

ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKÂNSIZLIĞI ve SONUÇLARI

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

Eser sözleşmesinde ifanın imkânsızlaşması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu çalışmada ifa imkânsızlığının taraflar açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı ele alınmıştır. Öncelikle imkânsızlık kavramı ve türleri açıklanmıştır. Daha sonra eser sözleşmesinde ifa imkânsızlığı durumunda yüklenicinin veya iş sahibinin ne gibi haklara sahip olabileceğine temas edilmiştir. Eserin teslimden önce telef olması, malzemenin yok olması, iş sahibi ve müteahhidin kusuruyla ifanın imkânsızlaşması gibi durumlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: Eser Sözleşmesi, İfa, İfa İmkânsızlığı, Yüklenici, İş Sahibi.

UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG BEI DEM WERKVERTRAG UND FOLGEN VON UNMÖGLICHKEIT

ZUSAMMENFASSUNG

Unmöglichkeit der Leistung bei dem Werkvertrag ist die Situation, mit der man in der Praxis sehr oft begegnet. In dieser Arbeit werden die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung für die Parteien behandelt. Zuerst wurden der Begriff der Unmöglichkeit und ihre Arten erklärt. Später wurde untersucht, welche Rechte Besteller oder Unternehmer bei der Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag hat. Die Themen wie das Zugrundegehen des Werkes vor der Lieferung, das Zugrundegehen des Stoffes und die Unmöglichkeit der Leistung wegen des Schuldens des Bestellers und des Unternehmers werden auch detailliert behandelt.

SCHLÜSSELWÖRTER: Werkvertrag, Leistung, Unmöglichkeit der Leistung, Besteller, Unternehmer.

I. GİRİŞ

Borçlar Kanunu md. 20'e göre, "Bir akdin mevzuu gayri mümkün" ise o sözleşme bătıldır. Bu hükümde imkânsızlığa bağlanan sonuçlar ele alınmış

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

ancak imkânsızlık kavramı tanımlanmamıştır. Hâlbuki imkânsızlığın doğuracağı sonuçların anlaşılabilmesi için bu kavramın açık bir şekilde tanımlanması gerekir. Doktrinde imkânsızlığı kavramsal olarak açıklayan birden fazla görüş mevcuttur¹. Genel olarak imkânsızlık, edimin maddî veya hukukî bir sebepten dolayı yerine getirilememesidir. Eğer edim, maddi bir sebepten dolayı yerine getirilemiyorsa maddi imkânsızlıktan, hukuki bir sebepten dolayı yerine getirilemiyorsa hukuki imkânsızlıktan söz edilir.

II. GENEL OLARAK İMKÂNSIZLIK KAVRAMI ve TÜRLERİ

Doktrinde imkânsızlık kavramı üzerinde oldukça ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Bir görüşe göre², edimin içeriği değişmeksizin borçlunun fiilleriyle aynen gerçekleştirilmesinin sürekli olarak mümkün olmamasıdır. Başka bir görüş ise imkânsızlığı borçlanılan edimin borçlu veya herhangi bir kimse tarafından kesin olarak yerine getirilememesi olarak tanımlamaktadır³. Diğer bir görüşe göre ise imkânsızlık mantıki ve bilimsel anlamda edimin hiçbir şekilde yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır⁴. Bir başka görüş ise imkânsızlığı borcun ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da mevcut bir borcun sonradan ifasını engelleyen fiili ve hukuki engellere verilen isim olarak

¹ Bu görüşler için bkz. **FİKENTSCHER**, Wolfgang, /**HEİNEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006, s.196; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s. 9; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 3. Bası, İstanbul 2002, § 14, Nr. 1; **DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s.8 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.404; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.426 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 2001, s.56; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.786,787; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, 994, 995; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2007, s. 281 vd.; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2006, s.224; **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 111; **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 88 vd.

² **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 14, Nr. 1; **ALTUNKAYA**, s. 88.

³ **AYAN**, s. 314; **ALTUNKAYA**, s. 88 ve dpn. 115.

⁴ **FEYZİOĞLU**, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977, s.172; **ALTUNKAYA**, s. 88 ve dpn. 116.

tanımlamaktadır⁵.

Doktrinde imkânsızlık türleri konusunda çok çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu bağlamda başlangıçtaki-sonraki, objektif-sübjektif, sürekli-geçici, tam-kısmî ve kusurlu-kusursuz imkânsızlık şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır. Kanunda sadece başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlığa (BK. md. 20 ve md. 117) yer verilmiştir.

Objektif imkânsızlık, edimin borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilememesidir. Örneğin ölmüş atın canlandırılarak teslim edilmesi mümkün değildir. Sübjektif imkânsızlık ise, ifanın yalnızca borçlu tarafından yerine getirilememesidir. Örneğin yeterli bilgisi olmamasına rağmen herhangi birisine hukuki yardımda bulunacağını taahhüt eden şahsın ifayı yerine getirememesinde sübjektif imkânsızlık vardır⁶. Ancak, borçlunun sıkı sıkıya şahsına bağlı edimlerde, borçlunun şahsından kaynaklanan sebeplerden dolayı ifa gerçekleştirilemiyorsa burada da objektif imkânsızlığın varlığı kabul edilmelidir⁷.

Kusurlu ve kusursuz imkânsızlık ayrımında ise imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçluya yüklenebilecek herhangi bir kusurun bulunup bulunmaması esas alınmaktadır⁸. Borçlu kendi kusuru ile imkânsızlığın ortaya çıkmasına sebep olabileceği gibi borçlunun kusuru olmaksızın da imkânsızlık mevcut olabilir. Birinci durumda kusurlu, ikinci durumda da kusursuz imkânsızlıktan söz edilir.

Bir sözleşmenin ifasının imkânsız olması iki aşamada ortaya çıkar. Bu aşamalar sözleşmenin kurulmasından önce ve sözleşmenin kurulmasından sonra şeklinde isimlendirilebilir. Eğer, edim sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız ise başlangıçtaki imkânsızlıktan, sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmişse sonraki imkânsızlıktan söz edilir. Başlangıçtaki imkânsızlık

⁵ **FİKENTSCHER/HEINEMANN**, s.197, 198; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 9; **ALTUNKAYA**, s. 88 ve dpn. 117.

⁶ **GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, R. Walter/**JAGGI**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage Zürich 1995, s.108,109; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.907,908; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.427; **DURAL**, s.80; **AYAN**, s. 314; **AKINCI**, s.220; **TUNÇOMAĞ**, s.787, 788; **ALTUNKAYA**, s. 115.

⁷ **AKINCI**, s.224; **TANDOĞAN**, s.396; **DURAL**, s.89; **EREN**, 997; Karşı görüş için bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.907,908.

⁸ Karşı görüşe göre ise, imkânsızlığın borçlunun kusuruna dayanıp dayanmadığına bakmaksızın genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına aramak daha isabetli olur. **DURAL**, s. 110; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 306, 307; **ALTUNKAYA**, s. 139.

durumunda imkânsızlık objektif ise borç ilişkisi BK. md. 20/1'e göre batıldır⁹. İmkânsızlığın fiili veya hukuki olması bu bağlamda önemli değildir. Fakat başlangıçtaki imkânsızlık borçlunun kusuruna dayanıyorsa borçlu culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğu) gereğince alacaklıya karşı sorumlu olur¹⁰.

Sonraki objektif imkânsızlıkta eğer borçlu kusursuz ise BK. md. 117/1'e göre borçlunun borcu sona erer. Bu durumda borçlu karşı taraftan aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorundadır. Almadığı şeyleri istemek hakkından da mahrum olur (BK. md. 117/II). Başka bir ifadeyle imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkan hasar borçluya ait olur¹¹. Bununla birlikte BK. md. 117/3'e göre meydana gelen zararın bir kanun hükmü ile ya da sözleşmeyle alacaklıya yüklenmesi de mümkündür.

Bir görüşe göre¹² ifa imkânsızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebrî icra yoluyla elde edilemeyecek duruma gelmesidir. Böylece bu tanıma göre iş görme

⁹ **EREN**, 996; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.77,78; **TUNÇOMAĞ**, s.267; **DURAL**, s.79; **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, s.404; **AKINCI**, s.225; **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.157; **ALTUNKAYA**, s. 234.

¹⁰ **ALTUNKAYA**, s. 234; **YALMAN**, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 45; **ULUSAN**, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.284; **YILMAZ**, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985/1-4, s. 240 vd; **BAYGIN**, Cem, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/C. IV, S.1-2, s. 345, 346; **SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 117,124; **ADAL**, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı "Culpa İn Contrahendo" Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD 1985, C.2, S.2, s. 27, 28; **GONZENBACH**, Rainer, Culpa İn Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s. 6; **SEROZAN**, Rona, "Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Y.2, S.3, s.110.

¹¹ **EREN**, 996; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.431; **AKINCI**, s.226; **KILIÇOĞLU**, s.56; **ÖZ**, s.156.

¹² Doktrinde baskın görüş ifanın alacaklı tarafından cebrî icra yolu ile sağlanamayacağı bazı durumları ifa imkânsızlığı saymamaktadır, baskın görüş için bkz. **TANDOĞAN**, s. 396; **DURAL**, s.80; **SEROZAN**, Rona, Borçlar

edimini içeren borçlarda, borçlunun kesinlikle edimini ifa etmeyeceğini bildirmesi üzerine bu borç imkânsızlaşmış sayılacak ve BK. md. 96'ya göre tazminat borcu doğacaktır. Zira iş görme şeklindeki edimini yerine getirmemekte kararlı olan borçludan cebrî icra yoluyla bu alacağın aynen elde edilmesi mümkün değildir¹³. Türk Hukuk Sistemine göre cebrî icra yoluyla kişiye iş yaptırmak mümkün olmadığından, alacaklı, edimi imkânsızlaşmış sayarak BK. md. 96 uyarınca tazminat isteyebilecektir. Hâkim görüşe göre¹⁴ ise, borçlu temerrüdü şartlarının gerçekleşmesi aranacak ve bu hükümlere göre talepler ileri sürülebilecektir. Örneğin vadenin dolmasına uzun bir süre varken iş görme edimini kesinlikle yerine getirmeyeceğini bildiren borçluya karşı, hâkim görüşe göre, alacaklının yapacak bir şeyi yoktur. Çünkü henüz borç muaccel olmadığından ifa istenemeyecektir. Aynı zamanda borçlu vadeden önce temerrüde de düşürülemeyeceğinden temerrütten doğan haklar da talep edilemeyecektir. Borçlunun bu davranışı imkânsızlık olarak kabul edilmezse alacaklı çaresiz bir şekilde vadeye kadar bekleyecektir. Eğer borçlunun bu davranışı imkânsızlık olarak kabul edilirse, edim borcu sona ererek tazminat borcu doğacak böylece de alacaklı beklemek zorunda kalmaksızın zararının tazminini isteyebilecektir¹⁵.

Doktrinde, vade gelmesine rağmen, iş görme ediminin ifasından kaçınma durumunda, BK. md. 97/1 hükmüne göre, işin bedeli borçluya ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılması mümkün olduğu gerekçesiyle de ifa imkânsızlığı fikrine karşı çıkmıştır¹⁶. Bu yazarlara göre BK. md. 97 hükmü yapma ve yapmama edimlerine ilişkin özel bir cebrî icra sistemi öngörmüştür.

Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, s.143 vd., s.210,211; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.907 vd.; **FEYZİOĞLU**, s.175. Karşı görüşe göre, ifanın önemi borçludan çok alacaklı bakımındandır. O halde her ne sebeple olursa olsun alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği bütün durumlar imkânsızlık sayılmaktadır, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.295; **ÖZ**, s.159.

¹³ **ÖZ**, s.159; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.296.

¹⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s.296 ve dñn. 82 deki yazarlar.

¹⁵ Burada tazminatın derhal istenmesine, zararın ancak vadede ortaya çıkacağından söz edilerek de karşı çıkılamaz. Bu yalnızca ortada “gelecekteki zarar” olduğunu gösterir. Türk Hukuk sisteminde ise gerçekleşmesi pek muhtemel bir zararın tazmini mümkündür. Nitekim kazanç kayıpları böyle bir zarara örnek verilebilir, **ÖZ**, s. 159; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.921 vd.

¹⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.921 vd; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s.185,186.

Bu hüküm aynen ifayı sağlayan bir hükümdür. İmkânsızlık görüşüne göre¹⁷ ise BK. md. 97/1 hükmü bir aynen ifa hükmü değildir. Bu görüşe göre BK. md. 97/1 hükmü bir tazminat hükmüdür. Zira bu hüküm çerçevesinde de borçlu bir şey yapmaya zorlanmış olmamakta sadece para ödemeye mecbur edilmektedir.

Doktrinde bir başka görüş¹⁸, İİK md. 30/1 hükmünün borçlunun işi yapması hususunda alacaklı tarafından mahkeme ilâmı alınabileceğinden ve bu ilâmın icraya konulabileceğinden söz etmesini ve aynı kanunun 434. maddesinin de bu ilâmın icra edilememesi halinde borçlunun bir ay tazyik hapsine konulacağını düzenlemiş olmasını iş görme edimlerinde ifa etmeme bildirimünün borcu imkânsızlaştırmadığına delil saymaktadır. İmkânsızlığı savunan görüşe göre, bu durum eğer alacaklı borçlunun ifadan kaçınma beyanına rağmen aynen ifayı sağlayacağına inanıyorsa ve bunda da haklı ise imkânsızlık sonuçlarının doğmayacağına kabulü ile açıklanabilir.

Kanaatimizce, iş görme ediminin yerine getirilmeyeceğinin borçlu tarafından beyan edildiği durumlarda ifanın imkânsızlığını savunan görüş daha gerçekçi ve menfaatler dengesine de uygundur. Zira cebrî icra yoluyla dahi ifası sağlanamayacak bir borcun imkânsızlaşmadığını iddia etmek hukuk mantığı ile bağdaşmayacaktır.

A. BAŞLANGIÇTAKİ İMKÂNSIZLIK (BK. md. 20)

Borçlar Kanunu md. 20'e göre, bir sözleşmenin konusu "gayri mümkün" ise o sözleşme batıldır. İfa imkânsızlığına mukabil bu tür imkânsızlığa borcun konusunda imkânsızlık da denir. Fakat butlan müeyyidesini gerektiren imkânsızlığın objektif olması gerektiği vurgulanır¹⁹. Buna karşılık sadece borçlunun şahsına özgü subjektif imkânsızlığın butlanı gerektirmeyeceği kabul edilir. Borç ilişkisinin kuruluşunda borcun konusu objektif olarak imkânsız ise borç ilişkisinin hükümsüz olduğu, fakat subjektif imkânsızlıkta borcun doğacağı ve borçlunun borcu ifa etmemekten sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁰.

Borç ilişkisinin kurulmasında borcun konusu imkânsız olmakla birlikte ifa zamanında mümkün olacaksa borç ilişkisi muteberdir. Ancak böyle bir durum öngörülmemişse, sözleşme yapılırken edimin imkânsızlığı nedeniyle

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.297; ÖZ, s.159.

¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.921 vd; SEROZAN, İfa Engelleri, s.186,187.

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.78, 298; SEROZAN, İfa Engelleri, s.140; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.903; ALTUNKAYA, s.178.

²⁰ SEROZAN, İfa Engelleri, s.146; OĞUZMAN/ÖZ, s.298 ve dpn. 92; ALTUNKAYA, s.181.

hükümsüz olan borç ilişkisi ileride şartların değişmesi ve edimin mümkün hale gelmesi ile geçerlilik kazanmaz. Daha önce de belirtildiği gibi başlangıçtaki imkânsızlıkta borçlunun kusuru varsa culpa in contrahendo sorumluluğu gereği, tazminat borcu doğmaktadır.

B. SONRAKİ İMKÂNSIZLIK (BK. md. 117)

Sonraki imkânsızlık, borçlunun sorumlu olmadığı ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir. Birinci ayrıma kusursuz sonraki imkânsızlık, ikinci ayrıma da kusurlu sonraki imkânsızlık da denilmektedir²¹. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık BK. md. 117'de düzenlenmiştir. Buna göre, borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı borcun ifası mümkün olmazsa borç sona erer. Doktrinde bir görüş BK. md.117 kapsamına sadece objektif imkânsızlığın girdiğini savunmaktadır²². Buna karşılık diğer bir görüş, objektif imkânsızlık kadar sübjektif imkânsızlık halinde de BK. md.117 hükmünün uygulanabileceğini ileri sürmektedir²³. Kanaatimizce de sübjektif imkânsızlık pekâlâ sonraki ifa imkânsızlığını oluşturmaya yeterlidir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda borç sona erer. Eğer imkânsızlık borçlunun kusurlu davranışından dolayı meydana gelmişse borç sona ermez, sadece muhtevası değişir ve edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alır²⁴.

BK. md.117/2'de karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun imkânsızlık nedeniyle sona ermesinin sözleşmeye ne gibi etkisi olacağı düzenlenmiştir. Buna göre bir tarafın borcu imkânsızlık nedeniyle sona ererse, karşı taraf da kendi borcundan kurtulur. Diğer bir ifadeyle borcunun ifası imkânsızlaştığı için borcu sona eren tarafın karşı alacak hakkı da sona erecektir. Aynı maddeye göre, eğer borcunun ifası imkânsızlaşan borçlu, alacağını evvelce

²¹ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, s.238, Band II; TUNÇOMAĞ, s.787; OĞUZMAN/ÖZ, s. 427 vd.; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 998.

²² GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, s.238, Band II; DURAL, s.89.

²³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.155,156; TUNÇOMAĞ, s.179,461; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s.909.

²⁴ Sonraki imkânsızlıkta borçlu ister kusurlu olsun ister olmasın her halükarda borç sona erer. Bu neticenin meydana gelmesi bakımından borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı imkânsızlık arasında fark yoktur. Fark kusurlu imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesinde alacaklının uğradığı zararı borçlunun tazminle mükellef olmasına mukabil (BK. md. 96), kusursuz imkânsızlıkta kural olarak böyle bir tazminle mükellefiyetinin söz konusu olmamasıdır, OĞUZMAN/ÖZ, s.428.

tahsil etmişse elde ettiği kazanımları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecektir. Görüldüğü gibi karşılıklı akitlerde imkânsızlıktan sorumlu olmayan borçlu imkânsızlığın getirdiği ekonomik yükü üstlenmektedir. Ancak eğer imkânsızlığın ekonomik etkisini alacaklıya yüklemek üzere kanun veya sözleşme farklı bir kural kabul etmişse artık BK. md. 117 değil, kanun veya akitle kabul edilmiş olan bu farklı kural uygulanır²⁵.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFANIN İMKÂNSIZLAŞMASI

A. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Eser sözleşmesi, BK. md. 355'te "İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf (yüklenici) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder" şeklinde tarif edilmiştir²⁶.

Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. İş sahibi bir eser meydana getirmeyi bir başkasına tevdi eden kişidir. Gerçek kişi de tüzel kişi de iş sahibi olabilir. Yüklenici eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişidir. Eser sözleşmesiyle yüklenici, iş sahibi için iş görmeyi üstlenmektedir. Ancak buradaki iş görmenin özelliği, yüklenicinin belirli bir sonucu meydana getirmeyi borçlanmış olmasıdır ki, bu sonuç BK.'da "şey"

²⁵ BK. md. 117/3'e ilişkin şu şekilde örnekler verilebilir. Sözleşme yapılırken taraflar, bir tarafın borcunun ifası kusuru olmaksızın imkânsızlaşsa bile diğer tarafın kendi borcunu ifa edeceğini, evvelce ifa etmişse geri alamayacağını kararlaştırabilirler. Borçlar kanununda 117. maddedeki kuraldan ayrılarak karşılıklı bir sözleşmede bir tarafın borcunun imkânsızlaşmasının ekonomik etkisini karşı tarafa yükleyen önemli hüküm, alım-satım sözleşmesinde satılan malın hasarını sözleşmenin kuruluşundan itibaren alıcıya yükleyen BK. md. 183 hükmüdür.

²⁶ **ZEVKLİLER**, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s.319; **YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000, s. 265; **HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 349,350; **ÖZ**, s.1; **TANDOĞAN**, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s.311; **DAYINLARLI**, Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s.2,3; **SELİMOĞLU**, Y.Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s.685; **ERDOĞAN**, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Borcu Doğuran Sözleşmelerle Kıyası, SÜHFD 1990/1, s.135 vd; **ERMAN**, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. md. 365/2), İstanbul 1979, s.9; **ALTAŞ**, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. md. 368), Ankara 2002, s.41; **ÖKTEM**, Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947.

(eser) kavramı ile ifade edilmiştir. BK. md. 355 hükmündeki tanımdan hareketle eser sözleşmesinin unsurları, bir eser meydana getirme, ücret ödenmesi veya ücret ödemenin vaad edilmesi ve taraflar arasında anlaşma şeklinde ifade edilebilir.

B. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKÂNSIZLIĞI

1) Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. md. 368/1)

a) Genel Olarak

Eser sözleşmesinde genellikle yüklenici, iş sahibine bir edim sonucunu taahhüt etmektedir. Yüklenicinin borcu eser meydana getirmektir²⁷. BK. md. 368/1'e göre, "yapılan şey teslimden evvel umulmayan olay nedeniyle telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez". Yüklenici taahhüt ettiği edim yükümlülüğünü yerine getirmezse, sorumluluğu edim sonucuna göre tespit edilir²⁸. Burada karşılaşılan problem yüklenicinin yaptığı işin ücretini ve masraflarını isteyip isteyemeyeceğidir. Bundan başka eserin yapımında kullanılan malzemenin hasarına kimin katlanması gerektiği de ayrı bir sorundur. Bu sorunun çözümüne ilişkin kural ve istisnalar BK. md. 368/1'de düzenlenmiştir.

b) Yüklenici Ücret Talep Edemez

BK. md. 368/1'e göre, eğer eser teslimden önce telef olursa o zaman yüklenici hem işin ücretini hem de masraflarının ödenmesini talep edemez. Bir görüşe göre²⁹ burada edim ve ücret hasarı şeklinde iki tür hasar kavramından bahsedilebilir. Edim hasarı, yüklenicinin telef olan eserler için yaptığı masraflardır. Yüklenici, şayet telef olan eserin yeniden yapılması mümkünse, bunun için gerekli masrafları iş sahibinden isteyebilir. Ücret hasarı ise, yüklenicinin telef olan eseri yeniden yapmasının mümkün olmaması halinde iş sahibinden ücretini talep edememesidir. Yüklenicinin teslimden önce telef olan eseri yeniden yapması mümkün ise bunu yapma zorunluluğu vardır. Eğer teslimden önce telef olan eserin tekrar ifası objektif olarak imkânsızsa bu zorunluluk sona erer ve yüklenici ücret hasarına katlanmak zorunda kalır.

²⁷ TANDOĞAN, s.311; YAVUZ, s.449; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.350,351; ÖZ, s.165; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.35-36; GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, II, s.21; ÖKTEM, s. 1947 vd.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, II, s.21; TANDOĞAN, II, s.125-128, ALTAŞ, s.109.

²⁹ ALTAŞ, s.112 ve dpn. 16'daki yazarlar.

aa) Teslimden Önce Telef Olan Eserin Parça Borcu Niteliğinde Olması

Tamamlandığında ferdi ile muayyen olacak bir eser bitirilip de teslim edilmeden önce ya da tamir veya işlenmek üzere verilen ferden muayyen bir şey (parça borcu) geri verilmeden önce taraflara isnadı kabil olmayan bir sebep yüzünden telef olursa yüklenici için kusursuz ifa imkânsızlığı ortaya çıkar ve onun borcu BK. md. 117/1 gereğince sona erer. Hasar da BK. md. 117/f.2, c.1 ve BK. md. 368/I uyarınca yükleniciye ait olur³⁰. Böylece yüklenici, sözleşmenin kendisine yüklediği borçlardan kurtulduğu gibi ücret alacağını ve masraflara ilişkin alacağını da kaybeder. Demek oluyor ki, BK. md. 368/I ferdiyle muayyen eserlerde (parça borcu) mutlak uygulama alanı buluyor. Çünkü parça borcu niteliğinde bir eserin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olması durumunda, aynının tekrar yapılma ihtimali yoktur. Örneğin ünlü bir ressamın yapmakta olduğu bir tablonun umulmayan olay nedeniyle yok olması halinde durum böyledir. Yüklenicinin, ferden muayyen bir eserin telef olması halinde ücret ve malzeme alacağı riskine katlanması için, bu yok olma durumunun umulmayan olay nedeniyle olması şarttır³¹.

bb) Teslimden Önce Telef Olan Eserin Cins Borcu Niteliğinde Olması

Teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olan eser cinsiyle belirli ise (cins borcu) yine BK. md. 368/I gereği yok olmadan dolayı ücret ve edim hasarı riskine yüklenici katlanır³². Tamamlanması durumunda çeşidi ile belli olacak eser sözleşmelerinde eser tamamlanmadan önce veya tamamlanıp da teslim edilmeden önce kaza sonucu telef olursa kusursuz imkânsızlık ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması kural olarak söz konusu değildir³³. Çünkü aynı cinsten şeyleri teslim etme imkânı mevcut olduğu sürece yüklenicinin o çeşidi yeniden meydana getirme yükümlülüğü de devam eder. Cinsiyle belirli eserin teslimden önce yok olmasında yüklenici, eseri yeniden meydana getirip ücret alacağına hak kazanabilir. Çünkü BK. md. 368/I hükmünü, eserin telef olması durumunda yüklenicinin ücrete ilişkin talep haklarını kesinlikle kaybedeceği şeklinde anlamak mümkün değildir³⁴.

³⁰ ALTAŞ, s.113 ve dpn. 22'deki yazarlar; YAVUZ, s.457; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.366; DURAL, s.161 vd.

³¹ ALTAŞ, s.114; ERMAN, s.33 vd.

³² TANDOĞAN, s.319, II; ARAL, s.396; ALTAŞ, s.114.

³³ Bu kuralın istisnaları için bkz. ALTAŞ, s.115.

³⁴ ALTAŞ, s.116.

2) Malzemenin Yok Olması (BK. md. 368/II)**a) Yok Olma Riskinin Malzeme Sahibine Ait Olması**

BK. md. 368/II'ye göre, "Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait idiye hasarı da ona aittir". Meydana getirilen eserin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olması durumunda malzeme de hasara uğramış olabilir. BK. md. 368/II uyarınca bu hasar malzeme sahibine aittir. Burada malzemeyi kimin temin etmesi gerektiği önem arzeder. Zira çözüm tarzı malzemeyi yüklenicinin veya iş sahibinin temin etmesine göre değişiklik arz edecektir.

aa) Malzemenin Yüklenici Tarafından Temin Edilmesi

Malzemenin yüklenici tarafından sağlanması gereken hallerde malzeme yok olursa, BK. md. 368/II'nin uygulanmasına gerek kalmaz. Çünkü yüklenici eser gibi, getirdiği malzemenin umulmayan olay nedeniyle telef olması riskini de üzerinde taşır. Dolayısıyla yüklenici malzemenin hasara uğraması durumunda telef olan malzemelere yaptığı masrafları iş sahibinden talep edemez³⁵. Yüklenicinin getirdiği malzemenin telef olma riskini taşıması için, telef olma durumunun umulmayan olay neticesinde gerçekleşmesi gerekir. Eğer iş sahibine yüklenebilen bir sebeple yüklenicinin getirdiği malzeme telef olursa telef olma riskine artık iş sahibi katlanır³⁶. Telef olan malzeme iş sahibi tarafından bir ivaz karşılığında yükleniciye teslim edilmişse bu malzemenin yükleniciye ait olduğu ve telef olmasından doğan hasara da onun katlanması gerektiği kabul edilmelidir³⁷. İş sahibince getirilmesi gereken malzemeyi yüklenici kendisi temin etmişse bu durumda malzemenin umulmayan olay nedeniyle telef olma riskine iş sahibi katlanır³⁸.

bb) Malzemenin İş Sahibine Ait Olması

BK. md. 368/II, malzemenin iş sahibine ait olmasına ilişkin bir hükümdür. Zira malzeme yükleniciye aitse zaten BK. md. 368/I uygulama alanı bulur. Herhangi bir eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından hiçbir ivaz alınmadan yükleniciye teslim edilen malzeme iş sahibine ait sayılır. Böyle bir malzemenin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle eserle birlikte veya ayrı olarak telef olması halinde bedel riskine iş sahibi katlanır³⁹. Buna göre iş sahibine ait malzemenin teslimden önce telef olması durumunda yüklenici, iş sahibine malzeme için herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

³⁵ ALTAŞ, s.122; ARAL, s.395; TANDOĞAN, s.322; YAVUZ, s.457.

³⁶ YAVUZ, s.457; ALTAŞ, s.122; TANDOĞAN, s.323.

³⁷ ALTAŞ, s.123; TANDOĞAN, s.322; ARAL, s.395.

³⁸ ALTAŞ, s.123 ve dpn. 77.

³⁹ ALTAŞ, s.124 ve dpn. 82.

Ancak bunun için telef olma olayının yükleniciye yüklenebilen bir olaydan kaynaklanmaması gerekir.

İş sahibinin umulmayan olay nedeniyle telef olan malzemede oluşan hasardan sorumlu olması için eseri meydana getirecek malzemenin hiçbir ivaz almadan sağlanması gerekir. İvazsızlıktan maksat, yüklenicinin iş sahibince verilen malzeme için bir bedel ödememesidir⁴⁰. İş sahibince temin edilmesi gereken malzeme yerine yüklenicinin aynı değer ve kalitede başka bir malzemeyi kullanabileceği hususunda tarafların anlaşmaları durumunda ise yine iş sahibinin BK. md. 368/II anlamında malzemeyi tedarik eden kimse olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹.

b) Yok Olma Riskinin Malzeme Sahibine Ait Olmadığı Haller

İş sahibince temin edilmesi gereken ve umulmayan olay nedeniyle yok olan malzemenin ortaya çıkardığı riske yüklenici katlanmak zorunda değildir. Ancak bu yok olma durumu umulmayan olay nedeniyle değil de yüklenicinin kusurlu bir davranışı neticesinde meydana gelirse ortaya çıkan zarardan BK. md. 96 gereği yüklenici sorumlu olur. Bu durumda yüklenici iş sahibinin zararını tazmin etmek zorundadır⁴². Buradaki problem hasarın intikalinden ziyade sorumluluk hukukuna aittir. Zira iş sahibine ait malzemeyi kusurlu davranışıyla telef eden yüklenici ortaya çıkan diğer zararları da tazmin etmek zorundadır. Yüklenicinin kusurunun tespitinde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine bakılır. Yükleniciye kurtuluş beyyinesi getirme imkânı da tanınmalıdır⁴³.

Telef olma riskinin malzeme sahibine ait olmadığı bir başka durum da yüklenicinin eseri teslimde temerrüde düşmesidir. Eser sözleşmesinde işin bitirilmesi ve teslim zamanı kararlaştırılmış ise yüklenici meydana getireceği eseri belirli bir zamanda iş sahibine teslim etmek zorundadır.

⁴⁰ **ALTAŞ**, s.125 ve dph. 84, 85.

⁴¹ **ALTAŞ**, s.125; İş sahibince getirilen malzemenin işlenmesi neticesinde yüklenicinin MK. md. 726 gereğince ortaya çıkan şeyin yeni maliki olması veya yüklenicinin kendisinin sağladığı malzemeyi esere monte etmesi nedeniyle mülkiyetin iş sahibine geçmesi (MK. md. 684, 686, 722) hallerinde BK. md. 368/II'nin uygulanma alanı bulunup bulunmadığı akla gelebilir. Ancak böyle durumlarda BK. md. 368/II'nin öncelikle uygulanacağı kabul edilmelidir bkz. **ALTAŞ**, s.125,126.

⁴² **ARAL**, s.347; **ALTAŞ**, s.126.

⁴³ **ALTAŞ**, s.127; **ARAL**, s.347.

Yüklenici eseri teslimde temerrüde düşerse⁴⁴ temerrüt anından itibaren hem eserin hem de iş sahibinin getirdiği malzemenin hasara uğrama riski ona aittir. Diğer bir ifadeyle yüklenici eseri teslimde temerrüde düşerse ifanın gecikmesinden dolayı tazminat ödemeye mecbur ve umulmayan olaydan sorumludur. Yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu bir davranışı olmadığını ispatlarsa, iş sahibi tarafından temin edilen malzemenin hasarından sorumlu olmaktan kurtulabilir. Yani yüklenici umulmayan olay nedeniyle telef olan malzemenin kendisi temerrüde düşmemiş olsaydı dahi bu olayda telef olacağını ispatlarsa sadece ücret ve edim hasarına katlanır⁴⁵.

3) İş Sahibininin İlgili Olduğu Durumlar Nedeniyle İfanın İmkânsızlaşması

BK. md. 370'te "İş sahibi yüzünden hizmetin ifasının mümkün olmaması" kenar başlığı altında sonraki imkânsızlığın iki şekli düzenlenmiştir. Buna göre "Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa, yüklenici yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dâhil olmayan masrafını alır". Aynı maddenin ikinci fıkrası "Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa yüklenicinin başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı olur" şeklindedir. Eserin tamamlanmasının iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkânsızlaşması her iki halde de müşterek olan husustur.

a) BK. md. 370'in Uygulanma Şartları

BK. md. 370'in uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış eserin yapımına veya yapımına daha önce başlanmış eserin tamamlanmasına engel olan bir imkânsızlığın varlığı gerekir. Bu imkânsızlık objektif imkânsızlık olmalıdır⁴⁶. Doktrinde bir görüşe

⁴⁴ Sözleşme ile eseri belli bir sürede teslim etme yükümlülüğü altına giren yüklenici gerekli olan malzeme ve işçiyi temin etme, işçiyi fazla mesai yaptırma gibi tüm tedbirleri almak zorundadır. Bütün bu tedbirlere rağmen işin bitirilemeyeceği anlaşılırsa iş sahibinden ek süre alınır. Normal süreye eklenen bu süre geçtikten sonra gecikmiş ifa söz konusu olur. Belirlenen bu sürede eser teslim edilmezse bununla ilgili sorumluluk, BK. md. 101-108'deki temerrüt hükümlerine göre belirlenir bkz. **DAYINLARLI**, s.67.

⁴⁵ Eserin süresinde teslimi ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **KAPLAN**, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Yayını, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.377 vd.

⁴⁶ **BUZ**, Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD 1994/1-2, C.49, s.27; **DÜRR**, Dr. Carl, Werkvertrag und Auftrag, 3. Auflage, Vira 1983, s.102; **ALTAŞ**, s.190 ve dpn. 45'teki yazarlar.

göre⁴⁷ BK. md. 370 sadece objektif imkânsızlık hallerinde değil, sözleşmeye devamın iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz olacağı hallerde de uygulanmalıdır. Ancak bu görüş doktrinde⁴⁸ söz konusu hallerde BK. md. 365/II'nin uygulanması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

BK. md. 370'te eserin tamamlanmasının imkânsızlaşmasından söz edilmektedir. Fakat bu maddenin kenar başlığı "ifanın imkânsız olması" şeklindedir. Bu durum BK. md. 370'in tamamlanamayan eserler yanında, tamamlanıp da teslim edilmeyen eserler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Doktrindeki hâkim görüş bu soruya olumlu cevap vermektedir⁴⁹. İş sahibinin ilgili olduğu ve yüklenicinin eseri tamamlama borcunu ifa etmesini imkânsız kılan durumlar iş sahibinin kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi onun işletmesinden, kendisinin veya ifa yardımcılarının davranışlarından veya ona ait rizikolar çevresine giren bir olaydan da kaynaklanabilir⁵⁰. Hangi olayın iş sahibinin riziko alanına girdiği hususu her sözleşmede somut şartlar göz önünde tutularak belirlenir.

BK. md. 370/I'in uygulanması açısından eserin ifasının imkânsızlaşmasına iş sahibinin kusurunun veya onun sorumlu olduğu bir halin yol açmaması başka bir ifadeyle, ifanın imkânsızlaşmasına iş sahibinin riziko alanına dâhil bir kazanın veya beklenilmeyen halin neden olması gerekir⁵¹. Bu durumun ortaya çıkmasına iş sahibinin kusuru neden olmuşsa BK. md. 370/II uygulanır.

b) Yüklenicinin Hakları

BK. md. 370'in öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde eser sözleşmesi kanundan dolayı ileriye etkili olarak sona erer⁵². Tarafların eserin tamamlanmayan kısımlarına ilişkin talepleri sona erer. BK. md. 117/2'ye göre, taraflardan birinin ediminin imkânsızlaşması halinde karşı tarafın borcu da sona erer⁵³. Eserin tamamlanmasının, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle

⁴⁷ BUZ, s.26 ve dpn. 22'deki yazarlar; ALTAŞ, s.190 ve dpn. 46.

⁴⁸ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, I, N. 1863; Von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974; ALTAŞ, s.190; BUZ, s.26, 27 ve dpn. 23.

⁴⁹ YAVUZ, s.71; TANDOĞAN, II, s.327; BUZ, s.27; ALTAŞ, s.190.

⁵⁰ TANDOĞAN, II, s.327; YAVUZ, s.71; BUZ, s.27; ALTAŞ, s.192.

⁵¹ BUZ, s.28 ve dpn. 35; ALTAŞ, s.192.

⁵² BUZ, s.29; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich 1996, s.511; ALTAŞ, s.194.

⁵³ BUZ, s.25; ALTAŞ, s.194; GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, s.200; GAUCH, s.203; DURAL, s.8; EREN, s.1285; İNAN, s.28.

veya onun kusuru yüzünden imkânsızlaştığını yüklenici ispat etmekle yükümlüdür. BK. md. 370'e göre eseri tamamlama borcu imkânsızlaşan yüklenicinin tazminat talep etme hakkı vardır. Bu tazminatın kapsamı da iş sahibinin kusuru ile ilintilidir. Eğer iş sahibinin herhangi bir kusurundan bahsedilemiyorsa, yüklenici, sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona erdiği ana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden isteyebilir (BK. md. 370/1). Ancak kanunda ücret ve masrafların hesabı konusu düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre⁵⁴ yüklenicinin talep edebileceği bedel, yapılan işin değerine ve yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirlenir. Bir başka görüşe göre ise⁵⁵ taraflarca daha önce kararlaştırılmış götürü veya takribi bir bedel varsa bunun da göz önünde tutulması gerekir. Buna göre örneğin sözleşme ile götürü bir ücret belirlenmiş ve yüklenici de eserin bir kısmını yapmış ise, iş sahibinden yapılan kısmın kararlaştırılan bedel içindeki karşılığını talep edebilecektir⁵⁶. Yüklenici henüz eserin yapımına başlamamışsa, iş sahibinden talep edebileceği bedel, sözleşmenin kurulmasından sonra edimini yerine getirmek için yaptığı ve ifanın imkânsızlaşması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi yüzünden boşa giden masraflarla sınırlıdır⁵⁷. Şayet yüklenici eserin yapımına başlamamış ve herhangi bir harcama da yapmamış ise iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları da isteyemez⁵⁸.

Edimin ifasının imkânsız hale gelmesinde yüklenici, mütemerrit durumda ise (borçlu temerrüdü), borçluyu temerrüt halinde kazadan bile sorumlu tutan BK. md. 102 uygulama alanı bulur. Böylece yüklenici iş sahibinin imkânsızlık nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁹. Benzer bir şekilde, iş sahibi, yapılan kısım kendisi için kullanılabilir nitelikte değilse, BK. md. 371/II'ye istinaden, bu kısımları kabul etmeyerek bunlar için ücret ödemekten kaçınabilir⁶⁰. Ancak yüklenicinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı vardır. Yüklenici imkânsızlığa sebep olan durumu iş sahibine gecikmeksizin bildirmelidir. Bunu yapmamış ise imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara kendisi katlanır. Yüklenici kusurlu olduğu için böyle durumlarda BK. md. 370

⁵⁴ DÜRR, Art. 378; TANDOĞAN, II, s.324; ALTAŞ, s.196; BUZ, s.30.

⁵⁵ GAUCH, Nr. 579; BUZ, s.30; ALTAŞ, s.197.

⁵⁶ GAUCH, Nr. 509.

⁵⁷ GAUCH, Nr. 510; TANDOĞAN, s.330, C.II; BUZ, s.30; ALTAŞ, s. 197.

⁵⁸ GAUCH, Nr. 509; DÜRR, Art. 378; TANDOĞAN, C.II, s.324; BUZ, s.30; ALTAŞ, s.197; ARAL, s.397.

⁵⁹ GAUCH, Nr. 738; GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, I. Nr. 2624; BUZ, s.31; ALTAŞ, s.198.

⁶⁰ GAUCH, Nr. 517; BUZ, s.31; ALTAŞ, s.198 ve dpn. 99'daki yazarlar.

değil sonraki kusurlu imkânsızlığa ilişkin genel hükümler (BK. md. 96) uygulanır⁶¹. Yüklenicinin eseri tamamlamasının imkânsızlaşmasında iş sahibinin kusuru varsa, yüklenici müspet zararının tazminini talep edebilir⁶². Müspet zarar (ifaya olan menfaat) hesap edilirken tarafların edim yükümlülükleri sona erdiğinden yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka işlerden elde ettiği veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilir⁶³.

İş sahibi eserin tamamlanmasını kendi davranışı ile kasten veya ihmali bir şekilde imkânsız hale sokarsa BK. md. 370/II anlamında kusurlu sayılır. Ayrıca ifanın imkânsızlaşması kendisinden beklenen özeni göstermemesinden veya ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanıyorsa iş sahibi yine kusurlu sayılır⁶⁴.

4) Yüklenicinin Şahsını İlgilendiren Nedenlerden Dolayı İfanın İmkânsızlaşması (BK. md. 371)

a) Şartları

BK. md. 371'e göre, "Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi müfesihi olur". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, "Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi bunu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur". Bu hükümlere göre BK. md. 371, karşı edim hasarını iş sahibine yüklemiştir⁶⁵.

BK. md. 371'in uygulanabilmesi için iş sahibi bakımından yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı ve bu nedenle sözleşme konusu işin yüklenici tarafından bizzat yapılmasının ya da onun yönetimi altında yaptırmasının gerekli olduğu bir eser sözleşmesinin varlığı gerekir⁶⁶. İş sahibi, sözleşme kurulurken yüklenicinin kişisel özelliklerine önem verdiğini açıkça belirtebildiği gibi bu husus sözleşme konusu işin niteliğinden de anlaşılabilir. Sözleşme konusu işin

⁶¹ Yüklenicinin eseri tamamlama borcu, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkânsızlaşınca ilk yüklenicinin alt yükleniciye devrettiği iş de imkânsızlaşır. Böyle bir durumda alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuki akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Bu sorunla ilgili geniş bilgi için bkz. **BUZ**, s.31.

⁶² **BUZ**, s.32; **ALTAŞ**, s.195; **GAUCH**, Nr. 726; **YAVUZ**, s.72.

⁶³ **BUZ**, s.32 ve dpn. 59'daki yazarlar; **ALTAŞ**, s.196 ve dpn. 81'deki yazarlar.

⁶⁴ **BUZ**, s.32; **ALTAŞ**, s.196; **GAUCH**, Nr. 506; **TANDOĞAN**, C.II, s.331.

⁶⁵ **DÜRR**, Art. 379; **BUZ**, s.34; **YAVUZ**, s.72; **Von TUHR/ESCHER**, s.131; **ALTAŞ**, s.205.

⁶⁶ **BUZ**, s.35; **DÜRR**, s.104; **ALTAŞ**, s.205 ve dpn. 138'deki yazarlar.

ifasının üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebileceği hallerde eser sözleşmesi sona ermez. Bu netice BK. md. 371'in mefhumu muhalifinden çıkmaktadır⁶⁷. Yüklenicinin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi sözleşme konusu edimin objektif olarak imkânsızlaşmasına yol açarken bu imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması ve sürekli nitelik taşınması gerekir⁶⁸. İş sahibinin işi yapmaktan aciz kalması bedensel bir özürden ya da belli nitelikteki sosyal gücünün kaybından da kaynaklanabilir⁶⁹. Ancak yüklenicinin ekonomik aczi veya iflası BK. md. 371 anlamında imkânsızlık olarak nitelendirilemez.

BK. md. 371'e göre, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması halinde, eser sözleşmesi kanundan dolayı kendiliğinden ileriye etkili olarak sona erer⁷⁰. Böyle bir sözleşmede tarafların eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin alacak ve borçları sona erer. Eserin daha önce tamamlanmış kısmına ilişkin yüklenicinin talep hakkının kapsamı BK. md. 372/II'de düzenlenmiştir. Yüklenicinin şahsı dikkate alınmadan yapılmış sözleşmelerde yüklenicinin ölümü, kusuru ve kabahati olmaksızın ehliyetini kaybetmesinin sözleşmenin devamı üzerinde hiçbir etkisi olmaz. Yüklenicinin borcu mirasçılara geçer. MK. md. 641 uyarınca mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar⁷¹.

⁶⁷ **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.205; Yüklenicinin şahsı göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmelerinde genellikle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusudur. Bu nedenle bu tür sözleşmede Yüklenicinin ölümü veya iş yapma yeteneğini kaybetmesi sözleşme konusu edimin objektif olarak imkânsızlaşması anlamına gelir. Çünkü şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin ifasının imkânsızlığı daima objektiftir, **GAUCH/SCHLUEP/JAGGI**, II, Nr.3143; **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.205.

⁶⁸ **DÜRR**, s.104; **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.206.

⁶⁹ Bir Federal Mahkeme kararında, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren Yüklenicinin artık gerekli personeli bulunmaması yüzünden işi yapmaktan aciz kalması, BK. md. 371'in kapsamına giren bir tür imkânsızlık olarak nitelendirilmiştir bkz. **BUZ**, s.36 ve dpn. 83.

⁷⁰ **GAUCH**, Nr. 526; **BUZ**, s.36; **ÖZ**, s.164; **ALTAŞ**, s.206.

⁷¹ Yargıtay 15. HD. 1975/3726 E. ve 1975/4060 K. Sayılı kararında "Davalı Kooperatif Şirket, sözleşmenin davacının ikazı ve istemi üzerine bozulduğunu, bu nedenle arta kalan kültürün verilmediğini savunması üzerine bunu ispatlamaya yarayan yazılı bir delile sahip olmadığı için hasmına yemin teklif ettiği anlaşılmıştır. Bu durumu yerinde gören mahkeme ölmüş bulunan davacının mirasçılarında bir kısmına yemin ettirdiği halde mecburi dava arkadaşı olan diğer mirasçılara yemin ettirilmemiş olması usule aykırıdır" diyerek kararı bozmuş ve mirasçıların müteselsil sorumluluğuna işaret etmiştir"

b) Yüklenicinin Hakları

İş sahibi, yüklenicinin ölümü veya aczi nedeniyle tamamlanmamış eserin bitmiş kısmı kullanılmaya müsait durumda ise, bunu kabul etmek ve bu kısmın ücretini ödemek zorundadır (BK. md. 371/II). Yüklenicinin imkânsızlık anına kadar yürüttüğü eser üçüncü bir şahıs tarafından tamamlanabiliyorsa iş sahibi tarafından kullanılabilir niteliktedir. İş sahibi, eğer eserin kullanılmayacak nitelikte olduğunu iddia ederse bu durumu ispat etmelidir. İş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedel, götürü veya takribi bir ücret kararlaştırılmış ise, yapılan işin kararlaştırılan ücret içindeki karşılığı kadardır⁷². Taraflar daha önce herhangi bir ücret kararlaştırmamış ise iş sahibinin ödeyeceği bedel yapılan işin değerine ve Yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirlenir⁷³.

BK. md. 371'de tazminat yükümlülüğünden bahsedilmemesine rağmen yüklenici, işi tamamlama yeteneğini kusurlu bir şekilde kaybetmiş veya bu durum temerrütte bulunduğu sırada gerçekleşmişse iş sahibinin ifaya olan menfaatinin (müspet zarar) tamamını ödemek zorundadır⁷⁴. Ancak yüklenici, temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir⁷⁵.

Yüklenici kendini öldürür veya bedeni ya da fikri iş görme yeteneğinin kaybolmasına neden olursa kusurlu sayılmaz. Ancak bu hallere sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla sebebiyet vermişse kusurlu sayılır⁷⁶.

IV. SONUÇ

Eser sözleşmesinde yüklenici genellikle bir edim sonucunu yerine getirme borcu altına girmektedir. Yüklenici taahhüt ettiği edimi yerine getirmese sorumluluğu edim sonucuna göre belirlenir. BK. md. 368/I'e göre, eser teslimden önce telef olursa yüklenici işin ücretinin ve masrafların

bkz. **ÖZYÖRÜK**, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı, Feshi, BK. md. 371'e Göre Feshin Sonuçları, Ankara, 1988, s.37.

⁷² **TANDOĞAN**, C.II, s.366; **GAUCH**, Nr. 509-534; Yargıtay 15. HD., 30/11/1979 gün ve 79/1709 E., 79/2437 sayılı kararında, "Ne var ki BK. md. 371/I gereğince sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan payların geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de aynı oranda ödenmesi gerektiği başka bir deyişle bunun dışında kalanın geri verilmesinin söz konusu olacağı göz önünde tutulmalıdır.", **ÖZYÖRÜK**, s.80.

⁷³ **GAUCH**, Nr. 534-509; **BUZ**, s.37 ve dñn. 93'teki yazarlar, **ALTAŞ**, s.206.

⁷⁴ **GAUCH**, Nr. 536; **TANDOĞAN**, C.II, s.337; **BUZ**, s.37; **ALTAŞ**, s.206.

⁷⁵ **BUZ**, s.37; **ALTAŞ**, s.206; **GAUCH**, Nr. 536; **TANDOĞAN**, C.II, s.337.

⁷⁶ **BUZ**, s.37.

ödenmesini talep edemez. Malzemelerin yok olması durumunda ise malzemenin kimin tarafından temin edilmesi gerektiğine bakılarak sorumluluk tayin edilir. Malzemelerin yüklenici tarafından temin edilmesi gereken hallerde kural olarak yüklenici malzemelerin umulmayan olay nedeniyle telef olması riskini de üzerinde taşır. BK. md. 368/II, malzemenin iş sahibine ait olmasına ilişkin bir hükümdür. Herhangi bir eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından hiçbir ivaz alınmadan yükleniciye teslim edilen malzeme iş sahibine ait sayılır. Böyle bir malzemenin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle eserle birlikte veya ayrı olarak telef olması halinde bedel riskine iş sahibi katlanır. Eserin tamamlanması, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle veya onun kusuru yüzünden imkânsızlaşırsa eser sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. Tarafların eserin tamamlanmayan kısımlarına ilişkin talepleri sona erer.

BİBLİYOGRAFYA

ADAL, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı “Culpa İn Contrahendo” Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD 1985, C.2, S.2, s. 27–40.

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2006.

ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m.368), Ankara 2002.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2007.

BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BAYGIN, Cem, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/C. IV, S.1-2, s. 345-377.

DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

DÜRR, Dr. Carl, Werkvertrag und Auftrag, 3. Auflage, Vira 1983.

ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Borcu Doğuran Sözleşmelerle Kıyası, SÜHFD 1990/1, 135–172.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul 1979.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.

FEYZİOĞLU, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977.

FİKENTSCHER, Wolfgang/**HEİNEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006.

GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich 1996.

GAUCH, Peter/**SCHLUEP**, R. Walter/**JAGGI**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage Zürich 1995.

GONZENBACH, Rainer, Culpa İn Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 2001.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul 2000.

ÖKTEM, Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947–1965.

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı, Feshi, BK.m.371'e Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988.

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

SEROZAN, Rona, “Culpa İn Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Y.2, S.3, s. 108–129.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 3. Bası, İstanbul 2002.(İfa Engelleri)

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s.117–124.

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

ULUSAN, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.275-319.

Von TUHR/ ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974.

YALMAN, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000.

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

KAPLAN, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Yayını, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 377-393.

SELİMOĞLU, Y.Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s. 685-693.

TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s. 311-332.

YILMAZ, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985/1-4, s. 240-252.