

ESER SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN ESERİ TAMAMLAMA BORCUNUN İMKANSIZLAŞMASI

Vedat BUZ*

I. İMKANSIZLIK KAVRAMI

A) Genel Olarak

Karşılıklı bir sözleşme ilişkisi içine giren tarafların nihai amacı, karşı edimi elde etmek, yani sözleşmenin tam ve eksiz olarak ifade edilmesidir. Sözleşmenin karşılıklı ifa ile sona ermesi normal ve ideal olan durumdur. Ancak bu normal durumun dışında bazen tarafların bu amaçlarına çeşitli nedenlerle ulaşamadıkları da bir gerçektir. Edim veya ifa engelleri olarak adlandırılabilir bu nedenlerden biri de imkansızlıktır. Gerçekten imkansızlık, hem edim yükümlülüklerinin doğumunu hem de bu yükümlülüklerin ifasını olumsuz yönde etkileyebilir. Sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan imkansızlık BK. m. 20'de, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık BK. m. 96 ve 117'de düzenlenmiştir. Ancak anılan bu maddelerde imkansızlık kavramı, -herkesçe bilindiği varsayılsa gerek¹-, tanımlanmamıştır.

Genel olarak denebilir ki, ifa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen edim imkansızdır.² İmkansızlık türleri çeşitli ayrımlar altında incelenmektedir. Bu konudaki ilk ayırım, sözleşmenin kurulduğu anda edimin imkansız olup olmamasına göre yapılmaktadır³: Borçlunun edimi sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulduğu anda imkansız ise "Başlangıçtaki İmkansızlık"tan, edimin sözleşmenin kurulduğu anda mümkün, fakat sonradan imkansız hale gelmesi halinde "Sonraki İmkansızlık"tan söz edilebilir.

*A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Araştırma Görevlisi

¹Karş. AepII, Art. 119, N. 41

²Dural, s. 7. Karş. ayrıca OR-Wiegand, Art. 119, N. 5; Bir edimin ne zaman ifa edilemediği veya ifa edilemez hale geldiği sorusuna cevap veren görüşler için bkz. Barth, s. 27 vd.; Dural, s. 8 vd.; AepII, Art. 119, N. 43; İnan, s. 1 vd.

³Gauch/Schlupe, Nr. 3126; İnan, s. 28; Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 3; Art. 97, N. 2; Art. 119, N. 8; Dural, s. 75; Becker, Art. 97, N. 11.

Başka bir açıdan yapılan bir ayırıma göre imkansızlık, objektif imkansızlık ve subjektif imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır: Borçlanılan edim sadece borçlu tarafından değil, hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa "Objektif İmkansızlık" mevcuttur.⁴ Başlangıçtaki objektif imkansızlık borcun doğumuna engel olur (BK. m. 20). Sonraki objektif imkansızlık halinde, borçlu bu imkansızlıktan sorumlu değilse tarafların borçları sona erer⁵ ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir (BK. m. 117/I, II).⁶ Borçlu imkansızlıktan sorumlu olduğu takdirde alacaklının zararını tazminle yükümlü olur (BK. m. 96).⁷ Ancak, imkansızlığın bu sonuçları doğurabilmesi için sürekli olması gerekir; geçici ifa engelleri (vorübergehende Leistungshindernisse) BK. m. 20, 96 ve 117 anlamında imkansızlık sayılmaz.⁸

Edim sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyor, fakat borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa, "Subjektif İmkansızlık" sözkonusu olur.⁹ Başlangıçtaki subjektif imkansızlık borcun doğumuna engel olmaz.¹⁰ Bu durumda bazı yazarlar BK. m. 96'nın uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.¹¹

Sonraki subjektif imkansızlık halinde, bazı yazarlar¹² daima BK. m. 96'nın uygulanması gerektiğini ve borçlunun alacaklının zararını tazminle yükümlü olduğunu savunur. Ancak bu görüş, subjektif imkansızlığın daima borçlunun kusuruna dayandığını varsaydığı için reddedilmektedir.¹³ Diğer bir görüşe göre, bu imkansızlıktan borçlunun

⁴Aeppli Art. 119, N. 7 ff.; Gauch/Schluemp, Nr. 3128; Dural, s. 80; İnan, s. 24; Barth, s. 38; Bucher, AT, s. 418; Keller/Schöbl, s. 145; Schenker, Nr. 10.

⁵BK. m. 117'de, imkansızlık halinde tarafların edim yükümlülüklerinin sona ereceği düzenlenmiş olmakla beraber, sözkonusu bu yükümlülükleri doğuran sözleşmenin de sona erip ermeyeceği sorusu cevaplandırılmamıştır. Doktrinde, imkansızlık halinde tarafların edim yükümlülükleri ile birlikte sözleşmenin de sona ereceği genellikle kabul edilmektedir, bkz. Keller/Fischer, Mechanismus der Gefahrtragung des Käufers, Mélanges Piotet, Bern 1990, s. 142 ve orada dn. 40; Keller/Schöbl, s. 251 vd.; Sieber, L. Gefahrtragung im Kaufrecht, Diss. Zürich 1993, s. 36 vd. Aksi görüşte von Tuhr/Peter, s. 513.

⁶BK. m. 117/II'nin iade talebini sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BK. m. 61 vd) tabi kılan çözümlüne yöneltilen eleştiriler için bkz. Giger, s. 177 vd. ve s. 121 vd; Aeppli, Art. 119, N. 79; Gauch/Schluemp, Nr. 3287; Bucher, AT, s. 423; Acocella, Die Verjährung in der neueren Rechtssprechung des Bundesgerichts, SJZ 86 (1990), s. 334. Karş. ayrıca LGVE 1987, Nr. 14, s. 35 vd.

⁷Burada tazmini gereken zarar müsbet (olumlu) zarardır, bkz. OR-Wiegand, Art. 97, N. 46, Wiegand, recht 1983, s. 3.

⁸Gauch/Schluemp, Nr. 3305 ve 3152; Aeppli, Art. 119, N. 121; Schenker, Nr. 10; Gauch, Nr. 499; Barth, s. 40; Keller/Schöbl, s. 245; von Tuhr/Escher, s. 96.

⁹Gauch/Schluemp, Nr. 3135; Wiegand; recht 1983, s. 2; Keller/Schöbl, s. 145.

¹⁰Bucher, AT, s. 248; Schenker, Nr. 12; Keller/Schöbl, s. 145.

¹¹OR-Wiegand, Art. 97, N. 12; Barth, s. 17; von Tuhr/Peter, s. 263. Karş. ayrıca BGE 42 II 372; 88 II 203.

¹²Oser/Schöneberger, Art. 97, N. 3; ve Art. 119, N. 4. Karş. ayrıca BGE 59 II 378; 82 II 338.

¹³Gauch/Schluemp, Nr. 3139; Schenker, Nr. 14.

sorumlu olması halinde BK. m. 96'nın, aksi takdirde BK m. 117'nin uygulanması gerekir.¹⁴ Son olarak bazı yazarlar,¹⁵ subjektif imkansızlığı BK. m. 20, 96 ve 117 anlamında imkansızlık olarak kabul etmezler. Bu görüş taraftarlarına göre subjektif imkansızlık halinde temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir. Kanımca üstün tutulması gereken görüş, bu son görüştür.¹⁶

B) Eser Sözleşmesinde Sonraki İmkansızlığın Özellikleri

Borçlar Kanununun sonraki imkansızlığa ilişkin hükümleri(BK. m. 96, 117) eser sözleşmesinde de uygulanır. Ayrıca Borçlar Kanunumuzda eser sözleşmesinde sonraki imkansızlıkla ilgili iki özel hüküm yer almaktadır. Bunlardan birincisi, müteahhidin işi tamamlama borcunun iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza yüzünden imkansızlaşmasını düzenleyen BK. m. 370, diğeri ise, müteahhidin ölümü ya da kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi halini düzenleyen BK. m. 371'dir. Bu çalışmanın asıl konusunu bu iki hüküm oluşturmaktadır. GAUCH'a göre, eserin kendisinin tamamlanması mümkün olmakla birlikte ayıptan ari bir şekilde tamamlanmasının imkansızlaşması halinde imkansızlık hükümleri uygulanmaz; böyle durumlarda münhasıran eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler (BK. m. 359-362) uygulanır.¹⁷

¹⁴Barth, s. 37; Bucher, AT, s. 418; von Tuhr/Escher, s. 94.

¹⁵Gauch/Schluep, Nr. 3140 vd.; Giger, s. 14.; Aeppli, Art. 119, N. 49; von Büren s. 365 ve 390; Dural, s. 89; Schenker, Nr. 17; Gauch, Nr. 499.

¹⁶Katıldığım bu görüş, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun sistemine de uygun düşmektedir. Gerçekten inceleme konumuzu da ilgilendiren BK. m. 371(OR Art. 379)'e göre, eser sözleşmesinde müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi(subjektif imkansızlık) halinin BK. m. 117 anlamında sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, eser sözleşmesinin "müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış..." olması gerekir. Bu hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç, eğer eser sözleşmesi müteahhidin şahsı göz önünde tutulmadan yapılmış ise, müteahhidin işi tamamlama yeteneğini kaybetmesine rağmen eser sözleşmesinin ve bu sözleşmeden doğan hak ve borçların aynen devam edeceğidir, bkz. Gauch, Nr. 499 ve 522; Schenker, Nr. 21. Öte yandan, sözleşme konusu edim borçlu tarafından yerine getirilemiyor, fakat diğer üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilebiliyorsa, bu durum çoğu kez borçlunun yeterli parasal olanaklara sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Oysa para borçlarında imkansızlık söz konusu olamaz, Gauch, Nr. 499; Schenker, Nr. 21; Aeppli, Art. 119; N. 49. Ayrıca subjektif imkansızlık hallerinde temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde, BK. m. 106 da sunulan seçimlik hakların çokluğunun alacaklının menfaatine daha uygun düştüğü de gözden uzak tutulmamalıdır, bkz. Giger, s. 14 vd.; Gauch/Schluep, Nr. 3141a.

¹⁷Gauch, Nr. 501, 503, 1688 ve 1700; aynı görüşte OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 7.

II. İŞ SAHİBİNİN İLGİLİ OLDUĞU DURUMLAR NEDENİYLE MÜTEAHHİDİN ESERİ TAMAMLAMA BORCUNUN İMKANSIZ OLMASI

Borçlar Kanununun 370. maddesinde, "iş sahibi yüzünden hizmetin ifasının mümkün olmaması" kenar başlığı altında¹⁸ sonraki imkansızlığın iki hali düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhid yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını alır." (f.1); "Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur." (f. 2).¹⁹ Eserin tamamlanmasının iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkansızlaşması, her iki halde de müşterek olan husustur.

A) BK. m. 370'in Uygulama Alanı ve Şartları

1) Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansız Olması Gerekir

BK. m. 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 imkansızlığın varlığı gerekir. Bu imkansızlık, objektif imkansızlık²⁰ olmalıdır.²¹

Doktrinde GAUTSCHI tarafından savunulan bir görüşe göre, BK. m. 370, sadece objektif imkansızlık hallerinde değil, sözleşmeye devamın iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz olacağı hallerde de uygulanmalıdır.²² Ancak bu

¹⁸BK. m. 370'i karşılayan İsviçre Borçlar Kanununun 378. maddesinin kenar başlığı, "İş sahibinin ilgili olduğu durumlardan dolayı ifanın imkansızlaşması "(Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers) şeklindedir.

¹⁹Giger'e göre, s. 151, bu hüküm(BK. m. 370/II; OR Art. 378/II), Borçlar Kanunumuzda alacaklının sorumlu olduğu imkansızlık halini, düzenleyen yegane hükümdür.

²⁰Bkz. yuk. s. 24.

²¹Koller, S. 65; Pedrazzini, S. 546; Gauch, Nr. 503; OR-Zindel/Pulver, Art.378, N. 11. Başka görüşte Gautschi, Art. 378, 379, N. 5 ve 6.

²²Gautschi, Art. 378/379, N 5,6 ve 7; yazara göre, BK. m. 370/I, sadece objektif imkansızlık hallerinde uygulanırsa, cins borçları bakımından bu hükme hiç bir zaman başvurulamayacaktır. Çünkü, "cins yok olmaz" kuralı gereği, bu tür borçlarda hiçbir zaman objektif imkansızlık söz konusu olmaz(N. 6). Kanunca, yazanın bu endişesi yersizdir. Çünkü temelde cins borcu olan birşey, taraflarca somutlaştırılarak sözleşmenin konusunu oluşturduğunda parça borcu haline gelecek ve bu tür edimlerde de objektif imkansızlık söz konusu olabilecektir.

Öte yandan, Gautschi'ye göre(N. 6), sürekli borç ilişkilerinde, sözleşme şartlarında meydana gelen önemli değişiklikler nedeniyle tanınan fesih hakkı, eser sözleşmesinde de taraflara tanınmalıdır. Müteahhidin, kusuru olmaksızın eseri tamamlama borcunu kararlaştırılan veya tahmini olarak belirlenen fiyat üzerinden yerine getirmesi mümkün olamıyorsa, "nisbi ifa imkansızlığı"(relative Erfüllungsunmöglichkeit) söz konusu olur ve bu tür bir imkansızlık da BK. 370 anlamında imkansızlıktır. Bu durumda, sözleşmeyi fesheden iş sahibi tam tazminat değil, eserin tamamlanmış kısmı göz önünde tutularak belirlenen bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yazara göre, iş sahibinin sözleşmeyi

görüş doktrinde, söz konusu hallerin BK. m. 365/II'nin kapsamına gireceği gerekçesiyle reddedilmiştir.²³

BK. m. 370/I (OR Art. 378/I) de, eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasından söz edilmektedir. Oysa bu maddenin kenar başlığında, "ifanın imkansız olması" ifadesi yer almaktadır. Her iki hükmün ihtiva ettiği birbirinden farklı terminoloji, BK. m. 370'in tamamlanmayan eserler yanında, tamamlanıp da teslim edilemeyen eserler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu ortaya atmaktadır. Doktrindeki hakim görüş, bu soruya olumlu cevap vermektedir.²⁴ Denmektedir ki, BK. m. 370, müteahhidin ediminin iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkansızlaşması halini düzenlemektedir. Bu imkansızlığın eserin tamamlanmasından önce veya sonra gerçekleşmesi, BK. m. 370 in uygulanması bakımından önemli değildir; önemli olan müteahhidin edimini tam olarak yerine getirememesidir.²⁵ KOLLER'e göre, bu tartışmanın aslında pratik bir önemi de yoktur. Çünkü, eser tamamlanmış fakat iş sahibine teslim edilmiyorsa, genellikle iş sahibi alacaklı temerrüdüdedir ve buna ilişkin hükümler (BK. m. 90 vd.) uygulanır.²⁶

2) Eserin Tamamlanmasının İmkansız Olması İş Sahibinin İlgili Olduğu Durumlardan Kaynaklanmalıdır

İş sahibinin ilgili olduğu ve müteahhidin eseri tamamlama borcunu ifa etmesini imkansız kılan durumlar, -BK. m. 370/I'in dar ifadesine rağmen²⁷-, iş sahibinin kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi, onun işletmesinden, kendisinin veya ifa yardımcılarının davranışlarından veya ona ait rizikolar çevresine giren bir olaydan da kaynaklanabilir.²⁸ Hangi durumun iş sahibinin riziko alanına girdiği hususu, her sözleşmede somut şartlar gözönünde tutularak belirlenir.²⁹

İş sahibinin ilgili olduğu ve müteahhidin eseri tamamlamasını imkansız kılan durumlara ilişkin olarak, doktrinde şu örnekler verilmektedir. Bir elbise veya takma diş ısmarlayan iş sahibinin ölmesi ve bu nedenle müteahhidin gerekli provaları yapamaması nedeniyle elbiseyi veya takma dişi bitirememesi,³⁰ müteahhidin eserin yapımına

feshedebilmesi için, BK. m. 369'a göre tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesinin onun için aşırı bir külfet niteliği taşıması gerekir.

²³Bkz. Gauch, Nr. 500; OR-Zindel/Pulver, Art. 376, N. 11; Pedrazzini, S. 546.

²⁴Koller, s. 67; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 12; Giger, s. 150; Müller, s. 70 ve 71; Oser/Schönenberger, Art. 378, N. 4; Yavuz s: 71; Tandoğan, C. II, s. 327.

²⁵Koller, s. 67.

²⁶Koller, s. 67; Aynı yönde Oser/Schönenberger, Art. 378, N. 4. Karş. ayrıca Tandoğan, C.II, s. 327.

²⁷Gerçekten BK. m. 370'in "... iş sahibi nezninde zuhur eden bir kaza yüzünden..." şeklindeki ifadesinden, sanki iş sahibinin şahsından kaynaklanan sebeplerin kasdedildiği itibarı uyanmaktadır; aynı yönde Müller, S. 72 ve 73; Pedrazzini, S. 546.

²⁸Gauch, Nr. 504; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 16; Tandoğan, C. II, s. 327; Koller, s. 67, Becker, Art. 378 N. 1; Pedrazzini, s. 546; Yavuz, s. 71; Bucher, BT, s. 207; Oser/Schönenberger, Art. 378, N. 2; Honsell, s. 199.

²⁹Gauch, Nr. 504; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 16; Tandoğan, C.II, s. 327.

³⁰Pedrazzini, s. 545, 546; Tandoğan, C. II, s. 327; Gauch, Nr. 505; Koller, s. 67.

başlamasının veya yapımına başlanmış eseri tamamlamasının iş sahibi tarafından sağlanan malzemedeki ayıp nedeniyle imkansızlaşması³¹, üzerinde inşaat yapılacak ve iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması veya deprem, toprak kayması nedeniyle inşaatın yapılamaması,³² iş sahibinin müteahhit tarafından tamir edilecek eşyasının telef olması.³³ Ancak, verilen bu örnekler bakımından BK. m. 370/I'in uygulanması için, ortaya çıkan imkansızlığa, müteahhidin veya onun sorumlu olduğu durumların birlikte sebep olmaması gerekir.³⁴

BK. m. 370/I'in uygulanması bakımından, eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasına iş sahibinin kusurunun veya onun sorumlu olduğu bir halin yol açmaması, başka bir deyişle, eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasına, iş sahibinin riziko alanına dahil bir kazanın veya beklenilmeyen halin neden olması gerekir.³⁵ Bu durumun ortaya çıkmasına iş sahibini kusuru neden olmuşsa, BK. m. 370/II uygulanır.

İsviçre'de inşaat sözleşmeleri bakımından İsviçre Mühendisler ve Mimarlar Derneğinin³⁶ üç dilde (Almanca, Fransızca ve İtalyanca) yayınladığı "İnşaat İşleri Genel Şartnamesi" (SIA-Norm 118) geçerlidir. Bu şartnamenin 185. maddesinde BK. m. 370'e benzer bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre: "Eserin tamamlanmasının iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza (örneğin kamulaştırma veya inşaat yasağı) nedeniyle imkansızlaşması halinde eser sözleşmesi sona erer (Art. 378 OR). Müteahhit, yerine getirilmiş edimlerin sözleşme ölçüsünde ödenmesini talep etme hakkına sahiptir. İnşaat sahibinin imkansızlıkta kusurlu olması halinde, müteahhit bundan başka, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle yoksun kaldığı kar ve diğer zararları için uygun bir tazminat talep etme hakkına sahiptir."³⁷

Alman Medeni Kanununda, BK. m. 370'e benzer bir hüküm yoktur. Ancak, BGB § 645'de, BK. m. 368'e³⁸ benzer bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, eserin, iş sahibi tarafından kabulünden önce, iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması veya eserin yapımı hususunda verilen talimatlar nedeniyle yok olması, kötüleşmesi veya yapılamaması halinde, bu duruma müteahhidin sorumlu olduğu bir halin birlikte sebep olmaması kaydıyla, müteahhit, yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını talep etme hakkına sahiptir. Alman hukukunda, BK. m. 370

³¹Gauch, Nr. 505: Yazar, bu örneği BK. m. 368/III kuralına kıyasen vermektedir.

³²Koller, s. 67; Gauch, Nr. 505; Tandoğan, C. II, s. 327; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 14.

³³Gauch, Nr. 505.

³⁴Gauch, Nr. 505; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 4. Ayrıca karşı. BGB § 645. Müteahhidin neden olduğu inşaat yasağı bakımından bkz. SJZ, 50(1954), s. 360.

³⁵Koller, s. 67; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 16.

³⁶Der Schweizerische Ingenieur-und Architekten-Verein (SIA)

³⁷Bu hüküm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gauch, P., Kommentar zur SIA-NORM 118, Artikel 157-190, Zürich 1991, s. 149 vd.

³⁸Bu hüküm hakkında bkz. aşağı s. 33.

de düzenlenen hallere benzer durumlarda BGB § 645'in hakkaniyet düşüncesiyle kıyasen uygulanması genellikle kabul edilmektedir.³⁹

B) Müteahhitin Hakları

BK. m. 370'in öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde, eser sözleşmesi kanundan dolayı (von Gesetz wegen) ileriye etkili(ex nunc) olarak sona erer.⁴⁰ Tarafların, eserin tamamlanmamış kısmına ilişkin talepleri sona erer.

Eserin tamamlanmasının, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle veya onun kusuru yüzünden imkansızlaştığını, müteahhit ispat etmekle yükümlüdür. Eserin

³⁹ Brox, H., Besonderes Schuldrecht, 12. Aufl. München 1985, Nr. 285; Palandt/Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, 46. Aufl. München 1987, § 644/645; Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Bd. II, 13. Aufl., München 1986, s. 368.

⁴⁰ Gauch, Nr. 511; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 17; BGE 25 II 400. Başka görüşte Gautschi, Art. 378/379, N. 7: Yazar, eser sözleşmesinin kanundan dolayı değil, iş sahibinin veya mirasçılarının bildirimini üzerine sona ereceği kanısındadır. Ancak yazara göre, iş sahibi bu hakları keyfi olarak değil, sadece şu hallerin varlığı halinde kullanabilir: 1) İş sahibi bakımından haklı sebep olarak nitelendirilebilecek hallerin mevcudiyeti, 2) İş sahibinin, BK. m. 369(OR Art. 377) kuralı gereği tam tazminat ödeyerek sözleşmeden dönmesinin, ondan beklenemeyecek aşırı bir külfet niteliği taşıması gerekir (Art. 378/379, N. 8).

Gautschi'nin bu görüşü aslında, BK m. 370(OR Art. 378)'in kapsamına subjektif imkansızlık hallerini de sokma gayretinin bir ürünüdür. Gerçekten yazar, iş sahibi nezdinde meydana gelen ve onun sözleşmeye devamını ağırlaştırır durumlarda, iş sahibine BK. m.370 (OR.Art. 378) e dayanan bir fesih hakkı tanınması görüşündedir (Gautschi, Art. 378-379, N. 6). Kanunca Gautschi'nin doktrinde taraftar bulmayan bu görüşü kabul edilse bile, BK. m. 370 (OR Art. 378)'de öngörülen hallerin gerçekleşmesi halinde eser sözleşmesinin ancak iş sahibinin veya mirasçılarının bildirimini üzerine sona ereceği yolundaki görüş yerinde değildir. Eserin tamamlanmasını objektif olarak imkansız kılan durumların da BK. m.370 (OR.Art. 378)'in kapsamına girdiğini, Gautschi de kabul etmektedir (Art. 378/379, N. 5). Hal böyle olunca, eserin tamamlanmasını objektif olarak imkansız kılan durumların ortaya çıkması halinde, iş sahibinin veya mirasçılarının sözleşmenin sona ermesi yolunda bir bildirimde bulunmamları halinde eser sözleşmesinin "hukuki yazgısının" ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bir an için iş sahibinin veya mirasçılarının böyle bir bildirimde bulunmadıklarını düşünelim: Kendisinden doğan asli edim yükümlülüklerinden birisinin ifa edilemez hale gelmesine rağmen varlığını devam ettiren "garip" bir sözleşme tipi ortaya çıkacaktır. Oysa BK. m. 117 kuralı, taraflardan birinin ediminin imkansızlaşması halinde karşı tarafın da borcunun sona ereceğini öngörmektedir. Bu husus kural olarak sözleşmenin de sona ermesine yol açar. BK m. 370' de de, BK. m. 117'nin düzenlediği sonraki objektif kusursuz imkansızlık hali düzenlenmektedir. Genel hükümlerde (BK. m. 117'de) düzenlenen, imkansızlık halinde karşılıklı borçların düşeceği ve sözleşmenin sona ereceği kuralının, bu hükmün özel bir uygulama alanını oluşturan BK. m. 370(OR Art. 378) bakımından da kabul edilmemesi için hiçbir haklı sebep yoktur. Öyle anlaşıyor ki Gautschi, BK. m. 370 (OR Art. 378)'in kapsamına subjektif imkansızlık hallerini de sokma gayreti içinde, eser sözleşmesinin ancak iş sahibinin veya mirasçılarının bildirimini üzerine sona ereceğini söylerken yalnız bu hali gözönünde tutmuş ve doktrindeki mutlak hakim görüş gereği BK. m. 370'in asıl konusunu oluşturan objektif imkansızlık hallerini gözden kaçırmıştır.

tamamlanmasının imkansız olup olmadığını ispat yükü, bu hususu iddia eden taraftadır (MK. m. 6).⁴¹

BK. m. 370 de, eseri tamamlama borcu imkansızlaşan müteahhide tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Bu tazminatın kapsamı, iş sahibinin kusurlu olup olmamasına göre değişmektedir.

1) İş Sahibinin Kusursuz Olması Halinde

Eserin tamamlanmasını imkansız hale getiren durumlara, iş sahibi kusuruyla sebebiyet vermemişse, müteahhit, sözleşmenin (imkansızlık nedeniyle) sona erdiği ana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını iş sahibinden isteyebilir (BK. m. 370/1).

BK. m. 370/1'de müteahhidin yaptığı işin değerinin ve bu değere dahil olmayan masraflarının hesabında hangi kıstasların göz önünde tutulacağı belirtilmemiştir. Bazı yazarlara göre, müteahhidin talep edebileceği bedel, yapılan işin değerine ve müteahhidin yaptığı masraflara göre (BK. m. 366) belirlenir.⁴² Diğer bazı yazarlara göre ise, taraflarca daha önceden kararlaştırılmış götürü veya takribi bir bedel varsa, bunun da göz önünde tutulması gerekir.⁴³ Buna göre, örneğin sözleşme ile götürü bir ücret kararlaştırılmış ve müteahhit de eserin bir kısmını yapmış ise, iş sahibinden yapılan kısmın kararlaştırılan bedel içindeki karşılığını talep edebilecektir.⁴⁴ Müteahhit henüz eserin yapımına başlamamış ise, iş sahibinden talep edebileceği bedel, sözleşmenin kuruluşundan sonra edimini yerine getirmek için yaptığı ve eseri tamamlama borcunun imkansızlaşmış olması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi yüzünden boşa giden masraflarla sınırlıdır.⁴⁵ Eğer müteahhit eserin yapımına henüz başlamamış ve bu hususta harcama da yapmamışsa, iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi,⁴⁶ sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları da isteyemez.⁴⁷

Müteahhidin yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını ödeyen iş sahibi, eserin imkansızlık anına kadar tamamlanmış kısmının kendisine devrini talep edebilir.⁴⁸

Eserin tamamlanmasının imkansızlaştığı anda müteahhit borçlu temerrüdünde ise, bu durumda, temerrüt halinde borçluyu kazadan dahi sorumlu tutan BK. m. 102 uygulanır ve müteahhit, iş sahibinin imkansızlık nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmekle

⁴¹ Gauch, Nr. 521; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 24.

⁴² Oser/Schönenberger, Art. 378, N. 3.

⁴³ Koller, s. 68; Gauch, Nr. 509; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 18.

⁴⁴ Gauch, Nr. 509.

⁴⁵ Gauch, Nr. 510; Tandoğan, C. II, s. 330.

⁴⁶ Gauch, Nr. 510.

⁴⁷ Gauch, Nr. 510, Tandoğan, C. II, s. 330.

⁴⁸ OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 19; Gauch, Nr. 511.

yükümlüdür.⁴⁹ Ayrıca iş sahibi, yapılan kısım kendisi için kullanılabilir nitelikte değilse, BK. m. 371/II'ye⁵⁰ kıyas yoluyla, bu kısmı da kabul etmeyip onun için ücret ödemekten kaçınabilir.⁵¹ Ancak müteahhit, BK. m. 102/II'deki kurtuluş kanıtını getirerek bu sorumluluktan kurtulabilir. Buna göre, müteahhit, temerrüde kendi kusuru ile düşmediğini veya edimini zamanında ifa etse idi dahi kazanın iş sahibi aleyhine yine gerçekleşeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁵² Müteahhit bu hususları ispat ederse, tekrar BK. m. 370 uygulanır.⁵³

Müteahhit, imkansızlığa neden olan tehlikeyi iş sahibine gecikmeksizin bildirmelidir (BK. m. 357/III). Bunu yapmamışsa, imkansızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara kendisi katlanır. Müteahhit kusurlu olduğundan, böyle durumlarda BK. m. 370 değil, sonraki kusurlu imkansızlığa ilişkin genel hükümler (BK. m. 96) uygulanır. Müteahhit, sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü (Sorgfaltspflicht) ihlal ettiğinden, iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararı BK. m. 96 ve m. 100 (ifa yardımcıları bakımından) uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür.⁵⁴ İş sahibinin de BK. m. 370/II anlamında bir kusuru varsa, hakimin müteahhidin ödeyeceği tazminatta bir indirim yapması gerekir (BK. m. 98/II'nin yoluması ile BK. m. 44/I)⁵⁵

Müteahhidin eseri tamamlama borcu, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkansızlaşınca, ilk müteahhidin, alt müteahhide devrettiği iş de imkansızlaşır. Böyle bir durumda, alt müteahhidlik sözleşmesinin "hukuki yazgısının" ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

İş sahibi, ilk müteahhidin yardımcı kişisi olmamakla birlikte, iş sahibi nezdinde ortaya çıkan imkansızlık, ilk müteahhit ile alt müteahhit arasındaki ilişkide, ilk müteahhidin riziko alanına dahil edilmeli ve alt müteahhidlik sözleşmesi de BK. m. 370 ölçüsünde ileriye etkili olarak sona ermelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak, ilk müteahhit, alt müteahhidin yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını ödemek, ayrıca iş sahibi kusurlu ise alt müteahhidin müsbet zararının tamamını tazmin etmekle yükümlüdür.⁵⁶ Belirtelim ki, bu durumda alt müteahhidlik sözleşmesinin de sona ermesinin nedeni, asıl sözleşmenin sona ermesi değil, alt müteahhidin taahhüd ettiği işi yapmasının imkansız olmasıdır.⁵⁷

⁴⁹Gauch, Nr. 517; Tandoğan, C. II, s. 331.

⁵⁰Bu hükümle ilgili geniş bilgi için bkz. aşa. s. 37.

⁵¹Gauch, Nr. 517; Tandoğan, C. II, s. 331.

⁵²BK. m 102/II'de düzenlenen kurtuluş kanıtı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schenker, Nr. 312-323.

⁵³OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 9.

⁵⁴Gauch, Nr. 518; Tandoğan, C. II, s. 331; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 3.

⁵⁵Gauch, Nr. 518. Karş. Gauch/Schlupe, Nr. 2792 vd.

⁵⁶Gauch, Nr. 522; Tandoğan, C. II, s. 332; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 3. Farklı görüşte Giger, s. 150 dn. 9.

⁵⁷Gauch, Nr. 523.

2) İş Sahibinin Kusurlu Olması Halinde

Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşmasına iş sahibi kusuru ile sebebiyet vermişse, müteahhit, müsbet zararının (ifaya olan menfaatinin) tamamının tazminini talep edebilir.⁵⁸ Müsbet zarar hesaplanırken, edim yükümlülüğü sona erdiği için müteahhidin yapmaktan kurtulduğu masraflar, başka işlerden elde ettiği veya iyiniyet kurallarına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilir.⁵⁹

BK. m. 370/II anlamında iş sahibinin kusurlu olup olmadığı araştırılırken genel kusur ilkesine başvurulmaz. Çünkü genel kusur ilkesinde borçlunun davranışları değerlendirilmektedir. Oysa burada eseri yapmakla yükümlü olan müteahhidin değil, iş sahibinin davranışları hukuki bakımdan değerlendirilmektedir.⁶⁰

İş sahibi, eserin tamamlanmasını kendi davranışı ile kasten veya ihmali ile imkansız hale sokarsa, BK. m. 370/II anlamında kusurlu sayılır.⁶¹ Ayrıca, ifanın imkansızlaşması, kendisinden beklenen özeni göstermemesinden veya ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanıyorsa, iş sahibi yine kusurlu sayılır.⁶²

Doktrinde, iş sahibinin BK. m. 370/II anlamında kusurlu sayıldığı hallere ilişkin olarak şu örnekler verilmektedir: İş sahibinin, müteahhidin inşaatı yapacağı arsaya girmesini engellemesi,⁶³ müteahhit tarafından onarılacak evini yıktırması,⁶⁴ iş sahibinin, haksız bir inşaat yasağına karşı savunmada bulunmaması.⁶⁵

İş sahibinin intihar etmesinin kusur sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. **PEDRAZZİNİ**, iş sahibinin intihar etmesini her zaman BK. m. 370/II anlamında kusur sayarken,⁶⁶ **GAUCH**, iş sahibinin, sadece, eserin tamamlanmasına engel olmak için intihar etmesi halinde kusurlu sayılabileceği görüşündedir.⁶⁷

⁵⁸OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 21; Bucher, BT, s. 207; Tandoğan, C. II, s. 330; Yavuz, s. 72; Pedrazzini, s. 548; Gautschi, Art. 378/379, N. 12; Yazar, BK. m. 370/II yi, sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanan genel hüküm niteliğindeki BK. m. 96'nın bir "teyidi" olarak görmekte ve bu hükmü gereksiz bulmaktadır.

⁵⁹OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 21.

⁶⁰Koller, s. 69; Tandoğan, C. II, s. 331; Gauch, Nr. 515; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 20; Yazarlara göre, BK. m. 370/II (OR Art. 378/II), iş sahibinin sözleşmenin icrasını akamete uğratmaması gerektiği yolundaki ilkeyi somutlaştırmaktadır.

⁶¹Tandoğan, C. II, s. 331; Gauch, Nr. 514; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 20.

⁶²Koller, s. 69; Gauch, Nr. 514; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 20.

⁶³Tandoğan, C. II, s. 331.

⁶⁴Koller, s. 69; Gauch, Nr. 514; Tandoğan, C. II, s. 331.

⁶⁵Gauch, Nr. 514; Pedrazzini, s. 548; Koller, s. 69; Tandoğan, C. II, s. 331.

⁶⁶Pedrazzini, s. 548. Aynı görüşte OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 20.

⁶⁷Gauch, Nr. 514; Yazar, başka bir eserinde de, tazminat borcunun, ancak, borçlunun kendisini veya mirasçılarını sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerden kurtarmak için veya sözleşmenin karşı tarafını zarara sokmak amacıyla intihar edilmesi halinde doğacağını ifade

C) BK. m. 368 ile m. 370 Arasındaki İlişki

BK. m. 368'de, "Yapılan şeyin telefi" kenar başlığı altında şu hüküm yer almaktadır.

"Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise, iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez.

Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait idiyse hasarı da ona aittir.

Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise, müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafların tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve zıyan istemeğe hakkı vardır."

Bu hüküm ile, yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz BK. m. 370'nin uygulama alanlarının birbirleri karşısında sınırlandırılması sorunu, öğretide uzun tartışmalara yol açmıştır. Tartışma özellikle, iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın hem eserin yok olmasına hem de yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması halinde⁶⁸ hangi hükmün uygulanacağı sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, BK. m. 370, BK. m. 368 de yer alan ve eserin yok olması halinde karşı edim hasarını kural olarak müteahhide yükleyen kuralı yumuşatan bir hükümdür. Bu görüşe göre, iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın eserin yok olmasına ve yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması halinde, müteahhit, BK. m. 370 kuralına dayanarak, iş sahibinden yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarının tazminini talep edebilir.⁶⁹

Ancak doktrinadaki hakim görüş aksi kanıdandır. Bu görüşe göre, BK. m. 368 ve m. 370 birbirinden tamamen farklı iki ayrı olguyu düzenlemektedir. BK. m. 370 eserin imkansızlaşması halini, buna karşın BK. m. 368 eserin yok olması halini düzenler. İş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın hem eserin yok olmasına hem de yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması halinde münhasıran BK. m. 368 uygulanır ve müteahhit yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını kural olarak talep edemez. Müteahhidin bu yöndeki bir talep hakkı, sadece BK. m. 368/III de düzenlenen istisnai hallerde sözkonusu olabilir.⁷⁰

etmiştir. Bkz. Gauch, P., System der Beendigung von Dauern Verträgen, Diss., Freiburg 1968, s. 227.

⁶⁸Örneğin, iş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen bir evin şiddetli bir deprem sonucu yıkılması ve arsanın da üzerinde artık bina yapılamayacak derecede zarar görmesi halinde durum böyledir, örnek için bkz. Koller, s. 72.

⁶⁹Bkz. Oser/Schönenberger, Art. 378, N. 2; Pedrazzini, s. 544; Giger, s. 151 vd. Karş. ayrıca BGE 69 II 143.

⁷⁰Bkz. Koller, s. 70 vd.; Gauch, Nr. 673 ve 519; OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 5 vd.; Tandoğan, s. 336.

Kanımcı doktrinde azınlıkta kalan görüş üstün tutulmalıdır. İş sahibi nezdinde meydana gelen kazanın eserin tamamlanması borcunu imkansızlaştırması halinde, ayrıca eserin yok olup olmadığına bakılmaksızın, münhasıran BK. m. 370 uygulanmalı ve müteahhide yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını talep etme hakkı tanınmalıdır. Esasen BK. m. 370 de de eserin yok olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece onun tamamlanmasının imkansız hale gelip gelmediği hususu gözönünde tutulmuştur.⁷¹ Hal böyle iken, müteahhidin BK. m. 370 e dayanan kısmi ödeme talebini, imkansızlık anına kadar yapılan eserin yok olmasına bağlı tutmak açık bir haksızlık olurdu. Hakim görüşün, iş sahibinin BK. m. 370 kuralı gereği, müteahhidin yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını ödemekle yükümlü olmasının, onun eserin imkansızlık anına kadar yapılmış kısmını elde ettiği için yerinde olduğu, eser yok olmuş ise böyle bir yükümlülüğün iş sahibine yüklenmesinin haksız olacağı iddiası,⁷² inandırıcı olmaktan uzaktır. Çünkü, eserin imkansızlık anına kadar yapılmış kısmı bazen iş sahibinin hiçbir işine yaramayabilir ve bu kısım iş sahibi bakımından kullanılabilir nitelikte olmasa ve bu kısmın kabulünün kendisinden beklenemeyeceği hallerde dahi, iş sahibi kısmi bir ödeme yapmakla yükümlüdür.⁷³ Sonuç olarak, iş sahibi, kendi nezdinde meydana gelen bir kaza sonucu müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması halinde imkansızlık anına kadar yapılmış eser yok olsun olmasın, müteahhidin yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını ödemekle yükümlüdür. İş sahibine bu derece ağır bir sorumluluk yüklenmesi, eserin yok olmasına ve yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açan kazanın onun etki alanında meydana geldiği gözönünde tutulduğunda, hukuk vicdanını rahatsız edici nitelikte değildir.⁷⁴

III. MÜTEAHHİDİN ŞAHSINI İLGİLENDİREN SEBEBLERDEN DOLAYI ESERİ MEYDANA GETİRME BORCUNUN İMKANSIZLAŞMASI

A) BK.m. 371'in Uygulanma Şartları

BK. m. 371'e göre, "Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz olduğu takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihtir" (f.I); "Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini ödemeye mecburdur" (f. II). Böylece, BK. m. 371, karşı edim hasarını iş sahibine yüklemiştir.⁷⁵ Bu hükmün uygulanması için gerekli şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

⁷¹Karş. Giger, s. 153 ve orada dn. 2. -

⁷²Bkz. OR-Zindel/Pulver, Art. 378, N. 6.

⁷³Bu husus, eserin yok olması halinde münhasıran BK. m. 368(OR Art. 376) nın uygulanacağını savunan Koller tarafından da itiraf edilmektedir, bkz. Koller, s. 72 ve s. 74.

⁷⁴Giger, s. 153. Karş. ayrıca Bucher, BT, s. 207.

⁷⁵Yavuz, s. 72.

1) Müteahhidin Kişisel Özellikleri Dikkate Alınarak Yapılmış Bir Eser Sözleşmesi Olmalıdır.

BK. m. 371'in uygulanabilmesi için, iş sahibi bakımından, müteahhidin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı ve bu nedenle sözleşme konusu işin, müteahhit tarafından bizzat yapılmasının ya da onun yönetimi altında yaptırmasının gerekli olduğu bir eser sözleşmesinin varlığı gerekir.⁷⁶

İş sahibi, sözleşmenin kurulması sırasında müteahhidin kişisel özelliklerine önem verdiğini açıkça belirtebileceği gibi, bu husus sözleşme konusu işin niteliğinden de anlaşılabilir.⁷⁷ Örneğin, terziye elbise diktirilmesi, kuyumcuya mücevher ismarlanması gibi sanat yanı da olan sözleşmelerde, kişisel yetenek ve uzmanlığın önemli olduğu açıktır.⁷⁸

Sözleşme konusu işin ifasının, üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebileceği hallerde, eser sözleşmesi sona ermez. Bu sonuç, BK. m. 371'in karşıt anlamından çıkmaktadır.⁷⁹

2) İşin Bitirilmesinin Müteahhidin Ölümü veya Kusuru Olmadan İş Yapmaktan Aciz Kalması Nedeniyle Mümkün Olmaması

Müteahhidin şahsı veya kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmelerinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı edim söz konusu olduğundan, müteahhidin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi, sözleşme konusu edimin objektif olarak imkansızlaşmasına yol açar.⁸⁰ Bu imkansızlık, eser sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmalı⁸¹ ve sürekli nitelik taşımalıdır.⁸²

İş yapmaktan aciz kalmanın, sadece bedensel bir özürden kaynaklanması şart değildir. Bir Federal Mahkeme Kararında, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren

⁷⁶Karş. Gauch, Nr. 525; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 5; BGE 103 II 55 vd. Karş. SIA-NORM 118, Art. 186: Bu hükme göre, eser sözleşmesi müteahhidin kişisel özellikleri gözönünde tutularak yapılmamış olsa dahi, eğer müteahhit taahhüt ettiği işi devam ettirmekten aciz duruma düşer ve işin sözleşmeye uygun olarak devamı mirasçılar ve yardımcı kişiler tarafından garanti edilmez ise inşaat sahibi sözleşmeden dönebilir.

⁷⁷Tandoğan, C. II, s. 333; Yavuz, s. 73; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 11; Gauch, Nr. 525, Becker, Art. 379, N. 2.

⁷⁸Öz, M. T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 162. Yargıtay'a göre apartman inşaatına ilişkin işlerde daima müteahhidin kişiliği önemlidir. Bkz. Y. 15 HD. 7.7.1975 3149/3436 (YKD. 1976, s. 874-876).

⁷⁹Gauch, Nr. 527: Yazar, -haklı olarak- bunun, sözleşmeyi sona erdiren sonraki imkansızlıktan, daima objektif imkansızlığın anlaşılması gerektiği yolundaki görüşü teyid ettiğini bildirmektedir.

⁸⁰Şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde imkansızlık daima objektiftir, bkz. Aepfl, Art. 119, N. 48; Schenker, Nr. 11; Barth, s. 36-37; Gauch/Schlupe, Nr. 3149; Bucher, AT, s. 418.

⁸¹Sözleşmenin kurulmasından önce mevcut imkansızlık, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Bkz. yuk. s. 24.

⁸²Gauch, Nr. 528; OR- Zindel/Pulver, Art. 379, N. 2.

müteahhidinin, artık gerekli personel kadrosu bulunmaması yüzünden işi yapmaktan aciz kalması, BK. m. 371'in kapsamına giren bir tür imkansızlık olarak nitelendirilmiştir.⁸³

Müteahhidin, eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek için gerekli parasal olanaklara sahip olmaması, BK. m. 371 anlamında imkansızlık değildir ve eser sözleşmesini sona erdirmez.⁸⁴ Aynı şekilde müteahhidin iflası da BK. m. 371 anlamında imkansızlık değildir.⁸⁵

BK. m. 371'de sadece gerçek kişilerden bahsedilmektedir. GAUCH'a göre, bu hükmün tüzel kişiler bakımından da kıyasen uygulanması mümkündür. Yazara göre, tüzel kişilerin sözleşme konusu işi bizzat yürütmeleri mümkün olmamakla birlikte, kendi yönetimi altında yürütmeleri söz konusu olabilir ve tüzel kişi bu niteliğini kaybedebilir.⁸⁶

B) BK. m. 371'de Öngörülen Sonuçlar

1) Eser Sözleşmesinin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi

BK. m. 371'de kullanılan deyim ve yazarların çoğunluğuna göre,⁸⁷ müteahhidin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması halinde, eser sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Buradaki sona erme, kanundan dolayı (von Gesetzes wegen) gerçekleştiğinden, tarafların bu hususta herhangi bir bildirimde bulunmalarına gerek yoktur.⁸⁸

BK. m. 371'e göre sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili (ex nunc) sonuçlar doğurur.⁸⁹ Buna göre, tarafların eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin alacak ve borçları sona erer. Eserin daha önce tamamlanmış kısmına ilişkin olarak müteahhidin talep hakkının kapsamı BK. m. 371/II'de düzenlenmiştir. Bu husus, bir sonraki başlık altında incelenecektir.

⁸³BGE 103 II 58. Aynı yönde Gauch, Nr. 528.

⁸⁴Gauch, Nr. 529, 530; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 5; Pedrazzini, s. 550, dn. 34. Değişik görüşte Gautschi, Art. 378/379, N. 18.

⁸⁵OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 10; Pedrazzini, s. 550.

⁸⁶Gauch, Nr. 532. Aynı yönde OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 2.

⁸⁷Gauch, Nr. 526; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 13; Becker, Art. 379, N. 5; Pedrazzini, s. 551; Oser/Schönenberger Art. 379, N. 2; Müller s. 78; Öz, s. 164.

⁸⁸BGE 103 II 55; Bucher, BT, s. 208; Müller, s. 78. Başka görüşte Gautschi, Art. 378/379, N. 16: Yazara göre ölen veya işi tamamlama yeteneğini kaybeden müteahhidin mirasçıları ya da yardımcıları işe devam ediyorlarsa, eser sözleşmesi kendiliğinden sona ermez; sözleşmeyi sona erdirmek isteyen iş sahibinin bu hususta bir bildirimde bulunması gerekir. Aynı yönde Özyörük, s. 39, 40: Bu yazar daha da ileri giderek, işe devam eden müteahhidin mirasçılarının veya yardımcılarının da fesih hakkına sahip olduğunu savunmaktadır.

⁸⁹Gauch, Nr. 533. OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 13. Aksi görüşte Pedrazzini, s. 561 dn. 36: Yazar, eser sözleşmesinin kural olarak sürekli borç ilişkisi niteliği taşımadığı ve sürekli borç ilişkileri bakımından sözkonusu olan ileriye etkili sona ermenin, BK. m. 371'de düzenlenen durumda sözkonusu olamayacağı kanısındadır.

2) Müteahhidin Hakları

İş sahibi, müteahhidin ölümü veya aczi nedeniyle tamamlanmamış eserin bitmiş kısmını kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde, kabule ve bedelini ödemeye mecburdur (BK. m. 371/II). Müteahhidin imkansızlık anına kadar yürüttüğü eser, üçüncü bir şahıs tarafından tamamlanabiliyorsa, iş sahibi bakımından kullanılabilir niteliktedir.⁹⁰ Eserin tamamlanmış kısmının kullanılabilir nitelikte olmadığını iddia eden iş sahibinin, bu hususu ispat etmesi gerekir.⁹¹ İş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedel, götürü veya takribi bir ücret kararlaştırılmış ise, yapılan işin kararlaştırılan ücret içindeki karşılığı kadardır.⁹² Taraflarca daha önce bir ücret kararlaştırılmamış ise, iş sahibinin ödeyeceği bedel, yapılan işin değerine ve müteahhidin yaptığı masraflara göre belirlenir (BK. m. 366).⁹³

Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, tamamlanmamış ve iş sahibi tarafından kullanılabilir nitelikte olmayan eserin kime verileceği hususunda, malzemenin ve müteahhidin yaptığı işin değerine göre, hukuki taşıya ilişkin MK. m. 699 (ZGB. Art. 726) uygulanır.⁹⁴

BK. m. 371 de bir tazminat yükümlülüğünden söz edilmemesine rağmen müteahhit, işi tamamlama yeteneğini kusurlu bir şekilde kaybetmiş veya bu durum temerrütte bulunduğu sırada gerçekleşmişse, iş sahibinin ifaya olan menfaatinin (müsbet zararının) tamamını tazmin etmekle yükümlüdür.⁹⁵ Ancak, ikinci durum bakımından, müteahhit, temerrüte kusuru ile düşmediğini ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir.⁹⁶

Müteahhit, kendini öldürmesi ya da bedeni veya fikri iş görme yeteneğinin kaybolmasına neden olması halinde kusurlu sayılamaz; meğerki bu hallere, sözleşmede doğan yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla sebebiyet vermiş olsun. Çünkü

⁹⁰OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 15; Pedrazzini, s. 551.

⁹¹Gauch, Nr. 534; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 22.

⁹²Gauch, Nr. 534 ve 509; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 14. Tandoğan, C.II, s. 366; Y.15.HD. 30.11.1979 1709/2437: "... BK. m. 371 uyarınca sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan paranın geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de aynı oranda ödenmesi gerektiği..." (Özyörük, s. 80'den); HGK. 16.12.1981 15-2714/839: "...inşaatın ölüm günündeki durumuna göre, apartmanın kaçta kaçının tamamlandığı uzman bilirkişi eliyle belirlenmeli ve bu yolda bulunacak oran ölüm günündeki sürüm değerine uygulanacaktır. (Tandoğan, C.II, s. 337 dn. 62b'den). Değişik görüşte Pedrazzini, s. 551; Becker, Art. 379, N. 6.

⁹³Gauch, Nr. 534, 509; Bucher, BT, s. 208. Karş. Gautschi, Art. 378/379, N. 17.

⁹⁴Oser/Schönenberger, Art. 379, N. 2; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N.16; Tandoğan, C.II, s. 337; Gauch, Nr. 536.

⁹⁵Gauch, Nr. 537; OR-Zindel/Pulver, Art. 379, N. 17.

⁹⁶Kanımca, BK. m. 102/II'de borçluya tanınan, "borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile kazanın alacaklının zararına olarak yine gerçekleşmiş olacağı" yolundaki ikinci kuruluş kanıtı, işin mahiyeti gereği, burada söz konusu olamaz.

sözleşmeden doğan bağıllık, borçlunun, edimini yerine getirebilmek için yaşamını, bedeni ve fikri bütünlüğünü koruma yükümlülüğü doğuracak kadar geniş değildir.⁹⁷

Müteahhidin ölümü haline ilişkin olarak bir hüküm de, BİGŞ, 49'da yer almaktadır. Bu hükme göre, "Müteahhidin ölümü halinde iş tasfiye edilir. Yapılmış olan işlerin 47. maddedeki esaslara göre kesin hesabı çıkartılarak müteahhidin kesin teminatı ve varsa diğer alacakları mirasçılara verilir. Teminatın verilmesinde 45. madde esaslarına göre işlem yapılır.

Ancak, idare istekli olan mirasçılardan yeterli gördüklerine, ölüm tarihinden başlamak üzere 30 gün içinde kesin teminat vermeleri şartıyla sözleşmeyi devredebilir".⁹⁸

⁹⁷ Gauch, Nr. 537. Aksi görüşte OR-Zindel/Pulver, Nrt. 379. N. 17.

⁹⁸ Bu hükme benzer bir hüküm de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 67. maddesinde yer almaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AEPLI**, Victor: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilbd. V 1h, erste Lieferung. Art. 114-125, Zürich 1991.
- BARTH**, Hans Rudolf: Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzungen, Diss., Zürich 1957.
- BECKER**, Hermann: Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Aufl., Bern 1945; 2. Abt., Die einzelne Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934.
- BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (Kısaltulmuş: Bucher AT).
- Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (Kısaltulmuş: Bucher BT).
- von BÜREN**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- DURAL**, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (BK. m. 117), İstanbul 1976.
- GAUCH**, Peter: Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985.
- GAUCH/SCHLUEP**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 5. Aufl. Zürich 1991.
- GAUTSCHI**, Georg: Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilbd.: Der Werkvertrag (Art. 363-379), Bern 1967.
- GIGER**, Marcel: Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern-Stuttgart-Wien 1992.
- HONSELL**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991.
- INAN**, Ali Naim: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Diss., Freiburg 1956.
- KELLER/SCHÖBI**: Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Aufl., Basel und Frankfurt 1988.
- KOLLER**, Jo: Der "Untergang des Werkes" nach Art. 376 OR, Diss., Freiburg 1983.
- OR-WIEGAND**, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hrsg. von Honsell, Einl. zu Art. 97-109, und Kommentar zu Art. 97-119, Basel-Frankfurt am Main 1992.

OR-ZINDEL/PULVER: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hrsg. von Honsell, Vorbem. zu Art. 363-379 und Kommentar zu Art. 363-379, Basel-Frankfurt am Main 1992.

OSER/SCHÖNENBERGER: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teil 1-3, Zürich 1939, 1936 (Kommentar zu Art. 1-183 und 183-418).

ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. maddesine Göre Feshinin Sonuçları, İstanbul 1988.

PEDRAZZINI, Mario: Der Werkvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, 7. Bd., 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977.

SCHENKER, Franz: Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs, Diss., Freiburg 1988.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3. bası, Ankara 1987.

von TUHR/ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974.

von TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.

WIEGAND, Wolfgang: Die Leistungsstörungen, recht 1983, s. 1 vd. ve s. 118 vd.; recht 1984, s. 13 vd.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, İstanbul 1989.