

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE EK BEDEL TALEP HAKKI

**İdil BOZOĞLU
113613013**

Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU

**İSTANBUL
2018**

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE EK BEDEL TALEP HAKKI
THE RIGHT TO REQUEST ADDITIONAL PAYMENT
IN CONSTRUCTION CONTRACTS

İdil BOZOĞLU

113613013

Tez Danışmanı : **Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Doç. Dr. Başak BAYSAL**
İstanbul Üniversitesi

Doç. Dr. Yalçın TOSUN
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 22.01.2018

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Ek Bedel
- 2) Ek İş
- 3) Eser Sözleşmesi
- 4) İnşaat Sözleşmesi
- 5) Yüklenici

- 1) Additional Payment
- 2) Additional Works
- 3) Construction Contract
- 4) Contractor
- 5) Works Contract

İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
TABLO LİSTESİ.....	vii
ABSTRACT.....	viii
ÖZET.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN GENEL ESASLARI

1.1. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	4
1.1.1. Eser Sözleşmesi Tanımında Bir Eksiklik: Teslim Hususu.....	6
1.1.2. Kanaatimiz.....	8
1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	8
1.2.1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi Unsuru.....	8
1.2.2. Bedel Ödeme Unsuru.....	9
1.2.3. Taraf İradelerinin Uyuşması Unsuru.....	12
1.3. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
1.3.1. Hukuki Niteliğin Belirlenmesi.....	13
1.3.2. Hukuki Niteliğin Belirlenmesine Bağlanan Sonuç.....	19
1.4. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	20
1.4.1. Giriş.....	20
1.4.2. İş Sahibi.....	22
1.4.3. Yüklenici.....	23
1.4.3.1. Anahtar Teslim Yüklenici.....	24
1.4.3.2. Genel Yüklenici.....	25
1.4.3.3. Alt Yüklenici.....	26
1.5. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....	28

İKİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE BEDEL

2.1. GİRİŞ.....	36
2.2. BEDEL TÜRLERİ.....	38
2.2.1. Götürü Bedel.....	38

2.2.1.1. Sabit Götürü Bedel.....	39
2.2.1.2. Değişken (Global) Götürü Bedel.....	41
2.2.1.3. Birim Fiyatlı Götürü Bedel.....	41
2.2.2. Yaklaşık Bedel.....	42
2.2.2.1. Gerçek Anlamda Yaklaşık Bedel.....	42
2.2.2.2. Yaklaşık Keşif Bedeli Üzerinden Hesap Edilen Bedel.....	43
2.3. SÖZLEŞME KAPSAMINDA BEDELİN BELİRLENMEDİĞİ HALLER.....	44
2.3.1. İnşaatın Bedelinin Açıkça Belirlenmediği Haller.....	45
2.3.2. İnşaatın Bedelsiz Yapılacağına Kararlaştırılmış Olduğu Haller.....	46

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EK BEDEL TALEP HAKKI

3.1. GİRİŞ.....	49
3.2. EK BEDEL TALEP HAKKININ ORTAYA ÇIKABİLECEĞİ HALLER.....	50
3.2.1. Ek İş Olgusu.....	52
3.2.1.1. Ek İş Olgusunun Unsurları.....	55
3.2.1.1.1. Genel Unsurları.....	55
3.2.1.1.1.1. Ortaya Çıkan İşin Sözleşmede Kararlaştırılan İşlerden Olmaması.....	55
3.2.1.1.1.2. Eserin İfa Amacında Değişiklik Ortaya Çıkması.....	57
3.2.1.1.1.3. Söz konusu İşin Sözleşme Konusu ile İrtibatlı Olması.....	59
3.2.1.1.1.4. Söz konusu İşin Görülmesini İş Sahibinin Talep Etmesi.....	61
3.2.1.1.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamındaki Unsurları.....	65
3.2.1.2. Ek İş Olarak Nitelendirilebilecek Haller.....	68
3.2.1.3. Ek İş Olarak Nitelendirilemeyecek Haller.....	69
3.2.1.4. Ek İş ile Ek Bedel Arasındaki İlişki.....	75
3.2.1.5. İnşaat Sözleşmeleri Bedel Tipleri ile Ek Bedel Arasındaki İlişki.....	76
3.2.1.5.1. Sabit Götürü Bedel veya Değişken Götürü Bedel Düzenlemesine Sahip İnşaat Sözleşmeleri.....	76
3.2.1.5.2. Birim Fiyat Esasına Dayalı İnşaat Sözleşmeleri.....	77
3.2.1.6. Ek iş Sebebiyle Doğacak Ek Bedelin Belirlenmesi.....	78
3.2.1.6.1. Ek işin tarafların anlaşması sonucu ortaya çıkması.....	79
3.2.1.6.2. Ek işin iş sahibinin tek taraflı talebi ile ortaya çıkması.....	80
3.2.1.6.3. Ek işin yüklenici tarafından yetkisiz biçimde ortaya çıkartılması.....	81
3.2.2. TBK md. 480/2 Hükmü Uygulaması Uyarınca Doğan Ek Bedel.....	84

3.2.2.1. Genel Olarak.....	84
3.2.2.2. Şartları.....	88
3.2.2.2.1. Başta Öngörülmeleyen veya Öngörülebilir de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Durumların Mevcudiyeti.....	88
3.2.2.2.2. Taraflarca Önceden Belirlenmiş Olan Götürü Bedel ile Eserin Yapılmasının Mümkün Olmaması yahut İfanın Çok Güçleşmesi.....	95
3.2.2.2.3. Yükleniciye İsnat Edilmeme.....	99
3.2.2.2.4. İnşaatın Tamamlanmamış Olması.....	101
3.2.2.2.5. Taraflar Arasında Aksi Yönde Bir Anlaşma Bulunmaması.....	102
3.2.2.2.6. Mevcut İfa Güçlüğüne yahut Engelin İş Sahibine Bildirilmiş Olması.....	103
3.2.2.3. TBK md. 480/4 Hükümünün Uygulanmasının Sonuçları.....	103
3.2.2.3.1. Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması.....	104
3.2.2.3.1.1. Sözleşmenin Bedel Artışı Vasıtasıyla Uyarlanması.....	104
3.2.2.3.1.2. Sözleşmenin Bedel Artışı Dışındaki Yollarla Uyarlanması.....	105
3.2.2.3.2. Sözleşmenin Sonlandırılması.....	105
3.3. Ek İş ve TBK md. 480/2 Hükümünün Kısa Bir Karşılaştırması.....	107
SONUÇ.....	109
KAYNAKÇA.....	113

KISALTMALAR

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
b.	: Bent
C	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
EBK	: 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu
FIDIC	: Fédération internationale des ingénieurs conseils
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar numarası
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
md.	: Madde
N.	: Paragraf numarası
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

TABLO LİSTESİ

Tablo 1: İnşaat Sözleşmesi tarafı olan anonim uluslararası katılımcıların iyi niyet ve sözleşme şartlarını gereği gibi yerine getiren bir karşı taraf ile karşılaşp karşılaşmadıklarına dair vermiş oldukları yanıtı gösterir Tablo 1.



ABSTRACT

Subject of this study is the right to request additional payment in construction contracts. It is a well-known fact that the construction sector is the key sector in our economy. Given the fact that the construction works are technically very complicated and subjected to greater amounts as the contract price, parties usually tend to have disagreements during the construction phase that could turn into major disputes. Easy to guess, many of the disputes arise out of the payment issues.

As per the Turkish Code of Obligations numbered 6098, the construction contracts are not regulated separately. Construction contracts are probably the most complex version of the works contracts. For the purposes of this study, we have analyzed construction contracts in detail as to its definition, conditions and parties and the obligations of the parties. This leads us to the obligations of the contractor and the employer.

The characteristic obligation of a construction contract comes to life in form of the “construction” act itself. Therefore, contractor who is obliged with the “construction” act itself is a key party with key obligations. In this study, we aimed at analyzing these obligations and the consequences of not fulfilling those as well. On the other hand, the main obligation of the employer is the render the payment agreed under the contract. We have showed effort to point out the works and states that fall under the scope of the contract price and the situations where an additional payment can be in place. In light of the theoretical approach, we have set forth that the situations that give rise to additional payment are additional works and the exceeding of the lump sum price. While doing so, we have additionally come to a conclusion by reasoning, in the event that the contractor undertakes works that lack the instruction / authorization by the employer, we believe, in some circumstances, the right to request additional payment in such cases shall be based on *negotiorum gestio* provisions. However, if the contractor undertakes those works with malicious intent of obtaining additional payment on purpose, then the right to request additional payment will no longer take place. Right to request additional payment shall be enshrined under the law and handled with care so that the contracts remain in place.

Key Words: Works Contract, Construction Contract, Additional Payment, Contractor, Additional Works



ÖZET

İşbu çalışmanın kapsamı inşaat sözleşmelerinde ek bedel talep hakkıdır. Bilindiği üzere inşaat sektörü, ülkemiz ekonomisinin lokomotif sektörü olarak görülmektedir. Özellikle teknik bakımdan karmaşık olan ve sözleşme bedeli olarak yüksek meblağların belirlendiği işler kapsamında taraflar, inşaat süreci ve hatta sonrası dönemlerde bir çok uyuşmazlığa düşmektedirler. Tahmin edilebileceği gibi uyuşmazlıkların bir çoğu bedel konusunda çıkmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında, inşaat sözleşmeleri ayrıca düzenlenmemiştir. İnşaat sözleşmeleri iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmelerinin, belki de en karmaşık görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmanın amacına hizmet eder şekilde, öncelikle inşaat sözleşmeleri genel olarak incelenmiş, tanımı, unsurları, tarafları ve tarafların yükümlülükleri ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu çaba, yüklenici ve iş sahibi olarak tanımlanan tarafların yükümlülüklerini detaylı olarak incelenmesi gereğini doğurmuştur.

Elbette inşaat sözleşmelerinin “tanımlayıcı” edimi eserin inşasıdır. Bu nedenle, eserin inşasını gerçekleştirecek olan yüklenicinin yükümlülükleri büyük önem taşır. Yüklenicinin yükümlülüklerini incelerken, özellikle bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde ortaya çıkacak sorumluluklar bakımından değerlendirilmeye gidilmiştir. Buna karşılık, iş sahibinin asli yükümlülüğü ise sözleşme kapsamında belirlenmiş olan “bedel” ödeme yükümlülüğüdür. Bedelin sözleşmenin mevcut kapsamına olan bağlılığı ve hangi durumlarda, önceden belirlenmiş olan bedele ek olarak başka ve fazlaca bedel ödemesi yapılması gerektiği hususlarında değerlendirmeler yapılmıştır. Bunun sonucunda, ek iş ve götürü bedelin aşılması hallerinde ek bedel talep hakkının doğacağı sonucuna varılmıştır. İş sahibi tarafından talimat almaksızın görülen işlere karşılık talep edilen ek bedel belirlenmesinde vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurulması gerektiği ortaya çıkmıştır. Fakat, yüklenicinin bu iş görmeyi hakkın kötüye kullanımı kapsamında yerine getirmesi durumunda, *dayatılmış zenginleşme* hali ortaya çıkacağından herhangi bir bedel talep edemeyeceğini de eklemek gerekecektir. Sonuç olarak inşaat sözleşmelerinde çeşitli durumlarda, yüklenicinin ek bedel talep hakkı doğacaktır. Bu hakkın mümkün mertebe korunması, sözleşmelerin devamlılığı açısından büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, İnşaat Sözleşmesi, Ek Bedel, Yüklenici, Ek İş



GİRİŞ

Türkiye’de 1950’li yıllar ile birlikte başlayan köyden kente iç göçler, konut ihtiyacının yanı sıra şehirleşmeyi de hızlandırmıştır¹. Şehirleşme, memleketin gelir kaynaklarının tarımdan başka sektörlerle sığramasına neden olmuştur. Bu nedenle, bahsi geçen iç göçler konut ihtiyacının artışının yanında şehir ekonomisinin gerektirdiği başkaca yapılara duyulan ihtiyacı da arttırmıştır. Bu yapılara örnek olarak; işyerleri, ofis binaları, fabrikalar ve alışveriş merkezleri ve ulaşım yapıları, yollar ve köprüler verilebilir.

Türk ekonomisinin genel bir değerlendirilmesi yapıldığında, yukarıda bahsi geçen ihtiyaçlara paralel olarak inşaat sektörünün “lokomotif sektör” haline geldiğini gözlemlemek mümkündür. Bu denli geniş bir uygulama alanına sahip olan inşaat sözleşmeleri, pratik hayatta birçok uyumsuzlığa konu olmaktadır. Belirtmek gerekir ki eldeki çalışma kapsamında ele alınacak ve bahsi geçirilecek inşaat sözleşmesi tanımından anlaşılması gereken, bir ticari ilişki kapsamında meydana getirilecek bir inşa işinin ortaya koyulmasıdır. Özellik taşıyan inşaat sözleşmeleri (örneğin gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri) bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Kapsam dahilindeki inşaat sözleşmesi tarafları her ne kadar klasik anlamdaki sözleşmesel yükümlülöklere sıkı sıkıya bağılılık içerisinde hareket etseler dahi, günümüz ekonomik ve çevresel koşulları hem inşaat kalitesi hem de hızı bakımından bir çok gerekliliğı ortaya çıkarmakta ve yüklenicilerin edim ifasını değerlendirmek için çok teknik performans değerlendirme kriterleri çalışmaları yapılmasına ihtiyaç doğuracak özellikler göstermektedir².

¹ IŞIK, s. 57-71

² Yüklenici performans değerlendirme çalışması için bkz. TEKÇE/ DİKBAŞ s. 151-164

Uluslararası düzlemde de belirtildiği üzere, inşaat sözleşmeleri ile herhangi bir ticari sözleşme arasında aslen büyük ölçüde önem arz eden bir farklılık yoktur. Rızai olarak iki taraf karşılıklı şekilde ikisinin de ihtiyaçlarına cevap veren bir işlem içerisine girmektedirler. Fakat doğası gereği inşaat sözleşmeleri o kadar karmaşık ve teknik bir yapıya sahiptir ki; içinde barındırdığı mal ve hizmet karması sözleşme konusu çok yoğun finansal güç, emek, teknik bilgi ve zaman muhtacdır. Bu sözleşme tipi, sözleşmenin “tanımlayıcı” edimi olan eserin inşası için çok geniş bir iş gücü yönetimi ve bazı üçüncü kişi (alt yüklenici) ilişki yönetimini dahi kapsadığından her anlamda çok daha teknik bir yaklaşıma ihtiyaç duyacaktır³.

Hukukumuzda eser sözleşmelerinden sayılan ve özel olarak düzenlenmemiş olan inşaat sözleşmeleri çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar genellikle bedel ve süre konularından kaynaklanırlar. Bedel ve süre konulu uyuşmazlıklarda tarafların genellikle ihtilafa düştükleri hususlar ise genel olarak ek iş ve iş değişikliği hususlarında gözlemlenmektedir. Özellikle yüksek meblağlı ve yapısal olarak karmaşık sayılan inşaat sözleşmelerinde birçok değişken olduğu için, ek iş veya iş değişikliklerine sıkça rastlanmaktadır. Bunun nedeni de çoğu zaman planlama aşamasında yapılan çalışmalardan (örneğin zemin etüdü) sapmalar ve entegrasyon konularıdır.

Bu çalışma kapsamında inşaat sözleşmelerinde ek bedel⁴ talep hakkı hususu incelenecek, ek bedel talebinin söz konusu olduğu sözleşmelere vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunsalı ayrıca değerlendirilecektir.

Bu incelemenin yapılabilmesi için öncelikle eser sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği ortaya koyulacak, eser sözleşmesinin unsurlarından olan “bedel

³ GOLDFAYL, s.3

⁴ Ücret ve bedel tanımları arasındaki anlam farkı bir yana, kanun koyucu bilinçli şekilde ücret yerine “bedel” kavramını kullanmış ve bu şekilde eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında bir karışıklık doğmamasını hedeflemiştir. ARAL / AYRANCI, s. 340.

ödeme vaadi” kapsamında bedel konusu ve hesaplanış türleri irdelenecek, ek bedel talep hakkı açıklanarak ek bedel talebinin doğacağı haller bahis konusu edilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN GENEL ESASLARI

1.1. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Modern hukukun temelini oluşturan Roma Hukuku sisteminde düzenlenmiş eser sözleşmelerinde (*locatio conductio operis*); yüklenici (*conductor*), iş sahibine (*locator*) bir bedel karşılığında belli bir sonuca yönelik iş görmeyi taahhüt etmektedir⁵. Hukukumuzdaki eser sözleşmeleri düzenlemeleri bakımından, ilgili tanımın halen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Mevcut düzenleme uyarınca yine aynı şekilde, eser sözleşmelerinde; yüklenici eseri meydana getirme iş sahibi ise bedel ödeme borcu altına girmektedir⁶.

TBK md. 470 uyarınca eser sözleşmesi, “...yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”⁷ 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nda ise bu tanım şu şekilde yapılmaktaydı: “*istisna öyle bir akittir ki, onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şeyin imalini iltizam eder.*” Kanun koyucu TBK dâhilinde “istisna akdi” terimini bir kenara bırakarak, “eser sözleşmesi” kavramını tercih etmiştir.

İstisnâ⁸ kelimesi Arapça kökenli olup, sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfı ile bir şeyi meydana getirme ve ortaya çıkarma anlamına gelmektedir. Bu anlamı ile ayırma, ayrı tutma ve kural dışı bırakmak anlamına gelen “istisna” kelimesi ile karıştırılmamalıdır⁹.

⁵ CANAVCI, s. 16.

⁶ EREN (Seminer), s. 51; ARAL s. 326; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 954; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 655.

⁷ TBK Md 470 madde metnindeki tanımın yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcunu içermediği için eksik kaldığı konusunda haklı bir eleştiri için bkz. SEÇER, s. 25; Aynı görüşte GÜMÜŞ, s.1.

⁸ Mecelle’nin 124. Maddesi istisna terimini “*bir şey yapmak üzere ehl-i san’at ile akd-i mukavele etmek*” şeklinde tanımlamaktadır. ÇAKMAK, s.10.

⁹ KARADAŞ, s.35.

Eser kavramı ise, emek sonucu ortaya koyulan ürün, yapıt, insanlar tarafından meydana getirilen önemli şey, öz gibi anlamlar içerse dahi; hukuki anlamda eser tanımını “bir emek harcanmak suretiyle ortaya koyulan varlık”¹⁰ olarak yapmak mümkündür.

Meydana getirme yalnızca yeni bir eserin ortaya çıkartılması anlamını taşımaz. Yepyeni, özgü bir eserin ortaya koyulmasının yanı sıra mevcut bir eserin değiştirilmesine, esere başkaca eklemeler yapılmasına, eserin tadiline, entegrasyonuna, bakımına yahut yok edilmesine yönelik iş görmeler de eser meydana getirme olarak nitelendirilebilecektir¹¹. Özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından her zaman yepyeni bir bina inşası değil, mevcut bir binanın onarımı, yolların tadili, barajların birbiriyle kesiştirilerek, yeni bir sistem entegrasyonu oluşturulması gibi iş görmeleri içerir sözleşmelerin eser sözleşmesinden sayılıyor olması da imal fiilinin geniş kapsamını ortaya koyabilmek adına örnek olarak verilebilir.

Bu çalışmanın kapsamını oluşturan inşaat sözleşmeleri özeline dönülecek olursa; giriş bölümünde de belirtildiği üzere 6098 Sayılı TBK kapsamında inşaat sözleşmeleri ayrıca düzenlenmemiş ve bir tanımına yer verilmemiştir¹². Eser sözleşmesinin bir görünümü olarak ortaya çıkan inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi tanımına paralel şekilde öğretilde tanım bulmuştur.

Doktrinde inşaat sözleşmesi: “yüklenicinin riski kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi, kendisine ödenen bir bedel karşılığında üstlendiği” sözleşme¹³ yahut, “eser sözleşmesi niteliği taşıyan, yüklenicinin iş sahibinden alacağı bedel karşılığında taşınmaz üzerinde

¹⁰ AYDEMİR, s.26.

¹¹ ARAL/ AYRANCI, s. 313; TUNÇOMAĞ, s. 955; AYDEMİR, s. 28.

¹² EREN (Seminer), s. 49.

¹³ GÖNEN, s. 5.

bir yapı inşa ve teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşme” ¹⁴ olarak nitelendirilmektedir.

Tanım ve hukuki nitelik anlamlarında inşaat sözleşmeleri bakımından özel düzenlemeye gidilmediği için eser sözleşmeleri incelenecek, varılacak sonuçlar inşaat sözleşmeleri üzerinden ortaya koyulacaktır. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında eser ve inşaat sözleşmesi terimleri, atıflar bakımından uygunluk olduğu ölçüde birbirlerinin yerine kullanılacaktır.

1.1.1. Eser Sözleşmesi Tanımında Bir Eksiklik: Teslim Hususu

Eserin teslimi tam anlamıyla eserin mülkiyetinin naklini de içermekte ve eser üzerindeki tasarruf yetkisinin yüklenici tarafından ifa amacıyla yapı sahibine geçirilmesi manasına gelmektedir ¹⁵. Eser sözleşmesini tanımlayan TBK md. 470’in, yüklenicinin borçları arasında imal edilen eserin “teslim”ini içermemesi eleştirilere konu olmuştur.

Eser sözleşmelerinde yüklenicilerin asli edim borcu, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi ve bu eserin iş sahibine teslimini de içermekte, bu nedenle tanım dâhilinde teslim borcundan bahsedilmemesi eksikliğe yol açmaktadır ¹⁶.

Her ne kadar TBK md. 470’de teslim borcu açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, teslim yükümünü içerir birçok başka maddenin ¹⁷ mevcudiyeti, kanun koyucunun teslim borcunu eser sözleşmeleri bakımından asli bir borç olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır ¹⁸.

¹⁴ İNAL, s. 223.

¹⁵ OZANOĞLU, s. 65.

¹⁶ ŞAHİNİZ, s. 6.

¹⁷ Örneğin TBK md. 474, md. 477, md. 478, md. 479 ve md. 483.

¹⁸ ŞAHİNİZ, s. 6.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, eserin her zaman cismani bir varlığının olması gerekmemektedir. Bu gibi durumlarda da klasik anlamda teslimden söz etmek mümkün olmayacaktır. İlgili eserin özellikleri paralelinde, teslimin şekli iş sahibinin bahsi geçen eserden fayda görmesini sağlayacak şekle bürünebilecektir. Kanun koyucunun tanımda teslim unsuruna yer vermemiş olmasının nedeni bu olsa gerekir. Ancak inşaat sözleşmelerinde eserin her zaman cismani bir varlığı olacağı için klasik anlamıyla teslimin gereği mevcut olacaktır.

Sonuç itibarıyla, inşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin asli yükümlülüklerine detaylı şekilde bakıldığı zaman karşımıza çıkacak olan sonuç şudur: Yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan asli edim borcunun ifa edilmiş sayılması için hem ilgili eserin sözleşme şartları ve ticari hayatın gerekleri gibi imal edilmiş olması hem de iş sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi ve analiz edilmesi gereken husus, kanun koyucunun eserin imali edimine verdiği önemdir. İleride detaylı şekilde açıklanacağı üzere, inşaat sözleşmeleri uzun ve karmaşık bir sürece yayılmaktadır. Bu süreç içerisinde taraflardan birinin edimlerini yerine getirmemesi yahut getirememesi başka türden sözleşmelere göre çok daha sık rastlanır bir durum olacaktır. İşte bu hallerde hangi edime daha büyük ağırlık verildiğini tespit etmek oldukça büyük önem taşıyacaktır. Zira eserin imaline yeni başlamış bir yüklenicinin teslimde gecikmesi durumu ile oldukça karmaşık bir projeyi projelendirme safhasından beri takip edip eserin tamamlanmasına kısa bir süre kala bir nedenden tamamlamayan ve bu nedenle teslim edemeyen bir yüklenicinin durumunu aynı tutmak hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda yüklenicinin edim borcunun “teslim” unsurunu içerdiğini, fakat inşaat sözleşmesinin karakteristiğini tanımlayan edimin inşa ve imal olduğunu ve teslim ediminin imal edimine tamamlayıcı bir edim olduğunu kabul etmek gerekecektir.

1.1.2. Kanaatimiz

Tüm bu tanım ve kavramlar göz önünde bulundurulduğunda inşaat sözleşmesini, *Borçlar Kanunu'muz kapsamındaki eser sözleşmelerinin bir görünümü olan ve yüklenici tarafın sözleşme konusu olan yapının yahut yapının bir bölümünün meydana getirilmesi ve teslimini, iş sahibinin ise bu yapının yahut yapının bir bölümünün meydana getirilmesi karşılığında, fiyat belirlenmesinin farklı şartlara tabi olduğu haller istisna kalmak kaydıyla, taraflarca ederi yahut hesaplanış şekli belirlenmiş bedelin ödenmesini üstlendiği sözleşme olarak tanımlamak gerekmektedir.*

1.2. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Yukarıda ortaya koyulan genel tanım çerçevesinde eser sözleşmelerinin ve ayı paralelde inşaat sözleşmelerinin üç esaslı unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki bir eserin meydana getirilmesi unsuru, ikincisi bedel ödeme unsuru ve üçüncüsü de taraf iradelerinin uyuşması unsurudur.

1.2.1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi Unsuru

İnşaat sözleşmelerinin en önemli özelliklerinden biri, yüklenicinin borcunun bir sonuç borcu olmasıdır¹⁹. Yavuz'un belirttiği üzere eser sözleşmeleri, iş görme sözleşmelerinden olmakla birlikte sözleşmenin konusu bakımından daha önemli

¹⁹ Aslen genel manada eser sözleşmelerinin bir sonuç borcu olması kuralı, avukatlık hizmetlerinin yahut doktorların gördüğü işlerin hangi kapsamda değerlendirileceği konusundaki ünlü hukuki tartışmalara sebebiyet veren kuraldır. Doktor ile hasta arasındaki tedavi ve genel cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekecektir. Bununla beraber Yargıtay, “*Davada dayanılan maddi olgu, burunun estetik ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşkusuz ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O halde bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir*” görüşündedir. 13. HD. 05.04.1993 tarihli ve 1993/131 E. ve 1993/2741 K. No’lu Karar (YKD 1994, s. 79); ARAL, s. 327; AYDEMİR, s. 27.

olan bahsi geçen iş görme faaliyeti değil, bu çalışma sonucu ortaya çıkan sonuçtur²⁰.

Tanım kısmında da belirtildiği üzere, inşaat sözleşmelerinde yüklenici, bir eser meydana getirme borcunu üstlenmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu “*bir şey imali*” ibaresini içermekteydi ve yüklenicinin borcunun bir sonuç borcu olma niteliğini tam olarak ortaya koyamamaktaydı. TBK düzenlemesinde ise “*bir eser meydana getirme*” olarak değiştirilen bu ibare söz konusu eksikliği de gidermiştir. Şimdiki hali ile *bir eser meydana getirme* tabiri aynı zamanda kesin olarak vaat edilebilen sonuçları da içermektedir²¹.

Tekrar belirtmek gerekir ki, inşaat sözleşmeleri kapsamında bir “eser” meydana getirmek, her zaman yeni ve özgün bir eser ortaya koymak anlamına gelmemektedir. İnşaat sözleşmelerinde bahsi geçen eser ve yapılar, belirli bir yapının imali anlamına gelebileceği gibi bir onarım, yenileme işi anlamına da gelebilecektir. Bunun nedenle her sözleşme konusu yapının yeni ve özgün olma gereği iddia edilemez.

1.2.2. Bedel Ödeme Unsuru

İnşaat sözleşmelerinin ikinci asli unsuru ise, bedel ödeme vaadidir²². Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi tarafın asli yükümlülüğü bedel ödemektir. Kanun koyucu 818 Sayılı EBK md. 355’teki “semen” kavramını terk ederek, TBK’da bu yükümlülüğü “bedel ödeme” olarak adlandırmıştır.

Sözleşme kapsamındaki eserin bir bedel karşılığında imal edilmesi, sözleşmenin hem karakteristik hem de zorunlu bir unsurudur. Bu doğrultuda, bir eser meydana

²⁰ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 956; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 457.

²¹ BÜYÜKAY, s. 32.

²² TUNÇOMAĞ, s. 957; KARADAŞ, s. 41; GÖKYAYLA, s. 10; BÜYÜKAY, s.35; GÖNEN, s. 13.

getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi halinde, hukuki tanımıyla bir eser sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu takdirde bazı yazarlarca bu sözleşmeleri bir vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirmek gerekecektir²³. Bir diğer görüşe göre²⁴ ise bu hallerde eser sözleşmesi benzeri isimsiz, karma tipte bir sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Doktrinde bedelin her zaman para olarak belirlenmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, inşaat / eser sözleşmelerinde bedel ödeme borcunun muhakkak para şeklinde belirlenmiş olmasının şart olduğunu savunmaktayken²⁵, bir diğer görüş ise²⁶, eser meydana getirme borcunun karşılığının muhakkak para ödeme olmasının gerekmediğini, bu yönde kanunda bir zorunluluk bulunmadığını ve karşılık olarak başkaca bir edimin belirlenebileceğini iddia etmektedir.

İkinci görüş taraftarlarından Aydemir'e göre, kanunda, özellikle bir para borcundan bahsedilmemektedir ve bedel, "*meydana getirilen eserin elde edilmesi için ödenmesi gereken para veya onun yerini tutan maddi değerdir*"²⁷. Bu durumda, bedel olarak para yerine maddi bir şey verilebildiği için, inşaat sözleşmelerinin ederinin her zaman para olarak belirlenmesi gerekmemektedir. Öğretide Yavuz'un konu hakkındaki görüşüne de muhakkak değinmek gerekir. Yavuz'a göre, bedelin para olarak belirlenmediği fakat bir şeyin verilmesi şeklinde anlaşılması mümkündür, bu hallerde sözleşme bedelinin götürü olarak tespit edildiği varsayılmalıdır²⁸.

²³ TUNÇOMAĞ, s. 956; EREN (SEMİNER), s. 51; SELİMOĞLU, s. 16.

²⁴ GÖKYAYLA, s. 11; UYGUR, s. 258; BAYGIN, s. 15.

²⁵ GÖNEN, s. 48, GÖNEN bedelin muhakkak para ederi şeklinde belirlenmesi gerektiğinin altını çizerek, aksi takdirde sözleşmenin karma yapıya geçeceğini belirtmektedir; SEÇER, s. 31.

²⁶ UYGUR, s. 257; AYDEMİR, s. 31; GÖKYAYLA, s.10 GÖKYAYLA'ya göre bedelin para haricinde bir karşılık olarak belirlenmesi mümkündür, fakat bu takdirde sözleşmenin niteliği artık karma hale gelecektir. Bu anlamda GÖKYAYLA, dn. 25'te karşıt görüş taraftarı olarak belirtilen GÖNEN ile aynı sonuca varmaktadır.

²⁷ AYDEMİR, s. 31.

²⁸ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1012.

Öte yandan, Eren ve Erman'ın da taraftar olduğu bir diğer görüş ise²⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun karşılığında, iş sahibinin arsa paylarını müteahhide devir borcu bulunduğundan ötürü bu sözleşmelerin karma nitelikli olduğunu savunur. Bu görüşün bir uzantısı olarak, iş sahibinin borcunun her zaman para borcu cinsinden seçilmesi gerektiği değerlendirilir. Bu şekilde, bedelin para borcu üzerinden belirlenmiş olduğu sözleşmelerde, sonradan iş sahibinin bu borç yerine başkaca bir borç üstlenmesi durumunda “ifa yerine edim” yahut “ifa uğruna edim” söz konusu olacaktır³⁰.

Sonuç itibariyle, sözleşme konusu bedel, parasal edim yükümlülüğüdür. Eserin meydana getirilmesi ifasına karşılık olarak başka bir bedel tipi belirlendiği takdirde bu sözleşme artık karma bir sözleşme tipine bürünmüştür.

Tüm görüşler değerlendirildiğinde varılan sonuç, inşaat sözleşmelerinin ivazlı olması zorunluluğu konusunda tartışma olmadığıdır³¹. Bunun yanında özellikle inşaat sözleşmelerinde bedelin para cinsinden belirlenmesi gereği hayatın doğal akışındandır. Her ne kadar kanun “bedel” ifadesinin içeriğini açıkça ortaya koymadığından bir sınırlama olduğundan bahsetmek güç olsa da, satım sözleşmesi düzenlemesinde de bedel ifadesine yer verilmiş olması gerçeği karşısında, bedel ifadesinin bir miktar para olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Bu durumda, karşı edimi para borcu türünden düzenlenmeyen sözleşmelerin karma nitelik kazanacağını kabul etmek gerekecektir.

²⁹ ERMAN (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi), s. 4; EREN (BATİDER), s. 57; GÖKYAYLA, s. 10; AYDEMİR, s. 31; GÖNEN, s. 48; BÜYÜKAY, s. 37.

³⁰ BÜYÜKAY, s. 36; SEÇER, s.31'den naklen Koller, Werkvertragsrecht, N. 43.

³¹ TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 2; GÖKYAYLA, s.17; GÖNEN, s. 16; BÜYÜKAY, s. 42.

1.2.3. Taraf İradelerinin Uyuşması Unsuru

İnşaat sözleşmesinin hukuki niteliği bölümü kapsamında daha detaylı inceleneceği üzere, inşaat sözleşmeleri rızai sözleşmelerdir³². Kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan bu sözleşmeler, açıkça yahut örtülü olarak akdedilebilirler. Genel anlamı ile sözleşme taraflarının irade uyuşmaları - *consensus*- her tür sözleşmenin geçerliliğinin ana kuralı olduğu gibi burada da kurucu ve esaslı unsurdur.

Konu hakkında inşaat sözleşmeleri özelindeki inceleme gerektirir husus, irade uyuşması halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağı esaslı unsurların ne olduğudur. Bilindiği üzere, kurulması arzu edilen sözleşmenin asgari muhtevasını oluşturan, sözleşmenin objektif esaslı unsurlarıdır. Yukarıda incelenen inşaat sözleşmesinin tanım ve unsurlarına bakıldığı zaman objektif esaslı unsurların bir eser meydana getirme ve bunun karşılığında belirli bir bedel ödeme yükümlülükleri olduğu açıktır³³.

Objektif olarak tali / ikincil olarak değerlendirilebilen unsurlar, taraflarca açık yahut örtülü şekilde esaslı unsurlardan sayılabileceklerdir. Böylece, genel geçer manada ikincil olan bazı unsurlar, bahsi geçen sözleşme özelinde esaslı unsurlar haline gelecektirler. İşte bu durumda, objektif olarak ikincil sayılan bu hususların TBK md. 2/2 gereğince tarafların sonradan irade uyuşmasına varamadıkları takdirde hâkim tarafından karara bağlanması söz konusu olmayacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde kurucu unsur olarak bir bedel ödeme taahhüdünün varlığı yeterlidir. Yani, sözleşme bedelinin belirlenmiş yahut belirlenebilir olması bir zorunluluk değildir. Daha sonra değinilecek olan, inşaat sözleşmesi bedelinin farklı hesap şekilleri ile belirlenebilir olması hususu bir yana TBK md. 481

³² YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 963; BÜYÜKAY, s. 42; SEÇER, s. 25; KARADAŞ, s. 41; GÖNEN, s. 15; GÖKYAYLA, s. 19; DAYINLARLI (Temerrüt), s. 5; DİRİCAN, s. 5.

³³ BÜYÜKAY, s. 27

hükümü içeriğinden de bu durum kolayca anlaşılabilir. Söz konusu hükme göre,

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

Hükümden de anlaşıldığı üzere, taahhüt edilen bedelin miktarının belirli olması zorunlu bir unsur değil, hesaplanması sonraya bırakılabilen, tali nitelikli bir belirleyicidir.

1.3. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.3.1. Hukuki Niteliğin Belirlenmesi

Eser sözleşmeleri *sinallagmatik* yani tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir³⁴. Zira eser teslimi ve bedel ödeme edimleri bir karşılıklılık ilişkisi içerisinde ifa edilirler. Eser teslimini yapacak olan yüklenici ödenecek bedele, bedeli ödeyecek olan iş sahibi ise eser teslimine kavuşmak amacı ile bu sözleşme bağıtı altına girerler. Taraflar sözleşmenin kurulması ile birlikte esaslı yükümlülükleri ile yükümlenirler.

Eser sözleşmeleri aynı zamanda rızai *-consensu contrahitur-* sözleşmelerdendirler. Sözleşmelerin kurulması için, genel kural olan karşılıklı irade beyanlarının uyumu gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin kuruluşu bakımından başkaca bir işleme gerek duyulmamaktadır.

Bunların yanında, inşaat sözleşmelerinin kurulması kanun tarafından özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. TBK md. 12 genel hükmü uyarınca, sözleşmelerin

³⁴ BÜYÜKAY, s. 42; GÖNEN, s. 16; GÖKYAYLA, s. 17; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 963.

geçerliliği aksi kanunda özel olarak belirtilmediği takdirde herhangi bir şekle tabi değildir.

Bilindiği üzere, TBK'nın özel borç ilişkileri kısmında yahut özel kanunlar kapsamında düzenlenmiş olan sözleşmeler tipik, bunun dışında kalan sözleşmeler ise atipik olarak adlandırılırlar³⁵. İnşaat sözleşmeleri bu anlamda tipik sözleşmelerdendirler³⁶. Daha önce de belirttiğimiz üzere, inşaat sözleşmeleri TBK kapsamında özel olarak düzenlenmemekle birlikte, eser sözleşmelerinin bir görünümü olarak ortaya çıkmakta ve bu minvalde eser sözleşmesi olarak değerlendirilmektedirler.

Buna karşılık, inşaat / eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi, sürekli edimli bir sözleşme mi veya her ikisinin de çeşitli özelliklerini barındıran karma yapılı bir sözleşme mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bu niteleme borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeyi sonlandırması durumunda, geçmişe etkili dönmenin mi yahut ileriye etkili feshin mi söz konusu olacağı sorunsalı bakımından önemlidir. Fesih yahut dönme durumlarından birinin seçilmesi, borçludan talep edilebilecek zararın hesabı bakımından esaslı önem taşıyacaktır. Detaya girmeden evvel kısaca belirtmek gerekirse, fesih hali sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur, ani edimli borç ilişkilerinde ise dönmeden bahsedilecektir. Fesih hali ileriye etkili iken, dönme sözleşme ilişkisini kurulduğu andan itibaren, yani geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırır. Fesihte mevcut durumun korunmasından bahsedilirken, dönme halinde sözleşme hiç yokmuş gibi ortadan kalkar o ana değin ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekir.

İnşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikte olduğunu kabul eden görüş, genel itibariyle edimi inşa faaliyeti olarak ele alır. İnşa faaliyetine başlanması, teslimin gerçekleşmesine yönelik bir çalışma değil, birebir edimin

³⁵ EREN (Genel hükümler), s. 207.

³⁶ GÖNEN, s.17; SEÇER, s. 25; GÖKYAYLA, s. 4.

ifasını ifade eder³⁷. Bu görüş uyarınca yüklenicinin edimi olan “inşa” işi, başkaca sözleşme tipleriyle karşılaştırıldığında oldukça uzun sürer ve belli bir emeğin sürekli olarak harcanması sonucu yapılabilir.

Uygulamada sıkça tanık olunan, bölümlü iş teslimi ve hak edişlerin yani kısmi alacakların her bir iş bölümü sonunda muaccel olması halinin de bu görüşe dayanak oluşturduğu söylenebilir. Serozan’ın da aralarında olduğu bu görüş savunucuları, müteahhidin iş görme edimini, eseri meydana getirme faaliyetinin bütünü ile bağdaştırır³⁸. İşte bu nedenle, borçlunun edim fiili olan “inşa” dikkate alınır ve bu fiilin doğası gereği çok vakit alması gerektiği sonucuna ulaşılır ise sözleşmenin sürekli edim içerdiğini kabul etmek gerekir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun da eser sözleşmesine biçtiği görünümün sürekli borç ilişkisi doğuran nitelikte olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁹.

Sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu iddia eden görüşe göre ise, sözleşmesel borç eserin teslimi ile son bulmaktadır. Bu görüşe göre, “inşa” eylemi neredeyse bir ifaya yönelik hazırlık hareketidir⁴⁰. Bu görüşe getirilebilecek en önemli eleştirilerden biri, edimlerin ağırlığının dikkate alınmamasıdır. Büyük bir altyapı projesinin yapımında, projenin inşasının ifaya hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesinin yanlış ve hatta sakıncalı olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde projenin belli bir sebepten durdurulması halinde o ana kadar yapılan inşa işinin yüklenicinin zararı olduğunu kabul etmek gerekir ki, bu durumda taraflar arasındaki menfaat dengesinde haksız bir ayırım yapılmış olduğunu görmek mümkün olacaktır.

Bu görüş savunucuları, her ne olursa olsun sözleşmesel edime teorik olarak yaklaşmak gerektiğini, bu nedenle teslim olmadan evvel karşı tarafın yani iş sahibinin çıkarının henüz oluşmadığını ortaya koymaktadırlar. Anlaşılan odur ki,

³⁷ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 469.

³⁸ SEROZAN, s. 45; ERMAN (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi), s. 9; GÖNEN, s. 20.

³⁹ GÖNEN, s. 20.

⁴⁰ GÖNEN, s. 21; BAYGIN, s. 21; ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, s. 470.

yazarlar bu görüşü ileri sürerken eser sözleşmelerinin her bir görünümünü ve özellikle de “belli bir sonucu taahhüt etme” halini göz önünde bulundurmaktadırlar.

Örneğin belli bir şarkıcı ile konsere çıkması için yapılan sözleşmede şarkıcı konsere çıkmazsa yahut özel ve şahsi olarak bir heykeli tamamlaması istenen ve bunun için bir sözleşmesel ilişkiye girilen belirli bir sanatçı söz konusu eseri tamamlamaz ve teslim etmez ise gerçekten de sözleşmenin karşı tarafının menfaati oluşmamıştır. Fakat işin üçüncü bir kişiye tamamlatılması -hele ki inşaat büyük oranda tamamlanmış durumdaysa- hem çok olası hem de inşa edilen şey bakımından büyük farklılık yaratacak bir hal olmayabilir. İşte bu durumda daha önce yapılmış olan tüm iş ve eylemleri hazırlık faaliyetinden sayarak, teslim anını dikkate almak yüklenici bakımından haksız bir duruma neden olmaktadır.

Verilen örnekten de anlaşılacağı üzere, hukuk tekniği bakımından hak verilecek çok fazla neden olmasına rağmen, eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmelerden sayılması, özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından her zaman doğru olmayabilir.

Öz, eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmelerden olduğunu belirtmekte ve eser sözleşmelerinin karma nitelikte olduğunu belirten yazarları eleştirmektedir⁴¹. Öz’ün bu görüşü uyarınca karma nitelik savunucuları, bazı istisnai eser sözleşmesi tiplerinin sürekli borç doğuran nitelikte olmasını dikkate alarak genel kuralı göz ardı etmektedirler. Bahsi geçen istisnai eser sözleşmesi tiplerinin art arda teslimli eser sözleşmelerinin ve tek bir eserin zaman içinde büyütülüp, genişletildiği haller olduğunu; bu işler kapsamında ilgili sözleşmelerin sürekli borç doğuran nitelikte olduğunu kabul etmek gerektiğini; fakat bu istisnai hallerin eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini ortaya koymuştur.

⁴¹ ÖZ (Dönme), s. 21; ÖZ’ün ilgili görüşünün değerlendirmesi ve aynı yönde görüş için bkz. GÖNEN, s. 22.

Öz'ün yukarıda belirtilen şekilde eleştirdiği üçüncü/ karma tip sözleşme görüşüne göre ise, inşaat sözleşmeleri her iki tipe de yakın özellikler göstermektedir. Karma tip sözleşme görüşü uyarınca, eser sözleşmelerini mutlak şekilde sürekli borç doğuran sözleşme yahut ani edimli sözleşme olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır⁴². Daha önce de belirtildiği üzere, eser sözleşmelerinin konusu ve karakteristik edimi dikkate alındığında, teslim öncesi gerçekleşen esaslı “inşa” işini teslim hazırlık faaliyeti olarak nitelendirmemek gerekmektedir.

Sözleşme kapsamındaki borç ilişkisinin sürekli yahut ani edimli olması hususundaki tespit için, alacaklıda doğacak menfaatin tespitini esas almanın doğru olmayacağını ve eser sözleşmesinin karakteristik edimini üstlenmiş yüklenicinin ifa hareketlerinin dikkate alınması gerektiğini ortaya koyan Serozan ve Erman gibi yazarlara göre, uzun bir zamana yayılan ifa hareketlerinin mevcudiyeti sürekli borç doğuran sözleşmelere ilişkin bir özelliktir⁴³.

Eser sözleşmelerinin hukuki niteliğinin değerlendirildiği en önemli kaynaklardan biri olan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na⁴⁴ muhakkak değinmek gerekmektedir. İlgili karar uyarınca; iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmeleri, genel olarak ani edimli sözleşmeler olarak kabul edilirler. Fakat, eser sözleşmelerinin bir görünümü şeklinde tezahür eden ve karar incelemesine konu olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcu emeğe ve masrafa dayanan ve uzun bir zamana yayılan türdendir. Bu özelliği nedeniyle, inşaat sözleşmelerinde sürekli borç doğuran sözleşmelere dair kurallar göz ardı edilmemelidir. İşte bu nedenlerle inşaat sözleşmeleri **geçici-sürekli karmaşığı** bir özellik taşımaktadır.

⁴² BÜYÜKAY, s. 42.

⁴³ ERMAN (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi), s. 9; SEROZAN, s. 164.

⁴⁴ Yarg. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 tarihli ve 1983/3 E. ve 1984/1 K No.'lu Kararı

<https://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/nisan1984.pdf>

Çalışmamızın hemen takip eden bölümünde inceleneceği üzere, bu hukuki belirleme inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde feshin geriye mi yahut ileriye mi etkili olacağının tespiti için gerekli olacaktır. Bu tespit oldukça önemli bir sonuca yol açacağından, inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği için kesin ve değişmez bir belirleme yapmak hakkaniyete uygun olmayabilir ve taraflardan birini, tazmin hesabı bakımından mağdur edebilir. Her ne kadar eser sözleşmeleri, Kanun kapsamında ani edimli sözleşmeler niteliğiyle düzenlenmiş olsa da, sözleşmenin sürekli borç içeren niteliği göz ardı edilmemeli, kısaca esas usule kurban edilmemelidir. İncelememize konu olan karardan aynen alıntı ile bu durum şu şekilde açıklanmıştır: *“bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülâhazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir.”*⁴⁵

Bu durumda somut olayın niteliğinin ve yüklenicinin yapının tamamlanan kısmının göz önünde bulundurulması gereğine dikkat çekilmekte ve somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Türk Medeni Kanunu’nun (“**TMK**”) md. 2 düzenlemesi gözetilerek, sözleşmenin feshinin sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.

Konu hakkındaki bu önemli karar da gözetilerek, inşaat sözleşmelerinin ani / sürekli borç doğuran sözleşme karması bir nitelik gösterdiğini söylemek yerinde olacaktır. Bu niteleme eser sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, feshin geriye mi yahut ileriye mi etkili olacağının tespitinde ve böylece yüklenici tarafından talep edilebilecek bedelin hesaplanmasında esaslı bir yer tutacaktır.

⁴⁵ YİBK 25.1.1984 tarihli ve 1983/3 E. ve 1984/1 K No.’lu Karar, ilgili alıntı için Zahit İmre’nin Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı (Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan, Ankara 1973, s. 173) makalesinden naklen MERZ’e atıf yapmıştır.

1.3.2. Hukuki Niteliğin Belirlenmesine Bağlanan Sonuç

Daha önce de belirtildiği üzere, bir sözleşmenin sürekli borç doğuran bir ilişki yahut ani ifalı bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesinde ve inşaat sözleşmelerinde özellikle sözleşmenin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde bu sonlanmanın hukuki niteliğinin fesih yahut dönme olarak değerlendirilmesi için oldukça büyük önem arz etmektedir.

Hukuki nitelik bölümü altında incelediğimiz görüşler ve konu hakkındaki emsal YİBK kararı da göz önünde bulundurulduğunda, her bir olayda sözleşme kapsamının, olayın bütününün ve tüm diğer koşulların değerlendirilmesi ile hukuki niteliği karma bir yapı teşkil eden inşaat sözleşmelerinde fesih ve dönme yolları arasında bir karar verilmesi gerekecektir. İleriye etkili (*ex nunc*) fesih yahut geriye etkili fesih şeklinde açıklanabilecek (*ex tunc*) sözleşmeden dönme halinin belirlenmesi ile bedel hesabı en doğru şekliyle yapılabilecektir.

Fesih, sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren ve kabule bağlı olmayan bozucu yenilik doğurucu bir haktır. Bu tür sürekli borç ilişkilerinde yenilik doğuran son verme beyanının karşı tarafa ulaşma anına kadar ifa edilen edimler geçerliliğini koruyacak, iadeleri tartışılacaktır⁴⁶.

Sözleşmeden dönme ise, henüz ifa edilmemiş yükümlülükleri sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iade borcunu doğuran tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi ortadan kaldıran, bir diğer söyleyiş ile mevcut hali sözleşmesel ilişkinin kuruluş anına döndüren yenilik doğurucu bir haktır.

İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin üzerinde bu kadar önemle durulma nedeni daha önce de belirtildiği üzere inşaatın tamamlanan kısmına ilişkin

⁴⁶ BUZ, s. 65; ÖZ (Dönme), s. 26; SEÇER, s. 47

yüklenicinin talebine etkisidir. Burada hesabı etkileyecek olan farklılık, ilgili talebin sözleşmeye yahut sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmasıdır⁴⁷.

İnşaat sözleşmesinin feshi ele alındığında, fesih anına kadar geçerli ve edimleri kısmen yerine getirilmiş bir sözleşme ele alınacak ve yüklenicinin talebi sözleşme kaynaklı bir bedel talebi olacaktır. Sözleşmeden dönme halinde ise, neredeyse sözleşme hiç var olmamışçasına gibi bir yaklaşım benimsenecek, bu kez hali hazırda ifa edilmiş edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Çoğu halde inşaat iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı ve iadesi mümkün olmadığı için, yüklenicinin talebi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, iş sahibi bakımından yarattığı zenginleşme ile sınırlı bir talep olacaktır.

İşte bu nedenlerle, eldeki somut olay incelenerek sözleşmenin ani edimli ve sürekli borç doğuran karmaşık yapısı incelenmeli, sözleşmenin sona ermesi halinde ise hakkaniyet kuralları gereği ifa yükümlüsü olarak nitelendirilen yüklenicinin edimini ne ölçüde yerine getirmiş olduğu tartılmalı ve ancak buna göre hakkaniyetli bir araştırma ve değerlendirme yapıldıktan sonra yüklenicinin talebinin ederi doğru şekilde tayin edilmelidir.

1.4. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

1.4.1. Giriş

İnşaat sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir⁴⁸. Sözleşmenin her iki tarafının da gerçek yahut tüzel kişi, bir yahut birden fazla kişi olmaları uygulamada rastlanabilecek ve kanunen kısıtlanmamış hallerdir. Geniş bir perspektiften bakıldığında takdirde, iş sahibinin tüketici sıfatını taşıdığı durumların söz konusu olabileceğini görmekteyiz. Bu halde 6502 sayılı Tüketicinin

⁴⁷ GÖNEN, s. 23

⁴⁸ SEÇER, s. 34; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 955; GÖNEN, s. 29; GÖKYAYLA, s. 12.

Korunması Hakkında Kanun'unun da uygulama alanı bulacağını belirtmek gerekir⁴⁹.

Yüklenici; eser sözleşmesinin konusu olan “şeyi” imal etmeyi taahhüt eden ve imal ettiği “şeyi” de iş sahibine teslim yükümlülüğü altına giren kişi olarak nitelendirilebilir⁵⁰.

İş sahibi ise, sözleşmeye konu olan “şeyin” yani eserin bir bedel karşılığında imal edilmesini “ısmarlayan” ve imal edilen “şeyi” teslim almakta menfaati bulunan, sözleşmenin “talep eden tarafı olan” kişilerdir⁵¹.

Herhangi bir yanılığa mahal vermemek amacıyla incelenmesi gereken ayrı bir taraf ise müşavir / danışman mühendislerdir. Özellikle uluslararası hukuk platformunda matbu olarak kullanılan tip sözleşmelerde, inşaatın seyri bakımından denetleyici pozisyonundaki müşavir/ danışman mühendislik kurumu (“Engineer”) taraflardan ayrı ve objektif bir statüye sahiptir. “Sözleşme idarecisi” tanımı ile de açıklanması mümkün olan bu pozisyonu, eser / inşaat sözleşmesine ayrı bir taraf olarak değerlendirilme yanılığısına kapılmamak gerekir⁵². Müşavir mühendis ile iş sahibi arasında kural olarak bir vekâlet sözleşmesi bulunmakla birlikte⁵³, yüklenici bu sözleşmeye taraf değildir⁵⁴. Her ne kadar müşavir mühendis ile iş sahibi arasında bahsedildiği gibi bir sözleşmesel ilişki bulunsa dahi, müşavir mühendisin görevi teknik bilgisi yüksek olan konunun uzmanı olarak inşası devam eden eserin objektif biçimde değerlendirilmesi ve yine taraflara eşit uzaklıkta bulunarak halin icabı gereğince hareket eden tarafların değil, “şeyin” imalinin çıkarı için hareket etmektir. Bu nedenle müşavir mühendislerini objektif hizmet sunucular olarak değerlendirmek ve inşaat sözleşmesinin tarafı olarak nitelendirmemek gerekir⁵⁵. Bir şantiye şefi

⁴⁹ SEÇER, s. 34.

⁵⁰ UÇAR, s. 24; GÖNEN, s. 33; SEÇER, s. 34; GÖKYAYLA, s. 12.

⁵¹ UÇAR, s. 28; GÖKYAYLA, s. 12; GÖNEN, s. 29; SEÇER, s. 39.

⁵² KLEE, s. 4

⁵³ GÖKYAYLA, s. 14; DAYINLARLI (Müşavir Mühendislik Sözleşmesi), s. 8.

⁵⁴ GÖKYAYLA, s. 14.

⁵⁵ GÖKYAYLA, s. 15.

görevlendirilmesini ise, müşavir mühendislik kavramı ile karıştırmamak gerekir; zira bu tip bir görevlendirme iş sahibinin iş sahasında görünüm kazanması demektir.

1.4.2. İş Sahibi

İş sahibi, yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmeye konu olan eserin bir bedel karşılığında imal edilmesini talep eden ve imal edilen eseri teslim almakta menfaati bulunan ve bu eserin meydana getirilmesini yükleniciye bırakan, işi başkasına tevdi eden⁵⁶, gerçek yahut tüzel kişidir⁵⁷. Yabancı kaynaklarda yapılan daha yalın bir tanım da bahsetmeye değerdir: İş sahibi, projenin gerçekleştirilmesi hizmetini yükleniciden bekleyen kimsedir⁵⁸. Hukukumuzdaki bu iş sahibi terimini ifade etmek üzere, İngiliz ve Anglo-Sakson sistemlerde iş sahibi, işveren anlamına gelen, “*Employer*”, Alman ve İsviçre Hukuku’nda sipariş veren, ısmarlayan anlamına gelen “*Besteller*”⁵⁹, Fransız Hukuku’nda amir anlamına gelen “*Maitre*”⁶⁰ terimlerine rastlamaktayız

İnşaat sözleşmesinin unsurları değerlendirilirken de belirtildiği üzere, iş sahibinin asıl borcu eser sözleşmesine konu olan esere karşılık gelen bedelin yükleniciye ödenmesidir.

İş sahibi tanımını yaparken belirtmek gereken bir husus daha vardır. Taraflar, kamu hukuku yahut özel hukuk tüzel kişisi olabilirler. Özellikle iş sahibinin kamu hukuku tüzel kişisi olmasına sıkça rastlanır⁶¹. Bu durumda sözleşmesel ilişkiye uygulanacak kurallar bakımından herhangi bir değişiklik olmayacak, istisnai

⁵⁶ BAYGIN, s. 6.

⁵⁷ SEÇER, s. 39; EREN (BATİDER), s. 50.

⁵⁸ KLEE, s. 4.

⁵⁹ ÇUHADAR, s. 44’ten naklen BECKER: Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeviren A. Suat Dura, Ankara, 1993, s. 626.

⁶⁰ ÇUHADAR, s. 44.

⁶¹ GÖKYAYLA, s. 13.

düzenlemeler ayrı kalmak kaydıyla sözleşmeye özel hukuk hükümleri uygulanacaktır.

1.4.3. Yüklenici

Yüklenici, kendisine ısmarlanan ve eser sözleşmesinin asıl borç konusu olan eserin imalini üstlenen ve böylece bu eseri meydana getirme borcu ile yükümlenen kimsedir⁶². 818 Sayılı EBK döneminde yüklenici yerine müteahhit terimi kullanılmakta, bu terim kullanımı uygulama ve öğretiyeye de yansımaktaydı. Buna rağmen o dönemden bu döneme yüklenici terimini kabul etmiş yazarlar ve bu şekilde karar vermiş Yargıtay hukuk daireleri mevcuttur, hatta eski tarihli bir YHGK kararının ardından en azından öğretilde “yüklenici” terimini daha sık görmeye başladığımız söylenebilir⁶³.

Daha önce de belirtildiği üzere, eser sözleşmesinin karakteristik edimi eserin imalidir. Bu borç, eser sözleşmesini diğer tür sözleşmelerden ayırt eden yükümlülüktür. Yüklenicinin asıl borcu ise, imal edilen bu eserin teslimidir.

Özellikle büyük bir emek ve zaman gerektiren nitelikli yapı işlerinde, yükleniciler farklı sıfatlar ile karşımıza çıkabilirler. Basit bir bina inşasından öte, faaliyeti binanın ederinin çok üstünde olan bazı tesisler söz konusu ise, örneğin enerji geri dönüşüm faaliyetinde de bulunabilen bir fabrika inşası için bir yüklenici ile anlaşılmışsa, ortada uzmanlık gerektiren bir çok başka faaliyet de söz konusu olacaktır.

Projenin hazırlanması, bina inşası, ince işlerin tamamlanması, geri dönüşüm sisteminin kurulması, bu sistemin fabrika ana faaliyeti ile olan entegrasyonu gibi özellikli birçok işin aynı kişi ve firma tarafından yapılmasının beklenmesi söz

⁶² GÖKYAYLA, s. 12; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 499; GÖNEN, s. 33; SEÇER, s. 34.

⁶³ KARADAŞ, s. 22; EREN (BATİDER) s. 50; Ayrıca bkz. HGK 16.04.1997, 15-36/336 (www.kazanci.com.tr)

konusu olamayacaktır. İşte bu gibi hallerde, işletmenin işlerlik kazanabilmesi için bir yüklenici ile anlaşılabilir, tüm diğer çalışmaların birbirine olan entegrasyonu bakımından tek yüklenici sorumlu olarak görülmek istenebilir. Daha detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte bu tür yüklenicilere, anahtar teslim yüklenici adı verilecektir. Bazı hallerde yine büyük bir eserin yapımı için birden fazla yüklenici ile ayrı ayrı anlaşılması mümkündür. Kısmi olarak değil de, eserin bütününe ortaya çıkarmak için kendisiyle anlaşılan yüklenicilere, genel yüklenici adı verilmektedir. Sözleşme kapsamında, eserin inşasının ilgili yüklenici tarafça bizzatıhi yapılması şartı bulunmuyor ise; asıl yüklenicinin belli bir takım işleri kendi nam ve hesabına yaptırabileceği yükleniciler ise, alt yüklenici olarak adlandırılacaktır.

1.4.3.1. Anahtar Teslim Yüklenici

Anahtar teslim sözleşmelerde (*Turn-Key Contracts*) yükleniciye projenin hazırlanması, eserin tamamlanması için gereken tüm malzemenin temini ve inşaat işlerinin tümünün yükletilmekte ve tüm bu işler sonlandıktan sonra iş sahibinin tesisin anahtarını çevirip, kapısını açarak işlerini görmeye başlaması öngörülmektedir⁶⁴.

Yukarıda da belirtildiği üzere eser sözleşmelerinde iş sahibinin karşısında, eserin imali borcu ile yükümlenen kişi yüklenici olarak anılmaktadır. Eserin imalinin yanında amaca yönelik projenin tümünden görülmesi işini de üstlenen yüklenicilere, anahtar teslim yüklenici denmektedir⁶⁵. Anahtar teslim yükleniciler, genel yükleniciler olup, eserin projelendirilmesi ve projenin gerçekleştirilmesi ve yeri geldiğinde farklı uygulamaların entegrasyonunu da sağlamaktan sorumludurlar. Anahtar teslim yüklenicilik aslında uzun bir geçmişe sahiptir, hatta günümüzde

⁶⁴ HOSİE, s. 2

⁶⁵ SEÇER, s. 38, dn. 113

özellikle petrol ve doğalgaz sektörlerine hizmet veren anahtar teslim yüklenicilerden bazılarının geçmişi 18. yüzyıla kadar dayanmaktadır⁶⁶.

Anahtar teslim yükleniciliğin oldukça uzun bir geçmişinin olmasının nedeni, eserin imali konusunda özel teknik bilgiye sahip olunmasının inşaat sektöründe işin doğal gereği olmasıdır. Yatırımcı sıfatındaki iş sahipleri, işletme amacıyla sahip olmak istedikleri tesisin projelendirilmesini, yapımını ve tesis kapsamındaki farklı bölümlerin birbirine uygun çalışma prensibine sahip olmasını istemekte, bu konuda karşılarında yetkili ve sorumlu olarak karşılarında tek bir bünyeyi görmek istemektedirler. İşte bu nedenle özellikle gelir getirici faaliyetlerde kullanmak üzere imali istenen eserler söz konusu olduğunda anahtar teslim yüklenicilik neredeyse çoğunlukla başvurulmuş bir çalışma prensibi haline gelmiştir.

1.4.3.2. Genel Yüklenici

Sözleşme konusu olan eserin tümünün imali borcu ile yükümlenen yükleniciye genel yüklenici adı verilmektedir⁶⁷. Genel yüklenici ile anahtar teslim yüklenici arasındaki fark ise, genel yüklenicilerin eserin projelendirilmesi ile yükümlü olmaması, iş sahibi tarafından talep edilen şekilde ve büyük bir çoğunlukla iş sahibi tarafından yapılmış olan projelendirmeye uygun olarak inşa etme borcu ile yükümlenmiş olmalarıdır.

Fakat yine özellikle belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki sözleşme kapsamında eserin tümünün imalinin bizzatı yüklenici tarafından yapılması gibi özel bir şart yoksa, inşaat sözleşmelerinin yükümlülük ifasının kişiye bağlılığı bulunmamaktadır. Örneğin belirli bir ses sanatçısının konser verme borcu⁶⁸ ile

⁶⁶ KLAUS, s. 1

⁶⁷ SEÇER, s. 37

⁶⁸ Yeri geldiği için belirtmek isteriz ki, eser sözleşmeleri konusunda klasik olarak verilen bu örnek bazı görüş ayrılıklarına yol açmaktadır. Tandoğan, bizim de verdiğimiz örnekte yinelediğimiz ve 23 Şubat 1968 tarihli ve 1968/12 E., 1968/76 K. No'lu YHGK karar kapsamında ortaya koyulduğu üzere belirli bir zamanda belirli bir ses sanatçısının vereceği konseri tipik bir eser sözleşmesi olarak betimleyen görüşü eleştirilmiştir. Tandoğan'a göre, maddi bir varlıkta kendisini

yükümlendiği bir sözleşmede olduğu gibi, sözleşme tarafının “*parmak izinin*” önemli olduğu bir durum söz konusu değildir. Sözleşme ile özel bir talep gelmediği müddetçe, genel yüklenici belli bazı işleri alt yükleniciler vasıtasıyla gördürmekte serbest olacaktır. Zira anahtar teslim yüklenici alt başlıklı bölümünde de belirtildiği üzere, karmaşık inşaat işlerinde, iş sahibinin tüm işleri yapabilecek teknik bilgi ve emek gücüne sahip bir tek kişi bulabilmesi oldukça güçtür. Öyleyse iş sahibi, işlerini teslim ettiği genel yüklenicinin işin gereği kendi uzmanlık alanı dışında kalan işlerde alt yükleniciler ile çalışabileceğini bilmeli ve buna göre hareket etmelidir⁶⁹.

1.4.3.3. Alt Yüklenici

Alt yüklenici (*Sub-Contractor - Suburnternehmer*), asıl yüklenici yardımcısı olarak kendisine verilen işi yerine getirmeyi asıl yükleniciye borçlanmış olan taraf niteliğiyle tanımlanabilir⁷⁰. Asıl yüklenici, yani asıl sözleşme kapsamında iş sahibinin karşısında bulunan taraf, sözleşme konusu eseri meydana getirirken kendi hesabına başka yükleniciler ile çalışarak eserin imalini alt yükleniciye gördürebilecek, özellikle uzmanlık gerektiren işlerde yapılacak bu iş gördürmeler işin tamamlanması bakımından pek olumlu etkiler yaratabilecektir⁷¹.

gösteremeyen fikir, sanat veya spor çalışmalarına veya gösterilere ilişkin sözleşmelere, eser sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerekmektedir. TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 21-22. Bu tartışma ise maddi olan yahut olmayan “eser”lerin ortaya çıkması odağında toplanmaktadır. Kanaatimize göre, sonucu taahhüt hususunun odakta olduğu bir değerlendirme daha uygun düşebilecektir. Görece yakın tarihli, 18 Kasım 2009 tarihli ve 2009/15-459 E., 2009/541 K. No’lu YHGK kararında ise “*Ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, kızak yarışı, bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi, şefi ile sözleşme yapılarak tutulan ve akidde kimlikleri belirtilmeyen diğer çalgıcıların ücretleri şef tarafından verilen bir dans orkestrasının bir lokalde çalışması, bir yarış atının eğitilmesi*” gibi işler eser sözleşmesinden sayılmıştır. Kanaatimizce, eser sözleşmeleri 818 Sayılı EBK dönemi metnindeki gibi bir şey’in tecessümünü gerektirmemekte, zorunlu kılmamaktadır. İşte bu nedenlerle, belirli bir ses sanatçısının önceden planlı bir konsere çıkarak, sanatını icrasını şahsa bağlı bir eser sözleşmesi anlaşması olduğunu düşünmekteyiz.

⁶⁹ SEÇER, s. 38.

⁷⁰ AKKANAT (Taşeronluk Sözleşmesi), s.10

⁷¹ TANDOĞAN (Alt Müteahhit), s. 64; SELİÇİ, s. 17; DAYINLARLI (Müşavir Mühendislik Sözleşmesi) s. 27.

Asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki sözleşme, iş sahibi ile asıl yüklenici arasında akdedilmiş bulunan sözleşmeden bağımsızdır⁷². Bahsi geçen sözleşme gereği asıl yüklenici, alt yüklenici bakımından bir manada iş sahibi gibi değerlendirilebilir⁷³.

Bedel başlıklı bölümde daha detaylı olarak açıklanacak olan uygulamadaki inşaat işlerinden doğan uyuşmazlıkların çoğu zaman alt yükleniciler nezdinde doğduğu gözlemlenmektedir. Çoklu alt yüklenicinin iş gördüğü karmaşık projelerde tek bir alt yüklenicinin sorunlu ifası dahi projelerin gerçekleştirilmesini engelleyecek nitelikte sorunlar çıkmasına sebep olabilecektir⁷⁴.

Bu durumda, esas eser sözleşmesi ile bir bağıtı bulunmayan alt yükleniciler ile ilgili sorunu kimin üstleneceği hususunun tartışılması gerekmektedir. Bu konuda iki ana prensip paralelinde bir çıkarsama yapmak mümkündür. Öncelikle alt yüklenicinin sorumlu ve yükümlü olduğu taraf, asıl yüklenicidir. Bu nedenle bu sorumluluğun, alt yüklenici ile sözleşmesel ilişkisi bulunan asıl yükleniciye ait olduğunu söylemek mümkündür. Fakat durum her zaman bu şekilde ortaya çıkmayabilir. Şöyle ki; bazı projeler bakımından iş sahiplerinin, karşılarında tek bir görevli yüklenici göremeyeceklerini ve işin doğası gereği birden çok yüklenici tarafından ifası gereken fiiller olduğu yukarıda da belirtmiştir. İşte böyle hallerde, alt yüklenici seçimi de sorumlu ve özenli bir şekilde yapıldıysa ve kusur ilgili alt yüklenicide değil de, alt yüklenicilik kavramının girdiği herhangi bir işte ortaya çıkabilecek bir sorundan bahsediliyorsa bu kez sorumluluk kanaatimize göre asıl yüklenici ve iş sahibi arasında paylaşılabilirdir. Bahsi geçen bu sorun pek muhtemelen süre bakımından ortaya çıkacaktır. Zira alt yüklenicilik uygulamalarında en çok rastlanan sorunlar, muhtemel iş değişikliği ve benzeri iş sahibi taleplerinin iki ayrı kurum arasında anlaşılıp iletilmesi sürecinde doğabilecek gecikmelerden kaynaklanmaktadır.

⁷² SEÇER, s. 35.

⁷³ DAYINLARLI (Müşavir Mühendislik Sözleşmesi), s. 27.

⁷⁴ KLEE, s. 59

1.5. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

İnşaat sözleşmeleri, hukuki nitelik bölümünde de belirtildiği üzere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Taraf borçları hem sözleşmeden kaynaklanan asıl borçları hem de diğer yan yükümlülükleri içermektedir.

Yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamındaki borçları genel itibariyle TBK md. 471 ila TBK md. 475 arasında düzenlenmiştir. TBK sistematığına göre yüklenicinin borçları (i) Yüklenicinin eser inşasına dair borçları ve eserin imali bakımından özen ve sadakat yükümü, (ii) Yüklenicinin malzeme bakımından üstlendiği borç, (iii) Yüklenicinin işe zamanında başlama ve yürütme sorumluluğu ve (iv) Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu olarak saymak mümkündür.

Eser / inşaat sözleşmelerinin karakteristik özelliğini ortaya koyan edim elbette ki sözleşme konusu olan eserin imali / inşasıdır. Sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasını takiben yüklenicinin eseri imal ve teslim yükümü doğmaktadır. Yukarıda detaylı şekilde açıkladığımız üzere “teslim” borcu, tanımı içerir maddede düzenlenmemekle birlikte TBK’nın ilgili başkaca maddelerinden ve sözleşmenin doğasından anlaşılmaktadır. Yine doğal olarak eserin teslimi, eserin tamamlanmasını takiben, teslim için öngörülen şekil her nasıl ise, o şekilde yapılacaktır. Teslime hazır olma duyurusu için başkaca bir sözleşmesel düzenleme olmadığı takdirde basit bir bildirim yeterli olacaktır⁷⁵. Elbette, yüklenicinin ilgili eser sözleşmesi kapsamında mevcut borcunun sona ermesi için, eser ayıpsız ve eksiksiz biçimde teslim edilmiş olmalıdır⁷⁶.

Doktrinde de ifade ettiği üzere; teslim, genellikle tamamlanmış olan eserin sözleşmenin ifası amacıyla verilmesi anlamını taşımasına karşılık bazen taraflar,

⁷⁵ BÜYÜKAY s. 73.

⁷⁶ ŞAHİNİZ, s.7.

eserin tamamlanmasından önce kısmi teslimi öngörebilirler⁷⁷. FIDIC çerçeve sözleşmelerinin uygulamasında da bu “kısmi teslim” tipi uygulamada yoğun şekilde görülmektedir. Hatta, teslimin iş sahibi tarafından bedelin ödenmesi yükümünü muaccel kılması nedeniyle, bir çok işten oluşan büyük inşaa işlerinde maddi gereklilikler ve oldukça uzun bir sürece yayılan inşaa işi değerlendirildiğinde, kısmi teslimli işlere uygulamada çokça hatta görece olarak tek teslim ve tek bedel ödeme şeklinde olan sözleşmelerden çok daha fazla rastlanmaktadır.

İstisnai durumlar bir yana yüklenici, eserin inşası için üçüncü kişilere başvurabilecektir. Hatta iş sahibinin yüksek menfaati göz önünde bulundurulduğunda, proje sorumlusu olarak nitelendirilebilecek asıl yüklenicinin, konunun özel teknik uzmanları ile çalışması daha uygun dahi düşebilir. TBK md. 471/3’e göre,

“Yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”

Eser sözleşmesine özgü bu düzenleme, aslen TBK md. 83’ün bir görünümü niteliğindedir. Zira, her ne kadar TBK md. 471 hükmünde asıl olan yüklenicinin ilgili eseri kendisinin meydana getirmesi olsa dahi, istisna hükümleri TBK md. 83 ile örtüşmektedir. Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin “kişisel özellikleri” önem taşııyorsa ise, bu kez işi kendi kontrolünde üçüncü kişilere yaptırmasına hanel veren bu düzenleme, inşaat sözleşmelerinde belirli firmanın pek özel teknik bilgisi ve nitelikli ifası söz konusu değil ise, TBK md. 83’ün tekrarı niteliğindedir. Yüklenicinin eserin inşası/ imali bakımından özen ve sadakat borcu ile yükümlü olduğu da TBK kapsamında düzenlenmiştir. TBK md. 471/1-2 uyarınca,

⁷⁷ BÜYÜKAY, s. 74.

“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”

Öz’ün de belirttiği üzere, sadakat yükümü en geniş manası ile, eseri sözleşme hükümleri uyarınca tamamlamanın yanında iş sahibinin bu sözleşme ile irtibatlı her tür çıkarını gözetmeyi ve bu nedenle eline geçmiş olan özel bilgi ve durumu kendi çıkarına ve iş sahibi aleyhine kullanmamayı gerektirmektedir⁷⁸. Bu anlamda belirtmek gerekir ki, yüklenici, sadakat yükümüne aykırı davranır ve bu aykırılıktan belirli bir gelir/ kazanç elde eder ise, işte bu gelir vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilecek, bedel talebi bu şekilde hesaplanacaktır⁷⁹.

Sadakat borcu TBK. md. 472/2’de, 476’da ve 483/2’de açıkça düzenlenmiş durumdadır.

Yargıtay’ın 2005 yılında yaptığı özen borcu tanımı dikkat çekicidir. Buna göre, *“Yüklenici, yapımını üstlendiği işi, özen borcu gereği olarak; fen ve sanat kurallarına, sözleşme hükümlerine, kendisine duyulan güvene ve beklenen amaca uygun şekilde yapmakla ödevlidir”*.⁸⁰ Yüklenicinin tacir olduğu durumlarda ise, elbette ki konu hakkında uzman, basiretli bir tacirden beklenecek özen derecesi daha da yüksek olacaktır. İnşaat sektöründe yüklenicinin işi özenle yapma yükümlülüğü, yalnız işin başlangıcında alınacak tedbirler ve yapılacak inceleme

⁷⁸ ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 108.

⁷⁹ BÜYÜKAY, s. 145.

⁸⁰ Yarg.15. HD. 29.3.2005 tarihli ve 2004/5228 E. ve 2005/1862 K. No’lu Kararı (www.kazanci.com)

olmayıp, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesine kadar devam eden bir yükümlülüktür⁸¹.

Malzemenin yüklenici tarafından temini halinde, malzemeye dair yüklenicinin sorumluluğu elbette ki malzemenin kalitesi bakımından olacaktır. Zira malzeme, esere yani inşa edilecek binaya karışacak ve inşa edilecek yapının kalitesine birebir etki edecektir. Bu anlamda, malzeme sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olacak, sözleşmede özel nitelik saptaması yapılmamışsa, uygun ve elverişli kalitede olacak ve herhalde sözleşmesel ilişki kapsamında yapılması garanti edilen yapının amacına uygun olacaktır. Aksine anlaşma olmadığı takdirde malzeme en az orta kalite⁸² olacak ve fakat kaliteden kasıt ürünün markası⁸³ olmayacaktır.

TBK md. 472/1 dahilinde, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı hallerde, yüklenicinin sağladığı bu malzemenin ayıplı⁸⁴ olması halinde, yine yüklenicinin sorumluluğunun “satıcı” sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, malzemenin ayıplı olmasına karşı düzenlenen sorumluluk, satım hükümlerine atıf yapılmak suretiyle gerçekleştirilmiş, ayrıca detaylı bir düzenlemeye gidilmemiştir⁸⁵. Malzemeyi yüklenicinin temin ettiği hallerde, yüklenicinin malzemenin niteliğini ve kalitesini belli bir seviyede tutmak ile yükümlü olduğu tartışmasızdır. Bu durumda yüklenici, sözleşme düzenlemesi ve işin gereği hususlarını dikkate alarak değerlendirme yapmalı ve eser sözleşmesinin gereklerini yerine getirmek için gereken nitelikte malzeme teminini üstlenmelidir. Hukukumuzdaki yüklenicinin işe zamanında başlama ve kendisinden beklenen dönemsel ifa tamamlama yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülük TBK md. 473 düzenlenmiştir. Buna göre,

⁸¹ APANOĞLU, s.36.

⁸² Yarg.15.HD. 28.1.2008 tarihli ve 2007/1130 E. ve 2008/443 K. No’lu Kararı (www.kazanci.com)

⁸³ Malzemenin “lüks” olması gereğinin bulunmadığı hususu ve eğer iş sahibi tarafından lüks sınıf malzeme talep ediliyor ise, ispat yükünün iş sahibi üzerinde olduğu hakkında bkz. GÖKYAYLA, s. 156.

⁸⁴ 818 Sayılı EBK’da “malzemenin ayıplı olması” yerine, “malzemenin iyi cinsten olmaması” tanımı kullanılmaktaydı.

⁸⁵ BÜYÜKAY, s. 157.

“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere, burada eserin tesliminde herhangi bir gecikme gerekmez, teslimden önceki bir temerrüt hali düzenlenmiştir⁸⁶. Bu durumun nedeni de inşa işinin uzun bir sürece yayılmış olması durumudur. Teslim tarihinde gecikme olacağı, pekala önceki safhalardan anlaşılabilir. Ayrıca safhaların (fazların) tamamlanabilmesi bir önceki safhanın tamamlanmış olması gerekir. Yine belirtmek gerekir ki, ilgili madde hükmü emredici nitelikte olmayıp, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür⁸⁷.

Yine hakkaniyete göre değerlendirilme yapıldığında; madde hükmünün düzenlediği gibi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının ortaya çıkabilmesi için, yüklenicinin işe zamanında başlamamış olması veya başlamış olsa dahi program dahilinde devam ettirmemesi ve bu sorunların iş sahibine atfedilecek bir kusurdan dolayı ortaya çıkmamış olması gerekir. Gerçekten de, söz konusu gecikmenin, iş sahibinden kaynaklandığı hallerde, bir de dönme hakkı ile adeta ödüllendirilmesi kabul edilebilecek bir sonuç olmayacaktır.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu TBK kapsamında açıkça düzenlenmemiştir. Fakat ileride detaylı olarak açıklanacak olan çeşitli TBK hükümleri, bu borca yollama yapmış ve yükleniciyi ayıba karşı tekeffülle yükümlü kılmıştır. Eser sözleşmesinde eserin ayıpsız olarak meydana

⁸⁶ BÜYÜKAY, s. 89, dn. 204.

⁸⁷ BÜYÜKAY, s. 89.

getirilmesini sağlama borcu yüklenicinin asli edim yükümlüğü kapsamında ve eseri teslim borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olan bir borçtur⁸⁸.

TBK md. 477/1 uyarınca iş sahibi eseri açık yahut örtülü şekilde kabul ettiği takdirde yüklenici, ayıplı ifa bakımından doğabilecek sorumluluktan kurtulacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus “gizli ayıp” olarak nitelendirilen ve ilk muayene ile tespiti zor ve dahi imkansız olan yahut kasten gizlenmiş olan tüm (açık ve gizli) ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğunun, kabule rağmen devam edecek olmasıdır. Bu bağlamda muayene ve ihbar külfeti iş sahibi tarafından yerine getirilmez ise, TBK md. 477/2 uyarınca iş sahibi eseri kabul etmiş sayılacak ve muayene ve ihbar için öngörülen makul sürelerin geçmesi ile birlikte yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğu düşecektir. Gizli ayıplar bakımından ise, iş sahibinin ilgili ayıbı fark etmesiyle birlikte ihbar için öngörülecek makul sürenin geçmesi ile birlikte yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁸⁹. Ayrıca eserdeki ayıbın doğumu iş sahibine atfedilebilir ise, iş sahibi eserin ayıplı olması durumunda TBK md. 475’ten doğan haklarını kullanamayacaktır⁹⁰. Açıkça bir düzenleme bulunmasa dahi her iki tarafın da sorumlu olduğu hallerde de tıpkı müterafık kusur hallerinde olduğu gibi kusur oranları değerlendirilmesi sonrasında, sorumluluktan doğan tazminat tutarında indirim yapılarak hakkaniyet sağlanmış olacaktır.

Eser sözleşmelerinde iş sahibinin en temel ve asli borcu, ısmarlamış olduğu eserin karşılığı olan bedelin ödenmesidir⁹¹. Bedel ödeme borcu İkinci Bölüm kapsamında detaylı olarak incelenecektir.

Tarafların yan yükümlülüklerine dönecek olursak, artık yüklenici ve iş sahiplerine ek olarak müşavir mühendislerden de bahsetmek gerekecektir. Zira sözleşme taraflarının yanında, eser sözleşmesinin tarafı sayılmamalarına rağmen, müşavir mühendislerin verecekleri kararların sözleşme ifasını güçleştirme yahut

⁸⁸ YENER, s. 155.

⁸⁹ ŞAHİNİZ, s. 123.

⁹⁰ ŞAHİNİZ, s. 134-135.

⁹¹ SELİMOĞLU, s. 154; TORUN, s. 410-427; GÖKYAYLA, s. 25.

geciktirme gibi sonuçlar doğurabileceği kabul edilmiştir⁹². Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde sanki üçüncü bir tarafmışçasına iş gören müşavir mühendislerin de uyması gereken tali kurallar olduğundan bahsedilmiştir⁹³. Bu kuralların (*by law and by fact*) kanundan yahut işin gereğinden doğan iki şekilde vücut bulduğu anlaşılmaktadır. İşte bu tali kurallardan ilki ve en önemlisi, bizim hukuk sistemimizin de temelinde yatan iyi niyet prensibi ve sadakat ve özen yükümü olarak ortaya koyulabilir.

Bu yan yükümlülükler konusunda yapılan bir ankette katılımcıların iyi niyet ve sözleşme şartlarını gereği gibi yerine getiren bir karşı taraf ile karşılaşmış ve karşılaşmadıklarına dair vermiş oldukları yanıtı gösterir tablo oldukça ilgi çekicidir.



TABLO 1⁹⁴

⁹² KNOWLES, s. 48

⁹³ HEWITT, s. ix

⁹⁴ GABER/AL JARWAN/SHARIF/ EL BEHEIRY, s. 3

Kanaatimizce bu tablo, uluslararası arenada inşaat sözleşmeleri gibi uzun süreçlere yayılan, yüksek meblağlı işlerde, tarafların anlaşmazlığa düşmelerinin ve bu uzun süreçte sorun yaşamalarının ne kadar olası olduğunu göstermektedir.

İşin doğasından kaynaklanan yan edimlere örnek vermek gerekirse; karşı tarafın ifasına yardımcı olmaktan bahsetmek mümkündür. Bu yardım niteliğindeki fiiller hem yapma hem de yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. İş sahibinin *yapma* şeklindeki edimine, zemin etüdü yapan yükleniciye inşaat sahasının tesliminden önce ihtiyaç duyulduğu halde etüt yapma izni verilmesi, *yapmama* şeklindeki edimine ise, iş sahibinin yüklenicinin sahaya girmesini engellemek örnek olarak verilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE BEDEL

2.1. GİRİŞ

TBK md. 470 uyarınca eser sözleşmesi, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Buradan da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesinin karakteristik edimi olan eserin inşasının karşısında, iş sahibi tarafından yapılacak bedel ödemesi yükümlülüğü durmaktadır. Daha önce de incelendiği üzere eser sözleşmelerinde “bedel” vaadi, bu anlamda sözleşmenin zorunlu unsurlarındandır. Öyle ki, kanun koyucu eser sözleşmesi kapsamında tarafların bir bedel belirlemediği halleri de dikkate almış, bu durumun sözleşmenin zorunlu unsuruna hanel getirip sözleşmenin sıhhatini tehlikeye atmasına izin vermeyerek, bedelin belirlenmediği hallerde ödenecek tutarın hesaplama formülünü özel olarak hükme bağlamıştır⁹⁵. Ayrıca bu çalışmamızın incelediği sorunsal bakımından önemle belirtmek isteriz ki, eser sözleşmesinin bedel unsurunu adeta sözleşme kapsamında çekip çıkartırsak bu kez elimizde “vekalet” hükümleri kalacaktır⁹⁶. Yine konuya giriş yaparken belirtmek isteriz ki, özellikle bu çalışma kapsamındaki inşaat sözleşmelerinin ağır masraf, emek ve zaman ihtiyacı göz önünde bulundurulursa, uygulamada bedelin belirlenmediği *en azından bedelin ne şekilde hesaplanacağını belirlenmediği* örneklerle rastlamak pek de mümkün görünmemektedir.

Özellikle yüklenicinin ifa külfeti bakımından pek ağır olan karmaşık inşaat işlerinde ara iş teslim safhaları ve ara ödemeler söz konusu olabilecekse de, sözleşmede böyle bir aksi hüküm bulunmadığı takdirde, bedel eserin teslimi

⁹⁵ TBK md. 481

⁹⁶ SELİMOĞLU, s. 154-168; GÜLEÇ, s. 64; AYDEMİR, s. 183; BÜYÜKAY, s. 151; ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 54.

anında muaccel hale gelir⁹⁷. Muacceliyet, bedel ödemenin talep edilebilir olması bakımından önem taşıyacaktır.

TBK md. 479/1 uyarınca, iş sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslimi anında muaccel olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ortaya çıkacaktır. İnşaat sözleşmelerinin bir çoğu, eserin tamamlanmasına dair aşamaları ve tamamlanmış eserin teslim tarihini içermektedir. Yalnızca eserin teslim tarihinin gelmiş olması, gerçekten eserin tamamlanmasını takiben teslimi yapılmadığı takdirde bedel alacağını muaccel hale getirmeyecektir⁹⁸. Yani TBK md. 479/1 metninde geçen “eserin teslimi anı” kural olarak eserin iş sahibine fiili teslimini ifade etmektedir⁹⁹. Elbette, taraflar yüklenicinin yükümlendiği işin finansal ağırlığının altından kalkamaması gibi riskleri göz önünde tutarak, bu tarihte belirli bir bedel ödenmesini kabul edebileceklerdir.

Genel olarak eser sözleşmelerinde bedel alacağının muaccel olması, bir fatura ibrazına bağlı olmayacaktır. Fakat, belirtmek gerekir ki, bedel hesaplanış yönteminin doğası gereği iş sahibi, yükleniciye ödeyeceği tutarı bilemiyor durumda ise, bu kez teknik olarak alacak muaccel olmasına rağmen yüklenici iş sahibini ihtar vasıtasıyla temerrüde düşüremeyecek, bedel alacağına dayalı bir takas gerçekleştiremeyecektir¹⁰⁰.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa yüklenici, kural olarak teslimden önce bedelin ödenmesini talep edemeyecektir. Yine taraflar arasında ödeme zamanına dair özel bir düzenleme bulunmuyor ise, iş sahibi de teslim gerçekleştikten sonra ödemelerini geciktiremeyecektir.

Kanunun sistematığı göz önünde bulundurulursa, kanun eliyle iki tip bedel sistemi düzenlendiği görülmektedir: (i) götürü bedel ve (ii) yaklaşık bedel.

⁹⁷ TBK md. 479/1.

⁹⁸ GÖNEN, s. 236.

⁹⁹ TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 125; BAYGIN, s. 191.

¹⁰⁰ TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 302.

Gönen tarafından tespit edildiği üzere, işin niteliği uyarınca ve genel anlamıyla götürü bedel iş sahibinin, yaklaşık bedel ise yüklenicinin yararına görünmektedir¹⁰¹. Bunun dışında tarafların kanun eliyle düzenlenmiş bu iki sistem dışında bir hesaplama formülü belirleyerek yahut mevcut sistemleri ikili karma şekilde kullanarak sözleşme bedelini kendi tercihleri uyarınca düzenlemeleri mümkündür.

2.2. BEDEL TÜRLERİ

2.2.1. Götürü Bedel

İnşaat sözleşmelerinde tarafların imal olunacak eserin bedelini sözleşme ifasının başlamasından evvel ve kesin olarak belirlenmesine götürü bedel usulü adı verilmektedir¹⁰².

Götürü bedel teriminden ilk anlaşılan husus, yükleniciye inşaat sözleşmesi kapsamında ödenecek olan bedelin önceden ve kesin olarak belirli olmasıdır¹⁰³. Belirlenmiş olan bedel ise, kesinlik kaydının bir sonucu olarak inşaat sürecinde ortaya çıkan koşul değişikliklerinden etkilenmeyecektir. Aslen bu sonuç, sözleşmeye bağlılık, *pacta sunt servanda*, ilkesinin bir görünümüdür¹⁰⁴. İşte bu nedenle, götürü bedel usulünün iş sahibi lehine ve yüklenici aleyhine olduğu değerlendirilebilir. Zira kural olarak, yüklenici bu gibi hallerde artan masraflarından yahut inşa işinin gerekliliklerinden bahisle bedel artışı talebinde bulunamayacaktır. Götürü bedel yapılacak olan tüm giderleri ve yüklenicinin tüm gelirini kapsayacak şekilde ortaya konacaktır¹⁰⁵. Bu anlamda, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde, zarar rizikosu yüklenicinin üstündedir¹⁰⁶.

¹⁰¹ GÖNEN, s. 48.

¹⁰² GÖNEN, s. 49; KÖKEN, s. 68; ERGÜNE, s. 311; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 563.

¹⁰³ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1012.

¹⁰⁴ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1011; ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 33 vd.

¹⁰⁵ ERGÜNE, s. 311.

¹⁰⁶ KÖKEN, s. 71; GÖNEN, s. 48.

Ticari hayatın gereklilikleri ve uygulama göz önünde bulundurulursa bahsi geçen sözleşme sürecinde, eserin meydana getirilmesi için yapılması zorunlu olan masrafların artması, azalma şansından pek daha yüksek bir risktir. Daha nadir olmakla birlikte masrafların azalması halinde ise¹⁰⁷, bu kez iş sahibi masrafların azaldığını yahut sözleşme ile düzenlenen iş kapsamının tahmin edilenden daha az emek gerektirdiğini iddia ile hesaplanmış olan ücreti vermekten kaçınamayacaktır. Bu rizikoyu üstlenen yüklenici bu nedenle, sözleşme bedeli görüşmeleri esnasında doğru bir teklif verebilmek için piyasaya hakim olmalı ve tüm ihtimalleri değerlendirerek teklifini sunmalıdır.

Taraflar, sözleşmenin yapıldığı esnada bedeli kesin olarak belirliyorlarsa, herhangi bir aşırı yararlanma hali ortaya çıkmadığı müddetçe diledikleri tutarı belirleyebilirler¹⁰⁸.

Daha sonra detaylı olarak değerlendirileceği üzere, götürü bedel usulünün esas alındığı bir inşaat sözleşmesinde, eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibi götürü bedelin kapsamı dışında bazı ek işlerin yapılmasını istemiş ve bu işler yüklenici tarafından yapılmış ise, bahsi geçen ek işlerin görülmüş olması ve bu anlamdaki iş kapsamı değişikliği götürü bedelin niteliğini değiştirmeyecektir.

Götürü bedel usulünün birden fazla alt türü bulunduğu için, bu türlere kısaca değinmek gerekir. Bu türleri (i) Sabit Götürü Bedel; (ii) Değişken Götürü Bedel ve (iii) Birim Fiyatlı Götürü Bedel olarak sıralamak mümkündür.

2.2.1.1. Sabit Götürü Bedel

¹⁰⁷ 2008 yılında çimento hammadde klinkerin fiyatlarının düşmesi sonucu çimento fiyatlarının gerilemesi hususu hakkında bkz.

http://www.yapi.com.tr/haberler/cimento-fiyatlari-ucuzladi_61143.html

¹⁰⁸ GÜRPINAR, s. 47.

Sabit götürü bedel sistemi, belki de götürü bedel usulünün genel niteliklerini en tipik şekliyle barındıran götürü bedel türüdür ¹⁰⁹. Sabit götürü bedel, inşaat sözleşmesi konusu eserin inşa ve imali sürecindeki masraf, emek yahut benzeri değişkenlerden etkilenmeyecek şekilde düzenlenmektedir. Götürü bedel tipinin genel özelliği olan bu önceden ve kesin olarak belirlenme, sabit götürü bedel sisteminde değişmezlik anlamında en klasik uygulama alanını bulur. Değişmezlik niteliği, sabit götürü bedel usulünde diğer türlere nazaran daha ağır basmaktadır.

Sabit götürü bedel usulünün belirlendiği sözleşmelerde, yüklenici kendi maddi pozisyonunu korumak amacıyla sözleşmeyi akdetmezden evvel yoğun bir çalışma yapmalı ve bu şekilde masraf ve gider kalemlerini doğru şekilde hesap ederek, edinmeyi planladığı karını da akılda tutarak bir sonuca varmalıdır.

Uluslararası proje uygulamalarında çoğunlukla tercih edilen sabit götürü bedel ödeme metodu kapsamında belirli bir ödeme planına sadık kalınır ve bu plan dahilinde kimi zaman belirli aşama sonlarında belirlenmiş olan sabit ödemeler yapılır. Kimi zaman ise bu belirli bedel inşaatın tamamlanmasından sonra ödenir. İş sahibi için sabit götürü ücret belirlemesinin bir çok kolaylığı vardır. Yapacağı masrafı önceden neredeyse kesin olarak belirleyen iş sahibi aynı şekilde sözleşme yönetimi bakımından da işini oldukça kolaylaştıracak, yüklenicinin performansını sıkı sıkıya takip zorunluluğu altında kalmayacaktır. Bunun yanında özellikle Almanya’da uygulanan *detaylı götürü ücret sistemi* de dikkat çekici bir inşaat sözleşmesi bedel hesap mekanizmasıdır. Söz konusu sistemde, sabit götürü ücret karşılığında verilecek hizmetler de aynı detayda sıralanmaktadır. İşte bu sistem dahilinde, tarafların proje öncesi planlama safhasında öngörerek listeye ekledikleri işler, sabit götürü ücret kapsamında görülecek iken; taraflarca hiçbir şekilde öngörülmemiş ve iş kalemi listesinde sıralanmamış olan işler bakımından tarafların ayrıca anlaşmaya varmaları gerekecektir ¹¹⁰.

¹⁰⁹ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1012; GÖNEN, s. 50-51; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 527.

¹¹⁰ KLEE, s. 112.

Bu halde sabit götürü bedel, götürü bedel tiplerinden en kesin ve katı şekilde icra edilenidir. Ancak sabit götürü bedel düzenlemelerinde de bedelin artışı söz konusu olabilecektir. Sözleşme kapsamı dışında kalan ek işlerin iş sahibi tarafından talep edilmesi, sabit götürü bedelli sözleşmelerdeki bedel artışı olasılıklarına verilebilecek en klasik örnektir.

2.2.1.2. Değişken (Global) Götürü Bedel

Değişken götürü bedel ise, kural olarak önceden hesaplanmış olan götürü bedel aynı kalmak kaydıyla, tarafların üzerinde anlaştığı inşaat sözleşmesi konusu eserin imal ve inşası süresince emek ve malzeme fiyatlarında meydana gelecek artışların bedele yansıtılacağına dair bir anlaşma içeren götürü bedel türüdür¹¹¹. Bununla birlikte artışlarda olduğu gibi bahsi geçen masraf kalemleri fiyatlarında düşüş olduğunda, bu değişikliğin yine toplam bedele yansıtılacağına dair kayıtlar da geçerli olacaktır¹¹².

2.2.1.3. Birim Fiyatlı Götürü Bedel

Birim fiyatlı götürü bedel hesabında, tarafların üzerinde anlaştığı inşaat sözleşmesine konu olan eserin meydana getirilmesi esnasında görülecek çeşitli kalem işler bakımından belirli bir birim fiyat belirlemesi yapılması ve sonucunda toplam iş ile çarpma yoluyla hesaplanarak toplam bedel tutarı sonucuna ulaşılması esas alınmıştır¹¹³. Bu sistem kullanılarak yapılacak hesaplamada kaç birim iş yapıldığının ispatı yüklenici üzerine bırakılmıştır¹¹⁴.

¹¹¹ GÖKYAYLA, s. 220; GÖNEN, s. 54; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 530; GÜRPINAR, s. 62.

¹¹² BÜYÜKAY, s. 165.

¹¹³ SELİMOĞLU, s. 167; GÖNEN, s. 56.

¹¹⁴ GÖNEN, s. 63.

2.2.2. Yaklaşık Bedel

Yaklaşık bedel hesaplama usulüne göre taraflar, bedel üzerinde anlaşılır iken takribi bir bedel belirleyerek, kesin bedelin tam olarak hesabını inşaatın tamamlanmasına bırakacaktır¹¹⁵.

Doktrindeki tespitlerden yaklaşık bedel hesabı yönteminin iki ayrı görünümü olduğu anlaşılmaktadır: (i) Gerçek Anlamda Yaklaşık Bedel ve (ii) Yaklaşık Keşif Bedeli Üzerinden Hesap Edilen Bedel.

2.2.2.1. Gerçek Anlamda Yaklaşık Bedel

Gerçek anlamda yaklaşık bedel hesabı TBK md. 481 hükmünün tam anlamıyla uygulanması anlamına gelmektedir¹¹⁶. Bu yöntemde yüklenici ve iş sahibi anlaşma sağlamış oldukları inşaat sözleşmesinin bedeli olarak, azami ve asgari ücret limitlerini belirlerler¹¹⁷. Bu halde taraflar, şartların değişkenliğine göre belirledikleri aralık dahilinde değişkenlik gösterebilecek bir bedel üzerinden anlaşmaya varmış sayılacaklardır. Gönen'in tespiti ve işbu çalışma kapsamında kabul edilen görüşe göre taraflar açık bir şekilde "gerçek anlamda yaklaşık bedel" belirlemesine gitmek yerine, belirli bir bedel üzerinden yüzde oranlı sapmalar olabileceğini tayin etmişlerse, bu durumda yine gerçek anlamda yaklaşık bedel halinin söz konusu olacağı söylenecektir¹¹⁸. Örneğin 1000 TL'lik bir bedele anlaşılmış ve %25 oranında sapma olabileceği kabul edilmişse, %25 aşağı ve yukarı sapma aralığı taraflar bakımından azami ve asgari bedel sınırı çerçevesi olarak belirlenmiş olacaktır. Söz konusu bedel, aslen anlaşma anında miktar olarak kesin

¹¹⁵ GÖNEN, s. 140.

¹¹⁶ GÖNEN, s. 141.

¹¹⁷ GÖKYAYLA, s. 235; GÖNEN, s. 141.

¹¹⁸ GÖNEN, s. 142.

değildir ve inşaatın tamamlanması ile kesinlik kazanmış olacaktır¹¹⁹, zira yükleniciye ödenecek nihai miktar yüklenici giderinin değerlendirilmesi ve inşa edilen eserin değer tespitiyle ortaya çıkacaktır¹²⁰.

Bu anlamda, gerçek anlamda yaklaşık bedel hesaplaması halinde taraflar arasında bir bedel aralığı üzerinde anlaşma sağlanmış, fakat bu aralıkta hangi değer kesin olarak belirleneceği hususu eserin tamamlanmasından sonraya bırakılmıştır. Yani TBK md. 481 hükmü doğrultusunda belirlenen bu bedel, yüklenicinin eseri tamamlamasını takiben gerçekleştirilecek bir keşif ve eserin değerinin tam hesabı sonrasında kesinlik kazanacaktır. Bu hesap yapılırken, ilgili meslek kuruluşları asgari tarifesi, meslek teamülleri ve resmi birim fiyat tarifeleri göz önünde bulundurulmaktadır¹²¹.

2.2.2.2. Yaklaşık Keşif Bedeli Üzerinden Hesap Edilen Bedel

TBK md. 482 hükmü ile düzenlenmiş olan yaklaşık keşif bedeli, gerçek anlamda yaklaşık bedel tipine oranla uygulamada daha çok rastlanan bir hesaplama şeklidir. Bu hesap türünde taraflar, sözleşmenin kurulması esnasında bedel belirlemesi yapmak amacıyla, objektif bir yola başvurmak *-belki de piyasa araştırması vasıtasıyla sözleşme bedelinin en doğru şekilde hesaplanması-* amacıyla inşa için yapılacak masraflara dair bir keşif çalışması yaptırmakta, yüklenicinin ticari karı gibi görece sübjektif hesabı değil, birebir eserin tamamlanması için gerekecek masraf kalemlerine dair bağlayıcı olmayan bir bedel tespiti yoluna gitmektedirler¹²².

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, yaklaşık keşif bedeli üzerinden hesap edilen bedelin, iş sahibi tarafından yükleniciye gerçekte ödeyeceği nihai bedelin hesabına yönelik olmamasıdır. Burada yapılan hesap, yüklenicinin masraf

¹¹⁹ SELİMOĞLU, s. 167.

¹²⁰ GÖNEN, s. 142.

¹²¹ GÖNEN, s. 156.

¹²² GÖNEN, s. 143.

kalemleri arasına girecek inşaat işinin yapım sürecinde yüklenici üzerine doğacak olan masraf kalemlerinin belirlenmesine yöneliktir. Bu nedenlerle iş sahibi gerçekte yükleniciye ödeyeceği nihai bedeli tamamlanmış eserin değeri bakımından ayrıca hesap ederek ödeme yapacaktır. Yüklenici, inşaatı keşif sonrasında ortaya çıkacak olan bedel üzerinden tamamlayacağını garanti etmekte ise, artık tanım olarak *garanti edilmiş keşif bedelinden* söz edilecektir. Bu halde garanti edilmiş keşif bedeli bakımından verilen bu garanti, hesaplama türünü yaklaşık bir keşif bedeli niteliğinden ayıracak ve bu hesaba götürü bedel niteliği kazandırmış olacaktır¹²³.

Son olarak belirtmekte fayda vardır ki, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte sözleşme bedelinin götürü ve yaklaşık bedel karması olarak da düzenlenmesi bakımından bir yasak bulunmamaktadır¹²⁴. Bu halde tarafların bedel hesaplama usulü bakımından karma bir yapıyı da tercih edebileceklerinin kabulü gerekir. Bu halde, özellikle sözleşme kapsamındaki işlerin kısımlara bölünebileceği durumlarda farklı safha ve kısımlar için götürü ve yaklaşık bedel hesaplamak mümkündür. Bu durumda, götürü bedel olarak belirlenen kısımlara götürü bedel, yaklaşık bedel olarak belirlenmiş kısımlara ise yaklaşık bedel hükümleri uygulanacaktır.

2.3. SÖZLEŞME KAPSAMINDA BEDELİN BELİRLENMEDİĞİ HALLER

Öncelikle belirtmek isteriz ki uygulamada, inşaat sözleşmeleri gibi ifasında ağır külfetleri olan bir yükümlülükler silsilesi olan, bir ilişkide, bedelin belirlenmediği hallere rastlamak pek de sık rastlanabilecek bir olasılık olarak görülmemektedir.

Daha önce eser sözleşmesinin unsurlarını açıklarken de belirtildiği üzere bedel ödeme vaadi, inşaat sözleşmesinin esaslı unsurlarından olduğundan götürü kanun koyucu bedelin belirlenmediği halleri boşlukta bırakmamış, bedel ödenecek

¹²³ GÖNEN, s. 160'ten naklen DÜRR; Charles Dürr, Du Contrat d'entreprise Titre onzième du code suisse des obligations, Déuxième édition, 1958, s.112.

¹²⁴ GÖKYAYLA, s. 26.

olmasına dair tarafların saiklerini yeterli görerek, kesin bir bedel tanımlamasının yapılmadığı hallerde sözleşmenin sıhhatini tehlikeye atmamış, genel düzenleme ile durumu kapsam altına alma yoluna gitmiştir¹²⁵.

3.2.

2.3.1. Sözleşme Kapsamında İnşaatın Bedelinin Açıkça Belirlenmediği Haller

Sözleşme kapsamında tarafların sözleşme bedelini açıkça belirlemediği hallerde TBK md. 481 hükmü devreye girecektir. Bu hükme göre; eserin bedelinin belirlenmediği hallerde bedel, eserin yapıldığı yer ve zamanda eserin değeri ve yüklenicinin giderleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir.

Yargıtay 15. HD.'nin 27.05.1996 tarih ve 1996/2686 E. ve 1996/2945 K. No'lu kararından naklen belirtmek gerekirse:

“...Eser sözleşmesinde, işin bedeli kararlaştırılmamış veya kararlaştırılan bedel kanıtlanamamış ise, BK'nın 366. maddesi uyarınca, yapıldığı tarihteki mahalli rayice göre, bilirkışı marifetiyle bedelin saptanması gerekir...”

Her ne kadar ilgili karar 818 Sayılı EBK döneminde tesis edilmiş olsa dahi, TBK md. 481 hükmü bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

Madde hükmünde önemle altının çizilmesi gereken husus, yüklenici tarafından inşaat işleri sürecinde yapılacak masrafların yanında eserin değerinin de dikkate alınmasıdır. İşte bu açıklama ve “eserin değeri” tabirinin yüklenicinin işi görmek karşılığı kendi çıkarı bakımından amaçladığı ticari karını da içerecek şekilde değerlendirilmelidir. Eğer madde hükmünün yorumunu yalnızca yüklenicinin yaptığı zorunlu malzeme ve personel giderlerine yönelecek şekilde yapılsaydı bu

¹²⁵ GÜRPINAR, s. 72; BAYGIN, s. 15; GÖNEN, s. 202.

kez, eser sözleşmesi ivazsız bir sözleşme haline gelirdi ve eser sözleşmesinin hukuki tanımında belirtilen *sinallagmatik* / karşılıklı niteliğine kavuşamazdı¹²⁶.

Sözleşmede bedelin kararlaştırılmadığı hallerde, TBK md. 481 hükmü uyarınca bedel belirlemesi yapıldığında, ilgili bedelin iş sahibinin tahminlerinden fazla çıkması halinde bu riziko iş sahibi üzerinde kalacaktır¹²⁷. Bu halde iş sahibi, TBK md. 482 hükmü uyarınca bedelden indirim talebinde bulunamayacaktır¹²⁸.

2.3.2. Sözleşme Kapsamında İnşaatın Bedelsiz Yapılacağına Kararlaştırılmış Olduğu Haller

Daha önce de belirtildiği üzere, bedel ödeme vaadi inşaat sözleşmelerinin vazgeçilemez ve esaslı unsurlarındandır. Yine yukarıda açıklandığı üzere, iş sahibinin bedel ödeme saikinin mevcut olduğu durumlarda taraflarca özel bir bedel tespiti ve hesap düzenlemesi yapılmadığı hallerde dahi kanun koyucu bu boşluğun sözleşmenin sıhhati bakımından bedelin açıkça belirlenmediği hallere özel bir düzenleme getirmiştir.

Mevcut alt başlığın konusu, inşaat sözleşmelerinde bedel hususunun sonra düzenlenmek üzere anlaşılması halinden değil, bilakis açık ve net biçimde bedelsiz olmak kaydıyla düzenlendiği haldir. Baştan belirtmek gerekir ki, bu tip sözleşmeye inşaat / eser sözleşmesi nitelmesi yapmak artık mümkün olmayacaktır. Bu başlık nezdinde başvurulacak “bedelsiz inşaat sözleşmesi” tanımı hukuk tekniği bakımından doğru olmayıp, yalnızca bir nitelme şekli olarak dikkate alınmalıdır.

Doktrinde, yukarıda bahsettiğimiz “bedelsiz eser sözleşmesinin” artık eser sözleşmesi sayılmayacağına dair, akademik hayatta pek de karşılaşmadığımız bir görüş birliğine rastlamak mümkündür. Fakat, eser sözleşmesi nitelmesine

¹²⁶ GÜRPINAR s. 76.

¹²⁷ GÖNEN, s. 206.

¹²⁸ TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 283

uymayan bu bedelsiz eser sözleşmesinin hukuki nitelmesi hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Öz'ün de savunucularından olduğu bir görüşe göre, bu tip bir ivazsız sözleşme, ancak bağışlama hükümleri ile karşılık bulacaktır¹²⁹. Gerçekten de, yüklenicinin üstlendiği ağır emek ve külfetin karşılıksız şekilde sözleşmenin eseri ısmarlayan tarafı olarak nitelendirilen iş sahibine teslimi ancak bağışlama nitelmesiyle açıklanabilecektir.

Katıldığımız diğer görüşün savunucularına göre ise, taraflar meydana getirilecek eserin herhangi bir bedel karşılığı alınmadan teslimine dair bir anlaşmaya vardıklarında, bu ilişki bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir¹³⁰.

Doktrindeki üçüncü görüş ise, isimsiz sözleşme teorisidir. Bu görüşün savunucularına göre, eser sözleşmesi niteliğini kaybetmiş olan *bedelsiz eser sözleşmeleri* artık kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşmelerdendir. Bu görüş savunucuları eser sözleşmesi niteliğini kaybetmiş olsa da adeta yüklenici bakımından eser sözleşmesi hükümlerinin ayakta kaldığını fakat zorunlu hukuki unsur olan “bedel” unsuru ortadan kalktığı için artık isimsiz bir eser sözleşmesinden bahsetmek gereğini ortaya koymuşlardır¹³¹. Bu görüş savunucuları, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağına dair iddialarını ise; vekâlet sözleşmelerinin herhangi bir sonuç taahhüdü içermemeleri nedeniyle, eser sözleşmesi nitelikli bir sözleşme için uygun olmamalarına dayandırmaktadırlar¹³².

Sonuç itibarıyla, eser / inşaat sözleşmelerinin iş görme sözleşmelerinden olduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Vekalet sözleşmelerinde sonuç taahhüdünün olmaması nedeniyle eser sözleşmelerinden ayrıldıkları gerçekten de doğrudur.

¹²⁹ ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 54; AYDOĞDU/ KAHVECİ s. 657.

¹³⁰ GÜLEÇ, s. 64.

¹³¹ ARAL/ AYRANCI, s. 340; GÖKYAYLA, s. 11; BÜYÜKAY, s. 36; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 462.

¹³² GÖNEN, s. 209.

Fakat, iki sözleşmenin de özen yükümlülüğü içerdiği açıktır. Bu kapsamda Erman'dan aynen alıntı ile, “belirli bir emek sonucunun meydana getirilmesi, herhangi bir ücret alınmaksızın taahhüt edilmişse, ortada istisna sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi vardır¹³³” şeklinde ortaya koyulan görüşe katılmak gerekir. Zira ilgili TBK md. 502/2 hükmü, zorunlu unsurlarını kaybetmiş ve bu nedenle tipik olmayan iş görme sözleşmeleri bakımından uygulanmak üzere düzenlenmiştir. Sözleşmenin çeşitli unsurlarının eksikliği iddia edilerek, bu tip sözleşmelerin vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaati kabul edilecek olursa idi bu kez TBK md. 502/2'nin hiç bir uygulama alanının bulunmaması gerekirdi. Bu durumdaki sözleşmeler de TBK md. 502/2 uyarınca ise vekâlet sözleşmesi hükümlerince değerlendirilmelidirler.

¹³³ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 19

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EK BEDEL TALEP HAKKI

3.1. GİRİŞ

Ek bedel talep hakkı konusu öğretide genel olarak ek iş ve iş değişikliği kapsamında değerlendirilmiştir. Fakat bu bölümde detaylı olarak inceleneceği üzere, ek bedel talepleri yalnızca ek iş olgusuyla birlikte ortaya çıkmamakta, TBK md. 480/2 hükmü uyarınca istisnai olarak götürü bedelle kurulan sözleşmelerin uyarlanması yoluyla da “sözleşme bedeline ek bedel” söz konusu olabilmektedir.

Yaklaşık bedel hakkında yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu hesaplama tarzı doğası gereği esnektir ve değişen duruma uyarlanabilir. Götürü bedel üzerinden anlaşılmış olan sözleşmelerde ise, kural olarak götürü bedelin değiştirilememesi prensibi geçerlidir. Bedelin götürü olarak tespit edilmesi, ortaya konacak eserin bedelinin önceden ve kesin olarak tespit edilmesi demektir¹³⁴. İşte götürü bedelin değiştirilememesi prensibinin bedel artışı şeklindeki istisnası TBK md. 480/2 hükmü uygulamasıdır.

Ek bedel talebine yol açacağı tespit edilmiş olunan ek iş ve TBK md. 480/2 uygulaması hususlarında açıklamalar yapıldıktan sonra, özen yükümlülüğü kapsamında sunulmak istenen eserin tamamlanması için zorunlu gelen hallerde yüklenici, iş sahibinin talimatını almaksızın ek iş yapılması gereğine kanaat getirip bu işleri görür ise bu işlemin hukuki dayanağının ne olacağı incelenecektir.

¹³⁴ BÜYÜKAY, s. 167; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1012; ARAL/ AYRANCI, s. 368; GÖNEN, s. 48; ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 63; GÖKYAYLA, s. 217; TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 234.

3.2. EK BEDEL TALEP HAKKININ ORTAYA ÇIKABİLECEĞİ HALLER

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “ek bedel” kanunen ortaya konulmuş bir kavram değildir. Ek bedelin doğduğu haller de kanun eliyle sıralanmamıştır. Öğretideki yaklaşım da ek bedelin doğumuna yoğunlaşmaktan ziyade, ek bedeli ortaya çıkaran hukuki sebeplerin incelenmesi yönünde olmuştur.

Kanunen götürü ve yaklaşık bedel olarak tanımlanan eser sözleşmesi bedel tiplerinin yanında kanunda yer almayan bir temel - ek bedel ayrımı olduğundan da bahsedilebilir. Bu ayrım uyarınca temel bedel, taraflar arasında akdedilen sözleşme hükmünce belirlenen sözleşme bedelini bunu aşan bedel ise ek bedel niteliğini taşımaktadır¹³⁵. Buna göre ek bedel, sözleşme kapsamında belirlenmiş olan sözleşme bedelini aşan bedel olarak tanımlanabilecektir.

Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, genel itibarıyla ek bedelin söz konusu olabileceği iki hal mevcuttur. Bu haller:

- (1) Ek iş (ve uygun düştüğü hallerde iş değişikliği¹³⁶) olgusunun ortaya çıktığı haller ve
- (2) TBK md. 480/2 hükmünün öngördüğü bedel uyarlamasıdır.

Ek iş olgusunun ortaya çıktığı hallerde, kural olarak ek bedel talebinin söz konusu olacağı hususunda neredeyse hiçbir tartışma yoktur¹³⁷. Ek iş kavramının yakınında neredeyse her daim iş değişikliği kavramına da rastlamak mümkündür. Aslında “ek iş” olgusu da geniş anlamda bir iş değişikliğidir fakat mevcut iş bakımından ortaya çıkan değişikliğin yanında, öngörülenden fazla/ ek işi de içerdiği için iş değişikliği tanımının değişik bir görünümü olduğunu söylemek mümkün olacaktır¹³⁸. Bu

¹³⁵ GÖKYAYLA, s. 26

¹³⁶ Açıklama için takip eden paragrafa bkz.

¹³⁷ GÖNEN, s. 210 vd.; GÖKYAYLA, s. 258 vd.; AYDEMİR, s. 172; KARADAŞ, s. 319.

¹³⁸ KOCAAĞA, s. 208.

Çalışma kapsamında, iş değişikliği olgusu “muadil” işlere yönelik kullanıldığı takdirde, söz konusu iş değişikliği bedel anlamında herhangi bir değişikliğe yol açmayacağından bu kavram üzerinden ek bedel talebi değerlendirilmesi yapılmayacaktır. Örneğin bir arazinin saç ve sol tarafları arasında arazi yapısı bakımından herhangi bir fark olmadığı durumda, arazinin sol tarafına örülecek duvarın saç tarafa örülmesi halinde, ortaya çıkan iş değişikliğinin yüklenicinin yükümlülükleri bakımından önem arz eden bir sonucu yoktur. Bu nedenle bu çalışma kapsamında, ek bedel talebi doğuracak türdeki iş değişiklikleri eř iş olgusu ile paralel olduğundan ötürü ek iş kavramının kullanılması ile yetinilecektir.

Bunun yanında, TBK md. 480 hükmünce düzenlenen ve doğası gereği bedelde kesinlik içeren götürü bedel usulüne göre hesaplanan inşaat sözleşmelerinde aslen riziko yüklenici üzerinde olmakla birlikte¹³⁹, yine aynı maddenin ikinci fıkrası gereği istisnai hallerde bu rizikonun artık menfaat dengesinde yer bulamaması durumlarında ek bedel talebi sonucunu doğurabilecektir. şartları detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, başta öngörülmeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece gleştirirse bu kez “uyarlama” yöntemi vasıtasıyla ek bedel sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda, ek iş olgusunun ortaya çıktığı hallerdeki gibi sözleşmede düzenlenmemiş/ iş kalemleri arasında sayılmamış herhangi yeni bir işin ortaya çıkmasına gerek yoktur. Hatta bu hükmün istisnai olarak ortaya çıkması için söz konusu “iş” ile ilgili olmasına dahi gerek yoktur. Bu halin ortaya çıkması için pekala öngörülemeyecek bir masraf, hatta bazı hallerde öngörülebilmesine rağmen ilgili sözleşme bakımından söz konusu rizikonun gerçekleşmeyeceğine dair mevcut inanç dahi yeterli olacaktır.

Taraflar anlaşarak herhangi bir şarta bağlı kalmaksızın “ek iş” yapılması gereğine karar verebilir¹⁴⁰. Bu halde tarafların anlaşmalarına dayanılarak ek iş nedeniyle götürü ücretin arttırılması söz konusu olabilir. TBK md. 480/2 hükmüyle

¹³⁹ GüMüş, s. 76.

¹⁴⁰ GÖKYAYLA, s. 133-134.

düzenlenen istisnai halde götürü ücretin arttırılması için, her ne kadar ilgili madde hükmü “...yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme [.....] hakkına sahiptir.” ibaresini içerse de EBK md. 365/2 fıkrasından farklı olarak, mahkeme hükmüne gerek duyulmamaktadır¹⁴¹. Gerçekten de TBK md. 480/2 hükmü gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, uyarlama talebi hakkı muhakkak dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğurucu bir haklardan olup, madde vasıtasıyla yüklenicinin kullanacağı seçimlik haklar belirli bir sıra izlenerek kullanması düzenlenmiştir.

Kısacası, ek iş olgusunun ortaya çıkması ve TBK md. 480/2 hükmünün uygulama alanı bulması hallerinin en belirgin kesişim noktaları ek bedel talep hakkına sebep olmalarıdır.

3.2.1. Ek İş Olgusu

Karşılıklı sözleşmelerde kural olarak edim yükümlüsü tarafın borcu, sözleşme kapsamında düzenlenen ve tarafların üzerinde mutabakata varmış oldukları sözleşme konusunun yerine getirilmesidir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcu da, aynı şekilde sözleşme konusu eserin sözleşmede kararlaştırıldığı kapsam dâhilinde yerine getirilmesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, inşaat sözleşmeleri gibi ekonomik değeri yüksek sözleşmelerde tarafların sözleşme konusu eseri ve eserin meydana getirilmesi için gereken iş kalemlerini detaylı şekilde nitelemeleri beklenen bir durumdur¹⁴². Tarafların pek muhtemel şekilde açık ve net olarak düzenledikleri sözleşme kapsamını değiştirmekte herhangi bir çıkarları bulunmayacaktır. Yüklenici kararlaştırılandan farklı bir kapsam dahilinde meydana getireceği eser ile borcunu ifa etmiş sayılamayacak, iş sahibi de kural olarak önceden talep ettiği kapsamı değiştirerek başkaca taleplerde bulunmakta haklı görülmeyecektir.

¹⁴¹ BAYSAL (480 Md.’nin Değerlendirilmesi), s. 484.

¹⁴² GÖNEN, s. 210.

İfası oldukça uzun bir sürece yayılan inşaat sözleşmelerinde, süreç içerisinde çeşitli değişikliklerin meydana gelmesi beklenebilir bir durumdur. Bahsi geçen değişikliklere uyum sağlamak amacıyla, sözleşme kapsamının aşılması da olağan sayılabilecektir. Özellikle yüklenici tarafın, inşaat sözleşmeleri bakımından tecrübeli olduğunu ve bu tür değişiklikleri öngörebileceğini var saymak yanlış olmayacaktır. Fakat her bir sözleşme konusu için gereklerinin farklı olacağı göz önünde bulundurulursa, tüm ihtimalleri göz önünde bulundurup sözleşmenin akdi esnasında bu değerlendirmenin yapılmasını beklemek de uygun düşmeyecektir.

Böylece öngörülemeyen işlerin ortaya çıkması veya yüklenicinin özen borcu kapsamında eserin meydana getirilmesi için yapılmasını gerekli gördüğü işlerin mevcudiyeti, sözleşme kapsamının aşılmasına neden olabilecektir. Sözleşme kapsamın aşılması hallerinde artık ek iş olgusunun varlığından bahsetmek gerekecektir.

Bu halde ek iş olgusunun neden ortaya çıktığını değerlendirmek gerekir. Prensip olarak taraflar ilgili işin ortaya çıkacağını öngörmüş olsalar idi, elbette bu işleri sözleşmenin kuruluşu esnasında göz önünde bulundurur ve sözleşme bedeli kapsamında değerlendirirlerdi. Bu değerlendirmenin yapılmamış olmasının nedeni ya ilgili işlerin önceden tahmin edilememesi ya da bu işlerin ortaya çıkabileceği bilgisine sahip olmalarına rağmen mevcut sözleşme bakımından gerekli olmayacağına duydukları inançtır.

İşte en geniş anlamıyla sözleşme kapsamında düzenlenen işleri aşan ve yine de eserin meydana getirilmesi için gerekli olan bu işlere ek iş tanımlaması yapmak mümkün olacaktır.

Ek iş olarak tanımlanan işlerin görülmesi halinde, artık ek bedelden de bahsetmek gerekecektir. Zira her ne kadar eser sözleşmeleri bir sonuç sorumluluğu ortaya koysa dahi, sözleşme kapsamındaki işlerin artması halinde yüklenicinin bu artan külfete rağmen aynı nimet ile yetinmesini beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır.

Gökyayla, yüklenici bakımından sağlanması gereken dengeyi geniş şekilde yorumlamış ve anahtar teslim götürü ücretin belirlenmiş olduğu hallerde dahi, taraflar arasında yapılan anlaşmanın dışında kalan işlerin ortaya çıkması halinde, taraflarca belirlenmiş olan götürü ücrette herhangi bir artış yapılmamasının adil olmayacağını savunmuştur¹⁴³.

Kavram olarak “ek iş” terimini değerlendirmek gerekirse, ek işin (“*Additional Works*” ve “*Zusatzleistung*”) TBK’da düzenlenmemiş olduğu görülecektir. Gerçekten de TBK’nın eser sözleşmesi hükümlerinin incelemesinde bu terime rastlamak mümkün olmayacaktır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda ve Alman Medeni Kanunu’nda da ek iş kavramına bir terim olarak yer verilmediğini söylemek mümkündür¹⁴⁴.

Buna karşın hem Yargıtay kararlarında, hem de inşaat işleri hakkındaki bazı şartname ve yönetmeliklerde ek iş terimine rastlamaktayız. Aynı doğrultuda, İsviçre ve Almanya’da inşaat işleri bakımından kullanımda olan bazı şartnamelerde yine ek iş kavramına rastlamak mümkündür¹⁴⁵.

Aydemir, ek iş ve sözleşme dışı iş tanımlarını ayrı tutmaktadır¹⁴⁶. Zira, ek iş (iş artışı) sözleşme konusu işin kapsamının, sözleşme anlaşması esnasında tam olarak belirlenememesinden doğan ve sonradan kapsamın daha geniş olduğunun anlaşıldığı hallerde kullanılacaktır. Buna karşın, sözleşme dışı iş tabirinin sözleşme kapsamında hiç yer almayan ve sonradan sözleşme kapsamında yer almasa dahi yapımında fayda görülen işlerdir. Yani sözleşme dışı işler, sözleşme konusu işle bağlantılı olmakla birlikte sözleşme kapsamına hiç alınmamış olan işlerdir. Her ne kadar adlandırma ve olay örgüsü bakımından böyle bir farklılık olsa da, ek bedel talebi sonucu bakımından herhangi bir farklılık doğmadığı için hukuki bir ayrıma gidilmesi söz konusu değildir.

¹⁴³ GÖKYAYLA, s. 69.

¹⁴⁴ GÖKYAYLA, s. 35.

¹⁴⁵ GÖKYAYLA, s. 35.

¹⁴⁶ AYDEMİR, s.180.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ek bedel talebini öne sürecektir olan yüklenicinin talebini en kısa sürede (sözleşme ile özel bir ek bedel talebi süresi belirlenmiş ise de bu süre zarfında) talebini ve bu talebine yol açan olay ve durumları açıkça ortaya koyan evrakı sözleşmenin karşı tarafına iletme zorunluluğu, uluslararası düzlemde de kabul görmüş bir prensiptir¹⁴⁷.

3.2.1.1. Ek İş Olgusunun Unsurları

3.2.1.1.1. Genel Unsurları

Yukarıda da açıklandığı üzere, ek iş kısaca taraflar arasında sözleşme akdedilirken öngörülmemiş işlerin yapılması olarak tanımlanabilecektir. En basit ve tipik anlamı ile ek iş, üzerinde anlaşılmış iş listesine “eklenen” ve fazla olarak tanımlanabilecek işlerdir. Değerlendirme konusu sözleşmenin özel bir kanuna tabi olmadığı haller bakımından ortaya çıkan işlere “ek iş” niteliğini kazandıran unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- (1) Ortaya çıkan işin sözleşmede kararlaştırılan işlerden olmaması;
- (2) Eserin ifa amacıyla değişiklik ortaya çıkması;
- (3) Söz konusu işin sözleşme konusu ile irtibatlı olması ve
- (4) Söz konusu işin görülmesini iş sahibinin talep etmesi.

3.2.1.1.1.1 Ortaya Çıkan İşin Sözleşmede Kararlaştırılan İşlerden Olmaması

Bir işin ek iş olarak tanımlanabilmesi için aranacak ilk şart, ilgili işin sözleşme kapsamında düzenlenen işlerden olmamasıdır. Kural olarak, sözleşme kapsamına

¹⁴⁷ Her Majesty's Attorney General for the Falkland Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Limited [2003] BLR 280.

girmeyen işler ek işlerden sayılacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, aslında bazı hallerde basit bir şekilde ortaya konabilecek olan ek iş nitelemesinin oldukça zorlaşmasının nedeni inşaat sözleşmelerinin sonuç taahhüdü niteliğidir.

Yüklenici, ortaya çıkan işlerin ek iş olduğunu, bu nedenle ek bedel ve ek süre tayini gereğini iddia edebilecektir. Buna karşılık eseri ısmarlayan taraf olan iş sahibi ise, eseri ısmarlarken ilgili eserin ortaya çıkmasındaki adımları niteleyen iş kalemlerinin eksik yahut fazla planlanmasının kendi sorumluluğunda olmadığını ve taraflar arasındaki asıl anlaşmanın söz konusu eser olduğunu ve bu nedenle ek iş tanımındaki işlerin ortaya çıkmasında kendisi bakımından herhangi bir yükümlülük doğmayacağını savunabilecektir.

Gökyayla'nın da belirttiği üzere, özellikle anahtar teslim götürü ücretin kararlaştırıldığı işlerde iş sahibi belirli bir paket anlaşma yapıldığını ve bu nedenle yapılacak işler listesindeki değişikliğin, ilgili işlerin sıralanması sorumluluğunun yükleniciye ait olması nedeniyle kendisi bakımından ayrıca bir bedel ödeme zorunluluğu doğurmadığını iddia edebilecektir¹⁴⁸. Bu görüşün temeli, yüklenici tarafın işin uzmanı olması ve sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi bakımından nelere ihtiyaç duyulduğunu tespit etmeye yarayacak deneyime sahip olduğu varsayımdır. Bu uzmanlık alanı bilgi birikimi *know-how*, gerçekten de yüklenicinin sahip olması beklenen bir özelliktir. Fakat, ortaya çıkan ek işin niteliği değerlendirilmeden, her bir olay için böyle bir genel kural koyulması da uygun düşmeyecektir.

Yüklenici taraf sahip olduğu tüm uzmanlığı ortaya koyabilse ve bu uzmanlık derecesi makul beklentileri karşılayacak nitelikte olsa dahi, ortaya çıkabilecek bazı durumlar genel uygulama tecrübelerinin dışında kalabilecektir.

Bu nedenle, özellikle anahtar teslim sözleşmelerde, sözleşme öncesinde sözleşmenin kapsamı belirlenirken ortaya koyulacak iş kalemleri bakımından

¹⁴⁸ GÖKYAYLA, s. 69.

yüklenicinin sorumluluğunun iş sahibine göre oldukça ağır olduğu kabul edilmelidir. Fakat her olayın kendi özellikleri bakımından değerlendirme yapılmalı konu hakkında tecrübe sahibi bir yüklenicinin dahi öngöremeyeceği haller bakımından sorumluluk taraflar arasında paylaştırılmalıdır. Bunun yanında, anahtar teslim götürü işlerde özellikli bir durumdan ayrıca bahsetmek gerekecektir. Şöyle ki, anahtar teslimi şeklinde anlaşılan sözleşmelerde de istisnai hallerde ek iş olgusunun doğabileceği kabul edilse dahi bu tip sözleşmeler bakımından doğabilecek ek bedel talebinin daha ziyade TBK md. 480/2 dolayısıyla ortaya çıkacağını kabul etmek gerekecektir.

Sözleşme öncesi işin tespiti bakımından bu yol tercih edildiğinde, ek iş mevcudiyetinin ispat yükümlülüğünün yine yüklenici üzerinde olduğu söylenebilecek, aleni şekilde beklenmeyen hallerin ortaya çıkışı ve ek iş olgusunun anahtar teslim olarak anlaşılan sözleşmede dahi açık şekilde ortaya çıktığı hallerde de durumu ortaya koyması gereken tarafın yine yüklenici olduğu savunulabilecektir. Doktrinde de bir görüş “ek iş” olgusunun ortaya çıktığı durumlarda TMK md. 6 uyarınca ispatlama yükümlülüğü yüklenicinin üzerinde doğduğu yönündedir¹⁴⁹. Gürpınar ispat yükümlülüğü bakımından yüklenicinin çıkarlarına öncelik tanımakta, ortaya çıkan işin götürü işler kapsamına girdiğini iddia eden iş sahibinin bu anlamda ispat yükümlülüğü olduğunu savunmaktadır¹⁵⁰.

3.2.1.1.1.2. Eserin İfa Amacında Değişiklik Ortaya Çıkması

Ek işten bahsedebilmek için ayrıca eserin ifa amacında bir değişikliğin ortaya çıkması gerekmektedir¹⁵¹. Şöyle ki, yapılacak iş bakımından bazı farklılıkların ortaya çıkmış olması ve bunların ifa amacı değişikliği olarak nitelendirilmesi

¹⁴⁹ Aynı yönde GÖKYAYLA, s. 71; BAYGIN, s. 32.

¹⁵⁰ GÜRPINAR, s. 98.

¹⁵¹ GÖKYAYLA, s. 73; GÜRPINAR s. 97.

gerektiği, yalnızca maliyet artışının “ek iş” tanımlamasına girmeyeceği belirtilmektedir¹⁵².

Şöyle ki, sözleşme konusu eserin bir çimento fabrikası olduğu hallerde, ek işler söz konusu olduğunda ifa amacı aslen yine bir çimento fabrikasının meydana getirilmesi olacaktır. Burada ne fabrika binası inşası amacının ne de fabrikanın hizmet ettiği işin değişmesi söz konusu olacaktır. Bahsi geçen ifa amacı değişikliği, nicelikte az değişikliklerin söz konusu olduğu her işte, ek iş olgusunun öne sürülmemesini sağlamaktır. Örneğin fabrika binasının duvarı örülürken, tuğla sayısının önem teşkil etmeyecek şekilde artmasını ek iş olarak nitelememek gerekecektir. Bunun yanında, fabrikanın harcayacağı enerji göz önünde bulundurularak fabrikanın kendi enerjisini üretmesi bakımından bir geri dönüşüm projesi talep edilmesi ise, artık ifa amacının değiştiği anlamına gelmelidir. Söz konusu fabrika yine çimento üretecek ama artık ifa amacının üstüne çıkan yeni bir proje ve ek imalatlar gereği ortaya çıkacaktır. Zira, ek işten bahsedebilmek için sözleşme ile baştan öngörülmemiş bir edime hizmet eden ifadan söz etmek gerekecektir¹⁵³.

Başkaca bir örnek daha vermek gerekirse, balkonsuz olarak yapılacak binaya, balkon eklenmesinin istenmesi örneğinde ifa amacı değişikliği olduğu söylenebilecektir¹⁵⁴. Sonuç itibarı ile ortaya çıkan eser ve sözleşmenin kuruluşu esnasında ortaya çıkacağı öngörülen, planlanmış eser arasında ifa amacı bakımından belirgin bir fark ortaya çıkmış olacaktır. Doktrinde de belirtildiği üzere ek iş her zaman eserin inşası bakımından da ortaya çıkmayabilir¹⁵⁵. Bazı hallerde, söz konusu eserin ortaya çıkartılabilmesi için gereken bazı yardımcı işlerin de ek iş kapsamında sayıldığını söylemek mümkün olacaktır.

¹⁵² GÖKYAYLA, s. 93.

¹⁵³ GÜRPINAR, s. 97.

¹⁵⁴ GÖKYAYLA, s. 73.

¹⁵⁵ GÖKYAYLA, s. 74 dn. 118’den naklen SCHUMACHER N.138- 140.

Örneğin, meydana getirilecek eserin imalatında gereken inşaat malzemelerinin depolanması için gereken geçici depoların hazırlanması her ne kadar taraflar arasında açık ve ayrı bir anlaşma ile düzenlenmemiş yahut iş kalemlerinin tek tek sayıldığı bir sözleşmede söz konusu edilmemiş ise de, işin gereği dolayısıyla yapılması gereken ve yine, aynı ifa amacına hizmet eden işlerdendir. Fakat inşaat sırasında olağan tedbirler dışında ilgili esere ve iş sahibine özgü bazı geçici güvenlik tedbirlerinin alınması zorunluluğu inşa sürecinde yüklenici tarafından üstlenilmesi gereken ve taraflarca önceden belirlenmemiş olduğu takdirde, ek iş niteliğini kazanacaktır.

3.2.1.1.1.3. Söz konusu İşin Sözleşme Konusu ile İrtibatlı Olması

Sözleşme ifası esnasında görülecek işin ek iş sayılabilmesi için, sözleşme konusu iş ile irtibatlı bir işin görülmesi gerekecektir¹⁵⁶. Bir önceki şart olan ifa amacında değişiklik hususu dikkate alındığında, ek iş olgusu unsurlarından sözleşme konusu ile irtibatlı olma unsuru çelişkili görünebilir. Fakat gerçekte durum bu değildir. Ek iş her ne kadar sözleşme konusu işlerden farklı ve başka olmalıysa da, sözleşme konusu ile hiç bir ilişkisi bulunmayan bir işten bahsediliyorsa bu kez artık söz konusu işin aynı sözleşmeye “ek” olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayacaktır.

İrtibat unsurunun diğer şartlara göre tespitinin oldukça güç olduğunu söylemek gerekir. Gökyayla ve Gürpınar’ın ilgili şartı değerlendirirken kullandıkları örneği yorumlamak gerekecektir. Bahsi geçen örnek kaba inşaatının yapılması için anlaşma yapılmış olan bir ev inşasına, ayrıca bir garaj yapılması talebine ilişkindir. Gürpınar’ın görüşüne göre, kaba inşaat olarak teslimi üzerine anlaşılan bir ev inşasına eklenecek bir garaj talebi, ek iş olarak nitelendirilmelidir. Zira, ek iş farklı bir iş niteliğiyle ortaya çıkabilmekte fakat talep edilen iş asıl iş ile bağlantılı bulunmaktadır¹⁵⁷. Gökyayla’nın aksi görüşüne göre ise, ek iş ve sözleşme konusu

¹⁵⁶ GÖKYAYLA, s. 75.

¹⁵⁷ GÜRPINAR, s. 97.

asıl iş bakımından bulunması gereken bağlantı, daha net olmalıdır. Gökyayla'ya göre böyle bir ev inşaatı söz konusuysa eve eklenebilecek bir şömine, ek iş sayılacaktır. Talep edilen bir garaj ise, bu kez yeni bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. Yazar, bu örneği kuvvetlendirerek, zemin şartları sebebiyle zemin kazısının bir değil iki metre yapılması gereğinin de ek iş sayıldığını öne sürmektedir¹⁵⁸.

İşbu çalışma kapsamında yukarıda açıklanan farklı görüşler değerlendirildiğinde, kaba inşaatı üzerinde anlaşılan ev ve garaj örneğinin detay gerektirdiği sonucuna varılmaktadır. Gerçekten de, müstakil bir ev projesi bakımından talep edilebilecek bir garajın ek iş olarak nitelendirilmemesi gerekir. Zira, müstakil bir evin yanında bir garaj alanı olması beklenecek ve olağan sayılan bir durumdur. Fakat söz konusu proje apartman şeklinde bir proje ise, garaj alanı bulunup bulunmaması herhangi makul bir beklenti ile karşılık göremeyecektir. Zira, uygulamada diğer örnekler değerlendirildiği zaman bir çok projenin otoparklı pek çoğunun da otoparksız olduğu görülmektedir. Ayrıca, bir apartman projesinin otoparkı muhtemelen, kapalı otopark şeklinde yapılacak, kazı işleri bakımından çok büyük bir yükümlülük altına girilecektir. Bu nedenle, bu denli ağır külfet içeren bir iş kaleminin açıkça belirtilmemiş olması, tarafların bu şekilde bir anlaşmaya varmamış olması kanısını doğurmaktadır. Yazarların farklı görüşe sahip olduğu bu örnekte, müstakil bir evden bahsedildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda ise Gürpınar'ın yaklaşımının benimsenmesi gerekmektedir. Zira, maliyet ve gereken işlerin niteliği bakımından büyük fark yaratmayacak garaj yapımının ev inşasıyla irtibatlı olduğunu değerlendirmek doğru olacaktır. Gökyayla'nın vermiş olduğu ikinci örneğin ise, ek iş olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Gerçekten zemin şartları bakımından bir metre yapılması öngörülen kazının iki metreye çıkartılması, ek işlerden sayılmamalıdır. Zira bu örnekte, işin sözleşme konusu ile irtibatlı olduğuna dair herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat bu kez, ifa amacıyla bir değişiklikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Kazı yüksekliğinin artmasının, sözleşme bedeline yaratacağı pek önemli etkiler söz konusu ise ve zemin

¹⁵⁸ GÖKYAYLA, s. 75.

şartlarındaki bu değişikliğin öngörülelemeyeceği söylenebilirse, bu kez ek işten değil, istisnai hüküm olan ve sonraki bölümde üzerinde duracağımız TBK md. 480/2'den söz etmek mümkün olabilecektir.

Kısacası, sözleşme ile irtibatlı olmayan bir işin sözleşme konusu olan işe ek olmasını saymak doğru olmayacaktır. Bu gibi asıl işle ilişkisi bulunmayan işler bakımından, tarafların bağımsız ve ayrı yeni bir anlaşmaya varmaları beklenecektir. Burada önemli olan husus, işin irtibatını ve ifa amacına ne denli hizmet ettiğini doğru tespit etmek olacaktır.

3.2.1.1.1.4. Söz konusu İşin Görülmesini İş Sahibinin Talep Etmesi

Kural olarak, karşılıklı sözleşmelerde taraflar taleplerini ve sözleşme kapsamını tek başlarına hareket ederek değiştiremezler. Fakat inşaat sözleşmelerinde, ek iş tanımlaması yapılmasının unsurlarından biri işin, iş sahibi talebi üzerine yapılmasıdır¹⁵⁹. Aksi durum, yani *ek işin* yüklenici tarafından öne sürüldüğü haller, ek iş konulu bölüm sonunda incelenecek özel bir durumu meydana getirmektedir.

Sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilememesi genel kuralına, iş sahibi lehine getirilen bu istisnanın amacına değinmek gerekir. Bu hak öğretide kendisine taraftar bulmuş ve desteklenmiştir¹⁶⁰. İş sahibine tanınan bu istisnai hakkın nedeni, öncelikle eser sözleşmelerinin niteliği gereği iş sahibinin eseri “ısmarlayan taraf” olması ve söz konusu eserin, eseri talep eden kişi tarafından şekillendirileceği düşüncesidir. Bunun yanında, yazarların değindiği ortak bir husus daha bulunmaktadır. Bu da, uygulamanın getirdiği zorunluluklardır. Gerçekten de inşaat sözleşmelerinde eserin ortaya çıkartılmasında geçen uzun süreç, uyulması gereken kurallar silsilesinin değişikliğe açık olması ve dış etkenlere olan geniş açıklık dikkate alındığı zaman, yüklenicinin ek iş talebine hak vermek mümkün olacaktır.

¹⁵⁹ GÖKYAYLA, s. 77 vd; GÜRPINAR, s. 97 vd; BAYGIN, s. 54.

¹⁶⁰ GÖKYAYLA, s. 78; GÜRPINAR, s. 97; BAYGIN, s. 54.

İnşaat sözleşmelerinin hazırlanması esnasında yüklenicinin ek iş talep hakkı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Açıkça ek iş olgusunun hukuki unsurlarından biri olan iş sahibinin ek iş talep hakkının, inşaat sektöründe uzmanlık sahibi olan yüklenici tarafından bilinmesi makul bir beklentidir. İş sahibinin ek iş talep hakkının, olumlu yahut olumsuz şekilde sözleşmede düzenlenmiş olması mümkündür. Zira, sözleşme dahilindeki iş kapsamında sayılmayan işlerin iş sahibi tarafından talep edilmesi bazen sözleşmenin bu anlamda iş sahibine verdiği yetkiden doğabilir¹⁶¹. Sözleşmede olumlu yahut olumsuz bir düzenleme bulunmaması bir boşluk yaratacak, bu boşluk da iş sahibi lehine yorumlanacaktır¹⁶².

Yukarıda belirtildiği üzere, iş sahibinin ek iş talep edebilme hakkı, taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşme kapsamında düzenlenebilecektir. Bu anlamda ek iş talep edebilme yetkisi TBK md. 27 ve yine TMK md. 23 dahilinde değerlendirilmelidir¹⁶³. Bu değerlendirme sonucunda iş sahibinin, sözleşme ile kendisine tanınan bu yetkiyi yüklenici tarafın haklarına hâlel getirecek genişlikte uyguladığı ortaya çıkarsa, sözleşmenin bahsi geçen yetkiyi tanıyan kısmının geçersizliği söz konusu olacaktır¹⁶⁴. Hatta, sözleşmenin kuruluş amacının yahut temellerinin bu minvaldeki bir yetkiye dayandığı tespit edilir ise bu kez sözleşmenin tümünden geçersizliği söz konusu olacaktır.

Özellikle, ek iş talep hakkının sözleşmede düzenlendiği haller için, konu ile ilgili davalarda yabancı hukuk sistemlerinde başvurulduğunu gördüğümüz bir prensibi burada anmak isteriz. İlgili prensip *qui suo iure utitur, neminem laedit* olarak adlandırılmış olup, “Hakkını kullanan tarafın, karşı tarafın haklarını ihlal ettiği iddia edilemez” şeklinde açıklanabilecektir. İşte bu durumda, açıkça ek iş talep hakkı olan iş sahibinin bu hakkı kullandığı takdirde, belirli sınırlar dahilinde hak dengesi gözetildiğinde yüklenicinin bu talebi yerine getirmek durumunda olduğu sonucuna varılabilecektir.

¹⁶¹ GÖNEN, s. 215.

¹⁶² GÜRPINAR, s. 99; GÖKYAYLA, s. 78.

¹⁶³ GÖKYAYLA, s. 55; GÖNEN, s. 215.

¹⁶⁴ GÖNEN, s. 216.

Ek iş talep etme hakkı, iş sahibine kanun eliyle de verilmiş olabilir¹⁶⁵. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md. 63 bu konuda yazarlarca verilmiş doğrudan bir örnektir. Bahsi geçen madde hükmü uyarınca *“keşif yahut sözleşmede öngörülemeyen bir iş artışı zorunlu hale gelmiş ise, keşif bedelinin %30’una kadar olan kısmının süre hariç sözleşmedeki diğer şartlar aynı kalacak şekilde yerine getirilmesi”* gereğini ortaya koymaktadır. İşte bu halde yine, belirli bir sınıra kadar (ki burada maddi değer olarak keşif bedeli her ne takdir edildi ise o bedelin yüzde otuzuna kadar olan taleplerden bahsedilmektedir) iş sahibine yetki tanınmıştır.

Bunun yanı sıra tarafların örtülü iradeleri gereği iş sahibine benzeri bir yetki vermiş olabilecekleri, bu durumlarda da iş sahibinin tek taraflı şekilde ek iş talebinden bahsetmenin mümkün olacağı ifade edilebilir¹⁶⁶.

Kanaatimizce de iş sahibinin eser hakkındaki taleplerine öncelik vermek eser sözleşmelerinin doğası gereği ortaya çıkan bir olgudur. Bu nedenle, kendi talebi doğrultusunda şekillenen eser bakımından gereklilik halinde iş sahibine ek iş talebi hakkı verilmesi doğal karşılanabilir, bu tip ek bedeli gerektirir ek iş taleplerinde menfaat dengesi yüklenici bakımından da ek bedel ve yeri geldiğinde ek süre haklarının doğumu ile sağlanacaktır. İş sahibinin ek iş talep hakkının sınırı ek iş talebinin artık sözleşme kapsamını değiştirme amacına hizmet ettiği yerde çizilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş sahibinin açıkça ek işe yönelik bir talep yahut talimatı olmasa dahi, ilgili işin görülmesini zımnen talep edebilecektir¹⁶⁷. Örneğin, sözleşme kurulurken söz konusu olmasa dahi, sözleşme konusu inşaat projesinde mevcut olan sosyal alanın muhakkak çocuklara yönelik bir özel alan olması gereğini ortaya koyduğu takdirde ilgili alanın hem çocuklara yönelik eğlence materyaliyle düzenlenmesi hem de çocuk sağlığına uygun boya ile boyanması gibi

¹⁶⁵ GÖNEN, s. 216.

¹⁶⁶ GÖNEN, s. 215.

¹⁶⁷ GÖKYAYLA, s. 80.

bir takım ek işlerin görülmesi gerekecektir. Sosyal alan her zaman çocuklara yönelik eğlence alanı anlamına gelmemekle birlikte, bu örnekte iş değişikliğinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır zira alanın ifa niteliği değişmemektedir. İşte bu halde, iş sahibinin bu talebinin, açıkça beyan edilmese de özel boya ile özel tekniklerle boya yapılması ek işini doğurduğu söylenebilecektir.

Bu şekilde iş sahibi tarafından yapılan taleplerde, iş sahibi vermiş olduğu talimatın sonuçlarını bilecek durumda olduğundan ortaya çıkabilecek ek bedel sonucundan haberdar olduğu varsayılmaktadır. Gürpınar'ın görüşü uyarınca, böyle bir taleple karşılaşan yüklenicinin aslen iş sahibine bu gibi bir ek iş talebinin bir ek bedel hakkı doğuracağını belirtmesine gerek dahi yoktur. İlgili görüşe göre kapsamına girdiği müddetçe Türk Ticaret Kanunu md. 22 uyarınca, bir tacirin yaptığı iş karşılığında ücret / bedel talep etmeye hakkı bulunmaktadır, bu düzenleme dolayısıyla da bir tacire verilecek bir işin (ek yahut değil) belirli bir ücret/ bedel karşılığında yapılacağının var sayılması gerekmektedir¹⁶⁸.

Karşı görüşe göre ise, iş sahibi yapılacak ek iş miktarını ve niteliğini bilebilecek durumda değildir. Bu halde, özellikle kararlaştırılmış götürü ücreti aşan kısımlar bakımından yüklenici, iş sahibine ücret bakımından bilgi vermekle yükümlüdür¹⁶⁹.

Ücret bakımından yüklenicinin bildirim sorumluluğu bakımından bu görüşler karşılaştırıldığında, Gürpınar'ın belirttiği üzere iş sahibinin ek iş talebi karşılığında ek bedel talebinin ortaya çıkacağını kabul etmek makul bir yaklaşımdır.

Bunun yanında, her halükarda iş sahibi ilgili ek işten doğacak ek bedel tutarını kendi başına belirleyemeyecek, bedelin tek taraflı olarak bildirim bir anlaşma yerine geçmeyecektir. Bu halde ek iş bedeli hakkında görüşmeler sağlanabilmesi için, kendi talep edeceği bedel hakkında daha bilgili olan yüklenicinin bu tutar bakımından iş sahibini bilgilendirmesi zaruridir. Pratik anlamda, tutar bakımından

¹⁶⁸ GÜRPINAR, s. 99.

¹⁶⁹ GÖKYAYLA, s. 79.

iş sahibinin bilgi verme zorunluluğu mevcut olacağından Gökyayla'nın görüşüne öncelik vermek gerekecektir. Gürpınar'ın görüşü ise, iş sahibinin ek işten ek bedel doğacağını bilmek durumunda olduğu kısmı bakımından geçerli olacaktır. Son tahlilde, iş sahibi verdiği talimatın doğuracağı maddi yükümlülüğün farkında olmalı ve bunu üstlenmelidir. Diğer yandan, yüklenici de ortaya çıkan ek iş bakımından doğacak ek bedel konusunda iş sahibi ile irtibat içerisinde olmalıdır.

3.2.1.1.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamındaki Unsurları

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamı kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihale sözleşmeleri bakımındandır¹⁷⁰. İşte bu nedenlerle, KİSK md. 24'te ele alınan iş artışı/ ek iş şartları önem arz etmektedir. Bu şartlar şu şekilde sıralanmaktadır:

- (1) Öngörülemeyen bir durum nedeniyle iş artışının zorunlu olması;
- (2) Artışa konu işin proje içinde kalması;
- (3) Artışa konu olacak işin, asıl işten ayrılmasının teknik yahut ekonomik bir sebepten ötürü mümkün olmaması ve
- (4) İş artışının sözleşmede kararlaştırılmış olan bedele etkisinin, anahtar teslimi sabit götürü ücretli işlerde %10'una, birim fiyatlı işlerde %20'sine kadar olması.

Gökyayla'nın kanaatine göre başta sıralanmış olan ek iş genel şartlarından (i) sözleşmede kararlaştırılmamış bir iş olması, (ii) ifa amacıyla değişikliğin ortaya çıkması ve her halde (iii) iş sahibinin talimatı ile yapılma unsurları, bu Kanun hükmünce de ek iş/ iş artışı tanımı için geçerli ve gereklidir¹⁷¹.

¹⁷⁰ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md. 2

¹⁷¹ GÖKYAYLA, s. 81.

İlgili KİSK hükmü uyarınca düzenlenmiş öngörülemeyen bir durum sebebiyle işin artmış olması/ ek işin doğmuş olması şartı, doktrinde öngörülemeyen durum tabirinin incelenmesine neden olmuştur. KİSK kapsamında mücbir sebeplere dair ayrı bir düzenlemenin mevcudiyeti, öngörülemeyen durum tabirinin mücbir sebep olarak nitelenmediği şeklinde yorumlanmıştır. Bu nedenle öngörülemeyen durum tabirinin, sözleşmenin hazırlık esnasında değil de, uygulaması esnasında ortaya çıkan hallere işaret ettiği sonucuna varılmıştır.

Kanaatimizce, ek iş/ iş artışı olgusunun mevcudiyeti için “öngörülemeyen işlerden olma” gereği genel anlamda da geçerlidir. Geçerliliğin nedenini açıklamak için ilk başvurulacak olan yol, öngörülemez tabirinin yorumlanması olacaktır. Bu tabir ilk bakışta gerçekten de mücbir sebepleri akla getirmektedir. Halbuki, KİSK’in amacı ve uygulama incelendiğinde anlaşılmaktadır ki, öngörülmemeye yalın anlamı ile sözleşmeye dahil edilmeme ve sözleşme akdi esnasında görülecek işlerden sayılmama manasına gelmektedir.

Bu anlamın test edilmesi için, öngörülemeyen işlerden olma niteliğini KİSK kapsamı dışındaki genel nitelikli inşaat sözleşmelerine uygulamak gerekecektir. Gerçekten ek iş talepleri, sözleşmenin akdi esnasında, yalın anlamıyla öngörülememişlerdir.

Zira, ilgili iş öngörülmüş olsa idi ya iş kalemleri arasında sayılarak sözleşmesel iş kapsamına dahil edilirdi ya da görülmesi tercih edilmemiş bir iş olur ve yine istek/ ihtiyaç ve talep dışında kaldığı için inceleme konusuna girmezdi. Burada “öngörülmemeye” niteliğini doğru tespit etmek gerekir. Burada değerlendirmek gereken bir husus vardır. O da, ilgili işin iş sahibi tarafından öngörülmüş olması, fakat eldeki sözleşme bakımından gerekli olmayacağının düşünülmesidir. Gerçekten de mantık silsilesi içerisinde ulaşılabilen bu sonucu, sonraki kısımda incelenecek olan TBK md. 480/2 istisnasında kanun koyucunun da değerlendirdiğini görmek mümkündür. Bu örnekte dahi, öngörülmemeye durumundan bahsetmek mümkündür. Zira iş sahibi her ne kadar ilgili işin ortaya

çıkabileceğinden şüphe duysa dahi, gerçekten eldeki iş bakımından gerekli olacağını öngörememiştir. Bu nedenle, Gökyayla'nın bu şartın KİSK özelinde düzenlendiği yorumuna¹⁷² katılmak mümkün olmayacaktır.

Yine KİSK kapsamında sayılan şartlardan olan ve genel nitelikli şartlarda incelemediğimiz bedel etkisi hususu da, yüzdelik oranları hariç genel bir kural olarak değerlendirilebilir. Zira, her ne olursa olsun eser / inşaat sözleşmeleri her iki taraf açısından da maddi olarak büyük rizikolar taşır. Kanaatimizce, önem arz etmeyen maddi ve zamansal sonuçlar doğuran ek işler teknik anlamı ile ek iş sayılmamalıdır. Zira bir işin ek iş olarak tanımlanması, bedel ve süre gibi sonuçları nedeniyle hiç değilse taraflar arasında görüşmeler yapılmasına neden olacaktır. Bu irtibatın kurulması ve ek iş nitelemesinden doğan talep ve bildirimlerin yapılması, işin görülmesinden fazla zaman harcayacaksa eserin inşasını durdurmanın en basit ifadeyle iyi niyet kuralıyla bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

Fakat, genel anlamdaki ek işlerin değerlendirmesinde KİSK'in yüzdelik oranlarının dikkate alınması söz konusu olmayacaktır. Zira bu yüzdelik dilimlerin KİSK kapsamı dışında kullanıma açık olması, sözleşme bedelinin belirli yüzdelik dilim üzerinden meydana çıkacak esnekliğinden yararlanmak isteyen bir iş sahibine belirli taleplerini sözleşmenin kuruluşu esnasında ortaya koymayarak sözleşme bedelini düşük tutmak için hakkın kötüye kullanılması yolunu açmış olacaktır.

Bu nedenle KİSK kapsamı ve kamu yararı amacı göz önünde bulundurularak bazı özel düzenlemeler bir tarafa bırakılır ise, KİSK dahilinde sayılan şartlar kural olarak genel anlamıyla ek iş şartlarından sayılabilecektir.

¹⁷² GÖKYAYLA, s. 82

3.2.1.2. Ek İş Olarak Nitelendirilebilecek Haller

Önceki kısımlarda çeşitli örneklerin ek iş sayılıp sayılmayacağı konusunda doktrindeki görüş ayrılıklarından bahsedilmiştir¹⁷³. Elbette, ek iş olarak nitelendirilecek işlerin tam ve eksiksiz bir listesini yapmak mümkün olmayacaktır¹⁷⁴. Ek iş olarak nitelendirilebilecek işlerin bazı hallerde yeni bir sözleşme konusu olması, yahut asıl işin devamı niteliğinde olması da mümkündür. Bu sebeple, ek iş tanımının yanı sıra ek iş olarak nitelenen ve nitelenmeyen işleri örneklemekte fayda vardır.

Proje değişikliği kapsamında imal edilen galvaniz kaplı saç kablo tavaşı imalatı¹⁷⁵, merdiven sahanlığına doğru yapılan beton kırma işi¹⁷⁶, dairenin 120 metrekareden 140 metrekareye çıkartılması ve misafir banyosu eklenmesi¹⁷⁷ gibi örneklerde ek işten bahsedildiği aşıkardır.

Ek iş niteliğinin arandığı işlerde, her eser sözleşmesi ve ilgili projenin incelenmesi gereğinin altını çizmek gerekmektedir. Zira, sözleşme konusu ile irtibatlı olması gereken işler, elbette her sözleşmede farklı nitelik taşıyacaktı. Örneğin, yalnızca inşaatının yapılması hususunda anlaşılmış bir bina için bir oda projelendirmesi yapılması işi yeni bir işi ortaya çıkaracaktır. Halbuki projelendirme ve inşaat işini aynı sözleşme ile yüklenen bir yüklenici için, yeni bir oda projesi hazırlamak ancak ek iş şeklinde nitelenebilecektir. Bu nedenle pratik örnekler ek iş nitelendirmesi yapılabilmesi için gereklidir. Fakat, öğretinin ve özellikle Yargıtay'ın örnekler üzerinden ek iş tanımlaması yapması ek iş nitelemesinin

¹⁷³ Bkz. dn.150

¹⁷⁴ GÖKYAYLA, s. 83.

¹⁷⁵ Yarg.15. HD. 16.6.2017 tarihli ve 2017/447 E. ve 2017/2595 K. No'lu Kararı (www.kazanci.com)

¹⁷⁶ Yarg.15. HD. 18.2.2002 tarihli ve 2001/4659 E. ve 2002/783 K. No'lu Kararı (www.kazanci.com)

¹⁷⁷ Yarg.15. HD. 26.5.2003 tarihli ve 2003/1797 E. ve 2003/2693 K. No'lu Kararı (www.kazanci.com)

özgü olaylar bakımından detaylı değerlendirmeye başvurmadan yapılmasına neden olabileceği için bir o kadar da tehlikelidir.

3.2.1.3. Ek İş Olarak Nitelendirilemeyecek Haller

Yukarıda tanımladığımız “ek iş” kavramını ve ek işlerden sayılabilecek fazla işlerin yanında, ek iş tanımı ile karıştırılabilecek bazı ek iş benzeri işlerden söz etmek de mümkündür.

Bazı hallerde sözleşmede kararlaştırılan iş kapsamı aşıldığı halde, yukarıda açıkladığımız unsurların yokluğu halinde hukuk tekniği bakımından “ek iş” ten söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁷⁸. Örneğin daha önce de verilen, fazla önem arz etmeyen maddi ve zamansal sonuçlar doğuran işler örneği Gökyayla tarafından “*ufak tefek eklemeler*” tabiri ile açıklanmıştır. Burada bahsi geçen ek iş, belirli bir kritere göre “ufak” yahut “değersiz” değildir. Yalnızca söz konusu işlere eserin tümü göz önünde bulundurularak objektif olarak bakıldığı zaman, eserin işlerlik kazanması için zaruri oldukları ifade edilebilir. Bu işler maddi anlamda ve eserin tamamlanma süresi bakımından pek de büyük bir önem teşkil etmiyorsa, artık ek iş olarak nitelendirilip, mutlaka ek iş değerlendirilmesine tabi tutulmasını da beklememek gerekir.

Uygulamada neredeyse en sık karşımıza çıkan ek iş benzeri hali ihale yoluyla idare tarafından yüklenicilere yaptırılan *mega projelerde* görmek mümkündür. Bu hallerde ilgili eserin projelendirme döneminde belirli olmayan bazı ek işlerin, eserin eksiksiz şekilde tamamlanabilmesi için yapılması zorunluluğu söz konusudur. Yüklenicinin bu durumda öne sürdüğü bir diğer iddia ise, her ne kadar kendisinin bu önemli projeleri tamamlayacak teknik ve ticari deneyimi bulunsa dahi, ihale öncesi değerlendirme sürecinin çevresel şartları ve zemin etütlerini yapacak makul sürenin olmayışdır. İş sahibi tarafın iddiası ise, bu tip önemli

¹⁷⁸ GÖKYAYLA, s. 95.

projelerin üstesinden gelebileceğini kanıtlamış yüklenicinin, sözleşmenin uygulanması sürecinde ek iş olarak nitelediği işlerin aslında asıl iş olduğunu bilmeleri gerektirir. Bu iddianın maddi vakıa dayanağı ise, yüklenicilerin ihaleyi almak için bilerek bazı işleri yok sayarak masraf kalemlerini kısmalarıdır. Uygulama bakımından bu durumu iki katmanlı olarak incelemek gerekir. Öncelikle yüklenici, gerçekten belirtildiği gibi hakkın kötüye kullanımı çerçevesinde hareket ediyorsa sözleşmenin karşı tarafı olan iş sahibini sözleşme temeli bakımından yanıltmış olacaktır. Bir diğer yandan, bu şekilde hareket eden bir yüklenici, aslında iş kalemi tespitini doğru şekilde yapmış diğer ihale katılımcılarının bahsi geçen ihaleyi kazanmalarının da önüne geçmektedir.

Bilindiği üzere, idare bu tip ihaleler öncesinde işe ilişkin belli verileri, beklediği iş kapsamını ve süreci anlatan bir ihale dökümanı hazır etmektedir. Ayrıca yine ihale katılımcılarının kendi teknik tecrübelerine dayanan bilgileri kapsamında idareye soru sormaları için genellikle elektronik bir ortamda ihale konusu iş ile ilgili soru sorma ortamı hazır edilir.

İhale isteklilerinin bu dönemi, gerçekten işi aldıkları zaman ne şekilde süreç yönetimi yapacaklarını, masraflarını, iş sahibi taraftan beklentilerini ve sağlayabilecekleri çözümleri değerlendirerek geçirmeleri beklenir.

İlgili durumlarda yüklenicinin hangi saikle hareket ettiğini denetlemenin iki ayrı testi olduğu ifade edilebilir. Bunlardan ilki, ihale kazananı yüklenicinin teklifi ile ikinci ve üçüncü gelen teklifi bedel bakımından karşılaştırılmasıdır. Gerçekten de ihale ön yeterliliğini sağlamış olan her yüklenicinin teklifini almak yerine, yüklenicinin kapasitesine en yakın rakiplerinin ilgili işi hangi bedel ile değerlendirmiş olduklarını tespit etmek daha doğru olacaktır. Kötü niyetle hareket eden yüklenicinin verdiği teklif muhakkak bedel olarak yakın sıralamadaki rakipleriyle büyük fark taşıyacaktır. Bu durumu tespit etmenin ikinci testi ise, ihale sürecinde idareye yöneltilmiş oldukları sorulardır. Gerçekten belirli bir tecrübeye sahip olan yükleniciden, teknik şekilde işin uygulamasına dair, makul ölçüde dahi olsa detaylı sorular sorması beklenir. Daha sonra ek bedel talebine

konu edilen ek işlerin doğumuna sebep olacak teknik hususlarda hiçbir soru yöneltmemiş olan bir yüklenicinin, bu konuyu değerlendirmek istemediği ve süreç içerisinde ek iş bahanesiyle sözleşme bedelini artırma amacı taşıdığı değerlendirilebilecektir.

Uygulamada, ihaleyi almanın yarattığı motivasyonla verilecek teklifi asgari bir şekilde hesaplama çabasına giren yüklenici adaylarından ihale kazananı, proje uygulama esnasında bu kez kendi projeksiyonunun gerçeklikten ne kadar uzak olduğunu deneyimleyecektir. İşte bu hallerde öne sürülen ek iş ve ek işten doğan ek bedel talep haklarının hem hakkın kötüye kullanımı çerçevesinde hem de sözleşmenin esaslı unsuru olan sözleşme konusu ve sözleşme bedeli bakımından aslen tarafların bir anlaşmaya varmamış oldukları sebebiyle sözleşmenin yokluğuna dahi uzanabilecek bir durum ortaya çıkacaktır.

İş sahibi bakımından bu gibi durumların engellenmesi için, ilgili mevzuattan en düşük bedelli teklifi onaylama zorunluluğunun kaldırılması ve ihale sürecinde katılımcılara sunulan verilerin, katılımcılar bakımından içselleştirilmesine yetecek sürenin verilmesi yöntemlerine başvurulması gerekmektedir.

Sözleşme kapsamında belirlenmiş olan işin ifası esnasında, esere bir zarar gelmesi durumunda yapılması gereken tadilat çalışmalarının da ek iş olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Elbette, eser sözleşmeleri bir sonuç taahhüdü içerir. Eser sözleşmesinin tanımında da belirtildiği üzere, yüklenicinin borcu eserin imali ve teslimidir. Teslim gerçekleşene değin, eserin inşası safhasında meydana gelebilecek sorunların ortadan kaldırılması aslında genel anlamıyla eserin inşası fiilinin dışında bir iş değildir. Taahhüt edilen sonuç ortaya çıkarken ortaya çıkacak işler, yüklenicinin faaliyet sahasındadır ve sözleşme sürecindeki rizikonun kural olarak yüklenici üzerinde olduğu söylenebilecektir.

Bunun dışında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fazla inşaat yapılması hususu da ek işler bakımından değerlendirilmesi gereken özellikli bir

durumdur¹⁷⁹. Zira arsa payı karşılığı inşaatlarda yüklenici bakımından sözleşmede kararlaştırılardan fazla iş yapılması lehe bir sonuç ortaya çıkarabilmekte, kendisine bırakılacak bağımsız bölümlerin artmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, uygulama alanı bulan imar mevzuatı bakımından bir engel olmadığı durumlarda dahi yüklenici iş sahibinin rızasının bulunmadığı durumlarda eseri büyütemeyecektir¹⁸⁰.

Yüklenicinin yine de fazla inşaat yaptığı bir durum mevcut olursa ortaya bir çok değerlendirme kriteri çıkmaktadır. Öncelikle, planlanandan fazla inşaat proje olarak sunulan inşaat işine aykırılık taşıdığından imar mevzuatına aykırılık yaratabilecektir¹⁸¹. İmar planına aykırı inşaat yapılması halinde ise, borçlar hukuku niteliğiyle bir hukuki ayıp ortaya çıkmış olacaktır¹⁸². Ayıplı eserin teslim alınmasından kaçınabilme hakkı bir yana, pratik anlamıyla bu durumdaki bir fazla inşaat her zaman idare tarafından kaçak olarak nitelendirilme riskiyle yüz yüzedir. Bunun yanında arsa payı karşılığı yapılan inşaatlarda sözleşme ile belirlenen bağımsız bölüm paylaşma oranı değişmeyecektir¹⁸³.

Başkaca sözleşmeler bakımından açık şekilde ek iş niteliğine tabi tutulacak bazı işler de bu tip arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri özelinde ek iş sayılmayabilecektir. Örneğin bağımsız bölümlerin her birine sauna eklenmesi halinde, herhangi bir ek bedel talep hakkı doğumundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. O halde, iş sahibinin neden bu iş fazlalığını üstlendiğini değerlendirmekte fayda vardır. Kanaatimizce bu gibi hallere, ilgili sözleşmelerde genellikle kullanılan yüklenici ve iş sahibine verilecek olan bağımsız bölümlere aynı nitelikte iç malzeme ve düzenleme kullanılacak olması şartı neden olmaktadır. Kendi bağımsız bölümünün değerini yükseltme çabasında olan yüklenicinin, iş sahibine terk edeceği bağımsız bölümlere de benzer masrafları

¹⁷⁹ GÖKYAYLA, s. 84.

¹⁸⁰ GÖKYAYLA, s. 84; AKKANAT (Fazla İnşaat), s. 64.

¹⁸¹ GÖKYAYLA, s. 88.

¹⁸² AKKANAT (Fazla İnşaat), s. 72; TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 163.

¹⁸³ GÖKYAYLA, s. 86.

yapmayı göze alabilecektir. Bu durumda, iş sahibinden ek bedel talebinde bulunamasa dahi ortaya çıkacak fazla işler bakımından daha fazla süreye ihtiyaç duyabilecektir¹⁸⁴. Sonuç olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapılan sözleşme dışı işler doktrinde tipik bir ek iş örneği olarak anılmaktadır¹⁸⁵. Fakat, ek işin nitelemesi bakımından başvuru unsurlarının yokluğu nedeniyle, işbu çalışma kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında görülen fazla işlerin ek işten sayılmayacağı değerlendirilmektedir.

Bunların yanında belirtmek gerekir ki, yüklenicinin meydana getirdiği eserin teslim öncesindeki tetkiklerinde, iş sahibinin fark ederek düzeltilmesi talebinde bulunduğu ayıpların giderilmesi için yüklenici ek emek harcayarak, planlananın dışında masraflar yapabilir. Bu durum ayıbın giderilmesi kapsamında değerlendirilmeli ve bu süreçte yapılan “ek” işler bakımından herhangi bir talepte bulunamaz¹⁸⁶.

Önemle üzerinde durulması gereken husus, yüklenicinin yaptığı her masrafın ek iş olarak tanımlanmaması gereğidir¹⁸⁷; mevcut işlerde öngörülmüş olandan fazla masraf yapmak, tahmini sürenin aşılması nedeniyle sonuç olarak daha fazla gidere katlanması gereği, kullanılacağı öngörülen malzemenin eserin amacına uygunluk göstermemesi nedeniyle mevcut olandan daha yüksek ve daha pahalı malzeme kullanılması zorunluluğu gibi hususlar ek iş tabiri kapsamındaki unsurları taşımaz. Burada bir ek işten bahsetmek de mümkün değildir. Sayılan haller olsa olsa keşif esnasında üstlenilen rizikonun yüklenici aleyhine gelişmiş olmasıdır ki, bu gibi masraf artışlarını da çeşitli hallerde ve iş sahibine atfedilebildiği takdirde talep hakkı doğabilecektir. Gerçekten de, sözleşmede belirlenen bedel türü ne olursa olsun, yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı fazla masraflar iş sahibi tarafından karşılanıyor olmalıdır¹⁸⁸. Burada, öğretide bir görüş farklılığı görüldüğü

¹⁸⁴ GÖKYAYLA, s. 86

¹⁸⁵ GÖKYAYLA, s. 84

¹⁸⁶ Aynı yöndeki Yargıtay Kararı: Yarg. 15. H.D. 17.4.2007 tarihli ve 2006/2117 E. ve 2007/2497 K. No’lu Karar (www.kazanci.com)

¹⁸⁷ GÖKYAYLA, s. 260

¹⁸⁸ GÜRPINAR, s. 92.

zannedilebilir. Gerçekten de, her masrafın talep edilemeyeceği ve yapılan masraflardan iş sahibinin sorumlu olması gerektiği belirlemelerini içeren iki ayrı çalışma değerlendirildiği zaman bir görüş farklılığı olduğu zannedilebilecektir. Halbuki yazarların aslında aynı görüşte olduğunu söylemek mümkündür. Zira, söz konusu masrafın niteliği bu belirleme açısından büyük önem taşımaktadır. Masrafın doğum nedeni, yüklenicinin sözleşme öncesi dönemde harcama projeksiyonlarını yanlış yapması ise özellikle götürü bedelli sözleşmelerde bu masrafın talep edilmesi uygun düşmeyecektir. Bunun yanında, ek iş kapsamında temin edilmesi gereken sarf malzemesinin masrafının iş sahibi tarafından karşılanmaması ise, söz konusu olamayacaktır.

Yüklenicinin özen yükümlülüğü gereğince bazı işlerin görülmesi gerekiyorsa, artık bu işlerin ek iş olduğu söylenemeyecektir¹⁸⁹. Gerçekten de bazı işler, her ne kadar ilk bakışta sözleşme kapsamında görünmeseler dahi, özen yükümlülüğü uyarınca eserin tam ve eksiksiz olarak inşası için gerekli olabileceklerdir. Ayrıca, inşaat sözleşmelerinin kapsamı düşünüldüğünde, her bir iş kaleminin tek tek sıralanması mümkün değildir. Konu hakkında uzman olduğu varsayılan yüklenicinin gerekli teknik bilgi ve tecrübeye sahip olması, ilgili eserin gereği gibi meydana getirilmesi bakımından gerekli tüm işleri görmesi gerektiğini bilecek durumdadır. Yine eklemek gerekir ki, tarafların menfaat dengelerinin korunması için özen borcundan dolayı görülmesi gereken işler söz konusu olduğunda dahi; ilgili işlerin ortaya çıkış sebeplerinin, bu sebeplerin yüklenici tarafından öngörülmesinin makul bir beklenti olup olmadığının ve bu işlerin görülmesinin sözleşme bedeli ile orantısının incelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda ek iş kapsamına giren işler bakımından da belirtildiği üzere, ek iş kapsamına giremeyecek olan işleri de sınırlı sayıda saymanın mümkün olmayacağı aşıkardır. Bu nedenle yapılan açıklamaların örnekleme niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

¹⁸⁹ GÖKYAYLA, s. 97.

3.2.1.4. Ek İş ile Ek Bedel Arasındaki İlişki

Daha önce de belirtildiği üzere sözleşmede bedelinin belirlenmiş olması yalnızca sözleşme kapsamına dahil olan işler için geçerlidir, ek işler için ayrıca bedel ödenir¹⁹⁰. Sözleşme kapsamı dışında kalan işler bakımından yapılacak bu ödeme için de, kural olarak bu kez sözleşme bedelinin yanında bir ek bedel belirlenmesi gereği doğacaktır¹⁹¹.

Gökyayla'nın da belirttiği üzere ek bedel hukuk tekniği açısından incelendiğinde sözleşmede kararlaştırılan bedelden bağımsızdır¹⁹². Böylece ek iş ve ek bedel arasındaki ilişkinin doğru orantılı olduğunu söylemek mümkündür. Ek işlerin ortaya çıkmasıyla ortaya çıkan bedel artışı, “ek bedel” talebi olarak vücut bulacaktır¹⁹³.

Kısaca, ek iş ve ek bedel arasında kural olarak doğru orantılı bir ilişki vardır. Ek işler, ek bedel belirlenmesini gerektirecektir. Bu ilişki, sözleşme kapsamında belirlenen işlerdeki artış şeklindeki değişikliğin, bedele yansımasıdır. Ancak bu orantı bir kural olarak uygulanmayacaktır. Ek iş sayılamayacak işler kısmında belirtildiği üzere bazı işler teknik anlamda ek iş niteliğine sahip olabilecek türden olsa dahi, bedel ve süre bakımından fazla önem atfetmedikleri müddetçe, taraflar arasındaki ilişki gereği ek bedel niteliğine tabi tutulmayacak ve bu durumlarda ek bedel talep hakkı doğmamış olacaktır. Örneğin beş milyon liralık bir proje kapsamında ortaya çıkan ve görülmesi gereken bir işin maddi ederi beş yüz lira ise ve eserin tamamlanması bakımından çok kısa bir süre içerisinde görülmesi mümkünse, bu kez yüklenicinin bu beş yüz liralık ek iş bakımından ek bedel talep etmesi beklenmeyecektir.

¹⁹⁰ UYGUR, s. 915.

¹⁹¹ GÖKYAYLA, s. 260.

¹⁹² GÖKYAYLA, s. 259-260.

¹⁹³ BAYGIN, s. 40.

3.2.1.5. İnşaat Sözleşmeleri Bedel Tipleri ile Ek Bedel Arasındaki İlişki

3.2.1.5.1. Sabit Götürü Bedel veya Değişken Götürü Bedel Düzenlemesine Sahip İnşaat Sözleşmeleri

Daha önce de belirtildiği üzere, götürü bedel düzenlemesine sahip sözleşmelerde, iş kalemleri ve ilgili iş kalemlerine karşılık gelen bedel üzerinde bir kesinlik söz konusudur¹⁹⁴. Bahsi geçen belirli işin zaman içerisinde, işin daha yüksek giderlerle görülecek olması sözleşme kapsamında belirlenmiş olan bedeli değiştirmeyecektir. Bu anlamda, gider artışlarına yönelik riziko, yüklenici üzerindedir. Zaten götürü ücret belirlemesinin ana amacı da iş sahibinin yaptıracığı iş bakımından ödeyeceği bedelin belirli olmasıdır. İş sahiplerinin bu düzeni tercihlerinin sebebi, sözleşme kapsamında belirlenen eserin tamamlanması sonrasında ödenecek bedel bakımından herhangi bir sürprizle karşılaşmamak ve kendilerini bu anlamda güvenceye almaktır.

Öte yandan daha önce de belirtildiği üzere, sözleşme kapsamında sayılan iş kalemleri ek iş unsurlarını barındıracak şekilde değiştirildiğinde, yani ek bedel talebine yön verecek ek işlerin doğumu halinde, mevcut sözleşmenin rizikosunu hâlihazırda üstlenmiş olan yükleniciden, bir de yeni durumun ortaya çıkaracağı masraf, gider ve emek ağırlığını da üstlenmesini beklemek doğru olmayacaktır.

Ek işlerin ortaya çıktığı hallerde bu yeni durum yine sözleşme kapsamında belirlenmiş olan bedele yansımali, yeni eklenen işler özelinde yeni bir bedel düzenlemesinin, yani ek bedelin doğumuna yol açmalıdır. Zira, hakkaniyet bunu gerektirir.

Anahtar teslimi götürü bedel düzenlemesini içeren sözleşmelerde, eserin tümünden tamamlanması tek bir yüklenicinin sorumluluğundadır. İş sahibinin beklentisi, tümünden tek yüklenici eliyle tamamlanmış olan bu eserin anahtarını çevirip içeri

¹⁹⁴ GÖKYAYLA, s. 261.

girdiğinde, işler bir yapıya kavuşmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar yapılacak işler kalem kalem sayılmış dahi olsa (*Detailpauschalvertrag*), talep konusu olan işlerin aslen sözleşme kapsamındaki işlerden olmadığı, bu anlamda talebin ek iş olgusu içerdiği ve bu nedenle ek bedel sonucunu doğuracağını ispat yükü yüklenici üzerine doğacaktır. Yapılacak işlerin detaylı bir şekilde düzenlenmediği hallerde de (*Globalpauschalvertrag*) durum aynı olmakla beraber, bu kez ispat külfeti daha da ağırlaşacaktır. Anahtar teslimi şeklinde anlaşılan bir sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkacak bazı işlerin sözleşme konusu iş ile irtibatlı olmadığını ispat etmek elbette daha zor olacaktır. Söz konusu durumda ispat yükü taraf değiştirmeyecek, yine yüklenici olarak kalmaya devam edecektir.

Değişken (global) götürü bedel hükmünü içerir sözleşmelerde ise, götürü ücret kapsamı aynen geçerli olmakla birlikte, masraf ve giderler bakımından değişikliklere “uyum şartı” söz konusudur. Bu tür sözleşmelerde bedelin masraflarla ilintili olan kısmı bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Fakat ek işlerin söz konusu olacağı durumlarda, süre ve bedel bakımından yüklenicinin koşullarının ne denli ağırlaştığı detaylı şekilde incelenmelidir.

3.2.1.5.2. Birim Fiyat Esasına Dayalı İnşaat Sözleşmeleri

Birim fiyat esasına dayalı inşaat sözleşmelerine sıkça rastlanmaktadır¹⁹⁵. Özellikle meydana getirilecek eserin inşası için gereken işler belli fakat eser bütünü oluşturacak birimlerin niceliği belli değil ise, bedel sistemini birim fiyat esasına dayandırmak oldukça mantıklıdır.

Bu şekilde belirlenmiş olan birim fiyat, daha önce de belirtildiği üzere eserin tamamlanması için gereken birim sayısı ile çarpılarak toplam bedel sonucuna varılmaktadır. Bu tipteki sözleşmelerde, bedeli belirlenmiş olan iş kalemlerinin sözleşme amacına uygunluk bakımından artması halinde herhangi bir sorun yaşanmayacak, yine aynı hesaplama usulü ile bedelin hesabı yapılabilecektir. Hatta

¹⁹⁵ BAYGIN, s. 34.

bu şekildeki bir artmanın hukuk tekniği bakımından ek iş sayılıp sayılmayacağı dahi kanaatimize göre tartışmaya açıktır. Zira zaten gerekli birim sayısı belirli olsa idi, toptan bir götürü ücret belirlemesi yapılmış olurdu. Birim sayısının belirli olmadığı haller, bu tip bir hesaplama sisteminin doğumuna yol açmıştır.

Bedeli taraflar arasında düzenlenmemiş ve yapılan iş listesi kapsamı dışındaki bir ek işin görülmesi gereği doğarsa, ortaya çıkabilecek bir kaç durum senaryosu vardır. Öncelikle taraflar, böyle bir durumu öngörerek aralarında anlaşma yapmış olabilirler. Bu anlaşma, sayılan iş listesi dışındaki işler doğduğu zaman ayrı bir anlaşma yapılacağı kaydını içerebilir. Sözleşme kapsamında ek işlere dair doğrudan bir anlaşma yapıldığı takdirde, ek işin bedel değerlendirmesi pek tabi ki bu hükme göre yapılacaktır. Bunun dışında, ek iş bedeli hakkında yapılacak anlaşmanın, birim fiyatlara gönderme yaparak düzenlendiği ve tarafların yahut müşavir mühendisin vereceği takdirin iş sahibinin onayı ile birlikte geçerli olacağına dair olması da mümkündür¹⁹⁶.

3.2.1.6. Ek iş Sebebiyle Doğacak Ek Bedelin Belirlenmesi

Bu bölümde özetlendiği üzere, ek işlerin doğumu kural olarak ek bedel talebinin doğumuna sebep olacaktır. Tarafların ek iş olgusunun mevcudiyetinde mutabık olduğu hallerde dahi, ek bedelin doğumu hususunda uyuşmazlığa düşmeleri mümkündür. Ek bedelin doğumu konusunda mutabık kalındığı hallerde ise bu kez bedelin hesaplanış usulü ve toplam bedel tutarı bakımında ayrı uyuşmazlıklar yaşanması mümkün ve uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Yaşanan uyuşmazlıkların asıl sebebi, elbette sözleşmede bedel konusunun ticaret hayatındaki en kritik nokta oluşudur. Ek iş hallerinde yükleniciye ödenecek bedelin hesaplanması usulü bakımından üç ayrı durum ele alınmalıdır.

¹⁹⁶ BAYGIN, s. 34.

Bunlardan ilki ek işin tarafların anlaşması sonucu ortaya çıkmasıdır. Bu halde, bedel hesabı nispeten daha kolay olup sözleşme yapma özgürlüğü uyarınca tarafların mutabakatına tabidir. İkinci durum ek işin iş sahibinin tek taraflı talebiyle ortaya çıktığı hallerdir. Bu durumun pek mümkün olduğu, ek işin hukuki unsurlarından biri olan *iş sahibi tarafından talep edilme* konusu kapsamında ortaya koyulmuştur. Bu halde yükleniciye ödenecek nihai bedelin hesaplanması, tarafların anlaşmasında olduğu kadar basit olmamaktadır. Üçüncü ve son durum ise, oldukça özellikli bir hal olan ek işin yüklenici tarafından yetkisiz olarak ortaya çıkartılması durumudur.

3.2.1.6.1. Ek işin tarafların anlaşması sonucu ortaya çıkması

Ek işe dair düzenlemenin taraflar arasındaki bir anlaşma vasıtasıyla yapıldığı hallerde, bu mutabakatın TBK genel hükümleri uyarınca sözleşmelerin değiştirilmesine ilişkin kurallara tabi olacağı açıktır¹⁹⁷. Gerçekten de belli bir eserin meydana getirilmesine karar verebilen tarafların, sonradan başkaca işler ekleme gayesi ile sözleşmeyi değiştirebilmeleri kadar olağan ve mümkün bir hal olamaz. Böyle bir durumda, tarafların tekrar karşılıklı anlaşma ile neredeyse bir ek sözleşme meydana getirdikleri söylenebilir. Bu ek sözleşmenin bedel hükmü de, ek bedel belirlemesi olacaktır.

Her nasılsa ek işin yapılmasına dair anlaşmaya ve mutabakata varan tarafların bedel hakkında bir düzenleme yapmamaları halinde, esas sözleşmedeki bedel belirleme usulünün geçerli olacağını söylemek mümkündür. Bu anlamda da, herhangi bir sebepten ötürü bu şekilde bir uygulamanın mümkün olmayacağı hallerde, TBK md. 481 hükmü uyarınca bedelin belirlenebileceği sonucuna varmak da doğru bir yaklaşım olacaktır¹⁹⁸.

¹⁹⁷ GÖNEN, s. 213.

¹⁹⁸ GÖNEN, s. 215.

3.2.1.6.2. Ek işin iş sahibinin tek taraflı talebi ile ortaya çıkması

Ek işin tek taraflı şekilde iş sahibinin talebi ile ortaya çıkabileceği, hatta bunun ek iş niteliğinin gerekli unsurlarından biri olduğu daha önce detaylı şekilde incelenmişti¹⁹⁹. Bu durumlardaki bedel hesabı ise, yine bu tip bir yetkinin kullanımının bedele etkisinin açık biçimde düzenlendiği sözleşmelerde elbette taraflar arasında anlaşılmalı olan belirleme usulü uygulanacaktır²⁰⁰.

Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, bu tip bir talebin bedelsiz olarak yerine getirileceği düzenlenmişse, gerçekten de bedelde herhangi bir artışa gidilmeyecektir²⁰¹. Götürü bedele dayalı sözleşmelerde, hesaplama aksi bir düzenleme yahut özel durum söz konusu olmadığı müddetçe, TBK md. 481 hükümlerine göre yapılmalıdır.

Buna karşılık öğretide birim fiyat şeklinde belirlenmiş götürü ücretli işlerde ek işlerin birim fiyat üzerinden görüleceğine dair sessiz bir anlaşma olduğu savunulmuş, bu tip sözleşmelerde birim fiyat üzerinden hesap yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁰². Daha önce de belirtildiği üzere, mümkün olduğu ve işler arasında paralellik bulunduğu takdirde birim fiyat ücretlerinin bu tip sözleşmelerde ek bedele uygulanmasının mümkün ve hatta gerekli olduğu kanısındayız. Sonuç itibarıyla bu bedel tipindeki sözleşmelerin kurulmasının nedeni işin türünün belirli olması ve niceliğinin aynı şekilde kesinlik taşımasıdır. Benzer tür bir iş söz konusu olduğunda, elbette geçerli olan hesap türünün uygulanması öncelikli olmalıdır.

Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği hallerde, yine TBK md. 481 hesaplama şekli uygulama alanı bulacaktır. Bu bedel tipinde alt ve üst limit koyulmasının nedeni, yaklaşık olmakla birlikte “kesin” iş niceliğinin aynı şekilde kesinlik kazanamamış

¹⁹⁹ GÖKYAYLA, s. 77 vd.; GÜRPINAR, s.97; BAYGIN, s.54.

²⁰⁰ GÖNEN, s. 217.

²⁰¹ GÖNEN, s. 217.

²⁰² GÖNEN, s. 218.

olmasıdır. Bu kapsamda, üst limitin bedeli, hesaplanacak ek iş bedelini içerir şekilde yeniden düzenlenmelidir.

3.2.1.6.3. Ek işin yüklenici tarafından yetkisiz biçimde ortaya çıkartılması

Ek iş talebi genellikle iş sahibi tarafından yapılacaktır. Gerçekten de, inşa sürecinde zorunlu olarak ortaya çıkan haller haricinde daha fazla/ ek iş yapılmasını, asıl işin ısmarlayanı olan iş sahibinin talep etmesi makul görünür. Bu doğrultuda, ek işin yüklenici tarafından ortaya çıkartıldığı haller, ticari hayatın genel akışına aykırıdır. Ticari nitelik taşıyan sözleşmelerde taraflardan birinin katlanacağı külfeti kendi eliyle artırmasını olağan olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Yine de uygulamada zaman zaman yüklenicinin, herhangi bir yetkisi olmamasına rağmen ek iş ortaya çıkardığı gözlemlenmektedir.

Birçok başka nedene dayanabilecek bu durum aslında temel olarak iki ayrı sebepten doğabilecektir. İlki, yüklenicinin eserin tamamlanması için gerekli olduğunu öngördüğü bazı işleri tamamen özen borcu kapsamında yerine getirmesidir. Diğeri ise, yüklenicinin sözleşme bedelini arttırma saikiyle keyfi olarak sözleşme konusu dışına çıkarak hareket etmesidir.

Açıkça hakkın kötüye kullanılması sayılacak şekilde, yüklenicinin sözleşme bedelini arttırmak için ek iş tespitinde bulunması elbette kabul edilemez. Bu gibi hallerde iş eksikliklerinde olduğu gibi iş fazlaları bakımından da ayıp hükümlerine başvurma şansı bulunmaktadır²⁰³. Bu konuda, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedildiği ve karşı taraf bakımından bir “dayatılma” hali söz konusu olduğu için iş sahibinden hiç bir talepte bulunulamaması yorumuna varılabilir. Gerçekten de, kendisi bakımından dayatma şeklinde bir kazanç yaratmaya çalışan yüklenici, “dayatılmış zenginleşme” kapsamına giren bu iş görmesi bakımından iş sahibinden hiç bir talepte bulunamamalıdır²⁰⁴.

²⁰³ GÖNEN, s. 219.

²⁰⁴ ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 63.

Ayıp hükümlerine gidilme şartlarının mevcut olmadığı hallerde fakat yüklenicinin tarafından üstlenmiş olduğu ek işlerin iş sahibi tarafından kabul görmediği ve bu nedenle taraflar arasında uyuşmazlık çıktığı hallerde ise vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanma alanı bulması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay 15. HD.'nin 26.01.2009 tarihli ve 2008/783 E. ve 2009/333 K. No'lu kararı²⁰⁵na göre;

“Mahkemece, bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak davacı yüklenici tarafından yapılan sözleşme dışı işlerin BK'nın 410 ve devamında düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre, yapıldıkları tarihteki serbest piyasa fiyatlarına göre hesabının yaptırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, fazla işler yönünden taraflar arasında bayındırlık birim fiyatlarının esas alınacağına ilişkin bir anlaşma bulunmadığı halde bu fiyatlar üzerinden ve dava tarihindeki rayiçler üzerinden hesap yapan bilirkişi kurulu raporunun aynen benimsenerek sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Benzer şekilde Yargıtay 15. HD.'nin 30.12.2008 tarihli 2008/4297 E. ve 2008/7777 K. No'lu kararı²⁰⁶na göre:

“Sözleşme dışı işe, yanlar arasındaki sözleşme hükümleri uygulanamayacağından bu nitelikteki iş ya da işlerin bedeli, Borçlar Kanunu 413 ve izleyen maddeleri gereğince vekaletsiz iş görme kurallarına göre işlerin yapıldığı zamandaki serbest

²⁰⁵ KARADAŞ, s. 278'den naklen Yarg. 15. HD.'nin 26.01.2009 tarihli ve 2008/783 E. ve 2009/333 K. No'lu Kararı

²⁰⁶ KARADAŞ, s. 262'den naklen Yarg. 15. HD.'nin 30.12.2008 tarihli 2008/4297 E. ve 2008/7777 K. No'lu Kararı

piyasa rayiçleri itibariyle bilirkişi incelemesi yaptırılarak mahkemece belirlenir.”

Mevcudiyetlerinin yahut ek bedel talebine tabi olduklarının tartışmalı olduğu söylenebilecek olan ek işlerin bedellerinin ödenmesi konusunda salt taraflar arasında uyuşmazlık bulunması yahut sözleşme bulunmaması, bu işlerin bedelinin ödenmesine engel teşkil etmeyecektir²⁰⁷. Bu gibi durumlarda, gerçek vekaletsiz iş görme koşullarının ortaya çıkabileceği aşıkardır. İşte bu hallerde, iş sahibinin menfaatine görülmüş olan işe dair yapılmış tüm zaruri masraflar ve yine yukarıdaki Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere serbest piyasa rayiçleri doğrultusunda belirlenecek belirli bir bedelin yükleniciye ödenmesi lazım gelecektir.

Konu hakkındaki Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, yüklenicinin yetkisiz şekilde gördüğü ek işler bakımından vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı konusunda öğretide de görüş birliği olduğu söylenebilir²⁰⁸. Kanundan yahut sözleşmeden doğan bir yetkiye dayanmaksızın, belki de yüklenici borçları arasında sayılan özen yükümlülüğü gereğince görülmesi gerektiğine kanaat getirdiği ek işleri gören yüklenici, her ne kadar iş sahibinin onayını almamış olsa dahi yaptığı masrafları ve uygun görülecek bir bedelin takdirini talep edebilecektir. Konu hakkında yukarıda atıf yapmış olduğumuz kararlarda da belirtildiği üzere bu bedel belirlemesi pek muhtemelen serbest piyasa bedel rayiçleri üzerinden yapılacaktır.

Eldeki durumun yüklenicinin özen ve sadakat borcu açısından ayrıca değerlendirilmesi ihtiyacı mevcuttur. Özellikle özen borcunun gereği, aslında yalnızca sözleşmeye bağlı kalmak ve teorik olarak sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmek değil, yeri geldiğinde durumun detaylı analizini yapıp koşullar her

²⁰⁷ KOSTAKOĞLU, s. 982'den naklen Yarg. 15. HD. 12.2.1987 tarihli ve 986/1841 E. ve 987/474 K. No'lu Kararı

²⁰⁸ GÖKYAYLA, s. 274; GÜRPINAR, s. 60; ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 62 vd.; GÖNEN, s. 219 vd.

neyi gerektiriyorsa o şekilde davranmayı gerektirir. Bu minvalde, *ek işin* yüklenici tarafından ortaya çıkarılmasının birçok sebebi olabileceği ve bu sebeplerden bazıları kötü niyet içeren amaçlara hizmet edebileceği gibi, birçokları da özen borcu kapsamında taahhüt edilen eserin tam anlamıyla ortaya konulması amacını taşımaktadır. Kötü niyetli amaçlara hizmet eden sebepler bir yana, özen borcunun gereği gibi davranan ve neredeyse sözleşmenin karşı tarafına hizmetten bir adım öteye geçerek sözleşmenin konusuna duyulan sadakatten ötürü tespit edilerek yerine getirilmiş işler bakımından yüklenicinin ağırlaşan koşulları tek başına üstlenmesini beklemek isabetsiz olacaktır.

3.2.2. TBK md. 480/2 Hükümü Uyarınca Doğan Ek Bedel

3.2.2.1. Genel Olarak

Ek bedel talebinin bir diğer kaynağı ise, TBK md. 480 hükmünün ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan istisnasıdır.

Götürü bedeli düzenleyen TBK md. 480 hükmü uyarınca, “*bedel götürü olarak belirlendiği takdirde yüklenici eseri belirlenmiş olan bedelle meydana getirmekle yükümlü*” olacaktır. Buradan da anlaşıldığı üzere, götürü bedelli işlerde kural bedel artışı olmaması yani herhangi bir ek bedel talebi ile karşılaşılmasıdır. Yine kural olarak bedelin belirlendiği anda öngörülmuş olan değer, sonradan daha fazla masraf/ gider yahut emek gerektirse dahi herhangi bir artırıma tabi tutulmayacaktır. Aynı zamanda, eser öngörülenden daha az emek ve masraf gerektirdiği takdirde ise, bu kez iş sahibi belirlenen bedelin tümünü ödemekle yükümlü olacak, kural olarak indirim isteyemeyecektir²⁰⁹.

İstisnai hal ise yine ilgili maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre,

²⁰⁹ ARAL/AYRANCI, s. 418; BAYGIN, s. 108; ERGÜNE, s. 319; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 672; GÜMÜŞ, s. 92.

“Ancak, başta öngörülmeven veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”²¹⁰

Böylece kural olarak herhangi bir bedel artışı talebine açık olmayan götürü bedel esasına dayanan sözleşmelerde, istisnai olarak TBK md. 480/2 uyarınca “uyarlama” şeklinde bedel artışı talebi yapılabileceğini anlaşılmaktadır.

²¹⁰ Konu hakkında, madde içeriğinde bulunan sözleşmeden dönme ve fesih kavramlarının birlikte kullanılmasının nedenini incelemek bakımından TBMM TBK Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu’na başvurmak gerekecektir. Raporun madde hükmü ile ilgili bölümünden aynen alıntı ile:

“818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, Tasarıda yükleniciye tanınan uyarlama hakkı çerçevesinde hâkimin takdir yetkisinden söz edilmesi yerine, bu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğurucu haklar içerdiği göz önünde tutularak, yüklenicinin hangi seçimlik haklarını ve hangi sıraya uyarak kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, yüklenici, fıkra öngörülen koşullar gerçekleşmişse, önce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkını kullanabilecektir. Yüklenici, aynı fıkra kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını ise, ancak şu koşullardan biri gerçekleşirse kullanabilecektir: 1. Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmaması, 2. İş sahibinden, yüklenicinin uyarlama istemini kabul etmesinin beklenememesi. Bu koşul, meselâ, uyarlama sonucunda iş sahibinden ödemesinin istenmesi söz konusu olabilecek bedel artışının, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelle bağdaştırılamayacak bir miktara ulaşması durumunda gerçekleşebilir. Maddenin ikinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen bir cümle eklenmiştir. Buna göre: “Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.” Böylece, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Bilindiği gibi, 25/01/1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyumsuzluğun kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunumuzun 2nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Tasarının 480 inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle, yüklenicinin aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda da, menfaatler dengesinin gözetilmesi bakımından, öğretide savunulan ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği görüşe uygun bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir”.

TBK md. 480/2 ve TBK md. 138 arasında bir özel – genel kural ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekecektir²¹¹. İlgili maddeler arasında ifade ediliş biçimleri dışında bir farklılık olmadığı ve aynı amaca hizmet ettiklerini belirtmekte de fayda bulunmaktadır. TBK md. 138’in geniş kapsamı eldeki çalışmanın kapsamını aşsa dahi, şu sonuca varmak lazım gelir: Bu iki düzenleme dahilinde de sözleşmenin yeni koşullara uyması gereği hasıl olduğunda uyarılama talebinde bulunma, bu talebin yapılmasının yahut kabulünün mümkün olmadığı hallerde ise sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. Geniş anlamda bakıldığında, hükümler paralel düzenlemeler içermektedir.

TBK md. 480/2 madde hükmüne başvuru, yüklenici tarafa tanınmış bir hak olarak vücut bulmaktadır²¹². Gerçekten de madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, istisnaya başvuru hakkı kapsamında asıl göz önünde bulundurulanan taraf yüklenici olmuştur. Madde metni, madde başlığı ve istisnai ikinci fıkranın düzenlenme yeri dikkate alındığında aksi bir görüşe varmak mümkün olmayacaktır. Halbuki, daha önce de örneklediği üzere, üretim maliyetlerinin düşmesi de bir olasılıktır ve bu olasılıkta maliyetlerin ciddi biçimde düştüğü hallerde iş sahibi bakımından da menfaat dengesinin bozulması mümkündür²¹³. Bu halde, TBK md. 480/2 hükmünün iş sahibi bakımından sessiz kalmasının nedenine eğilmek gerekecektir. Gürpınar’a göre, kanunun burada susmasına ayrı bir önem atfetmemek gerekir. Yani, bu istisnai hükmün koşulları ortaya çıktığında herhangi bir taraf ayrımı yapmaksızın hükmün uygulanması yoluna gidilebilmeli, bu hakkın yalnızca yükleniciye özgü bir düzenleme olduğu sonucuna varılmamalıdır²¹⁴. Belirtildiği üzere, genel kural olmamakla birlikte iş sahibinin de TBK md. 480/2’ye başvurabileceğinin kabulü yanında, TBK md. 138 doğrultusunda benzeri bir uyarılama talebinde bulunabileceği de kabul gören bir yaklaşımdır. Yine bu görüşe

²¹¹ BAYSAL (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 352 vd.

²¹² Aksi yönde BÜYÜKAY, s. 174

²¹³ GÜRPINAR, s. 154

²¹⁴ Aynı görüşte BAYSAL (480. Md’nin Değerlendirilmesi), s. 482

göre, hüküm düzenlemesinin yüklenici odağında yapılmasının nedeni ise, maliyet artışının çok daha olası olması, maliyet azalmalarına çokça rastlanmamasıdır²¹⁵.

Yüklenicinin sözleşme akdedilmezden evvel giderlerini ve edineceği karı doğru şekilde hesaplayarak götürü bedeli bu şekilde belirlediği ve karşı tarafla anlaşırken bu hesabı çerçevesinde müzakerelerde bulunduğu varsayılmaktadır. Bu halde, yükleniciden çeşitli gider artışlarını öngörebilmesi ve sabit fiyat ilkesini kabul etmiş bir tacir olarak sonradan ek bedel talebinde bulunmaması beklenmektedir²¹⁶.

Fakat, bu sözleşmesel belirlemeye körü körüne bağlılığın bazı durumlarda yükleniciye ağır zararlar verilebilecek olma olasılığı göz önünde bulundurulduğu için kanun koyucu ilgili madde içerisinde istisnai hali de düzenlemiştir²¹⁷. Burada ayrıca belirtmek isteriz ki, ilgili hüküm ve “uyarlama” hali götürü bedelin tüm alt çeşitlerine uygulanabilecektir²¹⁸. Yine belirtmek gerekir ki, iş sahibinin götürü bedelin söz konusu sözleşme kapsamında düzenlenen emek ve masrafın oldukça üzerinde kaldığı durumlarda TBK md. 138’i ileri sürmesine de engel bulunmamaktadır²¹⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere, bu tip bir ek bedel talep hakkı ancak götürü bedel usulüne göre anlaşılmış sözleşmelerde uygulanabilecektir. Zira yaklaşık bedel usulüne göre düzenlenmiş olan sözleşmeler doğaları gereği, artışlara kendiliğinden uyumludur. Yaklaşık bedelin aşılması hali, TBK md. 482/2 kapsamındaki bedelin aşılması halinde bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteme hakkı düzenlemesi, aslen bedelin indirimine ilişkin düzenlemelerdir²²⁰. Yani yaklaşık bedel, gerçek hale kendiliğinden uyum sağlamaktadır ama yaklaşık bedelin genel sınırlar bakımından aşılması halinde bu kez yüklenicinin ek bedel

²¹⁵ GÜRPINAR, s. 155

²¹⁶ Aynı doğrultuda 15. HD. 14.2.1984 tarihli ve 1983/3155 E. ve 1984/380 K. No’lu Karar (www.kazanci.com)

²¹⁷ BAYGIN, s. 64

²¹⁸ BAYGIN, s. 39.

²¹⁹ BAYSAL (480. Md.’nin Değerlendirilmesi), s. 482

²²⁰ GÜRPINAR, s. 82.

talep hakkından değil, iş sahibinin bedel indirimi talebi hakkından bahsetmek gerekecektir.

Bu minvalde söz konusu ek bedel talep hakkı sebebini detaylı şekilde inceleyebilmek adına, TBK md. 480/2 hükmünün ortaya koyduğu şartları incelemek uygun düşecektir.

3.2.2.2. Şartları

3.2.2.2.1. Başta Öngörülmeyen veya Öngörülebilip de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Durumların Mevcudiyeti

TBK md. 480/2 düzenlemesinin öncelikli şartı başta öngörülmeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların mevcudiyetidir. Bu şartın en basit nedeni elbette ki, tarafların sözleşme hükümleriyle bağlı olma ve ilgili hükümlerin kendileri bakımından işin ifası süresince geçerli olmasına dair niyetlerini o zaman öngörebildikleri koşullar kapsamında oluşturmalarıdır. Belirtmek gerekir ki, TBK md. 480/2 hükmü emredici olmayıp, aksi taraflarca öngörülebilir²²¹. Fakat bu tür anlaşmaların yapıldığı hallerde, bu sözleşme kayıtlarının iş sahibi tarafından öne sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda hakim yine hükmün uygulanması yolunu seçebilecektir²²². Kanaatimize göre, taraflardan birinin, henüz öngöremediği bir durumda doğabilecek haklarından vazgeçtiği hallerde çoğu zaman ortaya çıkacak durum ilgili tarafın aleyhine olacaktır. Böyle bir halde, sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmemesi de menfaatler dengesine açıkça zarar verecek, önceki kayda başvuran iş sahibi bakımından dürüstlük kuralına uygun bir hareket olarak nitelenmeyecektir. İşte bu hallerde yine TBK md. 480/2 hükmü uygulama alanı bulacağından, uygulamada böyle bir kaydın geçerliliğine sıkça rastlamak mümkün olmayacaktır.

²²¹ SCHERER/ SCHNEIDER, s. 565, dn.22'den naklen Pierre TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Baskı, Zürih, 2003, s. 627.

²²² TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 251

Öngörülemeyen, yani beklenemeyen hallerin öncelikle mücbir sebep niteliğindeki olayları içerdiğini belirtmek gerekir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşme kapsamında, tarafların mücbir sebep hallerden saydığı olayların gerçekleşmesi hallerinde de söz konusu olayların olağanüstü nitelikte olduğunu da kabul etmek gerekecektir²²³. Elbette, taraflar arasındaki böylesi bir anlaşma dahilinde mücbir sebeplerden sayılarak örnek şeklinde sıralanmamış fakat hukuki nitelik itibarıyla mücbir sebeplerden olan bir hal meydana gelirse, taraflardan biri bu halin önceden kararlaştırılmamış olma savunmasını ileri süremeyecektir.

Mücbir sebepler dışında, başkaca durumlar da öngörülemez nitelikte olabilecektir. Bir durumun öngörülemez sayılması için kural olarak üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir²²⁴. Bunlardan ilki, ilgili durumun genel nitelikte olmasıdır. Bunun anlamı, meydana gelen olayın sözleşme taraflarına özgü bir hal olmaması, objektif olarak beklenilmeyen bir halin ortaya çıkmasıdır. İkincisi ise, söz konusu durumun ortaya çıkması ile tarafların irtibatlı olmamaları gereğidir. Elbette, elindeki imkanları kullanarak kendi durumunu özellikle güçleştiren bir tarafın kanun korumasından yararlanması söz konusu olamayacaktır. Üçüncü ve son şart ise, söz konusu halin görece olarak süreklilik taşımasıdır. Bu şartın beklenilmeyen haller bakımından belirlenme nedeni ise yine söz konusu durumun bahane edilerek bu istisnai halin kazanç elde edilmesini engelleme amacını taşımaktadır. Gerçekten de oldukça kısa süreli bir zorluğun, yıllar sürecektir bir iş bakımından olağanüstü bir sonuç ortaya çıkaracağını söylemek makul olmayacaktır.

Yavuz'un belirttiği üzere, öngörülme ve olağanüstü olma kavramları birbirleriyle oldukça irtibatlıdır. Gerçekten bir kimsenin bir durumu öngörememesi, o durumun ne denli olağan halin dışına çıktığı ile yakından ilişkilidir²²⁵.

²²³ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 71

²²⁴ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 74; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1013

²²⁵ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1013.

Madde hükmü gereğince öngörülemez hallerin yanında ayrıca *öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlardan* da bahsedilmiştir. Yaptıkları iş bakımından pek muhtemel olarak profesyonel olan kimselerin bir durumu öngörüp de kendi işleri bakımından mümkün olmadığını düşünmelerine cevaz verilmesinin nedeni detaylı şekilde incelenmelidir. Öngörülemez hallerin varlığında olduğu gibi ve evleviyetle öngörülüp de göz önünde tutulmayan hallerde de, uzman kişilerin ortalama düşünceleri dikkate alınmalıdır. Bu halde, konusunda uzman bir kişinin göz önünde tutacağı bir durumun somut olayda ilgili tarafça göz önünde bulundurulmaması yeterli değildir. Bu şart kapsamında da objektif bir durum söz konusu olmalıdır.

Doktrinde verilmiş olan bir başka örneğin incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Söz konusu örnek, tarafların sözleşme müzakerelerini belirli bir teknik rapor üzerinden yürütmeleri, fakat bu belirli teknik raporun hatalı olduğunun sözleşmede düzenlenen işin görülmesi ve eserin inşasının başlamasından sonra ortaya çıkması halidir²²⁶. Bahis konusu olan örneğe ilişkin yapılmış olan açıklamayı özetlememiz gerekirse; tarafların sözleşme görüşmelerini dayandırmış olduğu ve götürü bedel hesabını üzerinden yaptıkları teknik raporun hatalı olması hali TBK md. 32 kapsamındaki saikte yanılma haline yaklaşmaktadır.

TBK md. 32 hükmü uyarınca, saikte yanılmanın, esaslı yanılma sayılmadığı bilinmektedir. Öte yandan, yanılığa düşen taraf bakımından bahsi geçen yanılmanın söz konusu olduğu unsurun sözleşmenin esaslı bir unsuru olması, ve yine bu yanılmanın sözleşmenin esaslı unsuru üzerindeki etkisi önem arz etmekte ise bu yanılmanın esaslı olduğu kabul edilecektir. Madde gerekçesinin içeriği göz önünde bulundurulursa, saikte yanılmanın esaslı bir yanılma hali olarak nitelenebilmesi için, yanılanın karşı tarafça bilinebilecek şekilde bu yanılığa düşmesi ve bu “hatalı” saik üzerinden sözleşmenin temelini kurmuş olması şartları birlikte ortaya çıkmalıdır. Belirtmek gerekir ki, öğretide temel hatasını düzenleyen

²²⁶ GÖNEN, s. 74’den naklen BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Art. 373 N.7

TBK md. 32 hükmü ile TBK md. 480/2 hükmü arasındaki ilişki incelenmiştir²²⁷. Bu anlamda varılan sonuç temel hatasına ilişkin TBK md. 32'nin genel hüküm olması dolayısıyla temel hatası nedeniyle kullanılmak istenen iptal hakkının, özel hüküm olması sebebiyle TBK md. 480/2 doğrultusunda kullanılacağı yönünde olmuştur.

Gerçekten de, hatalı raporun hazırlanma sorumluluğunun kimin üzerinde olduğu hususu bir yana bu durum “saikte hata” çerçevesinde değerlendirilmelidir. Saikte yanılma, kural olarak esaslı bir yanılma hali olmadığından, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinden bahsetmek yine kural olarak mümkün olmayacaktır. Ancak yapılan hata nedeniyle ortaya çıkan yanıltıcı sonuç tarafların sözleşme ile bağlı olma kararını vermesine neden olmuş olabilir. Dürüstlük kuralı gereğince, söz konusu taraf bakımından bu yanıltıcı sonuç sözleşme hükümleri ile bağlı olma kararını etkileyecek ölçüdeyse, bu kez bu saik hatası esaslı bir hata haline gelecek ve yanılan taraf bakımından sözleşme ile bağlı olma yükümlülüğü ortadan kalkabilecektir. Ayrıca bu tip raporların hazırlanma sorumluluğu genel itibariyle iş sahibininindir. Bu şekliyle sözleşmeye “ikna edilmiş” tarafın borca aykırılık hükümleri vasıtasıyla tazminat talebinde bulunabileceğini de kabul etmek gerekecektir²²⁸.

Kanaatimizce bahsi geçen teknik rapor hatası örneği TBK md. 480/2 hükmü kapsamında değerlendirilmemelidir. Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu istisnai halin uygulanması için öncelikle daha önce sıralamış olduğumuz “öngörülemezlik” sayılma şartlarının eldeki durumda mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Öncelikle, eldeki bir işe ait bir teknik rapor hatasının “genel” nitelikte olmasının söz konusu olması gerçekten pek nadir hallerde mümkün olacaktır. Genel nitelikten kasıt, “ferdi niteliği aşma, bir bölge yahut yörenin tüm fertlerini kapsama²²⁹” olarak değerlendirilmelidir. Bu tanımın her zaman, bölge

²²⁷ BAYSAL (480. Md.'nin Değerlendirilmesi), s.480, dn.10.

²²⁸ GÖNEN, s. 73-79

²²⁹ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s.74'ten naklen DESCHENAUX: Henri Deschenaux, Le Titre Préliminaire du Code Civil,, Fribourg,, 1969, s.553.

yahut yöre insanlarının tümünü etkileyen bir durum anlamına gelmediğini ortaya koymak gerekecektir. Bu öngörülemez halin etkileri, sözleşme taraflarını aşıyorsa ve en azından bir grup ilgili kişiyi etkiliyorsa, ferdi niteliğin aşıldığını belirtmek gerekir²³⁰. Teknik raporun hatalı olmasının genele yönelik bir durum olduğu haller gerçekten pek istisnai durumlar olabilir. Bu istisnai hale örnek vermek gerekirse, söz konusu bölgenin jeolojik yapısının pek özel durumu nedeniyle zemin etüdü hesaplamalarının yanlış çıkması durumundan bahsedilebilir. Elbette, böyle bir durumda böyle bir hatanın önceden beri tekrarlanmaması, bir coğrafik sebebe bağlı olarak ortaya çıkması gerekecektir. Zira bölgede yapılan her ölçümün hatalı olduğu herkes tarafından bilinen olağan bir durum haline geldiyse yine öngörülmezlikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Öngörülemezlik şartlarından ikincisi olarak, teknik rapor hatasının taraflara isnat edilememesi gerekmektedir. Bu halde de yine dikkat edilmesi gereken husus, konusunda uzman bir kişiden beklenen tüm çabanın gösterilmiş olmasına rağmen taraflardan kaynaklanmayan bir sebepten ötürü teknik rapordaki hatanın meydana gelmiş olması şartının yerine gelmiş olması gereğidir. Öngörülemezlik halinin üçüncü şartı olan, görece süreklilik halinin bu duruma uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Şartlar bakımından da inceleme yapıldığında görülmektedir ki, bir inşaat sözleşmesinin yapım aşamasından evvel alınan teknik raporun hatalı olmasının “öngörülemezlik” hali kapsamında nitelendirilmesi uygulama bakımından gerçekten pek istisnai durumlarda ortaya çıkabilecektir. Taraflarla irtibatlı olmaması gereken bu durum, tarafların kusuru ile de ortaya çıkmamalıdır. Bu nedenle, teknik raporun hatalı olması uzmanlık alanında gösterilmesi gereken çabayı aşan bir durumdan ötürü ortaya çıkmış olmalıdır.

Genel nitelikli olma durumunda ise, örneğin bölgede mevcut bir madenin zemin etüdü hesabına yarayan araçları yanıltması gibi bir hal ortaya çıkmalıdır ki, söz konusu hal artık taraflar arasındaki “ferdi” niteliğinden kurtulmuş olsun. Bu şartların birlikte mevcudiyetinin ne kadar istisnai olduğu değerlendirildiğinde,

²³⁰ BAYGIN, s. 67.

teknik rapor hatası örneğinde öngörülemezlik haline özel düzenleme içeren TBK md. 480/2 kapsamında uyarılama sonucuna varılmasının uygulama bakımından mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında “teknik rapor hatasının” *öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar* kapsamında da değerlendirilmemesi gerekir. Zira burada incelenmesi gereken durum, zemin yahut arazi ile ilgili olağandışı bir hal değildir. Bu örnekte değerlendirilmesi gereken husus, teknik raporun hatalı olmasıdır. Bu durumda, teknik rapor gerçekten arazi etüdü anlamında yanlış bilgi içerebileceği gibi rakamsal değerler bakımından da hatalı olabilir. Bir rapor hatasının *öngörülüp de göz önünde tutulmama* durumu, raporun hatalı olabileceğinin bilinmesi fakat ilgili raporun hatalı olmadığı inancıyla ortaya çıkabilir ki, bu da konusunda uzman bir yüklenicinin düşmemesi gereken hatalardandır. Bu nedenle hem öngörülemezlik hem de öngörülebilmesine rağmen göz önünde tutulmama halleri bakımından TBK md. 480/2 hükmüne başvurulamayacağı kanaatindeyiz. Bahsi geçen örnek bakımından varılan diğer sonuç olan saikte hata hali mevcudiyetine ise katılmaktayız.

Genellikle teknik rapor hatası denildiği zaman akla gelen bir başka durum daha vardır ki bu da arazinin coğrafi yapısı ile ilgili sonradan öğrenilen hallerdir. Bu örnek de Erman tarafından, “önceden görülemezlik” başlığı altında ele alınmıştır²³¹. Bu örnek, olağan koşullardaki bir araziden bahsedilip, sonra söz konusu arazide büyük ve sert kayaların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmesel koşulların değişmesinden bahseder. Erman bu örnek kapsamında dahi, bir yapım zorluğunun önceden öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından eserin sözleşmede nasıl tespit edildiğinin değerlendirildiğine bakılması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmede arazinin coğrafi halinin tespiti, aslen önceki örnekte bahsi geçen teknik raporun muhteviyatıdır. İşte burada dikkat edilmesi gereken husus, Erman’ın konu hakkındaki görüşünü dikkate alırken teknik rapor hatasının, Erman’ın görüşü bakımından konumlandırılmasının doğru yapılmasıdır. Erman, sözleşmede arazinin tespit edilme halini, öngörülemez olduğu varsayılan halin tespiti için esas almaktadır. Halbuki, teknik rapor hatası örneğindeki rapor, öngörülemez olan

²³¹ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s.77 vd.

durumun kendisi değil, burada esas alınacak değerlendirme kriteridir. Erman, örneğini sonuçlandırırken mevcut durumu öngörmenin mümkün olduğu hallerde gereken önlemler alınmadıysa yüklenicinin artık bu duruma dayanamayacağını belirtmektedir. Bu noktada önemli bir hususu ayrıca değerlendirmek gerekir. Erman'ın verdiği örneği içerir çalışması 1979 tarihlidir. İlgili tarihten günümüze, bu tip teknik ekipman ve teknikler bakımından bir çok gelişme yaşanmıştır. Şimdilerde, sıradan bir inşaat işi için dahi hızlı ve basit şekilde teknik analizlere ulaşmak mümkündür. Eski tarihlerde dahi, yukarıda açıklandığı üzere arazi yapısının farklılığının öngörülebildiği hallerde yüklenicinin istisna hükme başvuramayacağı değerlendirilmiştir. Günümüz teknolojik şartlarında, sözleşme kapsamının tespitinin çok daha kolay yapılabileceği ortadadır. Bu nedenle, işin öngörülenden daha ağır koşullarla görüşebileceği iddiası gerçekten detaylı şekilde incelenmelidir. Zira, sözleşme öncesinde kolaylıkla ulaşılabilecek bir tespit eksikliği mevcutsa artık kusurlu taraf sayılan yüklenici bu istisnai hükme başvuramamalıdır.

Öngörülemezlik yahut öngörülmesine rağmen göz önünde bulundurulmama şartı hakkında yukarıda yapılan açıklamalar ve verilen örnekler bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse:

TBK md. 480 hükmü elbette kural olarak *pacta sunt servanda* ilkesinin gereği olan ahde vefa/ sözleşmeye bağlılık esası doğrultusunda düzenlenmiştir²³². Fakat, evvelce öngörülmeyen durumların ortaya çıkması ve bu nedenle sözleşmeye sıkı sıkıya bağlılığın mümkün olmadığı hallerin meydana gelmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda ise, *clasula rebus sic stantibus* prensibinin öngörülemezlik nedeniyle uygulanması gereği doğacaktır²³³. Bu nedenle TBK md. 480/2 istisnasının uygulanması, adeta sözleşmenin devam ettirilebilmesi için gereken değişikliklerin yapılması gereğinin bir sonucudur.

²³² ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 527; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1011

²³³ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1012; ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 33 vd.

Bu istisnai hükmün uygulanma şartlarından ilki, daha önce de belirtildiği üzere başta öngörülmeleyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların mevcudiyetidir.

Öngörülemezlik yahut öngörülebilmesine rağmen göz önünde tutulmayan haller mücbir sebeplerle sınırlı değildir. Mücbir sebeplerin her biri beklenilmeyen hallerdendir, fakat her beklenilmeyen hal bir mücbir sebep teşkil etmeyecektir²³⁴. TBK md. 480/2 hükmü, beklenilmeyen hal olarak da nitelendirilebilecek olayları daha geniş şekilde ele almaktadır. Asıl amaçlanan sonuç sözleşmenin devamlılığı olduğu için, gerçekten sözleşmenin kapsamını etkileyecek hallerin ortaya çıktığı hallerde bu istisnai hükme başvurabilmek gerekecektir. Yine de öngörülemez yahut öngörülebilmesine rağmen göz önünde tutulmayan hallerin oldukça geniş şekilde yorumlanması bu kez iş sahibi bakımından menfaat dengesini yok edebilecektir. Bu nedenle, bu halleri hem sözleşme kapsamı hem de yüklenicinin sahip olması gereken uzmanlık derecesi gibi kriterler dikkate alınarak incelemek gerekecektir. Aksi takdirde istisnai hükmün uygulaması, niyetlenenden daha geniş şekilde yorumlanacak ve artık amaca hizmet etmeyecektir.

3.2.2.2.2. Taraflarca Önceden Belirlenmiş Olan Götürü Bedel ile Eserin Yapılmasının Mümkün Olmaması yahut İfanın Çok Güçleşmesi

TBK Md 480/2 hükmünün uygulanmasının diğer şartı da, sözleşmenin kuruluşu esnasında belirlenmiş olan bedel kapsamında oluşan yeni koşullar gereğince, sözleşme konusu eserin inşasının oldukça zor olması yahut mümkün olmamasıdır. Buradan çıkarılacak sonuç, her ne kadar ilk şartta bahis konusu ettiğimiz öngörülemez yahut öngörülüp de taraflarca göz önünde bulundurulmayan haller söz konusu olsa dahi, maddi açıdan herhangi bir değişiklik yahut zorluk doğmadığı takdirde herhangi bir uyarılma söz konusu olmayacağıdır²³⁵.

²³⁴ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s.74'ten naklen FOULON, Le Caractère Provisoire de la Notion d'Imprevision, s.8

²³⁵ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 81.

Eserin yapılmasının çok güçleşmesi ve bu güçleşme halinin en ağır görünümlerinden biri olan eserin yapımının mümkün olmama hali, yüklenicinin sadece beklediği kârı elde edememesi anlamına gelmemektedir²³⁶. Gerçekten de, kanun koyucunun korumak istediği menfaat yüklenicinin ticari kârı değildir. Varılmak istenen asıl amaç, değişen koşullara uyum sağlayarak sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmek için çabalayan yüklenicinin çabalarının sonuçsuz kalmamasıdır.

TBK md. 480/2 hükmünün uygulanması bakımından değerlendirilmesi gereken husus, sözleşmesel yükümlülüğün önceden belirlenmiş olan götürü bedel kapsamında yerine getirilip getirilemeyeceği olmalıdır. Belirtildiği gibi hükmün amacı yüklenicinin ticari karını korumak değildir, fakat hükmün uygulanması yalnızca tacirin ticari “mahvı” haline de özgü değildir²³⁷. Gerçekten de bu düzenleme kapsamında ortaya çıkan hal, eserin tespit edilen götürü bedelle inşasına engel olmalı yahut aşırı derecede güçleştirmiş olmalıdır. Fakat bundan anlaşılan tacirin zarar eder hale gelmesi de olmamalıdır. Öncelikle, bir tacirin “ticari mahvı” objektif bir kriter değildir. Bilindiği üzere, yüklenicilerin aynı anda birden fazla proje üstlenmesi olağan bir durumdur. Diğer projeleri dolayısıyla daha olumlu yahut daha olumsuz ekonomik koşullara sahip yükleniciler için farklı bir işleyişin tercih edilmesi mümkün değildir. Bu durum gerçekten borçludan borçluya değişecektir²³⁸. Bu ölçütün kabulü, gerçekten hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Başta da değinildiği üzere, TBK md. 480/2 istisnai hükmünün nihai amacı sözleşmenin devamlılığıdır. Yani, sözleşmeye bağlılık ilkesine istisna getirilmesinin nedeni yine sözleşmeye bağlılığın devamının sağlanabilmesidir. Zira mevcut koşullar değişmediği takdirde, taraflardan biri bakımından sözleşmenin devamı engellenebilecektir. Bu durumda, borçlu tarafın ticari kudretinin son aşamaya kadar zorlanmasını beklemek bu amaca hizmet etmeyecektir.

²³⁶ GÖNEN, s. 82

²³⁷ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1014; ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 84.

²³⁸ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 84.

Aslen Federal mahkeme 10.9.1919 tarihli bir kararında, bu ölçütü kullanmıştır. İlgili karar: “Önceden tahmin olunamayan ve tahmin olunması da mümkün bulunmayan nedenler dolayısıyla edanın aşırı derecede ağırlaşması ve bu yüzden ifanın borçlu için mahvedici olması halinde uygulanabilir.”²³⁹”

Aynı doğrultuda, Yargıtay da "*Davacı müteahhidin 6000 lira zarara düşar olması Borçlar Kanununun 365 inci maddesinde derpiş edilen son derece işkâl vaziyetinde telâki edilemeyeceğinden ve işbu müsbet taahhüdün davacının mahv ve perişanını mucip olamayacağından davanın reddine karar verilmiştir*"²⁴⁰ " kararını vermiştir.

Sonraki zamanlarda bu görüş yinelenmemiş ve özellikle öğretide yüklenicinin ekonomik mahvı (yıkımı) seviyesinin ortaya çıkmasına gerek duyulmadığı hususunda adeta bir görüş birliği oluşmuştur²⁴¹.

İlgili sonucun mefhum-u muhalifinden, beklenilmeyen hallerin ortaya çıkardığı ve aşırı sayılmayacak gider artışlarının, yüklenicinin rizikosunda olduğu anlaşılabacaktır²⁴². Gerçekten, bir taraftan yüklenicinin ticari yıkımının aranmayacağından bahsedilirken, öte yandan yüklenicinin bu ticari ilişkiden hiç kar etmemesi de sözleşme bedelinin arttırılması için sebep teşkil etmeyecektir²⁴³.

Kanaatimize göre, hükmün uygulama amacı bakımından yüklenicinin durumu doğru analiz etmesinin kendisi bakımından bir yükümlülük olduğunu varsaymak gerekir. Yukarıda da açıklandığı üzere, yüklenicinin ilgili ticari ilişkiden umduğu

²³⁹ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 84'ten naklen JdT 1920 I 14 – BGE 45 II 386.

²⁴⁰ BAYSAL (480. Md'nin Değerlendirilmesi), s. 479 ve ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 84'ten naklen (İki yazarın alıntıları da aynı yazarın bahis konusu ettiği karardır) Halis H. Sungur, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı II, Akdin Muhtelif Nevileri, , 1943, s. 240/241'te bahis konusu edilen Yarg. T.D. 2.6.1942 tarihli ve 941/21 E. ve 1522 K. No'lu Karar

²⁴¹ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 83; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 539; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1014; TANDOĞAN (Borçlar Özel), s. 245; KOCAĞA, s. 191; BÜYÜKAY, s. 176.

²⁴² ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 85'ten naklen GAUTSCHI, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, 3 Teilband, s. 469

²⁴³ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1014

karı edinememesi TBK md. 480/2 hükmüne başvurmak için tek başına mümkün olmayacaktır. Yüklenici, başkaca projelerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu nakit akışını ilgili inşaat sözleşmesinden elde edeceği kara dayandırmış olabilir. Bu durumdaki bir yüklenicinin mevcut durumu bakımından özel bir “son derece güçleşme” halinin mevcut olup olmadığı sorusuna kanaatimizce olumsuz yanıt vermek gerekecektir. Daha önce, “ticari yıkım” ölçütünün sübjektif bir ölçüt olduğu için kullanılmadığını ve böylesi sübjektif bir ölçütün haksız sonuçlar ortaya çıkaracağından bahsedilmişti. Böyle durumlarda, maddi olanakları daha dar olan yükleniciler bakımından kanunun farklı bir uygulaması söz konusu olacaktır ki bu durum kabul edilebilir bir çözüm olmayacaktır. Bu halde, madde hükmünde düzenlenen “eserin yapılmasına engel olma yahut son derece güçleştirme” halinin eldeki sözleşme bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Yüklenicinin başka projelerinden dolayı ortaya çıkan nakit eksikliği nedeniyle eldeki inşaatı tamamlamasının güçleşmesi TBK md. 480/2 hükmü bakımından korunmayacaktır.

Sonuç olarak, sözleşme ile belirlenmiş olan götürü bedelin artık eserin yapılmasına engel olması yahut mümkün kılmaması halinden bahsedebilmek için yüklenici tarafın karının korunması söz konusu olmayacaktır. Fakat yüklenicinin “yalnızca bu iş sebebiyle” ekonomik olarak içinden çıkılmaz bir duruma düşmesi de beklenmeyecektir. Bahsi geçen şart bakımından, Erzurumluoğlu tarafından belirtilmiş olan ve uygulaması oldukça hakkaniyetli bir kriterden bahsetmek gerekecektir. Söz konusu inşaat sözleşmesinin mevcut hali ile uygulanmasının yüklenici nezdinde yaratacağı zarar ile sözleşmeyi uyarlamamanın yahut sözleşmeden dönmenin iş sahibi açısından yaratacağı zarar arasında yüklenici aleyhine açık bir dengesizlik olduğu hallerde ²⁴⁴ artık yüklenicinin TBK md. 480/2 hükmü istisnasından yararlanabileceğinin kabulü gerekir.

Kanaatimize göre, burada ifanın güçleşmesi bakımından dengeli bir tavır takınılmalıdır. Kanunun amacının yüklenicinin sözleşmeden elde edeceği karı

²⁴⁴ ERZURUMLUOĞLU, s. 68 vd.

korumak olmadığı açıktır²⁴⁵. Buna karşın, bu istisnai hükmün ancak yüklenicinin ticari yıkımı safhasında uygulanması da uygun düşmeyecektir. O halde hüküm uygulamasının, ekonomik anlamda yükleniciden sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesinin MK md. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun düşmediği hallerde devreye girmesi söz konusu olmalıdır. Erman'ın belirttiği üzere, “aşırı güçlük elastiki bir kavramdır ve hakimin takdir yetkisine geniş ölçüde yer vermektedir.”²⁴⁶

3.2.2.2.3. Yükleniciye İsnat Edilmeme

Her ne kadar madde hükmünde açık bir şekilde bu tip bir düzenleme bulunmasa dahi, yüklenicinin kendisi ile irtibatlandırılabilir değişiklikler yahut ifa engellerinden faydalandırılması uygun olmayacaktır. Bu, hiç kimsenin kendi kusurlu davranışına isnat edemeyeceğini ifade eden *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²⁴⁷ prensibinin bir gereğidir²⁴⁸. Gerçekten de, sözleşme taraflarından birinin belli bir hali ortaya çıkarması, sonra da bu halden karşı tarafın aleyhine olarak yararlanması kabul edilebilir bir sonuç değildir. Karşı tarafın aleyhine tabirinden kasıt, muhakkak zararına yol açması değildir. Bazı hallerde, açık bir zarar meydana gelmese dahi yarara hizmet etmeyen eylemlerin bu şekilde değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Kural olarak TBK md. 480/2 hükmünün sağladığı lehe imkanlardan yararlanan taraf yüklenici olduğu için, kimsenin kendi kusurlu davranışından hak elde edemeyeceği prensibi uyarınca yüklenicinin ilgili imkanlardan faydalanabilmek için ortaya çıkan halin meydana gelişi bakımından kusurunun bulunmaması gerekmektedir²⁴⁹. Gerçekten bu yükümlülük özellikle yüklenici bakımından

²⁴⁵ GÖNEN, s. 86; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1014.

²⁴⁶ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 84.

²⁴⁷ ERDOĞMUŞ, s. 91

²⁴⁸ GÖNEN, s. 86-87

²⁴⁹ GÜRPINAR, s. 148

geçerli olacaktır²⁵⁰. Zira yüklenici kusurlu davrandığı takdirde, kusurlu davranışının yol açtığı olumsuz durumdan bir anlamda fayda görerek sözleşme bedelinin kendi lehine artırılmasını sağlayabilecektir. Aynı zamanda uzman durumda olan yüklenici, bir tacir olarak basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Gerçekten, uzmanlık alanı olan bir alanda gereken önlemleri almaktan belirli eylemleri yapmama zorunluluğuna kadar geniş bir yelpazede sorumlulukları bulunan yüklenici, ağır bir sorumluluk üstlenmiş durumdadır.

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında benzeri bir durumu hükme bağlarken, yüklenicinin kendisine teklif edilmiş olan sözleşmenin kapsamını yeterince detaylı şekilde değerlendirmemiş olduğu, işin görülmesi için gereken malzemenin temini ile ilgili yapması gereken ön çalışmaları yapmadığı ve bu ön çalışmaları yapmış olsa idi gerekli göreceği üzere malzemeyi laboratuvar ortamında incelettirmemiş olması nedenlerinden ötürü yüklenicinin tedbirli davranmadığını ve yüklenicinin bu anlamda kendi tedbirsizliğinden dolayı ortaya çıkan neticeleri başkasına yükletmeyeceğinden ötürü sonradan meydana çıkan duruma dayanarak bir talepte bulunamayacağını belirtmiştir²⁵¹.

Kusurlu olmama şartının incelenmesi kapsamında, yükleniciyle irtibatlandırılabilir kusurlu eylemlerin ne olacağının değerlendirilmesi gerekmektedir²⁵². Bu anlamda beklenmeyen hali tümünden yüklenicinin yaratmış olması gerekmez. Kanaatimizce, yükleniciye isnat edilebilecek haller, olay örgüsünde sözleşmesel ve kanuni yükümlülükleri gereğince sergilemesi gereken davranışları - olumlu yahut olumsuz, yapma yahut yapmama şeklinde göstermeyerek, mevcut koşulların artık götürü bedelin aşılması sonucunu doğuracak hale getirmesidir.

²⁵⁰ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 86

²⁵¹ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 87'den naklen Yarg. T.D. 13.3.1958 tarihli ve 7509 E. ve 1317 K. No'lu Karar

²⁵² GÖNEN, s. 87

Her ne kadar yüklenicinin davranışlarının bahsi geçen ifa güçlüğü ve engelini ortaya çıkarmış olsa dahi, yüklenicinin kendi eylemi ile ifa güçlüğü arasında açık bir dengesizlik ortaya çıkmakta ise, bu kez yüklenicinin TBK md. 480/2'den yararlanabileceği savunulabilecektir²⁵³.

Benzeri bir başka hal ise; yüklenicinin temerrüde düşmesidir. Bu anlamda, sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmede/ ifada temerrüde düşen yüklenici, zamansal olarak temerrüt nedeniyle sözleşme ifası için öngörülen süreden sonraki dönemde şartların değişmesi ile ifa güçlüğü yahut engeli ortaya çıktığı takdirde TBK md. 480/2'den yararlanamayacaktır²⁵⁴. Gönen, bu sorumluluğu, temerrüde düşen yüklenicinin beklenmedik haller nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olduğunu düzenleyen TBK md. 119/1'e dayandırmaktadır.

3.2.2.2.4. İnşaatın Tamamlanmamış Olması

TBK düzenlemesi kapsamında inşaatın tamamlanmamış olması koşulu, açıkça belirtilmemiştir. Fakat madde hükmünün uygulamasının kaçınılmaz sonucu olarak bir “ifa” engeli yahut güçleşmesinden bahsedilebilmesi için, ilgili sözleşmesel borcun henüz ifa edilmemiş olması gereği aşıkardır.

Durumu öngören, fakat yeni koşullara uyarlama yapılmasına dair ihtirazi kayıt ile mevcut halini ortaya koymamış ve ne tür zorluklarla uğraşması gerekirse gereksin bir şekilde sözleşme gerekliliklerini yerine getirmiş olan yüklenicinin, ifa sonrasında uyarlama talep edemeyeceği doktrinde büyük çoğunlukla kabul edilmiştir²⁵⁵. Fakat yine aynı durumda iken, kendi mevcut pozisyonunu ihtirazi kayıtle sabit tutarak ifayı gerçekleştiren yüklenicinin bu kez yine ifa sonrası dava yoluyla uyarlama talep edebileceği kabul edilmelidir²⁵⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki; kısmi ifanın söz konusu olduğu inşaat sözleşmelerinde, henüz tamamlanmamış

²⁵³ BAYGIN, s. 89

²⁵⁴ GÖNEN, s. 87

²⁵⁵ BÜYÜKAY, s. 176; BAYGIN, s.93; GÖNEN, s. 90

²⁵⁶ BAYGIN, s. 93; SELİMOĞLU, s. 162

olan kısma dair ihtirazi kayıt koyulmak suretiyle uyarlama talebinde bulunmak mümkün olacaktır²⁵⁷.

3.2.2.2.5. Taraflar Arasında Aksi yönde Bir Anlaşma Bulunmaması

Genel itibariyle, tarafların geleceğe matuf olaylar bakımından ortaya çıkabilecek haklarından feragatlerinin geçersiz olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, inşaat sözleşmelerinde tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkabilecek beklenmedik durumların yaratacağı ifa güçlüklerinin sonuçlarına katlanacak tarafı belirleyebilmeleri hususu oldukça tartışmalıdır²⁵⁸.

Bu şarta dair belirtilmesi gereken en önemli husus, bu tip bir yüklenmenin her somut olayın şartlarına bakılarak değerlendirilmesi ve hakkın kötüye kullanılması sınırlarına ulaşp ulaşmadığının test edilmesi gereğidir. Bu tip bir yüklenme sonucu TBK md. 480/2 uyarlaması nimetlerinden vazgeçilebildiği kabul edilse dahi, yine de bu kabullenmenin haklara bir oransızlık dahilinde halel getirmemesi gerekecektir.

Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşünün de yukarıda açıklanan görüş doğrultusunda olduğunu belirtmek gerekir²⁵⁹. Söz konusu karar, başta belirtmiş olduğumuz geleceğe matuf haklardan feragatin kural olarak mümkün olmaması kapsamında uyarlamaya ilişkin hüküm bulunmaması norm olmakla birlikte, sözleşmede bahis konusu gibi bir yüklenme mevcut olduğu hallerde, ilgili yüklenme kapsamında yüklenici bakımından koşulların ağırlaşması durumunun TMK md. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebileceğini, bu nedenle edimler arası aşırı dengesizlik var ise; bahis konusu yüklenmeye rağmen uyarlama yapılabileceğini kabul etmektedir.

²⁵⁷ GÜRPINAR, s. 131

²⁵⁸ GÖNEN, s. 91

²⁵⁹ Yarg. 3. H.D. 30.05.2012 tarihli ve 2012/8973 E. ve 2012/13817 K. No'lu Karar (www.kazanci.com)

3.2.2.6. Mevcut İfa Güçlüğü'nün yahut Engelinin İş Sahibine Bildirilmiş Olması

Bahsi geçen bu şart da açık şekilde madde hükmünde düzenlenmemiştir. Fakat, bu şartın geçerliliği tartışmasızdır²⁶⁰. Zira, iş sahibinin inşaat sözleşmesi ifası sürecini yakından takip ettiği hallerde dahi koşullara işi birebir ifa eyleyen yüklenici kadar hakim olması beklenemez. Sonuç itibarıyla, uyarılma sonrası bazı ek yükümlülükler üstlenmesi beklenen tarafın, koşullardan haberdar olmaması riski göze alınmamalıdır.

Hatta, yüklenicinin ilgili durumun ortaya çıkması ve paralelinde gelişen zorlukları iş sahibine derhal bildirme yükümlülüğü bulunmalıdır. Bahsi geçen engel yahut zorluklar bakımından iş sahibinin yapabileceği hiçbir şey olmasa dahi, kendisini uyarlanması beklenen yeni koşullara hazırlamak ve durumu detaylı analiz etmek için, iş sahibi bu bildirimi almalı ve durumu etraflıca anlamalıdır. Bu halde, yüklenicinin TBK md. 480/2 hükmünden yararlanabilmek için, iş sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek gerekir²⁶¹.

3.2.2.3. TBK md. 480/2 Uygulanmasının Sonuçları

Yukarıda belirtilen şartların mevcudiyeti halinde, yine madde hükmünden anlaşılacağı üzere, yükleniciye öncelikle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması talebinde bulunma hakkı tanınmış, sonrasında (*ultima ratio* niteliği nedeniyle) sözleşmenin sonlandırılmasının görünümüleri olarak sözleşmeden dönme ve dürüstlük kuralı gerektirir ise fesih hakkı tanınmıştır.

²⁶⁰ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 89; GÜRPINAR, s. 149.

²⁶¹ GÖKYAYLA, s. 230; BAYGIN, s. 91

3.2.2.3.1. Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması

Bahis konusu olan TBK md. 480/2'nin uygulanma amacı, elbette ki, inşaat sözleşmeleri gibi ağır ekonomik yükümlülükler içerir bağitların “sürdürülebilir” ve “devam ettirilebilir” nitelikte kalmasını sağlamaktır. Bu nedenle TBK md. 480/2'nin uygulanmasının sorun çözümü için tercih edilmesini amaçladığı temel yöntem sözleşmenin uyarlanmasıdır. Gerçekten de son çare (*ultima ratio*) niteliği ağır basan sözleşmenin dönme yahut fesih yöntemiyle sonlandırılması hali, ticari hayatın devamlılığı bakımından kanun koyucu tarafından istenen çözümlerden değildir.

TBK md. 480/2'de 818 Sayılı EBK'daki karşılığı olan 365/2 hükmünden farklı olarak “sözleşme bedelinin arttırılması” değil, “sözleşmenin uyarlanması” ifadesi bulunmaktadır. Bahsi geçen bu değişiklik, TBK kapsamında bahsi geçen uyarlamanın, bedel artışı şeklinde yapılabileceği gibi bedel artışı dışında değişiklikler vasıtasıyla da ortaya koyulabileceği anlamına gelecektir²⁶².

3.2.2.3.1.1. Sözleşmenin Bedel Artışı Vasıtasıyla Uyarlanması

Öğretide kabul gören görüş, uyarlamanın bedel vasıtasıyla yapıldığı hallerde, bedel artışının yüklenicinin zor durumdan kurtarılması amacı ile sınırlı olması gerektiği yönündedir²⁶³. Zira, ortaya çıkan olumsuz halin yalnızca iş sahibi tarafından üstlenilmesini beklemek hakça olmayacaktır. Burada yapılması gereken yükleniciyi düştüğü zor halden kurtarmak ve sözleşmesel ilişkinin devamlılığını sağlamaktır. Aksi davranış, yani bedel artışını hiçbir kısıtlama olmaksızın yapmak, bu kez sözleşme bedelini tümünden yükseltmek anlamına gelecektir. Bu gibi hallerde ise, sözleşme bedelini yükseltmek için olaylar örgüsünü madde istisnasındaki gibi ortaya koyan bir yüklenici, gerçekten iş sahibinin işi uygun bir bedelle yapma olanağına engel olacaktır.

²⁶² GÖNEN, s. 124.

²⁶³ GÖKYAYLA, s. 235; ARAL/AYRANCI, s. 391; GÖNEN, s. 126.

Ödenecek bedelin hesabında tüm bu olasılıklar göz önünde tutulduğunda, büyük ölçekte yüklenicinin oldukça az bedelli bir kar etmesi yahut zarar etmesi sonucu dahi ortaya çıkabilecektir ²⁶⁴ . Önemli olan, yine her bir somut olayın değerlendirmesinin; olayın koşulları, tarafların saikleri ve mevcut durumları, tarafların ekonomik durumları gibi kıstaslar özelinde yapılmasıdır. Ancak bu şekilde doğru bedel hesabına ulaşılarak, sözleşmenin devamı ve sözleşmenin devamı sürecinde tarafların pozisyonları korunabilecektir.

3.2.2.3.1.2. Sözleşmenin Bedel Artışı Dışındaki Yollarla Uyarlanması

TBK md. 480/2'nin EBK dönemindeki düzenlemeden farklı olarak “uyarlama” terimini içerdiğini ve “bedel artışı” tabirinden bilinçli şekilde bir uzaklaşma yaşandığını belirtmiştik. Bazı hallerde, yüklenicinin inşaat sözleşmesi hükümlerine uygun şekilde ifaya devam edebilmesinin başka yolları da bulunmaktadır.

Gerçekten de madde düzenlemesinin altında yatan amacın sözleşmenin devamı ve tarafların sözleşme ifasına devam ederken pozisyonlarını koruyabilmeleri olduğu düşünüldüğünde, çözümün her zaman bedel artışı olması gerekmemektedir. Ek süre verilmesi, sözleşme kapsamının kısıtlanması²⁶⁵ yahut kullanılacak malzemenin bedel bakımından daha ucuz olandan seçilebilmesine izin tanınması halleri bedel artışına alternatif olarak hükmedilebilecek uyarlama yöntemleridir.

3.2.2.3.2. Sözleşmenin Sonlandırılması

Daha önce de belirtildiği üzere TBK'nın genel yaklaşımı ile paralellik gösterir şekilde, TBK md. 480/2 hükmü de sözleşmelerin devamlılığı esası kapsamında, sözleşmenin sonlandırılmasının son çare olması ilkesine dayanmaktadır.

²⁶⁴ ARAL/AYRANCI, s. 391; GÖNEN, s. 127.

²⁶⁵ ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s.72.

Yine de, sözleşmesel ilişkinin devam ettirilmesinin artık mümkün olmadığı hallerde, bu kez tarafların ekonomik durumları ve hukuki statülerini koruyabilmeleri adına artık sözleşmenin sonlandırılması yoluna başvurulabilecektir. Kanunun lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşme uyarlamasının artık mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönme, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde ise fesih yoluna gidilmesi mümkün olacaktır.

Bilindiği üzere, sözleşmeden dönme bir sözleşmesel ilişkinin geçmişe etkili olarak sonlandırılmasıdır. Bu mekanizma, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve sözleşmesel ilişkiyi, sözleşmenin kuruluş anına dönme etkisiyle, tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırmaktadır²⁶⁶.

Sözleşmenin feshi, bilindiği üzere sözleşmeden dönme mekanizmasından farklı olarak, sözleşmenin ileri etkili olacak biçimde ortadan kaldırılmasına neden olacaktır. TBK md. 480/2 hükmü gereğince dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde fesih hakkının kullanılacağı hususu hükme bağlanmıştır.

Daha önce de bahis konusu ettiğimiz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli kararı bu anlamda oldukça büyük önem taşıyan bir mihenk taşıdır²⁶⁷. İşbu karar kapsamında, inşaatın belli bir aşamaya gelmesi halinde, sözleşmeden dönme mekanizmasının değil ve fakat ancak sözleşmeyi fesih mekanizmasının işletilebileceği belirtilmiştir. Bu karar ve sonrasında işin hangi ölçüde ilerlemiş olduğunun tespiti fesih sonucunun doğup doğmayacağının belirlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira, büyük ölçüde ilerlemiş bir sözleşme söz konusu ise, iade hükümleri uygulanmayacak ve sözleşmenin sonlanmasına anına kadar yerine getirilen edimler bakımından işlem yapılarak, yüklenicinin tamamlanan iş oranında sözleşme bedeline hak kazanacağı kabul edilecektir.

²⁶⁶ ÖZ (İnşaat Sözleşmesi), s. 170; SEROZAN, s. 113 vd.

²⁶⁷ <https://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/nisan1984.pdf>

3.3. Ek İş ve TBK md. 480/2 hükmünün kısa bir karşılaştırması

Ek iş olgusunun mevcudiyeti ve TBK md 480/2 istisnai hükmünün kesişim noktaları yüklenici bakımından ek bedel talep hakkının doğumuna hukuki sebep oluşturmalarıdır. Fakat ek iş olgusu ve TBK md. 480/2 hükmüne göre sözleşmenin uyarlanması mekanizması birbirlerinden oldukça farklı yapılara sahiptir.

Ek iş olgusunun ortaya çıkması için, TBK md. 480/2 hükmünde sıralanan şartların aranmasına gerek yoktur. Gerçekten madde metninde de belirtildiği üzere, ortaya çıkacak öngörülemez durumların ortaya çıkması gereği, ek iş niteliğindeki işlerin mevcudiyeti bakımından zorunlu değildir. Elbette, öngörülemez sebeplerin ortaya çıkması halinde ortaya çıkan gereklilikler nedeniyle taraflar ek işlerin görülmesine karar verebilir, yahut halin şartları ek işlerin gereğini doğurabilir²⁶⁸. Fakat belirtildiği üzere, bu zorunlu bir hal değildir.

Ek işlerin söz konusu olduğu hallerde, meydana gelen değişiklik sözleşmenin kapsamında görünüm kazanacaktır. Halbuki TBK md. 480/2 istisnasında, sözleşme kapsamında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Sözleşme bakımından ortaya çıkan değişiklik, üzerinde mutabakata varılmış olan sözleşme konusunun yerine getirilmesinin güçleşmiş olmasıdır.

Bu iki kavramın yüklenici bakımından yarattığı sonuçlar da önemli farklılıklar göstermektedir. Ek işler bakımından yüklenici tarafından bir kaç sonuç söz konusu olabilecektir. Bunlardan ilki, başta da belirtildiği üzere ek bedel talep hakkına sahip olunmasıdır.

Önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, her ek iş bakımından ek bedel doğacağını söylemek mümkün değildir. Ek işlerin söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmenin

²⁶⁸ GÖKYAYLA, s. 133.

süresinin uzatılması gibi bazı başka şartlarının değişmesi de gündeme gelebilir²⁶⁹. TBK md. 480/2 istisnasının uygulanacağı hallerde ise, sözleşme konusu işin gerçekleştirilmesinin oldukça güçleşmesi söz konusudur²⁷⁰. İlgili durumda bedel uyarlaması yapılması, yahut sözleşmenin sonlandırılması söz konusu olacaktır.

Ek bedel talep hakkının doğumuna yol açan bu iki halde de sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olmayan bazı şartların ortaya çıkmış olduğu aşıkardır. Gerek çevresel faktörler gerek fiziksel değişiklikler gibi sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olmayan yahut bilinmeyen kriterlerin varlığı, mevcut sözleşmenin ek kapsamlarla yenilenmesi ve uyarlanması ihtiyacına neden olmuştur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bazı hallerde her iki kuruma birlikte başvurmak gerekebilir. Örneğin daha önce de örneklemiş olduğumuz ihaleli işlerde ihale öncesi sunulan teknik raporlardaki verilerin yetersiz olduğunun ortaya çıkmış olduğu hallerde, hem başta belirlenen sözleşme bedeli ile sözleşmeyi sürdürmek mümkün olmayacaktır, hem de tarafların bu halde dahi sözleşmeyi sonlandırmayarak uyarlama yoluna gittikleri hallerde artık iş değişikliği niteliğindeki ek iş kurumuna başvurmak gerekebilecektir.

²⁶⁹ GÖKYAYLA, s. 134.

²⁷⁰ ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s. 81 vd.

SONUÇ

İnşaat sözleşmelerinde ek bedel talep hakkı konusunda genel bir sonuca varmak amacıyla nihai olarak mevcut durumu yorumlamak gerekmektedir. İnşaat sözleşmelerinde ek bedel talep hakkı konusunu yorumlayabilmek için ise, öncelikle eser sözleşmelerine değinmek gerekecektir.

İnşaat sözleşmeleri eser sözleşmelerinin en yaygın görünümlerinden biridir. İnşaat sözleşmeleri, kapsamı, konusu ve ekonomiye yapmış olduğu katkılar nedeniyle oldukça önemli bir inceleme konusudur ve sözleşmelerin geçerliliğini sürdürmek adına yapılacak her türlü çalışma aslen ülkemiz ekonomisi bakımından tahmin edilemeyecek ölçüde büyük önem arz eder.

İnşaat sözleşmelerinin ifası daha önce de belirtildiği üzere diğer sözleşme tiplerine görece olarak oldukça uzun sürelerle yayılmakta ve bu nedenle sözleşmenin kurulması esnasındaki şartların değişmesi bakımından elverişli bir ortam hazırlamaktadır. Bu durumda ise taraflar arasında sözleşmenin ifası sürecinde ve hatta sözleşme ifasından sonra da uyuşmazlık çıkması pek mümkündür. Taraflar arasında ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıkların en çok yoğunlaştığı konunun sözleşme bedeli olduğun söylemek mümkündür. Gerçekten de, taraflar arasında ortaya çıkabilecek olan başkaca uyuşmazlıkların (süre uzatımı talepleri gibi) en temelinde de sözleşme bedeli hususunun yattığını öne sürmek yanlış olmayacaktır. Kanun koyucu da aslında bedel konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları göz önünde bulundurarak, eser / inşaat sözleşmelerinin vazgeçilmez unsuru olan bedel konusunu oldukça kapsamlı şekilde düzenlemiştir.

Liberal ekonomik sistemlerin temelini oluşturan sözleşme yapma özgürlüğü kapsamında taraflar bedel için bir çok farklı sistemler belirleyebilir, hatta mevcut seçenekleri birlikte kullanarak karma bedel sistemli sözleşmeler dahi ortaya koyabilirler.

Yine de ne tarafların ne de kanun koyucunun özel yahut genel nitelikte yapmış olduğu düzenlemeler, tarafların arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları, her bir olasılığı göz önünde bulundurarak düzenleyemeyeceklerdir. Yine de, her ticari sözleşmede olduğu gibi inşaat sözleşmelerinin de neredeyse en önemli unsuru olan bedel hükmü konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından mevzuatın kapsayıcı bir yaklaşım sergilediği belirtilebilir.

Sözleşmenin konusu ile bedel arasındaki uyumun ortadan kalktığı hallerde, neredeyse bedel hükmünü yenileyen, yeni koşullara uyarlayan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu uyumu ortadan kaldıran, yani ek bedel talebine yol açan iki ayrı hal tespit edilmiştir. Bunlardan ilki ek iş olgusunun ortaya çıkması, ikincisi ise TBK md. 480/2 istisnasının uygulandığı hallerdir. Tekrar belirtmek gerekir ki, bu tip değişiklikler götürü bedel usulüne göre hesaplanacak olan sözleşmelerde bir anlam ifade edecektir. Yaklaşık bedel usulüne göre hesaplanan sözleşmeler doğaları gereği meydana gelen değişikliklere karşı daha esnekler ve uyum sağlayabilirler. Yaklaşık bedelin aşılması halinde ise, yine çalışma kapsamında açıklandığı üzere yüklenicinin bir ek bedel talebinden değil, tersine, iş sahibinin bedel indirimi talebinden bahsetmek mümkün olacaktır.

TBK md. 480/2 istisnası bakımından bahis konusu edilen uyarlama koşulları, yöntemi ve mercii açık şekilde ortaya koyulmuştur. Aynı netliğin ek işler bakımından da mevcut olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Yine de, öğretide ek işler ile ek bedel arasındaki *doğru orantılı* ilişki genel olarak kabul görmüştür.

Sözleşme tipinin özelliği gereği, özellikle anahtar teslim götürü ücretin belirlendiği sözleşmelerde ise ek işin mevcudiyeti taraflar arasında oldukça çekişmeli bir uyuşmazlığa konu olacaktır. Anahtar teslim sözleşmelerde, çok çeşitli işlerin görülmesi gereği alt yüklenicilere olan ihtiyacı artırır. Asıl yüklenicinin bu gibi durumlarda alt yüklenicileri ve iş vereni arasında kalma riski pek yüksektir.

Gerçekten de, söz konusu işin görülmesinde sahada olan ve birçok sorunu ilk elden gözlemleyen asıl yüklenicinin ek işlere bakışı ile iş sahibinin olayı değerlendirmesinin aynı olması mümkün değildir. Ayrıca, belirtildiği üzere anahtar teslim işlerin en karakteristik özelliği tümünden bir sonuç taahhüdü niteliğidir. Bu durumda, artık eserin tamamlanması için başkaca işler gerektiğini ortaya koymak yüklenici açısından pek de kolay olmayacaktır.

Ek bedel talebini ortaya koyacak olan yüklenicinin kendi yükümlülüklerini tam ve eksiksiz olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Gerçekten, hem kanundan doğan hem de uygulamanın genele yaydığı ve öğretide kabul gören yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir yüklenicinin, ek bedel talep edememesi gerekir. Çalışma kapsamında yetkisiz olarak gördüğü işlerin, özen borcu gereğince yapıldığını ispatlayan bir yüklenicinin ek bedel talep hakkına sahip olacağı ve bu hale vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır. Fakat, yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olmayan bir davranışı söz konusu ise, durum tersine dönecektir. Bu halde yetkisiz şekilde görülen işlerin özen borcu uyarınca sözleşmenin gereği olarak görülmediği hallerde, zoraki bir ek bedel talebinin ortaya çıktığı söylenebilir. Bu halde, *dayatılmış zenginleşme* olarak tabir edilen durum ortaya çıkacağından, sebepsiz zenginleşmenin şartları mevcut gibi görünse dahi, yüklenici taraf bu hükümlere dayanarak bir talepte bulunamayacak, hatta yapmış olduğu zaruri masrafları dahi isteyemeyecektir.

Ek bedel talebinin genel olarak sözleşmesel ilişkinin devamlılığını sağlamak amacına hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Zira aksi takdirde sözleşme, yüklenici bakımından sürdürülemez hale gelebileceğinden, bu kez bu ticari ilişkinin sonlandırılması söz konusu olacaktır. Her halde, taraflardan birini içinde bulunduğu yahut bulunabileceği kötü durumdan kurtarıırken karşı tarafı aynı nispette ağır koşullara sürüklemek uygun düşmeyecektir. İşte bu nedenle ek bedel tespiti ve hesabının hakkaniyetli şekilde yapılması büyük önem taşır.

Her halde inşaat sözleşmelerinde ek bedel talep hakkı yüklenicinin sözleşmeyi devam ettirebilmesi bakımından pek önemli bir husus olup, koşulların varlığı halinde talebin kabulü ticari hayat bakımından olumlu etki yaratacaktır. Bu etki sağlanırken, bu talebin her olaya özgü şekilde değerlendirilmesi gereği büyük önem arz eder. Böylece yüklenici taraf bakımından sağlanan menfaat dengesi, iş sahibinin çıkarlarına da zarar getirmeyecek şekilde sağlınırsa; küçük ölçekte taraflar korunmuş olacaktır. Diğer yandan bu doğru uygulama büyük ölçekte ise, tüm muhtemel sözleşme tarafları açısından bedelin fiili hale uyumu hususunda bir güven ortamı sağlamış olacağından, ülkemiz ekonomisine büyük katkıda bulunacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKANAT (Taşeronluk Sözleşmesi):** Halil Akkanat, Taşeronluk Sözleşmesi, İstanbul, Filiz, 2010
- AKKANAT (Fazla İnşaat):** Halil Akkanat, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, s.63-76, Ankara, 2006
- APANOĞLU:** Emrah Ceyhun Apanoğlu, Türkiye’de İnşaat Sektöründe Yargıya İntikal Eden Süre ve Özen Borcu Kaynaklı Anlaşmazlıkların Analizi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi (Fen Bilimleri Enstitüsü), Adana, 2007
- ARAL:** Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2000
- ARAL/ AYRANCI:** Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin, 2014
- AYDEMİR:** Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016
- AYDOĞDU/ KAHVECİ:** Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), İzmir, İleri, 2013
- BAYGIN:** Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmelerinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, Beta, 1999
- BAYSAL (Sözleşmenin Uyarlanması):** Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2. Bası, İstanbul, 12 levha, 2017
- BAYSAL (480. Md.’nin Değerlendirilmesi)** Başak Baysal (İÜHFM C. LXIX, S.1 -2, s. 477-484, 2011)<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023010563/1023009799>
- BİLGE:** Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel İlkeleri, 7. Baskı, Ankara, Turhan, 1990
- BUZ:** Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 1998
- BÜYÜKAY:** Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2014
- CANAVCI:** Mehmet Ali Canavcı, Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doçent Dr. Nadi Günel, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006
- ÇAKMAK:** Ali Osman Çakmak, İslam Hukukunda İstisna Akdi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doçent Dr. Hasan Hacak, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2011
- ÇUHADAR:** Ogeday Çuhadar, FIDIC Standart İnşaat

DAYINLARLI (Müşavir Mühendislik Sözleşmesi):	Sözleşmelerinde İş Sahibinin Esaslı Borçları, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2010
DAYINLARLI (Temerrüt):	Kemal Dayınlarlı, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayın, Ankara, 1998
DİRİCAN:	Kemal Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayın, Ankara, 2008
DUMAN:	Gökhan Dirican, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007
ERDOĞMUŞ:	İlker Hasan Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, 2. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2016
EREN (BATİDER):	Belgin Erdoğan, Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011
EREN (Genel Hükümler):	Fikret Eren, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001, s. 45-58
EREN (Seminer):	Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2014
ERGÜNE:	Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer”, Ankara 1996, s. 49-58
ERMAN (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi):	Mehmet Serkan Ergüne, “Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der, İstanbul, 2015, s. 311-326
ERMAN (Beklenilmeyen Haller):	Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, Der, İstanbul, 2010
ERZURUMLUOĞLU:	Hasan Erman, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979
GABER/AL JARWAN/SHARIF/ EL BEHEIRY:	Erzan Erzurumluoğlu, Türk-İsviçre Borçlar Kanununa Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, 1. Bası, Ankara İdari ve İktisadi İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1970
	Rami Gaber/ Alya Al Jarvan/ Alauddin Sharif/ Salwa El Beheiry, Implied Obligations in Construction Contracts, Masters of Science in Engineering Systems Management, College of Engineering, American University of Sharjah, Sharjah, UAE 2 Civil Engineering Program, Faculty of College of Engineering, American University of Sharjah, Sharjah, UAE, S.1-8

GOLDFAYL:	Greg Goldfayl, Construction Contract Administration, 2. Baskı, New South Publishing, New South, 2004
GÖKYAYLA:	Emre Gökyayla, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat, İstanbul, 2009
GÖNEN:	Doruk Gönen, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, Onikilevha, İstanbul, 2016
GÜLEÇ:	Şafak Güleç, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin, Ankara, 2009
GÜMÜŞ:	Alper Mustafa Gümüş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Baskı, Vedat, İstanbul, 2014
GÜRPINAR:	Damla Gürpınar, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel, İzmir, 2006
HEWITT:	Andy Hewitt, FIDIC Contracts, Obligations of the Parties, Wiley Blackwell, 2014
İŞİK:	Şevket Işık, Türkiye'de Kentleşme ve Kentleşme Modelleri, Ege Coğrafya Dergisi, Sayı:14, 2005, s.57-71
İNAL:	Tamer İnal, Uluslararası Mimarlık/ Mühendislik Standart Sözleşmelerinin, Meslek Birliklerine Özgü Uluslararası Nitelikte Hukuk Yaratması, Özellikleri, Yarar ve Sakıncaları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2008, S. 51-52, s.218-248
KARADAŞ:	İzzet Karadaş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016
KLAUS:	Oliver Klaus, A turn of the key, MEED: Middle East Economic Digest, 00477230, 12/3/2004, Vol. 48, Issue 49, 2004
KLEE:	Lukas Klee, International Construction Contract Law, Wiley Blackwell Yayınları, 2015
KNOWLES:	Roger Knowles, 150 Contractual Problems and their Solutions, Blackwell Publishing, 2005
KOCAAĞA:	Köksal Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2014
KOSTAKOĞLU:	Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2008
KÖKEN:	Çiğdem Köken, Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Hüseyin Altaş, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2011
OZANOĞLU:	Hasan Seçkin Ozanoğlu, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-2, 1999

ÖZ (İnşaat Sözleşmesi):	Maya Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat, İstanbul, 2006
ÖZ (Dönme):	Maya Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı, İstanbul, 1989
SEÇER:	Öz Seçer, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, Yetkin, 2016
SELİÇİ:	Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler, İstanbul, 1978
SELİMOĞLU:	Yaşar Engin Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2015
SEROZAN:	Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2007
ŞAHİNİZ:	Cevdet Salih Şahiniz, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayrıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat, İstanbul, 2014
ŞENOCAK:	Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan, Ankara, 2002
SCHERER/ SCHNEIDER:	Matthias Scherer/ Micheal E. Schneider, International Construction Contracts under Swiss Law, Construction Law Journal Elektronik Erişim: http://www.lalive.ch/data/publications/IntConstructionContractsSwiss_Law-CLJ2007.pdf
TANDOĞAN (Borçlar Özel):	Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 6. Baskı, Vedat, İstanbul, 2008
TANDOĞAN (Alt Müteahhit):	Haluk Tandoğan, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), BATİDER, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan, C.XIII, S.3-4, Aralık 1986, s.57-89
TEKÇE/ DİKBAŞ:	İşıl Tekçe/ Atilla Dikbaş, Yüklenici İnşaat Firmaları için çok Kriterli Performans Ölçme Modeli Geliştirilmesi, İTÜ Dergisi/A Mimarlık, 10: 1, 2011, s. 151-164
TUNÇOMAĞ:	Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II Özel Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler İstanbul, 1977
TORUN:	Enis Torun, İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 3-4, Temmuz-1982, s. 410-427
UÇAR:	Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin, Ankara, 2003
UYGUR:	Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Cilt: 1, Adil, Ankara, 1998
YAVUZ/ ACAR/	Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Türk Borçlar

ÖZEN:	Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014
YENER:	Mehmet Deniz Yener, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD., C. IV, S.1, 2009
YÜCER:	Zeynep İpek Yücer, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012
ZEVLİLER/ GÖKYAYLA:	Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Turhan, Ankara, 2013

