

GİRİŞ

İstisna sözleşmesi, günümüzde uygulaması fazla olan bir işgörme sözleşmesidir. Toplum halinde yaşamının gereği olarak hayatın birçok alanında ihtiyaçlar karşılanabilmek maksadıyla işbölümü yapılmak durumundadır. Yapılan işbölümü sayesinde insanlar farklı alanlarda uzmanlaşmaktadır. Söz konusu uzmanlaşma sayesinde toplumda farklı işleri yapan farklı meslek grupları oluşmaktadır. Bu nedenle çoğu kez kendisinin yapamayacağı bir esere ihtiyacı olan birey, bu eseri yaptığı bir sözleşme ile bu işte uzman olan kişilere yaptırmaktadır. Burada taraflar aslında genellikle farkında olmasalar da bir istisna sözleşmesine taraf olmaktadır. Günlük hayatta toplumu oluşturan bireylerin ihtiyaçlarını ne kadar başka kişilere yaptırdıklarının boyutunu düşünürsek, istisna sözleşmesinin de o kadar uygulamasının fazla olduğunu görebiliriz. İstisna sözleşmesinin uygulamadaki önemini gören kanun koyucu bu sözleşmeye ilişkin düzenlemeler yapma gereği duymuştur. Bu doğrultuda BK m. 355 ile m. 371 arasındaki hükümler istisna sözleşmesine ayrılmıştır. Öte yandan yoğun uygulaması olması nedeniyle, Yargıtay 15. H.D. sadece istisna sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak doktrinde de istisna sözleşmesi hakkında birçok çalışma yapılmıştır.

İstisna sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eser meydana getirme borcu altına girmektedir. Şu halde istisna sözleşmesinin unsuru olan ücretin önemi artmaktadır. Günlük hayatta yaşanan istisna sözleşmesi kaynaklı sorunların önemli bir kısmı ücrete ilişkin uyuşmazlıklardır. Bu sorunların çözümüne katkı sağlamak isteyen bilim adamları, bilim dünyasına istisna sözleşmesinde ücrete ilişkin birçok eser kazandırmışlardır.

Ancak belirtmek gerekir ki, ücrete ilişkin diğer konularda bir çok eser olmasına rağmen, istisna sözleşmesinde keşif ücretinin aşılması konusunda bilim dünyamızda

hiçbir eser bulunmamaktadır. Oysa, BK m. 367 de düzenlenen bu konu ne önemsiz ne de uygulaması olan bir konudur. Günlük hayattaki uygulamalara bakılırsa, istisna sözleşmelerinin daha ziyade keşif bedeli üzerinden belirlenen ücretle kurulduğu görülecektir. Özellikle, kamu kurumlarının yaptırdığı işlerde müteahhitlerin ihaleye girebilmeleri, keşif bedelini içerir keşif raporu düzenleyip idareye vermeleri şartına bağlanmıştır. Bu önemine rağmen keşif bedelinin aşılması konusunda yeteri kadar çalışma yapılmamış olması bizi bu çalışmanın yapılmasına sevk eden neden olmuştur.

Çalışmamızın seyrinde, çalışmamızın asıl konusu olan “istisna sözleşmesinde keşif bedelinin aşılması” konusuna doğrudan girmek yerine keşif bedeli kavramı ve istisna sözleşmesi ile ilgisini saptamak açısından genelden özele doğru ilerleyen bir biçimde önce genel olarak istisna sözleşmesi ve istisna sözleşmesinde ücret konularına değindikten sonra keşif bedeli ve aşılması konularına girmeyi uygun buluyoruz.

Çalışmamız girişi takip eden dört bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Birinci bölümde, “genel olarak istisna sözleşmesi ve istisna sözleşmesinde ücret” konularına yer verilmiştir. Ayrıca bu bölümde, istisna sözleşmesinde ücret konusu, ücret belirleme yöntemleriyle birlikte ele alınmıştır.

İkinci bölümde, “istisna sözleşmesinde keşif bedeli kavramı, tespiti ve keşif bedelinin aşılması” başlığı altında, keşif bedeli kavramının anlamı, keşif bedelinin tespit edilme tarzı ve belirlenen keşif bedelinin sonradan hangi nedenlerle aşılabileceği konularında açıklamalar yapılmıştır.

Üçüncü bölümde, “istisna sözleşmesinde keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeden dönme” başlığı altında, önce keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeden dönmenin şartları, sonra sözleşmeden dönmenin sonuçları ayrıntılı şekilde irdelenmeye çalışılmıştır.

Dördüncü ve son bölümde, “keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasının diğer sonuçları” başlığı altında, sözleşmeden dönme dışında keşif bedelinin aşırı derecede

aşılmasının diğere sonuçları olan müspet zarar tazmini ve aşırı ücretin indirilmesi konuları, iş sahibinin arsası üzerine yapılan eserde keşif bedelinin aşılması ve sonuçları konusu ile birlikte ele alınmıştır.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise, çalışmamızın önemli noktalarının genel bir değerlendirmesi yapılarak çalışmaya son verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİSNA(ESER) SÖZLEŞMESİNİN TANIMI UNSURLARI VE ÜCRETİN BELİRLENMESİ USULLERİ

I- TANIM

İstisna kelimesi Arapça bir kelime olup, sanat ve maharet anlamındadır¹. Kelime anlamı farklı olmasına rağmen yazılışları aynı olduğu için, günlük hayatımızda sıkça kullandığımız, “müstesna tutulmuş” manasına gelen istisna kelimesi ile karıştırılmaktadır².

İstisna sözleşmesi, BK m. 355’de şu şekilde tarif edilmiştir, “istisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. Bu madde paralelinde bir tanım yapmak mümkündür: İstisna sözleşmesi, müteahhidin bir ücret karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği borçlandırıcı bir işlemdir³. Eğer, daha etraflı bir tanım yapmak istenirse, “istisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki tarafa tam borç yükleyen rızaî bir sözleşmedir.”⁴ şeklinde bir tanım da yapılabilir.

İstisna sözleşmesi, BK m. 355 ila 371. maddeleri arasında düzenlenmiş bir işgörme sözleşmesidir. İstisna sözleşmesi, karşılıklı taahhütleri içeren, dolayısıyla iki

¹ DALAMANLI Lütfü/KAZANCI Faruk/KAZANCI Muharrem, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, İstanbul 1990, s.848.

² HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 347, TBB Faruk Erem Armağanı, 1999 Ankara, s. 685.

³ BECKER H., Eser (İstisna) Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, c.2, sayı 3, Ankara 1983, (çeviren: Suat Dura) s. 309, ÖNEN Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1990, s. 301, KARTAL Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi, Ankara 1993, s.13.

⁴ ALTAŞ Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002, s. 43.

tarafa borç yükleyen, bir sözleşmedir⁵. İstisna sözleşmesi yapısı itibariyle bir sonuç borçlanılan bir sözleşmedir⁶. Bu nedenle istisna sözleşmesinde önemli olan, işgörme faaliyetlerinin kendisinden ziyade bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenebilen sonuçtur. Bu sonuç maddi bir sonuç olabileceği gibi manevi bir sonuç da olabilir⁷. Sözleşmenin konusunu oluşturan sonuç “eser” olarak tabir edildiği için istisna sözleşmesine “eser sözleşmesi” de denmektedir⁸.

II- İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A- BİR ESER MEYDANA GETİRME TAAHHÜDÜ

1. Eser

Eser, insan emeğinin ürünü, belirli bir iş, belirli bir çalışma sonucunu ifade eder. Çalışma sonucu elde edilen ürün, maddi veya manevi olabilir. Yani çalışma sonucu elde edilen eserin, mutlaka maddi bir sonuç olma zorunluluğu yoktur. Maddi olmayan bir sonuç da istisna sözleşmesinin konusu olabilir⁹. Örneğin, istisna

⁵ İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku, Ankara 1984, s. 80, REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 46, von TUHR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1, İstanbul 1952 (çev. EDEGE Cevat), s.185 vd., ŞENOCAK Zarife, Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.5, KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.32, CELAL Nasır, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 19, UÇAR Ayhan, “İstisna Sözleşmelerinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c.V, S.1-4, Erzincan 2001, s.513.

⁶ ÇAKALIR Yalçın, Mimarlık Sözleşmesi, Ankara 1976, s.14, ALTAŞ, Eserin Telefi, s.41.

⁷ ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 42, TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. 2, Ankara 1987, s.2.

⁸ ERDEM Nafiz, Türk Borçlar Hukuku Şerhi ve Davaları, Adana 1990, s.1, ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 42.

⁹ ARTUKMAÇ Sadık, İnşaat Hukuku, Ankara 1975, s.13-14, ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 42, BİLGE Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 213.

sözleşmesinin konusu, bir binanın¹⁰ inşa edilmesi ya da mevcut bir binanın restorasyonu gibi maddi taahhütler olabileceği gibi, belirli dönemlerde ders vermek gibi maddi olmayan taahhütler de olabilir¹¹. Buna karşın, bir sonuç, işgörme neticesinde taahhüt edilebiliyorsa, istisna sözleşmesinin konusu olabilir. Bu bakımdan elde edilmesi şüpheli olan ya da taahhütte bulunan kimseden ziyade kişilere bağlı olan sonuçlar istisna sözleşmesine konu olamaz. Örneğin, bir davanın kazanılmasının veya üçüncü bir kimsenin fakülteyi derece ile bitireceğinin taahhüt edilmesi hallerinde bir istisna sözleşmesinden bahsedilemez¹².

Ancak, taraflar arasında yapılan sözleşmenin ifası sonucunda BK m. 355 anlamında bir eser meydana gelse dahi, tarafların bu sözleşmeyi kuran iradeleri sonuçtan ziyade yapılacak faaliyete yönelik ise bir istisna sözleşmesinden bahsedilemez. Zira, müteahhidin belirli bir sonucu sözleşmenin kurulması aşamasında taahhüt etmesi, istisna sözleşmesinin objektif esaslı noktasıdır. Tarafların sözleşmenin kurulmasını sağlayan ortak iradeleri dikkate alınmalı, yani sözleşmenin içeriğine girmeyen özel saikler dikkate alınmamalıdır. Örneğin, bir halı fabrikasında halı dokuyan işçi, faaliyeti sonucu işverene maddi bir eser kazandırmış olmasına rağmen, onun borcu, özellikle bu sonucu sağlamak değil, bağımlı olarak belirli bir süre belirli bir faaliyette bulunmak olduğundan, taraf olduğu sözleşme istisna değil, hizmet sözleşmesidir¹³.

Meydana getirilen eser, ister maddi, isterse manevi olsun, ekonomik bir değeri olmalıdır. Başka bir deyişle, istisna sözleşmesinden söz edebilmek için, söz konusu sözleşmenin konusunun mutlaka ekonomik değerinin bulunması zorunludur¹⁴.

¹⁰ Binanın tanımı için bkz., ERTEN Ali, Türk Borçlar Hukuku'na Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m.58), Ankara 2000, s.92 vd., KOÇ Nevzat, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Sorumluluğu (BK m. 58) , Ankara 1990, s.59 vd.

¹¹ YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2004, s.258.

¹² BAYGIN Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 22.

¹³ ÖZ M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte), İstanbul 1989, s. 8, BAYGIN, s.12, ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 46.

¹⁴ ARTUKMAÇ, s. 14, KİPER Osman, Mühendisin ve İnşaatçının Hukuk Rehberi, İstanbul 1985, s.89.

2. Meydana Getirme Kavramı

İstisna sözleşmesinin tanımını yapan BK m. 355’de, “şeyin imali” ibaresine yer verilmiştir. Kötü bir şekilde kaleme alınan bu metinde “şey” kelimesiyle anlatılmak istenenin “eser” olduğu açıktır¹⁵. İmal kelime anlamı olarak, yapma, üretme, meydana getirme anlamındadır¹⁶.

Doktrindeki hakim fikre göre¹⁷, kanun metnindeki imal kelimesi yerine “meydana getirme” ibaresinin kullanılmasının daha uygun olacağı görüşü ileri sürülmektedir. Meydana getirme ibaresi, imal kelimesinden daha geniş manalara gelebileceğinden, istisna sözleşmesinin niteliğine daha uygundur. Çünkü, istisna sözleşmesinin kapsamına sadece yeni bir eserin ortaya konması değil, mevcut bir eserin değiştirilmesi de girmektedir¹⁸. Bu durumda, olmayan bir şeyin yapılması, üretilmesi manasına gelen imal kelimesi istisna sözleşmesinin kapsamını tam olarak yansıtmamaktadır¹⁹. Yargıtay da, istisna sözleşmesinin tanımındaki imal kelimesini geniş yorumlamaktadır²⁰.

Sonuç olarak, yol, baraj, köprü, mobilya vb. faaliyetler imal kavramına girdiği kadar, bir binanın restorasyonu, bir aracın tamiri ya da bir kıyafetin ütülenmesi de imal kavramı içerisinde değerlendirilmelidir²¹.

¹⁵ UÇAR Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 29, ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 51, BOZER Ali, Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.124.

¹⁶ YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 380.

¹⁷ YAVUZ, Borçlar, s. 260, BAYGIN, s. 12, ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 45.

¹⁸ ÖZYÖRÜK Sezer, İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi-BK m. 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988, BAYGIN, s.13, AKİPEK Şebnem/KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000, s.292

¹⁹ KİPER, s. 90, BOZER, s. 125, AKINTÜRK Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004, s. 273-274.

²⁰ TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Hukuku, c.2, İstanbul 1974, s.500.

²¹ KARAHASAN Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, c. 1, İstanbul 1997, s. 69, BOZER, s. 125, ARTUKMAÇ, S.14.

B- ÜCRET UNSURU

Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında iş sahibinin başlıca borcu ve aynı zamanda istisna sözleşmesinin unsuru olan ücret hakkında genel olarak dört hüküm mevcuttur. BK m. 364, ücretin muacceliyet (ödeme zamanını) anını düzenlemektedir. Takip eden BK 365 ve 366, ücretin miktarı ve belirlenmesi usulleriyle ilgilidir. Bunlardan BK m. 365, götürü ücret taahhüdü ve bunun hüküm ve sonuçlarını düzenlerken, BK m. 366, takribi (yaklaşık) ücret ile sözleşmede belirlenmemiş olan ücretin, işin kıymeti ve müteahhidin masrafına göre belirleneceği hususunu düzenlemiştir. BK m. 367 ise, sözleşmeye temel teşkil eden keşif bedelinin aşırı derecede aşılması ve bunun sonuçlarını düzenlemektedir²².

Bir eserin meydana getirilmesi bir ücret karşılığı olmalıdır. Bu husus istisna sözleşmesinin unsurlarındandır. Dolayısıyla, ücret kararlaştırılmadan bir eserin meydana getirilmesi söz konusu ise, istisna sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu tür bir sözleşme olsa olsa vekalet akdi olabilir. Zira eser sözleşmesinden farklı olarak, vekalet sözleşmesi ivazsız da kurulabilir²³.

İstisna sözleşmesinin taraflarının ücret konusundaki iradeleri açık olabileceği gibi, zımni de olabilir²⁴. Ücretin varlığı konusunda tarafların açık veya zımni iradesi sözleşmenin kurulması için yeterli olup, mutlaka ücretin miktarının belirlenmiş olması gerekmez. Eğer eserin meydana getirildiği hal ve şartlara göre yalnızca ücret karşılığı bir eser beklenebilirse, bir ücretin ödenmesi zımnen kararlaştırılmış sayılır. Özellikle, karşılığında ücret ödenmesi alışlagelmiş eserler için ücret verileceği hususunda zımnen anlaşılmış olduğu, fiili karine olarak kabul edilmelidir²⁵. Ücretin miktarının belirlenmemiş olması hali için BK m. 366'da bir düzenleme yapılmıştır²⁶.

²² BAYGIN, s.29, DOĞAN, Fatih Beşir, İstisna Sözleşmesinde Cezai Şart Ediminin Talebi, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara 1998, s.65.

²³ BOZER, s. 125, ÖZ, s.68.

²⁴ KARAHASAN, İnşaat, s. 70, BAYGIN, s.14.

²⁵ BAYGIN, s.14, TANDOĞAN, s. 24, KARAHASAN, İnşaat, s.70.

²⁶ KİPER, s.91, ÖZ, s.68, TANDOĞAN, s.26-27, BAYGIN, s.15, DOĞAN, s.65, TUNÇOMAĞ, s. 543, BOZER, s. 125.

Sözleşme müzakerelerine başlayan taraflar, farklı miktarlar üzerinden sözleşmeyi kurmak isterlerse ve görüşmeler sonucunda bu konuda bir anlaşmaya varılamadığı gibi, bu konunun ileride belirlenmesi yolunda bir mutabakata da varamamışlarsa BK m. 366 hükmü uygulanmaz. Zira bu halde, taraflar arasında bir mutabakat eksikliği oluşmuş ve istisna sözleşmesi kurulamamıştır²⁷.

Sözleşme ücretinin hesaplanış tarzı, sözleşmenin istisna sözleşmesi niteliğini haiz olup olmadığının tespitinde büyük önem arz etmez. Ücretin, bütün eser için tek bir rakam olarak belirlenmesi yanında, çeşitli işler ve masraflar için çalışma gün ve/veya saatlerine, ölçü veya ağırlığa ya da parça başına birim fiyat üzerinden belirlenmesi mümkündür. Ücretin taraflarca, iş saatine veya gününe (yani zamana) göre hesaplanacağına kararlaştırılmış olması, yapılan sözleşmeye mutlaka hizmet sözleşmesi niteliği vermez²⁸.

Ayrıca eserin karşılığının mutlaka para olarak ödenmesi zorunluluğu yoktur. Paranın yerine ekonomik değeri olan bir nesne verilebileceği gibi, başka bir işgörmeye de karşılık ödenebilir²⁹. Örneğin, yapılan bir binanın karşılığı, bir hizmet sözleşmesi konusu işgörmeye ile ödenebilir ya da ülkemizde uygulaması çok sık olan arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi³⁰ ile eserin karşılığı arsa payı ile ödenebilir³¹.

Daha önce de vurguladığımız üzere, ücret istisna sözleşmesinin unsurlarındandır. Yani ücret olmadan istisna sözleşmesinin kurulması mümkün değildir. Ücretin istisna sözleşmesinin unsuru olması, ücret konusu üzerinde daha fazla durulmasını gerekli kılıyor. Bu nedenle biz de istisna sözleşmesinde ücret konusunun biraz daha ayrıntısına girerek, ücretin belirlenmesi usulleri hakkında açıklamalar yapmak için çalışmamızın ilerleyen kısımlarında tekrar ücret konusuna döneceğiz.

²⁷ BAYGIN, s.15, REİSOĞLU, s.54-55.

²⁸ TANDOĞAN, s.27, BAYGIN, s.15.

²⁹ ALTAŞ, Eserin Telefi, s. 42, BAYGIN, s. 16, KİPER, s.91.

³⁰ Yarg. 15. HD., K.T. 02.10.1995, E. 1995/2259, K. 1995/5181, YKD, 1996, s. 1435.

³¹ KİPER, s.91.

C- TARAFLARIN ANLAŞMASI

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğu için, tarafların sözleşmenin unsurları olan, eser ve karşılık (ücret) konularında anlaşmaları yeterlidir³². Anlaşmanın geçerliliği³³ kural olarak şekil şartına tabi değildir³⁴.

Yapılan işin, özel nitelikte bir iş olması ve bu durumu düzenleyen özel kanunlarla sözleşmenin belirli şekillerde yapılmasının öngörülmesi hali bu kuralın dışındadır. Örneğin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca, bu kanun kapsamına giren eser işleri sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur³⁵.

Sözleşmenin meydana gelmesi için zorunlu olan icap ve kabulün zımni olarak yapılması mümkündür. Örneğin, kirli çamaşırların yıkanıp ütülenmesi amacıyla kuru temizleyiciye bırakılması icap, kuru temizlemecinin de hiçbir şey söylemeden çamaşırları yıkayıp ütülmesi kabul niteliğindedir. Eğer müteahhide mesleğine ilişkin bir işin yapılması için icapta bulunulmuş ise, BK m. 387 kıyas yoluyla uygulanmalı ve müteahhit bu icabı derhal reddetmedikçe kabul etmiş sayılmalıdır³⁶.

İstisna sözleşmesi taraflarının sözleşme ehliyetlerinin bulunması da zorunludur. Yani taraflarda birisi ya da her ikisi de küçük veya kısıtlı ise sözleşmenin geçerli olabilmesi için, kanuni temsilcinin veya temsilcilerinin izni veya icazeti gereklidir³⁷.

³²KOSTAKOĞLU Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2000, s.17, KİPER, s. 91, AKYAZAN Sıtkı, İstisna Akitleri, Adalet Dergisi, S. 12, Y. 58, Ankara 1967, s. 883, AKYOL Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. 1, İstanbul 1995, s. 65.

³³ Yarg. 15. HD., K.T. 01.12.2003, E. 2003/5062, K. 2003/5659, YKD, 2004, s.730.

³⁴ SELİÇİ Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.14, BAYGIN, s. 18, ALTAŞ Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, AŞÇIOĞLU Çetin, “İnşaat (Yapı) Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer-18-29 Mart 1996 Ankara, Ankara 1996, s.325.

³⁵ BAYGIN, S.18, AŞÇIOĞLU, s. 325.

³⁶ TANDOĞAN, s.28-29, BAYGIN, s.17.

³⁷ ARTUKMAÇ, s. 17, EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003, s.205 vd.

III- İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE ÜCRETİN BELİRLENMESİ USULLERİ

A- ÜCRETİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENMİŞ OLMASI

1- Götürü (Kesin) Ücret

İş sahibince eser karşılığı ödenecek ücretin sözleşme kurulurken ve kesin bir miktar olarak belirlenmesiyle oluşan ücrete götürü veya kesin ücret denir³⁸. Örneğin, tüm binanın badana işleri karşılığında 20.000- YTL verileceği gibi. Bu durumda müteahhit işin görülmesi esnasında, umduğundan daha fazla giderle karşılaşsa bile, bunları iş sahibinden isteyemez³⁹. Buna karşın, maloluş fiyatı ya da yapılan harcamalar umulandan daha düşük olursa, kararlaştırılan ücretin indirilmesini de iş sahibi isteyemez⁴⁰. Bu husus BK m. 365 f. 3'de özel olarak düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu, yaptığı düzenleme ile götürü olarak belirlenen ücrette meydana gelebilecek değişiklikleri ister müteahhit lehine, isterse iş sahibi lehine olsun kabul etmemiştir. Böylelikle kanun koyucu, götürü ücretin kesinlik niteliğini daha fazla güçlendirmek istemiştir.

Götürü ücret, eserin meydana getirilmesi karşılığında iş sahibinin ödemesi muhtemel olan tek miktarı ifade eden ücrettir⁴¹. Zira belirlenen bu ücret nihai olan ve taraflarca değiştirilemeyecek bir ücrettir. Sözleşme ile belirlenen ücretin değiştirilememesi, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa=pacta sunt servanda) ilkesinin

³⁸ ALTAŞ, Eserin Telefi, s.156, BİLGE, s. 255, DOĞAN, s. 65.

³⁹ BK m. 365 f.1.

⁴⁰ ZEVKLİLER Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2004, s.327, ARTUKMAÇ, s. 16.

⁴¹ KAPLAN, İnşaat, s.129, BAYGIN, S.30.

gereğidir. İfade edilen bu özelliği nedeniyle götürü ücret, kesin bir niteliğe sahip olup⁴², bu nedenle “kesin ücret” kavramıyla da anılmaktadır⁴³.

Götürü ücretin yukarıda bahsettiğimiz “değiştirilemez sabit ücret” olma niteliği mutlak değildir⁴⁴.

Götürü ücretin, tarafları bağlayıcılığının bu denli keskin olmasının uygulamada problemler doğurabileceğini öngören kanun koyucu, ücretin kesinliğini biraz yumuşatmak istemiştir. BK m. 365 f.2 uyarınca müteahhit bazı hallerde hakimden ücretin artırılmasını talep edebilir. Buna göre önceden öngörülemeyen veya öngörülse dahi taraflarca dikkate alınmayan durumlar için kararlaştırılan ücretle yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse, hakim takdir yetkisine dayanarak duruma göre, ücretin artırılmasını veya sözleşmenin feshini sağlayabilir⁴⁵.

Müteahhidin ücretin artırılmasını talep hakkı, sözleşmede kararlaştırılmış götürü ücrete rağmen iş sahibinin kusurlu davranışları nedeniyle veya sonradan sözleşme dışında yapılan ilave işler nedeniyle de ortaya çıkan fazla masraflardan doğabilir⁴⁶.

Tarafların sözleşmede işçilik ücretlerinin veya malzeme fiyatlarının yükselmesi veya düşmesi gibi durumlarda götürü bedelin artırılması veya indirilmesi hakkını saklı tutmaları mümkündür. Fiyat artışları ve hayat pahalılığı hallerinde götürü ücretin değiştirilebileceği kaydının sözleşmeye konması, sözleşmedeki götürü ücreti *global ücrete*⁴⁷ dönüştürür⁴⁸.

⁴² Yarg. 15. HD., K.T. 24.09.1985, E. 1985/3080, K. 1985/2863, YKD, 1985, s.1822, Yarg. 15. HD., K.T. 18.03.1991, E. 1991/623, K.1991/1272, YKD, 1991s.1843.

⁴³ BAYGIN, s.30-31, TANDOĞAN, s. 234, ZEVKLİLER, s. 327.

⁴⁴ KAPLAN, İnşaat, s.130, BAYGIN, s.31.

⁴⁵ ZEVKLİLER, s. 327, TANDOĞAN, s.239.

⁴⁶ KAPLAN, İnşaat, S.130, BAYGIN, s. 32.

⁴⁷ Global ücret, “sabit götürü ücretli sözleşmede pahalılık zammı veya fiyat farkı ödenmesinin, müteahhit lehine saklı tutulduğu ücret şeklidir”. (KAPLAN, İnşaat, s.132).

⁴⁸ KAPLAN, İnşaat, s.131, BAYGIN, s.32.

İş sahibinin talep ettiği ilave iş veya iş değişikliğinin neden olduğu fazla masrafların müteahhit tarafından talep edilebileceği, işin mahiyetinden anlaşılır. Zira, götürü ücretli istisna sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan husus, sadece ödenecek ücretin miktarı olup, müteahhit tarafından meydana getirilecek eser ile ilgili faaliyetlerin tamamıyla doğrudan ilgili değildir⁴⁹.

2- Yaklaşık Ücret

Götürü ücretin kesinliği ve bu nedenle değiştirilmesinin zorluğu, sözleşme taraflarını ve özellikle, müteahhidi bazı durumlarda zora sokabilir. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi müteahhit, masrafı artsa dahi ücretin artırılmasını isteyemeyecektir⁵⁰.

Götürü ücretin bu sakıncası karşısında müteahhitler, genellikle kendilerini bağlamamak ve artabilecek masraflarını talep edebilmek amacıyla, yaklaşık ücret tespitini tercih etmektedirler. Başka bir deyişle, götürü ücrette risk tamamen müteahhide aittir. Bu riske katlanmak istemeyen müteahhit, yaklaşık ücret modelini seçmektedir. Bu ücret, bir tahminden ibaret olduğundan, tarafları kesin olarak bağlamamakta, sadece ücretin miktarı konusunda taraflara bir fikir vermektedir. Bu nedenle bu şekilde belirlenen ücret türüne “kesin olmayan ücret” de denir⁵¹.

Türk-İsviçre Hukukunda BK m. 366’da düzenlenen yaklaşık (takribi) ücret ile m. 367’de düzenlenen yaklaşık keşif bedeli kavramları birbirine karıştırılmış, hatta çoğu kez aynı anlamda kullanılır olmuştur. Oysa bu iki kavram birbirinden çok farklıdır⁵². Bu iki kavram arasındaki farklara ilerleyen konularda ayrıntılı olarak değinilmiştir⁵³. için şimdilik belirtmekle yetiniyoruz.

⁴⁹ KAPLAN, İnşaat, s.131, BAYGIN, s.32.

⁵⁰ ARTUKMAÇ, s.17, AKGÜN M. Zerrin, “İstisna Akdi”, Adalet Dergisi, S.9, Y.44, Ankara 1953, s.979.

⁵¹ ARTUKMAÇ, s. 17, BAYGIN, s.42, KAPLAN İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer-18-29 Mart 1996 Ankara, Ankara 1996, s. 118.

⁵² BAYGIN, s.41, TANDOĞAN, s.281.

⁵³ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, I, B, 2.

3- Kombine Ücret

Müteahhidin meydana getireceği esere karşılık iş sahibinin ödeyeceği bedel, birden fazla ücret türü üzerinden belirlenmiş olabilir. Özellikle, büyük, kapsamlı ve karmaşık eser işlerinde, işin bölümlere ayrılabilir olması nedeniyle, taraflar arasındaki anlaşma uyarınca belirli bölümler için farklı bir ücret türü belirlenebilir. Örneğin, köprülü ve viyadüklü bir karayolu inşası işinde, köprü ve viyadükler için götürü ücret, karayolunun her kilometresi için de masraflara göre tayin edilen yaklaşık ücret belirlenebilir⁵⁴. Bu tür sözleşmelere “kombine ücretli istisna sözleşmesi” denilebilir⁵⁵.

İnşaat işleri uygulamasında, genellikle ücretin sözleşmedeki birim fiyatlara göre belirlenmesi kararlaştırılmakta, ancak bazı iş kalemlerinin bedelleri için sabit götürü ücret öngörülebilmektedir. Bu son durum, yani ücretin götürü olarak belirlenmesi hali daha ziyade miktarı kesin olarak bilinmeyen ancak tutarı ihale bedelli içerisinde önemsiz yer tutan, işin tesliminden sonraki temizlik işleri, teklif verme esnasında miktarları kesin olarak hesaplanabilecek karayolu drenaj yapıtları gibi işler için söz konusu olmaktadır⁵⁶.

Kombine ücretli istisna sözleşmelerinde, her ücret türü için kendine özgü kurallar uygulanır. Biraz önceki örnekle açıklamaya devam edersek, karşılığı götürü ücretle belirlenen köprü ve viyadüklerin ücretinde değişiklik yapılamazken, karayolu için belirlenen ücret yaklaşık ücret olduğundan, masraflardaki artış ve azalışa göre bu ücrette değişiklik yapılabilir⁵⁷.

⁵⁴ KAPLAN, İnşaat, s.141, BAYGIN, s.47.

⁵⁵ BAYGIN, s.47, KAPLAN, İnşaat, s.129.

⁵⁶ KAPLAN, İnşaat, s.141, BAYGIN, s.47

⁵⁷ BAYGIN, s.48, KAPLAN, İnşaat, s.141.

B- ÜCRETİN SÖZLEŞME İLE BELİRLENMEMİŞ OLMASI

1- Genel Olarak

İstisna sözleşmesi kurulurken taraflar ücretin miktarını belirlememiş olabilirler. Bu durumda ücret BK m. 366 uyarınca, “yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir”⁵⁸.

BK m. 366, ücretin belirlenmediği iki ayrı hali düzenlemektedir⁵⁹: Bunlardan birinci hal, kanun metninde, “evvelce kararlaştırılmamış bedel” ibaresiyle belirtilen, sözleşmede ücretle ilgili hiçbir düzenleme bulunmaması halidir. İkinci hal ise, kanun metninde, “takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel” ibaresiyle belirtilen, sözleşmede ücretin yaklaşık olarak belirlenmiş olması halidir.

2- BK m. 366’nın Uygulanması

BK m. 366’ da, “işin kıymetine göre bedelin tayini” başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir:

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

BK m. 366, iki farklı durumda uygulama alanı bulabilecektir. Bunlardan birisi ücretin sözleşme ile hiç belirlenmemiş, diğeri ise ücretin sözleşme ile yaklaşık olarak

⁵⁸ ZEVKLİLER, s.328, KAPLAN, İnşaat, s. 141, BAYGIN, s. 48, BUZ Vedat, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, AÜSBFD-İlhan Öztrak’a Armağan, c. 49, S.1-2, Ankara 1994, s.37.

⁵⁹ KAPLAN, İnşaat, s.141-142.

belirlenmiş olması halidir. Hükümün uygulanması esnasında, ücretin belirlenmesi için iki ayrı husus aynı anda dikkate alınır. Bunlardan birincisi, yapılan şeyin kıymeti, diğeri ise, müteahhidin masraflarıdır⁶⁰.

Madde metnindeki, “yapılan şeyin kıymeti” ibaresi, işin değeri olarak anlaşılmalıdır. Yapılan işin değeri ise eser tamamlandığında, eserin taşıdığı kıymete göre değil, eser için sarf edilen malzeme ve işçilik masraflarının değerine göre belirlenmelidir⁶¹. Yalnız pek tabidir ki, tespit edilen bu masraflara müteahhidin kârını da eklemek gereklidir. Zira müteahhit bir uzman olarak yaptığı iş karşılığında bir miktar kazanç elde etmek hakkına sahip olmalıdır. Aksi halde, böyle bir sözleşme istisna sözleşmesinden ziyade ücretsiz vekalet sözleşmesi benzeri bir sözleşme olurdu. Bu ise istisna sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olma özelliği ile bağdaşmaz⁶². Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir⁶³.

Ayrıca, işin değeri tespit edilirken, mesleki kuruluşların asgari ücret tarifeleri, Bayındırlık Bakanlığı’nın birim fiyat listeleri, bunlar yoksa mesleki teamüller dikkate alınmalı⁶⁴, hatta gerekirse, bir bilirkişiye gidilmelidir⁶⁵. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20/5/1964 tarihli ve 201/371 sayılı kararına göre, tarafların istisna sözleşmesinde bir bedel kararlaştırmamış olması halinde, bilirkişi raporunda belirtilen para miktarının, müteahhidin ücreti olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Madde metnindeki, “müteahhidin masrafları” ibaresinden ise, müteahhidin sözleşme konusu eseri imal için fiilen yaptığı tüm masrafları anlamak gerekir. Bu halde işin değeri ile müteahhidin masrafları kavramları içerik olarak birbirine çok yaklaşık kavramlar haline geliyor. Ancak unutmamak gerekir ki, işin değeri içerisinde masrafların yanı sıra müteahhidin mesleki faaliyeti için öngörülen belirli bir (örneğin,

⁶⁰ KAPLAN, İnşaat, s.142, TANDOĞAN, s.296.

⁶¹ BAYGIN, s. 50, KAPLAN, İnşaat, s.142.

⁶² BAYGIN, s. 50, TANDOĞAN, s.299.

⁶³ Yarg. 15. HD., K.T.16.031984, E.189, K.900, (KOÇAK Nazif, Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara 2002, s.877-878

⁶⁴ Yarg. 15. HD., K.T. 13.05.1992, E. 1991/6008, K. 1992/2541, YKD, 1992, s. 1889.

⁶⁵ BAYGIN, s. 52, TANDOĞAN, s.300.

⁶⁶ ARTUKMAÇ, s.55.

giderlerin %30'u) kâr oranı da dahil iken müteahhidin masrafları içerisinde sadece müteahhidin fiilen yaptığı harcamalar vardır⁶⁷.

TANDOĞAN'a göre, "işin değeri" ibaresinden müteahhidin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kâr ve o işe düşen genel gider payları anlaşılır, müteahhidin masrafı (giderleri) deyimi ise, işin görülmesi maksadıyla başvuru alan yardımcı şahıslara ve alt müteahhitlere⁶⁸ ödenen ücretler ile işte kullanılan araç ve gereç giderleri ve müteahhidin temin ettiği malzemeler için yapılan harcamaları kapsar⁶⁹.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin görüşü de⁷⁰ bu yöndedir: "...yanlar arasında, davalıya ait evin elektrik tesisatının yapımını konu alan bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu ve davacının yüklendiği edimi yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, ücretin önceden belirlendiği yönü ispatsız kalmıştır. Öyleyse, eser ücretinin BK m. 366 uyarınca çalışmanın (işin) değerine ve davacı yüklenicinin giderlerine göre saptanması gerekir... çalışmanın (işin) değeri kavramından, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kâr ve o işe düşen giderler payı anlaşılmalıdır. Yüklenicinin giderleri, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin yaratılması için başvuru alan yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere eylemli olarak ödenmiş ücretleri, işte kullanılan araç ve aletler için yapılmış giderleri ve yüklenicinin sağladığı gereçler için giriştiği harcamaları kapsar. Ne var ki, yüklenicinin kötü niyetle yaptığı nesnel (objektif) yönden yararsız giderler ücretin hesaplanmasında hesaba katılmaz. Bu giderlerin eylemli olarak yapıldıkları zamandaki tutarının göz önünde bulundurulması gerekir. Buna karşılık çalışmanın (işin) değeri gerçek gider ve harcamaların belirli bir oranı olarak hesaben bulunacağına ve eser için gereken tüm gider ve harcamalar tamamlandıktan sonra bu hesap işlemin girişileceğine göre, çalışmanın değeri eserin teslim anındaki rayiçlere dayanılarak belirlenmelidir ki, çalışmanın (işin) değeri, yani yüklenicinin brüt kârı, yapılan gider ve harcamalara işletme ekonomisi hesaplarına göre belirli oranda eklenecek, hesaben bulunan bir tutardır. Meslek kuruluşlarının en

⁶⁷ BAYGIN, s. 52, KAPLAN, İnşaat, s.142.

⁶⁸ "Alt Müteahhitlik Sözleşmesi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞEN Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara 2004.

⁶⁹ TANDOĞAN, s.299, ARAL Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, Ankara 2003, s.388.

⁷⁰ Yarg. 15. HD., K.T. 06.05.1980, E..1017, K. 1169, (ARAL s.388-389)

az (asgari) ücret tarifeleri, Bayındırlık Bakanlığı'nın birim fiyat listeleri, bunlar yoksa o meslekte yürüyen alışkanlıklar (teamüller) göz önünde tutularak yüklenicinin işinin değeri saptanmalıdır"⁷¹.

Yapılan sözleşmede müteahhide ödenecek miktarın belirlenmemiş olması halinde, sonradan işin değerine ve masraflara göre tespit edilen ücret, iş sahibinin umduğundan çok fazla olsa dahi, iş sahibi bu ücreti yine de ödemek zorunda kalacaktır. Böylece götürü ücrette masrafların kararlaştırılan ücretten fazla olmasının rizikosunu kural olarak müteahhit taşırken, ücretin sözleşmenin kurulması aşamasında belirlenmediği hallerde sonradan işin değerine ve masraflara göre tespit edilen ücretin fazla olmasının rizikosunu iş sahibi taşıyacaktır⁷².

BK m. 366 hükmünün uygulanacağı diğer bir hal, tarafların istisna konusu olan eserin ücretini takribi (yaklaşık) olarak belirlemiş olmaları halidir. Takribi (yaklaşık) bedel belirlenen istisna sözleşmelerinde de ücret, yapılan eserin kıymetine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecektir. Zira söz konusu BK m. 366'da tarafların sözleşme akdedilirken ücretle ilgili hiçbir düzenleme yapmamaları ve tarafların ücreti takribi olarak belirlemiş olmaları hallerinde, nihai ücretin tespit tarzı aynı şekilde düzenlenmiştir⁷³.

BK m. 366'ya göre yapılacak olan ücret tespiti hesaplamalarında, müteahhidin kötü niyetle yaptığı harcamalar dikkate alınmayacaktır. Hatta, kötü niyetli olmasa bile, işin uzmanı olarak yapmaması gereken, ancak gerekli özeni göstermediği için lüzumsuz yere yaptığı harcamalar da dikkate alınmamalıdır. Yani özet olarak, eser ücreti BK m. 366 uyarınca tespit edilirken, yapılan bütün masraflar değil, eserin sözleşmeye uygun ve özenli bir şekilde ortaya çıkartılabilmesi için gerekli ve yeterli olan malzeme ve işçilik masrafları göz önünde bulundurulacaktır⁷⁴.

⁷¹ Bu konudaki benzer kararlar için bkz., Yarg. 15. HD., K.T. 19.03.1987, E. 1986/2466, K. 1987/1141, YKD, 1987, s.1371, Yarg. 15. HD., K.T. 16.03.1984, E. 1984/189, K. 1984/900, YKD, 1985, s. 85, Yarg. 15. HD., K.T. 30.03.1981, E. 1981/314, K. 1981/657, YKD, 1981, s. 886, Yarg. 15. HD., K.T. 27.04.1982, E. 1982/902, K. 1982/1000, YKD, 1982, s. 1682.

⁷² TANDOĞAN, s.297, BAYGIN, s.49.

⁷³ TANDOĞAN, s.297, BAYGIN, s.49.

⁷⁴ BAYGIN, s.54, TANDOĞAN, s.299-300.

İKİNCİ BÖLÜM

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE KEŞİF BEDELİ KAVRAMI, TESPİTİ VE KEŞİF BEDELİNİN AŞILMASI

I- KEŞİF BEDELİ KAVRAMI

A- GENEL OLARAK

Keşif kelimesi, Arapça “keşf” kökünden gelir. Kelime anlamı, “ortaya çıkarma, meydana çıkarma, açma” manasındadır⁷⁵.

İstisna sözleşmesinde ise, “çeşitli kısımlara ait eser sözleşmesine ilişkin edimlerin planlı şekilde bir araya getirildiği yapı işleri gibi büyük işlerde tahmini bedelin tespiti için yapılan çalışmalara keşif ve böylece tahmin edilen bedele de keşif bedeli denir”⁷⁶.

Özünde, keşif bedeli kavramı her zaman tahmini yani yaklaşık bir bedel olmak zorunda değildir. Belirlenen keşif bedelinin tarafların karşılıklı mutabakatı ile eserin nihai (kesin) ücreti olması da mümkündür⁷⁷. Ancak, günlük hayatta ortaya çıkan ihtiyaçları karşılar nitelikte olması sebebiyle, uygulamada, bilimsel çalışmalarda ve kanunumuzda kendine yer bulan, “yaklaşık keşif bedeli” olmuştur⁷⁸. Bunun sonucu olarak da aslen keşif bedeli kavramı, kesin keşif bedeli ve yaklaşık keşif bedeli olarak iki türlü olmasına rağmen, yaklaşık keşif bedeli ile aynı anlamlarda kullanılır hale

⁷⁵ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr, 21.07.2005

⁷⁶ TANDOĞAN, s. 282.

⁷⁷ ERMAN, s.60, BAYGIN, s.45.

⁷⁸ ERMAN, s.60, BAYGIN, s.45.

gelmiştir. Hatta, EREN'e göre⁷⁹, keşif bedeli, daima yaklaşık, tahmini olur. Özetle, keşif bedeli denildiğinde genellikle yaklaşık keşif bedeli kastedilmektedir. Bu nedenle biz de çalışmamızın ilerleyen kısımlarında keşif bedeli kavramını kullanırken yaklaşık keşif bedelini ifade etmiş olacağız.

İstisna sözleşmesinin tarafları sözleşmeyi kurmadan evvel, eserin meydana getirilmesi esnasında oluşacak masrafların tahmini tutarı ile haklı olarak yakından ilgilendirler. Bu ilgi, iş sahibine, birçok aday arasından en uygun olanını seçme ve ekonomik imkanlarını kontrol etme olanağı sağlar⁸⁰. Ayrıca müteahhit açısından ise bu keşif, eserin imalatı ile ilgili gelir ve giderlerini önceden öngörebilmesini, muhtemel kazancını ve diğer menfaatlerini tespit etmesini sağlar⁸¹.

“Tahmin”, “fiyat tahmini”, “masraf keşfi” ve “yaklaşık masraf tahmini” de denilen keşif bedeli, daha az veya daha fazla olabilecek kesin nihai ücrete temel teşkil eden bir fiyat tahminidir. Keşif bedeli, iş sahibine eser karşılığı olarak ödemesi gereken ücret hakkında ciddi manada bir ön bilgi veren, buna karşın müteahhidi ise kesin olarak bağlamayan bir masraf tespittir⁸².

Önemine binaen, keşif bedeli kavramı gerek İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında, gerekse Alman Medeni Kanununda (BGB) hüküm altına alınmıştır: BK m. 367/ f.1(Art.375 Abs.1 OR.)'ye göre yapılan eserin masrafının önceden müteahhitçe tespit edilen keşif bedelini, iş sahibinin etkisi olmadan aşırı derecede aşması halinde, iş sahibine, gerek işin yapılması esnasında, gerekse işin bitirilmesinden sonra sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmiştir. Yine Alman Medeni Kanununda da bu hüküm paralelinde bir kural bulunmaktadır. BGB 650/I'e göre, sözleşme müteahhidin verdiği masraf tahminine dayanarak kurulmuş ve eserin meydana getirilmesinin bu meblağın aşırı derecede aşılmaksızın yapılamayacağı anlaşılmışsa, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir⁸³.

⁷⁹ EREN Fikret, “ İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996 Ankara, Ankara 1996, s.89,

⁸⁰ BAYGIN, s.42, KAPLAN, İnşaat, s.140.

⁸¹ BAYGIN, s.42, DAYINLARLI Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1993, s.19.

⁸² KAPLAN, İnşaat, s.139-140, BAYGIN, s.43.

⁸³ TANDOĞAN, s.285, BAYGIN, s.43.

Keşif bedeli olarak ifade edilen değer, taraflar için sözleşmenin bir saikini oluşturur ve iş sahibinin sözleşmeyi müteahhit ile kurmasına sebebiyet verir. Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasının sonuçlarını düzenleyen BK m. 367 hükmü, temel hatasına ilişkin BK m. 24 b.4 hükmüne göre özel bir hükümdür. Bu bakımdan keşif bedeli, iş sahibini sözleşme yapmaya götüren bir saik ve sözleşmenin temeli olmakla birlikte, ne iş sahibi ne de müteahhit için bağlayıcıdır. Ancak müteahhit keşif bedeline uyacağı hususunda garanti verirse, bu bedel müteahhit bakımından bağlayıcı olur⁸⁴.

B- BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

1- Götürü Ücretten Farkı

Götürü ücret, eser karşılığı ücretin sözleşme kurulurken kesin olarak saptanmış olduğu durumlarda söz konusudur. Yani bu ücret türünde sözleşme kurulurken, sözleşme konusu eserin karşılığı olarak ödenecek bedel taraflarca kesin olarak tespit edilmekte ve daha sonra da bu bedelde değişiklik yapılamamaktadır⁸⁵. Buna karşın, keşif bedeli tespiti yapılan istisna sözleşmelerinde daha önce de belirttiğimiz gibi müteahhit yapacağı masraflardan yola çıkarak, iş sahibini eser karşılığı olacak nihai kesin ücret konusunda bilgilendirmek amacıyla yaklaşık bir ücret tespiti yapmaktadır.

Bu iki ücret arasındaki birinci fark, götürü ücretten farklı olarak, keşif bedeli tespiti yapılan istisna sözleşmesinde taraflar öngörülen bedelin değişebileceğini, sözleşme kurulurken bilmekte ve göze almaktadırlar⁸⁶.

Bu iki ücret türü arasındaki ikinci fark, belirlenme tekniği açısındandır. Zira götürü ücret belirlenirken müteahhidin yapacağı masrafların dikkate alınması

⁸⁴ TANDOĞAN, s.297, ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, BAYGIN, s.43.

⁸⁵ ERMAN Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK365/2), İstanbul 1979, s.63, ARTUKMAÇ, s.16, DAYINLARLI, s.16.

⁸⁶ ERMAN, S.60, DAYINLARLI, s.19, ARTUKMAÇ, s.17

zorunluluğu ve gerekliliği yoktur⁸⁷. Müteahhit, kabul edeceği ücretin kendisini bağlayacağını, yani kesin olduğunu düşündüğü için, yapacağı giderlerin çok üstünde bir fiyat teklif ederek, risk almak istemeyecektir. Ya da çok fazla sayıda müteahhit içerisinde birisini seçme imkanına sahip olan iş sahibi, müteahhitler arasındaki rekabeti lehine çevirerek yapılacak masrafları dahi zor karşılayan bir bedel ile sözleşme kurabilecektir. Buna karşın, keşif bedeli ile kurulan istisna sözleşmelerinde, keşif bedeli, tespiti yapılacak masraflara göre şekil alacak, bir bakıma masrafların sonucu olacaktır⁸⁸. Masrafların durumuna göre üzerinde değişiklikler yapılabilmesi mümkün olan keşif bedeli, bu yönüyle götürü ücrete oranla belirlenme tekniği açısından daha objektif kriterlere dayanan bir ücret türü olacaktır.

2- Yaklaşık (Takribi) Ücretten Farkı

BK m. 366'da düzenlenen takribi (yaklaşık) ücret ile m. 367'de düzenlenen keşif bedeli kavramları birbirlerinden farklıdır⁸⁹. Uygulamada ve hatta bilimsel çalışmaların bazılarında dahi bu iki kavram birbirine karıştırılmış bazen de birbirinin yerine kullanılır olmuştur⁹⁰. Bunun sebebi, uygulamada yaklaşık (takribi) ücret tespitine çok az rastlanmasına karşılık, daha ziyade masraflara ilişkin keşif bedeli tayini yoluna gidilmesidir⁹¹.

Bu iki kavram arasındaki farkları irdelemek gerekirse, öncelikle, ücretin yaklaşık olarak belirlenmesinde, önceden tespit edilen veya sözleşmenin yorumundan çıkartılan bir alt ve üst sınır vardır. Örneğin, yaklaşık tutarı 100.000 YTL olan bir sözleşmede +/- %10'luk bir sapma kabul edilmesi veya eserin maksimum 100.000 YTL ile minimum 75.000 YTL arasında bir fiyatla yapılacağına taahhüt edilmesi gibi. Burada bedel kesin olarak belirlenmiş olmayıp, belli sınırlar içerisinde değişebileceği kabul edilmiştir. Taraflar bu halde bedel için belirlenen alt

⁸⁷ ERMAN, s. 63, DAYINLARLI, s. 16.

⁸⁸ BAYGIN, s.44, DAYINLARLI, s.15.

⁸⁹ UYGUR Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, c.7, Ankara 2003, s.8372, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.41.

⁹⁰ Ayı anlamda kullanan yazarlara örnek, ERMAN, s.59-60, ERDEM, s.145.

⁹¹ TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.41.

ve üst sınırlarla bağlıdır⁹². Buna karşılık BK m. 367 anlamında muhtemel masraflara ilişkin keşif bedelinde, işin ücreti değil, masraflar yaklaşık olarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla, bu şekilde ücretin değil de masrafların belirlenmesi, eser sözleşmesinin bir unsuru değildir, sadece iş sahibinin sözleşme kurma iradesine temel teşkil eden bir husustur⁹³. Bu halde müteahhidin öngördüğü ve tespitini yaptığı, ücret değil, masraflar olduğu için, bununla bağlı değildir⁹⁴.

Yaklaşık ücrette, yapılacak nihai ücret tespiti, başta sözleşmede öngörülen alt ve üst sınırlar ile kayıtlıdır. Yani, iş sahibi, müteahhidin masrafları daha yüksek veya daha az olsa da, sözleşmede belirlenen sınırları aşacak şekilde daha fazla veya daha az bedel ödemekle yükümlü kılınmaz. Keşif bedelinde ise, iş sahibi işin sonunda tamamen müteahhidin masraflarına göre şekillenen bir ücret ödemek zorunda kalacaktır. İş sahibinin ödemek durumunda kaldığı nihai bedel, keşif bedelinin altında veya üstünde kalabilir⁹⁵.

Yaklaşık ücret ile keşif bedeli kavramlarının ortak noktaları ise, her iki ücret tipinde de işin tamamlanmasından sonra ödenecek nihai ücretin BK m. 366'ya göre işin değeri ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecek olmasıdır. Ancak, yaklaşık ücretin BK m. 366 uyarınca nihai tespiti yapılırken, sözleşmede öngörülen alt ve üst sınırların dışına çıkılamaz. Yani yaklaşık ücrette, işin değeri ve müteahhidin masraflarına göre ücretin tespiti, sözleşmede öngörülen alt ve üst sınırlar içerisinde kalmak ölçüsünde mümkündür. Oysa keşif bedelinde ise, iş sahibi, işin değerine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecek ücreti ödemek zorunda kalacaktır. Nihai olarak tespiti yapılan bu ücret, keşif bedelinin altında kalabileceği gibi üstünde de olabilir⁹⁶.

⁹² BAYGIN, s. 41, TANDOĞAN, s.281.

⁹³ ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.41-42.

⁹⁴ TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.41-42, KAPLAN, İnşaat, s. 140.

⁹⁵ BAYGIN, s.42, KAPLAN, İnşaat, s. 140.

⁹⁶ KAPLAN, İnşaat, s. 140, BAYGIN, s.42, ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240.

Bu durumda, sözleşme başında belirlenip, nihai nitelik taşımayan, yani kesin olmayan ücret, bağlayıcı yaklaşık ücret ve keşif bedeli üzerinden belirlenen bağlayıcı olmayan ücret şeklinde ikiye ayrılmalıdır⁹⁷.

II- KEŞİF BEDELİNİN TESPİTİ

A- GENEL OLARAK

Sözleşme akdedilmeden önce yapılan ve sözleşme konusu eserin inşasının bitirilmesinden sonra, söz konusu esere karşılık ödenecek nihai ücrete dayanak olan keşif bedelinin tespiti, genellikle müteahhit tarafından yapılır ve “keşif raporu” adı altında, akdedilecek sözleşmenin müzakereleri aşamasında, iş sahibine sunulur. Ancak, söz konusu keşif raporu, iş sahibi veya iş sahibinin yetkili kılacağı üçüncü bir kişi tarafından da gerekli hesaplamalar yapılarak, müteahhit ile üzerinde hemfikir olunan bir teklif haline getirilebilir. Özellikle, bina işlerinde, keşif raporu çoğunlukla, ücret karşılığında bir müteahhide yaptırılmaktadır⁹⁸.

Kamu inşaat ihale sözleşmelerinde ise, genel anlamda kamu idarelerinin ihaleye çıkacağı inşaatlar için hazırladığı, metrajların⁹⁹ birim fiyatlarıyla çarpımı sonucu elde edilen listeye “keşif” veya “keşif özeti” denmektedir. Keşif bedeli ise, keşif özetlerinin toplamından oluşur. Birinci keşif, idare tarafından ihale dosyasına konulan tahmini keşif bedeline denir. İkinci keşif ya da revize keşif ise, eserin devam ettiği esnada, değişen iş miktarlarına göre düzenlenen ve gerçek (nihai) ücrete en yakın olan keşif bedeline denir¹⁰⁰.

⁹⁷ KAPLAN, İnşaat, s. 140, BAYGIN, s.42.

⁹⁸ BAYGIN, s. 43, ÖZ, s.69-70.

⁹⁹ Bu sözcüğün anlamı, “bir işin ölçümü, uzunluk, bir inşaatla, maliyet tespiti için yapılan çeşitli imalat miktarlarının hesaplanması (YILMAZ, s.543).

¹⁰⁰ KAPLAN, İnşaat, s. 140-141, KAPLAN İbrahim, “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, TBB Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.391.

Dikkate alınması gereken husus, keşif bedelinin tespit edildiği her durumda, sözleşmesin bu bedel temel alınarak kurulduğu söylenemez. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca bazen keşif bedeli, bilgilendirme amaçlı olup, sözleşmenin esaslı bir unsuru olmaz. Bu halde keşif bedeli tarafların sözleşmeyi akdetmelerine neden olan bir saik olmadığından, bu şekilde tespit edilen keşif bedelinin hukuki bir anlamı yoktur. Sadece işletmenin kendi hesaplarında kullanmak için tespit edip, iş sahibine bildirilmeyen keşif bedeli tespitleri de bu kapsamdadır¹⁰¹.

B- KEŞİF BEDELİNİN TESPİTİNİN AMACI

Daha önceki konularda da incelendiği üzere istisna sözleşmesinde müteahhit ve iş sahibi arasında kararlaştırılan eser ücretini, özellikle de götürü olarak belirlenen ücreti, müteahhidin artırılmasını istemesi çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Oysa, eser sözleşmesinde çoğu kez müteahhidin ortaya çıkaracağı edim sonucu zaman alacağından, müteahhidin bunun için yapacağı masraflar başlangıçta net bir şekilde tespit edilememektedir. Bazen de işin mahiyeti gereği müteahhidin yapacağı masrafların tespiti, ancak işe başladıktan sonra mümkün olacaktır. Bu nedenle, müteahhit mümkün olduğunca, götürü bir ücret karşılığı işi almaya yanaşmayacaktır¹⁰².

Ancak, iş sahibi işi müteahhide vermeden önce iş sonunda ödeyeceği ücreti net bir şekilde bilerek mali durumlarını buna göre ayarlamak ister. Bu durum karşısında, eserin kendisine yükleyeceği maliyet konusunda sağlam adım atmak ve mali durumunu buna göre ayarlamak isteyen iş sahibi ile yaptığı işin karşılığını tam manası ile elde edebilmek isteyen müteahhidin çatışan menfaatlerini uzlaştırmak maksadıyla işin sonunda ortaya çıkacak eser ücretinin sözleşme akdedilirken yapılan “keşif bedeli tespiti” yoluyla belirlenmesi yöntemi bulunmuştur¹⁰³.

¹⁰¹ BAYGIN, s. 44, EREN, İnşaat, s.89.

¹⁰² TANDOĞAN, s.280, BAYGIN, s.148, KAPLAN İbrahim, Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, s.145.

¹⁰³ TANDOĞAN, s.280, BAYGIN, s.148.

BK. m. 367'deki düzenleme, keşif bedeli tespitinin, iş sahibine sözleşmenin kurulmasında “işlem temeli” olarak hizmet ettiği fikrine dayanır ve müteahhidin keşif bedeli ile iş sahibi nezdinde oluşturduğu güveni korur¹⁰⁴.

C- KEŞİF BEDELİ TESPİTİNİN ÖZELLİKLERİ

1- Tespitin Kesinliği

Keşif bedelinin tespit edilip, müteahhitçe iş sahibine sunulması iki anlama gelebilir: Bazen müteahhit, eseri, keşif tespiti sonucu elde edilen bedelle meydana getirme borcu altına girer. Yani keşfin doğruluğunu taahhüt ederek, belirlenen bedelin nihai bedel oluşunu garanti eder. Bu halde keşif bedeli olarak tespit edilen bedel, götürü bir bedel olup, taraflarca olağanüstü haller dışında değiştirilemez. Ancak çok defa keşif bedeli tespiti, tarafların eserin bedeli hakkında bir fikir sahibi olmasını sağlar. Dolayısıyla, genellikle belirlenen keşif bedeli, kesin olmayan, değiştirilebilir bir ön fiyattır. Somut olayda belirlenen keşif bedelinin kesin bedel mi, yoksa yaklaşık bedel mi olduğu konusunda bir sonuca ulaşamıyorsa, bazı yan kriterlere başvurulabilir¹⁰⁵.

Keşif bedeli tespitini ihtiva eden belgeler ve diğer sözleşme belgelerinde yer alan kavramlar başlı başına bizleri tam olarak bir sonuca ulaştırmasalar da, bunlardan yola çıkarak tarafların tespit ettikleri keşif bedeli ile kendilerini ne ölçüde bağlamak istedikleri yolunda birtakım öngörülere ulaşabiliriz. Keşif raporunda veya sözleşme kapsamındaki diğer belgelerde yer alan “yaklaşık”, “takriben”, “tahminen”, “aşağı yukarı” gibi kavramların kullanılması, taraflar arasında sabit, yani kesin bir fiyatın kararlaştırılmadığını ifade eder. Buna karşın “fix”, “sabit”, “bağlayıcı”, “kesin”, “nihai” gibi sözcüklerin keşif raporu veya sözleşme kapsamı belgelerinde kullanılmış

¹⁰⁴ BAYGIN, s.149, TANDOĞAN, s.282.

¹⁰⁵ ERMAN, s.60, BAYGIN, s.45, TANDOĞAN, s.281.

olması, sözleşme taraflarının keşif ile belirlenen bedel ile kendilerini bağlamak istediklerine işaret eder¹⁰⁶.

2- Keşif Bedeli Tespitinin Detaylı Olması

Yapılan keşif bedeli tespitinde, tespitin dayanağı olan araştırmalar ne kadar ayrıntılı olursa, tespit edilen ücretin gerçek ücret olma ihtimali de o denli fazla olur. Bu durumlarda keşif bedeli tespiti sonucu elde edilen ücretin tarafları bağlayıcılığı ihtimali fazladır. Buna karşın özellikle büyük, kapsamlı ve inşası uzun zaman dilimine yayılan inşaat işlerinde, ayrıntılı analizlere dayanmayan kabaca bulunup, iş sahibine sözlü veya yazılı olarak bildirilen keşif bedeli tespitinin ise gerçek ücret olma ihtimali zayıftır. Bu halde bağlayıcı olmayan keşif bedeli tespitinin varlığı daha olasıdır¹⁰⁷.

3- Keşif Bedelinin Önceden Tahmin Edilebilirliği

Bazı istisna sözleşmelerinde, imal edilecek eserin niteliğine göre, sözleşmenin akdedildiği aşamada, müteahhit eserin meydana getirilmesi için kullanacağı işgücü ve malzeme miktarını tespit edebilecek durumda olmayabilir. Örneğin, ciddi bir kaza geçirmiş, hasarlı bir otomobilin onarılmasında olduğu gibi. Bu gibi durumlarda işin niteliği gereği ancak faaliyete başladıktan sonra ve hatta faaliyetin belirli bir safhaya gelmesinden sonra (aracın tüm parçaları söküldükten sonra) eserin bedelli hakkında inandırıcı bir tespit yapılabilir. Dolayısıyla bu tarz işlerde, sözleşme başında belirlenen bedelin, bağlayıcı olmayan keşif bedeli olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁸.

¹⁰⁶ BAYGIN, s. 45.

¹⁰⁷ BAYGIN, s.45, ÖZ, s.70.

¹⁰⁸ TANDOĞAN, s. 282, BAYGIN, s.46.

4- Keşif Bedeli Müzakerelerinin Tarzı

Sözleşme kurulurken keşif bedeli ile ilgili olarak yapılan müzakerelerinin tarzı, tespit edilen keşif bedelinin bağlayıcılığı hakkında bizlere fikir verebilir. Eğer tarafların sözleşme kurulurken keşif bedeli için yaptığı müzakereler, müteahhidin ayrıntılı olarak hazırladığı bedelin uzunca süren görüşmeler sonucu üzerinde anlaşılması şeklinde gelişmişse, belirlenen keşif bedelinin kesin bedel olması daha büyük olasılıktır. Yine aynı şekilde belirlenen keşif bedelinin, iş sahibine yazılı ya da sözlü olarak bildirilmesi, masrafların inandırıcılığı, müzakerelerinin yapılaş tarzının sektördeki teamüllere uygunluğu gibi veriler de dikkate alınmalıdır¹⁰⁹.

Belirlenen keşif bedelinin kesinliği konusunda sözleşmede ya da keşif raporunda tatmin edici ifadeler yoksa ve sözleşme veya keşif raporunun yorumundan da net bir sonuca ulaşılamıyorsa, doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre¹¹⁰, bedelin yaklaşık olarak belirlendiği kabul edilmelidir.

ÖZ¹¹¹ ve YAVUZ¹¹², un savunduğu diğer bir görüşe göre, “tam tersine asıl olan bedelin götürü ve kesin şekilde belirlenmiş olmasıdır. Taraf iradelerinin yorumu ve yapılacak işin özelliği ne tür bir bedel kararlaştırıldığını ortaya koyamıyorsa, yaşamın olağan akışına uygun olan, iş sahibinin ödeyeceği miktarın kesin olduğunu gözönüne alarak bu sözleşmeyi kurduğudur. Bu sonuç işin uzmanı olan müteahhit karşısında iş sahibinin daha çok himaye edilmesi gereğine de uygundur. Öte yandan, BK m. 365/2 hükmünün götürü ücret kararlaştırıldığı hallerde masrafların olağanüstü sebeplerle artması üzerine müteahhide bedel artırımı veya sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı verdiği gözönüne alınırsa, bu çözümün çıkarlar dengesine aykırı düşmeyeceği görülür”¹¹³.

¹⁰⁹ BAYGIN, s.46.

¹¹⁰ TANDOĞAN, s.282, BAYGIN, s. 46, YAVUZ, Borçlar, s. 315.

¹¹¹ ÖZ, s. 70.

¹¹² YAVUZ, s. 316.

¹¹³ YAVUZ, Borçlar, s.316, BAYGIN, s.46.

Kanaatimizce, belirlenen bedelin kesinliği konusunda tereddüt halinde, taraflar arasında ortaya çıkabilecek bedelle ilgili problemlerde uygulama alanı bulan ve bu yönüyle sözleşmelerdeki eksiklikleri tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olan BK m. 366 ya uygun olarak kesin ücret mutabakatının olmadığını kabul etmek gerekir. Yani ispat yükünü kesin ücret kararlaştırıldığını iddia eden tarafa yüklemek gerekir. Zira, BAYGIN¹¹⁴,ın da belirttiği gibi, aksi görüşü savunmak, ispat yükünü, tamamlayıcı bir sözleşme hukuku kuralına aykırı bir mutabakatın olduğunu iddia eden kimseye yüklenmesi gerektiğine ilişkin kurala ters düşer.

III- KEŞİF BEDELİNİN AŞILMASI

A- GENEL OLARAK

Keşif bedelinin tespiti ve iş sahibine sunulması iki anlama gelebilir. Bazen taraflar belirlenen keşif bedelini, sözleşmenin nihai bedeli olarak kabul ederler. Bu halde keşif bedeli, kesin bedel olup, taraflarca kural olarak değiştirilemez. Ancak, genellikle keşif bedeli tespiti, nihai ücret konusunda taraflara fikir verme amacıyla yapılmış bir ön çalışmadır. Bu nedenledir ki , tespiti yapılan keşif bedelinin taraflarca sonradan değiştirilmesi mümkündür¹¹⁵.

Keşif bedelinin tespiti ve iş sahibine sunulması hükmü her zaman aynı olmadığına göre, belirlenen keşif bedeli bazen kesin ücret, çoğu kez de yaklaşık ücret hükmünde olduğundan, belirlenen keşif ücretinin aşılması da her zaman aynı sonuçları doğurmaz. Zira, belirlenen keşif bedelinin aşılmasının sonuçları, bu bedelin kesin ya da yaklaşık ücret olarak belirlenmiş olmasına göre değişir¹¹⁶.

Sözleşmenin tarafları tespiti yapılan keşif bedelinin, sözleşmenin nihai(kesin) ücreti olacağı konusunda anlaşmışlarsa, müteahhidin eseri meydana getirirken yaptığı masrafların bu bedeli aşmış olmasının hukuki bir değeri yoktur. Dolayısıyla, bu halde

¹¹⁴ BAYGIN, s.47.

¹¹⁵ ERMAN, s.60, BAYGIN, s.45.

¹¹⁶ ERMAN, s.60, BAYGIN, s.45.

müteahhit, belirlenen bedeli, bu bedel maliyetlerini aşsa dahi BK m. 365/2'deki istisnalar dışında artırma talebinde bulunamaz. Özetle, belirlenen keşif bedelinin, kesin bedel hükmünde olduğu sözleşmelerde, bu bedelin aşılması taraflar arasında belirlenen bedelin değiştirilmesini (artırılmasını) sağlamaz¹¹⁷.

Keşif bedeli tespitinin avantajları asıl olarak bu bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda görülür. Zira, taraflar kesin bir ücret belirlemek isteseler götürü ücret onların ihtiyaçlarını karşılar niteliktedir. Yukarıda da açıklandığı gibi¹¹⁸, sözleşmenin kurulması aşamasında, müteahhit ve iş sahibinin arasındaki zıt menfaati uzlaştırmayı mümkün kılan, yaklaşık keşif bedelinin tespitidir. Zira bu halde, müteahhit masraflarının durumuna göre ücretin artırılmasını isteyebilecek, iş sahibi ise eserin bedeli hakkında aşağı yukarı bir fikir sahibi olacaktır¹¹⁹. Bu niteliği sebebiyle, zaman içindeki uygulamalarda keşif bedeli kavramı, yaklaşık keşif bedeli ile örtüşür hale gelmiştir¹²⁰.

Yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelinin taraflara ve özellikle de müteahhide sözleşme konusu eserin bedelinin değiştirilmesinde esneklik sağlar. Ancak, bu durumda müteahhidin işi alabilmek gayesi ile keşif bedelini düşük tespit etmesi ve iş sahibinin de müteahhidi bu işin uzmanı görerek ona güvenmesine karşın, işin bedelinin bu güveni boşa çıkaracak kadar artması tehlikesi mevcuttur. Ayrıca, müteahhidin dürüst davranmasına rağmen, doğru bir öngöründe bulunamaması veya öngörülmeleyen nedenlerle masrafların aşırı derecede artması, ödeyeceği nihai ücret bu masraflara göre şekillenecek olan iş sahibini oldukça büyük bir yük altına sokacaktır¹²¹.

Ayrıca daha önce yaklaşık ücret ile keşif bedeli arasındaki farkları izah ederken de belirttiğimiz üzere, her ne kadar keşif bedelinde de yaklaşık ücrette olduğu gibi sözleşmenin nihai ücreti BK m. 366 uyarınca işin değerine ve

¹¹⁷ ERMAN, s.61, TANDOĞAN, s.282.

¹¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, B.

¹¹⁹ TANDOĞAN, s.280-281, BAYGIN, s.41.

¹²⁰ ERMAN, s.60, YAVUZ, Borçlar, s.315.

¹²¹ ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, ARAL, s.388, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.148.

müteahhidin masraflarına göre tespit ediliyorsa da, yaklaşık ücrette sözleşme akdedilirken kararlaştırılan alt ve üst sınırlar, keşif bedeli tespiti üzerine akdedilen sözleşmelerde olmadığından, keşif bedeli üzerine kurulan bir istisna sözleşmesinde iş sahibi, işin sonunda işin değeri ve müteahhidin masrafları ışığında tespit edilen ücret beklenenden çok yüksek olsa da bu ücreti ödemek zorunda kalacaktır¹²².

Yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelinin bu sakıncalarını bertaraf etmek isteyen kanun koyucu, BK. m. 367 ile yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına karşı iş sahibini korumayı amaçlamıştır¹²³.

B- BEDELİN AŞILMASI KARŞISINDA İŞ SAHİBİNİN DURUMU

Keşif bedeli tespiti yapılan bir sözleşmede, belirlenen keşif bedelinin aşılmasının belli durumlarda taraflar için özel bir anlamı vardır. Şöyle ki, keşif bedelinin yaklaşık olarak belirlendiği istisna sözleşmelerinde, müteahhidin nihai bedeli, yaptığı masraflar uyarınca belirleme yetkisi vardır. Bu nedenle müteahhit büyük ve uzun vadeye yayılan işlerde, değişen koşullara göre bedelde kendi lehine değişiklik yapabilmek (bedeli artırabilmek) maksadıyla, iş sahibinin kendisinden fiyat vermesini istediğinde, yaklaşık olarak belirlenmiş bir keşif bedeli vermeyi tercih edecektir¹²⁴.

Yaklaşık keşif bedeli tespiti sonuç olarak bir tahmindir. Müteahhit, yaklaşık keşif bedeli tespiti ile aslında tespiti yapılan bedelle eseri yapmak istemediğini de belirtmiş olmaktadır. Zira, keşif bedelini iş sahibine sunarken, iş sahibine karşı bir bakıma örtülü olarak, “masraflara göre bu fiyatı artırabiliriz” ihtimalini saklı tutmaktadır. Müteahhidin bu işin uzmanı olarak, yapacağı eser konusunda profesyonel olmayan iş sahibi karşısında bu denli güçlü olması adaletsizdir¹²⁵.

¹²² BAYGIN, s.42, ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, ARAL, s. 388.

¹²³ ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, ARAL, s.388, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.148, ÖZ, s.69, YAVUZ, Borçlar, S.315.

¹²⁴ BİLGE, s.258, ERMAN, s.61.

¹²⁵ BİLGE, s.258, ERMAN, s. 61.

Bedelin değiştirilmesi nihayetinde masraflara bağlı olsa da, masrafların gelişimi mütcahhide bağlıdır. Bu nedenle, işini yaparken gereken özeni göstermeyip, gereksiz yere masraf yapan veya kötüniyetli bir davranışla bedeli artırmak için masrafları büyüten bir mütcahhit karşısında iş sahibi çaresiz kalacaktır. Bu durumda, mütcahhidin belirlenen keşif bedelini, masrafların artığını ileri sürerek istediği gibi artırma yetkisine sınır getirmek, sözleşme taraflarının karşılıklı menfaat dengesini sağlamak açısından zorunlu olacaktır¹²⁶.

Kanunkoyucu da bu zorunluluğu fark ederek, belirlenen keşif bedeli ile nihai ücret arasındaki farkın belirli hadleri aşması halinde, iş sahibine sözleşmeyi feshetmek yetkisini vermiştir. Bu düzenleme BK m. 367’de yer almıştır. Böylelikle kanun koyucu, yaklaşık olarak tespit edilen keşif bedeline özel bir hukuki değer atfederek, fiyatı artırabilmek yetkisini haiz güçlü mütcahhit karşısında, zayıf kalan iş sahibini koruyucu bir hüküm ihdas etmiřtir¹²⁷.

Keşif bedeli ile akdedilen sözleşmelerde mütcahhidin belirlenen keşif bedelini aşırı ölçüde aşmasına karşı iş sahibini korumayı amaçlayan söz konusu BK m. 367’ye göre: “Yapılacak şeyin masrafı evvelce takribi suretle tespit edilen keşfi iş sahibinin sun’u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse gerek o şeyin meydana getirilmesi esnasında gerek meydana getirilmesinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir.

Bu suretle yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine inşa ediliyorsa iş sahibi, bedelden münasip bir miktarın tenzilini isteyebileceği gibi, eser henüz bitmemiş ise mütcahhide devamdan men ve yapılan kısmı hakkaniyet dairesinde tazmin ederek mukaveleyi feshedebilir”.

“Masraf tahmininin aşılması dolayısıyla sözleşmeden dönme (Rücktritt wegen Überschreitung des Kostenansatzes) “ kenar başlıklı mehz OR. Art.375 hükmünün asıl tercümesi şu şekilde yapılabilir: “Mütcahhit ile kararlaştırılan yaklaşık masraf tahmini iş sahibinin etkisi olmadan orantısız (aşırı) derecede aşılırsa, iş sahibi, gerek

¹²⁶ BİLGE, s.258, ERMAN, s. 61, BAYGIN, s.148, TANDOĞAN, s.281.

¹²⁷ BAYGIN, s.148, BİLGE, s.258, ERMAN, s.61, TANDOĞAN, S.281.

eseri yapılması esnasında gerekse yapıldıktan sonra sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. İş sahibi, arsası üzerine inşa edilecek binalarda uygun bir ücret indirimi isteyebilir veya eser henüz tamamlanmamış ise halen yapılan işin adil tazminatı karşılığında müteahhidin işe devamını men edebilir ve sözleşmeden dönebilir”¹²⁸.

Özetle, keşif bedeli esas alınarak kurulan istisna sözleşmelerinde iş sahibinin nihai olarak ödemek zorunda kalacağı ücret bakımından belirlenen keşif bedelinin, tarafları ve özellikle de müteahhidi bağlamaması, BK m. 366 uyarınca işin değerine ve müteahhidin masraflarına göre belirlenecek ücrette bir sınır olmaması, bu durum karşısında genellikle mağdur duruma düşecek ve beklenenden çok daha fazla bedel ödemek zorunda kalacak olan iş sahibinin korunması gerekliliğini doğurmuştur. Bu gereklilik Kanunkoyucu tarafından BK m. 367 ile karşılanmıştır¹²⁹.

Kanuni düzenlemeye konu olan aslen keşif bedeli kavramı değildir. BK m. 367'nin düzenlediği husus keşif bedelinden ziyade, keşif bedeli esas alınarak akdedilen sözleşmelerde söz konusu keşif bedelinin aşırı derecede aşılması karşısında iş sahibinin ne tür çözümlerle aşırı derecede aşılacak keşif bedeline karşı korunacağı hususudur.

¹²⁸ BAYGIN, s.149, YAVUZ, Borçlar, s.315.

¹²⁹ ALTAŞ, Eserin Telefi, s.240, ARAL, s.388, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.148, ÖZ, s.69, YAVUZ, Borçlar, S.315.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASI NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

I- GENEL OLARAK

BK m. 367'ye göre, “yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribi bir surette tespit edilen keşfi iş sahibinin sun'u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir.

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

Böylece bu hüküm ile, iş sahibi keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına karşı korunmuş olmaktadır¹³⁰. Konuyu daha iyi ifade edebilmek için öncelikle BK m. 367'nin uygulanmasının koşulları incelenmiştir.

II- SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN ŞARTLARI (KOŞULLARI)

A- KEŞİF BEDELİNİN YAKLAŞIK (TAKRİBİ) OLARAK TESPİT EDİLMİŞ OLMASI

Sözleşme müzakereleri esnasında, müteahhit tarafından iş sahibine sunulan keşif bedelinin, kesin keşif bedeli ve yaklaşık keşif bedeli olmak üzere iki anlama

¹³⁰ YAVUZ, Borçlar, s.315, SELİMOĞLU Engin, “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, TBB Faruk Erem Armağanı, 1999 Ankara, s.689.

gelebileceğine, daha önce değinmiştik¹³¹. Ancak, keşif bedeli kavramından çoğu kez yaklaşık keşif bedelinin anlaşılır. Hatta keşif bedeli tabiri ile yaklaşık keşif bedelinin aynı anlama gelecek şekilde kullanılmasından dolayı adeta birbiriyle örtüşen kavramlar haline gelmiştir.

İş sahibinin keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması nedeniyle sözleşmeden dönebilmesi için, keşif bedelinin yaklaşık olarak belirlenmiş olması gerekliliği doğaldır. Zira, yaklaşık değil de kesin olarak belirlenen keşif bedelini, müteahhidin artırma imkanı olamayacağı için, bu bedelin aşılması da hukuken mümkün olmayacaktır. Şöyle ki, müteahhidin yaptığı masraflar, taraflarca belirlenen keşif bedelini fiilen aşsa da, fiilen meydana gelen bu aşma, kesin surette belirlenmiş olan bedelin değiştirilmesini (artırılmasını) sağlayamayacağından, hukuki manada bir sonuç doğurmazdır¹³².

Keşif bedelinin sözleşmede ne şekilde belirlendiğine ilişkin açık veya örtülü hiçbir belirti yoksa, işin mahiyetinden bedelin ne şekilde tayin edildiği çıkarılır. Mesela, hasarlı parçaları tamamen sökülmeden masraflarının miktarı hakkında net bir tespit yapılamayan kazalı bir aracın tamiri konulu bir istisna sözleşmesinde, sözleşme akdedilirken tayin edilen keşif bedelinin yaklaşık keşif bedeli olduğu gibi¹³³.

Araştırmalara rağmen işin mahiyetinden de keşif bedelinin ne şekilde tayin edildiği tespit edilemiyorsa, yaklaşık olarak tayin edildiği kabul edilmelidir. Çünkü, daha önce de belirttiğimiz gibi keşif bedeli kavramı ile çoğu kez yaklaşık keşif bedeli kastedilmekte, hatta bu iki kavram birbiri ile örtüşecek şekilde kullanılmaktadır¹³⁴. Hatta EREN'e göre, keşif bedeli her zaman yaklaşık tespit edilen bedeldir. Yani, kesin keşif bedeli yoktur. EREN bu görüşünü şu şekilde ifade ediyor, "keşif veya keşif bedelinden amaç, inşa eserinin mal olacağı yaklaşık masraf ya da başka bir deyişle tahmini maliyet miktarıdır. Keşif bedeli, daima yaklaşık, tahmini olur"¹³⁵.

¹³¹ Bkz. İkinci Bölüm, I, A.

¹³² BAYGIN, s.152, ERMAN, s.60.

¹³³ TANDOĞAN, s.282, YAVUZ, Borçlar, s.316, UYGUR, s.8372.

¹³⁴ TANDOĞAN, s.282, EREN, İnşaat, s.90, BAYGIN, s.46-47.

¹³⁵ EREN, İnşaat, s.90.

Yaklaşık keşif bedeli tayin edilirken, az veya çok sağlam birtakım verilere dayanılarak tahmin yapılmalıdır. Yaklaşık keşif bedeli tayin ederken, müteahhitten, bunu ücret karşılığı yapan mimardan olduğu kadar özenli ve ayrıntılı olması beklenemez. Bununla beraber, müteahhidin bu konudaki tespiti, yapılacak sözleşmeye temel teşkil edeceğinden, sözleşmenin uygulama aşamasına gelindiğinde, doğacak özen ve sadakat borcunun bir kısmı sayılacaktır. Katıldığımız fikre göre ise, müteahhidin burada göstermesi gereken özeni, dürüstlük kuralına dayandırmak ve bu özenin gösterilmemesi halinde de, bunu bir akit öncesi kusur (*culpa in contrahendo*) saymak gerekir¹³⁶.

İş sahibinin BK m. 367’de düzenlenen dönme hakkından faydalanabilmesi için, doğruluğu müteahhitçe hiçbir şekilde garanti edilmemiş bir keşif bedeli tespitinin, sözleşmeye temel teşkil etmiş olması zorunludur. Zira, daha öncede eserimizin belli kısımlarında yeri geldikçe değindiğimiz gibi, BK m. 367 hükmü, keşif bedelinin, iş sahibine, sözleşmenin kurulması esnasında “işlem temeli” olarak hizmet ettiği düşüncesine dayanır ve müteahhidin keşif bedeli ile iş sahibinde uyandırdığı güveni korur. Bu nedenle, sadece işin nasıl yürütüleceğini belirlemek maksadıyla harcama planı tarzında masraf tahmini yapılmışsa BK m. 367 hükmü uygulanamaz. Aynı şekilde taraflar müteahhide eser karşılığı ödenecek bedel konusunda hiçbir öngörüle bulunmamışlarsa da bu hüküm (BK m. 367) uygulanamaz¹³⁷.

Buna karşın, Federal Mahkeme’ye göre¹³⁸, yaklaşık bir bedel tespit edilmemiş olsa bile, bir şeyin tamiri için yapılacak masrafların o şeyin değeriyle orantılı olmayacak derecede fazla olacağını iş sahibi farkında değilse, müteahhit işin başında veya masrafların çok olacağı anlaşıldığında iş sahibini uyarmalıdır. Aksi takdirde, iş sahibi BK m. 24/2 uyarınca temel hatasına dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

¹³⁶ TANDOĞAN, s.282-283, KAPLAN, İnşaat, S.133-134.

¹³⁷ BAYGIN, s.152-153, BİLGE, s.259, ERMAN, s.62, TANDOĞAN, s.283.

¹³⁸ BGE. 92 II 328, JdT, 1968, s.34 vd., özellikle s.38-39 (TANDOĞAN, s.283, dn.93), TANDOĞAN, s.283, BAYGIN, s.153.

B- KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMIŞ OLMASI

1- Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşıldığının Tespiti

a- Sözleşmede Hüküm Bulunması Halinde

Keşif bedelinin aşılması kurumunun ve dolayısıyla BK m. 367 hükmünün uygulanmasında çözümlenmesi gereken en güç ve en önemli sorun, müteahhitçe fiilen yapılan masrafların, taraflarca sözleşme kurulurken belirlenen keşif bedelini ne zaman aşırı derecede aşmış sayılacağı hususudur. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi bakımından keşif bedelinin aşırı derecede aşılması arandığından, iş sahibi belli orandaki aşmaya katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. İşte iş sahibinin katlanmak zorunda olacağı bu hoşgörü sınırının ne olduğu, ne zaman bu sınırın aşılmış sayılacağı hususu çözülmesi gereken kritik bir problemdir¹³⁹.

Sözleşmenin tarafları daha ayrıntılı bir sözleşme yaparak, iş sahibinin tahammül etmesi gereken hoşgörü sınırını belirlemiş olabilirler. Örneğin, taraflar, keşif bedeli olarak 12.000 YTL. belirlenen bir eser sözleşmesinde taraflar, fiilen yapılan masrafların 15.000 YTL' ye kadar veya oran olarak, belirlenen keşif bedelinin %10'una kadar aşabileceğini, bu hadleri geçen masrafın aşırı sayılacağını ve bu halde iş sahibinin sözleşmeyi BK m. 367 uyarınca feshedebileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşmede fiilen yapılan masrafların keşif bedeli karşısında aşırı sayılıp sayılmayacağı hususunun belirlenmesi konusunda hiç de zorluk çekilmeyecektir¹⁴⁰.

Ancak, bu şekilde konulan bir sınırın BK m. 367'de düzenlenen dönme hakkına esas olacak bir sınır mı yoksa "yaklaşık ücretli istisna sözleşmesinde" taraflar arasında ödenecek maksimum ücreti gösteren bir sınır mı olduğu hususuna dikkat edilmelidir¹⁴¹.

¹³⁹ BAYGIN, s.153, TUNÇOMAĞ, s.557

¹⁴⁰ BAYGIN, s.153, KAPLAN, İnşaat, s.140.

¹⁴¹ BAYGIN, s.154, TANDOĞAN, s.280-281.

ÖZ'e göre¹⁴², bu tür bir sınır iş sahibi lehine konulmuşsa BK m. 367 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşın üst sınır hükümleri müteahhit lehine konulmuşsa, müteahhidin bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshedilmesini istemesine olanak sağlayan BK m. 365/2 hükmü uygulanmalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, konulan üst sınır, ister BK m. 367 anlamında keşif bedelinin sınırı olsun, isterse yaklaşık olarak belirlenen istisna sözleşmesinin ödenecek üst sınırı olsun iş sahibi lehinedir. Zira, her iki halde de iş sahibinin eser ücreti olarak ödemek zorunda kalabileceği azami sınır belirlenmiştir. Bu sınırın iş sahibi aleyhine kural olarak aşılması söz konusu değildir. Kural olarak ibaresini kullanmamızın nedeni, ücretin yaklaşık olarak belirlendiği ve belirtilen üst sınırın ise bu yaklaşık ücretin azami sınırı olduğu hallerde, BK m. 365/2 uyarınca iş sahibinin bu sınırın üzerinde olan bedeli ödemek zorunda kalacağı istisnai durumların varlığıdır¹⁴³.

Her ne kadar iki halde de belirlenen üst sınır, iş sahibi lehine olsa da, iki durum arasında fark yok değildir. Şöyle ki, birinci durumda, yani üst sınırın BK m. 367 anlamında keşif bedelinin ne zaman aşılmış sayılacağını belirlemek maksadıyla konulduğu hallerde, fiilen yapılan masraflar, olağanüstü haller nedeniyle belirlenen bu sınırı aşırı şekilde aşmış da olsa, iş sahibi BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecek, hiçbir şekilde fazla ödeme yapmaya zorlanamayacaktır¹⁴⁴.

Buna karşın, ikinci halde ise, yani üst sınırın yaklaşık olarak belirlenen istisna sözleşmesi bedelinin azami miktarını göstermek maksadıyla konulduğu hallerde, olağanüstü haller nedeniyle, işin sözleşmede belirlenen bedelle yapılması ve tamamlanması aşırı derecede güçleşmişse, müteahhit, BK m. 365/2 uyarınca sözleşmenin feshini ya da ücretin artırılmasını talep edebilecektir. Müteahhit, bedelin artırılmasını istemiş ve şartlar da oluşmuşsa, iş sahibi belirlenen üst sınır üzerinde bir ücret ödemek zorunda kalabilecektir¹⁴⁵.

¹⁴² ÖZ, s. 71.

¹⁴³ TANDOĞAN, s.239 vd., KAPLAN, İnşaat, 129 vd.

¹⁴⁴ BAYGIN, s.154, ÖZ, s. 71.

¹⁴⁵ BAYGIN, s.154, KAPLAN, İnşaat, s.141, TANDOĞAN, s.281.

Sonuç olarak, belirlenen bedel, istisna sözleşmesi konusu eserin karşılığı olarak belirlenen yaklaşık ücret ise BK m. 366'ya tabi olacağından, olağanüstü hallerde artırılması mümkün olacak, iş sahibi belirlenen bedelin üzerinde bir bedel ödemek zorunda kalabilecektir¹⁴⁶. Buna karşın belirlenen bedel, keşif bedeli olarak belirlenmişse BK m. 367'ye tabi olacağından, ne şekilde olursa olsun (olağanüstü sebepler de dahil) bu bedelin aşırı şekilde aşılması halinde, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilecek, hiçbir şekilde aşırı artan bedelli ödemek zorunda kalmayacaktır. Buradaki ayırım yaklaşık keşif bedeli ile yaklaşık ücret arasındaki farka dayanır. Bilindiği üzere, yaklaşık ücrette ücretin alt ve üst sınırları masraflara bağlı olmaksızın belirlenirken, yaklaşık keşif bedelinde, yapılacak masraflardan yola çıkılarak muhtemel ücret belirlenmektedir¹⁴⁷.

b- Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Halinde

Keşif bedelinin ne zaman aşırı derecede aşılış sayılacağı konusunda, sözleşmede taraflar herhangi bir kural öngörmediler ise doktrindeki genel görüşe göre¹⁴⁸, iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu hoşgörü sınırı, her somut olayın özellikleri gözönünde tutularak, dürüstlük kurallarına göre belirlenmelidir.

İsviçre ve Almanya gibi bazı ülkelerin yapı işleri uygulamasında genellikle keşif bedelinin %10'unu geçen kısım aşırı sayılmaktadır¹⁴⁹. İsviçre'de yıllık enflasyon oranının % 5 olduğu dikkate alınırsa, enflasyonun iki katı artış iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. İtalyan Medeni Kanunu m. 1664'te de bu oran yani %10 kabul edilmişti¹⁵⁰.

¹⁴⁶ İş sahibinin ödemek zorunda kalacağı bu bedel, sözleşme akdedilirken belirlenen yaklaşık bedelin üst sınırının aşırı derecede üzerinde de olabilir.

¹⁴⁷ KAPLAN, İnşaat, s.140, TANDOĞAN, s.281, BAYGIN, s.154, UYGUR, s.8372.

¹⁴⁸ TANDOĞAN, s.283, YAVUZ, Borçlar, s.316, BAYGIN, s.155, EREN, İnşaat, s.90.

¹⁴⁹ TANDOĞAN, s.283, BAYGIN, s.154.

¹⁵⁰ TANDOĞAN, s.283, BAYGIN, s.154-155, DAYINLARLI, s.19.

Genel nitelikte olmamakla beraber, bazı özel düzenlemelerle bu tarz oranlara yer verildiği görülmüştür. Örneğin, kamu ihale sözleşmelerinde geçerli olmak üzere, 2886 sayılı eski Devlet İhale Kanunu'nun 63 ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ)'nin 19. maddelerine göre, keşif bedeli artışı ve eksilişinin %30 olması halinde, müteahhidin üstlendiği işi sözleşme hükümleri uyarınca tamamlaması öngörülmüştür. Buna karşın, keşif bedeli artışının %30'un üzerine çıkması halinde sözleşme feshedilir¹⁵¹. (m. 63/2). Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, bu oranın 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme Kanunu ve 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu hükümlerinde %20 olarak düzenlendiğini belirtmiştir¹⁵². Halen yürürlükte bulunan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunlarında ise böyle bir hoşgörü oranı belirtilmemiştir.

Hoşgörü sınırına ilişkin her olaya uygulanabilecek genel bir oranın kanunumuzda ve mahkeme kararlarında belirlenmemesi isabetlidir. Zira, her durumda geçerli olduğuna inanarak, problemi bir oran belirlemek yoluyla çözmeye çalışmak isabetli olmayacaktır. Sorunun çözümü için sabit bir oran belirleyip, her olaya bu oranı uygulamak özellikle paranın sürekli değer kaybettiği, enflasyonlu ülkelerde çok daha büyük sorunlara sebep olacaktır¹⁵³. Örneğin, hoşgörü sınırının %10 olarak belirlendiği bir sistemde, müteahhidin işe başlamasıyla işi tamamlaması arasında geçen zamanda enflasyon %12 artmışsa, müteahhit reel olarak belirlediği bedelden eseri meydana getirmiş olsa da, bedel nominal olarak %12 artmış gibi gözükcek, iş sahibi özünde böyle bir yetkiye sahip olmaması gerekirken sözleşmeyi feshedebilecektir. Hatta, enflasyonun olmadığı ülkelerde dahi böyle bir oran tespiti yapılması yerinde olmayacaktır. Çünkü, genel geçerli bir oranın uygulandığı bir sistemde somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınamayacaktır. Örneğin, bu durumda, sözleşmenin tipi, eserin tamamlanma süresi, bedelin ödenme şekline ilişkin vb. durumlar değerlendirilemez¹⁵⁴.

¹⁵¹ KAPLAN, İnşaat, s.140, ŞİMŞEK Edip, "Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer-18-29 Mart 1996 Ankara, Ankara 1996, s.213.

¹⁵² Yarg. 15. HD., K.T.01.07.1976, E.1976/1409, K.1976/2746 (YKD. Mart-1977, s.403).

¹⁵³ BAYGIN, s.155, EREN, İnşaat, s.90.

¹⁵⁴ BAYGIN, s.155, YAVUZ, Borçlar, s.316.

Bir görüşe göre, aşırılığı tespit ederken, iş sahibinin varsayılan iradesini esas alınmalıdır. Bu görüş uyarınca, belirlenen keşif bedelinin aşılmasının aşırı sayılabilmesi için, bu aşma o derecede olmalıdır ki, eserin bu bedele mal olacağını baştan bilseydi iş sahibinin bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilsin¹⁵⁵. Bu görüş, iş sahibinin işi daha ucuza yapacak bir müteahhit bulmuş olmasının faydasını gözönünde bulundurmaması yönünden eleştirilmekte, onun varsayılan iradesinin işi daha pahalıya yaptırmak yönünde de tespit edilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak, varsayılan irade de dürüstlük kuralları ışığında değerlendirileceğinden böyle bir sakınca ortaya çıkmaz¹⁵⁶.

ÖZ¹⁵⁷ de, yukarıda belirtilen kriteri tatmin edici bulmamakta, bu ölçünün bizleri adalete aykırı sonuçlara götürebileceğini belirtmektedir. Yazara göre¹⁵⁸, dönme hakkının bu koşulu sadece iş sahibinin subjektif tasavvurlarıyla belirlenemez. Şöyle ki, keşif bedeli miktarının çok az miktarda aşıldığı bazı durumlarda da iş sahibi sözleşmeyi bu bedelle yapmayacak olduğunu ispat ederek sözleşmeyi feshedebilir. Böylece keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeden dönme imkanı sakıncalı biçimde genişlemiş olur¹⁵⁹.

ÖZ'ün haklı olarak belirttiği sakıncayı önlemek amacıyla, dürüstlük kuralı Federal Mahkeme'nin belirlediği bu ölçütün içine sokulup, söz konusu şart şu biçimde ifade edilmelidir¹⁶⁰: “Eserin tamamlanması için gereken masrafların, işin özelliğine göre iş sahibine yüklenmesi dürüstlük kuralı ışığında doğru görülüyorsa, sözleşmeden dönme mümkün olmalıdır”¹⁶¹.

Böylece, masraflar keşif bedelini aşmasına rağmen iş sahibi somut olayda bu masrafları rahatlıkla karşılayabilecek durumda olup da, sözleşmeden dönme halinde

¹⁵⁵ TANDOĞAN, s.284, BAYGIN, s.155.

¹⁵⁶ TANDOĞAN, s.284, BAYGIN, s.155.

¹⁵⁷ ÖZ, s.71.

¹⁵⁸ ÖZ, s71-72.

¹⁵⁹ ÖZ, s.72, BAYGIN, s.156.

¹⁶⁰ ÖZ, s.72.

¹⁶¹ ÖZ, s.72, BAYGIN, s.156.

müteahhidin durumu aşırı derecede sarsılacaksa, sözleşmenin feshedilmesi hakkı kullanılmamalıdır¹⁶².

Doktrindeki hakim fikre göre¹⁶³, aşırılığın tayininde, kural olarak, eserin değeri gözönünde tutulmamalıdır. Zira aksi taktirde, iş sahibi kararlaştırılandan daha değerli fakat aşırı derecede pahalı olan bir eseri kabule zorlanmış olacaktır. BK. m. 367 hükmü, tarafların edimleri arasında bir denge sağlamayı amaçlamaz, aksine iş sahibinin keşif bedeline olan güvenini korur. Bu itibarla müteahhit nispeten daha ucuz ve basit bir eserin yerine daha kaliteli fakat daha pahalı bir eseri gerçek fiyatından daha uygun fiyata teslim etmek istediği takdirde dahi iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmalıdır. Nitekim taraflar arasında mutabakat konusu olmuş ucuz fiyat, işin ilgili müteahhide verilmesinde etkili olmuştur.

Ancak, ÖZ'ün de belirttiği üzere¹⁶⁴, bu düşünce kural olarak doğruysa da, kesin bir yargı olarak benimsenemez. Somut olayın özellikleri gereği bazı özel durumlarda iş sahibi ve müteahhidin olanakları göz önüne alındığında, dürüstlük kuralı gereği, bu masrafların ödenmesi gerekebilir. Ancak bu özel haller, yapılan eserdeki değer fazlalığının aşırı olması sonucu, artık kararlaştırılandan başka bir eserin ortaya çıkması hali ile karıştırılmamalıdır. Böyle bir durumda, iş sahibi zaten söz konusu eseri ifa olarak kabul etmek zorunda değildir ve ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulanabilir¹⁶⁵.

Bedelin aşılmasının tespitinde, tüm masrafların toplamında aşma olup olmadığı araştırılmalı, bazı kalemlerde meydana gelen aşma diğer kalemlerde yapılan tasarrufla dengelenebilir. Dolayısıyla, böyle bir uygulama ile BK m. 367 hükmü etkisiz bırakılabilecek, iş sahibi bu hükmün korumasından yoksun kalacaktır¹⁶⁶.

¹⁶² ÖZ, s.72, BAYGIN, s.156.

¹⁶³ BAYGIN, s.157, TUNÇOMAĞ, s.557, TANDOĞAN, s.284.

¹⁶⁴ ÖZ, s.72.

¹⁶⁵ ÖZ, s.72, BAYGIN, s.157.

¹⁶⁶ TANDOĞAN, s. 284, BAYGIN, s.158-159.

Somut olayın özelliklerine göre belirlenen hoşgörü sınırı, duruma göre bazen yüksek bazen de düşük olabilecektir. Örneğin, fiilen yapılan harcamalardaki aşma, daha ziyade olağanüstü hallerden dolayı meydana gelmişse, keşif bedelinin hazırlanmasında iş sahibinin veya görevlendirdiği bir kimsenin katkısı daha fazla ise, ya da keşif bedelini tespit etmesi için, müteahhide tanınan süre olması gerektiğinden daha az ise, hoşgörü sınırı daha yüksek tutulabilecektir¹⁶⁷.

Buna karşın, keşif bedeli tespiti, çok ayrıntılı ve kesin verilere dayanarak yapılmışsa, aşılmanın varlığı daha kolay kabul edilebilecektir. Bunun gibi, müteahhit, keşif bedeline hemen hemen aynen uyacağını ve hatta belirlenen bedelin altında bir fiyat dahi çıkabileceğini ifade ederek, bu konuda iş sahibine sözleşme akdedilirken ekstra bir güven vermişse, hoşgörü sınırı daha düşük tutularak, aşmanın varlığının kabulü daha kolay olabilecektir¹⁶⁸.

2- Aşırılığın Fiilen Gerçekleşmiş Veya Gerçekleşeceğinin Anlaşılması

Aşırı masraflar, fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi,, henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte bu masrafların yapılacağına anlaşılması halinde de keşif bedelinin aşırı derecede aşılmış olması şartı gerçekleşmiş sayılır. Yani, iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshedebilmesi için, mutlaka aşırı sayılan masrafların fiilen yapılmış olması aranmaz¹⁶⁹.

Somut olayın özelliklerine göre, yapılacak masrafların, belirlenen keşif bedelini esaslı şekilde aşacağı yeterli kesinlikte tespit edilebilen hallerde, aşılmanın varlığı kabul edilmelidir. Özellikle eserin meydana getirilmesi için zorunlu olan, vazgeçilemez masraflar bu kapsamdadır. Örneğin, malzeme fiyatları aşırı ölçüde artmışsa, işin yapılacağı yerin bu iş için elverişsiz olması nedeniyle daha fazla masraf yapılması icap ediyorsa veya malzemeler alınmadan belirlenen keşif bedelinin

¹⁶⁷ KAPLAN, Mimarlık, s.146, TANDOĞAN, s.284.

¹⁶⁸ TANDOĞAN, s.284, BAYGIN, s.157.

¹⁶⁹ BAYGIN, s.158, YAVUZ, Borçlar, s.316, OLGAC Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, c.2, İstanbul 1966, s.765.

malzemelerin alınmasına teşebbüs edildiği anda aşılacağına anlaşılması hallerinde iş sahibi, söz konusu masraflar fiilen yapılmamış olsa dahi BK m. 367 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedebilir. Mutlaka önce müteahhidin (veya başkasının) fiilen harcama yapmış olması gerekmez¹⁷⁰.

Buna karşın, belirlenen keşif bedelinin aşılması kaçınılmaz olmasa dahi, müteahhidin çalışma tekniğinden kaynaklanan sebeplerle, aşırı masrafların gerçekleşeceği anlaşılıyorsa, yine iş sahibi sözleşmeyi feshedebilmelidir. Fakat bazı özel durumlarda, iş sahibi gelişmeleri bilmesine rağmen müteahhidi tutumunu değiştirmesi yolunda ikâz etmemesi, sözleşmeyi feshetme hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir¹⁷¹.

Ancak, keşif bedelinin aşırı derecede aşılacağı yeterli kesinlikte anlaşılamayıp sadece böyle bir ihtimal varsa, iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkı doğmamıştır¹⁷². Bu tarz bir durumda yeterli kesinliğin oluşup oluşmadığı hususu tartışmalı ise, hakim somut olayın özelliklerine taktir hakkı çerçevesinde bunun kararını verecektir. Keşif bedelinin aşırı derecede aşılacağı hususu yeteri derecede kesinlik kazanmamışsa, iş sahibinin yapabileceği en mantıklı şey, müteahhidi uyarmak ve yeterli kesinliğin oluşmasını beklemektir¹⁷³.

Buna karşın, keşif bedelinin aşırı derecede aşılacağı hususu yeterli derecede kesinlik kazanmamakla birlikte, müteahhit, bizzat aşırı derecede masrafların gerçekleşeceğini beyan etmişse veya işte bundan sonra yapacaklarının aşırı derecede aşmaya sebep olacağını iş sahibineiletmişse, iş sahibi aşırılığın fiilen gerçekleşmesini beklemeden sözleşmeyi feshedebilir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ ÖZ, s.72, BAYGIN, s.158, YAVUZ, Borçlar, s.316..

¹⁷¹ BAYGIN, s.158, ÖZ, s.72.

¹⁷² BAYGIN, s.158, ÖZ, s.73, YAVUZ, Borçlar, s.316.

¹⁷³ BAYGIN, s.158, ÖZ, s.73.

¹⁷⁴ BAYGIN, s.158, TANDOĞAN, s.285.

3- Masrafların Aşırılığına İlişkin Bazı Özel Durumlar

a- Sadece Bazı Kısımlara İlişkin Masrafların Aşırı Olması

Sözleşme konusu eserin kapsamlı olduğu işlerde, özellikle büyük inşaat işlerinde, taahhüt edilen sonucu meydana getirecek birden fazla iş olabilir. Yani eserin meydana getirilmesi birden fazla kısımların ayrı ayrı yapılması sonucu meydana gelebilir. Bu durumda, her kısma ait masraf tutarları ayrı ayrı hesaplanıp, toplanarak tüm esere ilişkin tek bir keşif bedeli bulunmaktadır. İşin yapılması esnasında bu kalemlerden bazılarında, belirlenen masraf tahmininin aşırı derecede aşılmasına karşın diğerlerinde belirlenen masrafın altında bir maliyetle işin tamamlanması söz konusu olabilir. İşte bu gibi durumlarda işin sadece bir kaleminde tespit edilen keşif bedelinin aşırı derecede aşılmış olması iş sahibine BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Zira, istisna sözleşmesinde tarafları ve özellikle iş sahibini ilgilendiren bir bütünlük arz eden edim sonucu (eser)¹⁷⁵ ve bunun karşılığı olan ücrettir¹⁷⁶.

Sonuç olarak, sadece bazı iş kalemlerine ilişkin keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması, -bu aşılma tutarı toplam keşif bedelinde aşırı derecede aşılmaya sebebiyet vermedikçe- sözleşmeden dönmeyi mümkün kılmaz¹⁷⁷.

Kombine ücretli istisna sözleşmelerinde, birden ziyade ücret tipi üzerinden akdedilen sözleşmelerde ise yapılacak işlerden sadece biri veya birkaçı için keşif bedeli belirlenmiş olabilir. Uygulamada çok nadir olarak karşımıza çıkabilecek böyle bir durumda acaba iş sahibi sözleşmeyi feshedebilecek midir?

¹⁷⁵ Edim fiili ve edim sonucu için bkz. ALTAŞ, Eser, s. 183 vd.

¹⁷⁶ TANDOĞAN, s.284, TUNÇOMAĞ, s.557, BAYGIN, s.158-159.

¹⁷⁷ TUNÇOMAĞ, s.557, TANDOĞAN, s.284.

Her ne kadar Borçlar Kanunumuzda eserin tamamı üzerinden belirlenen keşif bedeli düzenlenmişse de, sadece belirli kısımlar için keşif bedeli tespiti yapmak hukuki açıdan mümkündür. Böyle bir durumda, sadece bir kısım için keşif bedeli tespiti yapılmış ve bu tespit tarafların sözleşmeyi kurma iradelerine etkili olmuşsa, bu kısma ilişkin keşif bedelinin aşırı derecede aşılması halinde BK m. 367 uyarınca iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Zira, bu durumda bedeli farklı tip ücret üzerinden belirlenen her kısmın bağımsız bir özelliği vardır. Kaldı ki eserimizin daha önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere, bu tarz kombine ücretli istisna sözleşmelerinde her ücret türü için kendine has kurallar uygulanır. Dolayısıyla bu halde, sadece keşif bedeli tespiti ile ücreti belirlenen kısımda, fiilen yapılan masrafların aşırı olup olmadığına bakılmalıdır. Kural olarak sadece bu kısım için aşırı masraf yapılması sözleşmeden dönme için yeterlidir¹⁷⁸.

Ancak, söz konusu kısmın eserin bütünü içerisindeki yeri, belli durumlarda sadece bu kısımda masrafların aşılması nedeniyle sözleşmeden dönmeyi dürüstlük kuralına aykırı kılar. Örneğin, keşif bedeli tespiti ile ücreti belirlenen kısım, bütün eser içerisinde önemsiz bir bölüm ise ve burada meydana gelen aşırılık tüm masraflar içerisinde önemsiz bir kısım teşkil ediyorsa, sadece bu kısım için keşif bedeli aşırı derecede aşılmış olsa da sözleşmeden dönülemez¹⁷⁹.

b- Masraflardaki Aşırılığın Keşif Bedelinin Hatalı Tespitinden Kaynaklanması

Keşif bedelinin tespiti suretiyle bedeli belirlenen istisna sözleşmelerinde, fiilen yapılan masraflar ile belirlenen bedel arasındaki aşırı fark, bazen sözleşme akdedilirken keşif bedelinin gerçekten uzak, soyut ve hatalı olarak saptanması sonucu ortaya çıkabilir¹⁸⁰.

Yapı işlerinde hazırlanan ön projeden çıkarılan hacim ve miktarların birim fiyatlarla çarpılması sonucu elde edilen değer, yaklaşık keşif bedelini oluşturur. Eğer

¹⁷⁸ ÖZ, s.74, BAYGIN, s.159.

¹⁷⁹ BAYGIN, s.159, KAPLAN, İnşaat, s.141, ÖZ, s.74.

¹⁸⁰ KAPLAN, Mimarlık, s.146-147, BAYGIN, s.159.

yapı projeleri hatalı ise, bunlara istinaden tespiti yapılan keşif bedeli de doğal olarak hatalı olacaktır. Genel yapı projesi hatalı olmamakla birlikte müteahhidin yaklaşık keşif bedelini belirlerken halen yürürlükte bulunan metreküp veya metrekare birim fiyatlarına riayet etmemesinden veya proje gereğince dikkate alınması gereken özel durumları keşif bedelini belirlerken nazarı itibara almamasından ileri gelebilir¹⁸¹.

Açıklanan nedenle müteahhit, yaklaşık keşif bedelini bu konudaki usullere uygun olarak, sadakat ve özenle hazırlamak zorundadır. Yapı projelerine uygun olarak hazırlanacak keşif bedelinin tespiti yapılırken iş sahibinin yüklenmesi muhtemel azami masraf dikkate alınarak bu tespitin yapılmasında fayda vardır. Zira, belirlenen keşif bedelinin hatalı saptanmasında müteahhidin kusuru olsun veya olmasın iş sahibinin masrafların aşırı olması halinde sözleşmeyi feshetme hakkı vardır¹⁸².

Buna ek olarak, eğer masrafların aşılmasında müteahhide yüklenebilecek bir kusur olursa, iş sahibinin müteahhide yöneltebileceği bir tazminat talebi de olabilecektir¹⁸³. Bu nedenle keşif bedelinin iş sahibinin veya üçüncü bir kişinin saptadığı veya katkısı bulunduğu hallerde dahi bu işin uzmanı olarak görülen ve bu işten sorumlu olacak müteahhit, sunulan keşif raporunu olması gerektiği gibi, azami dikkati göstererek incelemeli ve belirlenen bedelin gerçek masraflara uymayacağını önceden kestirebiliyorsa, ileride sorumlu olmamak için derhal iş sahibini uyarmalıdır¹⁸⁴.

c- Belirlenen Keşif Bedelinin Enflasyon Karşısındaki Durumu

Ülkemizde geçmiş yıllarda görüldüğü gibi, yüksek oranlı enflasyona sahip ülkelerde mal ve hizmet fiyatlarının sürekli artmasına bağlı olarak, keşif bedelinin tamamıyla sözleşme akdedilirken geçerli olan fiyatlara bağlı kalınarak, ilerleyen

¹⁸¹ KAPLAN, Mimarlık, s.145, BAYGIN, s.160.

¹⁸² ÖZ, s.73, BAYGIN, s.160, KAPLAN, Mimarlık, s.145.

¹⁸³ BAYGIN, s. 160, ÖZ, s.73-74.

¹⁸⁴ BAYGIN, s.160, KAPLAN, Mimarlık, s.145.

dönemlerde meydana gelebilecek esaslı fiyat değişiklikleri dikkate alınmadan belirlenmesi halinde, genellikle fiilen yapılan masraflar, önceden belirlenen keşif bedelini kaçınılmaz olarak aşacaktır. Özellikle tamamlanması yıllara yayılan kapsamlı inşaat işlerinde, müteahhit, işin devamı süresince meydana gelebilecek muhtemel fiyat değişikliklerini göz önünde tutarak gerçekçi bir tespit yapmalıdır. Sürekli fiyat değişikliklerinin olduğu ülkelerde, müteahhit bunun öngörülemez olduğunu ileri süremeyecektir¹⁸⁵.

Fiyat değişikliklerinin alışılmış olmadığı bir ortamda, yani enflasyonun öngörülemeyen bir durum olduğu hallerde, bu gelişme ne kadar beklenmedik olursa olsun, meydana gelen aşırı derecede aşma nedeniyle iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir. İki durum arasındaki fark ise, ikinci halde, yani enflasyonun öngörülemeyen bir gelişme olduğu durumda, müteahhide yüklenecek bir kusur olmadığından, iş sahibinin müteahhitten tazminat talep edememesidir¹⁸⁶.

C- KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASINA İŞ SAHİBİNİN SEBEBİYET VERMEMİŞ OLMASI

BK m. 367 hükmünün uygulanabilmesi için, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması gereklidir. İş sahibi, kendi fiiliyle keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına neden olduysa artık bu suretle ortaya çıkan masraf artışına katlanmak zorunda kalacaktır¹⁸⁷.

İş sahibinin kusurlu bir fiili nedeniyle, masraflar belirlenen bedeli aşırı derecede aşmış olabilir. Örneğin, verdiği yanlış talimatlarda ısrar etmesi veya kendisinin yapması icap eden hazırlayıcı bir işlemi (malzemenin, arsanın ya da planların teslimi

¹⁸⁵ ÖZ, s.74, BAYGIN, s.160, KAPLAN, Mimarlık, s.148.

¹⁸⁶ ÖZ, s.74, KAPLAN, Mimarlık, s.148, BAYGIN, s.160.

¹⁸⁷ TANDOĞAN, s.286, UYGUR, s.8373, BAYGIN, s.161, YAVUZ, Borçlar, s.316, ARAL, s.392, YALÇINDURAN Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.158, KARAHASAN, Borçlar, s.435.

gibi) zamanında yapmamış olması nedeniyle masrafların aşırı derecede aşması hallerinde olduğu gibi¹⁸⁸.

Ancak, masrafların artmasına mutlaka iş sahibinin fiili kusurunun sebep olması da gerekmez. Başka bir deyişle, masrafların artış nedeninin iş sahibine yüklenilmemesi gerekir. Eğer, artış iş sahibine isnat edilen bir nedenden kaynaklanıyorsa, masrafların artışına da iş sahibi katlanmak zorundadır. Yani, iş sahibinin masrafların aşılması ile arasında nedensellik bağı kurulabilen her türlü davranışı BK m. 367’de düzenlenen dönme hakkının doğumuna engel olur. Hatta bu nedensellik bağı, tarafların sözleşmede öngördükleri bir yetkinin iş sahibince kullanılması nedeniyle de oluşabilir. Örneğin, sözleşme ile iş sahibinin projede değişiklikler yapabileceği hususunun düzenlenmesi ve bu yetkiyi kullanan iş sahibinin, projede yaptığı değişiklik sonucu, masrafların aşırı derecede aşılması, hali böyledir. Bunun gibi, iş sahibinin sağlamayı üzerine aldığı malzemeyi kusuru olmaksızın zamanında temin edememesi nedeniyle masraflar aşırı derecede artmışsa, yine iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Bu nedenle, BK m. 367’de yer alan “iş sahibinin sun’u olmaksızın” ibaresinin İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metnine uygun olarak “iş sahibinin katılması (etkisi) olmaksızın” şeklinde yorumlamak gerekir¹⁸⁹.

İş sahibine yüklenebilecek nedenlerle keşif bedelinin aşırı derecede aşılması halleri iki grupta toplanabilir:

Birinci ve en çok rastlanan durum, sözleşmenin kurulmasından sonra işlerin görülmesi esnasında, iş sahibinin masrafların artmasına neden olmasıdır. Özellikle iş sahibi sonradan verdiği talimatlarla masrafların artmasına neden olabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, sözleşme ile iş sahibine projede değişiklik yapma yetkisinin

¹⁸⁸ TANDOĞAN, s.286, ERDEM, s.146, Diyelim ki müteahhit, malzemenin tahmin edilen masraf tutarına tekabül eden bir fiyatla satıldığı anda iş sahibine malzemeyi derhal temin etmesini ihtar etmiş, ancak iş sahibi kasten veya ihmal ile alımı geciktirmiş ve bu arada malzeme fiyatları sözgelimi iki misli artmış ise bu nedenle vuku bulan artış bahane edilerek sözleşmeden dönülemez. Zira iş sahibi eserin tespit edilen bedelden aşırı derecede fazlasına mal olmasına kendi kusuru ile sebep olmuştur. (BAYGIN, s.161, dn. 510).

¹⁸⁹ BAYGIN, s.161, TANDOĞAN, s.286, ÖZ, s.75.

tanınmış olması, sonucu değiştirmez. Yani bu halde dahi sözleşmeye dayanarak değişiklik yetkisini kullanan iş sahibinin masrafların aşırı derecede aşılmasına sebep olması halinde, iş sahibi masrafların aşırı derecede aşıldığı gerekçesiyle sözleşmeyi feshedemez¹⁹⁰.

Ancak bu gibi durumlarda iş sahibinin verdiği talimatların uygulanması ile masrafların aşırı oranda artacağını müteahhit biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa, durumu iş sahibine bildirmesi gereklidir. Verdiği talimatların uygulanması sonucu masrafların bu denli artacağını bilmeyen iş sahibine, özen borcundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmeyen müteahhit aleyhine, yaklaşık keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmalıdır. Dolayısıyla, verilen talimatların uygulanması sonucu masrafların aşırı derecede aşılacağını fark eden fakat bunu iş sahibine bildirmeyen müteahhidin, bu davranışı ile iş sahibi ile masrafların aşırı derecede aşılması arasındaki nedensellik bağını keştiği ifade olunabilir¹⁹¹.

Bunların dışında, iş sahibinin –kusursuz olsa dahi- sözleşme ile üstlendiği bir yükümlülüğü yerine getirmemesi veya geç getirmesi nedeniyle keşif bedeli aşırı derecede aşıldıysa yine iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Örneğin, iş sahibinin vermekle yükümlü olduğu malzemeleri zamanında veya gereken kalitede vermemesi, hatalı talimatlarıyla işi zorlaştırması, projeyi geç veya hatalı vermesi, işin kolaylaştırılması için kaldırmayı üstlendiği engelleri kaldıramaması veya kaldırmaması nedeniyle meydana gelen aşırı masraflar böyledir. Yine, eserin hazırlanmasına geç başlanılması veya işlerin görölmesindeki gecikmeler nedeniyle keşif bedelini aşırı derecede aşılmasında da, bu gecikmeler iş sahibine bağlanabiliyorsa, sözleşmeden BK m. 367 uyarınca dönme mümkün deęildir¹⁹².

İkinci ve az olarak rastlanan durum ise, iş sahibine yüklenebilecek nedenler dolayısıyla keşif bedelinin gerçeğe uygun olarak tespit edilmemiş veya edilememiş olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, BK m. 367'nin uygulanması bakımından keşif bedeli

¹⁹⁰ ÖZ, s.75, BAYGIN, s.161.

¹⁹¹ BAYGIN, s.162, KAPLAN, Mimarlık, s.145, ÖZ, s.75.

¹⁹² ÖZ, s.76, BAYGIN, s.162.

tespitini kimin hazırladığı veya hazırlattığı çok önemli değildir. İster müteahhit isterse iş sahibi hazırlamış olsun önemli olan sadece tarafların bu tespit üzerinde mutabık kalarak sözleşmeye temel almış olmalarıdır. Bu nedenle keşif bedelini iş sahibinin bizzat veya bir yardımcı vasıtasıyla yaptığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının reddedilebilmesi için, işin teknik olarak uzmanı olan müteahhit karşısında, iş sahibinin –işin özelliği gereği- eserin maliyetini daha iyi belirleyebilecek bir konumda bulunması gereklidir. İş sahibinin hazırlattığı keşif raporunun hatalı olduğu işin uzmanı olan kişilerce aşikâr bir şekilde anlaşılabilirse ve müteahhit de buna ses çıkarmamışsa, iş sahibinin fiili sonucu keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığı kabul edilmemelidir¹⁹³.

Ayrıca iş sahibinin engel olması veya kendi üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle keşif bedeli gerçeğe uygun olarak tespit edilememişse, iş sahibi BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshedemez¹⁹⁴. Somut bir örnek vermek gerekirse, bir bina yapmayı taahhüt eden müteahhidin, muhtemel masrafların tespiti için görmek istediği üzerine bina yapılacak arsayı çeşitli gerekçelerle göstermeyen iş sahibinin bu hareketi sonrasında, arsanın binanın yapımı için elverişsiz olması veya zemininin beklenilmeyen bir şekilde sert olması sonucu masraflar aşırı derecede artsa da iş sahibi sözleşmeyi feshedemeyecektir¹⁹⁵.

Sonuç itibariyle, keşif bedelinin aşırı ölçüde aşılmasına iş sahibinin veya onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin sebep olması halinde, sözleşmenin iş sahibince BK m. 367 uyarınca feshedilmesi dürüstlük kuralına aykırı olur. Keşif bedelinin aşırı şekilde aşılmasına neden olan masraflardaki artış ile iş sahibi arasında nedensellik bağı kurulabildiği ölçüde iş sahibi sözleşmeden dönemez. Buna karşın, iş sahibinin faaliyet alanına girmeyen bir etken, müteahhidin kusuru olmaksızın ortaya çıksa hatta onun faaliyet alanı dışında kalsa dahi, keşif bedelinin aşırı şekilde aşılmasına neden olmuşsa, iş sahibi sözleşmeyi feshedebilecektir. Zira, böyle bir halde iş sahibi ile masrafların aşılması arasında nedensellik bağı yoktur¹⁹⁶.

¹⁹³ BAYGIN, s.162, ÖZ, s.75.

¹⁹⁴ ÖZ, s.75, BAYGIN, s.162.

¹⁹⁵ BAYGIN, s.162, ÖZ, s.75, TUNÇOMAĞ, s.557.

¹⁹⁶ ÖZ, s.75, BAYGIN, s.163, KAPLAN, İnşaat, s.90.

D- KEŞİF BEDELİNİ AŞIRI DERECEDE AŞAN MASRAFLARIN İŞ SAHİBİ TARAFINDAN KABUL EDİLMEMESİ

İş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına açıkça veya zımnen rıza göstermişse, BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshedemez. İş sahibinin açıkça veya zımnen masrafların aşılmasına rıza göstermesi halinde, buna kendisinin sebebiyet verip vermemiş olması önem taşımaz. Yani iş sahibi, kendi dışındaki sebeplerle (örneğin, müteahhidin kusuru sonucu) keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına rıza göstermişse, sözleşmeyi feshedemez. Böyle bir rızanın varlığı ancak, iş sahibinin meydana gelen veya meydana gelmesi kuvvetle muhtemel olan aşmayı bilmesi halinde kabul edilebilir¹⁹⁷.

Müteahhit eğer masrafların keşif bedelini aşırı derecede aşacağını ve bu nedenle fazla ücret isteyeceğini yeterli açıklıkta iş sahibine bildirmiş, buna rağmen iş sahibi, herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin müteahhidin işe devam etmesine göz yummuşsa, iş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına rıza gösterdiği kabul edilmelidir. İş sahibinin keşif bedelini aşan kısım için avans vermesi de aşmaya zımnen rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmalıdır¹⁹⁸.

Müteahhidin bildirimde bulunmamasına rağmen aşma durumunu ve bunun miktarını öğrenen iş sahibinin sesini çıkarmaması, onun keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına zımnen rıza gösterdiği anlamına gelebilir¹⁹⁹. Genellikle olduğu gibi burada da sessiz kalmanın anlamı, bütün olanların kabulü şeklinde değerlendirilebilir. Duruma göre iş sahibinin belirli bir aşılmanın kesin olarak görülebilir olmasına rağmen işe devam edilmesini itirazsız ve hareketsiz izlemesi vakıyasından da zımni bir rıza çıkartılabilir. Bu sonuç, “kimsenin kendi yarattığı güven

¹⁹⁷ TANDOĞAN, s.286, BAYGIN, s.163, ÖZ, s.76, YAVUZ, Borçlar, s.316, TUNÇOMAĞ, s.557, UYGUR, s.8373, ERDEM, s.146, DALAMANLI Lütfü/İZGİ Ömer, İçtihatlı Örnekli Borçlar Hukuku Davaları, Ankara 1988, s.317.

¹⁹⁸ TANDOĞAN, s.286, BAYGIN, s.164, KARAHASAN, Borçlar, s.436, ÖZ, s.76, YAVUZ, Borçlar, s. 316, UYGUR, s.8373.

¹⁹⁹ BAYGIN, s.164, ÖZ, s.76.

ortamına aykırı davranmaması (venire contra factum proprium) ilkesi ile açıklanabilir²⁰⁰. Ayrıca bu davranış, “çelişkili davranma yasağı” ile de açıklanabilir.

Buna karşın, daha önce meydana gelen aşmalara açıkça veya zımnen rıza gösteren iş sahibinin, bundan sonra meydana gelecek aşmalara da önceden rıza gösterdiği anlamı çıkarılamaz. Dolayısıyla, o ana kadar meydana gelen aşmalara rıza gösteren iş sahibi, yeni masrafların çıkması üzerine sözleşmeyi feshedebilir²⁰¹.

BK m. 367/1'e göre, iş sahibi müteahhidin bir ihtarına binaen veya başka herhangi bir yolla keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığı bilgisi kendisine ulaşır ulaşmaz sözleşmeden dönebilir ve hatta dönmelidir. Ancak onun sadece vakıa (aşılma) hakkında değil, aksine aşılanın ölçüsü hakkında da yeteri kadar bilgiye sahip olduğu ve müteahhidin de keşif bedeline uygun bir bedele razı olmak istemediğinin anlaşıldığı durumlarda, iş sahibinin kanunda öngörülen dönme hakkını kullanması beklenebilir²⁰².

Belirtmek gerekir ki, BK m. 367/1'de “... gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir” ibaresi ile iş sahibinin eserin tamamlanmasından sonra da sözleşmeden dönebileceği öngörülmüşse de, bu imkan ancak iş sahibinin eserin tamamlanmasından sonra keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığını öğrendiği hallerde söz konusudur. Dolayısıyla, iş sahibinin eser tamamlandıktan sonra sözleşmeyi feshedebilmesi için, müteahhidin aşmayı daha önce kendisine bildirmemiş olması ya da eser tamamlanmadan önce keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığını öğrenmesinin mümkün olmaması gereklidir²⁰³.

İş sahibinin tüm şartlar oluşmasına rağmen sözleşmeden dönme hakkını kullanmaması, onun mutlaka aşmaya razı olduğu anlamına gelmeyebilir. Zira, iş sahibi, sözleşmeyi feshetmeyip bedelde indirim veya müspet zararın tazmini yollarını seçecek olabilir. Ancak iş sahibi bunları da vaktinde bildirmelidir. İş sahibinin keşif

²⁰⁰ BAYGIN, s.164, ÖZ, s.76.

²⁰¹ ÖZ, s.76, TANDOĞAN, s.286-287, BAYGIN, s.165.

²⁰² BAYGIN, s.165, TANDOĞAN, s.287.

²⁰³ TANDOĞAN, s.287, BAYGIN, s.165.

bedelinde meydana gelen aşırı derecede aşmayı kesinlikle öngörebilmesine rağmen, işin devamına göz yumması halinde, onun zımni rızasının varlığı ve bu rızanın dönme hakkını ortadan kaldıracacağı, ancak indirim hakkını tamamen ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir²⁰⁴.

E- MÜTEAHHİDİN TESPİT EDİLEN KEŞİF BEDELİ KARŞILIĞINDA ESERİ YAPMAKTAN KAÇINMASI

İsviçre doktrininden GAUTSCHI'ye göre iş sahibinin sözleşmeyi BK m. 367 (Art.375 OR.) de düzenlenen tek taraflı dönme hakkının en önemli şartı yasada yer almamıştır. Buna göre, müteahhit sözleşmede öngörülen, işgörme ve teslim borçlarını, kendisine terettüp eden ücret riskini taşımak ve eseri sözleşme ile belirlenen ücretin ödenmesi karşılığında tamamlamak suretiyle ifa ederse, iş sahibi BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olamaz. Böyle bir durumda iş sahibi, ancak eserin tamamlanmasına kadar, mevcut olan ifa edilmiş işin ücreti ve müteahhidin tüm zararlarını tazmin karşılığında sözleşmeyi BK m. 369 uyarınca feshedebilir²⁰⁵.

İlk defa İsviçre doktrininden GAUTSCHI tarafından ortaya atılan bu fikir, Türk doktrininde de ittifakla kabul görüp, savunulmuştur. Müteahhit, yaptığı fiili masrafların, taraflarca belirlenen keşif bedelini aşırı derecede aşmasına rağmen, söz konusu fazla masrafları iş sahibinden talep etmiyor, hoşgörü sınırını aşan kısmı kendisi yükleniyor ise, iş sahibinin sözleşmeyi BK m. 367 uyarınca keşif bedelinin aşırı derecede aşılması sebebiyle feshedemeyecektir²⁰⁶.

Müteahhit işin her aşamasında aşırı masraf talebinden vazgeçtiğini iş sahibine bildirebilir. Böylece müteahhit, iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkını, beyanıyla iş sahibinin elinden almış olur. Müteahhidin keşif bedelini aşırı şekilde aşan masraflarda hoşgörü sınırını geçen kısmının talebinden

²⁰⁴ TANDOĞAN, s.287, BAYGIN, s.165.

²⁰⁵ BAYGIN, s.166, TANDOĞAN, s.285.

²⁰⁶ TANDOĞAN, s.285, ÖZ, s.77, BAYGIN, s.166, UYGUR, s.8373, YAVUZ, Borçlar, s.316.

vazgeçtiğini iş sahibine açıkça bildirmesi zorunlu değildir. Müteahhidin bazı davranışları bu talepten vazgeçtiği anlamına gelebilir. Bu durumda da, sözleşmeden dönme ile korunacak bir çıkar kalmayacağından iş sahibi, sözleşmeyi feshedemez. Örneğin, aldığı malzemelerin faturalarını iş sahibine gönderen veya bu malzemeleri ona aldırarak müteahhit, aşırı masraf oluşturan bazı malzeme alımlarını iş sahibine bildirmeyip, kendi imkanları ile temin etmeye çalışması hali böyledir²⁰⁷.

Müteahhidin hoşgörüsü sınırını aşan bir talepten vazgeçtiğini beyan ederek sözleşmeden dönmeyi engelleyebilmesi BK m. 25/2'nin esas düşüncesi ile uyum içerisindedir. Nasıl ki, hataya düşen taraf dürüstlük kurallarına aykırı şekilde hatasına dayanmıyor ve özellikle karşı taraf, sözleşmeyi gerçek arzusuna göre ifaya hazır olduğunu beyan ettiği takdirde bu sözleşme onun hakkında da hüküm ifade ediyorsa, temel hatasına ilişkin özel bir hüküm olan BK m. 367 uygulamasında da müteahhide bu tarz bir imkan tanınması doğru olur. Doktrinde belirtildiği gibi, BK m. 25/2 esas olarak beyan hatalarında uygulama alanı buluyorsa da, bu gibi hatalarda da uygulanmasına teorik olarak bir engel yoktur. İşte burada, BK m. 25/2'nin temel hatalarında da uygulanabileceği ender rastlanan bir durum söz konusudur. Dikkat edilmesi gereken husus, müteahhidin BK m. 367 uyarınca yapılan dönme beyanını aldıktan sonra da, sözleşmeyi hoşgörüsü sınırında bir ücretle ifaya hazır olduğunu beyan ederek sözleşmeyi ayakta tutabileceğidir. Bu tarz bir yaklaşım, dönme beyanı ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçersiz olacağına ilişkin kurala aykırı gözükse de benimsenmelidir. Fakat sözleşmeyi keşif bedeline uygun bir ücretle ayakta tutmak isteyen müteahhit iş sahibinin dönme beyanı üzerine derhal bu hakkını kullanmalıdır. İş sahibinin böyle bir teklif karşısında halen sözleşmeyi feshetmekte direnmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder²⁰⁸.

Doktrinde, işin yapılması esnasında masrafların keşif bedelini aşırı derecede aşacağını anlayan müteahhidin, aşırı masraflar kendisine ödenmedikçe işin devamından kaçınabileceği, bunun bir tür önceden ileri sürülebilir “ödemezlik def’i (exemptio non adimpleti contractus)” olduğunu ileri sürülmektedir²⁰⁹. Ancak belirtmek

²⁰⁷ ÖZ, s. 77, BAYGIN, s.166-167.

²⁰⁸ BAYGIN, s.167, REİSOĞLU, s.91-92.

²⁰⁹ TANDOĞAN, s.285-286.

gerekir ki, ÖZ'ün de belirttiği gibi²¹⁰ bu düşünce isabetli değildir. Zira, iş sahibinin ücret ödeme borcu kural olarak eserin tamamlanması ile muaccel hale gelir. Dolayısıyla, iş tamamlanmadan ücret talebinde bulunamayacak olan müteahhidin, ödemezlik def'i türünden bir gerekçe ile sözleşme ile yüklendiği hazırlama faaliyetlerinden kaçınması mümkün değildir. Bu imkan ancak, bedelin –kısmen veya tamamen- işin görülmesi esnasında ödeneceği kararlaştırılan sözleşmelerde söz konusu olabilir.

Bedelin işin görülmesi esnasında ödeneceğine dair bir hüküm bulunmayan sözleşmelerde ise, sadece iş sahibinin keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafları, bedel borcu muaccel hale geldiğinde ödemeyeceğinin açıkça belli olması üzerine müteahhidin ne yapabileceği sorulabilir²¹¹.

Bizim de katıldığımız ÖZ'ün görüşü uyarınca²¹², bu durumda dahi –kural olarak- müteahhidin işi bırakmasını haklı kılacak bir durum yoktur. Böyle bir durum iki şekilde ortaya çıkabilir:

Birinci durumda, masraflar keşif bedelini aşırı derecede aşan ölçüde değildir veya iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkının diğer şartlarından birisi gerçekleşmemiştir. Bu durumda müteahhit, ücret alacağı muaccel olduğunda, iş sahibini keşif bedelini aşırı derecede geçen bedeli ödemeye zorlayabilecektir. Bu durumda BK m. 367'ye göre sözleşmeyi feshetme hakkı olmayan iş sahibine karşı müteahhide işi yarım bırakmak gibi bir olanak yasa tarafından tanınmamıştır. Müteahhidin böyle bir durumda yapabileceği tek şey, iş sahibinin masraf aşırılığına ait kısmı ödemeyeceğini bildirmesine rağmen, işgörme faaliyetine devam edip eseri tamamlamak ve ifayı gerçekleştirdikten sonra ücret alacağını takip etmektir. Ancak müteahhit, iş sahibine karşı yapacağı böyle bir takibin –iş sahibinin aczi yüzünden- semeresiz kalacağını kuvvetle muhtemel

²¹⁰ ÖZ, s.77-78, BAYGIN, s.167-168.

²¹¹ ÖZ, s.78, BAYGIN, s.168.

²¹² ÖZ, s.78.

olduğunu ispat edebilirse BK m. 82 (ödemezlik def'i) uyarınca edimi yerine getirmekten kaçınabilir²¹³.

İkinci durumda ise, iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme şartlarının gerçekleşmiş olması üzerine, fazla masrafları ödemeyeceğini müteahhide bildirmiş olması halidir. Bu kez de iş sahibinin sözleşmeden döndüğü kabul edilmelidir. Yani iş sahibi, BK m. 367'de düzenlenen dönme şartları gerçekleşmişken, fazla masrafları ödemeyeceğini müteahhide bildirmişse, bu beyan BK m. 367 uyarınca bir dönme beyanı olarak kabul edilmelidir. Zira, yasa böyle bir durumda iş sahibine ya fazla masrafları ödeyip ifayı kabul etme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bu iki seçenekten fazla masrafları ödeme seçeneğini reddettiğini bildiren iş sahibinin, geriye kalan tek seçenek olan sözleşmeyi feshetme seçeneğini seçtiği kabul edilmelidir. Bu halde ise, dönme yoluyla ortadan kaldırılmış bir sözleşmenin ifasına ilişkin işgörme faaliyetlerinden kaçınmak bir def'i kullanımı değildir²¹⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki, iş sahibinin arsası üzerine yapılan bina işlerinde aynı sonuca varmak mümkün olmayabilir. Zira, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde, iş sahibinin keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması karşısında sözleşmeyi feshetme hakkı yanında bedel indirimini talep etme hakkı da vardır. Dolayısıyla böyle bir durumda iş sahibinin fazla masrafları ödemeyeceğine dair beyanını her zaman sözleşmeden dönme olarak kabul edemeyiz. İş sahibi fazla masrafları ödemeyeceğine dair böyle bir beyanı ücret indirimini arzusu ile de bildirmiş olabilir. Fakat bu halde dahi müteahhit işe devam etmek zorundadır. Eğer müteahhit, bu aşamada işi bırakırsa, iş sahibi borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönebilir. Bu nedenle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ise, BK m. 367ye göre

²¹³ ÖZ, s.78, BAYGIN, s.168, Eğer iş sahibi, sadece masraf fazlalığını ödemeyeceğini bildirmekle kalmayıp, buna ilave olarak, ifayı kabul etmeyeceğini –açıkça veya zimnen- beyan etmişse, bu kez de istisna sözleşmesinin iş sahibi tarafından BK m.369 uyarınca tazminat karşılığında feshedildiğinin kabulü gerekecektir. (ÖZ, s.78, dn.37).

²¹⁴ ÖZ, s.78, BAYGIN, s.168.

sözleşmeden dönmeye nazaran müteahhit açısından daha ağır sonuçlar doğuracaktır²¹⁵.

III- DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

A- DÖNME HAKKININ NİTELİĞİ

Dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliği taşıdığından, bu hakkın kullanıldığına ilişkin beyan müteahhide ulaşmakla hükümlerini meydana getirir²¹⁶. Bu maksatla yapılan beyan –kural olarak- şarta bağlanamaz ve ondan dönülemez. Eğer, BK m. 367/1’de öngörülen şartların gerçekleşmediği sonradan hakim tarafından tespit edilecek olursa, iş sahibinin müteahhide BK m. 369 uyarınca tam tazminat ödemesi gerekir²¹⁷.

Müteahhit, iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetmesi karşısında, dönme sebeplerinin oluşmadığı iddiası ile dönmeyi kabul etmezse, iş sahibi, BK m. 367’nin şartlarının gerçekleştiğini ispat etmelidir. Zira burada müteahhit aleyhine bir kusur karinesi mevcut değildir. Buradaki dönme hakkı, BK m. 106’da düzenlenen dönme hakkından farklı olarak, “ifâ etmeme” sebebi ile değil, “haklı sebeple” dönmedir. Keşif bedelinin aşırı derecede aşılması, müteahhidin sözleşme konusu borcuna aykırı bir davranışı nedeniyle meydana gelmişse, kusursuzluğunu ispat yükü müteahhide geçer²¹⁸. (Kusur²¹⁹ ve tazminat konularına çalışmamızın ilerleyen kısımlarında tekrar dönülecektir.)

²¹⁵ BAYGIN, s.168, ÖZ, s.78.

²¹⁶ TANDOĞAN, s.288, UYGUR, s.8374, BAYGIN, s.170.

²¹⁷ TANDOĞAN, s.288, BAYGIN, s.170.

²¹⁸ BAYGIN, s.170, ERDEM, s.146, TUNÇOMAĞ, s.558.

²¹⁹ Kusurun tanımı için bkz. TUNÇ Ramazan, “İfa İmkansızlığı”, Yargıtay Dergisi, Ankara 2002, C. 28, S. 1-2, s.118.

BK m. 367/1’de düzenlenen dönme, geçmişe etkili (ex tunc)olan bir dönmedir. Yani iş sahibi, keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshettiğini müteahhide bildirdiği an, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Buradaki dönme, BK m. 108’de olduğu gibi genel hükümler uyarınca sözleşmeden dönme ile aynı hüküm ve sonuçları doğuracaktır²²⁰.

İş sahibine ait bir şeyin tamir edilmesi veya işlenmesine ilişkin istisna sözleşmelerinde olduğu gibi, müteahhidin faaliyeti sonucu iş sahibinin bir zenginleşmesi olmuşsa veya her çeşit istisna sözleşmesinde olabileceği gibi iş sahibi ücretin tamamını peşin ödemiş veya bir kısmını avans niteliğinde vermişse, sözleşmeden dönme ile taraflardan her biri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak²²¹, karşı tarafın zenginleştiği miktarın kendisine iade edilmesini isteyebilecektir²²².

Sonuç olarak, feshedilen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı taraflar hangi durumda olacaktı ise o duruma tekrar getirilmelidirler.

B- DÖNME HAKKININ KULLANILMA ZAMANI

BK m. 367/1’de öngörülen şartların gerçekleşmesi ile iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğar ve iş sahibi bu hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini ortadan kaldırabilir. Yenilik doğuran muamele niteliğindeki dönme beyanının²²³ ne kadar

²²⁰ YAVUZ, Borçlar, s.317, TANDOĞAN, s.288, BAYGIN, s.170.

²²¹ Doktrinde baskın olan görüşe göre, buradaki geri verme yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmeye değil, -sözleşmenin feshi sonrası- içerdiği değişen sözleşme ilişkisinin yeni bir aşamasına dayanır. (TANDOĞAN, s.289, YAVUZ, Borçlar, s.317).

²²² TANDOĞAN, s.289, BAYGIN, s.170.

²²³ Sözleşmenin feshi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz., AYBAY Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983, s. 141, TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, c. 2, İstanbul 1985, s.1317 vd., GÖKTÜRK H.Avni, Borçlar Hukuku, Ankara 1946, s.315. AKINCI Şahin, “Alacaklının Temerrüdü”, SÜHFD, 1999, c. 7, S. 1-2, s.315 vd, TURANBOY Asuman, ”Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, 1989-1990, c. 41, s. 169.

süre içerisinde açıklanması gerektiği hususunda kanunda bir düzenleme yoktur. Doktrinde ise bu konuya ilişkin bir görüş birliği yoktur²²⁴.

Bir görüşe göre, iş sahibi BK m. 367/1'deki şartların gerçekleştiğini öğrenince fazla zaman geçirmeden (kısa bir süre içinde) sözleşmeyi feshetmeli ve müteahhidi kararsızlık içinde bırakmamalıdır. Aksi halde bu hakkını kullanamaz. Zira, müteahhidin durumun ne olacağını bilmekte haklı bir çıkarı vardır. Borç ilişkisinin akıbetinin ne olacağını tamamen iş sahibinin takdirine kalmış olduğu belirsiz bir durumda müteahhitten –belki de boş yere- işe devam etmesi beklenemez. En yakın makul zamanda sözleşmeyi feshetmeyen iş sahibi, müteahhitte oluşturduğu güvenin sonuçlarına katlanmalıdır²²⁵.

GAUTSCHI'nin savunduğu diğer görüşe göre ise, iş sahibinin dönme hakkını kullanması bir süreye bağlı değildir. Hatta iş sahibi dönme hakkını eserin tamamlanmasından sonra da kullanabilir²²⁶. Zira yasada yer almayan bir sınırlama getirilerek 367. Maddenin iş sahibine tanıdığı dönme hakkı kısa bir süreye bağlanamaz. Yasal koşulların varlığı devam ettiği sürece iş sahibi bu hakkını kullanabilmelidir. Aksi bir uygulama, bir yandan kanun koyucunun iş sahibine tanıdığı hakkı elinden almak, diğer yandan ise müteahhidi yasanın çizdiği sınırların dışına çıkacak şekilde korumak anlamına gelir²²⁷.

Bizim de katıldığımız ÖZ'ün görüşüne göre²²⁸, her iki görüş de kural olarak kabul edildiklerinde, somut olayın özelliklerine uymayan, sakıncalı sonuçlara götürebilir. Bu görüşlerin yumuşatılarak uzlaştırılması yoluyla şöyle bir çözüme ulaşmak mümkündür:

Öncelikle, iş sahibinin dönme şartları gerçekleşir gerçekleşmez bu hakkını kullanmadığından dolayı hakkının sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. Böyle

²²⁴ BAYGIN, s.169, ÖZ, s.85, TANDOĞAN, s.287.

²²⁵ ÖZ, s.85-86, TUNÇOMAĞ, s.557, TANDOĞAN, s.287, BAYGIN, s.169, BERKİ Şakir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s.147.

²²⁶ Kuşkusuz BK m.367/2'de düzenlenen durumlar hariç.

²²⁷ TANDOĞAN, s.287-288, ÖZ, s.86, BAYGIN, s.169.

²²⁸ ÖZ, s.86.

bir sonuca ancak, iş sahibinin dönme hakkını kullanmamasının müteahhide artık sözleşmenin feshedilmeyeceği yönünde bir güven vermesi halinde ve bu güven somut olayda müteahhit açısından haklı görülebilecek ise varılabilir²²⁹.

Buna karşın, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğduğunu anlayan veya anlaması gereken müteahhidin, dönme hakkını keyfi olarak geciktiren iş sahibine karşı yapması gereken şey, onu uygun bir süre içerisinde karar vermesi için uymaktır. Bu uyarı ile birlikte masrafların ne kadar arttığı veya artacağı da iş sahibine bildirilmelidir. Ancak bu husus daha önceden iş sahibine bildirilmişse veya iş sahibi bunu zaten biliyorsa, sadece karar vermeye davet ile yetinilebilir²³⁰.

Müteahhit, iş sahibine bir karar vermesi için yaptığı uyarıyı süre vererek de yapabilir. Ancak bu süre cevap için gerekli olan en yakın makul zamandan daha kısa olmamalıdır. Böyle bir durumda, müteahhidin süre vererek yaptığı bu uyarıya karşı, iş sahibi, öngörülen süre içerisinde sözleşmeyi feshetmezse, iş sahibinin bu hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir. Bu arada, iş sahibinin dönme bildirimini beklemek zorunda olduğu sürece müteahhit, durumun belirsiz olduğu gerekçesiyle, işi bırakamaz veya yavaşlatamaz. Sözleşmeden dönme gerçekleşinceye kadar eseri hazırlama borcuna uygun hareket etmek zorundadır²³¹.

C- MENFİ ZARARIN TAZMİNİ VE KUSUR

1- Genel Olarak

Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusuru varsa, ondan menfi zararının tazminini de talep edebilir. Yalnız burada müteahhidin kusurunu kimin ispat edeceği hususu tartışmalıdır²³².

²²⁹ ÖZ, s.86, BAYGIN, s.169, TEPECİ Kamil, Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara 1954, s. 573.

²³⁰ ÖZ, s.86, BAYGIN, s.169.

²³¹ ÖZ, s.86, BAYGIN, s.169.

²³² TANDOĞAN, s.289-290, BAYGIN, s.171, UYGUR, s.8374.

Bir görüşe göre, burada genel esaslardan ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur. Dolayısıyla, burada da BK m. 108’de olduğu gibi, menfi zararı tazmin etmek istemeyen müteahhidin kusuru bulunmadığını ispat etmesi gereklidir. Yani ispat yükü müteahhitte olmalıdır²³³.

Buna karşın baskın olan görüşe göre, kural olarak, iş sahibinin müteahhidin kusurlu bulunduğunu ispat etmesi gereklidir. Zira, yaklaşık keşif bedelinin tespitiyle müteahhit, hiçbir şekilde sözleşme konusu eseri söz konusu bedelle yapmayı yükümlenmiş olamaz. Bundan dolayı keşif bedelinin aşılması ister az isterse çok olsun başlı başına bir sözleşme ihlali niteliğinde değildir. Yani, BK m. 367’deki dönme hakkı, eserin ayıplı ifasında veya borçlu temerrüdünde olduğu gibi bir sözleşme ihlali niteliğinde olmayıp, aksine haklı (önemli) bir sebebe dayandırılmaktadır. Bundan dolayı böyle bir dönemde, sözleşmenin ihlali nedeniyle uygulama alanı bulan BK. m. 106 ve 108’deki prensipler uygulama alanı bulamaz²³⁴.

Bize göre de baskın olan ikinci görüş daha isabetlidir. Bu görüş uyarınca, eğer iş sahibi, talebini sadece keşif bedelinin aşılması olgusuna dayandırıyorsa, meydana gelen zararını ispat dışında ayrıca müteahhidin kusurunu da ispat etmelidir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi buradaki dönme hakkı sebeplere dayanılarak yapılan dönmedir. Haklı sebeplerle sözleşmenin feshedilmesinde de, herhangi bir sözleşmeye aykırılık durumu olmadığı için, karşı tarafın (müteahhidin) kusurunu ispat yükü iş sahibine düşer²³⁵.

İş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasını, müteahhidin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi haline dayandırması durumunda ise sonuç farklı olacaktır. Bu durumda artık müteahhidin hal ve şartlara göre keşif bedeline esas olacak güvenilir bir ön tahmin yapmanın mümkün olmadığını ispatlaması gerekir. Örneğin keşif bedelinin tespitinde uzmanlığının gerektirdiği özeni göstermeyen veya

²³³ TANDOĞAN, s.290, BAYGIN, s.172.

²³⁴ TANDOĞAN, s.290, ERDEM, s.146, BAYGIN, s.172.

²³⁵ ERDEM, s.146, TANDOĞAN, s.290, OLGAC Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, c.2, İstanbul 1970, s.1148, UYGUR, s.8374, BAYGIN, s.172, TUNÇOMAĞ, s.558.

başkasına hazırlattığı keşif bedeli tespitini iyi kontrol edip özenle incelemeyen müteahhidin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığı kabul edilmelidir²³⁶.

Yine, müteahhidin iş sahibini önceden kesin olarak görülebilir olmasına rağmen iş sahibi tarafından bilinmeyen aşılardan veya aşılma ihtimalinden iş sahibini haberdar etmemesi bir yükümlülük ihlali anlamına gelebilir. Baskın olan görüş uyarınca, müteahhidin ihbar yükümlülüğü sadece BK m. 357/3’de yer alan genel ihbar yükümlülüğünden değil, aksine BK m. 356/1’de düzenlenen özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Dürüstlük kurallarının emrettiği, iş sahibinin çıkarlarının gözetilmesi ilkesi, müteahhidin uzman kişi olarak iş sahibinin ya BK m. 367’de düzenlenen haklarını kullanabilmesi ya da eserin tamamlanmasına ilişkin başkaca talimatlar verebilmesi için iş sahibinin bilgilendirilmesini gerektirir. Bu bilgilendirme yükümlülüğü, iş sahibi tarafından talep edilmiş olan projedeki değişikliklerin mali boyutuna ilişkin olarak da mevcuttur²³⁷.

Eğer iş sahibi keşif bedelinin yanlışlığını anlayabilecek kadar teknik bilgiye sahipse ya da keşif bilgisinin yanlışlığı meslekten olmayan kişilerce de anlaşılabilir kadar barizse, bu keşif bedelini kabul eden iş sahibi de “müterafik (ortak) kusurlu” sayılır. Bu da iş sahibinin tazminat talebinin indirilmesi için bir sebep teşkil eder²³⁸.

Yaklaşık keşif bedelinin aşırı derecede aşılması, BK m. 365/2’de öngörülen olağanüstü olaylar sonucu meydana gelmişse müteahhidin kusurundan bahsedilemeyecektir. Özetle, sadece keşif bedelinin aşırı derecede aşılması sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği gibi, müteahhidin kusurlu olduğuna da karine teşkil etmez²³⁹.

²³⁶ TANDOĞAN, s.290, ERDEM, s.146, BAYGIN, s.172.

²³⁷ TANDOĞAN, s.290, ERDEM, s.146, BAYGIN, s.172, TUNÇOMAĞ, s.558.

²³⁸ TUNÇOMAĞ, s.558, TANDOĞAN, s.291, ERDEM, s.146, UYGUR, s.8374, BAYGIN, s.172.

²³⁹ BAYGIN, s.173, ÖZ, s.79.

Genel olarak menfi zarar talebi ve kusur hallerini incelediğimiz bu kısımdan sonra, konuyu daha iyi kategorize etmek ve daha ayrıntılı biçimde incelemek için ayrı başlıklar altında izaha çalışacağız.

2- Müteahhidin Başlıca Kusurluluk Halleri

a- Keşif Bedelinin Hatalı Saptanmasında Müteahhidin Kusuru

Daha önce de değindiğimiz üzere, bazı yazarlar müteahhidin yaklaşık keşif bedelini gerçeğe yakın saptamasının, onun özen borcu gereği olduğunu, bu gerektiği gibi yapılmamışsa müteahhidin ileride özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutulacağını belirtmektedirler. Bunun sebebi müteahhidin bu konudaki takdirinin yapılacak sözleşmeye temel teşkil etmesidir. Müteahhidin keşif bedelini tespit faaliyeti esnasında göstereceği özen, yapılacak sözleşmenin ileride vücut bulması halinde, doğacak özen ve sadakat borcunun bir kısmı sayılacaktır²⁴⁰.

Kanaatimizce, müteahhit keşif bedelini belirlerken gereken özeni göstermeyip gerçeğe aykırı bir şekilde düşük tutmuşsa, bu davranışı sözleşmeden doğan özen borcuna aykırılık değil, akit öncesi kusur (*culpa in contrahendo*) niteliği taşır. Zira, keşif bedelinin tespitinin yapıldığı esnada henüz taraflar arasında akdedilmiş bir istisna sözleşmesi yoktur. İş sahibinin sözleşmeyi yapıp yapmaması büyük ölçüde tespiti yapılan keşif bedeline bağlıdır²⁴¹.

Sözleşmenin akdedilmesinden önceki safhada, taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları ve içerdiği hak ve yükümlülükler hakkında birbirleriyle görüşmeler yapmaktadırlar. Sözü edilen görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında MK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanan akit benzeri bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Buna göre, görüşmeler sırasında tarafların sözleşmenin muhtevası ve şartları

²⁴⁰ KAPLAN, Mimarlık, s. 145, TANDOĞAN, s.283, BAYGIN, s.173. Ancak önce sözleşmenin kurulup sonra keşif bedelinin tespit edildiği hallerde bu tarz bir sonuca varılabilir. Bu ise çok nadir rastlanabilecek bir durumdur. (KAPLAN, s.173, dn.559).

²⁴¹ TANDOĞAN, s.283, BAYGIN, s.173.

hakkında birbirlerini aydınlatması ve özellikle de karşı tarafa doğru bilgi vermesi, karşı tarafın bilmesi gereken hususları açıklamada kusur işlememesi, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir²⁴². İşte taraflardan birisi bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranır ve görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini (buna edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi de denmektedir) ihlal ederse bundan doğan zarardan sorumlu olur²⁴³.

Akit öncesi kusur yani diğer bir deyişle culpa in contrahendo sorumluluğu niteliği itibariyle akdi sorumluluk benzeri bir sorumluluktur. Bu nedenle akdi sorumluluğa tatbik edilen prensiplerin akit öncesi kusur sorumluluğuna da uygulanması gerekir. Dolayısıyla, kusurun varlığını zarar gören iş sahibi değil, kusurun yokluğunu keşif bedelinin hatalı saptanmasına neden olan ve böylece zarara neden olan müteahhit ispatlamalıdır²⁴⁴.

Müteahhit ancak gereken özeni göstermiş olmasına rağmen, eserin mahiyetine, hal ve şartlara göre güvenilir bir keşif bedeli tespitinin yapılmasının mümkün olmadığı için kendisinin de güvenilir bir keşif bedeli tespiti yapamadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca böyle bir durumda iş sahibinin gerçek masrafları önceden tahmin edebileceği savı ile sözleşmeden dönme ve tazminat talebi engellenemez. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, keşif bedelinin gerçeğe aykırı olduğu veya düşük olduğu herkesçe anlaşılabilir derecede barizse ve iş sahibi bu bedeli kabul etmişse, iş sahibinin ortak (müterafik) kusurundan söz edilebilir. Bu halde dahi iş sahibinin tazminat talebi engellenemez. Ancak bu durum, iş sahibine

²⁴² KARACABEY Haldun, “Deprem Dolayısıyla, Eser Sözleşmesine Göre Müteahhidin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1999, c. 73, s. 621-622.

²⁴³ BAYGIN, s.173-174, REİSOĞLU, s.274.

²⁴⁴ BAYGIN, s.174. Örneğin, keşif bedelini işi almak maksadıyla düşük gösteren müteahhide güvenen iş sahibi, inşaata başlamak için gerekli olan bazı hazırlıkları yaptıktan sonra müteahhidin verdiği keşif bedelinin gerçekten uzak olduğunu anlayıp sözleşme yapmaktan vazgeçmişse, yaptığı hazırlıklar nedeniyle uğradığı zararı ispat dışında müteahhidin kusurunu ispat etmek zorunda olmamalıdır. Tersine, iş sahibinin talebi ile karşılaşan müteahhit kusurunun yokluğunu ispat etmelidir.

ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasında müteahhit lehine bir indirim sebebi teşkil edebilir²⁴⁵.

Keşif bedelinin düşüklüğü, işin uzmanı olmayan bir kişinin dahi ilk bakışta fark edebileceği derecede bariz değilse, bu takdirde iş sahibinin ortak (müterafik) kusurundan söz edilemez. Zira, iş sahibi, müteahhidin sunduğu keşif bedelini tespiti ilişkin keşif raporunu ayrıntılı bir şekilde incelemek zorunda değildir. Tersine iş sahibi sadece raporun sonuç kısmını yani, tespiti yapılan keşif bedelinin miktarını öğrenmekle yetinebilir. Zaten iş sahibinden de beklenen asıl olarak budur. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, eğer iş sahibi bu konularda bilgi sahibi olan teknik bir adamsa, keşif bedelinin inandırıcı olmadığını haiz olduğu teknik bilgi sayesinde rahatlıkla anlamış olmasına rağmen, müteahhidin sunduğu keşif bedeli tespitini kabul etmişse, yine iş sahibinin ortak (müterafik) kusurundan bahsedilebilir²⁴⁶.

Müteahhidin tazmin etmek zorunda olduğu menfi zararlar²⁴⁷, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesinden dolayı uğradığı zararları kapsar. Buna göre iş sahibi sözleşme hiç yapılmamış olsaydı hangi halde bulunacak idiyse o duruma getirilmelidir²⁴⁸.

Eğer müteahhit hileli olarak keşif bedeli tespitini gerçeğe aykırı bir şekilde yapmışsa, iş sahibi sözleşmeyi feshetmese dahi uğradığı zararın tazminini talep edebilir (BK m. 31/2). Burada söz konusu olan zarar da menfi zarardır. İş sahibini hile mevcut olmasaydı dahi diğer şartlarla yapacağı bir sözleşmeyi yapmaya sevk eden hile bu tarz bir zarar ortaya çıkarır. Bu durumda, hile yapılmıyaydı iş sahibinin malvarlığı ne halde bulunacak idiyse, o halin iş sahibi açısından iadesini sağlayacak bir tazminata hükmetmek gerekir²⁴⁹.

²⁴⁵ TANDOĞAN, s. 291, ERDEM, s.146, BAYGIN, s. 174, ÖZ, s.74.

²⁴⁶ ERDEM, s. 146, BAYGIN, s.174, TUNÇOMAĞ, s.558.

²⁴⁷ Menfi zarar hakkında açıklamalar için bkz., ARIK Kemal Fikret, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, c. 1, Ankara 1964, s.193 vd.

²⁴⁸ BAYGIN, s.175.

²⁴⁹ TANDOĞAN, s.291, BAYGIN, s.175.

b- İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmeyen Müteahhidin Kusuru

Müteahhidin keşif bedelinin aşırı derecede aşılacağını zamanında iş sahibine bildirmemiş olması, onun kusuru ve dolayısıyla ondan talep edilecek tazminat bakımından önem taşıyabilir. Keşif bedelinin aşırı derecede aşılacağını anlaşılmaması üzerine durumun derhal iş sahibine bildirilmesi yükümlülüğü Almanya (BGB.650/2) ve Avusturya (ABGB. 1170a/2) Medeni Kanunlarında açıkça öngörülmesine rağmen, Türk-İsviçre hukukunda konuyu doğrudan düzenleyen bir hüküm yoktur. Fakat BK m. 357/3'den ve müteahhidin genel özen yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 356/1'den yola çıkarak, müteahhidin iş sahibini muhtemel aşırı masraf artışları konusunda bilgilendirme yükümlülüğü olduğu sonucu çıkarılmaktadır²⁵⁰.

İş sahibinin mali imkanlarının sınırlı olduğunu bilen müteahhit, muhtemel aşırı masraflara ilişkin ihbar yükümlülüğünü daha çok ciddiye almalı ve bu konuda daha fazla özen göstermelidir²⁵¹.

Eğer müteahhit ihbar yükümlülüğünü ihlal ederse ve bu yüzden iş sahibi dönme hakkını vaktinde kullanamadığı için zarara uğrarsa, iş sahibinin bu zarardan dolayı tazminat hakkı doğar. Keşif bedelinin aşırı şekilde aşılmasına sebep olan faktörler müteahhidin kusuru olmaksızın meydana gelse ve hatta onun faaliyet alanı dışında doğmuş olsa bile, müteahhit durumu zamanında iş sahibine bildirmediğinden dolayı kusurlu duruma düşer ve sözleşmeyi fesheden iş sahibinin menfi zararlarını tazmin etmek zorunda kalır²⁵².

Müteahhit durumdan iş sahibini haberdar etme yükümlülüğünü zamanında yerine getirmezse, iş sahibi, bildirim zamanında yapılmış olsaydı ne durumda olacak idiyse, o duruma iadesini sağlayacak miktarda tazminat talep edebilir. Ancak müteahhit bildirim zamanında yapmış olsa bile iş sahibinin sözleşmeyi derhal

²⁵⁰ TANDOĞAN, s.285, BAYGIN, s.175.

²⁵¹ TANDOĞAN, s.290, BAYGIN, s.175.

²⁵² BAYGIN, s.177, TANDOĞAN, s.285

feshetmeyeceğini veya iş sahibinin mevcut durumu zaten biliyor olduğunu ispat edebilirse tazminat ödemekten kurtulur²⁵³.

TANDOĞAN'a göre, bir inşaat işinde kontrol hizmetlerini icra eden mimar veya mühendisin keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığı hakkında bilgisi olup da , iş sahibinin bilgisinin olmadığı durumlarda, mimarın veya mühendisin bilgilendirilmiş olması, müteahhidin sorumluluktan kurtulması için yeterli sayılmamalıdır²⁵⁴.

BAYGIN'ın görüşüne göre ise, inşaat işlerinde kontrol hizmetlerini icra etmek maksadıyla bir mimar veya mühendisin görevlendirilmiş olması başlı başına müteahhidin sorumluluğunu hafifletmek için yeterli değildir. Ancak, söz konusu olan mimar veya mühendis iş sahibinin temsilcisi sıfatını haiz ise bunlara yapılan bildirim iş sahibine yapılmış sayılır. Dolayısıyla, böyle bir durumda müteahhidin bundan ziyade ihlali yoksa, sorumluluğu olmayacaktır²⁵⁵.

Aslına bakılacak olursa, iki görüş arasında çok da fazla farklılık yoktur. Zira, ikinci görüş olarak sunduğumuz düşünce, hayatın normal akışı içinde birinci görüş ile aynı sonuca varmaktadır. Aralarındaki tek fark, ikinci görüşün, durumdan haberdar olan mimar veya mühendisin iş sahibinin temsilcisi olması ihtimalini öngörmesidir. Bu öngörü sonucunda varılan sonuç ise farklı veya sürpriz bir sonuç değildir. Çünkü, müteahhidin iş sahibi yerine onun temsilcisine bildirimde bulunması halinde, temsile ilişkin BK m. 32 uyarınca, bildirim iş sahibi nezdinde hüküm ifade edeceği ve bu nedenle bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılan müteahhidin sorumlu olmayacağı tabidir.

Tekrar belirtmek gerekir ki, hoşgörü sınırı dahilinde kalan makûl bir aşma söz konusu olduğunda müteahhit iş sahibine bu konuya ilişkin herhangi bir bildirimde bulunmak zorunda değildir²⁵⁶.

²⁵³ BAYGIN, s.177, TANDOĞAN, s.285.

²⁵⁴ TANDOĞAN, s. 285.

²⁵⁵ BAYGIN, s.176.

²⁵⁶ TANDOĞAN, s.285, BAYGIN, s.176.

*c- Diğer Akdi Yükümlülüklerini Yerine Getirmeyen
Müteahhidin Kusuru*

Bazı hallerde müteahhidin yaptığı keşif bedeli tespiti gerçeğe çok yakın olmasına rağmen, çalışma tekniğinden kaynaklanan ve akdi yükümlülüklerine uygun olmadığı için kusur sayılabilecek davranışlarından dolayı keşif bedeli aşırı derecede aşılması olabilir. Örneğin, müteahhidin işe zamanında başlamaması, işgörme faaliyetlerini olması gereken tempodan daha yavaş yürütmesi, işgörme faaliyetine gereksiz yere ara vermesi, gerekli malzemeyi zamanında temin etmemesi veya gerektiğinden fazla masraf yapması nedeniyle keşif bedeli aşırı derecede aşılması olursa, iş sahibi, BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme yanında meydana gelen menfi zararını da müteahhitten talep edebilir²⁵⁷.

GAUCH'a göre, müteahhit işin görülmesi esnasında kusurlu olarak gereksiz masraflara ve dolayısıyla da keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına sebebiyet vermişse, sadece gerekli özeni göstererek yaptığı harcamaların ödenmesini talep edebileceğinden, bu (işin görülmesi esnasındaki özensizliğinden kaynaklanan) masraflarını talep edemeyecektir. Böylece iş sahibinin BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetmesi ve menfi zararının tazminini talep etmesi söz konusu olmayacaktır²⁵⁸.

²⁵⁷ BAYGIN, s.176, TANDOĞAN, s.290.

²⁵⁸ TANDOĞAN, s.290-291, BAYGIN, s.176.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASININ DİĞER SONUÇLARI

I- MÜSPET ZARARIN TAZMİNİ

Keşif bedelinin aşırı derecede aşılması müteahhidin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı bir davranışından ileri geliyorsa ve müteahhit sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu davranışında kusurlu olmadığını ispat edemezse, iş sahibi BK m. 367'ye göre sözleşmeyi feshetmek yerine, BK m. 96 vd. çerçevesinde müspet zararının tazminini müteahhitten talep edebilir²⁵⁹.

Tazmini gereken zarar tutarı, aşılma miktarı ile aynı miktarda değildir. Tazminat tutarı her durumda ayrıca takdir edilmelidir. Zarar takdir edilirken, eserin aşırı masraf nedeniyle kazandığı fazla değer müteahhit lehine dikkate alınmalıdır. Eserin değerinde aşırı masraflar oranında artma meydana gelmemişse, aşırı yapılan masraflar verimsiz bir yatırım olarak zararın hesabında gözönünde bulundurulmalıdır²⁶⁰.

GAUTSCHI, keşif bedelinin aşırı şekilde aşılmış olması halinde, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmek zorunda olmadığını, onun BK m. 106-108 hükümlerini kullanarak aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebileceğini belirtmektedir. Hatta, yazara göre, uygulamada iş sahibinin sözleşmeyi feshetmeyip ayakta tutarak, müspet zararının tazminini talep etmesi, BK m. 367'ye göre

²⁵⁹ TANDOĞAN, s.292, BAYGIN, s.177, YAVUZ, Borçlar, s.317, UYGUR, s.8375, OLGAÇ, Akdin Nevileri, s.1147-1148.

²⁶⁰ YAVUZ, Borçlar, s.317, BAYGIN, s.177, TANDOĞAN, s.292.

sözleşmeyi feshetmeye nazaran daha fazla başvuru olan bir yoldur. Çünkü, bu tarz bir çözüm iş sahibi için daha basit ve avantajlı bir çözümdür²⁶¹.

Bu görüş uyarınca, keşif bedelini aşırı derecede aşan ücret talebini iş sahibinin reddetmesi üzerine, müteahhit işi yarım bırakmış veya işi tamamlayıp da talep ettiği ücreti alamadığı için eseri teslimden kaçınmış ve iş sahibinin uyarısı ve verdiği uygun süreye rağmen işe devam etmemekte veya işi tamamlamışsa eseri teslim etmemekte direnmişse, iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek BK m. 106 uyarınca müspet zararının tazminini talep edebilecektir. Burada tazmini gereken müspet zarar satım sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin eserin gereği gibi meydana getirilmesi halinde başka bir müteahhide fiilen ödediği ücret ile ifa halinde mevcut sözleşmeye göre ödemek zorunda olduğu uygun ücret arasındaki farktır. Yani, taraflarca sözleşme akdedilirken belirlenen keşif bedeline eklenecek makul bir aşma payı sonrasında elde edilecek miktarla işin başka bir müteahhide yapılması nedeniyle fiilen ödenen miktar arasındaki fark, iş sahibine müspet zararın tazmini olarak ödenecek bedeli ifade etmektedir²⁶².

Anlaşıldığı kadarıyla GAUTSCHI, müteahhidin keşif bedelini aşırı derecede aşan ücreti iş sahibinin reddetmesi üzerine, işe devamdan kaçınmasını veya tamamlanmış eseri teslim etmemesini borçlunun temerrüdü olarak kabul etmektedir. TANDOĞAN ise, burada gerçek anlamda bir temerrüt olup olmadığı ve işi başka bir müteahhide yaptırıp aradaki farkın istenilmesinin kanuni dayanağı bulunup bulunmadığı konularında temkinli davranmaktadır²⁶³.

GAUTSCHI tarafından ortaya atılan bu görüş ancak BK m. 358 yardımıyla açıklanabilir. BK m. 358'e göre, müteahhidin işe zamanında başlamaması, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi veya işe ara vermesi nedeniyle meydana gelen gecikme, bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi vaktinde tamamlamasına imkan vermeyecek derecede ise, iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir. Doktrindeki baskın görüşe göre, bu hükmün

²⁶¹ BAYGIN, s.177, TANDOĞAN, s.293.

²⁶² TANDOĞAN, s.292-293, BAYGIN, s.177.

²⁶³ TANDOĞAN, s.292.

maksadı, ileride zaten temerrüde düşeceği anlaşılan müteahhidi, henüz işgörme sürecinde iken temerrüde düşürmeyi sağlamaktır²⁶⁴.

Böylece BK m. 358'in uygulama şartları gerçekleştiğinde, iş sahibi, BK m. 358/1 uyarınca sözleşmeyi feshedebileceği gibi, isterse BK m. 106'da öngörülen diğer iki yoldan birini özellikle, ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini yolunu seçebilecektir. Zira, BK m. 106-108 hükümleri²⁶⁵, BK m. 358/1 hükmünü tamamlayıcı olarak uygulanmalıdır²⁶⁶.

Bu açıklamalar doğrultusunda özetle, keşif bedelini aşırı derecede aşan ücret talebinde bulunan müteahhidin talebinin iş sahibi tarafından reddedilmesi nedeniyle işi yarıda bırakması halinde, iş sahibinin BK m. 106 uyarınca aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için, söz konusu gecikme nedeniyle, eserin tamamlanmasının taraflarca kararlaştırılan tarihe yetiştirilemeyeceğinin kesin olarak anlaşılmış olması gereklidir. Ayrıca, müteahhidin işi yarım bırakması ve kendisine verilen süre (mehil) içerisinde eseri tamamlamak için hiçbir girişimde bulunmaması halinde, iş sahibi, BK m. 358/2'nin kıyasen uygulanması ya da BK m. 97/1'e başvurulması yoluyla masrafı müteahhide ait olmak üzere işi başkasına tamamlattırabilecektir²⁶⁷.

Bazı yazarlara göre, keşif bedelinin aşılması, müteahhidin akdi bir kusurundan ileri geliyorsa, bu aşma aşırı olmasa (yani hoşgörü sınırı içerisinde kalsa) dahi iş sahibinin tazminat talep etme hakkı olmalıdır. Bize göre de, keşif bedelinin tarafları

²⁶⁴ BAYGIN, s.178, TANDOĞAN, s. 119, ÖZ, s.49.

²⁶⁵ 25.01.1984 tarihinde verilen ve 18325 numaralı Resmi Gazetede yayınlanan YİBK'na göre, "istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı göstereceği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına" karar verilmiştir. (YAVUZ Cevdet, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı-Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 1998, s.844).

²⁶⁶ TANDOĞAN, s.119, BAYGIN, s.178, ÖZ, s.49 vd., SELİÇİ, s.79-80.

²⁶⁷ BAYGIN, s.178, TANDOĞAN, s.120, SELİÇİ, s.81.

bağlayıcı nitelikte olmaması ve hoşgörü sınırı içerisinde kalan aşmanın rizikosunu iş sahibinin taşıması, müteahhidin kusurlu davranışları ile akdi yükümlülüklerini ihlal ederek masrafları artırabilmesine imkan vermemelidir. Yani müteahhit kusurlu davranışları ile neden olduğu masraf artışlarını tazmin etmelidir. Ancak müteahhidin kusurlu davranışıyla gereğinden ziyade malzeme ve işçilik masrafı oluşmasına neden olduğu hallerde, iş sahibi yalnızca işin özenli bir şekilde yürütülmesi için yeterli ve gerekli olan masrafları ödemek zorunda olduğundan, müteahhidin bu tarz bir davranışı asıl olarak iş sahibinin ödemek zorunda olduğu masrafların hesaplanmasında dikkate alınmayacak ve dolayısıyla da keşif bedelinin artmasında etkili olmayacaktır²⁶⁸.

II- AŞIRI ÜCRETİN İNDİRİLMESİ

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında da inceleyeceğimiz üzere, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde, iş sahibi, BK m. 367/2 uyarınca ücretin indirilmesini talep edebilir. BK m. 367/2’de keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına neden olan masrafların, iş sahibi tarafından indirilmesini talep hakkı yalnızca eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olması hali için öngörülmüşse de, bu hükmün kıyas yoluyla başka hallere de uygulanabileceği savunulmaktadır²⁶⁹.

Bu hallerden birincisi, müteahhidin üzerinde bina inşa ettiği arsanın iş sahibinden başka, üçüncü bir şahsa ait olmasıdır. Örneğin, bir alt müteahhit kendisi ile doğrudan ilişkide olmayan asıl (ilk) iş sahibinin arsası üzerinde bina inşa etmesi , müteahhidin iş sahibinin üst hakkı sahibi olduğu arsa üzerine yapı inşa etmesi veya müteahhidin iş sahibinin kiraladığı arsa üzerinde yapı işleri yapması hallerinde, BK m. 367/2 kıyasen uygulanmalıdır²⁷⁰.

İkinci hal ise, inşaat eseri olmayan bir işgörme sonucunun doğrudan doğruya iş sahibinin veya üçüncü bir kişinin mülkiyetine geçmesi halidir. Bu halde de aynı

²⁶⁸ BAYGIN, s. 179-180, TANDOĞAN, s.293.

²⁶⁹ TANDOĞAN, s.293, UYGUR, s.8375, BAYGIN, s.180.

²⁷⁰ TANDOĞAN, s.293, BAYGIN, s.180, UYGUR, s.8375.

şekilde ücret indirimini talep edilebilir. Böylece malzemesi iş sahibi tarafından verilen ya da üçüncü bir kişiye ait olan taşınır eser meydana getirilmesi konulu istisna sözleşmelerinde veya taşınır şeylerin tamirine ilişkin istisna sözleşmelerinde (örneğin, bir otomobilin tamirinde olduğu gibi) iş sahibi sözleşmeden dönme yerine ücretin indirilmesi talebinde bulunabilecektir²⁷¹.

Bedelden indirim talep etme hakkı, niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır²⁷².

Mülkiyetin fiilen iş sahibine ya da üçüncü kişiye geçmediği hallerde BK m. 367/2 hükmü uygulanamaz. Özellikle, malzemesi müteahhit tarafından sağlanan taşınır şeylerin meydana getirilmesi ve teslimine ilişkin istisna sözleşmelerinde, iş sahibi, BK 367/2 uyarınca bedelin indirilmesini talep edemez²⁷³.

Bu konuya son vermeden son olarak belirtelim ki, iş sahibinin müspet zararının tazminini talep edip elde edeceği tazminat alacağını müteahhidin aşırı ücret alacağıyla takas etmesi, pratik açıdan istisna sözleşmesi konusu eserin bedelinin indirilmesiyle aynı sonucu doğurmaktadır²⁷⁴.

²⁷¹ UYGUR, s.8375, TANDOĞAN, s.293, BAYGIN, s.180.

²⁷² EREN, İnşaat, s. 91, BAYGIN, s.180.

²⁷³ YAVUZ, Borçlar, s.318, BAYGIN, s.180-181.

²⁷⁴ TANDOĞAN, s.293, BAYGIN, s.181.

III- İŞ SAHİBİNİN ARSASI ÜZERİNE YAPILAN İNŞAATTA KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASI VE SONUÇLARI

A- BK m. 367/2 VE AMACI

1- Genel Olarak

BK m. 367/2'ye göre, *“Bu suretle yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde inşa ediliyorsa iş sahibi, bedelden münasip bir miktarın tenzilini isteyebileceği gibi inşaat henüz bitmemiş ise müteahhidi devamdan men ve yapılan kısmı hakkaniyet dairesinde tazmin ederek mukaveleyi feshedebilir”*.

BK m. 367/2'de iş sahibinin arsası üzerine yapılan eserde keşif bedelinin aşırı derecede aşılması durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel hukuki sonuçlar özel olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, iş sahibi sözleşmeyi feshetme yerine dilerse bedelin indirilmesini talep edebilecektir. Bu hükümde ayrıca, iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkını ancak eser tamamlanmadan kullanabileceği ve sözleşmeden dönme üzerine müteahhidin masraflarını hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazmin edeceği hususu düzenlenmiştir²⁷⁵.

Kanun koyucunun bu tarz bir düzenleme yapmaktaki amacı, eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı hallerde, müteahhidin kullandığı malzeme ve emeğin sonuçlarının bütünleyici parça (mütemmim cüz'ü) kuralları (MK m. 684, m. 718/2 ve m. 722) uyarınca, taşınmaza bağlı olarak kendiliğinden iş sahibine geçmesi ve işin niteliği gereği aynen iade edilmelerine imkan bulunmamasıdır²⁷⁶. Bu durumda dahi BK m. 367/1 hükmü uygulanacak olsaydı, müteahhit iş sahibince sözleşmenin feshedilmesi sonrası tasfiye işlemleri esnasında sadece ortaya çıkan değerlerin iş

²⁷⁵ ÖZ, s.80, UYGUR, s.8375, TANDOĞAN, s.294, BAYGIN, s.181, ERDEM, s.147, YAVUZ, Borçlar, s.317.

²⁷⁶ TANDOĞAN, s.294, BAYGIN, s.181, YAVUZ, Borçlar, s.317.

sahibinin malvarlığında meydana getirdiği artma oranında bir sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilecekti. İş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshedip, sebepsiz zenginleşmesi oranında müteahhide ödemedede bulunması, özellikle keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusuru bulunmayan müteahhit açısından hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracağından, kanun koyucu, aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğabilecek olan müteahhidi bir ölçüde de olsa korumak istemiş ve bu duruma ilişkin dönmenin sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir²⁷⁷.

Bu düzenleme uyarınca, iş sahibi kendi arsası üzerinde yapılan eser konulu istisna sözleşmesini eser tamamlanmadan feshederse, müteahhide hakkaniyete uygun bir tazminat ödemek durumunda kalacaktır. İşin tamamlanmasından sonra ise iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmamış, sadece ücretin indirilmesini talep yetkisi tanınmıştır²⁷⁸.

2- Eserin Taşınmaz Olması Gerekliliği

BK m. 367/2 hükmünün uygulanabilmesi için, eserin iş sahibinin arsasında yapılan bir eser olması lüzumludur. “Taşınmaz eser” kavramı, emek ve malzeme kullanılarak taşınmazın bütünleyici parçası olacak şekilde meydana getirilen eser olarak tanımlanmaktadır²⁷⁹.

Doktrinde bazı yazarlar taşınmaz eserin tanımına “iktisadi önem taşıma” unsurunu dahil etmektedirler²⁸⁰. BAYGIN²⁸¹ bu görüşe karşı çıkarak, BK m. 367/2 uygulamasında, taşınmaz eser ölçüsünün inşa işinin niteliğine göre belirlenmesinin doğru olacağını, eserin değeri, büyüklüğü ve iktisadi öneminin ölçü olarak

²⁷⁷ TANDOĞAN, s. 294, ÖZ, s.81, YAVUZ, Borçlar, s.317, UYGUR, s.8375, ERDEM, s.147, BAYGIN, s.181-182.

²⁷⁸ TANDOĞAN, s. 294, ÖZ, s.81, YAVUZ, Borçlar, s.317, UYGUR, s.8375, ERDEM, s.147, BAYGIN, s.181-182, TUNÇOMAĞ, s.558.

²⁷⁹ BAYGIN, s.182, ÖZ, s.81, dn.45, SELİÇİ, s.208.

²⁸⁰ ÖZ, s. 81, dn. 45, TANDOĞAN, s. 222.

²⁸¹ BAYGIN, s.182.

alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. GAUCH'a göre de²⁸² eserin ekonomik önem taşınmasına gerek yoktur.

Ancak bize göre, taşınmaz eserin iktisadi önem taşınması gereklidir. Zira aksi halin kabulü “istisna sözleşmesi konusu eserin ekonomik değeri olması gerektiği” ilkesi ile bağdaşmayacaktır²⁸³.

Taşınmaz eser bağımsız, başlı başına bir bütünlük arz eden inşa eseri olarak ortaya çıkabileceği gibi, bir araya gelerek eseri meydana getiren kısmi inşa işleri olarak da ortaya çıkabilir. Bir bina inşası, tünel inşası, köprü inşası bağımsız bütünlük arz eden taşınmaz eser halleridir. Buna karşın, bir bina ya da bahçe duvarının örülmesi, çatının yapılması, ısıtma ve su tesisatı döşenmesi gibi kısmi edimler de taşınmaz eser niteliğindedir. Ayrıca, yeni bir eserden başka, bir binanın restorasyonu veya tadili de diğer şartları da taşıyorsa taşınmaz eser olarak kabul edilmelidir²⁸⁴.

GAUCH, BK m. 367/2'deki düzenlemenin kapsamına her çeşit yapı ve tamir işleri yanında yıkım işlerinin de girdiğini savunmaktadır. Yazara göre malzeme kavramı geniş yorumlanmalı, sadece toprağın sıkıştırılması ve şekillendirilmesi halinde bizzat toprağın kendisi malzeme olarak edilmelidir. Bu nedenle yeni yapılacak bir eser için eskisinin sökülmesi de işlevi bakımından taşınmaz eser kapsamına girecektir²⁸⁵. Ancak bu yorum, BK m. 367/2'nin temelinde yatan, inşa edilen eserin bütünleyici parça olarak iş sahibinin mülkiyetine geçmesi ilkesine pek de uygun düşmemektedir²⁸⁶.

Her ne kadar BK m. 367/2' de “yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde inşa ediliyorsa” ibaresi kullanılmış olsa da, hükmün amacı da dikkate alınarak, teknoloji yardımıyla arazinin altında yapılan eserler de taşınmaz eser sayılmalıdır. Örneğin,

²⁸² TANDOĞAN, s.223'den naklen.

²⁸³ KİPER, s.89, ARTUKMAÇ, s. 14.

²⁸⁴ SELİÇİ, s.209-210, BAYGIN, s. 182, TANDOĞAN, s. 223.

²⁸⁵ TANDOĞAN, s.223, BAYGIN, s.182-183

²⁸⁶ BAYGIN, s.183, TANDOĞAN, s.294, dn.126a.

toprağın altına yapılan yakıt depoları ve farklı amaçlarla yapılan mahzenler bu şekildedir²⁸⁷.

İş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserin menkul (taşınır) eser olması halinde BK m. 367/2 hükmü uygulanamaz²⁸⁸. Menkul eserin tanımını veren “Taşınır yapılar” kenar başlığını taşıyan MK. m. 728’e göre,

“Başkasının arazisi üzerine kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.

Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez”.

Demek oluyor ki, menkul (taşınır) eser bütünleyici parça olma yoluyla iş sahibinin (arsa sahibinin) mülkiyetine geçmez ve kanun koyucunun BK m. 367/2’yi düzenlerken öngördüğü sakıncalar bu tür yapılarda ortaya çıkmaz²⁸⁹.

Buna karşılık, yapılan iş bağımsız bir eser olmamakla beraber, mevcut yapıya eklentiler yapma veya geniş kapsamlı bir onarımı gerçekleştirme gibi iş sahibine önemli ekonomik değerler kazandıracak nitelikte ise, BK m. 367/2 burada uygulama alanı bulmalıdır. Zira, kanun koyucunun dikkate aldığı sakıncalar bu hallerde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle maddenin bu tür durumları da kapsar nitelikte yorumlanması uygun olur. Ancak eğer bu faaliyetler, iş sahibi karşısında müteahhidi korumayı gerektirecek kadar önemli bir ekonomik değer oluşturmuyorsa, BK m. 367/2 uygulanmamalıdır. Örneğin, iş sahibinin taşınmazındaki bir binanın duvarlarının onarılması –çok büyük çapta bir onarım söz konusu değilse- borcunu içeren bir istisna sözleşmesinde BK m. 367/2 uygulanmamalıdır²⁹⁰.

²⁸⁷ BAYGIN, s.183, TANDOĞAN, s.223.

²⁸⁸ Aksi fikirde olan EREN’e göre, BK m.367/1’in lafzı, ücretten indirimin yalnız taşınmaz inşaatla söz konusu olacağı izlenimi uyandırmakta ise de, bu hükmün taşınır inşaatla da uygulanması gerekir. (EREN, İnşaat, s.91).

²⁸⁹ ÖZ, s.81, BAYGIN, s.183.

²⁹⁰ ÖZ, s.81-82, TANDOĞAN, s.296.

Özetle, iş sahibinin arsası üzerine kalıcı olması niyeti olmaksızın yapılan, çardak, büfe, kulübe, baraka ve benzeri hafif yapılar, MK m. 728 uyarınca menkul (taşınır) eser sayıldığından ve bu nedenle BK m367/2 hükmünün öngördüğü sakıncaları taşımadığından, bu tür yapılar hakkında BK m. 367/2 hükmü uygulanmayacaktır.

B- İŞ SAHİBİNİN ARSASI ÜZERİNE YAPILAN İNŞAATTA KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI DERECEDE AŞILMASI NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

1- Eserin Henüz Tamamlanmamış Olması Hali

a- İş Sahibinin Seçim Hakkı

Masrafların yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelini aşırı derecede aşacağı eser tamamlanmadan anlaşılırsa, iş sahibi bir seçim hakkına sahiptir: İsterse o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi derhal fesheder, isterse eserin bitirilmesini bekler ve bitince, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilir. Ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanmayan iş sahibinin, bundan ücretin aşırı derecede aşılmasına rıza gösterdiği sonucunun çıkarılmaması için, ücretin indirilmesi hakkını saklı tuttuğunu bildirmesi yerinde olur²⁹¹.

Hakim burada iş sahibinin seçimiyle bağlıdır. İş sahibinin seçtiği yolu, ayıba karşı tekeffülde olduğu gibi değiştiremez²⁹².

²⁹¹ YAVUZ, Borçlar, s.317-318, TANDOĞAN, s. 295, BAYGIN, s.184, UYGUR, s.8376, ERDEM, s.147, TUNÇOMAĞ, s.559.

²⁹² TANDOĞAN, s. 295, UYGUR, s. 8376, BAYGIN, s.184.

b- İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi

**aa- Müteahhidin Devamdan Men Edilmesi
Zorunluluğu**

BK m. 367/2’de eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde keşif bedelinin aşırı derecede aşılması karşısında iş sahibinin bir seçim hakkına sahip olduğunu ve dilerse o ana kadar yapılan kısım için müteahhide hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebileceğini, dilerse de eserin bitmesini bekleyip, bitince bedelden uygun bir indirim yapılmasını talep edebileceğini²⁹³ belirtmiştik.

İşte iş sahibi bu seçeneklerden birincisini yani o ana kadar yapılan kısım için müteahhide uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshetme seçeneğini seçerse, öncelikle müteahhidi işin devamından men etmesi yani müteahhidin işe devam etmesini engellemesi gereklidir. Zira, iş sahibinin ve müteahhidin, feshedilecek bir sözleşmenin gereklerinin halen yapılmaya devam edilmesinde korunacak menfaatleri yoktur. Aksine iş sahibinin müteahhide o vakte kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödemesi gerektiğinden, işin biran evvel bırakılması yapılan kısım için ödenecek tazminatın hesaplanmasında da kolaylık sağlayacaktır²⁹⁴.

Ayrıca, iş sahibinin BK m. 367/2 uyarınca sözleşmeyi feshedebilmesi ancak işin devamı esnasında mümkün olduğundan, sözleşmeyi feshetmeyi düşünen iş sahibinin biran evvel müteahhidi işin devamından men etmesi, dönme hakkını elinden kaçırmaması bakımından uygun olur.

bb- İş Sahibinin Ödeyeceği Tazminat

²⁹³ YAVUZ, Borçlar, s.317-318, TANDOĞAN, s. 295, BAYGIN, s.184, UYGUR, s.8376, ERDEM, s.147, TUNÇOMAÇ, s.559.

²⁹⁴ ERMAN, s. 62, OLGAÇ, Akdin Nevileri, s.1148, DALAMANLI/İZGİ, s.317, ARTUKMAÇ, s.67, BİLGE, s. 258-259.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını seçmesi halinde, BK m. 367/2 gereği müteahhidi devamdan men ve müteahhide o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödemek durumundadır²⁹⁵.

Müteahhidin işe devamdan men edilmesi hususunu bir önceki konuda incelediğimizden şimdi arsası üzerine eser yapılan iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi ile ödemek zorunda kalacağı tazminat konusunu irdeleyeceğiz.

Tazminat borcu, dönme anına kadar yapılan işler dikkate alınarak hesaplanacaktır. Ancak bu hesaplama dürüstlük kuralı ışığında esnek bir biçimde yapılacaktır. Hakkaniyete uygun tazminat, ne müteahhide tam tazminat verilmesi, ne de sadece iş sahibinin zenginleştiği miktarı geri vermesi anlamına gelir. Fakat somut olayın özellikleri gerektiriyorsa bu iki hesaplama yollarından birisine de başvurulabilir. Hakim takdirine göre genellikle bu iki rakam arasında bir rakama hükmedecektir²⁹⁶.

Doktrinde bazı yazarlar, iş sahibinin tazminat ödeme yükümlülüğünün ancak keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusurunun bulunmaması halinde söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Eğer keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusuru varsa, bu nedenle doğan bütün zararları kendisi üstlenmelidir²⁹⁷.

TANDOĞAN ise²⁹⁸, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle BK m. 367/2 uyarınca sözleşmeyi fesheden iş sahibinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için, müteahhidin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusuru bulunması yanında, yapılan kısmın iş sahibince kullanılabilir nitelikte olmaması şartını da aramaktadır.

²⁹⁵ TANDOĞAN, s. 295, BAYGIN, s.185, ÖZ, s. 83.

²⁹⁶ ÖZ, s.83, TANDOĞAN, s.295, BAYGIN, s.186.

²⁹⁷ TUNÇOMAĞ, s.559, BAYGIN, s.186, ERDEM, s.147.

²⁹⁸ TANDOĞAN, s. 296.

Federal Mahkeme de BK m. 367/2'deki keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle feshe ilişkin kararında, “kusursuz müteahhidin tazmin talebini iş sahibinin zenginleşmesiyle sınırlı tutmak hakkaniyete aykırı olurdu” demek suretiyle kusurlu müteahhit için bu tarz bir sınırlamanın hakkaniyete uygun olabileceğini kabul etmiştir. O halde keşif bedelinin müteahhidin hatası nedeniyle çok düşük olarak belirlendiği veya müteahhidin kusuru nedeniyle masrafların aşırı ölçüde arttığı hallerde tazminat en az miktarı aşmayabilir. En az miktar ise, duruma göre bazen iş sahibinin malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşme değeri , bazen de yaklaşık keşif bedelinin yapılan kısmın bütün esere oranı kadar indirilmiş halidir²⁹⁹.

Buna karşılık, müteahhidin kusursuz olması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibinin o zamana kadar eser için yapılan gerçek masrafları tazmin etmesi talep edilebilir. Ancak bu halde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, iş sahibinin içerisinde bulunduğu durum nedeniyle bu miktarda bir tazminatın onu önemli ölçüde sarsacağı anlaşılıyorsa, tazminat miktarı makul bir miktara kadar indirilmelidir³⁰⁰.

Ayrıca iş sahibi eserin kalan kısmından tamamen vazgeçmek yerine, bunun bir kısma ilişkin yapılması yolunu da seçebilir. Bu şekilde iş sahibince sözleşmenin kısmen feshedilmesi halinde, iş sahibi yaptırdığı tüm işlerin tam ücretini (indirimsiz olarak) ödemelidir³⁰¹.

c- İş Sahibinin Artan Bedelin İndirilmesini Talep Etmesi

İş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshetmek yerine, eser ücretinin uygun bir şekilde indirilmesini tercih edebilir. İndirilecek miktarın belirlenmesi hakimin takdirine bağlıdır. İş sahibinin indirim talep etme hakkı sadece hoşgörü sınırının aşılması halinde ve ölçüsünde mevcuttur. Yani, iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu keşif bedeli miktarında ortaya çıkan hoş görülebilir aşma miktarı sonradan indirim konusu yapılarak tartışmalı hale getirilemez. Zira bu aşma miktarı her hal ve kârda iş sahibinin katlanması gereken

²⁹⁹ BAYGIN, s.186, ÖZ, s.84.

³⁰⁰ ÖZ, s.84, BAYGIN, s. 186.

³⁰¹ TANDOĞAN, s.295, YAVUZ, İnşaat, s.318, BAYGIN, s.185.

bir artma olup, sözleşmeden dönmede katlanılmak zorunda olunan, buna karşın ücretin indirilmesi talep edildiğinde katlanılmak zorunda bulunulmayan bir artma değildir³⁰².

İndirim yapılırken, talep edilen eser ücreti ile iş sahibi tarafından hoşgörü ile karşılanması gereken tutar arasındaki fark, müteahhit ve iş sahibi arasında –kural olarak- yarı yarıya paylaşılmalıdır. Bu paylaşım, müteahhidin keşif bedeline uymayı vaad etmesine rağmen, aşmanın onun faaliyet alanından doğduğu, buna karşılık eserin iş sahibi için yapıldığı ve onun da hoşgörü sınırına kadar aşmanın rizikosuna katlanması gerektiği düşüncelerine dayanmaktadır³⁰³.

Bu şekilde yapılan hesaplama ile fiilen yapılan masraflara göre bulunan ücret miktarından öncelikle hoşgörü sınırı olan ve iş sahibince katlanması zorunluluğu bulunan miktar çıkartılır ve kalan miktarın yarısı eser ücretinden düşülür. Örneğin, 1.000 YTL. üzerinden hesaplanan keşif bedelinde %10'luk bir hoşgörü sınırı uygun görülmesine rağmen fiilen yapılan masraflar sonucu oluşan ücret keşif bedelinin %50 aşılmasına sebep olacak şekilde 1.500 YTL.' ye ulaşmışsa, şu şekilde bir hesaplama yapılabilir: İş sonunda bulunan nihai masraflar tutarı: 1.500 YTL. hoşgörü sınırı içerisinde kalan aşma tutarı: 100 YTL. fiilen gerçekleşen aşma tutarı: 500 YTL. ise, müteahhidin talep edebileceği indirilmiş bedeli, hoşgörü sınırını aşan ücret: $500-100=400$ YTL. indirilecek miktar: $400/2=200$ YTL. fiilen yapılmış masraflar olan 1.500 YTL.'den indirilecek miktar olan, 200 YTL.' yi indirmek suretiyle ($1.500-200=1.300$ YTL) 1.300 YTL olarak hesaplamak mümkündür. Belirtmek gerekir ki, iş sonunda bulunan fiilen yapılmış masraflar tutarından hoşgörü sınırını aşan miktarın tamamının indirilmesi, müteahhidi zor durumda bırakabilecek isabetli olmayan bir hesaplama yoludur³⁰⁴.

PEDRAZZINI'nin görüşü uyarınca, eser ücretinin, taraflarca kararlaştırılan keşif bedeli ile eserin gerçek değeri arasında ortalama bir miktara indirilmesi

³⁰² BAYGIN, s.187, TANDOĞAN, s.294.

³⁰³ BAYGIN, s.187, TANDOĞAN, s.294.

³⁰⁴ BAYGIN, s.187, TANDOĞAN, s.294.

gereklidir. Bu şekilde yapılan bir bedel indirimi hesabında hoşgörü sınırı gözardı edilmektedir³⁰⁵.

Kanaatimizce, hoşgörü sınırı gözönüne alınmaksızın, böyle kolaycı bir şekilde, yapılan eserin değeri ile taraflarca belirlenen keşif bedeli arasındaki farkın ikiye bölünmek suretiyle, taraflar arasında paylaştırılması isabetli bir çözüm yolu olmayacaktır³⁰⁶.

Keşif bedelinde meydana gelen aşırı derecede aşmanın iş sahibinden kaynaklanması, iş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına rıza göstermesi veya hoşgörü sınırını aşan miktarın talebinden müteahhidin vazgeçtiği durumlarda, sözleşmeden dönme hakkı gibi bedelden indirim yapma hakkı da kullanılamaz³⁰⁷.

Hoşgörü sınırının belirlenmesinde olduğu gibi, bedelden yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde de katı bir şekilcilik reddedilmeli, somut olayın tüm özellikleri hak ve nesafete göre karar verilirken gözönünde bulundurulmalıdır. Özellikle müteahhidin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusurlu olduğu veya davranışlarıyla keşif bedelinin doğruluğu hususunda iş sahibine ekstra güvence verdiği hallerde yukarıda açıklanan hesaplama yönteminde değişiklik yapılarak ücret hoşgörü sınırına kadar indirilebilmelidir³⁰⁸.

Ayrıca, aşırı masrafların eserde bunları karşılayan bir değer artışı doğurmadığı veya iş sahibinin mali durumu aşmayı tümüyle üstlenmeye elverişli olmadığı durumlarda yukarıda açıklanan bölüştürme yönteminde iş sahibi lehine bir düzeltme yapılabilir. Ancak hiçbir şekilde hoşgörü sınırının altına düşecek şekilde indirim yapılamaz. Hoşgörü sınırının gözardı edilerek, eserin fiilen yapılmış tüm masraflardan oluşan değeri ile keşif bedeli arasındaki farkın taraflar arasında bölüştürülmesi de doğru bir çözüm olmaz³⁰⁹.

³⁰⁵ BAYGIN, s.188.

³⁰⁶ BAYGIN, s.188, TANDOĞAN, s.295.

³⁰⁷ TANDOĞAN, s.294-295, BAYGIN, s.188.

³⁰⁸ TANDOĞAN, s.295, BAYGIN, s.188.

³⁰⁹ TANDOĞAN, s.295, BAYGIN, s.188.

2- Eserin Tamamlanmış Olması Hali

İş sahibinin arsası üzerine eser yapılması konulu istisna sözleşmesinde, eser tamamlanmışsa artık iş sahibi keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedenine dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Ancak ödemek durumunda olduğu bedelin indirilmesini talep edebilir³¹⁰.

Eser sözleşmelerinde, BK m. 367/2'nin öngördüğü sözleşmeden dönme hakkı, sadece inşa faaliyetlerinin devamı esnasında kullanılabilir. Fakat, yapının projeye uygun olarak tamamlanmasına ayrıntı niteliğinde ufak işler kalmışsa, yapıda henüz tamamlanması gereken eksiklikler olmasına rağmen, dürüstlük kuralı gereğince iş sahibi yine sözleşmeyi feshetmeyip, sadece ücretin indirilmesini talep edebilmelidir. Bu sonuca, önemsiz eksiklikler ve ayıplar karşısında iş sahibini eseri kabul etmek zorunda bırakan BK m. 360/1 hükmüne kıyasen de vermek mümkündür³¹¹.

Buna karşılık, bazı özel hallerde işin tamamlanmasından sonra söz konusu olan sözleşmeden dönme yasağının iş sahibi lehine yumuşatılması da gerekebilir. Örneğin, müteahhidin genel ihbar ve özen borcuna dayandırabileceğimiz masrafların aşırı derecede arttığını veya artacağını iş sahibine ihbar yükümünü yerine getirmemesi üzerine, iş sahibi durumdan haberdar olamayacak ve eserin tamamlandığı ana kadar sözleşmeden dönme hakkını kullanacak fırsatı bulamayacaktır. Böyle bir durumda, eserin tamamlanmış olduğu gerekçesiyle, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını elinden almak ve onu sadece bedel indirimini ile yetindirmek doğru olmaz. Zira böylece müteahhit üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden yararlandırılmış olur³¹².

Aşırı masrafları saklamak yoluyla iş sahibini, sözleşmeyi feshetme hakkını kullanamayacak hale getiren müteahhidin, BK m. 367/2'ye dayanarak sözleşmenin

³¹⁰ ÖZ, s.82, TANDOĞAN, s.294, BAYGIN, s.188, ERMAN, s.62, TUNÇOMAĞ, s.558-559, ERDEM, s.147.

³¹¹ ÖZ, s.82, BAYGIN, s.188.

³¹² ÖZ, s.82, BAYGIN, s.188-189.

feshedilemeyeceğini ileri sürmesi, açıkça aykırı düştüğü dürüstlük kuralı ile engellenebilir³¹³.

İş sahibinin, müteahhidin bildirimde bulunmamasına rağmen, yapılan masrafların keşif bedelini aşırı derecede aştığını veya aşacağını bildiği hallerde ise, kuşkusuz iş sahibinin eserin tamamlanmasını bekleyip daha sonra sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir³¹⁴.

Özetle, iş sahibinin kendi arsası üzerine yapılan eser konulu istisna sözleşmesini BK m. 367/2 uyarınca feshedebilmesi için eserin tamamlanmamış olması zorunludur. Eğer eser tamamlanmışsa, iş sahibi artık sözleşmeyi keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle feshedemeyecektir. Ancak arzu ederse keşif bedelini aşırı derecede aşan ücretin indirilmesini talep edebilecektir. Müteahhide yüklenebilecek bir kusurdan dolayı eser tamamlanana kadar keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığından haberdar olamayan iş sahibi ise eser tamamlanmış olsa da sözleşmeyi BK m. 367/2 uyarınca feshedebilecektir.

³¹³ ÖZ, s.82, BAYGIN, s.189.

³¹⁴ ÖZ, s.82, BAYGIN, s.189.

SONUÇ

İstisna sözleşmesi, müteahhidin bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği borçlandırıcı bir işlemdir. İş sahibinin müteahhidin meydana getireceği eser karşılığında ödemeyi taahhüt ettiği ücret, istisna sözleşmesinin unsurlarındandır. İstisna sözleşmesi konusu olan eserin ücretsiz meydana getirileceği hususunu içeren bir sözleşme istisna değil olsa olsa ücretsiz vekalet sözleşmesi olabilir. İstisna sözleşmesinin unsuru olmakla beraber ücretin sözleşme kurulurken mutlaka belirlenmiş olması gerekmez, yeter ki, ücret ödeneceği taraflarca bilinsin. İstisna sözleşmelerinde ücret genel olarak, götürü (kesin) ücret, yaklaşık (kesin olmayan) ücret ve kombine ücret yöntemleriyle belirlenebilir.

Ücretin götürü olarak belirlenmesi, müteahhidin meydana getireceği eser karşılığı ödenecek bedelin kesin olarak tayin edilmesi demektir. Bu şekilde belirlenen ücretin değiştirilmesini taraflar kural olarak talep edemezler. Bu kuralın tek istisnası BK m. 365/2 uyarınca öngörülemeyen veya öngörülüp de dikkate alınmayan olağanüstü hallerin ortaya çıkmasıdır. Böyle bir durum nedeniyle sözleşmenin kararlaştırılan bedel üzerinden uygulanması son derece güçleşirse, taraflar hakimden bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshedilmesini talep edebilirler.

İstisna sözleşmesinde ücretin yaklaşık (takribi) olarak belirlenmesi, tarafların sözleşme akdedilirken belirledikleri bedel üzerinde, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkacak gelişmeler doğrultusunda, belli sınırlar içerisinde değişiklikler yapabileceklerini öngördükleri bir ücret belirleme şeklidir. Yaklaşık ücretle yaklaşık masraflar üzerinden belirlenen keşif bedeli kavramlarını karıştırmamak gerekir. Yaklaşık ücrette, yaklaşık olarak belirlenen gerçekten ücrettir. Keşif bedelinde ise yaklaşık olarak tespit edilen ücret değil masraflardır. Ayrıca yaklaşık ücrette önceden belirlenen ya da sözleşmenin yorumundan çıkarılan bir alt ve üst sınır vardır (sınırlama oran ile konulabileceği gibi alt ve üst miktarların

doğrudan belirlenmesi şeklinde de olabilir). Bu durumda tarafların her ne kadar nihai ücretin belirlenmesi hususunda bir hareket alanları olsa da, bu hareket alanı sınırsız değildir. Yani taraflar, özellikle de müteahhit söz konusu alt ve üst sınırlarla bağlıdır. Keşif bedelinde ise, tespiti yapılan miktarın ücret değil, masraf olmasından kaynaklanan bir belirsizlik vardır. Zira tespiti yapılan masraflar olunca, sözleşmenin icrası aşamasında ortaya çıkabilecek çeşitli gelişmeler nedeniyle masrafların değişmesi, özellikle de artması mümkündür. Keşif bedelinin bu niteliğine bağlı olarak herhangi bir alt ve üst sınırı yoktur. Tespiti yapılan keşif bedeli miktarı ne olursa olsun, iş sahibi fiilen yapılan masraflara göre şekillenecek bedeli ödemek durumunda kalacaktır. İş sahibinin sözleşmenin sonunda ödeyeceği nihai ücret miktarı bakımından bir sınırlama olmaması, şekillenecek nihai ücretin çoğunlukla işi yapan müteahhidin davranışlarına ve özellikle de çalışma tarzına bağlı olması, ücretin keşif bedeli tespiti üzerinden belirlendiği istisna sözleşmelerinde iş sahibinin müteahhit karşısında korunması gerekliliğini doğurmuştur. Bu korumayı sağlayan hüküm BK m. 367 hükmüdür.

Tespiti yapılan keşif bedelinin taraflarca kesin ücret olarak kabul edilmesi de mümkündür. Bu durumda her ne kadar bedel keşif bedeli üzerinden belirlenmiş olsa da, kesin (götürü) bir bedeldir ve kural olarak taraflarca değiştirilmesi mümkün değildir. Tespiti yapılan keşif bedelinin kesin ücret olarak kabul edilmesi çok nadir rastlanan bir durumdur. Keşif bedeli kavramının uygulamanın ihtiyaçlarına karşılık vermesi, yaklaşık olarak belirlenmesine bağlıdır. Bu nedenle uygulamada çoğunlukla keşif bedelinin yaklaşık olarak belirlenmesi tercih edilmiştir. Hatta keşif bedeli denince, yaklaşık olarak tespit edilen keşif bedeli anlaşılır olmuştur.

Ücret belirleme yöntemlerinden üçüncü ve sonuncu olanı ise kombine ücrettir. Aslına bakılırsa kombine ücret başlı başına bir metod değildir. Kombine ücret, farklı türden ücret belirleme yöntemlerinin aynı sözleşmede uygulanmasıdır (örneğin, götürü ücret ve yaklaşık ücretin birada olup da eserin nihai ücretinin belirlenmesine hizmet etmesi gibi). Kombine ücretli istisna sözleşmelerinde her ücret türü için kendine özgü kurallar uygulanır.

Sözleşme ücretinin muhtemel masrafların tespiti olan keşif bedeli üzerinden belirlendiği hallerde, ücrete esas olacak masrafların takdiri önem arz edecektir. İşin uzmanı olan müteahhitten keşif bedeli tespitini gerçekçi yapmasını beklemek iş sahibinin hakkıdır. İşin icrası sırasında meydana gelebilecek değişiklikler karşısında verdiği fiyatla bağlı olmak istemeyen müteahhit için, keşif bedeli üzerinden ücretin söz konusu olduğu bir sözleşme yapmak en mantıklısıdır. Böylelikle müteahhit, hem sözleşme kurulmadan önce işi vermek için öncelikle bir fiyat verilmesini talep eden iş sahibini ikna etmiş, hem de ileriye yönelik olarak kendisini bağlamamış olmaktadır. Kendisini verdiği miktar ile bağlamak istemeyen müteahhidin, aslında iş sahibine örtülü olarak söylediği bir husus vardır: Müteahhit keşif bedeli tespiti yapmakla, işin sonunda bu bedeli aşabileceğini iş sahibine imâ etmektedir. Dolayısıyla keşif bedeli belirlenen istisna sözleşmelerinde, söz konusu keşif bedelinin aşılması beklenen ve genellikle de gerçekleşen bir olgudur. Ancak bu aşmanın da bir sınırı olması gerekliliği, işin uzmanı olan müteahhidin karşısında iş sahibinin korunması açısından zorunludur.

BK m. 367 hükmü ile keşif bedelinin aşırı derecede aşılması karşısında iş sahibini korumak amaçlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, şartları oluşması halinde, iş sahibi keşif bedelinin aşırı aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshedebilecektir. İş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için, keşif bedelinin yaklaşık olarak belirlenmiş olması, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması, keşif bedelini aşan kısmı karşılamayı iş sahibinin kabul etmemiş olması ve müteahhidin belirlenen keşif bedeli üzerinden eseri yapmaktan kaçınması şartlarının hepsinin gerçekleşmiş olması aranır.

Aşırı derecede aşılması olma şartının hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı konusunda, somut olayın özellikleri dikkate alınıp, belirli bir hoşgörü sınırı belirlenmek suretiyle, bu sınırı geçen aşmanın aşırı sayılması gerekecektir. Ayrıca aşırı derecede aşmanın kabul edilmesi için aşma konusu harcamaların fiilen yapılmış olması zorunlu değildir. Bu masrafların yapılacağına yeterli kesinlikte anlaşılması üzerine şartın gerçekleşmiş olduğu kabul edilir.

BK m. 367 hükmünün uygulanabilmesi için aşırı derecede aşmanın iş sahibine bağlanabilecek bir nedenden dolayı oluşmamış olması zorunludur. İş sahibinden kaynaklanan bir aşma varsa iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Bu konuda iş sahibinin kusuru aranmaz. İş sahibi ile aşırı derecede aşma arasında illiyet bağı kurulabilen her halde aşmanın, iş sahibinden kaynaklandığı kabul edilir.

Müteahhidin keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafların talebinden vazgeçmesi veya iş sahibinin keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafları karşılamayı kabul ettiği hallerde de BK m. 367 hükmü uygulanamaz.

Söz konusu şartların tamamının gerçekleşmesi halinde, iş sahibi eserin tamamlanmasından önce veya sonra sözleşmeyi feshedebilir. Ayrıca iş sahibi böyle bir durumda, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması müteahhidin kusurundan kaynaklanmışsa, sözleşmeyi feshetmek yerine, müteahhitten müspet zararının tazminini talep edebilir.

Eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde, müteahhidin eserin yapılması esnasında kullandığı malzeme ve emek sonuçları, bütünleyici parça (mütemmim cüz'ü) ilkesi gereğince arsa sahibinin mülkiyetine geçeceğinden, bu konuyu düzenleyen BK m. 367/2 hükmünde iş sahibine seçimlik hak öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, iş sahibi keşif bedelinin aşırı derecede aşılması suretiyle artan bedelin indirilmesini talep edebilir veya eserin henüz tamamlanmamış olması şartıyla sözleşmeyi feshedebilir. Eserin tamamlanmış olduğu bir halde keşif bedelin aşırı derecede aşılması karşısında, iş sahibinin yapabileceği sadece bedelin indirilmesini talep etmek olacaktır. Keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığını, müteahhide bağlanabilecek nedenlerden dolayı, ancak eserin tamamlanmasından sonra öğrenebilen iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir.