; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 52.

⁹²⁴ **ALTINOK ORMANCI**, s. 174; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 52.

⁹²⁵ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 132; **ÖZ**, Dönme, s. 28; **ALTINOK ORMANCI**, s. 90, 92.

Bir borç ilişkisinin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi imkanı ancak taraflarca kararlaştırılmışsa veya kanun tarafından öngörülmüşse mümkün olabilir⁹²⁶. Taraflar, sürekli bir borç ilişkisinde fesih hakkında herhangi bir düzenleme yapmamışsa kanunun öngörmüş olduğu fesih düzeni devreye girecektir. Türk Borçlar Kanunu bazı sürekli borç ilişkileri bakımından olağan fesih hakkı tanımıştır. Fakat genel hükümlerde tüm sürekli borç ilişkilerini kapsayacak genel bir olağan fesih hakkı öngörülmemiştir. Sadece TBK m. 126'da ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdü durumunda alacaklıya fesih imkanı tanınmıştır⁹²⁷.

Sürekli bir borç ilişkisinin olağan fesihle ortadan kaldırılabilmesi için kural olarak borç ilişkisinin belirsiz süreli olması veya belirsiz süreli sayılması gerekmektedir⁹²⁸.

Olağan fesih yolunun herhangi bir şart gerektirmeksizin sözleşmeyi sona erdirici etkisi, bu fesih yolunun bazı yönlerden sınırlandırılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu kapsamda ilk sınırlama feshin belirli bir süre sonunda etkisini göstermesi şeklindedir⁹²⁹. İkinci sınırlama ise hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Burada feshin herhangi bir şarta bağlı olmamasının ortaya çıkartabileceği olumsuz durumların bu yolla engellenmesi amaçlanmıştır⁹³⁰. Fesih hakkının kullanımının ne zaman hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği ise somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecek bir

⁹²⁶ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, 133; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 48. Aksi görüş **ALTINOK ORMANCI**, s. 91.

⁹²⁷ **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 48.

⁹²⁸ **OĞUZMAN**, s. 160; **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 39; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 136; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 48.

⁹²⁹ **OĞUZMAN**, s. 164; **GAUCH**, Dauerverträgen, s. 50; **EREN**, Özel Hükümler, s. 562; **ALTINOK ORMANCI**, s. 92; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 48.

⁹³⁰ **ALTINOK ORMANCI**, s. 93; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 48.

durumdur. Fesih hakkını kullanan taraf, çelişkili davranışlarda bulunuyor veya bu hakkını sırf karşı tarafa zarar verme amaçlı kullanıyorsa hakkın kötüye kullanılması hali gerçekleşmiş olur⁹³¹.

bbb. Olağanüstü Fesih Hakkı

aaaa. Genel Olarak

Olağanüstü fesih, belirli veya belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisinin bazı sebeplere dayanarak tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirilmesidir⁹³². Borç ilişkisinin sona erdirilmesine gerekçe olarak dayanılan sebeplerin borç ilişkisinin temelini çökmesine neden olan veya borç ilişkisinin devamını taraflardan beklenmeyecek ölçüde değişikliğe uğratabilecek nitelikte olması gerekmektedir⁹³³.

Olağanüstü fesih, olağan fesihten farklı olarak akdi veya kanuni bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu sebep taraflar arasında devam eden borç ilişkisinin ifası süresince ortaya çıkan borca aykırı tarzda davranışlar şeklinde ortaya çıkabilir. Bu aykırılıklar borç ilişkisinin sürdürülmesini mümkün kılmıyorsa artık dürüstlük kuralı gereği aykırılığa muhatap olan taraf sözleşmeyi sonlandırabilir⁹³⁴.

Fesih sebebi, sübjektif saiklerden farklı olarak objektif bir olgu olarak ortaya çıkmaktadır. Olağanüstü feshin geçerliliği de fesih sebebini teşkil eden bu olgunun

⁹³¹ OĞUZMAN, s. 164, 169; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 49.

⁹³² SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 156; ÖZ, Dönme, s. 28-29; ALTINOK ORMANCI, s. 93; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 49.

⁹³³ ALTINOK ORMANCI, s. 93-94; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 49.

⁹³⁴ OĞUZMAN, s. 36; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 156-157; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 50.

varlığına bağlıdır⁹³⁵. Fesih sebebinin yetersiz olduğu durumlarda fesih kendiliğinden geçersizdir. Fesih sebebinin yeterliliği hususu bir tespit davasına konu olabilir. Burada fesih sebebinin yeterliliğini ispat yükü fesih beyanı yapan kişinin üzerindedir⁹³⁶.

Taraflarca geçerli bir şekilde kurulan sözleşmelerin sona erme şekilleri kanunda düzenlenmiştir. Sözleşme hukukumuzda hakim bir prensip olan pacta sunt servanda ilkesi gereğince sözleşmeye bağlılığın asıl olduğu kabul edilmiştir. Bu ilkenin bir sonucu olarak da sözleşme ancak kanunda öngörülen sebepler dolayısıyla sona erebilir. Bu kapsamda özellikle sürekli borç ilişkileri bakımından öngörülmüş bulunan fesih kurumu ile sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi genel hükümlerde sadece TBK m. 126'da borçlunun temerrüdü halinde öngörülmüş olup, çeşitli sözleşmeler bakımından da kanunun özel hükümlerinde sözleşmelerin fesih yoluyla sona erdirilebilmesi imkanı tanınmıştır. Buna göre sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler sadece temerrüt durumunda ve kanunun özel borç ilişkileri için öngörmüş olduğu sebepler dolayısıyla sona erdirilebilir. Türk Borçlar Kanunu sisteminde sebebe bağlı olmadan sadece bir fesih beyanı ile sözleşmelerin sona ermesine imkan veren genel bir hüküm yoktur⁹³⁷. Fesih sebebinin geçerli olmadığı durumlarda sözleşme sona ermez⁹³⁸.

⁹³⁵ **OĞUZMAN**, s. 36; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 158; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 50.

⁹³⁶ **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 158; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 50.

⁹³⁷ **ALTINOK ORMANCI**, s. 220. Karş. **OĞUZMAN**, s. 141.

⁹³⁸ **ALTINOK ORMANCI**, s. 220-221. Sadece yapma borçları bakımından fesih sebebi geçersiz de olsa borçlunun yapma borcunu yapmamakta direnmesi durumunda sözleşmenin imkansızlık sebebiyle sona ereceği yönünde bkz. **OĞUZMAN**, s. 143 vd.

Kanunen haklı sebebe dayanarak olağanüstü fesih hakkı tanınan hükümler emredici niteliktedir. Tarafların anlaşarak olağanüstü fesih hakkını ortadan kaldırmaları veya sınırlamaları mümkün değildir⁹³⁹.

Fesih sebebinin ortaya çıkmasından itibaren fesih hakkı uygun bir süre içerisinde kullanılmalıdır⁹⁴⁰. Bu süre hak sahibinin durumu sağlıklı bir şekilde değerlendirmesine imkan tanınmalıdır. Sürenin ne kadar olacağı somut olayın şartlarına göre belirlenecektir⁹⁴¹.

bbbb. Haklı Sebeple Fesih

Haklı sebeple fesih, olağanüstü fesih yolunun genel nitelikteki sebeplerinden biridir⁹⁴². Her sürekli borç ilişkisi, bu hususta herhangi bir hüküm olmasa da haklı sebeplerin varlığı durumunda ortadan kaldırılabilir. Haklı sebeple fesih sözleşme ile bağlılığın istisnalarından biri olduğu için sınırlı bir şekilde işletilmesi gerekmektedir⁹⁴³.

Haklı sebebin tanımına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunun'da herhangi bir düzenleme yoktur. Fakat doktrinde haklı sebep, sözleşme ilişkisinin çekilmez hale geldiği, sözleşmenin devamının dürüstlük kuralına göre artık beklenemeyecek olduğu durumlar olarak tanımlanmıştır⁹⁴⁴. Sözleşmenin çekilmez hale gelip gelmediği her

⁹³⁹ OĞUZMAN, s. 37-38; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 164; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 51.

⁹⁴⁰ OĞUZMAN, s. 37; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 166; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 52.

⁹⁴¹ SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 166; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 52.

⁹⁴² GAUCH, Dauerverträgen, s. 173; ALTINOK ORMANCI, s. 94.

⁹⁴³ ALTINOK ORMANCI, s. 121, 138-139; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 53.

⁹⁴⁴ OĞUZMAN, s. 36; ALTINOK ORMANCI, s. 133; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 54.

somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁹⁴⁵. Fakat haklı sebeple fesih için sebebin hem objektif hem de sübjektif açıdan belli bir ağırlık taşıması şarttır⁹⁴⁶.

Eser sözleşmesi de tarafları arasında bir güven ilişkisinin olması sebebiyle haklı sebeplere feshedilebilir⁹⁴⁷. Karşı taraf feshin haklı sebeplere dayanmadığını ileri sürüyorsa uyuşmazlık mahkeme tarafından çözümlenmelidir⁹⁴⁸.

bb. İş Sahibinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı an iş sahibi, yükleniciye iş görme faaliyetini durdurmasını isteyerek eserin tamamlanan kısmı için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Bu fesih hakkı hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır⁹⁴⁹. TBK m. 482/II'de iş sahibine tanınan fesih hakkı, haklı sebeple feshin bir örneğidir. Bu fesih hakka dayanan bir fesih hakkıdır. Bu hak da yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması üzerine doğmaktadır. Aşırı şekilde aşılma olgusu sözleşmeyi sonlandırmada haklı bir sebep teşkil etmektedir.

Aşırı şekilde aşılma sebebiyle fesih hakkını kullanmak isteyen yüklenici, sözleşmenin TBK m. 482/II uyarınca sona ermesini istiyorsa mutlaka fesih sebebini de bildirmelidir. Fesih sebebinin ortaya konmadığı durumlarda sözleşme TBK m. 484

⁹⁴⁵ **OĞUZMAN**, s. 43; **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 193; **ALTINOK ORMANCI**, s. 134; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 54.

⁹⁴⁶ **ALTINOK ORMANCI**, s. 139; **SEÇER**, Tam Tazminatla Fesih, s. 54.

⁹⁴⁷ Yarg. 15. HD T. 08.10.1991, 1991/364-4638 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 882-883); Yarg. 15. HD T. 04.10.1999, 1999/2768-3466 sayılı karar (**KOSTAKOĞLU**, s. 811); Yarg. 15. HD T. 13.04.1992, E. 4981, K. 1925 (**UYGUR**, İnşaat, s. 805); Yarg. 15. HD T. 14.07.2005, 2005/2333-4271 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 816-817).

⁹⁴⁸ Yarg. 15. HD T. 31.01.1991, 1990/2465 – 1991/339 (**KOSTAKOĞLU**, s. 818).

⁹⁴⁹ **EREN**, Özel Hükümler, s. 677.

uyarınca sona erebilir⁹⁵⁰. Çünkü TBK m. 484 hükmü, iş sahibine herhangi bir sebep göstermeksizin eser sözleşmesini sona erdirme imkanı vermektedir. Fakat TBK m. 484 uyarınca sona ermede iş sahibi yüklenicinin sözleşmenin sona ermiş olması sebebiyle uğramış olduğu tüm zararları tazminle yükümlü olduğu için bu durum iş sahibi açısından büyük bir tehlike arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/I'de yer alan 'dönebilir' ibaresinden farklı olarak TBK m. 482/II'de 'feshedebilir' ibaresi kullanılmıştır. İş sahibinin fesih hakkını kullanmasıyla sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir⁹⁵¹. Nitekim sözleşmenin feshedildiği ana kadar yüklenicinin yapmış olduğu işlerin karşılığı olarak hakkaniyete uygun bir bedelin ödenmesi gerektiği öngörülmüştür. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasını düzenleyen BK m. 367 hükmünün her iki fıkrasında fesih ibareleri kullanılmış olup doktrinde bazı yazarlar BK m. 367/II'ye göre sözleşmenin feshinin BK m. 367/I'dekinin aksine geriye etkili olmayıp, ileriye etkili olduğunu ileri sürmekte ve buna gerekçe olarak da sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmeyip, yükleniciye inşaatın yapılan kısmı dikkate alınarak bir tazminat ödenmesini göstermekteydi⁹⁵². Bazı yazarlar ise BK m. 367/II hükmü ile sadece iş sahibinin arsasında yapılan inşaatın arsanın mülkiyetine tabi olması dolayısıyla tasfiyeyi sebepsiz zenginleşme esaslarına tabi tutmanın hakkaniyete aykırı

⁹⁵⁰ Bkz. Yarg. 15. HD T. 16.10.1989, 1989/1623-4247 sayılı kararı (**KOSTAKOĞLU**, s. 886).

⁹⁵¹ **LEHMANN**, Art. 375, N. 12; **ÖZ**, İnşaat, s. 79.

⁹⁵² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 977; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 32, 42; **İsmet SUNGURBEY**, Medeni Hukuk Sorunları, C. V, İstanbul 1984, s. 559, dn. 2; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 6; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 7; **LEHMANN**, Art. 375, N. 12; **SCHMID/STÖCKLI**, § 16, N. 1818.

olmasından dolayı ex tunc dönmeyle özel bir sonuç bağlandığını, bu hükmün ileriye etkili sona ermeye sebep olmayacağını ileri sürmekteydi⁹⁵³. Buna gerekçe olarak da BK m. 367/II'e göre sözleşmeden dönme üzerine verilecek tazminatın yapılan kısmın karşılığı kadar olmayıp hakkaniyete göre tespit edilecek bir miktar olmasını göstermekteydi⁹⁵⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 482'de yapılan düzenlemeyle 1. fıkrada iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği, 2. fıkrada ise sözleşmeyi feshedebileceği açıkça düzenlenmek suretiyle söz konusu tartışmaları ortadan kaldırdığı kanaatindeyiz⁹⁵⁵. Yeni düzenleme ile TBK m. 482/II hükmüne göre iş sahibi, yüklenicinin iş görme faaliyetini sona erdirmesini isteyip eser sözleşmesini sonlandırdığında bu sonlandırma ileri etkili olarak hüküm doğuracaktır. İş sahibi, yüklenicinin iş görme faaliyetini tamamen sona erdirmeyip eserin bazı kısımlarının bitirilmesini isteyebilir. Fakat bu tip bir kısmi fesih durumunda iş sahibi, yaptırdığı işlerin karşılığını tam olarak ödemelidir⁹⁵⁶.

⁹⁵³ **PEDRAZZINI**, s. 550; **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 33 vd.; **ÖZ**, Dönme, s. 85; **BAYGIN**, s. 185; **TWERENBOLD**, N. 236. Fakat **PEDRAZZINI**, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği görüşünü reddetmiş olsa da buradaki sona ermenin sonuçlarının ileriye etkili bir sona ermeye yaklaştığını itiraf etmektedir (**PEDRAZZINI**, s. 550, s. 550 dn. 33).

⁹⁵⁴ **TANDOĞAN**, Zorunlu Yanıtta Yanıt, s. 498, dn. 13; **ÖZ**, Dönme, s. 85; **BAYGIN**, s. 186.

⁹⁵⁵ Aynı yönde bkz. **ÖZ**, İnşaat, s. 79. TBK m. 482/II'de yer alan 'fesih' ibaresine rağmen halen sözleşmenin geriye etkili olarak sona ereceğini ileri süren görüş için bkz. **KAPLAN**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 231.

⁹⁵⁶ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 978; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 43; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 295; **YAVUZ**, s. 1058.

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 367/II'deki 'hakkaniyet dairesinde tazmin' ifadesi yerine 'hakkaniyete uygun bir bedel' ifadesinin kullanılması da sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırıldığını açıkça göstermektedir. Fakat hakkaniyete uygun bedel ödeneceğinin öngörülmesiyle feshin sonuçları tam anlamıyla gerçekleşmeyip yasa tarafından sınırlandırılmıştır. Şöyle ki feshin tüm sonuçlarının ortaya çıkacağı kabul edilseydi, yüklenicinin ortaya çıkardığı iş miktarına uygun bir bedelin verilmesi gerekecekti. Hakkaniyete uygun bedel ile aşırı şekilde aşılmanın sonuçları taraflar arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılır istenmiştir⁹⁵⁷. Böylece aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşmesinde tarafların kusur durumlarına göre bedelin miktarı her münferit olayın özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir⁹⁵⁸.

Hakkaniyete uygun bedelin belirlenmesinde çeşitli yöntemlere başvurulabilir. Bunlardan ilki yüklenicinin yapılan kısma ilişkin masraflarının tam olarak ödenmesi, ikincisi yaklaşık bedelin yapılan kısmın bütün esere olan oranı kadarının verilmesi, üçüncü ve son olarak iş sahibinin zenginleştiği miktarın karşılığının ödenmesidir⁹⁵⁹. Doktrinde bazı yazarlar bedelin belirlenmesinde ilk yöntemin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁶⁰. Fakat söz konusu görüş bedelin aşırı şekilde aşılmasında yüklenicinin kusur durumunu dikkate almaması bakımından isabetli değildir.

Yukarıda sayılan yöntemlerden hangisinin uygulanacağı yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasındaki kusur durumuna, aşırı şekilde aşılmanın gerçekleştiği ve gerçekleşeceğinin önceden anlaşıldığı durumlara göre farklı bir şekilde

⁹⁵⁷ **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 4.

⁹⁵⁸ **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 47, N. 39; **TWERENBOLD**, N. 237.

⁹⁵⁹ **ÖZ**, Dönme, s. 83. Bkz. **TWERENBOLD**, N. 237.

⁹⁶⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 977. **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 42; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 7; **LEHMANN**, Art. 375, N. 12.

belirlenecektir. Hakkaniyete uygun bedel, sadece iş sahibinin zenginleştiği miktarın karşılığı değildir. Yüklenicinin ağır kusurlu olduğu durumlarda yükleniciye verilecek bedel, iş sahibinin zenginleştiği miktarı geçmeyebilir⁹⁶¹. Yüklenicinin kusuru hafif ise yaklaşık bedelin yapılan kısmın bütün esere olan oranı kadarı verilebilir. Yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasında herhangi bir kusuru yoksa yapmış olduğu işlerin ve ortaya çıkan masrafların karşılığı verilmelidir⁹⁶². Fakat bu bedel TBK m.

⁹⁶¹ Federal Mahkeme BK m. 367/II'deki yaklaşık keşif bedelinin aşırı aşılması ile ilgili kararında 'kusursuz müteahhidin tazmin talebini iş sahibinin zenginleşmesiyle sınırlamak hakkaniyete aykırı olurdu' ifadelerini kullanmıştır (BGE 98 II 299 vd. (kararın çevirisi için bkz. **TANDOĞAN**, Arsa Üzerine İnşaat, s. 30). Bu kararın mefhumu muhalifinden kusurlu yüklenici için böyle bir sınırlamanın hakkaniyete aykırı olmadığı sonucuna varılabilir. Buna göre yaklaşık bedel yüklenicinin kusuruyla aşırı aşılırsa yükleniciye verilecek bedel, iş sahibinin sebepsiz zenginleştiği miktarla sınırlı olacaktır.

⁹⁶² **GÜMÜŞ**, s. 86; **EREN**, Özel Hükümler, s. 677. Uygun bir bedel ödeme borcunun ancak yapılan kısmın iş sahibinin kullanmasına elverişli olması halinde söz konusu olacağı yönünde bkz. **EREN**, Özel Hükümler, s. 677; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; **TWERENBOLD**, N. 237. Doktrinde **ÖZ** bu durumda iş sahibinin de içinde bulunduğu durumun dikkate alınması gerektiğini, bu tazminat miktarı onu çok sarsacaksa tazminat miktarının makul bir miktara indirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (**ÖZ**, Dönme, s. 84). **ÖZ**'ün bu görüşü iş sahibinin fiilen yapmış olduğu masrafların kararlaştırılan yaklaşık bedeli aştığı durumlar için uygulanabilir. Çünkü bu ihtimalde iş sahibini yaklaşık bedelin üzerinde bir bedel ödemeye mahkum etmek hakkaniyete uygun düşmez. Çünkü eserin kalan kısımlarının tamamlanması için de iş sahibi ayrıca bir bedel ödemek zorunda kalacaktır.

484'de öngörülen tam tazminat miktarı kadar olamaz⁹⁶³. TBK m. 484'deki tazminat, yapılan işler ve yüklenicinin tüm zararlarının karşılığını oluşturmaktadır. TBK m. 482/II uyarınca takdir edilecek hakkaniyete uygun bedel, sadece yüklenicinin yaptığı işlerin karşılığını oluşturmaktadır. İş sahibi, yüklenicinin yoksun kaldığı karı ödemek zorunda değildir⁹⁶⁴. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde BK m. 367/II hükmü uyarınca ödenecek hakkaniyete uygun tazminatın yüklenicinin yaptığı iş ve masraflarının karşılığı ile iş sahibinin zenginleştiği miktar arasında hakimin takdirine göre değişebilecek bir miktar olduğu ileri sürülmekteydi⁹⁶⁵. Fakat her ne kadar BK m. 367/II'de ve kaynak OR Art. 375/II'de 'hakkaniyet dairesinde tazminat'tan bahsetse de doktrinde bunun hakkaniyete uygun bir bedel olduğu ifade edilmektedir⁹⁶⁶. TBK m. 482/II'de yer alan 'hakkaniyete uygun bir bedel' ifadesi dikkate alındığında -özellikle kusursuz olan- yüklenicinin yapmış olduğu işlerin karşılığının ödenmesi hakkaniyetin de bir gereğidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 482/II hükmünün sözü, iş sahibinin hakkaniyete uygun bir bedel ödemesi veya bunu teklif etmesinin fesih hakkını kullanma koşulu olduğu izlenimini yaratsa da bunlar fesih hakkını kullanmanın bir koşulu değildir. İş sahibinin hakkaniyete uygun bedel ödeme borcu ancak fesihden sonra doğabilecek bir

⁹⁶³ GAUCH, Werkvertrag, N. 977; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 42; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 375, N. 6; YAVUZ, s. 1057.

⁹⁶⁴ GAUCH, Werkvertrag, N. 977; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; SUNGURBEY, Sorunlar, C. V, s. 559 dn. 2; BAYGIN, s. 185.

⁹⁶⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 295; TUNÇOMAĞ, s. 1089; KARAHASAN, İnşaat, s. 427; BAYGIN, s. 186; UYGUR, Borçlar, s. 8480; ALTAŞ, s. 83.

⁹⁶⁶ GAUCH, Werkvertrag, N. 977; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 42; GÜMÜŞ, s. 85.

borçtur. Dolayısıyla yüklenici, bu bedelin kendisine ödenmediğini ileri sürerek fesih hakkının kullanılmasını engelleyemez. Yüklenici sadece fesihten sonra bedel alacağını ödenmesini iş sahibinden talep edebilir⁹⁶⁷.

Meydana getirilen eserin bir bölümü iş sahibi açısından değersiz ise, yükleniciye ödenecek bedel daha da indirilebilir⁹⁶⁸.

cc. İş Sahibinin Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aştığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda iş sahibi, sözleşmeyi fesih yerine bedelden indirim hakkını kullanabilir. Bedelin indirilmesini talep hakkı yenilik doğuran bir haktır⁹⁶⁹. Bedelin indirilerek değişmesine yol açtığı için değiştirici yenilik doğuran bir haktır⁹⁷⁰.

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı durumda iş sahibi artık sözleşmeyi fesih veya bedelden indirim hakkından hangisini kullanacağını ortaya koymalıdır. Çünkü yüklenici, iş sahibinin kullanacağı hakka göre kendisini ayarlayabilecektir. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aştığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı durumlarda iş sahibi, fesih hakkını kullanmayıp daha sonra bu hakkını kullanmak istemesi durumunda yüklenicinin zarara uğrama ihtimali vardır. Şöyle ki yüklenici, devam eden sözleşme ilişkisine güvenerek üçüncü kişilerle eserin yapımıyla ilgili olarak çeşitli sözleşme ilişkileri kurabilir. İş sahibinin daha sonra fesih hakkını kullandığı durumlarda bu sözleşmeler gereği yüklendiği yükümlülüklerden dolayı çeşitli zararlara uğrama ihtimali yüksektir.

⁹⁶⁷ **ÖZ**, Dönme, s. 83; **ALTAŞ**, s. 82-83; **ERGEZEN**, s. 114.

⁹⁶⁸ **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 28. Karş. **GAUCH**, Werkvertrag, N. 1009.

⁹⁶⁹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 979; **TWERENBOLD**, N. 253.

⁹⁷⁰ **EREN**, Özel Hükümler, s. 677; **EREN**, Sona Erme, s. 91; **GÜMÜŞ**, s. 86; **GÜRPINAR**, s. 89; **KOCAAĞA**, s. 250; **BİRİNCİ UZUN**, s. 96.

İş sahibi sadece tolerans sınırını geçen aşmalar için bedelin indirilmesi talebinde bulunabilir. Çünkü iş sahibi, yaklaşık bedelin tolerans sınırına kadar aşılması rizikosunu baştan kabul etmiştir. TBK m. 482/II hükmü ile iş sahibine sadece yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması durumunda bazı hakları kullanabilme imkanı tanınmıştır. Bedelden indirim amacını, yüklenicinin yaklaşık bedele uymayı vaat etmesine rağmen, aşırı şekilde aşmanın onun faaliyet alanında gerçekleşmesi ve iş sahibinin de yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasını belli oranda kabul ettiği düşüncesine dayanmaktadır⁹⁷¹. Gerçekten de iş sahibi yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılacağını öğrendiği anda sözleşmeyi feshetmeyip bedelden indirim hakkını kullanacağını belirttiği anda aşırı şekilde aşmayı kabul etmektedir. Fakat bedelden indirim hakkı da aşırı şekilde aşma sonucu ortaya çıkan bedelin tamamını iş sahibinin yüklenmesine engel olmaktadır. İndirilecek bedel, yüklenicinin yapmış olduğu masraflar ve eserin iş sahibi bakımından sahip olduğu değer artışı dikkate alınarak tolerans sınırının üzerindeki aşmanın yüklenici ile iş sahibi arasında paylaşılmasıyla bulunabilir⁹⁷². Doktrinde bu paylaşımın adil olabilmesi için tolerans sınırı üzerindeki aşmanın taraflara yarı yarıya paylaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁷³.

İndirilecek bedelin belirlenmesinde GAUCH tarafından bir formül ortaya koyulmuştur. Bu formüle göre indirilecek bedel, yüklenicinin ortaya çıkarmış olduğu işin değerinden, tolerans sınırını teşkil eden bedel çıkarıldıktan sonra kalan tutarın yarısı

⁹⁷¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 979; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 37; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294; **TWERENBOLD**, N. 239; **ALTAŞ**, s. 82; **ERGEZEN**, s. 113.

⁹⁷² **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 13; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 979; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 29; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294; **YAVUZ**, s. 1057; **BİRİNCİ UZUN**, s. 96.

⁹⁷³ **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 38; **LEHMANN**, Art. 375, N. 11.

çıkarılarak bulunabilecektir ⁹⁷⁴ . Örneğin; yaklaşık bedelin 100.000 TL olarak belirlendiği bir eser sözleşmesinde %10'luk bir tolerans sınırı belirlenmesine rağmen %40 oranında bir aşma meydana gelmişse; yüklenicinin ortaya çıkarmış olduğu işin değeri 140.000 TL, tolerans sınırını teşkil eden bedel 110.000 TL dir. Tolerans sınırını aşan bedel $140.000 - 110.000 = 30.000$ TL dir. Tolerans sınırını aşan bu bedeli iş sahibi ve yüklenici yarı yarıya karşılayacaktır. Buna göre; $30.000 / 2 = 15.000$ TL, tolerans sınırını teşkil eden bedele eklenecek ve iş sahibinin ödeyeceği bedel ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedel $110.000 + 15.000 = 125.000$ TL olacaktır.

PEDRAZZINI'ye göre ⁹⁷⁵; indirilecek bedel, yüklenicinin kusursuz olması durumunda karşılaştırılan yaklaşık bedel ile yüklenicinin ortaya koyduğu işin değeri arasında ortalama bir rakama indirilerek bulunmalıdır. Fakat tolerans sınırı dikkate alınmadan ortaya konan bu formül adalete uygun bir sonuç vermeyecektir ⁹⁷⁶. Çünkü iş sahibi tolerans sınırının üzerindeki aşmayı tamamen olmasa da kabul etmektedir. Dolayısıyla indirilecek bedel hesaplanırken mutlaka tolerans sınırı da dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce tolerans sınırının belirlenmesinde olduğu gibi, indirilecek miktarın belirlenmesinde de somut olayın özellik taşıyan tüm noktaları dikkate alınmalıdır. Özellikle yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasında kusurlu

⁹⁷⁴ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 979. Fakat **GAUCH**, bu kuralın sadece normal durumlarda uygulanacağını, iş sahibinin müdahalesi veya onayı ile meydana gelen aşmalarda söz konusu kuralın dikkate alınmayacağını ifade etmektedir (**GAUCH**, Werkvertrag, N. 980).

⁹⁷⁵ **PEDRAZZINI**, § 86, s. 541.

⁹⁷⁶ Aynı yönde **GAUCH**, Werkvertrag, N. 981; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 295; **BAYGIN**, s. 188.

olduğu ya da yaklaşık bedel belirlenirken bu belirleme esnasında yüklenicinin kusurlu hareketleri neticesinde bedel yüksek belirlenmişse yukarıda zikredilen formül tam olarak uygulanmayabilir⁹⁷⁷. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına neden olan masraflar, eserin değerinde bu oranda bir artmaya yol açmamışsa bedel, iş sahibi lehine daha fazla indirilebilir⁹⁷⁸. Fakat hiç bir şekilde iş sahibinin ödeyeceği bedel, tolerans sınırını teşkil eden bedelden az olamaz⁹⁷⁹. Çünkü iş sahibi, bedelden indirim hakkını kullanarak yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasını kabul etmiştir. Hakim, olayın tüm özelliklerini dikkate alıp takdir yetkisini de kullanarak indirilecek bedeli belirleyecektir⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 13; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 981, 1009; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 29; **HÜRLIMANN/SIEGENTHALER**, Art. 375, N. 6; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 5, 7; **HUGUENIN**, N. 3199; **LEHMANN**, Art. 375, N. 11; **TWERENBOLD**, N. 241.

⁹⁷⁸ Aynı yönde **GAUCH**, Werkvertrag, N. 981; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 29; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 295; **BAYGIN**, s. 188; **TWERENBOLD**, N. 243; **GÜMÜŞ**, s. 86; **BİRİNCİ UZUN**, s. 96. Yapılan fazla masrafların iş sahibinin yararına olduğu durumlarda bedelin yüklenici lehine artırılacağı yönünde bkz. (**LEHMANN**, Art. 375, N. 11).

⁹⁷⁹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 981; **TWERENBOLD**, N. 240; **EREN**, Özel Hükümler, s. 676; **BİRİNCİ UZUN**, s. 96.

⁹⁸⁰ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 979; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 29; **BÜHLER**, Zürcher Kommentar, Art. 375, N. 36; **HUBER/SCHWENDENER**, Art. 375, N. 7; **TWERENBOLD**, N. 240. BGE 115 II 462 (aktaran **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Basler Kommentar, Art. 375, N. 29).

Bedelden indirim hakkı; aşırı şekilde aşmanın ek iş ve benzeri sebeplerle iş sahibinden kaynaklandığı veya iş sahibinin aşırı şekilde aşmaya tamamen onay verdiği durumlarda kullanılamaz. Yine yüklenicinin tolerans sınırının üzerindeki bedeli talep etmediği, tolerans sınırını teşkil eden bedele eseri tamamlayacağını beyan ettiği durumlarda da bedelden indirim hakkı kullanılamaz⁹⁸¹.

İndirilmiş bedel, durumun özelliği ve iş sahibinin üstlenmiş olduğu riske göre dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde iş sahibini zor durumda bırakıyorsa bu bedel daha da indirilebilir. Hakim, somut olayın haklı kıldığı durumlarda indirilecek bedeli takdir hakkını kullanarak belirleyecektir⁹⁸². Fakat bu durumun kabul edilebilmesi için yüklenicinin aşırı şekilde aşılmayla ilgili bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmalıdır.

4. Eserin Tamamlanmasından Sonraki Hukuki Durum

Eserin tamamlanmasından sonra iş sahibi, artık yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasına dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Çünkü TBK m. 482/II'de öngörülen fesih hakkı, eserin tamamlanmadığı durumlar için öngörülmüştür. İş sahibi, eser tamamlandıktan sonra ancak bedelden indirim hakkını kullanabilir⁹⁸³. Eserin büyük oranda tamamlanıp sadece ayrıntı niteliğinde küçük işler kalmış olması durumunda ise dürüstlük kuralı gereği fesih hakkının kullanılmasına izin verilmemelidir⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ **GAUCH**, Werkvertrag, N. 980; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 294-295.

⁹⁸² **GAUCH**, Werkvertrag, N. 981.

⁹⁸³ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 375, N. 13; **BECKER**, Vertragverhältnisse, Art. 375, N. 10; **GAUCH**, Werkvertrag, N. 982; **ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art. 375 N. 30; **GÖKTÜRK**, s. 503; **GÜMÜŞ**, s. 85; **YAVUZ**, s. 1057; **ÖZ**, Dönme, s. 82; **ALTAŞ**, s. 82.

⁹⁸⁴ **ÖZ**, Dönme, s. 82. Bu sonuca BK m. 360/I hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda da varılabileceği yönünde bkz. **ÖZ**, Dönme, s. 82.

Yüklenicinin iş görme faaliyeti esnasında yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı veya aşılabacağı anlaşıldığı durumları bildirmeyip eseri tamamladığı durumlarla ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrinde aşırı masraf artışını saklayan yüklenicinin iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkını kullanmasına dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olduğu için iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği ileri sürülmekteydi⁹⁸⁵. TBK m. 482’de BK m. 367’den farklı olarak fesih ve dönme terimleri arasındaki ayrım doğru bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu farklılık dikkate alındığında eserin tamamlandığı durumlarda dürüstlük kuralı yardımıyla fesih hakkının kullanılması durumunda sözleşme ileri etkili olarak sona erdiği için iş sahibi, tamamlanan eser için bir bedel ödemek zorunda kalacaktır. Sonuç olarak sözleşmenin feshedilmesiyle iş sahibi avantajlı bir konuma gelmeyecektir. Bu zorlama çözüm yerine yüklenicinin aşırı masraf artışını bildirmeyip eserin tamamlandığı durumlarda iş sahibi, bedelden indirim hakkını kullanıp ödeyeceği indirilmiş bedel hesaplanırken yüklenicinin bu kusurlu hareketi de dikkate alınarak iş sahibinin ödeyeceği bedelin tolerans sınırını teşkil eden bedele kadar indirilerek iş sahibinin zarara uğramasına engel olunabilecektir.

⁹⁸⁵ **ÖZ**, Dönme, s. 82; **BAYGIN**, s. 188-189.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, ivazlı ve ani edimli bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için meydana getirilecek eserin karşılığı olarak bedel ödeme taahhüdünde bulunulması gerekmektedir. Bedel ödeme taahhüdünün olmadığı durumlarda ortada bir eser sözleşmesi yoktur. Eser sözleşmesinde edime yönelik menfaatin eserin teslimiyle birlikte bir anda gerçekleştiği için bu sözleşme ani edimli bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Fakat eser sözleşmesinde taraflar arasında vekalet benzer şekilde güven ilişkisinin yoğun olması ve alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin borçlunun uzun sürebilen ifaya hazırlık faaliyetlerine bağlı olması sebebiyle kanun tarafından öngörülen sürekli borç ilişkisine özgü bazı kuralların da dikkate alınması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinin konusu maddi ve maddi olmayan sonuçları içerebilir. Bu kapsamda maddi olmayan iş görme sonuçlarının maddi bir şeyde cisimleşmesi gerekmez. Fakat maddi olmayan her tür iş görme sonucu eser sözleşmesinin konusu olamaz. Bu sonuçların taahhüt edilebilir nitelikte olması ve bağımsız bir bütün teşkil etmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde sözleşmenin kurulabilmesi için bedel taahhüdünde bulunmuş olması yeterli olup, bedelin miktarının kararlaştırılması şart değildir. Taraflar bedelin miktarını sabit (götürü) veya yaklaşık olarak kararlaştırabilecekleri gibi bu konuda hiç bir anlaşma da yapmayabilir. Taraflar bedelin miktarını yaklaşık olarak kararlaştırdıkları veya hiç kararlaştırmadıkları durumlarda bedelin miktarı TBK m. 481 uyarınca işi değeri ve yüklenicinin yapmış olduğu masraflara göre belirlenir. Taraflar arasında kararlaştırılan bedelin sabit (götürü) veya yaklaşık bedel olup olmadığı tartışılmalıysa yaklaşık bedel olduğu kabul edilmelidir.

Yaklaşık bedeli düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu m. 374 ve m. 375 hükümleri ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun bu hükümlere karşılık gelen m. 366 ve m. 367 hükümlerinde yer alan yaklaşık bedel ve yaklaşık keşif bedeli ibareleri arasında bir fark olup olmadığı yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmaları dikkate alan kanun koyucu yaklaşık bedeli düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanununun m. 367 hükmüne karşılık gelen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 482 hükmüne ve kenar başlığına 'yaklaşık bedel' ibaresini getirerek yaklaşık keşif bedeliyle yaklaşık bedel arasında herhangi bir farklılık olmadığını benimsemiştir.

Yaklaşık bedel, sözleşme içeriğine dahil olmayan fakat sözleşmeye esas alınan bir işlem temeli niteliğindedir. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle iş sahibine sözleşmeyi sonlandırma ve bedelden indirim hakkı veren TBK m. 482 hükmünde iş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmayacağına ilişkin geleceğe yönelik tasavvurunun gerçekleşmemesi subjektif işlem temelini çökmesi niteliğinde olup, hükmün temelleri MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

Yüklenicinin eseri meydana getirdiği esnada veya meydana getirdikten sonra tespit edilen işin değeri ve yüklenicinin masraflarının tutarı, yaklaşık bedelden fazla ise aşılma gerçekleşmiş olur. Bu aşılma makul seviyede, alelade nitelikte ise iş sahibinin bu aşılmaya katlanması gerekmektedir. Fakat bu alelade aşılma belli bir sınıra kadar giden bir aşma olup, bu sınırın aşılması durumunda artık bu aşma, alelade aşılmadan çıkıp aşırı şekilde aşmaya geçmektedir. Makul bir seviyede aşma ile aşırı şekilde aşma arasında tolerans sınırı olarak adlandırılan bir sınır vardır. Tolerans sınırının üzerindeki aşmalar aşırı şekilde aşılma olarak kabul edilmektedir. Tolerans sınırının tespiti yapılırken her somut olayın özellikleri dikkate alınarak söz konusu işte geçerli olan doğruluk ve dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerekmektedir. Fakat yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığını kabul edebilmek için bir ön şart olarak en azından yaklaşık bedelin %10'undan fazla olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk : Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, E-Akademi Dergisi, Aralık 2013, S. 134, s. 1-24.

AKKURT, Sinan Sami : Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 13-64.

AKÜNAL, Teoman : İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı, İÜHFMD, C. XL (1974), S. 1-4, s. 701-707.

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 S. 2, s. 291-310.

(Kısaltma: Götürü Bedel)

AKYAZAN, Sıtkı : Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi ile İlgili Hukuki Sorunlar, ABD 1977, S. 1, s. 11-23.

(Kısaltma: Fiyat Farkı)

AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

ALTAŞ, Hüseyin : İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 366 ve 367), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

ALTINOK, ORMANCI Pınar : İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 95-117.

ALTINOK, ORMANCI Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ATAAY, Aytekin/SUNGURBEY, İsmet : Açıklamalı Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1968.

ATASAYAN, Tacettin : Borçlar Hukuku Sahasında Sistemik Temyiz Neşriyatı, Sermet Matbaası, İstanbul 1956.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

AYRANCI, Hasan : Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

BAYGIN, Cem : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul 1999.

BAYSAL, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2019.

BECKER, Hermann : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragverhältnisse, Art. 184-551, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1934. (Kısaltma: Vertragverhältnisse)

BECKER, Hermann : Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band/N. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 1945. (Kısaltma: Allgemeine)

BERKİ, Şakir : Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Ankara 1973.

BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, BATİDER, Ankara 1971.

BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich : Besonderes Schuldrecht, 42., aktualisierte Aufl., C. H. Beck, München 2018.

BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Allgemeiner Teil)

BUCHER, Eugen : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3., erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Besonderer Teil)

BUSCHE, Jan : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht Besonderer Teil III/1, 7. Aufl., §§631-651, Verlag C. H. Beck, München 2018.

BÜHLER, Theodor : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.

(Kısaltma: Zürcher Kommentar)

BİRİNCİ, UZUN Tuba : Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, s. 85-98, 2014.

CANBOLAT, Ferhat : Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

DALAMANLI, Lütfü/İZGİ, Ömer : İçtihatlı Örnekli Borçlar Hukuku Davaları, Eda Matbaacılık Yayıncılık, Ankara 1998.

DALAMANLI, Lütfü/KAZANCI, Faruk/KAZANCI, Muharrem : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, Cilt: III, 182-371, Kazancı Hukuk Yayınları No: 71, İstanbul 1990.

DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 4. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2008.

DİNAR, R. Cem : Borçlar Kanunundaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V/1, S. 1, 2008, s. 45-65.

DÜRR, Karl : Der Werkvertrag, 2. Aufl., Schrittl Verlag, Bern 1966.

EDİS, Seyfullah : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 333, Ankara 1973.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Kısaltma: Borçlar Genel)

EREN, Fikret : Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

(Kısaltma: Mülkiyet)

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015. (Kısaltma: Özel Hükümler)

EREN, Fikret : ‘Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri’ İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), BATİDER, Ankara 1996, s. 49-103. (Kısaltma: İnşaat Sözleşmeleri)

EREN, Fikret : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), BATİDER, Ankara 1996, s. 63-88.

(Kısaltma: Müteahhidin Borçları)

EREN, Fikret : İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), BATİDER, Ankara 1996, s. 89-103. (Kısaltma: Sona Erme)

ERDOĞAN, İhsan : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, C. 3, S. 1, s. 135-172.

ERGEZEN, Muaz : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ERGÜNE, Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, Beta Basın Yayın, İstanbul 2008.

ERMAN, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 598, İstanbul 1979.

ERTEN, Ali : Türk Borçlar Hukuku'na Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), BATİDER, Ankara 2000.

FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas : Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2006.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976. (Kısaltma: C. I)

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

(Kısaltma: C. II)

GAUCH, Peter : Überschreitung des Kostenvoranschlages–Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), Baurecht (BR/DC) 4/89, S. 79 ff.

(Kısaltma: Kostenvoranschlages)

GAUCH, Peter : Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2011. (Kısaltma: Werkvertrag)

GAUCH, Peter : Der Unternehmer im Werkvertrag, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1977.

(Kısaltma: Unternehmer)

GAUCH, Peter : System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1968. (Kısaltma: Dauerverträgen)

GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan :
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches
Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-
Genf 2008. (Kısaltma: Bd. I)

GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan :
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches
Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-
Genf 2008. (Kısaltma: Bd. II)

GAUTSCHI, Georg : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen
Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zweite, Neu
Bearbeite Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1967. (Kısaltma: Berner Kommentar)

GAUTSCHI, Georg : Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff.,
Schweizerische Juristen-Zeitung, 1974, 70. Jahrgang, Heft 2, s. 21-24.
(Kısaltma: Architektenvertrages)

GIERKE, Otto von : Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die
Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 64, s. 355-411.

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

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Baskı, Vedat
Kitapçılık, İstanbul 2014.

GÜRPINAR, Damla : Eser Sözleşmelerinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi,
Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006.

GÜRSOY, Kemal Tahir : Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus
(Emprevizyon Nazariyesi), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1950.

GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./ DRUEY, Jean Nicolas :

Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Neunte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2000.

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

GÖKYAYLA, Emre : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, s. 577-599. (Kısaltma: Değerlendirme)

GÖKYAYLA, Kadir Emre : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y. 1, S. 1, s. 785-805. (Kısaltma: Sadakat ve Özen Borcu)

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

HONSELL, Heinrich : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Neunte, ergänzte und verbesserte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.

HUBER, Felix/ SCHWENDENER, Niklaus : OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orel Füssli Kommentar, (Navigator.ch), 3. Überarbeitete Auflage 2016, Orell Füssli Verlag AG.

HUGUENIN, Claire : Obligationenrecht, Allgemeinen und Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich –Basel - Genf 2012.

HÜRLIMANN, Roland/ SIEGENTHALER, Thomas : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Basel- Genf 2016.

JÄGGI, Peter/ GAUCH, Peter : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage Teilband V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980.

JÄGGI, Peter : Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1976.

KANIŞLI, Erhan : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

KANETİ, Selim : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1955-1964, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, BATİDER, Ankara 1968.

KAPLAN, İbrahim : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 520, Ankara 1983. (Kısaltma: Mimarlık Sözleşmesi)

KAPLAN, İbrahim : ‘İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları’ İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer 18-29 Mart 1996 Ankara), Ankara 1996, s. 49-103. (Kısaltma: Ücret Ödeme Borcu)

KAPLAN, İbrahim : İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 377-393.

KAPLAN, İbrahim : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013. (Kısaltma: İnşaat Sözleşmeleri)

KAPLAN, İbrahim : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007. (Kısaltma: Sözleşmeye Müdahale)

KARADENİZ, Özcan : Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 396, Ankara 1976.

KARAHASAN, Mustafa Reşit : İnşaat-İmar-İhale Hukuku, C. 1, Beta Basım Yayın, İstanbul 1997. (Kısaltma: İnşaat)

KARAHASAN, Mustafa Reşit : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 6, Beta Basım Yayın, İstanbul 1992. (Kısaltma: Borçlar)

KOCAAĞA, Köksal : İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968. (Kısaltma: Hata)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514.

(Kısaltma: İşlem Temeli)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme – Ek: Uygulama Çalışmaları-, Gözden geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016. (Kısaltma: İfa Engelleri)

KOLLER, Alfred : Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike Verlag, Zürich 2015.

(Kısaltma: Werkvertragsrechts)

KOSTAKOĞLU, Cengiz : İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.

KRAMER, Ernst A./ SCHMIDLIN, Bruno : Berner Kommentar, Band/N. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1986.

KÖHLER, Helmut : Die Überschreitung des Kostenanschlags, NJW 1983, Heft 30, s. 1633-1635.

KUNTALP, Erden : Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, BATİDER Yayın No: 479, Ankara 2013.

KURT, Leyla Müjde : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

(Kısaltma: Temerrüt)

KURT, Leyla Müjde : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (Kısaltma: İmkansızlık)

KURŞAT, Zekeriya : Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirilmesi Hükmü, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 143-166.

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1987.

(Kısaltma: Allgemeiner Teil)

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13., völlig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986. (Kısaltma: Besonderer Teil)

LEHMANN, Peter : KurzKommentar OR Art. 1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel 2008.

MERZ, Hans : Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts Jahre 1989-Obligationenrecht, ZBJV 127/1991, H. 4, s. 236-257.

OFTINGER, Karl : Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (Clausula Rebus Sic Stantibus Hakkında), Çev: Bülent Davran, İÜHFİM, C. VIII, S. 3-4, 1942, s. 598-622.

OĞUZMAN, M. Kemal : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

OLGAÇ, Senai : Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, C. II, Madde: 182-371, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich 1936.

ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Gazi Üniversitesi Yayın No: 155, Ankara 1990.

ÖZ, Turgut : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Y. 1985, S. 16, s. 131-172.

(Kısaltma: Eleştiri)

ÖZ, Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989.

(Kısaltma: Dönme)

ÖZ, Turgut : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016. (Kısaltma: İnşaat)

PEDRAZZINI, Mario M. : Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, In: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Herausgegeben von Frank Visser, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart 1977.

ÖZYÖRÜK, Sezer : İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi BK 371 Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988.

SCHAUB, P. Rudolf : Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Dissertation, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979.

SCHMID, Jörg/ STÖCKLI, Hubert : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2010.

SCHUMACHER, Rainer/ KÖNIG, Roger : Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung-Mehrvergütung, BR- Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg Band/N. 34, Hrsg: ZUFFEREY Jean Baptiste/STÖCKLI Hubert, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2017.

SCHMIDLIN, Bruno : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Vorbemerkung und Kommentar zu Art. 23-31, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2013.

SCHWARZ, Andreas (Çev: DAVRAN, Bülent) : Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

SCHWENZER, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, Bern 2009.

SEÇER, Öz : Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (Kısaltma: Tam Tazminatla Fesih)

SEÇER, Öz : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, BÜHFD, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 727-754. (Kısaltma: Bildirim)

SELİÇİ, Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978. (Kısaltma: Müteahhidin Sorumluluğu)

SELİÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976. (Kısaltma: Sürekli Borç İlişkileri)

SELİÇİ, Özer : İsviçre Federal Mahkemesi I. Özel Dairesinin 9. Şubat 1971 tarihli kararı, BGE 97 II 67, MHAD, Yeni Seri, Y. 7, S. 10, İstanbul 1973.

SELİÇİ, Özer : Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2290, İstanbul 1977.

(Kısaltma: Mimarlık Sözleşmesi)

SELİMOĞLU, Engin : Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 685-693.

SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007. (Kısaltma: Dönme)

SEROZAN, Rona : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 195-207. (Kısaltma: Geri Verme)

SEROZAN, Rona : Geçersiz Satım Sözleşmesinin İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD, Y. 3 (1969), S. 4, s. 187-213. (Kısaltma: Çözülme)

SEROZAN, Rona : ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdiin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, Y. 2, S. 3, 1968, s. 108-129. (Kısaltma: Bağımsız Borç İlişkisi)

SOMER, Pervin : Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), Derin Yayınları, İstanbul 2008.

SUNGUR, Halis : Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1943.

SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980.

(Kısaltma: C. IV)

SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C. V, İstanbul 1984.

(Kısaltma: C. V)

SUNGURBEY, İsmet : Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1982, S. 2, s. 173-194). (Kısaltma: Zorunlu Bir Yanıt)

ŞENOCAK, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Kısaltma: Özel Borç İlişkileri)

TANDOĞAN, Haluk : Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 1-49. (Kısaltma: Arsa Üzerine İnşaat)

TANDOĞAN, Haluk : Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, C. V, S. 4, Nisan 1982, s. 493-499.

(Kısaltma: Zorunlu Yanıt)

TANDOĞAN, Haluk : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 311-332.

(Kısaltma: İstisna Akdi)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993. (Kısaltma: Borçlar)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla : Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet), 5. Bası, İstanbul 1989.

(Kısaltma: Eşya)

TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

TRÜMPY-JÄGER, Eveline : Vorzeitige Beendigung von Bauwerkverträgen, Herausgeben von Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Das Private Baurecht der Schweiz-Beiträge für die Praxis, Hochschulverlag AG an der ETH Zürich 1994, s. 137-152.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976. (Kısaltma: Genel Hükümler)

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977. (Kısaltma: Özel Borç İlişkileri)

TUNÇOMAĞ, Kenan : Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD, C. 1, S. 1, Y. 1967, s. 87-108. (Kısaltma: Aşırı Güçlük)

TWERENBOLD, Thomas : Der 'unverbindliche' Kostenvoranschlag beim Werkvertrag-zur rechtlichen Tragweite von Artikel 375 OR, Dike Verlag, St. Gallen 2001.

UÇAR, Ayhan : İstisna Sözleşmelerinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, 2001, C. 5, S. 1-4, s. 513-555.

ULUSAN, İlhan : Culpa in Contrahendo Üzerine, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, I, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2848, İstanbul 1982, s. 275-319.

UYGUR, Turgut : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 7, Ankara 2010. (Kısaltma: Borçlar)

UYGUR, Turgut : Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku (Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993. (Kısaltma: İnşaat)

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları No: 19, Ankara 1987.

von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1972. (Kısaltma: Besonderer Teil)

von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich 1964. (Kısaltma: Allgemeiner Teil)

von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band. II, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984.

von TUHR, Andreas/ PETER, Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band I (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984.

WINDSCHEID, Bernhard : Die Voraussetzung, AcP, 78. Bd., H. 2 (1892), s. 161-202.

YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 10. Baskı, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Kadir Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası Ankara 2018.

ZINDEL, Gaudenz/ PULVER, Urs/ SCHOTT, Bertrand : Basler Kommentar, Hrsg: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter, WIEGANG Wolfgang, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.

ÖZET

Eser sözleşmesinde meydana getirilecek eser karşılığında bedel ödeme taahhüdünde bulunulması yeterli olup bedelin miktarının kararlaştırılması şart değildir. Bedelin miktarı yaklaşık olarak kararlaştırılabileceği gibi bu konuda hiçbir belirleme de yapılmayabilir. Bedelin hiç belirlenmediği veya yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda bedelin miktarı Türk Borçlar Kanunu madde 481 uyarınca işin değeri ve yüklenicinin giderine göre belirlenir.

Eser sözleşmesinde bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda Türk Borçlar Kanunu madde 481 uyarınca belirlenen bedel yaklaşık bedeli aşırı bir şekilde aşılacağı anlaşılırsa veya aşarsa Türk Borçlar Kanunu madde 482 hükmü iş sahibine çeşitli haklar tanımıştır. Buna göre meydana getirilecek eser iş sahibinin arsasında yapılmıyorsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı durumlarda eser henüz tamamlanmamışsa iş sahibi bedelden uygun miktarın indirilmesini veya hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Eser tamamlanmışsa sadece bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebilir.

ZUSAMMENFASSUNG

Es genügt, für das auszuführende Werk im Werkvertrag eine Verpflichtung zur Zahlung eines Entgeltes zu erklären, jedoch ist die Festsetzung des Preises nicht erforderlich. Während man den Kostenanschlag ungefähr bestimmen kann, steht den Parteien ebenso gut zu, über die Kosten von vornherein nichts zu vereinbaren. Der Kostenanschlag wird gemäss Art. 481 des türkischen Obligationengesetzes nach dem Wert der Arbeit oder den Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt, wenn der Preis gar nicht bestimmt oder ungefähr bestimmt wird.

Die Vorschrift von Art. 482 des türkischen Obligationengesetzes gewährt dem Besteller im Falle eines ungefähren Kostenanschlags im Werkvertrag zahlreiche Rechte, wenn es ersichtlich ist, dass der nach Art. 481 des türkischen Obligationengesetzes bestimmte Preis den ungefähren Kostenanschlag unverhältnismässig überschreiten wird, oder wenn er ihn bereits überschritten hat. Demnach kann der Besteller vor bzw. nach Vollendung des Werkes vom Vertrag zurücktreten, wenn das auszuführende Werk nicht auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet wird.

In den Fällen, wo das Werk auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet wird, kann der Besteller eine entsprechende Preisherabsetzung verlangen oder gegen eine angemessene Zahlung der schon ausgeführten Arbeiten den Vertrag kündigen, wenn das Werk noch nicht vollendet wird. Ist das Werk schon vollendet worden, dann kann er nur eine entsprechende Preisherabsetzung verlangen.

ABSTRACT

Determining the price for the subject of work is not a constituent element, whereas the commitment to pay is sufficient. To put in a different way, even the approximate amount of the price does not need to be decided. In cases where the price is not determined or approximately determined, the amount of the price is determined according to the value of the work and the expense of the contractor in accordance with Article 481 of the Turkish Code of Obligations.

Article 482 of the Turkish Code of Obligations bestows various rights to party ordering work in case of exceeding or likely exceeding to the approximate amount determining thereunder Article 481. As per this Article, if the work is not operated on the land of the party ordering work, it is possible to renege on the contract before or after the work is completed from the side of contractor.

On condition that the work is still operated on the land of the party ordering work, it is possible to terminate the contract by paying an appropriate amount or asking a reduce. However, party ordering work can only ask lowering to the price in a fair way if the work is already completed.